

# ZLOUPORABA PRAVA U TEORIJI PRAVA I PRAKSI EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

**Sažetak:** U radu autor analizira nastanak i razvoj instituta zlorporabe prava u teoriji prava i praksi Europskog suda za ljudska prava. Institut zlorporabe prava nastao je prihvaćanjem stava da su subjektivna prava dana s ciljem ostvarivanja socijalne funkcije prava. Zabrane zlorporabe prava propisana je u najznačajnijim dokumentima o ljudskim pravima. U potonjem području posebno je značajan članak 17. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda koji sadrži generalnu klauzulu o zabrani zlorporabe prava. U praksi Europskog suda za ljudska prava prisutna su četiri pristupa pri primjeni ovog članka: izravna primjena članka 17., neizravna primjena članka 17., propuštanje primjene članka 17. u predmetima u kojima je institut zlorporabe prava mogao biti, ali nije bio primijenjen, te neprimjenjivost članka 17. zbog toga što činjenične okolnosti nisu bile dovoljno ozbiljne u konkretnom slučaju. S obzirom da je u sudskoj praksi domet zlorporabe prava značajno proširen, u radu će se izložiti glavne kritike u pogledu ovakvog pristupa Suda. Nedostatak jasnih kriterija za primjenu članka 17. Konvencije ostavlja mogućnost arbitrarne procjene o primjeni instituta zlorporabe prava u konkretnim slučajevima zbog čega autor predlaže njihovo jasnije definiranje u cilju ostvarivanja pravne sigurnosti.

**Ključne riječi:** zlorporabe prava, subjektivna prava, ljudska prava, Europski sud za ljudska prava, Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda

---

\* Ivan Tomić, asistent, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, [ivan.tomic@pf.sum.ba](mailto:ivan.tomic@pf.sum.ba)

## 1. Uvod

Zloupotreba prava teorijska je konstrukcija koja je dobila svoju praktičnu primjenu, posebno u državama koje pripadaju kontinentalno – europskom pravnom krugu. Ovaj pravni institut i dalje izaziva brojne kontroverze i akademske rasprave među znanstvenicima zbog svoje pravne prirode. Iako postoje različite definicije pojma zloupotrebe prava, posebnost ovog pravnog instituta ogleda se u nespecifičnom karakteru – onaj tko zloupotrebljava pravo ne čini delikt u klasičnom smislu pa se stoga na takvo ponašanje ne može primijeniti sankcija kao jedan od dijelova pravne norme. S druge strane, zloupotreba prava ne predstavlja niti pravno propisano ponašanje koje je u skladu s ciljem koji se pravnom normom želi ostvariti. Iz navedenog je razvidno da je struktura ovog instituta složena i polemična. Subjekt koji vrši zloupotrebu prava ostvaruje ovlaštenje koje mu je dopustila pravna norma, ali je ostvarivanje ovlaštenja protivno cilju, duhu, društvenom smislu pravne norme.

Upravo zbog spornog područja primjene pravne norme sukladno duhu prava ili pak društvenom cilju prava, ovaj pravni institut nerijetko nailazi na odbijanje brojnih znanstvenika i praktičara. Pri tome, srž kritike usmjerena je na nepouzdanost u tumačenju što je to cilj prava, odnosno duh prava. Kritičari posebno ističu bojazan da onaj tko odlučuje postoji li zloupotreba prava može postupati arbitrarno pri tumačenju i podvođenju nekog činjeničnog stanja pod pravnu normu. Institut zloupotrebe prava posljedica je nesavršenosti prava, odnosno nemogućnosti tvorca pravne norme da precizno propiše sve slučajeve koji su (ne) dopušteni. Ipak, unatoč brojnim (ne)opravdanim kritikama, institut zloupotrebe prava pokazuje tendenciju daljnjeg razvoja i oživotvorenja u velikom broju konkretnih slučajeva.

Zloupotreba prava kao pravni institut posebno je razvijena unutar sustava zaštite ljudskih prava uspostavljenog Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljnjem tekstu: Konvencija). Europski sud za ljudska prava (u daljnjem tekstu: Sud) kao tumač i čuvar konvencijskih prava i sloboda vremenom je proširio domet ovog instituta izvan dometa koji su na umu imali tvorci Konvencije.

U radu autor analizira zloupotrebu prava u teoriji prava i konvencijskom sustavu. Nakon teorijske analize, autor će analizirati konkretne predmete pred Sudom te nastojati ukazati na kontradiktorna postupanja ovog suda u odnosu na zloupotrebu prava. U tu svrhu poseban naglasak u radu bit će na izdvojenim mišljenjima sudaca u pojedinim predmetima. Autor polazi od hipoteze da je Sud dao značajan doprinos razvoj instituta zloupotrebe prava, ali nije razvio precizne kriterije za primjenu zabrane zloupotrebe prava zbog čega su otvorena vrata pravnoj nesigurnosti.

## 2. Pojam zloporabe prava u teoriji prava

Začetke zloporabe prava kao pravnog instituta možemo tražiti još u rimskom pravu iako njegovo kodificiranje i primjena pripadaju novijoj povijesti. Naime, u rimskom pravu zloporaba prava nije bila izgrađena kao pravni institut. Prije se može govoriti o izuzecima od pravila „*neminemlaedit, quisuoiuretitur*“. Horvat navodi da su u pravnoj znanosti prisutna tri različita pogleda o tome je li rimsko pravo poznavalo zabranu šikane: jedni autori negiraju, drugi pronalaze začetke ovog instituta, dok treći smatraju da je zabrana šikane bila prisutna u širokom obujmu već u rimskom pravu.<sup>1</sup> Prema Romcu „ako nije bilo ograničenja, vlasnik se mogao koristiti svojim pravom kako je htio, čak i šikaniranjem, jer opće zabrane šikane nije bilo.“<sup>2</sup> Ipak, i u rimskom pravu bila su prisutna neka načela koja se danas povezuju s reguliranjem zloporabe prava. U tom smislu Ciceron je naveo da najveće pravo može biti najveća nepravda („*summumius, summainiuria*“). Prema Miličiću kod zloporabe ovlaštenja „riječ je ukratko o vječnim prijeporima nedogmatskih osnovnih i općih načela u pravu prema dogmatskim općim (i posebnim) načelima u pravu.“<sup>3</sup> Povijesno, institut zloporabe prava nastao je kao opreka apsolutnom ostvarivanju subjektivnog prava odnosno u onom trenutku kada je u pravnoj teoriji prevladao stav da pojedinačna subjektivna prava nisu svrha sama sebi nego njihovo vršenje treba biti u skladu sa socijalnim ciljevima radi kojih su normativno regulirana.

Josserand, tvorac prve sveobuhvatne teorije o zloporabi prava, istaknuo je socijalnu funkciju prava prema kojoj se „pravo stvara za dobrobit zajednice, a ne u korist pojedinca.“<sup>4</sup> Prema navedenoj teoriji „svako pravo ima društvenu svrhu i mora se izvršavati u tom svjetlu.“<sup>5</sup> Kao posljedica toga, prava se mogu ostvarivati samo na dobro promišljen i društveno prihvatljiv način i ne trebaju se pretvarati u sredstvo protiv društva.<sup>6</sup> Josserand smatra da zloporaba prava predstavlja djelovanje protivno cilju zbog kojeg je stvoreno pravo, odnosno duhu i cilju prava.<sup>7</sup> Ovakva sukladnost duhu, svrsi, cilju prava predstavljena je terminom legitimnog interesa. Svako ponašanje koje ne teži ostvarenju legitimnog interesa predstavlja zloporabu prava koja ovlaštenika lišava zaštite prava.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> HORVAT, M., Rimsko pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2020., str. 190 – 191.

<sup>2</sup> ROMAC, A., Rječnik rimskog prava, Dominović, Zagreb, 2018., str. 421.

<sup>3</sup> MILIČIĆ, V., Opća teorija prava i države, Zagreb, 2003., str. 210.

<sup>4</sup> GUTTERIDGE, H.C., 'Abuse of Rights', Cambridge Law Journal, vol. 5, no. 1, 1933, str. 27.; citirano u DEMORREE, P.E., Rights and Wrongs under the ECHR - The prohibition of abuse of rights in Article 17 of the European Convention on Human Rights, Intersentia, Utrecht, 2016., str. 123

<sup>5</sup> JOSSERAND, L., De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie de la délimitation des droits, 2nd ed., Paris: Dalloz, 1939, str. 388., citirano u: DE MORREE, P.E., op.cit. str. 124.

