

Uredni prikaz primene Evropske konvencije o ljudskim pravima na nacionalnom nivou



Alessia Cozzi
Athanassia Sykiotou
Dagmara Rajaska
Ivana Krstić
Maria Filatova
Nikolina Katić
Petra Bard – Károly Bárd
Stephanie Bourgeois

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

UPOREDNI PRIKAZ primene Evropske konvencije o ljudskim pravima na nacionalnom nivou

Autori

Alessia Cozzi, Athanassia Sykiotou
Dagmara Rajska, Ivana Krstić, Maria Filatova
Nikolina Katić, Petra Bard – Károly Bárd,
Stephanie Bourgeois

*Ova publikacija priređena je u okviru projekta
„Pravosuđe na temeljima ljudskih prava” koji finansira
Fond za ljudska prava a primenjuje Savet Evrope.
Izneta mišljenja se ne moraju nužno slagati
sa zvaničnim stavovima Saveta Evrope.*

Savet Evrope

Beograd 2016

Izdavač

Savet Evrope
Kancelarija u Beogradu
Španskih boraca 3, 11070 Beograd
www.coe.org.rs

Naslov originala

Comparative study on the Implementation
of the ECHR at the National Level

Prevod

Trankos Consulting

Za izdavača

Tim Cartwright

Urednik

Silvija Panović-Đurić

ISBN 978-86-84437-85-5

Tiraž

1.000

Štampa, grafički dizajn i korica

Dosije studio, Beograd

Copyright©2016

Sva prava zadržana.

Nijedan deo ove publikacije ne može se prevesti, reprodukovati niti prenositi u bilo kojem obliku ili na bilo koji način, elektronski (CD-ROM, internet, itd.) ili mehanički uključujući fotokopiranje, snimanje ili bilo koje informacije za čuvanje ili sistema za preuzimanje, bez prethodnog odobrenja u pisanom obliku datog od: Direkcija za komunikacije (F-67075 Strasbourg Cedex or publishing@coe.int)

Sadržaj

Predgovor	5
-----------	---

Stephanie Bourgeois

SPROVOĐENJE EVROPSKE KONVENCIJE O LJUDSKIM PRAVIMA NA DOMAĆEM NIVOU	7
--	---

Alessia Cozzi

SPROVOĐENJE EVROPSKE KONVENCIJE O LJUDSKIM PRAVIMA I SUDSKA PRAKSA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA U ITALIJANSKOJ SUDSKOJ PRAKSI	31
---	----

Athanassia Sykiotou

ODNOS GRČKIH SUDOVA SA SUDSKOM PRAKSON EVROPSKE KONVENCIJE I EVROPSKOG SUDA	49
--	----

Dagmara Rajska

NACIONALNA PRIMENA EVROPSKE KONVENCIJE O LJUDSKIM PRAVIMA – PRIMER POLJSKE	69
---	----

Ivana Krstić

STATUS I PRIMENA EVROPSKE KONVENCIJE O LJUDSKIM PRAVIMA U REPUBLICI SRBIJI	89
---	----

Maria Filatova

IMPLEMENTACIJA EVROPSKE KONVENCIJE O LJUDSKIM
PRAVIMA I SUDSKA PRAKSA EVROPSKOG SUDA
U RUSKOM PRAVNOM PORETKU 107

Nikolina Katić

SPROVOĐENJE EVROPSKE KONVENCIJE O
LJUDSKIM PRAVIMA NA NACIONALNOM NIVOU 127

Petra Bárd – Károly Bárd

EVROPSKA KONVENCIJA O LJUDSKIM PRAVIMA
I PRAVNI SISTEM MAĐARSKE 145

Stephanie Bourgeois

PRIMENA EVROPSKE KONVENCIJE O
LJUDSKIM PRAVIMA U FRANCUSKOJ 165

Predgovor

Komparativna analiza koja je pred vama posvećena je pitanju primene Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda u unutrašnjem pravnom poretku nekoliko država ugovornica Konvencije.

Ovo pitanje je od velike važnosti jer prihvatanje Evropske konvencije o ljudskim pravima predstavlja samo prvi korak ka njenoj implementaciji u unutrašnjem pravu, a sama Konvencija ostavlja državama slobodu da same odluče kako će odgovoriti svojoj obavezi da poštuju i primenjuju njene odredbe. Na koji način će država to učiniti, zavisi primarno od odgovora na pitanje da li se Evropska konvencija može direktno primeniti i kakav je njen status u hijerarhiji domaćih pravnih normi. U tom smislu, izdvojila su se dva pravna sistema: monistički i dualistički. Međutim, prosta inkorporacija Evropske konvencije u domaći pravni sistem nije u stanju da razreši sve probleme koji se javljaju u primeni Evropske konvencije, niti je garancija njene potpune i delotvorne primene. Iz tog razloga, još je važnije ispitati ulogu sudova u ovom procesu. U tom smislu, neophodno je analizirati do koje mere nacionalni sudovi mogu ispitati usaglašenost postupanja vlasti sa odredbama Evropske konvencije, kao i koliko su sudije spremne da primenjuju principe sadržane u praksi Evropskog suda za ljudska prava, čak i kada za to imaju jasan osnov u domaćem pravu.

Odgovori na ova važna pitanja dati su u osam referata, koji se bave primenom Evropske konvencije u Francuskoj, Grčkoj, Hrvatskoj, Italiji, Mađarskoj, Poljskoj, Rusiji i Srbiji. Navedene države su izabrane na osnovu dva kriterijuma: pripadnost monističkom, odnosno dualističkom pravnom sistemu – kako bi se prikazale različite pravne posledice oba sistema u primeni Evropske konvencije, kao i dužina ugovornog statusa

– gde su prikazane države koje su države ugovornice od usvajanja same Konvencije, odnosno koje su to postale u poslednje dve decenije, od čega zavisi i različit stepen aktivnosti sudova u njenoj implementaciji.

Svi referati prvo razmatraju status Evropske konvencije u domaćem pravnom sistemu, koji se ogleda u analizi hijerarhije pravnih normi i njenoj direktnoj primeni. U drugom delu, autori ukazuju na primenu Evropske konvencije i principa sadržanih u jurisprudenciji Evropskog suda od strane nacionalnih sudova, gde su prikazani primeri dobre i loše sudske prakse. Konačno, svi autori daju preporuke za poboljšanje implementacije Evropske konvencije i naredne korake koje u tom smislu treba preduzeti radi bolje, delotvornije i potpunije implementacije principa i standarda sadržanih u praksi Evropskog suda. Prikazano iskustvo u jednoj državi može da posluži kao inspiracija za unapređenje implementacije u drugoj državi, ali i za prevazilaženje nekih zajedničkih prepreka i problema identifikovanih u referatima.

Na početku je dat i kratak uporedni pregled rešenja u nekoliko država istovremeno.

Nadamo se da će vam ova publikacija biti korisna u daljem radu.

Sprovođenje Evropske konvencije o ljudskim pravima na domaćem nivou¹

Stephanie Bourgeois

Nekadašnji pravnik Evropskog suda za ljudska prava

I. Status Evropske konvencije o ljudskim pravima u domaćem pravu	8
A. Prethodna zapažanja: pravna snaga međunarodnih ugovora u domaćem pravnom poretku, monizam naspram dualizma	8
1. Dualističko gledište	8
2. Monističko gledište	9
B. Ustavna raznolikost u državama članicama	10
II. Praksa sudova	13
A. Dosledno tumačenje	14
1. Ustavne odredbe	14
2. Zakonske odredbe	16
3. Praksa ustavnih sudova	17
B. Neprimenjivanje domaćeg prava od strane sudova	21
1. Praksa neprimene na ustavnim osnovama	21
2. Neprimena osmišljena/ razvijena od strane domaćih sudija	22

¹ Ovaj rad je prvobitno pripremljen za potrebe HELP programa Saveta Evrope. Ovde objavljen predstavlja revidiranu i inoviranu verziju.

3. Ustavne odredbe koje ovlašćuju domaće sudije na neprimenu domaćeg prava koje je u konfliktu sa međunarodnim ugovorima	22
C. Ograničenje prvenstva: doktrina kontra-ograničenja	24
III. Zaključak	28

Obezbeđenje prava i sloboda navedenih u Konvenciji je, pre svega, zadatak nacionalnih vlasti država ugovornica. U kojoj meri nacionalni sudovi imaju ulogu u ovome, razmatranjem postupaka i propusta nacionalnih vlasti, zavisi uglavnom od toga da li su odredbe Konvencije direktno primenjive u postupcima pred nacionalnim sudovima.

S druge strane odgovor na ovo pitanje zavisi od dejstva Konvencije u okviru nacionalnog pravnog sistema koji je u pitanju. Konvencija ne nameće državama ugovornicama obavezu da Konvenciju učine delom domaćeg prava ili da garantuju njenu nacionalnu primenu i primat nad nacionalnim pravom.

I. Status Evropske konvencije o ljudskim pravima u domaćem pravu

A. Prethodna zapažanja: pravna snaga međunarodnih ugovora u domaćem pravnom poretku, monizam naspram dualizma

U kontekstu odnosa između međunarodnog i domaćeg prava, postoje dva suprotstavljena gledišta:

1. Dualističko gledište

Po takozvanom dualističkom gledištu:

- ▶ Međunarodni i nacionalni pravni sistem formiraju dve odvojene pravne sfere;
- ▶ Međunarodno pravo ima dejstvo unutar/ u sklopu nacionalnog pravnog sistema samo ukoliko je „pretvoreno“ u domaće pravo *putem* neophodne procedure;

- ▶ Pravni subjekti zavise od ove transformacije radi zaštite prava propisanih u međunarodnom pravu; njihova prava i dužnosti postoje samo u domaćem pravu.

U dualističkom sistemu, nakon što se Konvencija odobri i inkorporira u domaće pravo, ostaje pitanje kakav status ona ima unutar domaćeg pravnog sistema. Odgovor na ovo pitanje se može naći u domaćem ustavnom pravu.

2. Monističko gledište

Po takozvanom monističkom gledištu:

- ▶ Različiti domaći pravni sistemi se posmatraju kao elementi sveobuhvatnog međunarodnog pravnog sistema u sklopu kojeg su nacionalne vlasti takođe vezane međunarodnim pravom u svojim odnosima sa pojedincima, nezavisno od toga da li su ili nisu pravila/norme međunarodnog prava transformisana u domaće pravo;
- ▶ Pojedinaac izvodi prava i dužnosti direktno iz međunarodnog prava tako da u nacionalnim postupcima može direktno da se pozove na pravila međunarodnog prava;
- ▶ Nacionalni sudovi moraju da primene pravila međunarodnog prava i moraju da daju prioritet međunarodnom pravu nad bilo kojim domaćim zakonom koji je u nesaglasnosti sa njim..

Međutim, čak i u monističkim sistemima postoji mnoštvo razlika. Iako su kao opšte pravilo sudovi prihvatili domaći pravni efekat (potvrđenih) međunarodnih ugovora, obim ovog prihvatanja može značajno varirati.

Preovladava mišljenje da u trenutnoj etapi razvoja međunarodnog prava sistem koji rezultira iz monističkog gledišta nije obavezan po međunarodnom pravu. Međunarodno pravo ostavlja državama potpunu slobodu odlučivanja u pogledu načina na koji će ispuniti svoje međunarodne obaveze i implementirati relevantna međunarodna pravila unutar svojih pravnih sistema; države su međunarodno odgovorne samo za krajnji rezultat implementacije međunarodnog prava.

Posledica ovoga jeste da u nekim državama ugovornicama Konvencija ima (unutrašnji/direktni) efekat, dok u drugim državama ugovornicama nema.

U državama ugovornicama gde Konvencija ima unutrašnji efekat, mora se utvrditi za svaku od njenih odredbi posebno da li su direktno primenive – odnosno da li se mogu samostalno izvršiti – kako bi se pojedinci mogli direktno na njih pozivati pred domaćim sudovima. Samoizvršni karakter odredbe Konvencije može se generalno pretpostaviti kada se sadržaj takve odredbe može primeniti u konkretnom slučaju bez potrebe za dodatnim merama domaćih vlasti.

B. Ustavna raznolikost u državama članicama

Gledajući na ustavne odredbe koje upravljaju efektima normi Evropske konvencije u domaćim poretcima, možemo videti raznolikost načina na koji se shvata veza/ odnos između domaćih i evropskih „ustavnih nivoa“.

Status Evropske konvencije u domaćim poretcima može da se sažme na sledeći način:

- Neki ustavi pripisuju Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima ustavni rang, kao što je to u Albaniji, Austriji, Bosni i Hercegovini, Holandiji („najmonističnijoj državi na svetu“) i Norveškoj.²

U **Albaniji** postoji čvrst doktrinarni stav da Konvencija ima privilegovani status. Opšte je prihvaćeno da Evropska konvencija u domaćem pravnom poretku ima status koji se razlikuje od statusa drugih međunarodnih ugovora koje je Albanija ratifikovala. Uistinu, član 17 Ustava Albanije predviđa isti status Evropske konvencije i Ustava kada su ograničenja osnovnih prava pojedinaca u pitanju.

Interesantno je da postoje neke odluke opšte sednice Višeg suda Albanije² u kojima ovaj sud navodeći pravo primenjivo u predmetu upućuje prvo na Evropsku konvenciju pa tek onda na Ustav. Dok ovo „neformalno“ rangiranje ne dodeljuje Evropskoj konvenciji nadustavni status, vredno je pažnje videti da li će ubuduće Viši sud razviti eksplicitne argumente u odnosu na hijerarhiju odredbi Ustava i Konvencije u slučajevima koji se odnose na ljudska prava.

2 Nadležnost High Court-a u Albaniji odgovara nadležnosti vrhovnih sudova. Vidi <http://www.ipls.org/services/constitution/const98/cp9.html>

- U nekim državama Evropska konvencija ima nadzakonski rang (npr. u Belgiji, Francuskoj, Gruziji, Grčkoj, Portugaliji, Rusiji, Srbiji, Sloveniji, Španiji);
- U ostalim državama (npr. u Danskoj, Ujedinjenom Kraljevstvu), Evropska konvencija ima rang zakona.

Vredno je pomena da je formalni status Evropske konvencije, propisan nacionalnim ustavima, ponekad ojačan odlukama ustavnih sudova ili da je uobičajeno tumačen na taj način.

Države poput Italije i Nemačke naizgled pripadaju trećoj grupi (ukoliko se gledaju njihovi ustavi) ali su njihovi ustavni sudovi zauzeli stav da Evropska konvencija ima posebnu pravnu snagu koja prevazilazi normalnu ustavnu hijerarhiju odnosno mesto međunarodnih normi.

Po ovom modelu, međunarodni ugovori o ljudskim pravima imaju snagu zakona i iz tog razloga oni ne mogu da služe kao referentna osnova za ustavni sud.

Nemački Ustavni sud je proglasio da Evropska konvencija unutar nemačkog pravnog poretka ima status saveznog zakona. Ustavni sud je zaključio da redovni sudovi moraju da se pridržavaju i primenjuju Evropsku konvenciju na isti način kao druge savezne zakone, štaviše sredstvima „metodološki odbranljivog tumačenja“.

Ustavni sud je istakao da:

- Kao posledica njihove inkorporacije u hijerarhiju normi, garancije pružene Evropskom konvencijom nisu, u nemačkom pravnom poretku, direktne referentne ustavne norme za Ustavni sud;
- Podnosilac ustavne žalbe ne može se (sa uspehom) pred Ustavnim sudom u postupku po ustavnoj žalbi direktno pozvati na Evropsku konvenciju, odnosno istaći povrede ljudskih prava navedenih u Evropskoj konvenciji.

Ustavni sud je, međutim, dodao i da:

- Garancije sadržane u Evropskoj konvenciji utiču na tumačenje osnovnih prava i ustavnih principa koji proističu iz domaćeg Osnovnog zakona (Ustava Nemačke);

- I tekst Evropske konvencije i praksa Evropskog suda za ljudska prava služe, na ustavnom nivou, kao smernice za tumačenje u cilju određivanja sadržaja i obima uticaja osnovnih prava i principa javnog prava sadržanih u Osnovnom zakonu.

Ovo, naravno, funkcioniše na ovaj način pod uslovom da takav pristup ne rezultira ograničavanjem ili smanjenjem u zaštiti osnovnih prava garantovanih Osnovnim zakonom, što je i inače isključeno po Evropskoj konvenciji.

Slično tome, iako Hrvatska naizgled pripada drugoj grupi, njen Ustavni sud je dodelio kvaziustavni status odredbama Evropske konvencije.

Hrvatski Ustavni sud je rezervisao za Evropsku konvenciju, a samim tim i za sve ratifikovane međunarodne ugovore, veoma poseban položaj unutar domaće pravne hijerarhije. Iako Evropska konvencija ima podustavni status, odobren joj je kvaziustavni status.

U stvari, međunarodni ugovori formalno nemaju snagu ustavnog zakona ali uprkos tome njihova uloga je ista kao i Ustava jer služe kao standardi za razmatranje domaćeg zakonodavstva, posebno akata usvojenih od strane Parlamenta.

U svojoj odluci U-I/1583/2000, od 24. marta 2010. godine, Ustavni sud je u svojim postupcima indirektno dodelio međunarodnim ugovorima isti položaj kao ustavnim zakonima Hrvatske.

U Sloveniji je opšte prihvaćeno da pravo ljudskih prava u stvari ima ustavni rang.

U **Sloveniji**, bez obzira na opšte pravilo primata ustavnog prava nad međunarodnim pravom, tumačenje Ustava dozvoljava izvođenje zaključka da određeni izvori međunarodnog prava imaju različita mesta (u hijerarhiji).

Iako Ustav ne pominje konkretno međunarodne ugovore koji regulišu ljudska prava, ovi ugovori imaju položaj ustavne norme.

Član 15/V Ustava utvrđuje da nijedno ljudsko pravo koje je regulisano pozitivnim propisima u Sloveniji ne može biti ograničeno na

osnovu toga što Ustav ili ne predviđa to pravo ili ga predviđa u manjem obimu. Ovaj član samim tim uvodi princip maksimalne zaštite ljudskih prava, odnosno princip da se pravo ima zaštititi ili u skladu sa Ustavom ili u skladu sa međunarodnim ugovorom, u zavisnosti od toga koji akt štiti dato ljudsko pravo i u zavisnosti od nivoa zaštite koju pruža.

Uprkos ovim razlikama, nedavna istraživanja su ukazala na progresivno zbližavanje domaćih evropskih poredaka u vezi sa 'položajem' Evropske konvencije u domaćoj hijerarhiji izvora.

Ova konvergencija je konačan ishod različitih nacionalnih putanja:

- ▶ nekad se mora odati priznanje nacionalnim zakonodavcima;
- ▶ u drugim okolnostima to je pre do ustavnih ili vrhovnih sudova, ili čak do redovnih sudija.

Konvergencija se događa bez obzira na formalnu poziciju izloženu u ustavu, ili na dualističku ili monističku klasifikaciju.

Moguće je da zaista postoji nesaglasnost/protivrečnost između formalnog statusa odredbi Evropske konvencije i njihove prave vrednosti i prave prirode. Ova protivrečnost se ponekad opisuje kao prepoznatljiva razlika između 'statičnog pristupa' (šta piše u domaćim ustavima) i 'dinamičnog pristupa' (koji se odnosi na stvarnu snagu ovog prava koja se pojavljuje u sudskoj praksi).

Samim tim je neophodno da se ide dalje od proste formulacije odredbi i da se posmatra kako domaće sudije tretiraju evropsko pravo.

II. Praksa sudova

Prvi element evropskog režima je ključna uloga nacionalnih sudija koji su prave 'prirodne sudije'. Oni su uistinu prvi arbitri koji primenjuju Evropsku konvenciju u domaćim sistemima, zbog principa subsidijarnosti.

Ovde će biti obrađene tri vrste prakse sudova:

- Dosledno tumačenje (posledica 'posrednog efekta' nadnacionalnih zakona);

- Neprimenjivanje domaćeg prava (posledica direktnog efekta/primata nadnacionalnih zakona);
- Doktrina „kontra-ograničenja“ (counter-limits doctrine) (ograničavanje nadmoći nadnacionalnog zakona).

A. *Dosledno tumačenje*

Kod ove vrste tumačenja zapaža se kako domaće sudije Evropskoj konvenciji priznaju interpretativnu nadmoć, nezavisno od toga šta nacionalni ustavi predviđaju o njenom statusu u domaćem pravnom poretku.

Postoje najmanje tri različite grupe razloga za ovo:

- ▶ Ustavne odredbe (npr., u Bugarskoj, Norveškoj, Portugaliji, Rumuniji, Srbiji, Španiji);
- ▶ Zakonodavne odredbe (npr., u Ujedinjenom Kraljevstvu);
- ▶ Sudska praksa ustavnih sudova (npr., na Kipru, Estoniji, Nemačkoj, Italiji i Poljskoj).

Ovo je odraz prethodno navedenih ustavnih raznolikosti.

1. *Ustavne odredbe*

Nekada jezik domaćih ustava sadrži reakciju na totalitarna iskustva, npr. u formi povećane otvorenosti ka međunarodnom pravu i priznanja mira kao osnovnog ustavnog principa, a ne samo kao jedne od strateških opcija spoljne politike.

U **Španiji i Portugaliji** ustavni sudovi obavljaju preventivnu proveru ustavnosti međunarodnih ugovora.

U Španiji, kada nastane konflikt, Ustav mora biti izmenjen/ dopunjen pre prihvatanja ugovora.

U Portugaliji, nasuprot tome, da bi se ratifikovao ugovor, on mora biti odobren od strane Republičke skupštine i to posebnom većinom glasova. Ugovori mogu biti predmet ocene ustavnosti čak i nakon ratifikacije.

Posebna unutrašnja snaga/ domet međunarodnih ugovora u domaćem pravnom sistemu izvodi se iz člana 8 Ustava Portugalije i člana 96 Ustava Španije, iako ove dve odredbe naizgled regulišu validnost ugovora više nego njihovo dejstvo.

Bez obzira na to, najvažnija potvrda posebnog ranga ugovora o ljudskim pravima u Španiji je član 10.2, koji priznaje da oni pružaju interpretativne smernice u primeni ustavnih odredbi u vezi sa ljudskim pravima.

Što se tiče Portugalije, osnovna odredba je član 16 Ustava koji priznaje da međunarodni ugovori o ljudskim pravima imaju komplementarnu ulogu u odnosu na Ustav. Ova odredba priznaje interpretativnu ulogu Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, naizgled isključujući druge konvencije kao što je Evropska konvencija. 1982. godine nije uspeo pokušaj da se u Ustav stavi upućivanje na Evropsku konvenciju, ali je Ustavni sud Portugala često koristio Evropsku konvenciju kao važno pomoćno sredstvo za tumačenje Ustava, čime je pitanje statusa Konvencije ostalo nerešeno.

Sličnu odredbu ima član 20(1) **Ustava Rumunije**:

'[u]stavne odredbe koje se odnose na prava i slobode građana će se tumačiti i primenjivati u skladu sa Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima, sa paktima i drugim međunarodnim ugovorima u kojima je Rumunija ugovorna strana'.

Član 5 **Ustava Bugarske** priznaje kao primat međunarodnog prava (uključujući Evropsku konvenciju) nad domaćim pravom i takođe predviđa obavezu da se domaće pravo tumači na način koji je konzistentan sa režimom Evropske konvencije (i sudskom praksom Evropskog suda za ljudska prava).

1998. godine, Ustavni sud Bugarske je doneo odluku da:

- Konvencija čini set zajedničkih evropskih vrednosti koji je od istaknute važnosti za pravne sisteme država članica;
- Tumačenje ustavnih odredbi koje se odnose na zaštitu ljudskih prava treba da se vrši u najvećoj mogućoj meri u skladu sa odgovarajućim odredbama Konvencije.

Ustav Srbije takođe priznaje prednost međunarodnog prava nad domaćim pravom:

- On propisuje hijerarhiju pravnih akata (međunarodno pravo poseduje nadzakonodavni rang) kao i pravila koja regulišu njihovo djstvo/ efekat;
- Takođe predviđa mehanizme od značaja za sprovođenje ljudskih prava. Član 142(1) i (2) predviđa da sudovi „sude na osnovu Ustava, zakona i drugih opštih akata, kada je to predviđeno zakonom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovorima“.

U **Norveškoj**, novi član 92 Ustava navodi da sve javne vlasti – uključujući Vrhovni sud – moraju poštovati i čuvati sva prava i slobode koja proizilaze iz ma koje međunarodne konvencije o ljudskim pravima u kojoj je Norveška ugovorna strana.

Stoga, položaj konvencija o ljudskim pravima kao dela domaćeg norveškog prava i nadmoć prava i sloboda unutar tih konvencija sada ima očiglednu ustavnu osnovu.

Shodno svim tim odredbama, domaće pravo će se tumačiti u svetlu Evropske konvencije (i drugih međunarodnih ugovora o ljudskim pravima).

2. Zakonske odredbe

Dužnost da se domaće pravo tumači konzistentno sa odredbama Evropske konvencije je ponekad zasnovana na odredbama zakona.

U **Ujedinjenom Kraljevstvu**, Evropska konvencija je inkorporirana 1998. godine u Akt o ljudskim pravima koji sadrži selektivnu inkorporaciju prava iz Evropske konvencije.

Odeljak 345 ukazuje na potrebu za tumačenjem domaćeg prava u skladu sa Konvencijom koliko god je to moguće. Predložena šemati-zacija – tj. statutori izvor obaveze doslednog tumačenja – može da se ospori, međutim, postoje neki skorašnji slučajevi u Engleskoj u kojima se Akt o ljudskim pravima tretirao kao deo 'ustavnog jezgra'.

3. Praksa ustavnih sudova

Na kraju, u odsustvu jasnih pisanih odredbi (bilo ustavnih ili zakonskih), dužnost tumačenja domaćeg prava u svetlu Evropske konvencije može se nekad izvesti iz sudske prakse ustavnih sudova kao npr. na Kipru, u Estoniji, Nemačkoj, Italiji i Poljskoj.

2003. godine, **Vrhovni sud Kipra** je jasnim rečima objasnio svoj pogled na sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava.

Naveo je, u predmetu *Andreas Kyriacou Panovits protiv Republike*, da:

„Kakva god da je presuda Evropskog suda biće ispoštovana i sprovedena od strane naših sudova i nadležnih vlasti Republike“.

Dva vodeća principa proizilaze iz sudske prakse Vrhovnog suda u odnosu na potencijalni konflikt između nacionalnog prava i Evropske konvencije:

- Domaća odredba se „čita“ u svetlu odgovarajuće odredbe Evropske konvencije da bi se dobilo tumačenje koje će biti u skladu sa sudskom praksom Evropskog suda;
- Ukoliko ovo nije ostvarivo, onda Evropska konvencija ima primat nad domaćom odredbom.

Vredno je pomena da ova spremnost domaćih sudova da obezbede potpuno sprovođenje Evropske konvencije najverovatnije proizilazi iz činjenice da je deo Ustava Kipra iz 1960. godine, sa manjim izmenama i dopunama, adaptacija materijalnih odredbi Konvencije.

Na sličan način je **Vrhovni sud Estonije** izričito priznao prioritet Evropske konvencije nad domaćim pravom i ukazao na svoju sopstvenu dužnost da ima na umu praksu Evropskog suda za ljudska prava.

Ovaj sud je 2008. godine, doneo presudu u kojoj naročito podstiče estonske sudove, ukoliko je neophodno, „da krenu (pri tumačenju – prim. prim.) od Konvencije i prakse njene primene“.

U **Nemačkoj**, Drugi Senat (Second Senate) Saveznog ustavnog suda (Bundesverfassungsgericht – BvG) je 2004. godine obrazložio odnos između Saveznog ustavnog suda i Evropskog suda za ljudska prava i donekle ispratio odluku suda u Strazburu u predmetu *Görgülü protiv Nemačke*.

Ova presuda se mora dovesti u vezu sa drugim sukobom između dva suda, čiji je povod bio predmet *Hannover protiv Nemačke*. Tom prilikom su dva suda različito protumačila pravo na privatnost.

Savezni ustavni sud je stoga 2004. godine iskoristio priliku da pojašni stvari: Evropska konvencija i praksa Evropskog suda za ljudska prava obavezuju Saveznu Republiku (Nemačku) samo kao subjekta javnog međunarodnog prava.

Prema shvatanju Saveznog ustavnog suda;

- Evropska konvencija je ratifikovana kao običan zakon, te stoga može biti derogirana ma kojim naknadno usvojenim običnim zakonom i ne može da bude standard ustavnog razmatranja (tj. pojedinac ne može da se žali pred Saveznim ustavnim sudom na kršenje prava iz Konvencije);
- Međutim, prilikom tumačenja Ustava, može se pozivati na praksu suda u Strazburu ukoliko ovo ne podrazumeva ograničenje nekog drugog ustavnog prava;
- Ustav Nemačke (članovi 23 i 24), obavezuje nacionalne sudije da uzmu u obzir pravo i sudska praksu Konvencije i da tumače domaće norme u svetlu iste ali samo ukoliko je ovo moguće (i da pruže razloge kada ne uspeju da postupe tako), tzv. „otvorena priroda“ nemačkog Ustava.

2011. godine, Savezni ustavni sud je potvrdio gore pomenute principe i naizgled postao otvoreniji ka međunarodnom pravu i „uzimanju u obzir presuda iz Strazbura“. Razvio je sledeći pristup:

- Sve javne vlasti moraju primenjivati Konvenciju i ona indirektno postaje obavezan standard razmatranja uprkos njenom formalnom statusu saveznog zakona;
- Savezni ustavni sud obezbeđuje ispunjenje ove obaveze time što prihvata ustavne žalbe koje se zasnivaju na kršenju Konvencije, istina ne direktno, već u vezi sa osnovnim pravima predviđenim u Ustavu.

U **Italiji**, u dve fundamentalne odluke iz 2007. godine, Ustavni sud je pojasnio položaj Evropske konvencije u domaćem pravnom sistemu.

Jezgro ovih odluka se može sumirati na sledeći način:

1. Konvencija ima super-primarnu vrednost (tj. njeno normativno rangiranje je na pola puta između zakona i ustavnih normi);
2. U nekim slučajevima, Evropska konvencija može da posluži kao parametar pri ustavnom preispitivanju primarnih zakona s obzirom da konflikt između ovih zakona i Evropske konvencije može da ima za posledicu indirektno kršenje Ustava;
3. Navedeno pod br. 2 ne podrazumeva da Evropska konvencija ima ustavnu vrednost. Naprotiv, Evropska konvencija mora da bude u saglasnosti sa Ustavom;
4. Ustavno „favorizovanje“ Evropske konvencije podrazumeva obavezu da se domaće pravo tumači u svetlu normi Evropske konvencije.

U **Poljskoj**, 1995. godine, Vrhovni sud je zauzeo stav da od trenutka ratifikacije Evropske konvencije, sudovi treba da se oslanjaju na praksu Evropskog suda za ljudska prava u svojim interpretacijama poljskog prava kada tumače domaće pravne odredbe.

Međutim, iako je Ustavni sud Poljske iznova i iznova navodio da domaći sudovi mogu direktno da primenjuju Evropsku konvenciju, Konvencija se ne koristi na ovaj način u većini poljskih sudova. I zaista se čini da ne postoji praksa da se određene domaće odredbe ne primene zbog toga što su u suprotnosti sa Evropsk konvencij-a ili presudama ESLJP-a.

Iako postoji opšta saglasnost da domaće odredbe treba tumačiti u skladu sa Evropskom konvencijom, domaći sudovi imaju tendenciju da odredbe tumače na način koji ne stvara otvoreni konflikt između Evropske konvencije i domaćeg prava, ali ne više od toga.

Kao zaključak proizilazi da tehnika doslednog tumačenja sledi nekoliko različitih putanja (ustavnu, zakonodavnu i sudsku). Ovo međutim ne znači da je konvergencija savršena: na primer, nije uvek jasno da li dužnost da se domaće pravo tumači u svetlu Evropske konvencije uk-

ljučuje i obavezu/ potrebu da se uzme u obzir praksa Evropskog suda za ljudska prava.

U tom smislu, postoje različiti odgovori:

- ▶ Formalno, navedeni ustavi ne sadrže odgovor na ovo pitanje;
- ▶ Akt o ljudskim pravima Ujedinjenog Kraljevstva (odeljak 2) izričito predviđa: *'[S]ud ili tribunal koji odlučuju o pitanju nastalom u vezi sa pravima iz Konvencije mora da uzme u obzir presudu, odluku, deklaraciju ili savetodavno mišljenje Evropskog suda za ljudska prava'*.
- ▶ U nekim državama članicama, Ustavni sud je taj koji daje instrukcije u tom smislu.

Može se videti da ustavne odredbe koje propisuju dužnost doslednog tumačenja ne prave razliku između Evropske konvencije i drugih međunarodnih ugovora o ljudskim pravima, dok kada je doktrina zasnovana na zakonskim odredbama i sudskim odlukama Evropska konvencija uživa *ad hoc* tretman.

Osvrt na druge jurisdikcije:

U baltičkim zemljama, Evropska konvencija se smatra izvorom inspiracije za konstruisanje domaćeg (uključujući ustavno) prava i na nju su se pozivali ustavni sudovi ovih zemalja čak i pre pristupanja Evropskoj konvenciji:

- U Litvaniji i Letoniji, ustavni sudovi su se izričito složili da budu obavezani praksom Evropskog suda za ljudska prava čak i kada tumače svoj sopstveni Ustav;
- Ustavni sud Belgije koristi tehniku doslednog tumačenja, uzimajući u obzir praksu Evropskog suda i čak pokazujući spremnost da revidira svoju prethodnu sudsku praksu ukoliko za tim ima potrebe;
- **Vrhovni sudovi nordijskih zemalja** su priznali posebnu ulogu pravu Evropske konvencije. Oni su dodelili ovom režimu jednu vrstu interpretativnog prioriteta i koriste dosledno tumačenje i indirektno efekte doktrina da izbegnu ustavne konflikte između domaćeg i nadnacionalnog prava.

B. Neprimenjivanje domaćeg prava od strane sudova

I ovde postoje različiti razlozi ovog fenomena:

- ▶ Praksa neprimene može da se objasni na ustavnim osnovima (Francuska, Holandija);
- ▶ Takvu praksu mogu da osmisle/ razviju domaće (redovne) sudije (npr., u Italiji);
- ▶ Mogu da postoje ustavne odredbe koje ovlašćuju domaće sudije da ne koriste domaće pravo koje je u konfliktu sa međunarodnim ugovorima.

1. Praksa neprimene na ustavnim osnovama

U **Francuskoj** (gde Ustav propisuje superiornost međunarodnih ugovora), ne postoje posebne odredbe koje se odnose na ugovore o ljudskim pravima i sve odredbe u Poglavlju VI Ustava – u vezi sa stupanjem na snagu međunarodnih ugovora – su primenjive na Evropsku konvenciju.

Nadzakonodavni rang međunarodnih ugovora se pominje u članu 55 koji propisuje da su ratifikovani ugovori superiorniji u odnosu na domaće zakone. Razmatranje usaglašenosti domaćeg prava sa međunarodnim ugovorima (provera '*conventionnalité*') je povereno domaćim sudijama.

Za razliku od Francuske, mnoge Istočnoevropske zemlje su poverile ovu proveru ustavnim sudovima što je dovelo do određenog stepena konvergencije između provere ustavnosti i kontrole '*conventionnalité*' (usaglašenosti domaćih propisa sa međunarodnim ugovorima).

Sličan mehanizam – sa značajnom razlikom odsustva sudskog razmatranja zakonodavstva – je **holandski model** zasnovan na članu 91 i 93 Grondweta (Osnovni zakon).

Najjasniji signal neverovatne otvorenosti holandskog poretka ka međunarodnom pravu je član 90: '*Vlada će promovisati razvoj međunarodne vladavine prava*'.

Druga potvrda dolazi iz člana 94 Grondwet-a koji ovlašćuje domaće sudije da razmatraju *conventionnalité'* domaćeg prava tj. njegovu usaglašenost sa međunarodnim pravom iako im (sudijama) nije dozvoljeno da razmatraju ustavnost zakonom propisanih normi po članu 120 Grondwet-a.

2. *Neprimena osmišljena/ razvijena od strane domaćih sudija*

U **Italiji**, redovne sudije su počele da neprimenjuju domaće norme koje su u konfliktu sa Evropskom konvencijom.

2007. godine, Ustavni sud (*Corte Costituzionale*) je odlučio da zaustavi ovaj trend za koji je smatrao da predstavlja nedopušteni 'ustavni izuzetak' od superiornosti/nadmoći Ustava i koji narušava sistem centralizovanog ustavnog razmatranja. Ustavni sud, da bi sprečio ovu praksu a u isto vreme obezbedio nadzakonski status Evropske konvencije, pristao je po prvi put da oceni ustavnost domaćih odredbi koristeći standarde Evropske konvencije. U suštini, poslao je poruku redovnim sudijama da 'umesto neprimene, upute prethodno pitanje o ustavnosti Ustavnom sudu'!

3. *Ustavne odredbe koje ovlašćuju domaće sudije na neprimenu domaćeg prava koje je u konfliktu sa međunarodnim ugovorima*

U **Bugarskoj**, domaće sudije se smatraju prvim braniocima prvenstva Evropske konvencije nad domaćim pravom po članu 5.4 Ustava.

I redovne sudije i Ustavni sud su naizgled ovlašćeni da vrše kontrolu usaglašenosti domaćeg prava sa međunarodnim (kontrola *conventionnalité'*) ali teoretičari su primetili određeno oklevanje kod redovnih: nacionalni sudovi preferiraju da odluče da slučaj koji je u toku ne spada u polje Evropske konvencije.

U **Portugaliji**, teorijski, može da se tvrdi da članovi 204 i 8 Ustava, kombinovano, ovlašćuju sudije da ne primene domaće pravo koje je u konfliktu sa ustavnim i međunarodnim pravom ali teoretičari opisuju ovu mogućnost kao neku vrstu 'uspavanog džina' koji se nikada nije probudio.

U **Španiji**, značenje člana 96 Ustava je predmet debate – da li ova odredba ovlašćuje sudije da ne primene odredbe domaćih zakona koje su u konfliktu sa odredbama Evropske konvencije? Prema shvatanju Ustavnog suda, španske sudije mogu da ne primene domaće pravo koje je u konfliktu sa međunarodnim ugovorima, ali je moguća neprimena domaćeg prava kada je u konfliktu sa ugovorima o ljudskim pravima kao što je Evropska konvencija problematičnija, pri čemu se Ustavni sud nikad nije oglasio o ovom pitanju.

S obzirom da je Ustavni sud pokazao volju da uzme u obzir Evropsku konvenciju primenom člana 10.2 Ustava – teoretičari smatraju da redovne sudije treba da upućuju predmete Ustavnom sudu kada se pojavi konflikt pre nego da neprimene domaće pravo.

Međutim, postoje takođe države gde je neprimenjivanje domaćeg prava zabranjeno.

U **Ujedinjenom Kraljevstvu**, u slučaju konflikta između primarnog zakonodavstva i Konvencije, sudije mogu samo da donesu 'deklaraciju o nekompatibilnosti' koja ne utiče na validnost i efikasnost domaće norme. Nakon takve deklaracije, 'ukoliko član Kabineta (Minister of the Crown) smatra da postoje ubedljivi razlozi za postupanje... može da naloži takve izmene i dopune zakonodavstva koje smatra neophodnim da bi otklonio nekompatibilnost (Akt o ljudskim pravima, odeljak 10).

Bez obzira na to da li je neprimenjivanje domaćeg prava eksplicite dozvoljeno ili se samo primenjuje u praksi kako bi se obezbedila implementacija odredbi Evropske konvencije, Konvenciji je očigledno u svim državama obezbeđena barem neka vrsta 'direktnog efekta/ dejstva'.

C. Ograničenje prvenstva: doktrina kontra-ograničenja

Kontra-ograničenja treba shvatiti kao fundamentalne domaće principe koje su istakli ustavni sudovi – kao neprobojne barijere – protiv infiltracije prava Evropske konvencije. Kontra-ograničenja se smatraju protivtegom *evropskoj snazi*.

Najviše govori primer naredbe Saveznog ustavnog suda Nemačke (BvG) br. 1481/04 gde su **nemačke sudije** donele odluku da, u slučaju nerešivih konflikata između Evropsk konvencij-a i domaćeg prava, domaće pravo treba da prevlada.

Prvi put u svojoj istoriji, BvG je naveo koje stvari su nedostupne prvenstvu Evropsk konvencij-a: porodično pravo, imigraciono pravo, i pravo o zaštiti ličnosti.

BvG je istakao pojedinosti postupaka pred ESLJP-om koje mogu dovesti do drugačijeg ishoda u balansiranju između vrednosti.

Čak i u pravnim poretcima kojima nedostaje pravi/ potpuni tekst ustava, kao što je to slučaj sa **Ujedinjenim Kraljevstvom**, sudije su ograničile otvorenost ka Konvenciji.

Simbolično, u predmetu *Gradsko Veće Mančestera protiv Pinnocka [2010] UKSC 45*, Vrhovni sud je izjavio:

Ovaj sud nije u obavezi da sledi svaku odluku Evropskog suda za ljudska prava. Ne samo da bi bilo nepraktično tako postupati: nekada bi bilo i neprikladno jer bi sprečilo Sud da se upusti u konstruktivni dijalog. . . koji je od izuzetnog značaja za razvoj prava Konvencije. Naravno, mi uglavnom treba da pratimo jasnu i konstantnu liniju odluka. . . Ali mi u stvari nismo u obavezi da uradimo tako ili (barem u teoriji) da sledimo odluku Velikog Veća. . . Gde, međutim, postoji jasna i konstantna linija odluka čiji efekat nije u neskladu sa nekim osnovnim, suštinskim ili proceduralnim aspektima našeg prava, i čije obrazloženje ne izgleda da previđa ili pogrešno razume neke argumente ili principijelna pitanja, mi smatramo da bi bilo pogrešno za ovaj Sud da ne prati tu liniju (odluka – prim. prir.).

Od tada je Vrhovni sud čini se, prihvatio još fleksibilniji pristup (vidi, posebno R (Kaiyam protiv Državnog sekretara za pravdu [2015] 2 WLR 76): osim ukoliko odluka Velikog Veća diktira određeni rezultat,

domaći sudovi imaju slobodu da zauzmu drugačije gledište; i gde sudska praksa Strazbura nije relevantna, domaći sudovi imaju slobodu da idu dalje od Strazbura.

U **Austriji**, u kojoj Evropska konvencija uživa ustavni status, „blagonaklonost“ ka Konvenciji ne može da opravda kršenje Ustava.

U *predmetu Miltner*, Ustavni sud Austrije je istakao mogućnost odstupanja od prakse Evropskog suda za ljudska prava ukoliko bi pri državanje moglo da predstavlja kršenje Ustava.

Ustavni sud Italije je došao do sličnog zaključka 2007. godine (odluke 348 i 349) objasnivši da Evropska konvencija ima privilegovan položaj ali ne uživa ‘ustavni imunitet’; naprotiv, mora da se povinuje svim ustavnim normama.

Italijanske sudije su izjednačile Evropsku konvenciju sa bilo kojim drugim izvorom međunarodnog prava i utvrdile shodno tome da je „ustavna tolerancija“ italijanskog sistema prema Evropskoj konvenciji niža nego prema pravu EU. Italijanski sud je stroži u pogledu Konvencije, zahtevajući njenu saglasnost sa svakom ustavnom normom:

potreba za testom ustavnosti normi Konvencije isključuje mogućnost imanja ograničenog seta osnovnih prava koja mogu da posluže kao kontra-ograničenje, uistinu, svaka norma Ustava mora biti ispoštovana od strane osporene međunarodne norme’.

Dalji korak je preduzet 2015. godine sa presudom br. 49, od 26. marta, kada je Ustavni sud uveo kriterijum „konsolidovanog prava“ kako bi ograničio efekte presuda Evropskog suda za ljudska prava u italijanskom pravnom sistemu,

Po Ustavnom sudu:

- Italijanski sudovi biće u obavezi da primene odredbe koje je Strazbur identifikovao u slučajevima koji se odnose na „konsolidovano pravo“ ili „pilot presude“ korigujući svoje kriterijume za procenu kako bi razrešili svaku nesaglasnost sa domaćim

pravom, primarno koristeći „ma koji dostupan instrument tumačenja“ ili, ukoliko ovo nije moguće, otvarajući preliminarno pitanje ustavnosti.

- U slučaju da redovni sud preispituje saglasnost odredbe Evropske konvencije sa Ustavom, podrazumeva se da će u slučaju odsustva bilo kakvog „konsolidovanog prava“, ova sumnja sama po sebi biti dovoljna da isključi tu odredbu iz potencijalnog sadržaja koji putem tumačenja može biti pripisan odredbi Konvencije, na taj način izbegavši potrebu da otvori pitanje ustavnosti tumačeći odredbu na način saglasan sa Ustavom.

U **Mađarskoj**, Ustavni sud je 2013. godine zauzeo stav da presude Evropskog suda poseduju samo deklarativnu moć, ali da one treba da pomognu sudovima u tumačenju osnovnih prava.

„Presuda Evropskog suda za ljudska prava je deklarativna, tj. ona ne znači direktnu transformaciju pravnih pitanja ali praksa Evropskog suda može da pomogne u tumačenju ustavnih prava – garantovanih Osnovnim zakonom i međunarodnim konvencijama – i definiciji njihovog sadržaja i polja primene... Poštovanje Konvencije i prakse Evropskog suda ne može voditi ograničenju zaštite osnovnih prava garantovanih Osnovnim zakonom niti određivanju nižeg stepena zaštite.

Praksa Strazbura i Konvencija definišu minimalni nivo zaštite osnovnih prava koje sve države ugovornice treba da obezbede ali domaće pravo može da ustanovi drugačiji, viši nivo zahteva zaštite da bi promovisalo ljudska prava.“

Doktrine kontra-ograničenja mogu, međutim da dovedu do situacija koje su nekompatibilne sa obavezama država po međunarodnom pravu.

U presudi od 19. aprila 2016. godine, **Ustavni sud Rusije** je po prvi put zauzeo stav da odluka Evropskog suda za ljudska prava ne može biti sprovedena u Rusiji jer bi mere koje treba preduzeti u cilju izvršenja presude bile u suprotnosti sa Ustavom Rusije.

Ovoj odluci prethodile su odluka Ustavnog suda od 14. jula 2015. godine i savezni zakon usvojen u decembru 2015. godine, kojim se

Ustavnom sudu dozvoljava da odluči da li odluka međunarodnog tribunala/ suda može ili ne može da se primeni u Rusiji.

Procedure koja će sada inicirati razmatranje ustavnosti odredbi Evropske konvencije ili izvršenja presuda Evropskog suda za ljudska prava:

- U slučaju predstavke podnete od strane domaćeg suda, koja se odnosi na ispitivanje ustavnosti domaćeg prava u slučajevima u kojima je Evropski sud za ljudska prava našao da je ovo pravo u suprotnosti sa Evropskom konvencijom;
- U slučaju sumnje u pogledu ustavnosti sa posebnom referencom na izvršenje presude Evropskog suda za ljudska prava u unutrašnjem pravnom sistemu.

U svakom slučaju, Ustavni sud je jasno stavio do znanja da Ustav Rusije ima prioritet, vodeći ka tome da odluka Evropskog suda za ljudska prava koja je u suprotnosti sa Ustavom Rusije ne može biti izvršena u Rusiji.

Međutim, ova novousvojena procedura stvara два озбилна проблема:

- Dozvoljava direktno razmatranje ustavnosti odluka Evropskog suda za ljudska prava i dovodi do odluka o izvodljivosti izvršenja odluke Evropskog suda za ljudska prava u Rusiji;
- Ustavni sud Rusije je ovlašćen da donosi odluke o saglasnosti odluke Evropskog suda za ljudska prava i Ustava Rusije. Odluka obavezuje sve druge ruske sudove kao i javne vlasti i zabranjuje primenu dotične presude ESLJP-a.

Međutim, kao što je istakla Evropska Komisija za demokratiju putem prava (Venecijska Konvencija) u svom privremenom (interim) mišljenju iz marta 2016. godine:

„(...) koji god model odnosa domaćeg i međunarodnog sistema se bira, država je u obavezi po članu 26 Bečke konvencije o ugovornom pravu da poštuje ratifikovane međunarodne ugovore i shodno članu 27 Bečke konvencije ne može se pozvati na odredbe svog unutrašnjeg prava kao opravdanje za neprimenjivanje ugovora, uključujući i Evropsku konvenciju.

Izvršenje međunarodnih obaveza koje proizilaze iz ugovora na snazi za određenu državu je obavezujuće za državu u celini, tj. za sve državne organe, uključujući Ustavni sud; samim tim, dužnost je svih državnih organa da nađu adekvatna rešenja za pomirenje spornih odredbi ugovora sa Ustavom (na primer kroz tumačenje ili čak modifikaciju Ustava).

Umesto toga, Ustavni sud Rusije je dobio ovlašćenje da proglašuje međunarodnu odluku za „neizvršivu“ što sprečava izvršenje takve odluke na ma koji način u Ruskoj Federaciji. To nije u skladu sa obavezama Ruske Federacije po međunarodnom pravu“.

Zaključak:

Upoređujući trenutni scenario sa 1970-tim – 1980-tim, postaje odmah jasno da danas problem prioriteta Evropske konvencije i (njen) direktan efekat ne zavise samo od toga šta je napisano u ustavima, to je nešto što previlazi ovire kontrole nacionalnih ustava.

Možemo da zapazimo sudske prakse koje se sastoje od:

- „Favorizovanja“ prava Evropske konvencije, nezavisno od toga šta ustavi propisuju u pogledu statusa Evropske konvencije u hijerarhiji domaćih pravnih izvora.

Na primer, u **Francuskoj, Holandiji** i u **nordijskim zemljama**, praksa konzistentnog tumačenja se naširoko koristi u pogledu prava Evropske konvencije kako bi se rešila suprotstavljenost domaćeg prava i prava Evropske konvencije.

- Upotrebe neprimene da bi se rešili konflikti između domaćih normi i normi Evropske konvencije.

Što se ovoga tiče, **italijanski** slučaj je simptomatičan. Neprimena domaćeg prava je takođe dozvoljena u drugim jurisdikcijama (Rumunija, Portugalija, Španija) ali su domaće sudije, iz različitih razloga, uzdržavale od primene ove prakse.

U svakom slučaju, čak i u ovim državama, fer je podvući da Evropska konvencija, očigledno, u najmanju ruku, ima neposredan efekat i primat u odnosu na domaće pravo.

- Ograničavanja primata Evropske konvencije s obzirom na pojavu doktrina kontra-ograničenja u odnosu na Evropsku konvenciju. Takve doktrine mogu, međutim da dovedu do situacija koje su nekompatibilne sa obavezama država po međunarodnom pravu.

Sprovođenje Evropske konvencije o ljudskim pravima i sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava u italijanskoj sudskoj praksi

Alessia-Ottavia Cozzi,

Ustavno parvo, Odsek za pravo, tumačenje i prevod
Univerzitet u Trstu

Prvo poglavlje:	
Status Evropske konvencije o ljudskim pravima u Italiji	32
I.1. Pravni status Evropske konvencije pre 2001.....	32
I.2. Ustavna reforma iz 2001. godine i presude „blizanci“ Ustavnog suda Italije iz 2007.	37
I.3. Skorašnja ustavna sudska praksa: merilo „velike ekspanzije osnovnih prava“	40
Drugo poglavlje:	
Pozivanje nacionalnih sudova na sudska praksu Evropskog suda za ljudska prava	43
Treće poglavlje	
Zaključci i preporuke	46

Prvo poglavlje: Status Evropske konvencije o ljudskim pravima u Italiji

Italija ima dualistički pravni poredak. U ovom poglavlju analiziraćemo formalni položaj Evropske konvencije u hijerarhiji pravnih normi u Italiji. Poglavlje je podjeljeno na tri dela: prvi deo je posvećen statusu Evropske konvencije pre 2001. godine; drugi deo se bavi statusom Evropske konvencije nakon 2001. godine i dvema presudama Ustavnog suda iz 2007. godine koje su prekretnica; treći deo se tiče skorašnje sudske prakse Ustavnog suda.

1.1. Pravni status Evropske konvencije pre 2001.

Republika Italija je potpisala Evropsku konvenciju o ljudskim pravima (Evropska konvencija) 4. novembra 1950. godine, dok je Prvi protokol potpisan 20. marta 1952. Oba su bila ratifikovana 26. oktobra 1955. Naknadno je italijanski zakon br. 848 od 4. avgusta 1955 inkorporirao Evropsku konvenciju u italijanski pravni poredak, obezbeđujući ovlašćenje za ratifikaciju i nalog za sprovođenje/primenu. Član 2 tog zakona je naredio unošenje Konvencije u domaće pravo. U stvari, shodno ustavnim zakonu Italije, kada je jednom ratifikovan i prihvaćen od strane zakonodavnog tela, međunarodni ugovor postaje integralni deo domaćeg prava. Italija je prihvatila nadležnost organa iz Strazbura o primanju pojedinačnih predstavi 1973. godine.

Italijanski ustav ne pominje direktno Konvenciju, niti sadrži posebne odredbe o međunarodnim ugovorima o ljudskim pravima¹. Sve do 2001. godine, bilo koja hitna odredba je regulisala problem sprovođenja ili hijerarhijskog položaja međunarodnih ugovora u domaćem pravu. Neki opšti članovi uzimaju u obzir odnos između italijanskog pravnog poretka i međunarodnog prava. Ti članovi imaju namenu da izraze

1 Vidi opšti pregled o *statusu* Evropske konvencije u italijanskom pravnom poretku u „La Cedu e l'ordinamento italiano“ od D. Tega, u „I diritti in azione“ od M. Cartabia (a cura di), Il Mulino, Bolonja, 2007, 67–91; A. Caligiuri, N. Napoletano, „The application of the ECHR in the Domestic Systems“, u italijanskom godišnjaku o međunarodnom pravu, 2010, 125–159. O zaštiti osnovnih prava u evropskoj dimenziji, gde se spominje i italijansko gledište, M. Cartabia, „L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea“, u M. Cartabia (a cura di), „I diritti in azione“, Il Mulino, Bolonja, 2007, 13–66.

opšte načelo otvorenosti Republike Italije ka međunarodnom pravnom poretku. Član 10, stav 1. italijanskog Ustava glasi: „Italijanski zakoni su povinovani opšte priznatim normama međunarodnog prava“, dok član 11 italijanskog Ustava glasi: „Italija odbacuje rat kao instrument agresije protiv sloboda drugih naroda i kao sredstvo rešavanja međunarodnih sporova; slaže se pod uslovima jednakosti sa drugim državama, sa ograničenjima suverenosti potrebne da bi se stvorio red koji obezbeđuje mir i pravdu među narodima; promovise i podstiče međunarodne organizacije koje imaju takve ciljeve“. Član 11 je napisan da bi omogućio učešće Italije u Ujedinjenim Nacijama.

Po ovim osnovama, pravni stručnjaci su pokušali da pronađu ustavno „sidro“ za Evropsku konvenciju i predloženo je nekoliko mogućnosti. Po nekim stručnjacima, potencijalna osnova pronađena je u članu 10, stav 1 pošto Evropska konvencija uključuje opšta pravila koja se mogu smatrati kao deo „opšte prihvaćenih normi međunarodnog prava“. Po nekim drugim stručnjacima, Evropska konvencija bi mogla uživati zaštitu člana 11. Ograničenje suvereniteta koje je potrebno da se osigura mir i pravda među nacijama koje se pominje u ovom članu se može proširiti na sistem zaštite ljudskih prava Saveta Evrope. Osim toga, neki autori se pozivaju na član 2 italijanskog Ustava koji štiti „nepovrediva prava“.

