

UPOTREBA TRADICIONALNIH PRAVNIH ARGUMENATA ZA OPRAVDANJE TUMAČENJA I PRIMJENE ČLANKA 8. EUROPSKE KONVENCIJE ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I TEMELJNIH SLOBODA U PRAKSI EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Izvorni znanstveni rad

UDK 340.111.5

347.951.3

340.142.01

341.231.145(4)

Primljeno: 7. rujna 2023.

Ana Žagar*

Ovaj rad tumačenje Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda od strane Europskog suda za ljudska prava prikazuje posve različito od sve proučene literature. Umjesto izdvajanja u praksi Suda razvijenih specifičnih tumačenjskih doktrina pokazuje se da Sud koristi i tradicionalne tumačenjske argumente, kako ih je popisao Giovanni Tarello. Dokazivanjem da Sud u tumačenju i primjeni Konvencije rabi argumente s dugom povijesti upotrebe, koje rabe i domaći sudovi prilikom tumačenja i primjene nacionalnih propisa, cilj je obeshrabriti ideje o proizvoljnosti tumačenja Suda u Strasbourgu i poboljšati njihovo razumijevanje na nacionalnoj razini. Metoda rada jest kvalitativna analiza sadržaja, a presude su odabrane kombinacijom namjernog i slučajnog uzorkovanja.

Ključne riječi: Europski sud za ljudska prava, Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, tumačenjske doktrine, tumačenjski argumenti, kvalitativna analiza sadržaja

1. UVOD

Prema čl. 32. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda¹ Europski sud za ljudska prava² predstavlja tijelo nadležno za njezino tumačenje. Nužnost obavljanja i kreativnosti u obavljanju te zadaće Suda u Strasbourgu potvrđuje činjenica da je za primjenu pravne norme³ potrebno prethodno protumačiti pravnu odredbu,⁴ da sama

* Ana Žagar, mag. iur., odvjetnička vježbenica u zajedničkom odvjetničkom uredu dr. sc. Sandra Marković, Sidonija Grbavac i dr. sc. Dino Gliha

¹ (Europska) Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10, 13/17); u daljnjem tekstu: Konvencija.

² Europski sud za ljudska prava jest međunarodni sud ustrojen 1959. godine sa sjedištem u Strasbourgu, čija je zadaća osigurati da države poštuju prava i jamstva zajamčena Konvencijom (izvor: <https://uredzastupnika.gov.hr/europski-sud-za-ljudska-prava/186>); u daljnjem tekstu: Sud.

³ Na umu ponajprije valja imati razliku između pravne odredbe i pravne norme. Pravna je odredba iskaz od jedne ili više rečenica, dok je pravna norma njegovo značenje, smisao, rezultat tumačenja pravne odredbe. [Iz: Harašić, Žaklina, *Dometi sistematskog tumačenja u pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 46 (2), 2009, 315–335, str. 320, preuzeto s: <https://hrcak.srce.hr/38207> (20. 10. 2022.).]

⁴ Tomić, Ivan, *Tumačenje, pravne praznine i načelo zakonitosti*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, 28, 2020, 106–128, str. 106, preuzeto s: <https://hrcak.srce.hr/250161> (20. 10. 2022.).

Konvencija ne daje nikakve upute za svoje tumačenje, ali i da je riječ o dokumentu starom više od 70 godina, koji nije mogao predvidjeti potrebe zaštite ljudskih prava u kontekstu današnjih prilika.

Važnost tumačenjske djelatnosti Suda jest uvelike prepoznata u literaturi, u kojoj se ona opisuje kroz u praksi Suda razvijene tumačenjske doktrine. U svoj proučenoj literaturi riječ je o izdvajanju (više ili manje) istih tumačenjskih alata koje Sud upotrebljava, a koje na ovom mjestu valja nabrojati: tumačenje u skladu s Bečkom konvencijom '69.,⁵ doktrina autonomnog značenja,⁶ živućeg instrumenta,⁷ europskog konsenzusa,⁸ sagledavanja pripremljenih radova,⁹ prakse Suda,¹⁰ cilja i svrhe Konvencije,¹¹ doktrina učinkovitosti zaštite prava,¹² pravedne ravnoteže¹³ te margine diskrecije.¹⁴ Činjenica da su ove doktrine, koje trebaju poslužiti za objašnjenje tumačenja i primjene Konvencije od strane Suda, razvijene upravo od strane Suda i da su specifične samo za Sud potencijalni je razlog za ideju da je riječ o proizvoljnim instrumentima proširenja značenja,¹⁵ kao i teškoća razumijevanja na nacionalnoj razini.¹⁶

⁵ Premda Konvencija ne daje nikakve izričite upute za tumačenje svojih odredbi, valja se prisjetiti da je Konvencija kao međunarodni ugovor uređena pravilima Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora iz 1969. Prema njezinu osnovnom pravilu iz st. 1. čl. 31. ugovore treba tumačiti u dobroj vjeri, prema uobičajenom smislu izraza iz ugovora u njihovu kontekstu i u svjetlu predmeta i svrhe ugovora (Bečka konvencija o pravu međunarodnih ugovora, Narodne novine, br. 16/1993).

⁶ Uz dvojezičnu prirodu i potrebu uzimanja u obzir cjeline teksta, problem tumačenju konvencijskih prava stvara i različitost značenja brojnih pojmova u svakoj pojedinoj državi. Stoga se javila potreba za primjenom nekih ujednačenih i konstantnih značenja, a legitimitet za određivanje koje će to značenje biti pripao je Sudu. (Iz: McBride, Jeremy, *The Doctrines and Methodology of Interpretation of The European Court of Human Rights*, Council of Europe, 2021, 1–72, str. 10, preuzeto s: <https://rm.coe.int/echr-eng-the-doctrines-and-methodology-of-interpretation-of-the-europe/1680a20aee> (7. 11. 2022.).)

⁷ Ideja je da se Konvencija treba tumačiti u skladu s potrebama i uvjetima svakidašnjice te evoluirati kroz tumačenje. Ta metoda omogućava nužan stupanj fleksibilnosti kako bi se osigurala realizacija zajamčenih prava. (Iz: Dzehtsiarou, Kanstantsin, *European consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights*, German Law Journal, 12(10), 2011, 1730–1744, str. 1731, preuzeto s: https://www.ejtn.eu/Documents/About%20EJTN/Independent%20Seminars/Human%20Rights%20BCN%2028-29%20April%202014/Dzehtsiarou_Interpretation_ECHR_GLJ_2011.pdf (7. 11. 2022.).)

⁸ Europski konsenzus jest metoda interpretacije stvorena u praksi Suda, koja se sastoji od analize i identifikacije evolucije standarda zaštite ljudskih prava unutar europskih država. (*Ibid.*)

⁹ Sud će se nekada radi objašnjenja odabira svojeg tumačenja vratiti u trenutke nastanka Konvencije (McBride, J., *op. cit.* (bilj. 6), str. 43).

¹⁰ Sud nije vezan svojim prijašnjim odlukama, ali im se nerijetko okreće (*ibid.*, str. 47).

¹¹ Vjerojatno jedna od najvažnijih činjenica koju Sud uzima u obzir jest cilj i svrha Konvencije, čija je primarna zadaća osiguravanje prava i sloboda koje su navedene, zaštita ljudi, očuvanje i promoviranje demokratskih vrijednosti (*ibid.*, str. 36).

¹² Upravo kako bi ostvarili svoj cilj i svrhu, prava i slobode zajamčeni Konvencijom moraju biti zaštićeni i u praksi (*ibid.*).

¹³ Sud će nerijetko i u pogledu dosega nekog članka i u pogledu ocjenjivanja o tome je li došlo do povrede prava zajamčenog njime „vagati“ određene interese kako bi ocijenio ono što bi bilo pravedno (*ibid.*, str. 50).

¹⁴ Instrument kojim Sud osigurava fleksibilnost državama da obveze iz Konvencije ispune u skladu sa svojim mogućnostima (*ibid.*, str. 8).

¹⁵ Dzehtsiarou, Kanstantsin, *European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.* (bilj. 7), str. 1734–1735. Autor govori o kritikama ekstenzivnog tumačenja od strane Suda, od kojih je jedna i razlog da Sud svoje presude ne obrazlaže dostatno.

¹⁶ Marochini Zrinski, Maša, *Izazovi u primjeni i tumačenju Konvencije u Republici Hrvatskoj*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 55 (2), 2018, 423–446., preuzeto s: <https://hrcak.srce.hr/199097> (8. 11. 2022.).

Stoga je cilj ovog rada, za razliku od postojeće literature, pokazati da Sud u tumačenju Konvencije upotrebljava (i) tradicionalne tumačenjske argumente te da se argumentacija tumačenja konvencijskih odredbi od strane Suda u bitnome ne razlikuje od argumentacije tumačenja pravnih propisa od strane nacionalnih sudova. Tako će se dokazati da se on prilikom tumačenja ne poziva samo na u vlastitoj praksi razvijene doktrine već i izričito i prešutno rabi argumente koji iza sebe imaju „dugu povijest upotrebe“,¹⁷ a rabe ih i nacionalni sudovi. Smatra se da takvo demistificiranje rada Suda ima potencijal poboljšati njegovo generalno razumijevanje, a posebice razumijevanje presuda na nacionalnoj razini, na kojoj su one obvezujuće.¹⁸

Tradicionalne sheme argumentiranja ili tumačenjske argumente Giovanni Tarello opisao je kao u pravnoj kulturi priznate sheme izbora i opravdavanja jednog umjesto drugog pridavanja značenja te kriterije vrednovanja tog izbora,¹⁹ a osim njega i drugi su se autori značajno bavili njihovim popisivanjem i razvrstavanjem.²⁰ Za ovu se analizu najprikladnijim pokazao popis upravo tog talijanskog teoretičara, pa će on biti detaljnije prikazan. Razumjeti teorijska objašnjenja tradicionalnih argumenata važno je i zbog pretpostavke ovoga rada da ih Sud u svojim obrazloženjima rijetko navodi izrijeком, tj. da je za prepoznavanje njihove upotrebe u pravilu nužno usporediti teorijsku definiciju argumenta i argumentaciju Suda u konkretnom predmetu. Takva je pretpostavka pak temeljena na drugoj pretpostavci, prema kojoj bi u slučaju češće izričite upotrebe tradicionalnih argumenata od strane Suda postojala i (brojnija) literatura o toj tematici.

Tako će u ovom radu biti navedeno u kojoj se mjeri pojavljuje izričita upotreba nekog od argumenata s Tarellova popisa, ali će i biti izdvojeni najzanimljiviji primjeri u kojima se o njihovoj nedvojbenoj upotrebi može zaključiti iz formulacije argumentacije. U primjere su

¹⁷ Tarello, Giovanni, *Argumentacija tumačenja i sheme obrazlaganja u pridavanju značenja normativnim tekstovima*, *Revus* [mrežno izdanje], 45, 2021, § 11., preuzeto s: <http://journals.openedition.org/revus/7897> (20. 10. 2022.).

¹⁸ Presude su prvenstveno obvezujuće u smislu dužnosti izvršavanja presuda u kojima je utvrđena povreda u državama na koje se odnose. Njihovo izvršenje nadzire Odbor ministara Vijeća Europe, a pogotovo kako bi se osigurala isplata dosuđenih iznosa. (Iz: https://www.echr.coe.int/Documents/50Questions_HRV.pdf (3. 12. 2022.)) Međutim, u teoriji postoje i ideje o općenitom *erga omnes* djelovanju presuda Suda u Strasbourgu. Oddný Mjöll Arnardóttir u svojem radu navodi da čl. 19., čl. 32. i čl. 1. Konvencije zajedno govore o tome kako, s obzirom na to da je Konvencija živući instrument, autoritativno tumačen od strane Suda, kao i s obzirom na cilj i svrhu Konvencije te suvremene potrebe zaštite ljudskih prava, države ne mogu ispuniti svoju obvezu iz čl. 1. Konvencije ako u obzir ne uzimaju i razvoj prakse Suda. (Iz: Arnardóttir, Oddný Mjöll, *Res interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights*, *The European Journal of International Law*, 28 (3), 2017, 819–843, str. 824–825, preuzeto s: <https://academic.oup.com/ejil/article/28/3/819/4616673> (4. 4. 2023.))

¹⁹ Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 3. Tarello u svojem radu govori o tumačenjskim argumentima u „našoj pravnoj kulturi“, „našoj pravnoj tradiciji“ i sl. Iz teksta se zaključuje da pod tim izrazima podrazumijeva sustave kontinentalnog pravnog poretka.

²⁰ Vidi primjerice McCormick, D. Neil., Summers, Robert S., *Interpreting Statutes – A comparative study*, Routledge, New York, 2016, te Macagno, Fabrizio, Sartor, Giovanni, Walton, Douglas, *Argumentation schemes for statutory interpretation*, Cambridge University Press, 2012, 63–75, preuzeto s: https://www.researchgate.net/profile/Fabrizio-Macagno/publication/265592013_Argumentation_Schemes_for_Statutory_Interpretation/links/5412f0b50cf2fa878ad3cb46/Argumentation-Schemes-for-Statutory-Interpretation.pdf (21. 10. 2022.).

jednako uzeta tumačenja *in abstracto* (koja se sastoje u utvrđivanju normativnim tekstom izraženog i/ili u njemu logički impliciranog smisaonog sadržaja, tj. norme/normi) i *in concreto* (koja se sastoje u podvođenju konkretnog činjeničnog stanja pod područje primjene neke prethodno *in abstracto* utvrđene norme)²¹ s obzirom na to da za potrebe ovog rada njihovo posebno razdvajanje nije relevantno. Drugim riječima, istraživanje je obuhvatilo i argumente kojima je Sud opravdavao tumačenje čl. 8. (tj. pripisivanje značenja odredbi toga članka) i argumente kojima je opravdavao odluku o primjeni čl. 8. na konkretno činjenično stanje (tj. odluku o (ne)podvođenju konkretnog činjeničnog stanja pod doseg primjene norme izražene tim člankom).

Metoda koja se smatrala optimalnom za formiranje željenih zaključaka jest metoda kvalitativne analize sadržaja. Riječ je o metodi analize i subjektivne interpretacije teksta prije koje je nužno formulirati izraze koji će se u njemu prepoznavati.²² Izrazi koji su se u tekstu prepoznavali jesu upravo izričite i prešutne upotrebe argumenata s Tarellova popisa, koje predstavljaju jedinice sadržaja i analize, a ujedno su i mjerni instrument ovog istraživanja.²³ Mjerni instrument (Tarellov popis argumenata) i način njegove primjene detaljnije će biti prikazani u 2. poglavlju. Jedinicu analize, tj. tekst koji se rastavio na jedinice sadržaja (tumačenjske argumente), predstavljaju odabrana obrazloženja iz sudskih presuda, a proces odabira objašnjava se u nastavku.²⁴ Prema nekim je autorima ta metoda prikladan i jednostavan način za generiranje objektivnog znanja o onome što sudovi rade te kako i zašto to rade.²⁵

S obzirom na opsežnost ukupne prakse broj presuda za analizu valjalo je ograničiti. Odabir je izvršen kombinacijom namjernog i slučajnog uzorkovanja.²⁶ Naime, najkorisnijim se učinilo pokazati primjenu upotrebe tih argumenata na presudama o pravima iz čl. 8.²⁷ – na privatnost, obitelj, dom i dopisivanje – s obzirom na to da je riječ o pravima uspostava čijih standarda zaštite zahtijeva posebnu kreativnost i dinamiku u interpretaciji, a koje je potrebno razumjeti i primjenjivati u svakom nacionalnom poretku. Iz službenog dokumenta Vijeća Europe koji popisuje tako uspostavljene standarde zaštite

²¹ Guastini, Riccardo, *Sintaksa prava*, Naklada Breza, Zagreb, 2019, str. 352.

²² Wildemuth, Barbara M., Zhang, Yan, *Qualitative Analysis of Content* [mrežno izdanje], str. 1, preuzeto s https://www.ischool.utexas.edu/~yanz/Content_analysis.pdf (29. 1. 2023.).

²³ *Ibid.*, str. 3.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Hall, Mark A., Wright, Ronald F., *Systematic Content Analysis of Judicial Opinions*, California Law Review, 96 (1), 2008, 63–122, str. 64, preuzeto s: <http://www.jstor.org/stable/20439171> (29. 1. 2023.).

²⁶ *Ibid.*, str. 102.