<sup>6</sup> Ibid, str. 324.

<sup>7</sup> Ibid., str. 395.

<sup>8</sup> DE MORRE, P.E., op.cit., str. 125.

Josserandova teorija doživjela je brojne kritike zbog velikog zaokreta u pravnoj teoriji koji ide od promatranja subjektivnih prava kao apsolutnih prava do koncepcije subjektivnih prava kao sredstava ostvarivanja cilja prava. Prema mišljenju kritičara ove teorije, ovim konceptom otvoren je put da suci, pri odmjeravanju postoji li zlouporaba prava, postupaju arbitrarno.<sup>9</sup> Autor smatra da ovakve kritike nisu utemeljene iz razloga što se postupanje sudaca može pogrešno okvalificirati kao arbitrarno uvijek kada oni tumače pravne norme. U pravnoj teoriji kao središnja metoda tumačenja smatra se ciljno tumačenje. „Primjenom ciljnog tumačenja otkriva se smisao pravne norme analizom cilja koji se želi ostvariti tom normom. Drugim riječima, utvrđuje se razlog postojanja pravne norme, *ratio legis*, a zatim se iz toga razloga otkriva sadržaj pravne norme.“<sup>10</sup> U ovom kontekstu posebno je važna socijalna funkcija prava u Josserandovoj teoriji. Pravo se ne bi trebalo promatrati isključivo dogmatski kao zatvoren skup pravila, isključivo pozitivistički, neovisno o ciljevima koji su se željeli postići pravnom normom i koji su istodobno razlog postojanja pravne norme. Umjesto toga, sociološka metoda primijenjena zajedno s dogmatskom metodom pravo povezuje s društvom i adresatima norme pospješujući efikasnost (djelotvornost).

Pored Josseranda, značajno je istaknuti Dabinovu teoriju prema kojoj zlouporaba prava ima temelj u moralnom poretku.<sup>11</sup> Prema ovoj teoriji zlouporaba prava predstavlja kršenje moralnih normi. Ukoliko se ova teorija dovede u vezu s Ciceronovim stavom da najveće pravo može biti najveća nepravda ili pak s reguliranjem načela savjesnosti i poštenja u suvremenim pravnim sustavima, može se zaključiti da zabrana zlouporabe prava svoje ishodište ima u nekim najvišim vrijednostima prava kao što su solidarnost, dobra vjera, poštenje, savjesnost, pravičnost.<sup>12</sup>

## 2.1. Reguliranje i definicija zlouporabe prava

Zlouporaba prava kao pravni institut nema iste razvojne oblike u svim pravnim sustavima. U Francuskoj, koja se smatra kolijevkom ovog koncepta, institut zlouporabe prava razvili su sudovi krajem 19. stoljeća budući da Code Civil nije regulirao

<sup>9</sup> Ibid., str. 128.

<sup>10</sup> Vidi više: TOMIĆ, I., Tumačenje, pravne praznine i načelo zakonitosti, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, Vol. 1 No. XXVIII., Mostar, 2020., str. 106 - 128, dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/250161> (13.7.2022.)

<sup>11</sup> DABIN, J., *Ledroitsubjectif*, Paris: Dalloz, 1952, str. 289 - 292., citirano u: DE MORRE, P. E., op.cit., str. 126.

<sup>12</sup> Visković naziva pravne vrijednosti etičkim izvorima pravnih normi. On kritizira izostanak primjene aksiološke (vrijednosne) metode na našim pravnim fakultetima, što za posljedicu ima nerazumijevanje nastanka sadržaja pravnih normi, kao i nastanka etičkih, političkih i pravnih sporova oko načina normiranja društvenih odnosa. Navedeno je posljedica prevladavajućeg utjecaja dogmatskog pozitivizma u našoj pravnoj kulturi. Vidi: VISKOVIĆ, N., *Teorija države i prava*, Birotehnika, Zagreb, 2001., str. 136.

predmetni institut.<sup>13</sup> S druge strane, u Njemačkoj je doktrina zlorporabe prava razvijena kroz zakonodavstvo u vidu generalne klauzule o zabrani šikane prema kojoj izvršavanje subjektivnog prava nije dopušteno ukoliko je jedina svrha takvog izvršavanja prouzrokovati štetu drugom subjektu.<sup>14</sup> S obzirom da je teško ili čak nemoguće dokazati da je jedina svrha ovlaštenika nanošenje štete drugom ovlašteniku, ova klauzula nije imala bitan utjecaj na razvoj zlorporabe prava. Koncept zlorporabe prava razvijen je kroz odredbe građanskog zakona koje se odnose na dobru vjeru u izvršavanju obveza i naknadu štete uzrokovane djelovanjem koje je suprotno moralu budući da se ove odredbe usmjeravaju na djelo umjesto na svrhu ponašanja ovlaštenika.<sup>15</sup> U državama koje pripadaju *commonlaw* sustavu koncept zlorporabe prava nije generalno prihvaćen odnosno prepoznat, ali se kroz praktičnu uporabu drugih instituta dolazi do sličnih rezultata do kojih dovodi generalno reguliranje zlorporabe prava.<sup>16</sup>

Koncept zlorporabe prava prisutan je u većini razvijenih pravnih sustava i pokazuje tendenciju širenja sadržaja.<sup>17</sup> Općenito, zlorporaba subjektivnog prava postoji „kad ovlaštenik koristi pretjerano i bezobzirno svoje pravno ovlaštenje i time oštećuje drugog subjekta, onemogućujući ga ili ometajući u korištenju nekog njegovog istovrsnog ili drugog ovlaštenja.“<sup>18</sup> Prema Vrbanu zlorporaba prava predstavlja „ponašanje subjekta – ovlaštenika kojim on prelazi granice ostvarivanja svojega

<sup>13</sup> DE MORREE, P. E., op.cit., str. 129.

<sup>14</sup> Čl. 226 BGB

<sup>15</sup> DE MORRE, P.E., op.cit., str. 131 – 132.

<sup>16</sup> Ibid., str. 133.

<sup>17</sup> Zloupotrebu prava prepoznaje i sankcionira i pozitivno pravo Bosne i Hercegovine. Zakon o obveznim odnosima u osnovnim načelima regulira načelo savjesnosti i poštenja. Osim toga, predmetni zakon sadrži generalnu klauzulu o zabrani zloupotrebe prava propisujući da je zabranjeno vršenje prava iz obveznih odnosa protivno cilju zbog koga je ono zakonom ustanovljeno ili priznato. Vidi: Članak 12. i 13. Zakona o obveznim odnosima (Sl. list SFRJ”, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 - odluka USJ i 57/1989, “Sl. list RBiH”, br. 2/1992, 13/1993 i 13/1994 i “Sl. novine FBiH”, br. 29/2003 i 42/2011). U Obiteljskom zakonu FBiH predviđeno je oduzimanje roditeljske skrbi nad djetetom ukoliko roditelj zloupotrijebi svoja prava. Vidi: Članak 154. Obiteljskog zakona FBiH (“Sl. novine FBiH”, br. 35/2005, 41/2005 - ispr., 31/2014 i 32/2019 - odluka US). Zloupotrebu prava prepoznaje i Zakon o parničnom postupku FBiH propisujući da je sud dužan onemogućiti svaku zloupotrebu prava koja strankama pripadaju u postupku. Predmetnim zakonom dana je ovlast kažnjavanja novčanom kaznom sudu onih subjekata koji su svojim parničnim radnjama teže zloupotrijebili prava priznata zakonom. Vidjeti: Članak 10. i 406. Zakona o parničnom postupku FBiH (“Sl. novine FBiH”, br. 53/2003, 73/2005, 19/2006 i 98/2015) Sličnu odredbu o dužnosti suda da onemogući zloupotrebu prava od strane osoba u postupku sadrži i Zakon o kaznenom postupku FBiH. Vidi: čl. 14. Zakona o kaznenom postupku FBiH (“Sl. novine FBiH”, br. 35/2003, 56/2003 - ispr., 78/2004, 28/2005, 55/2006, 27/2007, 53/2007, 9/2009, 12/2010, 8/2013, 59/2014 i 74/2020) Poseban oblik zloupotrebe prava regulira Kazneni zakon FBiH sankcioniranjem zloupotrebe službenog položaja ili ovlaštenja. Vidi: čl. 383. Kaznenog zakona FBiH (“Sl. novine FBiH”, br. 36/2003, 21/2004 - ispr., 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016 i 75/2017) U javnom pravu, a posebno upravnom pravu, kao oblik zloupotrebe prava i jedan od razloga pogrešnih (i nezakonitih) upravnih akata je greška u cilju i svrsi akta (*détournement de pouvoir*). Vidi: PEHAR, S., Upravni akt, PRESSUM, Mostar, 2020., str. 87.