Sve ove teorije imaju za cilj da opravdaju viši položaj Konvencije u hijerarhiji normi. Međutim, Ustavni sud Italije ih je sve odbacio. S jedne strane, Sud je potvrdio da se član 10, stav 1 ne odnosi na međunarodne konvencije. Član 10, stav 1 se ograničava na automatsku inkorporaciju opštih načela međunarodnog prava i običajnog prava. S druge strane, shodno članu 11, nijedan međunarodni ugovor ne može zahtevati bilo kakvo ograničavanje suvereniteta. U stvari, Ustavni sud Italije upućuje na član 11 da bi opravdao članstvo Italije u EEZ-u i primat EU prava od svoje odluke br. 183/1973. Značenje člana 11 je prošireno kako bi omogućilo ograničavanje suvereniteta u odnosu na proces evropske integracije. Međutim, sud je uvek odbacivao primenu istog mehanizma na Evropsku konvenciju².

2 Različite teorije koje imaju za cilj priznavanje ustavnog *statusa* Evropske konvencije uprkos njenoj inkorporaciji u redovno/osnovno pravo su do detalja opisane u G. Martinico, O. Pollicino, „Report on Italy“, u G. MARTINICO, O. POLLICINO (eds.), „The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Law. A Comparative Constitutional Perspective“, Europa Law Publishing, Groningen, 2010, 271–299, 282–283; D. TEGA, „The Constitutional Background of the 2007 Revolution. The

Stoga, do 2001. godine, sa formalne tačke gledišta, usled ratifikacije i naloga o primeni, Evropska konvencija je dobila snagu redovnog zakona. Iz tog razloga, moglo se postaviti pitanje vezano za primenu načela *lex posterior*. U suštini, ove međunarodne norme, inkorporirane italijanskim zakonom br. 848/1955 mogle su biti proglašene nevažećim kasnijim domaćim normama, npr. kasnija odredba bi mogla da poništi prethodnu odredbu³. Uistinu, *lex posterior* pravilo nije primenjeno na Evropsku konvenciju. Dugi niz godina italijanski sudovi nisu često upućivali na Evropsku konvenciju. Objašnjenje ovakvog ponašanja je pronađeno u činjenici da se odredbe Evropske konvencije u velikoj meri preklapaju sa pravima koja su već zaštićena italijanskim Ustavom. Štaviše, ponekad je primena Evropske konvencije kao izvora autonomnog prava bila odbijena zbog nejasne i neodređene prirode njenih normi. Ovaj argument je upućivao na takozvani „ne-samoizvršni“ (non-self-executing) karakter konvencijskih normi i ticao se njihovog nepotpunog sadržaja⁴. Samim tim, pravosuđe je u suštini imalo tendenciju da koristi Konvenciju kao dodatnu pomoć prilikom tumačenja domaćeg prava.

Jurisprudence of the Constitutional Court”, in G. REPETTO (ed.), „The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective”, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013, 25–36, 26–27.

- 3 Za opštu analizu primene principa *lex posteriori* na međunarodne norme kada domaći pravni sistem ne daje prioritet normama međunarodnih ugovora. B. CONFORTI, „National Courts and the International Law of Human Rights”, in B. CONFORTI, F. FRANCIANI (eds.), „Enforcing Human Rights in Domestic Courts”, Martinus Nijhoff Publisher, The Hague-Boston-London, 1997, 3–14, 11. Kada formalna superiornost nije sankcionisana, nedoslednost između pravila međunarodnog ugovora i potonjeg domaćeg pravila se često rešava putem tumačenja da bi se povećao broj slučajeva nadmoći međunarodnih odredbi čak i ako su vremenski ranije usvojene. Autor opisuje različite kriterijume za obezbeđivanje nadmoći prethodnih međunarodnih normi. Najčešće merilo je pretpostavka usaglašenosti domaćeg i međunarodnog prava. Drugo merilo smatra Konvenciju specijalnim zakonom, te stoga primenjuje načelo *lex posterior generalis non derogat priori specialis*. Ovo merilo su primenili italijanski sudovi za odnose između konvencija o uniformnosti prava ili o sudskoj saradnji i domaćih italijanskih odredbi na polju privatnog i procesnog prava. Isto merilo je primenio Ustavni sud Italije u pogledu Evropske konvencije samo jednom, u odluci br. 10/1993, koja glasi da zakon br. 848/1955 o ratifikaciji i izvršenju Konvencije ima „atipičnu nadležnost“. Merilo je bazirano na posebnom karakteru pitanja regulisanih (ovim) međunarodnim ugovorom. Još jedno merilo – ne tako često u italijanskoj praksi – smatra da potonje pravo preovlađuje samo ako postoji „jasna indikacija“ namere zakonodavca da odstupi od ugovora.
- 4 Predmeti u kojima se sud, da ne bi primenio norme iz konvencija, fokusira na njihovu nejasnu i neodređenu prirodu su kritički razmotreni od strane, B. CONFORTI, „National Courts and the International Law of Human Rights”, gore.

Postepeno su odluke koje upućuju na odredbe Konvencije postale brojnije i učestalije, naročito u krivičnim predmetima⁵. Vrhovni sud (*Corte di Cassazione*) je odbacio stav da Evropska konvencija može posedovati ustavni rang zato što je inkorporirana kao redovni zakon. Međutim, sam Vrhovni sud je koristio Evropsku konvenciju da potvrdi i utvrdi neka ustavna prava. Na isti način, Ustavni sud Italije upućuje na Konvenciju radi potvrde značenja prava koja su direktno zaštićena Ustavom Italije. Evropska konvencija je samim tim intepretativni instrument za podršku pri tumačenju domaćeg prava i njegovog usaglašavanja sa ustavnim pravima. Na kraju, Ustavni sud Italije je prihvatio, barem prećutno, da odredbe Evropske konvencije odražavaju istu kategoriju osnovnih ljudskih prava koje nalaze zaštitu u Ustavu Italije. Stoga su prava iz Konvencije u suštini unutar polja ustavnog prava⁶. Ukratko, moguće je po-

-
- 5 A. DRZEMCZEWSKI, „European Human Rights Convention in Domestic Law. A Comparative Study“, Clarendon Press, Oxford, 1983, 145–154, quoting V. GREMENTIERI, N. TROCKER, „The Protection of Human Rights in Constitutional Law: Italy, in Italian National Reports to the IXth International Congress of Comparative Law“, Tehran, 1974, 491–504. Na početku osamdesetih, autor je smatrao da je broj presuda Vrhovnog suda Italije u kojima se upućuje na Evropsku konvenciju „impresivan“ i primetio da akademsko interesovanje za Konvencijom ubrzano raste.
- 6 Vidi primer takozvanog *San Michele* slučaja, odluka br. 98/1965, „Il Foro italiano“, 1966, I, 8–14, 13 u kojem Sud upućuje na član 6 Konvencije da bi potvrdio da je pravo na pravično suđenje jedno od nepovredivih prava u čl. 2 italijanskog Ustava; odluka br. 124/1972, „Il Foro Italiano“, 1972, I, 1897–1898, potvrđuje da oslobađajuća presuda zbog nedostatka dokaza nije u suprotnosti sa članom 27 italijanskog Ustava niti sa Evropskom konvencijom; odluka br. 178/1973 „Il Foro Italiano“, 1973, 15–16, koja poništava neke članove Krivičnog zakonika Italije u suprotnosti članom 3 i 24 italijanskog Ustava koji garantuje jednakost pred zakonom i pravo na odbranu kao i člana 6, stav. 3, c) Evropske konvencije. Za druge primere vidi A. DRZEMCZEWSKI, „European Human Rights Convention in Domestic Law“, 149.

Upotreba Konvencije kao interpretativnog instrumenta je mnogo izraženija od 1990-ih. Vidi, na primer, odluku br. 388/1999, u kojoj Ustavni sud ističe da ljudska prava uživaju ustavnu garanciju bez obzira na formalni položaj njihovog izvora u hijerarhiji normi. Ovo je ishod evolucije sudske prakse Ustavnog suda Italije do 2007. godine, Za detaljniju analizu ustavne sudske prakse, D. TEGA, „The Constitutional Background of the 2007 Revolution. The Jurisprudence of the Constitutional Court“, 28–36. Autor deli ustavnu sudsku praksu pre 2007. godine u tri „faze“. Prva, između 1960. i 1993, je faza „tradicionalnog dualizma“. Između kraja osamdesetih i ranih 2000-ih se pojavio „malo moderniji dualizam“. Ustavni sud je upućivao na Konvenciju kao i na druge međunarodne ugovore o ljudskim pravima, da bi „otkrio“ nova ustavna prava putem „otvorene klauzule“ člana 2 italijanskog Ustava koji štiti „nepovrediva prava“. Treća

tvrditi, da iako je pre 2001. godine Evropska konvencija imala formalno snagu redovnog zakona da je u materijalnom/ suštinskom smislu bila ustavna norma.

Da bi se razumela evolucija Evropske konvencije u domaćem pravu, korisno je opisati neke opšte karakteristike italijanskog pravnog sistema. Prvo, italijanski sudski sistem obuhvata građanske, krivične i upravne sudove. Povreda subjektivnih prava podleže nadležnosti građanskih sudova, dok kršenje pravila od javnog interesa podleže nadležnosti upravnih sudova. Drugo, član 107, stav 3, italijanskog Ustava propisuje da se sudije razlikuju samo po svojim različitim funkcijama tako da ne postoji hijerarhijski odnos između viših i nižih sudova. Vrhovni sud (*Corte di Cassazione*) je najviši građanski i krivični sud dok je Državni savet (*Consiglio di Stato*) najviši upravni sud. U slučaju sukoba nadležnosti, Vrhovni sud (*Corte di Cassazione*) ima poslednju reč. Treće, shodno članu 134 italijanskog Ustava, Ustavni sud presuđuje u sporovima oko ustavne legitimnosti zakona i akata koji imaju snagu zakona a koje su doneli država i region. U pogledu građanskih, krivičnih ili upravnih predmeta, ustavnost zakona se može dovesti u pitanje samo tokom suđenja *incidenter tantum*. Sudija koji sudi mora da odluči da li je ustavni problem/pitanje od značaja za odluku u slučaju pred njim i da li to pitanje nije očigledno neosnovano. Stoga je nadležnost Ustavnog suda Italije ograničena na slučajeve koje im upućuju redovni sudovi. Samim tim, zaštita osnovnih prava nije osigurana sredstvima direktne pojedinačne žalbe Ustavnom sudu i osporavanju zakona na osnovu ustavnosti, već samo usputno⁷.

faza se zove „dualizam u transformaciji“, bez davanja nadzakonodavnog *statusa* međunarodnim ugovorima Ustavni sud je počeo da ispituje usaglašenost zakonodavstva sa međunarodnim obavezama.

Sve presude Ustavnog suda Italije su dostupne na www.cortecostituzionale.it; sīze na engleskom skorašnjih odluka je sada dostupan na <http://www.cortecostituzionale.it/actionJudgment.do>.

- 7 See A. DRZEMCZEWSKI, „European Human Rights Convention in Domestic Law“, citirana iznad 148–149 radi kraćeg opisa glavnih karakteristika italijanskog pravnog sistema. S druge strane, o ustavnosti zakona Ustavni sud Italije može odlučiti primenom procedure *in via principale*, koja se odnosi na razmatranje statuta ili zakonodavstva koji se odnosi na državu i regione. Za opšti pregled italijanskog ustavnog razmatranja zakonodavstva, vidi sada M. CARTABIA, „Of Bridges and Walls: The „Italian Style“ of Constitutional Adjudication“, u „Constitutional Court of the Republic of Slovenia, 25 Years“, International Conference, Bled, Slovenia, June 2016, Conference Proceedings, 69–84, i u Italian Journal of Public Law, Vol. 8, Issue n. 1/2016, 37–55.

I.2. Ustavna reforma iz 2001. godine i presude „blizanci“ Ustavnog suda Italije iz 2007.

Italijanski ustavni zakon br. 3 iz 2001. godine je uveo posebno upućivanje na međunarodne obaveze u članu 117, stav 1 italijanskog Ustava: „Zakonodavna ovlašćenja biće poverena državi i regionima u skladu sa Ustavom i ograničenjima koja potiču iz prava Evropske Unije i međunarodnih obaveza“. Posebno „sidro“ za međunarodne ugovore je po prvi put uvedeno u Ustav.

Shodno članu 117, stav 1, Ustavni sud Italije je priznao nadzakonski rang Evropske konvencije. Status Evropske konvencije je promenjen zbog dve presude koje su bile prekretnice, br. 348 i 349/2007. Da bi se razumeo *rationale* glavnog „bliznac“ slučaja iz 2007. godine, neophodno je da se sagleda pozadina. Od 1990-ih, Vrhovni sud i redovne sudije su sve više i više upućivali na sudske praksu Strazbura⁸. Desila se kulturološka promena jer su advokati unapredili svoje znanje o mehanizmima Strazbura. Nevladine organizacije su doprinele širenju načela iz sudske prakse Strazbura tražeći njihovu primenu u domaćim suđenjima. Sudije su počele direktno da konsultuju odluke Strazbura da bi definisali i tumačili primenjivo pravo. Ranih 2000-ih, neki sudovi su počeli da primenjuju Evropsku konvenciju na isti način kao što su primenjivali EU pravo. Od vodećeg slučaja *Granital* br. 170/1984, Ustavni sud Italije tvrdi da prioret mora da se da EU pravu u slučaju konflikta sa domaćim pravom i da taj konflikt moraju da reše redovni sudovi. Stoga, svaki sudija treba da primenjuje EU pravo, ukoliko ono ima direktni efekat i da odluči o neprimenjivanju domaćih normi. Neki sudovi smatraju da je isto rešenje upotrebljivo i za Evropsku konvenciju. Oni su rešavali sporove tako što su direktno primenjivali Evropsku konvenciju i odlučili o neprimenjivosti relevantnih internih pravila⁹. Presude „blizanci“ Ustavnog

8 Naročito Vrhovni sud u krivičnim predmetima, upućujući na proceduralne garancije na pravično suđenje shodno članu 6 Evropske konvencije; vidi G. REPETTO (ed.), „The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective“, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013, 37–53, 38 i vodeći slučajevi Vrhovnog suda br. 2194/1993; br. 6672/1998 i br. 28507/2005. Autor citira, za dalje upućivanje o ovom trendu, E. CANNIZZARO, „The Effect of the ECHR on the Italian Legal Order: Direct Effect and Supremacy“, XIX Italian Yearbook of International Law, 2009, 173, 175–177.

9 Ovaj pristup je bio „iznenađujući, ako ne i revolucionaran“ i „smeo“ za G. F. FERRARI, „National Judges and Supranational Law. On the Effective Application of EU Law and ECHR“, u G. MARTINICO, O. POLICINO (eds.), „The National Judicial

suda iz 2007. godine, nisu prihvatile ovaj novi sudski pristup koji se pojavio u praksi redovnih sudova i ponovile su da se sudsko preispitivanje zakonodavstva nalazi u isključivoj nadležnosti Ustavnog suda. U isto vreme, Ustavni sud je prihvatio da da Konvenciji viši rang i uspostavi mehanizam koji dopušta poništavanje zakona koji nisu u skladu sa samom Konvencijom.

Odluke br. 348 i 349/2007 tvrde da Evropska konvencija ima „među“ rang (*norma interposta*) između zakona i Ustava, tako da je zakon koji je u suprotnosti sa Konvencijom indirektno u suprotnosti sa članom 117, stav 1 italijanskog Ustava i mora biti poništen¹⁰. Dalje, Ustavni sud je zauzeo stav da svaki sudija kada primenjuje domaće normu koja izgleda kao da nije u skladu sa Evropskom konvencijom, treba prvo da proba da protumači italijansku normu u skladu sa Evropskom konvencijom. Ukoliko tumačenje „u skladu“ nije moguće, onda sudija mora da uputi predmet Ustavnom sudu na osnovu člana 117, stav 1. Radeći to, sudija mora da pokaže osnov na osnovu koga domaće pravo nije u skladu sa Evropskom konvencijom. Nakon što mu je predmet upućen, Ustavni sud pristupa dvostepenom procesu razmatranja. Prvo, Ustavni sud proverava da li je odredba Evropske konvencije, kako je tumači sud u Strazburu, u skladu sa Ustavom Italije. Drugo, Sud upoređuje domaću normu sa Konvencijom kako je tumači Evropski sud. Prvi korak zahteva da inkorporacija Evropske konvencije bude ograničena ustavnim normama. Samim tim, Ustavni sud Italije može napraviti barijeru ulasku konvencijskih normi (u italijansko pravo) kad god su one u koliziji sa ustavnim normama.

Druga dva načela su takođe relevantna i moraju se uzeti u obzir. Prvo, Ustavni sud Italije je potvrdio različit status Evropske konvencije i EU prava. Da odredbe Evropske konvencije imaju istu pravnu prirodu kao pravo EU, one bi imale primat nad domaćim pravom bez intervencije radi usaglašavanja od strane Ustavnog suda. Po mišljenju Ustavnog suda, član 11 italijanskog Ustava ne primenjuje se na Evropsku konvenciju jer sistem Saveta Evrope za zaštitu ljudskih prava nije uspo-

Treatment of the ECHR and EU Law. A Comparative Constitutional Perspective“, Europa Law Publishing, Groningen, 2010, 25.

10 Odluke br. 348 i 349 koje se tiču eksproprijacije i prava vlasnika na razumnu nadoknadu u odnosu na tržišnu vrednost zemljišta koje je bilo predmet eksproprijacije. Evropski sud je u nekoliko prilika sankcionisao italijanske propise o tom pitanju na osnovu član 1, Protokola br. 1 Evropske konvencije. Vidi Evropski sud, *Scordino v. Italije*, 29. maj, 2006.

stavio „nadmacionalni pravni poredak“ kao što su to uradili EEZ i EU nakon toga.

Drugo, Ustavni sud Italije je podvukao značaj sudske prakse Suda u Strazburu, čime je priznao istaknutu ulogu Evropskog suda kao tumača Konvencije. Ustavni sud dakle smatra da je Konvencija „živi instrument“ koji treba da se primeni u skladu sa sudskom praksom Strazbura¹¹. Ustavni sud ne pravi razliku između odluka Strazbura protiv Italije vezanih za suprotnost određenog, domaćeg, italijanskog propisa o kome je reč shodno članu 46 Evropske konvencije, i sudske prakse Strazbura uopšte, uključujući odluke koje su donete u različitim kontekstima protiv drugih država¹².

Posmatrajući odnos između Evropske konvencije i italijanskog pravnog poretka, može se reći da presude „blizanci“ na neki način potvrđuju italijanski dualistički model, praveći razliku između prava EU i Evropske konvencije i sprečavajući neprimenjivanje domaćeg zakona od strane redovnih sudova u slučaju nesklada sa Evropskom konvencijom. Međutim, presude „blizanci“ priznaju implicitnu integraciju Evropske konvencije u domaće pravo, čvrsto zahtevajući od italijanskih sudova da tumače domaće pravo u skladu sa sudskom praksom Strazbura i da uzimaju u obzir da Konvencija živi kroz sudsku praksu Evropskog suda.

Ishodi presuda „blizanaca“ mogu da se sumiraju na sledeći način: Evropska konvencija poseduje hijerarhijski status koji je superioran u odnosu na reedovno/osnovno pravo i stekla je prevladavajući/dominantni položaj u domaćem pravnom poretku; konflikt između domaćeg prava i Konvencije je oblikovan kao ustavni konflikt koji se iznosi pred Ustavni

11 O odlukama br. 348 i 349 vidi G. REPETTO, „Rethinking a Constitutional Role for the ECHR. The Dilemmas of Incorporation into Italian Domestic Law“, 39–41; O. POLLICINO, „Constitutional Court at the cross road between parochialism and co-operative constitutionalism“, u *European Constitutional Law Review* (4) (2008), 363 ss.; F. BIONDI DAL MONTE, F. FONTANELLI, „The Decision No. 348 and 349/2007 of the Italian Constitutional Court: The Efficacy of the European Convention on the Italian Legal System“, u *German Law Journal*, Vol. 09, No. 07, 2008, 889–932.

12 Ova tačka je naglašena od strane, A. GUAZZAROTTI, „Strasbourg Jurisprudence as an Input for „Cultural Evolution“ in Italian Judicial Practise“, in G. REPETTO (ed.), „The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective“, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013, 55–68, 63.

sud; domaće sudije su u obavezi da tumače domaće pravo u skladu sa tumačenjem koje je pružio sud u Strazburu.

1.3. Skorašnja ustavna sudska praksa: merilo „velike ekspanzije osnovnih prava“

Potonja praksa Ustavnog suda je potvrdila načela sadržana u presudama „blizancima“. Međutim, one su na neki način preoblikovane. U odluci broj 311/2009, Ustavni sud je priznao da neka od prava garantovanih Konvencijom, npr. pravo na život iz člana 2 Evropske konvencije i zabrana mučenja iz člana 3 Evropske konvencije, oličavaju međunarodno običajno pravo, dakle da sudije mogu direktno da ih primene na osnovu člana 10, stav 1. italijanskog Ustava.

U odluci br. 317/2009, Ustavni sud je razjasnio merilo „velike ekspanzije osnovnih prava“. Sud je istakao da je „očigledno da ovaj Sud ne samo da ne može da dopusti da primena člana 117(1) Ustava dovede do nižeg stepena zaštite u poređenju sa onim koji već postoji u unutrašnjem pravu, nego ne može da prihvati ni da viši nivo zaštite koji je moguće uvesti putem istog mehanizma bude uskraćen imaočima fundamentalnih prava. Posledica ovog obrazloženja je da poređenje zaštite koju pruža Konvencija i ustavne zaštite osnovnih prava treba da se izvrši na način koji će doprineti ostvarenju najveće ekspanzije garancija, uključujući razvoj potencijala sadržanog u ustavnim normama koje se odnose na ista prava“. Ustav i Evropska konvencija su tako povezani da bi ostvarili najveću ekspanziju osnovnih prava sadržanih/ zajedničkih za oba kataloga prava. Ako postoji različit nivo zaštite između ustavnih i normi iz Konvencije, prednost se mora dati pravilu koje u većoj meri štiti individualna prava u pitanju¹³. Prema tome, konačno merilo se ne poziva na formalni rang normi (ustavnih normi i nadzakonodavnih normi kao što je Evropska konvencija), nego na stvarni stepen zaštite.

U istoj odluci, br. 317 iz 2009. godine, Ustavni sud Italije je takođe potvrdio: „Kao što je već razjašnjeno u presudama br. 348 i 349 iz 2009. godine, koncept što veće ekspanzije zaštite mora uključiti uslov odmeravanja prava u odnosu na druge ustavno zaštićene interese tj. u

13 G. REPETTO, „Rethinking a Constitutional Role for the ECHR. The Dilemmas of Incorporation into Italian Domestic Law“, 47.

odnosu na druge ustavne odredbe koje zauzvrat garantuju osnovna prava na koja može uticati ekspanzija individualne zaštite. Ovo balansiranje primarno mora izvršiti zakonodavac, ali je takođe pitanje za ovaj Sud (Ustavni – prim. prir.) kada tumači ustavno pravo [...]. Ukupan rezultat dopune garancija iz domaćeg prava mora biti pozitivan u smislu da uticaj pojedinačnih odredbi Evropske konvencije na italijansko pravo mora rezultirati u povećanju zaštite za čitav sistem fundamentalnih prava¹⁴. Konačno, od samog Ustavnog suda se traži da uspostavi pravičnu ravnotežu između prava i opštih interesa koji su u pitanju.

Sledeća odluka, br. 80/2011 potvrđuje da se revizija zakonodavstva na osnovu procene ustavnosti nalazi u isključivoj nadležnosti Ustavnog suda. Sud jasno ponovo potvrđuje da se mehanizam uspostavljen presudama „blizancima“ ne menja kao rezultat stupanja na snagu Lisabonskog ugovora. Ponovo se javila dilema da li Evropska konvencija može da ima isti položaj i snagu kao EU pravo zbog člana 6 Lisabonskog ugovora¹⁵. Ustavni sud je ponovio da je član 11 italijanskog Ustava ograničen na EU pravo i ne odnosi se na Evropsku konvenciju.

Do dana današnjeg, Ustavni sud Italije nikad nije proglasio nesaglasnost ustavnih normi i normi Konvencije. U presudama „blizancima“, Sud je naglasio nužnost postupanja u skladu sa sudskom praksom Strazbura, potvrđujući da se tačno značenje Evropske konvencije može ustanoviti samo na osnovu toga kako ga je protumačio Evropski sud. U narednim presudama Ustavni sud je počeo da koristi interpretativne instrumente da bi objasnio polje slobodne procene pri primeni Evropske konvencije¹⁶.

14 Odluka br. 317/2009, stav 7, citiran od strane G. REPETTO, „Rethinking a Constitutional Role for the ECHR. The Dilemmas of Incorporation into Italian Domestic Law“, 47.

15 Član 6, stavovi 2 i 3 Ugovora o Evropskoj Uniji glasi: „2. Unija će pristupiti Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima i osnovnim slobodama. Ovo pristupanje neće uticati na nadležnosti Unije kao što je definisano ugovorima. 3. Osnovna prava garantovana Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i ustavnom tradicijom zajedničkom za države članice, čine deo opštih načela prava Unije“.

16 Za slučaj o nepoštovanju strazburškog precedenta vidi takozvani *slučaj Maggio*, odluka br. 264/2012 koji sledi presudu Evropskog suda *Maggio et al protiv Italije*, 31. maj, 2011. Ustavni sud je razmatrao osporavanje propisa koji menja

S jedne strane, Sud upućuje na opšte interese zaštićene italijanskim pravnim poretkom. Na ovaj način, na Ustavnom sudu je da ustanovi da li postoji pravičan balans između prava i legitimnih interesa u pitanju. Sud ponekad upućuje na doktrinu Evropskog suda o polju slobodne procene prema kome domaće vlasti uživaju određeni stepen diskrecije/slobode u ispunjavanju svojih obaveza proisteklih iz Evropske konvencije¹⁷. U stvari, Evropski sud je još u svojim prvim odlukama konstatovao da Konvencija ostavlja državama ugovornicama da one, na prvom mestu, obezbede prava i slobode koje Konvencija jemči. Mehanizam zaštite koji je uspostavljen Konvencijom je subsidiaran u odnosu na domaće sisteme očuvanja ljudskih prava. Prema tome, Ustavni sud uspostavlja pravičnu ravnotežu između prava i opštih interesa koristeći polje slobodne procene koje sistem Evropske konvencije načelno dozvoljava.

S druge strane, Ustavni sud Italije rešava potencijalne konflikte između ustavnih i normi proisteklih iz Konvencije putem „tehnike prepoznavanja“¹⁸. Vrhovni sud je primenio istu strategiju. Sam Ustavni sud često

sistem obračuna penzija za italijanske radnike koji su bili zaposleni u Švajcarskoj. Zbog odredbi o „originalnom tumačenju“, ove italijanske penzije su bile obračunavane na drugačiji način nego ranije i samim tim su bile manje. Sud je doneo odluku da podnosioci nisu imali opravdana očekivanja o penziji po osnovu prethodnog sistema obračunavanja s obzirom da je osporeni propis nastojao da izrazi načela jednakosti i solidarnosti, vagajući i balansirajući prava i interese u pitanju. Za opšti pregled skorašnje sudske prakse Ustavnog suda Italije na engleskom jeziku, vidi P. FARAGUNA, M. MASSA, D. TEGA, M. CARTABIA, „Developments in Italian Constitutional Law: The Year 2015 in Review“, Int'l J. Const. L. Blog, mart 2016, na: <http://www.icconnectblog.com/2016/02/developments-in-italian-constitutional-law-the-year-2015-in-review>.

17 S. GREER, „The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights“, Council of Europe, Strasbourg, 2000, 5.

18 Na primer, odluka Ustavnog suda br. 236/2011. u vezi načela *nulla poena sine lege*. Ova odluka je trebala da bude „odgovor“ na presudu Evropskog suda, Velikog veća od 17. septembar 2009, *Scoppola protiv Italije* (br. 2), predstavka br. 10249/03. Ustavni sud Italije tvrdi da precedent uspostavljen odlukom Strazbura „iako ima za cilj utvrđivanje opšteg načela [...], i pored toga ostaje povezan sa konkretnim slučajem u kojem je odluka doneta: činjenica da je Evropski sud pozvan da proceni materijalnopравни aspekt slučaja, tj. specifičnost konkretnog slučaja, su faktori koje treba pažljivo izvagati i uzeti u obzir od strane Ustavnog suda kada primenjuju načela utvrđena od strane suda u Strazburu na domaćem nivou kako bi razmotrio ustavnost norme koja je navodno u suprotnosti sa tim načelima“. Odluku je citirao A. GUZZAROTTI, „Strasbourg Jurisprudence as an Input for „Cultural Evolution“ in Italian Judicial Practise“, 65.

traži od redovnih sudova da razdvoje svoje slučajeve od relevantnih precedenata suda u Strazburu. Pravni stručnjaci priznaju tehniku razlikovanja kao prihvatljivu jer Evropski sud ima nadležnost nad činjenicama slučaja. Ova tehnika je takođe unapredila dijalog između Evropskog suda i italijanskih sudova, jer doprinosi razmatranju da li i u kojim okolnostima konkretna situacija može predstavljati kršenje Konvencije¹⁹. I pored toga, površna primena ove tehnike može da ugrozi poštovanje sudske prakse Strazbura i da ugrozi načelo pravne sigurnosti, načelo jednakog opfođenja i načelo opravdanih očekivanja.

Drugo poglavlje: Pozivanje nacionalnih sudova na sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava

U prethodnom poglavlju smo pružili neke informacije o ponašanju pravosuđa suočenog sa odlukama br. 348 i 349/2007 Ustavnog suda Italije, koje su prekretnica. Objasnili smo kako je upućivanje na sudsku praksu Evropskog suda sve češće u skorašnjem periodu i kako se sudska praksa Strazbura prožima kroz pravna obrazloženja koja se odnose na ljudska prava. U celini, Evropska konvencija ima istaknutu ulogu pri tumačenju domaće prava. U prethodnom poglavlju smo takođe ilustrovali da su presude „blizance“ imale za cilj da spreče redovne sudije da neprimene domaće prava koje nije u skladu sa Evropskom konvencijom.

U ovom poglavlju ćemo videti da li se najviši i redovni sudovi u Italiji pridržavaju direktiva iz presuda „blizanaca“. Ovim pitanjem se bavila obimna studija koju se nedavno sproveli italijanski pravni stručnjaci. Mi ćemo upućivati na ovu studiju citirajući njene glavne ishode²⁰.

19 A. GUZZAROTTI, „Strasbourg Jurisprudence as an Input for „Cultural Evolution“ in Italian Judicial Practise“, 63.

20 I. CARLOTTO, „I giudici italiani e il divieto di applicazione diretta della Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo il Trattato di Lisbona“, u L. CAPPUCCIO, E. LAMARQUE, „Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità. Ragionando intorno al libro di Victor Ferreres Comella *Ustavni sudovi i demokratske vrednosti*“, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, 177–240. Videti takođe prethodno istraživanje istog autora, I. Carlotto, „I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze br. 348 i br. 349 iz 2007. godine, della Corte

U vezi sa ponašanjem najviših sudova – i Vrhovni sud i Državni savet u potpunosti poštuju model presuda „blizanaca“²¹. To znači da oni ne iskazuju direktno da se domaće pravo koje nije u skladu sa Evropskom konvencijom neće primeniti. U stvari, kada se pojavi problem usklađenosti najviši sudovi prvo pokušaju da protumače domaće pravo „u skladu sa“ sudskom praksom Strazbura. Ovaj pokušaj nekad dovodi do značajnog prilagođavanja značenja pisanog pravnog teksta. Samo kada tumačenje „u skladu sa“ nije moguće, kao drugi korak najviši sudovi upućuju predmet Ustavnom sudu tražeći obesnaživanje domaćeg prava. Dalje, kao što je ilustrovano u prethodnom poglavlju, najviši sudovi „oblikuju“ precedente Evropskog suda putem „tehnik razlikovanja“. U ovim slučajevima, Sud u Strazburu je taj koji, kada je predstavka podneta, proverava da li su činjenice slučaja bile drugačije tj. da li postoji osnov za razlikovanje – i da li je primena Evropske konvencije u italijanskom pravnom poretku bila ispravna.

Pregled postupanja redovnih sudova je komplikovaniji. Većina sudija – građanskih, krivičnih kao i upravnih – prati direktive Ustavnog suda²².

costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale (Parte I)“, in *Politica del diritto*, 2010, str. 76 ss.

- 21 Vidi, između ostalog, Vrhovni krivični sud (Corte di Cassazione penale), Odeljak VI, 8. jun, 2012. godine, br. 22301; Vrhovni krivični sud, Odeljak VI, 15. jun, 2011. godine, br. 24039; Vrhovni krivični sud, Odeljak II, 15. januar, 2013. godine, br. 3809; Vrhovni krivični sud, Odeljak V, 23. oktobar, 2012. godine, br. 41249; Vrhovni krivični sud, objedinjene sekcije, 25. oktobar, 2012. godine, br. 41694 o nezakonitom pritvoru; Vrhovni sud, objedinjeni odeljci, 10. septembar 2012. godine, br. 34472 o *slučaju Scoppola*, u vezi sa načelom *nulla poena sine lege* shodno članu 7 Evropske konvencije-a; Vrhovni sud, objedinjene sekcije, 13. jun, 2012. godine, br. 9565 od 20. juna 2012. godine, br. 10130; Vrhovni građanski sud, VI odeljak, 27. novembar 2012. godine, br. 21053 do br. 21060 od 14. decembra 2012, br. 23154. U vezi administrativnih pitanja, Državni savet, VI odeljak, 9. avgust, 2011. godine, br. 4723 od 2. aprila 2012. godine, br. 1957, sve citirao I. CARLOTTO, „I giudici italiani e il divieto di applicazione diretta della Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo il Trattato di Lisbona“, citirano iznad, 204, 222, 225.
- 22 Na primer, u upravnoj sudskoj praksi, Regionalni upravni sud (Tribunale Amministrativo Regionale), Lombardia, Milan, II odeljak, 7. avgust 2012. godine, br. 2178; Regionalni upravni sud Trentino Alto Adige, 4. april 2012. godine, br. 101; Regionalni upravni sud Calabria, propis od 13. oktobra 2011. godine, br. 732; Regionalni upravni sud Lazio, Rim, I odeljak, 25. jun 2012. godine, br. 5769 i 16. maj 2012. godine, br. 4455, 4456 i 4457; Regionalni upravni sud Sicilia, Palermo, propis od 10. januara 2012. godine; Regionalni upravni sud Toscana od 15. marta 2012. godine, br. 544; Regionalni upravni sud Umbria od 21. januara 2013. godine, br. 29, sve citirao I. CARLOTTO, „I giudici italiani e il divieto di applicazio-

Međutim, manjina se opire logici presuda „blizanaca“ i direktno primenjuje Evropsku konvenciju umesto upućivanja predmeta Ustavnom sudu²³. Ovakvo postupanje ne mora nužno biti forma „pobune“. U većini slučajeva, ovo je rezultat pogrešnog razumevanja i primene različitih poglavlja prava. Nekad redovne sudije direktno primenjuju Evropsku konvenciju jer nenamerno preklapaju/mešaju Evropsku konvenciju i Povelju o osnovnim pravima Evropske Unije. Opšte je poznato da se Povelja o osnovnim pravima Evropske Unije nalazi unutar delokruga EU prava. Ipak u praksi nije jasno prepoznatljivo šta je unutar a šta van delokruga EU prava. Dalje, ustavna suština svih ljudskih prava ohrabruje, podstiče njihovu direktnu primenu bez obzira na njihov formalni izvor. I ustinu, primat ljudskih prava se ne dovodi u pitanje. Međutim, stav manjinske grupe sudija da samoodlučuje o neprimenjivanju domaćeg prava osporava nadležnost Ustavnog suda. Zaključno, glavni problem je ko odlučuje o tome da ne primeni domaće pravo koje nije u skladu sa Evropskom konvencijom i u kom obimu. U stvari, samo su odluke

ne diretta della Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo il Trattato di Lisbona”, citirano gore, 205. Desetine je građanskih i krivičnih presuda koje je citirao I. Carlotto u vezi sa Apelacionim sudom L'Aquile, Venecije i sudova Nardò, Pozzuoli, Lecce, Nocera Inferiore, Cagliari.. Vidi „I giudici italiani e il divieto di applicazione diretta della Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo il Trattato di Lisbona“, 210.

- 23 Regionalni upravni sud Campania, V odeljak, 13. decembar 2011. godine, br. 5764; Regionalni upravni sud Lazio, Rim, III odeljak, 5. januar 2011. godine, br. 40; Regionalni upravni sud Puglia, I odeljak, 7. jun 2012. godine, br. 289 i III odeljak, 10. januar 2013. godine, br. 20, svi mešaju Evropsku konvenciju i Povelju o osnovnim pravima EU. Regionalni upravni sud Lombardia, Brescia, II odeljak, 9. februar 2012. godine, br. 213 i 214; 6. septembar 2012. godine, br. 1521 i 22. novembar 2012. godine, br. 1836; Regionalni upravni sud Lombardia, Milan, III odeljak, 1. februar 2013. godine, br. 313; Regionalni upravni sud Veneto, II odeljak, 21. novembar 2012. godine, br. 1430; Regionalni upravni sud Lazio, Rim, I odeljak, 28. januar 2013. godine, br. 966 i 973; 4. februar 2013. godine, br. 1180, u vezi naknade za dužinu trajanja postupka, s obzirom na neprimenjivost italijanskog prava po tom pitanju (*Legge Pinto*) i naložili javnoj upravi/administraciju da nađe finansijska sredstva kako bi isplatila naknadu. Vidi takođe Regionalni sud Sicilia, Palermo, II odeljak, 9. mart 2011. godine, br. 418 od 14. oktobra 2011. godine, br. 1864, o proceni porodičnih veza stranih državljana shodno članu 8 Evropske konvencije iako relevantni domaći zakon ne obavezuje javnu administraciju da ih uzme u obzir. Među građanskim i krivičnim sudovima, Sud u Milanu, osek za rad, 17. maj 2011. godine, br. 2474; Sud u Cassinu, 27. septembar, 2011. godine, Corte di Assise, Terni, 6. jul 2011. godine; Apelacioni sud, Firenca, osek za rad, 26. april 2011. godine, br. 534; Sud u Milanu, 8. jul 2011. godine, br. 3558 Cfr. I. CARLOTTO, „I giudici italiani e il divieto di applicazione diretta della Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo il Trattato di Lisbona“, 206–210, 213–214.

Ustavnog suda obavezujuće *erga omnes*. Većina redovnih sudova upućuje predmete Ustavnom sudu. Samo manji broj njih deluje autonomno. Sve u svemu, doslednost sudske prakse Ustavnog suda, Vrhovnog suda i Državnog saveta osigurava pravnu sigurnost i stabilnost. Kao što su priznali pravni pisci, najviši sudovi mogu redovno poništavati odluke nižih sudova koji odstupaju od postojećih precedenata²⁴.

Treće poglavlje

Zaključci i preporuke

Kao što je prikazano u prethodnim poglavljima, status Evropske konvencije u italijanskom pravnom poretku može da se sumira na sledeći način:

- a. Evropska konvencija ima nadzakonski rang;
- b. svi sudovi su dužni da primenjuju prava garantovana Konvencijom prateći sudsku praksu Evropskog suda; sve sudije moraju da tumače domaće pravo koliko god je to moguće u skladu sa postojećim tumačenjima Evropskog suda;
- c. sudsko razmatranje zakonodavstva po osnovu usaglašenosti sa Konvencijom je isključiva nadležnost Ustavnog suda. Kada tumačenje koje je u skladu sa Konvencijom nije moguće, redovni sudovi se moraju obratiti Ustavnom sudu, kako bi on procenio usaglašenost unutrašnje norme sa Evropskom konvencijom;
- d. Ustavni sud Italije priznaje značajnu ulogu tumačenjima Evropskog suda, ali na kraju ostaje na Ustavnom sudu da uspostavi pravičnu ravnotežu između svih prava i opštih interesa koji su u pitanju.

Kao što su Keler i Stone pokazali, nije bilo uzročne veze između *ex ante* monizma i dualizma i prihvatanja Evropske konvencije. Način na koji je Evropska konvencija inkorporirana je rezultat procesa usvajanja, koji će, za uzvrat, posegnuti za usvajanjem *ex post*. Italijansko iskustvo potvrđu-

24 V. FERRERES COMELLA, Constitutional Courts and Democratic Values, 22, citirao I. Carlotto, „I giudici italiani e il divieto di applicazione diretta della Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo il Trattato di Lisbona“, 225.

je da je pretpostavka da dualističke države imaju, *a priori*, neprijateljski stav prema međunarodnom pravu, i da zbog toga imaju lošiji uspeh u zaštiti prava, neodrživa²⁵. Širenje principa koje je ustanovio sud u Strazburu je impresivno poraslo u poslednjih nekoliko godina. Stav je sudova na svakom nivou da citiraju sudsku praksu Strazbura.

Kako su pravni stručnjaci pre nekoliko godina potvrdili, međunarodna zaštita ljudskih prava je dostigla impresivan obim i u pogledu prava koja su obuhvaćena i u pogledu broja država njima obavezanih. Međutim, ova zaštita je i dalje nezadovoljavajuća ukoliko se iz toga proistekle obaveze ne primene/ostvare u stvarnom životu. Odgovornost efikasnog sprovođenja ljudskih prava u velikoj meri leži na pravosuđu. Sudovi učestvuju u „interpretativnom poduhvatu“ međunarodno prihvaćenih vrednosti i deluju nezavisno od vlada koje su na vlasti. Naravno, tumačenje i primena ljudskih prava ne može biti zamena za demokratske izbore i političke odluke. Ipak, ljudsko pravo obezbeđeno odlučivanjem od strane nezavisnih sudija je neophodan instrument za demokratsko i liberalno društvo. Razvoj sudskih modela koji su prihvatili/ puni razumevanja za univerzalno priznavanje minimalnog jezgra ljudskih prava je deo ciljeva demokratskog pravnog poretka²⁶. Ovo je tim tačnije ako smatramo da međunarodni pravni lekovi, poput mehanizma Evropskog suda, zavise od iscrpljivanja domaćih pravnih leko-

25 H. KELLER, A. STONE SWEET (eds.), „A Europe of Rights: The Impact of ECHR on National Legal Systems“, Oxford University Press, Oxford, 2009, 685–686.. Nekim državama, uključujući Italiju, bilo je teško da prihvate/dodele nadzakovodavni rang Konvenciji upravo zbog dualističkih karakteristika njihovih pravnih sistema, mada postoji velika varijacija čak i u ovoj maloj grupi. Države sa dualističkim sistemom imaju tendenciju da inkorporiraju međunarodne ugovore kroz propise, dok monističke države imaju tendenciju da to urade kroz sudske odluke. Jasno je da monistička ustavna struktura sudstvu daje širi prostor delanja u postupku prihvatanja međunarodnih ugovora. U državama sa dualističkim sistemom gde moćan Ustavni ili Vrhovni sud brane nacionalna ljudska prava, autori su primetili oklevanje među sudijama da svoje odluke baziraju na Konvenciji kao nezavisnom izvoru prava.

26 F. FRANCIONI, „The Jurisprudence of International Human Rights Enforcement: Reflections on the Italian Experience“, u B. CONFORTI, F. FRANCIONI (eds.), „Enforcing Human Rights in Domestic Courts“, Martinus Nijhoff Publisher, The Hague-Boston-London, 1997, 15–34, 15, zaključivši da je jaz između međunarodnog priznavanja prava i njihove stvarne primene od strane domaćeg suda, i od strane organa javne vlasti uopšte, u to vreme bio jedan od najuznemiravajućih aspekata međunarodnih napora u osiguravanju poštovanja ljudskog dostojanstva.

va²⁷. Ovaj uslov se zasniva na pretpostavci da će domaći pravni poredak obezbediti delotvoran pravni lek za kršenje prava iz Konvencije. Uslov na kraju krajeva izražava subsidijarnu prirodu sistema/ mehanizma Evropske konvencije. Nacionalne vlasti, a naročito domaći sudovi, su u „boljoj poziciji“ da osiguraju efikasno sprovođenje ljudskih prava, jer su u direktnom kontaktu sa vitalnim snagama, nacionalnim tradicijama i kulturnim sredinama svojih zemalja.

Ukoliko je ovo tačno, po našem mišljenju, najvažnije je da tumačenje i primenu sudske prakse Evropskog suda u domaćem pravnom poretku prati jasan i dobro utemeljen mehanizam. U prethodnim poglavljima, ilustrovali smo evoluciju sudske prakse Ustavnog suda i usaglašenost sudske prakse sa direktivom Ustavnog suda. Stabilnost ovog mehanizama i koherentnost između presuda su od značaja radi ostvarenja odgovornog sudske modela. Zapravo, stabilnost i koherentnost garantuju vrednosti koje su od fundamentalnog značaja za delotvornost zaštite ljudskih prava, kao što su pravna sigurnost i jednak tretman. Naravno, moderni pravni sistemi su kompleksni. Preklapanje povelja o pravima može da ugrozi zaštitu ljudskih prava umesto da poveća njihovu efikasnost. Stoga, obezbeđivanjem potpunog znanja i svesti o različitim pravnim izvorima za zaštitu ljudskih prava koji trenutno postoje, kao i njihovih mehanizama, trebao bi biti cilj od primarnog značaja, kako bi se izbegao rizik od divergentnosti sudske prakse i nejednakog tretmana. Po našem mišljenju, ovaj cilj bi se mogao najbolje postići kroz stalnu edukaciju sudija i tužilaca o različitim sistemima zaštite ljudskih prava i njihovoj koordinaciji.

27 Pogledati član 35, §1, Evropske konvencije, o uslovima prihvatljivosti (admissibility criteria), koji navodi da: „1. Sud može uzeti predmet u postupak tek kada se iscrpe svi unutrašnji pravni lekovi, u skladu sa opšte prihvaćenim načelima međunarodnog prava...“.

Odnos grčkih sudova sa sudskom praksom Evropske konvencije i Evropskog suda

Prof. dr Athanassia Sykiotou

Pravni fakultet, Univerzitet Demokritus u Trakiji

Apstrakt.....	49
Uvod.....	50
Prvo poglavlje: Status Evropske konvencije na nacionalnom nivou	51
Drugo poglavlje: Nacionalni sudovi koji se pozivaju na presude Evropskog suda	53
A. Primeri loše prakse.....	54
B. Primeri dobre prakse i nacionalne mere koje se preduzimaju za efikasno usklađivanje domaće sudske prakse sa sudskom praksom Evropskog suda	59
Treće poglavlje: Zaključci i preporuke	64
A. Zaključci	64
B. Preporuke.....	65

Apstrakt

Prema grčkom Ustavu, sve međunarodne konvencije ne samo da su sastavni deo domaćeg prava, već takođe imaju dodatnu vrednost „superiornosti“ nad nacionalnim pravom. Grčki sudovi su

dužni da se pozovu na odredbe Evropske konvencije o ljudskim pravima (Evropska konvencija) i primene ih. Kao uobičajenu posledicu preuzetih obaveza zemalja članica Saveta Evrope, grčki sudovi moraju da prilagode svoju jurisprudenciju sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava (Evropski sud). Međutim, sudije su tokom godina pokazale mnogo oklevanja da to i urade. Danas postoji mnogo primera pozivanja na sudsku praksu Evropskog suda i direktne primene odredbi Evropske konvencije od strane sudova. Takođe se konstatno preduzimaju mere kako bi se osiguralo da su sudije upoznate sa sudskom praksom Evropskog suda i da je prate.

Uvod

Evropska konvencija zajedno sa svojim protokolima predstavlja okvir zaštite i poštovanja ljudskih prava i u svojim odredbama sadrži osnovne garancije, kako suštinske tako i proceduralne, koje treba primeniti u svakom slučaju. Pod principom prvenstva međunarodnih nad domaćim propisima, Evropska konvencija bi trebalo da prevagne u nacionalnim sudovima u Grčkoj, koji imaju dužnost da je primene. Evropski sud svojim sukcesivnim tumačenjem odredbi Evropske konvencije obogaćuje sadržaj ovih garancija i proširuje njihov opseg. Većina ovih garancija su sadržane u Evropskoj konvenciji i njenim protokolima, ali postoje mnoge druge koje su nastale iz nepisanih načela proizašlih iz sudske prakse Evropskog suda, kao što je princip srazmernosti.

Evropski sud igra ključnu ulogu u harmonizaciji domaćeg zakonodavstva evropskih država i nacionalne sudske prakse¹ kroz svoju sudsku praksu, koja određuje sadržaj zaštićenih prava utvrđenih Evropskom konvencijom. Prema tome, Evropski sud primenjivanjem prava na nivou Evrope, ne može – osim u ograničenom broju slučajeva gde prihvata *polje slobodne procene*²– odstupati od zajedničkog stava. Ovo

- 1 Christos Rozakis, konferencija na temu: Symposium of the Movement of citizens for an open society, The Greek courts and the case-law of the ECtHR, Kinisi politon, 2011, p. 12, http://www.kinisiapoliton.gr/wp-content/uploads/2014/03/125219_APEDDA1.pdf.
- 2 Pitanje je izazvalo puno kontroverzi i konfuziju u vezi sa sadržajem „polja slobodne procene“. Protokol br. 15, usvojen u maju 2013. dodaje Preambuli Konvencije reference u pogledu polja slobodne procene i pitanja supsidijarnosti. Videti, Dean Spielmann, *Current Legal Problems. Whither the Margin of Appreciation?*, Lecture in UCL, 20–3–2014, <http://www.echr.coe.int/Documents/>

ponekad dovodi Evropski sud u sukob sa državama članicama i domaćim sudovima, koji ne shvataju uvek zašto bi njihovu odluku trebalo opovrgnuti mehanizmom koji funkcioniše van njihove teritorije i njihove logike. Grčka je u prošlosti više puta osuđivana od strane Evropskog suda zbog neprimenjivanja Evropske konvencije. Bilo je potrebno mnogo godina i konstantno obučavanje sudija kako bi se ovakva percepcija preokrenula i tako povećala direktna primena odredbi Evropske konvencije i razmatranje sudske prakse Evropskog suda od strane nacionalnih sudova.

Prvo poglavlje: Status Evropske konvencije na nacionalnom nivou

Evropska konvencija i njeni dodatni protokoli u nekim od odredbama sadeže prava koja državama članicama nameću obavezu da ih se pridržavaju. Međutim, među ovim pravima sam tekst uspostavlja neku vrstu gradacije između prava apsolutne i relativne zaštite. Ne samo čl. 15 Evropske konvencije, već i druge klauzule, izričito predviđaju određene izuzetke. Očigledno je da je teško – i u isto vreme nepoželjno – nametati uniformnost državama članicama sa veoma različitim pravnim tradicijama.

Speech_20140320_London_ENG.pdf. Takođe videti, Y. Arai-Takahashi, „The margin of appreciation doctrine: A theoretical analysis of Strasbourg’s variable geometry”, in: Andreas Føllesdal, Birgit Peters, Geir Ulfstein (eds.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge, 2013, str. 62–105; Steven Greer, *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European convention on Human Rights*, Human rights files No. 17, Council of Europe Publishing, July 2000.

Poreklo polja slobodne procene se može pratiti nazad do najranijih dana mehanizama Konvencije i, još preciznije, do međudržavnog predmeta iz 1956. godine koji je Grčka pokrenula protiv Ujedinjenog Kraljevstva zbog problematične situacije na ostrvu Kipar. *Greece v United Kingdom*, predstava br. 176/56 i 299/57 (član 15). Neki od vodećih slučajeva Evropskog suda u vezi sa poljem slobodne procene: *Engel and others v. Netherlands*, presuda od 8. juna 1976. (član 8); *Kokinakis v. Greece*, presuda od 26. septembra 1996. godine (član 9); *Handyside/Hendisajd v. United Kingdom*, presuda od 7. decembra 1976. godine (član 10); *United Communist Party of Turkey and others v. Turkey*, presuda od 30. januara 1998. godine (član 11); *. Lawless/Loles v. Irland*, presuda od 1. jula 1961. godine (član 14); *Fokas/Phocas v. France*, presuda od 23. aprila 1996. godine (član 1 Protokola 1).

Kakve se god varijacije primenile, one spadaju pod *polje slobodne procene*, a ne u *suverenu diskretnost* država. Sama reč 'polje' jednostavno ukazuje na prostor između usklađenosti i neusklađenosti, a upravo tu i tada pojam „kompatibilnosti“ dostiže svoj puni smisao jer mu nije neophodan identitet u smislu ravnovernosti zakona i nacionalnih praksi koje su veoma raznovrsne u zajedničkom evropskom razumevanju ljudskih prava i osnovnih sloboda³.

U tom smislu, član 6. Evropske konvencije koji garantuje pravo na efikasnu sudsku zaštitu ne isključuje mogućnost za nacionalnog zakonodavca da propiše proceduralne uslove i opšte formalnosti za postupke, pod uslovom da su kompatibilni sa funkcionisanjem pravde i potrebom za efikasnim pravosuđem, kao i u skladu sa načelom proporcionalnosti.

U Grčkoj nacionalni sudovi koriste oba sistema – sistem supsidijarne primene Evropske konvencije (zajedno sa odredbama nacionalnog prava), ali i sistem direktne primene Evropske konvencije, s obzirom da se Evropska konvencija – kao i bilo koji drugi međunarodni tekst koji je ratifikovala Grčka – smatra sastavnim delom nacionalnog prava. Prema članu 28, stav 1 Ustava „*Opšte prihvaćena pravila međunarodnog prava, kao i međunarodne konvencije od trenutka kada su sankcionisani statutom i postali operativni u skladu sa svojim uslovima biće sastavni deo domaćeg grčkog pravnog poretka i imati prednost nad bilo kakvom suprotnom pravnom odredbom*“.

Ustav čini sve međunarodne konvencije ne samo sastavnim delom domaćeg prava, već im daje i dodatnu vrednost „nadmoći“ nad nacionalnim zakonima. Na taj način grčki ustavni zakonodavac je želeo da naglasi važnost obavezujućih međunarodnih dokumenata i ukaže onima koji ih primenjuju da su ti tekstovi oni koje treba prvo primeniti zbog toga što imaju superiornu vrednost nad „jednostavnim“ domaćim zakonima. Prema tome, primat Evropske konvencije nije sporno pitanje. Osim toga, nakon Lisabonskog ugovora, superiornost Evropske konvencije nad čitavim nacionalnim pravom, uključujući i Ustav kroz inkorporaciju u Ugovor o Evropskoj uniji je činjenica. Grčki sudovi su dužni da se pozovu na odredbe Evropske konvencije i primene ih.

3 Videti, M. Delmas-Marti/Marty, „Vers une autre logique juridique, à propos de la jurisprudence de la CEDH“, *Dalloz/Daloz* 1988, str. 221.