²⁷ Čl. 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda: pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života.

St. 1. Svatko ima pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja.

St. 2. Javna vlast neće se miješati u ostvarivanje tog prava, osim u skladu sa zakonom i ako je u demokratskom društvu nužno radi interesa državne sigurnosti, javnog reda i mira ili gospodarske dobrobiti zemlje te radi sprječavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih.

prava iz čl. 8. (Vodič kroz članak 8. Konvencije)²⁸ slučajnim je odabirom izdvojeno 30 presuda za svaki element na koji se on tradicionalno dijeli (privatnost, obitelj, dom i dopisivanje) – dakle, ukupno 120 presuda. Iz njih je kao jedinica analize uzet samo dio kojim Sud obrazlaže odluku o pravima iz čl. 8.

Svrha ove analize nije i ne može biti donošenje generalnih zaključaka o argumentaciji Suda, već pokazati i olakšati prepoznavanje upotrebe tradicionalnih tumačenjskih argumenata u njegovoj praksi, čak i onda kada ona nije izričita.

2. TUMAČENJSKI ARGUMENTI PREMA G. TARELLU

Giovanni Tarello u svojem popisu shema argumentiranja ili „rasuđivanja“ izdvaja petnaest argumenata: argument *a contrario*, argument *a simili ad simile*, argument *a fortiori*, argument potpunosti pravnog uređenja, argument dosljednosti pravnog uređenja, psihološki argument, povijesni argument, apagogički argument, teleološki argument, argument ekonomičnosti, argument autoriteta, sustavni argument, naturalistički argument, argument pravičnosti te argument koji polazi od općih načela.²⁹ Kreiranje popisa argumenata vidi kao „prvi korak u višoj i plemenitijoj spoznajnoj djelatnosti razvrstavanja“, a navedene argumente dijeli na specifično pravne i one koji to nisu,³⁰ logičke i nelogičke argumente,³¹ potpune i nepotpune³² te konzervativne i nekonzervativne argumente.^{33, 34} Već je napomenuto kako je poznavanje teorijskih poimanja argumenata nužno za prepoznavanje njihove prešutne upotrebe u praksi, a teorijskim opisima argumenata bit će dodane i napomene o njihovoj sličnosti s pojedinim tumačenjskim doktrinama Suda.

2.1. Argument *a contrario*

Riječ je o argumentu prema kojemu se, u situaciji postojanja normativnog iskaza kojim se pripisuje neka normativna kvalifikacija terminu iskaza koji se odnosi na neki subjekt ili razred subjekata, mora izbjeći proširenje značenja toga termina koje bi obuhvatilo

²⁸ Vodič kroz članak 8. Konvencije, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_HRV.pdf (3. 12. 2022.). U tom su vodiču izdvojene vodeće, značajne i/ili nedavne presude i odluke kako bi se pronašla ključna načela iz ovog područja te mjerodavni presedani. Vodič je zadnji put ažuriran 31. 8. 2020.

²⁹ Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 12.

³⁰ Kao argumente specifične upravo za pravnike izdvaja argument pravičnosti, sustavno-dogmatski argument i *analogiju iuris*, dok sve ostale argumente vidi kao argumente koje pravnici upotrebljavaju na način da prilagođavaju uvjeravajuće sheme zajedničke raznim poljima.

³¹ Kao logičke argumente izdvaja argument *a contrario*, argument *a simili*, argument *a fortiori*, argument dosljednosti i argument potpunosti pravnog sustava, dok za sve ostale argumente drži da su nelogički.

³² Za četiri argumenta upozorava kako ne samo da se mogu već se i moraju povezati s drugim argumentima da bi bili potpuni. Riječ je o argumentu analogije, argumentu *a fortiori*, argumentu dosljednosti i argumentu potpunosti.

³³ Naklonjenima pravnoj promjeni, prema Tarellovu mišljenju, mogu se smatrati argument pravičnosti, argument koji polazi od općih načela, naturalistički argument, argument *a contrario*, psihološki argument i argument ekonomičnosti. Svi ostali argumenti jesu tendencijski konzervativni.

³⁴ Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), §§ 101–131.

subjekte ili razrede subjekata koji nisu usko i doslovno uključeni u termin kvalificiran prvim normativnim iskazom.³⁵ Pravne odredbe nekada i izričito upućuju na upotrebu ovoga argumenta izrazima „samo“, „osim za“ ili „iznimno“, kada vrijedi pravilo *singularia non sunt extendenda*, dok se u protivnom on može upotrijebiti uz vrijednosno i ciljno obrazloženje toga zašto se određeno značenje ne može proširiti na drugog subjekta.³⁶

Često se upotreba ovoga argumenta vidi kao alat „doslovnog“ ili „restriktivnog“ tumačenja.³⁷ Premda neki taj „tumačenjski formalizam“ prikazuju kao pravničku „manu“, Tarello upozorava na različite učinke toga argumenta ovisno o formalnoj strukturi normativnih iskaza na koje se primjenjuje.³⁸ U teoriji se spominju i dvije varijante tog argumenta. Tarello ih naziva argument *a contrario* kao pravilo o pravnoj proizvodnji te argument *a contrario* kao pravilo tumačenja,³⁹ Riccardo Guastini također spominje produktivnu i interpretativnu varijantu,⁴⁰ dok Aleksander Peczenik govori o slaboj i jakoj verziji toga argumenta.^{41, 42} Imajući na umu cilj ovog rada, u analizi se dostatnim smatralo utvrditi upotrebu tog argumenta te se nije utvrđivalo o kojoj je varijanti upotrebe riječ. Konačno, zanimljivo je spomenuti i konstataciju prema kojoj je tumačenje pomoću tog argumenta toliko uobičajeno i prirodno da se često rabi, a da tumač nije ni svjestan da to čini.⁴³

2.2. Argument *a simili ad simile* (argument analogije)

Ovim se argumentom u situaciji u kojoj postoji norma koja pripisuje neku normativnu kvalifikaciju nekom subjektu ili razredu subjekata zaključuje o postojanju norme koja pripisuje istu normativnu kvalifikaciju nekom drugom subjektu ili razredu subjekata, pri

³⁵ Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 14.

³⁶ Visković, Nikola, *Argumentacija i pravo*, Pravni fakultet, Split, 1997, str. 65.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), §§ 19.–20. Tako će upotreba ovoga argumenta voditi sužavanju polja sloboda, prava i sposobnosti (proširujući ujedno polja dužnosti, obveza, nesposobnosti) u odnosu na iskaze kojima se propisuju slobode, prava i vlasti; i obrnuto – vodit će sužavanju polja dužnosti, obveza i nesposobnosti (proširujući polja sloboda, prava i vlasti) u odnosu na iskaze kojima se propisuju dužnosti, obveze ili kvalifikacije nesposobnosti.

³⁹ *Ibid.*, §§ 14.–15. Kao pravilo o proizvodnji, ovaj argument isključuje proizvodnju daljnjih normi u odnosu na već izražene norme, što se odražava izrekom *ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit*. Kao pravilo tumačenja vodi isključenju proširenja značenja termina na način da se obuhvate subjekti ili razredi subjekata koji nisu usko i doslovno uključeni u terminu.

⁴⁰ Kod produktivne se varijante ovoga argumenta opravdava formuliranje implicitne norme za regulaciju činjeničnog stanja koje nije eksplicitno regulirano. S druge strane, u interpretativnoj je verziji riječ o argumentu kojim se zaključuje da se „šutnjom“ navedeno činjenično stanje ne regulira te da postoji pravna praznina.

⁴¹ Prema slabom argumentu činjenica da je nešto regulirano nije dovoljna za zaključak da nešto drugo nije. Ipak, prema jakom se argumentu smatra da slučajevi koji nisu regulirani pravnom odredbom ne bi trebali biti regulirani na način određen tom odredbom.

⁴² Keršić, Marin, *Argument a contrario*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 59 (2), 2022, 295–313, str. 298–299, preuzeto s: <https://hrcak.srce.hr/280636> (26. 10. 2022.).

⁴³ Tako Lukić, Radomir, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 111, prema: Harašić, Ž., *Sudska argumentacija*, Split, Pravni fakultet, 2010, str. 41.

čemu je „sličnost“ ili „analogija“ između subjekata ili razreda subjekata⁴⁴ pretpostavka za istovjetnost pravnog uređenja.⁴⁵ Drugim riječima, ovim se argumentom proširuje značenje nekog termina (koji je dio nekog normativno kvalificiranog iskaza) kako bi se njime obuhvatili (kako bi i za njih vrijedila ta normativna kvalifikacija) subjekti ili razredi subjekata koji nisu usko i doslovno uključeni, ali pokazuju sličnost ili „analogiju“ s onim subjektima ili razredima subjekata koji jesu.⁴⁶ Pavčnik izdvaja jednu podvrstu ovog argumenta – analogiju *inter legem*, u kojoj sam zakonodavac u pravnoj odredbi na proširenje primjene zaključivanjem po sličnosti upućuje izrazima „naročito“, „na drugi način“, „druga osoba“ i sl.⁴⁷

Riječ je o argumentu u određenom smislu suprotnom prethodno izloženom, koji u području tumačenja funkcionira kao pokretač „proširenog“ ili „ekstenzivnog“ tumačenja.⁴⁸ Ponovno se u teoriji pronalazi razlikovanje produktivne i interpretativne inačice tog argumenta,⁴⁹ na koju se u daljnjoj analizi, iz već izloženog razloga, neće osvrutati.

2.3. Argument *a fortiori*

Riječ je o argumentu prema kojemu se u slučaju postojanja pravne norme koja postavlja neku normativnu kvalifikaciju jednom subjektu ili vrsti subjekata mora zaključiti o postojanju iste normativne kvalifikacije za drugi subjekt ili vrstu koji takvu kvalifikaciju iz pravne norme „zaslužuju“ iz još „jačih“ razloga negoli prvi subjekt ili vrsta subjekata.⁵⁰ Nije nužno da između subjekata ili ponašanja na koje se proširuje značenje postoji „sličnost“ ili „analogija“ s onima ili onim na koje se iskaz nesumnjivo odnosi, već je dovoljno da uređenje „zaslužuju s jačim razlogom“.⁵¹ Premda možda izgleda tako, ovaj argument nije samo „jača“ verzija argumenta analogije – s obzirom na to da se on ne zasniva na sličnosti, nego samo na razlogu (*rationi*) norme ili normativnog iskaza.⁵²

Osim produktivne i interpretativne varijante, razlikuju se i dva oblika ovoga argumenta – *a minori ad maius* (od manjeg prema većem) i *a maiori ad minus* (od većeg prema manjem).⁵³ Argument *a minori* tvrdi da, ako pravna odredba zabranjuje činiti manje, to

⁴⁴ Upozorava se kako snaga uvjerljivosti ne potječe jednostavno iz sličnosti između članova, nego i iz sličnosti dvaju odvojeno postojećih odnosa. Tarello model analogije uspoređuje i s modelom matematičke proporcije.

⁴⁵ Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), §§ 2223.

⁴⁶ *Ibid.*, § 23.

⁴⁷ Tako Pavčnik, M., *Argumentacija v pravu*, Cankarjeva založba, Ljubljana, 1991, u: Harašić, Žaklina, *op. cit.* (bilj. 43), str. 56–57.

⁴⁸ Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 24.

⁴⁹ *Ibid.*, §§ 23.–24. Argument *a simili* u proizvodnoj varijanti služi kao pravilo koje nalaže proizvodnju normi čiji je učinak to da i za drugi termin analogije postoji ono uređenje koje neka već postojeća norma daje prvom terminu analogije. Kao tumačenjsko pravilo izražava se izrekom *lex minus dixit quam voluit* te služi kao pokretač „proširenog“ tumačenja.

⁵⁰ *Ibid.* § 30.

⁵¹ *Ibid.* §§ 30.–31.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Visković, N., *op. cit.* (bilj. 36), str. 68.

više se podrazumijeva da zabranjuje činiti više.⁵⁴ Tako bi tu inačicu argumenta *a fortiori* upotrijebio onaj tko bi proširio odgovornost za neko protupravno djelo počinjeno u nehatu na takvo protupravno djelo počinjeno u namjeri ili zabranu uvođenja pasa u bolnicu i na uvođenje drugih životinja u bolnicu.⁵⁵ Argument *a maiori* pak tvrdi da, ako pravna odredba dopušta činiti više, to više se podrazumijeva da dopušta činiti i manje.⁵⁶ Tako će ovu inačicu argumenta upotrijebiti onaj tko tvrdi da poljoprivrednik koji ima pravo prvokupa na cijelo zemljište kojeg je zakupnik ima pravo prvokupa i na dio tog zemljišta ili da onaj tko ima služnost vožnje određenim putem ima i služnost pješačkog prolaza tim putem.⁵⁷ O tome što je veće ili manje, nekada može zaključiti logičkim putem, međutim, u većini slučajeva vrednovanje će se obaviti uporabom ciljnih argumenata.⁵⁸ Tarello upozorava kako se uključivanje „manjeg“ entiteta u „veći“ mora odnositi na „jači razlog“ i „slabiji razlog“, a ne na „veću količinu“ i „manju količinu“ ponašanja koje se kvalificira ili objekta tog ponašanja.⁵⁹

2.4. Argument potpunosti pravnog uređenja

Ovaj je argument moguće definirati kao argument prema kojemu se, onda kada se za dano ponašanje i dani subjekt ne može pronaći norma kojom se tom ponašanju ili subjektu pripisuje neka normativna kvalifikacija, treba zaključiti da postoji norma koja neuređenom ponašanju daje neku normativnu kvalifikaciju.⁶⁰ Drugim riječima, njegovom se upotrebom onemogućuje takvo pridavanje značenja normativnim iskazima čija bi posljedica bila nužnost smatranja nekog ponašanja neuređenim ili pravno nekvalificiranim.⁶¹ Dakle, ovaj se argument također može upotrijebiti u svojoj proizvodnoj ili tumačenjskoj ulozi.⁶²

Argument počiva na vrlo uvjerljivoj pretpostavci o potpunom uređenju lišenom praznina, no on istovremeno može biti samo pomoćan ili supsidijaran, tj. sam je po sebi nedostatan za rješavanje problema primjene prava.⁶³ Naime, kada se odluči da se raspoloživim normativnim iskazima ne prida značenje po kojemu bi neko ponašanje bilo nekvalificirano, nužno je pripisati značenja raspoloživim normativnim iskazima – zbog

⁵⁴ Harašić, Ž., *op. cit.* (bilj. 43), str. 61.

⁵⁵ Visković, N., *op. cit.* (bilj. 36), str. 68.

⁵⁶ Harašić, Ž., *op. cit.* (bilj. 43), str. 61.

⁵⁷ Visković, N., *op. cit.* (bilj. 36), str. 68.

⁵⁸ Harašić, Ž., *op. cit.* (bilj. 43), str. 61.

⁵⁹ Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 35. Ovo upozorenje pokazuje na primjeru. Naime, iako je broj jedan uvijek sadržan u broju dva, nije istina da ne postoji neki normativni razlog koji bi dopustio određeno ponašanje u vezi s jednom jedinicom, a ne s dvjema jedinicama. Tako zakonodavstvo u određenim državama u određenim trgovinama dopušta prodaju „dviju“ boca alkohola – onaj tko bi argumentirao da je time, *a maiori*, dozvoljena prodaja i jedne boce alkohola, propustio bi primijetiti *ratio* norme prodaje jedne boce alkohola (obeshrabrivanje česte prodaje alkohola onima s malo novca).

⁶⁰ *Ibid.*, § 37.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*, §§ 36.–37.

čega se taj argument mora upotrijebiti s bar još jednim retoričkim argumentom ili pretpostavkom općeg načela.⁶⁴

2.5. Argument dosljednosti pravnog uređenja

Riječ je o argumentu prema kojemu se, ako postoje dvije norme koje postavljaju dvije međusobno nespojive normativne kvalifikacije, mora zaključiti da barem jedna od njih nije primjenjiva.⁶⁵ Odnosno, njime se onemogućuju tumačenja koja bi rezultirala pojavom sukoba normi, što se naziva i korektivnim tumačenjem.⁶⁶ Također je moguće razlikovati dvije varijante ovog argumenta – proizvodnu i tumačenjsku.⁶⁷

Kao i prethodni argument, i argument dosljednosti s jedne strane ima znatnu uvjeravajuću snagu, a s druge je tek pomoćan i supsidijaran.⁶⁸ Naime, uvjeravajuća snaga proizlazi iz u modernim pravnim porecima vrlo raširenog vjerovanja o pravnom poretku kao dosljednom uređenju lišenom antinomija, ali njegova supsidijarnost proizlazi iz činjenice da sam nije dovoljan za rješavanje problema tumačenja u širem smislu kada dođe do takva „sukoba normi“.⁶⁹ Stoga je i ovaj argument potrebno dopuniti bar još jednim argumentom ili pretpostavkom općeg načela.⁷⁰

2.6. Psihološki argument (obraćanje volji konkretnog zakonodavca)

Temelj je ovoga argumenta uvažiti volju izdavatelja ili autora iskaza te pridati normativnom iskazu značenje u skladu s njom.⁷¹ Izraz volje pojedinca ili konkretne skupštine najčešće se pronalazi u raznim dokumentima, kao što su pripremni radovi (*travaux préparatoire*).⁷²

Tarello upozorava na problem upotrebe psihološkog argumenta u situaciji kada u stvaranju dokumenta sudjeluju nositelji različitih i sukobljenih interesa, volja i zahtjeva, koji konačno dolaze do kompromisnog rješenja te normativne ovlasti prenose na tumače.⁷³ Općenito se ovaj argument danas koristi manje nego u prošlosti, a i s drukčijom

⁶⁴ *Ibid.*, § 38. Visković pak govori o ideologiji koja prevladava u suvremenoj pravnoj znanosti – ideologiji/argumentu nepotpunosti. Njime se priznaje postojanje pravnih praznina ili pravno nenormiranih važnih društvenih odnosa, a takvi nenormirani odnosi ne smatraju se pravnim odnosima. Dalje o volji zakonodavca ili sudaca ovisi hoće li se i kako neki od tih odnosa naknadno pravno normirati (Visković, N., *op. cit.* (bilj. 36), str. 70).

⁶⁵ Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 41.

⁶⁶ Tako Bobbio, Norberto, *Novissimo digesto italiano*, Antinomia, 1957, 667–668, prema Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 42.

⁶⁷ Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 42.

⁶⁸ *Ibid.*, § 41.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*, § 50.

⁷² *Ibid.*, § 67.

⁷³ *Ibid.*, § 56.

ulogom – diskreditiranja onih tumačenja koja su očito suprotna volji tvorca, tj. kako bi se utvrdilo ono što se nije htjelo, a ne ono što se htjelo.⁷⁴

Već je napomenuto da je jedna od u literaturi tradicionalno izdvajanih tumačenjskih doktrina Suda i sagledavanje pripremnih radova koji su prethodili usvajanju Konvencije.⁷⁵ Sud se na tu doktrinu pozvao u presudi *James i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁷⁶ te pojasnio da, u situaciji kada tumačenje nekog teksta rezultira nesporazumima i neslaganjem, Sud smatra korisnim pribjeći tumačenju iz pripremnih radova Konvencije. Drugim riječima, Sud će pokušati utvrditi izvornu volju autora i tako prihvatiti tumačenja koja su u skladu s njom, odnosno diskreditirati ona koja nisu. Očito je da se upotreba te tumačenjske doktrine Suda ni po čemu ne razlikuje od upotrebe psihološkog argumenta kako ga je opisao Tarello.

2.7. Povijesni argument (pretpostavka kontinuiteta, pretpostavka o konzervativnom zakonodavcu)

Prema ovom se argumentu, u nedostatku izričito suprotnih naznaka, normativnom iskazu mora pridati ono značenje koje se i tradicionalno pridavalo ranijem ili prethodnom iskazu koji je uređivao istu materiju u istom pravnom uređenju, ili pak isto normativno značenje koje se tradicionalno pridavalo normativnom iskazu sadržanom u matičnom dokumentu nekog drugog pravnog uređenja.⁷⁷ Temelj uvjerljivosti ovog argumenta jest u pretpostavci da norme koje uređuju neku materiju ostaju postojane unatoč promjenama formulacija u normativnim dokumentima. Kao primjer upotrebe tog argumenta Tarello navodi tumačenje prema kojemu bi se nekom članku vrijedećeg talijanskog građanskog zakonika pridalo značenje koje se tradicionalno pridavalo odgovarajućem članku francuskog građanskog zakonika iz 1804.⁷⁸ Upozorava i na opadanje važnosti tog argumenta, koji, kada se upotrebljava u svojim granicama, može biti korisna prepreka nastranim i bizarnim tumačenjima.⁷⁹

S obzirom na to da je danas važeća izvorna verzija Konvencije iz 1950., uporište za takva tumačenja eventualno bi mogla predstavljati Opća deklaracija o ljudskim pravima iz 1948.⁸⁰ Konvencija se smatra dokumentom koji je doista nametnuo obvezu poštivanja u Deklaraciji navedenih prava, a inspiracija tim dokumentom naglašena je i u Preambuli

⁷⁴ *Ibid.*, § 58.

⁷⁵ McBride, J., *op. cit.* (bilj. 6), str. 43.

⁷⁶ *James i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 21. veljače 1986., br. 8793/79, § 64.

⁷⁷ Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 59.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*, § 63.

⁸⁰ *Opća deklaracija o ljudskim pravima* dokument je zaštite ljudskih prava koji je proglasila Opća skupština Ujedinjenih Naroda 10. prosinca 1948. Riječ je o rezoluciji koja nema nikakvu pravnu snagu, ali je imala neoporeciv značaj za razvoj ljudskih prava. U Hrvatsko je zakonodavstvo preuzeta Odlukom 2009. godine (Narodne novine, br. 12/2009).

Konvencije.⁸¹ Tako je čl. 8. Konvencije u bitnom temeljen na čl. 12. Deklaracije, a u literaturi se više puta pojavljuje stajalište da je u dosta slučajeva Sud i proširio značenje čl. 8. oslonivši se na formulacije iz Deklaracije.⁸²

2.8. Apagogički argument (*ab absurdo, reductio ad absurdum, pretpostavka o razumnom zakonodavcu*)

Apagogičkim se argumentom žele izbjeći tumačenja normativnih iskaza koja rezultiraju „apsurdnom“ normom, odnosno koja dovode do apsurdnih rezultata primjene norme, rezultata ili učinaka njezine primjene, logičke ili paralogičke apsurdnosti, ili pak praktične ili etičke apsurdnosti.⁸³ Uporište je tog argumenta u pretpostavci da pravo ne sadrži apsurdne norme baš zato što pretpostavlja „razboritost zakonodavca“.⁸⁴ Taj je argument spojiv i s drugim argumentima, oosbito teleološkim i argumentom pravičnosti.⁸⁵

2.9. Teleološki argument (pretpostavka o ciljevima vođenom zakonodavcu, ciljni argument)

Riječ je o argumentu prema kojemu nekom normativnom iskazu treba pridati ono značenje koje odgovara (ili otkloniti ono koje ne odgovara) pravom cilju zakona, koji je izražen dokumentom kojemu dotični iskaz pripada.⁸⁶ Važno je napomenuti kako, za razliku od psihološkog argumenta, ovdje cilj nije promatrati volju konkretnog zakonodavca, već ciljeve zakonodavca kao apstraktnog entiteta, polazeći od teksta zakona, ciljeva ili interesa koje pravo štiti,⁸⁷ što se u teoriji naziva razlikom između subjektivnih i objektivnih ciljeva.^{88, 89} Upotrebom tog interesno-ciljnog argumenta pokušat će se, dakle, zaštititi neki interesi ili vrijednosti čija je zaštita jedini ili neki od ciljeva odredbe ili dokumenta čije se tumačenje obavlja⁹⁰ Osim toga, upotreba teleološkog

⁸¹ Connelly, A. M., *Problems of Interpretation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1986, 35(3), 567–593, str. 592–593, preuzeto s: <https://www.jstor.org/stable/759770> (26. 2. 2023.).

⁸² *Ibid.*

⁸³ Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 66.

⁸⁴ *Ibid.*, § 64.

⁸⁵ *Ibid.*, § 65.

⁸⁶ *Ibid.*, § 67.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Subjektivni teleološki argumenti bili bi oni u korist tumačenja koje je u skladu sa shvaćanjem u vrijeme donošenja određenog dokumenta, dok bi objektivni u obzir uzimao trenutačne interese i potrebe društva. Zanimljivo je spomenuti i teoretsko razlikovanje sociološkog i pravno-filozofskog pristupa teleološkoj interpretaciji. Prema sociološkom pristupu, teleološka metoda promatra povijesno utemeljena shvaćanja zakonodavca i s obzirom na shvaćanja i interese u vrijeme u kojemu se tumačenje odvija, dok drugi pristup tvrdi kako je pravno pravilo odraz pravnih vrijednosti unutar pravnog poretka.

⁸⁹ Harašić, Ž., *More about teleological argumentation in law*, *Pravni vjesnik*, 2015, 31 (3–4), 23–50, preuzeto s: <https://hrcak.srce.hr/155851> (8. 11. 2022.)

⁹⁰ Harašić, Ž., *op. cit.* (bilj. 43), str. 72.

argumenta česta je i kada se želi proširiti značenje normativnih odredaba kako bi odgovarale aktualnim potrebama društva⁹¹[OB];

U literaturi se tako spominje tumačenjska doktrina sagledavanja cilja i svrhe Konvencije. Povezanost teleološkog argumenta s tom je doktrinom očita s obzirom na to da se i njihovi opisi ne razlikuju. Bit je teleološkog argumenta prilikom tumačenja odredaba imati na umu njihove ciljeve i svrhu, kao i cilj i svrhu cijelog dokumenta, pa se i kod tumačenja Konvencije kao dokumenta pribjegava tim pravilima.

2.10. Argument ekonomičnosti (pretpostavka o nezaliosnom (neredundantnom) zakonodavcu)

Ovim se argumentom isključuje pridavanje onoga značenja normativnom iskazu koje se već pridaje drugom normativnom iskazu, a koji je u odnosu na prvi nastao prije, hijerarhijski je viši ili općenitiji, a sve kako rezultat tumačenja ne bi bio stvaranje jednog suvišnog normativnog iskaza.⁹² Na taj se argument u našoj pravnoj kulturi može pozvati samo u odnosu na iskaze koji potječu iz istog formalnog izvora, a ne u odnosu na one koji potječu iz različitih formalnih izvora, posebice kada među njima postoji odnos hijerarhije.⁹³

2.11. Argument autoriteta (*ab exemplo*)

Onaj tko primijeni argument autoriteta, normativnom će iskazu pridati ono značenje koje mu je netko već pridao, i to samo zbog toga.⁹⁴ Osim što će se primjenom tog argumenta prilikom tumačenja u obzir uzimati shvaćanja drugih tijela, suci će se, kako upozorava Visković, prilikom stvaranja svojih konkretnih pravnih akata nerijetko ugledati i na prethodna tumačenja iz sudske prakse.⁹⁵ Takvo tumačenje u velikoj mjeri podsjeća na argument pravnog (sudskog) precedenta, koji je Perelman smatrao argumentom autoriteta u širem smislu.⁹⁶ Međutim, treba imati na umu da će se takvo pozivanje na precedent moći smatrati argumentom autoriteta samo onda kada on ne predstavlja formalni izvor prava, tj. kada ne postoji pravna obveza za njegovu primjenu.⁹⁷ Tako će se u analizi primjenom argumenta autoriteta smatrati neobvezno pozivanje Suda na gotove produkte tumačenja kako drugih tijela tako i iz svoje prakse. Iako će Sud u potonjim situacijama naglašavati doktrinu sagledavanja prakse Suda, svrha tog pozivanja ne razlikuje se od svrhe primjene argumenta autoriteta u širem smislu.

⁹¹ Visković, N., *op. cit.* (bilj. 36), str. 74.

⁹² Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 69.

⁹³ *Ibid.*, §§ 70.-71.

⁹⁴ *Ibid.*, § 72.

⁹⁵ Visković, N., *op. cit.* (bilj. 36), str. 78.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 73.

Prema Tarellovu mišljenju, može se govoriti i o jednoj podvrsti toga argumenta – poredbenom argumentu, koji služi da se jednom zakonskom iskazu prida ono normativno značenje za koje se drži da je značenje normativnih iskaza nekog drugog pravnog poretka.⁹⁸ Tarello navodi kako je razlog takve primjene često kulturna ovisnost i pitanje mogućnosti uniformizacije prava,⁹⁹ što je sigurno slučaj i onda kada pravne poretke ugovornica Sud sagledava naglašavajući tumačenje doktrinom utvrđivanja postojanja europskog konsenzusa.

2.12. Sustavni argument (pretpostavka o uređenom pravu)

U skladu s ovim argumentom nekom normativnom iskazu ili skupu normativnih iskaza međusobno povezanim upravo za potrebe sustavnog tumačenja treba pridati značenje propisano „pravim sustavom“¹⁰⁰ ili se ne smije pridati značenje koje je njime zapriječeno.¹⁰¹ Ipak, Tarello napominje kako se ne može govoriti o „sustavnom argumentu“ u pravom smislu riječi, već o nizu argumenata koji osim imena nemaju mnogo toga zajedničkog.¹⁰²

Redovito se upotrebom ovog argumenta smatra povezivanje koje tumač obavlja – po nekima se radi o povezivanju pravnih normi, po drugima pravnih pravila, po trećima pravnih propisa, a po nekima i pravnih odredaba.¹⁰³ Nesumnjivim slučajevima upotrebe ovog argumenta Harašić smatra situacije u kojima sudac argumentira „da se odredba x mora tumačiti povezano s odredbom y“, ili „da se odredba x povezuje s odredbom y“, ili „da se odredba x ne može tumačiti bez odredbe y“.¹⁰⁴

U teoriji se razlikuju još tri podvrste ovoga argumenta – topografski (argument *sedes materiae*), argument terminološke ustaljenosti i sustavno-pojmovni argument. Ipak, u analizi se smatralo dovoljnim utvrditi upotrebu bilo koje od izloženih inačica te je jednostavno nazvati upotrebom sustavnog argumenta.

2.12.1. Topografski argument (argument *sedes materiae*)

Ovdje se pod „sustavom“ podrazumijeva zakonodavčev raspored normativnih iskaza, primjerice članaka, glava, naslova jednog zakonika, te se prema njemu iskazi trebaju tumačiti onako kako naznačuje njihov smještaj u „sustavu zakonika“.¹⁰⁵ Tome se

⁹⁸ *Ibid.*, § 78.

⁹⁹ *Ibid.*, § 79.

¹⁰⁰ Pod elementima pravnog sustava podrazumijevaju se pravne norme i pravna načela, skup općih i pojedinačnih pravnih normi koje čine jednu relativno neproturječnu i relativno potpunu cjelinu. [Iz: Harašić, Ž., *Dometi sistematskog tumačenja u pravu*, *op. cit.* (bilj. 3), str. 315, preuzeto s: <https://hrcak.srce.hr/38207> (20. 10. 2022.).]

¹⁰¹ Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 80.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Harašić, Ž., *op. cit.* (bilj. 43), str. 85.

¹⁰⁴ *Ibid.*, str. 88.

¹⁰⁵ Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 81.

argumentu prigovara činjenica ograničenosti njegova dosega mjerom u kojoj mjesto tumačene odredbe doista pruža informaciju o njezinoj materiji.¹⁰⁶

2.12.2. Argument terminološke ustaljenosti

Prema ovome se smislu „sustava“ može utvrditi stroga korespondencija između normativnih pojmova i termina u iskazima zakona tako da se prilikom tumačenja, kada je značenje termina *T* izvjesno, to značenje terminu *T* mora pridati u svim iskazima u kojima se on pojavljuje.¹⁰⁷ Taj se argument ponekad upotrebljava u obrazlaganju i predlaganju korelacija tumačenja iskaza koji se pojavljuju u istom normativnom dokumentu ili u jednom istom njegovu dijelu.¹⁰⁸

2.12.3. Sustavno-pojmovni (dogmatski) argument

Ovdje se o „sustavu“ govori kao o organskoj cjelini pravnih pojmova, koji se uobličavaju radi označavanja „dijelova prava“, „instituta“, „odnosa“, pri čemu je svaki od tih entiteta – u svakom pravnom poretku – predviđen vlastitim „načelima“.¹⁰⁹ Stoga normativnim iskazima treba pridati ona značenja na koja upućuje sustav pravnih „pojmovā“ i „načela“.¹¹⁰ Taj argument često traži podršku drugih argumenata, bilo drugih inačica sustavnog argumenta (*sedes materiae* ili terminološke ustaljenosti) bilo nekih drugih, a naročito argumenta autoriteta.¹¹¹ S druge strane, upravo sustavno-pojmovni argument (u konkurenciji ili zajedno s teleološkim argumentom) daje podršku argumentima iz porodice analogije, tj. argumentu analogije i argumentu koji polazi od općih načela.¹¹²

2.13. Naturalistički argument (argument prirode stvari, pretpostavka nemoćnog zakonodavca)

Riječ je o shvaćanju prema kojemu društveni odnosi svoje uređenje nalaze u sebi samima, u svojoj prirodi, prirodi čovjeka, prirodi stvari.¹¹³ Cilj je pridati ona značenja koja su u skladu ili bar nisu u suprotnosti s nekim od shvaćanja „prirode“.¹¹⁴ Visković taj argument vidi, primjerice, u opravdanju nužne obrane, gdje je „prirodno“ braniti se silom od protupravnog napada ili procjenjivanju redovno potrebnog vremena da osobi ponuda

¹⁰⁶ Harašić, Ž., *op. cit.* (bilj. 3), str. 324.

¹⁰⁷ Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 82.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*, § 83.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Ibid.*, § 84.

¹¹⁴ *Ibid.*, § 86. Kao jedno od shvaćanja prirode naveden je i primjer prirode reguliranih odnosa. Upravo se ovdje može vidjeti prostor za govor o tumačenju u skladu s određenim vrijednostima koje se na području Europe smatraju „prirodnima“.

stigne i da je ona prouči.¹¹⁵ Taj se argument nerijetko povezuje s drugim argumentima ili se u njih preoblači.¹¹⁶

2.14. Argument pravičnosti

Argument pravičnosti služi tome da se, među različitim mogućim i kulturno dopustivim tumačenjima, osnaži ono koje manje odudara od mišljenja, koje sudac dijeli s društvom, o „dobrom“ ishodu primjene prava na konkretni slučaj, tj. služi izbjegavanju tumačenja i primjena prava koje se osjećaju kao „nepravedne“.¹¹⁷ Tarello kao jednu od najlakših i najčešćih upotreba ovog argumenta spominje i situacije u kojima treba pridati značenje onim dokumentima u kojima se pojavljuju suprotstavljeni interesi, odnosno one situacije u kojima se on upotrebljava radi predlaganja ili obrazlaganja onog pridavanja značenja koje bolje ostvaruje „ravnotežu“ suprotstavljenih interesa.¹¹⁸

2.15. Argument koji polazi od općih načela (*analogia iuris*)

Riječ je o argumentu koji se sastoji od obraćanja „općim pravnim načelima“ te se može koristiti ili za popunjavanje tzv. pravnih „praznina“ ili za odlučivanje o pridavanju značenja, obrazlaganje ili predlaganje pridavanja značenja normativnim iskazima.¹¹⁹ Prema Guastinijevu mišljenju proizvodna varijanta ovoga argumenta upotrijebit će se onda kada ne postoji „precizna“ ili „izražena“ norma za rješavanje nekog spora, tj. kada postoji pravna praznina.¹²⁰ Nakon zaključivanja o postojanju pravne praznine tumač će posegnuti za nekim od načela kao oruđem za popunjavanje tih praznina.¹²¹ Međutim, načela sama po sebi nisu prikladna dati rješenje za konkretne sporove, već zahtijevaju „konkretizaciju“, odnosno izvođenje neizraženog pravila iz tog načela.¹²² S druge strane, kao tumačenjski argument argument koji polazi od općih načela dopustit će ono što Guastini zove „prilagođujućim“ tumačenjem.¹²³ Kada tumačenje neke odredbe dopušta više oprečnih značenja, takvim se tumačenjem odredbi pripisuje ono koje je u skladu s načelom od kojega tumač polazi.¹²⁴

Za razumijevanje pojma općih načela valja objasniti pojam načela. Dakle, Guastini pravilo objašnjava kao pogodbeni iskaz koji povezuje neku pravnu posljedicu s neki razredom činjenica („Ako Č, onda P“).¹²⁵ S druge strane, tvrdi da je pojam načela složeniji i sporniji

¹¹⁵ Visković, N., *op. cit.* (bilj. 36), str. 80.

¹¹⁶ Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 87.

¹¹⁷ *Ibid.*, § 90.

¹¹⁸ *Ibid.*, § 92.

¹¹⁹ *Ibid.*, § 93.

¹²⁰ Guastini, R., *Tumačenje i argumentacija*, Naklada Breza, Zagreb, 2023., 2. dio, 5. poglavlje, 9. potpoglavlje.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Ibid.*

¹²³ *Ibid.*, 2. dio, 5. poglavlje, 8. potpoglavlje.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid.*, 2. dio, 5. poglavlje, 1. potpoglavlje.

te mu pretpostavlja dvije značajke: temeljni karakter i neodređenost.¹²⁶ Nadodaje kako je kod načela riječ o osobitoj neodređenosti, koja može poprimiti barem tri različita oblika – otvoreno činjenično stanje, otklonjivost i općenitost.¹²⁷ Razlikuje i objašnjava pojedine vrste načela, no na ovom je mjestu važno objasniti ona opća. Za Guastinija su to načela koja pokrivaju čitav pravni poredak.¹²⁸ Uglavnom su ona istodobno i ustavna načela (primjerice, jednakost, osobna sloboda, zaštita prava i dr.), ali mogu biti i zakonskog ranga (zabrana retroaktivnosti, *lex posterior derogat legi priori* i dr.).¹²⁹

3. UPOTREBA IZLOŽENIH ARGUMENATA U PRAKSI EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Cilj je ovoga rada pokazati da Sud u tumačenju Konvencije rabi i upravo izložene, tradicionalne tumačenjske argumente. Već je spomenuta polazna teza, prema kojoj će ih Sud rijetko rabiti izrijeckom, zbog čega je bilo važno prikazati njihove teorijske karakteristike. Ipak, usmjerenost daljnjeg teksta bit će na glavnom zadatku rada – pokazivanju da Sud u argumentaciji rabi i spomenute argumente, mjere u kojoj to radi, kao i najzanimljivijih primjera u kojima se o primjeni nekog argumenta zaključilo detaljnom analizom i njegova teorijskog poimanja i argumentacije Suda u konkretnom predmetu. Na ovom se mjestu može napomenuti i činjenica da su u analizi uočene upotrebe argumenata i u njihovu pozitivnom i negativnom obliku, tj. i za prihvaćanje onih značenja koja su u skladu s argumentom i za diskreditiranje onih koja nisu. Ova se razlika u daljnjem tekstu neće posebno naglašavati.

3.1. Tablični prikaz upotreba argumenata

U ovom će poglavlju biti iznesena približna opažanja o broju presuda u kojima se može pronaći izričita ili prešutna upotreba pojedinih argumenata s Tarellova popisa te će ujedno biti prikazani neki od primjera takve upotrebe. Na ovom će mjestu dobiveni podaci biti prikazani u tablici radi lakšeg zaključivanja o njima. Dakako, prilikom njihova iščitavanja ne smiju se zanemariti izazovi zaključivanja o prešutnoj upotrebi argumenata te se mora naglasiti da je ovdje riječ o brojevima utvrđene upotrebe, tj. onoga što se u analizi time smatralo. Drugim riječima, kod prešutne upotrebe uvijek postoji mogućnost da nekada neka upotreba nije bila utvrđena ili da bi netko drugi argumentirao kako se ne radi o njoj. Unatoč tom izazovu dobiveni podaci potvrđuju tezu da je broj prešutne upotrebe tradicionalnih tumačenjskih argumenata u pravilu znatniji od njihove izričite upotrebe.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ *Ibid.*, 2. dio, 5. poglavlje, 3. potpoglavljje.

¹²⁸ *Ibid.*, 2. dio, 5. poglavlje, 6. potpoglavljje.

¹²⁹ *Ibid.*

Također, valja napomenuti da povijesni argument i argument ekonomičnosti nisu uočeni ni u jednoj od analiziranih presuda, dok će upotreba svih ostalih biti prikazana u nastavku.

Tablica 1. Upotreba tumačenjskih argumenata u presudama Europskog suda za ljudska prava u slučajevima primjene čl. 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda

Argument	Izrijekom	Prešutno	Ukupno	Postotak uporabe u uzorku
<i>A contrario</i>	10	21	31	25,83 %
<i>A simili ad simile</i>	2	18	20	16,67 %
<i>A fortiori</i>	1	5	6	5,00 %
Potpunosti pravnog uređenja	0	11	11	9,17 %
Dosljednosti pravnog uređenja	0	2	2	1,67 %
Psihološki	1	2	3	2,50 %
Povijesni	0	0	0	0 %
Apagogički	0	12	12	10,00 %
Teleološki	21	17	38	31,67 %
Ekonomičnosti	0	0	0	0 %
Autoriteta	25	46	71	59,17 %
Sustavni	0	28	28	23,33 %
Naturalistički	2	11	13	10,83 %
Pravičnosti	29	7	36	30,00 %
Koji polazi od općih načela	0	1	1	0,83 %

3.2. Upotreba argumenta *a contrario*

Izričita je upotreba ovog argumenta, u obliku „vidi *a contrario*“ ili „vidi suprotno“, uočena u deset presuda.¹³⁰ Tako, primjerice, u predmetu *Szabó i Vissy protiv Mađarske*¹³¹ stoji „vidi, *a contrario*, *Roman Zakharov protiv Rusije*“.¹³² Sud je odbio primijeniti pravilo koje izvodi iz čl. 8., prema kojemu o zakonitosti nadzora telekomunikacija nekada može odlučivati i drugo tijelo ako se nakon usporedbe utvrdi da je ono dovoljno neovisno i kompetentnije za takvu procjenu nego što je to sud. Razlog nemogućnosti primjene norme u prvoj presudi jest nepostojanje predviđene sudske kontrole s kojom bi se kontrola nekog drugog tijela uopće uspoređivala, za razliku od druge presude, koja se postavlja kao suprotna i u kojoj je takva usporedba bila moguća. Dakle, u toj, kao i u svim drugim pronađenim izričitim upotrebama ovog argumenta, Sud upućuje na neki predmet iz svoje prakse, čije se okolnosti razlikuju od onoga pred njim, a zbog čega nije moguće primijeniti jednake standarde i argumentaciju.

O prešutnoj se pak upotrebi tog argumenta zaključilo u dvostruko više presuda.¹³³ Takva se upotreba za početak prepoznavala u situacijama kada Sud ne koristi sintagme „vidi *a contrario*“, „vidi suprotno“ ili druge, ali jednako tako upozorava na različitosti predmeta i nemogućnost jednakog odlučivanja u njima. Naprimjer, u *Johnston i drugi protiv Irske*¹³⁴ na podnositelja koji se žalio na nepostojanje prava na razvod općenito u Irskoj je primijenio generalno pravilo prema kojemu se ni čl. 8. ni čl. 12. ne mogu tumačiti na način da oni automatski jamče i pravo na razvod. U *Babiarz protiv Poljske*,¹³⁵ gdje se pak podnositelj žalio na nedopuštanje razvoda braka u njegovu konkretnom slučaju, Sud je rekao da ne može primijeniti takvo generalno pravilo, već pravila pomoću kojih odlučuje o kvaliteti nacionalnih zakonodavstava. U predmetima *Gaskin protiv Ujedinjenog*

¹³⁰ Osim u izdvojenoj i u presudama *Ahrens protiv Njemačke*, 24. rujna 2012., br. 45071/09, § 69., *Bistieva i drugi protiv Poljske*, 10. srpnja 2018., br. 75157/14, § 84., *Catt protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 24. travnja 2019., br. 43514/15, § 104., *Gaughran protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 13. lipnja 2020., br. 45245/15, § 76., *Giorgi Nikolaishvili protiv Gruzije*, 13. travnja 2009., br. 37048/04, § 123., *Iordachi i drugi protiv Moldavije*, 14. rujna 2009., br. 25198/02, § 48., *Mifsud protiv Malte*, 29. travnja 2019., br. 62257/15, § 76., *Rodina protiv Latvije*, 14. kolovoza 2020., br. 48534 i 19532/15, § 128., *R. M. S. protiv Španjolske*, 18. rujna 2013., br. 28775/12, § 84.

¹³¹ *Szabó i Vissy protiv Mađarske*, 6. lipnja 2016., br. 37138/14, § 76.

¹³² *Roman Zakharov protiv Rusije*, 4. prosinca 2015., br. 47143/06.

¹³³ *A. B. protiv Nizozemske*, 29. siječnja 2002., br. 37328/97, § 82., *Aksu protiv Turske*, 15. ožujka 2012., br. 4149/04 i 41029/04, § 45., *Antović i Mirković protiv Crne Gore*, 28. veljače 2018., br. 70838/13, § 58., *Babiarz protiv Poljske*, 10. travnja 2017., br. 1955/10, § 51., *Catt protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 130), §§ 102.–103., *Chapman protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 18. siječnja 2001., br. 27328/95, § 77., *Craxi protiv Italije*, 17. listopada 2003., br. 25337/94, § 58., *Evers protiv Njemačke*, 28. kolovoza 2020., br. 17895/14, § 54., *Gaskin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 7. srpnja 1989., br. 10454/83, § 41., *Gaughran protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 130), § 81., *Giorgi Nikolaishvili protiv Gruzije*, op. cit. (bilj. 130), § 128., *Khuzhin i drugi protiv Rusije*, 23. siječnja 2009., br. 13470/02, § 117., *Halford protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 25. lipnja 1997., br. 20605/92, § 57., *Iliya Stefanov protiv Bugarske*, *Ivanovski protiv Sjeverne Makedonije*, 21. travnja 2016., br. 9908/11, § 184., 22. kolovoza 2008., app. n. 65755/01, § 35., *Michaud protiv Francuske*, 6. ožujka 2013., br. 12323/11, § 112., *Larkos protiv Cipra*, 18. veljače 1999., br. 29515/95, *Odièvre protiv Francuske*, 13. veljače 2003., br. 42326/98, § 43., *Resin protiv Rusije*, 18. ožujka 2019., br. 9348/14, § 32., *Rodina protiv Latvije*, op. cit. (bilj. 130), § 113., *Schembri protiv Malte*, 19. rujna 2017., br. 66297/13, § 46., § 31.

¹³⁴ *Johnston i drugi protiv Irske*, 18. prosinca 1986., br. 9697/82.

¹³⁵ *Babiarz protiv Poljske*, op. cit. (bilj. 133), § 51.

*Kraljevstva*¹³⁶ i *Mikulić protiv Hrvatske*,¹³⁷ u kojima su podnositelji htjeli saznati tko su im biološki roditelji, prihvatio je postojanje njihova prava na pristup dokumentaciji radi saznanja informacija o vlastitom privatnom životu zaštićenom čl. 8. U *Odièvre protiv Francuske*,¹³⁸ gdje je podnositeljica pak kroz dokumentaciju o posvojenju htjela ne samo saznati identitet već i locirati svoju biološku majku, Sud je utvrdio da pravo na pristup dokumentaciji ne postoji. U *S. i Marper protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹³⁹ Sud je uspostavio pravila za procjenu proporcionalnosti zadiranja u pravo na privatnost čuvanjem osobnih podataka za nedužne osobe. U *Gaughran protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁴⁰ tako uspostavljena pravila odbija primijeniti jer se radi o podacima osuđenika. U predmetu *Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁴¹ Sud je u kontekstu povrede prava iz čl. 8. utvrđivao pravičnost konkretnog zakonodavstva prema kojem su homoseksualni odnosi predstavljali kazneno djelo. U *Chapman protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁴² upozorava da ne može jednako postupati i sagledavati pravičnost nacionalnog zakonodavstava u vezi s pravom iz čl. 8. apstraktno s obzirom na to da u ovom slučaju nije postojala direktna mjera ili politika kojom bi se neki životni stil kriminalizirao. U mnogim je predmetima Sud konstatirao da je u situaciji kada je riječ o fotografiji javne osobe moguće utvrditi postojanje javnog interesa za njezinu objavu. U *Giorgi Nikolaishvili protiv Gruzije*¹⁴³ utvrđuje da takav javni interes neće utvrđivati jer nije riječ o javnoj osobi. Na pokazanim se primjerima jasno može vidjeti da je uistinu riječ o argumentu suprotnom argumentu analogije,¹⁴⁴ kojim se odbija proširiti primjena pravnih pravila (u ovom slučaju u praksi formuliranih standarda zaštite) na situacije za koje ona nisu uspostavljena.

Tako su se u analizi upotrebom ovog argumenta smatrale i situacije u kojima Sud jednostavno sagledava pravno pravilo te ga odbija primijeniti jer se okolnosti predviđene njime razlikuju od okolnosti u konkretnom slučaju. Primjerice, u *Larkos protiv Cipra*¹⁴⁵ stoji da Sud prihvaća kako diskriminatorne mjere ponekad mogu biti opravdane javnim interesom, ali da njegovo postojanje u ovom predmetu nije bilo dokazano. U *Ivanovski protiv Sjeverne Makedonije*¹⁴⁶ upozorava da bi uvjetovanje zaposlenja u javnom sektoru lojalnošću državi bilo opravdano, ali se u konkretnom slučaju radilo o zaposlenju u privatnom sektoru. Analizom se uočilo da Sud na takav način nerijetko tumači i nacionalno zakonodavstvo kako bi provjerio ima li neka aktivnost vlasti temelj u domaćim zakonima. Stoga, ako nešto nije bilo propisano, na temelju argumenta *a contrario* bit će zaključeno da to nije bilo dopušteno učiniti. Tako u *Antović i Mirković protiv Crne Gore*¹⁴⁷

¹³⁶ *Gaskin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 133).

¹³⁷ *Mikulić protiv Hrvatske*, 4. rujna 2002., br. 53176/99.

¹³⁸ *Odièvre protiv Francuske*, op. cit. (bilj. 133), § 43.

¹³⁹ *S. i Marper protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 4. prosinca 2008., br. 30562/04 i 30566/04.

¹⁴⁰ *Gaughran protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 130), § 88.

¹⁴¹ *Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 22. listopada 1981., br. 7525/76.

¹⁴² *Chapman protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 133), § 77.

¹⁴³ *Giorgi Nikolaishvili protiv Gruzije*, op. cit. (bilj. 130), § 123.

¹⁴⁴ Tarello, G., op. cit. (bilj. 17), § 24. Riječ je o Tarellovu viđenju, koje se spominje kod objašnjenja argumenta analogije u tekstu gore.

¹⁴⁵ *Larkos protiv Cipra*, op. cit. (bilj. 133), § 31.

¹⁴⁶ *Ivanovski protiv Sjeverne Makedonije*, op. cit. (bilj. 133), § 184.

¹⁴⁷ *Antović i Mirković protiv Crne Gore*, op. cit. (bilj. 133), § 59.

Sud upozorava da je videonadzor po nacionalnom zakonodavstvu bio dopušten samo na ulasku u javne prostore, pod što se ne može podvesti predavaonica gdje se videonadzor odvijao. Radi se o očitom primjeru situacije u kojoj tumač primjenjuje argument *a contrario* i ne razmišljajući da ga primjenjuje, jednostavnim provjeravanjem je li situacija predviđena odredbom i odbijanjem njezine primjene kada to nije slučaj.

Naišlo se i na situacije u kojima Sud konstatira da okolnosti pred njim nisu predviđene relevantnom odredbom, a onda dodatno pojašnjava zašto njezinu primjenu odbija proširiti. Primjerice, u već citiranom predmetu *Gaughran*¹⁴⁸ Sud je napomenuo kako je prihvaćeno da držanje osobnih podataka na određeno vrijeme nije protivno zaštiti prava iz čl. 8. Dalje pak navodi kako je u konkretnom predmetu riječ o držanju osobnih podataka na neodređeno vrijeme te spomenutu dozvolu odbija proširiti na tu situaciju objašnjavajući da se čuvanje podataka i nakon što osoba umre može negativno odraziti na njezine potomke. U *Schembri protiv Malte*¹⁴⁹ Sud navodi kako pravo na obitelj iz čl. 8. pokriva situacije u kojima već postoji obitelj, potencijal za njezin nastanak, zajednička djeca, veza koja nalikuje braku ili sl. Zatim upozorava da ono ne štiti i situaciju iz konkretnog slučaja u kojoj postoji puka želja zasnivanja obitelji.

Jasna je upotreba ovog argumenta i u situacijama kada Sud primjenjuje odredbu koja samom svojom formulacijom upućuje na njegovu primjenu u obliku izraza „samo za“ ili „osim za“. Tako, primjerice, u *A. B. protiv Nizozemske*¹⁵⁰ Sud naglašava da miješanje u pravo na dopisivanje prema čl. 8. može biti opravdano samo ako su zadovoljeni uvjeti iz njegova drugog stavka, tj. da je miješanje u skladu sa zakonom, ima legitiman cilj i nužno je u demokratskom društvu.

3.3. Upotreba argumenta *a simili ad simile*

Za razliku od prethodnog argumenta na izričitu upotrebu argumenta *a simili ad simile* ili argumenta analogije naišlo se samo u dvije presude. U *Piechowicz protiv Poljske*¹⁵¹ Sud upozorava na „važnost prava zatvorenika na komunikaciju sa svojim odvjetnikom na takav način da nitko od zatvorskih vlasti razgovor ne može čuti“. Dalje zaključuje da „analogno tome, isto mora vrijediti i za vlasti koje su uključene u postupak protiv njega“. U *Konstantin Markin protiv Rusije*¹⁵² žene zaposlene u vojsci imale su pravo na roditeljski dopust, dok takvo pravilo nije vrijedilo i za muškarce. Sud argumentira o obvezi proširenja tog prava i na podnositelja navodeći da su muškarci, u pogledu prava na roditeljski dopust, u „analognom položaju“ sa ženama.

¹⁴⁸ *Gaughran protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 130), § 81.

¹⁴⁹ *Schembri protiv Malte*, op. cit. (bilj. 133), § 46.

¹⁵⁰ *A. B. protiv Nizozemske*, op. cit. (bilj. 133), § 82.

¹⁵¹ *Piechowicz protiv Poljske*, 17. srpnja 2012., br. 20071/07, § 239.

¹⁵² *Konstantin Markin protiv Rusije*, 22. ožujka 2012., br. 30078/06, § 132.

Zanimljivije je pak bilo primijetiti i prešutne upotrebe argumenta analogije, i to u 18 analiziranih presuda.¹⁵³ Jedna od njih opet jasno upućuje na suprotnost dosad izloženih argumenata, a riječ je o situacijama u kojima Sud odlučuje proširiti primjenu neke odredbe i na okolnosti koje nisu inicijalno obuhvaćene ili predviđene njome, tj. na koje se ona izričito ne odnosi. U *Aksu protiv Turske*¹⁵⁴ tako navodi da postojanje stereotipa o pojedincu može utjecati na osjećaje o vlastitoj vrijednosti i samopouzdanje pojedinca, pa tako i predstavljati povredu njegova prava na privatni život. Dalje zaključuje da i postojanje negativnih stereotipa o nekoj grupi može utjecati na osjećaje o vlastitoj vrijednosti i samopouzdanje članova te grupe, a onda i predstavljati povredu privatnog života pojedinca unutar te grupe. U *Vallianatos i drugi protiv Grčke*¹⁵⁵ u zaštiti obiteljskog života izjednačuje parove koji žive zajedno i one koji to iz bilo kojeg razloga ne mogu imajući u vidu da ta činjenica ne lišava njihov odnos stabilnosti koja je potrebna za uživanje prava iz čl. 8. U *Bykov protiv Rusije*¹⁵⁶ navodi potrebu proširenja primjene pravila i na radiodašiljač jer se, s obzirom na „prirodu i stupanj kojim se njime zadire u privatnost njegova uporaba ni po čemu ne razlikuje od prisluškivanja telefona“. Možda taj posljednji primjer najbolje pokazuje bit argumenta analogije, a to je uzeti u obzir *ratio* propisivanja nekog pravnog pravila te provjeriti vrijedi li ono i za slučaj na koji se njegova primjena želi proširiti.

Osim što to radi Sud svojom argumentacijom, nekada i sama odredba izričito ostavlja mjesto za proširenje njezine primjene, što predstavlja već objašnjenu analogiju *inter legem*. Njezino postojanje u čl. 14. Konvencije, u kojemu nakon nabrojenih povoda za diskriminaciju stoji „ili druga okolnost“, Sud je naglasio u predmetima *Hode i Abdi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁵⁷ te već citiranom predmetu *Aksu*.¹⁵⁸

3.4. Upotreba argumenta *a fortiori*

Izričita upotreba ovog argumenta uočena je već u citiranoj presudi *Babiarz*,¹⁵⁹ u kojoj Sud argumentira da se čl. 8. ne može tumačiti na način da je njime zajamčeno pravo na razvod,

¹⁵³ *Aksu protiv Turske, op. cit.* (bilj. 133), § 58., *Ahrens protiv Njemačke*, 24. rujna 2012., *op. cit.* (bilj. 130), § 58., *Antović i Mirković protiv Crne Gore, op. cit.* (bilj. 133), § 41., *Babiarz protiv Poljske, op. cit.* (bilj. 133), § 47., *Bykov protiv Rusije*, 10. ožujka 2009., br. 4378/02, § 79., *Egil Einarsson protiv Islanda, op. cit.* (bilj. 153), § 31., *Hode i Abdi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 6. veljače 2013., br. 22341/09, § 44., *Ivanova i Cherkezov protiv Bugarske*, 21. srpnja 2016., br. 46577/15, § 52., *Konstantin Markin protiv Rusije, op. cit.* (bilj. 152), § 130., *Malec protiv Poljske*, 28. rujna 2016., app. no 28623/12, § 66., *Rodina protiv Latvije, op. cit.* (bilj. 130), § 103., *Schembri protiv Malte, op. cit.* (bilj. 133), § 45., *Šerife Yiğit protiv Turske*, 2. studenog 2010., br. 3976/05, *Sõro protiv Estonije*, 3. prosinca 2015., br. 22588/08, *Sargsyan protiv Azerbajdžana*, 16. lipnja 2015., br. 40167/06, § 255., § 56., *Szabó i Vissy protiv Mađarske, op. cit.* (bilj. 131), § 80., *Uzun protiv Njemačke*, 2. prosinca 2010., br. 35623/05, § 43., § 94., *Vallianatos i drugi protiv Grčke*, 7. studenog 2013., app. no 29381/09 i 32684/09, § 73.¹⁵³

¹⁵⁴ *Ibid.*, § 58.

¹⁵⁵ *Vallianatos i drugi protiv Grčke, op. cit.* (bilj. 153), § 73.

¹⁵⁶ *Bykov protiv Rusije, op. cit.* (bilj. 153), § 79.

¹⁵⁷ *Hode i Abdi protiv Ujedinjenog Kraljevstva, op. cit.* (bilj. 153), § 44.

¹⁵⁸ *Aksu protiv Turske, op. cit.* (bilj. 133), § 44.

¹⁵⁹ *Babiarz protiv Poljske, op. cit.* (bilj. 133), § 56.

a onda, *a fortiori*, ne može biti tumačen ni na način da se njime jamči pravo na pozitivan ishod u brakorazvodnom postupku.

Stoga su u analizi tražene i situacije u kojima Sud ne koristi izraz *a fortiori*, ali zaključuje o tome da neka situacija zaslužuje biti uređena na taj način tim više, značajnije ili iz još značajnijih razloga. Tako je prešutna upotreba ovog argumenta uočena u još pet presuda. U predmetu *Pla i Puncernau protiv Andore*¹⁶⁰ Sud navodi kako je u mnogim prilikama naglasio da je na prvom mjestu zadatak nacionalnih vlasti tumačiti i primjenjivati nacionalno zakonodavstvo. *A fortiori* zaključuje da je jednako pravilo „još više primjenjivo na privatne akte, kao što je oporuka“. U predmetu *Evers*¹⁶¹ spominje pravilo prema kojemu zaštita obiteljskog života ne pokriva situacije u kojima jedna od osoba ne želi kontakt. *A fortiori* onda zaključuje da to pravilo vrijedi „još više u situaciji u kojoj je jedna osoba žrtva nasilja od strane druge osobe“.

Sud taj argument dodatno rabi i u njegovim oblicima zaključivanja od većeg prema manjem (*a maiori ad minus*) ili od manjeg prema većem (*a minori ad maius*). Primjerice, u *Antović i Mirković*¹⁶² zaključuje da pravo na zaštitu privatnog života u sebi mora podrazumijevati i pravo na vođenje privatnog društvenog života. Ovdje se valja prisjetiti primjera iz prethodnog poglavlja, u kojemu se navodi takvo zaključivanje za poljoprivrednika koji, imajući pravo prvokupa na cijelom zemljištu, ima to pravo i na jednom njegovu dijelu. Dakle, Sud primjenjuje zaključivanje *a maiori ad minus*, prema kojemu propisana zaštita nekog većeg pojma neminovno obuhvaća i zaštitu manjih, koji se mogu smatrati obuhvaćenim njime. U predmetu *Catt protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁶³ zaključuje pak da je već samo prikupljanje osobnih podataka nedužne osobe predstavljalo povredu prava na privatnost, a da je tim više povredu predstavljalo njihovo nepravilno čuvanje. U *Konstantin Markin protiv Rusije*¹⁶⁴ navodi da je i samo neformalno ispitivanje podnositelja moglo predstavljati zabranjeno zastrašivanje, a kamoli ili to više njegovo formalno ispitivanje u kontekstu postupka u Strasbourgu. U navedenim je primjerima vidljiva upotreba drugog oblika argumenta *a fortiori*, kojim se zaključuje *a minori ad maius*, tj. ako je zabranjeno činiti manje, to više je zabranjeno činiti nešto više.

3.5. Upotreba argumenta potpunosti pravnog uređenja

Može se pretpostaviti da je ideja o potpunosti prava ono od čega tumač polazi prilikom svakog popunjavanja prava (*prima facie* pravnih praznina) upotrebom drugih argumenata. Ipak, takve situacije treba razlikovati od prešutne upotrebe toga argumenta kakva se u radu nastojala utvrditi. Evidentirane su, dakle, one situacije u kojima Sud u svojoj argumentaciji jasno otklanja tumačenja koja bi rezultirala pravnom prazninom te zaključuje da i *prima facie* neuređena situacija mora biti pravno kvalificirana. Dakako,

¹⁶⁰ *Pla i Puncernau protiv Andore*, 15. prosinca 2004., br. 69498/01, § 46.

¹⁶¹ *Evers protiv Njemačke*, *op. cit.* (bilj. 133), § 54.

¹⁶² *Antović i Mirković protiv Crne Gore*, *op. cit.* (bilj. 133), § 41.

¹⁶³ *Catt protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, *op. cit.* (bilj. 130), § 123.

¹⁶⁴ *Konstantin Markin protiv Rusije*, *op. cit.* (bilj. 152), § 159.

sljedeći će korak Sudu biti posezanje za drugim argumentima. Takva je argumentacija Suda utvrđena u 11 analiziranih presuda.¹⁶⁵ U predmetu *Konstantin Markin protiv Rusije*¹⁶⁶ Sud otklanja tumačenje Vlade prema kojemu bi pravo na roditeljski dopust ostalo pravno neuređeno, prepoznaje važnost reguliranja tog aspekta obiteljskog života te ga podvodi pod doseg zaštite čl. 8. U predmetu *Hudorovič i drugi protiv Slovenije*¹⁶⁷ na isti način pod doseg zaštite čl. 8. podvodi pravo na pitku vodu. U *Sargsyan protiv Azerbajdžana*¹⁶⁸ upozorava da pozitivne obveze države u vezi s tim člankom ne mogu biti precizno definirane, ali da ih se može i treba odrediti pomoću nekih od primjenjivih načela.

3.6. Upotreba argumenta dosljednosti pravnog uređenja

Ni argument dosljednosti nije pronađen u izričitom obliku, međutim, pozivanjem na nemogućnost postojanja suprotnih normi smatrana je argumentacija iz predmeta *Aksu*¹⁶⁹ i *Jishkariani*.¹⁷⁰ Sud u njima navodi kako je već priznao postojanje margine diskrecije za države (prema kojoj one imaju slobodu same procijeniti na koji će način, tj. kojim mjerama, postići cilj konvencijske obveze), stoga ne može istovremeno postojati i njegova obveza da državama određuje na koji način, tj. kojim mjerama, da postignu cilj konvencijske obveze. Njegov zadatak treba shvatiti samo kao provjeru jesu li države potrebno na kraju i učinile.