<sup>18</sup> VISKOVIĆ, N., op. cit., str. 218.

prava time što dolazi u sukob s drugim, jednakim po vrijednosti, subjektivnim pravom.<sup>19</sup> Sukob subjektivnih prava raznih nositelja ističe i Perić.<sup>20</sup> Palombella ističe da koncept zlouporabe prava „pokazuje negativne učinke mračne strane prava, koja se pojavljuje kada su prava zamišljena kao prerogativi s tendenciozno apsolutnim prioritetom i često riskiraju biti tumačeni u moralističkom, individualističkom, antiinstitucionalnom drugom smislu.“<sup>21</sup>

Vidljivo je da sve definicije uključuju vršenje subjektivnog prava preko dopuštenih granica zbog čega dolazi do ugrožavanja subjektivnog prava drugog subjekta. Ovisno o činjenici je li namjera konstitutivni element za postojanje zlouporabe prava razlikuju se subjektivna i objektivna koncepcija. Prema subjektivnoj koncepciji, za postojanje zlouporabe prava nužno je postojanje namjere nanošenja štete drugom subjektu. Danas je više prihvaćena objektivna koncepcija prema kojoj zlouporaba prava podrazumijeva svaku radnju kojom se pretjerano koristi subjektivnim ovlaštenjem neovisno o namjeri. Takva koncepcija pruža jaču zaštitu drugom subjektu prema kojemu je upravljeno ponašanje subjekta koji vrši zlouporabu prava budući da nije potrebno dokazivati namjeru nanošenja štete već samo postojanje djela koje predstavlja zlouporabu prava.

Institut zlouporabe prava ima praktičnu primjenu i pruža potencijal za ispravljanje pogrešaka i nedostataka pravnog sustava zbog nemogućnosti istog da društvene odnose regulira potpuno. Takav zadatak bio bi nemoguć s obzirom na raznolikost i svakodnevno multipliciranje društvenih odnosa. Stoga se ovaj institut može smatrati korektivom prava sličnim kao što je Aristotel smatrao pravičnost/nepristranost.<sup>22</sup>

## 2.2. Zlouporaba prava u području ljudskih prava

Razvoj instituta zlouporabe prava osobito je značajan u području zaštite ljudskih prava. Iako je ovo području početno kreirano kao individualističko u smislu

<sup>19</sup> VRBAN, D., *Država i pravo*, Golden marketing, Zagreb, 2003., str. 314.

<sup>20</sup> PERIĆ, B., *Struktura prava*, Informator, Zagreb, 1994., str. 81.

<sup>21</sup> PALOMBELLA, G., *The Abuse of Rights and the Rule of Law*, 2005., str. 2., dostupno na: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.992875> (13.7.2022.)

<sup>22</sup> Pađen navodi sljedeći prijevod: „Dakle, kada zakon govori općenito, a iskrnsne slučaj koji se ne slaže s općenitošću, onda je ispravno (ondje gdje je zakonodavac načinio propust te pogriješio govoreći uprošćeno) ispraviti taj propust, dodajući ono što bi rekao i sam zakonodavac da je prisutan i što bi i sam, da je znao, bio unio u taj zakon. Zbog toga ono što je nepristrano jest pravedno, i bolje je od jedne vrste onoga što je pravedno, ali ne i od onoga što je uopće pravedno, nego samo od one pogreške nastale zbog uopćenosti. A to je i narav onoga što je nepristrano: popravak zakona ondje gdje je štogod propustio zbog svoje općenitosti. I to je i razlog zašto se sve ne određuje zakonom, jer je o nekim stvarima nemoguće postaviti zakon, pa je potrebna posebna odluka. (1982: 111-112; 1137a i d.) Vidi: PAĐEN, I., *Pravo na sjecištu politike, ekonomije i kulture (I): u klasičnom ključu*, Politička misao: časopis za politologiju, Vol. 47 No. 4, Zagreb, 2010., str. 108 - 134, dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/66493> (13.7.2022.)

ograničavanja vlasti države da zadire u temeljna ljudska prava i slobode, koncept zlouporabe prava inkorporiran je u većinu najznačajnijih dokumenata o ljudskim pravima.

U Općoj deklaraciji o ljudskim pravima propisano je da se prava i slobode ni u kojem slučaju ne mogu primjenjivati protivno ciljevima i načelima Ujedinjenih naroda. te se ništa u Deklaraciji ne može tumačiti tako da podrazumijeva pravo bilo koje države, grupe ili osobe da poduzmu bilo koju aktivnost ili izvrše bilo koji čin usmjeren na uništenje prava i sloboda utvrđenih Deklaracijom.<sup>23</sup>

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Međunarodni pakt o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima sadrže istovjetnu formulaciju zabrane zlouporabe prava prema kojoj se ništa u ovim paktovima ne smije tumačiti tako da podrazumijeva pravo neke države, grupe ili pojedinca da poduzmu bilo koju akciju ili izvrše bilo koji čin kojim se poništava neko od utvrđenih prava i sloboda, ili ograničava u većoj mjeri nego što je to paktovima predviđeno.<sup>24,25</sup> Potonja formulacija gotovo je istovjetna kao i formulacija zabrane zlouporabe prava u Općoj deklaraciji, s tim da je u ovim dokumentima formulirana dodatna zabrana ograničavanja prava i sloboda u većoj mjeri nego što je to ovim dokumentima predviđeno.

Zabrana zlouporabe prava stipulirana je i u najvažnijem regionalnom dokumentu o ljudskim pravima, Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Prema članku 17. Konvencije ništa se u Konvenciji ne može se tumačiti kao da uključuje pravo bilo koje države, grupe ili pojedinca da se upusti u neku djelatnost ili da izvrši neki čin koji bi smjerali na uništenje bilo kog od navedenih prava i sloboda ili na njihovo ograničavanje u većoj mjeri od one koja je predviđena Konvencijom.<sup>26</sup> Iako se radi o gotovo istovjetnim formulacijama u navedenim dokumentima o ljudskim pravima, sustav zaštite uspostavljen Konvencijom dao je novu dimenziju konceptu zlouporabe prava ponajprije zahvaljujući djelovanju Suda kao kontrolnog mehanizma Konvencije pri čemu je ovaj institut predviđen kao mehanizam za zaštitu, ne samo pojedinačnih prava subjekata, nego i demokratskih vrijednosti koje mogu biti ugrožene zlouporabom prava i sloboda zajamčenih Konvencijom.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Članak 29. i 30. Opće deklaracije o ljudskim pravima, 1948. (Rezolucija br. 217 / III/).

<sup>24</sup> Članak 5. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, 1966. (Rezolucija 2200A (XXI)).

<sup>25</sup> Članak 5. Međunarodnog pakta o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima, 1966. (Rezolucija 2200A (XXI)).

<sup>26</sup> Članak 17. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, 1950.

<sup>27</sup> Pored navedenih akata važno je navesti da sličnu formulaciju zabrane zloupotrebe prava sadrži i Povelja Europske unije o temeljnim pravima. Vidi: Članak 54. Povelje Europske unije o temeljnim pravima (Službeni list Europske unije C 202/389).

### 3. Zloupotreba prava u praksi Europskog suda za ljudska prava

Zloupotreba prava regulirana je u Konvenciji trostruko. Trostruka regulacija odnosi se na zabranu zloupotrebe prava iz članka 17. (materijalni aspekt zloupotrebe prava), zabranu zloupotrebe ograničenja prava i sloboda iz članka 18., te zloupotrebu prava na podnošenje zahtjeva iz članka 35. Konvencije (procesni aspekt zloupotrebe prava). U radu će se dalje analizirati sudska praksa u svjetlu članka 17. Konvencije.