Domaći sudovi, koji imaju odgovornost za sprovođenje prava na delotvoran pravni lek sadržanog u članu 13 Konvencije, doprinose efikasnom usklađivanju sa evropskim standardima, kao i širenju i produbljivanju tih standarda. Oni su prvi, na svim nivoima nadležnosti, zaduženi za sprovođenje dubljeg pregleda usklađenosti domaće zakona sa pravima i slobodama garantovanim Evropskom konvencijom⁴. Oni bi naročito trebalo da osiguraju da usklađivanje konkurentnih prava koje sprovodi zakonodavno telo ne premaši nacionalno polje slobodne procene, a čiji se opseg procenjuje u svetlu kriterijuma utvrđenih od strane Evropskog suda. Tamo gde Evropski sud utvrdi kršenje, domaći sudovi treba da osiguraju, koristeći svoja ovlašćenja, da upravni organi urade sve što je u njihovoj moći kako bi isto okončali, ukoliko je potrebno i ukidanjem odredbe domaće prava. Osim toga, pri razvoju njihove sudske prakse, domaći sudovi su dužni da uzmu u obzir presude Evropskog suda iako one nisu obavezujuće prema svima (*erga omnes*) u većini evropskih pravnih tradicija. Međutim, u većini ovih tradicija, kao što je i u Grčkoj, presuda suda uživa istinski uverljivu snagu, pa čak i prilično jasnu interpretativnu moć.

Drugo poglavlje: Nacionalni sudovi koji se pozivaju na presude Evropskog suda

Prvo što je potrebno napomenuti je da između dva sudska poretka, nacionalnog i evropskog, nije zamislivo niti dozvoljeno imati bilo kakvu vrstu 'konkurencije'. Oba poretka služe primenivanju pravde i uspostavljeni su radi zaštite prava stranaka.

Važno je da nacionalni sudovi priznaju/ prihvate jurisprudenciju Evropskog suda naročito za pitanja o kojima Evropski sud ima doslednu praksu, kako bi se sprečilo da slučajevi odu u Strazbur.

Kao normalna posledica obaveza države kao članice Saveta Evrope je da, sa jedne strane postoji obaveza grčkih sudova da prilagode svoju

4 Neki dobri primeri su sledeće odluke Vrhovnog upravnog suda: Odluka 1914/2010 (pozivanje na čl. 6 stav 1 Evropske konvencije); odluke 1734/2009, 1522/2010, 501/2012, 647/2012, 3611/2013 i 2454/2013 (pozivanje na čl. 6 stav 2 Evropske konvencije i član 4 stav 1 Protokola 7); odluke 3487/2008, 1087/2010, 730/2010, 4132/2011, 4665/2012 i 691/2013 (pozivanje na čl. 1 Protokola 1); odluke 2077/2009 i 2960/2010 (pozivanje na čl. 7 stav 1 Evropske konvencije).

jurisprudenciju sudskoj praksi Evropskog suda, a sa druge strane, s obzirom na član 28 Ustava (nadnacionalna važnost Evropske konvencije), da ne ignorišu načela koja su izražena i garantovana različitim dokumentima Saveta Europe kao što je član 6. Evropske konvencije i čl.1 Protokola 1 Evropske konvencije. To je zato što sudska praksa Evropskog suda, između ostalog, doprinosi stvaranju evropskog javnog poretka, jer ima za cilj kolektivnu garanciju ljudskih prava koja zahteva od država članica objektivne obaveze za njihovu zaštitu. Stoga je od ključne važnosti za nacionalnog sudiju da harmonizuje domaću sudsku praksu sa sudskom praksom Evropskog suda. Evropski sud ne zamenjuje nacionalnog zakonodavca u pogledu uspostavljanja važećeg proceduralnog sistema, već samo kontroliše, uz raspoloživa sredstva, da ova pravila ispunjavaju uslove Evropske konvencije. Osim toga, „saglasnost“ države članice sa konačnom odlukom Evropskog suda konceptualno odgovara zakonskim posledicama *res judicata*⁵. Naravno, Evropski sud nema moć da poništi/ ukine odluku nacionalnog suda, ali ako se pravna situacija o kojoj je presudio Evropski sud a koja je u suprotnosti sa Konvencijom nastavi – što je slučaj kada je kršenje osnovnih prava podnosioca predstavke konstantno – u tom slučaju je nacionalni sudija dužan da ukine domaću odluku⁶.

U tom smislu, čl. 525 (1.5) grčkog Zakona o krivičnom postupku propisuje da bi krivične postupke trebalo ponoviti ukoliko je Evropski sud ustanovio povredu prava na pravičnost postupka ili primenjene materijalne odredbe. Slična odredba je takođe uključena u čl. 105A Zakona o upravnom postupku⁷.

A. Primeri loše prakse

Postoji mnogo slučajeva – kao što je prikazano u presudama protiv Grčke od strane Evropskog suda – gde grčke sudije nisu pratile konstantu jurisprudencije Evropskog suda u pogledu prava zaštićenih

5 Vidite ovde odluku Vrhovnog suda Grčke br. 818/2008.

6 Videti, Fr. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Coll. Droit fondamental, 12. izdanje, 2015, str. 725.

7 U pogledu mehanizama usklađivanja Grčke sa odlukama Evropskog suda, važno je napomenuti da odredbe člana 23 Zakona br. 3900/2010, na osnovu koga je član 105A (2) dodat u Zakonik o upravnom postupku, predviđa mogućnost ponavljanja postupka pred istim sudom koji je doneo presudu, a za koju je odlukom Evropskog suda utvrđeno da krši načelo pravičnog suđenja ili bilo koju drugu suštinsku odredbu Evropske konvencije.

Evropskom konvencijome. Problem je što u praksi neki nacionalni sudovi insistiraju na stavovima koji su u više navrata izglasani od strane Evropskog suda kao stavovi u suprotnosti sa Evropskom konvencijom. Takvo ponašanje ne samo da koči, već takođe stvara međunarodnu odgovornost države, pogotovu s obzirom da sprovođenje odluka Evropskog suda spada u nadležnost Komiteta ministara Saveta Evrope.

Oklevanje sudske prakse da se poziva na ustanovljenu sudsku praksu Evropskog suda je dovela do presuda protiv Grčke od strane Evropskog suda u mnogim slučajevima. Neki primeri koji se odnose na kršenje prava na pravično suđenje su presude Evropskog suda u slučajevima: *Mahmundi i ostali* protiv Grčke od 31.7.2012, godine (predstavka br. 14902/10), koja se odnosi na avganistansku porodicu koja je zadržana u pritvoru u pritvorskoj jedinici u gradu Pagani u Grčkoj pod nehumanim i ponižavajućim uslovima i bez efikasnog sudskog preispitivanja; *Rahimi protiv Grčke*, 5. april 2011. (predstavka br. 8687/2008) koja se odnosi na proizvoljno pritvaranje maloletnog lica bez pratnje koje nije imalo pristup sudskom preispitivanju pritvora jer letak sa informacija koji mu je dat nije bilo na jeziku koji je podnosilac predstave mogao razumeti; i nije mogao da kontaktira advokata jer je maloletan a nije mu bio dodeljen staratelj. Jasno je da u ovakvim slučajevima grčki sudovi nisu uzeli u obzir čl. 6 Evropske konvencije niti apsolutnu prirodu člana 3. Evropske konvencije, prema kojem je Evropski sud stalno isticao da loši uslovi pritvora rezultiraju kršenjem zabrane nehumanog i ponižavajućeg postupanja. Pored toga, Evropski sud je u gorenavedenim slučajevima ukazao na pozitivnu obavezu države da zaštiti i postara se o pojedincima iz osetljivih grupa, kao što su maloletnici bez pratnje, bez obzira na njihov status nelegalnih migranata, nacionalnost ili nemanje državljanstva. Prema mišljenju suda, primarna karakteristika pozitivnih obaveza države je da one zahtevaju od nacionalnih vlasti da preduzmu neophodne mere za zaštitu prava ili, tačnije, da usvoje razumne i odgovarajuće mere za zaštitu prava pojedinca. Evropski sud se takođe podsetio da najbolji interes deteta upućuje države da obezbede koliko god je to moguće jedinstvo porodice i da koriste pritvor samo kao poslednje sredstvo⁸.

8 Za više detalja o predmetima, videti: Yiannis Ktistakis (2013), *Protecting migrants under the ECHR and the European Social Charter. A handbook for legal practitioners*, izdanje Saveta Evrope, str. 37–41.

Drugi primjeri loše prakse se odnose na pravo na pravično suđenje i pretpostavku nevinosti, a ogledaju se u presudama Evropskog suda: *Boulougouras protiv Grčke* od 27–5–2004. godine; *Perlala protiv Grčke* od 22.2.2007. godine; *Paraponiaris protiv Grčke* od 25.9.2008. godine; *Karavelatzis protiv Grčke* od 16.4.2009. godine; *Tsotsos protiv Grčke* od 30.4.2009. godine; *Elyasin protiv Grčke* od 28.5.2009. godine; *Popovitsi protiv Grčke* od 14.1.2010; *Sygelidis protiv Grčke* od 28.6.2010. godine.

Osim odsustva pozivanja na sudsku praksu Evropskog suda, a samim tim i na suštinski sadržaj pravičnog suđenja koji je prekršen u gorenavedenim predmetima, nacionalni sudovi, suprotno sudskoj praksi Evropskog suda, su smatrali da pravo na pravično suđenje, koje je garantovano članom 6. Evropske konvencije, ne konstituiše poseban osnov za žalbu pred Vrhovnim sudom, već naprotiv, da se na njega može pozvati samo kao na jedan od razloga za pravo naknade kao što je predviđeno u članu 510 § 1 Zakonika o krivičnom postupku. Kao rezultat, u predmetima *Perlala protiv Grčke* od 22–2–07 (predstavka br. 17721/04) i *Karavelatzis protiv Grčke* od 16–4–2009. (predstavka Br. 30340/07), Evropski sud smatra da ovakvo tumačenje Evropske konvencije od strane Vrhovnog suda Grčke sa jedne strane teži sofizmu, a sa druge znatno slabi zaštitu prava građana u grčkim postupcima, nudeći pristup koji je previše formalistički⁹. U ovim slučajevima, Evropski sud smatra da se iz odbijanja Vrhovnog suda Grčke da razmotri argumente žalioaca može nesumnjivo zaključiti da, u ovom slučaju, garancije iz člana 6. Evropske konvencije nisu uzete u obzir kako treba.¹⁰

U 2010. godini (prema Zakonu br. 3900/2010¹¹ o ubrzanju postupaka u krivičnim predmetima), dodato je da bilo kakvo kršenje prava zaštićenih međunarodnim instrumentima ljudskih prava za rezultat ima apsolutnu ništavost krivičnog postupka. Ovo je bilo neophodno za delotvorno i efikasno ostvarivanje prava zaštićenih Evropskom konvencijom kroz nacionalnu sudsku praksu. Ovim zakonom Grčka se

9 Hoursoglou St., „Comments on the Decision of ECtHR, *Perlala v. Greece*, 22.2.2007, Requirements for the admissibility of appeal before the Supreme court for violation of Article 6 of the ECHR“, *Nomiko Vima*, (2) 2007, str. 520.

10 Videti, Jean-Marc Sauvé, Speech in the Seminar organised by the ECtHR on Subsidiarity: a two-sided coin? The role of the national authorities, Strasbourg, 30 January 2015, http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20150130_Seminar_JMSauv%C3%A9_ENG.pdf.

11 Službeni glasnik A/213 od 17–12–2010. godine.

usaglasila sa Protokolom 14 Evropske konvencije koji dodatno promovise načelo supsidijarnosti, prema kojem prava i sloboda sadržana u Konvenciji moraju biti efektivno i efikasno zaštićena prvenstveno na nacionalnom nivou.

Što se tiče slučajeva iznetih pred upravne sudove, primećeno je da neke nacionalne sudije u svojim odlukama ističu dopunski/ pomoćni karakter kontrole od strane Evropskog suda, čime naglašavaju svoju opsesnutost logikom suvereniteta države. Ovi sudovi smatraju da ne bi trebalo prepustiti Evropskom sudu kontrolu nad usaglašavanjem akata javne uprave sa Evropskom konvencijom, uzevši u obzir njegovu (Evropskog suda) supsidijarnu ulogu i činjenicu da kontrola u suštini pripada nacionalnom sudiji¹².

U daljem tekstu su navedena dva elokventna primera koji pokazuju oklevanje domaćih upravnih sudova da prilagode svoju sudsku praksu, praksi Evropskog suda.

U odluci Evropskog suda, *Athanasίου i ostali protiv Grčke* od 21.12.2010. godine (br. 50973/08), koja se odnosi na predugo trajanje upravnih postupaka (koji su u ovom slučaju trajali više od 13 godina!)¹³ i pravo na delotvoran pravni lek, Evropski sud naglašava sistemski problem sporosti u sprovođenju pravde (član 6 § 1 Evropske konvencije) od strane upravnih sudova, najpre sa Vrhovnim upravnim sudom u vezi sa kršenjem člana 13 Evropske konvencije usled nedostatka posebnih odredbi u domaćem zakonu koje predviđaju pravni lek, što bi omogućilo da se donese odluka u vezi slučaja podnosilaca žalbi u razumnom roku. Interesantno je da je gorenavedeni tužilac zahtevao 5.000 evra kao dodatnu penziju iz Fonda za vojnu solidarnost, a završio je sa 14.000 evra više, dodeljenih od strane Evropskog suda za nadoknadu moralne štete nastale zbog odlaganja sprovođenja pravde.

12 U vezi pitanja državnog suvereniteta videti: Paul Tavernier, „ La compétence de l'organe de contrôle”, u Fr. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, Brisel, 1998, str. 175–195, naročito str. 185.

13 Između 1999. i 2009. godine, Sud je doneo oko 300 presuda zaključivši da je došlo do predugog trajanja sudskih postupaka u Grčkoj, od kojih se većina odnosi na predugo trajanje upravnih postupaka. Videti ECtHR, *Excessive length of administrative proceedings: Greece must take measures to deal with this structural problem*, saopštenje za štampu Registra Suda br. 990, 21.12.2010. godine.

Mora se napomenuti da je problem kašnjenja u sprovođenju pravde a naročito administrativne pravde u Grčkoj dostigao zabrinjavajuće (ako ne i eksplozivne) dimenzije u prošlosti u dostizanju cifre od oko 30.000 slučajeva samo u upravnim sudovima do 2013. godine. 50% presuda protiv Grčke od strane Evropskog suda se tiče razumnog roka u sudskom postupku i oko 16,5% se tiče kršenja odredbi člana 6 Evropske konvencije i 13% pravo na efikasnu sudsku zaštitu¹⁴.

Ovaj fenomen takođe čest i u drugim državama članicama Saveta Evrope je od velikog značaja jer ometa efikasnost sudske zaštite, narušava odnos poverenja građana prema deljenju pravde i u nekim slučajevima se može uporediti sa uskraćivanjem pravde. Nakon velikog broja osuđujućih presuda koje je Evropski sud doneo, administrativna skupština Vrhovnog suda Grčke, svesna da su u prošlosti uočeni mnogi propusti u grčkoj jurisprudenciji, kao i mnogi slučajevi rigidnosti, svojom odlukom 14/2010 predložila je fleksibilnije tumačenje Evropske konvencije od strane suda, u skladu sa sudskom praksom Evropskog suda. Takođe je predložila širu primenu mogućnosti da sudije Vrhovnog suda dopune/ utiču na razloge za žalbe kako bi se osiguralo pravo na sudsku zaštitu i pozvala na poštovanje prava na pravnu zaštitu u razumnom roku. Sud bi trebalo da *ex officio* ispita razloge odugovlačenja¹⁵ i ispravi povrede nanesene tužiocu usled ovog odugovlačenja¹⁶.

Vrhovni upravni sud je istakao da sudska praksa Evropskog suda *inter alia* doprinosi stvaranju evropskog javnog poretka, jer ima za cilj garanciju ljudskih prava svih i nameće državama članicama objektivnu obavezu zaštite. To znači da su domaći sudovi dužni da uzmu u obzir sudsku praksu Evropskog suda pri donošenju svojih odluka. Takođe se smatra neophodnim obaveštavanje svih sudija o ovim načelima kroz obuku koju obezbeđuje Nacionalna škola sudija.

14 Videti, I I. Sarmas in: Symposium of the Movement of citizens for an open society, The Greek courts and the case-law of the ECtHR, Kinisi politon, 2011, http://www.kinisiapoliton.gr/wp-content/uploads/2014/03/125219_APEDA1.pdf, str. 62.

15 Jedan od razloga odugovlačenja u donošenju odluke je višestruko odlaganje saslušanja. Uspostavljanje kontrole obrazloženja odlaganja od strane inspektorata sudova je korisna mera, jer se neguje duh odgovornosti kod sudija koji glasaju u korist odlaganja.

16 Ovo pitanje je postavljeno u slučaju Evropskog suda, *Athanasiou v. Greece*, 21–12–2010. godine, a završilo se izmenom zakona. Regresiranje je predviđeno čl. 53–57 Zakona br. 4055 / 2012, dajući mogućnost da se traži obeštećenje u slučaju prekoračenja razumnog roka suđenja.

B. *Primeri dobre prakse i nacionalne mere koje se preduzimaju za efikasno usklađivanje domaće sudske prakse sa sudskom praksom Evropskog suda*

Bilo je potrebno nekoliko godina i ponovljeno donošenje presuda protiv Grčke od strane Evropskog suda kako bi grčko pravosuđe shvatilo da je Evropska konvencija sastavni deo domaćeg zakonodavstva – kao što i stoji u Ustavu Grčke u čl. 28 – kako bi se preduzele mere za harmonizaciju sudske prakse sa sudskom praksom Evropskog suda i kako bi zakonodavac u skladu sa tim izmenio zakone kada je to potrebno. U poslednjih nekoliko godina grčki sudovi su pokazali značajan napredak u sledećim standardima Evropskog suda.

Za razliku od prošlosti, kada su grčki sudovi retko uzimali u obzir principe i sudsku praksu Evropskog suda, danas se grčke sudije često pozivaju na Evropsku konvenciju i uzimaju u razmatranje sudsku praksu Evropskog suda. Kao rezultat toga, možemo reći da je formirana kreativna nacionalna sudska praksa koja odgovara principima Evropske konvencije¹⁷. Ovo je vidljivo iz pregleda pravnih stavova sekcija i skupštine vrhovnih sudova Grčke (Vrhovni građanski i krivični sud¹⁸ i Vrhovni upravni sud¹⁹), kao i prvostepenih i drugostepenih sudova, kojim se potvrđuje da su načela Evropske konvencije i prethodna sudska praksa Evropskog suda uzete u razmatranje i implementirane.

Važno je primetiti da se u Grčkoj, prema stanovištu Vrhovnog suda, kršenja Evropske konvencije i evropskog zakonodavstva moraju ispitati *ex officio* od strane svih sudova. To znači da su sve sudije dužne da poznaju i uzmu u obzir sudsku praksu kako evropskih sudova (Evropskog suda i Suda pravde EU) tako i prethodnu sudsku praksu domaćih sudova koja se odnosi na relevantna pitanja.

Sudsku praksu Vrhovnog suda karakteriše tendencija usvajanja interpretativnih rešenja do kojih je došao Evropski sud za ljudska prava kad

17 Videti, D. Kanellopoulos, Conference in: Symposium of the Movement of citizens for an open society, The Greek courts and the case-law of the ECtHR, Kinisi politon, 2011, p. 24, http://www.kinisispoliton.gr/wp-content/uploads/2014/03/125219_APEDDA1.pdf.

18 Vrhovni (građanski i krivični) sud se zove „*Areios Pagos*“; ima različite građanske i krivične odseke.

19 Vrhovni upravni sud se zove *Symvoulia Epikrateias* = Državni savet. Prati sličan model *Conseil d'Etat*-a Francuske.

god dođe do problema sa primenom Evropske konvencije, često sa direktnom referencom na sudsku praksu Evropskog suda. Grčki sudija se, kao onaj koji sprovodi Evropsku konvenciju poziva da prilagodi grčke zakone najnovijim trendovima jurisprudencije Evropskog suda u Strazburu. To takođe doprinosi ograničavanju broja predmeta koji se podnose Evropskom sudu. U isto vreme se postiže harmonizacija grčkog pravnog sistema sa zahtevima jedinstvene vladavine prava na evropskom nivou; vladavine prava koja zahteva zaštitu ljudskih prava kao primarni iskaz demokratskog napretka u Evropi. U slučajevima kada odredbe grčkog zakona ne štite ljudska prava adekvatno, Vrhovni sud donosi odluke prateći tumačenje odredbi Evropske konvencije o ljudskim pravima od strane Evropskog suda²⁰.

Sudska praksa Vrhovnog upravnog suda (Državni savet) je odigrala važnu ulogu u oblikovanju srži opštih načela. To je stvorilo kompletan sistem opštih načela prava, što je uticalo ne samo na rad uprave, već i na ustavni život zemlje. Važno je napomenuti da odredbe koje sadrži tekst grčkog Ustava, u suštini ilustruju pravna načela izvedena iz sudske prakse Državnog saveta u duhu tumačenja Evropske konvencije od strane Evropskog suda. Poslednjih godina u sve više i više odluka, uključujući i odluke Vrhovnih sudova, sudije se direktno pozivaju na sudsku praksu Evropskog suda²¹.

20 Videti, Stavroula Ktistaki, *The implementation of the European Convention on human rights from the State Council*, Athens: Ant. Sakkoulas Publ., 2009. godina.

21 Neki dobri primeri odluka Vrhovnog upravnog suda koji se pozivaju na sudsku praksu Evropskog suda su: Odluka 545/2007 (referenca na predmet *Gaygusuz v. Austrije* od 16.9.1996. godine i *F. Q. Zapata v. Spain* od 1998/04/03, u odnosu na čl. 14 Evropske konvencije); Odluka 1405/2007 (referenca na *Engel and others v. Netherlands* od 1976/06/08, *Pellegrin v. France* od 1999/12/08, *Zcan v. Turkey* od 15.5.2001. godine i *Kepka v. Poland* od 2000/11/07, u odnosu na čl. 6 stav 1 Evropske konvencije i čl. 2 Protokola 7); Odluka 124/2008 (referenca na *Mathieu, Mohin and Clerfayt v. Belgium* u odnosu na čl. 10 stav 1 Evropske konvencije.); Odluka 143/2008 (referenca na: 1) *Greek Distilleries and Andreadis v. Greece* od 9.12.1994. godine, 2) *Papageorgiou v. Greece* od 22.10.1997. godine, 3) *Zielinski et al. v. France* od 28.10.1999. godine, 5) *Agoudimos v. Greece* od 28.9.2001. godine, 6) *Smokovitis et al. v. Greece* od 11.7.2002. godine, 7) *National and Provincial Building Society et al. v. UK* od 23.10.1997. godine, 8) *OgisInstitut Stanislas v. France* od 27.8.2004. godine, 9) *Velli-Makri v. Greece* od 4.9.2003, 10) *Saint-Adam et Millot v. Fransuske* od 2.8.2006. godine i 11) to *Vezone v. France* od 13.9.2006. godine, u odnosu na čl. 6 stav 1 Evropske konvencije); Odluka 781/2009 (referenca na *Meidani v. Greece* u odnosu na čl. 1 Protokola 1); odluka 3457/2012 (referenca na *Scoppola v. Italy* od 17.9.2009. godine, u odnosu na čl. 7 Evropske konvencije); odluka

U poslednjih nekoliko godina evaluacija sudske prakse Vrhovnog suda u smislu direktnog pozivanja na sudsku praksu Evropskog suda je veoma pozitivna. Dok je u 2001. godini pozivanje na Evropsku konvenciju i sudsku praksu Evropskog suda prisutno u 20 predmeta Vrhovnog upravnog suda, za deset godina praksa Evropskog suda je navedena (vidljiva) u više od 120 predmeta²².

U skladu sa tim, sudska praksa Vrhovnog građanskog i krivičnog suda se takođe fokusira i na načela, onako kako su zaštićena Evropskom konvencijom²³, kao što su npr. načela pravičnog suđenja i zabrane samooptuživanja, s obzirom da su ovo proceduralne garancije nadzakodavne vlasti sa širokim zaštitnim opsegom. S obzirom na činjenicu da je glavna okosnica čuvanja ovih principa u grčkom zakonu član 6 stav. 1 Evropske konvencije, kao što ga tumači Evropski sud, sistematska analiza jurisprudencije Evropskog suda se uzima u obzir od strane Vrhovnog suda u srodnim predmetima²⁴.

Članovi Evropske konvencije, poput člana 6 stav 1, koji garantuje pravo na pravično suđenje, i člana 1 Protokola 1 Evropske konvencije, u odnosu na imovinu su češće korišćeni i primenjivani od strane grčkih sudova, a naročito od strane Vrhovnog suda i to u čak 45% slučajeva²⁵. Takođe je zanimljivo napomenuti da, dok se pozivanje na čl. 6 stava 1 Evrop-

5382/2012 (referenca na: 1) *Lingens v. Austrije* od 8.7.1985. godine, 2) *Editions Plon v. France* od 18.5.2004. godine i 3) *Rizos and Daskas v. Greece* od 27.5.2005. godine, u odnosu sa članove 8 i 10 Evropske konvencije); odluka 2374/2013 (referenca na *Stavropoulos v. Greece* od 27.9.2007. godine i 2) *Paraponiaris v. Greece* od 25.9.2008. godine, u odnosu na čl. 6 stav 2 Evropske konvencije).

22 Eug. Prevedourou, *The impact of the ECHR in the trials before the State Council*, Nomiki Vivliothiki Publs, Series of Library of Theory & Practice of Administrative Law (9), 2012, str. 1223–1315.

23 U odluci 2/2014 Vrhovnog suda (krivična sekcija) u kojoj se poziva na praksu Evropskog suda, presuđeno je da Sud ne može odbaciti žalbu optuženog u vezi sa oduzimanjem nepokretnosti zbog toga što nema poznato prebivalište samo na osnovu dokaza o obaveštenju o osporenoj odluci, bez procene drugih elemenata podnetih sudu a kod kojih se adresa optuženog pojavljuje. Na ovaj način sud je prekršio odredbu člana 6 stava 1 Evropske konvencije, prema kojoj, kada građani nemaju saznanja o optužbama nemaju razloga da obaveste tužilaštvo o bilo kakvoj promeni njihove adrese.

24 Th. Papakyriakou, *The principle of non self-incrimination in Greek legal order in the light of the recent case-law of the ECtHR*, Atina: Izdanje Nomiki Vivliothiki, 2009.

25 Eug. Prevedourou, *The impact of the ECHR in the trials before the State Council*, *op. cit.*

ske konvencije često primenjuje u kombinaciji sa odgovarajućim članovima grčkog Ustava²⁶, dotle se sudovi pozivaju na član1 Protokola 1 bez navođenja ustavnih odredbi. To ne znači da za grčke sudove pozivanje na čl. 6 stav 1 Evropske konvencije ima supsidijarni karakter, bez obzira na činjenicu što u mnogim presudama to jeste bio slučaj. Međutim, u slučaju direktne primene Evropske konvencije Vrhovni sud se primarno poziva na, i primenjuje sudsku praksu Evropskog suda kako bi protumačio odredbu (Konvencije) a samim tim je zaštita ljudskih prava potpunija. Na primer, Vrhovni sud je koristio šire tumačenje čl. 6 stava 1 Evropske konvencije, usvajajući i garantujući specifične aspekte prava onako kako su razvijani na temelju sudske prakse Evropskog suda, poput prava na postojanje suda i pristup istom; zahteva za poštovanje načela nepristrasnosti i nezavisnosti suda; pravo da se bude saslušan; načelo ravnopravnosti stranaka; ili zahtev da se poštuje načelo javnosti. Sistematska primena ovog prava od strane Vrhovnog suda upotpunjuje usklađenost zakonodavstva sa evropskim standardima, počevši sa novinama koje je uvela Evropska konvencija a koje se tiču ispravnog primenjivanja pravde, kroz odredbe upravnog i krivičnog procesnog prava²⁷.

Kroz gorenavedene primere direktne primene odredaba Evropske konvencije vidimo kako je ovaj način primene Evropske konvencije od strane sudova u direktnoj vezi sa integracijom i primenom sudske prakse Evropskog suda.

Danas se sudska praksa Evropskog sud, preko HUDOC-a, dostupna svim sudijama, jer svi sudovi u Grčkoj imaju pristup HUDOC-u. Osim putem interneta, odluke Evropskog suda od opšteg interesa distribuiraju se svim prvostepenim sudovima na grčkom jeziku. Prvostepeni i drugostepeni sudovi su takođe povezani sa bazom podataka Vrhovnog suda Grčke koji sadrže domaću sudsku praksu²⁸.

Osim toga, Državni savet izdaje Bilten o presudama Evropskog suda na grčkom jeziku koji distribuira svojim sudijama. Takođe često organizuje događaje (seminare, kolokvije, radionice, konferencije) za svoje članove što doprinosi njihovoj kontinuiranoj obuci zajedno sa Nacionalnom

26 Na primer, odluka br. 3633/2004 Skupštine Vrhovnog upravnog suda.

27 Kao što je na primer regresiranje predviđeno čl. 53–57 Zakona br. 4055/2012, garantuje mogućnost da se traži obeštećenje u slučaju prekoračenja razumnog roka suđenja.

28 www.areiospagos.gr.

školom za sudije. Među događajima u organizaciji Državnog Saveta su i kolokviji između sudija Državnog saveta i Evropskog suda²⁹.

Pravni savet države (*Nomiko Symvoulío tou Kratous*)³⁰ takođe doprinosi procesu harmonizacije prevođenjem svih presuda Evropskog suda na grčki jezik i distribuiranjem istih preko svoje baze podataka³¹. Osim toga, organizuje mnoge seminare i simpozijume svake godine.

Mere za harmonizaciju sudske prakse se takođe primenjuju na nivou edukacije sudija i tužilaca od strane Nacionalne škole za sudije koji takođe učestuju u programu Saveta Evrope HELP³². Program ima za cilj inkorporaciju Evropske konvencije i sudske prakse Evropskog suda u nastavni plan i program škola za sudije i tužioce i uopšte u organizaciju obuke sudija i tužilaca država članica.

Komiteet za pravne poslove i ljudska prava Saveta Evrope³³ naglašava važnost dobre obuke za pravne stručnjake o Evropskoj konvenciji, kao što je tumači Evropski sud. To zahteva da sudska praksa Evropskog suda bude dostupna na jeziku koji pravni stručnjaci svake države stranke mogu razumeti.

Pored toga, Nacionalna škola za sudije provodi kontinuiranu obuku (obuka za čitav život) sudija i tužilaca preko seminara organizovanih u saradnji sa drugim evropskim institucijama za obrazovanje i obu-

29 Videti, M. Pikramenos (ur.), *The ECtHR and the State Council in a continuous dialogue*, Zapisnik sa kolokvija organizovanog u Atini 22.4.2013. godine, Sakkoulas A.E. izdanje iz 2013. godine.

30 Prema članu 100A Ustava, Pravni savet države je ustanovljen je i regulisan Ustavom. Pravni savet države je jedinstveni, vrhovni autoritet države koji direktno izveštava ministra finansija (član 1 Zakona 3086/2002). Uglavnom je nadležan za pravnu podršku i zastupanje javnih i državnih interesa.

31 Ova baza podataka je dostupna svima: www.nsk.gr.

32 Od 2006. godine Svet Evrope je uspostavio program HELP (Evropski program za obrazovanje o ljudskim pravima za pravne stručnjake), u skladu sa Preporukom (2004) 4 Komiteta ministara, Brajtonskom deklaracijom iz 2012 i Rezolucijom 1982 (2014) Parlamentarne skupštine. Glavni cilj ovog programa je jačanje kapaciteta sudija, advokata i tužilaca u svih 47 država članica, kako bi primenjivali Evropsku konvenciju u svakodnevnom radu. Videti: <http://helpcoe.org/>.

33 Michel J. P. (izvestilac), „The European Convention on Human Rights: the need to reinforce the training of legal professionals“, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Council of Europe, Report Doc. 13429, 18 February 2014, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=20533&lang=EN>.

ku sudija i tužilaca, kao što je *Evropska mreža za obuku u pravosuđu* (EJTN)³⁴ koja je, međutim, usmerena na harmonizovanje sa pravom Evropske unije.

Polaznici Nacionalne škole za sudije takođe učestvuju u *takmičenju THEMIS*³⁵ koje EJTN³⁶ organizuje svake godine. Takva takmičenja takođe doprinose harmonizaciji prava i jurisprudencije na evropskom nivou.

Treće poglavlje: Zaključci i preporuke

A. Zaključci

Na pitanje da li je nacionalni sudija odgovorio svojoj ulozi, da implementira i inkorporira Evropsku konvenciju, možemo odgovoriti potvrdno – da jeste, imajući u vidu kvantitativne podataka iz proteklih nekoliko godina, s obzirom na sve veći broj presuda u kojima se pominje Evropska konvencija i sudska praksa Evropskog suda. Naročito Vrhovni sudovi deluju veoma upoznati i sa tekstom Evropske konvencije i sa tumačenjem njenih odredbi kroz praksu Evropskog suda. Dosledna primena Evropske konvencije od strane nacionalnih sudova zahteva dobro poznavanje presuda Evropskog suda. Imajući ovo u vidu, ovom smeru učenje o relevantnim temama u Nacionalnoj školi za sudije nije samo pozitivno, već i potrebno. Pored uobičajenih vidova edukacije pravnika i kontinuirane obuke za sudije i tužioce, nekoliko drugih vrsta aktivnosti se organizuje svake godine kako bi se poboljšalo korišćenje Evropske konvencije, pre svega kroz kroz više seminara i obuka koje uključuju nacionalne i međunarodne predavače i aktivnosti podizanja svesti. Osim toga, kontinuirana saradnja Nacionalne škole za sudije sa evropskim institucijama i njihovo uključivanje u obuke za sudije, kao i razvoj i dostupnost različitih obuka i resursa (baze podataka, priručnici,

34 Evropska mreža za obuku u pravosuđu (EJTN) ima sedište u Briselu i finansira je Evropska komisija i godišnji doprinosi njenih članova.

35 Tokom 4 dana, 10 timova iz cele Evrope brani svoje pisane radove i raspravlja o spornim pitanjima sa kolegama iz drugih timova, kao i okupljenim članovima žirija. Tokom takmičenja, svaki tim ima 90 minuta da odbrani svoj pisani rad i stav o spornim pitanjima.

36 Grčka je učestvovala u raspravi sa radom „Sudije i društveni mediji: Upravljanje rizicima“ i zauzela treće mesto nakon odabira finalista u polufinalu. http://www.ejtn.eu/Documents/THEMIS%202015/List_of_teams_2015.pdf.

uključujući (HELP) materijal) koji su dostupni na grčkom, jača nivo profesionalnih vještina i znanja o standardima Evropske konvencije među sudijama. Napori koje ulažu Vrhovni sudovi u sistematizovanu i redovno ažuriranu bazu podataka sudskih odluka i preporuka, kao i u prevode odluka Evropskog suda uz obezbeđen slobodan pristup svim profesionalcima, doprinose tome da sudije i drugi pravni stručnjaci imaju pristup potrebnim informacijama kako bi pravilno primenili Evropsku konvenciju u svojim profesionalnim delatnostima.

Međutim, i dalje ima prostora za poboljšanje, kako bi nacionalni sudovi direktno primenivali Evropsku konvenciju i kontinuirano se pozivali na sudsku praksu Evropskog suda u cilju smanjenja broja slučajeva pred Evropskim sudom i poboljšanja efikasne primene Evropske konvencije.

B. Preporuke

Što se tiče glavnog pitanja, odnosno kako možemo sprečiti da se Evropski sud kontinuirano bavi istim kršenjima ljudskih prava, iako je značenje standarda Konvencije često sasvim jasno u svetlu prethodnih slučajeva o kojima je Evropski sud odlučivao, postoji niz preporuka koje treba uzeti u obzir:

1. Odgovor na postavljeno pitanje leži u efikasnoj primeni načela '*res interpretata*' u odnosu na autoritet presuda Evropskog suda³⁷. Princip se odnosi na dužnost nacionalnih zakonodavaca i sudova da uzmu u obzir Evropsku konvenciju kao što je tumači Evropski sud u Strazburu – čak u presudama koje se tiču kršenja koje su se dogodila u drugim zemljama³⁸.

Uspešna primena ovog načela zavisi od dva uslova. Prvi je da nacionalna zakonodavna tela i sudovi treba da budu upoznati sa, i da pružaju dužnu pažnju sudskoj praksi

37 Evropski sud, 1979. godina, u *Marckx v. Belgium* i 1981. godina, u *Dudgeon v. United Kingdom*.

38 Izvestilac PACE-a, Christos Pourgourides, je srčano zastupao uvažavanje interpretativnog autoriteta presuda Evropskog suda na konferenciji o načelu supsidijarnosti, Skopje, 1–2 oktobra 2010 „The interpretative authority (res interpretata) of the Strasbourg Court’s judgments: compilation of background material“, AS/Jur/Inf (2010) 04, http://assembly.coe.int/Committee-Docs/2010/20101125_skopje.pdf.

Evropskog suda, uključujući i slučajeve u vezi sa drugim zemljama. Drugi uslov je da Evropski sud primeni odgovarajući stepen samoograničenja pri tumačenju Konvencije, poštujući polje slobodne procene država potpisnica koje je sam (Evropski sud) ustanovio u svojoj dobro utvrđenoj praksi. To se posebno odnosi na osetljive predmete koji se tiču osnovnih moralnih pitanja ili duboko ukorenjenih nacionalnih tradicija, kao što je slučaj *Lautsi protiv Italije*³⁹. Evropski sud je jedino telo koje ima autoritet da tumači Evropsku konvenciju. Član 19 Konvencije jasno govori o ovome⁴⁰. Da bi to bilo moguće, relevantne presude Suda u Strazburu moraju biti dostupne zakonodavnim i sudskim vlastima u svim zemljama na koje se potencijalno mogu primeniti – i to na jeziku koji razumeju one od kojih se očekuje da će ih uzeti u obzir. U nekim državama članicama postoje „oddeljenja za praćenje sudske prakse“ Evropskog suda kao što je to slučaj u Ministarstvu pravde Grčke.

2. Takođe je važno za nacionalne skupštine da se uspostave „specifični mehanizmi i procedure za efikasan parlamentarni nadzor sprovođenja presuda Evropskog suda na osnovu redovnih izveštaja od strane odgovornih ministara“ kao što i nalaže rezolucija 1516 (2009, § 22.1), Parlamentarne Skupštine, ne ograničavajući se samo na slučajeve koji uključuju dotične zemlje.
3. Grčki sudija bi kao sprovodilac Evropske konvencije o ljudskim pravima trebalo da prilagodi grčke zakone najnovijim trendovima jurisprudencije Evropskog suda. Osim toga, najviši nacionalni sudovi imaju obavezu da na konstantnoj osnovi osiguraju da su niži sudovi upoznati sa strazburškom sudskom praksom i da je poštuju.
4. S druge strane, domaće vlasti očekuju da Evropski sud zauzima stavove koji su koherentni i da obezbedi solidnu sudsku praksu tako da oni mogu sa sigurnošću donositi odluke

39 Evropski sud, *Lautsi and others v. Italy* (predstavka br. 30814/06), 18. mart 2011. godine.

40 Videti presudu *Opuz v. Turkey* od 9. juna 2009. godine (predstavka br. 33401/02), „... imajući u vidu da Sud daje konačno autoritativno tumačenje prava i sloboda defiisanih u Odeljku 1 Konvencije, Sud će razmotriti da li su nacionalne vlasti dovoljno uzete u obzir načela koja proizilaze iz njegovih presuda oko sličnih pitanja, čak i kada se tiču drugih država“ (§ 163).

o situacijama koje su predmet spora bez rizika od kasnijeg nepriznavanja.

5. Tamo gde se postavljaju trnovita pitanja u vezi sa tumačenjem, nacionalne vlasti moraju pokušati da pokažu otvorenost, čak i ekstraverziju, inkorporiranjem sadržaja evropskih standarda i elemenata uporednog prava iz drugih država članica u njihove rasprave. S tim u vezi, države očekuju da Evropski sud bude transparentan u pogledu dostupnih podataka o uporednom pravu i da objasni skalu za procenu konsenzusa i identifikovanje njegovog pojavljivanja.
6. U skladu sa svojim pozitivnim obavezama, nacionalne vlasti moraju osigurati opipljivu i efikasnu zaštitu garantija sadržanih u Evropskoj konvenciji protiv bilo kojeg oblika javne inercije ili bilo kakvog uplitanja treće strane u ostvarivanje prava. U tom smislu, važno je da Evropski sud precizira prirodu i opseg ovih pozitivnih obaveza i kako ih uskladiti sa načelom supsidijarnosti, i gde je to moguće, sa postojanjem nacionalnog polja slobodne procene ili evropskim konsenzusom.
7. Tamo gde se nacionalni sudovi i Evropski sud razlikuju u svojoj (pro)ceni nacionalne vlasti moraju da se uključe u lojalni i konstruktivni dijalog. Tamo gde ova razlika proizlazi iz odluke nižeg suda, relevantni nacionalni vrhovni sud(ovi) moraju u potpunosti odigrati svoju ulogu regulatora, i to eksplicitnom primenom kriterijuma tumačenja identifikovanih u ustanovljenoj sudskoj praksi suda u Strazburu. Ovaj „domaći“ dijalog između nižih i vrhovnih sudova bi makar povremeno trebalo da pruži priliku da se ustanove relevantni kriterijumi za procenu/ balansiranje različitih interesa koji su u pitanju.⁴¹
8. Takođe je ključno kombinovati inicijative javnih vlasti sa kontinuiranom reformom unutrašnjeg funkcionisanja Evropskog suda. Kao što je naglašeno u Brajtonskoj deklaraciji⁴², značajan napredak je već postignut u davanju

41 Kao što je prikazano u presudi Evropskog suda *Von Hannover v. Germany* od 24. juna 2004. godine (Predstavka br. 59320/00).

42 Videti, Evropski sud, konferencija na visokom nivou o budućnosti Evropskog suda za ljudska prava, Brajtonska deklaracija, 19–20 april 2012. godine, str. 5: http://www.echr.coe.int/documents/2012_brighton_finaldeclaration_eng.pdf

prioriteta obradi predmeta i pojednostavljenju postupaka, naročito u odnosu na neprihvatljive ili tzv. repetitivne predstavke. Zahvaljujući tim naporima, broj nerešenih predstavlki je opao za 22% u 2013. godini i za 28% u periodu između januara i novembra 2014. godine.

9. Međutim, dodatni koraci se moraju načiniti u narednim godinama kako bi se poboljšala sposobnost evropskog sistema da brzo i efikasno rešava ozbiljna kršenja ljudskih prava. S tim u vezi, možda bi trebalo stvoriti mogućnost pod nadzorom Evropskog suda i Komiteta ministara da se predstavke pošalju nazad domaćim sudovima u slučajevima u kojima nije postupljeno u skladu sa jasnom i doslednom sudskom praksom Evropskog suda. Takav postupak bi omogućio da se umanju obim posla Evropskog suda i osnaže nacionalni sudovi.

Nacionalna primena Evropske konvencije o ljudskim pravima – primer Poljske

Dagmara Rajska

doktor nauka u oblasti ljudskih prava, Aix-Marseille Univerzitet (2013) i Univerzitet Cardinal Stephan Wyszyński u Varšavi (2015), advokat (Poljska).

Uvod	70
Poglavlje I Status i primena Evropske konvencije o ljudskim pravima	71
I. Poljska i Evropski sud u Strazburu, priča o nesavršenom ali skladnom i kreativnom braku.	71
II. Izvršiti ili ne izvršiti: to nije pitanje.	74
III. Monistički ili dualistički pristup pri sprovođenju Evropske konvencije o ljudskim pravima u Poljskoj?	76
Poglavlje II Upućivanje nacionalnih sudova na Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i primena Evropske konvencije od strane sudova u Poljskoj	78
I. Primeri primene Evropske konvencije u vezi sa zabranom diskriminacije	78
II. Primeri primene Evropske Konvencije u vezi sa pravom na pravično suđenje u razumnom roku	81
III. Upućivanje nacionalnih sudova na Evropsku konvenciju i na sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava.	84
Zaključci i preporuke	85

I. Zaključci.....	85
II. Preporuke	86

Uvod

Prema prof. Lechu Garlickom: „(...) demokratija ne može postojati bez pravilne primene ljudskih prava, naročito – političkih prava (izražavanje, udruživanje, okupljanje) i slobodnih izbora. Evropska konvencija i sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava pružaju širok spektar standarda i uslova. Od posebne važnosti su garancije slobode političkog izražavanja (uključujući različite forme okupljanja), neometano stvaranje političkih partija, pluralizam elektronskih medija i poslednje, ali nikako manje važno, nesmetano izražavanje volje svih glasača.“¹

Evropska Konvencija o ljudskim pravima (Evropska konvencija) je usvojena nakon Drugog svetskog rata jer su države naučile da nacionalni mehanizmi zaštite ljudskih prava mogu postati nedelotvorni i dovesti do zločina počinjenih od strane totalitarnih režima. U isto vreme, država je od samog početka bilo teško da prihvate spoljašnju kontrolu njihove moći nad sopstvenim građanima. Iz tog razloga su mehanizmi kontrole mnogo godina bili proceduralno ograničeni. Prvenstveno, države su zadržale pravo da priznaju ili ne priznaju pravo na ulaganje individualne predstavke pred organima u Strazburu. Drugo, do 1958. godine, kada bi predstavka bila podneta Evropskoj komisiji za ljudska prava, države su mogle da odluče da li žele ili ne da se postupak reši pred Evropskim sudom za ljudska prava (Evropski sud) ili pak žele da ga reše političkim putem pred Komitetom ministara. Od tada, bilo je mnoštvo reformi u vezi sa organizacijom Evropskog suda za ljudska prava.

19. januara 1993. godine, Poljska je ratifikovala Evropsku konvenciju o ljudskim pravima. U to vreme nakon perioda transformacije, Poljska je bila nova demokratija koja je želela da se približi evropskim vrednostima. Pratila je vođstvo drugih država kao što je Francuska, koja je imala

1 Garlicki L, *Democracy in the European Convention on Human Rights*, javno predavanje, Pravni Fakultet, Univerzitet u Hong Kongu, siže dostupan na: <http://www.law.hku.hk/ccpl/events/23-03-15LechGarlicki.pdf>, posećeno 1. decembra 2016. godine.

stabilniji zakonodavni sistem i dugu kulturu i tradiciju poštovanja ljudskih prava. Prema Wojciechu Sadurskom: „pristupanje centralnih i istočnoevropskih država sistemu Evropske konvencije o ljudskim pravima je bilo ujedno i pretnja i zavetovanje sistemu. Pretnja nije proizašla samo iz značajnog uvećanja broja država članica i opterećenosti slučajevima, već takođe i iz nestajanja konsenzusa, koji je prvobitno, pretpostavljen od strane sistema za zaštitu ljudskih prava u Zapadnoj Evropi: prvobitni članovi Saveta Evrope su bili „istomišljenici“ i sistem Konvencije nije predstavljao izazov njihovim unutrašnjim aparatima za zaštitu ljudskih prava.“²

Ova studija opisuje i analizira proces sprovođenja Evropske konvencije o ljudskim pravima u Poljskoj, uspehe i iskustva koji služe kao pouka za ubuduće. Ima za cilj da prepozna dalje izazove za pravni i pravosudni sistem u Poljskoj.

Poglavlje I

Status i sprovođenje Evropske konvencije o ljudskim pravima u Poljskoj

1. Poljska i sud u Strazburu, priča o nesavršenom ali skladnom i kreativnom braku...

Sa formalne, pravne tačke gledišta, Evropska konvencija o ljudskim pravima je međunarodni sporazum. Shodno članu 9 poljskog Ustava³: „Republika Poljska će poštovati međunarodno pravo kojim je obavezana“. To znači da njena ratifikacija rezultira pravnom međunarodnom obavezom za sprovođenje njenih odredbi. Pravila primene i tumačenja Evropske konvencije su utvrđena opštim pravom ugovora, koje je kasnije kodifikovala Bečka konvencija o pravu međunarodnih ugovora od 23.

- 2 Sadurski W, „Partnering with Strasbourg: Constitutionalization of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments“, EUI Working papers, Law, 2008/33, dostupno na: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/9887/LAW_2008_33.pdf;jsessionid=9E4439D0BA38FF5EEC1AF3F3FEC5F00A?sequence=1, posećeno 13. novembra 2016. godine.
- 3 Član 9, Poljski Ustav od 2. aprila 1997. godine, dostupno na: <http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>.

maja 1969. godine⁴. Države imaju pravo da stave rezerve na ugovore i imaju na raspolaganju polje slobodne procene, doktrinu koju je stvorio Evropski sud za ljudska prava, koja se odnosi na prostor za manevrisanje u ispunjavanju obaveza proisteklih iz Evropske konvencije za države ugovornice i pruža im ograničeno pravo „da odstupe od obaveza koje su postavljene u Konvenciji“.⁵

Odnos koji nacionalni sudovi i drugi organi imaju sa evropskim institucijama ne bi trebalo ni u kom slučaju da se smatra kao konflikt normi ili sudske prakse nego treba da se shvati kao interakcija ili potreba za relevantnim tumačenjem.⁶ Da bi se pružilo malo fleksibilnosti državama ugovornicama kada izvršavaju svoje obaveze zaštite ljudskih prava i zato što međunarodni ugovori nemaju za cilj da uskrate državama ugovornicama njihov suverenitet, primena Evropske konvencije se može nijansirati primenom mnogih mehanizama koji dobro funkcionišu. Ovo upražnjeno mesto – uključujući „dijalog nacionalnih i međunarodnih sudija“ – je veoma važno da bi se postigli dogovori u kompleksnim slučajevima koji obuhvataju mnoštvo aktera i interesa iz različitih sektora, bez sukoba ili dolaska u bezizlaznu situaciju pri promeni političkog i ekonomskog konteksta.

Sudska praksa vezana za slobodu izražavanja može poslužiti kao primer za dijalog sudija. Sloboda izražavanja, jedan od najvažnijih principa demokratskog društva, zaštićena je članom 54, stav 1 Ustava Poljske⁷ i članom 10 Evropske konvencije. S obzirom da su odredbe slične, Ustavni sud i Evropski sud bi trebalo slično da obrazlože principe ali među njima postoje odstupanja. Na primer, smatralo se da je autorizovanje izjava za

4 Bečka Konvencija o pravu međunarodnih ugovora od 23. maja 1969. godine, dostupno na: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>, posećeno 1. decembra 2016. godine.

5 *Greece v. United Kingdom*, br. 176/56, 20. jun 1956. godine, vidi takođe: Greer S., *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*, Savet Evrope, jul 2000. godine [http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-17\(2000\).pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-17(2000).pdf).

6 Sudre F., *Convention européenne des droits de l'homme et ordre juridique interne, Les droits de l'homme et la nouvelle architecture de l'Europe*, Institut du droit de la paix et du développement, Nikeja, 1991. godina, str. 42.

7 Član 54 Ustava Poljske od 2. aprila 1997.: 1. Sloboda da se izrazi mišljenje, da se primi i širi informacija biće obezbeđena svakome. 2. Preventivna cenzura sredstava društvene komunikacije i izdavanje dozvola štampi biće zabranjeno. Statuti mogu zahtevati potvrdu dozvole za rad radio ili televizijske stanice.

novine u skladu sa Ustavom⁸. Tri godine kasnije, Evropski sud za ljudska prava je u istom slučaju utvrdio povredu člana 10 Evropske konvencije⁹ i kritikovao argumente korišćene u presudi Ustavnog suda¹⁰.

Kontrola Evropskog suda ostaje subsidijarna u poređenju sa nacionalnim mehanizmima i zasnovana je na dva osnovna principa: iscrpljivanju domaćih pravnih lekova u slučaju kršenja prava zaštićenih Evropskom konvencijom (član 35 § 1 Evropske konvencije) i pravu da se dobije brza, adekvatna i delotvorna kompenzacija na nacionalnom nivou radi obeštećenja povrede (član 41 Evropske konvencije). Ovi principi su nedavno pomenuti u slučaju *Rutkowski i drugi protiv Poljske*¹¹.

Iz ovih razloga, potrebno je „da jednom za svagda napustimo verovanje da je (Evropski sud) samo vrsta superapelacionog suda koji radije kritički razmatra pojedinačne odluke nego zakone u država članicama. Ovaj preokret ka kvaziustavnoj ulozi koja je više od jednostavne identifikacije pogrešnih pojedinačnih odluka sve do tačke sistemskih pravnih nedostataka, pokrenuli su sistemski problemi unutar novih država članica, što je takođe olakšano saradnjom između Evropskog suda i nacionalnih ustavnih sudova“¹².

Pojava takozvanih „pilot-presuda“ je najbolja i najnovija ilustracija ovog trenda. Način na koji nacionalni sudovi mogu da stvore *de facto* savez sa Evropskim sudom, efektivno „probija pravnu ličnost države“ i postavlja Evropski sud kao kvaziustavnog sudsko telo na panevropskom nivou.¹³

Procedura pilot-presuda je razvijena kao tehnika ustanovljavanja strukturnih problema koji obuhvataju slučajeve koji se ponavljaju, a proizilaze iz zajedničke disfunkcije na nacionalnom nivou. U ovakvoj situaciji Evropski sud bira najučestaliji slučaj, ili slučajeve, kao prioritet za pi-

8 Presuda, Ustavni sud, 29. septembar 2008. godine, br. 52/05.

9 *Wizerkaniuk v. Poland*, br. 18990/05, 5. jul 2011.

10 Głowska D., 'Dialog między Trybunałem Konstytucyjnym a Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w sprawach dotyczących swobody wypowiedzi', u: Wyrozumska A., *Swoboda orzekania sądów międzynarodowych*, Katedra Europejskiego Prawa Konstytucyjnego, Łódź 2014. godina, str. 21–34, dostupno na: <http://www.wpia.uni.lodz.pl/zeupi/Publikacje/Anna%20Wyrozumska%20red.%20%20Swoboda%20orzekania%20w%20prawie%20mi%20mi%20C4%99dzynarodowym.pdf>, posećeno 1. decembra 2016.

11 *Rutkowski and others v. Poland*, nos. 72287/10, 13927/11, 46187/11, 7. jul 2015.

12 *Ibid.*, 3.

13 *Ibid.*, 3.

lot-presudu da bi identifikovao sistemske probleme i da bi državi dao jasne naznake opštih mera koje treba da se usvoje/ preduzmu da bi se rešio problem koji se nalazi u srži ove disfunkcije. U isto vreme, sud može da odluči da zamrzne druge relevantne slučajeve na određeni vremenski period dok država traži rešenje ovog problema i obezbedi da interesi pravde budu zaštićeni¹⁴.

Procedura pilot-presude je posebno važna u slučaju Poljske jer je prethodnik ove vrste procedure pred Evropskim sudom. Prvi slučaj koji se razmatrao pod procedurom pilot-presude je bio *Broniowski protiv Poljske*¹⁵ u vezi neuspešnog preduzimanja mera da se kompenzuju ljudi koji su morali da napuste imanja zbog repatrijacije „teritorija iza reke Bug“ nakon Drugog svetskog rata. To je bio strukturni problem koji se ticao 80.000 ljudi. Sud je kasnije konstatovao da je donet novi zakon da bi se rešili slučajevi ovog tipa. U *Hutten-Czapska protiv Poljske*¹⁶, predmet se ticao restriktivnog sistema kontrole kirije koji je uspostavljen zakonom donetim u bivšem komunističkom režimu i maksimalne visine kirije toliko niske da se nisu mogli pokriti čak ni troškovi održavanja zgrade. Ovaj strukturni problem se ticao nekih 100.000 ljudi. Veilko veće je kasnije konstatovalo¹⁷ da je donet novi zakon da bi se rešili slučajevi ovog tipa. Na kraju, najskorija pilot presuda, *Rutkowski i drugi protiv Poljske*¹⁸, u vezi tužbe podnosioca da je dužina postupka pred sudovima u Poljskoj u njihovim slučajevima bila prekomerna i da su mere kojima bi se ublažila ova situacija na nacionalnom nivou bile neodgovarajuće. Sud je uputio /preneo oko 650 podnesaka Vladi Poljske i pritom joj je dao dvogodišnji vremenski limit za postupke u tim slučajevima i obezbeđenje obeštećenja svim žrtvama.

II. Monistički ili dualistički pristup u sprovođenju Evropske konvencije o ljudskim pravima u Poljskoj?

Država nije u obavezi da inkorporira Evropsku konvenciju u svoj unutrašnji pravni poredak, ova obaveza je rezultat odredaba Ustava koje čine srž eventualnog prvenstva Evropske konvencije. Neki autori sma-

14 Evropski sud, Factsheet (Pregled prakse), Pilot judgments (pilot presude), dostupno na: http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_ENG.pdf posećeno 1. decembra 2016. godine.

15 *Broniowski v. Poland*, br. 31443/96, 22. jun 2004. godine.

16 *Hutten-Czapska v. Poland*, br. 35014/97, 19. jun 2006. godine.

17 *Hutten-Czapska v. Poland*, br. 35014/97, 18. april 2008. godine (GC).

18 *Ibid.*, 10.

traju paradoksalnom situaciju da države nisu u obavezi da priznaju direktne efekte Evropske konvencije čak iako imaju korist od njene efikasnosti¹⁹. Ni Evropska konvencija niti Evropski sud ne ukazuju na način koji bi trebalo da odaberu države da bi njihovo postupanje bilo u skladu sa Evropskom konvencijom; to što je eksplicitno rečeno u presudama *James i drugi*²⁰ i *Lithgow i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*²¹: „Suština navedenih prava i sloboda mora biti zagarantovana domaćim pravnim poretkom, u ovoj ili onoj formi, svima unutar nadležnosti država ugovornica“. Snaga uticaja Evropske konvencije na domaći pravni poredak zavisi uglavnom od dva aspekta²²: 1. Iznadzakonskog položaja Evropske konvencije unutar domaće hijerarhije izvora prava koji stavljaju Evropsku konvenciju iznad drugih kontradiktornih, već usvojenih nacionalnih zakona; 2. Samo-sprovodećeg/ samoizvršnog karaktera odredbi Evropske konvencije i njihove direktne primene od strane nacionalnih sudova.

Dualistički ili monistički pristup sistemu sprovođenja ljudskih prava u državi je kritičan za raspodelu nadležnosti između zakonodavca, izvršne vlasti i sudova. Zavisi od unutrašnjeg efekta međunarodnog ugovora, statusa međunarodnih ugovora o ljudskim pravima i ovlašćenja sudova. Postoji zajednička odgovornost izvršne vlasti, zakonodavne vlasti i pravosuđa u sprovođenju međunarodnih ugovora o ljudskim pravima²³.

Ukoliko država usvoji monistički pristup, međunarodni ugovor o ljudskim pravima postaje deo domaćeg pravnog poretka i njegove norme imaju samo-sprovodeći /samoizvršni karakter. To znači da se međunarodne odredbe mogu osporiti direktno pred nacionalnim organima i

19 Coussinat-Coustène V., *Convention européenne des droits de l'homme et droit interne: primauté et effect direct*, C.E.D.H, éditions Némens, 1992. godina, str. 12.

20 *James and others v. United Kingdom*, br. 8793/79, § 84.

21 *Lithgow and others v. United Kingdom*, nos. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, § 205.

22 Caligiuri A., Napoletano N., 'The application of the ECHR in the domestic orders', esej dostupan na: https://www.academia.edu/633695/The_Application_of_the_ECHR_in_the_Domestic_Systems.

23 *Rizveštaj o sprovođenju ugovora o međunarodnim ljudskim pravima u domaćem pravu i uloga sudova*, Venecijska komisija, Rim 10–11. oktobar 2011. godine, dostupno na: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf-file=CDL-AD\(2014\)036-e \(§85\) posećeno 2. decembra 2016. godine](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf-file=CDL-AD(2014)036-e (§85) posećeno 2. decembra 2016. godine).

da ih oni primenjuju. Međunarodni pravni instrumenti uključuju ugovore, običajno pravo i opšte principe prava i ugovore koji nisu inkorporirani. Takvi instrumenti imaju prioritet nad zakonima u slučaju gde postoji konflikt normi ali u kom nije sigurno da li imaju ili ne prioritet nad Ustavom²⁴.

Član 91 Ustava Poljske od 2. aprila 1997. godine garantuje direktnu primenu Evropske konvencije²⁵: 1. Nakon proglašenja u Službenom glasniku Republike Poljske (*Dziennik Ustaw*), ratifikovan međunarodni sporazum će činiti sastavni deo domaćeg pravnog poretka i biće direktno primenljiv osim ukoliko njegova primena ne zavisi od donošenja statuta. 2. Međunarodni sporazum ratifikovan na osnovu prethodne statutorne saglasnosti imaće prednost nad statutima ukoliko takav sporazum ne može biti pomiren sa odredbama takvih statuta. 3. Ako sporazum koji je ratifikovala Republika Poljska omogućava otvaranje međunarodne organizacije, zakoni doneti po tom osnovu primenjivaće se direktno i imaće prednost u slučaju konflikta prava.

III. Izvršiti ili ne izvršiti: to nije pitanje

Kada je Poljska potpisala i ratifikovala Evropsku konvenciju, ona je prihvatila obavezu da sprovodi njene odredbe i prihvatila je nadležnost Evropskog suda. Evropska konvencija je međunarodni sporazum ratifikovan uz prethodnu statutornu saglasnost u skladu sa članom 91 Ustava. U slučaju kada odredbe Evropske konvencije nisu u skladu sa statutom, odredbe Evropske konvencije imaju prioritet nad tim statutom.

Ne postoji obaveza, u Konvenciji, da se ponovo otvore sudski postupci, iako je Komitet ministara Saveta Evrope to predložio 19. januara 2000. godine. Međutim, postupak se može ponovo otvoriti u određenim situacijama u skladu sa zakonom. Kao odgovor na gore pomenutu preporuku, Poljske vlasti su 7. aprila 2006. godine objavile izveštaj o izvršenju presuda Evropskog suda.

24 *Miejsce prawa międzynarodowego w polskim porządku prawnym*, dostupno na: <http://www.groczjusz.edu.pl/Materials/skrypt/03.pdf> posećeno 2. decembra 2016. godine.

25 Član 91, Ustav Poljske od 2. aprila 1997. godine, dostupan na: <http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm> posećeno 4. decembra 2016. godine.

Što se tiče krivičnih postupaka, u članu 540 § 3 Zakonika o krivičnom postupku Poljske navedeno je da se postupci ponovo otvaraju u skladu sa odlukom međunarodnog organa osnovanog na osnovu međunarodne Konvencije koju je ratifikovala Poljska. Ova odredba je primenjiva pod uslovom da Poljski sud koji je zadužen za slučaj smatra da se donetom nacionalnom presudom krše odredbe Evropske konvencije²⁶.

Krivični postupci gde se postavljaju slična pitanja, u kojima je Evropski sud za ljudska prava utvrdio povredu Evropske konvencije, mogu biti ponovo otvoreni pred nacionalnim sudovima²⁷. Ovo je važan korak ka smanjenju broja zahteva podnetih Evropskom sudu i način da se smanji broj presuda kojima se krše odredbe Evropske konvencije.

Što se tiče upravnih postupaka, pravo na njihovo ponovno otvaranje nakon presude Evropskog suda kojom je utvrđeno kršenje Evropske konvencije predviđeno je u članu 272 § 3 poljskog Zakona o postupcima pred upravnim sudovima.

Međutim, pravo na ponovno otvaranje upravnih postupaka se daje samo strankama u međunarodnim postupcima i ne može se primeniti *per analogiam* na druge slične postupke jer odlaganje da se podnese zahtev za ponovno otvaranje postupka počinje da teče od dana uručenja presude stranci u međunarodnim postupcima²⁸.

Na kraju, što se tiče građanskog postupka, ne postoji pravo na ponovno otvaranje postupka u skladu sa članom 401 § 1 i 2 Zakonika o građanskom postupku u skladu sa tumačenjem Vrhovnog suda od 30. novembra 2010. godine²⁹.

26 Rezolucija, Vrhovni sud, 24. novembar 2005. godine, br. III KO 10/05.

27 Odluka, Vrhovni sud, 16. jul 2013. godine, br. III KO 118/12; Rezolucija, Vrhovni sud, 24. jun 2014. godine, br. I KZP 14/14.

28 *A contrario* što se tiče ponovnog otvaranja slučajeva nakon presude Evropskog suda u sličnim situacijama: Odluka, Vrhovni upravni sud, 8. novembar 2013. godine, II GSK 2031/13.

29 Rezolucija sedam sudija, Vrhovni sud, 30. novembar 2010. godine, br. III CZP 16/10; za detaljniju analizu zakonodavstva i sudske prakse u ovom predmetu vidi: Rajska D., Bzdyń A., Ryngielewicz K., „Reopening of judicial proceedings after the judgment of the European Court of Human Rights”, *Przeegląd sejmowy*, rok 23, nr. 2–127 (2015), p. 206–222, (prevod na francuski jezik ovog članka je dostupan u biblioteci Evropskog suda za ljudska prava).

Poglavlje II

Upućivanje nacionalnih sudova na Evropsku konvenciju i primena Evropske konvencije od strane sudova u Poljskoj

I. Primeri primene Evropske konvencije u vezi sa zabranom diskriminacije

Što se tiče primene Evropske konvencije, Poljske vlasti treba da uzmu u obzir i presude donete protiv drugih država članica u svetlu principa transverzalne primene Evropske konvencije (vidi na primer: *Salduz protiv Turske*³⁰ koji prati reforma policijskog pritvora u Francuskoj).

Gledajući neke primere sudske prakse poljskih nacionalnih sudova prethodnih godina, možemo videti da li su ili ne međunarodni standardi ljudskih prava o zabrani diskriminacije sprovedeni u domaćem pravnom poretku i kako poljski sudovi upućuju na Evropsku konvenciju i standarde Suda pravde EU.

Član 14 Evropske konvencije propisuje: „uživanje prava i sloboda koji su navedeni u ovoj Konvenciji biće osigurano bez diskriminacije po bilo kom osnovu kao što su pol, rasa(...)“. Stoga, rasa je osnov diskriminacije eksplicitno izražen u Evropskoj konvenciji. Presuda Regionalnog suda u Katowicama od 12. oktobra 2006. godine³¹, može da posluži kao primer slučaja u vezi sa diskriminacijom zasnovanoj na rasnoj osnovi. Turski državljanin je pretučen i zlostavljan na osnovu boje svoje kože. Počinilac ovog incidenta je osuđen za napad i za pretnju pojedincu na osnovu njegove rase (član 119 § 1 i član 158 § 1 Krivičnog zakonika Poljske). Nacionalni sudovi su reagovali u skladu sa standardima brze, nepristrasne i efikasne istrage utvrđene u *Beganović protiv Hrvatske*³² i *Koky i ostali protiv Slovačke*³³.

Iako član 14 Evropske konvencije ne navodi posebno seksualnu orijentaciju, invaliditet i godine kao zaštićene osnove, Evropski sud eksplicitno navodi da su oni uključeni u „druge osnove“ zaštićene članom 14. Međutim, još uvek postoje slučajevi u kojima nacionalni sudovi u Polj-

30 *Salduz v. Turkey*, 27. novembar 2008. godine, br. 36391/02.

31 Presuda, Regionalni sud u Katowicama, 12. oktobar 2006. godine, br. VK 117/06.

32 *Beganović v. Croatia*, 25. jun 2009. godine, br. 46423/06.

33 *Koky et al v. Slovakia*, 12. jun 2012. godine, br. 13624/03.

skoj nisu kaznili ili obešteli diskriminaciono ophođenje na osnovu ovih osnova.

U *Ireneusz M. protiv X s.p.o.o.*, slučaj u vezi sa diskriminacijom na osnovu seksualne orijentacije na radnom mestu, tužilac³⁴, koji radi u supermarketu, je otpušten zbog svoje homoseksualne orijentacije. 18. juna 2012. godine, Okružni sud u Slubicama je delimično prihvatio tužbu u skladu sa članom 18, 3a § 5 st. 2 Zakonika o radu Poljske. 27. novembra 2012. godine, Regionalni sud je potvrdio ovu odluku i dodelio tužiocu veću kompenzaciju uz objašnjenje da Direktiva 2000/78/EC zahteva da sankcije za diskriminaciju na osnovu seksualne orijentacije u zapošljavanju treba da budu efikasne i proporcionalne i da deluju preventivno³⁵. Iako nacionalni sudovi upućuju samo na standarde EU, ovo može poslužiti i kao primer dobre primene standarda Evropske konvencije što je utvrđeno u slučajevima *Lustig – Prean i Beckett protiv Ujedinjenog Kraljevstva*³⁶ i *Smith i Grady protiv Ujedinjenog Kraljevstva*³⁷.

U *Ryszard G. protiv X*, u vezi sa diskriminacijom na osnovu seksualne orijentacije, tužilac je bio žrtva suseda koji je bio izvršilac govora mržnje u vezi sa homoseksualnošću tužioca. 4. avgusta 2009. godine, Regionalni sud u Szczecinu je utvrdio da je govor mržnje narušio lična prava tuio-ca. 4. februara 2010. godine, Apelacioni sud je potvrdio ovu presudu³⁸. Sudovi nisu posebno upućivali na standarde Evropske konvencije, ali su oni primenjeni implicite u skladu sa *Vejdeland ei drugi protiv Švedske*³⁹ (*vidi takođe: Bayev protiv Rusije*⁴⁰).

Presuda Regionalnog suda Warsaw Śródmieście od 16. novembra 2010. godine u vezi diskriminacionog ophođenja na osnovu nacionalnosti⁴¹. Okrivljeni se žalio domaćim sudovima na diskriminaciju pri zaposle-

34 U tekstu, reč tužilac odnosi se na lice koje je podnelo tužbu zbog povrede prava.

35 Presuda, 18. jun 2012. godine, Okružni sud u Slubicama, br. IV P 30/11; Presuda, Regionalni sud, 27. novembar 2012. godine, br. VI Pa 56/12.

36 *Lustig – Prean and Beckett v. United Kingdom*, 12. jun 2012. godine, br. 31417/96.

37 *Smith and Grady v. United Kingdom*, nos. 33985/96, 33986/96, 27. septemba 1999. godine.

38 Presuda, Regionalni sud u Szczecinu, 4. avgust 2009. godine, br. IC 764/08; Presuda, Apelacioni sud, 4. februar 2010. godine, I ACa 691/09.

39 *Vejdeland and others v. Sweden*, 9. februar 2012. godine, br. 1813/07.

40 *Bayev v. Russia*, br. 67667/09 objavljeno 16. oktobra 2010. godine.

41 Presuda, Regionalni sud Warsaw Śródmieście, 16. novembar 2010. godine, br. VIII P 511/10.

nju zbog svoje nacionalnosti. Podnosilac je ispunio sve uslove za ovo radno mesto ali nije imao poljsko državljanstvo. S obzirom da posao nije bio povezan sa izvršnim vlastima, strano državljanstvo okrivljenog nije objektivno ili opravdan osnov da se on eliminiše kao kandidat u postupku regrutovanja. Stoga je Regionalni sud utvrdio da je ophođenje prema podnosiocu bilo diskriminatorno. Shodno praksi Evropskog suda, „različito ophođenje je diskriminatorno shodno članu 14 (čl. 14) ako ono „nema objektivno i razumno opravdanje“, tj ukoliko nema „legitimni cilj“ ili ako ne postoji „razumni odnos proporcionalnosti između upotrebljenih sredstava i cilja koji je trebalo da se postigne“. Štaviše, države ugovornice uživaju određeno polje slobodne procene u proceni da li ili ne i u kojoj meri razlike u inače sličnim situacijama opravdavaju različito ophođenje. Međutim, treba da se izlože veoma ubedljivi razlozi pre nego što Sud može da razmatra različito ophođenje isključivo na osnovu nacionalnosti kao kompatibilno sa Konvencijom (*Gagusz protiv Austrije*⁴², vidi takođe: *Quing protiv Portugalije*⁴³)“.

28. septembra 2011. godine, Apelacioni sud u Varšavi je utvrdio da je zabrana ulaska osobe sa psom vodičem u restoran diskriminacija po osnovu invaliditeta⁴⁴. U ovakvoj situaciji, zaštita prava tužioca trebala bi šire da se razmatra u Poljskoj nego po osnovu Evropske konvencije. U *Mólka protiv Poljske*⁴⁵, podnosilac sa teškim invaliditetom se žalio na nemogućnost pristupa i morao je da se osloni na svoja invalidska kolica da bi stigao do biračkog mesta gde je nameravao da glasa na opštinskim izborima. Glasački listić nije mogao da se iznese van prostorija biračkog mesta i nije bilo nikoga da unese podnosioca u biračko mesto. Sud je utvrdio da podnosilac nije posebno dokazao da drugi ljudi nisu mogli da mu pomognu da uđe na biračko mesto. S obzirom da je ovo bio izolovan incident, predstavka po osnovu povrede člana 8⁴⁶ je proglašena neosnovanom. U predmetu *Fracaş protiv Rumunije*⁴⁷, nedostatak odgovarajućeg pristupa sudu za osobe sa invaliditetom nije bio kršenje prava na pristup sudu jer je bilo drugih načina komunikacije sa sudom osim ličnog ulaska u zgradu suda. Slučaj je proglašen neosnovanim.

42 *Gagusz v. Austria*, br. 17371/90, 16. septembar 1996. godine, § 42.

43 *Quing v. Portugal*, br. 69861/11, 5. novembar 2015. godine, § 82.

44 Presuda, Apelacioni sud Varšava, 28. septembar 2011, br. I Aca 300/11.

45 *Mólka v. Poland*, br. 56550/00, 11. april 2006.

46 Podnosilac predstavke se žalio da je situacija uticala na kvalitet njegovog privatnog života.

47 *Fracaş v. Romania*, br. 32596/04, 14. septembar 2010.

Problem pristupa javnim zgradama je takođe široko poznat u drugim zemljama kao na primer, u Crnoj Gori.

10. decembra 2008. godine, slepom advokatu koja je radila u servisu za podršku opštinske skupštine Crne Gore uskraćen je pristup njenom radnom mestu u trenutku kada je došla, kao po običaju, sa svojim psom vodičem. U to vreme, nacionalno zakonodavstvo je dozvoljavalo upotrebu psa vodiča; osoba sa invaliditetom je podnela tužbu zbog uskraćivanja pristupa radnom mestu protiv gradonačelnika Podgorice koji je doneo odluku o zabrani ovog pristupa. Februara 2012. godine, Viši sud Crne Gore je potvrdio presudu Osnovnog suda i naredio da se slepom advokatu omogući pristup zvaničnim prostorijama na radnom mestu. 2012. godine, Osnovni sud u Podgorici je takođe kaznio restoran jer je zabranio pristup očigledno slepoj osobi sa psom vodičem⁴⁸.

II. Primeri primene Evropske Konvencije u vezi sa pravom na pravično suđenje u razumnom roku

Zakon od 17. juna 2004. godine o tužbi zbog kršenja prava da se slučaj ispita u sudskom postupku bez neosnovanog odlaganja⁴⁹ stupio je na snagu 27. septembra 2004. Odnosi se samo na slučajeve u toku pred nacionalnim sudskim organima. Zakon od 20. februara 2009. godine o izmenama i dopunama Zakona o tužbi zbog kršenja prava da se slučaj ispita u sudskom postupku bez neosnovanog odlaganja⁵⁰, koji je stupio na snagu istog dana (20. februara 2009. godine) proširio je domet delovanja i predvideo pripreme postupke u proceni dužine trajanja postupka. U isto vreme zakonodavac je povećao maksimalni iznos kompenzacije. Uprkos postojećim nacionalnim pravnim lekovima, i dalje su

48 Rajska D., *Zabrana diskriminacije na osnovu invaliditeta u Crnoj Gori u svetlu Evropskog suda za ljudska prava i sudske prakse Suda ravde Evropske Unije*, Savet Evrope, Crna Gora, 2016.

49 Zakon od 17. juna 2004. godine o tužbi zbog kršenja prava na ispitivanje slučaja u sudskom postupku bez neosnovanog odlaganja, (ustawa o skardze na naruzsenie prawa strony do rozpoznanie sprawy w postępowaniu sądownym bez nieuzasadnionej zwłoki), Službeni glasnik, 2004, br. 179 tačka. 1843.

50 Zakon od 20. februara 2009. godine o izmenama i dopunama Zakona o tužbi zbog kršenje prava na ispitivanje slučaja u sudskom postupku bez neosnovanog odlaganja, (Ustawa o zmianie ustawy o skardze na naruzsenie prawa strony do rozpoznanie sprawy w postępowaniu sądownym bez nieuzasadnionej zwłoki), Službeni glasnik, 2009, br. 61, stavka 498.

se Evropskom sudu podnosile predstavke zbog prekomerne dužine trajanja sudskih postupaka⁵¹.

Pilot presuda *Rutkowski i drugi protiv Poljske* (gore navedena) je podsetnik da „neuspeh u rešavanju slučaja u razumnom roku ne mora da bude rezultat greške ili propusta od strane pojedinačnog sudije ili tužioca. Postoje situacije gde su odlaganja rezultat neuspeha države da stavi dovoljno sredstava na raspolaganje pravosuđu ili nedostataka domaćih propisa koji se odnose na organizaciju pravosudnog sistema ili sprovođenje zakonskih postupaka“⁵². Evropski sud stoga sugeriše vlastima da treba da preduzmu mere, i organizacionog i zakonodavnog karaktera, na osnovu temeljne analize ključnih faktora koji dovode do velikog broja zaostalih slučajeva.

Glavna briga je da brzina postupka ne bi trebalo da bude uzrok eventualnih grešaka sudije. Ako je ovo slučaj, ne samo da će postupak biti duži, zbog vraćanja na ponovno suđenje od strane viših sudova nego i pravednost postupka shodno članu 6 Evropske konvencije može biti narušena.

Ponovo, u presudi *Rutkowski i drugi protiv Poljske*, sud se poziva na sledeće: „Iako sud nije u mogućnosti da analizira kvalitet sudske prakse domaćih sudova, vraćanje slučajeva na ponovno ispitivanje se obično određuje kao rezultat grešaka koje su napravili niži sudovi. Ponavljanje takvih naloga (za ponovno ispitivanje) unutar jednog postupka otkriva manjkavost sudske prakse. Štaviše, ovaj nedostatak se pripisuje vlastima a ne podnosiocima (vidi, među mnoštvom ostalih, *Wierciszewska protiv Poljske*⁵³, *Matica protiv Rumunije*⁵⁴ i *Vlad i drugi protiv Rumunije*⁵⁵)“⁵⁶.

Postoje još neki problemi koje je moguće identifikovati pri delotvornoj primeni Evropske konvencije na nacionalnom nivou, kao što su pretera-

51 'Prekomerna dužina sudske prakse u sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava', Rajska D., Klaudiusz R., *Przegląd sądowy*, 2015. godina; Rajska D., V. Petrović Škero, *Zaštita prava na suđenje u okviru razumnog vremenskog roka u sudske postupku*, Savet Evrope i Vrhovni kasacioni sud Srbije, 2015.

52 *Rutkowski and others v. Poland*, § 184.

53 *Wierciszewska v. Poland*, br. 41431/98, 25. novembar 2003. godine, § 46.

54 *Matica v. Romania*, br. 19567/02, § 24, 2. novembar 2006.

55 *Vlad and others v. Romania*, nos. 40756/06, 41508/07 i 50806/07, § 133, 26. novembar 2013.

56 *Rutkowski and others*, § 149.

ni formalizam u slučaju podnosioca koji nije dovoljno dobro opravdao činjenične i pravne okolnosti od značaja za slučaj. Na primer, 13. marta 2013. godine, Apelacioni sud u Lublinu je odbacio slučaj u vezi sa krađom drva u postupku pokrenutom 7. februara 2006. godine a koji je do tada trajao osam godina i dvadeset dana⁵⁷.

Nacionalni sudovi su dugo imali tendenciju ka „fragmentaciji postupka“ kada su ispitivali dužinu postupka. Naime, cenili su samo trajanje u odnosu na instancu kada je tužilac podneo tužbu a ne celinu postupka.. Na primer, 22. avgusta 2012. godine, Apelacioni sud Katowice je utvrdio da je u obavezi da uzme u obzir samo drugostepeni postupak i da zane-mari prvostepeni postupak⁵⁸.

Postoje takođe slučajevi u kojima dužina postupka nije bila ispitana od njihovog početnog dana već na primer, od datuma kada je tužba naj-skorije odbijena⁵⁹.

Ovi primeri pokazuju kako nacionalni sudovi tumače zakon iz 17. juna 2004. godine i da to tumačenje ne odgovara duhu Evropske konvenci-je. Korak napred ka boljem usklađivanju je konačno napravio Vrhovni sud koji je izdao rezoluciju sedam sudija donetu 28. marta 2013. godi-ne⁶⁰, u kojoj je objašnjeno da celokupna dužina postupka treba da se uzme u obzir.

Kao odgovor na presudu u predmetu *Rutkowski protiv Poljske* koju je do-neo Evropski sud, Ministarstvo pravde je pripremlilo izmenu i dopunu Zakona 17. juna 2004. godine, koju je nedavno odobrilo Veće ministra-ra. Iznos kompenzacije je povećan i u budućnosti će nacionalni sudovi uzimati u obzir celokupnu dužinu trajanja postupka (ne samo instancu kada je tužba podneta)⁶¹.

Komesar za ljudska prava Saveta Evrope je pozdravio učinjeni napredak u oblasti primene prava na pravično suđenje u razumnom roku u Polj-

57 Presuda, Apelacioni sud Lublin, 13. mart 2013. godine, br. II S 5/13.

58 Presuda, Apelacioni sud Katowice, 22. avgust 2012. godine, br. II S 47/12.

59 Na primer, slučaj br. II S 18/12.

60 Rezolucija sedam sudija, Vrhovni sud, 28. mart 2013. godine, br. III SPZP 1/13.

61 Projekat Ministarstva pravde za novi Zakon o pravičnom suđenju bez neo-snovanog odlaganja, dostupno: <https://www.premier.gov.pl/wydarzenia/decyzje-rzadu/projekt-ustawy-o-zmianie-ustawy-o-skardze-na-naruszenie-prawa-strony-do-0.html> posećeno 2. decembra 2016.

skoj. U međuvremenu, Poljska je smanjila dužinu trajanja sudskih postupaka i upotrebu i trajanje pritvora u prethodnom postupku⁶².

III. Upućivanje nacionalnih sudova na Evropsku konvenciju i na praksu Evropskog suda za ljudska prava

U vezi pitanja koliko često se nacionalni sudovi pozivaju na Evropsku konvenciju ili presude Evropskog suda, postoje dve grupe presuda. Prva, najvišeg suda u Poljskoj: Ustavni sud Poljske – često upućuje na Evropsku konvenciju i analizira interakcije između nacionalnih i međunarodnih instrumenata zaštite ljudskih prava. Druga, u poređenju sa Ustavnim sudom, Vrhovni sud i Vrhovni upravni sud ne prave tako često takva upućivanja. U međuvremenu, obični sudovi retko upućuju na odredbe Evropske konvencije ili praksu Evropskog suda..

Drugi problem, koji se ponekad javlja u nacionalnoj sudskoj praksi je pogrešno tumačenje ili nedostatak pravne analize ključnih principa sudske prakse Evropskog suda i relevantnih precedenata koje bi nacionalni sudovi trebalo efikasno da primene nakon upućivanja na relevantnu praksu Evropskog suda.

Primena Evropske konvencije može da se uoči u praksi Ustavnog suda i Vrhovnog suda. Ustavni sud igra važnu ulogu u sprovođenju presuda Evropskog suda; najčešće upućuje i na ustavne i na odredbe Konvencije. Nekad čak i šire tumači ustavom garantovanu zaštitu pojedinačnih prava u odnosu na garantije iz Konvencije.⁶³

Ukoliko upućuju na sudsku praksu Evropskog suda, redovni sudovi to i dalje čine više se pozivajući na poljsku doktrinu koja referira na jurisprudenciju Evropskog suda nego što direktno upućuju na odredbe Evrop-

62 Izveštaj Nilsa Muižnieksa, Komesara za ljudska prava Saveta Evrope, nakon njegove posete Poljskoj 9. februara 2016. godine, dostupno na: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2940490&SecMode=1&DocId=2376250&Usage=2>; u istom izveštaju, Komesar je i dalje bio zabrinut oko nezavisnosti i funkcionisanja Ustavnog suda; nedavnih izmena i dopuna Zakonika o krivičnom postupku i Zakonika o tužilaštvu; javnog medijskog servisa i novog zakona o prismotri koji, po Komesaru, izaziva zabrinutost oko usklađenosti sa međunarodnim pravom ljudskih prava, str. 2 ff

63 Presuda Ustavnog suda Poljske, 16. mart 1999, SK 19/98, OTK 1999 br. 3, str. 36, dostupno na http://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/66155/38_Konrad_Gieron.pdf posećeno 2. decembra 2016.

ske konvencije ili praksu Suda. Na primer, vidi presudu Regionalnog suda Wrocław Śródmieście od 8. decembra 2016.⁶⁴. U prošlosti, Vrhovni sud je uglavnom koristio ovu praksu kada je navodio sudsku praksu i izveštaje – uglavnom naznačene u doktrini – u svojim presudama. Na primer, videti rezoluciju sedam sudija od 18. oktobra 2001.⁶⁵. Vremenom je počeo da direktno primenjuje sudsku praksu Evropskog suda⁶⁶.

Nedavno, u slučaju kada Ustavni sud nije utvrdio nikakav nesklad između odredbi Ustava i odredbi Evropske konvencije, Vrhovni sud se bavio pitanjem podudaranja pravnih odredbi. Međutim, zaključio je da je Ustavni sud taj koji je nadležan da odlučuje o tome u skladu sa članom 188 Ustava i članovima 2 i 41–45 Zakona o Ustavnom sudu od 1. avgusta 1997⁶⁷.

Zaključci i preporuke

I. Zaključci

Poljska je potpisala Evropsku konvenciju 26. novembra 1991. godine i ratifikovala je 19. januara 1993. Shodno članu 91 Ustava Poljske, Evropska konvencija je direktno primenjiva u domaćem pravnom poretku jer se smatra međunarodnim sporazumom ratifikovanim uz prethodno odobrenu statutarnu saglasnost u skladu sa gore pomenutim odredbama Ustava Poljske. Poljska ima monistički sistem primene Evropske konvencije. To je sistem koji je utvrdio prioritet međunarodnih sporazuma, posebno Evropske konvencije o ljudskim pravima, bez jasne naznake mesta ovih međunarodnih sporazuma u odnosu na Ustav.

Pravo da se ponovo otvore postupci nakon što je doneta presuda u surotnosti sa Evropskom konvencijom utvrđeno je članom 540 § 3 Zakonika o krivičnom postupku Poljske i članom 272 poljskog Zakona o postupcima pred upravnim sudovima. Još uvek nije moguće ponovo otvoriti postupak po članu 401 §§ 1 i 2 Zakonika o građanskom postupku, uglavnom zato što je cilj da se zaštite prava druge strane u ovim

64 Presuda, Regionalni sud Wrocław Śródmieście, 8. decembar 2016, br. IX C 1093/15.

65 Presuda, 18. oktobar 2001, br. I KZP 25/2001, str. 13.

66 Na primer: Presuda od 3. oktobra 2014, br. V CSK 281/14.

67 Zakon o Ustavnom sudu, 1. avgust 1997. godine, SC, 6. maj 2016. godine, I CSK 364/15.

postupcima. Mogućnost ponovnog otvaranja postupka nakon presude Evropskog suda je važna mera za efikasno sprovođenje odredaba Evropske konvencije.

Zakonodavac i nacionalni sudovi igraju ključnu ulogu u sprovođenju Evropske konvencije. Poljski zakonodavac je redovno inicirao zakonodavne reforme prateći pilot presudu *Broniowski protiv Poljske*⁶⁸ ili pilot presudu *Rutkowski protiv Poljske*. Kao opštu meru, država je usvojila nove zakone sa pravnim lekovima za žrtve kršenja ljudskih prava prozrokovane sistemskim nedostacima pravnog sistema Poljske. Sudski sistem je drugi odlučujući faktor za efikasno sprovođenje Evropske konvencije, npr. u vezi sa problemom „fragmentacije postupka“. Tumačenje Vrhovnog suda je ispravilo pogrešno tumačenje nacionalnih sudova koji su uzimali u obzir jedino dužinu postupka u instanci u kojoj je žalba uložena, umesto uzimanja u obzir ukupnog trajanja. To je problem za koji je nažalost bilo potrebno četiri godine – od trenutka kada je zakon donet 2009. godine pa sve do 2013. godine kada je Vrhovni sud konačno doneo rezoluciju. U ovom vremenskom periodu, pred Evropskim sudom se našlo 650 predstavi u vezi prekomerne dužine postupka. Problem je konačno otklonjen i na zakonodavnom nivou, jer je Ministarstvo pravde podnelo nacrt zakona koji je Veće ministara usvojilo.

Postoji nekoliko primera dobre prakse od strane nacionalnih sudova u oblasti zabrane diskriminacije. Na primer, kao što je gore navedeno, pogledati slučaj slepe osobe koja nije mogla da uđe sa svojim psom vodičem u restoran ili čoveka koji je otpušten zbog svoje seksualne orijentacije.

Najviši sudovi, naročito Ustavni sud, igraju važnu ulogu u sprovođenju Evropske konvencije. Ustavni sud kontroliše ustavnost time što upućuje na relevantne odredbe Evropske konvencije, kao na primer na član 6 Evropske konvencije kada se slučaj odnosi na član 42 Ustava (pravo na pravično suđenje).

II. Preporuke

Iako je Poljska država članica Saveta Evrope i Evropske Unije, i dalje postoji značajna potreba za edukacijom pripadnike pravničke profesije. Najbolja opcija bi bila da se potreba za obukom dovede u vezu sa dodatnim obukama koje se odnose na Evropsku konvenciju.

68 *Broniowski v. Poland*, br. 31443/96, 22. jun 2004.

Postoji potreba za početnom, trajnom i obukom na zahtev. Obuka mora ispratiti česte zakonske izmene koje se poslednjih godina u Poljskoj brzo dešavaju. Glavna polja interesovanja su: opšta ljudska prava, međunarodno pravo i njegovo mesto u nacionalnom pravnom sistemu, primena međunarodnih normi od strane sudija i ustavna sudska praksa (posebno u oblasti ljudskih prava), uključujući sprečavanje diskriminacije. Platforma za razmenu znanja i iskustva bi se mogla obezbediti putem konferencija, okruglih stolova i drugih javnih dešavanja. Važno je podizanje kapaciteta Centra za pravosudnu obuku, posebno imajući u vidu savetnike u sudovima, organizaciona poboljšanja, studijske posete unutar regiona, Savetu Evrope i drugim relevantnim državama. Obuka za trenere treba da se obezbedi sudijama viših sudova, sudijama Ustavnog suda, tužiocima na višim položajima, sudijama osnovnih sudova, tužiocima, savetnicima sudija i tužilačkim pomoćnicima. Poboljšanje saradnje sa pravnim fakultetima je ključno za dalji dugoročni razvoj ljudskih prava u Poljskoj.

Status i primena Evropske konvencije o ljudskim pravima u Republici Srbiji

prof. dr Ivana Krstić

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Uvodne napomene	89
1. Status Evropske konvencije u pravnom poretku Republike Srbije	91
1.1. Primat međunarodnog prava nad unutrašnjim pravom	91
1.2. Neposredna primena Evropske konvencije	93
1.3. Tumačenje odredbi o ljudskim i manjinskim pravima garantovanim u Ustavu	94
2. Primena Evropske konvencije u praksi	95
2.1. Direktna primena Evropske konvencije	95
2.2. Načelno pozivanje na Evropsku konvenciju	99
2.3. Pogrešno pozivanje na Evropsku konvenciju	100
2.4. Detaljnije pozivanje na Evropsku konvenciju	101
Preporuke za bolju primenu Evropske konvencije	102

Uvodne napomene

Unošenje normi međunarodnog prava u unutrašnji pravni poredak zavisi od rešenja sadržanog u ustavu. Međunarodno pravo ne sadrži pravila o načinu na koji će država ispuniti svoje me-

đunarodne obaveze prihvatanjem odgovarajućeg međunarodnog instrumenta, zbog čega se zakonodavac, sudovi i pojedinci svake zemlje suočavaju s brojnim kompleksnim konceptualnim i doktrinarnim pitanjima koja se tiču uloge i položaja međunarodnog prava u unutrašnjem pravnom sistemu.¹ Međutim, međunarodno pravo je jasno u pogledu obaveza koje država preuzima na međunarodnom planu, a koje ne zavise od unutrašnjih normi. Član 26. Bečke konvencije o ugovornom pravu jasno određuje da države treba dobronamerno da izvršavaju ugovore, dok član 27. predviđa da ugovornica ne može da se poziva na odredbe svog unutrašnjeg prava kako bi opravdala neizvršavanje ugovora.² Drugim rečima, država koja zbog nekih unutrašnjih prepreka ne poštuje obaveze preuzete iz međunarodnog ugovora, smatraće se odgovornom na međunarodnom planu prema drugim državama ugovornicama.³

Nakon Drugog svetskog rata donet je veliki broj međunarodnih konvencija iz oblasti zaštite ljudskih prava. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. godine, poznatija kao Evropska konvencija o ljudskim pravima (Evropska konvencija), jedan je od najvažnijih instrumenata iz oblasti zaštite ljudskih prava, koju je Republika Srbija ratifikovala 2003. godine.⁴ Evropska konvencija počela je da se primenjuje u odnosu na Republiku Srbiju 3. marta 2004. godine. Evropska konvencija sadrži niz prava i sloboda, koje države moraju garantovati svakom licu koje se nađe pod njihovom jurisdikcijom. Tako je i Republika Srbija dužna da preduzme sve potrebne mere kako bi omogućila neometano i delotvorno uživanje ljudskih prava i sloboda predviđenih Evropskom konvencijom, kao i da se uzdrži od akata kojima se

1 Videti više o ovome u J. L. Dunoff, S. R. Ratner, D. Wippman, *International Law – Norms, Actors, Process, A Problem Oriented Approach*, Apen Law and Business, 2009, p. 253.

2 Bečka konvencija o ugovornom pravu stupila je na snagu 1978. i do 1. decembra 2016. ima ukupno 114 država ugovornica. Republika Srbija je pristupila konvenciji 12. marta 2001. Tekst konvencije na engleskom jeziku dostupan je na http://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01p.pdf, 25.11.2016.

3 Ovaj stav zauzeo je još Stalni međunarodni sud pravde, (videti *Polish Nationals in Danzig*, PCIJ, Series A/B, no. 44 (1931), p. 24; *Free Zones Case*, PCIJ, Series A/B, no. 46, p. 167), a podržao ga je i Haški tribunal (videti *Blaskic case*, ICTY, decision of 3 April 1996, par. 7).

4 Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, „Službeni list SCG” – *Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005, 7/2005 – ispravka i „Službeni glasnik RS” – *Međunarodni ugovori*, br. 12/2010.

krše prava koja su garantovana Konvencijom. Još godine 1959. osnovan je Evropski sud za ljudska prava (dalje Evropski sud), koji je od 1. novembra 1998. godine ustanovljen kao stalni sudski organ sa sedištem u Strazburu, koji ima zadatak da nadzire poštovanje Evropske konvencije od strane država ugovornica. Standardi ustanovljeni u radu ovog Suda obavezujući su za Republiku Srbiju.

Ovaj rad ima zadatak da prvo objasni status međunarodnog prava u pravnom poretku Republike Srbije, a potom da objasni u kojoj meri se domaći sudovi oslanjaju i primenjuju standarde zaštite ljudskih prava ustanovljene u praksi Evropskog suda.

1. Status Evropske konvencije u pravnom poretku Republike Srbije

1.1. Primat međunarodnog prava nad unutrašnjim pravom

Ustav Republike Srbije sadrži više odredbi koje se odnose na međunarodno pravo, po čemu se izdvaja od većine drugih ustava. Međutim, u pogledu statusa međunarodnog prava, Ustav iz 2006. odstupa od rešenja sadržanog u prethodnom ustavnom dokumentu. Ustavna povelja Državne zajednice Srbija i Crna Gora⁵ sadržala je član 16. kojim je izričito priznat primat međunarodnog prava nad unutrašnjim:

„Ratifikovani međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava imaju primat nad pravom Srbije i Crne Gore i pravom država članica.“

Iako su ustavi, posebno u poslednjoj dekadi, intenzivno oblikovani pod dejstvom međunarodnog prava, što je najvidljivije u delovima ustava koji se odnose na ljudska prava, retki su ustavi koji daju apsolutni primat međunarodnom pravu nad unutrašnjim,⁶ a sudovi odbijaju da priznaju suprematiju međunarodnog prava nad ustavnim odredbama.⁷ I

5 Ustavna Povelja državne zajednice Srbija i Crna Gora, *Službeni list SCG*, br. 1/2003.

6 Kao primer može poslužiti Ustav Turkmenistana iz 2008, koji u članu 6. kaže da Turkmenistan priznaje primat opšte prihvaćenih normi međunarodnog prava.

7 Videti A. Peters, „Supremacy Lost: International Law Meets Domestic Constitutional Law“, *International Constitutional Law*, 3/2009, p. 171.

Ustav Republike Srbije odustaje od apsolutnog primata međunarodnog prava, pa tako član 16. stav 2. utvrđuje hijerarhiju pravnih normi i kaže da potvrđeni međunarodni ugovori moraju biti u skladu s Ustavom. I član 194. Ustava potvrđuje ovu hijerarhiju jer predviđa da zakoni i drugi opšti akti ne smeju biti u suprotnosti sa opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima.⁸ Pod prvim izvorom podrazumevaju se ugovori koji su prema utvrđenoj proceduri ratifikovani, dok se pod drugim izvorom zapravo podrazumeva međunarodno običajno pravo.⁹

Dakle, Ustav propisuje sledeću hijerarhiju pravnih normi: Ustav RS, međunarodno pravo, zakoni, podzakonska akta. Ustav u članu 167. stav 1. tač. 1. predviđa da Ustavni sud odlučuje o saglasnosti zakona i drugih opštih akata sa Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i prihvaćenim međunarodnim ugovorima, kao i o saglasnosti prihvaćenih međunarodnih ugovora sa Ustavom (član 167, st. 1, tač. 2), potvrđujući ovu hijerarhiju normi u pravnom poretku Republike Srbije. Imajući u vidu da je Republika Srbija ratifikovala Evropsku konvenciju, njen status u domaćem pravnom poretku jasno je određen prethodno navedenim odredbama: Konvencija se nalazi iza Ustava, ali iznad zakona i podzakonskih akata. Zakon može regulisati samo način ostvarivanja ljudskih prava ukoliko Ustav sadrži izričito ovlašćenje za postupanje zakonodavca i ukoliko je, zbog prirode određenog prava, neophodno da zakon reguliše način njegovog ostvarivanja.

Ustavi zemalja u regionu sadrže isto rešenje kao i Ustav Srbije. Tako, član 140. Ustava Republike Hrvatske predviđa da su međunarodni ugo-

8 Član 16. stav 2. i član 194. stav 4. sadrže različita ustavna pravila: „ne sme biti u suprotnosti“, odnosno „mora biti u saglasnosti“, što može biti povod za različite interpretacije ustavnih normi u praksi. Videti M. Pajvančić, *Komentar Ustava Republike Srbije*, Fondacija Konrad Adenauer, Beograd, 2009, 25.

9 Ovaj izvor prava priznat je u članu 38. stav 2. Statuta Međunarodnog suda pravde kao „dokaz opšte prakse koja je prihvaćena kao pravo“. U pitanju je nepisani izvor prava koji nastaje dugotrajnom, jednoobraznom praksom država i koji je praćen svešču o njegovoj obaveznosti. Da se radi o međunarodnom običajnom pravu potvrđuje i jedna odluka Ustavnog suda iz 2009. gde je sud naveo da se radi „o izvoru koji ili sadrži pravila ponašanja subjekata međunarodnog prava koja su nastala kao međunarodni običaj i odnose se na stalnu i jednoobraznu praksu država u odnosu na neke najopštije vrednosti ..., ili sadrže načela koja treba primenjivati ako nema detaljnijih pravila i na osnovu kojih treba postupati pri tumačenju drugih normi.“ Videti Rešenje ustavnog suda, IUŽ, br. 43/2009, od 9. jula 2009.

voru po pravnoj snazi iznad zakona, a njihove odredbe mogu se menjati ili ukidati samo uz uslove i na način koji su u njima utvrđeni, ili saglasno opštim pravilima međunarodnog prava.¹⁰ Ustav Republike Makedonije u članu 118. predviđa da međunarodni ugovori koji su ratifikovani u skladu s Ustavom predstavljaju deo unutrašnjeg pravnog poretka i ne mogu se menjati zakonom.¹¹ I prema članu II (2) Ustava Bosne i Hercegovine predviđeno je da se prava i slobode ustanovljene u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima direktno primenjuju u BiH i da imaju prioritet u odnosu na sve druge zakone.¹²

1.2. Neposredna primena Evropske konvencije

Savremeni ustavi imaju različit odnos prema važenju međunarodnog prava i grubo se mogu podeliti u monističke i dualističke sisteme.¹³ Dualistički sistemi počivaju na premisi da su međunarodno i unutrašnje pravo odvojeni sistemi, tako da norme međunarodnog prava nije moguće neposredno primenjivati, već se na ustavom propisan način moraju uneti u unutrašnji pravni poredak.¹⁴ S druge strane, monistički sistemi polaze od ideje o unutrašnjem i međunarodnom pravu kao delovima jedinstvenog sistema, te predviđaju da se norme međunarodnog prava neposredno primenjuju i da nema potrebe da se donosi poseban unutrašnji propis, koji bi potvrdio takav status međunarodnog prava.¹⁵

Ustav Republike Srbije prihvata tzv. monistički koncept, jer navedeni izvori predstavljaju sastavni deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju. To je vidljivo iz člana 18. stav 2. Ustava, kojim se

10 Ustav Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 28/2001.

11 Ustav Republike Makedonije, *Sl. vesnik na Republika Makedonija*, br. 1/92.

12 Ustav BiH, *Službene novine Federacije BiH*, br. 1/94.

13 Videti više o ovoj podeli i uvođenju treće podele u A. Cassese, *International Law*, Oxford University Press, 2001, pp. 162–165. Videti i J. R. Paust, *Basic Forms of International Law and Monist, Dualist, and Realist Perspectives* u M. Novakovic (eds.), *Basic Concepts*, pp. 244–265. O značaju podele na monističke i dualističke sisteme videti u A. Abashidze, *The Relationship between International Law and Municipal Law: Significance of Monism and Dualism Concepts*, u M. Novakovic (eds.), *Basic Concepts*, pp. 23–33.

14 Videti više u ovome u M. Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Beograd, 2011, str. 71–74. Vremenom se javila i treća, tzv. kompromisna teorija. O tome videti str. 74–75.

15 *Ibid.*, 72–75.

garantuje neposredna primena ljudskih i manjinskih prava „zajemčena opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima i zakonima“. Drugim rečima, Evropska konvencija se može direktno primeniti u unutrašnjem pravnom poretku, što može biti od posebne važnosti u slučaju postojanja pravne praznine ili zakonske, odnosno podzakonske norme, koja je u suprotnosti sa standardima koji proizlaze iz prakse Evropskog suda.

1.3. Tumačenje odredbi o ljudskim i manjinskim pravima garantovanim u Ustavu

Za razliku od većine drugih ustavnih dokumenata, Ustav Republike Srbije sadrži vrlo značajnu odredbu koja kaže da se norme iz oblasti ljudskih i manjinskih prava tumače u korist unapređenja vrednosti demokratskog društva, saglasno važećim međunarodnim standardima ljudskih i manjinskih prava, kao i praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje. Ovo je jedinstveno rešenje u regionu i treba pozdraviti što je ustavotvorac izričito naveo kao relevantnu i praksu nadzornih tela koja se bave ljudskim pravima, misleći na ovom mestu prvenstveno na praksu Evropskog suda i različitih UN komiteta koji se bave zaštitom ljudskih prava (na primer, Komitet protiv torture, Komitet za prava deteta, Komitet za ljudska prava i sl.). Čak i bez uvođenja ove odredbe, a imajući u vidu da Ustav sadrži samo uopštene norme kojima se garantuju ljudska prava i slobode, jasno je da se njihov domašaj određuje upravo u praksi Evropskog suda. Ipak, ovakva odredba predstavlja još jedan dokaz da je zakonodavac imao nameru da ukaže na značaj međunarodnih nadzornih tela iz oblasti zaštite ljudskih prava, koji inače imaju pravo na autentično tumačenje konvencija na osnovu kojih su osnovani. Govoreći o Evropskoj konvenciji, u slučaju *Lozidu protiv Turske*, posebno je naglašena uloga Suda kao „ustavnog instrumenta za evropski javni poredak“,¹⁶ koji daje autentično tumačenje Evropske konvencije i to tako što određuje sadržinu garantovanog prava i obim pozitivnih obaveza država.

Štaviše, Ustav u članu 145. stav 2. predviđa da se sudske odluke zasni-
vaju na Ustavu i zakonu, ali i na potvrđenom međunarodnom ugovoru
i propisu donetom na osnovu zakona. S druge strane, član 142. stav 2.

¹⁶ *Lozidou v. Turkey*, predstavka br. 40/1993/435/514, presuda od 23. februara 1995, par. 75.

Ustava kaže da sudovi „sude na osnovu Ustava, zakona i drugih opštih akata, kada je to predviđeno zakonom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima,“ gde je iz nejasnih razloga izostavljeno međunarodno pravo. Ovakva nekonzistentnost u regulisanju ove oblasti može izazvati i ambivalentan i nekonzistentan odnos domaćih organa prema međunarodnom pravu u praksi.

2. Primena Evropske konvencije u praksi

Iako je Evropska konvencija na osnovu Ustava hijerarhijski postavljena na veoma visoko mesto, odmah ispod Ustava, njena primena u praksi još uvek se može okarakterisati kao nedovoljna. Ovu činjenicu je u martu 2015. godine, na drugom Regionalnom forumu o vladavini prava, javno izrekao i tadašnji ministar pravde, ukazujući na to da još uvek postoji nedovoljno poznavanje Evropske konvencije i jurisprudencije Evropskog suda za ljudska prava, što dovodi i do velikog broja predstavljeni su odluke koje ilustruju stav o (ne) adekvatnom pozivanju na Konvenciju.

2.1. Direktna primena Evropske konvencije

Ono što se može sa sigurnošću zaključiti, to je da gotovo da nema presuda u kojima se sudovi u nedostatku nacionalne norme direktno pozivaju na međunarodnu normu. Drugim rečima, sudovi u najvećem broju slučajeva nisu spremni da međunarodne norme direktno primene u slučaju pravne praznine.¹⁸ U praksi nisu tako česte ni odluke u koji-

17 Videti Blic, Selaković: Primena Evropske konvencije retka u sudskoj praksi, 6. marta 2015, <http://www.blic.rs/vesti/drustvo/selakovic-primena-evropske-konvencije-retka-u-sudskoj-praksi/fn3q4t2>, 1.12.2016.

18 Videti, na primer, presudu Upravnog suda br. 8 U 3815/11 od 11. jula 2011. S druge strane, pozitivan primer predstavlja slučaj *Krsmanovača*, gde je radnik Sportsko rekreativnog centra iz Šapca onemogućio troje Roma u pokušaju da uđu na bazen isključivo zato što su Romi. Presudom u ovom slučaju Vrhovni sud Srbije je 2004. istakao obaveznost i direktnu primenljivost međunarodnih konvencija, jasno odredio pojam prava ličnosti i, konačno, prihvatio „testiranje“ kao merodavan način dokazivanja diskriminacije pred sudom, u trenutku kada ni jedan antidiskriminacioni zakon nije bio usvojen u Srbiji. U konkretnom slučaju, sud je pronašao da ratifikovani međunarodni ugovori čine sastavni deo

ma sudovi naglašavaju da je Evropska konvencija sastavni deo pravnog poretka Republike Srbije.¹⁹ Za razliku od ostalih sudova, Ustavni sud često ističe da je Evropska konvencija, koja je od značaja za odlučivanje u konkretnom predmetu, sastavni deo unutrašnjeg poretka. Međutim, kad god su odredbe međunarodnog ugovora istovetne sa Ustavom, Ustavni sud će povredu ceniti s pozivanjem na ustavnu odredbu. Ukoliko neko pravo nije garantovano Ustavom, onda će stajati i pozivanje na odredbu kojom se to pravo štiti. Na primer, u jednom zanimljivom predmetu u kojem je lice promenilo pol, opštinska uprava propustila je da izvrši upis promene podataka o polu u matičnu knjigu rođenih. Ustavni sud je ocenio da je opštinska uprava propustila da izvrši svoju „pozitivnu obavezu“ usklađivanja faktičkog i pravnog stanja i time prekršila član 23. Ustava kojim se garantuje pravo na dostojanstven i slobodan razvoj ličnosti. Takođe, Ustavni sud je ocenio da je povređen i član 8. Evropske konvencije kojim se garantuje pravo na poštovanje privatnog života, a koje nije garantovano samim Ustavom.²⁰

S druge strane, gotovo je izvesno da u slučaju sukoba sa domaćom normom, državni organ neće primeniti međunarodnu normu. Ilustrativan primer predstavlja primena koncepta „sigurne treće zemlje“ iz člana 2. Zakona o azilu Republike Srbije.²¹ Ova odredba na adekvatan način definiše sigurnu treću zemlju²² i zahteva od države da poštuje međunarodne standarde u oblasti zaštite izbeglica, da bi se mogla smatrati sigurnom. Dalje, član 33. Zakona o azilu daje osnov za odbacivanje zahteva za azil ako se, između ostalog, utvrdi da lice koje traži azil može da dobije zaštitu sigurne treće države, osim ako dokaže da za njega nije sigurna (član 33. stav 6. tač. 1). Problemi u primeni ovog člana nastali su

unutrašnjeg pravnog poretka, te je primenio definiciju rasne diskriminacije iz člana 5 Međunarodne konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije, a pozvao se i na član 26 Pakta o građanskim i političkim pravima kojim se zabranjuje diskriminacija po osnovu rase. Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 229/2004/1 od 21. 04. 2004.

19 Videti i rešenje Višeg suda u Valjevu, Km. 32/2011 od 14.10.2011.

20 Videti Ustavni sud UŽ. 3238/2011, od 08.03.2012.

21 Zakon o azilu, *Sl. glasnik RS*, br. 109/2007.

22 U pitanju je država „sa liste koju utvrđuje Vlada, koja se pridržava međunarodnih načela o zaštiti izbeglica sadržanih u Konvenciji o statusu izbeglica iz 1951. i Protokola o statusu izbeglica iz 1967, u kojoj je tražilac azila boravio ili kroz koju je prolazio, neposredno pre dolaska na teritoriju Republike Srbije i u kojoj je imao mogućnosti podnošenja zahteva za azil, u kojoj ne bi bio izložen progonu, mučenju, neljudskom ili ponižavajućem postupku ili vraćanju u državu u kojoj bi njegov život, bezbednost ili sloboda bili ugroženi“.

u praksi zbog postojanja Liste sigurnih trećih država koju je Vlada Republike Srbije usvojila 2009. godine, bez postavljanja jasnih kriterijuma na osnovu kojih su 42 države stavljene na ovu listu, kao i bez utvrđivanja obaveze da se ona periodično preispituje.²³ U praksi, najveći broj zahteva za azil u postupku azila odbačen je upravo primenom koncepta sigurne treće zemlje, imajući u vidu da su tražioci azila do Srbije morali da prođu kroz neku od susednih država, a sve one se nalaze na listi sigurnih trećih zemalja.

Ovakva praksa potvrđena je u početku i pred Upravnim sudom, koji je posebno ukazao na to da „nadležni organ nije nadležan da određuje da li je država koja se nalazi na listi koju je utvrdila Vlada Republike Srbije, sigurna za tražioca azila, već je dužan da prihvati da je država sigurna ukoliko se nalazi na listi koju je Vlada Republike Srbije utvrdila.“²⁴ U tužbama Upravnom sudu, tužioci su stajali na stanovištu da Komisija za azil, drugostepeni organ u postupku azila, nije ispravno primenila koncept sigurne treće države smatrajući da se pojedine države, navedene u Odluci Vlade, ne mogu smatrati takvim državama za tražioce azila. S druge strane, Upravni sud je većinu takvih tužbi odbio kao neosnovane. Osnovno stanovište Upravnog suda bilo je da države koje se nalaze na listi utvrđenoj Odlukom Vlade o utvrđivanju liste sigurnih država porekla i sigurnih trećih država spadaju u države koje poštuju međunarodna načela o zaštiti izbeglica iz Konvencije iz 1951. godine i Protokola iz 1967. godine iz čega „izričito sledi da nadležni organ nije nadležan da određuje da li je država koja se nalazi na listi koju je utvrdila Vlada RS, sigurna za tražioca azila, već da je dužan da ovu činjenicu prihvati.“²⁵ Ovakav formalistički pristup, bez ulaženja u ocenu standarda iz Evropske kon-

23 Odluka o utvrđivanju liste sigurnih država porekla i sigurnih trećih država, *Sl. glasnik RS*, br. 67/2009. Na listi se nalaze i države koje imaju vrlo problematičnu situaciju u primeni međunarodnih standarda u oblasti zaštite ljudskih prava. Tako se sigurnom trećom državom smatra Turska protiv koje je donet veliki broj presuda Evropskog suda za ljudska prava i koja restriktivno primenjuje Konvenciju o zaštiti izbeglica. Takođe, na listi se našla i Republika Grčka koja se mogla smatrati sigurnom trećom zemljom do donošenja presude Evropskog suda za ljudska prava u slučaju *M. S. S. protiv Belgije i Grčke*, gde je ovo međunarodno telo pronašlo kršenje Evropske konvencije i povredu prava tražioca azila zbog izloženosti nehumanom postupanju i ograničenjima u postupku azila. Videti *M. S. S. protiv Belgije i Grčke*, predstavka br. 30696/09, odluka od 21. januara 2011.

24 Videti Upravni sud, 8 U 3815/11, presuda od 7. jula 2011. Videti i Upravni sud, 15 U 10336/11, presuda od 10. novembra 2011.

25 Presuda 1 U 9050/14, od 16. septembra 2014.

vencije, najbolje ilustruje odnos prema relevantnom međunarodnom pravu koje se uopšte ne uzima u obzir, iako je u pitanju podzakonski akt²⁶ Ovo tim pre što i sam Zakon o azilu sadrži član 65. koji propisuje da se odredbe zakona, a time i koncept sigurne treće zemlje mora tumačiti u skladu sa međunarodnim pravom. Upravni sud je tek kasnije u svojim odlukama cenio da li je tužilac svojom tužbom dokazao da li su zemlje koje se nalaze na Listi sigurnih zemalja za njega zaista bile nesigurne. U tužbama su često navođeni različiti izveštaji međunarodnih organizacija, ali i važne presude Evropskog suda kojima su tužioci potkrepljivali svoje navode da određene države koje se nalaze na lisi sigurnih trećih zemalja nisu sigurne za tražioce azila.

Stav Upravnog suda da su presude Evropskog suda „relevantne samo u slučaju da tužilac u tužbi istakne da mu je u upravnom postupku pred nadležnim organom uprave u Republici Srbiji, ili u postupku pred Upravnim sudom, povređeno neko pravo koje je zaštićeno Evropskom konvencijom“,²⁷ ukazuje na nerazumevanje statusa Evropske konvencije u pravnom sistemu Republike Srbije. Nedavno je i Upravni sud u jednoj presudi naglasio obavezu upravnih organa koji odlučuju o zahtevu za azil da uzmu u obzir sve žalbene navode, „vodeći računa da je odlučivanje upravnih organa u ovoj stvari u neposrednoj vezi sa ostvarivanjem prava tužioca na zaštitu osnovnih ljudskih prava i osnovnih sloboda proklamovanih Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i Protokolima koji su uz Konvenciju doneti, a koji predstavljaju sastavne delove pravnog poretka Republike Srbije.“²⁸ Ovakav stav Upravnog suda je ispravan i ukazuje na promenu odnosa prema Evropskoj konvenciji, iako nema pomena o praksi Evropskog suda. Takođe, u jednoj presudi Osnovnog suda u Valjevu, sud naglašava da se međunarodni ugovori neposredno primenjuju, zbog čega domaći sudovi imaju obavezu da poštuju Evropsku konvenciju i praksu Evropskog suda.²⁹

26 Evropski sud je više puta doneo odluku da pojedine članice EU ne ispunjavaju standarde iz Evropske konvencije. Videti, na primer, *M. S. S. v. Belgium and Greece*, Evropski sud, predstavka br. 30696/09, presuda od 21. januara 2011. godine; *Sharifi v. Austria*, Evropski sud, predstavka br. 60104/08, presuda od 5. decembra 2013. godine; *Tarakhel v. Switzerland*, Evropski sud, predstavka br. 29217/12, presuda od 4. novembra 2014. godine.

27 Upravni sud, presude 1 Y 540/13, 20.03.2013; 23 Y 1280/13, 28.03.2013.

28 Upravni sud 12 U 17279/13, presuda od 10.07.2015, str. 3.

29 Videti presudu Osnovnog suda u Valjevu 1K broj 1041/12 od 06.11.2012.

2.2. Načelno pozivanje na Evropsku konvenciju

U praksi je zapaženo da se u sve većem broju sudskih odluka pominje Evropska konvencija, ali bez adekvatnog poznavanja domašaja odredbi, proizašlih iz ekstenzivnog tumačenja Evropskog suda za ljudska prava³⁰ Iako Ustav izričito kaže da se ljudska i manjinska prava moraju tumačiti u skladu sa ovom praksom, nema sistematskih pokušaja da se ova praksa učini dostupnom onima koji treba da je primenjuju u svom radu. Uprkos ovom problemu, primetna je tendencija sve većeg broja odluka u kojima se sudovi pozivaju na Evropsku konvenciju. Ipak, detaljnija analiza pokazuje da se to obično čini veoma načelno, spominjanjem samo relevantnog člana Konvencije, bez daljeg elaboriranja kako se za pravo to pravo tumači u praksi Evropskog suda i da li je ono primenljivo na konkretan slučaj. Ilustrativan je predmet u kojem Apelacioni sud u Beogradu ukida rešenje Višeg suda u Beogradu, navodeći da je došlo do kršenja Evropske konvencije o ljudskim pravima i Protokola broj 7, „koji u smislu čl. 16 st. 2 Ustava Republike Srbije čine sastavni deo našeg pravnog poretka.“³¹ U ovoj odluci, Apelacioni sud pronalazi da ima povrede člana 4. Protokola br. 7, ali bez detaljnijeg ulaženja u objašnjenje samog instituta, posebno kroz analizu relevantne sudske prakse.³²

Štaviše, u određenom broju odluka, evidentno je da se domaći sudovi samo načelno pozivaju na Evropsku konvenciju, bez navođenja tačnog člana koji je u konkretnom slučaju prekršen. U jednoj odluci Apelacionog suda u Kragujevcu ističe se sledeće: „prema postavljenom zahtevu to diskriminatorско postupanje prema tužiocu se ogleda u tome što su mu uskraćena ili ograničena *određena* prava garantovana Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i sloboda, što mu je uskraćeno pravo na pravično presuđenje u razumnim rokovima pred stvarno nadležnim, nezavisnim, nepristrasnim i zakonom ustanovljenom sudu, što mu je povređeno pravo na imovinu i na nasleđivanje i tome slično. Sva ova prava koja su tužiocu, navodno povređena, spadaju u korpus ljudskih prava predviđenih Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda a kao takva su predviđena i važećim Ustavom

30 Videti, na primer, presudu Apelacionog suda u Beogradu Gž2 562/10 od 08.09.2010, gde se sud poziva na član 16 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima i član 23, st. 2 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, ali bez navođenja prakse Komiteta za ljudska prava.

31 Rešenje Apelacionog suda u Beogradu Kž2 Po1 286/12 od 02.07. 2012.

32 Videti i Rešenje Apelacionog suda u Beogradu, Kžm1. 86/2011 od 22.12.2011.

Republike Srbije³³ (kurziv naš). Kada odlučuje o zahtevu, nije prihvatljivo da sud ne definiše o kojim se tačno povredama Evropske konvencije radi, kako bi mogao pravilno da oceni da li je do povrede došlo, ili nije.

2.3. Pogrešno pozivanje na Evropsku konvenciju

Iako je pohvalno da se sve veći broj presuda poziva na Evropsku konvenciju ili praksu Evropskog suda, što ukazuje na povećanu svest sudija o statusu Evropske konvencije u unutrašnjem pravnom poretku, često se odredbe iz Konvencije nedovoljno razumeju i pogrešno primenjuju. Tako su u jednoj presudi osnovni i Apelacioni sud u Novom Sadu pronašli da je u konkretnom slučaju došlo do kršenja člana 5. Evropske konvencije jer je određivanje pritvora tužiocu optuženom za razbojništvo i njegov boravak izazvao stres, strah i strepnju od daljeg razvoja situacije, što je otežano sanirao povredu noge i što ga je napustila supruga sa troje dece.³⁴ Takođe, u jednom drugom predmetu, tužilac je tokom boravka u pritvoru bio lošeg psihofizičkog stanja, boravio je u malom prostoru sa još 5 pritvorenika koji su pušili cigarete, uslovi ishrane i održavanje lične higijene su bili loši. Apelacioni sud se pozvao na član 5. stav 5. Evropske konvencije koja predviđa da svako ko je uhapšen ili lišen slobode u suprotnosti sa odredbama ovog člana ima utuživo pravo na naknadu. Međutim, kao i u prethodnom slučaju, i ovde činjenice slučaja ukazuju na povredu člana 3. Evropske konvencije, dok je za određivanje naknade štete mnogo relevantnije da li je postojao osnov za pritvaranje u konkretnom slučaju.³⁵

Isto je i sa presudom Apelacionog suda u Novom Sadu, gde sud pravi i jednu materijalnu grešku jer navodi da je član 4. Protokola br. 7 izmenjen Protokolom br. 11, koji uopšte ne uvodi promenu u regulisanje načela *ne bis in idem*, već uvodi samo proceduralne promene vezane za funkcionisanje samog Evropskog suda za ljudska prava.³⁶

Vrlo često se dešava da se u presudama koje se pozivaju na Evropsku konvenciju, relevantna presuda Evropskog suda nekorektno citira, ili da se sud poziva samo na jedan slučaj pred Evropskim sudom. Ilustracije radi, u jednom predmetu Apelacioni sud u Beogradu nalaže prvoste-

33 Rešenje Apelacionog suda u Kragujevcu, Gž 2510/11 od 14.10.2011.

34 Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž. 106/16, 22.06.2016.

35 Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž. 3438/14, 13.05.2015.

36 Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž. 8340/2010 od 19.10.2011.

penom sudu da, prilikom ocene opasnosti da će okrivljeni ponoviti krivično delo, mora imati u vidu predmet *Muler protiv Francuske*, te s tim u vezi oceniti srodnost ranije osude, protek vremena od ranijih osuda, način izvršenja dela i druge okolnosti od značaja za donošenje odluke.³⁷ Dakle, sud ne navodi tačan paragraf presude na koji se poziva, niti uzima u obzir činjenice tog slučaja da bi mogao zaključiti da li se ovom presudom utvrđuju neki opšti principi, ili se pak radi o analognim činjenicama usled čega je potrebno pozvati se baš na ovaj slučaj. Slična je situacija i sa presudama donetim protiv Republike Srbije, a koje se obavezno objavljuju u Službenom glasniku.³⁸

2.4. Detaljnije pozivanje na Evropsku konvenciju

Analiza dostupnih sudskih presuda pokazuje da se najveći broj presuda u većoj meri oslanja na standarde koji proizlaze iz prakse Evropskog suda kada je reč o suđenju u razumnom roku. Razloge svakako treba tražiti u većem broju presuda Evropskog suda za ljudska prava donetih protiv Srbije koji se objavljuju u Službenom glasniku,³⁹ te su na taj način dostupne sudijama. Takođe, do danas je održan i veliki broj seminara i treninga na ovu temu, podržan priručnicima i materijalima u kojima je prikazana relevantna praksa Evropskog suda.⁴⁰

Ilustracije radi, Apelacioni sud u Novom Sadu je u jednom predmetu cenio razloge dužine trajanja postupka, uzimajući u obzir da li ima složenih činjeničnih i pravnih pitanja, odnosno da li se krivica za vreme u kojem je postupak bio u prekidu može pripisati sudu, ili ne može.⁴¹ Iako je sud ocenio sve činjenice slučaja da bi utvrdio da li je bilo suđenja

37 Rešenje Apelacionog suda u Beogradu, KŽ2. Po1 330/2012 od 31.07.2012.

38 Videti, na primer, Rešenje Privrednog apelacionog suda, PŽ. 12081/2010 od 24.9.2010, gde sud ukazuje na predmet *Preduzeće Motion Pictures Guarantors LTD protiv Srbije*. Ovde sud ne navodi datum odluke, niti paragraf u kojem je sud ustanovio princip na koji se sud poziva, a navode se u množini odluke Evropskog suda bez konkretnijeg navođenja o kojim je tačno presudama reč.

39 Videti, na primer, *Vinčić i drugi protiv Srbije*, predstavka br. 44698/06, 1. decembar 2009; *Krivošej protiv Srbije*, predstavka br. 42559/08, 13. april 2010; *Veljkov protiv Srbije*, predstavka br. 23087/07, 19. april 2011; *Backović protiv Srbije*, predstavka br. 47997/06, 7. februar 2012; *Momčilović protiv Srbije*, predstavka br. 23103/07, 2. april 2013; *Maširević protiv Srbije*, predstavka br. 30671/08, 11. februar 2014; *Raguž protiv Srbije*, predstavka br. 8182/07, 7. aprila 2015.

40 Videti, na primer, Snežana Andrejević i drugi, Priručnik za obuku sudija – suđenje u razumnom roku, Pravosudna akademija, maj 2016.

41 Rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu, P4 g 64/15, 29.06.2015.

u razumnom roku, odnosno razmatrao je složenost predmeta, ponašanje lica i vlasti, kao i značaj predmeta spora za lice, nije ukazao na konkretnu praksu Evropskog suda, ali se pozvao na kršenje člana 6. stav 1. Evropske konvencije. Isti zaključak je iznet u jednom drugom predmetu, gde je isti sud naveo šta se podrazumeva pod suđenjem u razumnom roku, ali uopšteno „prema već izgrađenoj sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava i Ustavnog suda Republike Srbije“,⁴² i bez navođenja konkretnog predmeta. Sud ipak ukazuje na te principe, ukazujući na to da razumno vreme trajanja postupka „zavisí od niza činilaca, a pre svega od prirode zahteva, složenosti činjeničnih i pravnih pitanja od kojih zavisi rešenje konkretnog spora, postupanja nadležnog suda koji vodi postupak, ponašanja predlagača kao stranke u postupku, i značaja prava – predmeta spora o kome se u postupku odlučuje za predlagača, a koje je potrebno ceniti u svakom pojedinačnom slučaju.“⁴³

Međutim, ima odluka i u kojima se sudovi pozivaju na konkretne predmete pred Evropskim sudom. Tako se u obrazloženju jednog rešenja navodi da je u radnim sporovima neophodna posebna ažurnost suda, na šta ukazuju praksa Evropskog suda protiv Srbije (*Stevanovic protiv Srbije, odnosno Simić protiv Srbije*), dok je posebno ukazano na to da u predmetu *Ruotolo protiv Italije* Evropski sud ukazuje na to da je ovaj zahtev pojačan kada nacionalno pravo države predviđa da se takvi predmeti moraju hitno rešavati.⁴⁴ Takođe, ima i drugih odluka u kojima se domaći sud poziva kako na praksu Evropskog suda kroz navođenje više konkretnih predmeta, a tako i na relevantnu praksu Ustavnog suda.⁴⁵

Preporuke za bolju primenu Evropske konvencije

Međunarodno pravo, uključujući i Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, opravdano zasluđuje visoko mesto u hijerarhiji pravnih normi u Republici Srbiji i nalazi se odmah iza Ustava, a iznad zakona i podza-

42 Rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu, P4 g 1/15.

43 Videti, između ostalog, i Rešenja Apelacionog suda u Novom Sadu R4 g 114/15, R4 g 120/2015, R4 g 93/2015, R4 g 124/15, R4 g 97/2015, R4 r 3/2016, Ržr 3/2016, R4 g 30/15, R4 g 54/15.

44 Rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu, P 4 p 62/2014.

45 Videti, na primer, rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu P4 p 8/2016, 22.02.2016.

konskih akata. Danas najveći broj država prihvata primat ustava u odnosu na međunarodne izvore, ali one izbegavaju sukob međunarodnog prava i najvišeg domaćeg pravnog akta tako što ga tumače u skladu sa međunarodnim normama i standardima. Da bi se ovo postiglo i u Republici Srbiji, neophodno je, pre svega, bolje razumevanje međunarodnih normi i osposobljenost za njihovo pravilno tumačenje, prvenstveno proučavanjem bogate prakse Evropskog suda.

Ustavom je predviđeno da se Evropska konvencija smatra sastavnim delom unutrašnjeg pravnog poretka i da se neposredno primenjuje. Međutim, u praksi, stvari izgledaju potpuno drugačije i Evropska konvencija se ne primenjuje na način na koji to zahteva Ustav, a posebno ne u delu koji obavezuje sve državne organe da odredbe o ljudskim i manjinskim pravima tumače u skladu sa praksom Evropskog suda. Drugim rečima, postoji potpuno nekonzistentno i nesistematsko praćenje presuda Evropskog suda od strane domaćih sudova koji treba da sude u skladu sa ovom praksom.⁴⁶

Svako istraživanje na temu primene Evropske konvencije nije u potpunosti utemeljeno, imajući u vidu da sudska praksa još uvek nije lako dostupna, niti da se vodi registar presuda u kojima se sudovi pozivaju na ovaj međunarodni instrument.⁴⁷ Međutim, može se zaključiti da je pozivanje na praksu Evropskog suda sve češće, ali ipak nedovoljno i fragmentarno.⁴⁸ Takođe, u presudama u kojima se sudovi pozivaju na praksu Evropskog suda, takvo pozivanje je šturo i ponekad pogrešno.

46 Ovakvu situaciju trebalo je da izmeni Savet za odnose sa Evropskim sudom za ljudska prava čiji je zadatak bio da prati primenu Evropske konvencije i da razmatra aktuelna pitanja u Republici Srbiji vezana za primenu Konvencije. Ovo Vladino telo formirano je u aprilu 2013, ali nije odgovorilo postavljenim zadacima. Videti „*Sl. glasnik Republike Srbije*“, br. 35/2013.

47 Od novembra 2016. godine Vrhovni kasacioni sud je tražio od svih sudova da vode poseban registar presuda u kojima se sudovi pozivaju na Evropsku konvenciju i praksu Evropskog suda.

48 Videti, na primer, presudu Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž. 3863/2012 (1), gde sud pravilno izvodi zaključak o stavu Evropskog suda po pitanju veće izloženosti kritici javnih ličnosti, ali ne navodi praksu iz koje to pravilo proizlazi. Suprotno, videti rešenje Apelacionog suda u Beogradu, Kž2. Po1 330/2012 od 31.07.2012, gde se sud poziva na jedan konkretan predmet pred Evropskim sudom, gde su ustanovljeni principi koje treba uzeti u obzir kod ocene razloga za pritor. Međutim, i tu je sud pored brojne sudske prakse naveo samo jedan predmet na koji se pozvao.

Razloge treba tražiti u nedovoljnom izučavanju materije evropskog prava ljudskih prava, nerazumevanju ove oblasti i strahu sudija da se upuste u ocenu ovih izvora. Pravilno tumačenje međunarodnih normi zahteva sistematsko i kontinuirano izučavanje ove oblasti, razumevanje osnovnih koncepata poput polja slobodne procene, pozitivnih obaveza države, ograničenja ljudskih prava, ali i poznavanja vrlo ekstenzivne jurisprudencije Evropskog suda i razumevanja načina njegove primene na konkretan slučaj. Ovo se može postići, pre svega, uvođenjem opšte obaveznog predmeta iz oblasti Ljudskih prava na osnovne studije, koja bi svakako uključivala i izučavanje jurisprudencije Evropskog suda vezano za najrelevantnije članove Evropske konvencije. Ovakav predmet morao bi da postoji i na višim nivoima studija – masteru i doktorskim studijama, dok bi kao sledeći korak bilo važno integrisati ovu materiju i standarde i principe iz jurisprudencije Evropskog suda u sve predmete (Krivično pravo, Porodično pravo, Pravo svojine i sl.). Takođe, bilo bi neophodno preduzeti i reformu pravosudnog ispita koja bi podrazumevala proveru znanja upravo u ovoj oblasti, imajući u vidu da se trenutno uopšte ne insistira na poznavanju jurisprudencije Evropskog suda. Na fakultetima bi trebalo podsticati i druge oblike rada sa studentima, koji bi ih dodatno motivisali da izučavaju ovu materiju (pravne klinike, nagradni temati, konferencije, seminari, letnje škole). Takođe, potrebno je podići na viši nivo početne i kontinuirane obuke koje sprovodi Pravosudna akademija, a koje moraju biti dostupne i sistematske kako bi bile korisne za sudije. Redovno publikovanje priručnika koji bi ovu kompleksnu materiju približiti onima koji treba da je primenjuju, predstavlja još jedan način za prevazilaženje uočenog problema. Svakako bi najviše trebalo insistirati na kratkom i jasnom pregledu presuda Evropskog suda, sa kratkim prikazom činjeničnog stanja i pravnim standardima koje je Sud postavio, s pozivanjem na paragrafe presuda. Konačno, trebalo bi predvideti da obuka iz oblasti Ljudskih prava i posebno Evropske konvencije, bude dodatni uslov za napredovanje sudija, što bi doprinelo povećanoj percepciji o važnosti Evropske konvencije.

Ipak, ne treba izgubiti iz vida ni činjenicu da je Republika Srbija među državama koje ratifikuju veliki broj međunarodnih instrumenata bez ispitivanja mera koje je neophodno doneti pre ili neposredno nakon njihove ratifikacije. U Srbiji nijedno Vladino telo nije nadležno da procenjuje koje je sve propise neophodno doneti da bi se međunarodne obaveze uskladile s domaćim pravnim sistemom i koje domaće zako-

ne je neophodno uskladiti sa tim obavezama,⁴⁹ niti je bilo koji odbor u Skupštini Republike Srbije zadužen da detaljno ispita postojeći pravni okvir pre ili nakon ratifikacije konkretnog međunarodnog instrumenta. Prema aktuelnom Poslovniku Narodne skupštine Republike Srbije je-dino član 67. predviđa da će Odbor za prava deteta biti nadležan da vrši proveru usklađivanja nacionalnog zakonodavstva s međunarodnim standardima u oblasti prava deteta. Ovu usklađenost je veoma važno postići sve dok postoji nelagodnost sudija da direktno primene neku međunarodnu normu usled njene nekonzistentnosti sa domaćom nor-mom. Kada je u pitanju oblast koja je regulisana Evropskom konvenci-jom o ljudskim pravima, trebalo bi obavezno tražiti mišljenje o sagla-snosti zakona od Zastupnika Republike Srbije pred Evropskim sudom, koji prati i poznaje njegovu jurisprudenciju, a bilo bi poželjno formirati i Savet za ljudska prava, koji je već postojao jedno kratko vreme i koji je imao zadatak da prati i analizira postojanje nekozistentnih propisa i prakse.

I pored svih izrečenih kritika, mora se ukazati na činjenicu da je uočen problem nedovoljnog integrisanja Evropske konvencije u domaći pravni sistem. Tako je još Nacionalna strategija za reformu pravosuđa za period 2013–2018,⁵⁰ predvidela mehanizme za ujednačavanje sudske prakse i bolje poznavanje međunarodnih standarda koje treba da do-vede i do njihovog većeg pozivanja od strane sudija. Predviđene mere za ostvarenje ovog cilja su dobro postavljene, ali bez ozbiljnog, sveo-buhvatnog i sistematskog pristupa ovom problemu neće se unaprediti praksa primene Evropske konvencije u Republici Srbiji.

49 Do sada to čini jedino Savet za međunarodno privatno pravo u ovoj oblasti. Videti Odluku Vlade RS o obrazovanju Saveta za međunarodno privatno pravo, 05 broj 02–377/2011, 27. januar 2011.

50 Usvojenu 1. jula na 7. vanrednom zasedanju Narodne skupštine.

Implementacija Evropske konvencije o ljudskim pravima i sudska praksa Evropskog suda u ruskom pravnom poretku

dr Maria Filatova

Master Droits de l'Homme (Univerzitet u Strazburu),
vanredni profesor, Katedra za sudske vlasti, Visoka škola za ekonomiju, Moskva, bivši službenik Ustavnog suda Rusije,
bivši advokat Evropskog suda za ljudska prava

Uvod	107
1. Međunarodno pravo u nacionalnom pravnom sistemu: istorijska pozadina	109
2. Trenutni pravni okvir i doktrinarni status Konvencije i sudske prakse Evropskog suda	110
3. Sudska praksa domaćih sudova o primeni Evropske konvencije u ruskom pravnom sistemu	114
Zaključci i preporuke	125

Uvod

Implementacija Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Evropska konvencija) i sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: Evropski su) koji tumači njene odredbe, ostaju i dalje jedan od najvažnijih zadataka za

sve evropske države članice Saveta Evrope. Međutim, značaj i uticaj Konvencije danas doseže daleko izvan formalnog okvira ove organizacije, jer sistem Konvencije predstavlja čitavu filozofiju pravnih standarda koji se mogu primeniti i uneti u bilo koji domaći sistem. Konvencija – zajedno sa njenim evolutivnim tumačenjem od strane Evropskog suda – je postala najrazvijeniji skup standarda zaštite ljudskih prava i značajno utiče na sva područja nacionalne pravne regulative, uključujući organizaciju pravosuđa; zaštitu imovine; državnu upravu (izborna prava); poslovno pravo; intelektualnu svojinu; bezbednost i međunarodne odnose, itd.

Implementacija (međunarodnih) ugovora kao što je Konvencija očigledno ne može biti statičan proces. Sadržaj Konvencije se razvija kroz evolutivno tumačenje Evropskog suda za ljudska prava; jedva da se bilo koji drugi međunarodni ugovor može u tolikoj meri nazvati „živim instrumentom“. Ovakva dinamika, međutim, stvara izvesne izazove za nacionalne pravne sisteme. Primena međunarodnog ugovora koji se stalno menja/razvija zahteva od nacionalnih vlasti stalnu dužnu pažnju i praćenje razvoja prakse Evropskog suda. To podrazumeva stalnu interakciju između mehanizma Konvencije i nacionalnih sistema, zasnovanu na dijalogu i saradnji.

Potreba za dijalogom između sistema je naglašena u brojnim dokumentima Saveta Evrope, što znači da su glavni uslovi za delotvornu primenu evropskih standarda zaštite ljudskih prava sada stvar političke volje i principa „podeljene odgovornosti“ država članica za rezultat takve primene i implementacije.

Za potrebe ovog članka pod „primenom“ Konvencije ćemo misliti na čitav proces primene standarda Evropske konvencije u nacionalnom pravnom poretku; odnosno, ne samo na direktnu primenu odredbi Konvencije od strane nacionalnih sudova, već i na njen mnogo veći uticaj na ruski pravni sistem. Konvencija je jedinstveni ugovor kao i njena primena – i za razliku od mnogih drugih međunarodnih sporazuma – ne znači samo primenu njenih odredbi od strane sudova, već korišćenje i pridržavanje čitavog sistema njenih standarda, uključujući tumačenje Konvencije od strane Evropskog suda, sprečavanje novih kršenja, izvršenje presuda Suda; uzimanje u obzir prakse Evropskog suda koja se odnosi na predstavke protiv drugih država članica, itd. Prema tome, implementacija u ovom kontekstu treba da obuhvati:

1. *Informativni aspekt*: poznavanje odredbi Konvencije i njihovog tumačenja od strane Evropskog suda, uključujući i sudsku praksu koja se odnosi na predstavka protiv određene države i drugih država (efekat *erga omnes*);
2. *Organizacioni aspekt*: Sprovođenje presuda Evropskog suda, uključujući usvajanje i pojedinačnih i opštih mera; ponovno otvaranje slučajeva u situacijama gde je to neophodno; isplatu pravične naknade itd.;
3. *Preventivni efekat*: upotreba standarda Konvencije od strane domaćih sudova (ustanovljenih praksom Evropskog suda) kako bi se izbegla slična kršenja u budućnosti. Prema tome, implementacija Konvencije predstavlja čitav ciklus aktivnosti usmerenih ka najvećem mogućem uticaju na nacionalni pravni sistem.

1. Međunarodno pravo u nacionalnom pravnom sistemu: istorijska pozadina

Kada se analizira trenutni status Evropske konvencije i sudske prakse Evropskog suda u ruskom pravnom poretku, treba uzeti u obzir brojne faktore koji utiču na savremeno stanje ruskog pravnog sistema. Konkretnije, stepen realne implementacije Konvencije je pod jakim uticajem prošlog istorijskog perioda, radikalnog preokreta na nove standarde u ranim devedesetim i trenutne političke situacije.

Mesto i status Konvencije u ruskom pravnom sistemu bi trebalo pogledati kroz opštiji kontekst statusa međunarodnog prava.

Poput čitave pravne regulative u post-sovjetskom periodu, odnosi međunarodnog i nacionalnog prava su prošli kroz dramatičnu promenu u poređenju sa prethodnim istorijskim periodom nakon usvajanja ruskog Ustava iz 1993. godine. Sovjetski pravni sistem – poput mnogih socijalističkih zemalja – bio je prilično neprijateljski nastrojen prema međunarodnom pravu ili ga je barem ignorisao. Poslednji Ustav SSSR-a, usvojen 1977. godine, postavio je temelje odnosa sa drugim državama, pozivajući se na načela međunarodnog prava, uključujući i *bonae fide* izvršavanje međunarodnih obaveza koje proizilaze iz opšte priznatih principa i međunarodnih ugovora SSSR-a (član 29 Ustava SSSR iz 1977.

godine). Međutim, nejasna formulacija nije dozvolila da se načela međunarodnog prava i međunarodnih ugovora prihvate kao sastavni deo sovjetskog pravnog sistema. Iako su izolovani zakoni sadržali odredbe o uspostavljanju primata međunarodnih normi u slučaju sukoba sa domaćim normama, ove odredbe su se retko primenjivale u praksi u odsustvu opštih principa koji uređuju odnose između domaćeg i međunarodnog prava.¹ Veći deo međunarodnih ugovora koje je potpisao i ratifikovao Sovjetski Savez odnosili su se na međunarodnu pomoć i saradnju.

Sudska praksa sovjetskih sudova je ponekad sadržala reference na međunarodno pravo, ali ova praksa nije bila ni trajna niti stabilna. Što se tiče sovjetske pravne doktrine, formalno je proglasila primat domaćih normi nad principima i normama međunarodnog prava. Uprkos prilično intenzivnoj teorijskoj raspravi nije se uspelo doći do rešenja koja bi ispunila potrebe prakse i odgovarala trenutnom globalnom kontekstu.²

2. Trenutni pravni okvir i doktrinarni status Konvencije i sudske prakse Evropskog suda

Ruski Ustav usvojen 12. decembra 1993. godine obeležio je pravi raskid sa sovjetskim periodom dok je uspostavljao, u „klasičnoj“ tradiciji pozitivizma, načelo primata međunarodnih ugovora nad domaćim zakonima/ pravom.

Kao i mnogi ustavi post-socijalistički država (naročito u zemljama istočne Evrope), iskazao je konsenzus između države i društva o odricanju od mnogih stubova prethodnog istorijskog perioda, kao što je prevlast državne ideologije i javnog interesa nad privatnim. Najvažnije dostignuće bilo je unošenje, u član 2 Ustava, prioriteta čoveka, njegovih prava i sloboda kao najviše vrednosti. Ova najviša formula je uspostavila osnove za implementaciju međunarodnih standarda u

- 1 Marochkin, S. *Deistvie i realizacia mezhdunarodno-pravovykh norma v pravovoy sisteme Rossiskoy Federacii* [Efekat i primena normi međunarodnog prava u pravnom sistemu Ruske federacije. Moskva, 2011, str. 13. [Na ruskom jeziku]
- 2 *Baudoin, M.-E., Filatova, M. Les rapports entre les ordres juridiques en Russie// Traité des rapports entre ordres juridiques* (réd. B. Bonnet). – Paris, LCDG, 2016. P. 1650–1651.

nacionalni pravni poredak i stvorila osnov za efikasnu interakciju sa nadnacionalnim sistemima. Status međunarodnog prava i ugovora je osiguran članom 15 (§4) Ustava, prema kojem „[će] univerzalno priznate norme međunarodnog prava i međunarodni ugovori i sporazumi Ruske Federacije biti sastavni deo njenog pravnog sistema. Ukoliko neki međunarodni ugovor ili sporazum Ruske Federacije uređuje pravila koja nisu predviđena zakonom, primenjuju se pravila međunarodnog sporazuma“.

Prema tome, ruski Ustav – kao ustavi mnogih post-socijalističkih zemalja – je uspostavio primat međunarodnih ugovora nad odredbama nacionalnih zakona. Međunarodno pravo na taj način ima nadzakonodavni, ali podustavni status u ruskom pravnom sistemu. Osim toga, ovo je formula koja osigurava direktnu primenu međunarodnih ugovora; Rusija na taj način pripada monističkoj „pravnoj porodici“.

Formalno, ova ustavna odredba ne pravi nikakvu razliku između vrste međunarodnih ugovora Ruske Federacije i njihovog relevantnog mesta u hijerarhiji pravnih izvora – svi oni imaju jednak status; ni koncept posebnog mesta međunarodnih ugovora o ljudskim pravima nije dovoljno razvijen u ruskoj pravnoj doktrini. Ipak, treba uzeti u obzir opšte prihvaćena načela doktrine međunarodnog prava, prema kojima ove vrste ugovora stiču poseban rang u nacionalnim pravnim sistemima. Konkretno govoreći, ovo je tačno za član 31 (§ 3 (c)) Bečke konvencije o ugovornom pravu: „Uzeće se u obzir, zajedno sa kontekstom: <...>(c) sva relevantna pravila međunarodnog prava primjenjiva u odnosima između strana“.

Osim toga, bilo bi nerazumno zanemariti koncept „autonomije međunarodnog prava ljudskih prava“³ i stanovište istaknutih stručnjaka da „predmet i cilj konvencija o ljudskim pravima (njih) izdvaja od drugih međunarodnih ugovora, a naročito jer utiču na sadržaj pravne regulative država članica“.⁴

3 Cohen-Jonathan, G. „Conclusions générales“, u: *L'évolution des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Colloque de la S.F.D.I., Pedone, Pariz, 1998. godina, str. 307–341, str. 321.

4 Videti Wachsmann, P. „Les méthodes d'interprétation des Conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme“, u: *L'évolution des droits de l'homme et m'évolution du droit international*, Colloque de la S.F.D.I., Pedone, Pariz, 1998. godina, str. 157–195, str. 171.

Opšte je priznato da ljudska prava, kao univerzalne norme, čine osnovu međunarodnog pravnog poretka, kao i domaćih pravnih poredaka.⁵ Ovaj pristup takođe počinje da biva prepoznat u ruskom pravnom sistemu, iako ne u pozitivnom pravu. Razlozi za to se već mogu naći u ustavnim odredbama, jer u skladu sa članom 17. Ustava Ruske Federacije, prava i slobode čoveka i građana su priznata i zagarantovana u skladu sa opšte priznatim principima i normama međunarodnog prava i sa Ustavom. Prema tome opšte koncepte o ljudskim pravima, kao pravima koji imaju najvažniji značaj u međunarodnom pravu, treba uzeti u obzir prilikom tumačenja njihovog sadržaja i opsega u pravnom sistemu.

Ova odredba se može tumačiti kao uspostavljanje posebnog statusa međunarodnih ugovora o ljudskim pravima. Evropska konvencija, je inkorporirana u domaći pravni sistem, u skladu sa članom 15 stavom 4 Ustava, zauzima posebno mesto među drugim međunarodnim ugovorima. Njene odredbe koje sadrže ljudska prava i slobode se mogu smatrati opšteprihvaćenim normama i prema tome, odredbe Konvencije imaju efekat sredstva za zaštitu prava i sloboda sadržanih u ruskom Ustavu (čl. 15 i 17). Odredba člana 15 (§4) ruskog Ustava u suštini uspostavlja direktan efekat međunarodnih ugovora koji podrazumeva dužnost ruskih sudova da ne primene domaću normu kada je ista u suprotnosti sa međunarodnim ugovorom Ruske Federacije. Drugi pravni učinak gore navedene ustavne norme jeste da (sudovi) primene norme ruskog zakonodavstva u svom tumačenju koje je kompatibilno sa međunarodnim ugovorima Ruske Federacije.⁶

U praksi se javljaju poteškoće jer je rešavanje konflikta između odredbi međunarodnih ugovora i domaćih normi delegirano putem ustavne norme sudu koji se bavi ispitivanjem konkretnog slučaja u kome se javlja pitanje takvih neslaganja. Ali ni Ustav ni „obično“ zakonodavstvo nisu ustanovili proceduru za postupanje u ovakvim slučajevima.

Rusko pravo na snazi predviđa jedan jedini oblik u kojem se može vršiti kontrola usklađenosti zakona sa aktima više pravne snage, a to

5 Sciotti-Lam, C. „L'application des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne“. Brisel: Bruylant, 2004, str. 4.

6 O različitim sudskim praksama rešavanja sukoba međunarodnih i domaćih normi videti: *Martinico G.* Is the European Convention going to be „supreme“? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts//The European Journal of International Law. Oxford University Press, 2012. Izdanje. 23, br. 2. str. 407. <http://ejil.oxfordjournals.org/content/23/2/401.full>

je kontrola ustavnosti u ustavnim postupcima. Nijedno drugo telo osim Ustavnog suda nema nadležnost da preispituje odredbe saveznog zakona.

Međutim formalno, kontrola usklađenosti nacionalnih zakona sa međunarodnim ugovorima Ruske Federacije ne spada u domen nadležnosti ruskog Ustavnog suda jer Ustav i Savezni ustavni zakon „o Ustavnom sudu Ruske Federacije“ ne daju Ustavnom sudu takve moći.

S obzirom da međunarodni ugovori Ruske Federacije formalno zauzimaju središnji položaj u hijerarhiji pravnih akata, između nacionalnih zakona i ustavnih odredbi, oni podrazumevaju postupak kontrole usklađenosti sličan postupku kontrole ustavnosti, naročito kada je u pitanju sporazum o ljudskim pravima i slobodama. Što se tiče Evropske konvencije, treba uzeti u obzir da ona u suštini sadrži isti katalog prava i sloboda kao i ruski Ustav (sa minimalnim razlikama) i na taj način zahteva primenu posebnog postupka kontrole.

Ovde se može napraviti osvrt na iskustva nekih od evropskih zemalja (kao što su Austrija, Švajcarska, Norveška), gde vidimo „autonomnu“ primenu Evropske konvencije od strane nacionalnih ustavnih sudova, odnosno korišćenje njenih normi kao neposrednog kriterijuma ocene domaćih zakona.⁷ U isto vreme bi bilo teško poreći da za većinu država članica Saveta Evrope Konvencija ostaje „pomoćni instrument“, uzeta u obzir zajedno sa ustavnim normama i šireći nijanse ustavnog tumačenja. Rusija sada prati ovaj trend, te najviši sudovi koriste odredbe Konvencije kao dodatno sredstvo kontrole i ustavnog tumačenja (videti detaljnije dole).

Što se tiče statusa prakse Evropskog suda, osim „formalnih“ odredaba o priznavanju njegovih jedinstvenih ovlašćenja u tumačenju Konvencije, rusko zakonodavstvo ne sadrži gotovo nikakve odredbe u tom smislu. Međutim, njegov (Evropskog suda) status u domaćem pravnom sistemu je uspostavio ruski Ustavni sud koji je u svojoj presudi od 5. februara 2007. godine N 2-P, ukazao da sudska praksa Evropskog suda ima isti status kao i međunarodni ugovori, načela i norme međunarodnog prava i na taj način je takođe sastavni deo ruskog pravnog sistema.

7 Zymczak, D. „La Convention Européenne des droits de l’homme et le juge constitutionnel national “. Brisel: Bruylant. 2007, str. 120–148.

3. Sudska praksa domaćih sudova o primeni Evropske konvencije u ruskom pravnom sistemu

Bilo bi teško poreći da osim pravnog okvira (a ponekad i nezavisno od toga) harmoniju pravnih poredaka uglavnom osigurava uloga koju imaju i vrše sudije i sudovi – i nacionalni i nadnacionalni. Koncept „sudjskog dijaloga“ – bez obzira koliko ovaj pojam ostaje neodređen iz striktno pravnog ugla – se danas smatra gotovo jedinim načinom na koji se, u dugoročnoj perspektivi, može obezbediti, efikasnost sistema Konvencije u državama članicama. U tom postupku uloga najviših nacionalnih sudova je od ključne važnosti jer glavni teret primene i sprovođenja standarda Konvencije leži na njima.

Ustavni sud Rusije je odigrao izuzetno važnu ulogu u procesu implementacije principa međunarodnog prava i naročito standarda Konvencije. Kao što je već pomenuto, Ustavni sud je taj koji je naznačio u svojoj presudi iz 2007. da je status sudske prakse Evropskog suda za domaći poredak jednak statusu same Konvencije. Osim toga, Sud je delovao kao posrednik između sistema, prenoseći međunarodna načela i norme – kao i sudsku praksu nadnacionalnih tela – do unutrašnjeg pravnog sistema. „Eksterne“ odredbe koje su inkorporirane u sudsku praksu Ustavnog suda se mnogo lakše ukorenjuju u sudsku praksu drugih sudova, i na taj način postaju – istinski – sastavni deo domaćeg pravnog poretka.

Prvo pozivanje na Evropsku konvenciju je učinio Ustavni sud već 1996. godine – čak i pre nego što je Rusija postala deo Saveta Europe (1996.) i ratifikovala Konvenciju (1998.). Sud se oslonio na nadnacionalne norme sa ciljem da „razvije“ potencijal ruskog prava kako bi se osigurala usklađenost ustavnih i redovnih zakonskih normi sa međunarodnim odredbama; time bi trebalo dati novu dimenziju domaćim normama. Prema tome, ova metodologija doseže daleko izvan jednostavnog „primenjivanja“ međunarodne norme o kojoj je reč. Proglašavanje nekoliko normi domaćeg zakonodavstva neustavnim usled neusklađenosti sa međunarodnim obavezama Rusije, Ustavni sud je obavezao zakonodavca da se pridržava evropskog prava, uključujući i koncepte ljudskih prava i sloboda. Na taj način je referenca na spoljne/eksterne izvore stimulisala razvoj internih normi.

Sudska praksa Ustavnog suda je načinila međunarodne ugovore (naročito Evropsku konvenciju) dodatnim alatima ustavnog tumačenja njihovom čestom upotrebom u obrazlaganju svojih odluka. U isto vreme, pozivanje Ustavnog suda na Evropsku konvenciju (kao i na druge međunarodne ugovore) u izreci presude i dalje ostaje retko. Uprkos tome, sudska praksa Ustavnog suda je proizvela novu vrstu odluka koje bi se mogle kvalifikovati kao odluke o usklađenosti sa Ustavom uz rezervu tumačenja usklađenog sa Konvencijom.

Prema tome, moderna metodologija Ustavnog suda, iako zasnovana na upotrebi međunarodnih pravnih argumenata kao dodatnih, nije otišla toliko daleko da autonomno koristi ove argumente kao zasebne uslove kontrole koju vrši sud. Ali čak i ovaj „laki“ tip metodologije je bio ogroman korak napred u odnosima sa spoljnim pravnim porecima i znatno je doprineo njihovoj harmonizaciji putem poziva da se međunarodno pravo ili „spoljno pravo“ razmotri ne više kao rival, već kao dodatni pravni sistem integrisan u domaći pravni sistem.

Primeri pozitivnog doprinosa ruskih najviših sudova procesu implementacije Konvencije su brojni. Među najznačajnijim bi se mogli navesti sledeći. Rusija je potpisala, ali nije ratifikovala, Protokol 6 Konvencije o konačnom ukidanju smrtne kazne. Formalno, u skladu sa Ustavom (član 20 §2) smrtna kazna se može primenjivati do njenog potpunog ukidanja u slučaju izvršenja teških zločina i ako je optuženi imao pravo da se njegov/njen slučaj ispita na suđenju s porotom. U praksi, međutim, postoji moratorijum na primenu smrtne kazne; sudovi je ne izriču, ona je *de facto* isključena iz sistema krivičnih sankcija. Moratorijum je proglašen od strane Ustavnog suda koji je u svojim izuzetno važnim odlukama iz 1999.⁸ i 2009.⁹ godine stavio veto na primenu te sankcija na osnovu toga što je Rusija, prilikom pridruživanja Savetu Evrope i sistemu Konvencije, preuzela obavezu da ne primenjuje smrtnu kaznu kao nespojivu sa standardima Konvencije o zaštiti ljudskih prava. Pitanje primene smrtne kazne nije lako za Rusiju jer brojna istraživanja javnog mnjenja pokazuju da većina u društvu podržava vraćanje smrtne kazne u ruski pravni sistem – logična i razumljiva ljudska reakcija na pretnju terorizma.¹⁰ I ovo je primer kako standardi iz Konvencije, uvedeni u

8 Presuda od 2. februara 1999. godine N 3-P.

9 Odluka od 19. novembra 2009. godine N 1344-O-R.

10 O istorijskoj pozadini smrtne kazne kao krivične sankcije u Rusiji i o savremenom javnom mnjenju prema istoj videti u više detalja, a naročito: Anatoly

nacionalni sistem, nadmašuju pravni – pa čak i moralni – nivo zrelosti društva; slični primeri su primećeni u različitim zemljama više puta u toku „života“ Konvencije. Na taj način su najveći domaći sudovi – u prvom redu Ustavni sud – osigurali usklađivanje nacionalnih i nadnacionalnih praksi i pristupa.

Još jedan primer doprinosa Ustavnog suda implementaciji Konvencije tiče se izvršenja presuda Evropskog suda, naime mogućnosti ponovnog otvaranja slučaja nakon što je Evropski sud utvrdio povredu prava garantovanog Konvencijom. Dobro je poznato da član 46 Konvencije podrazumeva dve vrste pojedinačnih mera koje treba usvojiti kako bi se ponovo uspostavilo stanje narušeno povredom prava: pravičnu naknadu i *restitutio in integrum*, gde potonje implicira ponovno otvaranje slučaja podnosioca predstavke pred domaćim sudovima, kada je to potrebno i moguće. Rusko zakonodavstvo je pre 2010. godine predviđalo ponovno otvaranje slučajeva u krivičnim i privrednim postupcima, ali ne i u građanskim, pred redovnim sudovima. Međutim, ovi sudovi ispituju veći deo ukupnog broja sudskih predmeta u Rusiji, a najveći deo predstavki koje su podnete Evropskom sudu protiv Rusije se tiču, na ovaj ili onaj način, građanskopravnih slučajeva. Kako Zakonik o građanskom postupku Rusije ne sadrži formalno odredbe koje dopuštaju ponovno otvaranje postupaka u slučaju kada Sud u Strazburu ustanovi povredu Konvencije, sudovi su odbijali zahteve za ponovnim otvaranjem postupka i presude Evropskog suda su ostajala neizvršene ili su bile sprovedene samo u delu koji se odnosio na pravičnu nadoknadu. Ustavni sud je u svojoj presudi od 26. februara 2010. godine izjavio da se presude Evropskog suda moraju sprovoditi od strane nadležnih državnih organa, u oba segmenta tj. i u pogledu prava na pravičnu naknadu i u pogledu povraćaja u pređašnje stanje. Prema tome, bez obzira na formalno odsustvo, nepostojanje zakonskih odredbi koje bi dozvolile ponovno otvaranje takvih slučajeva, sudovi bi trebalo u svakom slučaju da ih pokrenu na osnovu zahteva podnosioca predstavke, a nakon toga bi sud trebalo da ustanovi posebne/ konkretne načine za uspostavljanje stanja pre povrede u odnosu na podnosioca predstavke. Presuda je osigurala mogućnost ponovnog otvaranja postupka u svim vrstama postupaka – što nije slučaj u svim evropskim zemljama (poznato je da

Kovler. La peine de mort en Russie: de moratoire à son abolition le chemin est long//L'abolition universelle de la peine de mort. Actes du colloque du 9 et 11 octobre 2014 (Sous la rédaction de Sébastien Touzé. Préface de J.-P. Costa). Editions A. Pedone, Paris. 2016, str. 175–181.

je ponovno otvaranje krivičnih predmeta veoma formalizovano, dok u građanskim predmetima ta mogućnost često nedostaje).¹¹

Čitav niz presuda Ustavnog suda odnosio se na izvršenje segmenta sudske prakse Evropskog suda u oblasti revizije postupaka u Rusiji.¹² Problem sa stanovišta Evropskog suda je ležao u jedinstvenom proceduralnom institutu „nadzora“ (postupci nadzornog pregleda), čiji je koncept nasleđen od Sovjetskog postupka. Ovaj institut je takođe postojao u zakonodavstvu mnogih socijalističkih zemalja istočne Evrope. *Nadzor* je u novoj ruskoj pravnoj istoriji prošao kroz neke ozbiljne izmene, ali je i dalje dozvoljavao (sve do 2012. godine) mogućnost ponovljenog poništenja sudske odluke *res judicata* od strane najviših sudova na uobičajenim (ne izuzetnim – prim. prior.) osnovama. Ustavni sud je u svojoj presudi od 5. februara 2007. godine N 2-P potvrdio međunarodne obaveze Ruske Federacije da izvršava presude Evropskog suda, ukazao na glavne pravce reforme zakonodavstva u skladu sa zaključcima Suda u Strazburu i obavezao saveznog zakonodavca da prati generalne pravce razvoja revizije postupaka.

Ustavni sud je bio „okidač“ za implementaciju standarda Konvencije u domaćem pravnom poretku, imajući ovlašćenje uporedivo sa ovlašćenjem suda u Strazburu u pogledu kontrole kvaliteta zakona i usklađenosti sa standardima zaštite ljudskih prava. Međutim, drugi najviši sudovi¹³ su takođe doprineli procesu. Tako je Vrhovni sud Ruske Federacije usvojio nekoliko izuzetno važnih dokumenata koji sadrže uputstva za niže sudove o tome kako da razmatraju Konvenciju i sudske prakse Evropskog suda. U odluci Plenarne sednice¹⁴ od 10. oktobra 2003. go-

11 Videti, na primer, Preporuku Komiteta ministara Saveta Evrope iz 2000. Godine R 2000 (2).

12 Videti, između mnogo ostalih, presude Evropskog suda *Ryabykh v. Russia*, predstavka br. 52854/94, presuda od 24. jula 2003; *Volkova v. Russia*, predstavka br. 48758/99, presuda od 5. aprila 2005; *Zasurtsev v. Russia*, predstavka br. 67051/01, presuda od 27. aprila 2006.

13 Do avgusta 2014. godine u Rusiji su postojala tri najviša suda: Ustavni sud, Vrhovni sud i Vrhovni privredni sud; u 2014. godini Vrhovni privredni sud je spojen sa Vrhovnim sudom, i sada postoje dva najviša suda u ruskom pravnom sistemu.

14 Odluke plenarne sednice Vrhovnog suda usvajaju se u vezi „apstraktnih“ pitanja, a ne tokom razmatranja konkretnih predmeta; one sadrže pojašnjenje značenja zakona koje treba da primene niži sudovi. Tradicija usvajanja takvih objašnjenja koja zapravo imaju obavezan karakter za niže sudove je nasleđena iz sovjetskog perioda kada je takva praksa bila prilično razvijena.

dine „o primeni opšte prihvaćenih načela i normi međunarodnog prava i međunarodnih ugovora Ruske Federacije od strane sudova redovne nadležnosti“, Vrhovni sud je uspostavio osnove primene međunarodnog prava (međunarodnih ugovora, kao i načela i normi međunarodnog prava) od strane svih sudova u sistemu redovnih sudova (sudova redovne nadležnosti). Ukazao je da „[p]rimena odredaba Evropske konvencije od strane ruskih sudova treba da bude izvršena uzimanjem u obzir sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava u cilju izbegavanja bilo kakvog kršenja Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda“.¹⁵

Drugi dokument usvojen 10 godina kasnije – odluka plenarne sednice Vrhovnog suda od 2013. godine „o primeni Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i njenih protokola od strane redovnih sudova“ – je mnogo konkretniji. Ovaj dokument se uglavnom fokusira na ponovno otvaranje i preispitivanje slučajeva (u Rusiji) nakon proglašenja kršenja Evropske konvencije od strane Evropskog suda. Pored toga, odluka sadrži takođe i opšte odredbe revolucionarnog karaktera o primenjivosti Konvencije kao glavnog ugovora u oblasti zaštite ljudskih prava, na taj način naglašavajući njen (Konvencije) poseban karakter među drugim međunarodnim ugovorima, uključujući i područje zaštite ljudskih prava. Osim toga, ovaj dokument se u određenoj meri može nazvati revolucionarnim, jer je ruskim sudovima nametnuo obavezu da u svojoj sudskoj praksi uzmu u obzir ne samo presude Evropskog suda protiv Rusije, već i protiv drugih država, čime je uveo *erga omnes* efekat presuda Evropskog suda u ruski pravni sistem.

Ipak, iako se uloga najviših sudova u postupku implementacije standarda Konvencije u domaći pravni poretak može smatrati ključnom, glavni „akteri“ od kojih zavisi efikasnost čitavog procesa ostaju nacionalni sudovi svi nivoa. U tom smislu su možda najvažniji prvostepeni sudovi koji se bave pojedinačnim slučajevima na dnevnoj osnovi i primenjuju pravne norme tumačeći ih u skladu sa međunarodnim standardima i obavezama države. Ogroman posao je urađen u ovom smislu u ruskom pravosudnom sistemu, uključujući i brojne seminare, studentske posete sudija Strazburu, obuke za sudije i sudijsko osoblje, objavljivanje i distribuiranje informacija o sudskoj praksi Evropskog suda svim sudovima u državi. Osim toga, kurs na temu Konvencije je sada uključen u obavezni nastavni plan i program koji sve sudije redovno prate u Ruskoj pravo-

15 *Bjulleten' Verkhovnogo Suda Rossijskoj Federacii*, 2003, N°12, S.3.

sudnoj akademiji. Svi ovi napori daju rezultate, iako oni nisu veoma brzi i zahtevaju promenu ne samo sudske metodologije – već radije sudskog načina razmišljanja. Broj sudskih akata u kojima su se sudije pozivale na Konvenciju je u stalnom porastu, pri čemu je u ranom periodu 2000. taj broj bio prilično beznačajan, a samo pozivanje na Konvenciju u postupcima je bilo prilično retko, čak i egzotično.

Danas se pozivanje na Konvenciju i sudsku praksu Evropskog suda čini redovno, ali se mora reći da to dosta zavisi i od aktivne uloge advokata. Zbog toga obučavanje članova advokatske komore ostaje ključni uslov za efikasno sprovođenje Konvencije, zajedno sa obučavanjem sudija. Još jedan faktor treba pomenuti u ovom smislu: ukoliko je pozivanje na sudsku praksu Evropskog suda u vezi sa konkretnim pitanjem ili grupom standarda Konvencije učinjeno od strane jednog od najviših sudova u njegovoj praksi ili smernicama, niži sudovi su mnogo više skloni pozivanju na te slučajeve i praćenju Strazburškog pristupa, nego u odsustvu takvih smernica (pozitivistička tradicija i izvesno nepoverenje prema međunarodnom pravu još uvek *per se* ima snažnu poziciju u ruskom sudskom telu). Samim tim su područja u kojima su ruski sudovi skloniji pozivanju na sudsku praksu Evropskog suda ona u vezi kojih su Vrhovni sud ili Ustavni sud dali upute ili smernice, kao što je određivanje pritvora pre suđenja, postupci preispitivanja i osnove za ukidanje presude, zaštita socijalnih prava (u aspektima kojima se njima bavi Evropski sud, kao što su jednakost i borba protiv diskriminacije), itd.

Istovremeno postoje tradicionalne sfere gde jurisprudencija Strazbura ne uspeva da ubedi ruske sudove, a potonji se bave pitanjima ljudskih prava ne obazirući se na sudsku praksu Evropskog suda. Ovo je pre svega tačno za prava koja su čvrsto povezana sa politikom, kao što su sloboda okupljanja, sloboda izražavanja, itd. U nekim vrstama predmeta (na primer, u vezi prekršajne odgovornosti za okupljanje koje nije sankcionisano od strane vlasti) pozivanje na sudsku praksu Evropskog suda ne daje nužno pozitivne rezultate. Zanimljivo je da ovaj tip slučajeva, nakon što je počeo sa politički povezanim/relevantnim situacijama, sada uključuje čak i neutralne kategorije lica koje domaća sudska praksa sankcioniše. Najnoviji primer ove vrste – ulični svirači koji su kažnjeni od strane sudova na prekršajni pritvor (na 15 dana, što je jednako lišavanju slobode sa tačke gledišta sudske prakse Strazbu-

ra) zbog sviranja na ulicama usled narušavanja javnog reda i ometanja normalnog cirkulisanja.¹⁶

I pored brojnih primera usklađenosti u pristupu između nacionalnih sistema i sistema Konvencije u pogledu standarda zaštite ljudskih prava, ruski pravni sistem se, kao i sistemi gotovo svih država članica suočio sa slučajevima odstupanja od pristupa Strazbura. O ovim slučajevima se naširoko raspravljalo u Rusiji i šire i pokazalo se kako razlike, pa čak i sukobi mogu nastati čak i u aktivnostima tela koja su bliska sa stanovišta ciljeva i zadataka. Posebna vrsta sukoba između nacionalnih i nadnacionalnih viđenja sadržaja zaštićenih prava proizilazi iz većitog pitanja prevlasti ustavnih ili nadnacionalnih normi koje treba primeniti u konkretnom slučaju. U Rusiji su najpoznatiji slučajevi ove vrste: Konstantin Markin – o roditeljskom pravu vojnih lica, i Anchugov i Gladkov – u vezi sa pravom zatvorenika na glasanje.

Prvi slučaj se tiče prava vojnog lica na roditeljsko odsustvo. Prema ruskom zakonu očevi i majke koji su civili imaju pravo na tri godine roditeljskog odsustvo kako bi se brinuli o svojoj maloletnoj deci i na mesečni dodatak za deo tog perioda. Ovo pravo je izričito prošireno i na žensko vojno osoblje, ali takva odredba ne postoji u odnosu na muško osoblje. Podnosilac je osporio dotične zakonske odredbe pred Ustavnim sudom, koji je odbio prigovor smatrajući da je ovo ograničenje zasnovano na posebnom pravnom statusu vojske i na potrebi da se izbegne da veliki broj vojnog osoblja prestane da obavlja svoje dužnosti. Konstatovano je da je ženama u službi roditeljsko odsustvo odobravano u izuzetnim slučajevima i da je u obzir uzeto ograničeno učešće/prisustvo žena u vojsci, i posebna društvena uloga žene u vezi sa majčinstvom.¹⁷

Nasuprot tome, Evropski sud je svojom presudom od 22. marta 2012. godine (Veliko veće) utvrdio povredu člana 14 u vezi sa članom 8.¹⁸

16 Najpoznatiji slučaj ovog tipa je Semen Lashkin – muzičar koji je svirao svoje violončelo na ulicama u centru Moskve; uhapšen je u septembru 2016. godine na 15 dana i policija je oduzela njegovo violončelo; ruski sudovi i dalje ispituju slučaj.

17 Okolnosti slučaja su citirane iz: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%22fulltext%22:%22markin%22,%22itemid%22:%22002-120%22>}}

18 <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%22fulltext%22:%22markin%22,%22itemid%22:%22001-109868%22>}}

Reakcija u Rusiji na presudu Evropskog suda je bila veoma burna, a naročito zbog kritike koju su strazburške sudije uputile svojim ruskim kolegama iz Ustavnog suda. Postavilo se pitanje šta bi trebalo da bude prioritet ruskim sudijama: odluka Ustavnog suda da nije došlo do povrede ustavnih prava ili odluka o postojanju kršenja prava Suda u Strazburu? Da li bi sud koji preispituje slučaj trebalo da primeni ruski zakon koji nije usklađen sa Konvencijom, ali formalno nije proglašen nevažećim od strane ruskog Ustavnog suda?

Nakon što je Evropski sud doneo presudu, podnosilac predstavke je podneo zahtev za ponovno otvaranje postupka ruskom sudu. Potonji, obavezan zahtevom, je obustavio postupak i uputio zahtev za kontrolu ustavnosti Ustavnom sudu. Zahtev se ticao ustavnosti proceduralnih normi koje određuju osnove za ponovno otvaranje slučajeva pred ruskim sudovima nakon odluke koju donese Evropski sud za ljudska prava ili Ustavni sud. Norme o kojima je reč ne govore ništa o posledicama sukoba između odluka ova dva suda: kako će taj sukob uticati na ponovno otvaranje postupka i koji od njih treba da ima prioritet za sud koji preispituje slučaj?¹⁹

Ustavni sud je u svojoj presudi od 6. novembra 2013. godine podvukao obavezujući karakter presuda Evropskog suda i безусловnu obavezu Rusije da ih sprovede. Međutim, kako je ukazao Ustavni sud, izvršenje presude Evropskog suda može otvoriti mogući problem kompatibilnosti domaće norme sa međunarodnim ugovorom. Sukob može nastati ukoliko Ustavni sud ranije nije sumnjao u ustavnost norme o kojoj je reč.

Ustavni sud je naveo da bi u sličnim slučajevima nadležni sud trebalo da obustavi postupak i da se obrati Ustavnom sudu sa zahtevom za proveru ustavnosti norme koja izaziva takvu sumnju (u ovom slučaju – norma o ustanovljavanju prava vojnog lica na roditeljsko odsustvo). Prema tome, bez davanja odgovora na suštinu pitanja, Ustavni sud je barem predložio metodologiju za rešavanje sukoba; biće moguće proceniti njenu efikasnost kada se takav zahtev podnese Sudu.

19 Analiza slučaja i njegovog značaja za ruski pravni sistem, kao i njegovog odnosa sa Evropskim sudom je prikazana, između ostalih, u: Olga Chernishova. Konstantin Markin and its consequences: Comet's Tail//Liber Amicorum Dean Spielmann. Wolf Legal Publishers, 2015. godina.

Ovaj slučaj je u suštini prvi u kojem je došlo do sukoba pri tumačenju sadržaja ljudskih prava između domaćeg suda (na osnovu ustavnih normi) i nadnacionalnog tela (na osnovu međunarodnog ugovora). Iako se srž zaštićenih prava (pravo na poštovanje porodičnog života, zabrana diskriminacije) generalno razume na više ili manje isti način u svim sistemima, detalji sadržaja se mogu značajno razlikovati, vodeći čak do pozicija na suprotnim krajevima skale, a slučaj Markina je dobar prikaz toga. Na taj način, neslaganja – ako ne i sukobi – između sistema Konvencije i nacionalnog sistema standarda – nastaju u dve glavne situacije: 1) različito razumevanje sadržaja zaštićenih prava (uključujući i detalje takvog sadržaja); i 2) spor o tome ko ima poslednju reč u tumačenju tih prava – nacionalno ili nadnacionalno telo: odnosno da li bi prioritet trebalo da ima Ustav ili međunarodni ugovor?

Slučaj Konstantina Markina je primer prve vrste; ali se nedavno ruski pravni sistem suočio sa slučajem druge vrste u vezi sa pravom zatvorenika na glasanje (obespravljenost).

Slučaj je ispitao Evropski sud koji je u svojoj presudi *Anchugov i Gladkov protiv Rusije*²⁰ proglasio kršenje člana 3 Protokola 1. Zabrana zatvorenicima da glasaju predviđena je članom 32 stav 3 Ustava; zabrana je automatska i odnosi se na sve zatvorenike, bez obzira na trajanje kazne, težinu zločina i lične okolnosti. Kratke činjenice o slučaju: dva podnosioca predstavlke su osuđena za ubistvo i druga krivična dela i osuđena na smrt, što je kasnije preinačeno u petnaest godina zatvora. Takođe im je ukinuto pravo glasanja naročito na izborima za Državnu Dumu i na predsedničkim izborima, u skladu sa članom 32, stavom 3 ruskog Ustava. Oba podnosioca su osporila ovu odredbu pred Ustavnim sudom, koji je, međutim, odbio da prihvati žalbu za ispitivanje na temelju toga da nije imao nadležnost da proveri da li su određene ustavne odredbe bile u skladu sa drugim. Stav Evropskog suda u ovom slučaju se zasnivao na nekoliko osnova. Jedan od njih je da „[u] dvadeset i prvom veku, pretpostavka u demokratskoj državi mora biti u korist inkluzije i univerzalno pravo glasa postaje osnovno načelo“ (§ 94)

Nakon što je doneta presuda Evropskog suda postavilo se pitanje njenog sprovođenja. Kako sprovesti presudu koja u suštini zahteva izmenu Ustava? Problem je još drastičniji, uzevši u obzir da dotična ustavna

²⁰ Evropski sud, presuda od 4. jula 2013. godine, predstavke br. 11157/04 i 15162/05.

odredba pripada Poglavlju 2 o pravima i slobodama čovjeka i građana koje se može izmeniti samo u posebnom postupku koji je u suštini jednak usvajanju novog Ustava.

U decembru 2015. godine doneti su amandmani ni Savezni ustavni zakon „o Ustavnom sudu Ruske Federacije“ koji su izmenili ovlašćenja Ustavnog suda u ovoj oblasti. Prema novom članu 104. 1 Zakona, Ustavni sud može biti obavezan zahtevom o mogućnosti izvršenja presuda međudržavne vlasti u oblasti zaštite ljudskih prava i sloboda. Zahtev može podneti federalna vlast koja ima ovlašćenje da preduzima mere u vezi zaštite interesa Ruske Federacije tokom ispitivanja od strane međudržavnog organa predstavnici koje su podnesene protiv Rusije (što obično podrazumeva Ministarstvo pravde).

Nije nikakvo iznenađenje da je slučaj Anchugov i Gladkov postao prvi koji će ispitati Ustavni sud u okviru ovih novih ovlašćenja.

Teoretski, Ustavni sud je mogao koristiti različite pristupe u ovom predmetu. Najviše očekivani, međutim, bio je da će sud odabrati (uzevši u obzir, između ostalih faktora, trenutnu političku situaciju), hijerarhijski pristup i izbor u korist prvenstva Ustava, uz argumente o pod-ustavnom statusu međunarodnih ugovora Ruske Federacije i akata nadnacionalnih tela u ruskom pravnom poretku. Ova argumentacija, koju je Ustavni sud već koristio u svojoj prethodnoj sudskoj praksi, naročito u svojoj presudi od 14. jula 2015. godine o mogućnosti izvršenja presuda Evropskog suda, je očigledno imala velike šanse da bude usvojena u sadašnjem slučaju.

Istovremeno, Ustavni sud je takođe imao na raspolaganju druge argumente. Pre svega, potencijal ustavnog tumačenja koje uključuje određenu vrstu „doslednog tumačenja“ uz uzimanje u obzir međunarodne dimenzije ustavnih odredbi – potencijal koji Ustavni sud nije iskoristio. Tumačenje ustavne odredbe *ex nunc*– uzimanjem u obzir trenutne situacije i njenih potreba – dao bi Ustavnom sudu mogućnost da analizira da li i dalje postoje osnove da se zadrži ova zabrana (uvedena u rusko zakonodavstvo kasnih osamdesetih godina prošlog veka, kada je zaista postojala opasnost od kriminalizacije izabranih zakonodavnih tela). Na kraju, Ustavni sud je mogao iskoristiti metodologiju „višeg nivoa zaštite“, uz davanje prioriteta antropocentričnom pristupu i izboru u korist norme (akta) koji daje više prava pojedincima, bilo da se radi o domaćoj

ili nadnacionalnoj normi. Sud je, međutim, radije odlučio da sledi prilično formalni hijerarhijski pristup, bez objašnjenja zašto bi sama zabrana trebalo da ostane u ruskom zakonodavstvu i oslanjajući se na prevlast Ustava nad međunarodnim pravom kao glavni argument.

Glavni zaključci Ustavnog suda u ovoj presudi se mogu sažeti na sledeći način.

Sud je, pre svega, naglasio da se odnosi između ruskog pravnog sistema i Evropske konvencije ne mogu zasnivati na principu podređenosti (u smislu nadmoći međunarodnih normi nad ustavnim), i da samo dijalog može osigurati neophodnu ravnotežu u tim odnosima. Sud je takođe naglasio svoju volju da traži i obezbedi kompromis između sistema kako bi podržao ovo uravnotežavanje/ balans.

Sud je naglasio ne-apsolutni karakter prava garantovanog članom 3 Protokola 1, i polje slobodne procene koje pripada državi članici u tom pogledu. Na kraju, Ustavni sud je ukazao na to da Rusija, kada je ratifikovala Konvenciju i složila se da je inkorporira u svoj sistem, nije dala pristanak za izmene ustavnog poretka države. Polazište u vreme ratifikovanja Konvencije je bio prioritet ustavnih normi u ruskom pravnom poretku, kao i opšta usklađenost Konvencije – kao međunarodnog ugovora – sa Ustavom.

U izreci presude Ustavni sud je istakao da je nemoguće izvršiti presudu Evropskog suda donetu u slučaju *Anchugov i Gladkov protiv Rusije*²¹ – u meri u kojoj je ova presuda proglasila kršenje člana 3 Protokola 1 kao rezultat automatske i apsolutne zabrane prava glasa za sve zatvorenike koje je osudio sud a koja je zabrana propisana članom 32 (stav 3) ruskog Ustava. Drugi slučaj koji bi trebalo da bude ispitan od strane Ustavnog suda u novom postupku kontrole mogućnosti sprovođenja presuda Evropskog suda je *OAO Neftyanaya kompaniya Yukos protiv Rusije*²². To je slučaj koji nije ništa manje poznati i o kome se ne razgovara ništa manje. Međutim, situacija sa stanovišta izvršenja ove presude je sasvim drugačija: pitanje nije sukob između presude i ustavne norme već iznos pravične naknade bez presedana koju je Evropski sud dodelio akcionarima podnosioca predstave – likvidirane kompanije: 1,8 milijardi evra.

21 Evropski sud, presuda od 4. jula 2013, predstavke br. 11157/04 i 15162/05.

22 Evropski sud, presuda od 20. septembra 2011, predstavka br. 14902/04.

Očito će ovde Ustavni sud biti u obavezi da koristi različite argumente da bi opravdao svoj stav. Slučaj će biti ispitan krajem 2016. godine.

Zaključci i preporuke

Bilo kakva integracija ili postupak međunarodne saradnje podrazumeva neku vrstu delegacije suverenih ovlašćenja države eksternim vlastima. Tradicionalno gledano, takva delegacija je učinjena na temelju međunarodnih ugovora potpisanih i ratifikovanih od strane država članica. Međutim, u modernom pravnom okviru ovaj proces postaje raznolik i mnogo složeniji sa pojavom različitih vrsta međunarodnih obaveza koje ne proizilaze iz „klasičnih“ sporazuma, već iz akata i sudske prakse nadnacionalnih tela. Stoga se ispostavlja da je sprovođenje ugovora kao što je Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda sveobuhvatna politika države o inkorporiranju standarda Konvencije u „tkivo“ domaćeg pravnog sistema, ali i u pravna mišljenja i pravnu kulturu pravne zajednice i društva u celini.

Proces implementacije Konvencije u ruski pravni sistem – kao i u sistem mnogih država članica Saveta Europe – prolazio je i prolazi kroz različite faze, menjajući se od najvišeg stepena entuzijazma do određene doze hladnoće, pa čak i određene vrste odbijanja. Promena različitih faza – od harmonije do sukoba – ne znači samo po sebi razočarenje u sistem za zaštitu ljudskih prava; to je pre svega prirodna faza u odnosima pravnih poredaka različitih nivoa, kada se centripetalni procesi promene jačajući „suverenizam“.

Rusija trenutno prolazi kroz jednu od takvih „suverenističkih“ faza u kojima rastući senzibilitet na spoljne uticaje izaziva energičniju, ako ne i ogorčeniju reakciju na pozive na promene od strane nadnacionalnih vlasti. Osim toga, domaći pravni sistem sada traži granice svog ustavnog identiteta – ili „ustavnu srž“ – koja nije podložna bilo kakvoj promeni koju nameće spoljni partner. U ovoj fazi ponekad pravni sistem čini izbor u korist strogo hijerarhijskog pristupa proglašenja prvenstva svojih nacionalnih (ustavnih) normi nad nadnacionalnim, i u korist toga da ima poslednju reč u tumačenju svojih međunarodnih obaveza. Ponekad se manifestacije ovog procesa javljaju kao prenaplašeni „suverenizam“ ili previše formalni hijerarhijski pristup – ali u suštini oni ne utiču na opštu volju države da se pridržava sistema principa i standarda koji

su opšte priznati u međunarodnoj zajednici. Potrebno je vreme da bi se razradila alternativna rešenja strogo hijerarhijskom pristupu, sa više nijansiranim konceptima interakcije između nacionalnih i nadnacionalnih sistema. Na tom putu će „dijalog sudija“ – iako nejasan i neodređen pojam iz pravnog ugla – ostati jedino efikasno sredstvo za održavanje na površini zajedničkog broda.

Razlozi za „dijalog sudija“ (formula koju je osmislio francuski advokat Bruno Genevois) leže prvenstveno u zajedničkim misijama sudova u oblasti zaštite ljudskih prava; odluke Evropskog suda su usmerene na iste ciljeve kao i misije najviših nacionalnih sudova: eliminisanje kršenja ljudskih prava iz nacionalnog pravnog poretka i stvaranje preduslova za odsustvo takvih povreda u budućnosti.

Sa organizacionog aspekta, državne politike o efikasnoj implementaciji standarda Konvencije treba da obuhvate sveobuhvatan niz aktivnosti: obrazovanje pravnika – pre svega onih koji rade sa policijom (obuke sudija, tužilaca i članova advokatske komore), koordinaciju napora državnih vlasti u vezi izvršenja presuda Evropskog suda; prevod i distribuciju prakse Strazbura među najširu moguću publiku; redovno sastajanje sudija najviših sudova i njihovih kolega iz Evropskog suda; upućivanje – slanje pravnih stručnjaka u Savet Evrope (sa posebnim naglaskom na sud i Odsek za izvršenje Komiteta ministara) kako bi proučili proces rada iznutra; itd. Iskustvo Rusije je uključilo ove i mnoge druge aktivnosti u okvir implementacije Konvencije; može se reći da one daju rezultate, ali to zahteva vreme, trud i sredstva, a učinak nije brz. Sa druge strane, postignuti efekat je stabilan – tako da čak u tekućem periodu – koji nije baš najlakši u pogledu odnosa Rusije sa spoljnim svetom – Konvencija i sistem njenih standarda ostaje ključni sporazum i instrument za domaći pravni poredak. Njena važnost se ne dovodi u pitanje i traže se novi mehanizmi kako bi se povećala njena efikasnost, bez obzira na sve poteškoće sa kojima se pravni sistem suočava na ovom putu.

Sprovođenje Evropske konvencije o ljudskim pravima na nacionalnom nivou

Nikolina Katić

dipl. prav, pravni stručnjak

Poglavlje I	127
Efekat Konvencije unutar nacionalnih pravnih sistema: dualizam i monizam	131
Uticaj Evropskog suda na nacionalne pravne sisteme	132
Sprovođenje Evropske konvencije u Hrvatskoj	133
Poglavlje II	
Upućivanje nacionalnih sudova na presude Evropskog suda za ljudska prava	135
Poglavlje III	
Zaključci i preporuke	141

Poglavlje I

Nakon Drugog svetskog rata, problem međunarodne zaštite ljudskih prava bio je u fokusu evropskih država i Ujedinjenih nacija. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Evropska konvencija) je proizvod tih napora u Evropi. Njena namena je bila da pruži garanciju zaštite ljudskih prava na najvišem nivou jer se zaštita ovih prava na nacionalnim nivoima pokazala kao neadekvatna.

Savet Evrope je osnovan 1949. godine. Na prvoj sednici Konsultativne skupštine (koju danas nazivamo Parlamentarna skupština Saveta Evrope) u avgustu 1949. godine, diskutovalo se o pitanju detaljnije i kolektivne zaštite ljudskih prava. Sve ovo je dovelo do nacrtu Evropske konvencije, koji je Komitet ministara SE usvojio i otvorio za potpisivanje. Konvencija je potpisana 4. novembra 1950. godine u Rimu od strane Belgije, Danske, Francuske, Nemačke, Islanda, Irske, Italije, Luksemburga, Holandije, Norveške, Turske i Ujedinjenog Kraljevstva. 28. novembra 1950. godine su Grčka i Švedska takođe potpisale. Druge evropske zemlje su pratile taj primer i danas Evropska konvencija ima 47 država ugovornica.¹

Zašto je Evropska konvencija toliko posebna i važna? Kao što je g. Jean Paul Costa, bivši sudija i predsednik Evropskog suda za ljudska prava rekao, Evropska konvencija *„je bila [u vreme kada je nastala] prvi uspešni pokušaj da se pruži pravno obavezujući efekat idealima koji su otelotvoreni u Univerzalnoj deklaraciji o Ljudskim pravima. Konvencija je međunarodni ugovor koji su suverene države prihvatile slobodnom voljom. One su pristale, kao što je izraženo u članu 1 Konvencije, da obezbede osnovna prava koja su definisana u ugovoru svima unutar svojih nadležnosti”*²

Evropska konvencija se sastoji od preambule, teksta Konvencije koji sadrži većinu osnovnih prava i sloboda zaštićenih Konvencijom, i od Protokola Konvencije. Trenutno postoji ukupno 16 Protokola ali su Protokol br. 15 i Protokol br. 16 Konvencije i dalje otvoreni za potpisivanje i/ili ratifikaciju jer nisu sve države članice Saveta Evrope potpisale i/ili ratifikovale ove Protokole.

Prava i slobode koje su garantovane Evropskom konvencijom su definisane i razvijane kroz sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: Evropski Sud).³ U sudskoj praksi Evropskog Suda takođe se mogu naći različite definicije Evropske konvencije i njenog položaja u međunarodnom pravu.

1 Lista od 47 država ugovornica Evropske konvencije dostupna je na internet stranici Saveta Evrope <http://www.coe.int/en/web/about-us/our-member-states>

2 Memorandum predsednika Evropskog suda za ljudska prava poslat državama uoči pripreme Interlaken konferencije dostupan je na http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20090703_Costa_Interlaken_ENG.pdf

3 Celokupna sudska praksa Suda do današnjeg dana se može naći na internet stranici suda u HUDOC pretraživaču baze podataka.

Za razliku od klasičnih međunarodnih ugovora, Evropska konvencija „obuhvata više od jednostavnih recipročnih angažmana među državama ugovornicama. Ona čini, povrh svega, mrežu zajedničkih, bilateralnih poduhvata, objektivnih obaveza koje, po rečima Preambule, imaju korist od ‘kolektivnog primenjivanja’“.⁴ Dalje, član 1 Evropske konvencije propisuje da „primarna odgovornost za sprovođenje i primenjivanje prava i sloboda garantovanih Konvencijom počiva na nacionalnim vlastima“.⁵ Ova odgovornost je primarno na nacionalnim sudovima čija je uloga da prava i slobode koje garantuje Evropska konvencija učine efektivnim na nacionalnom nivou.

Kao što je gore navedeno, države ugovornice moraju da obezbede prava i slobode „svima unutar svoje nadležnosti“.⁶ Ove reči direktno proizilaze iz Konvencije i ne podrazumevaju bilo kakva ograničenja u vezi sa državljanstvom. Čak i one navodne žrtve koje nisu državljani države u pitanju ili bilo koje druge države ugovornice, mogu zahtevati ovu garanciju kada su u nekom smislu podvrgnuti nadležnosti države od koje zahtevaju garancije.⁷

Ukoliko pogledamo sudsku praksu Evropskog suda po ovom pitanju, možemo videti da je na primer u slučaju *Austrija protiv Italije* Evropski sud izjavio: „...kada postane ugovorna strana Konvencije, država se obavezuje, vis-à-vis drugih visokih ugovornih strana, da će obezbediti prava i slobode koje su definisane u Odeljku I svakoj osobi unutar svoje nadležnosti, bez obzira na njihovo državljanstvo ili status; ukratko, obavezuje se da će obezbediti ova prava i slobode ne samo svojim državljanima i državljanima drugih visokih ugovornih strana, već i državljanima država koje nisu ugovorne strane Konvencije kao i osobama bez državljanstva.“⁸

Ovo nas dovodi do jednog od glavnih principa zaštite ljudskih prava koje pružaju Evropska konvencija i Savet Evrope a to je princip subsidi-

4 Vidi *Ireland v the United Kingdom*, predstavka br. 5310/71, presuda od 18. januara 1978. § 239.

5 Vidi *Súrmeli v Germany* [GC], predstavka br. 75529/01, presuda od 18. juna 2006. § 97.

6 Vidi član 1 Evropske konvencije.

7 Vidi P. van Dijk, G. J. H. van Hoof; *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Third edition, Kluwer Law International, The Hague, 1998, str. 3.

8 Vidi *Austria v. Italy*, predstavka br. 788/60, § 116.138–140.

jarnosti zaštite Evropske konvencije. Ratifikacijom Evropske konvencije, države ugovornice su preuzele obavezu da njihovi nacionalni pravni sistemi budu saglasni sa Evropskom konvencijom i samim tim u stanju da primenjuju Evropsku konvenciju na nacionalnom nivou. S tim u vezi je Protokol br. 15 Konvencije veoma bitan jer princip subsidijarnosti unosi direktno u formulaciju Konvencije. Sve do nacрта Protokola br. 15, princip subsidijarnosti je u stvari bio definisan sudskom praksom Evropskog suda i njegovim tumačenjem članova 1, 13 i 17 Konvencije.⁹

Evropska konvencija ostavlja državama potpisnicama da odluče kako će odgovoriti svojim obavezama dužnostima da se pridržavaju odredbi iz Konvencije. Kao što je Evropski sud naveo, Evropska konvencija zaista ne pruža državama ugovornicama „nijedan unapred definisani način kojim će obezbediti delotvornu primenu Konvencije u unutrašnjem pravu“ u pogledu ijednog od zagarantovanih prava i sloboda.¹⁰ Dalje, u dva slučaja protiv Ujedinjenog Kraljevstva¹¹ Evropski sud je zaključio da se od država ne zahteva da inkorporiraju Konvenciju u domaće zakonodavstvo, već da „suštinu garantovanih prava i sloboda osiguraju/ obezbede u domaćem pravnom poretku u ovoj ili onoj formi, svima u okviru nadležnosti država ugovornica.¹²

Sama inkorporacija Evropske konvencije u domaći pravni sistem, samim tim niti je u stanju da reši sve probleme u vezi sa njenom primenom nacionalnom nivou niti je garancija istinske i efektivne primene Konvencije u domaćem pravnom sistemu država ugovornica.¹³

Snaga uticaja Evropske konvencije na nacionalne pravne sisteme uglavnom zavisi od dva aspekta:

9 Član 1 Konvencije propisuje obavezu država ugovornica da obezbede prava i slobode svima u okviru svoje nadležnosti, a član 13 i 17 nameću obavezu državama ugovornicama da obezbede efektivne domaće pravne lekove i efektivno funkcionisanje celokupnog nacionalnog sistema u smislu zaštite ljudskih prava i sloboda u državama ugovornicama. Na ovim odredbama Sud bazira svoju sudsku praksu u vezi sa subsidijarnošću zaštite Konvencije

10 Vidi *Swedish Engine Drivers Union*, predstavka br. 5614/72, presuda od 6. februara 1976. § 50.

11 Vidi *Džejms et al protiv UK*, predstavka br. 8793/79, presuda od 21. februara 1986. §84 i *Lithgow et al protiv UK*, predstavka br. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, presuda od 8. jula 1986, §205.

12 Vidi A. Caligiuri and N. Napoletano; *The Application of the ECHR in the Domestic Systems*“ dostupan na http://www.academia.edu/633695/The_Application_of_the_ECHR_in_the_Domestic_Systems.

13 *Ibid.*

- 1) Položaja/ statusa Evropske konvencije u domaćoj hijerarhiji izvora prava;
- 2) Samoizvršnog karaktera Evropske konvencije i mogućnosti da nacionalni sudovi direktno primenjuju prava iz Evropske konvencije.

Postoje različiti pristupi i raznolikost ustavnih odredbi u vezi sa statusom, primenom i efektima Evropske konvencije u domaćim pravnim poretcima. Pristup se razlikuje od jedne države ugovornice do druge.

Efekat Konvencije unutar nacionalnih pravnih sistema: dualizam i monizam

Postoje dva suprotstavljena stanovišta u pogledu veze između međunarodnog prava i nacionalnog prava.

Prema takozvanom dualističkom stanovištu, međunarodni i nacionalni pravni sistem formiraju dve odvojene pravne sfere i međunarodno pravo ima uticaj na nacionalni pravni sistem samo ako je inkorporirano u nacionalni sistem putem adekvatnih i neophodnih procedura (npr. putem posebnog nacionalnog zakona itd.). Ovo je na primer slučaj Nemačke, gde je Evropska konvencija inkorporirana u nacionalni pravni sistem kroz savezni zakon (*Zustimmungsgesetz*), i samim tim postala deo domaćeg nemačkog prava. Ujedinjeno Kraljevstvo i Irska su inkorporirali Konvenciju putem Akta o ljudskim pravima iz 1998. godine i Akta o Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima iz 2003. godine.

U dualističkom sistemu, nakon što se Konvencija odobri i postane deo domaćeg prava, ostaje pitanje kakav status ima unutar tog nacionalnog pravnog sistema. Odgovor na ovo pitanje se može naći u nacionalnom ustavnom pravu.¹⁴ Na primer, u Ujedinjenom Kraljevstvu i Irskoj nakon inkorporacije, pravila Evropske konvencije su sprovodili nacionalni sudovi i direktno su primenjivana unutar britanskih i irskih pravnih sistema od strane sudova i drugih javnih vlasti.¹⁵

14 Vidi P. van Dijk, G. J. H. van Hoof; *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Third edition, Kluwer Law International, The Hague, 1998, str. 16.

15 Vidi Besson: „The Reception Process in Ireland and the United Kingdom“, beleška 24, str. 42 i 46.

S druge strane, prema takozvanom monističkom stanovištu, različiti domaći pravni sistemi se smatraju elementima međunarodnog pravnog sistema. Prema monističkom pogledu, nacionalne vlasti obavezuje međunarodno pravo u njihovom odnosu prema pojedincima, bez obzira da li su ili nisu pravila međunarodnog prava inkorporirana/ transformirana u nacionalno pravo. U ovakvoj situaciji prava i obaveze pojedinca proizilaze direktno iz međunarodnog prava koje se onda primenjuje pred nacionalnim sudovima i mora mu se dati prioritet nad bilo kojim nacionalnim zakonom kada je u suprotnosti sa istim.

U državama ugovornicama u kojima Konvencija ima „spoljašnji“ efekat, mora se utvrditi posebno za svaku od njenih odredbi da li su direktno primenljive, tako da se pojedinci mogu direktno pozivati na takve odredbe pred nacionalnim sudovima, ili nisu.¹⁶ Takozvani samoizvršni karakter odredbi Konvencije može da se pretpostavi u slučajevima u kojima se odredba može primeniti u konkretnom slučaju bez potrebe za dodatnim (zakonodavnim) merama od strane nacionalnih vlasti.¹⁷

Danas, u Belgiji, Francuskoj, Holandiji, Švajcarskoj i u UK, možemo reći da Evropska konvencija čini neku vrstu surogata iliti „ustava iz senke“.¹⁸ Ove države su inkorporirale Konvenciju na način koji čini prava Konvencije direktno primenjivim, nadzakonodavnim normama u domaćem sistemu. S druge strane, postoje države u kojima se Evropska konvencija posmatra kao dodatak/ dopuna Ustavu, kao što su Nemačka, Irska, Španija i neke Centralnoevropske države.¹⁹

Uticaj Evropskog suda na nacionalne pravne sisteme

Evropski sud štiti prava i slobode garantovane Konvencijom na mnoštvo različitih načina. Evropski sud funkcioniše kao (1) vrsta više instance (Visoki kasacioni sud na primer) kada je u pitanju procedura, (2) kao međunarodni „pas čuvar“ kada se radi o ozbiljnim kršenjima ljudskih prava i masivnom slomu u vladavini prava u bilo kojoj od država ugovornica;

16 Vidi P. van Dijk, G. J. H. van Hoof; „The Reception Process in Ireland and the United Kingdom“, 1998, str. 17.

17 *Ibid.*, str. 18.

18 Vidi H. Keller, A. Stone Sweet: Assessing the Impact of the ECHR on National Legal System; Yale Law School, Faculty Scholarship Series, publikacija 88, 2008, str. 686.

19 *Ibid.*

(3) kao mudri tumač ustavnih prava kada su u pitanju kvalifikovana prava iz članova 8–11 i 14 EKLJP-a.²⁰

U mnoštvu slučajeva, Evropski sud je podvukao da prava i slobode garantovane Konvencijom nisu teorijske i prividne, već praktične i delotvorne, samim tim obavezujući države ugovornice da pruže efektivnu zaštitu ljudskim pravima na nacionalnom nivou.²¹ Ovo je još jedan podsetnik državama ugovornicama da je zaštita ljudskih prava garantovanih Konvencijom subsidijarna i aktivira se samo u slučajevima i situacijama kada domaći pravni sistem ne uspe da pruži neophodnu zaštitu ljudskih prava.

Postoje tri krucijalne stvari koje države ugovornice treba da obezbede na nacionalnom nivou da bi se pružila efektivna zaštita ljudskih prava na nacionalnom nivou. To je (1) visok nivo znanja i razumevanja prava Konvencije među sudijama i drugim javnim službenicima; (2) poznavanje sudske prakse Evropskog suda i njena adekvatna primena u nacionalnim postupcima; i 3) efektivno izvršenje presuda Evropskog suda u skladu sa članom 46 Konvencije.²²

Sprovođenje Evropske konvencije u Hrvatskoj

U Republici Hrvatskoj (u daljem tekstu: RH) Konvencija je deo domaćeg pravnog sistema i domaćeg prava. Shodno članu 141 Ustava Republike Hrvatske²³ svi međunarodni ugovori koje je potpisala i ratifikovala RH čine deo domaćeg pravnog sistema i po svojoj pravnoj moći su iznad zakona i ispod Ustava.

U praksi ovo znači da su sve hrvatske sudije i javni službenici vezani Konvencijom na način na koji su vezani i bilo kojim drugim (domaćim

20 Vidi H. Keller, A. Stone Sweet: Assessing the Impact of the ECHR on National Legal System; Yale Law School, Faculty Scholarship Series, publikacija 88, 2008, str. 695.

21 Vidi između ostalog, skorašnji slučaj *Dvorski protiv Hrvatske*, predstavka br. 25703/11,[GC], 20. oktobar 2015.

22 Vidi *mutatis mutandis* Implementation of the Convention in Domestic Courts and Institutions: Tools for Application of the European Convention of Human Rights in Domestic Legal System of the Countries of Southeast Europe, The Aire Center, pravni bilten, 1/2014, str. 6.

23 Vidi Ustav Republike Hrvatske, Službeni glasnik, br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 5/14 dostupni na www.nn.hr.

propisom) i imaju obavezu da direktno primenjuju odredbe Konvencije u svakodnevnom radu.

Stoga, Hrvatska ima monistički pristup ka sprovođenju i primeni međunarodnih ugovora u domaćem sistemu. Osim navedenih ustavnih odredbi, ovaj monistički pristup je takođe priznat kroz odredbe domaćih zakona kao što je Zakon o zaključivanju i sprovođenju međunarodnih sporazuma²⁴ čije odredbe ne propisuju nijednu dodatnu proceduru za (direktnu) primenu međunarodnih sporazuma i ugovora u domaćem sistemu.

Postoji dilema da li su Konvencija ili drugi međunarodni ugovori direktno primenjivi u domaćem sistemu zbog bivšeg člana 115§ 3 Ustava koji propisuje da „Sudovi [u Hrvatskoj] sude na osnovu Ustava i zakona“.²⁵ Naime, u citiranoj odredbi nisu spomenuti međunarodni sporazumi. Međutim, tačno tumačenje ove odredbe je da eksplicitno pominjanje međunarodnih sporazuma u ovom kontekstu nije bilo potrebno.²⁶

Uprkos tome, ova dilema je rešena 2010. godine kada je izmenjen i dopunjen Ustav. Odredba koja je sada pravno obavezujuća glasi: „ Sudovi [u Hrvatskoj] sude na osnovu Ustava, međunarodnih sporazuma i drugih izvora važećeg prava“.²⁷

Stoga, u RH Konvencija ima kvaziustavni karakter²⁸, koji je potvrdio Ustavni sud odlukom br. U-I-745/1999.²⁹ U navedenoj odluci, Ustavni sud je postupku abstraktne procene ustavnosti Zakona o eksproprijaciji, po prvi put stao na stanovište da bilo koji nacionalni propis koji nije u skladu sa Evropskom konvencijom predstavlja neslaganje nacionalnog zakona sa principom vladavine prava propisanim u članu 3 Ustava, principima ustavnosti i zakonitosti sadržanim u članu 5 Ustava i principom

24 Vidi Zakon o zaključivanju i sprovođenju međunarodnih sporazuma, Službeni glasnik, 28/96.

25 Vidi J Omejec: Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava, Strasbourski acquis; Novi informator, Zagreb 2013, str. 47.

26 *Ibid.*

27 *Ibid.*

28 Vidi J Omejec: Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava, Strasbourgski acquis; Novi informator, Zagreb 2013, str. 64.

29 Vidi odluku U-I-745/1999 od 8. novembra 2000, dostupno na www.usud.hr.

pravnog monizma nacionalnog i međunarodnog prava propisanog u članu 141 Ustava.³⁰

Poglavlje II

Upućivanje nacionalnih sudova na presude Evropskog suda za ljudska prava

Evropska konvencija je pravno obavezujuća u RH već 19 godina³¹ i, kao što je prethodno objašnjeno, deo je domaćeg pravnog sistema. U početku, tokom kasnih '90 i ranih '00, nije postajalo mnogo razumevanja za Evropsku konvenciju i sudsku praksu Evropskog suda među nacionalnim sudijama i javnim službenicima jer je Evropska konvencija smatrana „stranim“ ili „međunarodnim“ pravom, koje nije direktno primenljivo u domaćim postupcima uprkos citiranom članu 141 Ustava.

Postojalo je veoma malo saznanja o odredbama Konvencije i sudskoj praksi Evropskog suda među građanima ali i advokatima takođe, i skoro niko od stranaka u domaćim postupcima se nije pozivao na odredbe Konvencije niti tražio njihovu direktnu primenu. Ovo se promenilo. Sada možemo videti da se stranke u domaćim postupcima pozivaju na odredbe Konvencije i/ili sudsku praksu Suda čak i prilikom prve radnje u postupku i domaći sudovi zasnivaju obrazloženja svojih odluka na sudskoj praksi Evropskog suda.

Uprkos tome, počeci su bili teški. Kao što uvek biva, sistemu koji je ogroman i inertan, potrebno je vreme da obradi i prihvati nove stvari. S druge strane, privatne stranke i advokati koji iznose svoja pravna pitanja pred sudovima, su brzo naučili o novoj alatki koju mogu da koriste da bi ojačali svoje pravne osnove *vis-à-vis* protivnika ili ubedili sudove da odluče u njihovu korist.

Očigledan primer gore rečenog se može videti u presudi (Višeg) administrativnog suda RH u slučaju *Us-1044/2005*³². U navedenoj presudi, Administrativni sud je odbio zahtev podnosioca, koji je ona podnela na-

30 Vidi takođe S. Rodin, T. Čapeta; *Judicial Application of International Law in Southeast Europe*, Springer (eBook) 2015, str. 138–139.

31 Evropska konvencija je pravno obavezujuća u RH od 5. novembra 1997. godine.

32 Vidi presudu U-I-745/2005 od 7. maja 2009, dostupno na www.upravnisudrh.hr.

kon što je administrativni organ (policija) odbio da joj izda ličnu kartu. Naime, podnositelj predstavke, osoba muslimanske veroispovesti, tražila je izdavanje lične karte i donela je fotografiju na kojoj ona nosi hijab (muslimansko deo odeće koji pokriva glavu) što nije fotografija koja je u skladu sa odredbama domaćeg zakona koji propisuje standardnu fotografiju za ličnu kartu (gde mora biti vidljivo najmanje 80% lica i glave). Podnositelj se pred Administrativnim sudom pozvala na odredbe člana 9 i člana 14 Konvencije, tvrdeći da je ona diskriminisana na osnovu svoje religije. Administrativni sud se osvrnuo na ove argumente podnosioca u samo jednoj rečenici tvrdeći da „*nema potrebe da komentarišu navode podnosioca predstavke u vezi Konvencije s obzirom da njena predstavka nije prihvatljiva na osnovu odredbi domaćeg zakona.*“

Suprotno ovome, neki domaći sudovi su direktno sproveli odredbe Konvencije ali bez daljeg pozivanja na sudsku praksu Evropskog suda. Takve odluke se mogu naći na primer u presudama Vrhovnog suda I Kž-548/1999³³ i I Kž 440/03³⁴ u vezi sa primenom člana 6 Konvencije u krivičnim predmetima.

Prekretnica u ovakvom stavu domaćih sudova bila je odluka Ustavnog Suda RH U-III-3304/2011³⁵ kojom se naglašava važnost (direktne) implementacije Konvencije (i međunarodnog prava uopšte) u domaćim postupcima a posebno u vezi sa članom 46 Konvencije (izvršenje sudskih presuda).

Ovo je u stvari bila prva odluka Ustavnog Suda u kojoj se sud bavio odgovornošću RH prema međunarodnom ugovoru ili Konvenciji. Predmet slučaja bio je u stvari neuspeh domaćih sudova i vlasti da izvrše sudsku presudu u slučaju *Vanjak protiv Hrvatske*.³⁶ Naime, podnositelj predstavke, g. Vanjak nije mogao ponovo da otvori disciplinski postupak koji je bio predmet u postupku pred Evropskim sudom i gde je ovaj sud našao kršenje člana 6 Konvencije. Prema hrvatskom zakonu, presuda Evropskog suda u kojoj je utvrđena makar jedna povreda prava iz Konvencije predstavlja osnovu za ponovno otvaranje domaćeg postupka. Međutim, zahtev g. Vanjaka su domaće vlasti i sudovi odbili.

33 Vidi presudu I Kž-548/1999 od 1. septembra 1999, dostupno na www.vsrh.hr.

34 Vidi presudu I Kž-440/03 od 11. novembra 2004, dostupno na www.vsrh.hr.

35 Vidi odluku U-III-3304/2011 od 23. januara 2013, na www.usud.hr.

36 Vidi slučaj Vanjak protiv Hrvatske, predstavka br. 29889/04, presuda od 14. januara 2010.

Ustavni sud je prihvatio ustavnu žalbu podnosioca i zaključio: „Nepoštovanje međunarodnih obaveza, koje je u konkretnom slučaju dovelo do odbacivanja „zahteva za ponovno otvaranje disciplinskog postupka“, ozbiljno je uticalo na ličnu pravnu situaciju podnosioca ustavne tužbe (član 35. Ustava). Njegov interes, bez sumnje legitiman, da presuda Evropskog suda Vanjak protiv Hrvatske (2010.) bude pravilno izvršena na nacionalnom nivou (to jest da se ispita osnovanost njegovog zahteva) ima ustavnopravnu težinu koja je dodatno potkrepljena nalazima Evropskog suda sadržanim u toj presudi. Tu činjenicu Ustavni sud nije smeo zanemariti u ovom postupku. Nesporno je da su osporene odluke i presuda Upravnog suda neizbežno smanjili poverenje podnosioca u sudski sistem i dalje ugrozili načela pravne sigurnosti i jednakosti svih pred zakonom, koja predstavljaju glavna obeležja vladavine prava i u Ustavu i u Konvenciji. Takođe su narušili legitimno očekivanje podnosioca da će presuda Evropskog suda dovesti do (pre)ispitivanja osnovanosti njegovog zahteva za izmenu pravosnažne sudske odluke na osnovu odluke Evropskog suda, a preko toga i do eventualnog ponovnog otvaranja disciplinskog postupka protiv njega. Sve dok se osnovanost zahteva podnosioca za izmenu pravosnažne sudske odluke na osnovu odluke Evropskog suda ne ispita u skladu sa pogledima izraženim u ovoj odluci može se smatrati da je podnosilac ustavne tužbe i dalje žrtva povrede prava na pravično suđenje u smislu člana 29. stava 1. Ustava i člana 6. stava 1. Konvencije.³⁷

Još jedna odluka Ustavnog suda koja se ističe je odluka U-III-2026/2010³⁸, slučaj koji je u vezi sa presudom Evropskog suda u slučaju Peša protiv Hrvatske³⁹ u kojoj je Evropski sud utvrdio kršenje prava podnosioca na pretpostavku nevinosti garantovanog Konvencijom (član 6§2 Konvencije). Ustavnu tužbu u gore pomenutom slučaju podneo je g. J. M, saoptuženi g. Peše u krivičnom postupku, koji je tvrdio pred Ustavnim sudom da je njegovo pravo na pretpostavku nevinosti takođe prekršeno i da je on u stvari u istom pravnom položaju kao g. Peša. Ustavni sud je zaključio: „Ustavni sud ocenjuje potrebnim da podseti na obrazloženje presude Peša protiv Republike Hrvatske (predstavka br. 40523/08, od 8. aprila 2010.) u kojoj je Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu: Evropski sud) utvrdio da je došlo do povrede prava podnosioca na poštovanje pretpostavke nevinosti. Stoga je došlo do kršenja člana 6 stav 2 Konvencije. Ustavni sud pri tome napominje da je reč o krivičnom

37 Vidi odluku U-III-3304/2011 od 23. januara 2013, §42, na www.usud.hr

38 Vidi odluku U-III-2026/2010 od 30. juna 2011, dostupno na www.usud.hr

39 Vidi Peša protiv Hrvatske, predstavka br. 40523/08, presuda od 8. aprila 2010.

postupku u istom predmetu koji je predmet ovog ustavnosudskog postupka, a koji je u javnosti nazvan „afera M.“[...] Navedeni nalazi primenjivi su i na konkretan slučaj. Ustavni sud ocenjuje da je izjavama citiranim u tački 12 obrazloženja odluke, u odnosu na podnosioca ustavne tužbe, narušeno pravično postupanje u predmetu, te je „potkopano poverenje javnosti u pravosuđe“ (vidi Evropski sud u predmetu *Times Newspaper*, § 63.). Naime, citirane izjave visokih službenika Republike Hrvatske direktno se odnose i na podnosioca ustavne tužbe i njima se nesumnjivo ukazuje na krivicu podnosioca u postupku koji je u tom trenutku tek počeo, a i u daljem toku krivičnog postupka.⁴⁰

Postoji takođe jedan broj odluka Ustavnog suda koje prethode postupcima pred Evropskim sudom i direktno utiču na njih. Na primer, odluka U-III-64744/2009⁴¹ u kojoj je Ustavni sud prihvatio ustavnu žalbu g. Eduarda Miljaka u vezi sa uslovima njegovog pritvora. Naknadno je g. Miljak podneo predstavku Evropskom sudu ali je njegova predstavka odbijena kao neosnovana.⁴²

Deo od suštinske važnosti imenovane odluke Ustavnog suda glasi: „Prethodno navedene tvrdnje u pogledu postupanja s podnosiocem u Zatvorskoj bolnici, Ustavni sud povezuje s dve činjenice: a) da su na pripremnom sastanku u Ustavnom sudu predstavnici Ministarstva pravde izjavili kako je tom ministarstvu još od izgradnje Zatvorske bolnice bio poznat problem nedostatka lifta, ali da do danas nisu pronađena budžetska sredstva za njegovu izgradnju, te b) da je predstavnica Ministarstva zdravstva i socijalne pomoći izdala obaveštenje o tome da u ovom trenutku postoji slab i nedelotvoran javnomedicinski nadzor zatvorskog sistema u Republici Hrvatskoj. S tim u vezi, Ustavni sud upozorava na dužnost Vlade Republike Hrvatske da uskladi i nadzire poslove državne uprave (član 9 Zakona o sistemu državne uprave, pročišćeni tekst, „Narodne novine“ br. 190/03.). U te poslove nadležnih ministarstava – Ministarstva pravde i Ministarstva zdravstva i socijalne pomoći – spada, između ostalog, obavljanje upravnog nadzora te drugi upravni i stručni poslovi (član 1. stav 1. istog zakona). To je razlog zašto se u ovoj odluci nalaže Vladi Republike Hrvatske da uspostavi delotvoran nadzor nad kvalitetom zdravstvene zaštite u celokupnom zatvorskom sistemu, da u prikladnom roku, ne dužem od tri godine, omogu-

40 Vidi odluku U-III-2026/2010 od 30. juna 2011, §§ 13 i 14, dostupno na www.usud.hr.

41 Vidi odluku U-III-64744/2009 od 3. novembra 2010, dostupno na www.usud.hr.

42 Vidi *Miljak protiv Hrvatske*, predstavka br. 66942/09, odluka od 7. februara 2012.

ći nesmetano kretanje osoba s posebnim potrebama, a naročito da, zbog očigledne potrebe za lift, osigura sredstva potrebna za njegovu izgradnju u Zatvorskoj bolnici.“⁴³

Veliki broj domaćih odluka koje predstavljaju dobru praksu direktnog sprovođenja Evropske konvencije i sudske prakse Evropskog suda su odluke u vezi sa članom 8 Konvencije u delu koji se odnosi na poštovanje prava na dom. Poštovanje doma je autonomni institut Konvencije, drugačiji od imovinskog prava koje je deo domaćeg građanskog prava i samim tim dobar primer direktne primene odredaba Konvencije i sudske prakse Evropskog suda od strane domaćih sudova. Na primer, Vrhovni sud RH je u svom rešenju Rev-x 1050/12–2⁴⁴ jasno naveo da tokom odlučivanja o zahtevu za deložaciju, (niži) domaći sudovi moraju da urade test proporcionalnosti shodno članu 8 Konvencije i sudske prakse Evropskog suda.

U odnosu na ovo, važna je još jedna odluka Ustavnog suda RH. U odluci br. U-III-2073/2010⁴⁵ Ustavni sud je konstatovao i utvrdio osnovne principe i doktrinu koje niži sud mora da uključi u obrazloženje svojih odluka kada odlučuje o pravu poštovanja nečijeg doma. *„Nijedna odredba domaćeg prava se ne sme tumačiti i primenjivati na način koji nije u skladu sa obavezama koje proizlaze iz Ustava i Evropske konvencije. U svim budućim slučajevima u kojima stranke podnesu prigovore u vezi sa mešanjem u njihovo pravo na poštovanje doma merom deložacije, dužnost nadležnih građanskih sudova je da ispitaju srazmernost i nužnost predložene mere uzimajući u obzir relevantna načela koja čine sadržaj prava na poštovanje doma, a u skladu sa temeljnim postavkama uključenim u ovu odluku.“⁴⁶*

Dalje, u odluci U-III-46/2007⁴⁷ Ustavni sud je odlučio: *„Bilo kakvo mešanje javnih vlasti u pravo vlasništva mora biti opravdano, to jest mora zadovoljiti stroge, zbirno postavljene zahteve koji proizlaze iz vladavine prava i zakonitosti, opšteg ili javnog interesa i proporcionalnosti. Navedeni se zahtevi – u svetlu okolnosti svakog konkretnog slučaja – na odgovarajući način moraju uzeti u obzir i onda kada mešanje u pravo vlasništva nisu uzroko-*

43 Vidi odluku U-III-64744/2009 od 3. novembra 2010, dostupno na www.usud.hr,§§ 15 i16.

44 Vidi Rev-x 1050/12–2 of 10 od 10. septembra 2014, dostupno na www.vsrh.hr.

45 Vidi U-III-2073/2010 od 4. marta 2014, dostupno na www.usud.hr.

46 *Ibid.*

47 Vidi U-III-46/2007, rešenje od 22. januara 2007, na www.usud.hr.

*vale javne vlasti, nego privatna lica. Dodatno, u slučaju privatnopravnih odnosa, država ima pozitivnu obavezu da zaštiti Ustavom i Evropskom konvencijom garantovano pravo vlasništva (fizičkog ili pravnog) lica od nezakonitog mešanja trećih privatnih lica u to pravo, osim kad je reč o mešanju koje je zakonski utemeljeno, koje je u opštem ili javnom interesu i koje je „nužno u demokratskom društvu“.*⁴⁸

Ustavni sud je takođe odlučivao u slučajevima koji su se ticali drugih aspekata člana 8 Evropske konvencije. Na primer, u odluci U-III-3526/2010⁴⁹ u vezi poštovanja porodičnog života, Ustavni sud je zaključio da država ima ujedno i negativne i pozitivne obaveze. Negativne obaveze uključuju dužnost države da se uzdrži od mešanja u porodični život pojedinca, osim u slučajevima propisanim zakonom (član 61.2 Ustava), i u skladu sa principom proporcionalnosti (član 16 Ustava), uzimajući u obzir pravila koja su na snazi u demokratskoj državi (član 1.1 Ustava). Pozitivne obaveze države uključuju dužnost da se proaktivno deluje da bi se postigli uslovi za poštovanje i efektivnu zaštitu porodičnog života građana čak i kada ovo podrazumeva da se regulišu privatni odnosi među njima. Ustavni sud tvrdi da država ima širok spektar slobode odlučivanja u regulisanju ovog pitanje ili kada odlučuje koje aktivnosti ili mere treba preduzeti da bi se postigla ustavna garancija iz člana 35 Ustava, gde su postojeće mogućnosti društvene zajednice i njenih pojedinaca takođe priznate.

2014. godine, Ustavni sud je doneo odluku U-III –6559/2010⁵⁰ koja je bila jedna vrsta prekretnice u vezi sa primenom proceduralnih obaveza države koje proističu iz člana 3 Konvencije (obaveza sprovođenja delotvorne istrage).

Ova odluka na mnogo načina oslikava odluke Evropskog suda po ovom pitanju i to je bio prvi put da je Ustavni sud utvrdio povredu proceduralnih obaveza na osnovu člana 3 Evropske konvencije i naredio drugim državnim vlastima (državnom tužiocu) da sprovedu efektivnu istragu na osnovu navoda podnosioca o zlostavljanju u policijskom pritvoru, na isti način kao što bi Evropski sud to učinio. U navedenoj odluci, Ustavni sud se pozvao na neke od osnovnih principa koje je Evropski sud

48 *Ibid.*

49 Vidi U-III – 3526 / 2010, odluka od 30. juna 2011, dostupno na www.usud.hr.

50 Vidi odluku rešenje U-III-6559/2010 od 13. novembra 2014, dostupno na www.usud.hr.

prethodno utvrdio i zasnovao je svoju odluku na sudskoj praksi Evropskog suda. Bitan deo ove odluke glasi: „*ako pojedinac iznese tvrdnju da su ga službena lica zlostavljala, a tu tvrdnju može braniti pozivajući se na određene dokaze (na primer, na medicinsku dokumentaciju), član 23 tačka 1 Ustava i član 3 Konvencije zahtevaju sprovođenje delotvorne službene istrage o navodnom zlostavljanju. Istraga mora biti takva da može dovesti do otkrivanja i kažnjavanja odgovornih osoba. U suprotnom, opšta zabrana zlostavljanja, uprkos svom osnovnom značenju, ne bi bila delotvorna u praksi, a takođe bi mogla dovesti do toga da službena lica nekažnjeno zloupotrebljavaju prava onih osoba koja se nalaze pod njihovim nadzorom. Istraga mora biti nezavisna i nepristrasna. Osobe nadležne za sprovođenje istrage, i one koje istragu sprovode, moraju biti nezavisne u odnosu na osobe koje su učestvovalе u spornom događaju. [...] Nadležne vlasti moraju postupati blagovremeno i s uzornom revnošću. Obaveza sprovođenja istrage „nije obaveza rezultata nego načina“: svaka istraga ne mora nužno biti uspešna ili dovesti do zaključka koji se podudara s opisom događaja podnosioca predstavljanja, ali u načelu mora biti prikladna da dovede do utvrđivanja činjenica slučaja i, ako se dokaže da su tvrdnje o zlostavljanju istinite, do identifikacije i kažnjavanja odgovornih osoba. [...] Svaki propust u istrazi koji uzrokuje nemogućnost utvrđivanja uzroka povreda mogao bi, zavisno od okolnosti konkretnog slučaja, dovesti do zaključka da istraga nije bila delotvorna. Istraga mora biti efikasna u smislu da može pomoći u utvrđivanju da li je sila koju je upotrebila policija bila opravdana u datim okolnostima.*“⁵¹

Poglavlje III

Zaključci i preporuke

Pre nekih 2000 godina, grčki filozof Diogen iz Laertiusa je rekao: „*Od svih stvari na ovom svetu, samo jedna stvar je sigurna: da će se sve promeniti*“. Da bi se primenila ova stara i mudra filozofska misao na našu temu o zaštiti ljudskih prava, možemo bez sumnje reći da je Konvencija „živi organizam“ koji se konstantno menja.

Praveći osvrt na početke Evropskog suda i gledajući kakva je sada sudska praksa, može se reći da je to evolucija u pravom smislu te reči. I još uvek nije završena. Sudska praksa Evropskog suda o pitanjima, da na-

51 *Ibid.*, §§ 46, 46.1.

vedemo samo neka, kao što su porodični život, privatni život, sloboda veroispovesti, sloboda izražavanja, pozitivne obaveze države, konstantno se menja.

S jedne strane, ova činjenica je čini živom i praktičnom u pogledu zaštite ljudskih prava, a ne teorijskom i prividnom kao što sud često ima običaj da kaže. S druge strane, teško je za domaće sudije da isprate konstantne promene i razvoj u sudskoj praksi Evropskog suda, posebno u novim demokratijama koje su prihvatile i ratifikovale Konvencije skoro „juče“, metaforički rečeno, (neke pre 15 ili 20 godina) i još uvek uče osnove.

Uprkos svemu, sistem mora da počne da istinski sprovodi sve odredbe, standarde i obaveze koje je preuzeo potpisivanjem Evropske konvencije kao i drugih međunarodnih ugovora. I bez obzira koliko će biti teško za nove demokratije da prate tempo u odnosu na starije demokratije koje uče i rade to već pola veka, one će morati da pruže nivo zaštite ljudskih prava koje je utvrdio Evropski sud.

Prvenstveno, ovo je važno je za razvoj države i to ne samo za vladavinu prava nego i za prosperitet uopšte. Najefikasnija ali ujedno i najjeftinija zaštita ljudskih prava je ona koju nacionalni sudovi obezbede kod kuće. Aktiviranje subsidijarne zaštite ljudskih prava u Strazburu ne samo da košta, nego iscrpljuje sistem u celosti, jer mora u potpunosti da se aktivira sve do poslednjeg nivoa, a zatim često sve ispočetka nakon što Evropski sud ustanovi povredu jednog ili više prava Konvencije.

Niko ne kaže da će ovo biti lako ili da će se desiti preko noći. Potrebno je mnogo ulaganja u sistem, najpre u obrazovanje sudija, pravnih savetnika i tužilaca jer su oni ti koji će sprovoditi Konvenciju na dnevnoj bazi. Takođe, države moraju da ulažu u prevode i izdanja sudske prakse Evropskog suda jer često postoji problem jezičke barijere i samim tim i dostupnosti prakse Evropskog suda. U tom pogledu, inicijativa Saveta Evrope da prevede i objavi prevode sudske prakse Evropskog suda u HUDOC bazi podataka je od velike koristi i treba da se ohrabri i u budućnosti.

Takođe, potreba da se podigne nivo zaštite ljudskih prava u (svakoj) od država ugovornica treba da se sagleda u svetlu skorašnjih događaja u Evropi. Evropa se danas suočava sa talasom migranata bez presedana od kojih su mnogi poslani nazad u svoje države. Iako sudska praksa

Strazbura doseže unazad sve do 1950-ih i 1960-ih, javno mnjenje je tek nedavno postalo svesno toga. Veliki broj država ugovornica treba da se nosi sa tražiocima azila, spajanjem porodica, nestancima dece i otmicama, deportacijama itd., a neke od njih do danas nisu bile suočene sa takvim pravnim (i političkim) izazovima. Međutim, ova pravna pitanja, barem ne sva, se neće rešavati u Strazburu. Najpre, ova pitanja biće ostavljena državama ugovornicama da ih reše na nacionalnom nivou. Od njih se očekuje da pruže visok nivo zaštite ljudskih prava i da pokažu visok nivo senzibiliteta. Ostaje da se vidi da li su one dorasle zadatku.

Evropska konvencija o ljudskim pravima i pravni sistem Mađarske

dr Petra Bárd

Univerzitet Eötvös Lóránd, Pravni fakultet, vanredni profesor

Prof. dr Károly Bárd

Centralno evropski Univerzitet u Budimpešti,
Odsek za studije prava, šef Odseka

I. Status Evropske konvencije na nacionalnom nivou.....	146
I.1. Istorijski aspekti pristupanja Evropskoj konvenciji.....	146
I.2. Izvan granica dualizma: odnos između Evropske konvencije i nacionalnog pravnog poretka.....	147
II. Pozivanje nacionalnih sudova na Evropsku konvenciju i sudsku praksu suda u Strazburu.....	150
II.1. Zanimarivanje sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava: jasno kršenje nacionalnog prava.....	150
II.2. Selektivna primena sudske prakse i zloupotreba pozivanja na jurisprudenciju Strazbura.....	156
II.3. Pozivanje na Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i relevantnu sudsku praksu Evropskog suda od strane domaćih sudova: dobra praksa.....	158
III. Zaključci.....	163

I. Status Evropske konvencije na nacionalnom nivou

1.1. Istorijski aspekti pristupanja Evropskoj konvenciji

Mađarska je prva postkomunistička zemlja koja je postala članica Saveta Evrope i potpisala Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Evropska konvencija) 6. novembra, 1990. godine. Evropska konvencija i osam propratnih Protokola ratifikovani su još 1992. godine.¹

Pre same ratifikacije, odlučeno je da se detaljno analizira zakonodavstvo Mađarske u pogledu njegove usklađenosti sa sudskom praksom Strazbura i da se prvobitno pripreme zakoni u oblastima u kojima je potrebno uneti izmene kako bi se zakonodavstvo uskladilo sa jurisprudencijom Strazburških organa. Iz tog razloga, osnovan je međuministarski odbor kojim je predsedavao tadašnji zamenik državnog sekretara pri Ministarstvu pravde i koji su činili viši državni službenici iz različitih ministarstava. Nakon sedamnaest meseci istraživanja i analize, izveštaj je predat Vladi. Zaključci ovog izveštaja objavljeni su u jednom mađarskom časopisu koji se bavi ljudskim pravima i dati su na uvid svim članovima mađarskog Parlamenta.² Odbor je identifikovao relativno mali broj oblasti u kojima su potrebne izmene mađarskih zakona kako bi oni bili u skladu sa zahtevima Evropske konvencije. Ovakvi nalazi potkrepljeni su objašnjenjem da je amandmanom iz 1989. godine na Ustav iz 1949. godine poglavlje o ljudskim pravima drastično izmenjeno. Takođe, Parlament je 1989. godine i 1990. godine usvojio brojne zakone koji se odnose na osnovna prava, kao što je pravo na štrajk, pravo na slobodno okupljanje i udruživanje i pravo na slobodu misli, savesti i veroispovesti. Isto tako, amandmani usvojeni na Zakonik o krivičnom postupku i Kri-

1 Evropska konvencija i osam propratnih Protokola ratifikovani su 5. novembra, 1992. godine i inkorporirani u mađarski pravni sistem Zakonom XXXI iz 1993. godine 7. aprila 1993. godine, stupivši na snagu osam dana kasnije. Dati zakon nalaže da se Evropska konvencija i Protokoli 1, 2 i 4 moraju primenjivati od 5. novembra, 1992. godine, Protokol 6 od 1. decembra 1992. godine, a Protokol 7 od 1. februara, 1993. godine.

2 Za detaljan sažetak zaključaka pogledajte Dokument. H(95)2 Saveta Evrope objavljen takođe u A. Drzemczewski, 'Ensuring Compatibility of Domestic Law with the European Convention on Human Rights Prior to Ratification: The Hungarian Model. Introduction to a Reference Document,' *Human Rights Law Journal*, 16 (7-9) (1995), 241-60.

vični zakonik dodatno su doprineli tome da se povećá stepen usklađenosti između mađarskih zakona i Evropske konvencije.

Mađarska je kasnije ratifikovala sve osim dva Protokola Evropske konvencije:³ Protokol 12, koji je potpisan, ali ne i ratifikovan,⁴ i Protokol 14bis.⁵

1.2. Izvan granica dualizma: odnos između Evropske konvencije i nacionalnog pravnog poretka

Parlament je usvojio novi Ustav 18. aprila, 2011. godine dvotrećinskom većinom glasova u Parlamentu, a predsednik ga je potpisao 25. aprila, 2011. godine. Dokument pod nazivom Osnovni zakon (u daljem tekstu: OZ) stupio je na snagu 1. januara, 2012. godine. OZ Republike Mađarske definiše odnos između međunarodnog i nacionalnog prava na isti način na koji je to činio prethodni Ustav. OZ pre svega nalaže da će „Mađarska osigurati postojanje usklađenosti između međunarodnog prava i prava države Mađarske kako bi ispunila obaveze prema međunarodnom pravu“ [član Q (2)]. Takođe, OZ proglašava da će „Mađarska prihvatiti opšte priznata pravila međunarodnog prava“ i da će „drugi izvori međunarodnog prava postati deo pravnog sistema Mađarske njihovim stupanjem na snagu“ [Article Q (3)].

Opšte priznata pravila međunarodnog prava automatski postaju deo pravnog poretka Mađarske (i pri tumačenju od strane Ustavnog suda imaju primat u odnosu na nacionalne zakone), dok se međunarodni

-
- 3 Protokol 11 Evropske konvencije o ljudskim pravima koji se bavi restrukturiranjem kontrolnog sistema njime uspostavljenim potpisan je 11. maja, 1994. godine, ratifikovan 26. aprila, 1995. godine i primenjuje su u Mađarskoj od 1. novembra, 1998. godine. Zakon kojim se primenjuje Protokol je Zakon XLIII iz 1998. godine. Protokol 13 tiče se ukidanja smrtne kazne bez obzira na okolnosti, potpisan je 3. maja, 2002. godine, a stupio na snagu 1. novembra, 2003. godine. Mađarski zakon koji odgovara ovom Protokolu je Zakon III iz 2004. godine. Protokol 14 kojim se uvodi amandman na kontrolni sistem Evropske konvencije potpisan je 7. aprila, 2005. godine i ratifikovan je 21. decembra, 2005. godine. Mađarski zakon koji se primenjuje, a koji odgovara ovom Protokolu je Zakon CXXIV iz 2005. godine.
 - 4 Protokol 12 potpisan je 4. novembra, 2000. godine, ali još uvek nije ratifikovan.
 - 5 Protokol 14 potpisan je 11. novembra, 2009. godine, ali još uvek nije ratifikovan. Videti dekrete Premijera, broj 20/2009. (V.12) i 32/2009. (VI.18). Otkako je Rusija potpisala Protokol 14 u januaru 2010. godine, kao poslednja ugovornica, Protokol 14bis je izgubio je svoj značaj.

sporazumi moraju proglasiti delom nacionalnog prava.⁶ Stoga je OZ, kao i prethodni Ustav, odabrao dualistički pristup: međunarodni sporazumi da bi bili deo pravnog sistema Mađarske i direktno primenjivi moraju biti usvojeni u formi zakona ili ukaza koje usvaja Parlament.⁷ Zbog toga što se propisi o osnovnim pravima i obavezama mogu uvesti isključivo u formi zakona koje usvaja Parlament, međunarodni sporazumi o ljudskim pravima takođe moraju stupiti na snagu jednim takvim zakonom.

Iz svega ovoga moglo bi se zaključiti da Konvencija koja stupa na snagu zakonom koji je usvojio Parlament ima isti status kao i bilo koji drugi zakon, te da je u slučaju konflikta *lex posterior* onaj koji ima primat. Ipak, u tumačenju Ustavnog suda (u daljem tekstu: US) navodi se da zakon kojim se primenjuje međunarodni sporazum ima primat u odnosu na ostale zakone i da u slučaju konflikta sa drugim/ ostalim zakonima oni moraju biti anulirani.⁸ Treba skrenuti pažnju na to da je četvrti amandman Osnovnog zakona⁹ poništio odluke US-a koje su donete pre nego što je Osnovni zakon stupio na snagu.¹⁰ U vezi sa tim, protumačeno je da Ustavni sud više ne obavezuju prethodne odluke i da se čak ne može ni pozvati na njih. Međutim, US je jasno dao do znanja da će se možda i dalje pozivati na argumente iz prethodnih odluka pod uslovom da pruži detaljno obrazloženje zašto je tako postupio. Isto tako, US je dodao da, zbog četvrtog amandmana OZ-a, može zanemariti pravne principe razmatrane u prethodnim odlukama

6 Ustavni sud, Odluka br. 53/1993. (X. 13).

7 „Opšte priznata pravila“ direktno se usvajaju Ustavom (i na sličan način i Osnovnim zakonom). Ustavni sud, Odluka br. 53/1993. (X. 13).

8 Ustavni sud, Odluka br. 15/2004. (V.14). Odluka br. 2/1994. (I.14). i Odluka br. 99/2008. (VII. 3). Za više detalja, videti P. Bárd, ‘Hungary,’ in L. Hammer and F. Emmert (eds.), *The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms in Central and Eastern Europe* (The Hague: Eleven Publishing, 2012), 225–6.

9 Usvojio mađarski Parlament 11. marta, 2013. godine.

10 Član 19 četvrtog amandmana OZ-a, usvojen kao tačka 5 u Zaključnim i ostalim odredbama Osnovnog zakona. Ova odredba je možda bila odgovor zakonodavca na Odluku Ustavnog suda br. 22/2012. (V. 11), u kojoj je jasno naznačeno da Sud u narednim predmetima može koristiti argumente koji se javljaju u njegovim odlukama donetim pre nego što je Osnovni zakon stupio na snagu pod uslovom da je sadržaj odredbe u Osnovnom zakonu identičan ili sličan onom koji se nalazi u prethodnom Ustavu i ukoliko pravila tumačenja OZ dozvoljavaju upotrebu tih argumenata.

čak i u slučajevima kada je tekst određene odredbe u OZ-u i prethodnom Ustavu identičan.¹¹ U principu, US bi zbog toga ubuduće imao slobodu da ponovo razmotri svoj stav o primatu zakona kojima međunarodni sporazumi stupaju na snagu u odnosu na druge zakone koje usvaja Parlament. Međutim, zbog straha od urušavanja vladavine prava, i u potrazi za standardima na koje ni vlada ne može imati uticaj¹² u Odluci 61/2011. (VII. 13.) US je jasno dao do znanja da nacionalna ustavna zaštita ljudskih prava ne sme biti ispod međunarodnog nivoa zaštite i da US mora poštovati precedentno pravo Evropskog suda za ljudska prava.¹³

Činjenica je takođe da i OZ i zakon o US¹⁴ nalažu reviziju nacionalnih zakona u pogledu njihove usklađenosti sa međunarodnim sporazumima, a ne obrnuto. Prema članu 24 (2) f) OZ-a, Ustavni sud mora ispitati da li su načela zakona u skladu sa međunarodnim sporazumom. Član 24 (3) nalaže da US može „poništiti zakon ili njegove odredbe koje nisu u skladu sa međunarodnim sporazumom“. Član 32 (1) Zakona o US nalaže da „u skladu sa članom 24 (2) f) OZ, US mora ispitati pravne odredbe na zahtev ili *ex officio* tokom bilo kog od svojih postupaka“. Osim što nabraja sve one koji imaju ovlašćenje da zahtevaju takvu reviziju¹⁵ stav 2 istog člana nalaže „da će sve sudije obustaviti sudski postupak i inicirati postupak pred Ustavnim sudu ukoliko su, tokom odlučivanja u određenom predmetu, obavezani da primene pravnu regulativu za koju smatraju da nije u skladu sa nekim međunarodnim sporazumom.“¹⁶

11 Ustavni sud, Odluka br. 13/2013. (VI. 17), stav 30–1.

12 Viktor Kazai, „... hogy ne kelljen a múltat ‘végképp eltörölni‘“ [Interview with Constitutional Court Justice Miklós Lévay], *Fundmentum* 2016/1, 59–71, 64.

13 Odluka Ustavnog suda, br. 61/2011. (VII. 13.), delovi 2.2 i 3.

14 Zakon br. CLI iz 2011. godine o Ustavnom sudu.

15 Jedna četvrtina članova Parlamenta, Vlada, predsednik Kurije, Glavni tužilac i Komesar za osnovna prava.

16 Ovlašćenje sudija da iniciraju postupak pred Ustavnim sudom predstavlja napredak koji je za pohvalu. Prema ranijem zakonu o Ustavnom sudu (Zakon br. XXXI iz 1989. godine) ovo je moglo biti učinjeno samo od strane predsednika Vrhovnog suda i Vrhovnog javnog tužioca. Međuministarski odbor koji je pripremao ratifikaciju predložio je u svom izveštaju iz 1992. godine da svaki sud treba da dobije pravo da obustavi postupak i obrati se Ustavnom sudu u slučaju da smatra da postoji neslaganje između nacionalnog zakonodavstva i Konvencije. Vidi Drzemczewski, ‘Ensuring Compatibility of Domestic Law with the European Convention on Human Rights Prior to Ratification’, 250.

II. Pozivanje nacionalnih sudova na Evropsku konvenciju i sudsku praksu suda u Strazburu

Neke od sudija Kurije predsednik Kurije imenuje za savetnike za pitanja evropskog prava kako bi pomogli – u saradnji sa Kancelarijom za međunarodne odnose i evropsko pravo – svojim kolegama na svim nivoima sudskog sistema u tumačenju presuda Evropskog suda za ljudska prava.¹⁷ Ovo je još važnije zbog toga što su – u principu – mađarske sudije u obavezi da direktno primenjuju Evropsku konvenciju i presude iz Strazbura. U skladu sa Zakonom br. L iz 2005. godine o proceduri koja se tiče međunarodnih sporazuma „u tumačenju međunarodnog sporazuma odluke tela koje ima ovlašćenje da rešava sporove koji proističu iz sporazuma takođe se moraju uzeti u obzir“ [član 13(1)]. Ova odredba imala je za cilj da zaustavi diskusiju o tome do koje mere strazburška jurisprudencija mora da se primenjuje u nacionalnim sudskim postupcima.¹⁸ Pre nego što je stupio na snagu Zakon o međunarodnim sporazumima, jedino je obaveza Ustavnog suda da prati jurisprudenciju Strazbura bila očigledna zbog odredbe u Ustavu da Mađarska mora da obezbedi postojanje usklađenosti između zakona Republike Mađarske i međunarodnog prava kako bi ispunila obaveze koje pred nju stavlja međunarodno pravo [član Q (2)]. Ovoj diskusiji je trebalo da dođe kraj, ali se čini da Zakon iz 2005. godine nije razrešio sva pitanja.

II.1. Zanemarivanje sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava: jasno kršenje nacionalnog prava

Iako je Vrhovni sud u svojim presudama iz 2003. godine i 2004. godine izneo da svi mađarski sudovi treba da se pridržavaju jurisprudencije Evropskog suda za ljudska prava, njegov stav nisu delile sve sudije: neke su insistirali da treba da se primenjuju isključivo nacionalni zakoni i smatrali su da presude Evropskog suda za ljudska prava nisu obavezujuće za mađarske sudove.¹⁹ Nažalost, čak i nakon što je Zakon L iz 2005.

17 Član 23(2) Uputstva 9/2012 Predsednika Kurije o organizacionom i operativnom regulisanju Kurije. Dostupno na <http://www.kuria-birosag.hu/hu/kuria-alkotmanyos-helye-feladatai-es-hataskore>.

18 E. Polgári, 'The European Convention on Human Rights and the Case-Law of the European Court of Human Rights in Hungarian Judicial Practice', *Fundamentum*, 5 (2008), 74.

19 *Ibid.*, 74–5. 80.

godine o proceduri koja se tiče međunarodnih sporazuma stupio na snagu, bilo je predmeta u kojima su sudovi svesno zanemarili presude Evropskog suda za ljudska prava tvrdeći da su takve presude obavezujuće samo prema vladi kao jednoj od strana u potencijalnom postupku pred sudom u Strazburu. Kao što je Apelacioni prestonički sud (Metropolitan Court of Appeal) izneo u jednom predmetu: iako „presude Evropskog suda za ljudska prava – kao posledica pravne harmonizacije – oblikuju mađarsko pravo, mađarski sudovi nisu u obavezi ili nisu ovlašćeni da ih direktno primenjuju“.²⁰

Predmet *Vajnai protiv Mađarske* od 8. jula, 2008. godine, predstavka broj 33629/06, odnosi se na Atilu Vajnaija, tadašnjeg zamenika predsednika Radničke partije, mađarske levičarske političke partije, koji je osuđen zbog nošenja crvene zvezde (petokrake), simbola međunarodnog radničkog pokreta zabranjenog članom 269/B mađarskog Krivičnog zakonika koji je tada bio na snazi (Zakon br. IV iz 1978. godine), na demonstracijama na ulicama Budimpešte. Evropski sud je naglasio da ne postoji trenutna i realna opasnost da bilo koji politički pokret ili partija ponovo uspostave komunističku diktaturu. Što se tiče petokrake kao političkog simbola totalitarističke ideologije, Evropski sud za ljudska prava naveo je da potencijalna propaganda te ideologije, iako odbojna, ne može biti jedini razlog za kriminalizaciju upotrebe totalitarnih znamenja. Petokraka je simbol kome se može pripisati nekoliko značenja, a koji je u datom slučaju koristio lider jedne registrovane političke stranke bez ikakvih totalitarističkih ambicija. Njegova upotreba totalitarističkog simbola ne može se poistovetiti sa opasnom propagandom, prema mišljenju Evropskog suda. Nasuprot tome, član 269/B mađarskog Krivičnog zakonika koji je tada bio na snazi nije zahtevao dokaz da prikazivanje/upotreba oznaka predstavlja totalitarističku propagandu, već je ograničio upotrebu petokrake na nerazumno širok i neodređen način: upotreba petokrake bila je zabranjena osim ako je služila u naučne, umetničke, informativne ili obrazovne svrhe. Stoga je Evropski sud ustanovio da je Mađarska prekršila član 10 Evropske konvencije. Ne samo zakonodavna vlast, već i pravosuđe mogli su da reše probleme gore pomenute odredbe Krivičnog zakonika time što bi primenili test koji je ustanovio Evropski sud za ljudska prava pri donošenju odluka u predmetima koji se tiču prikazivanja znamenja totalitarnih režima. Međutim, oni to nisu učinili i nastavili su procesuiranje odgovornih za nošenje petokrake,

20 Presuda br. Pfv.V.20.607/2007/9. Citirano u *ibid.*, 75.

bez obzira na društveni ili individualni kontekst. U predmetu *Fratanoló*,²¹ koji se završio time što je ustanovljeno da se Mađarska još jednom oglušila o Evropsku konvenciju kažnjavanjem podnosioca predstavke zbog nošenja petokrake u javnosti, Apelacioni sud u Pečuju je tvrdio da ne može da primeni test razvijen od strane Evropskog suda za ljudska prava u slučaju *Vajnai*. Prema mišljenju suda, on mora da primeni odredbe mađarskog Krivičnog zakonika koji nalaže da sam čin isticanja simbola totalitarnih režima treba smatrati svršenim krivičnim delom. Sud je stoga bio sprečen da dalje utvrđuje činjenično stanje, kako je to bilo traženo u presudi *Vajnai*.²² Drugi deo predmeta o petokraki pred Ustavnim sudom primer je dobre prakse (vidi Odeljak II.3).

U nešto skorijem predmetu *Magyar protiv Mađarske*, doveden je u pitanje mađarski sistem doživotne zatvorske kazne bez prava na uslovni otpust i ustanovljeno je da je došlo do kršenja Evropske konvencije.²³ U nizu presuda, Ustavni sud i Vrhovni sud Mađarske dokazali su da su niti sposobni da sprovedu evropske standarde niti da se pridržavaju evropskih mehanizama revizije,²⁴ dok je Vrhovni sud davao uputstva redovnim sudovima da ne uzimaju direktno u obzir Evropsku konvenciju, već da umesto toga primenjuju nacionalne zakone, čak i u slučajevima kada se oni jasno razlikuju od „testova“ koja je usvojio Strazbur. U predmetu *Magyar protiv Mađarske* Evropski sud za ljudska prava je doneo dugoočekivanu presudu po pitanju mađarskog režima doživotne zatvorske kazne i ustanovio da doživotna zatvorska kazna, koja se ni *de jure* ni *de facto* ne može ublažiti, na način kako to reguliše tužena država, predstavlja kršenje zabrane ponižavajućeg i nečovečnog postupanja u skladu sa članom 3 Evropske konvencije. Ishod se mogao pretpostavi-

21 *Fratanoló v. Hungary*, No. 29459/10, 3 November 2011.

22 Prema presudi *Vajnai*, krivična presuda zbog upotrebu crvene zvezde (petokrake) u skladu je sa Konvencijom ukoliko se može dokazati da postoji instinska opasnost od ponovog uspostavljanja komunističkog režima i da optuženi identifikuje sebe sa značenjem oznaka koje predstavljaju totalitaristički režim. Za kritičku ocenu stava Apelacionog suda u Pečuju, Pfv.V.20.607/2007/9. Bárd, 'The non-enforcement of Strasbourg decisions and its consequences'.

23 ECtHR, *Magyar v. Hungary*, No. 73593/10, 20 May 2014.

24 Za ceo predmet videti P. Bárd, The Hungarian life imprisonment regime in front of apex courts I. – The findings of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court, 18 June 2015, <http://jog.tk.mta.hu/blog/2015/06/the-hungarian-life-imprisonment-hu> and P. Bárd, The Hungarian life imprisonment regime in front of apex courts II. – The findings of the Kúria (Supreme Court), 18 June 2015, <http://jog.tk.mta.hu/blog/2015/06/the-hungarian-life-imp-hu>.

ti u svetlu pređašnje sudske prakse Strazbura, naročito odluke Velikog veća u predmetu *Vinter protiv Ujedinjenog Kraljevstva*.²⁵ Mađarska vlada dovela je u pitanje donetu presudu (*Magjar*) ali je zahtev za upućivanje na Veliko veće odbijen. Presuda je postala konačna u oktobru 2014. godine. Prvo, Evropski sud za ljudska prava napravio je razliku između ranije sudske prakse, naročito u poređenju sa predmetom *Torkoli protiv Mađarske*,²⁶ u kome podnosiocu predstavke nije bio onemogućen uslovni otpust, već je nacionalni sud izrekao doživotnu zatvorsku kaznu uz mogućnost puštanja na uslovni otpust nakon 40 godina. U ovom slučaju Sud je primenio niži nivo provere po pitanju predsedničkog pomilovanja. Međutim, u predmetu *Magjar*, podnosiocu predstavke jeste bio onemogućen uslovni otpust zbog čega je ovaj predmet podvrgnut strožoj proveri. Stroži test doveo je Sud do sledećeg zaključka: s obzirom na to da mađarsko zakonodavstvo nije obavezivalo vlasti ili predsednika Republike da izvrše procenu, kada god zatvorenik zahteva uslovni otpust, da li je nastavak njegove/njene zatvorske kazne opravdan na osnovu legitimnih penoloških parametara, i s obzirom na to da nisu bili u obavezi da obrazlože svoje odluke u vezi sa takvim zahtevima, Evropski sud za ljudska prava našao je da institucija predsedničkog pomilovanja, sama po sebi, ne omogućava zatvorenicima da znaju šta treba da učine kako bi njihov zahtev za uslovni otpust bio uzet u obzir, i pod kojim uslovima je to moguće, niti garantuje da će promene i napredak koji zatvorenik čini kako bi ostvario potpunu rehabilitaciju biti razmotreni. Diskreciona priroda predsedničkog pomilovanja dovela je Sud do zaključka da se zatvorska kazna gospodina Magjara zapravo nije mogla ublažiti, suprotno članu 3 Evropske konvencije. Sud je takođe naveo da je do kršenja ljudskih prava došlo usled sistemskog problema, koji može dovesti do podnošenja većeg broja sličnih predstavki ubuduće, i stoga je predložio zakonodavnu reformu mehanizma revizije doživotne zatvorske kazne.

Mađarsko zakonodavstvo odgovorilo je na presudu izmenama Zakona o izvršenju sankcija.²⁷ U skladu sa novim mehanizmom preispitivanja/revizije, zatvorenici koji služe istinsku doživotnu zatvorsku kaznu imaju

25 ECtHR, *Vinter v. the UK*, Nos. 66069/09, 130/10 and 3896/10, 9 July 2013.

26 ECtHR, *Törköly v. Hungary*, No. 4413/06, 5 April 2011.

27 Videti član 109 Zakona LXXII iz 2014. godine, kojim se uvodi nova odredba o obaveznom postupku pomilovanja lica osuđenih na doživotnu kaznu zatvora bez mogućnosti dobijanja uslovnog otpusta, članovi 46/A-46/H Zakona CCXL iz 2013. godine.

pravo na mogućnost ispitivanja puštanja na uslovni otpust nakon 40 godina služenja kazne u zatvoru. Na kraju kompleksnog mehanizma revizije iznosi se argumentovano mišljenje sudskog tela – Odbora za pomilovanje, koje može i ne mora uzeti u obzir Predsednik koji zadržava finalno i diskreciono pravo odluke o pomilovanju. Novi zakon i dalje je zadržao problematične delove pređašnje regulative: predsednik Republike koji donosi odluku o pomilovanju nije obavezan mišljenjem Odbora za pomilovanje i nije u obavezi da obrazloženo mišljenje, zbog čega se aspekti koji mogu biti odlučujući za dobijanje realne šanse za uslovni otpust i dalje ne mogu predvideti u trenutku izricanja doživotne kazne zatvora. Istovremeno, postojale su velike šanse da novi proces ne donese poboljšanje jer pomilovanje može nastupiti tek nakon 40 godina.²⁸

Ustavni sud Mađarske (u daljem tekstu: USM) imao je priliku da popravi situaciju i mogao je da spreči još jedan napad na režim doživotne zatvorske kazne pred Evropskim sudom za ljudska prava. Međutim, USM je propustio ovu priliku Rezolucijom 3013/2015 USM-a. (I. 27.). U prilično nejasnoj odluci, većina u USM glasala je za odbacivanje pritužbe te nije doneta odluka o meritumu predmeta. Većina je navela da su se odredbe o doživotnoj zatvorskoj kazni promenile od trenutka kada je podneta ustavna žalba. Većina je takođe smatrala da se nova pravila, uvedena izmenama Zakona o izvršenju sankcija u vezi procedure pred Odborom za pomilovanje mogu smatrati novim okolnostima koje predmet čine suštinski zastarelim, te je zbog toga postupak prekinut. Odluka većine je pretrpela stroge kritike zbog nedostatka analize uzročno-posledične veze između zakonskih izmena i zastarelosti ustavne žalbe.²⁹ Ovi glasovi izneli su ono što je bilo očigledno: činjenica da je zakon izmenjen ne čini automatski te izmene ustavnim.

Kao vid individualne mere izvršenja odluke Evropskog suda, Kurija, Vrhovni sud Mađarske, je u svojoj odluci od 11. juna, 2015. godine morao ponovo da odluči o predmetu gospodina Magjara u postupku revizije. Presuda je doneta usred političkih pritisaka da se ne uruši Ustavom utvrđena³⁰ institucija doživotne zatvorske bez prava na uslovno pu-

28 Kao što je predvidela P. Bárd, *op. cit.*

29 Eötvös Károly Institute, Immár „nyilvánvalóan okafogyott” az Alkotmánybírósághoz fordulni [Obračanje Ustavnom sudu postalo je izlišno], <http://www.ekint.org/ekint/ekint.news.page?nodeid=769>.

30 Mogućnost stvarne doživotne zatvorske kazne ustavno je uneta u član IV ode-ljak (2) Osnovnog zakona, koji nalaže da se stvarna doživotna zatvorska kazna

štanje na slobodu.³¹ Kurija je imala zadatak da odluči o dva pitanja u svetlu strazburške presude u predmetu *Magjar*: o proceduralnoj formi ispitivanja mogućnosti puštanja na uslovni otpust i o najranijem datumu uslovnog puštanja na slobodu. Kurija je potvrdila da mehanizam revizije Odbora za pomilovanje predviđen u (mađarskom) zakonu nije u skladu sa Evropskom konvencijom, kako je tumači Evropski sud za ljudska prava, zbog njegove diskrecione prirode. Kurija je stoga zanemari-la novi zakon i osudila gospodina Magjara na doživotnu kaznu zatvora sa mogućnošću uslovnog otpusta najranije nakon 40 godina. Time što je odbila da deluje u skladu sa procedurom Odbora za pomilovanje i dozvolila sudu da donese odluku o potencijalnom uslovnom puštanju gospodina Magjara, Kurija je proizvela scenario nalik na *Torkoli* presudu, te je mađarsko sudstvo smatralo da njihova presuda ne može s uspešnošću biti napadnuta pred Evropskim sudom za ljudska prava. Kurija nije htela da prihvati da treba da uzme u obzir sve predmete Evropskog suda za ljudska prava od značaja za slučaj, već je uzela u obzir samo one u kojima je postupak pokrenut protiv Mađarske. Sa ovako diskutabilnim stavom, sudstvo nije razmotrilo predmet *Vinter*, i kao posledicu toga odbilo je da razmotri odluku o uslovnom puštanju nakon 40 godina u meritumu. Nedelju dana kasnije druga Sekcija Kurije izdala je rezoluciju koja se tiče ujednačenosti krivičnog prava³² i time dala do znanja da predmet *Magjar* ne može predstavljati precedent i da je u tom predmetu trebalo doneti odluku u skladu sa novom procedurom Odbora za pomilovanje. Kurija je takođe zauzela stav da u slučaju kada se krivični postupak ponovo pokrene kao vid individualne mera za sprovođenje presude Evropskog suda, sud se neće direktno oslanjati na Evropsku konvenciju, već će primeniti nacionalno pravo na koje nemaju uticaj presude Strazbura. Kurija je tako navela da mađarski sudovi ne smeju tumačiti mađarske zakone u svetlu Evropske konvencije. Insistirala je na

može izreći samo u slučaju umišljajnih i nasilnih krivičnih dela. Ovu zakonsku odredbu treba razumeti u kontekstu člana Q odeljak (2) Osnovnog zakona o obavezama Republike Mađarske da mađarsko pravo bude u potpunosti usklađeno sa međunarodnim pravom.

- 31 Nem fogjuk hagyni a tényleges életfogytiglan eltörlését [We will not let the abolition of the real life imprisonment regime], 28 May 2015, <http://www.fidesz.hu/hirek/2015-05-28/nem-fogjuk-hagyni-a-tenyleges-eletfogytiglan-eltorleset/>; Szükség van a tényleges életfogytiglanra a többszörösén visszaeső bűnözőkkel szemben [Real life imprisonment is needed for recidivists], 10 June 2015, <http://www.fidesz.hu/hirek/2015-06-10/szukseg-van-a-tenyleges-eletfogytiglanra-a-tobbsszorosen-visszaeso-bunozokkel-szemben/>.
- 32 Rezolucija br. 3/2015 koja se tiče ujednačenosti krivičnog prava.

tome da doživotnu kaznu zatvora bez mogućnosti puštanja na slobodu dozvoljava međunarodno pravo i da sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava, odluka mađarskog Ustavnog suda i gore pomenuta presuda Magjar ne daju razloge da se odstupi od novoustanovljene procedure o pomilovanju. Ovaj stav je teško interpretirati jer Ustavni sud nije doneo meritornu odluku o novoj proceduri, dok je jurisprudencija Strazbura očigledno suprotna novousvojenim pravilima.

Kao posledicu odbacivanja strazburških odluka od strane mađarskih sudova, Evropski sud za ljudska prava redefinisao je svoj stav u presudi u kojoj je ustanovio da je novo zakonodavstvo Mađarske po pitanju doživotne zatvorske kazne u celosti u suprotnosti sa članom 3 Konvencije. U predmetu *T. P i A. T. protiv Mađarske*³³ Evropski sud je ustanovio da je period od 40 godina za razmatranje mogućnosti za dobijanje uslovnog otpusta previše dugačak i da nije u skladu sa ranijim predmetima u njegovoj sudskoj praksi, naročito sa predmetom *Vinter protiv Ujedinjenog Kraljevstva*.³⁴ Evropski sud za ljudska prava ne samo da je jasno stavio do znanja da novi zakon nije u skladu sa Evropskom konvencijom, već je i indirektno osudio Kuriju zbog toga što nije uzela u obzir njegovu sudska praksu tokom postupka revizije, osim u slučaju onih predmeta u kojima je Mađarska učestvovala kao tužena država. Istovremeno, procedura predviđena novim mađarskim zakonodavstvom ne sadrži dovoljno potrebnih garantija. Evropski sud za ljudska prava nije stoga bio ubeđen da režim doživotne zatvorske kazne podnosiocu predstavke daje perspektivu za otpust ili mogućnosti za postupak revizije. Presuda još uvek nije obavezujuća. Ministarstvo pravde Republike Mađarske smatra da presuda Evropskog suda nije osnovana i razmatra mogućnost podnošenja žalbe Velikom veću.³⁵

II.2. Selektivna primena sudske prakse i zloupotreba pozivanja na jurisprudenciju Strazbura

Srećom, sve više sudova u Mađarskoj se poziva na presude u Strazburu pri rešavanju različitih predmeta kao što su starateljstvo nad decom, zadržavanje u pritvoru pre suđenja, diskvalifikovanje sudija zbog odsu-

33 *T. P and A. T. v. Hungary*, Nos.: 37871/14 i 73986/14, 4 October 2016.

34 ECtHR, *Vinter v. the UK*, Nos. 66069/09, 130/10 i 3896/10, 9 July 2013.

35 Videti sajt vlade: <http://www.kormany.hu/hu/igazsagugyi-miniszterium/hirek/aggalyos-a-tenyleges-eletfogytig-tarto-szabadsagvesztessel-kapcsolatos-itelet>, 4 October 2016.

stva nepristasnosti ili parnice u vezi sa pravom ličnosti.³⁶ Treba takođe navesti da se pri čitanju nekih odluka viših sudova i Ustavnog suda, u kojima se pozivaju na jurisprudenciju Strazbura, može steći utisak da pozivanje na sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava postoji kako bi se dao dodatni legitimitet odlukama do koji su sudovi već došli oslanjajući se na mađarsko pravo.³⁷

S vremena na vreme, kako bi se opravdao željeni ishod, sudovi se pozivaju na strazburšku jurisprudenciju, i to kada je jasno da to nije prikladno, ili arbitrarno odaberu određene delove odluka Evropskog suda za ljudska prava koji su suprotni duhu presude koja se u tom trenutku nalazi pred njima.

Na primer, Ustavni sud se u odluci, u kojoj smatra da je Krivični zakonik koji kažnjava zloupotrebu nacionalnih simbola u skladu sa Ustavom,³⁸ poziva na presude *Institute Otto-Preminger*³⁹ i *Wingrove*⁴⁰. Sa pravom je ustanovio da je u tim slučajevima mešanje u slobodu izražavanja lica koja su podnela predstavku bilo opravdano kako bi se zaštitila prava drugih na poštovanje njihovih verskih ubeđenja, ali je pritom izveo arbitrarni zaključak da ubeđenjima i osećanjima pripadanja određenoj državi treba pružiti sličnu zaštitu. Ustavni sud je zanemario činjenicu da je Evropski sud za ljudska prava smatrao takvo mešanje prihvatljivim u kontekstu tumačenja članova 9 i 10 Evropske konvencije kumulativno uzetih, dok se na „osećanje pripadanja određenoj državi“ ne može pozvati na osnovu nijednog prava koje se nalazi u Evropskoj konvenciji.⁴¹

Odluka Prestoničkog suda (Metropolitan Court) o produženju zadržavanja u pritvoru pre suđenja političara iz opozicije koja se poziva na

36 Za reference na sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava videti E. Polgári, 'The European Convention on Human Rights and the Case-Law of the European Court of Human Rights in Hungarian Judicial Practice' *Fundamentum*, 5(2008), 74–80.

37 Viktor Kazai, *op. cit.*

38 Ustavni sud, Odluka br. 13/2000. (V.12).

39 *Otto-Preminger Institute v. Austria*, No. 13470/87, 20 September 1994, Series A295-A.

40 *Wingrove v. United Kingdom*, No. 17419/90, 25 November, ECHR 1996-V.

41 Sudija Németh se složio sa tim da je upućivanje na presude Evropskog suda za ljudska prava učinjeno na nepravilan način, što je bio slučaj i sa izvedenim zaključcima.

Hago presudu Evropskog suda za ljudska prava⁴², upečatljiv je primer zloupotrebe pozivanja na jurisprudenciju Suda u Strazburu, izvučenu iz konteksta kako bi se opravdali zaključci koji su suprotni od onoga što je presudio Evropski sud za ljudska prava.⁴³ Prema ovoj odluci „gorući javni interes nalaže da se potpuno i precizno istraži kriminalno ponašanje koje je dovelo do gubitka državne imovine u razmeri koja nije viđena u istoriji Republike Mađarske i da se osude svi članovi kriminalne organizacije koji se sumnjiče za ove zločine. Neometano sprovođenje istrage zahteva da osumnjičeni budu u potpunosti lišeni lične slobode. Aktivnostima vlasti usmerenih ka tome da se dokaže krivica osumnjičenih mora se dati prednost u odnosu na prava samih osumnjičenih. Pravo na slobodu osumnjičenih nadjačano je javnim interesom da se produži zadržavanje u pritvoru“. Prestonički sud (Metropolitan Court) naveo je, bez ijedne reference na bilo koju presudu, da je njihova odluka jednaka stavu Evropskog suda za ljudska prava.⁴⁴

II.3. Pozivanje na Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i relevantnu sudsku praksu Evropskog suda od strane domaćih sudova: dobra praksa

Strazburška sudska praksa nesumnjivo je uticala na unapređenje demokratskog procesa i političkog pluralizma. Prvi skup relevantnih predmeta odnosi se na **slobodu okupljanja**. U predmetu *Bukta protiv Mađarske*⁴⁵, Sud je ustanovio da rasturanje spontanog mirnog okupljanja usled propusta demonstranata da blagovremeno obaveste policiju predstavlja kršenje člana 11. Nakon presude u predmetu *Bukta*, Ustavni sud je presudio da se sloboda okupljanja odnosi i na demonstracije održane bez prethodnog organizovanja i ukinula je odgovarajuću odredbu Zakona o slobodi okupljanja (Zakon br. III iz 1989. godine) koja navodi neblagovremeno obaveštavanje kao jedan od osnova za rasturanje demonstracija.⁴⁶

42 *Hagyó v. Hungary*, No. 52624/10, 23 April 2013. Sud je ustanovio da je Mađarska prekršila članove 3, 5(3), 5(4), 8 i član 13 uvezi sa članom 8.

43 Predmet br. 30. Bnf. 1355/2010.

44 Prestonički sud (Metropolitan Court), Bnf. 1355/2010/2, 26 May 2010. Tekst ove odluke dostupan je na <http://hagyomiklos.com/files/07.pdf>. Zahvalni smo gospodinu A. Kádár, ko-predsedniku Helsinškog odbora u Mađarskoj što nam je skrenuo pažnju na ovu odluku mađarskog suda.

45 *Bukta and others v. Hungary*, No. 25691/04, 17 July 2007.

46 Ustavni sud, Odluka br. 75/2008. (V. 29).

U *Patji i drugi protiv Mađarske*⁴⁷ Evropski sud za ljudska prava je zaključio da je ograničenje slobode okupljanja podnosilaca predstavke bilo neproporcionalno. Podnosioci predstavke koji su bili među poveriocima jedne nelikvidne privatne kompanije planirali su da održe miran protest ispred privatne kuće premijera. Blagovremeno su obavestili policiju koja je odbila da izda dozvolu uz objašnjenje da će protest ometati saobraćaj. Odluku policije potvrdio je Regionalni sud u Budimpešti. Iako je ograničavanje slobode bilo u skladu sa legitimnim ciljevima zaštite prava drugih lica i sprečavanja nereda, Evropski sud za ljudska prava je presudio da je objašnjenje dato od strane policije i suda neubedljivo i zaključio da ograničavanje slobode okupljanja podnosilaca predstavke nije bilo nužno u demokratskom društvu.

Drugo, presude Evropskog suda za ljudska prava uticale su na proširenje obima **slobode izražavanje** i značajno doprinele jačanju političkog pluralizma, prvenstveno putem presuda Ustavnog suda. Godine 1994. Ustavni sud je u svojoj odluci koja se odnosi na slobodu medija⁴⁸ ustanovio da krivično delo klevete državnog organa ili funkcionera za koje je zaprećena teža kazna nego za običnu klevetu nije u skladu sa slobodom izražavanja koju obezbeđuje Ustav, i ukinuo je relevantne odredbe Krivičnog zakonika. Ustavni sud je stao na stanovište da je ukidanjem ovog krivičnog dela reputacija javnih ličnosti i lica koja vrše javne funkcije i dalje zaštićena ali opštim odredbama Krivičnog zakonika o kleveti.

Ova odluka Ustavnog suda je takođe indirektno izmenila odredbu o krivičnom delu klevete počinjenom usmeno na štetu funkcionera i političara. Prema relevantnoj odredbi Krivičnog zakonika, izvršilac ovog dela je krivično odgovoran za tvrdnju koja može da ugrozi čast oštećene strane bez obzira na istinitost te tvrdnje. Međutim, sud je mogao da dozvoli optuženom da dokaže istinitost te tvrdnje ako to opravdava javni ili urgentni lični interes. Ako sud da dozvolu i optuženi uspešno dokaže istinitost navodne klevetničke izjave, sud to lice mora osloboditi optužbi. U skladu sa ovim, samo dokazana istina oslobađa od krivične odgovornosti⁴⁹.

Međutim, u vezi sa klevetničkim tvrdnjama izrečenim na štetu političara i drugih javnih ličnosti, Ustavni sud je zaključio da lice koje iznosi

47 *Patyi and others v. Hungary*, No. 5529/05, 7 October 2008.

48 Ustavni sud, Odluka br. 36/1994. (VI. 24).

49 Zakon br. IV iz 1978. godine o Krivičnom zakoniku, član 232.

tvrdnju može biti krivično odgovorno samo ako to lice zna da je tvrdnja neistinita, ili nije svesno njene neistinitosti jer nije pokazalo neophodnu pažljivost i opreznost, kako se od njega zahteva u skladu sa njegovom ili njenom strukom ili zanimanjem. Stoga, protivno odredbama Krivičnog zakonika, Ustavni sud je priznao nekažnjivost u slučaju lažnih tvrdnji, pod uslovom da je oštećena strana javna ličnost, a optuženi ne može biti smatran odgovornim za nemar u vezi sa činjeničnom zabludom.

Ustavni sud se u značajnoj meri oslanjao na sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava. Rezimirao je i primenjivao principe koje je Sud ustanovio u vezi sa obimom i granicama kritike koja ugrožava čast političara i javnih funkcionera u vodećim predmetima kao što su *Lingens protiv Austrije*⁵⁰, *Kastels protiv Španije*⁵¹ ili *Torgeirson protiv Islanda*⁵².

Ustavni sud je 2004. godine – kroz usvajanje ustavnih zahteva – proširio imunitet članovima Parlamenta u pogledu njihovih iskaza koji sadrže vrednosne sudove o kolegama članovima Parlamenta, političarima koji javno deluju ili osoba, a koji vrše javna ovlašćenja, u kontekstu rasprava koje se odnose na pitanja od javnog značaja.⁵³ Ustavni sud je analizirao odredbe o imunitetu članova Parlamenta u ustavnim demokratijama i pozivajući se na strazburšku sudsku praksu, rezimirao političku slobodu izražavanja. Ustavni sud je naglasio značaj slobode govora u raspravama o pitanjima od javnog značaja u Parlamentu i zaključio da, u slučaju navoda koji bi mogli da dovedu u pitanje čast političara, imunitet članova Parlamenta može biti ukinut samo ako je pomenuti političar znao/la da je njegov/njen iskaz, u suštini, neistinit. Ovim je Ustavni sud dodatno proširio nekažnjivost za delo klevete: članovi Parlamenta se ne mogu smatrati krivično odgovornim za lažne tvrdnje čak i ako se greška može pripisati njihovom propustu dužne pažnje, pod uslovom da se navodi tiču pitanja od javnog značaja i da su iskazani protiv drugih političara ili osoba koje imaju javna ovlašćenja. Ukratko, sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava je kroz odluke Ustavnog suda imala značajan uticaj na podizanje svesti o centralnom mestu neometane slobode političkog govora u demokratskom društvu. Ovo je istinito, čak iako neke skorije zakonodavne mere izazivaju zabrinutost, i ne može se sa sigurnošću odbaciti bojazan da dostignuti standard u obezbeđivanju slobode

50 *Lingens v. Austria*, No. 9815/82, 8 July 1986, Series A103.

51 *Castells v. Spain*, No. 11798/85, 23 April 1992, Series A236.

52 *T. Thorgeirson v. Iceland*, No. 13778/88, 25 June 1992, Series A239.

53 Ustavni sud, Odluka br. 34/2004. (IX. 28).

de političkog govora neće pasti. Kao što je ranije napomenuto, Venecijanska komisija je kritikovala odredbu četvrtog amandmana Osnovnog zakona,⁵⁴ koja zabranjuje vršenje prava slobode govora „sa ciljem da se naruši dostojanstvo Mađarske nacije“. Venecijanska komisija sa pravom strahuje da bi se ova odredba mogla lako zloupotrebiti za smanjenje kritikovanja mađarskih institucija i osoba na visokim pozicijama. Novi Krivični Zakonik kažnjava vređanje ne samo nacionalne himne, zastave ili grba Mađarske kao što je to činio i prethodni Krivični zakonik, već i povrede Svete Krune [član 334 Zakona br. C iz 2012]. Četvrti amandman Osnovnog zakona je doveo do prilično problematične promene u političkom oglašavanju tokom izbornih kampanja, naime, stranke i kandidati mogu objavljivati politički sadržaj samo putem javnih medija koji su, kao što pokazuju istraživanja i opšta percepcija, bliski i lojalni vladajućoj koaliciji [član IX (3)].

Vratićemo se onome što je usledilo nakon presuda *Vajnai protiv Mađarske* i *Fratanolo protiv Mađarske* zbog nošenja ranije pomenute zvezde petokrake. Nakon presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Atile Vajnaija*, podnosilac predstave je oslobođen optužbi od strane Vrhovnog suda u martu 2009. godine, ali pošto zakon nije bio promenjen, njemu se ponovo sudilo i ponovo je oglašen krivim za isticanje petokrake.⁵⁵ Kao rezultat ustavne žalbe gospodina Vajnaija, Ustavni sud je ponovo nakon trinaest godina revidirao odredbu o javnom isticanju oznaka totalitarnih režima u svojoj odluci 4/2013 (II. 21.). Zakon o Ustavnom sudu dozvoljava drugo preispitivanje ako su se okolnosti u međuvremenu značajno promenile,⁵⁶ a strazburška presuda predstavlja takvu bitnu promenu. Kada je u pitanju sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava, Ustavni sud je poništio dotičnu odredbu Krivičnog zakonika 30. aprila 2013. godine. Kao rezultat toga, Parlament je ponovo uneo izmenjenu verziju te odredbe u Krivični zakonik i prema novom članu 335, činjenje ovakvog dela mora biti podobno da remeti javni red i mir, posebno na način koji ugrožava ljudsko dostojanstvo i pijetet žrtava diktatorskih režima, kako bi se kvalifikovao kao krivično delo.

54 Evropska komisija za demokratiju kroz pravo (Venecijanska komisija), Mišljenje br. 720/2013, CDL-AD(2013)012, Strazbur, 17. jun 2013. godine (Mišljenje).

55 U međuvremenu je usvojen novi Krivični zakonik, Zakon C iz 2012. godine a odredba o isticanju znamenja totalitarnih režima preuzeta je bez izmena (član 335 Krivičnog zakonika Mađarske).

56 Zakon CLI iz 2011. godine o Ustavnom sudu, član 31.

Određeni broj odredbi Zakona XIX iz 1998. godine o Krivičnom postupku, izmenjenih 2002., 2003. i 2006. godine, treba da obezbedi **ubrzeni postupak**. Prema članu 176, istraga mora početi u najkraćem mogućem periodu i mora biti zaključena u roku od dva meseca nakon naloga za njeno otvaranje i zvaničnog početka. Tužilac može produžiti rok za dva meseca u složenim predmetima. Nakon isteka tog roka, samo glavni okružni tužilac može odložiti rok za još godinu dana od početka krivičnog postupka. Nakon jedne godine, rok istrage može produžiti samo Glavni tužilac. U slučaju da se istraga vodi protiv određene osobe, produženje roka ne sme biti duže od dve godine.

Prema članu 179, osumnjičeni koji su u pritvoru moraju biti ispitani u roku od dvadeset i četiri sata. U skladu sa članom 216, nakon analize istražne dokumentacije, tužilac mora da analizira dokumenta u vezi sa predmetom i da preduzme korake (sprovede dalju istragu, odloži ili prekine istragu, ili podigne optužnicu) u roku od trideset dana od prijema dokumentacije. U izuzetnim slučajevima, ovaj rok može produžiti Glavni tužilac za trideset dana.

U komplikovanim predmetima, na preporuku Glavnog tužioca, viši tužilac može napraviti izuzetak i produžiti rok, ali za maksimalno devedeset dana. Prema članu 287 o trajanju suđenja, sud ne sme prekidati već započeto suđenje, osim ako to ne zahteva opseg slučaja ili drugi razlozi. U ovim izuzetnim slučajevima, predsedavajući sudija može prekinuti već započeto suđenje na period od maksimalno osam dana, a sud odgoditi suđenje. U roku od šest meseci, suđenje se može nastaviti bez ponavljanja, osim ukoliko se sudsko veće nije promenilo; u suprotnom, suđenje mora početi iznova. Što se tiče podnošenja žalbi u drugoj i trećoj instanci, članovi 358 i 391 nalažu da predsedavajući sudij odrediti datum suđenja u roku od šezdeset dana od datuma kada je on/ona primio dokumenta.

Odluka 155/2005 (X.4) Nacionalnog saveta sudstva izmenjena Odlukom 78/2007. (VI.5.) obavezuje sudove da godišnje izveštavaju Nacionalni savet sudstva o predmetima u kojima postupak traje duže od pet godina. Nacionalni savet sudstva je takođe zamolio Vrhovni sud i Apelacione sudove da uzimaju u razmatranje predmete Evropskog suda za ljudska prava na profesionalnim radionicama. Štaviše, Mađarska pravosudna akademija obavezana je da uvrsti u svoj kurikulum sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava vezanu za član 6(1) Konvencije.

III. Zaključci

Gabor Kardoš, profesor međunarodnog prava ljudskih prava je 2012. godine podsetio na zabrinutosti koju su izrazili zapadnoevropski eksperti pre više od dvadeset godina kada je pristupanje bivših komunističkih zemalja istočne Evrope bilo stavljeno na dnevni red. Takođe je pokušao da proceni da li se ta zabrinutost pokazala opravdanom ili ne, uzimajući Mađarsku kao primer.⁵⁷ Kako Kardoš smatra, postojao je strah da će pristupanje zemalja u tranziciji sniziti nivo zaštite dostignut do ranih devedesetih, što će rezultirati odstupanjem starijih država potpisnica od sistema zaštite ljudskih prava na snazi u njihovim državama. Takođe se očekivalo da će se kao rezultat kandidature novih država članica, Evropski sud suočiti sa problemima koji su suštinski političke prirode, kao što su zaštita manjina, kompenzacija za svojinu nacionalizovanu nakon Drugog svetskog rata ili poteškoće koje proističu iz kažnjavanja krivičnih dela počinjenih u vreme komunističkog režima. Ovo bi – prema mišljenju skeptika – sprečilo Evropski sud u daljem unapređivanju jurisprudencije o problemima ljudskih prava koja proističu iz konteksta već etabliranih demokratija zapadne Evrope. Povodom iskustva Mađarske, Kardoš zaključuje da su se strahovi i zabrinutost pokazali neosnovanim. Evropski sud je uspešno izbegao principe „dvostrukih aršina“, a presude donete u vezi sa Mađarskom nisu umanjile nivo zaštite. Naravno, Sud se suočio sa predmetima koji vuku korene iz komunističke prošlosti. U predmetu *Rekvenji*⁵⁸ Sud je prihvatio ograničenja političkih aktivnosti nametnuta zaposlenima u policiji, uzimajući u obzir, između ostalog, poteškoće sa kojima su se nove demokratije suočavale u periodu tranzicije. Ipak, Sud je u slučaju *Vajnai i Fratanolo* jasno stavio do znanja da se više ne može pozivati na istorijsko iskustvo nacije, koje je Sud bio spreman da uvaži odmah nakon pada komunističkog režima kada se procenjivala potreba za to da li treba da dođe do mešanja, zbog toga što je prošlo dovoljno vremena i što je država postala stabilna demokratija.

Evropski sud za ljudska prava je doprineo jačanju demokratije u Mađarskoj kroz presude koje se tiču, između ostalog, pitanja prava glasa,

57 G. Kardos, 'Az Emberi Jogok Európai Bírósága és Magyarország: Jogi kultúra és hatékonyság' [The European Court of Human Rights and Hungary: Legal Culture and Efficiency], *Kriminológiai Közlemények* (Magyar Kriminológiai Társaság, 2012), 205–7.

58 *Rekvényi v. Hungary*, No. 25390/94, 20 May 1999, ECHR 1999-III.

slobode izražavanja i pristupa informacijama, Njegova jurisprudencija je postala deo Mađarske pravne kulture. Mađarski Ustavni sud i nevladine organizacije za ljudska prava se redovno pozivaju na strazburšku sudsku praksu, a sve veći broj advokata se neretko poziva na jurisprudenciju Evropskog suda za ljudska prava u potupcima pred domaćim sudovima. Sudovi se povremeno pozivaju na presude Evropskog suda za ljudska prava, ali ovo zasigurno nije pravilo. Ipak, istraživanja ukazuju na to da je u zapadnoevropskim demokratijama sudijama trebalo dvadeset godina da počnu da se redovno oslanjaju na presude suda u Strazburu.⁵⁹

S obzirom da se strukturni nedostaci ne mogu ispraviti preko noći, možemo očekivati dalji porast broja podnetih predstavlki. Dublji razlog za ovo je što Ustavni sud, u odnosu na raniji period, ima manje prilika da ukida zakone koji nisu u skladu sa presudama Evropskog suda za ljudska prava. Prvo, sužena je nadležnost Ustavnog suda. Drugo, zakoni koji su smatrani neustavnim u ranijim presudama Ustavnog suda, sada su uvršćeni u Osnovni zakon. Na kraju, zakoni suprotni jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava (kao što je odredba u Krivičnom zakonu o obaveznoj doživotnoj kazni zatvora⁶⁰ ili zakonu koji kriminalizuje beskućništvo⁶¹) su usvojeni upravo na osnovama Osnovnog zakona. Ovo je samo nekoliko primera koji će vrlo verovatno doprineti povećanju obima posla suda u Strazburu.

59 G. Kardos, 'Az Emberi Jogok Európai Bírósága és Magyarország: Jogi kultúra és hatékonyság' [The European Court of Human Rights and Hungary: Legal Culture and Efficiency], *Kriminológiai Közlemények* (Magyar Kriminológiai Társaság, 2012), 207.

60 Zakon br. C iz 2012. Godine, član 90 (2).

61 Član 1 Zakona br. CLIII iz 2011. godine kojim se usvaja amandman na Zakon br. LXIX iz 1999. godine o sitnim krivičnim delima.

Primena Evropske konvencije o ljudskim pravima u Francuskoj, proces progresivne akulturacije

Stephanie Bourgeois

Nekadašnji pravnik Evropskog suda za ljudska prava
uz doprinos Sébastien Pompey, francuskog sudije

Poglavlje I: Status Evropske konvencije na nacionalnom nivou	166
I. Status međunarodnog prava u francuskom ustavno-pravnom poretku	166
A. Monizam i obavezujući karakter međunarodnog prava	166
B. Status međunarodnog prava u hijerarhiji normi	167
C. Direktna posledica Evropske konvencije i dodatnih protokola	167
II. Obim sudskog preispitivanja	169
A. Radikalna podela između ocene ustavnosti i ocene saglasnosti sa međunarodnim sporazumima	169
B. Efekat ustavne reforme iz 2008. godine kojom se uvodi prioritarno odlučivanje o ustavnosti (POU)	170
1. Efekat na ocenu saglasnosti sa međunarodnim sporazumima koje vrše redovni sudovi	170
2. Efekat na ocenu ustavnosti od strane Ustavnog saveta	171
Poglavlje II: Primena Evropske konvencije od strane nacionalnih sudova	171
I. Anticipiranje povreda Evropske konvencije od strane nacionalnih sudova	173

A. Domaće presude o policijskom zadržavanju.....	173
B. Domaće presude o obrazlaganju odluka donetih od strane porotnih sudova	176
II. Promena u sudskoj praksi nakon presude Evropskog suda.....	177
A. Promena sudske prakse od strane sudije.....	177
B. Zakonodavna intervencija.....	179
III. Postupci za prevazilaženje posledica povreda.....	180
IV. Zaključci.....	181
Poglavlje III: Zaključci i preporuke.....	181

Poglavlje I: Status Evropske konvencije na nacionalnom nivou

Pored toga što je Francuska jedna od država osnivača Saveta Evrope, i što je Evropsku konvenciju o ljudskim pravima (Evropska konvencija) potpisala još 4. novembra 1950. godine, Francuska je Evropsku konvenciju o ljudskim pravima ratifikovala tek 3. maja 1974. godine.

Pored toga što je kasnila, francuska ratifikacija je bila i ograničena u obimu. Iako je Francuska prihvatila obaveznu nadležnost Suda (bivši član 47 Evropske konvencije), odbila je da usvoji deklaraciju u skladu sa bivšim članom 25 Evropske konvencije koji se tiče nadležnosti Komisije u odnosu na prava pojedinaca da podnose predstavke. Pravo pojedinca na podnošenje predstavke priznato je u Francuskoj tek 2. oktobra 1981. godine.

1. Status međunarodnog prava u francuskom ustavno-pravnom poretku

A. Monizam i obavezujući karakter međunarodnog prava

Francuska je formalno monistička država uz primat međunarodnog prava, što znači da međunarodna pravila ne moraju biti uneta u domaći pravni sistem kako bi postala važeća; međunarodni sporazumi se automatski integrišu u domaći sistem kroz jednostavnu formalnost objavljivanja u službenom glasniku.

Francuska kao obavezujuće prihvata presude međunarodnih sudova koji crpe svoju nadležnost iz međunarodnih ugovora koji su ratifikovani i potvrđeni (npr. Evropskog suda za ljudska prava, Međunarodnog suda pravde, itd.), bez obzira na to da li su one donete u sporovima između država ili u predmetima koje podnose pojedinci koji koriste svoje pravo na pojedinačno obraćanje sudu u skladu sa međunarodnim sporazumom.

B. Status međunarodnog prava u hijerarhiji normi

Član 55 Ustava Francuske određuje odnos između domaćeg i međunarodnog prava: „*Međunarodni ugovori ili sporazumi koji su propisno ratifikovani ili potvrđeni imaju, od momenta objavljivanja, primat nad zakonima, pod uslovom da ih primenjuju druge ugovorne strane i taj uslov važi za svaki ugovor ili sporazum*“.

Prema Ustavu, Evropska konvencija ima primat nad domaćim pravom. Kada se radi o odnosu između Evropske konvencije i francuskog ustavnog prava, međutim, Državni savet (francuski: *Conseil d'Etat*)¹ je, u svojoj presudi od 30. oktobra 1998. godine, *Saran, Levaše i drugi*, nedvosmisleno utvrdio da se „*primat koji međunarodnim sporazumima daje član 55 francuskog Ustava u unutrašnjem pravnom poretku ne odnosi na odredbe ustavne prirode*“². Isti stav zauzeo je i Kasacioni sud³.

U smislu hijerarhije normi, međunarodno ugovorno pravo stoga ima nad-zakonodavni, ali pod-ustavni status.

C. Direktna posledica Evropske konvencije i dodatnih protokola

Svim materijalno-pravnim odredbama Evropske konvencije i dodatnih protokola uz Evropsku konvenciju koje se odnose na ljudska prava omogućena je neposredna primena u francuskom pravnom sistemu.

1 Francuska ima tri viša suda: Ustavni savet, Državni savet i Kasacioni sud. Ustavni savet ima ovlašćenje da rešava pitanja ustavnosti statuta i sporazuma. Takođe ima moć da prati integritet nacionalnih izbora. Kasacioni sud i Državni savet su najviši sudovi sudskog i administrativnog dela francuskog sistema.

2 Prevod: autor.

3 Cass. Ass. Plen. 2. jun 2000, *Fraise*.

Poput svih međunarodnih sporazuma koji su ratifikovani i objavljeni, Konvencija se automatski integriše u nacionalni pravni poredak.

Neposredna primena nije predstavljala problem za sudije koje su se bavile upravnom i sudije koje su se bavile građanskom materijom. Kasacioni sud (francuski: *Cour de cassation*) je utvrdio put u slučaju Ras-pino 3. juna 1975. godine. Kasacioni sud je ustanovio da se direktno primenjuje Evropska konvencija tako što je presudio da 'je krivično veće moralo da donese odluku u skladu sa odredbama Evropske konven-cije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama koja, pošto se redovno primenjuje u Francuskoj, daje direktna prava pojedincima pod francu-skom jurisdikcijom⁴„ Slično navedenom, upravni sudovi nisu smatrali da je teško priznati direktnu primenu Evropske konvencije kao celine⁵. Odredbe Evropske konvencije su, stoga, uvek bile priznavane kao do-voľjno precizne, i po sadržini i po formi, da se mogu direktno prime-njivati u francuskom pravnom poretku bez bilo kakvih dodatnih mera za sprovođenje.

Pored toga, pravna doktrina jednoglasno smatra da se pravilo reciproci-teta ne primenjuje na međunarodne sporazume iz oblasti ljudskih prava.

Monističke karakteristike sistema, međutim, dolaze u sukob sa podelom vlasti, konkretno, sa zabranom sudske ocene ustavnosti zakona. Kasaci-oni sud, pre presude u slučaju iz 1975. *Sté Café Jacques Vabre*,⁶ i Državni savet pre presude u slučaju *Nikolo* iz 1989.⁷ odbijali su da cene sagla-snost francuskog prava u odnosu na Evropsku konvenciju po osnovama podele vlasti. Danas, Ustavni savet (francuski: *Conseil constitutionnel*) je jedino telo koje vrši procenu ustavnosti zakona, dok sudije u građan-skoj materiji i upravnoj materiji kontrolišu usklađenost zakona sa Evrop-skom konvencijom. Kada se u obzir uzmu ova dva različita sistema za zaštitu prava, može se reći da je pogrešno karakterisati francuski pravni poredak kao monistički. U svakom slučaju, francuski Ustav ne sadrži odredbu kojom se navodi da bi međunarodno pravo moralo biti uzeto u obzir kada se vrši tumačenje domaćeg prava, iako su sudovi razvili takvu doktrinu.

4 Prevod: autor.

5 Videti izveštaje R. ABRAHAM i F. SUDRE, 'Le juge administratif et la CEDH', *Revue Universelle de Droits de l'Homme* (1991), str. 275 i 259.

6 Cass., Ch. Mixte, 24. maj 1975, *Ste Cafe Jacques Vabre*.

7 CE, ass., 20. oktobar 1989, *Nicolo*.

II. Obim sudskog preispitivanja

A. Radikalna podela između ocene ustavnosti i ocene saglasnosti sa međunarodnim sporazumima

Koje su posledice u smislu sudske ocene tako definisanog pravnog statusa?

Na ovo pitanje je dao odgovor Ustavni savet u važnoj odluci iz 1975⁸. U ovoj odluci, Ustavni savet je uspostavio radikalnu podelu između ocene ustavnosti i ocene saglasnosti sa međunarodnim sporazumima. Ovaj stav je u kontinuitetu potvrđivan, za šta kao primer uzimamo odluku u predmetu *Jeux en ligne*⁹ iz 2010. godine. Kada se radi o hijerarhiji normi, ocena ustavnosti ima za cilj da utvrdi ustavnu nadmoć i donosi presudu na osnovu validnosti statutornih zakona u odnosu na Konvenciju. Stoga, svaki neustavni zakon je nevažeći i mora biti poništen. Ocena saglasnosti sa međunarodnim sporazumima, sa druge strane, predstavlja evaluaciju odnosa između domaćeg i međunarodnog prava, i član 55 se mora tumačiti od strane nadležnih organa primenom pravila da u slučaju konflikta pravnih normi prioritet ima primena međunarodnog prava. Radikalna podela između ocene ustavnosti i ocene saglasnosti sa međunarodnim sporazumima dovela je do manje ili više dualističke orijentacije ustavnog sistema.

Građanski sudovi počeli su da koriste ovaj prerogativ počev od 1975. godine, da bi konačno, 1989. godine, to učinili i upravni sudovi. Stoga, u francuskom pravnom sistemu nacionalni organi cene usklađenost domaćeg prava sa Evropskom konvencijom u procesu ocene saglasnosti sa međunarodnim sporazumima, a ne kroz ocenu ustavnosti.

U pogledu ocene ustavnosti, trebalo bi naglasiti da Ustavni savet u oceni saglasnosti domaćih zakona sa Ustavom ne priznaje norme međunarodnog prava kao referentne norme, odnosno ne ceni saglasnost zakona sa međunarodnim sporazumima. Ustavni savet je zauzeo stav da „zakon koji nije saglasan sa međunarodnim sporazumom nije ipso fa-

8 Videti Cons. Constit., odluka br. 74–54, 15. januar 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, stavka 4.

9 U toj presudi, Ustavni savet je izričito razgraničio „le contrôle de conformité des lois à la Constitution, qui incombe au Conseil Constitutionnel, et le contrôle de leur compatibilité avec les engagements internationaux ou européens de la France qui incombe aux juridictions administratives et judiciaires“.

cto neustavan¹⁰. Ovo znači da francuski pravni poredak ne posmatra Evropsku konvenciju kao deo takozvanog „bloka ustavnosti“ (koji pre svega čine Ustav i Preambula). Na Evropsku konvenciju se stoga ne može direktno pozivati kao na deo Ustava u svrhu ocene ustavnosti zakona i akata.

B. Efekat ustavne reforme iz 2008. godine kojom se uvodi prioritarno odlučivanje o ustavnosti (POU)

Ustavni amandman usvojen 2008. godine uveo je u francuski pravni sistem novi/dodatni postupak ocene ustavnosti – ‘prioritetno odlučivanje o ustavnosti’ (na francuskom: *question prioritaire de constitutionnalité*, POU). Sistem POU uspostavlja *a posteriori* evaluaciju zakona koji bi mogli da ugroze neko od osnovnih prava ili sloboda.

Prema novom članu 61-I Ustava, svako lice koje učestvuje u postupku pred sudom ima pravo da podnese zahtev za prioritarnu ocenu ustavnosti kojim tvrdi da se odredbom zakona krše prava i slobode garantovane Ustavom. Prioritetan status se, međutim, daje pitanju ustavnosti. Ovo znači da, kada se od suda zatraži da odluči o zahtevu koji u sebi sadrži i argumente kojima se tvrdi da je zakon neustavan (prioritetna ocena ustavnosti) i argumente kojima se tvrdi zakon nije u saglasnosti sa međunarodnim sporazumima i ugovorima (tvrdnja da se nije postupilo po međunarodnim obavezama), sud ima obavezu da prvo rešava pitanje ocene ustavnosti.

1. Efekat na ocenu saglasnosti sa međunarodnim sporazumima koje vrše redovni sudovi

U novom postupku POU, viši sudovi imaju odgovornost filtriranja ustavnih pitanja. Kada se prvostepeni sud ili žalbeni sud suoči sa zahtevom stranke koja traži preliminarnu ocenu ustavnosti, postupajući sudija zahtev preusmerava na sebi viši sud. Na Kasacionom sudu ili na Državnom savetu je da odluče da li ili ne ovo pitanje ispunjava pravne kriterijume i da li mora biti dostavljeno Ustavnom savetu na razmatranje.

Angažovanje u postupku POU navelo je više sudove da razmotre svoje stavove o ljudskim pravima. Oba suda (i Kasacioni i Državni savet) su osetila potrebu da sve više ispituju, razmatraju i razmišljaju o zaštiti

10 Videti Cons. Constit., odluka br. 74–54, 15. januar 1975, *Loi relative à l'interrupti-on volontaire de grossesse*, stavka 5.

ti osnovnih ljudskih prava. Kao posledica toga, došlo je do povećanja senzibiliteta u pogledu ljudskih prava. Posebno kada se razmatra da li je pitanje novo ili ozbiljno kako bi se donela odluka da li bi pitanje trebalo proslediti Ustavnom savetu, od visokih sudova se traži da predvide prilaz Ustavnog saveta u isticanju potencijalnih povreda Konvencije ili Ustava i u obrazloženju najbolje strategije. Stoga, saradnja između visokih sudova u okviru ocene ustavnosti se pokazala kao poprilično dobra za ocenu ustavnosti.

2. Efekat na ocenu ustavnosti od strane Ustavnog saveta

Od uvođenja POU u Francuskoj, određene povrede prava predviđenih u Evropskoj konvenciji se sada više ne predstavljaju na takav način, već se o njima govori kao o ustavnim slučajevima, te se stoga oni mogu rešavati u postupku ocene ustavnosti.

Čini se, takođe, da za Ustavni savet Evropska konvencija ima ulogu stalne referentne tačke u tumačenju. Ovo se može objasniti činjenicom da su prava predviđena u Evropskoj konvenciji konkretnija i da nude veći stepen zaštite prava pojedinca u odnosu na francuski Ustav, posebno zato što je Evropski sud za ljudska prava dao ekstenzivno tumačenje ovih prava.

Samim tim, dolazi se do zaključka da Ustavni savet u sve većoj meri integriše evropsko pravo ljudskih prava u svoje rasuđivanje i odlučivanje u tolikoj meri da sada anticipira potencijalne osude Francuske u Strazburu. Čak i ako Evropska konvencija još uvek nije deo „bloka ustavnosti“ i još uvek se ne smatra imperativnom normom ustavne snage, uvođenjem POU, Evropska konvencija postepeno postaje važan element u okviru ovog bloka.

Poglavlje II: Primena Evropske konvencije od strane nacionalnih sudova

Iako francuski državljani nisu mogli da pokreću postupke pred Evropskim sudom pre 1981. godine, uticaj Konvencije na francuske sudove počeo se osećati dosta ranije, i to neposredno nakon ratifikacije Konvencije 1974. godine. I zaista, pošto je Konvencija bila obavezujuća za stranke i pošto se na nju moglo direktno pozivati pred domaćim sудо-

vima, sudovi su primenili odredbe Evropske konvencije u većem broju slučajeva, a posebno često je bilo pozivanje na član 9 Evropske konvencije u odnosu na prigovorače savesti¹¹.

Od tada, uticaj Evropske konvencije je proširen na sva polja francuskog prava i iz temelja je promenio francuski pravni poredak. Pre ili kasnije rezonovanje sudija Evropskog suda uticalo je na svaki francuski sud i, premda su u početku bile sumnjičave, francuske sudije danas izgledaju spremne da nacionalne zakone primenjuju u skladu sa praksom Evropskog suda.

Suprotno početnim uverenjima francuskih sudija, Evropska konvencija i praksa Evropskog suda ih ne ograničavaju, već su naprotiv izvor proširenja njihove uloge i faktor koji jača njihovu osnovnu misiju čuvara individualnih sloboda. Francuske sudije stoga ulaze u fazu prilagođavanja – ili zapravo akulturacije – u smislu da su počeli da shvataju instrument ne kao nešto što je dovedeno sa strane, već kao sredstvo koje imaju na raspolaganju¹².

Sudska ocena saglasnosti zakona sa Evropskom konvencijom je stoga danas postala svakodnevni zadatak građanskih i upravnih sudova. U tom kontekstu, kada se pojave moguća pitanja nesaglasnosti između domaćeg prava i odredaba Evropske konvencije, može doći do sledeća tri ishoda:

- Prvo, domaće pravo je u potpunosti u skladu sa Konvencijom. U tom slučaju, nacionalni sud se može pozvati na domaće pravo tek nakon što je pokazao – tamo gde je prikladno – da je domaće pravo u skladu sa odredbama Evropske konvencije.
- Drugo, domaće pravo je očigledno u sukobu sa odredbama Evropske konvencije. U skladu sa članom 55 Ustav, na-

11 Posebno obratiti pažnju na odluku Kasacionog suda od 4. januara 1979. godine, pod referentnim br. 78–92042, gde su sudije smatrale da: „ *Attendu que la Cour d'appel énonce que si le prévenu était libre de changer d'opinion, comme le prévoit l'article 9 de la CESDH, il n'aurait pu se prévaloir du statut particulier de l'objecteur de conscience qu'en se conformant aux règles fixées par la loi du 10 juin 1971* ”.

12 Antoine Garapon, *The Limits to the Evolutive Interpretation of the Convention* u, „Dialogue between judges, European Court of Human Rights, Council of Europe, 2011”.

cionalni sud je u obavezi da ne primeni nacionalne propise koji krše prava iz Konvencije.

- Treće, domaće pravo je samo u delu u skladu sa Konvencijom. Nacionalni sud će primeniti domaće pravo samo u svetlu odredaba Konvencije.

Ocena saglasnosti domaćih propisa sa Konvencijom, na način na koji to čine redovni sudovi, osigurava punu efektivnost prava koja su deo Konvencije. Ocena saglasnosti može imati više oblika.

I. Anticipiranje povreda Evropske konvencije od strane nacionalnih sudova

Ovo anticipiranje nacionalnog sudije je u skladu sa principom subsidiarnosti, koji se implicitno navodi u članu 1 Konvencije. Države, uistinu, imaju primarnu obavezu poštovanja i zaštite prava koja proizilaze iz Konvencije i nacionalne sudije su na prvoj liniji zaštite kada se radi o otkrivanju mogućih nedoslednosti zakonskih odredaba ili stvarnih situacija.

Dva upečatljiva primera mogu poslužiti za ilustraciju.

A. Domaće presude o policijskom zadržavanju

Prvi primer se tiče primene dalekosežne reforme kojom se usklađuje francuski sudski sistem sa standardima Evropske konvencije u pogledu prava na pravnu pomoć lica u pritvoru.

Kada se činilo da je francuski sistem policijskog zadržavanja postao nesaglasan sa praksom Suda, koja se posebno reflektovala u presudama protiv Turske¹³, francuski viši sudovi su doneli dve čuvene presude.

Prvo, u svojoj odluci 2010–14/22 QPC od 30. jula 2010. godine, Ustavni savet je usvojio argumentaciju Evropskog suda u odnosu na važnost faze istrage za pripremu krivičnog postupka¹⁴ i proglasio neustavnim

13 Posebno obratiti pažnju na Evropski sud, 27. novembar 2008, *Salduz v. Turkey* (GC), podnesak br. 36391/02 i Evropski sud, 13. oktobar 2009, *Dajanan v. Turkey*, podnesak br. 7377/03.

14 Obratiti pažnju na stavku 16 odluke: „ (...) *même dans des procédures portant sur des faits complexes ou particulièrement graves, une personne est désormais le plus*

odredbe francuskog Krivičnog zakonika prema kojima pravna pomoć nije bila na raspolaganju licima koja su lišena slobode od samog početka pritvaranja i pre bilo kakvog ispitivanja. Trebalo bi pomenuti da je, po prvi put ikada, Ustavni savet odložio dejstvo ove odluke za jedanaest meseci kako bi se francuskom zakonodavcu omogućilo da izmeni relevantne zakonske odredbe.

Upravo je usled transpozicije presuda protiv Turske u francuski pravni poredak Ustavni savet zauzeo stav da bi trebalo staviti van snage određene odredbe Zakonika o krivičnom postupku, uključujući član 63–4.

I pored toga, zanimljivo je da odluka Ustavnog saveta uopšte ne pominje praksu Evropskog suda. Zaista, kao što je bilo reči ranije, pravo međunarodnih ugovora ima nad-zakonodavni, ali pod-ustavni status, te se stoga ne može koristiti kao pravni osnov odluka koje donosi Ustavni savet. Ovde, međutim, treba istaći da se komentar¹⁵ uz odluku Ustavnog saveta poziva na praksu Evropskog suda, i to konkretno na presudu u predmetu *Salduz protiv Turske*¹⁶.

Ista dihotomija se može naći u mnogobrojnim odlukama Ustavnog saveta: iako je iz komentara jasno da se odluka Ustavnog saveta zasniva na praksi Evropskog suda, to se ne navodi izričito u samoj odluci.

Primer uključuje i odluku 2016–536 QPC od 19. februara o administrativnom pretresu i oduzimanju u vanrednom stanju, gde se komentar poziv na dotično precedентno pravo Evropskog suda o pretresima¹⁷. Na sličan način, komentar koji ide uz odluku br. 2015–512 od 8. januara

souvent jugée sur la base des seuls éléments de preuve rassemblés avant l'expiration de sa garde à vue, en particulier sur les aveux qu'elle a pu faire pendant celle-ci; que la garde à vue est ainsi souvent devenue la phase principale de constitution du dossier de la procédure en vue du jugement de la personne mise en cause „, može se preuzeti na: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/201014_22QPC201014qpc.pdf

- 15 Određene presude Ustavnog saveta prate komentari koje je napisala pravna služba Saveta.
- 16 Videti Pisani komentar koji je objavljen u *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Cahier br. 30, može se preuzeti na: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/201014_22QPCccc_14qpc.pdf
- 17 Videti komentar na: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2016536QPC2016536qpc_ccc.pdf

2016. godine¹⁸, uključuje detaljne informacije o precedentnom pravu Evropskog suda u odnosu na revizionizam.

U drugom setu odluka je odluka koju je doneo Kasacioni sud 15. aprila 2011. godine¹⁹ kojom je ukinuta odluka koja se tiče lišenja slobode na osnovu odredbe iz člana 63–4 Zakonika o krivičnom postupku pre isteka roka koji je Ustavni savet ostavio za izmenu ove odredbe. Kasacioni sud je svoju odluku obrazložio time da su države ugovornice Evropske konvencije u obavezi da poštuju presude Evropskog suda bez da čekaju da ih neko tuži pred Evropskim sudom ili da izmene sopstveno zakonodavstvo i da bi, kako bi pravo na pošteno suđenje postojalo u praksi i bilo efektivno, lice u pritvoru po pravilu trebalo da ima pravo na pravnu pomoć od samog početka mere zadržavanja i u toku ispitivanja. Kasacioni sud se pozvao na član 6 Konvencije bez citiranja relevantne prakse protiv Turske, koja je očigledno bila osnov za njegovu odluku.

U globalu, primećuje se da se nacionalni sudija najčešće poziva na Evropsku konvenciju kada odgovora na argumente stranaka o nesaglasnosti domaćih propisa sa praksom Evropskog suda. Pošto su presude Kasacionog suda najčešće kratke, one jednostavno govore o tome da su situacije koje su predmet ispitivanja suprotne ili nisu nekoj od odredaba Evropske konvencije, bez zalaženja u detalje. Kada se radi o sudovima nižeg ranga, iako se odluke temeljnije obrazlažu, poprilično je retko da se naiđe na detaljno pozivanje na praksu Evropskog suda.

Na primer, Apelacioni sud Aix-en-Provence je, u presudi od 21. juna 2012. godine (br. 11/02930) potvrdio ništavnost braka nakon što se pozvao na to da je Evropski sud u presudi od 13. Septembra 2005. godine smatrao da ograničenja u smislu prava muškarca i žene na stupanje u brak i na osnivanje porodice ne smeju biti ograničavajuća u tolikoj meri da otežavaju uživanje tog prava. Presudu je ukinuo Kasacioni sud pozivajući se na član 8 Evropske konvencije i na osnovu toga što je *„poništenje braka ... bilo neopravdano ometanje ... prava na poštovanje privatnog i porodičnog života, pošto je zajednica života sklopljena saglasno trajala preko dvadeset godina, te je Apelacioni sud prekršio napred navedenu odredbu”*²⁰.

18 Videti komentar na: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2015512QPC2015512qpc_ccc.pdf

19 Plenarno zasedanje, br. žalbe 10–17049, 10–30242; 10–30316 i 10–30313.

20 Prevod: autor.

B. Domaće presude o obrazlaganju odluka donetih od strane porotnih sudova

Još jedan zanimljiv primer promene koju su pokrenuli sami sudovi sledeći presude Evropskog suda odnosi se na obrazlaganje odluka porotnih sudova²¹.

Presudom od 16. novembra 2010. godine²² Veliko veće Evropskog suda za ljudska prava utvrdilo je povredu prava u slučaju protiv Belgije jer optuženi, u odsustvu obrazloženja presude Porotnog suda i zbog manjka jasnoće pitanja koja su postavljena porotnicima, nije bio u mogućnosti da razume razloge zbog kojih je osuđen. Presuda se brzo odrazila na presude francuskih porotnih sudova jer je krivični postupak u Francuskoj imao određene zajedničke karakteristike sa belgijskim krivičnim postupkom.

Bez čekanja da Evropski sud formalno ispita kompatibilnost francuskog sistema sa Konvencijom, nekoliko porotnih sudova je počelo da obrazlaže svoje odluke, doduše ukratko, omogućavajući da optuženi razume elemente koji čine njegovu presudu. U slučaju koji je imao veliku medijsku pažnju, 20. juna 2011. godine, porotni sud u Parizu osudio je Ivana Kolonu na doživotnu kaznu zatvora, navodeći razloge za svoju odluku u pisanom dokumentu pridodatom listi pitanja podnetih sudu, iako francusko pravo ne zahteva takvo obrazloženje. Odluka porotnog suda se ne poziva na odluku u slučaju *Takske protiv Belgije*.

Ova promena prakse je još zanimljivija zbog toga što je Evropski sud još 2002. godine razmatrao predstavku u kojoj se isticao navodni nedostatak obrazloženja presude francuskog porotnog suda, i našao da je ona neprihvatljiva (eng. – *inadmissible*)²³.

U pet presuda koje su usledile nakon toga, Evropski sud je ispitivao da li je nekoliko postupaka pred porotnim sudovima bilo u skladu sa članom 6 stav 1 Evropske konvencije i u tri od tih postupaka²⁴ je zaključio da

21 Porotni sudovi imaju nadležnost da sude za krivična dela. Oni su posebnu zato što ih čine prevashodno porotnici, koji se biraju nasumično sa liste građana na osnovu izbornih spiskova.

22 Evropski sud, 16. novembar 2010, *Taxquet v. Belgium*, podnesak br. 926/05.

23 Evropski sud, 15. novembar 2001, *Papon v. France*, podnesak br. 54210/00.

24 Evropski sud, 10. januar 2013, *Agnelet v. France*, podnesak br. 61198/08; Evropski sud 10. januar 2013, *Fraumens v. France*, podnesak br. 30010/10; Evropski sud, 10. januar 2013, *Oulahcene v. France*, podnesak br. 44446/10.

je došlo do povrede. Samim tim, francuski porotni sudovi su morali da dodaju „listu pojašnjenja“ svojim odlukama, koje sadrže elemente koji su doveli do presude.

Ovi primeri pokazuju da nacionalne sudije, koje se bave poštovanjem prava i sloboda koje su navedene u Konvenciji, menjaju svoje odluke u skladu sa pristupom Evropskog suda, čak i ako nema formalnog pominjanja strazburškog precedentnog prava.

II. Promena u sudskoj praksi nakon presude Evropskog suda

U okviru člana 46 Konvencije, države imaju obavezu da preduzmu sve neophodne mere kako bi poštovale presude Suda. Gde se povreda tiče individualne situacije i gde proizilazi iz neadekvatne primene (ili odsustva primene) odredaba Konvencije, neće biti preduzete posebne mere. Ovo je posebno bio slučaj u nekoliko presuda protiv Francuske u kojima je utvrđena povreda slobode izražavanja nakon objavljivanja novinskog članka, posebno zato što je u ovoj oblasti državama ostavljeno polje slobodne procene (eng. – *the margin of appreciation*).

Gde je praksa Vrhovnog suda uzrok povreda, na dotičnom je sudu i sudijama da u okviru svojih nadležnosti ispoštuju proces tako što će izmeniti svoju praksu (vidi dole pod A).

Kada je povreda rezultat nedoslednosti između nacionalnih odredaba i Konvencije, sudija je u obavezi da Konvenciji da prioritet. U najvećem broju slučajeva, promenu sudske prakse prate zakonske promene kako bi se stalo na put nedoslednostima (vidi dole pod B).

A. Promena sudske prakse od strane sudije

Posebno zanimljiv primer je predmet *Menson*, gde se govori o paru koji ima probleme fertiliteta i koji je odlučio da ode u Kaliforniju i iskoristi postojanje surogat roditeljstva, u skladu sa zakonom na snazi u toj saveznoj državi. Nakon rođenja njihovih blizanaca, bračni par je dobio uverenja iz matične knjige rođenih Kalifornije, te je zatražio njihovo upisivanje u francuske matične knjige nakon povratka u Francusku.

6. aprila 2011,²⁵ Kasacioni sud je potvrdio odbijanje upisa na osnovu toga, što to, između ostalog, „*ne lišava decu majčinske i očinske pripad-*

25 Žalba br. 10–19053.

*nosti koju priznaje kalifornijski zakon, niti ih sprečava da žive sa porodicom Meneson u Francuskoj, ne krši pravo na privatni i porodični život ove dece u okviru značenja člana 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima, niti ugrožava njihove najbolje interese koje garantuje član 3 stav 1 Međunarodne konvencije o pravima deteta*²⁶.

U svojoj presudi²⁷, Evropski sud je zaključio da je došlo do povrede prava na poštovanje privatnog života dve devojčice koje su rođene kao rezultat surogat trudnoće, u isto vreme naglašavajući da su države slobodne da zabrane korišćenje ove prakse na svojoj teritoriji. Sa druge strane, Evropski sud je smatrao da Francuska nije mogla da odbije da uzme u obzir pravnu situaciju koja je validno uspostavljena u inostranstvu.

U presudi od 3. jula 2015²⁸ u sličnom predmetu, na plenarnom zasjedanju Kasacionog suda²⁹ promenjena je praksa, te se smatra da „*nakon što je ustanovljeno da uverenje iz matične knjige rođenih nije falsifikovano i da činjenice u njemu navedene odgovaraju stvarnosti, Apelacioni sud je pravilno zaključio da ugovor o surogat trudnoći... ne utiče na upis u matične knjige*“. Nisu se pominjale Konvencija niti precedentno pravo Evropskog suda koje je dovelo do promene prakse, iako su argumenti predstavljeni pred sudom bili zasnovani upravo na Konvenciji i praksi Evropskog suda. Isto se može reći i za predmete koji uključuju zahteve za promenu građanskog statusa koji podnose transrodne osobe.

U presudi od 31. marta 1987. godine³⁰, Kasacioni sud je odbio da promeni građanski status pozivajući se, između ostalog, na činjenicu da je promena bila rezultat volje subjekta. Ova presuda je takođe dovela do podnošenja predstavke³¹ Evropskom sudu koji je smatrao da je došlo do povrede člana 8 Konvencija na osnovu toga što je aplikant, čiji fizički izgled nije odgovarao njenom građanskom statusu, svakodnevno bila stavljana u situaciju koja je u neskladu sa pravom na poštovanje njenog privatnog života.

26 Prevod: autor.

27 Evropski sud, 26. jun 2014, *Menesson v. France*, podnesak br. 65192/11.

28 Žalba br. 14–21323.

29 Ovo je najuticajniji sastav Kasacionog suda.

30 Žalba br. 84–15691.

31 Evropski sud 25. mart 1992, *B. v. France*, br. 13343/87.

U presudi od 11. decembra 1992³², Kasacioni sud je, nakon kratkog pominjanja člana 8 Konvencije, izmenio svoju praksu i potvrdio promenu građanskog statusa nakon što je utvrdio da je aplikant imao sve karakteristike transseksualnosti i da su medicinski i hirurški zahvati kojima je bio podvrgnut doveli do fizičke promene u izgledu koja više odgovara ženi, nego muškarcu.

B. Zakonodavna intervencija

U *Kruslin i Huvig protiv Francuske*³³ Evropski sud je zaključio da nije bilo pravne osnove za telefonsko prisluškivanje u toku istrage i zaključio da je došlo do povrede člana 8 Konvencije. Pošto se utvrđivanje povrede zasnivalo na odsustvu pravne osnove, sudija nije imao mogućnost diskrecione procene da li su ispoštovane odredbe Konvencije. Upravo iz tog razloga je zakonodavac brzo intervenisao i usvojio je zakon kojim se reguliše telefonsko prisluškivanje 10. jula 1991. godine.

Nakon toga, sudije su mogle da ispituju telefonsko prisluškivanje koje je već obavljeno a Evropski sud, pred kojim su se našle dve nove predstavke, doneo je 1998. i 2005. godine dve nove presude, u kojima je zauzeo stav da mere prisluškivanja sada imaju pravni osnov i da su stoga „propisane zakonom“.

Drugi skup predmeta je pokazao nešto što bi se moglo smatrati lošom praksom i zakonodavca i sudija koji nisu bili voljni da izmene odredbe i praksu kako bi se usaglasili sa presudama Evropskog suda.

U *Kres protiv Francuske*³⁴, Evropski sud je smatrao da postupci pred Državnim savetom nisu bili nepristrasni na osnovu, između ostalog, učešća komesara Vlade u odlučivanju.

Kao odgovor Vlada je dodala član R731–7 Zakonika o upravnom sudstvu, koji navodi da će komesar Vlade „prisustvovati, ali neće uzeti učešće u procesu donošenja odluka“, što znači da ne glasa, iako je prisutan.

Navedena izmena zakona ispitana je u predmetu *Martini protiv Francuske*³⁵, u kome je Evropski sud istakao da se povreda iz slučaja *Kres*

32 Žalba br. 91–11900.

33 Evropski sud 24. april 1990, *Kruslin and Huvig V. France*, podnesak br. 11801/85.

34 CEDH, 7. jun 2001, *Kress v. France*, podnesak br. 39594/98.

35 CEDH, 12. april 2006, *Martinie v. France*, podnesak br. 58675/00, stav 53.

odnosila na samo prisustvo komesara Vlade u toku procesa donošenja odluke, bez obzira da li je to prisustvo aktivno ili pasivno, i da se nije odnosila na njegovo učešće u odlučivanju.

Tek nakon druge presude u kojoj Sud nije dao ništa više detalja nego u presudi u slučaju *Kres*, Vlada je konačno uvela član R732–2 u Zakonik o upravnom sudstvu, koji navodi da se odluka donosi bez prisustva strana i komesara Vlade.

III. Postupci za prevazilaženje posledica povreda

Kao što je gore prikazano, razmatranje sudije ili zakonodavca o povredi Konvencije ponekad dovodi do promena zakona ili prakse. Takođe se zahteva da se uspostavi mehanizam/ postupak na nacionalnom nivou kako bi se sudiji dala mogućnost da donese odluku o potencijalnoj povredi pre nego što dođe do Evropskog suda, u skladu sa principom supsidijarnosti.

Stoga je Vlada unela³⁶ član L. 141–1 u Zakonik o organizaciji sudstva uvodeći mogućnost podnošenja žalbe na dužinu sudskih postupaka pred domaćim sudovima. Slična odredba se pojavljuje u Zakoniku o upravnom sudstvu³⁷, kojom se stvara mogućnost da se pred Državnim savetom raspravi dužina trajanja upravnog postupka.

Cilj ovih pravnih lekova je da se nacionalnim sudijama omogući da uzmu u obzir pritužbe potencijalnih aplikanata pred Evropskim sudom kako bi se procenila moguća odugovlačenja u postupcima i, gde je prikladno, dosuđivanje naknada za pretrpljenu štetu. Iznad svega, oni sprečavaju da se aplikanti obrate direktno Evropskom sudu a da pre toga nisu podneli predstavku domaćem sudu.

Slično tome, zakonodavac je uveo³⁸ novi pravni lek kojim se omogućuje preispitivanje krivičnog slučaja nakon presude Evropskog suda, najčešće usled povrede pravičnosti postupka.

Ovo omogućava da nacionalni sudovi, pod kontrolom Evropskog suda, isprave počinjene greške kroz davanje optuženima mogućnosti novog suđenja, tamo gde je to moguće.

36 Uredbom od 8. juna 2006.

37 Član R. 311–1 Zakonika o upravnom sudstvu.

38 Zakon br. 2000–516 od 15. juna 2000. godine jača zaštitu pretpostavke nevinosti i prava žrtava.

IV. Zaključci

Čini se da je francuski sudija voljan da uzme u obzir precedentno pravo Evropskog suda menjajući sopstvenu praksu, te da ne okleva da u određenim slučajevima izvrši transpoziciju u nacionalnu praksu presuda Evropskog suda protiv drugih država koje su se našle u sličnim situacijama.

Iako se formalno retko može naći izuzetno razrađeno obrazloženje o odredbama Konvencije, to je pre svega zato što je Francuska zemlja čiji se pravni sistem zasniva na rimskom pravu, te interno ne poznaje *common law* pristup koji primenjuju anglosaksonske zemlje. Stoga, francuski sudija u principu primenjuje pravnu odredbu, čak i kada istu treba čitati u svetlu relevantne sudske prakse.

Ovo nesumnjivo objašnjava zašto se Kasacioni sud u svojim odlukama poziva samo na članove Konvencije, bez navođenja ili analiziranja prakse Evropskog suda u svojim obrazloženjima. Isto važi za Državni savet ili Ustavni savet. Međutim, presude Evropskog suda nacionalni sudovi uzimaju u obzir, a komentari Ustavnog saveta i zaključci komesara Vlade (koji je javni izvestilac) ili Javnog zastupnika pred Kasacionim sudom su pokazatelj ovog pristupa.

Poglavlje III: Zaključci i preporuke

Kao što je ranije navedeno, francuski sudovi ne oklevaju da direktno primene Konvenciju kako bi osigurali poštovanje osnovnih prava pojedinaca i imaju tendenciju da pažljivo prate praksu Evropskog suda. Međutim, iako su domaći sudovi često spremni da menjaju sopstvena tumačenja i svoj pristup u skladu sa predmetima protiv Francuske, čini se da su manje spremni da preuzmu proaktivan pristup i da izmene sopstvenu praksu samo na osnovu Konvencije kako bi se sprečile moguće povrede.

Pored predmeta koji se tiču policijskog zadržavanja i obrazloženja presuda porotnih sudova,³⁹ koji su izuzeci, nije uobičajena praksa da francuski sudovi izmene sopstvenu praksu na osnovu presude koju je Evropski sud doneo protiv druge države. Nije uobičajena ni praksa da

39 Videti gorenavedene predmete *Salduz* i *Takske*.

nacionalni sudovi proaktivno menjaju sopstveno precedentno pravo kako bi se sprečile potencijalne povrede Konvencije. Ovo se može objasniti sledećim razlozima:

- Prvo, pripadnici pravnih profesija (sudije, advokati, itd.), čini se, nemaju dovoljno znanja o Evropskoj konvenciji i/ili o mehanizmima njene primene.⁴⁰

U tom pogledu, trebalo bi imati u vidu da Francuska ima pravni sistem koji proizilazi iz rimskog prava i zasniva se na kodifikovanim zakonima, tj. na pisanom tekstu koji je onda predmet tumačenja sudova. Trebalo bi ga, samim tim, razgraničiti od „common law“ sistema koji se u velikoj meri zasnivaju na *presedanima/precedentima*, što znači da su sudske odluke već donete u sličnim presudama.

Međutim, mehanizam primene u presudama Suda je upravo *common law* mehanizam, koji je nepoznat francuskim sudovima. Ovo dodatno otežava direktnu primenu Evropske konvencije.

- Drugo, koncepti korišćeni u Evropskoj konvenciji nisu fiksirani ili „zamrznuti u vremenu“. Evropski sud ekstenzivno koristi evolutivno tumačenje i u brojnim prilikama je podsetio da je Konvencija „živi instrument“. Značenje koncepta se stoga može promeniti tokom vremena.

Ova mobilnost prava je, opet, karakteristika *common law* sistema. U kontinentalno-pravnim sistemima, glavne promene ne proizilaze iz sudske prakse, već iz izmena zakona. Iako evolutivno tumačenje Konvencije pruža Evropskom sudu neophodni stepen fleksibilnosti kako bi se osigurala primena prava koje garantuju Evropska konvencija i Protokoli uz Konvenciju, to, s druge strane postavlja izazov pred nacionalne sudove da predvide takve promene.

- Treće, princip supsidijarnosti i polje slobodne procene (eng. – *margin of appreciation*) koje Evropski sud priznaje državama jesu neodređeni koncepti čije okvire može odrediti samo Evropski sud u svetlu okolnosti predmeta koji se pred njim nađu.

40 Komitet ministara je identifikovao potrebu za poboljšanjem univerzitetskog obrazovanja i stručnog usavršavanja kao opštu potrebu koja u načelu važi za sve države članice. Videti preporuku Rec (2004)4. *on the European Convention on Human Rights in university education and professional training.*

Stoga, kada nacionalni sudovi žele da izmene svoje precedentno pravo na osnovu Evropske konvencije, trebalo bi da prvo da procene da li bi te izmene ostale u okviru polja slobodne procene ili bi ga prekoračile. Pokazalo se da je ova procena teško ostvarljiva, posebno kada se radi o predstavkama koje se odnose na član 10 Konvencije. Zaista, kada se, na primer, slučaj tiče krivične presude zbog objavljivanje članka, polje slobodne procene koje se daje domaćim sudovima će varirati u zavisnosti od sadržaja publikacije i specifičnih okolnosti vezanih za publikaciju. Domaći sudovi će samim tim biti u teškom položaju da predvide stav Evropskog suda.

Uprkos naporima Evropskog suda da poboljša razumljivost svoje sudske prakse, primena Konvencije na specifične okolnosti predmeta koji se vode pred domaćim sudovima je i dalje veoma nepredvidljiva.

U svetlu gorenavedenog, moguće je identifikovati načine poboljšanja postojeće situacije.

Kao što smo upravo videli, Evropski sud mora zauzeti dinamičan i fleksibilan pristup tumačenju Konvencije kako bi se osiguralo da su prava i praktična i efektivna. Evolutivno tumačenje pruža neophodan stepen fleksibilnosti pravu Evropske konvencije u okruženju koje se ubrzano menja. Stoga je izuzetno teško tražiti rešenja od Evropskog suda čiji su konkretni/opipljivi napori pojašnjavanja sopstvene prakse upravo predstavljeni. Rešenja bi stoga mogla doći od strane domaćih vlasti i mogla bi da obuhvate sledeće:

- Trebalo bi uložiti dalje napore u analiziranje i transpoziciju predmeta protiv drugih država kako bi domaći sudovi mogli bolje da identifikuju odredbe francuskog prava koje bi možda mogle predstavljati kršenje Konvencije. Ovaj posao bi trebalo da obave viši sudovi, svaki u sopstvenoj oblasti pošto obim posla⁴¹ nižih sudova istima ne omogućava da to urade sa svoje strane.
- Trebalo bi unaprediti komunikaciju i dijalog između evropskih vlasti (Evropskog suda i Komiteta ministara) i domaćih

41 Prema izveštaju CEPEJ-a iz 2016. godine, u Francuskoj postoji 10 profesionalnih sudija na 100 000 stanovnika, dok je evropski prosek 21 sudija na 100 000 stanovnika: <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2016/publication/CEPEJ%20Study%2023%20report%20EN%20web.pdf>.

viših sudova kako bi se bolje identifikovale i rešavale moguće sistemske povrede.

- Države članice bi trebalo da preduzmu sve neophodne mere kako bi osigurale da Protokol 16 uz Evropsku konvenciju što pre stupi na snagu. Ovaj Protokol omogućava da najviši sudovi država članica prosleđuju zahteve za savetodavno mišljenje po pitanjima principa koji se tiču tumačenja ili primene prava i sloboda koji su navedeni u Konvenciji. Čini se da ovaj novi mehanizam daje adekvatna rešenja za poteškoće sa kojima se suočavaju domaći sudovi kada primenjuju Konvenciju pošto će ograničiti pravne nejasnoće sa kojima se trenutno suočavaju.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

341.231.14(4)(094.2)(082)

342.7(4)(094.2)(082)

UPOREDNI prikaz primene Evropske konvencije o
ljudskim pravima na nacionalnom nivou / Alessia Cozzi...
[et Al.] ; [urednik Silvija Panović-Đurić]. – Beograd : Savet
Evrope Kancelarija u Beogradu, 2016 (Београд : Досије
студио). – 184 str. ; 21 cm

Tiraž 1.000. – Predgovor: str. 5–6. – Napomene i
bibliografske reference uz tekst.

ISBN 978-86-84437-88-6

1. Коци, Алесија [аутор]

а) Европска конвенција за заштиту људских права и
основних слобода б) Судска пракса – Људска права –
Европа – Зборници

COBISS.SR-ID 228601868

Ova komparativna analiza posvećena je pitanjima primene Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda u unutrašnjem pravnom poretku nekoliko država ugovornica Konvencije.

Odgovori na ova važna pitanja dati su u osam referata, koji se bave primenom Evropske konvencije u Francuskoj, Grčkoj, Hrvatskoj, Italiji, Mađarskoj, Poljskoj, Rusiji i Srbiji. Navedene države su izabrane na osnovu dva kriterijuma: pripadnost monističkom, odnosno dualističkom pravnom sistemu – kako bi se prikazale različite pravne posledice oba sistema u primeni Evropske konvencije, kao i dužina ugovornog statusa – gde su prikazane države koje su države ugovornice od usvajanja same Konvencije, odnosno koje su to postale u poslednje dve decenije, od čega zavisi i različit stepen aktivnosti sudova u njenoj implementaciji.

Prikazano iskustvo u jednoj državi može da posluži kao inspiracija za unapređenje implementacije u drugoj državi, ali i za prevazilaženje nekih zajedničkih prepreka i problema identifikovanih u referatima.

www.coe.int/nationalimplementation

SRP

www.coe.int

Savet Evrope je vodeća organizacija za ljudska prava na kontinentu. Obuhvata 47 država, od kojih su 28 članice Evropske unije. Sve države članice Saveta Evrope potpisale su Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, sporazum čiji je cilj zaštita ljudskih prava, demokratije i vladavine prava. Evropski sud za ljudska prava nadgleda primenu Konvencije u državama članicama.

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE