

Др Драгољуб Поповић

судија Европског суда за људска права

АУТОНОМНИ КОНЦЕПТИ ЕВРОПскоГ ПРАВА ЉУДСКИХ ПРАВА

Институционална независност Европског суда за људска права делимично се огледа у такозваним „аутономним концептима“, развијеним у јуриспруденцији Суда. Аутор настоји да дефинише и истражи основна обележја ових аутономних концепата. Иако примећује да је тешко понудити једну кохерентну дефиницију, зато што у правној теорији не постоји одговарајући приступ, аутор предлаже да их схватимо као термине које примећује Европски суд за људска права, а који постоје у националним правним системима земаља уговорница Европске конвенције о људским правима, с тим што им је дато посебно значење у јуриспруденцији Суда. Понекад се значење ових концепата, које им приписује Суд, може разликовати од готово универзално прихваћеног значења правних појмова, као што је то случај са појмом „law“, или им недостаје подршка упоредног права, као што је то случај са концептом грађанских права и обавеза. Аутор даље објашњава да су аутономни концепти подложни развоју, што значи да они који су тренутно у употреби могу бити значајно у супротности са оним старим. Стога, аутор закључује да правници који се баве јуриспруденцијом Европског суда за људска права морају бити свесни чињенице да такви концепти представљају типичне производе судски створеног права. Поред тога, имајући на уму да је Европски суд за људска права део националног права његових садашњих држава чланица, судије и правници тих земаља морају бити спремни да оперишу овим концептима. Да би се постигао овај циљ, неопходно је обезбедити систематску и благовремену правну обуку и предавања о овој теми.

Кључне речи: Аутономни концепти. – Европско право људских права. – Јуриспруденција Суда. – Судски створено право.

1. ШТА СУ АУТОНОМНИ КОНЦЕПТИ?

Иако се често спомињу и често су предмет расправа, аутономне концепте европског права људских права није лако дефинисати.

Они представљају производе судског права (*judge-made law*) или, тачније речено, достигнућа судске праксе (*case law*) Европског суда за људска права (у даљем тексту – Суд). Сами аутономни концепти јављају се као резултат примене одредби Европске конвенције о људским правима (у даљем тексту – Конвенција) на Суду.

Аутори нису једногласни када је реч о могућој дефиницији појма *аутономних концепата* као таквих. У основним приручницима европског права људских права они се обично спомињу, али готово никада се за њих не дају одговарајуће дефиниције.¹ У судској пракси Суда не може се увек пронаћи задовољавајуће утемељење правне дефиниције, а аутори често замерају Суду да његовој судској пракси недостају „општи и апстрактни“ појмови.² Будући да је ово тачно, аутори нису пропустили шансу да покушају да створе саме ове појмове. У њиховом трагању за дефиницијама могу се уочити два основна приступа. Један такав метод односи се на обезбеђивање једноставног означавања појма *аутономног концепта*, док је други метод сложенији.

Примери првог приступа могу се, између осталог, пронаћи код Махонија и Лича. Другопоменути аутор полази од мишљења да су аутономни концепти они „термини из Конвенције“ за које ће „класификација према националном праву представљати фактор у утврђивању Суда да ли је Конвенција примењива, али неће бити одлучујући фактор.“³ Махони, са своје стране, инсистира на чињеници да аутономан концепт осигурава „универзалност међународног стандарда“ и такође наглашава да закони које доносе државе уговорнице обезбеђују „изворе за дедуцирање заједничког језгра концепта.“⁴

Сложенији приступи проблему дефинисања аутономних концепата европског права људских права у основи доводе до истих резултата. Лекас је недавно покушао да изврши дубљу анализу. Један од његових закључака јесте да су аутономни концепти „технички термини који се употребљавају у националним правним изворима и

¹ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris 2005, 232–233; C. Ovey, R. White, Jacobs & White, *European Convention on Human Rights*, Oxford–New York 2002, 31–32; C. Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, München 2003, 48–49.

² E. Kastanas, *Unité et diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles 1996, 374.

³ P. Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Oxford – New York 2005, 165.

⁴ P. Mahoney, „The Comparative Method in Judgments of the European Court of Human Rights: Reference Back to National Law“, *Comparative Law Before the Courts* (eds. G. Canivet, M. Andenas, D. Fairgrieve) London 2004, 145–146.

имају посебно, неуобичајено значење.“ На тај начин, он истиче постојање појаве коју он назива „ексцентричним речником права“.⁵ Међутим, овај аутор такође тврди да је проблем класификације на националном нивоу од суштинског значаја у случајевима пред Судом у којима аутономни концепти могу да се примене.⁶ У тим случајевима, Суд неизоставно мора да у својим одлукама изнесе разлоге због којих сматра да су одређене класификације на националном нивоу погрешне.⁷

Укратко, требало би истаћи да су аутономни концепти они термини које Суд примењује, а који постоје у националним правним системима држава уговорница Конвенције, али којима је дато посебно значење у судској пракси Суда. Онај ко жели да примени одредбе Конвенције, мора да се бави овим концептима и да их на прави начин схвати.

2. ГЛАВНЕ ОДЛИКЕ АУТОНОМНИХ КОНЦЕПАТА

Аутономни концепти, типични производи судског права, обично нису прецизно дефинисани. Неки од њих су чак и у супротности са главним, општеприхваћеним ставовима правне теорије. Упркос чињеници да су такви концепти повезани са упоредним правом, њима понекад недостаје његова подршка. И на крају, али не мање важно, аутономни концепти су подложни еволуцији.

2.1. Проблем проналажења дефиниције

Да аутономни концепти нису јасно дефинисани, може се видети на примеру појма *possessions* у чл. 1 Протокола 1 Конвенције (у даљем тексту – чл. 1 Првог протокола). У наслову одредбе стоји право на имовину (*property*). У енглеској верзији, међутим, употребљен је термин *possessions*.

У овом тексту проблем није само двосмисленост енглеског термина *property*. Концепт термина *possessions*, онако како је он развијен у судској пракси Суда, у сваком случају превазилази стварност која је обухваћена појмом власништва, традиционално дефинисаног на основу римског права. Стога ће нам један холандски аутор рећи да се овај концепт „не односи на технички, правни концепт власништва“, а нешто касније и да је „концепт термина *possessions* у

⁵ G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford – New York 2007, 48.

⁶ G. Letsas, 51.

⁷ G. Letsas, 53.

смислу чл. 1 Првог протокола много шири од концепта *eigendom* из холандског приватног права“.⁸

Данас је потпуно јасно да, без обзира на то шта су биле првобитне идеје аутора Конвенције, субјекти права *in rem* који нису власници понекад заиста уживају заштиту према чл. 1 Првог протокола.⁹ Судска пракса Суда прилично је далеко стигла у свом развијању аутономног концепта термина *possessions*. На почетку свог развоја, Суд је у случају *Marcks* пресудио да овај термин има аутономно значење у смислу чл. 1 Првог протокола.¹⁰ Овај концепт примењује се на широк спектар термина и ствари. Кратак преглед судске праксе Суда у вези са овом темом показује колики је његов обим.

Међу стварима, које су заштићене унутар концепта *possessions* према чл. 1, налазе се акције предузећа.¹¹ Ово се такође односи и на средства која припадају ономе што се на француском назива *propriété industrielle*, као што су, на пример, патенти.¹²

Потраживање пред домаћим судовима такође се може сврстати у категорију ствари којима припада заштита из чл. 1 Првог протокола. Такво потраживање представља *possessions* у смислу управо поменуте одредбе.¹³ На крају, али не најмање важно, појам *possessions* подразумева концепт који се тешко може означити термином *acquet*, који је у европском праву људских права познат као *legitimate expectation*.¹⁴

Примери који су овде наведени само су неки од многобројних сличне врсте и јасно показују да је тешко дати дефиницију аутономног концепта термина *possessions* у смислу чл. 1 Првог протокола. Тешко је замислити свеобухватан приступ, који би обухватио све врсте које припадају класи *possessions*, а које данас постоје у судској пракси Суда.¹⁵ Тај задатак био би још тежи када би се у обзир узимали појмови и дефиниције домаћих правних система, но тај проблем

⁸ T. Hartlief, „The Right to Own Property Under the ECHR“, *The Right to Property – The Influence of Article 1 Protocol No. 1 ECHR on Several Fields of Domestic Law* (eds. J. P. Loof, H. Ploeger, A. van der Steur) Maastricht 2000, 31–32.

⁹ E. A. Alkema, „The Concept of Property – In Particular in the European Convention on Human Rights“, *The Right to Property – The Influence of Article 1 Protocol No. 1 ECHR on Several Fields of Domestic Law* (eds. J. P. Loof, H. Ploeger, A. van der Steur) Maastricht 2000, 20.

¹⁰ *Marcks v. Belgium*, Judgments and Decisions 31 (1979), para. 63.

¹¹ *Bramelid and Malström v. Sweden*, Decisions and Reports 29, 82 (1982).

¹² *Smith Kline and French Laboratories v. The Netherlands*, app. no. 12633/87.

¹³ *Pressos Compania Naviera v. Belgium*, Judgments and Decisions A332 (1995).

¹⁴ *Pine Valley Developments Ltd v. Ireland*, Judgments and Decisions A222 (1991).

¹⁵ Упор. А. van Rijn, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (eds. P. van Dijk et al.) Antwerpen-Oxford 2006.

биће размотрен у даљем тексту. Довољно је рећи да су поједини аутори изнели предлоге за стварање посебног концепта на националном нивоу како би се постигла усаглашеност са оним који је развило европско право људских права. Ову идеју би требало означити као уставну својину и она би требало да обухвати сва наследна права, али не и права личности. Ови предлози, међутим, нису наишли на велику подршку.¹⁶

2.2. Противречење општеприхваћеним ставовима теорије

Аутономни концепти европског права људских права могу, у одређеним приликама, да се нађу насупрот установљеним и већ дуго времена важећим закључцима готово универзално прихваћене правне теорије. Један од најпознатијих и најистакнутијих примера ове врсте јесте појам *law*, онако како га је Суд развио.

Енглески термин је и у овом случају двосмислен, нарочито са становишта континенталне правне традиције. Оно што се на енглеском језику назива *law* на француском језику, који је други званични језик Конвенције, може се означити и термином *droit* (право) и термином *loi* (закон). Међутим, текст неколико одредби написан на француском језику прилично је јасан, и није ни неразумљив ни двосмислен, јер је употребљен термин *loi*. Могло би се можда закључити да би енглески термин *law* требало да се схвати као акт Парламента. Али, да ли би онда овај термин могао да обухвати изворе права који немају порекло у писаном праву? Да ли би, с обзиром на двосмисленост енглеског израза, формулација *prévue par la loi* написана на француском језику, требало да се схвати као нешто што се односи на домаће прецедентно право, или, на обичајно право државе уговорнице Конвенције?¹⁷

Ово питање први пут је постављено у поступку који је вођен још седамдесетих година прошлог века. Ради се о случају *The Sunday Times v. United Kingdom*¹⁸ и тиче се извештавања штампе о последицама употребе талидомида. Када га узимају труднице, он често код деце проузрокује озбиљна оштећења. Суд је сматрао да судска забрана дневних новина које су извештавале о овој теми на домаћем нивоу није била нужна у једном демократском друштву. Судска забрана на домаћем нивоу није донета према одредбама које се односе на акт Парламента, док чл. 10 Конвенције предвиђа да би мера требало да буде „законом прописана“, односно у француској верзији – *prévue par la loi*.

¹⁶ A. R. Çoban, *Protection of Property Rights Within the European Convention on Human Rights*, Aldershot 2004, 34.

¹⁷ E. Kastanas, 38.

¹⁸ *Sunday Times v. The United Kingdom*, Judgments and Decisions A30 (1979).

Закључак Суда, који је битан за горенаведену сврху, био је да би, када се у обзир узме Конвенција, концепт *law*, или онога што се на француском језику назива *loi*, требало да обухвати и писано и неписано право.¹⁹ Постоји мала вероватноћа, међутим, да ће овакав став одговарати становиштима правне теорије европског континента.

Навешћемо неколико примера којима ћемо ово објаснити. Ардент тврди да *закон (la loi)* јесте одлука коју доноси Парламент или народ у процедури која је предвиђена Уставом. Он даље тврди да само законодавац може да измени или укине такав акт.²⁰ Ово мишљење је готово идентично ставу који износи Мари-Ан Коенде, која *la loi* дефинише као опште и безлично правило које у демократији усваја народ или његови, слободно и периодично бирани, представници.²¹

Пакте се, са своје стране, позива на ауторитет Кареа де Малбера и његову монографију посвећену појму *loi*, који у мањој или већој мери следе пут који је зацртао Русо. Пакте тако дефинише *закон* у француском смислу те речи, као акт који је изгласан у Парламенту у складу са законодавном процедуром и који је прогласио шеф државе.²² Последњи француски пример јесте студија Матјеа под називом *La loi*, у којој овај аутор креће од традиционалне органске и формалне дефиниције *закона*, као акта који изгласава Парламент. Кратка анализа француског развоја институција, као и правне теорије, доводи Матјеа до закључка да *закон* у Петој француској републици јесте акт онога што он назива „супериорном влашћу“. Ова последње поменута дефиниција и данас се може наћи у француској правној теорији, где се закон описује као писани документ, о којем одлучују и гласају скупштине или га усваја народ.²³

Халер и Келц дефинишу свој „материјални појам законодавне власти“ као власт која поставља општа и апстрактна правна правила. Законодавна власт, то јест, овлашћење да се доносе ова правила, налази се у рукама Парламента, као законодавног тела.²⁴

Флајнер прави синтезу класичне немачке доктрине о овој теми тако што говори о постојању разлике између супстантивног и формалног појма закона (*Gesetz*). У том смислу, он прихвата мишљење

¹⁹ E. Kastanas, 37.

²⁰ P. Ardent, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris 2003, 44.

²¹ M. A. Cohendet, *Droit constitutionnel*, Paris 2006, 231.

²² P. Pactet, *Institutions politiques – Droit constitutionnel*, Paris 2002, 594.

²³ B. Mathieu, *La loi*, Paris 2004, 11–14.

²⁴ W. Haller, A. Költz, *Allgemeines Staatsrecht*, Basel – Genf 1999, 249.

Лабанда и широко прихваћен научни став немачких аутора, према којем сви закони који, у супстантивном значењу појма, постављају ограничења или слободи или својини, морају да буду формални закони, то јест, акти Парламента.²⁵ Требало би додати и да је српска доктрина увек била у складу са ставовима класичних немачких аутора. Најистакнутији српски аутор свих времена, Слободан Јовановић, такође је био инспирисан Лабандом.²⁶

Суд са своје стране није желео да се веже за континенталну правну теорију. Он је одбацио органски и формални приступ дефиницији правног појма, који је скоро универзално био прихваћен на европском континенту.

Суд је извршио дубљу анализу друштвене стварности, како би створио аутономан концепт за потребе Конвенције. Стога је прихватио неписано право на начин да оно потпада под категорију онога што се на француском језику назива *loi*. Суд је ипак захтевао да се неписано правило може подвести под термин *law* само ако он испуњава одређене услове. Што се тиче прецедентног права на домаћем нивоу, такво правило требало би константно да следе домаћи судови и оно би требало да буде јавно и доступно.²⁷

Приступ који се појавио у случају *The Sunday Times* од тог тренутка прихватио је и Суд. Један од случајева који то илуструју јесте случај *Kruslin v. France*. Он се тичао уплитања јавне власти у вршење права подносиоца представке на поштовање преписке и приватног живота према члану 8 Конвенције.²⁸ Суд је тумачио термин „*law*“ у његовом супстантивном, а не у формалном значењу. Он је обухватао и правне акте, ниже правне снаге од закона, па чак и „неписано право“.

У случају *Kruslin*, Суд је чак отишао корак даље него у случају *The Sunday Times*. У параграфу 48 одлуке донете у последње поменутом случају, Суд је покушао да помири гледишта два велика светска правна система „како би остварио циљ и сврху“ Конвенције. У случају *Kruslin*, Суд је на изванредан начин негирао разлику између великих правних система тиме што је у параграфу 29 своје одлуке изјавио да се ни у једном од ова два система не могу одвојити писано и неписано право.²⁹ Ово нас доводи до питања односа који постоје између аутономних концепата, с једне, и упоредног права, с друге стране.

²⁵ T. Fleiner, L. Basta-Fleiner, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin – Heidelberg 2004, 415–416.

²⁶ С. Јовановић, *О држави*, Београд 1922, 196.

²⁷ E. Kastanas, 43.

²⁸ *Kruslin v. France*, Judgments and Decisions A176 (1990).

²⁹ Д. Поповић, *Увод у упоредно право*, Београд 2007а, 45.

2.3. Изостајање подршке упоредног права

Иако су аутономни концепти у великој мери повезани са упоредним правом, и многи их чак сматрају производима упоредног приступа правним терминима, њима понекад недостаје подршка упоредног права. Другим речима, постоје аутономни концепти европског права људских права који нити представљају заједничко језгро сличних термина из правних система држава чланица, нити одговарају било ком од њихових термина.

Пример ове последње поменутог појаве јесте претходно споменути концепт *possessions*, који је створен за потребе чл. 1 Првог протокола. Не постоји ниједан национални правни систем за који би се могло рећи да поседује исти овај појам. Ово је већ предочено у вези са холандским правом.³⁰ Исто важи и за француске, аустријске, немачке и швајцарске законе и њихове грађанске законике.³¹ Ни у једном од ових националних правних система не постоји апсолутни еквивалент концепта *possessions*, који постоји у европском праву људских права.

Ако проблем сагледамо дубље и ван националног оквира, тако да у обзир узмемо велике правне системе или правне породице којима припадају државе чланице, видимо да се ситуација не мења. Ни англосаксонски правни систем, ни онај заснован на традицији римског права, нису развили концепт који је идентичан оном створеном у судској пракси Суда. Ни комплексне мреже поседа и закупа свих врста у Енглеској и Велсу, нити континентална идеја својине, једноставно дефинисана путем овлашћења власника на *usus, fructus* и *abusus*, не могу у потпуности да одговарају аутономном концепту *possessions* који је развио Суд.³²

Остали примери ове врсте могу се пронаћи у два аутономна концепта о којима ће касније бити више речи. Значење термина *грађанска права и обавезе* вероватно је јасно сваком студенту права. Међутим, проблем да се такви термини на прави начин схвате јавља се када се тражи примена чл. 6 Конвенције, из простог разлога што његова одредба не садржи дефиницију горепоменутог термина.

Шта представљају *грађанска права и обавезе* према чл. 6 Конвенције, требало би да буде одређено само у односу на судску праксу Суда. Овај аутономни концепт у релативно је уској вези са

³⁰ У вези с холандским правом, вид. Т. Hartlief.

³¹ Упор. Д. Поповић (2007а), 98, 113, 118, 122.

³² Упор. S. van Erp, „Comparative Property Law“, *The Oxford Handbook of Comparative Law* (eds. M. Reinmann, R. Zimmermann) Oxford 2006, 1051; J. Gordley, *Foundations of Private Law*, Oxford 2007, 49–53; Д. Поповић, *Европски суд за људска права*, Београд 2008, 114–115.

терминима националних правних система, али они нису у потпуности исти.

Грађанска права и обавезе обично стоје насупрот јавних обавеза и права.³³ Међутим, немогуће је утврдити тачно значење аутономног концепта ако се у обзир не узме судска пракса Суда, иако се, на први поглед, не чини да концепт као такав захтева шире објашњење. Касније ће постати јасно да су дешавања из судске праксе Суда утицала на обликовање концепта какав данас постоји. Његов образац је промењен, или, другим речима, концепт је био подложен еволуцији.

2.4. Подложност еволуцији

Чињеница да аутономни концепти европског права људских права подлежу еволуцији може се јасно увидети ако се наведе пример концепта који сам управо споменуо – концепт *грађанских права и обавеза* у смислу чл. 6 Конвенције.

Најранији случај који је важан за утврђивање грађанских права и обавеза у оквиру чл. 6 Конвенције јесте случај *Ringeisen*,³⁴ у којем је апликант шпекулисао са земљиштем у Аустрији. Иако је купио извесне парцеле земљишта од приватних лица, он је морао да се обрати одређеним управним органима током поступака вођених пред локалним органима. Стога је на Суду постављено питање да ли се представка односи на грађанска права и обавезе и да ли, у складу са тим, у овом случају треба да се примени чл. 6 Конвенције. Суд је, у параграфу 94 своје пресуде, оценио да „француски израз ‘*contestations sur (des) droits et obligations de caractère civil*’ покрива све поступке чији је исход значајан за приватна права и обавезе.“ У исто време, Суд је изнео мишљење да текст на енглеском језику потврђује такво тумачење. Чини се да одлука донета у случају *Ringeisen* ограничава могућност стварања аутономног концепта. У основи, као што су то приметили аутори, термин „грађански“ у овој одлуци схваћен је као еквивалент термина „приватни“.³⁵ На тај начин, заузети приступ одговарао је закључцима правне теорије. Без обзира на то, правило постављено у случају *Ringeisen* било је одбачено у случају *Pelegrin v. France*,³⁶ чије ће чињенице сада укратко бити изнете. Француски министар за сарадњу и развој поставио је подносиоца представке на функцију техничког саветника за владе западних афричких држава. Међутим, на основу лекарског налаза, утврђено је да је он трајно неспособан за прекоморску службу, што га је учинило неподобним за ту функцију.

³³ E. Kastanas, 375.

³⁴ *Ringeisen v. Austria*, Judgments and Decisions A13 (1971).

³⁵ E. Kastanas, 375–376.

³⁶ *Pelegrin v. France*, Reports of Judgments and Decisions, 1999-VIII.

Суд је у параграфу 64 своје одлуке истакао да „би у циљу утврђивања примењивости члана 6.1. на државне службенике [...] требало применити функционални критеријум на основу природе дужности и обавеза запослено.“ Суд је због тога осећао обавезу да у истом параграфу закључи да „мора, у складу са предметом и циљем Конвенције, да усвоји рестриктивно тумачење изузетака на заштите предвиђене чланом 6.1.“ Суд је сматрао да се чл. 6 Конвенције не односи на овај случај.

Идеја која је била у позадини пресуде у случају *Pelegrin*, по мишљењу Суда, јесте да у сектору државне службе „одређене функције подразумевају одговорности у општем интересу или учешће у вршењу овлашћења која су додељена јавним правом.“ Суд је проценио да они који обављају такве функције врше „део суверене власти.“ Држава има легитиман интерес да од својих службеника који обављају такве функције захтева „посебну везу поверења и лојалности.“ То је, заправо, било оно што је спречило Суд да чл. 6 Конвенције примени на овај случај; овде се радило о „посебној вези лојалности“, а не о *грађанским правима и обавезама*. Важно је споменути да је постојала подударност између овог мишљења Суда и става Комитета Уједињених нација за људска права, када је он применио чл. 14 Међународног пакта о грађанским и политичким правима.³⁷

Суд је годинама примењивао одлуку донету у случају *Pelegrin*. Одступање од судске праксе десило се у случају *Vilho Eskelinen and others v. Finland*,³⁸ у којем је група финских полицајаца покренула судски поступак пред домаћим судом у вези са својим платама. Поступак је вођен пред финским административним судовима. Суд је већ утврдио преседане који су довели до закључка да карактер домаће процедуре није од пресудног значаја. Према домаћим правилима могло би да се схвати да се правно средство управноправне природе односи на *грађанска права и обавезе* у смислу чл. 6 Конвенције.³⁹

У случају *Eskelinen*, Суд је пресудио у корист претпоставке примењивости чл. 6 Конвенције на обичне радне спорове. Стога је сматрано да није довољно да држава утврди да је државни службеник учествовао у вршењу јавне власти само да би се избегла примена чл. 6 Конвенције. Ако жели да избегне чл. 6 Конвенције, влада те државе треба да докаже да су испуњена два услова. Прво, приступ суду мора изричито да буде искључен из националног права, и друго, то искључивање мора бити оправдано навођењем објективних раз-

³⁷ Упор. Д. Поповић, *Међународно право људских права* (ур. Б. Димитријевић *et al.*) Београд 2006, 189.

³⁸ *Vilho Eskelinen and others v. Finland*, app. No. 63235/00 (2007).

³⁹ Упор. *Menitto v. Italy*, Reports of Judgments and Decisions, 2000-X. Ово се такође односи и на случај *Ringeisen*.

лога који су у интересу државе. Ово последње у сваком случају подлеже испитивању Суда. Суд је у случају *Eskelinen* сматрао да се чл. 6 Конвенције може применити на овај случај и да је он прекршен.

Стога је пресуда у случају *Eskelinen* на извештан начин исправила ону донету у случају *Pelegrin*, и учинила ју је мање крутом. Њен коначан исход јесте извесно исправљање концепта *грађанских права и обавеза* према чл. 6 Конвенције. Она више не искључује нужно заштиту особа које са државом вежу посебне везе лојалности. Овај концепт може у том случају да се прошири и на тужбе државних службеника који врше део државне суверене власти. То се, наравно, односи на услове попут оних у случају *Eskelinen*.

3. АУТОНОМНИ КОНЦЕПТИ И ТУМАЧЕЊЕ КОНВЕНЦИЈЕ

Аутономни концепти су, по својој суштини, важно средство тумачења Конвенције, које Суд често користи. Постоје два основна питања на која треба дати одговор у вези са њиховом функцијом. Прво се тиче ограничења на пољу примене аутономних концепата које је створио Суд. Чини се да друго питање представља други аспект исте ствари. Оно се односи на дискрециону власт Суда и начин на који он поступа током процеса доношења пресуда и одлука. Оба ова питања су теоријска по свом карактеру и захтевају шире проучавање. Стога можемо дати само кратак приказ могућих одговора.

Што се тиче другог проблема, једно од главних питања у овом погледу јесте однос између првобитних идеја аутора Конвенције и њених накнадних протокола и тумачења који се могу повезати са њиховим садашњим стварањем. Став Суда по овом питању је јасан, јер је он у више наврата поновио да Конвенцију сматра живим инструментом. Ова формулација потиче из касних седамдесетих година прошлог века, када ју је Суд употребио у једном британском случају, који, иако донекле необичан, добро илуструје ову фундаменталну дилему.

Суд је први пут описао Конвенцију као живи инструмент у случају *Tyrer v. United Kingdom*,⁴⁰ који се тицао већ дуго времена присутне праксе физичког кажњавања малолетника. Ова мера још увек постоји на Острву Ман, једном од Каналских Острва, која припадају Британској Круни. Подносилац представке је био малолетник који је увредио и физички напао старијег ученика у својој школи, који га је пријавио да је донео пиво у школу.

Подносилац представке је био осуђен на три ударца шибом, у складу са релевантним законом који важи на том острву. Он је иши-

⁴⁰ *Tyrer v. The United Kingdom*, Judgments and Decisions A26 (1978).

бан у полицијској станици, у присуству свог оца и лекара. Морао је да скине своје панталоне и гаћице и да се пресавије преко стола, док су га два полицајца држала, а трећи спроводио казну.

Суд је сматрао да се физичко кажњавање које је суд наложио може подвести под појам понижавајућег кажњавања у смислу чл. 3 Конвенције и утврдио је да је дошло до кршења ове одредбе. У параграфу 31 ове одлуке Суд је први пут представио идеју Конвенције као живог инструмента. У владином одговору изнета је теза да судски досуђено физичко кажњавање не представља кршење Конвенције „зато што оно није изазвало осуду јавног мњења на Острву.“ Суд је одбацио овакво расуђивање и навео да је „Конвенција живи инструмент који се мора тумачити у светлу постојећих прилика.“ Стога, чињеница да нека пракса дуго траје – па чак и да ужива подршку становништва – није могла ни да оправда наставак те праксе, нити да је учини сагласном са Конвенцијом. Другим речима, да искористимо мишљење Махонија, основна идеја јесте да се нека пракса или обичај који су некада били дозвољени, накнадно могу забранити.⁴¹

Приступ заснован на идеји Конвенције као живог инструмента, који је Суд заузео при решавању питања тумачења Конвенције, доводи до разматрања односа између њеног текста и налаза и закључака Суда. Ефекат који постиже овакав приступ Суда веома је сличан оном који производи употреба аутономних концепата. Аутори су приметили да су „одредбе Конвенције апстрактне и недовољне“ и да, стога, „кључ за решавање појединачних притужби лежи управо у начину на који се текст тумачи.“⁴²

Суд је очигледно изашао изван стриктне и безусловне привржености тексту Конвенције, то јест, изван приступа тумачењу које се понекад назива оригинализмом или текстуализмом.⁴³ У више наврата, Суд је показао склоност да тексту припише одређена значења која очигледно, па чак ни лингвистички, нису одговарала његовом уобичајеном значењу. Са ове тачке гледишта, чини се да техника аутономних концепата има донекле помирителску улогу. Створити њих, у одређеном смислу, значи сачувати приврженост Суда тексту Конвенције.

Сада бисмо могли да наведемо претходни пример. Суд обезбеђује заштиту својине према чл. 1 Првог протокола. Концепт *својине (property)* или *поседа (possessions)*, који је раније представљен, обухвата, између осталог, и појам легитимних очекивања. Укључи-

⁴¹ Упор. P. Mahoney, 147; вид. такође G. Letsas, 61.

⁴² S. Greer, *The European Convention on Human Rights – Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge – New York 2006, 193 (у вези са C. Gearty, чланак из 1993).

⁴³ G. Letsas, 59–60.

вањем овог појма у концепт својине, Суд би могао да остане веран тексту. Чинећи то, Суд излази изван оквира „првобитног“ или „убичајеног“ значења појма *својине* или *поседа* како би применио одређену одредбу, садржану у тексту. Да би могао да примени ту одредбу, Суд мора да се држи аутономног концепта, тиме проширујући значење појма употребљеног у тексту Конвенције.

Тако се приврженост Суда тексту Конвенције постиже незнатно различитим схватањем одређених појмова у односу на првобитне намере и значење које су имали на уму аутори Конвенције. Ово, у извесној мери, показује креативност Суда, која би, међутим, требало да се користи у разумним границама. Њих постављају друштвене потребе и различити изазови савременог света. У доктрини се истиче да је Суд у овом погледу инспирисан чл. 31(1) Бечке конвенције о уговорном праву, који прописује да уговор мора да се тумачи „у светлу свог предмета и циља.“⁴⁴

Што се тиче другог, раније поменутог питања, сада би се могло закључити да Суд има дискрециону власт у стварању аутономних концепата. Међутим, прво питање – колико далеко Суд може да иде у свом увођењу ограничења на пољу примене аутономних концепата, и даље остаје нерешено. Требало би увек имати на уму да су ова два питања међусобно уско повезана и да се не могу одвојити једно од другог. Кадгод Суд ствара аутономни концепт, неминовно искрсава проблем његових граница. Ово подразумева границу судског самоограничавања.

Судска креативност и судска дискрециона власт представљају питања од ширег интереса. Она не би требало да се постављају искључиво у погледу области људских права, иако веома често ова права и њихова примена подстичу Суд на изношење нових и свежих идеја. Без обзира на чињеницу што се јавља и на националном нивоу, ово питање је подигнуто на ниво од посебног значаја у раду једног међународног суда правде.

Што се тиче тумачења Конвенције од стране Суда, требало би истаћи да су постојале, и вероватно још увек постоје, судије које нису благонаклоне према ширем погледу на аутономне концепте. Анализирајући такве ставове, Лецас је дошао до кључног питања, које је он на изванредан начин формулисао: „Да ли аутономни концепти представљају случај нелегитимног судског законодавства?“⁴⁵

Овде се слажем са Лецасом. Он сматра са судска дискрециона власт произилази из неслагања о могућим тумачењима текста Конвенције. Судије се само опредељују за једну од могућности које нуди

⁴⁴ Jacobs & White, 34–35.

⁴⁵ G. Letsas, 49.

логика. Они имају обавезу да изнесу образложења својих одлука, то јест, својих избора, али се судска дискрециона власт као таква не може доводити у питање.⁴⁶ Очигледно је да пред Судом у Стразбуру, као и пред осталим судовима, без обзира на то да ли се ради о националном или међународном нивоу, странке износе различита тумачења правних одредби. Задовољење правде у одређеном случају у суштини не значи ништа друго до прављење избора између могућих тумачења.

Коришћење аутономних концепата у европском праву људских права, на начин како су они развијени у судској пракси Суда, доводи, стога, до питања полазних тачака тумачења, то јест, шта би се десило да Суд мора да донесе одлуку у потпуном одсуству текста. Могли бисмо замислити неку судску инстанцу, која има овлашћење да суди, било на националном или међународном нивоу, без текста чијих би појединих одредби требало да се држи. Такво тело би, по мом мишљењу, могло да спроводи правду. Оно би морало да почне са доношењем пресуда и одлука, а касније и да се њима обавезе. Ово, заузврат, проузрокује проблем функционисања прецедената и доктрине *stare decisis* у судској пракси Суда.⁴⁷ Ово је сложено питање, којем аутори још увек нису посветили довољно пажње, и које, у сваком случају, захтева додатна разматрања која је немогуће изнети у овом раду.

4. БАВЉЕЊЕ АУТОНОМНИМ КОНЦЕПТИМА НА НАЦИОНАЛНОМ НИВОУ

Већ је истакнуто да аутономни концепти углавном потичу од израза из националних правних система држава уговорница Конвенције. Термини који функционишу као полазне тачке за стварање аутономних концепата остају у употреби и на нивоу домаћег права и у парницама пред домаћим судовима. У исто време, Конвенција представља извор права у државама чланицама и примењују је домаћи судови. Аутономни концепти, стога, коегзистирају са терминима од којих они вуку порекло и требало би да се једнако примењују.

Ситуација паралелног постојања аутономних концепата и домаћих правних термина на националном нивоу захтева објашњење. Једно од главних питања тиче се начина на који се Конвенција инкорпорира у домаћи правни поредак.⁴⁸ Земље са монистичким при-

⁴⁶ *Ibid.*, 53–54.

⁴⁷ Вид. Д. Поповић (2008), 105–109.

⁴⁸ У вези с инкорпорацијом, вид. С. Grabenwarter, 18–25.

ступом односу између међународног и националног права у овом погледу вероватно ће се разликовати од оних које следе дуалистички приступ.

Тема која с разлогом захтева разматрање јесте да ли и у којој мери аутономни концепти европског права људских права могу да доведу до трансформације домаћих правних концепата. Овај процес је прилично сложен и заслужује посебно истраживање пре него што се донесу закључци опште природе, али мора се рећи да се напори ове врсте већ појављују у доктрини.⁴⁹

Пошто су аутономни концепти примењиви на националном нивоу, они би требало да буду присутни на студијама права како би се будући правници припремили за бављење овим концептима. Ово се, пре свега, односи на судије, али је исто тако важно и за адвокате и јавне тужиоце, што доводи до закључка да би подучавање о постојању и познавање аутономних концепата требало да пронађе своје место у наставним плановима правних факултета. Аутономни концепти европског права људских права свакако потпадају под категорију оних концепата за које се сматра да имају универзални значај, а уз то и одређени статус у позитивном праву,⁵⁰ што је разлог због којег би требало да буду међу ударним темама на универзитетима.

Рано проучавање аутономних концепата такође је веома препоручљиво, пошто се они примењују и постоје на националном нивоу, заједно са националним правним концептима од којих се, упркос њиховој очигледној сличности, ипак неизбежно разликују. Националне и европске концепте је боље учити паралелно, а не националне третирати као догму коју студенти права касније морају да доводе у питање и да траже одступања од ње. У том смислу, слажем се са Леграндом који сматра да би студенти требало да буду упућени у упоредно право, не само да би избегли појаву коју он назива *l'imperium des textes*, већ и да би избегли уобичајени аподиктични карактер свог националног права.⁵¹ Ово је велики изазов за савремене правне студије, нарочито када се имају у виду одређене специфичности које долазе до изражаја приликом разматрања и упоређивања традиционалних и нових демократија.⁵²

⁴⁹ Упор. фн. 16.

⁵⁰ Упор. S. Casese, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari 2006, 107.

⁵¹ P. Legrand, *Le droit comparé*, Paris 1999, 69.

⁵² Упор. D. Popović, „La raison comparatiste et la liberté. Problème de renforcement du pouvoir judiciaire dans les nouvelles démocraties“, *Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic – Démocratie et liberté: tension, dialogue, confrontation* (eds. J. du Bois de Gaudusson *et al.*) Bruxelles 2007b, 244–246.

5. ЗАКЉУЧАК

Аутономни концепти су подложни засебној еволуцији унутар европског права људских права. Њих није лако дефинисати, пошто они измичу установљеној правној теорији и упоредном праву. Они су типични производи судски створеног права.

Аутономни концепти служе као средство за тумачење Конвенције од стране Суда. Укореењени су у судској креативности, што је очигледно добар одговор на различите изазове који стоје пред данашњим светом.

Аутономни концепти утичу на развитак права на националном нивоу и требало би да имају користи од темељног сагледавања у процесу израде универзитетских наставних планова. Аутономни концепти још увек захтевају екстензивна истраживања. Што више научни кругови буду истраживали ограничења и последице аутономних концепата, то ће ефикаснија бити заштита људских права у Европи.

Dr Dragoljub Popović

Judge of the European Court of Human Rights

AUTONOMOUS CONCEPTS OF THE EUROPEAN HUMAN RIGHTS LAW

Summary

The institutional independence of the European Court of Human Rights (ECHR) is partly illustrated in the so-called „autonomous concepts“ developed in the Court’s jurisprudence. The author tries to define and to explore main features of those autonomous concepts. Although the author notices that it is hard to provide a coherent definition, because a proper approach by legal theory is lacking, the author proposes to treat them as terms applied by the ECHR, which exist in national legal systems of Contracting Parties to the European Convention on Human Rights, but they are given a special meaning in the Court’s jurisprudence. Sometimes, the meaning of those concepts as determined by the Court may differ from almost universally accepted meaning of legal notions, such as that of law, or they can lack support of comparative law, such as the case with the concept of civil rights and obligations. The author further explains that autonomous concepts are susceptible to evolution, which means that those being currently in use might be quite opposite to the old ones.

Therefore, the author concludes that a practitioner who deals with jurisprudence of the ECHR must be aware of the fact that such concepts are typical products of a judge-made law. Moreover, bearing in mind that the ECHR is a part of national law of its member states nowadays, national judges and practitioners must be prepared to handle with those concepts. To achieve this goal, it is necessary to provide systematic and early legal training and studies on this matter.

Key words: *Autonomous concepts. – European human rights law. – Court's Jurisprudence. – Judge-made law.*