Materijalni aspekt zloupotrebe prava propisan je u članku 17. Konvencije. Navedena formulacija zloupotrebe prava je specifična i nekarakteristična za nacionalne pravne sustave. Međutim, ukoliko se uzme u obzir pozadina donošenja Konvencije, vrijeme i događaji koji su joj prethodili, ovakva odredba dobiva puni smisao. Konvencijski sustav nastao je u vremenu neposredno nakon tragičnih događaja iz Drugog svjetskog rata. Europa se suočila s dotad neviđenom ratnom katastrofom, a demokratske vrijednosti zamijenila je grmljavina topova. Stvaranje generalne klauzule zabrane zloupotrebe potvrda je izraza da u vrijeme grmljavine topova pravo ne smije šutjeti. Namjera je tvorca Konvencije, što pokazuju pripremni dokumenti, zaštititi europske demokracije od prijetnji svih oblika totalitarizma. Ono što je sporno kod ove odredbe jest pitanje njezine primjene. Kako navodi De Morree, budući da u ovoj odredbi prevladavaju apstraktne i idealističke moralne ambicije kreatora, pitanje kada i kako primijeniti klauzulu o zabrani zloupotrebe prava nije obrađeno, nego je ostavljeno Sudu kao kontrolnom nadzornom tijelu da kroz praksu razradi primjenu ove odredbe i da njezino tumačenje.<sup>28</sup>

Prema tekstu članka 17. Konvencije, adresati na koje se odnosi zabrana zloupotrebe prava su države, grupe ili pojedinci. Prioritetni adresati članka 17. ipak su pojedinci i grupe budući da nijedna država nije osuđena temeljem članka 17.<sup>29</sup> Omejec navodi da „u predmetima u kojima se pojedinac ili skupina pozivaju na članak 17. Konvencije protiv države stranke Europski sud zauzeo je ovo opće stajalište: ako se podnositelj zahtjeva također pozvao i na neku drugu materijalnu odredbu konvencije, koja dopušta ograničenja pod uvjetima što su propisana u samoj toj odredbi, ispitivanje se usmjerava u prvom redu na ograničenja koja je nametnula država po osnovi te konvencijske odredbe, a ne na ona koja su propisana člankom 17. Konvencije.“<sup>30</sup>

<sup>28</sup> DE MORREE, P. E., op.cit., str. 22.

<sup>29</sup> Council of Europe, Guide on Article 17 of the European Convention on Human Rights, str. 8., dostupno na: [https://echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_17\\_ENG.pdf](https://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_17_ENG.pdf) (8.3.2022.)

<sup>30</sup> OMEJEC, J., Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava – Strasbourški *acquis*, Novi informator, Zagreb, 2014., str. 1036.



Na sličan način Sud je postupio i u predmetu *Ashingdane protiv Ujedinjenog Kraljevstva*. U ovom predmetu podnositelj zahtjeva bio je duševni bolesnik koji je nakon bijega iz jedne bolnice premješten u drugu sa strožim sustavom. Tijekom vremena njegovo se stanje popravilo, te su nadležni medicinski djelatnici utvrdili da podnositelj zahtjeva može nastaviti s liječenjem u bolnici otvorenog tipa. Srž predmeta odnosi se na činjenicu da je podnositelj zahtjeva morao provesti devetnaest mjeseci više u specijaliziranoj psihijatrijskoj ustanovi nego što je to zahtijevalo njegovo mentalno zdravlje zbog kašnjenja u premještanju. Podnositelj se, između ostalog, pozvao na članak 17. Konvencije pri obraćanju Sudu. Ispitujući ovakve tvrdnje Sud je zauzeo stav da „iako je sustav u Oakwoodu (*op.a. obična psihijatrijska bolnica*) bio liberalniji i, s obzirom na poboljšanje njegovog psihičkog stanja, pogodniji za njegov konačni oporavak, mjesto i uvjeti pritvora podnositelja zahtjeva nisu prestali biti oni koji su mogli pratiti „zakonit pritvor duševne bolesne osobe.“ Stoga se ne može reći da je, suprotno članku 17., pravo podnositelja zahtjeva na slobodu i osobnu sigurnost bilo ograničeno u većoj mjeri od onog predviđenog člankom 5. stavkom. 1 (e).

U izdvojenom mišljenju sudac Pettit navodi da je kontinuirani pritvor podnositelja zahtjeva u Broadmooru u razdoblju od nekoliko mjeseci prestao biti zakonit u smislu članka 5. stavka. 1., bez obzira što prema činjenicama nije postojala neispravna ili prikrivena svrha kojoj su nadležna tijela težila - članak 5. ne uvjetuje povredu postojanjem takve svrhe. Britanska je vlada, štoviše, bila vrlo iskrena u priznanju da je g. Ashingdane doveden u ozbiljnu nevolju i na javnim raspravama izrazili su svoje suosjećanje s njegovom nevoljom. Čini se da sudac Pettiti ima na umu zabranu ograničenja prava i sloboda u većoj mjeri od one koja je predviđena Konvencijom ne osporavajući da zadržavanje podnositelja zahtjeva nije imalo drukčiju svrhu. Kada je riječ o ograničenju prava u većoj mjeri od one propisane Konvencijom u kontekstu članka 17., pozivanje suca Pettitijana na priznanje britanske vlade da je podnositelj zahtjeva doveden u ozbiljnu nevolju te izraz suosjećanja, implicira da je bilo potrebno primijeniti članak 17. Konvencije. Međutim, kada su u pitanju države, kako je ranije navedeno, ispitivanje se ne usmjerava na ograničenja iz članka 17., nego na ograničenja koje postavlja druga materijalna odredba na koju se podnositelj pozvao, u ovom predmetu na ograničenja iz članka 5. Konvencije.<sup>31</sup>

Ključni dio članka 17. odnosi se na zabranu pojedincima i grupama da se koriste pravima i slobodama u Konvenciji u svrhu koja bi bila drukčija od one zbog koje su prava i slobode zajamčeni. U tom kontekstu iz zaštite Konvencije putem članka 17. isključuju se djela koja su suprotna tekstu i duhu Konvencije, djela koja su nespojiva s demokracijom ili drugim temeljnim vrijednostima Konvencije, kao i djela koja

<sup>31</sup> *Ashingdane v. The United Kingdom*, Application no. 8225/78, Judgment 28 May 1985

narušavaju prava i slobode zajamčene Konvencijom.<sup>32</sup> Temeljne vrijednosti Konvencije predstavljaju prije svega pravda i mir, djelotvorna politička demokracija, mirno rješavanje međunarodnih sukoba i nepovredivost ljudskog života, tolerancija, društveni mir i nediskriminacija, rodna ravnopravnost kao i koegzistencija pripadnika društva bez rasne segregacije.<sup>33</sup> Iz zaštite Konvencije isključena su ponašanja podnositelja koja karakterizira mržnja, nasilje, ksenofobija i rasna diskriminacija, antisemitizam, islamofobija, terorizam i ratni zločini, poricanje i revizija jasno utvrđenih povijesnih činjenica kao što je holokaust, totalitarna ideologija i druge političke ideje nespojive s demokracijom.<sup>34</sup>

Enumeracija zabranjenih ciljeva i ponašanja pokazuje interpretativnu snagu Suda u zaštiti temeljnih vrijednosti Konvencije. Uopćena klauzula iz članka 17. Konvencije u praksi Suda ne samo da je dobila praktičnu primjenu, nego joj je proširen domet što izaziva brojne kritike znanstvenika koji se bave ovom temom. Wiczanowska navodi da takvo proširivanje dometa, posebno s obzirom na nedostatak definiranja javnih kriterija kada se treba primijeniti članak 17. od strane Suda, predstavlja kršenje načela zakonitosti. Posljedično, takav pristup može uzdrmati temelje konvencijskog sustava.<sup>35</sup>

### 3.1. Načini primjene članka 17. Konvencije u sudskoj praksi

Dosadašnja praksa pokazala je četiri vrste sudskog postupanja u pogledu članka 17.: izravna primjena; neizravna primjena; slučajevi u kojima je članak 17. mogao biti, ali nije primijenjen a koje ćemo u nastavku kvalificirati kao propuštanje primjene članka 17. te četvrti način koji obuhvaća neprimjenjivost članka 17. Konvencije zbog toga što činjenice slučaja nisu bile dovoljno ozbiljne da bi članak 17. bio primijenjen.<sup>36</sup> Prema Schabasu postoji neizvjesnost funkcionira li članak 17. kao načelo tumačenja drugih odredbi Konvencije (neizravna primjena) ili kao iznimka od dopuštenosti (izravna primjena).<sup>37</sup>

<sup>32</sup> Council of Europe, *op.cit.*, str.9.