3.7. Upotreba psihološkog argumenta

Izričita upotreba psihološkog argumenta u obliku pozivanja na volju autora uočena je u predmetu *Demopoulos i drugi protiv Turske*,¹⁷¹ u kojemu Sud kaže da, unatoč potrebi dinamičke interpretacije izraza „dom“ iz čl. 8., u obzir treba uzeti i izvornu volju autora Konvencije.

U još dvama predmetima zaključeno je o prešutnoj upotrebi tog argumenta. U predmetu *Babiarz*¹⁷² naglašava se da se ni čl. 8. ni čl. 12. ne mogu tumačiti kao da jamče pravo na razvod pojedincu, a pogotovo kad se uzmu u obzir pripremni radovi (*travaux préparatoires*) Konvencije, gdje se vidi namjera ugovornica da takvo pravo izričito bude

¹⁶⁵ *Ageyevy protiv Rusije*, 9. rujna 2013., br. 7075/10, § 219., *Aksu protiv Turske*, op. cit. (bilj. 133), § 62., *Babiarz protiv Poljske*, op. cit. (bilj. 133), § 47., *Bor protiv Mađarske*, 18. rujna 2013., br. 50474/08, § 24., *Gnahoré protiv Francuske*, 17. siječnja 2001., br. 40031/98, § 52., *Hudorovič i drugi protiv Slovenije*, 7. rujna 2020., br. 24816/14 i 25140/14, § 116., *Klass i drugi protiv Njemačke*, 6. rujna 1978., br. 5029/71, § 41., *Konstantin Markin protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 152), § 130., *Maumousseau i Washington protiv Francuske*, 6. prosinca 2007., app. no. 39388/05, § 59., *Odièvre protiv Francuske*, op. cit. (bilj. 133), § 40., *Osman protiv Danske*, 14. rujna 2011., br. 38058/09, § 53.

¹⁶⁶ *Konstantin Markin protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 152), § 130.

¹⁶⁷ *Hudorovič i drugi protiv Slovenije*, op. cit. (bilj. 165), § 116.

¹⁶⁸ *Sargsyan protiv Azerbajdžana*, op. cit. (bilj. 153), § 220.

¹⁶⁹ *Aksu protiv Turske*, op. cit. (bilj. 133), § 65.

¹⁷⁰ *Jishkariani protiv Gruzije*, 20. prosinca 2018., br. 18925/09, § 45.

¹⁷¹ *Demopoulos i drugi protiv Turske*, 1. ožujka 2010., br. 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04, § 136.

¹⁷² *Babiarz protiv Poljske*, op. cit. (bilj. 133), § 49.

isključeno. Dakle, premda je Sud ovdje izrijeком upotrijebio doktrinu sagledavanja pripremljenih radova Konvencije, može se reći da je u biti riječ o psihološkom argumentu. Taj primjer potvrđuje i Tarellovu tvrdnju iz prethodnog poglavlja, prema kojoj ovaj argument danas više služi za diskreditiranje onih tumačenja koja su očito suprotna volji tvorca zakona nego za podržavanje tumačenja koja su suglasna toj volji.¹⁷³ Upotrebom tog argumenta smatralo se i pozivanje na Preambulu Konvencije s obzirom na to da je u tom dijelu dokumenta izričito izražena namjera njezinih tvorca. Takvo je pozivanje Sud obavio u *Klass i drugi protiv Njemačke*,¹⁷⁴ gdje navodi kako u Preambuli stoji da su „temeljne slobode ... najbolje zaštićene istinskom političkom demokracijom s jedne strane te zajedničkim razumijevanjem i poštovanjem ljudskih prava o kojima te slobode ovise s druge strane“, a da to „u kontekstu čl. 8. znači obvezu uspostave ravnoteže između zaštite uživanja pojedinačnih prava zajamčenog prvim stavkom te nužnih ograničenja u svrhu zaštite demokratskog društva propisanih drugim stavkom“.

3.8. Upotreba povijesnog argumenta

Kao što je već spomenuto, upotreba povijesnog argumenta danas je općenito rjeđa, a u analiziranom uzorku nije pronađena nijedna takva upotreba.

3.9. Upotreba apagogičkog argumenta

Sud ni u jednoj presudi nije izričito spomenuo apagogički argument, no u analizi su njegovom upotrebom smatrana objašnjenja iz 12 presuda,¹⁷⁵ gdje Sud naglašava apsurdnu posljedicu primjene nekog tumačenja.

Već je napomenuto da se apsurdnost može sastojati u apsurdnoj posljedici ili učinku primjene nekog pravila. U predmetu *Gaughran*¹⁷⁶ Sud je tvrdio da bi prihvaćanje da države smiju zadržavati osobne podatke na neodređeno vrijeme bilo jednako kao opravdati pohranjivanje informacija o cijeloj populaciji i svim njihovim preminulim rođacima, što bi definitivno bilo „pretjerano i irelevantno“, a svakako i apsurdno. U predmetu *Rodina*¹⁷⁷ drži da se za objavu o nečijem privatnom životu mora pružiti opravdan razlog ili mogućnost doprinosa javnoj raspravi, a da bi se bez takvih kriterija javni interes sveo na puku „žed javnosti za informacijama o privatnom životu drugih,

¹⁷³ Tarello, G., *op. cit.* (bilj. 17), § 58.

¹⁷⁴ *Klass i drugi protiv Njemačke*, *op. cit.* (bilj. 165), § 17.

¹⁷⁵ *Antović i Mirković protiv Crne Gore*, *op. cit.* (bilj. 133), § 41., *Avilkina i drugi protiv Rusije*, 7. listopada 2013., br. 1585/09, § 45., *Calogero Diana protiv Italije*, 21. listopada 1996., br. 15211/89, § 32., *Catt protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, *op. cit.* (bilj. 130), § 127., *Chapman protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, *op. cit.* (bilj. 133), § 98., *Egil Einarsson protiv Islanda*, *op. cit.* (bilj. 153), § 36., *Evers protiv Njemačke*, *op. cit.* (bilj. 133), § 54., *Gaughran protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, *op. cit.* (bilj. 130), § 89., *Jishkariani protiv Gruzije*, *op. cit.* (bilj. 170), *Malec protiv Poljske*, *op. cit.* (bilj. 153), § 66., *Rodina protiv Latvije*, *op. cit.* (bilj. 130), § 126., § 62., *Z protiv Finske*, 25. veljače 1997., br. 22009/93, § 95.

¹⁷⁶ *Gaughran protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, *op. cit.* (bilj. 130), § 89.

¹⁷⁷ *Rodina protiv Latvije*, *op. cit.* (bilj. 130), § 126.

senzacionalizmom ili čak voajerstvom“. U *Malec protiv Poljske*¹⁷⁸ upozorava na apsurdno tumačenje prema kojemu bi pravo na obitelj značilo obvezu države da popravlja narušene odnose u njoj. U predmetu *Avilkina i drugi protiv Rusije*¹⁷⁹ nameće obvezu čuvanja privatnosti medicinskih podataka kao nužnu za očuvanje povjerenja pacijenata u medicinsku profesiju i zdravstvo. Kada bi Sud čl. 8. tumačio drukčije, odnosno kada ne bi uspostavio takvu obvezu, Sud upozorava da bi pojedinci mogli izbjegavati potražiti liječničku pomoć kada im je ona potrebna, a time i ugroziti svoje zdravlje. U predmetu *Chapman*¹⁸⁰ argumentirao je kako odbijanje nastanjivanja romske obitelji na zemlji na kojoj nije bilo mjesta nije predstavljalo povredu čl. 8. Prihvatiti takvo shvaćanje bilo bi, prema mišljenju Suda, jednako kao nametnuti obvezu državama ugovornicama da stvore dovoljno zemlje za nastanjivanje svih pripadnika romske manjine, što je, dakako, nemoguće i apsurdno.

3.10. Upotreba teleološkog argumenta

Izričitom upotrebom ovog argumenta smatrala su se tumačenja iz nešto više od 20 presuda, u kojima se Sud izričito poziva na cilj ili svrhu odredbe ili Konvencije.¹⁸¹ Već je ovdje jasno da je u biti riječ o specifičnoj tumačenjskoj doktrini uzimanja u obzir cilja i svrhe Konvencije, koja se ni po čemu ne razlikuje od upotrebe teleološkog argumenta u ovom obliku. U *Aksu*¹⁸² i drugim predmetima¹⁸³ Sud izričito govori o temeljnom cilju čl. 8., a to je zaštititi pojedince od arbitrarnog miješanja od strane javnih vlasti u uživanju prava zajamčenih njime. U predmetu *Avilkina*¹⁸⁴ izričito spominje svrhu Konvencije (štititi prava pojedinca od aktivnosti javnih vlasti) u smislu da se s obzirom na nju aktivnosti bolnice mogu smatrati odgovornošću države. U *D. L. protiv Bugarske*¹⁸⁵ govori da uređenje prema kojemu škola ima potpunu diskreciju u nadziranju učeničkog dopisivanja, bez propisanog trajanja i razloga za opravdanje, ne može biti spojivo sa svrhom čl. 8. U *Michaud protiv*

¹⁷⁸ *Malec protiv Poljske*, op. cit. (bilj. 153), § 66.

¹⁷⁹ *Avilkina i drugi protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 177), § 45.

¹⁸⁰ *Chapman protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 133), § 98.

¹⁸¹ *Aksu protiv Turske*, op. cit. (bilj. 133), § 59., *Babiarz protiv Poljske*, op. cit. (bilj. 133), § 47., *D. L. protiv Bugarske*, 17. listopada 2016., br. 7472/14, § 106., *Egil Einarsson protiv Islanda*, op. cit. (bilj. 153), § 33., *Harroudj protiv Francuske*, 4. siječnja 2003., br. 43631/09, § 40., *Malec protiv Poljske*, op. cit. (bilj. 153), § 66., *S. i Marper protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 139), § 95., *Maumousseau i Washington protiv Francuske*, op. cit. (bilj. 165), § 68., *Michaud protiv Francuske*, op. cit. (bilj. 133), § 102., *Odièvre protiv Francuske*, op. cit. (bilj. 133), § 40., *Rodina protiv Latvije*, op. cit. (bilj. 130), § 103., *Mifsud protiv Malte*, 29. travnja 2019., br. 62257/15, § 56., *Ageyevy protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 165), § 154., *Avilkina i drugi protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 177), § 31., *Beghal protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 28. svibnja 2019., br. 4755/16, § 87., *Bernh Larsen Holding i drugi protiv Norveške*, op. cit. (bilj. 175), § 123., *Osman protiv Danske*, op. cit. (bilj. 165), § 53., *R. M. S. protiv Španjolske*, op. cit. (bilj. 130), § 69., *Şerife Yiğit protiv Turske*, op. cit. (bilj. 153), § 99., *Gaskin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 133), § 38., *Zorica Jovanović protiv Srbije*, 9. rujna 2013., br. 21794/08, § 69.

¹⁸² *Aksu protiv Turske*, op. cit. (bilj. 133), § 59.

¹⁸³ Primjera radi u *Gaskin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 133), § 38., *Odièvre protiv Francuske*, op. cit. (bilj. 133), § 40., *Rodina protiv Latvije*, op. cit. (bilj. 130), § 103. i drugi.

¹⁸⁴ *Avilkina i drugi protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 177), § 31.

¹⁸⁵ *D. L. protiv Bugarske*, op. cit. (bilj. 183), § 106.

*Francuske*¹⁸⁶ upozorava da potpuno oslobađanje ugovornica od obveza koje imaju prema Konvenciji, u situacijama kada one izvršavaju svoje obveze u svojstvu članica drugih međunarodnih organizacija na koje su također prenijele dio suvereniteta, ne bi bilo u skladu sa svrhom i ciljem Konvencije.

O prešutnoj upotrebi ovog argumenta, bilo zbog smisla pozivanja na neki interes ili cilj ili pak zbog uzimanja u obzir dinamike društvenih odnosa koju autori nisu mogli predvidjeti, zaključilo se u nešto manje od četvrtine analiziranih presuda.¹⁸⁷ U *Khoroshenko*¹⁸⁸ Sud upozorava da uređenje i uvjeti u zatvoru za doživotnog zatvorenika moraju imati na umu cilj kazne zatvora, a to je da se osuđenik popravi te potencijalno zatraži prilagodbu svoje kazne. U predmetu *Klass*¹⁸⁹ Sud argumentira da se demokratska društva danas suočavaju sa sve većim prijetnjama špijunaže i terorizma i da upravo zbog toga države moraju imati mogućnost upotrebe sredstava nadzora na području svoje jurisdikcije. Stoga Sud mora prihvatiti postojanje nekog zakonodavstva koje dopušta tajni nadzor pošte, e-pošte i telekomunikacija kao nužan u demokratskom društvu te u interesu nacionalne sigurnosti i/ili sprječavanja zločina. U *Konstantin Markin*¹⁹⁰ zaključuje da u tumačenju ne može ignorirati širok i konstantan razvoj shvaćanja pitanja roditeljskog dopusta za oba roditelja te pravne promjene u većini država stranaka koje ih prate, kao i to da moderna europska društva izjednačavaju roditeljske dužnosti u odgoju djece za žene i muškarce. U predmetu *Chapman*¹⁹¹ navodi da, s obzirom na to da je Konvencija sustav kojemu je zadaća štiti ljudska prava, Sud u obzir mora uzimati promjene koje se događaju u državama strankama.

3.11. Upotreba argumenta ekonomičnosti

Kao što je već napomenuto, u analiziranom uzorku upotreba argumenta ekonomičnosti, bilo izrijeком bilo prešutno, nije utvrđena.

3.12. Upotreba argumenta autoriteta

Kao što je napomenuto u teorijskom prikazu ovog argumenta, u analizi se upotrebom ovog argumenta u užem smislu smatralo pozivanje na gotov produkt tumačenja nekog drugog

¹⁸⁶ *Michaud protiv Francuske, op. cit. (bilj. 133), § 102.*

¹⁸⁷ *Aksu protiv Turske, op. cit. (bilj. 133), § 44., Avilkina i drugi protiv Rusije, op. cit. (bilj. 177), § 31., Bor protiv Mađarske, op. cit. (bilj. 165), § 24., Chapman protiv Ujedinjenog Kraljevstva, op. cit. (bilj. 133), § 70., D. L. protiv Bugarske, op. cit. (bilj. 183), § 104., Egil Einarsson protiv Islanda, op. cit. (bilj. 153), § 30., Giorgi Nikolaishvili protiv Gruzije, op. cit. (bilj. 130), § 122., Hode i Abdi protiv Ujedinjenog Kraljevstva, op. cit. (bilj. 153), § 50., Kaboğlu i Oran protiv Turske, 18. ožujka 2019., br. 1759/08, 50766/10 i 50782/10, § 66., Khoroshenko protiv Rusije, 30. lipnja 2015., app. no. 41418/04, § 122., Klass i drugi protiv Njemačke, op. cit. (bilj. 165), § 48., Mifsud protiv Malte, op. cit. (bilj. 130), § 56., Rodina protiv Latvije, op. cit. (bilj. 130), § 110., Şerife Yiğit protiv Turske, op. cit. (bilj. 153), § 93., Z protiv Finske, op. cit. (bilj. 177), § 95., Konstantin Markin protiv Rusije, op. cit. (bilj. 152), § 147., Szabó i Vissy protiv Mađarske, op. cit. (bilj. 131), § 62.*

¹⁸⁸ *Khoroshenko protiv Rusije, op. cit. (bilj. 187), § 122.*

¹⁸⁹ *Klass i drugi protiv Njemačke, op. cit. (bilj. 165), § 48.*

¹⁹⁰ *Konstantin Markin protiv Rusije, op. cit. (bilj. 152), § 140.*

¹⁹¹ *Chapman protiv Ujedinjenog Kraljevstva, op. cit. (bilj. 133), § 70.*

tijela. U širem smislu upotrebom ovog argumenta smatrana je upotreba argumenta precedenta, odnosno pozivanje na produkt tumačenja iz vlastite prakse, koja za Sud ne predstavlja obvezni izvor prava. Posljednje se upotrebom argumenta autoriteta smatralo i upotrebu poredbenog argumenta kao njegove podvrste, tj. tumačenje u skladu s pravnim porecima država ugovornica.

Upotrebom argumenta autoriteta u užem smislu smatralo se pozivanje Suda na shvaćanja drugih tijela, primjerice na shvaćanje Međuameričkog suda za ljudska prava i Međuameričke komisije za ljudska prava u predmetu *Khoroshenko*,¹⁹² prema kojemu minimalna razina komunikacije s vlastitom obitelji mora biti dopuštena jednako zatvorenima koji služe doživotnu kaznu i onima koji služe kakvu drugu kaznu zatvora. U predmetu *Aksu*¹⁹³ Sud se poziva na zaključke Europske komisije protiv rasizma i netolerancije, prema kojima vlasti imaju zadatak boriti se protiv negativnih stereotipa o Romima. U *Szabó i Vissy*¹⁹⁴ vodi se konstatacijama Suda Europske unije o važnosti uspostave adekvatnog zakonodavstva, po kojemu vlasti neće moći pretjerano iskorištavati sve uspješnije tehničke mogućnosti zadiranja u privatnost građana.

Izričita primjena argumenta autoriteta u obliku argumenta precedenta može se uočiti u najmanje 25 presuda,¹⁹⁵ primjera radi u *Aksu*,¹⁹⁶ *Jishkariani*,¹⁹⁷ *Khoroshenko*,¹⁹⁸ *S. i Marper*¹⁹⁹ i *Odièvre*.²⁰⁰ U svakom od tih predmeta Sud se izričito poziva na svoju presudu ili više njih formulacijom „vidi, između mnogih drugih autoriteta“. Tako Sud upućuje na cijelu argumentaciju i već obavljeno tumačenje iz nekoga predmeta, što mu daje temelj da jednako odluči i u onome pred njim. Cilj je takva pozivanja jednostavno primijeniti neko tumačenje koje se već jednom primijenilo i primijeniti ga samo zbog toga.

¹⁹² *Khoroshenko protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 187), § 143.

¹⁹³ *Aksu protiv Turske*, op. cit. (bilj. 133), § 75.

¹⁹⁴ *Szabó i Vissy protiv Mađarske*, op. cit. (bilj. 131), § 68.

¹⁹⁵ *Ageyevy protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 165), § 119., *Aksu protiv Turske*, op. cit. (bilj. 133), § 43., *Bernh Larsen Holding i drugi protiv Norveške*, op. cit. (bilj. 175), § 123., *Buckley protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 29. rujna 1996., br. 20348/92, § 59., *Calogero Diana protiv Italije*, op. cit. (bilj. 175), § 32., *Craxi protiv Italije*, op. cit. (bilj. 133), § 57., *Chapman protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 133), § 70., *D. L. protiv Bugarske*, op. cit. (bilj. 183), § 105., *Golovan protiv Ukrajine*, 5. listopada 2012., br. 41716, § 61., *Huvig protiv Francuske*, 24. travnja 1990., br. 11105/84, § 28., *Idalov protiv Rusije*, 22. svibnja 2012., app no. 5826/03, § 200., *Iliya Stefanov protiv Bugarske*, op. cit. (bilj. 133), § 48., *Iordachi i drugi protiv Moldavije*, op. cit. (bilj. 130), § 37., *Zorica Jovanović protiv Srbije*, op. cit. (bilj. 183), § 68., *López Ostra protiv Španjolske*, 9. prosinca 1994., br. 16798/90, § 55., *S. i Marper protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 139), § 66., *Michaud protiv Francuske*, op. cit. (bilj. 133), § 51., *Nusret Kaya i drugi protiv Turske*, 8. rujna 2014., br. 32750/06, 43572/06, 32054/08, 37753/08 i 600915/08, § 38., *Rinau protiv Litve*, 14. svibnja 2020., br. 10926/09, § 185., *Robathin protiv Austrije*, 3. listopada 2012., br. 30457/06, § 40., *Tlapak i drugi protiv Njemačke*, 22. lipnja 2018., br. 11308/16 i 11344/16, § 84., *Vallianatos i drugi protiv Grčke*, op. cit. (bilj. 153), § 72., *Yefimenko protiv Rusije*, 8. srpnja 2013., br. 152/04, § 138., *Winterstein i drugi protiv Francuske*, 17. listopada 2013., br. 27013/07, § 76.

¹⁹⁶ *Aksu protiv Turske*, op. cit. (bilj. 133), § 43.

¹⁹⁷ *Jishkariani protiv Gruzije*, op. cit. (bilj. 170), § 48.

¹⁹⁸ *Khoroshenko protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 187), § 121.

¹⁹⁹ *S. i Marper protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 139), § 66.

²⁰⁰ *Odièvre protiv Francuske*, op. cit. (bilj. 133), § 44.

U još nekim presudama naišlo se na situacije u kojima Sud ne upotrebljava izriječom izraz „autoritet“, ali se po smislu može zaključiti o tumačenju temeljenom na tom argumentu. Tako Sud argument autoriteta nekada upotrebljava tako da se ne pozove na određenu presudu i cijelu argumentaciju u njoj, već da točno izdvoji tumačenje nekoga pitanja kako bi taj produkt tumačenja mogao primijeniti i u konkretnoj situaciji. Primjerice, u *Antović i Mirković*²⁰¹ kaže da su relevantna načela koja će primijeniti „uspostavljena u *Niemietz protiv Njemačke*“²⁰² ili da je Sud već u presudi *Bărbulescu protiv Rumunjske*²⁰³ prihvatio da privatni život može uključivati i profesionalne aktivnosti i aktivnosti u javnom kontekstu. U *Jishkariani*²⁰⁴ tvrdi da je Sud već uspostavio relevantne kriterije za uspostavu ravnoteže između privatnog života i slobode govora koje odlučuje primijeniti i u konkretnom predmetu. U *Khoroshenko*²⁰⁵ se poziva na tumačenje Suda prema kojemu svi oblici zatvaranja u samicu bez odgovarajuće mentalne i fizičke stimulacije imaju štetne učinke. Dakle, riječ je o situacijama u kojima Sud ne vidi potrebu za dodatnim razjašnjavanjem neke tvrdnje doli činjenice da je Sud već jednom tako odlučio. Poziva se na gotov produkt tumačenja i legitimitet takve tvrdnje proizlazi iz autoriteta Suda.

Kao što je u tekstu gore objašnjeno, postoji i još jedan oblik argumenta autoriteta – poredbeni argument. Sud je praksu država sagledavao, primjerice, u predmetu *Avilkina*,²⁰⁶ kada je odlučio ići u smjeru veće zaštite povjerljivosti zdravstvenih podataka jer je to ključno načelo svih pravnih poredaka država stranaka. Razlog smatranja ovoga zaključka poredbenim argumentom jest to što se Sud pri tumačenju vodio onim kako se određeni koncept tumači u drugom pravnom poretku, točnije u pravnim porecima država ugovornica. U predmetu *Khoroshenko*²⁰⁷ Sud izričito uzima kako su posjeti zatvorenika u doživotnoj kazni zatvora uređeni i uslijed toga što rusko uređenje nije u skladu s tim zaključuje o povredi prava iz čl. 8. U predmetu *S. i Marper*²⁰⁸ naglašava da će uzeti u obzir da većina drugih stranaka primjenjuje pravilo prema kojemu zadržavanje podataka treba biti proporcionalno svrsi zadržavanja i vremenski ograničeno.

Ovdje valja napomenuti i druge predmete u kojima je uočeno sagledavanje poredaka država ugovornica, ali uz izričito naglašavanje primjene doktrine europskog konsenzusa. Tako u predmetima *Konstantin Markin*,²⁰⁹ *Gaughran*,²¹⁰ *Khoroshenko*,²¹¹ *S. i Marper*,²¹²

²⁰¹ *Antović i Mirković protiv Crne Gore*, op. cit. (bilj. 133), § 40.

²⁰² *Niemietz protiv Njemačke*, 16. prosinca 1992., br. 13710/88.

²⁰³ *Bărbulescu protiv Rumunjske*, 5. rujna 2017., br. 61496/08.

²⁰⁴ *Jishkariani protiv Gruzije*, op. cit. (bilj. 170), § 46.

²⁰⁵ *Khoroshenko protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 187), § 140.

²⁰⁶ *Avilkina i drugi protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 177), § 45.

²⁰⁷ *Khoroshenko protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 187), §§ 132.–135.

²⁰⁸ *S. i Marper protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 139), §§ 105.–108.

²⁰⁹ *Konstantin Markin protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 152), § 99.

²¹⁰ *Gaughran protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 130), § 77.

²¹¹ *Khoroshenko protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 187), § 120.

²¹² *S. i Marper protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 139), § 102.

Ahrens protiv Njemačke,²¹³ Bistieva i drugi protiv Poljske,²¹⁴ Harroudj²¹⁵ te Vallianatos²¹⁶ Sud provjerava postojanje konsenzusa među ugovornicama u tumačenju nekog pitanja, no provjeru obavlja sagledavanjem nacionalnih zakonodavstava, što se ni po čemu ne razlikuje od upotrebe poredbenog argumenta. Prešutna je upotreba tog argumenta, na bilo koji od izloženih načina, utvrđena u 46 analiziranih predmeta.²¹⁷

3.13. Upotreba sustavnog argumenta

Premda nije pronađeno izričito naglašavanje upotrebe sustavnog argumenta, u nešto manje od četvrtine presuda pronađena je njegova prešutna upotreba.²¹⁸

²¹³ Ahrens protiv Njemačke, op. cit. (bilj. 130), § 68.

²¹⁴ Bistieva i drugi protiv Poljske, op. cit. (bilj. 130), § 78.

²¹⁵ Harroudj protiv Francuske, op. cit. (bilj. 181), § 44.

²¹⁶ Vallianatos protiv Grčke, op. cit. (bilj. 153), § 91.

²¹⁷ Avilkina i drugi protiv Rusije, op. cit. (bilj. 177), § 45., Ahrens protiv Njemačke, 24. rujna 2012., br. 45071/09, § 58., Aksu protiv Turske, op. cit. (bilj. 133), § 71., Antović i Mirković protiv Crne Gore, op. cit. (bilj. 133), § 40., Beghal protiv Ujedinjenog Kraljevstva, op. cit. (bilj. 181), § 95., Bernh Larsen Holding i drugi protiv Norveške, op. cit. (bilj. 175), § 123., Bistieva i drugi protiv Poljske, op. cit. (bilj. 130), § 78., Buckley protiv Ujedinjenog Kraljevstva, op. cit. (bilj. 195), § 54., Bykov protiv Rusije, op. cit. (bilj. 153), § 93., Catt protiv Ujedinjenog Kraljevstva, op. cit. (bilj. 130), § 98., D. L. protiv Bugarske, op. cit. (bilj. 183), § 105., Egil Einarsson protiv Islanda, op. cit. (bilj. 153), § 36., Fröhlich protiv Njemačke, 26. listopada 2018., br. 16112/15, § 57., Funke protiv Francuske, 25. veljače 1993., br. 10828/84, § 55., Gaskin protiv Ujedinjenog Kraljevstva, op. cit. (bilj. 133), § 42., Gaughran protiv Ujedinjenog Kraljevstva, op. cit. (bilj. 130), § 76., Halford protiv Ujedinjenog Kraljevstva, op. cit. (bilj. 133), § 44., Harroudj protiv Francuske, op. cit. (bilj. 181), § 42., Hudorovič i drugi protiv Slovenije, op. cit. (bilj. 165), § 112., Huvig protiv Francuske, op. cit. (bilj. 195), § 28., Idalov protiv Rusije, op. cit. (bilj. 195), § 197., Iliya Stefanov protiv Bugarske, op. cit. (bilj. 133), § 34., Ivanova i Cherkezov protiv Bugarske, op. cit. (bilj. 153), § 53., Ivanovski protiv Sjeverne Makedonije, op. cit. (bilj. 133), § 182., Jishkariani protiv Gruzije, op. cit. (bilj. 170), § 46., K. H. i drugi protiv Slovačke, 6. studenog 2009., br. 32881/04, § 46., Kaboğlu i Oran protiv Turske, op. cit. (bilj. 187), § 65., Khoroshenko protiv Rusije, op. cit. (bilj. 187), § 121., Khuzhin i drugi protiv Rusije, op. cit. (bilj. 133), § 115., Konstantin Markin protiv Rusije, op. cit. (bilj. 152), § 148., M. S. protiv Švedske, 27. kolovoza 1997., br. 74/1996/693/885, § 41., Maumousseau i Washington protiv Francuske, op. cit. (bilj. 165), § 60., McLeod protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 23. rujna 1998, br. 72/1997/856/1065, § 52., Mifsud protiv Malte, op. cit. (bilj. 130), § 54., Odièvre protiv Francuske, op. cit. (bilj. 133), § 42., Petri Sallinen i drugi protiv Finske, op. cit. (bilj. 174), § 77., R. E. protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 27. siječnja 2016., br. 62498/11, § 123., Resin protiv Rusije, op. cit. (bilj. 133), § 22., Rinau protiv Litve, op. cit. (bilj. 197), § 194., Sõro protiv Estonije, op. cit. (bilj. 153), § 59., Szabó i Vissy protiv Mađarske, op. cit. (bilj. 131), § 56., Uzun protiv Njemačke, op. cit. (bilj. 153), § 62., Valenzuela Contreras protiv Španjolske, 30. srpnja 1998., br. 58/1997/842/1048, § 46., Vallianatos i drugi protiv Grčke, op. cit. (bilj. 153), § 91., Z protiv Finske, op. cit. (bilj. 177), § 95.

²¹⁸ Ahrens protiv Njemačke, 24. rujna 2012., op. cit. (bilj. 130), § 90., Aksu protiv Turske, op. cit. (bilj. 133), § 63., Al-Nashif protiv Bugarske, 20. rujna 2002., br. 50963/99, § 119., Babiarz protiv Poljske, op. cit. (bilj. 133), § 58., Beghal protiv Ujedinjenog Kraljevstva, op. cit. (bilj. 181), § 88., Bernh Larsen Holding i drugi protiv Norveške, op. cit. (bilj. 175), § 123., Bykov protiv Rusije, op. cit. (bilj. 153), § 76., Calogero Diana protiv Italije, op. cit. (bilj. 175), § 33., Craxi protiv Italije, op. cit. (bilj. 133), § 64., Egil Einarsson protiv Islanda, op. cit. (bilj. 153), § 34., Giorgi Nikolaishvili protiv Gruzije, op. cit. (bilj. 130), § 122., Hode i Abdi protiv Ujedinjenog Kraljevstva, op. cit. (bilj. 153), § 42., Hudorovič i drugi protiv Slovenije, op. cit. (bilj. 165), § 111., Kaboğlu i Oran protiv Turske, op. cit. (bilj. 187), § 50., Klass i drugi protiv Njemačke, op. cit. (bilj. 165), § 55., Konstantin Markin protiv Rusije, op. cit. (bilj. 152), § 129., Messina protiv Italije, 28. prosinca 2000., br. 25498/94, § 61., Mifsud protiv Malte, op. cit. (bilj. 130), § 71., Prokopovich protiv Rusije, 18. veljače 2005., br. 58225/00, § 36., Rinau protiv Litve, op. cit. (bilj. 197), § 152., Sargsyan protiv Azerbajdžana, op. cit. (bilj. 153), § 253., Schembri protiv Malte, op. cit. (bilj. 133), § 49., Şerife Yiğit protiv Turske, op. cit. (bilj. 153), § 99., Szabó i Vissy protiv Mađarske, op. cit. (bilj. 131), § 65., Tlapak i drugi protiv Njemačke, op. cit. (bilj. 197), 79.

Sustavnim argumentom u analizi se smatrala argumentacija Suda iz predmeta *Klass*,²¹⁹ u kojoj naglašava vladavinu prava kao temeljno načelo demokratskih društava, koje je izričito naglašeno u Preambuli Konvencije te tako izvodi pravilo o tome da nadzor treba podlijevati sudskoj kontroli. Ta se argumentacija smatrala sustavnim argumentom upravo zato što Sud zaključak izvodi iz smještaja tog načela unutar Konvencije. Preambula dokumenta u pravilu predstavlja njegov dio u kojemu se nalaze osnovna načela koja se protežu kroz daljnji tekst i u velikoj ga mjeri određuju, a vladavina prava onda predstavlja načelo koje se smatra višom normom u skladu s kojom konvencijski tekst valja tumačiti.

Upotrebom tog argumenta smatralo se i obrazloženja iz predmeta *Petri Sallinen i drugi protiv Finske*²²⁰ te *Bernh Larsen Holding i drugi protiv Norveške*,²²¹ u kojima Sud u obzir uzima da izvorni izraz *domicile* na francuskom jeziku ima šire značenje nego izraz *home* u engleskom te se može proširiti, primjerice, na nečiji profesionalni ured. Dakle, smatra se da je riječ o sustavnom argumentu jer je Sud pokušao pronaći značenje koje je u skladu s konceptom unutar francuskog pravnog i jezičnog sustava.

Ipak, najveći je broj uočene upotrebe sustavnog argumenta u njegovu obliku povezivanja odredbi. Riječ je o situacijama kada Sud tvrdi da se neka odredba mora tumačiti u vezi s drugom odredbom, da se neka odredba ne može tumačiti bez uzimanja u obzir druge odredbe, ili u kojima naglašava da je odlučio temeljem neke odredbe, a u vezi s nekom drugom odredbom. Primjerice, u predmetu *Aksu*,²²² kao u mnogim drugima, naglašava da se u situacijama kad je do povrede prava pojedinca zajamčenih čl. 8. došlo zbog nečijeg uživanja prava na slobodu govora kod primjene čl. 8. mora uzeti u obzir i čl. 10. Konvencije. U *Kaboğlu i Oran*²²³ kaže da će procjenjivati ozbiljnost tretmana i tako utvrđivati je li on predstavljao povredu prava iz čl. 2., 3. ili 8. Konvencije. U *Tlapak i drugi protiv Njemačke*²²⁴ Sud paralelno tumači čl. 8. i 9. Konvencije te čl. 2. Protokola br. 1 kako bi zaključio o postojanju prava roditelja na komuniciranje i promoviranje vlastitih vjerskih uvjerenja u odgoju svoje djece.

3.14. Upotreba naturalističkog argumenta

Sud u predmetu *Piechowicz protiv Poljske*²²⁵ tvrdi da po prirodi stvari posjeti djece ili maloljetnika općenito zatvoru zahtijevaju posebne mjere ovisno o njihovoj dobi i mogućim posljedicama na njihovo emocionalno stanje i dobrobit, ali i o osobi koju posjećuju. S obzirom na to, zaključuje, vlasti su trebale imati na umu da je podnositelj opasna osoba i tome prilagoditi ostvarivanje osobnih odnosa s njegovim sinom. U *Al-*

²¹⁹ *Klass i drugi protiv Njemačke*, op. cit. (bilj. 165), § 55.

²²⁰ *Petri Sallinen i drugi protiv Finske*, 27. prosinca 2005., br. 50882/99, § 70.

²²¹ *Bernh Larsen Holding i drugi protiv Norveške*, 8. srpnja 2013., br. 24117/08, § 104.

²²² *Aksu protiv Turske*, op. cit. (bilj. 133), § 63.

²²³ *Kaboğlu i Oran protiv Turske*, op. cit. (bilj. 187), § 50.

²²⁴ *Tlapak i drugi protiv Njemačke*, op. cit. (bilj. 197), § 79.

²²⁵ *Piechowicz protiv Poljske*, op. cit. (bilj. 151), § 221.

*Nashif protiv Bugarske*²²⁶ stoji da su po prirodi stvari prijetnje nacionalnoj sigurnosti različitog karaktera i da ih je teško predvidjeti i unaprijed definirati. Ipak, zaključuje Sud, moraju postojati neke mjere kojima će se ostaviti diskrecija vlastima da postupe protiv njih. Ovdje se radi o primjerima iz dviju presuda u kojima se uočila izričita upotreba ovoga argumenta.

Međutim, u 11 analiziranih presuda pronađeni su i primjeri zaključivanja Suda po prirodi stvari, po nekom redovnom tijeku događaja, zdravorazumskom i općeprihvaćenom shvaćanju, bez naglašavanja da se radi o ovome argumentu.²²⁷ U predmetu *Osman protiv Danske*²²⁸ tvrdi da je briga roditelja o djetetu temeljni element prava obiteljskog života te je zato nužno i „normalno“ da roditelji imaju pravo odlučiti gdje će dijete stanovati. U već citiranom primjeru iz predmeta *Hudorovič*²²⁹ argumentom prirode stvari proširuje doseg norme iz čl. 8. Naime, Sud u početku konstatira da čl. 8. ne jamči pravo na pitku vodu, međutim, nakon toga uzima u obzir da po prirodi stvari ljudi bez vode ne mogu preživjeti. Dugi period bez pristupa pitkoj vodi imat će, potpuno razumno, teške učinke na zdravlje i ljudsko dostojanstvo napadajući srž prava na privatni život i dom u smislu čl. 8. Stoga se može zaključiti da je neizbježna upotreba tog argumenta od strane Suda onda kada konstatira nešto što je prirodno ili normalno.

3.15. Upotreba argumenta pravičnosti

Sud je u gotovo četvrtini predmeta argument pravičnosti rabio pokušavajući uspostaviti pravednu ravnotežu između suprotstavljenih interesa, tj. na način koji je Tarello smatrao najlakšom upotrebom tog argumenta.²³⁰ U *Aksu*²³¹ naglašava kako se kod povrede prava iz čl. 8. uživanjem prava iz čl. 10. treba postići pravedna ravnoteža između prava na

²²⁶ *Al-Nashif protiv Bugarske*, op. cit. (bilj. 218), § 121.

²²⁷ *Antović i Mirković protiv Crne Gore*, op. cit. (bilj. 133), § 43., *Craxi protiv Italije*, op. cit. (bilj. 133), § 63., *Egil Einarsson protiv Islanda*, op. cit. (bilj. 153), § 37., *Halford protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 133), § 45., *Hudorovič i drugi protiv Slovenije*, op. cit. (bilj. 165), § 116., *Ivanovski protiv Sjeverne Makedonije*, op. cit. (bilj. 133), § 187., *Khoroshenko protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 187), § 106., *Osman protiv Danske*, op. cit. (bilj. 165), § 73., *Schembri protiv Malte*, op. cit. (bilj. 133), § 47., *Szabó i Vissy protiv Mađarske*, op. cit. (bilj. 131), § 62.

²²⁸ *Osman protiv Danske*, op. cit. (bilj. 165), § 73.

²²⁹ *Hudorovič i drugi protiv Slovenije*, op. cit. (bilj. 165), § 116.

²³⁰ *Aksu protiv Turske*, op. cit. (bilj. 133), § 63., *Avilkina i drugi protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 177), § 45., *Babiarz protiv Poljske*, op. cit. (bilj. 133), § 47., *Bistieva i drugi protiv Poljske*, op. cit. (bilj. 130), § 78., *Bor protiv Mađarske*, op. cit. (bilj. 165), § 24., *Egil Einarsson protiv Islanda*, op. cit. (bilj. 153), § 34., *Gaskin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 133), § 72., *Gaughran protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 130), § 96., *Gnahoré protiv Francuske*, op. cit. (bilj. 165), § 52., *Harroudj protiv Francuske*, op. cit. (bilj. 181), § 70., *Hudorovič i drugi protiv Slovenije*, op. cit. (bilj. 165), § 140., *Jishkariani protiv Gruzije*, op. cit. (bilj. 170), § 43., *K. H. i drugi protiv Slovačke*, op. cit. (bilj. 119), § 45., *Kaboğlu i Oran protiv Turske*, op. cit. (bilj. 187), § 70., *Khoroshenko protiv Rusije*, op. cit. (bilj. 187), § 149., *S. i Marper protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 139), § 125., *Maumousseau i Washington protiv Francuske*, op. cit. (bilj. 165), § 62., *McLeod protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, op. cit. (bilj. 219), § 53., *Messina protiv Italije*, op. cit. (bilj. 220), § 73., *Odièvre protiv Francuske*, op. cit. (bilj. 133), § 40., *Osman protiv Danske*, op. cit. (bilj. 165), § 53., *Paposhvili protiv Belgije*, 13. prosinca 2016., br. 41738/10, § 221., *Rinau protiv Litve*, op. cit. (bilj. 197), § 188., *R. M. S. protiv Španjolske*, op. cit. (bilj. 130), § 69., *Rodina protiv Latvije*, op. cit. (bilj. 130), § 103., *Şerife Yiğit protiv Turske*, op. cit. (bilj. 153), § 100., *Sommerfeld protiv Njemačke*, 8. srpnja 2003., br. 31871/96, § 64., *Tlapak i drugi protiv Njemačke*, op. cit. (bilj. 197), § 81.

²³¹ *Aksu protiv Turske*, op. cit. (bilj. 133), § 63.

privatnost i prava na slobodu govora, u *Avilkina*²³² naglašava da se treba naći pravedna ravnoteža između interesa pojedinca za povjerljivost medicinskih podataka i interesa za istraživanje i progon zločina te u predmetu *Mifsud protiv Malte*²³³ između interesa jedne osobe da utvrdi očinstvo i interesa druge osobe da se ne podvrgava DNK testiranju.

Osim toga, upotrebom ovog argumenta smatrale su se i situacije iz nešto manje od 10 presuda u kojima Sud nastoji izbjeći očito nepravedna tumačenja ili njihove posljedice. U predmetu *Chapman*²³⁴ Sud naglašava kako će u pravilu odbiti pružiti zaštitu onima koji se svjesno protuzakonito nastane na ekološki zaštićenom mjestu. Kada bi učinio drukčije, tvrdi Sud, ohrabrio bi nezakonita ponašanja i ugrozio uživanje prava na zdrav okoliš drugih ljudi. U *Hudorovič*²³⁵ upozorava da države u kontekstu čl. 8. moraju ispraviti nepravednu nejednakost između većine društva i manjina u njemu, pa tako prilikom zadiranja u uživanje prava zajamčenih tim člankom u obzir moraju uzeti specifičnosti i potrebe manjina. U predmetu *Vallianatos*²³⁶ Sud drži da države kod zaštite prava na obitelj na umu moraju imati razvoj društava i promjene u percepciji društvenih i građanskih pitanja i veza te prihvatiti da ne postoji samo jedan izbor načina na koji će netko živjeti svoj privatni život. Ovim tumačenjem Sud zabranjuje neopravdano isključivanje homoseksualnih parova iz zaštite prava na obiteljski život jer bi takvo uređenje rezultiralo diskriminacijom.

3.16. Upotreba argumenta koji polazi od općih načela

U analizi su se upotrebom ovog argumenta smatrale situacije u kojima je Sud odredbu čl. 8. shvatio kao odredbu kojom se izražava načelo, pa je na temelju njega izveo neizraženo pravilo (tj. upotrijebio taj argument u proizvodnom obliku), ali i situacije u kojima je Sud na temelju nekog općeg načela izabrao ono značenje čl. 8. koje je u skladu s njim (tj. upotrijebio taj argument u tumačenjskom obliku).

Tako u predmetu *Aksu*²³⁷ Sud naglašava da je u podlozi čl. 8. zapravo načelo osobne autonomije. Dodaje, dakle, da se tumačenjem odredbe čl. 8. u skladu s tim načelom dolazi do zaključka prema kojemu su njome zaštićena i pojedinčeva prava na fizički i društveni identitet.

4. ZAKLJUČAK

Cilj je ovoga rada bio prikazati argumentaciju Suda na način različit od onoga u svojoj proučenoj literaturi koja se bavi tom tematikom. Unutar uzorka u koji su uzeta obrazloženja odluka Suda o pravima iz čl. 8. iz 120 presuda kvalitativnom analizom

²³² *Avilkina i drugi protiv Rusije, op. cit.* (bilj. 177), § 45.

²³³ *Mifsud protiv Malte, op. cit.* (bilj. 130), § 77.

²³⁴ *Chapman protiv Ujedinjenog Kraljevstva, op. cit.* (bilj. 133), § 102.

²³⁵ *Hudorovič i drugi protiv Slovenije, op. cit.* (bilj. 165), § 142.

²³⁶ *Vallianatos i drugi protiv Grčke, op. cit.* (bilj. 153), § 84.

²³⁷ *Aksu protiv Turske, op. cit.* (bilj. 133), § 58.

sadržaja prepoznavana je argumentacija koja odgovara Tarellovu opisu jednog od 15 tradicionalnih tumačenjskih argumenata.

Najvažniji je zaključak ovoga rada da Sud prilikom tumačenja Konvencije i odlučivanja o ljudskim pravima ne upotrebljava samo specifične doktrine tumačenja koje je razvio u praksi već i tradicionalne tumačenjske argumente s Tarellova popisa. U radu se dokazala i teza prema kojoj je prešutna upotreba takvih argumenata generalno učestalija od izričite, premda takav zaključak nije vrijedio kod teleološkog argumenta i argumenta pravičnosti. Zanimljivo je primijetiti i da dobiveni podaci o upotrebama argumenata u analiziranim dijelovima presuda uvelike odgovaraju teoretskim konstatacijama o njihovoj upotrebi. Tako, primjerice, nije utvrđena nijedna upotreba povijesnog argumenta, za koji i u literaturi stoji da je u suvremenim prilikama „odbačen“, dok je uočeno pozivanje na volju tvorca primijenjeno kako bi se odlučilo o onom što se nije htjelo, a ne o onom što se htjelo. Valja spomenuti i da, osim povijesnog argumenta, nije pronađena upotreba ni argumenta ekonomičnosti, što i dalje znači da je Sud upotrebljavao čak 13 od 15 argumenata s Tarellova popisa. Najučestalija je upotreba argumenta autoriteta, zatim slijede teleološki argument, argument pravičnosti, argument *a contrario* te sustavni argument. Ne može se reći da je Sud neki argument upotrebljavao više ili manje ovisno o kojem je elementu (pravu) iz čl. 8. riječ, ali općenita je primjedba da su presude u kojima se raspravljalo o pravima na privatnost i obitelj daleko obrazloženije i argumentiranije. Važno je spomenuti i uočavanje mogućnosti zaključivanja o upotrebi tradicionalnih argumenata čak i u situacijama izričite upotrebe nekih od specifičnih doktrina, pa i ideju prema kojoj ih ne razlikuje ništa doli naziva.

Dakako, ograničenost istraživanja uvjetuje ograničenost zaključaka te nalazi do kojih se u ovome radu došlo ne mogu biti poopćeni. Oni vrijede za analizirane dijelove presuda, no smatra se da njihova konstrukcija ima potencijal razjasniti način rada najvažnijeg mehanizma zaštite ljudskih prava u Europi. Izlaganje prakse Suda na način koji je jednostavniji i nacionalnim sudovima bliži od onoga u ostatku literature pridonosi shvaćanju ovih iznimno važnih standarda u nacionalnim pravnim porecima kako u znanosti tako i u praksi. Osim toga, dokazivanjem da je i ovakva analiza tumačenja Konvencije moguća nudi se put za daljnja istraživanja, u kojima bi se mogli pronaći odgovori na određena pitanja koja ovaj rad otvara. Neka od njih bila bi pitanje sličnosti i ostalih specifičnih doktrina s tradicionalnim tumačenjskim argumentima, pitanja o važenju na ovom uzorku dobivenih zaključaka i na uzorku presuda o ostalim konvencijskim pravima, o pravilnosti pojave argumenata s obzirom na neka druga mjerila (kod apstraktnog, odnosno konkretnog tumačenja, u njihovu pozitivnom ili negativnom obliku) te brojna druga. Takvu bi analizu možda bilo korisno obaviti na opsežnijem uzorku, polazeći od u ovom radu konstruiranih zaključaka.

THE USE OF TRADITIONAL LEGAL ARGUMENTS TO JUSTIFY THE INTERPRETATION AND APPLICATION OF ARTICLE 8 OF THE EUROPEAN CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS IN THE CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

This paper presents an interpretation of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms by the ECtHR, which differs entirely from the interpretation found in all the studied literature. Instead of singling out the specific interpretative doctrines developed in the case law of the Court, it can be seen that the Court also uses traditional interpretative arguments, as listed by Giovanni Tarello. The aim of proving that the Court, in interpreting and applying the Convention, uses arguments with a long history of use, which are also used by domestic courts when interpreting and applying national rules, is to discourage ideas about the arbitrariness of the interpretations of the Strasbourg Court, and to improve the understanding of them at national level. The work method consists of a qualitative content analysis, and the judgments have been selected by combining purposive and random sampling.

Keywords: European Court of Human Rights, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, interpretative doctrines, interpretative arguments, qualitative content analysis

Ana Žagar, LLM, legal trainee in the Joint Law Office, Sandra Marković, PhD, Sidonija Grbavac and Dino Gliha, PhD