<sup>33</sup> *Ibid.*, str. 10.

<sup>34</sup> *Ibid.*, str. 11.

<sup>35</sup> WICZANOWSKA, H., Does ECHR Prohibition of Abuse of Rights Lead to Contradiction of the Principle of Legality? Considerations upon Judicial Practice of ECtHR, *Przegląd Prawa Konstytucyjnego*, Wydawnictwo Adam Marszałek, str. 113 – 126, dostupno na: <http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-42ab2fa4-a3e9-4c3f-b8d8-a824ff7170d0> (8.3.2022.)

<sup>36</sup> DE MORREE, P. E., *op.cit.*, str. 83.

<sup>37</sup> SCHABAS, W. A., *The European Convention on Human Rights, A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015., str. 614.

### 3.1.1. Izravna primjena članka 17. Konvencije

Sud izravno primjenjuje članak 17. Konvencije kada zahtjev proglašava nedopuštenim budući da je takav zahtjev nekompatibilan s okvirom zaštite koji se pruža u Konvenciji, čime se djela koja su usmjerena na uništenje prava i sloboda priznatih Konvencijom ostavljaju izvan prostora zaštite konvencijskog sustava.

Kao ogledni primjer izravne primjene članka 17. često se navodi predmet *Garaudy protiv Francuske*.<sup>38</sup> Podnositelj zahtjeva objavio je knjigu pod naslovom *The Founding Myths of Israeli Politics* zbog koje su protiv podnositelja podnesene četiri kaznene prijave zajedno sa zahtjevima za pridruživanje postupku kao građanske stranke zbog negiranja zločina protiv čovječnosti, objavljivanja rasističkih klevetničkih izjava i poticanja na rasnu ili vjersku mržnju ili nasilje. Podnositelj zahtjeva osuđen je od domaćih sudova te se obratio Sudu s tvrdnjom da mu je povrijeđena sloboda izražavanja iz članka 10., uz pozivanje na članak 17. Konvencije. U svom očitovanju, u svjetlu odluka svih francuskih sudova koji su ispitali slučaj, vlada je tvrdila da je dokazani cilj knjige podnositelja zahtjeva doista bio poricanje stvarnosti holokausta, budući da je podnositelj zahtjeva bio pretplaćen na revizionističke teorije. Vlada je sukladno tome zatražila od Suda da odbaci zahtjev kao nespojiv s odredbama Konvencije.

U meritumu, Sud se pozvao na predmet *Lehideux i Isorni*<sup>39</sup> u kojem je smatrao da „nema sumnje da, kao i svaka druga primjedba usmjerena protiv temeljnih vrijednosti Konvencije..., opravdanje pronacističke politike ne može biti zaštićeno člankom 10.“ i da postoji „kategorija jasno utvrđenih povijesnih činjenica – kao što je holokaust – čija bi negacija ili revizija bila uklonjena iz zaštite članka 10. člankom 17.“<sup>40</sup> Što se tiče prije svega osuda podnositelja zahtjeva za poricanje zločina protiv čovječnosti, Sud se poziva na svrhu članka 17. Konvencije, koja je sastoji u tome da onemogući pojedincima da izvuku iz Konvencije pravo na sudjelovanje u bilo kojoj djelatnosti ili obavljanje bilo kakvog čina usmjerenog na uništavanje bilo kojeg od prava i sloboda navedenih u Konvenciji. Nadalje, Sud navodi da nema sumnje da poricanje jasno utvrđenih povijesnih činjenica, kao što je holokaust, kao što to čini podnositelj zahtjeva u svojoj knjizi, ne predstavlja povijesno istraživanje slično potrazi za istinom. Cilj i rezultat tog pristupa potpuno su drukčiji, a stvarna svrha je rehabilitacija nacional-socijalističkog režima i kao posljedica toga optuživanje samih žrtava za krivotvorenje povijesti. Negiranje zločina protiv čovječnosti stoga je jedan od najozbiljnijih oblika rasne klevete Židova i poticanja na njihovu mržnju. Poricanje ove vrste povijesnih činjenica potkopava vrijednosti na kojima se temelji

<sup>38</sup> Garaudy v. France, Application no. 65831/01, 24 June 2003

<sup>39</sup> Lehideux and Isorni v. France, Application nos. 55/1997/839/1045, Judgment 23 September 1998, para. 53.

<sup>40</sup> Ibid., para 47.

borba protiv rasizma i antisemitizma i predstavlja ozbiljnu prijetnju javnom poretku. Takva djela su nespojiva s demokracijom i ljudskim pravima jer krše prava drugih. Njihovi predlagatelji nedvojbeno imaju planove koji spadaju u kategoriju ciljeva zaštićenih člankom 17. Konvencije. Sukladno tome, Sud smatra da se, u skladu s člankom 17. Konvencije, podnositelj zahtjeva ne može pozvati na odredbe članka 10. Konvencije u pogledu njegove osude za poricanje zločina protiv čovječnosti. Slijedi da je ovaj dio prigovora nespojiv *ratione materiae* s odredbama Konvencije.

U ovom predmetu „suprotno ranijim slučajevima Komisije u kojima se Komisija pozivala na članak 17. Konvencije u kontekstu nužnosti osude prema članku 10. stavku 2. Konvencije, Sud je primijenio članak 17. u fazi prihvatljivosti postupaka. Na temelju ovog pristupa, Sud je odlučio da podnositelj zahtjeva ne može imati koristi od zaštite članka 10. Konvencije.“ Postoji zabrinutost kako primjena članka 17. na ovaj način može onemogućiti podnositeljima zahtjeva da se pozivaju na članak 10. što implicira da članak 17. ne samo da prethodi ispitivanju članka 10. nego ga u potpunosti zaobilazi gdje se primjenjuje članak 17.“<sup>41</sup>

### 3.1.2. Neizravna primjena članka 17. Konvencije

Kada Sud neizravno primjenjuje članak 17. Konvencije, onda ga koristi ili da pojača zaključak da je miješanje u neko pravo bilo nužno u demokratskom društvu (ovakav pristup se ponekad naziva kombiniranim pristupom) ili pak kao načelo tumačenja. Kako navodi Buyseu ovom smislu članak 17. služi kao „snažan magnetni pol koji sudski kompas često vuče prema zaključku da nije došlo do povrede prava.“<sup>42</sup>

U predmetu *Perinçek protiv Švicarske*<sup>43</sup> podnositelj zahtjeva sudjelovao je na dvije konferencije i jednom skupu na kojima je izjavio kako masovne deportacije i masakr koji je pretrpjelo armensko stanovništvo na području Osmanskog carstva tijekom 1915. i narednih godina ne predstavljaju genocid. Na konferenciji održanoj u srpnju 2005. godine u spomen mirovnog sporazuma kojim je okončan Prvi svjetski rat, podnositelj je izjavio kako „armenski problem...nije ni postojao“. Potom je podijelio kopije eseja u kojemu je zanijekao genocid počinjen tijekom 1915. godine nad armenskim stanovništvom. Zbog takvih izjava domaći sud ga je osudio navodeći posebice kako je postupao iz rasističkih i nacionalističkih pobuda te kako njegove izjave nisu doprinijele raspravi o povijesnim temama. Ispitujući je li ovakvo ponašanje podnositelja zahtjeva predstavljalo ciljeve zabranjene člankom 17. Konvencije, Sud je

<sup>41</sup> SCHABAS, W. A., op.cit., str. 615.

<sup>42</sup> BUYSE, A., *Shaping Rights in the ECHR – Contested contours: the limits of freedom of expression from an abuse of rights perspective – Article 10 and 17 ECHR*, Cambridge University Press, New York, 2013., str. 198.

<sup>43</sup> *Perinçek v. Switzerland*, Application no. 27510/08, Judgment 15 October 2015

utvrdio da je članak 17. primjenjiv samo u iznimnim i ekstremnim slučajevima. U slučajevima koji se odnose na članak 10. Konvencije, treba pribjeći primjeni članka 17. samo ako je odmah jasno da su osporene izjave nastojale odvratiti ovaj članak od njegove stvarne svrhe korištenjem prava na slobodu izražavanja za ciljeve koji su očito suprotni vrijednostima Konvencije. Sud je smatrao da je pitanje treba li primijeniti članak 17. spojeno s osnovanošću prigovora podnositelja zahtjeva prema članku 10. Konvencije. Međutim, odluka nije donesena jednoglasno. U dodatnom izdvojenom mišljenju sudac Silvis, kojemu su se pridružili suci Casadevall, Berro i Kurris, naveo je neslaganje s mišljenjem većine oko primjene članka 17. Konvencije. Sudac Silvis navodi da ne postoji ujednačena praksa oko primjene članka 17. Karakterističan aspekt pristupa iz Strasbourga članku 17. jest da je Sud svoje mogućnosti držao otvorenim. U kutiji se nalazi više od jednog alata, koji se može koristiti ako se ukaže potreba u pojedinom slučaju. Suci u izdvojenom mišljenju navode da je Sud prilično štedljivo koristio članak 17. Izvan onih slučajeva koji su priznati kao najeklatantniji i najodvratniji oblici govora mržnje, Sud je sklon pronaći odgovor na pritužbe o ograničenju slobode izražavanja unutar granica članka 10. U ovom slučaju Sud je utvrdio da se pitanje treba li primijeniti članak 17. mora spojiti s osnovanošću prigovora podnositelja zahtjeva prema članku 10. Konvencije, uzimajući kao odlučujuću točku na temelju članka 17. jesu li izjave podnositelja zahtjeva željele potaknuti mržnju ili nasilje. Kako se dalje navodi u zajedničkom izdvojenom mišljenju, rasistički govor i poricanje genocida, u kombinaciji s namjerom da se drugi vrijeđaju ili natjeraju druge na patnju, mogu se kao takvi okarakterizirati kao aktivnost usmjerena na uništavanje bilo kojeg od prava i sloboda navedenih u Konvenciji, u smislu članka 17. Zaključno, suci smatraju da je namjera vrijeđanja sjećanja na žrtve genocida nad Armenima bila očita u ovom slučaju i da su izjave podnositelja zahtjeva kao takve bile usmjerene protiv temeljnih vrijednosti Konvencije.

U predmetu *Lehideux i Isorni protiv Francuske*<sup>44</sup> podnositelji zahtjeva osuđeni su od domaćih sudova zbog publikacije u kojoj u pozitivnom svjetlu spominju generala Pétaina zbog javne obrane zločina suradnje s neprijateljem. Podnositelji su se obratili Sudu s tvrdnjom da im je povrijeđena sloboda iz članka 10. Konvencije. Razmatrajući primjenu članka 17. Konvencije na kojeg se pozvala vlada, Sud je utvrdio da pokrenuta rasprava ne spada u kategoriju jasno utvrđenih povijesnih činjenica – poput holokausta – čija bi negacija ili revizija bila uklonjena iz zaštite članka 10. člankom 17. U ovom slučaju, ne čini se da su podnositelji zahtjeva pokušali zaniijekati ili revidirati ono što su sami u svojoj publikaciji nazvali kao “nacistička zvjerstva i progoni” ili “njemačku svemoć i barbarstvo”. Opisujući politiku Philippea Pétaina kao „vrhunsko vještu“, autori teksta radije su podržavali jednu od oprečnih teorija

<sup>44</sup> *Lehideux and Isorni v. France*, Application nos. 55/1997/839/1045, Judgment 23 September 1998

u raspravi o ulozi šefa vlade Vichya, takozvanu teoriju „dvostruke igre“. Stoga je Sud zaključio da nema mjesta primjeni članka 17. Konvencije. Međutim, članak 17. korišten je kao načelo tumačenja u izdvojenom mišljenju sudaca Foighela, Loizoua i Freelanda. Prema njihovom mišljenju načelo na kojem se temelji članak 17. je čimbenik koji se može ispravno uzeti u obzir u ocjeni primjene polja slobodne procjene i postojanja nužde. To načelo je čvrsto obeshrabrivanje promicanja vrijednosti koje su protivne onima sadržanim u Konvenciji. Na osnovu takve primjene članka 17. suci su smatrali da se polje slobodne procjene ne treba tretirati kao da je prekoračeno i da je test nužnosti u demokratskom društvu u ovom slučaju zadovoljen, čak ako navedene publikacije ne spadaju u domet izravne primjene članka 17. Konvencije. Kritičari prakse Suda podupiru primjenu članka 17. kao načela tumačenja iz razloga što zahtjev uz ovakvu primjenu članka 17. ne bude odbačen u fazi ispitivanja dopustivosti, nego se zahtjev razmatra u meritumu u vezi s nekim od materijalnih prava iz Konvencije, a takvo razmatranje uključuje jasnije kriterije i detaljnije obrazloženje Suda.

### 3.2. Propuštanje primjene članka 17. Konvencije u sudskoj praksi

Posebnu skupinu predmeta predstavljaju predmeti u kojima članak 17. nije primijenjen, iako su činjenične okolnosti ukazivale na mogućnost njegove primjene, izravne ili neizravne. U ovim predmetima Sud je zahtjev ispitivao u svjetlu drugih članaka Konvencije bez da se pozvao na članak 17.

Kao ogledni primjer ovakvog pristupa Suda članku 17. često se navodi predmet *LePen protiv Francuske*.<sup>45</sup> U ovom predmetu podnositelj zahtjeva osuđen je od domaćih sudova zbog izjava u kojima je porast muslimanske zajednice predstavio kao prijetnju francuskom stanovništvu. Podnositelj zahtjeva pred Sudom je tvrdio da mu je povrijeđena sloboda iz članka 10. Konvencije zbog toga što su ga francuski sudovi osudili za poticanje na diskriminaciju, mržnju i nasilje protiv skupine ljudi zbog njihova podrijetla ili pripadnosti ili nečlanstva određenoj skupini ljudi, etničkoj skupini, naciji, rasi ili vjeri. Sud se u ovom predmetu ograničio na razmatranje je li ovakvo miješanje od domaćih vlasti bilo nužno u demokratskom društvu bez pozivanja na članak 17. Sud je naveo da primjećuje da su primjedbe podnositelja zahtjeva zasigurno mogle dati negativnu, pa čak i zabrinjavajuću sliku o “muslimanskoj zajednici” u cjelini. Sud se prethodno pozvao i na stav iznesen u predmetu *Jersild protiv Danske* prema kojemu je „od iznimne važnosti boriti se protiv rasne diskriminacije u svim njezinim oblicima i manifestacijama“.<sup>46</sup> Ipak, unatoč pozivanju

<sup>45</sup> *LePen c. France*, Requête no 18788/09, décision sur la recevabilité, 20 avril 2010

<sup>46</sup> *Jersild v. Denmark*, Application no. 15890/89, Judgment 23 September 1994, para 30.

na svoje ranije utvrđene stavove koji bi mogli upućivati na primjenu članka 17., Sud je utvrdio da je miješanje bilo nužno u demokratskom društvu u kontekstu članka 10. te je zahtjev iz tih razloga očigledno neosnovan.

Poseban slučaj neprimjene članka 17. Konvencije navodi De Morree u odnosu na predmet *Paksas protiv Litve*<sup>47</sup> zato što se slučaj nije odnosio na nijednu uobičajenu temu obuhvaćenu člankom 17.<sup>48</sup> Podnositelj zahtjeva opozvan je s dužnosti predsjednika države zato što je posebnom uredbom dao državljanstvo ruskom poslovnom čovjeku kao nagradu za njegovu znatnu pomoć financijskim i drugim sredstvima u izbornoj kampanji podnositelja zahtjeva. Predmetnu uredbu Ustavni sud je proglasio neustavnom. Slijedom događaja, izmijenjeno je domaće zakonodavstvo koje je zabranjivalo kandidiranje za predsjednika države osobi koja je opozvana s te dužnosti ako nije proteklo više od 5 godina od opoziva. Zbog navedenog, podnositelj se obratio Sudu s tvrdnjom da mu je povrijeđeno pravo zajamčeno člankom 3. Protokola 1. U odgovoru vlada je tvrdila da bi bilo u suprotnosti s općim načelima utvrđenim u praksi Suda u pogledu zaštite demokracije da se podnositelj zahtjeva može kandidirati na parlamentarnim izborima nakon što je prekršio svoju ustavnu prisegu. Prema njihovom podnesku, podnositelj zahtjeva je želio upotrijebiti mehanizme iz Konvencije kako bi se politički osvetio i povratio najvišu državnu dužnost. Ispitujući ovaj prigovor, Sud je naveo, budući da je opća svrha članka 17. spriječiti pojedince ili grupe s totalitarnim ciljevima da iskorištavaju u vlastitim interesima načela promovirana u Konvenciji, ovaj se članak primjenjuje samo u iznimnim i ekstremnim slučajevima. U ovom predmetu nema naznaka da je podnositelj zahtjeva težio cilju te prirode. Legitimno se pozvao na članak 3. Protokola br. 1 kako bi osporio svoju diskvalifikaciju s izabrane dužnosti, tražeći da dobije presudu od Suda čije bi izvršenje na domaćoj razini vjerojatno imalo učinak da mu se omogući kandidiranje na parlamentarnim izborima. Drugim riječima, on nastoji povratiti puno uživanje prava koje Konvencija u načelu osigurava svima, a za koje tvrdi da su ga litavske vlasti pogrešno lišile. Stoga se članak 17. Konvencije ne može primijeniti.

### 3.3. Neprimjenjivost članka 17. Konvencije u sudskoj praksi

U ovu skupinu predmeta spadaju predmeti u kojima su činjenične okolnosti slične činjenicama predmeta u kojima je Sud primijenio članak 17., ali u ovom slučaju nisu dovoljno ozbiljne te se zbog toga ispitivanje zahtjeva usmjerava na druge odredbe Konvencije.

<sup>47</sup> DE MORRE, P. E., op.cit., str. 63.

<sup>48</sup> Naime, De Morree razvrstava predmete po članku 17. na one koji se odnose na revizionistički govor, promociju totalitarnih ideologija, govor mržnje, pozivanje na nasilje i izazove pred sekularizmom. Predmet *Paksas protiv Litve* izdvojen je zasebno budući da spada ni u jednu od navedenih skupina. Vidi. Ibid., str. 28.

U predmetu *Leroy protiv Francuske*<sup>49</sup> podnositelj zahtjeva bio je crtač koji je jednoj redakciji predao crtež kojim je simbolički predstavljen napad na Svjetski trgovački centar uz legendu koja aludira na reklamni slogan jedne poznate marke „O tome smo svi sanjali..., a Hamas je to i učinio.“ Podnositelj je istaknuo da je time imao namjeru predstaviti slom američke imperije na dan napada u New Yorku. Domaći sud osudio je podnositelja za sudjelovanje u apologiji terorizma zbog čega se obratio Sudu s tvrdnjom da je prekršen članak 10. Konvencije. U odgovoru Vlada se pozvala na članak 17. Konvencije. U ispitivanju mogućnosti primjene članka 17. Sud je naveo da sporno izražavanje ne ulazi u polje primjene publikacija koje bi na osnovu članka 17. Konvencije bile izuzete od zaštite iz članka 10. S jedne strane, objavljena u humorističkoj iako kontroverznoj formi karikature, temeljna poruka koju podnositelj zahtjeva ima na umu – uništenje američkog imperijalizma – nema za cilj negiranje temeljnih prava i ne može se usporediti s govorom protiv vrijednosti koje proizlaze iz Konvencije, kao što je govor rasizma ili govor islamofobije.

U predmetu *Féret protiv Belgije*<sup>50</sup> podnositelj je bio predsjednik političke stranke „Front National“. U jednom letku koji je distribuirala podnositeljeva stranka tražilo se da se uspostavi prvenstvo u zapošljavanju za Belgijance i Europljane, da se useljenici vrate u svoje zemlje, da se primijeni načelo nacionalne i europske prednosti, da se domovi za političke izbjeglice prenamijene u domove za Belgijance bez krova nad glavom, da se osnuju odvojeni fondovi socijalnog osiguranja za useljenike, da se prekine s „politikom pseudo-integracije“ i da se prekine ispušavanje sredstava preko „socijalnog osiguranja za sve“. U drugom letku iznesen je program u kojemu se zalaže za vraćanje useljenika u njihove zemlje i tvrdi se da želi da se „odupre islamizaciji Belgije“, da se „prekine s politikom pseudo-integracije“, da se „osobe bez zaposlenja neeuropskog podrijetla vrate u svoje zemlje“, da se „protjerivanje useljenika s nereguliranim statusom shvati jednostavno kao primjena zakona“. Zbog navedenog podnositelj je osuđen od domaćih sudova te se obratio Sudu s tvrdnjom da je prekršen članak 10. Vlada se u odgovoru pozvala na primjenu članka 17. Konvencije navodeći da sporna poruka predstavlja rasističku propagandu samom činjenicom da širi ideju da članovi neke prepoznatljive grupe ne smiju imati ravnopravan status u društvu i da nisu ljudska bića koja zaslužuju isto poštovanje, isto uvažavanje, iste obzire kao ostali. Međutim, Sud je smatrao da sadržaj inkriminiranih letaka ne opravdava primjenu članka 17. Konvencije u konkretnom slučaju. Prema De Morree, ovakvo postupanje Suda u suprotnosti se s njegovim ranijim stavovima koje je zauzeo u predmetima *Glimmerveen i Hagenbeek* te *Norwood* predmetu.<sup>51</sup> U

<sup>49</sup> Affaire Leroyc. France, Requête no 36109/03, Arrêt 2 octobre 2008

<sup>50</sup> Affaire Féretc. Belgique, Requête no 15615/07, Arrêt 16 juillet 2009

<sup>51</sup> DE MORREE, P. E., op.cit., str. 87.



predmetu *Glimmerveen i Hagenbeek protiv Nizozemske* jedan od podnositelja bio je osuđen zbog letaka za koje je utvrđeno da potiču na rasnu diskriminaciju. Komisija je konstatala da je politika koju zagovaraju podnositelji predstavke bila inspirirana općim ciljem da se svi koji nisu bijelci uklone s teritorija Nizozemske. Na osnovu članka 17., pritužbe podnositelja odbačene su kao nespojive s odredbama Konvencije.<sup>52</sup> U predmetu *Norwood protiv Ujedinjenog Kraljevstva*<sup>53</sup> sporni plakat sadržavao je fotografiju zapaljenih tornjeva blizanaca, riječi "Islam izvan Britanije - zaštititi britanski narod" i simbol polumjeseca i zvijezde u znaku zabrane. Sud je primijetio i složio se s ocjenom domaćih sudova da su riječi i slike na posteru predstavljale javni izraz napada na sve muslimane u Ujedinjenom Kraljevstvu. Takav opći, žestoki napad na vjersku skupinu, koji povezuje skupinu kao cjelinu s teškim terorističkim činom, nespojiv je s vrijednostima proklamiranim i zajamčenim Konvencijom, posebice tolerancijom, društvenim mirom i nediskriminacijom. Podnositeljevo izlaganje plakata na njegovom prozoru predstavljalo je čin u smislu članka 17., koji stoga nije uživao zaštitu članaka 10. ili 14.

Velika sličnost u navedenim predmetima s činjeničnim okolnostima u predmetu *Féret*, a suprotan pravni pristup u pogledu primjene članka 17., razlog su opravdanih kritika koji se upućuju Sudu u pogledu njegove prakse po članku 17. Ovakav pristup vodi pravnoj nesigurnosti, ali i gubitku autoriteta Suda kao čuvara konvencijskih prava i sloboda.

### 3.4. Kritika prakse Suda

Izvorno zamišljen kao sredstvo obrane konvencijskih prava i sloboda, članak 17. u praksi Suda dobio je široki domet koji je često predmetom kritika. Kritika sudske prakse usmjerava se na nekoliko aspekata: marginalno uravnoteživanje interesa kod izravne primjene članka 17., nepredvidljivost primjena članka 17. i proširenje dometa članka 17. Konvencije.<sup>54</sup> Analizirajući klauzulu o zabrani zloporabe prava u odnosu na slobodu izražavanja, *Cannie i Voorhoof* navode da primjena članka 17. „eliminira značajna (proceduralna) jamstva za podnositelje zahtjeva koji nastoje zaštititi svoje pravo na slobodu izražavanja (i/ili udruživanja) u Strasbourgu, ostavljajući preširoku diskrecijsku slobodu državama članicama, i uklanjajući osobitu zaštitu podnositelja zahtjeva od nerazmjernih uplitanja.“<sup>55</sup>

<sup>52</sup> *Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands*, Application nos. 8348/78 et 8406/78, Commission decision of 11 October 1979

<sup>53</sup> *Norwood v. the United Kingdom*, Application no. 23131/03, 16 November 2004, Decision as to the admissibility

<sup>54</sup> DE MORRE, P. E., op.cit., str.88.

<sup>55</sup> CANNIE, H.; VOORHOOF, D., *The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?*,

Često se kritike odnose na nedosljedan stav Komisije i Suda u pogledu primjene članka 17. U predmetu *Witzsch protiv Njemačke*<sup>56</sup> „Komisija je razmatrala činjenice u meritumu u svjetlu članka 10. stavka 2. Konvencije i zaključila da ne postoji kršenje članka 10. i u skladu s tim proglasila zahtjev nedopuštenim kao očito neutemeljen, dok je Sud utvrdio da se na slobodu izražavanja zajamčenu člankom 10. Konvencije ne može pozvati u suprotnosti s člankom 17., posebno u slučajevima koji se tiču poricanja holokausta i s tim povezana pitanja, te je proglasio zahtjev nedopuštenim kao nespojiv *rationemateriae* s Konvencijom.“<sup>57</sup>

Proširivanje dometa članka 17. Konvencije također je predmetom kritika. Od izvorne odredbe prema kojoj se iz konvencijske zaštite isključuje djelovanje usmjereno na poništavanje prava i sloboda, Sud je u praksi klauzulu zabrane zlouporabe prava koristio kako bi ovakvu zaštitu isključio i za djela koja su suprotna tekstu i duhu Konvencije ili su nespojiva s demokracijom i ostalim vrijednostima Konvencije. Na ovakav način „članak 17. Konvencije potencijalno može pokriti sve veći broj pitanja koja nisu predvidjeli tvorci Konvencije.“<sup>58</sup>

## 4. Zaključak

Autor je u radu prikazao institut zlouporabe prava kroz teorijsko-pravnu i praktično -pravnu analizu. Zlouporaba prava nije bila prihvaćena dugo vremena zbog prevlasti teorije o subjektivnim pravima kao apsolutnim pravima zbog čega subjekt ovlaštenik nije mogao svoje pravo zlouporabiti. Razvojem svijesti o potencijalnim opasnostima takvog pristupa, u teoriji prava razvijen je institut zlouporabe prava koji treba služiti kao korektiv pravnog sustava u onim situacijama koje su *prima facie* dozvoljene, ali koje za posljedicu imaju nanošenje štete drugima ili pak, konvencijskim rječnikom, smjeraju na uništavanje prava i sloboda zajamčenih Konvencijom.

Nakon izvršene analize oglednih primjera prakse Suda u kontekstu članka 17. Konvencije, potvrdila je se točnost početne hipoteze da je Sud dao značajan doprinos razvoj instituta zlouporabe prava. Sud je nesumnjivo razvio ovaj institut izvan tradicionalnog dometa i sa specifičnim sadržajem koji se ogleda u zabrani ponašanja koja urušavaju temeljne vrijednosti Konvencije, odnosno zabrani ponašanja koja su suprotna tekstu i duhu Konvencije. Sud je tumačenjem ovakvih temeljnih vrijednosti i duha Konvencije na temelju članka 17. iz zaštite isključio ponašanja koja karakteriziraju mržnja, nasilje, ksenofobija i rasna diskriminacija, antisemitizam, islamofobija,

---

Netherlands Quarterly of Human Rights 29(1), 2017., str. 54 – 83, dostupno na: <https://doi.org/10.1177/016934411102900105> (8.3.2022.)

<sup>56</sup> Witzsch v. Germany, Application no. 7485/03, 13 December 2005

<sup>57</sup> DE MORREE, P.E., op.cit., str. 90.

<sup>58</sup> Ibid., str. 94.

terorizam i ratni zločini, poricanje i revizija jasno utvrđenih povijesnih činjenica kao što je holokaust, totalitarna ideologija i druge političke ideje nespojive s demokracijom. Institut zlorporabe prava ne bi doživio ovakav razvoj u konvencijskom sustavu da je Sud zauzeo redukcionistički pristup i članak 17. tumačio usko.

Nadalje, analizom prakse Suda potvrdila je se točnost i drugog dijela hipoteze da Sud nije razvio precizne kriterije za primjenu članka 17. Konvencije. Kritike se usmjerene na nedosljednu primjenu članka 17. u predmetima sa sličnim činjeničnim okolnostima što za posljedicu ima uvođenje pravne nesigurnosti u konvencijski sustav. Odvagivanje holokausta i sličnih povijesnih događaja kada potonji nisu tumačeni tako da predstavljaju ponašanja suprotna članku 17., uzrok su ispitivanja arbitrarnosti Suda. Iako je Sud u više predmeta naveo da se članak 17. koristi samo u iznimnim i ekstremnim slučajevima, ostaje nejasno na temelju kojih kriterija je Sud ocijenio da se članak 17. ne treba primijeniti, primjerice, u predmetu *Féret protiv Belgije*, dok je članak 17. primijenio u sličnim predmetima *Glimmerveen i Hagenbeek protiv Nizozemske* te *Norwood protiv Ujedinjenog Kraljevstva*. Nedosljednost su često istaknuli i suci u izdvojenim mišljenjima što pokazuje stupanj ozbiljnosti predmetnih kritika. Dodatnu konfuziju u konvencijski sustav unosi i činjenica da je u nekim predmetima Komisija isključila ponašanje podnositelja iz zaštite na temelju drugih članaka Konvencije, dok je Sud izravno primijenio članak 17. u fazi prihvatljivosti postupka. Također, predmeti, kao što je predmet *LePen protiv Francuske*, u kojima se Sud pozivao na svoje stavove koji bi upućivali na primjenu članka 17. Konvencije, a presudu donio na temelju drugih članaka Konvencije otežavaju sistematizaciju kriterija za primjenu instituta zlorporabe prava u konvencijom sustavu.

Sud treba uspostaviti precizne kriterije i načine primjene članka 17. koji će na nedvosmislen način definirati u kojim slučajevima dolazi u obzir izravna odnosno neizravna primjena ovog članka. U predmetima u kojima se zaštita isključuje na temelju drugih članaka Konvencije Sud bi trebao izbjegavati primjenu tzv. kombiniranog pristupa budući da ostaje nejasno je li u takvim slučajevima Sud neizravno primijenio članak 17. s ciljem da pojača zaključak da je došlo do povrede ili je se ipak suzdržao od primjene ovog članka. Institut zabrane zlorporabe prava treba služiti kao natkrovljujuće načelo Konvencije koje će pružati zaštitu protiv svih antidemokratskih tendencija i ponašanja. Ukoliko bi Sud definirao precizne kriterije, kritike bi bile manje opravdane jer bi se u konvencijski sustav uvela pravna sigurnost kao vrhunska pravna vrijednost. U suprotnom, prijeti opasnost da institut zlorporabe prava bude zlorporabljen od samog Suda.

# ABUSE OF RIGHTS IN LEGAL THEORY AND PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

**Summary:**

*In the paper, the author analyzes the origin and development of the institute of abuse of rights in the legal theory and practice of the European Court of Human Rights. The Institute of Abuse of Rights was created when the legal theory accepted the position that subjective rights are given with the aim of realizing the social function of rights. Prohibition of abuse of rights is prescribed in the most important human rights documents. In the latter area, Article 17 of the European Convention on Human Rights, which contains a general clause on the prohibition of abuse of rights, is particularly important. In the practice of the European Court of Human Rights, there are four approaches of the application of this article: direct application of Article 17, indirect application of Article 17, failure to apply Article 17 in cases where the institute of abuse of rights could have been, but was not applied and inapplicability of Article 17 due to the fact that the factual circumstances were not serious enough in the specific case. Given that the range of abuse of rights has been significantly expanded in judicial practice, the paper will present the main criticisms regarding this approach of the Court. The lack of clear criteria for the application of Article 17 of the Convention leaves the possibility of an arbitrary assessment of the application of the institute of abuse of rights in specific cases, which is why the author proposes to define them more clearly in order to achieve legal certainty.*

**Keywords:**

*abuse of rights, subjective rights, human rights, European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights*