

EVROPSKO PRAVO LJUDSKIH PRAVA



Ivana Krstić
Tanasije Marinković

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

EVROPSKO PRAVO LJUDSKIH PRAVA

Dr Ivana Krstić
vanredna profesorka Pravnog fakulteta
Univerziteta u Beogradu
Dr Tanasije Marinković
vanredni profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta u Beogradu

*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

Za izdavača

Tim Cartwright

Urednik

Silvija Panović-Đurić

ISBN 978-86-84437-89-3

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 ili publishing@coe.int)

Sadržaj

PREDGOVOR	11
1. PRAVNA PRIRODA EVROPSKOG PRAVA LJUDSKIH PRAVA	13
1.1. Međunarodnopravne osnove evropskog prava ljudskih prava	15
1.2. Ustavnopravna sadržina evropskog prava ljudskih prava	18
1.3. Evropsko pravo ljudskih prava kao naddržavno pravo	24
2. EVROPSKI SUD ZA LJUDSKA PRAVA	29
2.1. Istorijat Evropskog suda za ljudska prava	29
<i>2.1.1. Evropski sud za ljudska prava u okrilju Saveta Evrope</i>	29
<i>2.1.2. Prvobitni sistem zaštite ljudskih prava</i>	30
2.2. Organizacija Evropskog suda za ljudska prava	33
<i>2.2.1. Sudije Evropskog suda za ljudska prava</i>	33
2.2.1.1. Uslovi i način izbora sudija	33
2.2.1.2. Trajanje i prestanak mandata sudija	34
<i>2.2.2. Struktura Evropskog suda za ljudska prava</i>	35
2.2.2.1. Opšta sednica i odeljenja	35
2.2.2.2. Sudija pojedinac, odbori i veća	35

2.2.2.3. Veliko veće	37
2.3. Nadležnost Evropskog suda za ljudska prava	38
2.3.1. Aktivna procesna legitimacija	39
2.3.1.1. Pojedinačne predstavke	39
2.3.1.2. Međudržavni sporovi	44
2.3.2. Pasivna procesna legitimacija	45
2.3.3. Mesna nadležnost	47
2.3.4. Stvarna nadležnost	50
2.3.5. Vremenska nadležnost	52
2.3.6. Iscrpenost unutrašnjih pravnih lekova	53
2.3.7. Blagovremenost predstavke	55
2.3.8. Urednost predstavke	56
2.3.9. Pravilo <i>ne bis in idem</i>	56
2.3.10. Očigledno neosnovane i zloupotrebljavajuće predstavke	57
2.3.11. Značajnije oštećenje	58
2.4. Postupak pred Evropskim sudom za ljudska prava	59
2.4.1. Sadržina predstavke	61
2.4.2. Opšta pravila postupka	64
2.4.2.1. Javnost postupka	64
2.4.2.2. Upotreba jezika	64
2.4.2.3. Zastupanje stranaka	65
2.4.2.4. Pravna pomoć	66
2.4.3. Vođenje postupka	66
2.4.3.1. Postupak ispitivanja prihvatljivosti	67
2.4.3.2. Postupak po prihvatanju predstavke	68
2.4.3.3. Procedura za donošenje pilot presuda	70
2.4.3.4. Prijateljsko poravnanje	71

2.4.3.5. Rasprava pred većem	72
2.4.3.6. Postupak pred Velikim većem	73
2.4.4. <i>Presuda</i>	74
2.5. Izvršenje presuda Evropskog suda za ljudska prava	76
2.5.1. <i>Vrste mera</i>	77
2.5.1.1. Pravično zadovoljenje	78
2.5.1.2. Individualne mere	79
2.5.1.3. Opšte mere	81
2.5.2. <i>Nadziranje izvršenja presuda</i>	82
Uvodne napomene	82
2.5.2.1. Evropski sud za ljudska prava	83
2.5.2.2. Komitet ministara	84
2.5.2.3. Parlamentarna skupština	88
2.5.2.4. Propust da se izvrši presuda Evropskog suda za ljudska prava	89
2.6. Reforma Suda Evropskog suda za ljudska prava	91
3. KONVENCIJSKA PRAVA I SLOBODE	95
3.1. Načelo jednakosti i zabrana diskriminacije	96
3.1.1. <i>Nesamostalni karakter člana 14. Evropske konvencije</i>	98
3.1.2. <i>Opšta zabrana diskriminacije (član 1. Dvanaestog protokola)</i>	100
3.1.3. <i>Različit tretman koji predstavlja diskriminaciju</i>	104
3.1.3.1. Neposredna diskriminacija	104
3.1.3.2. Posredna diskriminacija	107
3.1.4. <i>Opravdanje za različit tretman</i>	108
3.2. Fizički i psihički integritet ličnosti	116

3.2.1. <i>Pravo na život</i>	116
3.2.1.1. <i>Zabrana samovoljnog lišenja života</i>	117
3.2.1.2. <i>Pozitivna obaveza da se zaštititi život</i>	119
3.2.1.3. <i>Proceduralna obaveza sprovođenja istrage</i>	121
3.2.2. <i>Zabrana mučenja</i>	123
3.2.2.1. <i>Razlikovanje tri oblika zlostavljanja</i>	125
3.2.2.2. <i>Proceduralna obaveza sprovođenja istrage</i>	128
3.2.2.3. <i>Policijski pritvor</i>	129
3.2.2.4. <i>Zatvorski uslovi</i>	131
3.2.2.5. <i>Zabrana proterivanja</i>	133
3.2.3. <i>Zabrana ropstva</i>	137
3.2.3.1. <i>Zabrana ropstva ili ropskog položaja</i>	138
3.2.3.2. <i>Trgovina ljudima</i>	141
3.3. Sloboda ličnosti	144
3.3.1. <i>Pravo na slobodu i bezbednost</i>	144
3.3.1.1. <i>Sloboda i bezbednost</i>	144
3.3.1.2. <i>Zakonitost lišenja slobode</i>	147
3.3.1.3. <i>Hapšenje i pritvor</i>	148
3.3.1.4. <i>Prava lica lišenih slobode</i>	150
3.3.2. <i>Pravo na slobodu kretanja</i>	151
3.3.2.1. <i>Opšti domašaj člana 2. Protokola br. 4</i>	151
3.3.2.2. <i>Razgraničenje između ograničenja slobode kretanja i lišenja slobode</i>	153
3.3.2.3. <i>Ograničenja slobode kretanja</i>	155
3.4. Moralni integritet ličnosti	158
3.4.1. <i>Sloboda misli, savesti i veroispovesti</i>	158

3.4.1.1. Pojam slobode misli, savesti i veroispovesti	158
3.4.1.2. Ograničenje slobode ispovedanja vere ili ubeđenja	163
<i>3.4.2. Pravo na poštovanje privatnog života</i>	167
3.4.2.1. Određivanje pojma „privatni život“	168
3.4.2.2. <i>Uspostavljanje i razvijanje odnosa sa drugim licima</i>	170
3.4.2.3. Prikupljanje, držanje i upotreba tajnih podataka	171
3.4.2.4. Istopolni odnosi	175
3.4.2.5. Položaj transseksualnih osoba	179
<i>3.4.3. Pravo na poštovanje porodičnog života</i>	182
3.4.3.1. Razgraničenje primene člana 8. i drugih članova iz Konvencije	182
3.4.3.2. Porodični život	183
3.4.3.3. Odnosi među partnerima	185
3.4.3.4. Odnos između roditelja i dece	186
3.4.3.5. Horizontalni porodični odnosi	189
3.4.3.6. Porodični život lica lišenih slobode	191
3.4.3.7. Deportacija i kršenje prava na porodični život	193
<i>3.4.4. Pravo na obrazovanje</i>	196
3.4.4.1. Pravna priroda prava na obrazovanje	196
3.4.4.2. Pravo roditelja u vezi sa obrazovanjem njihove dece	200
3.4.4.3. Upotreba verskih simbola u školi	205
3.5. Politička prava i slobode	207
<i>3.5.1. Sloboda izražavanja</i>	208
3.5.1.1. Pojam slobode izražavanja	208

3.5.1.2. Zadiranje u slobodu izražavanja	213
3.5.2. Sloboda okupljanja	221
3.5.2.1. Pojam slobode okupljanja	221
3.5.2.2. Zadiranje u slobodu okupljanja	224
3.5.3. Sloboda udruživanja	228
3.5.3.1. Pojam slobode udruživanja	228
3.5.3.2. Zadiranje u slobodu udruživanja	231
3.5.4. Pravo na slobodne izbore	237
3.6. Zaštita imovine	238
3.6.1. Pojam imovine	238
3.6.2. Pravična naknada	242
3.7. Procesna prava	244
3.7.1. Pravo na pravično suđenje	246
3.7.1.1. Pojam građanskih prava i obaveza i krivične optužbe	246
3.7.1.2. Opšta procesna prava	248
3.7.1.3. Posebna prava u krivičnom postupku	251
3.7.2. Pravo na delotvorni pravni lek	252
3.7.3. Načelo zakonitosti	254
4. PRIMERI DOBRE PRAKSE U REPUBLICI SRBIJI	257
4.1. Evropska konvencija u pravnom sistemu Srbije	259
4.1.1. Status Evropske konvencije	259
4.1.2. Opšti mehanizmi usklađivanja s Evropskom konvencijom	262
4.1.3. Sudska zaštita ljudskih prava u Republici Srbiji	264
4.2. Dijalog Ustavnog suda Republike Srbije i Evropskog suda za ljudska prava	267

<i>4.2.1. Ustavni sud pred Evropskim sudom</i>	267
<i>4.2.2. Jurisprudencija Evropskog suda u praksi Ustavnog suda</i>	271
4.2.2.1. Obavezujuća snaga jurisprudencije Evropskog suda	271
4.2.2.2. Interpretativna snaga jurisprudencije Evropskog suda	275

Predgovor

Evropsko pravo ljudskih prava je zaokružen prikaz Evropskog suda za ljudska prava, njegove organizacije i nadležnosti, postupka pred njim i osnova njegove jurisprudencije. Ova knjiga pruža pogled i na pravnu prirodu evropskog prava ljudskih prava, kao i na primere dobre prakse u Republici Srbiji, pre svega status Evropske konvencije o ljudskim pravima u pravnom sistemu Republike Srbije i odluke njenog Ustavnog suda kojima se potvrđuje obavezna i interpretativna snaga konvencijskog prava.

Knjiga je prvenstveno namenjena studentima prava na svim nivoima studija koji žele bolje da razumeju kako materijalno i procesno pravo koje se razvija pod okriljem Evropskog suda, tako i načela funkcionisanja čitavog evropskog sistema zaštite ljudskih prava. Budući da taj sistem podrazumeva primarnu nadležnost pravosuđa država članica u zaštiti ljudskih prava, a tek supsidijarnu Evropskog suda, knjiga će koristiti i sudijama, tužiocima, advokatima i drugim pravnim praktičarima koji (treba da) primenjuju Evropsku konvenciju u svom svakodnevnom radu. U tom pogledu posebna pažnja je posvećena najznačajnijim presudama Evropskog suda, koje treba da doprinesu izgradnji vladavine prava u Republici Srbiji, s obzirom na status izvora prava koji im Ustav Republike Srbije priznaje i njihovu objektivnu vrednost.

Autori se nadaju da će *Evropsko pravo ljudskih prava* postići i širu misiju, naime doprineti opštem podizanju svesti i znanja o najrazvijenijem i najdelotvornijem sistemu ljudskih prava u svetu.

Knjiga je rezultat jednoipodecenijskog naučnog bavljenja autora, pojedinačnog i zajedničkog, Evropskim sudom za ljudska prava, njegovom jurisprudencijom i odnosom između njega i nacionalnih sudova. Tako

su vremenom nastajali radovi čiji su manji delovi, uz odgovarajuća prilagođavanja, našli svoje prirodno mesto u ovoj studiji. Ipak, više od dve trećine knjige je potpuno originalno. U tom pogledu, autori izražavaju neizmernu zahvalnost Savetu Evrope na dobroj volji da izda *Evropsko pravo ljudskih prava* i na podršci koju su u tom poduhvatu dobili od njega.

U Beogradu, na Dan ljudskih prava, 10. decembra 2016.

Autori

1. Pravna priroda evropskog prava ljudskih prava

1. Uvodna razmatranja

Postavljanje pitanja pravne prirode evropskog prava ljudskih prava na prvi pogled može da iznenadi. Naime, stručnoj javnosti je dobro poznato da se evropsko pravo ljudskih prava razvilo pod okriljem Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: Evropski sud; Sud), uspostavljenog Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Evropska konvencija; Konvencija), dakle jednim međunarodnopravnim ugovorom regionalnog karaktera. Visoke strane ugovornice Evropske konvencije su države koje su pristale na ograničenu nadležnost Evropskog suda u međusobnim sporovima i onima koje, shodno načelu supsidijarnosti, protiv države pokreće pojedinac – tek pošto iscrpi redovne unutrašnje pravne lekove. U evropskom sistemu zaštite ljudskih prava načelo supsidijarnosti podrazumeva i da Evropski sud ne zamenjuje procenu državnih organa sopstvenom procenom, kao i to da su državni organi načelno slobodni da odaberu načine na koje će izvršiti svoje obaveze koje proističu iz Evropske konvencije. Usko povezano sa njim je i priznavanje prava države na određeno polje slobodne procene u pogledu ograničavanja ljudskih prava. Konačno, Evropski sud primenjuje pravila Bečke konvencije o ugovornom pravu kada tumači i primenjuje Evropsku konvenciju, a u skladu sa međunarodnim ugovornim pravom je i mogućnost država da stave rezerve na Evropsku konvenciju, što su one do sada i činile.

Uprkos tim formalnim obeležjima evropskog prava ljudskih prava koja ga nesporno svrstavaju u domen međunarodnog prava, njegova su-

štinska svojstva, od kojih su neka pretorska tvorevina samog Evropskog suda, približavaju ga konceptu savremene ustavnosudske zaštite ljudskih prava.

Upadljivo je, naime, da su se povelje o ljudskim pravima pojavile istorijski kao dokumenti od nacionalnog značaja i da danas svi evropski ustavi jemče ljudska prava koja uključuju u sebe i ona prava koja su sadržana u Evropskoj konvenciji. Osim toga, pojam ljudskih (osnovnih) prava podrazumeva i njihovu sudsku sankciju, te i evropske države ustanovljavaju nezavisno sudstvo, i vrlo često posebne ustavne sudove, sa zadatkom da ih štite i razvijaju. I baš kao što se gotovo svi postupci u Evropskom sudu vode povodom pojedinačnih predstavi, tako je i ustavno sudstvo danas najvećma posvećeno rešavanju konkretnih, subjektivnih sporova o ustavnosti koji proističu iz individualnih povreda ljudskih prava.

Osim ovih sličnosti između Evropskog suda i savremenog ustavnog sudstva, evropsko pravo ljudskih prava ima i druga obeležja koja ga čine više ustavnim negoli međunarodnim sistemom zaštite ljudskih prava. Naime, za prava koja jemči Evropska konvencija može se reći da su objektivnog karaktera, usled činjenice da ne mogu da budu dovedena u pitanje naknadnim sporazumima između država, upravo kao što su i obaveze država objektivne, uspostavljene ne u odnosu na druge države, već u odnosu na pojedince. Ta objektivnost pravnog poretka zasnovanog na Evropskoj konvenciji ogleda se kako u odsustvu načela reciprociteta, inače uobičajenog u međudržavnim odnosima, tako i u priznanju njenog neposrednog dejstva i suprematije, ali i prava na individualnu predstavku. U skladu s time i sam Evropski sud vidi u Evropskoj konvenciji „ustavni instrument evropskog javnog poretka“.

Ovakvo profilisanje evropskog prava ljudskih prava zahvaljujući, pre svega, aktivizmu Evropskog suda, kao sudske instance najvišeg stepena, potvrđuje se i njegovim različitim metodama primene Evropske konvencije. U pitanju su obavezujuća snaga precedenta, autonomni koncepti i druge osobene tehike tumačenja Evropske konvencije kojima su redefinisani pojam pravnih sredstava i pojam pristupa zaštiti ljudskih prava.

2.1. Međunarodnopravne osnove evropskog prva ljudskih prava

Sa formalnog stanovišta evropsko pravo ljudskih prava nesporno se svrstava u korpus međunarodnog prava. Njegov osnovni izvor, Evropska konvencija, jeste međunarodnopravni ugovor regionalnog karaktera, a njene visoke strane su države koje su je 1950. godine potpisale i potom potvrdile.¹ Osim supstancijalnih normi, one su ovim ugovorom ustanovile i organe za njihovu zaštitu. Prvobitni sistem zaštite, u kojem su kao organi odlučivanja o povredama ljudskih prava i osnovnih sloboda postojali Evropska komisija za ljudska prava i Evropski sud za ljudska prava, zamenio je 1998. godine, stupanjem na snagu Protokola br. 11 uz Evropsku konvenciju, sistem u kojem je jedini organ odlučivanja Sud, i to sa obaveznom nadležnošću. O izvršenju presuda Evropskog suda stara se Komitet ministara država članica Saveta Evrope, ustanovljen Statutom Saveta Evrope. Iako je priroda tih organa različita, pa samim time i status njihovih članova, Evropski sud se sastoji od onolikog broja sudija koliko je visokih strana ugovornica, nezavisno od njihove veličine ili broja stanovnika, dok Komitet ministara čine ministri spoljnih poslova svih država članica Saveta Evrope. Takav sastav organa Evropske konvencije jasno svedoči o nameri njenih tvoraca, očeva-osnivača, da se pridržavaju načela jednakosti država u međunarodnom pravu.

Kao pred međunarodnim sudom, pred Evropskim sudom spore se države zbog navodne povrede prava i sloboda zajemčenih Evropskom konvencijom, a kad predstavku podnose pojedinci, dužni su da prethodno iscrpu sve unutrašnje pravne lekove, u skladu sa supsidijarnim karakterom evropskog sistema zaštite ljudskih prava.² Može se učiniti da taj uslov otežava put do individualne pravde, ali je on u skladu sa

- 1 Konvencijom je predviđeno da je ona otvorena za potpis članicama Saveta Evrope, da se ratifikuje i da se ratifikacije deponuju kod Generalnog sekretara Saveta Evrope (čl. 59, st. 1). U skladu sa svojim međunarodnopravnim poreklom, sama konvencija predviđa mogućnost i da je visoke strane ugovornice otkazu (čl. 58).
- 2 Uopšte, i prethodni sistem u kojem je postojala Komisija odražava stanje tadašnje svesti u kojoj je bilo gotovo nepojmljivo da se pojedinac obrati međunarodnom sudu. C. Tomuschat, *Human Rights – Between Idealism and Realism*, Oxford University Press, Oxford 2008, 240.

klasičnim načelom međunarodnog prava prema kojem se zaštita prava ostvaruje, pre svega, na državnom nivou.³ „Konvencija prepušta, na prvom mestu, svakoj državi ugovornici zadatak da obezbedi prava i slobode koja ona garantuje.“⁴ U skladu sa načelom supsidijarnosti evropskog mehanizma zaštite ljudskih prava je i opredeljenje Evropskog suda da ne zamenjuje procenu državnih organa sopstvenom procenom. Naime, Evropski sud još od *Belgijskog jezičkog slučaja* ističe da „ne bi mogao da preuzme ulogu nadležnih državnih organa, jer bi tada izgubio iz vida supsidijarni karakter međunarodnog mehanizma kolektivne garantije ustanovljenog Konvencijom“,⁵ što znači da u zaštiti ljudskih prava Evropska konvencija zauzima sekundarno mesto u odnosu na pravo država članica.⁶ Konačno, načelo supsidijarnosti podrazumeva i pravo državnih organa da slobodno izaberu načine na koje će izvršiti svoje obaveze koje proističu iz Evropske konvencije. Prema tome, (deklaratorna) presuda Suda kojom se utvrđuje povreda Evropske konvencije stvara po državu obavezu cilja prepuštajući joj odabir sredstava kojima će taj cilj postići.⁷ U presudi *Marks protiv Belgije* Sud je precizirao da se u slučaju proglašene neusklađenosti sa Evropskom konvencijom država nalazi u obavezi da izvrši presudu, ali da joj njena deklaratorna priroda u suštini prepušta odabir sredstava koje će upotrebiti.⁸

Usko vezano za načelo supsidijarnosti je i priznavanje prava države na određeno polje slobodne procene (*margin of appreciation*) u pogledu ograničavanja (relativnih) ljudskih prava.⁹ Kao posledica suverenosti državne vlasti (*corollaire de la souveraineté*) polje slobodne procene u praksi Evropskog suda podrazumeva da je država najpozvanija da proceni da li postoji javna opasnost koja ugrožava opstanak nacije, odno-

3 L. Favoreu *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Paris 2002, 328.

4 *Handyside v. The United Kingdom*, predstavka br. 5493/72, presuda od 07. decembra 1976, stav 48.

5 *Affaire linguistique belge*, predstavka br. 1474/62 i druge, presuda od 23. jula 1968, stav 10.

6 F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris 2005, 200.

7 L. Favoreu *et al.*, 328.

8 *Marckx c. Belgique*, predstavka br. 6833/74, presuda od 13. juna 1979, stav 31.

9 Relativna ljudska prava su ona ljudska prava koja pod određenim okolnostima podležu državnom ograničenju, i to bilo zbog toga što mogu doći u sukob, kako s opštim interesom, tako i sa drugim ljudskim pravima.

sno neki drugi razlog koji opravdava ograničenje ljudskih prava, kao i da proceni širinu mera koje treba preduzeti da bi se te više vrednosti zaštitile.¹⁰ Ono je diskreciona vlast koja pripada državama članicama u primeni ograničenja na zaštićena prava.¹¹ Tako, u kontekstu ograničenja slobode izražavanja zbog narušavanja javnog morala Evropski sud ističe da „nije moguće naći u unutrašnjem pravu različitih država ugovornica jednoobraznu evropsku koncepciju morala. Zauzimanje moralnih pozicija njihovih zakona varira od vremena do vremena i od mesta do mesta, naročito u naše doba koje odlikuje brza i dalekosežna evolucija mišljenja o tom pitanju. Usled neposrednog i kontinuiranog kontakta sa vitalnim snagama svojih zemalja, državne vlasti imaju u načelu bolje mogućnosti nego međunarodni sudija da daju mišljenje o tačnoj sadržini tih pozicija kao i o ‘neophodnosti’, ‘ograničenju’ ili ‘kazni’ koji su usmereni na njihovo zadovoljenje”.¹² Proizlazi da ono što je neophodno za ostvarenje cilja od nacionalnog interesa može da varira od zemlje do zemlje i da u toj proceni država treba da uživa određeno poštovanje u očima međunarodnog sudije malo upućenog u različite nacionalne specifičnosti.¹³

Priznavanje određenog polja slobodne procene visokim stranama ugovornicama izraz je sudskog tumačenja Evropske konvencije. To, samo po sebi, ukazuje na značaj tumačenja kao takvog i baca svetlost na još jednu međunarodnopravnu dimenziju evropskog prava ljudskih prava. Najpre, Evropska konvencija, računajući i protokole, jeste kratak dokument, sa oko tridesetak članova, koji predviđaju konkretna prava i slobode. Da bi bila delotvorna, ona se mora tumačiti, a prema članu 32. stav 1. Evropske konvencije, posao njenog tumačenja i primene poveren je Evropskom sudu. Tom zadatku Sud je pristupio polazeći od pravila međunarodnog prava o tumačenju međunarodnih ugovora, upravo zbog toga što je i sama konvencija međunarodni ugovor.¹⁴ Tako je, kada je, sedamdesetih godina prošlog veka, u slučaju *Golder protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, postavljeno pitanje načina tumačenja Evrop-

10 L. Favoreu *et al.*, 332.

11 F. Sudre, 216; D. Popović, *Postanak evropskog prava ljudskih prava* (preveli V. i M. Jovanović), Službeni glasnik, Beograd 2013, 147.

12 *Handyside v. The United Kingdom*, stav 48.

13 L. Favoreu *et al.*, 332.

14 R. C. A. White and C. Ovey, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2010, 65.

ske konvencije, Sud u Strazburu zauzeo stav da se Bečka konvencija o ugovornom pravu primenjuje na tumačenje Evropske konvencije, iako u tom trenutku nije bila stupila na snagu, smatrajući da su njene norme izražavale međunarodno običajno pravo.¹⁵ Shodno tim interpretativnim osnovama, jedno od ključnih opredeljenja Evropskog suda u primeni Evropske konvencije jeste ciljno ili teleološko tumačenje, upravo u skladu sa odredbama Bečke konvencije.¹⁶

Još jedna nesporna potvrda međunarodnopravne prirode Evropske konvencije jesu i rezerve koje visoke strane ugovornice mogu staviti na nju. One su takođe vid ustupka državnoj suverenosti, jer omogućavaju svakoj strani ugovornici da u određenoj meri oblikuje dejstvo svojih obaveza, pod uslovom da ne narušava integritet Evropske konvencije.¹⁷ Naime, prilikom potpisivanja Evropske konvencije, ili prilikom deponovanja instrumenata ratifikacije, svaka država može staviti rezervu na svaku pojedinu odredbu Konvencije u obimu u kome neki zakon koji je tada na snazi na njenoj teritoriji nije saglasan sa tom odredbom, pri čemu rezerve opšteg karaktera nisu dozvoljene, a rezerva koja je stavljena mora da sadrži kratku izjavu o zakonu u pitanju (čl. 57. stavovi 1. i 2. Konvencije). Rezervama se, dakle, postiže ravnoteža između zaštite prava i suvereniteta, a nauštrb delotvornosti konvencijskih mehanizama oslobađanjem države, istina u tačno određenim oblastima, da uskladi svoje celokupno zakonodavstvo sa Evropskom konvencijom.¹⁸

2.2. Ustavnopravna sadržina evropskog prava ljudskih prava

Dosadašnja razmatranja o evropskom pravu ljudskih prava potvrđuju da ono što je međunarodno pravo nekada smatralo unutrašnjim pitanjem suverenih država Evropska konvencija stavlja u središte međuna-

15 *Golder v. The United Kingdom*, predstavka br. 4451/70, presuda od 21. februara 1975, stav 29.

16 *Saadi v. The United Kingdom*, predstavka br. 13229/03, presuda od 29. januara 2008, stav 62.

17 L. Favoreu *et al.*, 329.

18 *Isto.*

rodnog sistema nadzora i zaštite.¹⁹ U tom smislu, nesumnjivo se može govoriti o internacionalizaciji ustavnog prava, posebno ljudskih prava. Međutim, postoji i suprotan trend – konstitucionalizacije međunarodnog prava čiji je evropsko pravo ljudskih prava najbolji primer.²⁰ U tom procesu konstitucionalizacije međunarodnog prava, međunarodnopravne forme se ispunjavaju ustavnopravnom sadržinom.

Najpre, upadljiva je sličnost između međunarodnih povelja o pravima (*International Bill of Rights*)²¹ i ustava i njihovog garantovanja ljudskih prava. Povelje o ljudskim pravima, koje su se istorijski javile kao dokumenti od nacionalnog značaja i postepeno su uključene u gotovo sve ustave sveta, nakon Drugog svetskog rata su postale i predmet međunarodnopravnog regulisanja. S obzirom na takvu genuzu garantovanja ljudskih prava ne treba da iznenade mnogostruke paralele – funkcionalne, supstancijalne i strukturalne – između njihove međunarodnopravne i ustavnopravne zaštite. U funkcionalnom smislu, i međunarodne i ustavne povelje o ljudskim pravima postavljaju granice državnoj vlasti u odnosu prema pojedincima koji su u njenoj nadležnosti. Supstancijalno posmatrano, povelje i jednog i drugog tipa jemče građanska i politička prava, kao i ekonomska i socijalna prava. Kada je reč o strukturi, pravi se razlika između apsolutnih i relativnih prava i ukazuje se na njihovo vertikalno dejstvo, a posredno i na horizontalno dejstvo, bez obzira na to da li je njihov osnov međunarodnopravni ili ustavnopravni.²²

Evropska konvencija ima sva ta obeležja međunarodnih povelja o pravima (uz preciziranje da je usmerena na zaštitu pre svega građanskih i političkih prava), ali se u odnosu na njih ističe svojim mehanizmom ostvarivanja, čime se dodatno uklapa u trend konstitucionalizacije međunarodnog prava. Naime, klasična institucionalna razlika između

19 „Uspeh pokreta ljudskih prava u međunarodnoj areni, a naročito uspeh ESL-JP-a [Evropskog suda za ljudska prava, *prim. naša*], doveo je u pitanje vestfalski model međunarodnih odnosa, tj. monopol države nad građanima, i konačno monolitski koncept državne suverenosti.“ A. Torres Perez, *Conflicts of Rights in the European Union – A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford 2009, 27.

20 Vid. S. Gardbaum, „Human Rights as International Constitutional Rights“, *European Journal of International Law* (2008), Vol. 19, No. 4, 761–764.

21 Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima. S. Gardbaum, 750.

22 *Isto*, 750–751.

đu dva sistema – međunarodonopravnog i ustavnopravnog – jeste u njihovim osobenim metodama sprovođenja. Dok je izuzetan uspon ustavnih i drugih sudova u kontroli ustavnosti političkih organa uzrokovao pojavu „sudokratije“ i „judikalizacija“, međunarodni sudovi u oblasti ljudskih prava još uvek su u povoju.²³ Evropska konvencija, međutim, uvodi efikasan mehanizam za svoje ostvarivanje koji danas počiva, da podsetimo, na Evropskom sudu, kao organu odlučivanja, i Komitetu ministara Saveta Evrope, zaduženom da nadzire izvršenje njegovih presuda. Istovremeno, ne sme se izgubiti iz vida ni da sudovi država članica učestvuju u primeni Evropske konvencije, shodno načelu supsidijarnosti. Ta činjenica, koliko potvrđuje međunarodnopravni karakter Konvencije, toliko dovodi i do njene decentralizovane primene, a samim time i neposrednog dejstva evropskog prava ljudskih prava u visokim stranama ugovornicama, nezavisno od toga da li se one opredeljuju za monistički ili dualistički sistem odnos između unutrašnjeg i međunarodnog prava.²⁴

Judikalizacija i ustavnog prava i evropskog prava ljudskih prava duguje svoj uspeh jedinstvenoj pojavi – priznavanju pojedincu (fizičkom i pravnom licu) mogućnosti pristupa ustavnom sudu, odnosno Evropskom sudu, u prvom slučaju u vidu ustavne žalbe i/ili prethodnog pitanja o ustavnosti, a u drugom putem pojedinačne predstavke.²⁵ Naime, vođenje konkretnog i subjektivnog spora o ustavnosti postalo je toliko dominantno da „većina italijanskih, nemačkih i španskih slučajeva nastaje iz stvarnih pravnih sporova, te se kontrola ustavnosti u njima javlja kao apelaciono ustavno sudovanje. U takvim uslovima, ustavnosudska funkcija ne izaziva primarno posledice po zakonodavca, već po redovno sprovođenje pravde, i u praksi proširuje dejstvo konstitucionalizma (pre svega zaštitom osnovnih prava) na polja izvan javnog prava, poput krivičnog, upravnog i privatnog prava“.²⁶ Nalik tom trendu u ustavnom

23 *Isto*, 751.

24 O praksi država u tom pogledu, videti L. Wildhaber, „The European Convention on Human Rights and International Law“, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 56, April 2007, 217–219.

25 S obzirom na bliskost ustavne žalbe i predstavke pred Evropskim sudom, u ustavnom pravu se ti instrumenti često uporedo izučavaju. Primera radi videti J. Kokott and M. Kaspar, „Ensuring Constitutional Efficacy“, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (eds. M. Rosenfeld, A. Sajo), Oxford University Press, Oxford - New York 2012, 811–812.

26 A. Sajo, *Limiting Government – An Introduction to Constitutionalism*, CEU Press, Budapest – New York 1999, 243.

pravu koji je izmenio prirodu ustavnog spora, sama mogućnost izjavljivanja pojedinačnih predstavki Evropskom sudu objašnjava izuzetan uspeh evropske kontrole,²⁷ pogotovo ako se uzme u obzir da je povodom međudržavnih sporova Sud u Strazburu doneo svega nekoliko presuda²⁸ „Prema tome, ukoliko je Evropski sud izazvao istinsko divljenje, to je u suštini zbog pojedinačnih predstavki. Svakako, postoje i druge nadržavne jurisdikcije nadležne da ispituju pojedinačne predstavke [...] Ipak, pravo na pojedinačnu predstavku, priznato članom 34. Konvencije svakom fizičkom licu i većini pravnih lica, je bespogovorno naj-savršenije i najdelotvornije.”²⁹ Konačno, i Frederik Sidr (*Frederic Sudre*) primećuje, povodom pojedinačnih predstavki, da „Evropska konvencija o ljudskim pravima pruža najostvareniji model sudske zaštite ljudskih prava, vezujući evropski javni poredak ljudskih prava za evropskog sudiju sa obaveznom nadležnošću”.³⁰

Osim tih sličnosti između Evropskog suda i savremenog ustavnog sudstva, evropsko pravo ljudskih prava ima i druga obeležja koja ga čine više ustavnim negoli međunarodnim sistemom zaštite ljudskih prava. Naime, za prava koja jemči Evropska konvencija može se reći da su objektivnog karaktera u smislu da izviru iz prirode i da ne mogu da budu dovedena u pitanje naknadnim sporazumima između država, upravo kao što su i obaveze država objektivne, uspostavljene ne u odnosu na druge države, već na pojedince koji se nalaze pod njihovom jurisdikcijom.³¹ To jasno proizlazi iz člana 1. Evropske konvencije koji propisuje da „visoke strane ugovornice jemče svakome u svojoj nadležnosti prava i slobode” koje ona sadrži. Ta objektivnost pravnog poretka zasnovanog na Evropskoj konvenciji potvrđuje se kako u odsustvu načela reciprociteta, inače uobičajenog u međudržavnim odnosima, tako i u priznanju neposrednog dejstva i suprematije Konvencije, kao i u već pomenutom pravu na pojedinačnu predstavku.³² Tako, Evropska konvencija ne sadrži opštu klauzulu o načelu reciprociteta karakterističnu za međunarodne ugovore, kojom bi država mogla da se oslobodi

27 L. Favoreu *et al.*, 355.

28 R. C. A. White and C. Ovey, 12.

29 J.-P. Marguenaud, „Cour européenne des droits de l'homme”, *Dictionnaire des Droits de l'Homme* (sld. J. Andriantsimbazovina *et al*), PUF, Paris 2008, 223.

30 F. Sudre, 532.

31 L. Favoreu *et al.*, 324.

32 *Isto*, 324–327.

svojih međunarodnih obaveza pozivanjem na neispunjavanje recipročnih obaveza druge države. Kako bi od suspenzije primene Konvencije najviše štete imali pojedinci nad kojima nadležnost ima država, koja ističe *exceptio non adimpleti contractus*, i organi Evropske konvencije su potvrdili nedopuštenost pozivanja na tu vrstu prigovora.³³

Neposrednost dejstva evropskog prava ljudskih prava podrazumeva, pak, mogućnost da se odredbe Evropske konvencije suprotstave činjenju države, bilo opštim, bilo pojedinačnim aktima, odnosno njenom nečinjenju, ne samo pred Evropskim sudom, već i pred domaćim sudovima države, visoke strane ugovornice.³⁴ S tim u vezi je i načelo suprematije koje nalaže pravnu superiornost odredaba Konvencije i njihovog tumačenja koje pruža Evropski sud ne samo u odnosu na podzakonske i zakonske akte država, već i one koji su ustavnog ranga. Tako je u slučaju *Ujedinjene komunističke partije Turske* Evropski sud istakao da politička i institucionalna organizacija država članica mora da bude u skladu sa pravima i načelima sadržanim u Konvenciji: „Od malog je značaja, u tom pogledu, da li su sporne odredbe ustavne [...] ili tek zakonske [...] Onog trenutka kada one postaju sredstvo kojim data država ostvaruje svoju nadležnost, one podležu kontroli Konvencije.”³⁵ Imajući u vidu pomenuta obeležja evropskog prava ljudskih prava ne može da iznenadi stav Suda da je Konvencija „ustavni instrument evropskog javnog poretka”.³⁶

Važno je, pritom, istaći i da se objektivni karakter evropskog javnog poretka ne izražava samo u pomenutim formalnim svojstvima ovog prava, već i u njegovoj ustavnopravnoj i političkoj sadržini. Naime, srž evropskog javnog poretka, tog skupa zajedničkih evropskih vrednosti, i vodeće interpretativno načelo Konvencije jeste pojam demokratskog društva (*société démocratique*), koji se postepeno kristalisao u praksi Suda, stvarajući time obrise evropskog shvatanja demokratije.³⁷ Ono se, prema Sidrovom sagledavanju strazburške jurisprudencije, svodi na sledećih nekoliko načela: zabranu diskriminacije, poštovanje ljudskog

33 *Isto*, 324.

34 F. Sudre, 189–190.

35 *United Communist Party of Turkey and others v. Turkey*, predstavka br. 133/1996/752/951, presuda od 30. januara 1998, stav 30.

36 *Loizidou v. Turkey*, predstavka br. 15318/89, presuda od 23. marta 1995, stav 310.

37 F. Sudre, „Convention européenne des droits de l’homme”, *Dictionnaire des Droits de l’Homme* (sld. J. Andriantsimbazovina et al), 203.

dostojanstva, vladavinu prava i politički pluralizam.³⁸ U razvijanju tako „konstruktivne“ jurisprudencijalne politike, Evropski sud je inspiraciju nalazio u praksi ustavnih sudova, i to, na prvom mestu, u doktrini o živom pravu (*droit vivant*), odnosno u evolutivnom tumačenju ustava, kao dopuni ciljnom tumačenju.³⁹

Takvo profilisanje evropskog prava ljudskih prava zahvaljujući, pre svega, aktivizmu Evropskog suda, kao sudske instance najvišeg stepena, potvrđuje se, dakle, i njegovim različitim metodama primene Konvencije. Smatrajući ih izrazom sudske kreativnosti, odnosno „specifičnom odlikom procesa funkcionisanja prava“, Dragoljub Popović u njima vidi promenu opšteg stava prema Konvenciji i njenom poimanju kao međunarodnog instrumenta. „Danas se smatra“, ističe Popović, „da je njena uloga da ispuni zadatak zaštite ljudskih prava i da ne dozvoli da ih prekrše države članice Saveta Evrope. Skup ideala na kojima je utemeljen Savet Evrope smatra se fundamentalnim vrednostima, koje se moraju poštovati. Konvencija je tako prerasla svoj osnovni karakter međunarodnog ugovora. Ona stremi“, zaključuje Popović, „da postane povelja, ako ne i ustavni dokument, koji važi za sve države članice Saveta Evrope.“⁴⁰ Primere sudske kreativnosti u praksi Evropskog suda Dragoljub Popović nalazi u obavezujućoj snazi precedenta, autonomnim konceptima i drugim osobenim tehnikama tumačenja Konvencije (evolutivno i inovativno tumačenje, kao i tumačenje koje je u suprotnosti sa namerama pisaca Konvencije), kojima su redefinisani pojam pravnih sredstava i pojam pristupa zaštititi ljudskih prava.⁴¹

Osvrnimo se na pitanja obavezujuće snage precedenta i pojma pravnih sredstava jer se tiču dejstva odluka Evropskog suda, koje dodatno ukazuju na ustavnopravnu prirodu evropskog prava ljudskih prava.⁴² Naime, odluke Evropskog suda imaju relativno dejstvo (*inter partes*), u smislu člana 46. stav 1. Konvencije.⁴³ Međutim, presuda u kojoj se Sud izjašnjava i o usklađenosti prava države članice sa Konvencijom, a ne

38 *Isto*, 203–204.

39 J.-F. Flauss, „La Cour européenne des droits de l’homme est-elle une Cour constitutionnelle“, *Revue française de droit constitutionnel*, 36, 1998, 719.

40 D. Popović (2013), 143.

41 Više o ovome videti D. Popović, 67–252.

42 Tako i J.-F. Flauss, 723–724.

43 „Visoke strane ugovornice se obavezuju da se povinuju pravosnažnoj presudi Suda u svakom predmetu u kojem su stranke“.

samo o tome kako je okončan konkretan sudski postupak, proizvodi dejstvo i na druge države članice koje imaju regulativu sličnu onoj koja je osporena i „cenzurisana“ u datom sporu.⁴⁴ U slučaju *Modinos*, primera radi, Sud je našao da je Kipar odgovoran zbog toga što je zadržao u svom pravu zakonodavne odredbe slične onima u pogledu kojih je protiv druge države utvrđena povreda Konvencije.⁴⁵ Prema tome, precedenti ne samo da imaju važnu ulogu u praksi Suda, već su od ključnog značaja za razumevanje evropskog prava ljudskih prava uopšte.⁴⁶

Osim što je obavezujućom snagom precedenta uspeo da, na izvestan način, obezbedi *erga omnes* dejstvo svojih presuda, Sud je izmenio i pojam pravnog sredstva, približavajući i u tom pogledu dejstvo svojih odluka onome koje obično imaju odluke ustavnih sudova. Tako, iako prema odredbama Evropske konvencije nema pravo da poništava ili ukida akte država članica, već samo da utvrđuje da je odgovorna država prekršila pravo podnosioca predstavke, što se samo po sebi smatra moralnim obeštećenjem, i da dosudi pravično zadovoljenje kada prethodno utvrdi da postoji povreda (čl. 41. Konvencije), Sud je na osnovu člana 46. Konvencije koji propisuje obaveznost presuda i njihovo izvršenje počeo da izriče i druge mere, opšte i posebne, kojima se otklanjaju posledice povrede ljudskih prava. U tom pogledu „Sud može da zahteva donošenje zakonskog ili podzakonskog akta na nacionalnom nivou ili samo uvođenje izmena u praksu upravnih organa“.⁴⁷

2.3. Evropsko pravo ljudskih prava kao naddržavno pravo

Pomenuta ustavnopravna svojstva evropskog prava ljudskih prava, zajedno sa normativnom aspiracijom da se u Evropi, na naddržavnom nivou, afirmiše uobličavanje ustavnog modela politike u kojem pravo postavlja granice političkom životu i održava ih zahvaljujući efikasnim sudskim organima, prete da potpuno zasene međunarodnopravne osnove ove grane prava i posledice koje iz nje proizlaze. U stvari, „taj

44 J-F. Flauss, 724.

45 *Modinos v. Cyprus*, predstavka br. 15070/89, presuda od 22. aprila 1993, stavovi 20–24.

46 D. Popović (2013), 70.

47 *Isto*, 163.

narativ je već nekoliko decenija u konstantnom usponu: ESLJP [Evropski sud za ljudska prava, *prim. naša*] značajno je prikrio svoje poreklo međunarodnog suda i počeo da liči na naddržavni ustavni sud, sa sve čvršćim usidrenjem u domaćim pravnim porecima država članica i opštim prihvatanjem svoje vlasti kao krajnjeg arbitra u sporovima o ljudskim pravima u Evropi⁴⁸. Naime, Evropska konvencija se počela posmatrati kao svojevrsni ustavni instrument, a Evropski sud je bio više nego spreman da svojom jurisprudencijom podrži i razvije tu viziju.

Međutim, iako je u slučaju evropskog prava ljudskih prava klasična dihotomna podela na međunarodno i unutrašnje pravo nesumnjivo prevaziđena, očigledno je i da ono nije skladno ukomponovana celina koja počiva na hijerarhiji i jasnoj podeli nadležnosti. Umesto hijerarhijske, evropsko pravo ljudskih prava zasnovano je na heterarhiji. To je, u suštini, „pluralistički“ poredak, u kojem su odnosi između konstitutivnih činilaca uređeni ne pravnim pravilima, već politikom, i to pre svega sudskom politikom.⁴⁹ „U pluralističkom poretku ne postoji zajednički skup pravila na vrhu (*Grundnorm* ili pravilo priznanja) koji bi omogućio rešavanje sukoba ili koji bi makar bio okvir za njihovo raspravljanje, niti nalazimo dogovorenu vrhovnu vlast koja bi odlučivala o tim sukobima. Umesto toga, susrećemo se sa različitim normama i činiocima koji se bore za vrhovnu vlast i, kako im nedostaje zajednički pravni referentni okvir, oni se takmiče pre svega političkim putem, a tek potom pravnim argumentima.“⁵⁰

Dakle, iako su odnosi između Evropskog suda i sudova država članica u stvarnosti daleko od konflikta, štaviše harmonični, te je pre reč o međusudskom dijalogu, negoli o takmičenju i borbi, oni su, ipak, horizontalno-heterarhijski, a ne vertikalno-hijerarhijski.⁵¹ Naime, koliko god da je u sadržinskom smislu Evropski sud stvorio kvaziustavni poredak ljudskih prava i da je evropsko pravo ljudskih prava postalo nezaobilazno u razumevanju ustavnog prava država članica,⁵² ono vodi poreklo iz međunarodnog prava i stoga u pogledu primene ostaje strogo decentralizovano, zaviseći od volje država članica, čime se narušava nje-

48 N. Krisch, „The Open Architecture of European Human Rights Law“, *Modern Law Review* 71(2) /2008, 184.

49 *Isto*, 185.

50 *Isto*.

51 S. Greer and L. Wildhaber, Revisiting the Debate about ‘constitutionalising’ the European Court of Human Rights“, *Human Rights Law Review* 12:4 (2012), 681.

52 A. Torres Perez, 31.

gov ustavnopravni supstrat.⁵³ Prema tome, normativnost ovog prava počiva na uzajamnom poštovanju između Evropskog suda i sudova država članica, što se objašnjava njihovim obostranim interesom da judikalizacijom dovedu do veće sudokratije nauštrb druge dve grane vlasti.

Takav sistem pravnih normi koji spolja posmatrano ima obeležja međunarodnog prava, a iznutra ustavnog prava naziva se naddržavnim pravom (*supranational law*), dok se međunarodna organizacija u kojoj dolazi do većeg ograničenja državne suverenosti, odnosno prenosa jednog njenog dela na međunarodni nivo, i u kojoj se, analogno, razvija takav sistem pravnih normi, naziva naddržavnom organizacijom (*supranational organization*). Paradigmatičan primer naddržavne organizacije je Evropska unija, koja se uprkos svojoj konfederalnoj osnovi približava federalnom državnom uređenju, i to, pre svega, sledećim svojim obeležjima: nezavisnošću organa Unije, autonomnošću njihovog odlučivanja, nadzorom nad sprovođenjem akata Unije i zasebnim pravnim poretkom (neposrednost dejstva u unutrašnjem pravu država članica i primat u odnosu na njega).⁵⁴ Pojedini autori, pak, svode pojam naddržavne organizacije na autonomnost odlučivanja njenih organa, neposrednost primene njenog prava u državama članicama i suprematiju tog prava naspram prava država članica,⁵⁵ dok ima i onih koji ga sužavaju na mogućnost organizacije da donosi obavezujuće odluke po države članice i da stupa u neposredne odnose sa privatnim subjektima (fizičkim i pravnim licima) koji se nalaze u nadležnosti države.⁵⁶

U svakom slučaju, naddržavnost (*supranationalism*), pogotovo ona koja se javlja u savremenom pravu ljudskih prava, „podrazumeva da su države sastavljene od vlada koje deluju u interakciji sa mnoštvom nedržavnih subjekata: pojedincima, grupama, korporacijama i dobrovoljnim organizacijama. Priznavanjem prava ovim nedržavnim činiocima i davanjem njima posebnog i nezavisnog položaja pred naddržavnim

53 S. Greer and L. Wildhaber, 682.

54 Više o ovim obeležjima Evropske unije videti u T. Marinković, „Evropeizacija ustavnog prava“, *Pravo i društvo*, 1/2010, 62–65.

55 J. Kokott, „The Basic Law at 60 – From 1949 to 2009: The Basic Law and Supranational Integration“, *German Law Journal*, Vol. 11, No. 1, 2010, 104.

56 L. R. Helfer, A.-M. Slaughter, „Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication“, 107 *Yale Law Journal* 1997–1998, 288.

ustanovama razara se fikcija o unitarnoj državi”.⁵⁷ Osim toga, pokušaj nadržavnih ustanova da donose i sprovede pravila koja neposredno utiču na građane država podudara se sa odnosima između tih građana i ustanovama njihovih država (sudovima, upravnim agencijama, zakonodavstvima i egzekutivama), a potencijalno ih i menja, tako da je posledica svega „dezagregacija” država na njihove sastavne delove ili grane.⁵⁸

Mreža potencijalnih odnosa između privatnih strana, nadržavnih tela i državnih ustanova nalazi se u središtu nadržavnog sudovanja (*supranational adjudication*), pojave koja se nužno javlja u nadržavnim organizacijama. Njegovo obeležje je da se ostvaruje pred sudom koji je uspostavila grupa država, ali koje, za razliku od međunarodnog sudovanja, dopušta predstavke privatnih subjekata i koje, opet suprotno međunarodnom sudovanju, podrazumeva mogućnost uspostavljanja neposrednih odnosa između nadržavnog suda i različitih grana vlasti država članica. Tim odnosima kojima se probija kroz državu (*penetrates the surface of the state*) nadržavni sud može da utiče na državu da sprovede njegove odluke, kao što sprovodi i odluke domaćih sudova, a odgovarajući pritisak u tom pogledu dolazi i od samih građana, strana u postupku, čime se sve postiže njegova delotvornost.⁵⁹

Proizlazi da je evropsko pravo ljudskih prava, koje, i pored toga što je međunarodnopravnog porekla, odlikuje neposrednost primene u državama članicama i suprematija u odnosu na njihovo pravo i koje je kao takvo izraz nadržavnog sudovanja koje se ostvaruje u neposrednoj interakciji između Evropskog suda i sudova država članica, a u kojoj posredno učestvuju i privatna lica (podnosioci predstavke) i drugi državni organi, primer nadržavnog prava.

2.5. Zaključak

Analizirana svojstva evropskog prava ljudskih prava koje se razvija pod okriljem Evropskog suda za ljudska prava jasno ukazuju na njegovu dualnu pravnu prirodu. Dok posmatrano spolja ono ima sva obeležja međunarodnog prava, i to onog koje se razvija nakon Drugog svetskog

57 *Isto.*

58 *Isto*, 288–289.

59 *Isto*, 289–290.

rata u okviru sistema kolektivne bezbednosti, sa unutrašnjeg stanovišta evropsko pravo ljudskih prava evoluiru u skladu sa logikom ustavnog prava. Odnosno, može se reći da prema svojim formalnim osobinama Evropski sud za ljudska prava odgovara pojmu međunarodnog suda, ali da ga suština njegovog rezona, pristup rešavanju sporova i dejstvo njegovih odluka svrstavaju u red ustavnih sudova.

Međutim, složena priroda evropskog prava ljudskih prava je nešto više od prostog spoja međunarodnog i ustavnog prava. U odnosu na njih, kao *tertium genus* kristališe se naddržavno pravo – koje ne samo da skladno kombinuje elemente jednog i drugog prava, već ima i svoje osobene normativne osnove (dijalog i uzajamno poštovanje između naddržavnog suda i sudova država članica) – čiji je najbolji primer, osim prava Evropske unije, upravo evropsko pravo ljudskih prava.

S obzirom na opisanu prirodu evropskog prava ljudskih prava, u narednim glavama biće izloženi organizaciono-proceduralna pitanja Evropskog suda (2), osnovi njegove jurisprudencije (3) i primeri saradnje između njega i Ustavnog suda Republike Srbije (4).

2. EVROPSKI SUD ZA LJUDSKA PRAVA

2.1. Istorijat Evropskog suda za ljudska prava

2.1.1. *Evropski sud za ljudska prava u okrilju Saveta Evrope*

Evropski sud za ljudska prava ustanovljen je Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. godine. S radom je počeo dve godine kasnije, pošto je njegovu nadležnost priznalo osam država potpisnica Konvencije. Sedište Suda je u Strazburu, u Francuskoj, gde je smešten i Savet Evrope u čijem sastavu se i nalazi Sud, kao jedan od njegovih organa.

Savet Evrope jeste međunarodna organizacija koju je posle Drugog svetskog rata, Londonskim ugovorom, 5. maja 1949. godine, osnovalo deset zapadnoevropskih demokratija (Belgija, Danska, Francuska, Irska, Italija, Luksemburg, Holandija, Norveška, Švedska i Ujedinjeno Kraljevstvo) želeći da zaštite zajedničke vrednosti i omoguće njihovo dalje razvijanje. Sećajući se nacističkih zločina, ali i strepeći od novog totalitarizma, oličenog u Sovjetskom Savezu, ove države su se obavezale da rade na većem međusobnom jedinstvu u ekonomskoj, socijalnoj, kulturnoj, naučnoj i pravnoj sferi. Cilj im je bio očuvanje i razvijanje zajedničkog duhovnog i moralnog nasleđa – individualizma, političkih sloboda i vladavine prava kao pretpostavki istinske demokratije. U skladu sa time, Statut ove organizacije zahteva od svojih članica da priznaju načela vladavine prava i ljudska prava i osnovne slobode svim licima koja se nalaze u njihovoj nadležnosti. Njihovo nepoštovanje može dovesti do suspenzije članskih prava, pa i do isključenja iz organizacije. Jasno je da

su ovim ljudska prava postala nešto više od proklamovanog ideala i da su, prvi put na međunarodnoj ravni, dobila institucionalizovanu političku sankciju.

Prava revolucija u zaštiti ljudskih prava nastupila je tek sa usvajanjem Evropske konvencije. Budući da su klasično poimanje međunarodnog prava i državne suverenosti nebrojeno puta tokom istorije pokazali svoje slabosti, kada je reč o ostvarivanju ljudskih prava, sazrevala je svest da se ona moraju obezbediti pojedincu i protiv odluka sopstvene države.⁶⁰ Uvereni u to da osuda nepoštovanja ljudskih prava i sloboda ne sme naići na prepreke oličene u državnim granicama, očevi osnivači Evropske konvencija uspostavili su prvi naddržavni sud sa nadležnošću da sudi državama za povrede ljudskih prava i sloboda. Time se raskida s tradicionalnom neefikasnošću međunarodnog prava, čija se nemoć ne ogleda toliko u neizbežnosti njegove posredne primene, angažovanjem državnog aparata, koliko u činjenici da su naddržavne instance i procesi predviđeni da stvaraju i štite međunarodno pravo još uvek slabo razvijeni. Ne tako davno, Herbert Hart (*Herbert Hart*) je pisao da međunarodnom pravu, u odnosu na nacionalno, nedostaju ne samo sekundarna pravila promene i presuđivanja, iz kojih proističu zakonodavstvo i sudstvo, već i unifikujuće pravilo prepoznavanja koje određuje izvore prava i opšte kriterijume identifikovanja njegovih normi.⁶¹ Evropski sud koji, na međunarodnom planu, ubedljivo prednjači po svojoj efikasnosti, opovrgava Hartovu tezu o nepostojanju aparata sekundarnih normi van okvira države i sve više podseća na kakav naddržavni ustavni sud. Njegove funkcije, o kojima će u narednim poglavljima biti reči, suštinski se svode na filtriranje predstavi, posredovanje u postizanju prijateljskog poravnanja, prikupljanje dokaza i presuđivanje.⁶²

2.1.2. Prvobitni sistem zaštite ljudskih prava

Pravo neposrednog obraćanja Sudu, kao i obavezna nadležnost Suda nisu postojali oduvek. Do stupanja na snagu Protokola br. 11 uz Evropsku konvenciju 1998. godine, zaštita ljudskih prava odvijala se pred tri

60 C. Ovey, R. C. A. White, *European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2002, 3.

61 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford- New York 1998, 214.

62 M. W. Janis, R. S. Kay, A. W. Bradley, *European Human Rights Law*, Oxford University Press, New York 2000, 30.

organa: Evropskom komisijom za ljudska prava, Evropskim sudom za ljudska prava i Komitetom ministara. Prva dva su uspostavljena samom evropskom konvencijom, dok je Komitet ministara politički organ Saveća Evrope, osnovan Statutom organizacije.

Komisija je, najpre, ispitivala procesne pretpostavke za prihvatljivost predstavke, kako pojedinačne, tako i državne, a zatim je, ukoliko je ne bi odbacila, ulazila u meritum slučaja. Konačno, Komisija je izdavala pravno neobavezujuće mišljenje (*opinion*) u formi izveštaja (*report*) konstatujući da li je bilo povrede prava. Izveštaj se dostavljao podnosiocu predstavke, tuženoj državi i Komitetu ministara. Ukoliko bi Komisija ustanovila povredu Konvencije otpočinjali bi pokušaji da se postigne prijateljsko poravnanje „vodeći računa o poštovanju ljudskih prava“. U slučaju neuspeha prijateljskog poravnanja konačnu odluku je donosio ili Komitet ministara ili Evropski sud.

Nadležnost Suda nije bila obavezna, prema izričitoj odredbi nekadašnjeg člana 46. Konvencije, ali, od država članica se očekivalo da je priznaju, što je u praksi i poštovano. U roku od tri meseca od dostavljanja izveštaja Komitetu ministara, Komisija, tužena država, kao i država čiji je državljanin tvrdio da je bio žrtva povrede prava mogli su proslediti predstavku Evropskom sudu. Podnosilac predstavke nije imao pravo da se obrati Sudu, osim ukoliko tužena država nije ratifikovala Protokol br. 9 uz Evropsku konvenciju, što su učinile 24 države.⁶³ Ukoliko je postojala mogućnost obraćanja Sudu, veće od tri sudije je prethodno odlučivalo o prihvatljivosti pojedinačne predstavke rukovodeći se činjenicom da li se tom predstavkom pokreću ozbiljna pitanja tumačenja i primene Konvencije. Sazivanjem Suda, na jedan od navedenih načina, otpočinjao bi puni sudski postupak, koji se okončavao odlukom veća od devet sudija ili odlukom zajedničke sednice Suda.

O slučajevima koji, u roku od tri meseca, nisu bili prosleđivani Sudu odlučivao je Komitet ministara. Vremenom, on je usvojio praksu da prihvata izveštaje Komisije bez daljeg upuštanja u meritum stvari.⁶⁴ Uključivanje jednog političkog organa u sistem zaštite ljudskih prava

63 C. Ovey, Robin C.A. White, 7.

64 Isto, 7–8.

bilo je neophodno da bi se obezbedilo poštovanje odluka konvencijskih organa, Komisije i Suda. I sama Komisija imala je kompromisni i posrednički karakter. Imala je zadatak da zaštiti Sud i suverene države od poplave pojedinačnih predstavi, ali i da bude međunarodno telo, direktno dostupno pojedincima.⁶⁵ Sistem koji je suštinski počivao na dva kontrolna organa, među kojima je neretko dolazilo i do protivrečnog tumačenja konvencijskih prava, postao je žrtva sopstvenog uspeha i neprestanog umnožavanja broja država ugovornica Konvencije. Sve to ukazivalo je na neophodnost njegove reforme.⁶⁶ Kao i prilikom prvobitnog sastavljanja Konvencije razvila se oštra borba između jednih koji su bili za čista, transparentna rešenja – uspostavljanje jedinstvenog i obaveznog Suda – i drugih koji su isticali prednosti postojeće kompromisne strukture, pre svega svojevrсну dvostепенost u odlučivanju. Pobedu su odnele pristalice totalne reforme, što je formalizovano Protokolom br. 11 koji je potpisan 11. maja 1994. i koji je stupio na snagu 1. novembra 1998, nakon što su ga ratifikovale sve Visoke strane ugovornice.

Stupanjem na snagu Protokola br. 11 evropski sistem zaštite ljudskih prava postao je jednostavniji, efikasniji i oslobođen određenih međudržavnih i političkih elemenata. Novi mehanizam zaštite je pojednostavljen utoliko što je sada jedinstveni i stalni sud preuzeo funkcije tri različita organa (Evropske komisije, Evropskog suda i Komiteta ministara). Nasuprot ranijem sistemu gde su države periodično, od tri godine do pet godina, obnavljale svoje prihvatanje nadležnosti Suda, član 19. Konvencije predviđa da Visoke strane ugovornice uspostavljaju, u cilju poštovanja obaveza iz Konvencije, Evropski sud za ljudska prava sa stalnom nadležnošću. Osim toga, zaštita je postala efikasnija time što su građani stekli pravo da direktno upućuju predstavljanje Sudu koji, u skladu sa svojom jedinstvenom nadležnošću, ispituje njihovu prihvatljivost i osnovanost. Konačno, Protokol br. 11 ukida Evropsku komisiju kao parasudski organ i oduzima Komitetu ministara nadležnost u odlučivanju čime se uspostavljaju pretpostavke za istinsku sudsku zaštitu ljudskih prava. Uspostavljanjem stalne, jedinstvene i obavezne nadležnosti Suda ova institucija se profiliše kao istinska naddržavna sudska instanca.

65 M. W. Janis, Richard S. Kay, Anthony W. Bradley, 27.

66 P. Wachsmann, *Les droits de l'homme*, Dalloz, Paris 2002, 154.

2.2. Organizacija Evropskog suda za ljudska prava

2.2.1. Sudije Evropskog suda za ljudska prava

2.2.1.1. Uslovi i način izbora sudija

Sud trenutno broji 47 sudija – onoliko koliko ima i država ugovornica Konvencije. Nastojeći da obezbedi njihovu nezavisnost, Konvencija propisuje uslove za obavljanje sudijske funkcije, način njihovog izbora i dužinu trajanja mandata. Tako, za sudije se moraju birati ličnosti koje zadovoljavaju visoke moralne zahteve i ispunjavaju uslove za obavljanje visokih sudijskih zvanja, odnosno koje su priznati pravni stručnjaci.⁶⁷ Sudije obavljaju službu u ličnom svojstvu,⁶⁸ a ne kao predstavnici država, iako svaka država ponaosob predlaže kandidate za ovo sudijsko zvanje. Otuda, sudija ne mora da bude državljanin zemlje koja ga predlaže, niti mora biti iz zemlje koja je članica Saveta Evrope. Tako, sudija ispred Lihtenštajna bio je Ronald Mekdonald (*Ronald MacDonald*), državljanin Kanade, a potom je to bio Lucijus Kafliš (*Lucius Cafilisch*), državljanin Švajcarske. Osim toga, sudijska objektivnost i posvećenost postižu se i time što se zabranjuje bilo koja druga aktivnost nespojiva sa zahtevima nezavisnosti i nepristrasnosti, kao i ona koja bi mogla da dovede u pitanje obavljanje sudijskih zadataka.⁶⁹ Poslovníkom Suda se precizira da sudije, tokom svog mandata, ne smeju da se bave bilo kakvom političkom ili upravnom aktivnošću ili profesionalnom delatnošću koja je nespojiva s njihovom nezavisnošću ili nepristrasnošću ili sa zahtevima stalne službe. Dužni su da upoznaju predsednika Suda sa svojim dodatnim aktivnostima.⁷⁰ Svaki sudija, pre nego što stupi na dužnost, polaže zakletvu rečima: „Zaklinjem se da ću svoju dužnost sudije vršiti časno, nezavisno i nepristrasno i da ću čuvati tajnost svih rasprava“.⁷¹

Parlamentarna skupština Saveta Evrope bira sudiju većinom glasova, sa liste od tri kandidata koje dotična država članica predloži.⁷² Ovaj postupak se primenjuje i kada nove države potpisnice pristupaju Konvenciji, kao i u slučaju popunjavanja upražnjenih sudijskih mesta.

67 Član 21. stav 1. Konvencije.

68 Član 21. stav 2. Konvencije.

69 Član 21. stav 3. Konvencije.

70 Pravilo 4. stav 1. Poslovnika Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: Poslovnika).

71 Pravilo 3. stav 1. Poslovnika.

72 Član 22. stav 1. Konvencije.

Način sastavljanja kandidatskih lista spada u diskrecionu vlast vlada država članica, uz poštovanje minimalnih supstancijalnih i proceduralnih pravila koje je propisala Parlamentarna skupština Saveta Evrope". Prilikom popunjavanja Suda 1998. godine jedino je Slovenija predložila kandidate koje je podržala njena Narodna skupština, dok su ostale države formirale svoje liste bez javne rasprave, nagoveštavajući svoje preferencije samim redosledom kandidata.⁷³ Pošto Komitet ministara Saveta Evrope pregleda listu, Potkomisija za izbor sudija Parlamentarne skupštine ispituje kandidate i proverava njihovu, barem formalnu, izjednačenost. Desilo se 1998. da je ova potkomisija odbacila tri liste procenjajući da su države želele da izigraju pravila kandidovanja predlažući ličnosti nesrazmernih kvaliteta.⁷⁴

Kada je reč o samom sastavu aktuelnog Suda, može se primetiti svojevrsno podmlađivanje i veća zastupljenost žena. U profesionalnom pogledu, najviše je sudija koji su nekada obavljali visoke pravosudne ili profesorske funkcije u svojim zemljama, a znatno manje predstavnika drugih javnih zvanja ili advokatskog esnafa. Vrlo je važno napomenuti i to da je polovina sudija, izabranih neposredno nakon stupanja Protokola br. 11 na snagu, već sedela u nekadašnjoj Komisiji i prethodnom sazivu Suda što samo po sebi govori o kontinuitetu jurisprudencije.⁷⁵

2.2.1.2. Trajanje i prestanak mandata sudija

Sudije se biraju na period od devet godina i ne mogu biti reizabrane.⁷⁶ Izuzetak od ovog pravila je načinjen prilikom stupanja na snagu Protokola br. 11 kada je polovina sudija bila izabrana na tri godine. Ova inicijalna neujednačenost u dužini mandata je učinjena kako bi se Sud delimično obnavljao, a sve u cilju ostvarenja kontinuiteta njegovog rada.

Konvencija poznaje dva osnova prevremenog prestanka mandata sudije: navršanjem sedamdesete godine života i razrešenjem.⁷⁷ Odluku o razrešenju donosi najmanje dve trećine sudija Evropskog suda ako utvrde da je sudija prestao da ispunjava uslove propisane za izbor. Po-

73 L. Favoreu et al., *Droits des libertés fondamentales*, Dalloz, Paris 2002, 350.

74 *Isto*, 351.

75 *Isto*, 351–352.

76 Član 23. stav 1. Konvencije.

77 Član 23. stavovi 2. i 4. Konvencije.

slovník Suda predviđa i da do prevremenog prestanka sudijske funkcije može doći ostavkom koja se podnosi predsedniku Suda.⁷⁸

Način izbora, trajanje, prestanak mandata i uopšte status sudija rečito govore o jemstvima njihove lične nezavisnosti. Kolektivnoj nezavisnosti Suda doprinose pravila prema kojima same sudije usvajaju poslovnik o svom radu, biraju predsednika potpredsednike Suda, mogu da izdvajaju mišljenja i slično.

2.2.2. Struktura Evropskog suda za ljudska prava

2.2.2.1. Opšta sednica i odeljenja

Unutrašnja organizacija Suda je složena i obuhvata šest formacija različitog karaktera i značaja: opštu sednicu, odeljenja, sudiju pojedinca, odbore, veća i Veliko veće. Na opštoj sednici,⁷⁹ koju čine sve sudije, Sud odlučuje o administrativnim pitanjima: bira Predsednika i jednog ili dva potpredsednika Suda, obrazuje veća, bira predsednike veća, usvaja poslovnik i bira sekretara Suda i jednog ili više zamenika sekretara (koji se nalaze na čelu stručne službe Suda). Predsednik i dva potpredsednika Suda biraju se na period od tri godine i mogu biti reizabrani, a predsednici odeljenja na dve godine, takođe uz mogućnost reizbora.⁸⁰

Odeljenje je jedinica unutrašnje, administrativne organizacije Suda, a veća su sudijske formacije koje se uspostavljaju za svako odeljenje. Ukupno ih je pet i svaki sudija se dodeljuje jednom od njih.⁸¹ Prilikom raspoređivanja sudija, po odeljenjima, uzima se u obzir ujednačena zastupljenost geografskih regiona, različitih pravnih sistema i rodna ravnopravnost.⁸²

2.2.2.2. Sudija pojedinac, odbori i veća

Sudija pojedinac, odbor, veće i Veliko veće su sudeće formacije. Sudija pojedinac ispituje prihvatljivost pojedinačne predstave i može takvu predstavku da proglasi neprihvatljivom ili da je skine sa liste predmeta Suda „ako se takva odluka može doneti bez daljeg ispitivanja”.⁸³ Ako

78 Pravilo 6. Poslovnika.

79 Član 25. Konvencije.

80 Pravilo 25. stav 2. Poslovnika.

81 F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, Paris 2003 391.

82 Pravilo 25. stavovi 1. i 3. Poslovnika.

83 Član 27. stav 1. Konvencije.

sudija pojedinac ne proglasi predstavku neprihvatljivom ili je ne skine sa liste predmeta, ustupiće je odboru ili veću na dalji postupak.⁸⁴

Odbore, u sastavu od tri sudije, obrazuju veća na određeni period.⁸⁵ Odbor ispituje prihvatljivost pojedinačne predstavke, i može takvu predstavku jednoglasnom odlukom da proglasi neprihvatljivom ili da je skine sa liste predmeta Suda „ako se takva odluka može doneti bez daljeg ispitivanja“.⁸⁶ Odbor može jednoglasnom odlukom i da proglasi predstavku prihvatljivom i da istovremeno donese presudu o suštini spora „ako je pitanje koje je predmet spora takvo da se odnosi na tumačenje ili primenu Konvencije ili protokola uz nju i već je razjašnjeno u ustaljenoj praksi Suda“.⁸⁷

Veće odlučuje meritorno o pojedinačnim predstavkama, koje sudija pojedinac ili odbor prethodno nisu odbacili, odnosno povodom koje odbor nije doneo presudu.⁸⁸ U svakom trenutku veće može i da odbaci predstavku ukoliko utvrdi da nisu ispunjeni uslovi prihvatljivosti. Kada je reč o državnim predstavkama, isključivo je veće nadležno da ispituje ne samo osnovanost zahteva, već i ispunjenost procesnih pretpostavki.⁸⁹ Veća broje sedam sudija i organizovana su po odeljenjima.⁹⁰ Ona se, kao i odeljenja, obrazuju na period od tri godine, a sudije koje ih čine određuje predsednik odeljenja, u skladu sa sistemom rotacije, bez izričite obaveze da se zadovolje kriterijumi reprezentativnosti veća.⁹¹ Sistemom rotacije izbegava se da državi protiv koje je pokrenut postupak uvek sudi isto sudijsko veće (i to ono kojem pripada sudija koga je ona predložila).⁹²

U sastav veća obavezno ulaze predsednik odeljenja, koji istovremeno obavlja funkciju i kao predsednik veća, i sudija koji je izabran na predlog države protiv koje je predstavka podneta. Ako takvog sudije nema ili nije u mogućnosti da učestvuje u radu, u svojstvu sudije učestvuje lice koga izabere predsednik Suda sa liste koju unapred podnosi ta

84 Član 27. stav 3. Konvencije.

85 Član 26. stav 1. Konvencije.

86 Član 28. stav 1. tačka 1. Konvencije.

87 Član 28. stav 1. tačka 2. Konvencije.

88 Član 29. stav 1. Konvencije.

89 Član 29. stav 2. Konvencije.

90 Član 26. stav 1. Konvencije.

91 Pravilo 26. stav 1. tačka 2. Poslovnika.

92 P. Wachsmann, 157.

država.⁹³ Ova praksa je uobičajena za međunarodne sudske instance⁹⁴ i ima za cilj da zaštiti suverene interese država članica. Status *ad hoc* sudije je približan onom koji ima stalni sudija i nije nespojiv sa zahtevima sudijske nezavisnosti, što potvrđuje i veliki broj slučajeva u kojima je ovaj sudija stao na stranu većine i glasao za osudu svoje države.⁹⁵

2.2.2.3. *Veliko veće*

Veliko veće ima sudeću i savetodavnu nadležnost.⁹⁶ Ono presuđuje povodom pojedinačnih i državnih predstavki. Postupak se tada pokreće na dva načina. Najpre, veće može doneti odluku da se odrekne svoje nadležnosti u korist Velikog veća ukoliko se povodom predmeta koji se pred njim razmatra pokrene neko ozbiljno pitanje od značaja za tumačenje Konvencije ili protokola uz nju, ili ukoliko rešenje pitanja pred većem može da dovede do rezultata koji nije u saglasnosti s nekom prethodno donetom presudom Suda, a sve pod uslovom da se nijedna stranka u sporu tome ne protivi.⁹⁷ Drugi vid pokretanja postupka pred Velikim većem je u vidu žalbe protiv presude veća. Naime, bilo koja stranka u sporu može, u posebnim slučajevima, i u roku ne dužem od tri meseca od donošenja presude da zahteva da se predmet iznese pred Veliko veće.⁹⁸ Veliko veće, odnosno kolegijum od pet sudija, prihvata zahtev, samo ukoliko se predmet tiče nekog pitanja koje je važno za tumačenje ili primenu Konvencije i njenih protokola, ili ukoliko se njime pokreće ozbiljno pitanje od opšteg značaja.⁹⁹

Nadležnost van suđenja Velikog veća sastoji se u davanju savetodavnih mišljenja o pravnim pitanjima vezanim za tumačenje Konvencije i protokola uz nju, a na zahtev Komiteta ministara Saveta Evrope.¹⁰⁰ Ova mišljenja se ne mogu odnositi na sadržinu i obim prava i sloboda garantovanih Konvencijom niti se mogu davati povodom drugih pitanja koja putem predstavki mogu biti izneta pred Sud ili Komitet ministara.¹⁰¹ Savetodavna mišljenja se obrazlažu i dostavljaju Komitetu ministara. Ako savetodavno

93 Član 26. stav 4. Konvencije.

94 Član 31. Statuta Međunarodnog suda pravde.

95 F. Sudre, 391.

96 Član 31. Konvencije.

97 Član. 30. Konvencije.

98 Član 43. stav 1. Konvencije.

99 Član 43. stav 2. Konvencije.

100 Član 47. stav 1. Konvencije.

101 Član 47. stav 2. Konvencije.

mišljenje u celosti ili u jednom svom delu ne predstavlja jednoglasno mišljenje sudija, svaki sudija ima pravo da iznese izdvojeno mišljenje.¹⁰²

Savetodavna nadležnost je postojala i pre stupanja na snagu Protokola br. 11 i u novom sistemu nije menjana čak ni kada je reč o proširenju kruga subjekata ovlašćenih da zatraže mišljenje Suda, iako se to moglo učiniti u pogledu nacionalnih ustavnosudskih organa ili Evropskog komiteta za sprečavanje mučenja. Ovako restriktivni uslovi za pokretanje i vršenje savetodavne nadležnosti doveli su do toga da je Evropski sud prvi put bio pozvan da dà savetodavno mišljenje tek 2002. godine. Zahtev Komiteta ministara bio je usmeren na upoređivanje odnosa između Evropske konvencije o ljudskim pravima i Konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama Zajednice nezavisnih država.¹⁰³

Veliko veće broji sedamnaest sudija. U njemu, po funkciji, zasedaju predsednik i potpredsednici Suda, predsednici veća i druge sudije.¹⁰⁴ Ukoliko je postupak pred Velikim većem pokrenut na osnovu člana 43. Evropske konvencije, nijedan sudija koji je u veću, u prvostepenom postupku, sudio ne može biti član Velikog veća u istoj stvari, izuzev predsednika veća i sudije koji je izabran sa liste države protiv koje je podneta predstava.¹⁰⁵ Prisustvo dvoje istih sudija u prvostepenom i žalbenom postupku ozbiljno dovodi u pitanje nezavisnost i standarde nepristrasnog suđenja koje sam Sud primenjuje na nacionalne sudske instance.¹⁰⁶

2.3. Nadležnost Evropskog suda za ljudska prava

Punovažno započinjanje, tok i okončanje postupka pred Evropskim sudom zavise od ispunjenosti procesnih pretpostavki. O prihvatljivosti predstave Sud vodi računa po službenoj dužnosti. Po prijemu pojedinačne predstave, sudija pojedinac ispituje prihvatljivost predstave. Ako sudija pojedinac ne proglasi predstavku neprihvatljivom ili je ne skine sa liste predmeta, proslediće je odboru ili veću na dalji postupak. Odbor kome je predstava upućena takođe ispituje prihvatljivost pojedinačne predstave, i može takvu predstavku jednoglasnom odlukom

102 Član 49. Konvencije.

103 D. Gomien, *Short guide to the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2005, 166.

104 Član 26. stav 5. Konvencije.

105 Isto.

106 L. Favoreu *et al.*, 354.

da proglaši neprihvatljivom ili da je skine sa liste predmeta Suda. Odluke sudije pojedinca i odbora o proglašenju predstavke neprihvatljivom su konačne i protiv nje se ne može izjaviti žalba.¹⁰⁷ Ako ni sudija pojedinac, ni odbor ne proglaše predstavku neprihvatljivom, niti odbor donese presudu povodom nje, veće odlučuje o prihvatljivosti i suštini predstavke.¹⁰⁸ Obrazloženje prihvatanja predstavke uvek je sadržano u presudi kojom se konačno i meritorno odlučuje o zahtevu predstavke, ali se odluka o prihvatljivosti može doneti i zasebno.¹⁰⁹

Procesne pretpostavke se mogu podeliti na one koje se tiču stranaka (aktivna i pasivna procesna legitimacija), Suda (stvarna i vremenska nadležnost) i sporne stvari (iscrpljenje svih unutrašnjih pravnih lekova, blagovremenost podneska, formalna urednost podneska, *ne bis in idem*, neosnovan i zloupotrebljavajući podnesak).

2.3.1. Aktivna procesna legitimacija

2.3.1.1. Pojedinačne predstavke

Aktivnu procesnu legitimaciju ima bilo koje fizičko lice, nevladina organizacija ili grupa lica koji tvrde da su žrtve povrede prava zajemčenih Konvencijom ili protokolima uz nju, koje je učinila država ugovornica Evropske konvencije (čl. 34. Konvencije). Konvencija, očigledno, ne postavlja nikakve uslove u pogledu državljanstva, prebivališta ili poslovne sposobnosti kada je reč o nadležnosti *ratione personae*. Predstavku, prema tome, mogu podneti i osobe koje nisu državljani države čija se osuda traži, apatridi ili izbeglice, lica koja u svojim nacionalnim sistemima ne uživaju procesnu legitimaciju (maloletnici ili poslovno nesposobna lica), uključujući i mogućnost da se kao zakonski zastupnik pred Sudom javi lice koje u domaćem pravnom sistemu nema to svojstvo, sve pod uslovom da se navodi povreda Konvencije koju je učinila država koja je deo evropskog sistema zaštite ljudskih prava.

Pojmu nevladine organizacije Evropski sud daje šire značenje od uobičajenog u međunarodnoj praksi. U skladu s time, nevladina organizacija bi bila ona organizacija koja nije vladina, odnosno svako pravno lice koje ne raspolaže javnopravnim ovlašćenjima: preduzeća, sindikati, verska udruženja, političke stranke, humanitarne organizacije, udruže-

107 Član 27. stav 2. i član 28. stav 2. Konvencije.

108 Član 29. stav 1. Konvencije.

109 Član 29. stav 1. Konvencije, *in fine*.

nja građana, i sela naseljena manjinskim stanovništvom. Nevladinom organizacijom se smatraju i ustanove koje imaju javnopravni status u domaćem pravu, ali nemaju preorgative vlasti i koje uživaju potpunu autonomiju u odnosu na državu.¹¹⁰ Tako, Komisija je odbacila predstavku koju je podnela grupa austrijskih opština s obrazloženjem da lokalni kolektiviteti koji obavljaju poslove državne uprave nesumnjivo pripadaju kategoriji „vladinih organizacija“. Jurisprudencionalno proširenje pojma nevladinih organizacija na sva pravna lica, osim onih koja su subjekti upravnog rada, opravdava se i engleskom verzijom Konvencije koja predviđa da Evropski sud može primiti, između ostalog, individualnu predstavku od bilo kog lica (*from any person*), ne precizirajući da li je ono fizičko ili pravno. Francuski izvornik Konvencije, s druge strane, izričito navodi da bilo koje fizičko lice (*toute personne physique*), pored nevladinih organizacija i drugih grupa lica, ima pravo podnošenja predstavke. Svojom praksom Sud je sinhronizovao obe zvanične verzije Konvencije. Kada je reč o pravnom licu, pokretaču postupka pred Sudom, neophodno je napomenuti i to da se ono može pozvati, po prirodi stvari, na povredu samo pojedinih prava garantovanih Konvencijom. To su najčešće pravo na pravično suđenje (čl. 6. Konvencije), pravo na tajnost pisma (čl. 8. Konvencije), sloboda izražavanja (čl. 10. Konvencije) i pravo na zaštitu svojine koje je i izričito zajemčeno pravnim licima članom 1. Protokola br. 1 uz Evropsku konvenciju.¹¹¹

Pod grupom pojedinaca podrazumevaju se neformalna udruženja, najčešće privremenog karaktera, dva ili više lica koja dele zajedničke interese i koja tvrde da su im povređena prava zajemčena Konvencijom. U *Belgijskom jezičkom slučaju* bila je prihvaćena predstavka roditelja (324) koji su, nastupajući u ime svoje frankofonske dece (preko 800), i s pozivom na član 2. Protokola br. 1 uz Evropsku konvenciju tražili obrazovanje na francuskom jeziku u flamanskom regionu, u kojem je zvanični jezik holandski.¹¹²

Da bi postupak pred Sudom bio pokrenut potrebno je i da podnositelj predstavke, bilo da je u pitanju fizičko ili pravno lice, nevladina organizacija ili grupa lica, dokaže da je bio žrtva povrede prava zajemčenog Konvencijom. Za razliku od državne predstavke individualno

110 Videti, na primer, *Holy Monasteries v. Greece*, predstavka br. 13092/87 i dr., presuda od 09. decembra 1994.

111 C. Ovey, R. C.A. White, 405.

112 *Belgian Linguistic Case*, predstavka br. 1474/62 i dr., presuda od 23. jula 1968.

obraćanje sudu je moguće samo ako postoji lični interes – što znači da član 34. Konvencije ne uspostavlja *actio popularis* i ne dopušta kontrolu konvencionalnosti domaćih propisa *in abstracto*.¹¹³ Da bi podnositelj predstavke tvrdio da je žrtva povrede prava potrebno je da postoji neposredna veza između njega i konkretnog čina kršenja prava na koji se poziva, bilo da je taj čin rezultat radnji ili propusta države i nezavisno od toga da li je time pričinjena šteta.¹¹⁴ Naime, pitanje štete se postavlja tek u kontekstu pravičnog zadovoljenja iz člana 41. Konvencije. I pravna lica mogu pokrenuti postupak jedino ako su sama neposredne žrtve povrede prava, mada se u nekim situacijama dozvoljava njihovo obraćanje Sudu i kada nastupaju u ime svojih članova.¹¹⁵ Podrazumeva se da i u slučaju „grupnih predstavki“ svaki pripadnik te neformalne zajednice mora tvrditi da je žrtva povrede prava, da bi predstavka bila prihvaćena.¹¹⁶ Postojanje žrtve, kao uslova za vođenje postupka, istovremeno znači i da predstavka može biti u svakom momentu odbačena ukoliko njen podnositelj izgubi to svojstvo, nekim od vanrednih pravnih mera nacionalnog pravnog sistema kojima se izlazi u susret njegovom zahtevu.¹¹⁷ Sud je ustanovio dva uslova koja moraju da budu zadovoljena da bi podnositelj predstavke izgubio status žrtve: da domaći organi priznaju, neposredno ili posredno, da je došlo do povrede Evropske konvencije i da je podnosiocu predstavke otklonjena učinjena nepravda.¹¹⁸

Sud je postepeno proširivao pojam žrtve povrede prava u pravcu priznavanja ovog statusa i mogućim žrtvama – kada postoji opasnost da se dođe pod udar zakona za koji se pretpostavlja da je u neskladu s Evropskom konvencijom. Podnosioci predstavke, pri tom, moraju da uvere Sud da postoji realni rizik da se samim propisom dovodi u pitanje neko njihovo konvencijsko pravo, i bez donošenja sprovedbenog pojedinačnog akta.¹¹⁹ U slučaju *Klas i drugi protiv Nemačke* Sud je prihvatio predstavku petorice nemačkih pravnika koji su ukazivali na ne-

113 F. Sudre, 413.

114 *Eckle v. Germany*, predstavka br. 8130/78, presuda od 15. jula 1982.

115 *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France*, predstavka br. 27417/95, presuda od 27. juna 2000. i *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*, predstavka br. 45701/99, presuda od 13. decembra 2001.

116 D. Gomien, 167.

117 Ph. Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Blackstone Press Limited, London 2001, 74.

118 *Eckle v. Germany*.

119 Ph. Leach, 70.

saglasnost Zakona Savezne Republike Nemačke sa članom 8. Evropske konvencije budući da je ovaj zakon dopuštao, pod određenim uslovima, tajno prisluškivanje građana. Sud je procenio da podnosioci predstavlke mogu tvrditi da su žrtve, iako za to nemaju dokaze, upravo zato što se odluka o prisluškivanju donosi tajno, što ih čini potencijalnim žrtvama.¹²⁰ Ovoj kategoriji mogućih žrtava pripadaju i podnosioci predstavlki u slučajevima *Otvorena vrata protiv Irske* i *Noris protiv Irske*. U prvonavedenom predmetu Sud je okarakterisao kao žrtve prava da se informišu o pobačaju i one žene koje nisu trudne, ali koje su u dobu u kojem mogu da zatrudne.¹²¹ Kada je reč o slučaju *Noris protiv Irske*, Sud je prihvatio predstavku homoseksualca uperenu protiv irskog zakonodavstva koje je kriminalizovalo privatni saglasni seksualni odnos između osoba istog pola, smatrajući ga mogućom žrtvom već samom činjenicom da ostvarivanjem svojih seksualnih potreba dolazi pod udar krivičnihopravnih normi.¹²²

U slučaju *Kemmel i Kosans protiv Ujedinjenog Kraljevstva* prihvaćena je predstavlka roditelja koji su se protivili mogućnosti telesnog kažnjavanja svoje dece, kao školske disciplinske mere, uz obrazloženje da sama pretnja takvog kažnjavanja potvrđuje postojanje neposrednog i ličnog interesa.¹²³ Ovakvom praksom, Evropski sud ublažava prvobitno postavljene visoke kriterijume prema kojima nije dozvoljena *actio popularis* niti kontrola *in abstracto* konvencionalnosti nacionalnog prava. Od podnosioca predstavlke se ne traži da je već pretrpeo povredu prava i onda kada su u pitanju domaći ili strani državljani kojima, u slučaju izručenja drugoj državi realno pretila opasnost da budu žrtve kršenja prava. Primera radi, Sud je prihvatio predstavku nemačkog državljanina koji je tvrdio da bi njegovim izručenjem SAD Velika Britanija prekršila član 2. Evropske konvencije budući da mu je u SAD preti izricanje smrtne kazne za krivično delo ubistva roditelja svoje prijateljice, koje je počinio u američkoj državi Virdžiniji.¹²⁴

Pored proširenja pojma žrtve i na subjekte koji nisu doživeli povredu prava, ali bi se realno mogli naći u takvoj situaciji (moguće žrtve), Evrop-

120 *Klass and others v. Germany*, predstavka br. 5029/71, presuda od 6. septembra 1978.

121 *Open Door Counselling and Dublin Well Women v. Ireland*, predstavlke br. 14234/88, 14235/88, presuda od 29. oktobra 1992.

122 *Norris v. Ireland*, predstavka br. 10581/83, presuda od 26. oktobra 1988.

123 *Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, predstavlke br. 7511/76, 7743/76, presuda od 25. februara 1982.

124 *Soering v. United Kingdom*, predstavka br. 14038/88, presuda od 7. jula 1989.

ski sud pod žrtvom podrazumeva i posredne žrtve – sva ona lica koja trpe štetu zbog povrede prava trećeg ili koja koja bi imala lični interes da se okonča kršenje konvencijskih prava. Prema tome, potrebno je da su ispunjena dva uslova da bi se neko smatrao za posrednu žrtvu: da postoji neposredna žrtva, bilo da je ona stvarna ili moguća, i da postoji bliska i lična veza između neposredne i posredne žrtve.¹²⁵ Takav status može imati roditelj u odnosu na svoje dete¹²⁶ ili suprug u odnosu na suprugu i obrnuto,¹²⁷ ali Sud ide i dalje od ovih veza pa prihvata predstavku nećaka koji se poziva na član 2. Evropske konvencije usled ubistva svoga ujaka.¹²⁸ U predmetu *Kurt protiv Turske* podnosilac predstavke – majka, je povodom nestanka svoga sina, na jugoistoku Turske, isticala, između ostalog, povredu prava na život, zabrane mučenja, prava na slobodu i bezbednost i prava na delotvorni pravni lek u sinovljevo ime, a u svoje povredu zabrane nečovečnog postupanja, zbog pretrpljenog bola usled njegovog gubitka. Sud je ustanovio povredu članova 5. i 13, kada je reč o sinu, i člana 3. u slučaju majke.¹²⁹ Isto tako, ako dođe do smrti podnosioca predstavke njegovi naslednici mogu nastaviti s postupkom ukoliko je žalba prenosiva i ukoliko imaju interes da se utvrdi povreda Konvencije. U tom smislu, roditelji hemofilicara koji je bio zaražen HIV virusom mogli su da nastave postupak pokrenut u cilju naknade štete usled nepoštovanja razumnih rokova u suđenju i posle smrti njihovog sina, prvobitnog podnosioca predstavke.¹³⁰

Države ugovornice Evropske konvencije se obavezuju da ničim ne ugrožavaju efikasno ostvarivanje prava na pojedinačnu predstavku (čl. 34. *in fine* Konvencije). Iz jurisprudencije Suda proizlazi da država ne može da onemogućava uživanje ovog prava kontrolišući prepisku između pritvorenika i Suda ili vršenjem pritiska na žrtvu, njenu porodicu ili, pak, njenog advokata preteći mu krivičnim gonjenjem. U predmetu *Akdivar protiv Turske*, Evropski sud je istakao da je od suštinskog značaja da podnosioci predstavke, stvarni ili mogući, budu slobodni u komunikaciji sa strazburškim organima i da ne budu izloženi pritiscima države da povuku ili izmene svoju predstavku. U tom smislu, Sud je ocenio

125 F. Sudre, 415.

126 *McCann and others v. the United Kingdom*, predstavke br. 18984/91 i dr., presuda od 27. septembra 1995.

127 *Issa and others v. Turkey*, predstavkabr. 31821/96, presuda od 16. novembra 2004.

128 *Yasa v. Turkey*, predstavka br. 22495/93, presuda od 2. septembra 1998.

129 *Kurt v. Turkey*, predstavka br. 24276/94, presuda od 25. maja 1998.

130 *X v. France*, predstavka br. 18020/91, presuda od 31. marta 1992.

neprihvatljivom praksu zastrašivanja stvarnih ili mogućih podnosilaca predstavki njihovim ispitivanjem, zahtevanjem da pismeno potvrde da nisu upućivali predstavke, i čak video snimanjem takvih razgovora.¹³¹ U cilju poštovanja prava na predstavku, države članice Saveta Evrope potpisale su u Londonu 6. maja 1969. godine Evropski sporazum o učesnicima u postupcima pred Komisijom i Evropskim sudom za ljudska prava. Ovim sporazumom, koji je stupio na snagu 17. aprila 1971, podnosiocima predstavki, njihovim zastupnicima, advokatima, svedocima i drugim učesnicima jemče se određena prava kako bi im bio olakšan pristup Komisiji i Sudu.¹³²

2.3.1.2. Međudržavni sporovi

Pored pojedinačnih predstavki, postoje i državne predstavke kada jedna Visoka strana ugovornica ukazuje Sudu na povredu odredaba Konvencije za koju smatra da se može pripisati nekoj drugoj Visokoj strani ugovornici.¹³³ Jedna država može podneti predstavku protiv druge države i kada nisu u pitanju državljani neke od država ugovornica Evropske konvencije, ili čak u slučaju povrede prava državljana države protiv koje je predstavka uperena. U tom smislu, međudržavna predstavka je *actio popularis*.¹³⁴ Čak se može reći da se u međudržavnim sporovima Visoke strane ugovornice stavljaju u poziciju javnog tužioca koji nastupa u opštem interesu.¹³⁵ Naime, nije potrebno da država koja pokreće postupak bude „žrtva” ponašanja druge države, niti je ona u obavezi da imenuje konkretna lica-žrtve navodnog kršenja konvencijskih prava. Dovoljno je da ukaže na zakonodavstvo ili administrativnu praksu druge Visoke strane ugovornice koji su u neskladu sa Evropskom konvencijom. U slučaju *Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva* Sud je istakao da „povreda odredaba Konvencije” može da proistekne i iz činjenice da se zakonom uvode i dozvoljavaju mere koje su u nesaglasnosti sa zajemčenim pravima i slobodama.¹³⁶ Ipak, da bi Sud osudio jednu državu neophodno je da se osporenim zakonom nedvosmisleno narušava Kon-

131 *Akdivar and others v. Turkey*, predstavka br. 21893/93, presuda Velikog veća od 16. septembra 1996.

132 F. Sudre, 411–412.

133 Član 33. Konvencije.

134 D. Gomien, 166.

135 P. Wachsmann, 161.

136 *Ireland v. the United Kingdom*, predstavka br. 5310/71, presuda od 18. januara 1978.

vencija, upotrebom jasnih i tačno određenih izraza, inače bi presuda morala da bude zasnovana na analizi prakse primene spornog zakona.

U praksi se primećuje nevoljnost država da pokreću međudržavne sporeve, ali i uzdržanost Suda od meritornog odlučivanja u takvim situacijama. Od ukupno šest međudržavnih sporova koji su bili pokrenuti pred Komisijom, Sud je doneo svega dve presude – u već pomenutom slučaju *Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva* 1978. i u slučaju *Kipar protiv Turske* 2001. godine. Pojedini autori ovu pojavu objašnjavaju time što državne predstavnice mogu imati elemente uplitanja, u ime zajedničkih vrednosti istina, u unutrašnje stvari druge države, pa se države iz preventivnih razloga, plašeći se povratne reakcije, retko upuštaju u takve sporeve.¹³⁷

2.3.2. Pasivna procesna legitimacija

Pasivnu procesnu legitimaciju, kada je reč o pojedinačnim, ali i državnim predstavkama, ima samo država ugovornica Evropske konvencije. Ukoliko je predstavka uperena protiv nekog drugog subjekta, makar i za dela koja su se odigrala na teritoriji države ugovornice Konvencije, recimo od međunarodne organizacije, čija je ona takođe članica, Sud će je odbaciti *ratione personae*.¹³⁸ Isključiva odgovornost države jasno proističe iz člana 1. Evropske konvencije koji predviđa da „Visoke strane ugovornice priznaju svim osobama koje su u njihovoj nadležnosti prava i slobode određene glavom 1 Konvencije“. Isti zaključak se izvodi i s pogledom na članove 34. i 35. Evropske konvencije. Oba člana jasno ukazuju na to da se predstavkom, bilo da je pojedinačna ili državna, navodi povreda prava koju je počinila neka država ugovornica Konvencije. Država je odgovorna za rad svojih zakonodavnih, izvršnih i sudskih organa, jedinica teritorijalne decentralizacije, kada im je povereno obavljanje državnih poslova, kao i preduzeća i ustanova koje vrše javne službe.¹³⁹ Ovaj zaključak važi čak i onda kada je do stvarne povrede došlo na teritoriji neke druge države, koja nije deo konvencijskog sistema zaštite ljudskih prava, ako je to posledica radnje organa države ugovornice Evropske konvencije. Sud je protumačio da i samom ekstradicijom, koju je inače država dužna da izvrši prema svojim međunarodno pruzetim obavezama, može da se povredi zabrana mučenja (čl. 3. Konvencije) ukoliko postoji mogućnost da ekstradirana osoba

137 L. Favoreu *et al.*, 355.

138 P. Wachsmann, 162.

139 C. Ovey, R. C.A. White, 408.

bude, u državi prijema, izložena mučenju, ili nečovečnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju.¹⁴⁰ U konkretnom slučaju, nemačkom državljaninu je pretila opasnost da doživi „hodnik smrti“ (*death row*), čekajući na izvršenje eventualne smrtne kazne da ga je Velika Britanija izručila SAD.

Ponašanje privatnih subjekata (pojedinaca, preduzeća, privatnih udruženja i sl.) ne može biti predmet podnesaka usmerenih ka državi čijem pravnom poretku one pripadaju. Ipak, Evropski sud je jurisprudencijalnim putem nametnuo državi i pozitivnu obavezu – da se stara da ne dođe do povrede konvencijskih prava aktivnošću privatnih subjekata koji deluju na njenoj teritoriji. Sud je utvrdio da je država odgovorna jer nije znala da iznađe odgovarajuću ravnotežu između ekonomskog interesa španskih lokalnih vlasti da raspolažu stanicom za prečišćavanje otpadnih voda i prava njenih građana na poštovanje stana, privatnog i porodičnog života.¹⁴¹ Istovrsno, horizontalno dejstvo ljudskih prava priznato je i u slučaju *Osman protiv Ujedinjenog Kraljevstva* u kojem je Evropski sud utvrdio odgovornost istražnih organa države koji su svojim neodgovarajućim postupanjem dopustili povredu prava na život radnjama privatnog lica.¹⁴² Sud je priznao i obavezu države da omogućiti uživanje prava na mirno okupljanje, od potencijalnog ometanja neistomišljenika, iako je u konkretnom slučaju nije i osudio, procenjujući da je preduzela mere koje su se od nje mogle očekivati.¹⁴³

Pitanje pozitivne obaveze države može se postaviti i u vanrednim prilikama, kada ona faktički ne kontroliše jedan deo svoje teritorije. Sud, naime, principijelno polazi od toga da obaveza iz člana 1. Evropske konvencije ne podrazumeva samo uzdržavanje Visoke strane ugovornice od kršenja konvencijskih prava i sloboda, već i dužnost preduzimanja mera kako bi se ta prava i slobode poštovale na njenoj teritoriji. Ukoliko bi se, pak, deo državne teritorije našao pod vojnom okupacijom druge države ili kakve separatističke oružane formacije, na Sudu je da proceni značaj svih objektivnih činilaca koji onemogućavaju državu u ostvare-

140 *Soering v. the United Kingdom*, predstavka br. 14038/88, presuda od 7. jula 1989.

141 *Lopez Ostra v. Spain*, predstavka br. 16798/90, presuda od 9. decembra 1994.

142 *Osman v. the United Kingdom*, predstavka br. 23452/94, presuda od 28. oktobra 1998.

143 *Plattform „Ärztzte für das Leben“ v. Austria*, predstavka br. 10126/82, presuda od 21. juna 1988.

nju suverenosti, kao i njeno konkretno ponašanje u datoj situaciji.¹⁴⁴ Primenom ovog standarda, Sud je, u predmetu *Ilašku protiv Moldavije i Rusije*, zaključio da je Moldavija odgovorna, iako nema kontrolu nad pobunjeničkom transdnjestarskom (*Transdnestrian*) oblašću, gde je učinjena povreda konvencijskih prava, jer nije u pregovorima, koji se sa Rusijom, državom garantorom, vode od 2001. godine, ni pomenula podnosiocima date predstavke, niti je preduzela druge konkretne mere kako bi im omogućila poštovanje njihovih prava.

2.3.3. Mesna nadležnost

Mesna nadležnost je pravo i dužnost suda da na određenoj teritoriji obavlja svoju delatnost. Kako nema drugih sudova te vrste, sa takvom stvarnom nadležnošću, jasno je da je mesna jurisdikcija Evropskog suda omeđena celokupnom teritorijom Visokih strana ugovornica Evropske konvencije. Ipak, kao nerešeno, ostaje pitanje šta se podrazumeva pod teritorijom države ugovornice.

Ratione loci uslov prihvatljivosti predstavke u praksi je doveo do bližeg određenja pojma teritorije nad kojom država ostvaruje nadležnost i u pogledu koje je odgovorna za stanje ljudskih prava. U tom smislu, navodi sadržani u predstavci moraju se dovesti u vezu sa nadležnošću države, a to znači da je potrebno da su se navodne činjenice odigrale na teritoriji države članice, ili na području na koje je država članica, svojom deklaracijom,¹⁴⁵ proširila dejstvo Evropske konvencije, ili, pak, u granicama strane države, ali pod dejstvom organa države članice. U ovoj poslednjoj situaciji, koja izaziva najviše polemika jer se svodi na pitanje relevantnog stepena faktičkog prisustva države članice na teritoriji druge države, Sud je ustanovio standard da je Visoka strana ugovornica odgovorna za kršenje Evropske konvencije kadgod raspolaže „efektivnom vojnom kontrolom”.¹⁴⁶ U prelomnom slučaju *Loizidu*, usled značajnog vojnog prisustva na severu Kipra, Evropski sud je proglasio Tursku odgovornom zbog onemogućavanja državljanke grčkog Kipra da ostvari svoje pravo svojine na onom delu ostrva koji je pod turskom kontrolom.

144 *Ilaşcu and others v. Moldova and Russia* [VV], predstavka br. 48787/99, presuda od 8. jula 2004.

145 Član 56. Konvencije.

146 *Loizidou v. Turkey* [VV], predstavka br. 15318/89, presuda od 23. marta 1995.

Načelno, pitanje granica državne jurisdikcije i vanteritorijalne primene Evropske konvencije može se posmatrati iz više uglova. U slučaju *Banković*, Sud podseća da je nadležnost države, prevashodno, određena granicama njene teritorije. Ako ona i ima određenu vanteritorijalnu nadležnost, u pogledu svojih državljana, diplomatskih i konzularnih predstavništava ili zastave, onda je to uslovljeno saglasnošću odnosne suverene države. Vojna intervencija van granica sopstvene države ne može da se shvati kao teritorijalno širenje obaveza u smislu člana 1. Evropske konvencije, što potvrđuje i činjenica da nijedna država nije našla za neophodno da iskoristi svoje pravo da odstupi od konvencijskih normi u vanrednim okolnostima, shodno članu 15. Evropske konvencije.¹⁴⁷

Ipak, Evropski sud priznaje da se pitanje odgovornosti države može postaviti, i izvan granica njene teritorije, u slučaju vojnog angažmana, kada ostvaruje efektivnu kontrolu nad suverenim prostorom druge države. Sud, pri tom, ne određuje bliže pojam efektivne kontrole, ali ističe da je i postojanje globalne kontrole dovoljno, bez ulaženja u detaljnu analizu stanja na terenu, da bi se uspostavila odgovornost države bilo za neposredne radnje njenih oružanih snaga, bilo za postupke lokalne administracije koja joj je podređena.¹⁴⁸ Tako je Sud proglasio Tursku odgovornom za stanje ljudskih prava na severnom Kipru, budući da je na tom delu ostrva proklamovana Turska Republika Severni Kipar koja je pod turskom vojnom okupacijom.¹⁴⁹ Rukovodeći se tim merilima, Evropski sud je ustanovio vanteritorijalnu nadležnost Rusije za postupanje transdnjestarskih separatista, koji se bore za otcepljenje od Moldavije, usled vojne, političke i finansijske pomoći koju im je Rusija pružala, a posebno angažovanja nekadašnje 14. sovjetske armije.¹⁵⁰

Posle odluke *Banković*, kojom se, Evropski sud proglasio nenadležnim da ispituje odgovornost Visokih strana ugovornica za povredu konvencijskih normi prilikom NATO napada na SR Jugoslaviju, postalo je

147 *Bankovic and others v. Belgium and 16 other Contracting States [VV]*, predstava br. 52207/99, odluka od 12. decembra 2001.

148 *Loizidou v. Turkey [VV]*.

149 *Loizidou v. Turkey [VV]*, i *Cyprus v. Turkey*, predstava br. 25781/94, presuda od 10. maja 2001.

150 *Ilascu and others v. Moldova and Russia [VV]*.

jasnije da ocena prihvatljivosti predstavke, u slučajevima vanteritorijalnosti, zavisi od ispunjenosti još jednog uslova. Naime, Sud uvodi pojam pravnog prostora (*legal space, espace juridique*) Visokih strana ugovornica, da bi označio teritoriju na kojoj je predviđena primena Evropske konvencije i u pogledu koje se Sud stara, kako je istakao još u presudi *Kipar protiv Turske*, „da ne dođe do neželjenog vakuuma u sistemu zaštite ljudskih prava“. Evropska konvencija je regionalni multilateralni ugovor koji nije zamišljen da se primenjuje širom sveta čak ni kada je u pitanju ponašanje Visokih strana ugovornica.¹⁵¹ Ovako posmatrano može se razumeti zašto je Sud ustanovio vanteritorijalnu nadležnost Turske i Rusije za radnje sopstvenih organa i lokalnih vlasti na severnom Kipru i u Transdnjestru (*Transdnjestria*), koji su deo pretpostavljenog pravnog prostora, budući da su i Kipar i Moldavija bile ugovornice Evropske konvencije u trenutku započinjanja postupka pred Sudom, a odbio da prihvati istovrsnu nadležnost 16 država NATO za navodne povrede konvencijskih prava na teritoriji SR Jugoslavije koja, u odlučujućem momentu, nije bila deo evropskog sistema zaštite ljudskih prava. Ipak, da je jurisprudencija Evropskog suda na ovom polju još uvek u povelju i da nije izvesno da li će se i dalje pridavati značaj „jedinstvenom pravnom prostoru“ ili će se Sud upuštati u detaljniju analizu efektivne kontrole nad vanteritorijalnim područjem pokazuje i predmet *Isa protiv Turske*. U ovom slučaju, Evropski sud je najpre, odlukom od 2000. godine, prihvatio predstavku, koja se odnosila na postupke turske vojske u severnom Iraku, dakle izvan iskonstruisanog pravnog prostora Visokih strana ugovornica, da bi presudom od 2005. preinačio taj svoj prvobitni stav, pošto je prethodno utvrdio da nema pouzdanih dokaza da su turske vojne trupe izvodile operacije u severnoiračkom selu u kojem je došlo do lišavanja života određenog broja lica.¹⁵²

Prvonavedene dve situacije, kada postoji teritorijalna nadležnost, manje su sporne. One se odnose na teritoriju države članice nad kojom ona ostvaruje suverenu vlast i njene prekomorske zemlje, odnosno bivše kolonije evropskih metropola. Član 56. Evropske konvencije upravo sadrži „kolonijalnu klauzulu“ koja bliže uređuje važenje evropskog sistema zaštite ljudskih prava na područjima koja nemaju puni među-

151 *Bankovic and others v. Belgium and 16 other Contracting States [VV]*.

152 *Issa and others v. Turkey*, predstavka br. 31821/96, presuda od 30. marta 2005.

narodnopravni subjektivitet i koja uspostavljaju međunarodne odnose posredstvom Visokih strana ugovornica. Naime, prilikom ratifikacije, ili u svako doba posle toga, svaka država može izjaviti da će se Konvencija primenjivati na sve ili na neku od teritorija za čije je međunarodne odnose odgovorna.¹⁵³ Ukoliko prihvata nadležnost Suda i u pogledu primanja pojedinačnih predstavi, u skladu sa članom 34. Evropske konvencije, država će o tome dati izjavu precizirajući na koju se teritoriju ta izjava odnosi.¹⁵⁴ U svakom slučaju, pri primeni odredaba ove Konvencije na takvim teritorijama vodiće se računa o lokalnim potrebama.¹⁵⁵

2.3.4. Stvarna nadležnost

Nadležnost Evropskog suda *ratione materiae* je određena skupom prava i sloboda zajemčenih Evropskom konvencijom i protokolima uz nju. U međudržavnim sporovima svaka Visoka strana ugovornica može ukazati Sudu na nepoštovanje *odredaba Konvencije ili protokola uz nju*,¹⁵⁶ dok u pojedinačnim predstavkama ovlašćeni subjekti tvrde da su žrtve povrede *prava ustanovljenih Konvencijom ili protokolima uz nju*.¹⁵⁷ Konvencijska prava i slobode mogu se razvrstati u tri grupe: apsolutna, relativna i posredna.¹⁵⁸

Apsolutna prava jesu ona koja država mora poštovati bezuslovno i bez ostatka: pravo na život (čl. 2. Konvencije) i u skladu s time ukidanje smrtne kazne (čl. 1. Protokola 13. Konvencije), zabrana mučenja, nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja (čl. 3. Konvencije), pravo na zabranu ropstva i prinudnog rada (čl. 4. Konvencije), pravo na kažnjavanje samo na osnovu zakona (čl. 7. Konvencije) i pravo da se ne bude suđen ili kažnjen dvaput u istoj stvari (čl. 4. Protokola br. 7 Konvencije).

Za razliku od aposlutnih, relativna prava su uslovna jer mogu biti stavljena van snage,¹⁵⁹ ali i ograničena, u cilju zaštite drugih vrednosti po-

153 Član 56. stav 1. Konvencije.

154 Član 56. stav 4. Konvencije.

155 Član 56. stav 3. Konvencije.

156 Član 33. Konvencije.

157 Član 34. Konvencije.

158 F. Sudre, 173–174. i 205–362.

159 Član 15. Evropske konvencije predviđa da u doba rata ili druge javne opasnosti koja prethodi opstanku nacije država članica može da preduzme mere koje odstupaju od njenih obaveza po Konvenciji, ali ne i u pogledu člana 2,

put javnog poretka ili prava i slobode drugih. Ova prava, sadržana u Evropskoj konvenciji, mogu se grupisati u pet većih porodica prava: 1) pravo na fizičku slobodu, 2) pravo na pravično suđenje, 3) pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, 4) pravo na slobodu duha i 5) pravo na društvenu i političku akciju.

Pravo na fizičku slobodu obuhvata: pravo na slobodu i bezbednost od samovoljnog hapšenja i pritvaranja (čl. 5. Konvencije), zabrana kazne zatvora za dug (čl. 1. Protokola br. 4 uz Konvenciju), pravo na slobodu kretanja (čl. 2. Protokola br. 4 uz Konvenciju), zabrana proterivanja sopstvenih državljana (čl. 3. Protokola 4 uz Konvenciju), kao i zaštitu stranaca u postupku proterivanja (čl. 1. Protokola br. 7 uz Konvenciju).

Pravo na pravično suđenje u građanskopravnim, ali i u krivičnopravnim stvarima podrazumeva pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom (čl. 6 st. 1. Konvencije). Član 6. Konvencije i Protokol br. 7 jemče i posebna prava optuženog u krivičnom postupku: pravo na pretpostavku nevinosti (čl. 6. st. 2. Konvencije), pravo na odbranu (čl. 6. st. 3. Konvencije), pravo na žalbu u krivičnim stvarima (čl. 2. Protokola br. 7 uz Konvenciju) i pravo na naknadu za pogrešnu osudu (čl. 3. Protokola br. 7 uz Konvenciju).

Pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života se odnosi na zaštitu intimnosti, doma i prepiske, privatnog života, kao i porodičnog života (čl. 8. st. 1. Konvencije), ali i na pravo na sklapanje braka (čl. 12. Konvencije) i pravo na jednakost supružnika (čl. 5. Protokola br. 7 uz Konvenciju).

Pravo na slobodu duha je složena grupa prava koja uključuje u sebe slobodu misli, savesti i veroispovesti (čl. 9. Konvencije), pravo na obrazovanje i pravo roditelja na obrazovanje svoje dece u skladu sa svojim uverenjima (čl. 2. Protokola br. 1 uz Konvenciju) i pravo na slobodu izražavanja (čl. 10. Konvencije).

Pravo na slobodu društvene i političke akcije obuhvata slobodu mirnog okupljanja i udruživanja (čl. 11. Konvencije) i pravo na slobodne izbore (čl. 3. Protokola br. 1 uz Konvenciju).

osim kada je u pitanju smrt prouzrokovana zakonitim ratnim postupcima, člana 3, 4 (1) i 7, dakle onih prava koja se smatraju apsolutnim.

Pravo na neometano uživanje imovine takođe pripada grupi relativnih prava i priznato je kako fizičkim, tako i pravnim licima članom 1. Protokola br. 1 uz Evropsku konvenciju.

Posredna prava su ona na koja se podnosilac predstavke može pozvati samo u vezi sa nekim drugim pravom priznatim Evropskom konvencijom. To je slučaj sa pravom na delotvorni pravni lek pred nacionalnim vlastima kada su povređeni prava i slobode priznati Konvencijom (čl. 13. Konvencije) i opštom zabranom diskriminacije u pogledu bilo kog prava priznatog zakonom (čl. 1. st. 1. Protokola br. 12 uz Konvenciju).

Napomenimo i to da prilikom potpisivanja Evropske konvencije, ili deponovanja instrumenata ratifikacije, svaka država može staviti rezervu, ali ne i opšteg karaktera, na svaku pojedinu odredbu Konvencije u obliku u kome neki zakon koji je tada na snazi nije saglasan sa tom odredbom.¹⁶⁰ Ne postoji izričita obaveza da se zakonsko rešenje koje je pokriveno rezervom uskladi sa Konvencijom i praksom Suda, ali to proizlazi iz duha i cilja Konvencije i očekuje se od Visokih strana ugovornica. Iako se čini da se pravo na rezervu odnosi na materijalne odredbe – zajemčena prava i slobode – u praksi države stavljaju rezerve i na proceduralne aspekte Konvencije.¹⁶¹

2.3.5. Vremenska nadležnost

Evropski sud je nadležan *ratione temporis* da odlučuje o povredama konvencijskih prava tek od trenutka kada Evropska konvencija stupi na snagu u konkretnoj državi članici, a to je čin njene ratifikacije. Sud se, međutim, oglašava nadležnim i u pogledu činjenica koje su se odigrale i pre stupanja Konvencije na snagu, ukoliko je u pitanju kontinuirana povreda koja traje i pošto je Konvencija postala pravno obavezujuća.¹⁶² Tipičan primer bilo bi nerazumno dugo suđenje, započeto pre potvrđivanja Evropske konvencije, koje je nastavilo da traje pošto su konvencijska prava i slobode postala sastavni deo unutrašnjeg pravnog poretka. Tada će Evropski sud uzeti u obzir ukupnu dužinu trajanja domaćeg suđenja, od otpočinjanja, pa sve do njegovog okon-

160 Član 57. stav 1. Konvencije.

161 C. Ovey, R. C.A. White, 380.

162 F. Sudre, 420.

čanja, a ne samo onaj deo koji se odvijao nakon što je Konvencija ratifikovana.¹⁶³

Kada je reč o Srbiji, osnovni tekst Evropske konvencije, kao i protokoli br. 1 i 4 stupili su na snagu 3. marta 2004, Protokol br. 6 stupio je na snagu 1. aprila 2004, Protokol br. 7 stupio je na snagu 1. juna 2004, Protokol br. 12 stupio je na snagu 1. aprila 2005, Protokol br. 13 stupio je na snagu 1. jula 2004, i najzad Protokol br. 14 stupio je na snagu 1. juna 2010.¹⁶⁴

2.3.6. *Iscrpenost unutrašnjih pravnih lekova*

Jedan od uslova prihvatljivosti predstavke, odnosno, uzimanja predmeta u postupak, jeste i iscrpenost unutrašnjih pravnih lekova.¹⁶⁵ Sâm član 35. Evropske konvencije upućuje na to da se pravilo o iscrpenosti unutrašnjih pravnih lekova primenjuje u skladu sa opšteprihvaćenim načelima međunarodnog prava, implicirajući da ovaj uslov ima za cilj da zaštiti suverenitet država članica nasuprot neželjnom međunarodnom uplitanju. Naime, ovo pravilo je preuzeto iz opšteg međunarodnog prava i sâm Međunarodni sud pravde je u više navrata isticao da ono ima običajnu snagu.¹⁶⁶ Državi se mora pružiti svaka prilika da samostalno, svojim merama, otkloni svaku povredu preuzetih međunarodnih obaveza pre nego što se izloži proveru međunarodnih sudskih ili kvazisudskih tela.¹⁶⁷

Član 35. Evropske konvencije ovim potvrđuje i supsidijarnost evropskog mehanizma zaštite ljudskih prava i sloboda. Evropski sud ima sekundarni značaj u odnosu na državne, i to, pre svega, pravosudne organe koji bi trebalo sami da se izbere za poredak ljudskih prava na svojoj teritoriji. Intervencija Suda bi, prema tome, bila poželjna i moguća tek pošto se pokaže nesposobnost države članice da se nosi s povredama konvencijskih prava. Osim toga, Evropski sud shvata supsidijarnost i u drugom smislu, ali podjednako značajnom za očuvanje prestiža nacionalnih država. Sužavajući svoju moć kontrole, s pozivom na teoriju o „slobodi procene“ (*margin of appreciation*), Sud se dosledno drži stava

163 D. Gomien, 167.

164 Videti zvanični veb sajt Evropskog suda: www.echr.coe.int

165 Član 35. stav 1. Konvencije.

166 F. Sudre, 422.

167 D. Gomien, 168.

da su državne vlasti u boljoj poziciji da procenjuju opravdanost ograničenja konvencijskih prava, od međunarodnog sudije.

Iscrpenost unutrašnjih pravnih lekova podrazumeva obavezu upotrebe svih procesnopравnih sredstava koje domaći pravni poredak poznaje. To znači da podnosilac predstavke, pre nego što se obrati Sudu, mora ići do najviše domaće instance u zahtevu za zaštitu svoga prava. Međutim, kada postoje alternativni procesni mehanizmi, zainteresovano lice je dužno da pribegne samo jednom od njih. Isto tako pojam „iscrpenosti unutrašnjih lekova“ može da se odnosi samo na one vidove intervencije na koje ono ima pravo i koji ne predstavljaju tek mogućnost ili privilegiju, kao što su vanredni pravni lekovi ili zahtev za pomilovanje.¹⁶⁸ Osobnost ove procesne prepreke jeste u tome što je ona samo privremenog karaktera, budući da će Sud ponovo ispitati istu predstavku pošto zainteresovano lice bezuspešno iscrpe raspoloživa unutrašnja pravna sredstva.

Zadovoljenje ovog uslova se, ipak, ne traži u međudržavnim predstavkama ukoliko država koja pokreće postupak ne insistira na postojanju dobro poznatih individualnih slučajeva povrede prava, već ukazuje na neusklađenost zakonodavstva druge države članice s Evropskom konvencijom, ili ističe postojanje administrativne prakse kontinuiranog kršenja konvencijskih prava koja se sprovodi uz pristanak javnih vlasti.

Izuzetno, i u slučaju pojedinačnih predstavki nije potrebno iscrpiti unutrašnje pravne lekove da bi se postupak pred Sudom pokrenuo onda kada su ti lekovi nedelotvorni. Ovakvim gipkim tumačenjem člana 35. Evropske konvencije, Komisija i Sud su proširili mogućnost pokretanja evropskog sistema zaštite ljudskih prava. Podnosilac predstavke je oslobođen obaveze iscrpljenja unutrašnjih pravnih lekova ukoliko je, imajući u vidu prethodnu i ustaljenu domaću sudsku praksu, taj vid zaštite osuđen na neuspeh, kao i ukoliko su unutrašnji pravni lekovi neefikasni ili neadekvatni imajući u vidu prirodu učinjene povrede prava.¹⁶⁹ Pravilo o iscrpenosti unutrašnjih pravnih sredstava nije ni apsolutno ni automatsko, pre svega zato što Sud vodi računa o činjenici da je njegova primarna funkcija zaštita ljudskih prava i osnovnih sloboda.¹⁷⁰

168 D. Gomien, 168–169.

169 F. Sudre, 426–427.

170 Ph. Leach, 78.

U suprotnom, ukoliko je unutrašnji pravni lek „upotrebljiv“ podnosilac predstavke ne samo da je dužan da ga prethodno uloži, već mora i da dokaže da je povod njegovog obraćanja Sudu suštinski ista ona povreda prava na koju se pozvao i pred domaćim organima. To ne znači da je on bio dužan da se pred nacionalnim pravosuđem pozove na odredbe Evropske konvencije, pogotovo kada se i domaćim poretkom štite suštinski ista prava. No, biće u obavezi da to učini ako jedino ona nudi odgovarajući pravni osnov.¹⁷¹ Prema tome, prilikom ispitivanja da li su iscrpljeni svi unutrašnji pravni lekovi u obzir se uzima suština postupka vođenog pred domaćim organima, ali i delotvornost pravnih lekova koje domaći poredak pruža.

2.3.7. *Blagovremenost predstavke*

Evropska konvencija ne samo što postavlja uslov iscrpenosti svih domaćih pravnih sredstava, već propisuje i rok od šest meseci, od dana kada je povodom uloženog leka doneta pravnosnažna odluka,¹⁷² u kojem je moguće predstavkom se obratiti Sudu. Pojedini autori ističu da su iscrpenost domaćih pravnih lekova i rok od šest meseci dva najvažnija uslova prihvatljivosti.¹⁷³ Propisivanje roka ima za cilj da garantuje pravnu sigurnost, da obezbedi da odluke nacionalnih organa neće biti beskonačno otvorene za preispitivanje, ali i da omogući prikupljanje dokaza, posebno imajući u vidu da i postupci pred samim Evropskim sudom traju, u proseku, između četiri i pet godina.¹⁷⁴ Vidi se da je rok od šest meseci u najneposrednijoj vezi sa uslovom iscrpenosti unutrašnjih pravnih lekova i počinje, u principu, da teče od trenutka kada se zainteresovano lice suštinski upozna sa odgovarajućom pravnosnažnom odlukom. U slučaju da pravni poredak ne pruža efikasan i zadovoljavajući pravni lek, ili da on uopšte ne postoji, rok počinje da teče onog trenutka kada je odlukom ili radnjom državnog organa načinjena povreda konvencijskog prava. Isto tako, ako povreda, protiv koje nije moguća nikakva zaštita, ima kontinuirani karakter pravilo od šest meseci se primenjuje sve dok takva povreda traje.¹⁷⁵

171 D. Gomien, 169.

172 Član 35. stav 1. Konvencije.

173 Ph. Leach, 76.

174 *Isto*, 81.

175 F. Sudre, 422.

2.3.8. Urednost predstavke

Jedno od pravila koje se izričito odnosi samo na pojedinačne predstavke jeste da predstavka mora da bude potpisana, da bi bila prihvaćena. Naime, Evropski sud ne postupa po pojedinačnoj predstavi koja je anonimna.¹⁷⁶ Anonimnost je retko razlog odbacivanja predstavki, a ako se to i desi najčešće je reč o „predstavničkim tužbama“ (*representative actions*) udruženja koja ne iznose imena svojih članova.¹⁷⁷

U pojedinim slučajevima podnosilac predstavke može imati interes da mu se identitet ne otkriva. I tada on mora da navede svoje podatke, ali ima pravo i da zahteva poštovanje njihove tajnosti. Ako Sud odobri njegov zahtev, podnosilac predstavke će, u zvaničnim komunikacijama i odlukama, biti označen bilo inicijalima bilo običnim slovom.¹⁷⁸

2.3.9. Pravilo *ne bis in idem*

Evropski sud ne postupa po pojedinačnoj predstavi koja je „u suštini istovetna s predstavkom koju je Sud već razmatrao, ili koja je već podneta nekoj drugoj međunarodnoj instanci radi ispitivanja, odnosno rešavanja, a ne sadrži nove činjenice“.¹⁷⁹ Nije moguće po drugi put raspravljati o istoj stvari pred Evropskim sudom, bez obzira na to da li je i prvi put postupak vođen pred njim ili je suštinski istovetna predstavka bila predmet ispitivanja i rešavanja neke druge međunarodne instance. Taj drugi međunarodni organ bi mogao da bude Komitet za ljudska prava ustanovljen fakultativnim Protokolom uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima od 1966. godine. Da nije pravila *ne bis in idem* države ugovornice oba međunarodna dokumenta – Evropske konvencije i fakultativnog Protokola – bi se izlagale osudi i Evropskog suda i Komiteta za ljudska prava u istoj stvari, posebno imajući u vidu delimično preklapanje kataloga prava koje ovi dokumenti proklamuju.

Osim toga, u slučaju kumuliranja postupaka instanca koja bi se u drugom stepenu izjašnjavala imala bi moć preispitivanja prethodne međunarodne odluke što bi vodilo uspostavljanju hijerarhijskih odnosa izme-

176 Član 35. stav 2. tačka 1. Konvencije.

177 C. Ovey, R. C.A. White, 412.

178 P. Leach, 85.

179 Član 35. stav 2. tačka 2. Konvencije.

đu ovih tela i neminovnog smanjenja ugleda jednog od njih. Iako samo Evropska konvencija pruža sudsko rešavanje spora, davanje prednosti Komitetu za ljudska prava nije isključeno. Kako upozorava Fredrik Sidr, Pakt i dalje sadrži veći broj prava i pored supstancijalnog širenja evropskog sistema, priznavanjem novih prava protokolima uz Konvenciju. Čak i kada je reč o pravima koja se preklapaju, Paktom su ona potpunije formulisana. Konačno, uslove prihvatljivosti Komitet tumači na daleko elastičniji način od Evropskog suda, tako da pojedinačne predstavke imaju više izgleda za uspeh s pozivom na Pakt o građanskim i političkim pravima negoli s pozivom na Evropsku konvenciju o ljudskim pravima.¹⁸⁰

2.3.10. Očigledno neosnovane i zloupotrebljavajuće predstavke

Očigledna neosnovanost predstavke i zloupotreba prava na predstavku, odnosno, nespojivost pojedinačne predstavke s odredbama Konvencije, takođe su razlozi zbog kojih Evropski sud može odlučiti da ne pokrene postupak. Očigledna osnovanost predstavke kao uslov prihvatljivosti ukazuje na to da je Sud dužan i pre ulaska u meritum spora da ispituje da li navedene činjenice odaju *prima facie* utisak povrede konvencijskog prava.¹⁸¹ Sud će odbaciti predstavku kao očigledno neosnovanu kada navedene činjenice ni po čemu ne predstavljaju povredu Konvencije i kada se ne iznose dokazi u prilog iznetim tvrdnjama.¹⁸² Odbacivanje zbog neosnovanosti je svojevrsna filtraža najslabijih predmeta, kojoj Evropski sud mora da pribegne jer je suočen sa velikim brojem predstavki. Dešava se i da veće, a ne tročlani odbor proglasi predstavku za neosnovanu u kasnijoj fazi postupka, tek pošto se država o njoj izjasni i ukaže na njene krupne nedostatke.¹⁸³

Evropski sud proglašava neprihvatljivom svaku pojedinačnu predstavku za koju smatra da predstavlja zloupotrebu prava na predstavku.¹⁸⁴ Zloupotreba prava na predstavku se može javiti u različitim situacijama: kada se predstavkom želi postići neki drugi cilj od onog zbog kojeg je Evropska konvencija usvojena; kada je predstavka neozbiljna ili ima za cilj da izloži šikaniranje; ukoliko se onemogućava rad Suda

180 F. Sudre, 420–430.

181 Član 35. stav 3. tačka 1. Konvencije.

182 F. Sudre, 431.

183 Ph. Leach, 91.

184 Član 35. stav 3. tačka 1. Konvencije, *in fine*.

dostavljanjem nepotpunih informacija ili takvih koje navode Sud na pogrešno zaključivanje; kao i onda kada predstavka sadrži provokacije ili uvrede.¹⁸⁵ Na primer, u predmetu *Drozdz protiv Poljske* predstavka je bila odbačena pošto se u dnevnim novinama pojavila prepiska između Komisije i podnosioca predstavke (koji je, inače, bio član uređivačkog odbora tih novina), čime su bila narušena pravila o tajnosti komunikacije.¹⁸⁶

2.3.11. Značajnije oštećenje

Stupanjem na snagu Protokola br. 14 uz Evropsku konvenciju, uveden je u članu 35. stav 3. tačka 2. nov kriterijum koji daje osnov za odbacivanje predstavke ukoliko njen podnosilac nije pretrpeo značajniju povredu prava. Ovaj uslov je uveden kao dodatno sredstvo rasterećenja broja predstavki pred Evropskim sudom, jer Sud može odbiti da raspravlja o predmetu koji se smatra minornim u odnosu na ostale („*de minimis non curat praetor*“).¹⁸⁷ Drugim rečima, ovaj uslov podrazumeva da povreda ljudskih prava mora doseći odgovarajući nivo ozbiljnosti, da bi bila razmatrana pred međunarodnim telom, u ovom slučaju pred Evropskim sudom. Slično kao i kod razmatranja povrede na osnovu člana 3. Evropske konvencije kojim se zabranjuje mučenje, ispunjenost ovog kriterijuma se ispituje od slučaja do slučaja i zavisi kako od subjektivnog doživljaja povrede, tako i od objektivnih okolnosti slučaja.¹⁸⁸ Od predmeta *Đusti*, Evropski sud je precizirao elemente koje će uzeti u obzir prilikom razmatranja da li postoji minimalan prag ozbiljnosti da bi razmatrao slučaj, a to su priroda povređenog prava, ozbiljnost povrede i potencijalne posledice povrede na lične okolnosti podnosioca predstavke, pri čemu će posebno biti razmotren rezultat postupka koji je vođen pred domaćim sudom.¹⁸⁹ U najvećem broju slučajeva, stepen ozbiljnosti će biti razmatran u odnosu na finansijski uticaj koji predmet ima po podnosiocu predstavke. Tako je, na primer, Evropski sud pronašao da ne postoji „značajnija povreda/šteta“ u predmetu u kojem ponosiocu predstavke

185 F. Sudre, 430–431.

186 Navedeno prema: Ph. Leach, 91.

187 *Practical Guide on Admissibility Criteria*, Council of Europe/European Court of Human Rights, Strasbourg, 2014, 88.

188 Videti, na primer, *Korolev v. Russia*, predstavka br. 25551/05, odluka od 01. jula 2010.

189 *Giusti v. Italy*, predstavka br. 13175/03, presuda od 18. oktobra 2011, stavovi 22–36.

nije vraćen iznos karte u visini od 90 evra,¹⁹⁰ ili nije plaćena suma od 12,¹⁹¹ odnosno 228 evra.¹⁹²

U početku su ovaj uslov koristili samo veće i Veliko veće, da bi od 1. juna 2012. godine ovaj kriterijum za odbacivanje predstavke koristile sve sudske formacije u Evropskom sudu.¹⁹³

Postoje i izuzeci od ovog pravila. Naime, predstavka se neće razmatrati ukoliko ne postoji značajnija šteta/ povreda, osim ako poštovanje ljudskih prava ustanovljenih Evropskom konvencijom i protokoli-ma donetim uz nju ne zahteva ispitivanje suštine predstavke, ili ako se predstavka ne može odbaciti po ovom osnovu ukoliko domaći sud nije prethodno detaljno ispitao predmet. Ovaj prvi uslov će biti zadovoljen kada predstavka pokreće neka opšta pitanja, kao na primer, kada je potrebno da se pojašne obaveze država na osnovu Evropske konvencije, ili da se zahteva od države da ispravi neke strukturalne nedostatke koji utiču i na druge osobe koje su u istoj poziciji kao i podnositelj predstavke.¹⁹⁴ Drugi izuzetak je predviđen za brisanje na osnovu člana 5. Protokola br. 15 uz Evropsku konvenciju, koji još uvek nije stupio na snagu.

2.4. Postupak pred Sudom

Uvodna razmatranja

Već je bilo reči o aktivnoj procesnoj legitimaciji i o tome da se pred Sudom mogu voditi dve vrste postupaka:

1. postupak po pojedinačnoj predstavki i
2. međudržavni sporovi.

Prvi tip postupka jeste postupak po pojedinačnoj predstavki, koji može pokrenuti svaka osoba, nevladina organizacija ili grupa lica koji tvrde

190 *Ionescu v. Romania*, predstavka br. 36659/04, odluka od 28. juna 2010.

191 *Vasilchenko v. Russia*, predstavka br. 4784/02, presuda od 23. septembra 2010, stav 49; *Fedotov v. Moldova*, predstavka br. 6484/05, presuda od 15. decembra 2009.

192 *Burov v. Moldova*, predstavka br. 38875/03, odluka od 14. juna 2011.

193 *Practical Guide on Admissibility Criteria*, 89.

194 Videti, na primer, *Korolev v. Russia*.

da su žrtve povrede prava ustanovljenih Evropskom konvencijom i protokolima donetim uz nju, ukoliko je takvu povredu učinila neka od država ugovornica Evropske konvencije (čl. 34. Konvencije).

Pred Sudom se mogu voditi i međudržavni sporovi, jer su Evropsku konvenciju potpisale i ratifikovale države, a u korist trećih beneficijara, odnosno, pojedinaca. Konvencije za zaštitu ljudskih prava predstavljaju specifične legislativne ugovore, kojima se uspostavlja objektivni režim ljudskih prava, na koji svako lice može da se poziva.¹⁹⁵ Ako država prekrši neko pravo pojedinca koji se nalazi u njenoj nadležnosti, biće odgovorna prema svim državama kojima se obavezala međunarodnim ugovorom da će poštovati konkretna prava i slobode. Tako, svaka država ima pravo da pozove državu prekršioca na odgovornost zbog neispunjavanja međunarodne obaveze. Isti slučaj je i sa Evropskom konvencijom, pa svaka država ugovornica može ukazati Sudu na bilo koju povredu članova ove konvencije i njenih protokola, ukoliko smatra da se ta povreda može pripisati nekoj drugoj državi ugovornici (čl. 33. Konvencije).

Međutim, već je istaknuto da države veoma retko pokreću sporove, i to iz nekoliko razloga. Ovakvom tužbom zaoštavaju se odnosi između dve ili više država, pa se postupak pokreće onda kada su ti odnosi već dovoljno poremećeni, kada konkretna država nije važan saveznik u budućim aktivnostima, ili ukoliko ne postoji neki drugi važan interes za očuvanje dobrih odnosa. Iz navedenih razloga, samo mali broj država pokretao je ovaj postupak pred Sudom. Evidentno je da su ove države uglavnom bile rukovođene političkim pobudama kada su tužile druge države za kršenje ljudskih prava.¹⁹⁶ Na primer, Austrija je tužila Italiju zbog položaja nemačke manjine u Južnom Tirolu, Grčka je tužila Ujedinjeno Kraljevstvo zbog situacije na Kipru, Kipar je tužio Tursku zbog okupacije dela ostrva, dok je Irska tužila Ujedinjeno Kraljevstvo zbog njegovog postupanja u Severnoj Irskoj. Ipak, poslednjih godina povećava se broj međudržavnih predstavi, pa je tako Ukrajina tužila Rusiju u dva predmeta, kako zbog događaja na Krimu u martu 2014. godine i kasnijih događaja u istočnom delu Ukrajine, tako i u slučaju

195 V. Dimitrijević, M. Paunović, *Ljudska prava*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 1996, 65.

196 M. Paunović, B. Krivokapić, I. Krstić, *Međunarodna ljudska prava*, Pravni fakultet, Beograd, 2016, 57.

otmice dece u istočnoj Ukrajini i njihovog privremenog transfera u Rusiju. U prvom predmetu,¹⁹⁷ Ukrajina trvdi da je Rusija, između marta i septembra 2014, vršila efektivnu kontrolu nad Autonomnom Republikom Krim, koja je integralni deo Ukrajine, a gde je došlo do brojnih kršenja Evropske konvencije, primarno prava na život, zabrane mučenja, slobode i bezbednosti ličnosti i prava na imovinu. U drugom predmetu, grupa ukrajinskih siročića i dece bez roditeljskog staranja, kao i njihova odrasla pratnja, u tri navrata su oteta od strane naoružanih predstavnika separatističkih snaga istočne Ukrajine, i vraćena zbog diplomatskog pritiska nakon jednog, odnosno pet dana od otmice.¹⁹⁸ Takođe, Kipar je tužio Tursku zbog toga što nije otkrivena sudbina 1.456 nestalih kiparskih Grka koji su živei u predelu Karpasa, koju su Turci okupirali 1974. godine. U maju 2014. godine, Veliko veće donelo je presudu u kojoj je dosudilo novčanu kompenzaciju Kipru u iznosu od 90 miliona evra zbog povreda judskih prava koje je učinila Turska.¹⁹⁹

Samo u malom broju primera države su pokretale postupak isključivo radi zaštite ljudskih prava, pa su tako Danska, Norveška, Švedska i Holandija tužile Grčku u doba pukovničkog režima,²⁰⁰ dok su ove četiri zemlje i Francuska tužile Tursku dok je bila pod vojnom diktaturom.²⁰¹

2.4.1. Sadržina predstavke

Evropski sud je usvojio najnoviji Poslovnik o radu 14. novembra 2016. godine, kojim se uređuje organizacija i rad Suda, kao i tok postupka pred Sudom. Poslovnikom je predviđeno da se sve predstavke podnose Sudu u pisanom obliku, i da ih potpisuje podnosilac ili njegov zastupnik.

Ukoliko stranka angažuje zastupnika, ona mora sa njim potpisati ugovor o punomoćju, kojim ga ovlašćuje da preuzima određene radnje u njeno ime. U svakom slučaju, stranka mora imati zastupnika na svim

197 *Ukraine v. Russia*, predstavka br. 20958/14, podneta 14. marta 2014.

198 *Ukraine v. Russia*, predstavka br. 43800/14, podneta 13. juna 2014.

199 *Cyprus v. Turkey*, predstavka br. 25781/94, presuda Velikog veća od 12. maja 2014.

200 *Denmark, Norway, Sweden, the Netherlands v. Greece*, predstavke br. 3321–3323/67, 3344/67, odluka Evropske komisije od 25. marta 1968.

201 *France, Norway, Denmark, Sweden, the Netherlands v. Turkey*, predstavke br. 9940–9944/82, odluka Evropske komisije od 06. decembra 1983.

javnim raspravama u kojima odlučuje veće, osim ukoliko predsednik veća izuzetno dopusti podnosiocu predstavke da sam predstavi svoj slučaj.²⁰² Da bi ovo zastupanje bilo stručno, predviđeno je da zastupnik ne može biti bilo koje lice, već advokat koji poseduje pravo na bavljenje advokaturom u bilo kojoj državi ugovornici Evropske konvencije i koje istovremeno ima boravište na teritoriji jedne od država ugovornica.²⁰³ Izuzetno, to može biti svako drugo lice koje odobri predsednik veća, ukoliko poseduje dovoljno znanja o jurisprudenciji Evropskog suda. Ako predstavku podnosi nevladina organizacija ili grupa pojedinaca, onda će nju potpisati lica koja su ovlašćena za zastupanje te organizacije ili grupe pojedinaca. Nadležno veće ili odbor proceniće da li su potpisnici predstavke za to ovlašćeni.²⁰⁴

Države ugovornice takođe moraju imati adekvatnu odbranu pred Evropskim sudom, pa njih zastupaju agenti, kojima po pravilu pomaže tim advokata i savetnika.²⁰⁵

Budući da predstavka može biti pojedinačna ili međudržavna, njena forma se samo delimično razlikuje. Pojedinačna predstavka sadrži:

1. ime, datum rođenja, državljanstvo, adresu podnosioca predstavke, datum registracije pravnih lica i adresu;
2. ime, zanimanje, adresu, faks i telefon zastupnika;
3. datum i originalni potpis predstavke podnosioca ili zastupnika koji se saglašava sa zastupanjem;
4. sažeto izložene činjenične navode;
5. preciznu izjavu o navodnim povredama Konvencije i relevantnim argumentima; i
6. preciznu izjavu o ispunjenosti kriterijuma za prihvatljivost predstavke iz člana 35. stav 1. Evropske konvencije.

Podaci iz formulara mogu biti praćeni i dodatnim detaljima o činjenicama slučaja, o navodnim povredama Konvencije i argumentima, ali ne mogu preći 20 strana teksta. Takođe, podnosilac predstavke pod-

202 Pravilo 36. stav 3. Poslovnika.

203 Pravilo 36 st. 4, tač. a) Poslovnika.

204 Pravilo 45. stav 2. Poslovnika.

205 Pravilo 35. Poslovnika.

nosi i kopiju svih relevantnih dokumenata i odluka koje su doneli domaći organi.

Ukoliko postoje razlozi zbog kojih podnosilac predstavke želi da ostane anonimn, on će to naznačiti u predstavki i podneti izjavu o razlozima koji opravdavaju odstupanje od uobičajenog pravila da se zna identitet podnosioca. Ovu meru odobriće Sud, u izuzetnim i opravdanim slučajevima, a može je i sam odrediti.²⁰⁶

Međudržavna predstavka sadrži:

1. navođenje ugovorne strane protiv koje se predstavka podnosi;
2. činjenične navode;
3. izjavu o navodnom kršenju Konvencije i relevantne argumente;
4. izjavu o ispunjenosti kriterijuma za prihvatljivost predstavke (iscrpljeni domaći lekovi i pravilo šest meseci);
5. predmet predstavke i uopšteno navođenje svih zahteva za pravičnu naknadu u ime navodno oštećene stranke ili stranaka;
6. ime i adresu jednog ili više lica imenovanih za agente; i
7. prepise svih relevantnih pismena, a posebno odluka sudskih i vansudskih tela koje se odnose na predmet predstavke.²⁰⁷

Kada je bilo reči o uslovima prihvatljivosti predstavke, naglašeno je da ona mora biti blagovremena, odnosno, mora biti podneta u roku od šest meseci, od dana kada je povodom uloženog leka doneta pravnosnažna odluka (čl. 35 .st. 1 Konvencije). Ranije je važiło pravilo da ukoliko ovaj rok ističe, stranka koja nema vremena da pripremi celu predstavku šalje tzv. *stop the clock* predstavku – kojom se „zaustavlja vreme“ – u kojoj se ukratko navodi na koje postupke države se osoba žali, a potom se u najkraćem mogućem roku šalje potpuna predstavka.²⁰⁸ Ovo pravilo nastalo je u praksi kako bi se pružila što bolja zaštita pojedincima koji se žale na ozbiljne povrede ljudskih prava, i kako im iz procesnog razloga

206 Pravilo 47. stav 4. Poslovnika.

207 Pravilo 46. Poslovnika.

208 Ranije Pravilo 47. stav 5. Poslovnika. Videti više o ovome u Lodging the Applications, A Practitioner's Handbook, Strasbourg, 157–158.

ne bi bila uskraćena mogućnost obraćanja Evropskom sudu. Međutim, stupanjem na snagu novog Poslovnika, ovakva mogućnost nije više predviđena. Treba naglasiti i da je relevantan datum slanja pošiljke a ne datum njenog prijema, ali se preporučuje da se na dan isteka roka Sud obavesti o tome da je pošiljka poslata, što može biti učinjeno faksom, internet porukom ili telefonom.

2.4.2. Opšta pravila postupka

Pre objašnjenja toka postupka, važno je ukazati na opšte karakteristike postupka pred Evropskim sudom.

2.4.2.1. Javnost postupka

Na osnovu pravila 33. Poslovnika, sva dokumenta koja su deponovana u Sudu od strane stranaka u postupku ili trećih lica, a u vezi sa predstavkom, dostupna su javnosti, osim ukoliko predsednik veća ne odluči drugačije. Od ovog pravila su izuzeta dokumenta deponovana u vezi sa pregovorima oko postizanja prijateljskog poravnanja. Takođe, pravilo o dostupnosti dokumenata može biti ograničeno radi zaštite morala, javnog poretka ili nacionalne bezbednosti u demokratskom društvu, kada to zahtevaju interesi maloletnika ili zaštita privatnog života stranaka, ili kada bi po oceni predsednika ili veća dostupnost ugrozila interes pravde. Svaki zahtev za obezbeđenjem tajnosti mora sadržati razloge iz kojih se traži i mora naglasiti da li se zahteva tajnost svih ili dela dokumenata. Odluke i presude odbora i veća su po pravilu javna, a Sud povremeno omogućava pristup opštim informacijama o odlukama donetim od strane sudije pojedinca.

Sve rasprave pred Sudom su javne, osim ukoliko Sud ne zabrani prisustvo medija i javnosti na zahtev stranke ili po sopstvenom nahođenju, iz istih razloga kao i u prethodnom slučaju.²⁰⁹

2.4.2.2. Upotreba jezika

Pred Sudom su u upotrebi dva službena jezika, engleski i francuski. Međutim, sva pismena upućena Sudu pre momenta privatanja predstavke mogu biti napisana i na službenom jeziku neke od država ugovornica Konvencije. Posle donošenja odluke o prihvatljivosti predstavke, sva

²⁰⁹ Pravilo 63. Poslovnika.

pismena se pišu na jednom od dva pomenuta službena jezika, osim ukoliko predsednik veća ne odobri nastavak korišćenja službenog jezika jedne od ugovornih strana Evropske konvencije.²¹⁰ U toj situaciji, sekretar Suda će biti u obavezi da obezbedi prevod podnosiocevih izjava i navoda, u celini ili delimično, kada predsednik veća smatra da je to u interesu adekvatnog vođenja postupka. Isto pravilo primenjuje se i na situaciju kada svedok, veštak ili drugo lice koje je učesnik u postupku ne zna dobro engleski ili francuski jezik. Takođe, postoji mogućnost da predsednik veća odobri upotrebu jezika koji nije u službenoj upotrebi u jednoj od država ugovornica Konvencije. Ipak, tada će stranka koja je ovakav zahtev uputila morati da obezbedi tumača ili prevodioca za jedan od dva službena jezika Suda, pri čemu će sama snositi troškove tumačenja ili prevođenja.²¹¹ Predsednik veća može u određenom vremenskom roku zahtevati prevod ili skraćenu verziju nekih dokumenata. Ova pravila odnose se i na intervenciju treće strane. Konačno, bilo koji svedok, ekspert ili drugo lice koje se pojavljuje pred Sudom može koristiti maternji jezik ukoliko ne zna engleski ili francuski.

2.4.2.3. Zastupanje stranaka

Jedno od bitnih načela postupka jeste i to da stranku pred Sudom zastupa stručno lice. Tako na osnovu pravila 35. i 36. Poslovnika, državu zastupa agent, kojem po pravilu pomaže tim advokata i savetnika, dok pojedinca zastupa advokat, kako bi se na najbolji mogući način pružila zaštita licu koje tvrdi da mu je neko pravo povređeno. Iako prilikom podnošenja predstavke stranka može nastupati samostalno, onog trenutka kada se predstavka dostavi državi ugovornici protiv koje je podneta, predsednik veća će naložiti podnosiocu predstavke da uzme pravnog zastupnika. Smatra se da je stranci dostavljeno svako obaveštenje ili dokument koji se uputi njenom zastupniku,²¹² koji mora biti prisutan na svakom ročištu i angažovan za radnje u postupku posle donošenja odluke o prihvatljivosti predstavke. U svakoj fazi postupka, predsednik veća može doneti odluku o tome da određeni advokat ne može više zastupati stranku, niti joj dalje pomagati u postupku. Ovakva odluka biće doneta zbog neprofesionalnog ponašanja advokata, ili onda kada to zahtevaju okolnosti slučaja.

210 Pravilo 34. tač. 3 a) Poslovnika.

211 Pravilo 34. tač. 4 b) Poslovnika.

212 Pravilo 37. tač. 1 Poslovnika.

2.4.2.4. Pravna pomoć

Jedno od osnovnih prava, u razvijenim demokratskim društvima, jeste pružanje besplatne pravne pomoći licu koje nije u mogućnosti da plati troškove postupka. Kako je Sud institucija koja nadgleda poštovanje prava predviđenih Evropskom konvencijom, koja propisuje i siromaško pravo u članu 6. stav 3, bilo bi potpuno nelogično da ovaj Sud ne priznaje to isto pravo u postupku koji se pred njim vodi. Zato predsednik veća može na zahtev podnosioca predstavke, ili po sopstvenom nahođenju, odobriti pružanje besplatne pravne pomoći podnosiocu predstavke radi predstavljanja slučaja.²¹³ Ovo pravo priznaje se od trenutka prijema pisanih napomena države ugovornice protiv koje je predstavka podneta, ili od isteka roka za njihovo podnošenje. Besplatna pravna pomoć odobrava se onda kada se predsednik veća uveri da je neopodnožna za pravilno odvijanje postupka pred većem, kao i da podnosilac nema dovoljno sredstava da nadoknadi potrebne troškove u celini ili delimično.²¹⁴

U ovoj drugoj situaciji, uputioci podneska popunjavaju obrazac u kojem navode svoje prihode, kapitalne udele i sva novčana davanja u vezi sa izdržavanim licima, kao i ostale novčane obaveze.²¹⁵ Ovu izjavu mora overiti nadležni državni organ.

Naknada se isplaćuje advokatima ili drugim zastupnicima pojedinca koje je podnelo predstavku. Može se odobriti i radi naknade troškova puta i boravka, kao i drugih neophodnih izdataka koje je imao podnosilac predstavke ili njegov zastupnik.²¹⁶ Kada se pravna pomoć odobri, sekretar Suda utvrđuje iznos naknade i novčani iznos do kojeg se troškovi nadoknađuju. Ovu odluku predsednik veća može u svakom trenutku povući, a može i izmeniti odluku o pravnoj pomoći.²¹⁷

2.4.3. Vođenje postupka

Postupak se pokreće onog trenutka kada Sudu stigne prvi podnosiochev dopis, koji sadrži predmet predstavke. Međutim, ukoliko to smatra

213 Pravilo 100, tač. 1. Poslovnika.

214 Pravilo 101. Poslovnika.

215 Pravilo 102. Poslovnika.

216 Pravilo 103. tač. 2 Poslovnika.

217 Pravilo 105. Poslovnika.

celishodnim, Sud može odlučiti da se neki drugi datum uzima kao dan pokretanja postupka.

2.4.3.1. Postupak ispitivanja prihvatljivosti

Bilo je reči o uslovima koji moraju biti ispunjeni, da bi predstavka bila prihvatljiva pred Sudom. Na ovom mestu biće objašnjeno kako izgleda postupak ispitivanja prihvatljivosti predstavke i koji organ odlučuje o ovom pitanju.

Ukoliko je u pitanju *međudržavna predstavka*, koja se podnosi na osnovu člana 33. Evropske konvencije, predsednik Suda će odmah po podnošenju predstavke obavestiti državu ugovornicu protiv koje je podneta i dodeliti je jednom od odeljenja. Po dodeli predmeta odeljenju, predsednik odeljenja sastaviće veće u kojem su članovi po službenoj dužnosti sudije obe države.²¹⁸ Država protiv koje je predstavka podneta biće pozvana da podnese svoja razmatranja o uslovima prihvatljivosti u konkretnom slučaju, koji će biti prosleđeni sekretarijatu Suda i drugoj strani koja može dati svoj pisani odgovor. Pre nego što odluči o prihvatljivosti predstavke, veće ili njen predsednik može odlučiti da zatraži još neke dodatne izjave od stranaka. Predsednik veća može tražiti dodatna zapažanja. Rasprava o uslovima prihvatljivosti može biti održana ukoliko jedna od strana to zatraži, ili veće tako odluči (pravilo 51. Poslovnika). U odluci o prihvatljivosti se navodi da li je doneta jednoglasno ili većinom glasova. Odluka se dostavlja stranama u postupku, stranama koje su intervenisale, kao i Komesaru za ljudska prava Saveta Evrope.

Ukoliko je u pitanju *pojedinačna predstavka*, koja se podnosi na osnovu člana 34. Evropske konvencije, predsednik Suda dodeljuje predstavku jednom od pet odeljenja, pri čemu se stara o obezbeđenju ravnomerne raspodele predmeta po odeljenjima.²¹⁹ Predsednik odeljenja kome je predmet dodeljen sastavlja veće od sedam sudija, koji će ispitati prihvatljivost predstavke. U ovoj fazi postupka, od stranke se može zahtevati da dostavi dodatne podatke i materijal koji se smatraju relevantnim za odlučivanje.

Sa stupanjem na snagu Protokola br. 14, uvedena je i značajna uloga *sudije pojedinca*. Pravilo 52A. Poslovnika predviđa da sudija pojedinac

218 Pravilo 26. tač. 1 a) Poslovnika.

219 Pravilo 52. Poslovnika.

može proglasiti predstavku neprihvatljivom ili je brisati sa liste kada takva odluka može biti doneta bez daljeg ispitivanja. Takva odluka je konačna, a podnosilac predstavke se o njoj obaveštava u pisanoj formi. Na osnovu člana 26. stav 3. Evropske konvencije, sudija pojedinac ne može ispitivati predstavku u kojoj je tužena država ona koja ga je stavila na listu za sudiju. Kada sudija ne može doneti ovu odluku, proslediće je odboru ili veću na dalje ispitivanje.

Pravilo 53. Poslovnika uređuje proceduru pred *odborom* od troje sudija. Odbor može jednoglasnom odlukom i u bilo kojoj fazi postupka, proglasiti predstavku neprihvatljivom, ili je brisati sa liste predmeta, kada takva odluka može biti doneta bez daljeg ispitivanja. Takođe, odbor može jednoglasno usvojiti presudu, uključujući i odluku o prihvatljivosti, i kada je to moguće, odluku o pravičnoj naknadi. Ove odluke i presude su konačne. Ukoliko odbor ne može da donese odluku ili presudu, predstavka se prosleđuje veću na dalje ispitivanje i odlučivanje.

Na osnovu pravila 54. Poslovnika, *Veće* može proglasiti predstavku neprihvatljivom, ili je brisati sa liste predmeta, a ovakva odluka može se odnositi na deo ili na celu predstavku. Alternativno, Predsednik odeljenja ili veće mogu zahtevati od stranke da dostavi sve navode o činjenicama, ili druge materijale koji su po njihovoj oceni relevantni za odlučivanje. Takođe, veće će obavestiti državu ugovornicu protiv koje je predstavka podneta i pozvati je da dostavi pisane navode o predstavi. Veće može zatražiti još neke dodatne pisane izjave od stranaka u postupku, a može održati i raspravu kada smatra da je to potrebno. veće može istovremeno odlučivati i o prihvatljivosti predstavke i o meritumu spora i doneti presudu.

O prihvatljivosti podneska donosi se obrazložena odluka veća, u kojoj se navodi da li je ona doneta jednoglasno ili većinom glasova. Ovu odluku sekretar Suda dostavlja podnosiocu predstavke i tuženoj ugovornoj strani, ili stranama. Odluke se objavljuju u službenim izdanjima Suda na oba službena jezika i dostupne su javnosti.²²⁰

2.4.3.2. *Postupak po prihvatanju predstavke*

Onog trenutka kada veće utvrdi da su ispunjeni svi uslovi koji se traže za prihvatljivost predstavke, prelazi se na odlučivanje o meritumu spora.

220 Pravilo 57. Poslovnika.

Ukoliko je u pitanju *međudržavna predstavka*, kada veće prihvati predstavku, predsednik veća, nakon konsultacija sa državama u sporu, određuje rokove za podnošenje pisanih napomena o suštini stvari i za predlaganje daljih dokaza. Predsednik može, uz saglasnost zainteresovanih stranaka, i da naloži obustavu pisanog postupka. U tom slučaju, prelazi se na usmenu raspravu, a ročište na kojem se raspravlja o meritumu spora održava se samo ako jedna od zainteresovanih strana to zatraži, ili ukoliko to veće odluči po sopstvenom nahođenju. Predsednik veća utvrđuje usmeni postupak.²²¹

Kada je u pitanju *pojedična predstavka*, pošto se veće pozitivno izjavi o prihvatljivosti predstavke, ono može pozvati stranke da dostave i druge dokaze, kao i da daju svoje pisane izjave. Ročište na kojem se raspravlja o suštini stvari održava se samo ukoliko veće, po sopstvenom nahođenju, to odluči. Takođe, ročište može biti održano i kada to stranka zahteva, ukoliko nijedno ročište nije održano u fazi odlučivanja o prihvatljivosti predstavke. Ako je to potrebno, predsednik veća utvrdiće pisani i usmeni postupak.²²²

Podnosilac predstavke koji želi da dobije pravičnu naknadu zbog povreda Evropske konvencije, mora podneti poseban zahtev, zajedno sa pratećom dokumentacijom i to u roku određenom za slanje zapažanja, osim ukoliko predsednik veća ne odluči drugačije. Ovaj zahtev biće proslavljen drugoj strani na izjašnjenje.²²³

Kada se predstavka proglašava prihvatljivom, sekretar Suda o ovoj odluci obavestava svaku državu ugovornicu čiji je državljanin podnosilac predstavke, kao i ugovornu stranu ili strane protiv kojih je predstavka podneta. Predsednik veća može, u interesu pravde, pozvati svaku državu ugovornicu koja nije stranka u postupku ili svako zainteresovano lice, da podnesu pisane komentare, ili izuzetno, uzmu učešća u raspravi. Predsednik veća to može učiniti i po njihovom zahtevu. Ukoliko takav zahtev postoji, on mora biti obrazložen i podnet u razumnom roku po utvrđivanju pismenog postupka. Ova pisana zapažanja sekretar dostavlja strankama i ovlašćuje ih da podnesu svoje pismene odgovore u određenom roku.

221 Pravilo 58. Poslovnika.

222 Pravilo 59. Poslovnika.

223 Pravilo 60. Poslovnika.

2.4.3.3. Procedura za donošenje pilot presuda

Posljednjih godina, Evropski sud je razvio novu proceduru za usvajanje tzv. pilot presuda, kao načina za bavljenje velikom grupom identičnih predmeta, koji su podneti Sudu zbog povreda Evropske konvencije koji nastaju zbog istog problema.²²⁴ Komitet ministara je 2004. godine usvojio rezoluciju u kojoj je pozvao Sud da identifikuje sistemske probleme u jednoj zemlji, a potom je procedura za donošenje pilot presuda uvedena u Pravilo 61. Poslovnika 2011. godine, ali nije uvedena i u tekst Evropske konvencije.²²⁵

Evropski sud može pokrenuti ovu proceduru i usvojiti pilot presudu kada činjenice iznete u predstavci ukazuju na postojanje strukturalnih ili sistemskih problema u državi ugovornici, a koji mogu dovesti do sličnih predstavlki u budućnosti. Glavni razlog za uvođenje pilot procedure, jeste da se uvede delotvorno pravno sredstvo kojim se može brže i adekvatnije ostvariti pravda, nego vođenjem postupka pred Sudom u Strazburu.

Pre pokretanja ove procedure, Sud će prvo tražiti od stranaka da iznesu svoja zapažanja da li su povrede iznete u predstavci koja se ispituje posledica takvog problema, ili da li je predmet podložan za ovu proceduru. Proceduru može pokrenuti Evropski sud na inicijativu stranaka, ili na sopstvenu inicijativu. Kada je predstavka određena za pilot proceduru, ona se smatra prioritetnom prema Pravilu 41. Procedure.

Sud će u pilot presudi utvrditi da li je bilo povrede Konvencije u konkretnom slučaju, ukazati na prirodu strukturalnih, odnosno sistemskih problema koji uzrokuju povredu i dovode do tzv. ponavljajućih slučajeva („*repetitive cases*“), i predložiti tip mere koju država ugovornica treba da preduzme. Sud može odrediti rok u kojem će mera biti sprovedena, vodeći računa o prirodi mere, kao i brzini kojom problem može biti otklonjen. O usvajanju pilot presude se obaveštavaju Komitet ministara, Parlamentarna skupština, Generalni sekretar, kao i Komesar za ljudska prava.²²⁶

224 Prva pilot presuda doneta je u predmetu *Broniowski v. Poland*, predstavka br. 31443/96, presuda od 22. juna 2004.

225 Committee of Ministers, 'Resolution on judgments revealing an underlying systemic problem', Res (2004) 3, 12 May 2004.

226 Pravilo 61. Poslovnika.

Posebna karakteristika ovog postupka jeste mogućnost pridruživanja ili „zamrzavanja“ ispitivanja svih sličnih slučajeva za određeni vremenski period, što predstavlja meru podsticaja za vlasti da što brže reše sistemsku povredu. Međutim, Sud uvek može nastaviti da razmatra predmet, kada to zahteva interes pravde.

2.4.3.4. Prijateljsko poravnanje

Evropska komisija je, pre stupanja na snagu Protokola br. 11, imala zadatak da pokuša da pomiri suprotstavljene interese strana u sporu, tako što bi svojim aktivnostima dovela do prijateljskog poravnanja u onim situacijama u kojima je to moguće. Kada je Evropska komisija novembra 1998. godine prestala da postoji, ova njena funkcija prešla je na Evropski sud. Prema pravilu 62. Poslovnika, onog trenutka kada se predstavka proglasi prihvatljivom, sekretar Suda koji postupa po uputstvima veća ili njegovog predsednika, stupa u kontakt sa strankama radi postizanja prijateljskog poravnanja. Veće preduzima sve neophodne mere, kako bi olakšalo takvo poravnanje. Pregovori o prijateljskom poravnanju su poverljive prirode. Njihova važna odlika jeste i to da ne mogu ići na štetu argumenata stranaka u parničnom postupku. Takođe, stranka se ne može pozivati na saopštenje, ponudu ili ustupak koji je učinjen u okviru pokušaja da se obezbedi prijateljsko poravnanje. Ukoliko sekretar Suda obavesti veće da su se stranke sporazumele o prijateljskom poravnanju, i kada veće utvrdi da je poravnanje postignuto na osnovu poštovanja ljudskih prava garantovanih Konvencijom i protokolima uz nju, veće će brisati predmet sa liste Suda.²²⁷

Kada strane dogovore prijateljsko poravnanje u slučaju pilot procedure, takav sporazum će sadržati izjavu države, protiv koje je postupak pokrenut, o implementaciji opštih mera koje su identifikovane u pilot presudi, kao i naknadu koja treba da bude dodeljena drugim aktuelnim i potencijalnim podnosiocima predstavke.

Kada podnosilac predstavke odbije uslove predloga za prijateljsko poravnanje, država ugovornica Evropske konvencije može podneti zahtev Sudu da se predstavka briše sa liste.²²⁸

227 Pravilo 62. Poslovnika.

228 Pravilo 62A. Poslovnika.

2.4.3.5. Rasprava pred većem

Rasprava o suštini stvari se održava samo ako veće to odluči po sopstvenom nahođenju, ili pod uslovom da to stranka zahteva, kada nijedno ročište nije održano u fazi odlučivanja o prihvatljivosti predstavke. Raspravom upravlja predsednik veća, koji određuje redosled kojim se agenti i advokati ili savetnici stranaka pozivaju da izlože svoj stav o spornom pitanju.²²⁹ Svaki sudija može postaviti pitanje bilo kojoj osobi koja se pojavi pred Sudom. Moguće je i vođenje rasprave u odsustvu, onda kada je stranka ili bilo koja druga osoba uredno pozvana ali se ne pojavi u zakazano vreme i pri tom ne pruži adekvatno opravdanje za svoj izostanak, i kada veće odluči da je to u skladu sa sprovođenjem pravde.²³⁰

Tokom rasprave, vode se stenografske beleške saslušanja, za koje je odgovoran sekretar Suda. Ove beleške uključuju: podatke o sastavu veća na ročištu, spisak lica koja su se pojavila pred Sudom, kao i trećih lica koja učestvuju u postupku, osnovne podatke i adrese svedoka, veštaka ili nekog drugog saslušanog lica, tekst izjava, pitanja i datih odgovora, kao i tekst odluka koje je na ročištu donelo veće ili predsednik veća. Prepis stenografskih beležaka dostavlja se predstavnicima stranaka, kako bi oni imali mogućnost da izvrše ispravke pod nadzorom sekretara ili predsednika veća. Te ispravke ne utiču na smisao i značenje onoga što je izrečeno, a potpisuju ih predsednik i sekretar Suda i tada se smatraju overenim. Ukoliko su beleške na nekom od jezika koji nije u službenoj upotrebi u Sudu, sekretar brine o njihovom prevođenju na jedan od službenih jezika.²³¹

Kao i druga međunarodna sudska tela (npr. Međunarodni sud pravde) i Sud je ovlašćen da odlučuje o privremenim merama, kada to zahtevaju okolnosti slučaja. O ovom pitanju odlučuju veće ili predsednik odeljenja, na zahtev stranke ili drugog zainteresovanog lica, ili po službenoj dužnosti. Određuju se privremene mere koje su u interesu stranaka ili pravilnog odvijanja postupka. O donetim merama odmah se obaveštava Komitet ministara.²³² Veće ili predsednik odeljenja mogu zatražiti informacije od stranaka o bilo kom pitanju koje je u vezi sa imple-

229 Pravilo 64. Poslovnika.

230 Pravilo 65. Poslovnika.

231 Pravilo 70. Poslovnika.

232 Pravilo 39. Poslovnika.

mentacijom bilo koje privremene mere. Predsednik suda može izabrati i zamenika odeljenja koji će biti zadužen da odlučuje o zahtevima za privremenim merama.

Pravilo 44. Poslovnika uređuje mogućnost intervenisanja u toku postupka. Kada je obaveštenje o predstavki dato državi ugovornici, nje-nu kopiju će sekretarijat proslediti bilo kojoj državi ugovornici čiji su podnosioci predstavke državljeni. Sekretarijat će obavestiti države o odluci da se održi javna rasprava o konkretnom slučaju. Kada država želi da podnese pisane komentare, ili da uzme učešće u raspravi, treba da obavesti sekretarijat o ovoj svojoj nameri i to najviše 12 nedelja od obaveštenja, osim ukoliko predsednik veća ne odredi drugo rok zbog postojanja nekih izuzetnih okolnosti. Isto može učiniti i Komesar za ljudska prava. Takođe, predsednik veća može, ukoliko to zahtevaju interesi pravde, da pozove bilo koju državu ugovornicu koja nije stranka u postupku, ili bilo kojeg pojedinca koji nije podnosilac predstavke, da podnese pisane komentare ili, izuzetno, da uzme učešće u raspravi.

Ukoliko podnosilac predstavke obavesti sekretarijat o svojoj nameri da dalje ne učestvuje u postupku, veće može izbrisati predstavku s liste predmeta, ukoliko se druga strana složi sa time.²³³ Ova odluka donosi se u vidu presude, koju predsednik veća dostavlja Komitetu ministara. Međutim, to ne znači da Sud ne može vratiti predstavku na svoju listu, ukoliko smatra da to zahtevaju posebne okolnosti.²³⁴

S druge strane, kada veće donese presudu o meritumu spora, ova odluka biće konačna kada protekne rok od tri meseca ukoliko ni jedna strana ne uputi predmet Velikom veću, ili i pre ovog roka ukoliko stranke izjave da predmet neće izneti pred Veliko veće.

2.4.3.6. Postupak pred Velikim većem

Postupak pred Velikim većem može se voditi po dva osnova.

Prva situacija postoji onda kada veće, koje još uvek nije donelo presudu, odluči da ustupi nadležnost Velikom veću. Veće će postupiti na

233 Evropski sud može, u bilo kojoj fazi postupka, odlučiti da predstavku skine sa liste predmeta, u skladu sa članom 37. Evropske konvencije. Takođe, predmet može biti vraćen na listu kada to opravdavaju posebne okolnosti. Videti pravilo 43. Poslovnika.

234 Pravilo 43. Poslovnika.

ovaj način ukoliko predmet koji se razmatra pred većem pokreće neko ozbiljno pitanje koje je od značaja za tumačenje Evropske konvencije i njenih protokola, ili ako rešenje pitanja pred većem može dovesti do rezultata koji nije u saglasnosti sa presudom koja je prethodno doneta.

Važno je istaći da ne mora postojati obrazloženje za ustupanje nadležnosti Velikom veću, a sekretar Suda će obavestiti stranke o ovoj nameri veća. Stranke imaju mogućnost da dostave Sekretarijatu obrazložen prigovor na ovu odluku, u roku od mesec dana od trenutka prijema obaveštenja.²³⁵

Drugi osnov za pokretanje postupka pred Velikim većem postoji samo izuzetno, i to onda kada bilo koja stranka, u roku od tri meseca od izricanja presude veća, uputi pisani zahtev sekretarijatu da se predmet iznese pred Veliko veće. Stranka ovom prilikom mora navesti razloge, koji po njenom mišljenju opravdavaju razmatranje predmeta pred Velikim većem. Ti razlozi moraju biti takvi da pokreću ozbiljno pitanje koje je od značaja za tumačenje Konvencije i njenih protokola, ili neko ozbiljno pitanje koje je od opšte važnosti. O prihvatanju ovog zahteva odlučuje kolegijum od pet sudija Velikog veća, koji ne moraju obrazložiti odbijanje ovog zahteva. Ukoliko kolegijum prihvati zahtev, Veliko veće odlučuje o predmetu spora donošenjem presude.²³⁶

Doneta presuda biće konačna i neće se više moći preispitivati. Jedini izuzetak od ovog pravila postojaće onda kada dođe do otkrivanja činjenice, koja po svojoj prirodi može imati odlučujući uticaj na spor, ukoliko nije bila poznata strankama, niti se može pretpostaviti da je mogla biti poznata strankama u trenutku izricanja presude. Rok za podnošenje zahteva za preispitivanje presude iznosi šest meseci od trenutka kada je stranka saznala za tu činjenicu.²³⁷

2.4.4. Presuda

Za razliku od ugovornih tela koja se staraju o primeni pojedinih univerzalnih ugovora o ljudskim pravima i koja po pravilu donose mišljenja ili konstatacije koje nisu u punoj meri pravno obavezujuće (npr. Komitet

235 Pravilo 72. Poslovnika.

236 Pravilo 73. Poslovnika.

237 Pravilo 80. Poslovnika.

za ljudska prava, Komitet protiv torture), Sud donosi presudu koja je obavezujuća za stranke. Presuda mora sadržati:

1. datume podnošenja i izricanja presude;
2. podatke o strankama;
3. imena agenata, advokata ili savetnika stranaka;
4. opis postupka;
5. činjenično stanje predmeta;
6. sažetak podneska stranaka;
7. pravnu argumentaciju;
8. izreku;
9. eventualnu odluku u pogledu troškova;
10. broj sudija koji čine većinu;
11. izjavu da je tekst autentičan, ukoliko je to potrebno.

Ponekad se presude donose anonimno, a ponekad većinom glasova članova sudskog veća. Svaki sudija može priložiti izdvojeno mišljenje kada se ne slaže sa donetom presudom, a može da priloži i izjavu o neslaganju ukoliko se slaže sa presudom, ali ne i sa njenim obrazloženjem.

Presuda se sastavlja na engleskom ili francuskom jeziku, osim ako Sud ne odluči da se presuda izriče na oba službena jezika. Sve izrečene presude dostupne su javnosti i objavljuju se kako u zvaničnim izdanjima Suda, tako i na sajtu Suda.²³⁸

Presude potpisuje predsednik veća i sekretar. Ona se smatra izrečenom kada je pročitana predsednik veća ili drugi sudija kojeg on odredi na ročištu otvorenom za javnost, ili kada je presuda dostavljena. Presuda se prosleđuje Komitetu ministara koji nadzire njeno izvršenje. Sekretar Suda šalje overene prepise strankama, Generalnom sekretaru Saveta Evrope, trećem licu i neposredno zainteresovanim licima.

Godinu dana po izricanju presude, stranka ima pravo da zahteva njeno tumačenje.²³⁹ Zahtev se upućuje Sekretarijatu, a u njemu se navode konkretni delovi iz presude čije se tumačenje traži. Veće odlučuje o

238 Zvaničan sajt Suda je www.echr.coe.int

239 Pravilo 79. Poslovnika.

tumačenju u izvornom sastavu i ono može odbiti da pruži tumačenje kada smatra da navedeni razlozi nisu opravdani. Ukoliko veće prihvati ovaj zahtev, sekretar Suda će o njemu obavestiti drugu stranu i pozvati je da u određenom roku podnese svoj pismeni komentar. O tumačenju presude izvorno veće odlučuje presudom.

Konačno, Sud može ispraviti očigledne greške u roku od mesec dana od izricanja presude, i to na zahtev stranke, ili po službenoj dužnosti.²⁴⁰

2.5. Izvršenje presuda Evropskog suda za ljudska prava

Uvodne napomene

Presuda koju donese Evropski sud mora biti izvršena na teritoriji države ugovornice koja je prekršila odredbe Konvencije. Izvršenje presude smatra se sastavnim delom postupka u smislu člana 6. Konvencije, shodno načelu vladavine prava.²⁴¹ Ovo je razumljivo ukoliko se uzme u obzir da je izvršenje presuda Suda kamen temeljac i potvrda delotvornosti evropskog sistema zaštite ljudskih prava. Ne treba izgubiti iz vida da je ova zaštita supsidijarna u odnosu na primarnu zaštitu koju pruža država, pa se i pokreće isključivo onda kada su iscrpeni unutrašnji pravni lekovi, o čemu je već bilo reči.

Obaveza država da se povinuju pravnosnažnoj presudi Suda u svakom predmetu u kojem su stranke proizlazi iz člana 46. stav 1. Evropske konvencije. To znači da odluke Suda ostavljaju državama pravo izbora mera kojima će se ostvariti efekat presude u domaćem pravnom sistemu.²⁴² Međutim, izbor mera ograničen je članom 53. Konvencije, koji predviđa da se „nijedna odredba ove Konvencije neće [se] tumačiti tako da ograničava, odnosno, ugrožava ljudska prava i osnovne slobode koji bi bili priznati po zakonima svake Visoke strane ugovornice ili po svakom drugom sporazumu čija je ona strana ugovornica.“ Takođe, važno je

240 Pravilo 81. Poslovnika.

241 Videti *Hornsby v. Greece*, predstavka br. 18357/91, presuda od 01. aprila 1998, stav 40.

242 *Papamichalopoulos and others v. Greece*, predstavka br. 14556/89, presuda od 24. juna 1993, stav 34.

istaći da presude Suda ne mogu biti podvrgnute reviziji nekog drugog međunarodnog tela.²⁴³

Komite ministara, kao izvršni organ Saveta Evrope, ovlašćen je članom 46. stav 2. Konvencije da nadgleda izvršenje presuda Suda. S druge strane, obaveza države da izvrši presudu na svojoj teritoriji ne odnosi se samo na angažovanje njene izvršne vlasti, već i na mere zakonodavnih i sudskih organa, zavisno od konstatovane povrede u svakom konkretnom slučaju.

Obaveza države da izvrši presudu Suda proizlazi iz činjenice da ona nije ispunila svoju primarnu obavezu predviđenu članom 1. Evropske konvencije, prema kojoj „Visoke strane ugovornice jemče svakome u svojoj nadležnosti prava i slobode” koje su garantovane Konvencijom i njenim protokolima. Pomenuta obaveza proizlazi iz kršenja međunarodne obaveze i sastoji se iz tri dela: obaveze da se zaustavi povreda; obaveze da se nadoknadi nastala šteta (da se eliminišu posledice povrede); i, obaveze da se povreda ne ponovi.²⁴⁴

2.5.1. Vrste mera

Komite ministara je 2006. godine izmenio dotadašnja Pravila za nadzor izvršenja presuda²⁴⁵ koja u pravilu 3. predviđaju da onog trenutka kada je presuda ili odluka prosleđena Komitetu ministara, predmet će biti uvršćen u agendu bez odlaganja. Prioritet će biti dat nadzoru nad izvršenjem presuda koje sadrže sistemske probleme, što neće ići na štetu drugih važnih slučajeva u kojima je Sud utvrdio da su podnosioci predstavljeni pretrpeli ozbiljne posledice. Pravilo 6. nalaže Komitetu ministara da obrati pažnju na sledeća pitanja: 1) da li je plaćena naknada čiji je iznos Sud utvrdio; 2) da li su preduzete individualne mere za obezbeđenje prestanka povrede i povraćaj u stanje koje je postojalo pre povrede, kao i 3) da li su usvojene opšte mere kako bi se sprečile buduće povrede, ili zaustavile povrede koje već traju.

243 *Ringeisen v. Austria*, predstavka br. 2614/65, presuda od 16. jula 1971, stav 13.

244 *Scozzari and Giunta v. Italy*, predstavka br. 39221/98; 41963/98, presuda od 13. jula 2000, stav 249.

245 Komite ministara je na 964. sastanku, 10. maja 2006. godine, usvojio Pravila koja su u vezi sa primenom člana 46. stav 2. Evropske konvencije.

2.5.1.1. Pravično zadovoljenje

Član 41. Konvencije jasno propisuje da „kada Sud utvrdi prekršaj Konvencije ili protokola uz nju, a unutrašnje pravo Visoke strane ugovornice u pitanju omogućava samo delimičnu odštetu, Sud će, ako je to potrebno, pružiti pravično zadovoljenje oštećenoj strani.“

Pravično zadovoljenje je jedina mera koju Sud može narediti državi koja je odgovorna za neku povredu Konvencije. Ovaj nalog nalazi se u presudi i zahteva direktno i jasno izvršenje. Sud može dosuditi naknadu materijalne štete (kako naknadu štete koju je lice pretrpelo (*damnum emergens*), tako i naknadu štete za izgublenu dobit (*lucrum cessans*). Takođe, Sud može dosuditi i naknadu nematerijalne štete za pretrpljen prihički bol. Konačno, Sud može dosuditi i naknadu troškova koje je lice imalo kako pred domaćim sudovima, tako i pred samim Evropskim sudom. Ovi troškovi se obično odnose na takse, pravno zastupanje i slično. Dosuđeni iznosi, po pravilu, nisu veliki i često ne prelaze 10.000 evra. Međutim, pravično zadovoljenje zavisi i od prirode povrede, pa se najveće novčane odštete isplaćuju ukoliko je došlo do povrede člana 1. Protokola br. 1, kao npr. u slučaju *Alard protiv Švedske*, kada je Sud dosudio iznos u visini od 100.000 evra.²⁴⁶ Ipak, Sud je dosudio najveći iznos u predmetu *Jukos protiv Rusije*, gde je za povredu prava na pravično suđenje i povredu prava na imovinu, Sud akcionarima kompanije koja je likvidirana dosudio čak milijardu i 900 hiljada evra.²⁴⁷

Da bi Sud izbegao probleme koji su vezani za valutu, svi novčani iznosi izriču se isključivo u evrima. Takođe, zahteva se da isplata bude učinjena u razumnom roku, koji od slučaja *Moreira de Azevedo protiv Portugala* iznosi tri meseca.²⁴⁸ Međutim, ukoliko država prekorači ovaj rok, Sud će doneti naredbu da se iznos isplati, zaračunavajući na taj iznos i zateznu kamatu.

Problem može nastati u situaciji kada su stranke sklopile prijateljsko poravnanje, jer tada Sud ne donosi presudu kojom se u slučaju kaš-

246 *Allard v. Sweden*, predstavka br. 35179/97, presuda od 24. juna 2003.

247 *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*, predstavka br. 14902/04, presuda od 31. jula 2014.

248 *Videti Moreira de Azevedo v. Portugal*, predstavka br. 11296/84, presuda od 28. avgusta 1991.

njenja sa isplatom zaračunava i zatezna kamata. Da bi se ovaj problem prevazišao, zauzeto je stanovište da će se automatski zaračunati i zatezna kamata ukoliko država kasni sa isplatom više od tri meseca, čime se stranke dovode u jednak položaj bez obzira na način okončanja spora.

Operativni deo presude Suda, kojom se traži od države da isplati odgovarajući novčani iznos, direktno je primenjiv u domaćem pravnom sistemu bilo koje države ugovornice Evropske konvencije, pa ne zahteva donošenje dodatnog rešenja o izvršenju.

2.5.1.2. *Individualne mere*

U nekim situacijama, isplata određenog novčanog iznosa ne može ispraviti posledice nastale kršenjem ljudskih prava. Zato, država mora usvojiti i neke druge mere,²⁴⁹ kao što su: ponavljanje domaćeg sudskog postupka, uništenje informacija koje su nastale nezakonitim radnjama,²⁵⁰ vraćanje na posao radnika državne službe koji je nezakonito dobio otkaz,²⁵¹ ostvarenje kontakta između deteta i jednog roditelja,²⁵² povlačenje naloga za izručenjem ili deportovanjem lica sa teritorije države ugovornice zbog pretnje od izlaganja riziku po život i integritet datog lica²⁵³ Ipak, u ovom domenu država zadržava široko diskreciono pravo u pogledu izbora sredstava, kako bi izvršila presudu Suda.

Ponavljanje domaćih sudskih postupaka je jedna od najdrastičnijih mera, koju međunarodna odluka može izazvati u domaćim pravnim sistemima. Međutim, ponovno otvaranje nekog slučaja mora biti tačno definisano. Pošto je ovo pitanje vrlo delikatno, još 2000. godine Komitet ministara usvojio je Rezoluciju br. R (2000) 2,²⁵⁴ u čijem uvodnom delu ističe da neke situacije zahtevaju usvajanje mera koje će omogućiti oštećenoj strani vraćanje u ono stanje, koje je postojalo pre nego što je

249 Videti *Papamichalopoulos and Others v. Greece*, predstavka br. 14556/89, presuda od 24. juna 1993.

250 *Amann v. Switzerland*, predstavka br. 798/95, presuda od 16. februara 2000.

251 *Vogt v. Germany*, predstavka br. 17851/91, presuda od 01. novembra 1995.

252 *V.A.M. v. Serbia*, predstavka br. 39177/05, presuda od 13. marta 2007.

253 *Lamguindaz v. UK*, predstavka br. 16152/90, presuda od 11. avgusta 1993.

254 Recommendation Rec(2000) 2 on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights.

povreda nastala (*restitutio in integrum*). Dalje se naglašava da će nadležne vlasti preduzeti mere koje su u toj situaciji najpogodnije, imajući u vidu sva raspoloživa sredstva. Zato Komitet ministara poziva sve države ugovornice Konvencije da predvide mere kojima se povraćaj u pređašnje stanje može postići. Time on ohrabruje države da ispitaju svoj domaći pravni sistem i da uvedu nove mere, ukoliko postojeće nisu zadovoljavajuće, predviđajući dva kumulativna uslova koja ovakvu meru čine opravdanom. Tako, povređena strana mora trpeti ozbiljne negativne posledice usled rezultata nastalih domaćom odlukom, koja može biti ispravljena jedino ponavljanjem postupka. Takođe, Komitet ministara preporučuje ovu meru onda kada Sud utvrdi da je domaća odluka suprotna odredbama iz Evropske konvencije i da je utvrđena povreda koja je zasnovana na proceduralnim greškama ili manama. Ove greške ili mane moraju biti do te mere relevantne da izazivaju ozbiljnu sumnju u ishod domaćeg postupka, koji je bio predmet rasprave pred Sudom.

Međutim, ova mera može izazvati određene probleme, posebno kada se preduzima u krivičnom postupku. Prvo, postavlja se pitanje šta se dešava sa saučesnikom u nekom postupku koji nije uputio predstavku Sudu. Drugo, ovde se javlja problem izvođenja dokaza i dužine trajanja postupka koji je i inače dug, imajući u vidu prosečnu dužinu trajanja postupka na nacionalnom i evropskom nivou. Zato se ova mera izriče izuzetno, prvenstveno u situaciji kada Sud utvrdi kršenje proceduralnih garantija koje mogu biti od značaja za izbor kazne na domaćem novou, pa se traži preispitivanje ovakve odluke. Na primer, nije prihvatljivo da država isplati isključivo novčanu naknadu pojedincu koji je još uvek u zatvoru.²⁵⁵

Danas većina evropskih država omogućava ponavljanje postupka u slučaju nesaglasnosti domaće presude sa odlukom Suda, pa tako može doći do oslobađanja zatvorenika i do brisanja osude iz registra.²⁵⁶ Ukoliko je povreda proceduralnih garantija sistematska, Komitet ministara neće biti zadovoljan ako se samo primeni mera ponavljanja postupka, već će zahtevati temeljnije promene domaćeg pravnog sistema. Međutim, konačnu odluku o saglasnosti ovih izmena sa Konvencijom daće Sud, a ne Komitet ministara.

255 *Van Mechelen and others v. the Netherlands*, predstavke br. 21363/93; 21364/93; 21427/93; 22056/93, presuda od 23. aprila 1997.

256 Videti *Schwabe v. Austria*, predstavka br. 13704/88, presuda od 28. avgusta 1992.

2.5.1.3. Opšte mere

Ponekad će Evropski sud utvrditi postojanje sistemskih povreda koje zahtevaju preduzimanje tzv. opštih mera, kako bi se sprečile buduće povrede. Opšte mere najčešće podrazumevaju izmenu zakona, donošenje amandmana na ustav ili promenu precedentnog prava u anglo-saksonskom pravnom sistemu. U ovom poslednjem slučaju, Komitet ministara biće posebno obazriv u prikupljanju dokaza o primeni ovakve pojedinačne mere, jer će zahtevati ujednačenu sudsku praksu u određenom budućem periodu.

Danas je direktno dejstvo presuda Suda široko prihvaćeno u domaćim pravnim sistemima. Jedan od retkih problema i dalje predstavlja saglasnost domaćih sudova sa presudama Suda, koje su previše inovativne u poređenju sa domaćom sudskom praksom. U tim situacijama, domaći sudovi uglavnom odbijaju da prihvate presude Suda bez intervencije zakonodavne vlasti.²⁵⁷ Zato se u takvim situacijama zahteva hitno usvajanje mera kojima će biti omogućeno poštovanje obaveze da se izbegne ponavljanje povrede.²⁵⁸

Kao što je pomenuto, neophodne mere koje država mora preduzeti mogu biti u formi izmene uredbe, zakona ili ustava. Obično se amandmani odnose na pojedine proceduralne garantije iz oblasti krivičnog prava. Znatne reforme u sudskoj organizaciji učinjene su u Španiji, Portugalu i Italiji, u cilju skraćivanja dužine postupka. Važne promene učinjene su i u oblasti prava zatvorenika, dece rođene van braka, priznanja registrovanih partnerstava za istopolne zajednice. Međutim, države su pomenute reforme usvajale sporo, prvenstveno usled protivljenja zakonodavne vlasti, ili zato što se posledice presuda koje je Sud doneo nisu adekvatno procenjivale.

Isto tako, u praksi je prihvaćena i promena ustava u situacijama koje to nalažu,²⁵⁹ a problemi nastaju jedino ukoliko ta mera zahteva izjašnjava-

257 *Kroon and others v. the Netherlands*, predstavka br. 18535/91, presuda od 27. oktobra 1994.

258 Videti, na primer, *Zorica Jovanovic v. Serbia*, predstavka br. 21794/08, presuda od 26. marta 2013.

259 Videti ustavne promene koje su usledile posle sledećih presuda: *Demicoli v. Malta*, predstavka br. 13057/87, presuda od 27. avgusta 1991, *Paloro v. Austria*, Series A no. 329-B, presuda od 23. oktobra 1995.

nje građana na referendumu,²⁶⁰ ili širok politički konsenzus.²⁶¹ Zato se u mnogim državama, i pre donošenja ustava ili zakona, vodi računa o tome da li je pripremljeni predlog u saglasnosti sa odredbama Evropske konvencije i jurisprudencijom Suda.²⁶² Međutim, ne treba zaboraviti da zakonodavne reforme jesu samo prvi korak u ostvarenju i poštovanju ljudskih prava. Prema tome, država je dužna da preduzima i druge mere, koje se mogu sastojati u izgradnji zatvora i poboljšanju već postojećih kapaciteta, provođenju obuka za službenike, nezavisnom izboru sudija i slično.

Ako se uzme u obzir sve rečeno, može se zaključiti da jurisprudencija Suda dovodi do harmonizacije različitih pravnih sistema evropskih država, što predstavlja jednu od njegovih primarnih i najznačajnijih uloga.

2.5.2. Nadziranje izvršenja presuda

Uvodne napomene

Svaka država ugovornica Evropske konvencije obavezala se da na svojoj teritoriji izvršava presude Evropskog suda, ali je ipak potrebno ustanoviti telo koje će nadzirati pomenuto izvršenje. Prema Konvenciji, nadgledanje izvršenja presuda obavlja se u skladu sa bilateralnim ugovorom, koji zaključuju Komitet ministara i tužena država. Međutim, kako je Konvencija ugovor kojim su se države ugovornice međusobno obavezale da će poštovati garantovana prava pojedinaca koji se nalaze pod njihovom nadležnošću, kada država povredi neku odredbu Evropske konvencije mora se opravdati pred svim ostalim državama ugovornicama i objasniti slabosti domaćeg pravnog sistema u konkretnom slučaju. Upravo zato, više organa Saveta Evrope učestvuje u postupku nadgled-

260 Iako su problemi mogli nastati posle donošenja presude u *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, predstavka br. 14234/88;14235/88, presuda od 29. oktobra 1992, građani su potvrdili amandman na Ustav.

261 Međutim, poznat je slučaj protiv Bosne i Hercegovine, gde je Evropski sud tražio promenu Ustava zbog diskriminatorne odredbe kojom je aktivno biračko pravo uslovljeno etničkom pripadnošću, ali presuda do kraja 2016. nije izvršena. Videti *Sejdic i Finci v. Bosnia and Herzegovina*, predstavka br. 27996/06, 34836/06, presuda od 14. oktobra 2009; *Zornic v. Bosnia and Herzegovina*, predstavka br. 3681/06, presuda od 15. jula 2014.

262 Ovo je u skladu sa Rezolucijom Komiteta ministara iz 2004. godine, *Recommendation Rec(2004)5 on the verification of the compatibility of draft laws, existing laws and administrative practice with the standards laid down in the European Convention on Human Rights*.

danja izvršenja presuda, pa će se dalje u tekstu izložiti njihova uloga u tom procesu.

2.5.2.1. Evropski sud za ljudska prava

Prvenstvena uloga Evropskog suda u nadziranju izvršenja presuda jeste preventivnog karaktera. Ona se ogleda u kontroli plaćanja pravične naknade, indikacijama o mogućim merama da se izvrši presuda, proceduri za donošenje pilot presuda, kao i usvajanju druge presude o povredi koja je nastala neizvršenjem prvobitne presude.

Prvo, Sud može razdvojiti odluku o pravičnoj naknadi od presude u kojoj je utvrđena povreda Evropske konvencije, a može i na jednom mestu doneti odluku o povredi i pravičnoj naknadi.

Međutim, primarna preventivna uloga Suda se ogleda u utvrđivanju domašaja presuda koje je doneo Sud, kako bi se olakšalo njihovo izvršenje. Presude mogu sadržati uočene nedostatke u domaćim pravnim sistemima.²⁶³ Na primer, u slučaju *Hentrih protiv Francuske* iz 1995. godine, Sud je izričito naglasio da je najbolji način da se povreda člana 1. Protokola br. 1 ispravi povraćaj oduzete zemlje.²⁶⁴ Kako to nije moguće, Sud je istakao da naknada novčane štete mora biti isplaćena u visini tržišne vrednosti zemlje. U slučaju *Papamikalopolos i drugi protiv Grčke* iz 1995. godine, Sud je otišao korak dalje, ponudivši državi alternativni način izvršenja obaveze: ili da omogući povraćaj u pređašnje stanje, ili da plati kompenzaciju za novčanu štetu u roku od šest meseci.²⁶⁵ Takođe, u slučaju *Barbera, Meseg i Habardo protiv Španije* iz 1994. godine, Sud je razmatrao mere koje je preduzela država i zaključio da one nisu u potpunosti zadovoljavajuće, pošto je država oslobodila pojedinca koji je zatvoren suprotno odredbama Evropske konvencije, a nije mu dodelila i pravičnu naknadu za pretrpljenu štetu.²⁶⁶

Sud uglavnom preporučuje mere koje država treba da primeni, a njoj ostavlja široko diskreciono pravo u pogledu izbora i načina njihovog ostvarenja. Međutim, Sud može direktno zahtevati korake koje drža-

263 Videti *Huvig v. France*, predstavka br. 11105/84, presuda od 24. aprila 1990.

264 *Hentrich v. France*, predstavka br. 13616/88, presuda od 22. septembra 1994.

265 *Papamichalopoulos and Others v. Greece*, predstavka br. 14556/89, presuda od 31. oktobra 1995.

266 *Barbera, Messegue and Jabardo v. Spain*, predstavka br. 10590/83, presuda od 06. decembra 1988.

va mora preduzeti, kada je izbor mera samo teorijski i ograničen prirodnom povrede. Ovu mogućnost Sud je prvi put koristio 2004. godine u dva predmeta, kada je zahtevao oslobađanje lica koja su pritvorena suprotno članu 5. Evropske konvencije.²⁶⁷ Posle donošenja Rezolucije Komiteta ministara²⁶⁸ koja se odnosi na presude koje otkrivaju osnovne sistemske probleme, Sud je počeo efikasnije da identifikuje probleme koji su doveli do povrede ljudskih prava i da daje uputstva za izvršenje neophodnih mera.

Treće, Evropski sud aktivno učestvuje u izvršenju sopstvenih presuda kada primenjuje proceduru za donošenje pilot presuda. Osnovna karakteristika ove procedure, o čemu je već bilo reči, ogleda se u suspenziji ponavljajućih slučajeva tokom nadzora nad izvršenjem pilot presude od strane Komiteta ministara. Tako su ponavljajući slučajevi ponovo upućeni na nacionalni nivo, na osnovu principa supsidijarnosti, kako bi se otklonile posledice sistemske povrede. Na ovaj način, Evropski sud funkcioniše isto kao i ustavni sud, čija je uloga da kontroliše kompatibilnost domaćeg pravnog poretka sa ustavom.²⁶⁹

Konačno, nema sumnje da, prema opštim pravilima međunarodnog prava, delimično ili potpuno neizvršavanje presude Suda dovodi do samostalne povrede Konvencije i time do međunarodne odgovornosti države u pitanju. Ono što treba utvrditi jeste da li je Sud nadležan da kazni državu za takvu povredu. Prema Evropskoj konvenciji, Sud je ustanovljen kako bi se „obezbedilo poštovanje obaveza iz Konvencije i protokola uz nju koje su prihvatile Visoke strane ugovornice“. Poštovanje preuzetih obaveza mora se odnositi i na obavezu izvršenja pravnosnažne presude Suda. Međutim, ovakva mera biće preduzeta samo u situaciji kada država kategorično odbija da se povinuje presudi Suda i više je simboličkog karaktera.

2.5.2.2. *Komitet ministara*

Komitet ministara, posebno posle stupanja na snagu Protokola br. 11, ima glavnu ulogu u izvršenju presuda Suda. Na osnovu člana 46. stav

267 *Assanidze v. Georgia*, predstavka br. 71503/01, 2004; *Ilascu and others v. Russia and Moldova*, predstavka br. 48787/99, 2004.

268 *Videti Resolution by the Committee of Ministers on judgments revealing an underlying systemic problem*, Res (2004) 3.

269 D. Frost, *The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights, Limits and Ways Ahead*, *ICL Journal*, 2013, 19.

2. Evropske konvencije, pravnosnažna presuda Suda dostavlja se Komitetu ministara koji nadgleda njeno izvršenje. Da bi se ostvarila obaveza iz ovog člana, Komitet ministara je usvojio Pravila za primenu člana 46. stav 2. Evropske konvencije 2001. godine, koja su izmenjena 2006. godine.²⁷⁰ Takođe, nakon usvajanja Protokola br. 14, od januara 2011. godine, ustanovljena je procedura nadzora na dva koloseka.

Do nadzora nad izvršenjem presuda dolazi na specijalnim sastancima, na kojima se raspravlja o ljudskim pravima, a koji se održavaju 4 puta godišnje. Materijali sa ovih sastanaka su dostupni javnosti dve nedelje nakon održanog sastanka.

Odmah pošto presuda postane konačna, prosleđuje se Komitetu ministara, koji predmet može da klasifikuje pod standardni, ili pod pojačan nadzor. Pojačan nadzor se koristi kod predmeta koji zahtevaju donošenje hitnih individualnih mera ili otkrivaju važne strukturalne probleme (mahom kod pilot presuda i međudržavnih predmeta).

Država protiv koje je presuda doneta donosi akcioni plan, koji podnosi Komitetu. Pošto se preduzmu sve predviđene mere, država podnosi akcioni izveštaj. Tokom procesa nadzora, nevladine organizacije, kao i nacionalne institucije za unapređenje i zaštitu ljudskih prava mogu podneti svoje pisane komentare. Komitet ministara ima zadatak da osigura kontinuirani nadzor nad izvršavanjem presuda i odluka Evropskog suda, uključujući i one koje se odnose na zaključenje prijateljskog poravnanja, kao i kada se slučaj skida sa liste.²⁷¹ Nadzor se vrši do trenutka preuzimanja mera, kada se usvaja finalna rezolucija.

Komitet ministara ispituje da li je dodeljeno pravično zadovoljenje licu čije je pravo prekršeno, da li su preduzete individualne mere kako bi se obezbedio prekid povrede i lice dovelo u situaciju koja je postojala pre nanošenja povrede, kao i da li su usvojene opšte mere koje sprečavaju nanošenje budućih sličnih povreda.

Sve informacije i dokumentacija koja se odnosi na izvršenje presude konkretne države treba da budu dostupne javnosti, osim ukoliko Ko-

270 Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements (Adopted by the Committee of Ministers on 10 May 2006 at the 964th meeting of the Ministers' Deputies).

271 Videti Resolution DH (99) 26 od 18. januara 1999, *Sur v. Turkey*, predstavka br. 21592/93, presuda od 03. oktobra 1997.

mitet ministara ne odluči drugačije. Ovakva odluka biće doneta kako bi se zaštitio legitimni javni ili privatni interes. Prema tome, Komitet ministara uzeće u obzir razumne zahteve države ili država u pitanju, kao i interes povređene strane ili trećeg lica, kako se ne bi otkrio njen identitet.

Kada se ustanovi da je država preduzela sve neophodne mere kako bi izvršila presudu Suda, Komitet će usvojiti finalnu rezoluciju kojom će istaći da je država ispunila svoju obavezu preuzetu članom 46. stav 2. Evropske konvencije. U svojoj najnovijoj praksi, Komitet ministara jasno je istako da je preduzimanje mera kojima se sprečava ponavljanje povrede *conditio sine qua non* usvajanja konačne rezolucije. Ove rezolucije objavljuju se na zvaničnom sajtu Saveta Evrope.

Komitet ministara zahteva pisani dokaz da je isplaćen iznos utvrđen u presudi i traži da taj iznos bude isplaćen u celini.²⁷² U slučaju povratka u pređašnje stanje, Komitet ministara se zadovoljava primanjem informacija o individualnim i opštim merama koje je preduzela država.²⁷³ Komitet može zahtevati od države da pruži dokaze o usvajanju opštih mera kojima se sprečavaju dalje povrede,²⁷⁴ pa i da zahteva preduzimanje novih mera ukoliko se situacija nije popravila.²⁷⁵ U situaciji kada država preduzima zakonodavnu reformu koja je neophodna, Komitet će tražiti dokaz o efikasnosti ovakve mere. Taj dokaz biće dobijen proučavanjem sudske prakse nekoliko godina po donošenju presude.²⁷⁶

Kada se država protivi usvajanju i izvršavanju neophodnih mera, Komitet ministara može usvojiti privremene rezolucije, ili može pretiti svojim ovlašćenjima predviđenim članom 8. Statuta Saveta Evrope, što predstavlja meru pritiska za konkretnu državu.

272 Videti *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, predstavka br. 13427/87, presuda od 09. decembra 1994, Resolution DH (97) 184 od 20. marta 1997.

273 Videti, na primer, Resolution ResDH (2001) 53 od 26. februara 2001.

274 Videti Resolution DH (98) 10 od 18. februara 1998.

275 Videti Resolution DH (97) 336 od 11. jula 1997.

276 Videti Resolution ResDH (2001) 67 od 26. juna 2001, *Pauwels v. Belgium*, predstavka br. 10208/82, presuda od 26. maja 1988; Resolution ResDH (2001) 83 od 23. jula 2001, *Valsamis v. Greece*, predstavka br. 21787/93, presuda od 18. decembra 1996; Resolution ResDH (2001) 9 od 26. februara 2001, *Belziuk v. Poland*, predstavka br. 23103/93, presuda od 25. marta 1998.

Tokom svog nadzora, Komitet ministara može usvojiti privremene rezolucije kako bi pribavio informacije o napredovanju izvršenja presude, da bi izrazio zabrinutost, ili učinio važne preporuke u odnosu na izvršenje. Ove rezolucije donose se onda kada Komitet ministara, na osnovu informacija koje je država dostavila, smatra da preduzete mere nisu zadovoljavajuće. Takva rezolucija je mera ohrabrenja za državu u pitanju. Ova praksa uspostavljena je još 1988. godine, u slučaju *Ben Jakub protiv Belgije*,²⁷⁷ i od tada se uspešno ponavlja.

Postoji nekoliko tipova privremenih rezolucija. Prvi tip sadrži primedbu da mera nije usvojena i poziva državu da se saglasi sa presudom Suda.²⁷⁸ Drugi tip privremenih rezolucija pruža priliku Komitetu ministara da zabeleži izvestan napredak u tom smislu, pa i da ohrabri državu da usvoji dalje mere kako bi ispunila svoje obaveze iz presude.²⁷⁹ Konačno, treći tip privremenih rezolucija koristi se samo izuzetno i ima za zadatak da zapreti državi mnogo ozbiljnijim merama zbog neispunjenja obaveza, imajući u vidu vreme koje je proteklo od donošenja presude i hitnost koju zahteva situacija.²⁸⁰

Mogući odgovor na kategorično odbijanje države da ispuni svoju obavezu iz presude može biti i suspenzija članskih prava, ili pak isključenje iz članstva Saveta Evrope. Ovo će biti moguće samo u onim situacijama u kojima država uporno odbija da izvrši presudu, i kada se njeno ponašanje može tumačiti kao ozbiljna povreda principa vladavine prava i uživanja ljudskih prava i osnovnih sloboda. Ovakva mera nije mnogo korišćena i prvi put je njom zaprećeno u slučaju *Loizidu protiv Turske*, kada je 2000. godine u Privremenoj rezoluciji br. 105 naglašeno da odbijanje Turske da izvrši presudu Suda ukazuje na manifestaciju potpunog ignorisanja preuzetih međunarodnih obaveza.²⁸¹ Međutim, Komitet ministara pokazuje i ograničenja svojih ovlašćenja u izvršavanju presuda Suda, time što poziva vlasti država članica da preduzmu odgovarajuće aktivnosti, kako bi prekinule sa praksom kršenja svojih obaveza.

277 *Ben Jaacoub v. Belgium*, predstavka br. 9976/82, presuda od 27. novembra 1987.

278 Videti, na primer, Interim Resolution ResDH (2001), *Matthews v. UK*, predstavka br. 24833/94, presuda od 18. februara 1999.

279 Videti, na primer, Interim Resolution DH (2000) 135 od 25. oktobra 2000.

280 Videti, na primer, Interim Resolution ResDH (2001) od 26. juna 2001, *Loizidou v. Turkey*, predstavka br. 15318/89, presuda od 23. februara 1995.

281 Interim Resolution DH (2000) 105, od 24. jula 2000.

2.5.2.3. Parlamentarna skupština

Parlamentarna skupština pomaže Komitetu ministara u vršenju nadzornih funkcija nad izvršenjem presuda. Ova funkcija Parlamentarne skupštine uspostavljena je 1993. godine, usvajanjem Naredbe br. 485. Tada je ovaj organ ovlastio Odbor za pravna pitanja i ljudska prava da napravi izveštaj o problemima poštovanja ljudskih prava u državama članicama, uključujući i izvršenje presuda Suda. Naredbom br. 488 iz 1993. godine, koja je proširena Naredbom br. 508 iz 1995. godine, u situaciji kada država ne poštuje svoje obaveze, započinje procedura nadgledanja preuzetih obaveza od strane svih država članica.

Nadzor Parlamentarne skupštine vrši se na nekoliko načina.

Prvo, članovi Parlamentarne skupštine ne oklevaju u korišćenju svog prava da Komitetu ministara u pisanoj formi upute pitanja, koja se tiču propusta neke države da izvrši određenu presudu. U tom slučaju, Komitet ministara obavezan je da u pisanoj formi odgovori članovima Parlamentarne skupštine, obično navodeći obim preduzetih mera, kao i probleme s kojima se konkretna država suočava prilikom sprovođenja unutrašnjih reformi.

Kada članovi Parlamentarne skupštine postavljaju usmena pitanja na zasedanju, Komitet ministara pozvan je da pruži objašnjenja koja se tiču presuda koje još nisu izvršene. Oni mogu zahtevati od Komiteta da zauzme čvršće stavove u pogledu nekih pitanja, a mogu predložiti i svoje komentare ukoliko problem i dalje postoji.

Takođe, na jednom od četiri godišnja zasedanja Parlamentarne skupštine, na dnevnom redu nalazi se i pitanje izvršenja presuda. Rasprava koja se tom prilikom vodi, završava se usvajanjem preporuke i/ili rezolucije.²⁸² Od usvajanja Rezolucije br. 1226 iz 2000. godine, Parlamentarna skupština donela je odluku da održava redovne rasprave

282 Videti, na primer, Resolutions 1516 (2006) and 1787 (2011) and Recommendations 1764 (2006) and 1955 (2011) on the implementation of judgments of the European Court of Human Rights, its Resolution 1856 (2012) and Recommendation 1991 (2012) on „Guaranteeing the authority and effectiveness of the European Convention on Human Rights”, its Resolution 1914(2013) and Recommendation 2007 (2013) on „Ensuring the viability of the Strasbourg: structural deficiencies in States Parties” and Resolution 2055 (2015) and Recommendation 2070 (2015) on „The effectiveness of

o izvršenju presuda i da sačini listu onih na čije se izvršenje još čeka. Tako će se na ovoj listi naći presude koje nisu izvršene duže od pet godina po donošenju,²⁸³ ili one kod kojih priroda povrede u pitanju zahteva hitnost u izvršenju. Parlamentarna skupština može uputiti zahtev nacionalnim delegacijama da od svojih vlada zatraže izvršenje preuzetih obaveza. Na ovaj način, Parlamentarna skupština poziva nacionalne delegate da nadziru izvršenje presuda, kao i da preduzmu neophodne mere kako bi omogućili njihovo brzo i delotvorno izvršenje.²⁸⁴

Ukoliko država i dalje ne preduzima mere koje se od nje traže, ovaj organ može pozvati ministra pravde date države, da pred članovima Parlamentarne skupštine objasni postupanje svoje vlade. Ukoliko je u pitanju veliko kašnjenje u izvršenju presude, ovo telo može usvojiti izvesne preporuke i proslediti ih Komitetu ministara i konkretnoj državi, može održati hitnu raspravu o tom pitanju ili pokrenuti *follow-up* proceduru. Konačno, Parlamentarna skupština može uputiti preporuku Komitetu ministara o primeni člana 8. Statuta Saveta Evrope, odnosno, o suspenziji članskih prava ili isključenju države iz članstva u ovoj regionalnoj organizaciji.

Značaj uključivanja i Parlamentarne skupštine u nadzorni postupak, prevashodno se ogleda u javnosti rasprava, pa time predstavlja meru pritiska na vlade da izvršavaju svoje obaveze na vreme.

2.5.2.4. *Propust da se izvrši presuda Evropskog suda za ljudska prava*

Primeri kašnjenja u izvršenju presuda i odluka Suda izazivaju sve veću zabrinutost jer negde oko 11.000 presuda još uvek nije izvršeno, a one mahom ukazuju na strukturalne probleme koje se odnose na ozbiljne povrede ljudskih prava od strane snaga bezbednosti, loše pritvorske uslove,

the European Convention on Human Rights: the Brighton Declaration and beyond”.

283 Parlamentarna skupština se fokusira na ove presude od 2006. godine. Videti A. Drzemczewski, The Parliamentary Assembly's involvement in the supervision of the judgments of the Strasbourg Court, *Netherlands Quarterly of Human Rights* vol. 28, no. 2, 2010, 171.

284 Videti, na primer, Resolution 1268 (2002), Implementation of Decisions of the European Court of Human Rights, 22. januar 2002, par. 10.

nerazumno duge postupake, neizvršenje pravnosnažnih odluka domaćih sudova, kao i neproporcionalna ograničenja imovinskih prava.²⁸⁵

Iako se veliki broj presuda redovno izvršava, ovi slučajevi zavređuju posebnu pažnju jer diraju u zakonitost evropskog sistema zaštite ljudskih prava.²⁸⁶ U Rezoluciji 1226 iz 2000. godine, Parlamentarna skupština istakla je da najčešće dolazi do neizvršenja presuda Suda usled postojanja određenih političkih razloga, praktičnih razloga koji se tiču zakonodavne procedure, razloga vezanih za samu reformu, snažnog stava javnog mnjenja o određenom pitanju, problema u budžetu, nejasnih presuda, ili mešanje obaveza više institucija.²⁸⁷

Komite ministara usvojio je 8. novembra 2001. godine Deklaraciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda u Evropi – obezbeđenje efikasnosti Evropskog suda za ljudska prava na dugi rok. Prema ovom aktu, ukoliko Komitet ministara ne uspe da postigne odgovarajući efekat u politički osetljivom slučaju, predsednik Komiteta ministara može uspostaviti direktne kontakte sa vlastima države u pitanju. Tada je potrebno izabrati jednog člana za izvestioca, koji će imati ulogu medijatora u predstojećem dijalogu sa konkretnom državom.

Pored Komiteta ministara i Parlamentarna skupština preuzima značajnu ulogu u ovom procesu. Tako je 2002. godine usvojena Preporuka br. 1546 o sprovođenju odluka Evropskog suda za ljudska prava. Ovom preporukom traži se od Komiteta ministara da izmeni Konvenciju u smislu ovlašćivanja Komiteta da traži od Suda tumačenje presuda kada je to neophodno, kao i da uvede sistem dnevnih kazni za kašnjenje u neizvršavanju obaveza. Parlamentarna skupština preporučuje Sudu da već u presudama naznači način izvršenja presude, kao i da naglasi da

285 Videti Committee on Legal Affairs and Human Rights, Implementation of Judgments of the European Court of Human Rights: 8th report, AS/Jur (2015) 17, par. 4.

286 Parlamentarna skupština je u Rezoluciji 1787 (2011) i 1914 (2013) ukazala na to da Bugarska, Grčka, Mađarska, Italija, Poljska, Rumunija, Rusija, Turska i Ukrajina imaju najveći broj neizvršenih presuda i da se još uvek suočavaju sa brojnim strukturalnim problemima, koji nisu rešeni ni nakon 5 godina od donošenja presuda. Takođe, Parlamentarna skupština je podsetila i da u brojnim drugim državama nisu rešeni strukturalni i veoma složeni problemi, poput Albanije, Jermenije, Azerbejdžana, Bosne i Hercegovine, Gruzije, Moldavije, Srbije i Ujedinjenog Kraljevstva.

287 Doc. 8808, Execution of Judgements of the European Court of Human Rights, 12. juli 2000.

li su prethodne presude izvršene u celosti, delimično ili to uopšte nije učinjeno.²⁸⁸

2.6. Reforma Suda

Aktivnost Suda nije imala jednak intenzitet od trenutka njegovog osnivanja 1959. godine, što najbolje pokazuje činjenica da je do 1991. godine doneto 307, a do danas čak oko 18.000 presuda. Sud se suočava sa velikim brojem podnesaka koji su upućeni ovom međunarodnom telu i o kojima treba da raspravlja, iako je stupanjem na snagu Protokola br. 14 došlo do izvesnog rasterećenja u radu Suda. Povećanje broja predmeta uslovljeno je povećanjem broja država ugovornica Evropske konvencije (ukupno 47), što znači da oko osamsto miliona Evropljana može podneti pojedinačnu predstavku Sudu, kao i svi oni čije pravo je povređeno u okviru jurisdikcije država ugovornica Evropske konvencije.

Dok je tokom 2015. godine 37700 predstavlki upućeno raznim sudskim formacijama na razmatranje, taj broj je tokom 2016. (zaključno sa 30. novembrom) povećan na 46.600. Takođe, dok je u 2015. doneto 2287 presuda, taj broj je u 2016. smanjen na 1787 presuda. S druge strane, ima ukupno 75250 predstavlki koje čekaju da se o njima raspravlja: 3600 pred sudijom pojedincem, 43300 pred odborom, 28350 pred većem ili Velikim većem. Statistike pokazuju da je najviše predstavlki upućeno protiv država u tranziciji, pa je tako i najveći broj predmeta protiv Ukrajine (24.3%), Turske (11.2%), Mađarske (10.6%), Rusije (10.3%), Rumunije (8.3%) i Italije (8.8%).

Sud se, dakle, suočava sa velikim brojem podnesaka koji su upućeni ovom međunarodnom telu i o kojima on treba da raspravlja, iako je stupanje na snagu Protokola br. 14 uspelo da, u određenoj meri, rastereći Sud. Kako je navedeno u samoj preambuli Protokola br. 14, donošenje ovog instrumenta uslovlila je neodložna potreba za unapređenjem efikasnosti kontrolnog sistema na duži vremenski rok, usled znatnog povećanja obima posla podnošenjem novih predstavlki Sudu. Prema ovom protokolu, izvršene su promene u tri pravca. Prvo, uveden je institut sudije pojedinca koji odlučuje o prihvatljivosti predstavlke, onda kada je očigledno da je predstavlka neprihvatljiva. Kada sudija proglasi

²⁸⁸ Resolution 1226 (2000), Execution of judgements of the European Court of Human Rights, par. 11, B.

predstavku prihvatljivom, šalje je odboru ili veću na odlučivanje. Druga značajna novina je što odbor može predstavku proglasiti prihvatljivom i odlučivati o meritumu spora, ukoliko je u pitanju slučaj u pogledu kog postoji već dobro ustanovljena jurisprudencija Suda. Konačno, Protokol br. 14 uveo je novi kriterijum prihvatljivosti predstavke u slučajevima u kojima podnosilac predstavke nije pretrpeo značajnu štetu i koji se neće razmatrati, osim ukoliko poštovanje ljudskih prava ne zahteva ispitivanje predstavke i ukoliko slučaj nije valjano razmatrao domaći sud. Dakle, glavni cilj Protokola br. 14 bio je da omogući Sudu da odbaci neprihvatljive predstavke, kao i da se brže i lakše nosi sa slučajevima čije je činjenično stanje slično ili isto onom u već presuđenim predmetima. Ostale novine se odnose direktno na efikasnost samog postupka. Tako, što se izbora sudija tiče, oni se sada biraju na period od devet godina i ne mogu biti ponovo izabrani na tu funkciju (čl. 2 Protokol br. 14). Takođe, Komesar za ljudska prava Saveta Evrope je ovlašćen da u svim slučajevima koji se nalaze pred većem ili Velikim većem, podnosi pisane komentare i da uzima učešće u raspravi. Konačno, otvorena je mogućnost i Evropskoj uniji da pristupi Konvenciji. Ovo je veoma značajno pitanje, imajući u vidu da bi ovo pristupanje omogućilo ispitivanje svih aktivnosti u Evropskoj uniji sa stanovišta poštovanja ljudskih prava, pa čak i onih kod kojih Sud pravde EU nema potpunu nadzornu funkciju. Međutim, ceo proces je zaustavljen donošenjem Mišljenja 2/13 Suda pravde EU u decembru 2014. godine.²⁸⁹

Tokom 2013. godine usvojena su još dva protokola. Protokol br. 15 uz Evropsku konvenciju usvojen je 24. juna 2013. i zahteva ratifikaciju svih država ugovornica kako bi stupio na snagu.²⁹⁰ Najznačajnija novina koju uvodi ovaj Protokol jeste skraćivanje roka za podnošenje predstavke sa 6 na 4 meseca, što bi trebalo dodatno da rastereti Sud od priliva novih predmeta. Takođe, Protokol br. 16 je usvojen 2. oktobra 2013. godine, a da bi stupio na snagu, potrebno je da ga ratifikuje najmanje 10 država ugovornica.²⁹¹ Ovaj Protokol omogućava ostvarenje dijaloga između Evropskog suda i najviših sudova u državi ugovornici. Naime, najviši sudovi mogu zatražiti od Suda davanje savetodavnog mišljenja o pitanjima ili principima koji se odnose na tumačenje ili primenu prava

289 Više o ovom pitanju videti u I. Krstić, B. Čučković, *Pristupanje Evropske unije Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima kao vid unapređenja zaštite ljudskih prava u Evropi*, Anali Pravnog fakulteta, vol. 64, br. 2, 2016, 49–78.

290 Do kraja 2016. Protokol je ratifikovalo 32 države i još 11 ga je potpisalo.

291 Do kraja 2016. Protokol je ratifikovalo svega 6 država i još potpisalo 10 država.

i sloboda iz Evropske konvencije, a na osnovu slučaja koji se vodi pred konkretnim sudom. O ovom zahtevu odlučivaće panel od 5 sudija, a mišljenja će se objavljivati, ali neće biti obavezujuća za sud koji je zatražio mišljenje.

Ipak, nijedna reforma ne može rasteretiti Evropski sud do poželjne mere, ukoliko države ne preduzmu delotvorne mere na unutrašnjem planu kako bi svoje propise i praksu uskladile sa principima sadržanim u praksi Evropskog suda. Od 2010. godine, održane su četiri važne konferencije na inicijativu Komiteta ministara, na kojima se raspravljalo o problemima u implementaciji Evropske konvencije. Najveći broj preporuka odnosi se upravo na unapređenje nacionalnog sistema za implementaciju Evropske konvencije i bolju usklađenost nacionalnog sistema sa principima i standardima ustanovljenim u praksi Evropskog suda.

U Deklaraciji iz Interlakena iz 2010. godine ukazano je na to da svaka država ima obavezu da podiže svest nacionalnih organa o standardima iz Evropske konvencije, kao i da obezbedi njihovu primenu. Takođe, naglašeno je da države treba da uzmu u obzir principe sadržane u presudama donetim protiv drugih država, gde isti načelni problem postoji i u njihovom sopstvenom pravnom sistemu.

U Deklaraciji iz Izmiria iz 2011. godine ukazano je na značaj obezbeđenja delotvornih domaćih pravnih lekova, koji omogućavaju donošenje odluke o navodnoj povredi Evropske konvencije i, gde je neophodno, naknade za pretrpljene povrede. Od država se traži da u potpunosti sarađuju sa Komitetom ministara u okviru novih metoda nadzora izvršenja presuda Evropskog suda. Takođe, od država se traži da obezbede programe za stručnu obuku sudija, tužilaca i drugih službenika, posebno pripadnika bezbedonosnih snaga, o dobro ustanovljenoj praksi Evropskog suda u vezi sa njihovim stručnim oblastima.

Deklaracija iz Brajtona iz 2012. godine naglašava da države moraju preduzeti delotvorne mere radi sprečavanja povreda prava i sloboda garantovanih u Evropskoj konvenciji. Nacionalni sudovi moraju uzimati u obzir Evropsku konvenciju i praksu Evropskog suda kada odlučuju o povređenim pravima i slobodama. Država mora sprovesti praktične mere radi obezbeđenja usklađenosti nacionalnog zakonodavstva sa Evropskom konvencijom. Takođe, država mora omogućiti i ohrabriti domaće sudove da uzmu u obzir bitna načela Evropske konvencije, imajući

u vidu praksu Evropskog suda u sprovođenju postupka i obrazlaganju presuda. Država mora pružiti državnim službenicima bitna obaveštenja u vezi sa obavezama po Evropskoj konvenciji. Posebno je važno obezbediti obuku službenika zaposlenih u pravosuđu, odgovornih za sprovođenje zakona ili odgovornih za lišavanje slobode određenih osoba, o načinu ispunjavanja obaveza po Evropskoj konvenciji.

Konačno, Briselska deklaracija iz 2015. godine podvlači važnost daljeg unapređenja znanja sudija i poslanika u oblasti primene Evropske konvencije. U Deklaraciji se posebno pohvaljuje dijalog Evropskog suda sa najvišim sudovima država ugovornica Evropske konvencije, kao i uspostavljanje mreže za razmenu informacija o presudama i odlukama Evropskog suda sa nacionalnim sudovima. Posebno je naglašeno da države imaju primarnu odgovornost da obezbede primenu i delotvornu implementaciju Evropske konvencije, a sudovi su prvi čuvari koji u nacionalnim sistemima treba da obezbede punu, delotvornu i direktnu primenu Evropske konvencije u svetlu prakse Evropskog suda. Takođe, od država se traži da potencijalnim podnosiocima predstavke omoguće pristup informacijama o Evropskoj konvenciji i Evropskom sudu, posebno u odnosu na domašaj i ograničenja zaštite pred Sudom, nadležnosti Suda i uslovima prihvatljivosti predstavke. Ponovo se ukazuje na značaj unapređenja obuke za sudije, tužioce, advokate i državne službenike o implementaciji Evropske konvencije, ali i preduzimanja odgovarajućih radnji kako bi se ocenila usaglašenost nacrtu zakona sa principima koji proizlaze iz prakse Evropskog suda. Konačno, od država se traži da obezbede delotvornu implementaciju Evropske konvencije na nacionalnom nivou kao i da razmotre uspostavljanje nezavisne institucije za ljudska prava.

3. Konvencijska prava i slobode

Uvodne napomene

Evropska konvencija jemči prava i slobode koja su, materijalno posmatrano, građanska i politička. Ona pripadaju prvoj generaciji ljudskih prava, jer su bila sadržana u prvim aktima od ustavnog značaja – američkoj Deklaraciji o nezavisnosti iz 1776. i francuskoj Deklaraciji o pravima čoveka i građanina iz 1789 – koje su iznedrile velike građanske revolucije. Njihova rana konstitucionalizacija se objašnjava opredeljenjem revolucionara za liberalno-demokratski politički sistem. Građanska prava počivaju na idealu liberalne države, one koja pojedincu obezbeđuje određenu sferu slobode, dok politička prava podrazumevaju državu koja je demokratska, u kojoj upravo građani odlučuju o pitanjima od opšteg značaja. Nadahnute teorijama društvenog ugovora Džona Loka (*John Locke*) i Žan-Žak Rusoa (*Jean-Jacques Rousseau*), američka i francuska deklaracija obznanjuju prava koja proističu iz prirode ljudskog bića i samim time prethode pojavi društva. To su „prava-slobode“ (*droits-liberté*), odnosno „prava-otpora“ (*droits-résistances*) ili još bliže „prava protiv države“ (*droits contre l'Etat*). Za razliku od njih, ljudska prava druge generacije – ekonomska, socijalna i kulturna prava – do čije pozitivizacije dolazi početkom XX veka, pod uticajem socijalističkog pokreta u zapadnoj Evropi i boljševičke revolucije u Rusiji, poimaju se kao „prava-jednakosti“ (*droits-égalité*) i „poverilačka prava“ (*droits-créances*). Ona stavljaju građane u poziciju poverioca u odnosu na državu (blagostanja) kojoj se propisuje određeno činjenje.

Dok Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima iz 1948, zamišljena kao deklaratorni akt, obuhvata obe generacije ljudskih prava, sa naglaskom na prvu grupu, Evropska konvencija jemči isključivo građanska i politička prava. Uređenje ljudskih prava druge generacije na regionalnom

planu, unutar Saveta Evrope, biće postignuto 1961. godine donošenjem Evropske socijalne povelje, sa različitim pravnim režimom u odnosu na Evropsku konvenciju. Do istovrsnog razdvajanja dve grupe prava doći će i u okviru Ujedinjenih nacija 1966. godine usvajanjem Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima.

Razlikovanje dve generacije ljudskih prava, pored svoje ideološke osnove, ima i pravno utemeljenje. Građanska i politička prava su negativnog i aktivnog statusa i utuživa su, namećući obavezu cilja, a ekonomska, socijalna i kulturna prava su prava pozitivnog statusa i programskog, deklaratornog su karaktera, propisujući obavezu sredstva. Otuda se Evropska konvencija ne zaustavlja na garantovanju odgovarajućih prava i sloboda, već prvi put na međudržavnom nivou uspostavlja sud sa nadležnošću da se stara o njihovom poštovanju.

Prava i slobode zajemčene Evropskom konvencijom mogu se podeliti u sedam grupa: načelo jednakosti i zabrana diskriminacije, fizički integritet ličnosti, sloboda ličnosti, moralni integritet ličnosti, politička prava i slobode, zaštita imovine i procesna prava. Relativno kratke konvencijske odredbe o ovim grupama prava Evropski sud je precizirao i dopunio svojom jurisprudencijom, koja je srž evropskog prava ljudskih prava. Otuda se u ovoj glavi izlaže jurisprudencija Evropskog suda za ljudska prava, prema navedenom redosledu.

3.1. Načelo jednakosti i zabrana diskriminacije

Jedno od osnovnih načela ljudskih prava predstavlja načelo jednakosti, sadržano u maksimi da su svi pred zakonom jednaki. Da bi se ostvarilo načelo jednakosti, neophodno je zabraniti diskriminaciju, koja podrazumeva nejednako postupanje koje je zasnovano na nekim ličnim karakteristikama.

Tako i Evropska konvencija sadrži dva člana kojima se zabranjuje diskriminacija – član 14 i član 1. Protokola 12. U članu 14. Evropske konvencije sadržana je osnovna odredba o zabrani diskriminacije u svrhu zaštite lica od diskriminacije u uživanju prava i sloboda zajemčenih ovim međunarodnim instrumentom. U ovom članu se navodi da se obez-

beđuje uživanje prava i sloboda predviđenih u Evropskoj konvenciji bez diskriminacije. Izraz *obezbeđuje se* ukazuje na to da država ima ne samo negativnu, već i pozitivnu obavezu, odnosno obavezu obezbeđenja delotvornog uživanja zaštite od diskriminacije.²⁹² Član 14. izričito navodi nekoliko zabranjenih osnova za vršenje diskriminacije (pol, rasa, boja kože, jezik, veroispovest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno poreklo, veza s nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje), ali ne zatvara listu zabranjenih osnova formulacijom „ili drugi status“. Time je zaštita od diskriminacije otvorena i u slučaju onih ličnih osnova, koji nisu izričito navedeni u članu 14. Tako je Evropski sud u svojoj dosadašnjoj praksi prihvatio da se među zabranjenim osnovama za diskriminaciju nalaze i seksualna orijentacija,²⁹³ bračni status,²⁹⁴ profesionalni status, zdravstveni status,²⁹⁵ zakonitost/nezakonitost pri rođenju,²⁹⁶ vojni ili profesionalni status,²⁹⁷ kao i prebivalište.²⁹⁸ U 2015. godini Evropski sud je u jednom rumunskom predmetu razmatrao pitanje da li „neki drugi status“ obuhvata i pritvorenički status.²⁹⁹ Naime, podnosilac predstave je uhapšen i držan u lošim uslovima (mala ćelija, bez prirodne ventilacije, vode, bez prava na posete bračnog druga) oko godinu i devet meseci, za razliku od zatvorenika, koji su izloženi bol-

292 *Beard v. UK*, predstavka br. 24882/94, presuda od 18. januara 2001; *Thlimmenos v. Greece*, predstavka br. 34369/97, presuda od 06. aprila 2000.

293 Videti, na primer, *Pajić v. Croatia*, predstavka br. 68453/13, presuda od 23. februara 2016; *Taddeucci and McCall v. Italy*, predstavka br. 51362/09, presuda od 30. juna 2016.

294 *Elsholz v. Germany*, predstavka br. 25735/94, presuda od 13. jula 2000; *Sahin v. Germany*, predstavka br. 30943/96, 08. jula 2003; *P.M. v. UK*, predstavka br. 6638/03, presuda od 19. jula 2005.

295 Videti, na primer, *Glor v. Switzerland*, predstavka br. 13444/04, presuda od 6. novembra 2009; *Guberina v. Croatia*, predstavka br. 23682/13, presuda od 22. marta 2016.

296 *Vermeire v. Belgium*, predstavka br. 12849/87, presuda od 29. novembra 1991; *Mazurek v. France*, predstavka br. 34406/97, presuda od 01. februara 2000; *Pla and Puncernau v. Andorra*, predstavka br. 69498/01, presuda od 10. oktobra 2006.

297 *Van der Mussele v. Belgium*, predstavka br. 8919/80, 23. novembra 1983; *Rekvényi v. Hungary*, predstavka br. 25390/94, presuda od 20. maja 1999.

298 *Carson and Others v. the United Kingdom* [VV], predstavka br. 42184/05, presuda od 16. marta 2010, stavovi 70–71; *Ramaer and Van Willigen v. the Netherlands*, predstavka br. 34880/12, presuda od 23. oktobra 2012, stav 93; *Vuckovic and Others v. Serbia*, predstavka br. 17153/11, et seq., presuda od 28 avgusta.2012. Videti i *Pilav v. Bosnia and Herzegovina*, predstavka br. 41939/07, presuda od 9. juna 2016.

299 *Costel Gaciu v. Romania*, predstavka br. 39633/10, presuda od 23. juna 2012.

jem tretmanu i imali su pravo na posete bračnog druga. Evropski sud je zauzeo stav da se boravak u pritvoru može smatrati kao stavljanje pojedinca u različitu pravnu situaciju, čime se utiče na njegove lične okolnosti, te se može podvesti pod „drugi status“.

3.1.1. Nesamostalni karakter člana 14. Evropske konvencije

Prva i glavna karakteristika člana 14. je u tome što on ne predstavlja samostalno pravo, već je njegovo polje primene ograničeno na prava koja su propisana samom Evropskom konvencijom i njenim protokolima. Kako Konvencija garantuje uglavnom građanska i politička prava, izvan njene zaštite ostaju mnogobrojna prava i povlastice koje se odnose na ekonomska, socijalna i kulturna prava. Ovakva priroda člana 14. potvrđena je i u praksi Evropskog suda.³⁰⁰

Iz tog razloga, Evropski sud uvek prvo ispituje da li konkretno pitanje potpada pod domašaj nekog prava garantovanog Evropskom konvencijom i njenim protokolima. Ipak, treba naglasiti da Evropski sud smatra da je za primenu člana 14. ponekad dovoljna i vrlo slaba veza između zabrane diskriminacije i neke druge odredbe, kao što je to zaključeno u slučaju *Šmit i Dalštrum*.³⁰¹ Naime, u ovom slučaju odlučivalo se o nekoliko primenjenih represivnih mera prema članovima sindikata, poput smanjenja plata, kojima se sankcionisao štrajk. Evropski sud je pronašao da su ove mere u vezi sa članom 11. Evropske konvencije koji garantuje pravo na osnivanje sindikata i zaštitu interesa njenih članova,³⁰² iako konkretne represivne mere same po sebi nisu predstavljale kršenje nijednog garantovanog prava.

Ograničavajuće dejstvo člana 14. Evropske konvencije na određeni način je prevaziđeno spremnošću Evropskog suda da pruži šire tumačenje različitih prava garantovanih Evropskom konvencijom. Na primer, u jednom predmetu protiv Litvanije, Evropski sud je pronašao da pristup zaposlenju u privatnom sektoru može da se podvede pod pravo

300 U slučaju *Marks protiv Belgije* Evropski sud pronašao da čl. 14 nije nezavisan, jer „deluje isključivo u odnosu na ‘uživanje prava i obaveza’ koje je zajemčeno drugim osnovnim odredbama.“ Videti *Marckx v. Belgium*, predstavka br. 6833/74, presuda od 13. juna 1979, stav 32. *Backowski and Others v. Poland*, predstavka br. 1543/06, presuda od 03. maja 2007, stav 93.

301 *Schmidt and Dahlström v. Sweden*, predstavka br. 5589/72, presuda od 06. ferbuara 1976.

302 *Isto*, stav 39.

na privatnost, garantovano članom 8. Evropske konvencije.³⁰³ Takođe, Sud smatra da pod ovaj domašaj mogu potpasti i pitanja koja se tiču zdravstvene brige,³⁰⁴ usvajanja,³⁰⁵ kao i sve vrste socijalnih davanja,³⁰⁶ uključujući i socijalna davanja za dečiji dodatak.³⁰⁷ Ova davanja češće će mogu podvesti pod domašaj člana 1. Prvog protokola.³⁰⁸ Tako Evropski sud ističe da zakonodavstvo država ugovornica koje se tiče socijalnih davanja mora biti posmatrano tako da generiše imovinske interese koji potpadaju pod domašaj člana 1. Prvog protokola za osobe koje ispunjavaju predviđene uslove.³⁰⁹ Iako je na ovaj način domašaj člana 14. proširen, postoje neka pitanja poput posebnih socijalnih prava, pristupa državljanstvu ili određenih apsekata imigracione politike i politike azila koji neće biti razmatrani u okviru ovog člana.³¹⁰ Konačno, Evropski sud prihvata da se član 14. primenjuje i na situacije kada država odluči da prizna prava koja idu šire od obaveza predviđenih Evropskom konvencijom, što mora činiti na nediskriminatoran način.³¹¹

Važno je naglasiti da Evropski sud ne mora konstatovati povredu nekog garantovanog prava da bi postojala povreda člana 14. Dakle, mera

-
- 303 *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, predstavka br. 55480/00, 59330/00, presuda od 27. jula 2004, stavovi 47–50.
- 304 Videti, na primer, *Pentiacova v. Moldavia*, predstavka br. 14462/03, presuda od 14. januara 2005.
- 305 Videti, na primer, *Fretté v. France*, predstavka br. 36515/97, presuda od 26. februara 2005, gde je Evropski sud pronašao da pitanje usvajanja od strane jednog roditelja spada pod domašaj čl. 8 Evropske konvencije u vezi sa čl. 14.
- 306 *Niedzwiecki v. Germany*, predstavka br. 58453/00, presuda od 25. oktobra 2005, stav 31. Država ima slobodu da uvede određeni tip i visinu naknade za određena socijalna davanja, ali kada odluči da ih prizna, to mora činiti na nediskriminatoran način, osim ukoliko razlika u tretmanu nije razumno i objektivno opravdana. Videti i *Stec and Others v. the United Kingdom*, predstavke br. 65731/01, 65900/01, presuda od 12. aprila 2006.
- 307 *Okpiz v. Germany*, predstavka br. 59140/00, presuda od 25. oktobra 2005.
- 308 Videti, na primer, *Hoogendijk v. the Netherlands*, predstavka br. 58641/00, presuda od 06. januara 2005.
- 309 *E.B. v. France*, predstavka br. 43546/02, presuda od 22. januara 2008, stav 49; *Carspn and Others v. UK*, predstavka br. 42184/05, presuda od 04. novembra 2008, stav 71.
- 310 Videti O. De Schutter, *The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law – Relevance for EU Racial and Employment Equality Directives*, European Commission 2005, 24.
- 311 *Ramaer and Van Willigen v. the Netherlands*, predstavka br. 34880/12, presuda od 23. oktobra 2012, stav 86; *Zarb Adami v. Malta*, predstavka br. 17209/02, presuda od 20. juna 2006, stav 44.

koja je u skladu sa nekim članom iz Evropske konvencije može predstavljati povredu tog člana kada se sagleda u vezi sa članom 14.³¹² Ipak, Sud prvo ispituje da li je prekršeno neko osnovno pravo iz Evropske konvencije, pre nego što započne ispitivanje postojanja diskriminacije. Kada utvrdi da je došlo do kršenja osnovnog člana, Evropski sud nije u obavezi da posebno ispita i navode koji se odnose na kršenje člana 14,³¹³ osim kada „očigledna nejednakost u tretmanu kod uživanja nekog osnovnog prava predstavlja fundamentalni aspekt konkretnog predmeta“.³¹⁴

3.1.2. Opšta zabrana diskriminacije (član 1. Dvanaestog protokola)

Član 1. Dvanaestog protokola nastao je iz potrebe da se prevaziđu ograničenja u primeni člana 14. Evropske konvencije i pruži šira zaštita od diskriminacije. Rad na izradi ovog protokola započeo je još 90-ih godina prošlog veka, a Protokol je usvojen tek 4. novembra 2000. godine. Protokol je stupio na snagu 1. aprila 2005. godine i do 30. decembra 2016. godine prihvatilo ga je samo 19 država ugovornica Evropske konvencije, među kojima i Republika Srbija.³¹⁵ Svrha člana 1. Dvanaestog protokola nije da ukine član 14. Evropske konvencije, već da ga dopuni. Ovo jasno proističe iz same Preambule Dvanaestog protokola, koja prvo navodi fundamentalni značaj načela jednakosti, a potom ističe potrebu preduzimanja daljih koraka kako bi se ostvarila jednakost svih lica.

Član 1. Dvanaestog protokola uvodi nezavisnu, autonomnu odredbu kojom se zabranjuje diskriminacija. Prvi stav zabranjuje diskriminaciju u vezi sa „svakim pravom koje zakon predviđa“, što se može odnositi i na

312 *Inze v. Austria*, predstavka br. 865/79, presuda od 28. oktobra 1987, stav 36.

313 U slučaju *Dadžon protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, Sud je pronašao da krivično gonjenje za privatne homoseksualne akte punoletnih muškaraca predstavlja kršenje člana 8. Evropske konvencije koji garantuje pravo na privatnost, te nije ispitivao navode podnosioca predstavke u vezi sa čl. 14. Videti *Dudgeon v. UK*, predstavka br. 7525/76, presuda od 23. septembra 1981.

314 *Airey v. Ireland*, predstavka br. 6289/73, presuda od 09. oktobra 1979, stav 30. Videti i *Timishev v. Russia*, predstavke br. 55762/00; 55974/00, presuda od 13. decembra 2005.

315 Protokol je u odnosu na Republiku Srbiju stupio na snagu 1. aprila 2005. godine.

međunarodno pravo.³¹⁶ Dakle, cilj ovog člana je da pruži zaštitu pojedincu u uživanju svakog prava ili povlastice koje je eksplicitno ili implicitno priznato domaćim zakonodavstvom, što proizlazi iz Preambule ovog protokola. Izveštaj sa objašnjenjima (Explanatory Report) uz Dvanaesti protokol objašnjava da će se zaštita od diskriminacije primenjivati u sledećim situacijama:

1. u uživanju svakog prava koje je pojedincu izričito priznato na osnovu unutrašnjeg prava;
2. u uživanju nekog prava koje može prosteći iz jasne obaveze javne vlasti prema unutrašnjem pravu, tj. tamo gde je javna vlast u obavezi prema unutrašnjim pravnim propisima da se ponaša na određeni način;
3. u situaciji u kojoj javna vlast vrši neko diskreciono ovlašćenje; kao i
4. zaštita od svakog drugog činjenja ili nečinjenja javne vlasti.

Na osnovu Izveštaja sa objašnjenjima, član 1. prvenstveno uvodi negativnu obavezu na strani države, tj. obavezu da se uzdrži od pravljenja nepravične razlike među pojedincima. Drugim rečima, nameće se zabrana diskriminacije u obezbeđenju postojećih prava, a ne nametanje obaveze primene pozitivnih mera.³¹⁷

Eksplicitno navedeni zabranjeni osnovi identični su onima koji se nalaze u članu 14, a klauzula ovog člana je otvorena, što znači da se priznaju i oni osnovi koji nisu izričito nabrojani u članu 1. stav 1. Protokola.

Član 1. stav 2. zabranjuje diskriminaciju od strane predstavnika javne vlasti, čime se ograničava indirektno, horizontalno dejstvo odredbe, odnosno odnosi između privatnih strana, osim ukoliko država ne propusti da zaštiti lice od diskriminacije u veoma ozbiljnim slučajevima.³¹⁸ U svakom slučaju, član 1. stav 2. pokriva situacije u kojima se organ javne vlasti pojavljuje kao poslodavac, kao i ugovore koje zaključuje, odnosno službe koje organizuje, poput obrazovanja, javnog prevoza i sl.

Do danas jurisprudencija Suda u odnosu na ovaj člani nije mnogo bogata. Prvi slučaj u kojem je Evropski sud pronašao kršenje člana 1. Dva-

316 Izveštaj sa objašnjenjima uz Dvanaesti protokol, stav 29.

317 Explanatory Report, stav 25.

318 Explanatory Report, stav 26.

naestog protokola jeste sada već čuveni predmet *Sejdić i Finci protiv BiH*.³¹⁹ Dve istaknute javne ličnosti, Dervo Sejdić i Jakob Finci, prijavili su se za izbor za članove Predsedništva BiH i Dom naroda BiH, ali su u januaru 2007. njihove prijave odbijene jer nisu pripadnici konstitutivnih naroda (Srba, Hrvata i Bošnjaka). Na osnovu Ustava BiH i Zakona o izborima iz 2001. godine, jedino konstitutivni narodi BiH mogu da učestvuju na ovim izborima, a ne i nacionalne manjine. Evropski sud je pronašao da u ovom konkretnom slučaju postoji diskriminacija, jer ne postoji razumno i objektivno opravdanje za eliminisanje mogućnosti učešća manjina na ovim izborima. Evropski sud je u odnosu na izbor za Dom naroda BiH pronašao povredu čl. 14 u vezi sa članom 3. Prvog protokola jer nije bilo objektivnog i razumnog opravdanja za onemogućavanjem učešća nacionalnih manjina na izborima.³²⁰ S druge strane, kako pasivno biračko pravo za članove Predsedništva, odnosno državni organ kao nezakonodavno telo nije obuhvaćeno članom 3. Prvog protokola, kojim se garantuje aktivno i pasivno biračko pravo, Evropski sud je ovo pitanje tretirao na osnovu člana 1. Dvanaestog protokola, a ne člana 14. Evropske konvencije. Evropski sud je jasno naglasio da uprkos razlici u domašaju ove dve odredbe, njihovo značenje ostaje identično, kao što je to slučaj sa praksom Komiteta za ljudska prava UN u odnosu na član 26. koji sadrži sličnu odredbu.³²¹ Takođe, u jednom drugom predmetu, gospođa Zornić je podnela predstavku Sudu u Strazburu iz istih razloga, jer se deklarirala kao građanka BiH, odbijajući da se izjasni o svojoj etničkoj pripadnosti.³²² Evropski sud je konstatovao da je ovde povreda nastala kao propust vlasti u BiH da preduzmu mere radi implementacije presude u slučaju *Sejdić i Finci*. Evropski sud je podvukao da više od 18 godina od prestanka konflikta, Ustav BiH ne može više sadržati diskriminatorne odredbe, koje su donete radi uspostavljanja mira, odnosno odredbe kojima se priznaju posebna prava konstitutivnim narodima i isključuju prava nacionalnih manjina.³²³

U slučaju Saveza crkava reč života, Crkve celovitog evanđelja i Protestant-ske reformisane hrišćanske crkve, pomenute registrovane reformističke

319 *Sejdic and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, predstavke br. 27996/06, 34836/06, presuda od 22. decembra 2009.

320 *Isto*, stav 50.

321 *Isto*, stav 55.

322 *Azra Zornić v. Bosnia and Herzegovina*, predstavka br. 3681/06, presuda od 15. jula 2014.

323 *Isto*, stav 43.

crkve su tvrdile da su diskriminirane jer im je odbijen zahtev za zaključenje sporazuma sa Vladom Hrvatske koji bi regulisao njihov odnos sa državom, odnosno koji bi im omogućio da pružaju religijsko obrazovanje u državnim školama i da zaključuju religijske brakove koji proizvode isto dejstvo kao i građanski brak.³²⁴ Vlada Hrvatske je obrazložila da je njihov zahtev odbijen jer ne ispunjavaju sledeća dva uslova: nisu prisutni na teritoriji Hrvatske od 6. aprila 1941. godine i broj njihovih sledbenika ne prelazi 6.000. Međutim, pomenute crkve tvrde da su diskriminirane jer je pomenuto pravo dato Bugarskoj i Makedonskoj pravoslavnoj crkvi, kao i Hrvatskoj staroj karoličkoj crkvi, iako i one ne ispunjavaju pomenute uslove. Kako je u konkretnom slučaju Evropski sud pronašao povredu člana 14. Evropske konvencije, on nije ispitivao da li je povređen i član 1. Dvanaestog protokola uz Evropsku konvenciju. Ipak, značajno je pomenuti da je Evropski sud u ovom predmetu naglasio da član 1. proširuje domašaj zaštite od diskriminacije i da niko ne može biti diskriminisan od strane javnih vlasti.³²⁵ Evropski sud se osvrnuo na četiri situacije na koje se primenjuje ovaj član, a koje se pominju u Izveštaju sa objašnjenjima, gde se još kaže da su oba stava ovog člana komplementarna, kao i da se ove četiri kategorije često prepliću i da države mogu imati različit pristup o tome koji slučaj se može podvesti pod koju kategoriju.³²⁶ U konkretnom slučaju, da bi se primenio član 1. Dvanaestog protokola, Sud je smatrao da je nepodno utvrditi da li se žalba može podvesti pod jednu od ove četiri kategorije,³²⁷ i Sud pronalazi da je u pitanju prva kategorija – „pravo koje je izričito priznato na osnovu unutrašnjeg prava“.³²⁸ S druge strane, Sud primećuje da pravo na religijsko obrazovanje i na priznanje zaključenog braka nisu garantovana prava, već privilegije koje su se dobijale na osnovu zaključenog sporazuma sa Vladom. Kao takve, one se mogu kvalifikovati kao „situacija u kojoj javna vlast vrši neko diskreciono ovlašćenje“, ali i dalje potpadaju pod domašaj člana 1. Dvanaestog protokola.³²⁹ Tako ova odluka, iako u njoj nije utvrđena povreda člana 1. Dvanaestog protokola, pokazuje da Evropski sud mora podvesti povredu pod jednu od četiri pomenute situacije, da bi ocenio da li ima diskriminacije u konkretnom slučaju.

324 *Savez Crkava Riječ Zivota and others v. Croatia*, predstavka br. 7798/08, presuda od 09. decembra 2010.

325 *Isto*, stav 104.

326 *Isto*.

327 *Isto*, stav 105.

328 *Isto*, stav 106.

329 *Isto*, 107.

3.1.3. Različit tretman koji predstavlja diskriminaciju

Nakon što ustanovi da konkretno pitanje potpada pod domašaj nekog prava garantovanog Evropskom konvencijom, Evropski sud će dalje ispitivati da li u konkretnom slučaju postoji diskriminacija. Kako član 14. Evropske konvencije ne sadrži definiciju diskriminacije, zadatak Evropskog suda je da u svojoj praksi pruži jasan putokaz šta se smatra pod diskriminacijom.

3.1.3.1. Neposredna diskriminacija

Pod diskriminacijom se podrazumeva nejednako postupanje u odnosu na lica koja se nalaze u sličnoj ili istoj situaciji, bez objektivnog i razumnog opravdanja,³³⁰ kada je ono zasnovano na nekom ličnom svojstvu.³³¹ Lično svojstvo je vezano za samu ličnost i kao takvo nepromenljivo – poput boje kože, ili je teško promenljivo – poput religijskih uverenja koja se uglavnom nasleđuju od roditelja. Nema ličnog svojstva u slučaju različitog krivičnog režima u različitim delovima zemlje u pogledu pristupa advokatu, odnosno u odnosu na geografsku lokaciju gde je lice uhapšeno i zatvoreno.³³²

Kako diskriminacija podrazumeva nejednako postupanje prema onima koji se nalaze u istoj ili sličnoj situaciji, da bi se utvrdilo postojanje diskriminacije, neophodno je identifikovati uporednu grupu. Drugim rečima, uporedna grupa se nalazi u istoj ili sličnoj situaciji kao i diskriminisana grupa, ali je izložena povoljnijem tretmanu. U jednom predmetu, podnosilac predstave je smatrao da su različito tretirani vlasnici prodavnica u kojima se prodaje alkohol i vlasnici kafića u kojima se mogla kupiti laka droga. Ipak, Evropski sud je pronašao da oni nisu u sličnoj situaciji, zato što prodaja alkoholnih pića nije *per se* nedozvoljena u Holandiji, dok prodaja droga jeste.³³³

Nema analogne situacije ni između usvojenog deteta i njegovog položaja u odnosu na biološku majku i položaja dece koja imaju uspo-

330 *Okpiz v. Germany*, no. 59140/00, presuda od 25. oktobra 2005, stav 33.

331 *Videti Maktuof and Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina*, predstave br. 2312/08; 34179/08, presuda od 18. jula 2013, stav 83.

332 *Videti Magee v. the United Kingdom*, predstavka br. 28135/95, presuda od 06. juna 2000.

333 *Videti Noel de Brun v. the Netherlands*, predstavka br. 9765/09, presuda od 17. septembra 2013, stavovi 71–72.

stavljene roditeljske veze sa svojom biološkom majkom,³³⁴ a nema je ni između penzionera koji su još uvek aktivni u privatnom i u državnom sektoru, s obzirom da su plaćeni iz različitih izvora.³³⁵ Takođe, u jednom predmetu protiv Ujedinjenog Kraljevstva, Evropski sud je pronašao da se dve rođene sestre, koje su trideset jednu godinu živele zajedno, ne nalaze u istoj situaciji kao i bračni parovi ili oni koji žive u registrovanom partnerstvu i koji su izuzeti od plaćanja takse u slučaju nasleđivanja nepokretnosti.³³⁶ U poznatom slučaju *Van der Musel protiv Belgije*, podnosilac predstave je tvrdio da se, za razliku od pripadnika nekih drugih profesija, on kao advokatski pripravnik nalazi u nepovoljnijem položaju jer je obavezan da radi besplatno radi ostvarenja tzv. siromaškog prava.³³⁷ Evropski sud je pronašao da je teško uporediti različite profesije sa advokaturom, kao i da se ulaženjem u ovu profesiju neke obaveze podrazumevaju i da svaki pojedinac na njih unapred pristaje. Za uzvrat, advokati uživaju i neke značajne privilegije, među kojima je i isključivo pravo zastupanja pred sudom. Iz tih razloga, Evropski sud nije utvrdio postojanje analogne situacije između advokata i drugih profesija.

Nekada će postojati nesaglasnost oko identifikacije prave uporedne grupe. Na primer, u jednom predmetu protiv Nemačke, podnosilac predstave je, kao i svi muškarci uzrasta od 18 do 50 godina kojima je zdravstveno stanje omogućavalo da volontiraju u lokalnoj vatrogasnoj službi, morao da plaća taksu kao alternativnu obavezu služenju u toj službi.³³⁸ Vremenom se ova obaveza pretvorila isključivo u plaćanje takse, od koje su bile izuzete žene zbog bioloških razlika između dva pola. Država je, kao i većina sudija, smatrala da ovde postoji razlika po osnovu pola, tj. između punoletnih muškaraca i žena, dok je dvoje sudija smatralo da ovde postoji razlika u tretmanu između onih koji mogu i onih koji ne mogu da služe u vatrogasnoj službi.³³⁹

Konačno, u nekim situacijama Evropski sud neće imati dovoljno podataka da bi mogao da utvrdi postojanje analogne situacije, a time i

334 *Odièvre v. France*, predstavka br. 42326/98, presuda od 13. februara 2003.

335 *Panfile v. Romania*, predstavka br. 13902/11, presuda od 20. marta 2012, stav 28.

336 *Burden v. the United Kingdom*, predstavka br. 13378/05, presuda od 29. aprila 2008.

337 *Van der Mussele v. Belgium*, predstavka br. 8919/80, presuda od 23. novembra 1983.

338 *Schmidt v. Germany*, predstavka br. 13580/88, presuda 18. jula 1994.

339 Videti Joint Dissenting Opinion of Judges Spielmann and Gotchev.

diskriminacije. Ovo je došlo do izražaja u jednom predmetu protiv Finske, gde su kompanije podnosioca predstavke imale sedište u Koke-makiju.³⁴⁰ Prva kompanija je izdavala časopis Veroporsi (*Veropörssi*) od 1994. godine, u kojem su objavljivane informacije o imovini i prihodi-ma oko million i dvesta hiljada osoba čiji su prihodi oporezivi u Finskoj. Druga kompanija je 2003. godine, zajedno sa telefonskim operaterom, započela pružanje usluga slanja sms poruka. Slanjem imena na određeni broj, dobijala se informacija o porezima te osobe, ukoliko se informacija nalazila u bazi podataka, koja je bila ista ona baza koja je objavljivana i u časopisu. I ova druga kompanija je od 2006. godine počela da izdaje časopis Veroporsi. U jednom trenutku, Ombudsman je kontaktirao kompanije i savetovao ih je da prestanu da objavljuju ove informacije, tvrdeći da njihovo objavljivanje ne predstavlja novinarstvo, ali su one to odbile, smatrajući da se time krši član 10. Evropske konvencije, kojim se garantuje sloboda izražavanja. Ombudsman je posebno ukazivao na to da ove informacije obuhvataju veliki broj ljudi i da ne postoji interes javnosti da zna oporezovanu imovinu za sve njih. Poveden je postupak pred domaćim sudovima, koji su u početku zauzeli stav da ovaj časopis ima karakter novina i da je u javnom interesu da objavljuju ove informacije, koje su javne po svom karakteru. U septembru 2009. godine, Vrhovni upravni sud je ukinuo odluku Upravnog suda i naredio da se predmet vrati nazad na ponovno odlučivanje, vodeći računa o tome da treba proceniti da li publikacija doprinosi javnoj debati, ili je usmerena samo da zadovolji znatiželju čitalaca, što je ovde bio slučaj.

Podnosilac predstavke je tvrdio da je diskriminisan u odnosu na ostale novine koje su mogle da nastave da objavljuju sporne informacije, što je Vlada osporila smatrajući da drugi izdavači ovih informacija nisu u analognoj situaciji zato što oni ne objavljuju infromacije na isti način i u istom obimu kao i kompanije podnosioca predstavke. Vlada je svakako smatrala da čak i da postoji razlika u tretmanu, ona jeste legitima i razumna jer štiti privatni život drugih. Evropski sud je uzeo u obzir da nije poznato do koje mere su druge novine objavljivale ove informacije, niti je poznato koja je količina informacija prihvatljiva za domaće vlasti. Zbog toga je smatrao da nije moguće proceniti da li se ove kompanije nalaze u dovoljno sličnoj situaciji da bi se mogla utvrditi diskriminacija.

340 *Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland*, predstavka br. 931/13, presuda od 21. jula 2015.

3.1.3.2. Posredna diskriminacija

Drugi osnovni oblik diskriminacije, pored neposredne, jeste posredna podiskriminacija. O njoj govorimo kada je opšta politika ili mera na prvi pogled neutralna, ali u praksi dovodi do neproporcionalno negativnog efekta u odnosu na pripadnike određene grupe. Posredna diskriminacija je izričito priznata u direktivama EU koje se bave diskriminacijom,³⁴¹ kao i u praksi međunarodnih tela. Međutim, ovo priznanje nije išlo glatko.

Evropski sud je prvo prihvatio da do diskriminacije može doći i kada država primenjuje jednak tretman na pojedince ili grupe koji se nalaze u bitno različitoj situaciji. U poznatom slučaju *Thlimenos*, podnosilac predstavke osuđen je zbog odbijanja služenja vojnog roka usled prigovora savesti, pa je zbog osude odbijena njegova prijava za posao knjigovođe.³⁴² Podnosilac predstavke je smatrao da je došlo do povrede člana 14. u vezi sa članom 9. Evropske konvencije kojim se garantuje sloboda misli, savesti i veroispovesti, jer nije napravljena nikakva razlika između lica osuđenih zbog svojih verskih uverenja i lica koja su učinila druga krivična dela. Evropski sud se složio sa ovakvim stavom i istakao da je delo koje je učinio *Thlimenos* bilo potpuno drugačije od ozbiljnih krivičnih dela, jer je on samo vršio svoje pravo na slobodu religije. Njegov akt nije podrazumevao nikakvo nepoštovanje ili moralnu izopačenost koja bi izvesno ugrozila njegovu sposobnost da obavlja profesiju knjigovođe.³⁴³ Tako je Evropski sud zaključio da je država bez objektivnog i razumnog opravdanja tretirala dve potpuno različite grupe analogno. U jednom drugom slučaju, vlasti u Ujedinjenom Kraljevstvu optužene su za arbitrarno lišenje života pripadnika katoličke zajednice.³⁴⁴ Nenaoružan sin podnosioca predstavke ubijen je u Belfastu. Otac je smatrao da su okolnosti pod kojima je njegov sin ubijen ukazivale na postojanje diskriminacije. Naime, podnosilac predstavke je tvrdio da su pripadnici snaga bezbednosti u Severnoj Irskoj u periodu od 1969. do 1994. godine ubili ukupno 357 lica, od kojih su većina bili katolici, dok je broj ubijenih protestanata bio zanemarljiv. Posebno je naglašeno da je zbog

341 Videti, na primer, *The Racial Equality Directive 2000/43/EC i The Employment Equality Framework Directive 2000/78/EC* (član 2, stav 2, tač. b)).

342 *Thlimmenos v. Greece*, predstavka br. 34369/97, presuda od 06. aprila 2000.

343 *Isto*, stav 47.

344 *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, predstavka br. 24746/94, presuda od 04. maja 2001.

upotrebe smrtonosne sile pokrenut postupak u svega tridesetak slučajeva, kao i da su izrečene samo četiri presude, što dovoljno ilustruje postojanje diskriminacije po osnovu nacionalnog porekla. Evropski sud je istakao da u situacijama u kojima opšta politika ili neka mera ima nesrazmerno štetan efekat na određenu grupu, nije isključeno da se to može smatrati diskriminatornim, bez obzira na činjenicu da li su sa ta politika ili mere uvedene kako bi diskriminisale konkretnu grupu.³⁴⁵

Međutim, problem sa posrednom diskriminacijom jeste u njenom dokazivanju, posebno u nesrazmernom efektu koji neka naočigled neutralna mera proizvodi na pripadnike određene grupe. Tako i Sud smatra da nije dovoljno samo predstaviti statističke podatke, da bi se dokazalo postojanje diskriminatorne prakse u nekoj zemlji.³⁴⁶ Podnosilac predstave u tom slučaju mora dokazati da je došlo do razlike u tretmanu tako što će navesti grupu koja je različito tretirana i uporediti je sa drugom grupom koja je imala povoljniji tretman a koja se, pritom, nalazi u istoj ili sličnoj situaciji. Dakle, podnosilac predstave dužan je da identifikuje grupu koja se različito tretira i da dokaže da se ona nalazi u analognoj situaciji sa onom u kojoj se nalazi žrtva određenog postupanja.³⁴⁷

3.1.4. Opravdanje za različit tretman

Nije svako pravljenje razlike nedozvoljeno. Naime, Evropski sud priznaje postojanje nekih zakonodavnih i upravnih mera, koje mogu dovesti do nejednakog tretmana, a biti opravdane, posebno kada su uvedene radi zaštite tržišta rada ili javnog poretka.

Štaviše, Evropski sud u slučaju *Belgijske lingvistike* iz 1968. godine pronalazi da je razlikovanje nekada nužno da bi se ispravile već postojeće nejednakosti u jednom društvu. U određenim situacijama, propuštanje da se ispravi nejednakost tako što će se pripadnici grupa različito tretirati može dovesti do povrede člana 14.³⁴⁸ Time Sud zaključuje da pozitivne

345 *Isto*, stav 154.

346 *D.H. and Others v. Czech Republic*, predstavka br. 57325/00, presuda od 07. februara 2006, stav 46.

347 *Lithgow v. UK*, predstavka br. 9006/80; et seq., presuda od 08. jula 1986, stav 177.

348 *Stec and Others v. the United Kingdom* [VV], predstavka br. 65731/01, presuda od 12. aprila 2006, stav 51.

mere u cilju ispravljanja posledica diskriminacije i punog uživanja prava iz Evropske konvencije ne predstavljaju kršenje člana 14, ukoliko takve mere imaju objektivno i razumno opravdanje. Drugim rečima, različit tretman može se objektivno i razumno opravdati kada teži ostvarenju nekog legitimnog cilja (mora imati objektivno i razumno opravdanje) i ukoliko postoji srazmera između postavljenog cilja i primenjenih sredstava.³⁴⁹

Da bi se prihvatio neki legitiman cilj, on mora imati razumnu osnovu i utemeljenost. Ipak, analiza jurisprudencije Evropskog suda pokazuje da državama nije teško da dokažu postojanje legitimnog cilja jer se gotovo svaki racionalan razlog smatra legitimnim, bez obzira na posledice koje određeni tretman prouzrokuje pripadnicima određene grupe. Na primer, u slučaju protiv Danske otac se pozvao na član 14. u vezi sa članovima 6. i 8. Evropske konvencije zato što je mogao da ospori očinstvo deteta rođenog u braku samo u određenom vremenskom periodu, dok je majka mogla da pokrene parnicu u svakom trenutku, Evropski sud je prihvatio da je država imala legitiman cilj – obezbeđenje pravne sigurnosti i zaštitu interesa deteta.³⁵⁰ Sud prihvata postojanje legitimnog cilja i radi podrške tradicionalnoj porodici, zaštite tržišta rada, kao i zaštite javnog poretka. Takođe, legitiman interes može biti i očuvanje braka kao zajednice muškaraca i žena.³⁵¹

Međutim, važno je da postoji odgovarajuća veza između legitimnog cilja i različitog tretmana. Tako je u jednom predmetu protiv Kipra, podnosilac predstavke iznajmio kuću od svog poslodavca, Ministarstva finansija, i odbio da izađe iz kuće nakon obaveštenja da je ugovor raskinut, od kada mu je pretilo prinudno iseljenje.³⁵² On je smatrao da je diskriminisan jer privatni zakupac u toj oblasti ne može biti prinudno iseljen nakon isteka ugovora. Evropski sud je pronašao da nepokretnost nije data u zakup podnosiocu predstavke u njegovom službenom svojstvu, već u privatnom svojstvu, kao i da je država delovala u privatnom

349 Videti, između ostalih, *Markx v. Belgium*, stav 33; *Hofman v. Austria*, predstavka br. 12875/87, presuda od 23. juna 1993, stavovi 31, 33; *Thlimmenos v. Greece*, predstavka br. 34369/97, presuda od 06. aprila 2000, stav 46; *Andrejeva v. Latvia* [VV], predstavka br. 55707/00, presuda od 18. februara 2009, stav 81.

350 *Rasmussen v. Denmark*, predstavka br. 8777/79, presuda od 28. novembra 1984, stav 41.

351 *Chapin and Charpentier v. France*, predstavka br. 40183/07, presuda od 9. juna 2016.

352 *Larkov v. Cyprus*, predstavka br. 29515/95, presuda od 18. februara 1999.

kapacitetu kada je potpisala ugovor o zakupu. S druge strane, država se pozivala na obaveze koje Ustav nameće državnim organima u slučaju upravljanja državnom imovinom. Evropski sud je pronašao da država nije pružila ubedljivo objašnjenje koji bi javni interesi bili zadovoljeni njegovim iseljenjem.

Nakon ispitivanja postojanja legitimnog cilja, Evropski sud će pristupiti ispitivanju da li postoji srazmera između primenjenih sredstava i cilja koji se želi postići. Drugim rečima, Sud procenjuje da li je stavljanje u nepovoljniju poziciju podnosioca predstavke, radi ostavrenja nekog legitimnog cilja, prekomerno ili nije.

Prilikom procene testa proporcionalnosti, državi se priznaje određeno „polje slobodne procene“, koje zavisi od okolnosti slučaja i od samog predmeta, a ceni se i da li postoji zajednički imenitelj u pravu i praksi država ugovornica Evropske konvencije.³⁵³ Tako je diskreciono pravo manje kada su u pitanju neki posebno osetljivi osnovi (npr. rasa,³⁵⁴ pol, seksualna orijentacija,³⁵⁵ verska i nacionalna pripadnost,³⁵⁶ nezakonito rođenje,³⁵⁷ od nedavno i diskriminacija prema HIV pozitivnim osobama³⁵⁸), koji su čest i vrlo ozbiljan osnov diskriminacije, te je tada

-
- 353 Videti *Petrovic v. Austria*, predstavka br. 20458/92, presuda od 27. marta 1998, stav 38.
 - 354 U *Biao v. Denmark*, predstavka br. 38590/10, presuda od 25. marta 2014. Evropski sud raspravlja o tome šta se podrazumeva pod pojmom „rasa“.
 - 355 Videti *L. and V. v. Austria*, predstavke br. 39392/98, 39829/98, presuda od 09. januara 2003; *Baczkowski and Others v. Poland*, predstavka br. 1543/06, presuda od 03. maja 2007.
 - 356 Videti *Gaygusuz v. Austria*, predstavka br. 17371/90, presuda od 16. septembra 1996.
 - 357 Videti, na primer, *Sahin v. Germany*, predstavka br. 30943/96, presuda od 11. oktobra 2001; *Merger and Cros v. France*, predstavka br. 68864/01, presuda od 22. decembra 2004; *Camp and Bourimi v. the Netherlands*, predstavka br. 28369/95, presuda od 03. oktobra 2000.
 - 358 Videti *Kiyutin v. Russia*, predstavka br. 2700/10, presuda od 10. marta 2011, gde je Evropski sud ukazao na posebnu ranjivost ove grupe. Videti i *Martzaklis and Others v. Greece*, predstavka br. 20378/13, presuda od 9. jula 2015, gde je Evropski sud razmatrao uslove u kojima je 13 osoba koje boluju od HIV-a pritvoreno. Podnosioci predstavke su se posebno žalili na činjenicu da su bili izloženi „getoizaciji“ u posebnom krilu zatvorske bolnice, kao i da vlasti nisu ispitivale da li ovi uslovi odgovaraju njihovom zdravstvenom stanju. Evropski sud je naglasio da su prema nacionalnom zakonodavstvu, osobe obolele od HIV-a imale pravo da budu puštene kući, te da im nije omogućen pravni lek na osnovu kojeg bi mogli da traže ispitivanje zatvorskih uslova ili mogućnost

državi teže da dokaže postojanje legitimnog cilja kojim se opravdava diskriminatorski tretman, osim kada nema jedinstvenog stava evropskih država povodom nekog pitanja. Na primer, u poznatom slučaju *Istočno-afričkih azijata*,³⁵⁹ Ujedinjeno Kraljevstvo nije dozvolilo nastanjanje nosiocima britanskih pasoša, proteranim iz Ugande, Tanzanije i Kenije, a odluka je doneta na osnovu njihove etničke pripadnosti. Evropska komisija je zauzela stav da, nezavisno od člana 14. Evropske konvencije, ovakav vid diskriminacije predstavlja institucionalizovani rasizam koji mora biti okončan. O sličnom pitanju raspravljalo se u *Abdulazis, Cabales i Balkandali*, gde je udatim ženama koje su zakonski boravile u Ujedinjenom Kraljevstvu, odbijen zahtev da im se pridruže muževi koji nisu imali englesko državljanstvo, dok takva zabrana nije postojala u slučaju oženjenih muškaraca koji su zakonski boravili na teritoriji ove države.³⁶⁰ Značajno, Evropski sud je istakao da pravila o imigraciji u konkretnom slučaju imaju legitiman cilj – zaštitu domaćeg tržišta rada i obezbeđenje javnog reda. Ipak, pored postojanja legitimnog cilja, neophodno je da država pokaže vezu između tog cilja i konkretne mere kojom se stvara nejednak tretman, kao i da postoji proporcionalnost između cilja i te mere. Evropski sud je pronašao da ovaj element nije bio ispunjen i da država ima uže polje slobodne procene u slučaju diskriminacije po osnovu pola, da bi opravdala nejednak tretman.³⁶¹ S druge strane, diskreciona ovlašćenja su šira kod onih osnova koji ne predstavljaju čest i ozbiljan razlog za diskriminaciju, kao i kada ne postoji konsenzus među evropskim državama u pogledu nekog konkretnog pitanja (npr. usvajanje dece od strane pripadnika seksualne manjine), ili kada su u pitanju opšte ekonomske i socijalne politike.³⁶²

oslobađanja zbog zdravstvenog stanja, što je dovelo do kršenja Evropske konvencije. Takođe, u predmetu *Novruk and Others v. Russia*, predstavke br. 31039/11 et al., presuda od 15. marta 2016, Evropski sud je našao da u Rusiji postoji sistemski problem u pogledu načina na koji reguliše ulazak i boravak HIV pozitivnih stranaca na njoj teritoriji.

359 *East African Asians v. UK*, Evropska komisija, predstavka br. 4403/70, odluka od 14. decembra 1973.

360 *Abdulazis, Cabales i Balkandali v. UK*, predstavka br. 9214/80, et seq., presuda od 28. maja 1985.

361 *Isto*, stavovi 74–83.

362 Videti *James and Others v. UK*, predstavka br. 8793/79, presuda od 21. februara 1986, stav 46. Sud smatra da države bolje poznaju sopstvena društva i njihove potrebe, pa mogu bolje od međunarodnih sudija da procene šta je u javnom interesu, tako da će Sud u principu poštovati njihovu politiku, osim ukoliko ona nije bez razumnog osnova.

Evidentno je da je teret dokazivanja podnosioca predstavke mnogo teži kada je u pitanju posredna diskriminacija, jer je potrebno ponuditi dokaze koji ne ostavljaju nikakvu sumnju u nesrazmerne posledice koje proizvodi jedan diskriminatorni tretman. Zato Evropski sud posebno ističe da u slučajevima posredne diskriminacije treba da važe manje stroga pravila dokazivanja radi zaštite diskriminisanе grupe.³⁶³ Tako Sud smatra da „kada su statistički podaci za koje se pažljivim ispitivanjem proceni da su pouzdani i značajni“ da predstavljaju očigledne dokaze da je do diskriminacije došlo, na državi je da pokaže da razičito postupanje nije diskriminatorno, ali to ne znači da je nemoguće dokazati postojanje posredne diskriminacije i bez statističkih podataka.³⁶⁴

Ovo je posebno došlo do izražaja u predmetu *D.H. i drugi protiv Češke Republike*, gde je između 85 i 90 % romske dece upisivano u specijalne škole, zato što testovi za upis u školu nisu bili prilagođeni deci koja dolaze iz manjinskih grupa i zato što je test inteligencije bio visoko postavljen. Upotrebom statističkih podataka otkriven je nesrazmeran efekat koji je u praksi nastao za romsku decu, u odnosu na decu iz opšte populacije.³⁶⁵ Sud se u ovom predmetu pozvao na slučaj *Hugendijk*, gde je pronašao da kada „podnosilac predstavke može da pokaže, na osnovu neosporenih službenih statističkih podataka, postojanje očiglednih indicija da određeno pravilo – mada je formulisano na neutralan način – u stvarnosti očigledno utiče“ ... na jednu drugu grupu, „na tuženoj Državi je da pokaže da je to rezultat objektivnih činilaca nevezano za bilo kakvu“ diskriminaciju.³⁶⁶ Iako je Veliko veće na isti način rezonovalo u predmetu *Oršuš i drugi protiv Hrvatske*,³⁶⁷ u presudi u predmetu *Biao protiv Danske* u početku nije utvrđeno postojanje posredne diskriminacije. U ovom predmetu, podnosioci su bračni par, naturalizovani Danac i državljanka Gane. Oni žive u Švedskoj sa devetogodišnjim sinom koji ima dansko državljanstvo. Podnosilac predstavke je došao u Dansku 1993. godine, a nakon 9 godina života u Danskoj, stekao je državljanstvo ove zemlje. Kada se oženio, njegova supruga je podnela zahtev za

363 *D. H. and Others v. the Czech Republic*, stav 186.

364 *Isto*, stav 188.

365 *D.H. and Others v. the Czech Republic* (VV), predstavka br. 57325/00, presuda od 13. novembra 2007.

366 *Hoogendijk v. The Netherlands*, predstavka br. 58461/00, presuda od 06. januara 2005, stavovi 21–22.

367 *Orsus and Others v. Croatia* (GC), predstavka br. 15766/03, presuda od 16. marta 2010.

boravišnu dozvolu, koja je odbijena zbog pravila da danski državljanin ima pravo da se spoji sa porodicom ukoliko je državljanin te zemlje najmanje 28 godina. Ovo pravilo odnosi se i na lica koja nemaju dansko državljanstvo, ali su rođena i odgojena na njenoj teritoriji, ili su došla u ovu zemlju kao deca i žive u njoj zakonito duže od 28 godina. Podnosioci predstavke su smatrali da ovo pravilo diskriminiše dve grupe danskih državljana – one koji su rođeni na njenoj teritoriji i one koji su stekli njeno državljanstvo kasnije u životu. Evropski sud je u ovom predmetu naglasio da se slaže sa tim da ovo pravilo dovodi do posredne diskriminacije između danskih državljana danskog etničkog porekla i njenih državljana koji imaju drugo etničko poreklo.³⁶⁸ Međutim, većina sudija je ipak došla do zaključka da je u pitanju direktna razlika u tretmanu po osnovu „nekog drugog statusa”, odnosno dužine državljanstva,³⁶⁹ što je manje ozbiljan razlog za diskriminaciju, pa je i diskreciono pravo države u konkretnom slučaju veće. Mnogi su smatrali da je veće donelo veoma kontroverznu odluku,³⁷⁰ a nekoliko sudija je i izdvojilo svoje mišljenje. U maju 2016. godine, Veliko veće je donelo presudu u kojoj je ustanovilo da odbijanje pružanja spajanja porodice u konkretnom slučaju predstavlja kršenje člana 14. Evropske konvencije, te da danski zakon predstavlja posrednu diskriminaciju na osnovu etničke pripadnosti jer favorizuje danske državljanke danske pripadnosti u odnosu na one koji su državljanstvo stekli naturalizacijom.³⁷¹

U jednom predmetu protiv Francuske, Evropski sud je pronašao kršenje člana 14. u vezi sa pravom na imovinu, zato što razlika u tretmanu u odnosu na socijalne beneficije između državljana i stranaca čije su države zaključile bilateralne sporazume i drugih stranaca nije bila objektivna i razumna.³⁷² Podnosilac predstavke je državljanin Obale Slonovače, kojeg je usvojio francuski državljanin i koji je u sedmoj godini oboleo od teškog fizičkog deformiteta. U dvadeset prvoj godini je podneo zahtev

368 *Biao v. Denmark*, predstavka br. 38590/10, presuda od 25. marta 2014, stav 90.

369 *Isto*, stav 91. Za kritiku većinskog stava videti Joint Dissenting Opinion of Judges Sajó, Vučinić and Kúris, koji su pronašli da je u pitanju slučaj posredne diskriminacije, koji se ogleda u održavanju stereotipa prema određenim manjinama što dovodi do stvaranja građana drugog reda.

370 Videti, na primer, Eva Ersbøll, *Biao v. Denmark – Discrimination Among Citizens?*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper No. RSCAS 2014/79, July 2014.

371 *Biao v. Denmark*, predstavka br. 38590/10 (VV), presuda od 24. maja 2016, stav 130.

372 *Koua Poirrez v. France*, predstavka br. 40892/98, presuda od 30. septembra 2003.

za socijalnu pomoć, ali je njegov zahtev odbijen jer nije postojao recipročan sporazum između Francuske i Obale Slonovače u odnosu na tu beneficiju. Kada je mesec dana kasnije, iz domaćeg zakona o socijalnoj zaštiti uklonjen uslov o državljanstvu, on je ponovo podneo isti zahtev i odobrena mu je ova socijalna pomoć. Evropski sud je naglasio da se Francuska, kao država ugovornica Evropske konvencije, obavezala da svim licima pod njenom jurisdikcijom osigura prava garantovana ovim međunarodnim instrumentom.

U *Timišev*, etničkom Čečenu nije dozvoljeno da uđe u jedan deo Rusije, niti da registruje prebivalište zato što mu je prethodno prebivalište bilo u Republici Čečeniji.³⁷³ Ovo je imalo za posledicu da njegova deca nisu mogla da se upišu u školu. Evropski sud je posebno istakao da razlika u tretmanu, koja je zasnovana u potpunosti ili u presudnoj meri na nečijoj stvarnoj ili pretpostavljenoj etničkoj pripadnosti, svakako predstavlja rasnu diskriminaciju koja ne može biti objektivno opravdana u savremenom demokratkom društvu, koje treba da bude zasnovano na pluralizmu i poštovanju različitih kultura.³⁷⁴ Takođe, Evropski sud je pronašao da rasna diskriminacija, zbog svojih posledica, zahteva posebnu opreznost i energičnu reakciju, koja se ogleda u preduzimanju svih mogućih sredstava za suzbijanje ove pojave.³⁷⁵

Konačno, Sud će ispitati da li razlika u tretmanu premašuje unutrašnje polje slobodne procene države. Drugim rečima, države ugovornice Evropske konvencije uživaju izvesno „polje slobodne procene“ u oblasti diskriminacije, odnosno mogu da odlučuju u kojoj meri izvesne razlike

373 *Timišev v. Russia*, predstavke br. 55762/00 i 55974/00, presuda od 13. decembra 2005.

374 *Isto*, stavovi 55, 58.

375 U nekoliko slučajeva pred Evropskim sudom, podnosioci predstavke su smatrali da je povređeno njihovo pravo na pravično suđenje, jer su sudija ili članovi porote bili neobjektivni zbog etničkog porekla optuženog. Videti *Remli v. France*, predstavka br. 16839/90, presuda od 23. aprila 1996. (Evropski sud nije razmatrao kršenje čl. 14 jer pitanje diskriminacije nije bilo pokrenuto pred domaćim sudovima, a time nisu bili iscrpeni ni unutrašnji pravni lekovi); *Gregory v. the United Kingdom*, predstavka br. 22299/93, presuda od 25. februara 1997. (Evropski sud nije pronašao kršenje čl. 14); *Sander v. the United Kingdom*, predstavka br. 34129/96, presuda od 09. maja 2000. (Evropski sud je pronašao kršenje čl. 6, st. 1 Evropske konvencije zato što što je postojao rizik da će optuženi biti osuđen zbog rasističkih predrasuda porotnika, a ne na osnovu objektivnog razmatranja dokaza, te nije pružena dovoljna garancija da je sud nepristrasan).

u tretmanu opravdavaju različit zakonski tretman. Ovo pravo proističe iz načela supsidijarnosti i činjenice da su nacionalne vlasti u boljem položaju da utvrde ravnotežu između javnih i privatnih interesa. Ovo je došlo do izražaja u jednom predmetu protiv Ujedinjenog Kraljevstva iz 1986. godine, gde je Evropski sud nacionalnim vlastima priznao široko unutrašnje polje slobodne procene u zakonskom uređivanju pitanja u vezi sa transeksualnošću.³⁷⁶ Podnositeljka predstavke je želela da njen novi polni identitet bude priznat u zvaničnim dokumentima, kao što su pasoš i dokumenti o životnom osiguranju. Ujedinjeno Kraljevstvo je odbilo da zvanično prizna promenu njenog polnog identiteta, a Evropski sud je smatrao da nacionalne vlasti imaju široko polje slobodne procene u ovoj oblasti.³⁷⁷ Međutim, Evropski sud je naveo da je svestan ozbiljnosti problema sa kojima se susreću transseksualci i istakao da se Evropska konvencija mora tumačiti i primenjivati u svetlu trenutnih okolnosti, te potrebu za odgovarajućim pravnim merama treba povremeno preispitivati u skladu sa naučnim i društvenim razvojem.³⁷⁸ Upravo ovakav stav Suda došao je do izražaj u jednom sličnom predmetu protiv Ujedinjenog Kraljevstva iz 2002. godine, gde je Evropski sud odstupio od svoje ranije prakse i istakao da pitanje transeksualnosti više ne spada u unutrašnje polje slobodne procene država. Ovde je Evropski sud pronašao da tužena država još uvek nije preduzela nikakve korake za prilagođavanje svojih pravnih propisa kako bi i formalno priznala transeksualnost, uprkos činjenici da je ona u društvu sve više prihvaćena, pa tako ni ovo pitanje više ne spada u unutrašnje polje slobodne procene države.³⁷⁹ Sud je posebno uzeo u obzir probleme sa kojima se susreće lice koje je promenilo pol, a koje se ogleda u nizu diskriminatorskih praksi kojima je izloženo zato što se pravno još uvek tretira kao muškarac, a ne kao žena.³⁸⁰ Tako je Sud pronašao da nema značajnijeg faktora ili javnog interesa koji bi bili pretežniji od interesa pojedinca da mu bude pravno priznat novi pol nakon podvrgavanja operaciji promene pola.³⁸¹ Drugim rečima, polje slobodne procene države može se vremenom sužavati, usled ujednačavanja prakse evropskih država

376 *Rees v. the United Kingdom*, predstavka br. 9532/81, presuda od 17. oktobra 1986.

377 *Isto*, stav 42.

378 *Isto*, stav 47.

379 *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, predstavka br. 28957/95, presuda od 11. jula 2002.

380 *Isto*, stavovi 76 –77.

381 *Isto*, stav 93.

povodom nekog pitanja, ili prihvatanjem sve fundamentalnijeg značaja nekog konkretnog pitanja.

3.2. FIZIČKI I PSIHIČKI INTEGRITET LIČNOSTI

3.2.1. *Pravo na život*

Bez života i slobode svakog ljudskog bića kao i zaštite njegovog fizičkog integriteta, rasprava o korpusu osnovnih ljudskih prava ne bi imala nikakvog smisla. Pravo na život, bez ikakve sumnje, predstavlja osnovno pravo, bez čije zaštite nema ostvarenja drugih prava. Sva ostala prava, kao i kvalitet samog života, uslovljeni su postojanjem ljudskog života, koje je garantovano članom 2. Evropske konvencije. Ovaj član predviđa da pravo na život mora biti zaštićeno zakonom, a ova obaveza države odnosi se i na donošenje krivičnopravnih propisa, kojima se kažnjava nezakonito lišavanje ili ugrožavanje života pojedinaca.

Država mora preduzeti sve razumne korake da bi obezbedila pravo na život u okviru svoje nadležnosti, kako od povreda koje dolaze od strane službenih lica, tako i od povreda koje dolaze od strane privatnih lica. Takođe, u slučaju lišenja nečijeg života, država mora sprovesti efikasnu istragu kako bi se utvrdili detalji vezani za ovaj događaj i kaznili učinioci adekvatno težini učinjenog dela. Štaviše, zbog fundamentalnog značaja poštovanja prava na život, ovaj član primenjuje se ekstrateritorijalno, što znači da štiti sve pojedince od proterivanja ili ekstradicije u zemlju u kojoj im preti ozbiljna opasnost po život.

Iako apsolutno pravo, član 2. sadrži izvesna ograničenja pravu na život. Tako član 2. stav 1. predviđa da niko neće biti namerno lišen života, osim prilikom izvršenja presude suda kojom je lice osuđeno za zločin za koji je ova kazna predviđena zakonom. Drugim rečima, Evropska konvencija u svom osnovnom tekstu ne zabranjuje smrtnu kaznu u slučajevima u kojima je poštovan princip zakonitosti, odnosno ukoliko je ona izrečena presudom suda za krivično delo za koje zakon propisuje kapitalnu kaznu. Imajući u vidu da je Evropska konvencija usvojena 1950. godine u vreme kada su sve evropske države imale smrtnu kaznu u svojim sistemima, treba naglasiti da se protekom vremena stav država članica Saveta Evrope menjao po ovom pitanju. Tako Protokol br. 6 uz

Evropsku konvenciju, donet 1983. godine, ukida smrtnu kaznu, osim za dela izvršena u doba rata ili neposredne ratne opasnosti. Ovo je konstatovano u slučaju *Ocalan protiv Turske* iz 2003. godine, gde je istaknuto mišljenje Suda da nije potrebno doći do jednog čvrstog zaključka u pogledu smrtne kazne u datom trenutku.³⁸² Posebno se naglašava da u vreme usvajanja teksta Evropske konvencije, smrtna kazna nije smatrana nehumanom ili ponižavajućom kaznom, pa je bila dozvoljena u većini pravnih sistema. Potonji razvoj i jačanje stava o njenom nehumanom karakteru, dovelo je do njenog *de facto* ukidanja u mnogim sistemima, a ubrzo i do njenog ukidanja *de iure*.

U skladu sa ovom savremenom tendencijom, donet je 2002. godine i Protokol br. 13 uz Evropsku konvenciju koji ukida smrtnu kaznu, ističući da nijedna odredba ovog protokola ne može biti ukinuta na osnovu člana 15. Konvencije, odnosno ne može se staviti van snage.³⁸³ Danas je Belorusija poslednja evropska država koja je još uvek zadržala smrtnu kaznu.

3.2.1.1. *Zabrana samovoljnog lišenja života*

Pravo na život predstavlja apsolutno pravo samo u smislu zabrane samovoljnog i arbitrarnog lišenja života. To znači da je u nekim situacijama lišavanje života dozvoljeno. Prilikom određivanja obima zaštite prava na život, od izuzetne važnosti je tumačenje izraza „samovoljno“. Tako, lišenje života ne smatra se protivnim članu 2. stav 2. Konvencije ako proistekne iz upotrebe sile koja je apsolutno nužna: 1) radi odbrane nekog lica od nezakonitog nasilja; 2) da bi se izvršilo zakonito hapšenje ili sprečilo bekstvo lica zakonito lišenog slobode; 3) prilikom zakonitih mera koje se preduzimaju u cilju suzbijanja nereda ili pobune.

Dakle, pravo na život pruža garanciju od namernog lišenja života, izuzev u situacijama koje su gore navedene. Međutim, to ne znači da automatski da neće doći do kršenja člana 2. Evropske konvencije ukoliko je došlo do lišenja života u jednoj od ove tri situacije. Tako je u jednom predmetu došlo do smrti mlađeg vojnika koji je bio na služenju obavezno vojnog roka i koga je ubio stariji vodnik pri pokušaju bekstva.³⁸⁴ Evropski sud je ustanovio da je u konkretnom slučaju došlo do povre-

382 *Ocalan v. Turkey*, predstavka br. 46221/99, presuda od 12. marta 2003.

383 Protokol br. 13 je stupio na snagu 1. jula 2003.

384 *Putintseva v. Russia*, predstavka br. 33498/04, presuda od 10. maja 2012.

de člana 2. Konvencije jer je pravni okvir koji je uređivao upotrebu sile imao niz nedostataka. Drugim rečima, ne može se dati „*carte blanche*” za upotrebu sile.

Ova obaveza odnosi se na državne službenike koji se moraju uzdržati od neopravdanog ubijanja. Sila koja se u ovim slučajevima može upotrebiti mora biti „apsolutno neophodna”, što znači da postoji proporcionalnost između sile koja je upotrebljena i cilja koji se želi ostvariti. Prekomerna upotreba sile uvek dovodi do kršenja člana 2. Evropske konvencije.³⁸⁵ Na primer, u predmetu *Načova protiv Bugarske*, Evropski sud je smatrao da upotreba smrtonosnog vatrenog oružja radi hapšenja lica koje nije osumnjičeno za nasilno krivično delo ne može biti „apsolutno nužna”, čak i kada uzdržavanje od njegove upotrebe može predstavljati propušteno priliku da se begunac uhapsi.³⁸⁶ O ovome se mora voditi računa, pošto ovlašćenja policije mogu biti vrlo široka i mogu ostavljati mogućnost slobodne procene u kojim situacijama se može upotrebiti sila, koja za krajnji ishod ima lišenje života pojedinca.

U slučaju *Ogur protiv Turske* snage državne bezbednosti izvele su oružanu operaciju na mestu koje pripada rudarskoj kompaniji.³⁸⁷ Tom prilikom ubijen je noćni čuvar, a država je tvrdila da je ubijen pucnjem upozorenja. Međutim, Evropski sud je primetio da se pucnji upozorenja ispaljuju u vazduh, a ne u osobu i da je upotreba sile u ovom slučaju bila nesrazmerna, a nije bila ni apsolutno nužna da bi se odbio napad od nezakonitog nasilja ili da bi se uhapsila žrtva. Sud je potvrdio da član 2. Evropske konvencije važi ne samo kada je reč o ponašanju koje uzrokuje smrt, već i kada žrtva preživi napad, ali je upotrebljena smrtonosna sila mogla dovesti do smrti i predstavlja pokušaj ubistva.³⁸⁸

Pitanje planiranja operacije koja je dovela do lišavanja života više puta je razmatrana pred Evropskim sudom. U jednom predmetu protiv Ujedinjenog Kraljevstva, Evropski sud je pronašao da su vojnici iskreno i

385 *Nikolova and Velichova v. Bulgaria*, predstavka br. 7888/03, presuda od 20. decembra 2007.

386 *Nacova and Others v. Bulgaria*, predstavke br. 43577/98, 43579/98, presuda od 6. jula 2005.

387 *Ogur v. Turkey*, predstavka br. 21594/93, presuda od 20. maja 1999.

388 *Videti i Makaratzis v. Greece*, predstavka br. 50385/99, presuda od 20. decembra 2004; *Sašo Gorgiev v. the FYROM*, predstavka br. 49382/06, presuda od 19. aprila 2012.

razumno verovali da treba da ubiju osumnjičene kako bi sprečili detonaciju bombe.³⁸⁹ Međutim, Sud je smatrao da operacija nije sprovedena kako treba jer su tri osumnjičena lica mogla biti uhapšena odmah po ulasku na Gibraltar, pre nego što je nastala opasnost postavljanja bombe ispod automobila. Takođe, u *Finogenov protiv Rusije*, razmatrani su događaji povodom talačke krize u Moskvi u periodu od 23. do 26. septembra 2002, kada je grupa terorista držala oko 900 talaca u pozorištu.³⁹⁰ Ruske snage bezbednosti su upotrebile narkotike koji su omamili teroriste, i većinu su ubili dok su bili omamljeni od gasa. Takođe, oko 100 talaca je izgublo život, mahom zbog nepružanja adekvatne medicinske pomoći. Podnosioci predstavke su tvrdili da su ruske snage upotrebile prekomernu silu. Evropski sud je prihvatio da je situacija bila takva da su vlasti morale doneti tešku odluku zbog postojanja realne, ozbiljne i iminentne opasnosti, priznajući im široko polje slobodne procene. S druge strane, strožija ocena Suda postojaće za kasnije aktivnosti, kada su vlasti kontrolisale situaciju.³⁹¹

Sud neće pronaći povredu člana 2. Evropske konvencije kada policija otvori vatru na lice koje je posedovalo pištolj i već je pucalo na službeno lice.³⁹² S druge strane, do povrede će doći ako je policija otvorila vatru na nepoznatu metu iza zatvorenih vrata i to u rezidencijalnom delu grada.³⁹³

3.2.1.2. Pozitivna obaveza da se zaštiti život

Član 2. stav 1. Evropske konvencije ne nameće samo obavezu državi da se uzdrži od namernog i nezakonitog oduzimanja života, već podrazumeva i preduzimanje odgovarajućih mera kako bi se obezbedili životi lica koja se nalaze pod jurisdikcijom države ugovornice Konvencije. Ova obaveza primarno podrazumeva donošenje odgovarajućeg zakonodavnog i administrativnog okvira koji može da dovede do de-

389 *McCann and Others v. UK*, predstavke br. 18984/91, 18984/91, presuda od 27. septembra 1995.

390 *Finogenov and Others v. Russia*, predstavka br. 18299/03, 27311/03, presuda od 20. decembra 2011. Videti drugu kontroverznu presudu donetu iste godine, *Giuliani and Gaggio v. Italy*, predstavka br. 23458/02, presuda od 24. marta 2011.

391 *Isto*, stav 214.

392 *Andranicou and Constantinou v. Cyprus*, Evropska komisija, predstavka br. 25052/94, odluka od 9. oktobra 1997.

393 *Gul v. Turkey*, predstavka br. 22676/93, presuda od 14. decembra 2000.

lotvornog odvrćanja od samovoljnog lišenja života. Takođe, ponekad ovo pravo može značiti i preduzimanje odgovarajućih radnji kako bi se sprečio poseban rizik koji postoji po život određenog pojedinca, u nekim ograničenim situacijama, ili u pogledu neke konkretne situacije.³⁹⁴ Obaveza zaštite života nekog konkretnog lica će postojati kada je država znala, ili mogla znati, da postoji realna i imanintna opasnost po život konkretnog lica, a propustila je da preduzme odgovarajuće mere u okviru svojih nadležnosti kako bi izbegla taj rizik.³⁹⁵ Tako je u *Opuz*, podnositeljka predstavke tvrdila da je njena majka izgubila život jer država nije preduzela ništa da je zaštiti od nasilja u porodici.³⁹⁶ Evropski sud je pronašao da je njihova porodična situacija bila poznata vlastima i da su one mogle predvideti napad, te preduzeti razumne korake kako bi predupredile napad i gubitak života. Evropski sud je posebno odbacio argument Vlade da bi svako mešanje u konkretnom slučaju dovele do povrede prava na privatni i porodični život žrtve i njenog partnera, ali je Sud podvukao da zaštita života i integriteta žrtve ima jaču snagu od prava napasnika.³⁹⁷ Takođe, država neće biti odgovorna ukoliko nije mogla da predviti sve okolnosti slučaja. Naime, u jednom predmetu protiv Azerbejdžana, supruga podnosioca predstavke se zapalila kao odgovor na operaciju policije da ih iseli iz zgrade u kojoj su nelegalno živeli.³⁹⁸ Evropski sud je istakao da prema konkretnim okolnostima slučaja ovakva reakcija nije mogla biti očekivana, iako su mnoge činjenice ovog slučaja ostale nerazjašnjene. Kada do smrti dođe dok se lice nalazi pod kontrolom države, onda je teret dokazivanja na državi da pruži zadovoljavajuće i verodostojno objašnjenje o okolnostima slučaja, a jasno je da se pozitivne obaveze iz člana 2. Evropske konvencije odnose i na ove situacije.³⁹⁹

Postojanje pozitivnih obaveza iz člana 2. stav 1. Evropske konvencije Evropski sud je prvi put artikulisao u predmetu *LCB protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, iako podnosilac predstavke nije mogao da dokaže da je njegova leukemija posledica nuklearnih testiranja kojima je njegov

394 Videti, na primer, *Giuliani and Gaggio v. Italy* (2011).

395 Videti *Osman v. UK*, predstavka br. 23452/94, presuda od 28. oktobra 1998.

396 *Opuz v. Turkey*, predstavka br. 33401/02, presuda od 9. juna 2009.

397 *Isto*, stav 147.

398 *Mikayil Mammadov v. Azerbajjan*, predstavka br. 4762/05, presuda od 17. decembra 2009.

399 Videti, na primer, *Jasinskis v. Latvia*, predstavka br. 45744/08, presuda od 21. decembra 2010.

otac izložen kao član vazdušne flote.⁴⁰⁰ Evropski sud je značajno proširio ovu obavezu u jednom predmetu protiv Turske, namećući ovu obavezu državi za sve aktivnosti, „bilo da su javne ili ne, zbog kojih može biti dovedeno u pitanje pravo na život”.⁴⁰¹ Ova obaveza postojace i u odnosu na prirodne nepogode, kao i u odnosu na opasne aktivnosti, kada se od države traži da obezbedi odgovarajući odgovor na poznati rizik, koji se posebno odnosi na odgovarajući sistem upozorenja.⁴⁰² Takođe, u ovakvim situacijama mora postojati i adekvatan sudski ili administrativni mehanizam ispitivanja nedostataka koji mogu dovesti do tragedije.

3.2.1.3. Proceduralna obaveza sprovođenja istrage

Član 2. stav 1. Evropske konvencije pored pozitivne obaveze nameće i proceduralnu obavezu koja se sastoji u sprovođenju delotvorne istrage kada je pojedinac izgubio život kao rezultat sile koju su upotrebili državni agenti,⁴⁰³ i mora rezultirati identifikovanjem učinilaca i njihovim kažnjavanjem. Tako glavni cilj istrage mora biti obezbeđenje delotvorne implementacije domaćih zakona koji štite pravo na život, odnosno obezbeđenje odgovornosti državnih agenata kada su odgovorni za nečiju smrt.⁴⁰⁴

U jednom predmetu protiv Holandije Evropski Sud je dalje obrazložio proceduralnu obavezu države u odnosu na član 2. Evropske konvencije.⁴⁰⁵ Tako Sud navodi da delotvorna istraga podrazumeva dva elementa: 1) mora biti adekvatna, odnosno mora voditi identifikovanju i kažnjavanju odgovornih, odnosno vlasti moraju preduzeti razumne korake kako bi obezbedile dokaze; i 2) istraga mora biti nezavisna od onih koji su učestvovali u incidentu, a ovo podrazumeva kako odsustvo hijerarhijske i instiucionalne veze, tako i praktičnu nezavisnost.

400 *LCB v. UK*, predstavka br. 23413/94, presuda od 9. juna 1998.

401 *Oneriyildiz v. Turkey (VV)*, predstavka br. 48939/99, presuda od 30. novembra 2004, stav 72.

402 Videti, na primer, *Budayeva and Others v. Russia*, predstavka br. 15339/02 et seq., presuda od 20. marta 2008.

403 *MccCann v. UK* (1995), stav 161.

404 *Anguelova v. Bulgaria*, predstavka br. 38361/97, presuda od 13. juna 2002, stav 137; *Jasinski v. Latvia* (2010), stav 72.

405 *Ramsahai and Others v. the Netherlands*, predstavka br. 52391/99, presuda od 15. maja 2007.

Sud ide korak dalje i objašnjava da delotvorna istraga podrazumeva njeno preduzimanje od strane nezavisnog tela na osnovu objektivnih dokaza, a istraga mora voditi utvrđivanju da li je upotrebljena sila opravdana u okolnostima slučaja, te identifikaciji i na kraju kažnjavanju odgovornih. Posebno se insitira na očuvanju dokaza, uključujući i svedočenje očevidaca događaja, forenzične dokaze, i gde je to odgovarajuće, autopsiju koja može da pruži kompletne i tačne podatke o povredi i objektivnu analizu kliničkih nalaza, uključujući i uzrok smrti.⁴⁰⁶

Takođe, delotvorna istraga podrazumeva i blagovremeno sprovođenje,⁴⁰⁷ kao i pristup javnosti i samoj istrazi. Na primer, u jednom predmetu protiv Ujedinjenog Kraljevstva došlo je do povrede člana 2. Evropske konvencije jer istraga nije obuhvatila i svedoke, a podnosioci predstavlke su mogli samo tri dana da prisustvuju ispitivanju.⁴⁰⁸ U jednom drugom predmetu protiv Bugarske, Sud je utvrdio proceduralnu povredu prava na život jer najbliži rođaci lica koje je izgubilo život nisu bili uključeni u istragu povodom njegove smrti.⁴⁰⁹

Posebno su značajni slučajevi protiv Bugarske, u kojima je Evropski sud ustanovio da država nije preduzela sve korake kako bi ispitala eventualno postojanje rasnih motiva, odnosno da li su etnička mržnja i predrasude igrale ulogu u lišavanju života Roma u pitanju. Ova obaveza posebno je naglašena u *Načova protiv Bugarske*,⁴¹⁰ kao i *Angelova i Iliev protiv Bugarske*,⁴¹¹ ali i u *Mižigarova protiv Slovačke*.⁴¹²

Obaveza sprovođenja delotvorne istrage postoji i u slučaju prisilnih nestanaka. Ovo je Evropski sud posebno naglasio u jednom predmetu

406 Videti, na primer, *Salman v. Turkey*, predstavka br. 21986/93, presuda od 227. juna 2000.

407 Videti, na primer, *Mikayil Mammadov v. Azarbaijan*, predstavka br. 4762/05, presuda od 17. decembra 2009.

408 *Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom*, predstavka br. 46477/99, presuda od 14. marta 2002.

409 *Seidova and Others v. Bulgaria*, predstavka br. 310/04 et seq., presuda od 18. novembra 2010.

410 *Nachova and Others v. Bulgaria* (VV), predstavka br. 43577/98, 43579/98, presuda od 6. jula 2005.

411 *Angelova and Iliev v. Bulgaria*, predstavka br. 55523/00, presuda od 26. jula 2007.

412 *Mižigárová v. Slovakia*, predstavka br. 74832/01, presuda od 14. decembra 2010.

protiv Hrvatske, gde je lice nestalo nakon što ga je uhapsila policija.⁴¹³ Evropski sud je pronašao da je ispitivanje događaja tokom rata koji se desio 90-ih godina prošlog veka, bilo neadekvatno jer je postojala neaktivnost vlasti i konflikt interesa. Evropski sud se bavio ovim pitanjem i u odnosu na veliki broj Grka koji su nestali tokom turskih vojnih operacija na severnom Kipru 1974. godine. U predmetu *Varnava protiv Turske*, Evropski sud je posebno podvukao da obaveza obezbeđenja prava na život postoji i u zoni međunarodnog konflikta, a podrazumeva odgovornost za utvrđivanje sudbine nestalih i pronalazak njihovih ostataka.⁴¹⁴

3.2.2. Zabrana mučenja

Mučenje predstavlja potpuno odsustvo poštovanja ljudskog dostojanstva, koje se najčešće koristi kao metod zastrašivanja, uniženja ili slamanja otpora žrtve. Mučenjem se povređuje fizički i psihički integritet ličnosti, pa je zaštita fizičkog i psihičkog integriteta proklamovana članom 3. Evropske konvencije, koji propisuje da „*niko ne može biti podvrgnut mučenju ili nečovečnom, odnosno ponižavajućem postupku ili kažnjavanju*“. Evropski sud za ljudska prava u svojoj brojnoj jurisprudenciji u odnosu na član 3. Konvencije određuje standarde u ovoj oblasti. Tako presude Evropskog suda za ljudska prava imaju odlučujuću ulogu u bližem određivanju samih pojmova i utvrđivanju postupaka i kazni koje se mogu podvesti pod ovaj član.

Međutim, da bi akt zlostavljanja (mučenje, nečovečno ili ponižavajuće postupanje ili kažnjavanje) mogao da se podvede pod član 3. Evropske konvencije, potrebno je da taj akt dostigne „minimalan stepen surovosti“. Da li neki akt poseduje stepen surovosti potreban da bi se podveo pod član 3, jeste relativno pitanje koje zavisi od svih okolnosti slučaja. Evropski sud, prilikom odlučivanja o stepenu surovosti, uzima u obzir sledeće elemente: 1) trajanje samog postupka; 2) fizičke elemente po-

413 *Skendžić and Krznarić v. Croatia*, predstavka br. 16212/08, presuda od 20. januara 2011. Videti i *Jularić v. Croatia*, predstavka br. 41108/10, presuda od 20. januara 2011.

414 *Varnava and Others v. Turkey* (VV), predstavka br. 16064/90 et seq., presuda od 18. septembra 2009. Veliko veće se u velikoj meri oslonilo na nalaze sadržane u presudi *Cyprus v. Turkey* (VV), predstavka br. 25781/94, presuda od 10. maja 2001.

stupka; 3) mentalne, psihičke elemente postupka, kao i 4) pol, starost i zdravlje žrtve u pitanju.

Važno je napomenuti i da član 3. Konvencije ima apsolutni karakter: nije dozvoljeno nikakvo ograničenje, ni opšte ni specijalno, kada je ova zabrana u pitanju. Član 3. izričito je isključen iz domašaja člana 15. Konvencije, koji dopušta stavljanje van snage izvesnih obaveza u vreme rata ili u slučaju vanredne opasnosti koja preči opstanku nacije. Evropski sud je više puta pomenuo apsolutni karakter člana 3. Tako, na primer, u *Aksoj protiv Turske*, Sud naglašava da „čak u najtežim okolnostima, kao što su borba protiv organizovanog terorizma i kriminala, Konvencija zabranjuje u apsolutnom smislu torturu ili nehumano ili ponižavajuće postupanje ili kažnjavanje.“⁴¹⁵ Ovaj princip je ponovljen u mnogim presudama, ali je posebno naglašen u slučaju *Sadi*, gde je Veliko veće ukazalo na to da član 3. zadržava svoj apsolutni karakter, bez obzira na ponašanje lica u pitanju, prirodu krivičnog dela i eventualne pretnje po bezbednost konkretne države.⁴¹⁶

Takođe, ovo pravo podrazumeva ne samo uzdržavanje od nametanja psihičkog ili fizičkog bola, već nameće pozitivne obaveze, isto kao i član 2. Evropske konvencije. Ovo je posebno naglašeno u već pomenutom slučaju *Priti*, u kojem je država odbila da pruži garanciju suprugu da neće biti krivično gonjen u slučaju asistiranog samoubistva supruge, koja je patila od degenerativne bolesti sa smrtnim ishodom.⁴¹⁷ Sud je na ovom mestu podvukao da je pozitivna obaveza nametnuta državi kako bi obezbedila zaštitu pojedinaca od zlostavljanja. Obaveza države proizilazi iz potrebe za uklanjanjem ili umanjeanjem povrede, na primer, sprečavanje rđavog postupanja od strane javnih tela, privatnih lica ili staranjem o poboljšanju uslova ili nege.⁴¹⁸

Konačno, član 3. ima i ekstrateritorijalnu primenu u smislu da nijedna država ugovornica Evropske konvencije ne može proterati lice u državu u kojoj mu preči opasnost po psihički i fizički integritet (princip *non-refoulement*).

415 *Aksoy v. Turkey*, predstavka br. 21987/93, presuda od 18. decembra 1996, stav 62. Videti i *Chahal v. UK*, predstavka br. 22414/93, presuda od 15. novembra 1996.

416 *Sadi v. Italy*, predstavka br. 22414/93 (VV), presuda od 15. novembra 1996.

417 *Pretty v. UK* (2002).

418 *Isto*, stav 55.

3.2.2.1. Razlikovanje tri oblika zlostavljanja

Evropska konvencija u članu 3. ne daje nikakvu definiciju *mučenja* niti drugih oblika zlostavljanja. Evropska komisija je detaljno razmatrala definiciju mučenja u tzv. *Grčkom slučaju* tokom pukovničkog režima u ovoj zemlji,⁴¹⁹ ali vodeći autoritet u određivanju ovog pojma ima presuda u tzv. *Irskom slučaju*.⁴²⁰ Ovde je Evropski sud stavio glavni akcenat na stepen jačine, tj. na ozbiljnost učinjenog akta. Tako se u Irskom slučaju postavilo pitanje tretmana, primenjenog na osumnjičene predstavnike Irske republikanske armije (IRA). Taj tretman odnosio se, pre svega, na „pet tehnika ispitivanja”, primenjivanih od strane britanskih vlasti u Irskoj.⁴²¹ Evropski sud naglasio je da mučenje uvek prati određena „stigma”. Prema tome, da bi se neki akt mogao okarakterisati kao mučenje, mora prouzrokovati „ozbiljnu i surovu patnju”. Dakle, mučenje je namerno nečovečno postupanje koje prouzokuje vrlo ozbiljne i surove patnje.⁴²²

Međutim, nakon što je 1984. godine usvojena Konvencija UN protiv mučenja i drugih surovih, nehumanih i ponižavajućih postupanja i kažnjavanja koja – u članu 1. stav 1. sadrži definiciju „mučenja”, Evropski sud se u velikom broju svojih odluka oslonio upravo na ovu definiciju, koja kaže:

„izraz ‘mučenje’ označava bilo koji akt kojim se nekom licu namerno nanosi veliki bol ili patnja, bilo fizička ili duševna, u svrhu dobijanja od njega ili treće osobe obaveštenja ili priznanja, kao kažnjavanje za dela koja je on ili treće lice učinilo ili je osumnjičeno da ih je učinilo, da bi se ono ili neko treće

419 *Denmark v. Greece, Norway v. Greece, Sweden v. Greece, Netherlands v. Greece*, Evropska komisija, predstavke br. 3321/67 et seq., izveštaj od 18. novembra 1969.

420 *Ireland v. UK*, predstavka br. 5310/71, presuda od 18. januara 1978.

421 Tehnike ispitivanja bile su: 1) *wall-standing* (dugotrajno stajanje na nožnim prstima licem okrenutim prema zidu); 2) *hooding* (pokrivanje glave uhapšenog za vreme ispitivanja platnenom vrećicom); 3) izlaganje buci; 4) uskraćivanje sna; i 5) uskraćivanje hrane i vode. Milan Paunović, *op.cit.*, str. 54. Primena ovih tehnika omogućila je dobijanje velikog broja informacija, među kojima je i identifikovanje oko 700 članova IRA-e i pronalazak počinioaca u nekih 85 do tada nerazjašnjenih kriminalnih radnji. *Irski slučaj*, stav 98.

422 D. Gomien, *Kratak vodič kroz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 1996, 17.

*lice zastrašilo ili primoralo na nešto, ili iz bilo kog razloga zasnovanog na diskriminaciji bilo koje vrste, kada takav bol ili patnju nanosi javni službenik ili neko drugo lice koje deluje u zvaničnom svojstvu, ili se to učini uz njegovu saglasnost ili podsticaj. Ovo se ne odnosi na bol ili patnju koja može nastati primenom zakonskih sankcija ili su njihov nerazdvojni deo ili s njima povezani.*⁴²³

Iz ove definicije moguće je izvući tri suštinska elementa koja čine mučenje, a to su: 1) nanošenje teškog duševnog ili fizičkog bola ili patnje; 2) od strane ili uz pristanak i odobravanje državnih vlasti; 3) sa određenim ciljem poput prikupljanja informacija, kažnjavanja ili zastrašivanja. Dakle, ova definicija mučenja prilično je apstraktna i ne poziva se ni na kakav poseban oblik zlostavljanja, niti navodi spisak zabranjenih metoda. Umesto toga, ona navodi samo izvesne suštinske elemente koji su nužni da bi se neki događaj mogao smatrati slučajem mučenja u pravnom smislu.

Kako Evropski sud mora slediti odgovarajući putokaz prilikom presuđivanja, on u svojim presudama često upućuje na ovu definiciju. Tako, u slučaju *H.L.R. protiv Francuske*, Evropski sud ističe da Konvencija UN protiv mučenja izričito uključuje element namere u definiciju mučenja. Dalje, Sud naglašava da je ova definicija izraz savremenog shvatanja izraza „mučenje” u međunarodnom pravu. Ovo je potvrđeno i u slučaju *Mahmut Kaja protiv Turske*, gde se ističe da se mučenjem smatra „namerno nanošenje jakog bola ili patnje sa ciljem, *inter alia*, dobijanja informacije, kažnjavanja ili zaplašivanja.”⁴²⁴ U slučaju *Selmuni protiv Francuske*, Evropski sud izričito citira definiciju, datu članom 1. Konvencije UN protiv mučenja, posebno kada je u pitanju razlikovanje mučenja od nečovečnog i ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja, koje je po oceni Suda rukovođeno istom namerom.⁴²⁵ Tako se „mučenje” i „nehumano” postupanje razlikuju po jačini prouzrokovane patnje i svrsi radi koje je takva patnja naneta.

423 Videti, na primer, *Selmouni v. France*, predstavka br. 25803/94, presuda od 28. jula 1999; *Ilhan v. Turkey*, predstavka br. 22277/93, presuda od 27. juna 2000; *H.L.R. v. France*, predstavka br. 24573/94, presuda od 27. aprila 1997.

424 *Mahmat Kaya v. Turkey*, predstavka br. 22535/93, presuda od 28. marta 2000.

425 *Selmouni v. France* (1999). Videti i *Dikme v. Turkey*, predstavka br. 20869/92, presuda od 11. jula 2000.

Iz jurisprudencije Evropskog suda može se zaključiti da je *nečovečno postupanje* kategorija u koju se svrstavaju akti koji ne prelaze potreban prag ozbiljnosti i jačine koji se zahteva za mučenje,⁴²⁶ ali je u pitanju akt koji je dovoljno ozbiljan da se ne bi smatrao „samo“ ponižavajućim postupanjem. Takođe, ne traži se da je ovakav akt učinjen s namerom i obično će postojati u situacijama loših zatvorskih uslova, prebijanja od strane policije koje kratko traje u periodu velikih tenzija, deportacije kada postoji rizik od nehumanog tretmana, uništenja lične imovine, anksioznost nastala zbog propusta da se preduzme odgovarajuća istraga.⁴²⁷

Konačno, ponižavajuće postupanje obično podrazumeva grubo poniženje ili navođenje na neki akt bez volje ili svesti. Ipak, Evropski sud je više puta pomenuo da grubo poniženje nije uvek neophodan element ponižavajućeg postupanja,⁴²⁸ niti namera da se neko ponizi.⁴²⁹ Tako u *V. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, Sud zauzima stanovište da je namera jedan od elemenata koji treba utvrditi, ali da njeno odsustvo ne može biti krajnji dokaz o nepostojanju povrede.⁴³⁰ Takođe, u jednom predmetu protiv Moldavije Evropski sud je pronašao ponižavajuće postupanje koje je nastalo tokom uništenja romskih kuća zbog kojih su romske porodice obuhvaćene ovom merom duži vremenski period živele u štalama i drugim neprilagođenim objektima.⁴³¹

426 D. Long, *Guide to Jurisprudence on Torture and Ill-treatment, Article 3 of the European Convention for the Protection of Human Rights*, Association for the Prevention of Torture (APT), Geneva, 2002, 17.

427 B. Rainey, E. Wicks, C. Ovey, *Op. cit.*, 174–175.

428 *Videti Al Saadoon and Mufdhi v. UK*, predstava br. 61498/08, presuda od 2. marta 2010, stav 121.

429 *Peer v. Greece*, predstava br. 28524/95, presuda od 19. aprila 2001. Ovde Sud nije pronašao postojanje namere da se zatvorenik, inače zavisnik od droge, unizi oskudnim i neodgovarajućim uslovima u zatvorskoj jedinici u kojoj je smešten. Ipak, Sud je pronašao da propust vlasti da poboljša neprihvatljive uslove ukazuje na „nedostatak poštovanja“ ličnosti osobe u pitanju i time dovodi do kršenja člana 3. Konvencije.

430 *V. v. UK*, predstava br. 24888/94, presuda od 16. decembra 1999. Ovaj slučaj ticao se suđenja dvojici desetogodišnjaka za ubistvo drugog deteta. Postavilo se pitanje da li niska granica uzrasta za krivičnu odgovornost, akuzatorska priroda postupka, dužina trajanja postupka, prisustvo medija i javnosti, kao i oprema u sudnici imaju kumulativan efekat koji bi se mogao podvesti pod član 3. Konvencije.

431 *Moldovan and Others v. Romania*, predstave br. 41138/98, 64320/01, presuda od 12. jula 2005.

3.2.2.2. Proceduralna obaveza sprovođenja istrage

Proceduralni aspekt člana 3. Evropske konvencije proizlazi iz pozitivnih obaveza države, koja podrazumeva prevenciju i zaštitu od zlostavljanja, ali i obavezu sprovođenja istrage. Tako isto kao i kod člana 2. Evropske konvencije, i član 3. ima dva aspekta: supstantivni i proceduralni. Proceduralni aspekt člana 3. podrazumeva da kada dođe do zlostavljanja ili postoji sumnja da je do njega došlo, državni organi imaju obavezu da preduzmu delotvornu istragu i otkriju sve relevantne činjenice takvog postupanja. Ta istraga treba da vodi identifikovanju i kažnjavanju onih koji su za takvo postupanje odgovorni.⁴³² Ukoliko se lice nalazi u vlasti države, ova obaveza podrazumeva potpun i nezavisan pregled pre otpuštanja, od strane kvalifikovanog doktora, bez prisustva policijskog službenika, a izveštaj mora sadržati ne samo opis povreda, već i konzistentnost u izjavi žrtve o načinu njihovog nastanka.⁴³³

Obaveza sprovođenja istrage bila je u centru razmatranja u mnogim slučajevima koji su se odnosili na nestanak lica. U slučaju *Kurt protiv Turske*, Sud je istakao da su vlasti propustile da ponude bilo koje verodostojno i potvrđeno objašnjenje o boravku i sudbini osobe u pitanju, i tako propustile da skinu sa sebe odgovornost za ovu ozbiljnu povredu.⁴³⁴ Sud je u ovom slučaju istakao da zadržavanje lica *incomunicado* (bez službenih beleški i procesnopравnih garantija) mora biti posmatrano kao ozbiljna povreda članova 3. i 5. Evropske konvencije.

Sledeći odluku iz *Ribič protiv Austrije*, kada je osoba u pitanju odvedena u pritvor u dobrom zdravstvenom stanju, ali su pronađene povrede u vreme otpuštanja, Sud je zaključio da je obaveza države da pruži verodostojno objašnjenje kako su te povrede nastale.⁴³⁵ Tako, da bi takvo objašnjenje moglo biti pruženo, država je dužna da sprovede efikasnu istragu radi utvrđivanja verodostojnosti iskaza o zlostavljanju. Kako je to Komisija istakla, država je *moralno* odgovorna za svako lice koje je lišeno slobode, pošto je ono u potpunosti

432 *McCann and others v. UK* (1995), stav 161; *Kaya v. Turkey* (1998), stav 86.

433 *Akkoc v. Turkey*, predstavka br. 22948/93, presuda od 10. oktobra 2000, stav 118.

434 *Kurt v. Turkey*, predstavka br. 24276/94, presuda od 25. maja 1998, stavovi 128–129.

435 *Ribitsch v. Austria*, predstavka br. 18896/91, presuda od 4. decembra 1995, stavovi 108–111.

u rukama policije (kurziv naš). Za sve povrede koje nastanu tokom pritvora, vlada je dužna da predstavi dokaze koji bacaju sumnju na izjave žrtve.⁴³⁶

U *Mikejev protiv Rusije*, Evropski sud je naglasio da istraga za ozbiljne navode o zlostavljanju mora biti temeljna, brza i nezavisna.⁴³⁷ Važno je da Sud smatra da ova obaveza postoji kada god postoji ozbiljna sumnja da je došlo do zlostavljanja, ne vezano od činjenice da li su žrtve i formalno iskoristile pravni lek koji im stoji na raspolaganju.

Sud, takođe, podvlači važnost delotvornih pravnih lekova. Tako je u jednom predmetu protiv Turske,⁴³⁸ gde je došlo do smrtnog ishoda osobe koja je bila pritvorena, Sud naglasio da krivična istraga koja je dovela do krivičnog postupka mora u svim fazama da ispuni obaveze koje nameće proceduralni aspekt člana 3. Konvencije, te da države moraju učiniti sve što je u njihovoj moći kako zlostavljanje ne bi prošlo nekažnjeno. Sud je ovo ponovio i u jednoj presudi Velikog veća protiv Nemačke, gde su policijski službenici iznudili priznanje pod pretnjom mučenja, i gde je Sud istakao da u ovakvim slučajevima nije dovoljno samo obezbediti kompenzaciju žrtvama, već i osuditi odgovorne.⁴³⁹ S druge strane, kada zlostavljanje vrše privatna lica, Evropski sud smatra da država ima široko polje slobodne procene u izboru sredstava, ali opet naglašava značaj krivičnih sankcija i obavezu obezbeđenja pristupa krivičnopravnim sredstvima za žrtve takvog postupanja.⁴⁴⁰

3.2.2.3. Policijski pritvor

Najveći stepen rizika od mučenja i drugih oblika zlostavljanja postoji upravo u prvoj fazi hapšenja i lišenja slobode, pre nego što se licu lišenom slobode omogući pristup advokatu ili sudiji. Taj rizik traje tokom cele istrage, bez obzira na činjenicu gde je osumnjičeni zatvoren. Veliki je broj presuda koje su se bavile postupanjem policije prema pritvorenicima, samim činom hapšenja, a posebno metodima ispitivanja i iznudaivanjem priznanja. Iako je u mnogim presudama Sud našao da nema

436 *Isto*, stavovi 31, 34.

437 *Mikheyev v. Russia*, predstavka br. 77617/01, presuda od 26. januara 2006.

438 *Ali and Ayşe Duran v. Turkey*, predstavka br. 42942/02, presuda od 8. aprila 2008.

439 *Gäfgen v. Germany* (VV), predstavka br. 22978/05, presuda od 1. juna 2010.

440 *Beganović v. Croatia*, predstavka br. 46423/06, presuda od 25. juna 2009.

povrede člana 3. Konvencije,⁴⁴¹ ipak je veći broj predmeta u kojima je ta povreda ustanovljena.⁴⁴²

Prvi slučaj povrede člana 3. u vidu mučenja u policijskom pritvoru bio je slučaj *Aksoj*.⁴⁴³ Podnosilac predstavke je otac ubijenog metalskog radnika, koji je odveden u policijski pritvor i tamo mučen, usled čega je preminuo. On je, između ostalog, izložen tzv. palestinskom vešanju (metod mučenja koji se sastoji u vezivanju ruku iza leđa, o koje se žrtva obes; izuzetno neprirodan položaj tela, koji izaziva jak bol). Evropski sud je ponovio utvrđeni standard da u situaciji kada je lice pre pritvaranja dobrog zdravlja, a po izlasku iz pritvora ima izvesne povrede, na državi leži obaveza da pruži verodostojno objašnjenje o nastanku tih povreda.⁴⁴⁴

Pitanjem nehumanog i ponižavajućeg tretmana tokom policijskog pritvora, Sud se bavio u velikom broju slučajeva. U *Tomasi*,⁴⁴⁵ lice je uhapšeno u svojoj radnji zbog sumnje da je učestvovao u jednom napadu za koji je optužen Korzikanski oslobodilački nacionalni front,⁴⁴⁶ a u policijskom pritvoru zadržan je tri dana. On je tvrdio da je tokom policijskog pritvora izložen nehumanom i ponižavajućem tretmanu u vidu udaraca, šamaranja, lišavanja hrane i sl., što je potvrđeno pregledom od strane četiri doktora i zabeleženo od strane istražnog sudije. Sud je utvrdio da su zabeležene povrede nastale u vreme pritvora, da nisu nastale usled pokušaja bekstva lica u pitanju, niti da ih je on mogao naneti samom sebi.⁴⁴⁷ Posebno je ukazano na to da neosporne teškoće koje prate borbu protiv terorizma, ne mogu ograničiti zaštitu lica lišenih slobode u odnosu na njihov fizički integritet.⁴⁴⁸

441 Videti, na primer, *Klass and Others v. Germany*, predstavka br. 5029/71, presuda od 6. septembra 1978; *Tanli v. Turkey*, predstavka br. 26129/95, presuda od 10. aprila 2001; *Berlinski v. Poland*, predstavka br. 27715/95, presuda od 20. juna 2002.

442 Videti, na primer, *Veznedaroglu v. Turkey*, predstavka br. 32357/96, presuda od 11. aprila 2000; *M.C. v. Bulgaria*, predstavka br. 39272/98, presuda od 4. decembra 2003; *Kmetty v. Hungary*, predstavka br. 57967/00, presuda od 16. decembra 2003.

443 *Videti i Dikme v. Turkey*, predstavka br. 20869/92, presuda od 11. jula 2000; *Ilhan v. Turkey*, predstavka br. 22277/93, presuda od 27. juna 2000.

444 *Aksoy v. Turkey*, stav 61.

445 *Tomasi v. France*, predstavka br. 12850/87, presuda od 27. avgusta 1992.

446 Ovo je bio pokret koji se borio za otcepljenje od Francuske i dobijanje nezavisnosti, pa je dekretom raspušten.

447 *Isto*, stav 110.

448 *Isto*.

Pitanje povrede člana 3. Evropske konvencije može postojati i u slučaju stavljanja lica u samicu, posebno ukoliko se radi o potpunoj izolaciji koja može uništiti ličnost, i koja predstavlja nehuman tretman koji ne može biti opravdan razlozima bezbednosti.⁴⁴⁹ Sud priznaje da će nekad biti prihvatljivo da lice provede neko vreme u samici, ali ova mera ne može biti izrečena na neodređeno vreme.⁴⁵⁰ Tako je Sud u dva slučaja protiv Poljske pronašao povredu člana 3. Konvencije jer su lica nekoliko godina provela u izolaciji.⁴⁵¹

3.2.2.4. *Zatvorski uslovi*

Države imaju dužnost, na osnovu člana 3. Evropske konvencije, da obezbede minimalne standarde licima lišenim slobode. Osnovni standard predstavlja poštovanje njihove ličnosti, pa države ne mogu nečovečno postupanje prema zatvorenima pravdati nedostatkom materijalnih sredstava. Lica lišena slobode imaju pravo na kontakt sa porodicom, advokatom, lekarom i sudskim organima, a iskustvo pokazuje da je ovaj kontakt od izuzetne važnosti kao zaštita od raznih oblika zlostavljanja i da je od suštinskog značaja u procesu sprovođenja pravičnog suđenja. Tako, nedostatak kontakta sa spoljnim svetom, kao i loši uslovi u samom zatvoru, mogu biti čest izvor povrede člana 3. Evropske konvencije. U slučaj *Očalan*, optuženi je otežano kontaktirao sa svojim advoktima. Prvo, dozvojen im je kontakt dva puta nedeljno, po sat vremena. Drugo, kod svake posete advokati su pet puta pretresani i prinuđeni da popune veoma detaljan upitnik. Takođe, razgovor je nadgledan iza staklenog prozora i sniman video kamerom. Najzad, advokati nisu mogli da hvataju nikakve beleške tokom razgovora, niti su mogli optuženom da pruže bilo koji dokument kako bi se spremio za svoju odbranu.⁴⁵² Očalan je bio jedini zatvorenik na ostrvu. Takođe, primenjene su pome-nute restrikcije u kontaktu sa advokatima i porodicom, imao je malo mogućnosti za fizičke vežbe, pristup medijima mu je bio ograničen, a njegovo zdravlje znatno se pogoršalo od trenutka zatvaranja.⁴⁵³ Evropski sud je istakao da država mora osigurati da uslovi, u kojima se lice li-

449 Videti, na primer, *Van der Ven v. the Netherlands*, predstavka br. 50901/99, presuda od 4. februara 2003; *Rohde v. Denmark*, predstavka br. 69332/01, presuda od 21. jula 2005.

450 *Ramirez v. Sanchez*, predstavka br. 59450/00, presuda od 4. jula 2006.

451 *Piechowitz v. Poland*, predstavka br. 20071/07, presuda od 17. aprila 2012; *Horych v. Poland*, predstavka br. 13621/08, presuda od 17. aprila 2012.

452 *Ocalan v. Turkey*, stav 25.

453 *Isto*, stav 229.

šeno slobode nalazi, budu u skladu sa ljudskim dostojanstvom. Takođe, način i metod izvršenja mere ne smeju izložiti lice bolu ili tegobi, koje je takvog intenziteta da prelazi neizbežan stepen patnje koji je inherentan samom kažnjavanju.⁴⁵⁴ Uslovi moraju biti takvi da obezbeđuju zatvoreniku zdravlje i blagostanje, između ostalog, pružajući mu i potrebnu medicinsku pomoć.⁴⁵⁵ Zato je Sud podvukao da potpuna čulna izolacija, koja je još povezana sa socijalnom izolacijom, može uništiti ličnost i biti tretirana kao nehumana mera, koja ne sme biti pravdana čak ni bezbednosnim razlozima.⁴⁵⁶ S druge strane, ovakva mera izrečena iz disciplinskih ili zaštitnih razloga ne mora dovesti i do povrede člana 3. Da bi se utvrdilo da li takva mera predstavlja kršenje člana 3, uzeće se u obzir, kako je to Sud istakao u *Lorse i drugi*,⁴⁵⁷ posebne okolnosti poput oštine same mere, njeno trajanje, cilj kojem služi i posledice koje ima po konkretno lice.⁴⁵⁸

U *Kalašnjikov*,⁴⁵⁹ Sud se bavio samim zatvorskim uslovima.⁴⁶⁰ Naime, osoba osuđene za proneveru zatvorena je u ćeliju veličine 17 kvadratnih metara, gde je bilo smešteno 8 uzanih kreveta. Međutim, gotovo stalno je tu bilo zatvoreno oko 24 osoba, a nikad ispod 18. Zato su zatvorenici bili prinuđeni da spavaju u smenama, a u međuvremenu su ležali ili sedeli na podu. Takođe, svetlo se nije uopšte gasilo, dok je buka bila konstantna.⁴⁶¹ Sanitarni deo u uglu ćelije smešten je tako da nije pružao ni malo privatnosti prilikom obavljanja nužde, niti je izolovan od dela za spavanje ili ručavanje. Ishrana je bila loša, ćelija nije imala nikakvu ventilaciju, zbog čega je prozor konstantno bio otvoren, ali je soba uvek bila puna dima od intenzivnog pušenja.⁴⁶² Svuda je bilo mnogo mrava i bubašvaba, a pošto je higijena bila tako slaba, podnosilac je dobio kožnu bolest, šugu i gljivičnu infekciju, koja je dovela do gubitka

454 *Isto*, stav 231.

455 *Isto*. Videti i *Poltoratskiy v. Ukraine*, predstavka br. 38812/97, presuda od 29. aprila 2003; *MS v. UK*, predstavka br. 24527/08, presuda od 3. maja 2012.

456 *Isto*, stav 232.

457 *Lorse and Others v. Netherlands*, predstavka br. 52750/99, presuda od 4. februara 2003.

458 Videti *Dhoest v. Belgium*, Evropska komisija, predstavka br. 10448/83, izveštaj od 14. maja 1987; *McFeeley et al. v. the United Kingdom*, Evropska komisija, predstavka br. 8317/78, odluka od 15. maja 1980.

459 *Kalashnikov v. Russia*, predstavka br. 47095/99, presuda od 5. jula 2002.

460 Videti i *Peers v. Greece*, predstavka br. 28524/95, presuda od 19. aprila 2001.

461 *Isto*, stav 14.

462 *Isto*, stav 16.

noktiju na nogama i rukama.⁴⁶³ Konačno, mogao je da boravi van ćelije samo sat vremena dnevno, a kupanje toplom vodom dozvoljeno mu je dva puta mesečno.

Ruska vlada branila se činjenicom da su ekonomski razlozi u njenoj zemlji takvi da neomogućavaju onakve zatvorske uslove koje mogu obezbediti mnoge druge članice Saveta Evrope. Ipak, vlada je istakla da čini sve što je u njenoj moći da date uslove popravi. Ispitujući okolnosti slučaja, Evropski sud je ukazao na standard koji je postavio Evropski komitet protiv mučenja, a to je prostor od 7 m² po zatvoreniku kao približnu, poželjnu meru za ćeliju.⁴⁶⁴ Na osnovu podnosiocевih navoda, proizlazi da je svaki zatvorenik imao samo 0.9 do 1.9 m² prostora, pa je Sud zaključio da je ćelija konstantno bila pretrpana i da ova činjenica sama po sebi pokreće pitanje poštovanja člana 3.⁴⁶⁵ Takođe, konstantno svetlo i buka doveli su do lišavanja sna zatvorenika, koje je moralo prouzrokovati ozbiljno fizičko i psihičko opterećenje za podnosioca. Dalje, Sud raspravlja i o ostalim uslovima koji su gore navedeni i dolazi do sličnih zaključaka. Iako nije pronašao nameru vlasti da se konkretno lice unizi ili ponizi, Sud je smatrao da sami uslovi zatvaranja kojima je ono bilo izloženo 4 godine i 10 meseci, jesu prouzrokovali znatnu duševnu patnju, utičući loše na njegovo ljudsko dostojanstvo i pobuđujući ista ona osećanja koja prate uniženje i poniženje.⁴⁶⁶

3.2.2.5. *Zabrana proterivanja*

U najvećem broju slučajeva rizik od zlostavljanja dolazi od same države na čijoj teritoriji se lice nalazi. Međutim, država nije odgovorna samo ukoliko njene vlasti vrše zlostavljanje, već i ukoliko protera sa svoje teritorije lice kojem pretila opasnost od takvog postupanja. Ovaj princip, poznatiji u literaturi kao princip „*non-refoulement*”,⁴⁶⁷ postao je izu-

463 *Isto*, stav 18.

464 *Kalashnikov v. Russia*, stav 97. Videti Drugi opšti izveštaj Evropskog komiteta protiv mučenja – CPT/Inf (92) 3, stav 43.

465 *Isto*.

466 *Isto*, stav 101. Videti i *Aliiev v. Ukraine*, predstava br. 41220/98, presuda od 29. aprila 2003; *Kuznetsov v. Ukraine*, predstava br. 39042/97, presuda od 29. aprila 2003; *Khoklich v. Ukraine*, predstava br. 41707/98, presuda od 29. aprila 2003; *Nazarenko v. Ukraine*, predstava br. 38812/97, presuda od 29. jula 2003; i *Dankevich v. Ukraine*, predstava br. 40679/98, presuda od 25. marta 2003.

467 Sam izraz nastao je od francuske reči *refouler*, dok bi najadekvatnija engleska reč bila *repel* (odbiti, odbaciti). Termin „*non-refouler*” u početku je označavao samo lica koja nezakonito borave u nekoj zemlji, dok se izraz „deportacija”

zetno aktuelan u današnje vreme zbog povećanog broja izbeglica i lica koja traže azil. Evropska konvencija ne sadrži odredbu o principu *non-refoulement*, ali Evropski sud tumačenjem člana 3. pruža zaštitu od prinudnog povratka licu kojem prethodi opasnost od zlostavljanja u zemlji porekla.⁴⁶⁸

U slučaju *Zering protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁴⁶⁹ Evropski sud je podvukao da član 3. nameće obavezu državi ugovornici da ne stavi pojedinca u takav položaj gde bi on bio izložen ovakvom tretmanu od strane druge države.⁴⁷⁰ Tako sama pretnja, koja u ovom slučaju ima karakter izgledne posledice, mora dovesti do odstupanja od pravila da se ne uzimaju u obzir potencijalne povrede, jer je to neophodno zbog ozbiljne i nepopravljive prirode patnje kojoj lice može biti izloženo.⁴⁷¹

U *Kruz Varas*,⁴⁷² Sud je utvrdio izvesne principe koji moraju biti primenjeni radi ocene postojećeg rizika:

1. U određivanju da li postoje važni osnovi za verovanje u postojanje stvarnog rizika od tretmana suprotnog članu 3, Sud će stanje proceniti na osnovu svih činjenica plasiranih

odnosio na one koji su tu zakonito. Danas je teško prevesti ovaj termin, jer princip *non-refoulement* ima svoju primenu u odnosu na proterivanje, ali isto tako i u odnosu na deportaciju i ekstradiciju.

468 Jedinje izričite odredbe vezane za pitanje proterivanja sadrži član 3. Četvrtog protokola, koji zabranjuje proterivanje sopstvenih državljana, kao i lišavanje prava na ulazak na teritoriju sopstvene države. Tu je još i član 1. Sedmog protokola, koji zabranjuje proterivanje stranaca koji zakonito borave na teritoriji jedne zemlje, osim ako je to proterivanje neophodno u interesu javnog reda ili se temelji na razlozima nacionalne bezbednosti. Proterivanje mora biti doneto u skladu sa zakonom i stranac mora imati pravo: da iznese razloge kojima osporava proterivanje; da se njegov slučaj preispita; i da u tu svrhu bude zastupljen pred nadležnim organom ili licem ili licima koja taj organ odredi.

469 *Slučaj Soering v. UK*, predstavka br. 14038/88, presuda od 7. jula 1989.

470 S druge strane, britanska vlada branila se time da član 3. ne treba tumačiti tako da on nameće odgovornost državi za povrede koje nastanu van njene jurisdikcije. Ukoliko bi to i bila njena obaveza, onda bi ona morala postojati samo u situaciji kada je rđavo postupanje ili kažnjavanje u drugoj zemlji izvesno, blisko i ozbiljno. Britanska vlada smatrala je da ova obaveza ne može postojati u situaciji kada se zlostavljanje samo naslućuje, a protivni se zajedničkom i legitimnom interesu država da kriminalce izvedu pred lice pravde. *Isto*, stavovi 82–84.

471 *Isto*, stav 98.

472 *Cruz Varas v. Sweden*, predstavka br. 15576/89, presuda od 20. marta 1991.

pred njim, ili, ukoliko je to neophodno, na osnovu materijala dobijenih *proprio motu*.

2. Postojanje rizika mora biti ocenjeno na osnovu činjenica koje su bile, ili morale biti poznate u vreme proterivanja.⁴⁷³ Ipak, to neće sprečiti Sud da razmatra i informacije koje dobjije kasnije.⁴⁷⁴
3. Konačno, mora postojati „jak osnov“ za verovanje da postoji rizik od izlaganja lica zlostavljanju.

Test za utvrđivanje „nivoa rizika“ potvrđen je u slučaju *Vilvarajah*,⁴⁷⁵ gde je naglašeno da „ispitivanje Suda o postojanju rizika od rđavog postupanja ... u bitnom trenutku mora neophodno biti rigorozno u smislu apsolutnog karaktera ove odredbe i činjenice da ono predstavlja jedan od fundamentalnih vrednosti demokratskih društava.“⁴⁷⁶ U *Šahal*, Evropski sud je naglasio da se apsolutni karakter člana 3. Konvencije primenjuje i u slučaju proterivanja, ne uzimajući u obzir aktivnosti pojedinca u pitanju prilikom samog odlučivanja, ma koliko one bile opasne ili nepoželjne.⁴⁷⁷ Ovakav stav potvrđen je i u slučaju *Ahmed*.⁴⁷⁸

Ponekad, član 3. Evropske konvencije može biti invociran i zbog lošeg medicinskog tretmana kojem bi lice bilo izloženo u zemlji porekla. Jedan od vodećih slučajeva u pogledu ove obaveze jeste *D. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* iz 1997. godine.⁴⁷⁹ Ovde je odlučeno da podnosilac

473 *Isto*, stav 76.

474 *Isto*.

475 *Vilvarajah and Others v. UK*, predstavka br. 13163/87, presuda od 30. oktobra 1991. Videti i *Jabari v. Turkey*, predstavka br. 40035/98, presuda od 11. jula 2000.

476 *Vilvarajh*, stav. 108

477 *Isto*. Time je zaštita pružena na osnovu člana 3. Konvencije postala šira od one koju pružaju član 32. i član 33. Konvencije UN o statusu izbeglica.

478 *Ahmed v. Austria*, predstavka br. 25964/94, presuda od 17. decembra 1996. U ovom slučaju je gospodinu Ahmedu, Somalijском državljaninu, dodeljen status izbeglice od strane Austrijskog ministarstva za unutrašnje poslove. Dve godine kasnije, austrijske vlasti oduzele su mu izbeglički status i naredile njegovu deportaciju, zbog osude za pokušaj krađe i opasnosti koja je time nastala za zajednicu u kojoj živi. Evropski sud je presudio da dok god licu pretila stvarna opasnost od lošeg postupanja u Somaliji, krivični dosije je nebitan u smislu njegove zaštite od deportovanja u kontekstu člana 3. Konvencije.

479 *D. V. UK*, predstavka br. 146/96, presuda od 2. maja 1997.

predstavke bude vraćen u Sveti Kits, ali je on tvrdio da bi ga takav povratak izložio riziku od nehumanog i ponižavajućeg postupanja, usled ograničenih bolničkih kapaciteta i neadekvatne medicinske zaštite. On je smatrao da bi povratkom u Sveti Kits bio osuđen na bol i patnju u izolaciji, bedi i siromaštvu, usled nemanja rodbine i prijatelja koji bi ga obilazili, usled nedostatka smeštaja, finansijskih izvora i socijalne pomoći.⁴⁸⁰ Važno, Sud je istakao da fundamentalni značaj člana 3. Konvencije mora biti očuvan, uz ostvarenje dovoljno fleksibilnosti od strane Suda da proširi domašaj ovog člana i na druge oblasti, koje tek mogu nastati.⁴⁸¹ Međutim, Sud mora strogo ispitati sve činjenice datog slučaja, a pre svega, ličnu situaciju konkretne osobe u državi u koju se proteruje. Tako, Sud je zaključio da bi iznenadno prekidanje medicinskog tretmana i nepovoljni uslovi u Svetom Kitsu mogli umanjiti i ovako limitiranu dužinu života osobe u pitanju, što bi moglo dovesti do nehumanog tretmana, zbog rizika od umiranja pod velikim mukama.⁴⁸² Ovaj slučaj ipak ne ustanovljava precedent za utvrđivanje povrede člana 3, prosto na osnovu činjenice da zemlja u koju se lice šalje ima manje razvijenu medicinsku zaštitu. U *Bensaid*,⁴⁸³ Sud je bio oprezan kod pravljenja razlike između „izvanrednih okolnosti“ u D. (poslednja faza bolesti, nepostojanje medicinske zaštite i pomoć porodice) i onih koji su postojali u potonjem slučaju,⁴⁸⁴ gde je osoba u pitanju patila od šizofrenije. Sud je smatrao da je Bensaidova mentalna bolest takve prirode, da bi se mogla pogoršati bilo gde. Prema tome, iako bi postojao rizik od povratka i pogoršanja bolesti njegovim vraćanjem u zemlju porekla, ovaj rizik nije smatran dovoljno realnim.⁴⁸⁵ Znači, mora postojati dovoljno jasan rizik da će doći do ubrzanog pogoršanja medicinskog stanja, da bi postojalo kršenje člana 3. Konvencije u ovom kontekstu.

Poslednjih godina, Evropski sud je zauzeo stav da je pretpostavka da države članice EU poštuju standarde u oblasti azila oboriva i da u svakom konkretnom slučaju država koja odlučuje o deportaciji mora uzeti u obzir sve raspoložive informacije o poštovanju ljudskih prava u zemlji u koju vraća podnosioca predstavke. U sada već čuvenom slu-

480 *Isto*, stav 40.

481 *Isto*, stav. 49.

482 *Isto*, stav. 52.

483 *Bensaid v. UK*, predstavka br. 44599/98, presuda od 6. februara 2001.

484 *Isto*, stav. 40.

485 *Isto*.

čaju *M.S.S. protiv Belgije i Grčke*,⁴⁸⁶ koji se tiče transfera državljanina Avganistana iz Belgije u Grčku, Evropski sud je pronašao da je Grčka povredila član 3. Evropske konvencije time što je podnosioca predstavke izložila lošim uslovima pritvora i oskudnim materijalnim uslovima tokom boravka u ovoj zemlji.⁴⁸⁷ S druge strane, do povrede člana 13. Evropske konvencije je došlo zbog postojanja nepravilnosti u samoj proceduri azila.⁴⁸⁸ Kako je Belgija podnosioca predstavke izložila ovakvim uslovima pritvora i života u Grčkoj i rizicima nastalim usled propusta u proceduri azila u ovoj zemlji, i ona sama je odgovorna za povredu člana 13. u vezi sa članom 3. Evropske konvencije.⁴⁸⁹ Takođe, u jednom predmetu protiv Švajcarske, Evropski sud je pronašao kršenje člana 3. Evropske konvencije jer su švajcarske vlasti odbile da ispitaju zahtev za azil paru iz Avganistana koji ima šestoro dece i donele odluku da ih vrate u Italiju, iako su podnosioci predstavke tvrdili da bi bili izloženi zlostavljanju zbog postojanja „sistemskih nedostataka” u aranžmanima za prijem tražilaca azila u Italiji.⁴⁹⁰ S druge strane, u *A.M.E. protiv Holandije*, Evropski sud je pronašao da tražilac azila nije pokazao da bi povratkom u Italiju postojao dovoljno realan i neposredan rizik od teškoća koje bi bile dovoljno surove da bi mogle da se podvedu pod član 3. Evropske konvencije.⁴⁹¹

3.2.3. Zabrana ropstva

Član 4. Evropske konvencije štiti pojedinca od ropstva i ropskog položaja.⁴⁹² Evropski sud ovaj član tumači u skladu sa savremenim normama i tendencijama, jer je ranije akcenat bio na zaštiti od klasičnog ropstva, dok se danas javljaju moderni oblici ropstva i ropskog položaja. Tako Sud ukazuje na specijalne karakteristike Evropske konvencije i na činjenicu da se radi o „živom” instrumentu koji se mora tumačiti u svet-

486 *M.S.S. v. Belgium and Greece*, predstavka br. 30696/09, presuda od 21. januara 2011.

487 *Isto*, stavovi 223–234, 249–264.

488 *Isto*, 294–320.

489 *Isto*, stav. 396.

490 *Tarakhel v. Switzerland* (VV), predstavka br. 29217/12, presuda od 4. novembra 2014. Za suprotno videti *A.S. v. Switzerland*, predstavka br. 29217/12, presuda od 30. juna 2015.

491 *A.M.E. v. the Netherlands*, predstavka br. 51428/10, presuda od 5. februara 2015.

492 *Stummer v. Austria* [VV], predstavka br. 37452/02, presuda od 7. jula 2011, stav 116.

lu današnjih uslova, kao i da sve viši standardi koji se zahtevaju u oblasti zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda neminovno traže strožu ocenu povrede osnovnih vrednosti demokratskih društava.⁴⁹³

Ovo pravo je apsolutno zaštićeno, što znači da nema odstupanja od zabrane ropstva, čak ni u vreme vanredne opasnosti koja pretila opstanku nacije. Evropski sud posebno naglašava da pored negativnih obaveza, član 4. Evropske konvencije nameće i pozitivne obaveze državama, koje treba posmatrati kao zahtev za kažnjavanjem i efikasnim gonjenjem svakog akta usmerenog na održavanje lica u ropском položaju.⁴⁹⁴

3.2.3.1. Zabrana ropstva ili ropskog položaja

Član 4. stav 1. Evropske konvencije zabranjuje ropstvo i ropски položaj, pod kojim se podrazumevaju „posebno ozbiljni“ oblici „poricanja slobode“, kako je to istakao Evropski sud u slučaju *Van Drugenbrok protiv Belgije* iz 1982. godine.⁴⁹⁵ Predstavke u kojima se tvrdi da je došlo do kršenja člana 4. stav 1. Konvencije mahom su podnosili zatvorenici koji su se protivili radu u zatvorima, a kojem su izloženi tokom izdržavanja kazne. U slučaju *Van Drugenbrok*, podnosilac predstavke koji je stavljen pod nadzor upravnih vlasti zbog povrata, tvrdio je da ova vrsta nadzora predstavlja ropски položaj i da je on predmet „hirova upravnih vlasti“. Evropski sud je smatrao da nije došlo do kršenja člana 4. stav 1. Evropske konvencije, jer se od njega tražilo da obavlja posao koji je uobičajen za zatvor i koji je usmeren na njegovu reintegraciju.⁴⁹⁶ Takođe, u jednom drugom predmetu protiv Velike Britanije, četiri dečaka od 15 i 16 godina koja su se prijavila za službu u britanskoj mornarici za period od 9 godina tražila su da napuste službu iz različitih razloga, ali su ih vlasti odbile. Oni su naveli da se zbog toga nalaze u ropском položaju, ali je Evropska komisija za ljudska prava istakla da se vojna služba u ovom slučaju ne može smatrati ropstvom u smislu člana 4. stav 1. Evropske konvencije.⁴⁹⁷

493 *Siliadin v. France*, predstavka br. 73316/01, presuda od 26. jula 2005, stav 121.

494 *Isto*, stav 89. Videti i *M.C. v. Bulgaria*, predstavka br. 39272/98, presuda od 4. decembra 2003, stav 166.

495 *Van Droogrnbroeck v. Belgium*, predstavka br. 7906/77, presuda od 24. juna 1982, stav 58.

496 *Isto*, stav 9.

497 *W., X., Y. and Z. v. the United Kingdom*, predstavke br. 3435–38/67, presuda od 19. jula 1968.

Kako se u članu 4. stav 1. navode izrazi „ropstvo“ i „ropski položaj“, pod prvim treba podrazumevati potpuno vlasništvo jednog lica nad drugim, dok se ropski položaj odnosi na drugačija ograničenja slobode. Kod tumačenja samih pojmova i obaveza država, Evropski sud se oslanja na međunarodne instrumente u ovoj oblasti, poput Konvencije o zabrani ropstva iz 1926. i Dodatne konvencije o ukidanju ropstva, trgovine ljudima i ustanova i prakse sličnih ropstvu iz 1956. godine.⁴⁹⁸

Tako je u slučaju *Siliadin*, maloletna državljanka Togo, u pratnji gospođe D., francuske državljanke poreklom iz Togo, stigla u Francusku. Dogovoreno je da ona pomaže gospođi D. u kućnim poslovima dok ne otplati troškove avionske karte, a gospođa D. se obavezala da će rešiti njen imigracioni status i upisati je u školu. Međutim, odmah po dolasku u Francusku, gospođa D. joj je oduzela pasoš, a u drugoj polovini 1994. godine „pozajmila“ ju je gospodinu i gospođi B., kako bi im pomagala oko njihovih dvoje dece do porođaja gospođe B. Gospođica Siliadin je međutim, postala njihova kućna pomoćnica, radeći sedam dana nedeljno, bez slobodnog dana i bez naknade.

Razmatrajući ovaj slučaj, Evropski sud je pošao od definicije ropstva iz Konvencije o ropstvu iz 1926, gde se kaže da je „ropstvo status ili stanje lica nad kojima se vrše neka ili sva ovlašćenja vezana za pravo svojine“.⁴⁹⁹ Primenjujući ovu definiciju na konkretan slučaj, Evropski sud je pronašao da je podnositeljka predstavke bila lišena lične autonomije, ali da nema dokaza da su „gospodin i gospođa B. vršili pravo svojine nad njom, čime bi se njen položaj sveo na status ‘objekta’,“⁵⁰⁰

Evropski sud je potom prešao na ispitivanje postojanja ropskog položaja, pod kojim se podrazumeva „posebno ozbiljan oblik uskraćivanja slobode“, koji uključuje „pored obaveze da se izvrše određene usluge za druge [...] obavezu za ‘roba’ da živi na posedu druge osobe i da nema mogućnost da svoju situaciju promeni“.⁵⁰¹ Evropski sud je ukazao na sudsku praksu iz koje proizlazi da „ropski položaj“ podrazumeva obavezu pružanja nečijih usluga koja se nameće sredstvima prinude, što

498 *C.N. and V. v. France*, predstavka br. 67724/09, presuda od 11. septembra 2012, stav 90.

499 *Siliadin v. France*, stav 122.

500 *Isto*, stav 122.

501 *Isto*, stav 123.

treba dovesti u vezu sa konceptom „ropstva”.⁵⁰² Sud je u konkretnom slučaju pronašao postojanje ropskog položaja.⁵⁰³ Kako je ropски položaj teži oblik prinudnog rada, glavni element po kojem se razlikuje od prinudnog ili obaveznog rada jeste žrtvin osećaj da se okolnosti ne mogu promeniti, pa je dovoljno pronaći da je taj osećaj zasnovan na objektivnim elementima koji su odgovorna lica stvorila i održavala.⁵⁰⁴

Ovo posebno dolazi do izražaja u slučajevima domaćeg ropstva, koje danas uključuje suptilnije oblike prinude kako bi se obezbedilo odgovarajuće ponašanje. U jednom predmetu protiv Francuske, Evropski sud je pronašao povredu člana 4. Evropske konvencije zato što država nije obezbedila odgovarajući zakonodavni okvir kojim omogućava delotvorno suzbijanje ropskog položaja i prinudnog rada.⁵⁰⁵ U tom slučaju, podnositeljka predstave, maloletno siroče iz Burundija, prisiljena je da u ujakovoj kući obavlja aktivnosti koje su prevazilazile okvir porodične pomoći i kohabitacije, posebno imajući u vidu prirodu i obim posla – obavljala je sve kućne poslove, vodila je brigu o bratu od ujaka koji je osoba sa invaliditetom, nije išla u školu, nije dobijala platu, niti je imala slobodan dan, a pritom je stalno zastrašivana time da će biti vraćena u Burundi.⁵⁰⁶

Ipak, u predmetu *M. i drugi protiv Italije i Bugarske*, Evropski sud je odstupio od ove prakse jer je zahtevao strožiji standard dokazivanja – izvan razumne sumnje (*beyond reasonable doubt*) kako bi se utvrdila povreda člana 4. Evropske konvencije. U ovom predmetu podnosioci predstave su članovi jedne romske porodice iz Bugarske, koja je došla u Italiju kako bi održavala vilu druge romske porodice. Nakon određenog vremena, vlasnik vile ih je navodno, pod pretnjom oružjem, primorao

502 *Isto*, stav 124; Videti i *Seguin protiv Francuske*, predstavka br. 400/98, presuda od 7. marta 2000.

503 Sud je došao do ovog zaključka zbog prisutnosti sledećih elemenata: od lica je zahtevano da obavlja prinudni rad; rad je trajao skoro 15 sati dnevno i to sedam dana nedeljno; nije sama izabrala da radi za gospodina i gospođu B.; bila je maloletnica bez novčanih sredstava i bez mogućnosti da živi na drugom mestu; oduzeta su joj dokumenta; plašila se da će je uhapsiti policija jer njen status nije bio regulisan; nije smela da napušta kuću bez dozvole i samo iz određenih razloga; nije krenula u školu i nije mogla da se nada da će se njena situacija poboljšati. Videti *Siliadin v. France*, stavovi 126–128.

504 *C.N. and V. v. France*, stav 91.

505 *Isto*, stavovi 90– 94; *C.N. v. the United Kingdom*, predstavka br. 4239/08, presuda od 13. novembra 2012, stav 80.

506 *Isto*, stav 74.

da daju pristanak da se njihova kćerka uda za njegovog rođaka. Kćerka je stavljena pod stalni nadzor, primorana je da krađe protivno svojoj volji, prečeno joj je smrću i bila je silovana. Podnosioci predstavke su tvrdili da je njihova kćerka izložena nehumanom tretmanu, seksualnom zlostavljanju i prinudnom radu. Oni su smatrali da su italijanske vlasti propustile da je zaštite od zlostavljanja. S druge strane, italijanske vlasti su tvrdile da je konkretna situacija tipičan primer zasnivanja braka po romskim običajima. Evropski sud je pronašao da nema dovoljno dokaza koji ukazuju na to da je devojka držana u ropstvu, niti da je u pitanju trgovina ljudima. Takođe, Evropski sud je zauzeo stav da čak i da se pretpostavi da je otac devojčice primio novac zbog ugovorenog braka, ta činjenica ne bi mogla da se prihvati kao cena koja se traži kod prenosa vlasništva. Tako Sud ističe da brak ima duboke socijalne i kulturne konotacije koje se značajno razlikuju od konkretnog društva i da se plaćanje može razumno prihvatiti kao poklon jedne porodice drugoj, koji tradicionalno postoji u nekim kulturama.⁵⁰⁷ Ovakvim pristupom, Evropski sud prebacuje teret dokazivanja na žrtvu prisile, čime čini gotovo nemogućim utvrđivanje odgovornosti države za propuštanje preduzimanja odgovarajuće akcije.

3.2.3.2. Trgovina ljudima

Trgovina ljudima nije izričito zabranjena članom 4. stav 1. Evropske konvencije.⁵⁰⁸ Ipak, Evropski sud sasvim ispravno zaključuje da je trgovina ljudima obuhvaćena članom 4. Evropske konvencije, bez posebnog ispitivanja da li se konkretne radnje mogu podvesti pod ropstvo, ropški položaj ili prinudni rad.⁵⁰⁹ Trgovina ljudima je po svojoj prirodi i načinima eksploatacije zasnovana na upotrebi sile i pretnji silom i pravu svojine koje se sastoji u prodaji i kupovini ljudskog bića i njegovom izlaganju prinudnom radu.

507 *M. and Others v. Italy and Bulgaria*, predstavka br. 40020/03, presuda od 31. jula 2012, stav 161.

508 Razloge ovome treba tražiti u činjenici da je uzor za donošenje Evropske konvencije predstavljala Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima iz 1948, koja ne predviđa trgovinu ljudima. Videti *Rantsev v. Cyprus and Russia*, predstavka br. 25965/04, presuda od 7. januara 2010, stav 277.

509 *Isto*, stav 279. Zbog ovakvog pristupa neki autori smatraju da je Evropski sud još više zamaglio odgovor na pitanje gde se, sa pravnog stanovišta, nalaze granice različitih oblika eksploatacije ljudi. Videti Allain, J., „*Rantsev v. Cyprus and Russia*: The European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery”, *Human Rights Law Review*, vol. 10/3, 2010, 546.

Sud se u tumačenju domašaja člana 4. oslanja na član 4 (a) Konvencije Saveta Evrope o borbi protiv trgovine ljudima, koja trgovinu ljudima određuje kao moderan oblik nekada široko rasprostranjenog oblika ropstva u vidu trgovine robljem.⁵¹⁰ Takođe, Sud se oslanja i na član 3 (a) Protokola za prevenciju, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudskim bićima, naročito ženama i decom, koji je donet uz Konvenciju Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala iz 2000. godine.⁵¹¹ U slučaju *Siliadin*, Evropski sud izričito navodi da je za određivanje pojmova važno konsultovati međunarodne konvencije. U konkretnom slučaju, od značaja su upravo „kriterijumi utvrđeni od strane Ujedinjenih nacija i Saveta Evrope za identifikaciju savremenih oblika ropstva i ropskog položaja, koji su tesno povezani sa trgovinom ljudskim bićima, kao i međunarodno priznata potreba da se deci pruži posebna zaštita zbog njihovog uzrasta i ranjivosti“.⁵¹²

Ovo je jasno potvrđeno u slučaju *Rancev protiv Rusije i Kipra*, gde je Sud zauzeo stav da trgovina ljudima ugrožava ljudsko dostojanstvo i fundamentalne slobode i da ne može biti u skladu sa demokratskim društvima i vrednostima koje se štite Evropskom konvencijom.⁵¹³ Sud pronalazi da je trgovina ljudima zasnovana na vršenju ovlašćenja, koja su svojstvena pravu svojine.⁵¹⁴ U ovom predmetu, Oksana Ranceva, državljanka Rusije, stigla je na Kipar na osnovu „umetničke“ vize, zbog rada u jednom kabareu u Limasolu. U jednom trenutku, htela je da odustane od rada u kabareu. Desetak dana nakon toga, vlasnik kabarea odveo je u stan jednog radnika, da bi rano ujutru bila pronađena mrtva na ulici. Obdukcija je ukazala na veliki broj spoljašnjih i unutrašnjih povreda, nastalih od pada sa balkona. Nakon što je njeno telo vraćeno u Rusiju, otac žrtve je zatražio novu obdukciju koja je pokazala da su povrede nastale pre smrti, na osnovu čega je tražio da nadležni organi uzmu izjave od dve ruske državljanke koje su radile u istom kabareu i koje su bile voljne da posvedoče da se u kabareu odvijala seksualna eksploatacija. Kako istraga nije pokrenuta, otac je podneo predstavku Evropskom sudu protiv Kipra i Rusije.

510 *Videti M. and Others v. Italy and Bulgaria*, stav 151.

511 *Rantsev v. Cyprus and Russia*, stav 282.

512 *Siliadin v. France*, stav 91.

513 *Rantsev v. Cyprus and Russia*, stav 282.

514 *Isto*, stav 281.

U pogledu navoda protiv Kipra, Evropski sud je pronašao da mehanizam za izdavanje viza za umetnike nije omogućio žrtvi praktičnu i delotvornu zaštitu od trgovine ljudima i eksploatacije, da postoje višestruki propusti policije, kao i da nije sprovedena delotvorna istraga o navodima u vezi sa trgovinom ljudima. Kipar je posebno odgovoran što, uprkos dokazima o trgovini ljudima, ima neadekvatnu imigracionu politiku i zakonodavstvo koje podstiče trgovinu ženama, a režim „umetničke vize“ ne pruža praktičnu i delotvornu zaštitu od trgovine i eksploatacije.⁵¹⁵

S druge strane, u pogledu navoda protiv Rusije, Evropski sud nije pronašao da su postojeći zakonodavni i upravni mehanizmi propustili da osiguraju praktičnu i delotvornu zaštitu žrtve, niti da su okolnosti u ovom predmetu bile takve da su nametnule pozitivnu obavezu vlastima u Rusiji da preduzmu operativne mere. Ipak, Sud pronalazi da ruske vlasti nisu sprovele istragu u vezi s tim gde je i kako žrtva bila regrutovana, niti su preduzele korake da identifikuju lica umešana u ovo regrutovanje, iako su bile u najboljoj poziciji da ovakvu istragu sprovedu. Sud na ovom mestu postavlja standard za uspostavljanje odgovornosti za nesprovođenje istrage. Da bi ova obaveza postojala, potrebno je da su državne vlasti svesne ili su mogle biti svesne da postoji osnovana sumnja da je lice izloženo realnom i neposrednom riziku od izlaganja tretmanu koji je suprotan članu 4. Evropske konvencije. Međutim, ova obaveza ne nameće nemoguć ili nesrazmeran teret vlastima.⁵¹⁶ Taj teret bi postojao ukoliko vlasti ne bi imale indicija koje ukazuju da je konkretno lice žrtva trgovine ljudima, niti je slučaj prijavljen policiji.⁵¹⁷ Kada, pak, takve indicije postoje, vlasti su obavezne da sprovedu delotvornu istragu koja vodi identifikaciji i kažnjavanju lica, a koja podrazumeva i prekograničnu saradnju.⁵¹⁸

Takođe, sprovođenje proceduralnih obaveza u pogledu trgovine ljudima došla je do izražaja u jednom predmetu protiv Grčke, koji je Sud razmatrao u 2016. godini. Naime, podnositeljka predstavke je nigerijska državljanka, koja je stigla u ovu zemlju 2004. godine, uz pomoć K.A. Kada je stigla u Grčku, K.A. joj je oduzeo pasoš i prisilio je na prostitu-

515 *Isto*, stavovi 290–293.

516 *Rantsev v. Cyprus and Russia*, stav 287.

517 Videti, na primer, *V.F. v. France*, predstavka br. 7196/10, presuda od 29. novembra 2011.

518 *Rantsev v. Cyprus and Russia*, stav 289.

ciju, kako bi mu isplatila dug za ovu uslugu u iznosu od 40.000.⁵¹⁹ Ona je više puta hapšena zbog prostitucije i povrede zakona koji reguliše ulazak i boravak stranaca. Dok je čekala na izvršenje mere udaljenja sa teritorije Grčke, podnela je tužbu protiv K.A. i njegove supruge D.J. Devet meseci nakon toga, klasifikovana je kao žrtva trgovine ljudima i upućena u specijalizovano odeljenje za borbu protiv trgovine ljudima, a mera udaljenja je suspendovana i dobila je boravišnu dozvolu. Evropski sud je smatrao da je odlaganje u priznanju statusa žrtve dovelo i do suštinskog propusta da se primene operativne mere radi njene zaštite. Ovo je dovelo do nemogućnosti da se obezbedi brz progres u postupku. Takođe je uočen i niz nedostataka u istražnoj fazi, a nije na vreme obezbeđeno ni hapšenje i ispitivanje K.A, bez pružanja adekvatnih razloga za ovo kašnjenje. Iz svega navedenog, Evropski sud je zaključio da nisu na vreme preduzete operativne mere, kao i da Grčka nije ispunila svoje proceduralne obaveze koje ima na osnovu člana 4. Evropske konvencije.

3.3. SLOBODA LIČNOSTI

3.3.1. Pravo na slobodu i bezbednost

3.3.1.1. Sloboda i bezbednost

Član 5. stav 1. Evropske konvencije garantuje svakom licu pravo na slobodu i bezbednost ličnosti. Da lična sloboda predstavlja osnov za uživanje ostalih prava govori i činjenica da je još čuveni engleski *Habeas Corpus Act* iz 1679. godine garantovao njenu nepovredivost.

Sloboda i bezbednost uvek se posmatraju zajedno i isključivo u kontekstu fizičke slobode. Do njene povrede dolazi u slučaju lišavanja slobode, kada je ono nezakonito i nije sprovedeno od strane ovlašćenog lica. Član 5. Evropske konvencije taksativno nabroja situacije u kojima je ono dozvoljeno, pa garantuje pojedincu da neće biti lišen slobode, osim u 6 predviđenih slučajeva.

Prvo, dopušteno je lišenje slobode na osnovu presude nadležnog suda. Taj sud mora biti nezavisan, imati ovlašćenja da određuje puštanje na slobodu i pružati određene garantije u okolnostima konkretnog pritvora.

⁵¹⁹ L.E. v. Greece, predstavka br. 71545/12, presuda od 21. januara 2016.

Drugi izuzetak se odnosi na dve situacije. Prva dozvoljava lišenje slobode zbog neizvršenja zakonite sudske odluke, kao što je npr. kažnjivo neplaćanje novčanih kazni koje je sud odredio. Druga situacija dozvoljava lišavanje slobode radi obezbeđenja ispunjenja neke obaveze koja je propisana zakonom. Dakle, u ovoj situaciji do lišavanja slobode dolazi da bi se lice primoralo da ispuni „izričitu i konkretnu“ obavezu koju do tada nije ispunilo.⁵²⁰ Na primer, u slučaju *Novicka protiv Poljske*, podnositeljka predstave je učestvovala u postupku u kojem se postavilo pitanje njenog duševnog zdravlja i pošto nije htela da se podvrgne pregledu izdat je nalog za hapšenje radi obavljanja pregleda.⁵²¹ Međutim, ovde posebno treba voditi računa da li postoji srazmera između važnosti ispunjenja obaveze i prava na slobodu, tako da uvek treba ispitati da li je pritvor bio srazmeran razlogu zbog kojeg je određen, kao i da li ta srazmera postoji kod dužine pritvora.

Treći izuzetak predviđa da je hapšenje opravdano ako za cilj ima privođenje pojedinca pred nadležne sudske organe:

- a) zbog opravdane sumnje da je izvršilo krivično delo – opravdana sumnja postoji kada su utvrđene „činjenice ili informacije koje bi uverile objektivnog posmatrača da je konkretno lice moglo da učini krivično delo“;⁵²²
- b) kada je to opravdano potrebno radi sprečavanja izvršenja krivičnog dela; i
- c) da bi se predupredilo bekstvo lica po izvršenju krivičnog dela.

Četvrti izuzetak se odnosi na lišenje slobode maloletnih lica u dve situacije:

- a) na osnovu zakonite odluke radi vaspitnog nadzora; i
- b) radi privođenja maloletnika nadležnom organu.

U slučaju pritvaranja maloletnika, moraju biti obezbeđene odgovarajuće zaštitne mere koje bi zaštitile njegovo psihičko i intelektualno stanje.

520 *Engel and others v. the Netherlands*, predstavke br. 5100/71 et seq., presuda od 8. juna 1976.

521 *Nowicka v. Poland*, predstava br. 30218/96, presuda od 3. decembra 2002.

522 *Fox, Campbell and Hartley v. UK*, predstavka br. 12244/86; 12245/86; 12383/86, presuda od 30. avgusta 1990.

To bi značilo da maloletnik mora ostvariti odgovarajući kontakt sa spoljnim svetom, pre svega sa porodicom, da mora biti smešten u prostorije odvojene od odraslih lica, da osoblje mora biti specijalizovano za rad sa maloletnicima i da mu se mora pružiti adekvatna podrška i pomoć.

Peto, do lišavanja slobode može doći radi:

- a) sprečavanja širenja zaraznih bolesti; i
- b) lišavanja slobode duševno poremećenih lica, alkoholičara, uživalaca droge i skitnica.

Kod ovog izuzetka reč je o pritvaranju određenih grupa lica zato što su opasna za javnu bezbednost, ali to nalaže i njihov lični interes jer je neophodno da im se pruži i adekvatna medicinska i socijalna pomoć.⁵²³ Zatvaranje lica radi sprečavanja širenja zarazne bolesti je jasno, ali se postavlja pitanje kada je neko lice duševno poremećeno i to uvek mora utvrditi ekspertski nalaz. Shvatanje duševnog poremećaja konstantno evoluiru u skladu sa razvojem istraživanja u psihijatriji i menjanjem društvenog stava prema ovim oboljenjima.⁵²⁴ Takođe, bolest mora biti takve prirode da zahteva prinudno zatvaranje i zadržavanje u specijalizovanoj ustanovi, koje redovno mora biti ispitivano. Konačno, lice može biti pritvoreno kada njegovo ponašanje pod uticajem alkohola predstavlja opasnost po njega samog i po javni red, dok skitnica označava osobu koja nema stalno mesto boravka, nema stalnu profesiju, a time ni sredstava za izdržavanje.⁵²⁵

Šesto, do lišenja slobode može doći radi sprečavanja neovlašćenog ulaska u zemlju, ili u slučaju deportacije ili ekstradicije, a ovi slučajevi zahtevaju hitnost postupanja i zabranjuju upotrebu prevare na strani države kako bi se lica lakše lišila slobode.

Dakle, svako lišenje slobode mora biti u skladu sa ciljem predviđenim članom 5. stav 1. Evropske konvencije, koje pruža listu dozvoljenih osnova za lišenje slobode. Može se zaključiti da do lišenje slobode može doći samo u izuzetnim situacijama, što znači da postoji pretpostavka u korist slobode.

523 *Witold Litwa v. Poland*, predstava br. 26629/95, presuda od 4. aprila 2000.

524 *Videti i Winterwerp v. The Netherlands*, predstava br. 6301/73, presuda od 24. oktobar 1979.

525 *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, predstave br. 2832/66; 2835/66; 2899/66, presuda od 18. novembra 1970.

3.3.1.2. Zakonitost lišenja slobode

Svako lišenje slobode mora biti zakonito, odnosno mora biti u skladu sa domaćim zakonom koji propisuje postupak lišenja slobode. Takav zakon mora imati odgovarajuće kvalitete, odnosno mora biti dostupan, predvidljiv i jasan.⁵²⁶ Zakonitost lišenja slobode mora biti u skladu i sa evropskim standardima, kako je to Evropski sud naglasio u predmetu *Kenmaš protiv Francuske*.⁵²⁷ Time se izbegava da zakonitost lišenja slobode bude cenjena samo u svetlu domaćih propisa, koji restriktivnije regulišu ovo pitanje.

Zahtev da postoji zakonski osnov lišenja slobode odnosi se na ceo period trajanja pritvora. U slučaju *F. K. protiv Nemačke*, lice je držano u pritvoru 12 sati i 40 minuta, iako je domaći zakon dozvoljavao pritvor do 12 sati u slučaju utvrđivanja identiteta lica. Nemačka vlada branila se činjenicom da joj je toliko vremena trebalo za beleženje ličnih podataka konkretnog lica, ali je Evropski sud naglasio da je ova radnja morala biti završena u zakonitom roku, koji je u ovom slučaju prekoračen.⁵²⁸

Takođe, lišenje slobode ne sme biti arbitrarno i ova osnovna garantija odnosi se na svako lice, bez obzira na činjenicu iz kog razloga je lišenje slobode preduzeto. Proizvoljno lišavanje slobode može postojati u situacijama kada je zakon previše širok i nejasan, kada lišenje nije stvarno potrebno, ili se preduzima radi ostvarenja nekog nezakonitog cilja. Na primer, zatvaranje političkog protivnika na period od 12 godina, samo radi zadovoljenja predsednika države, definitivno dovodi do povrede prava na slobodu i bezbednost ličnosti.⁵²⁹ I zatvaranje lica koje je skoro slepo i koje se žalilo službenicima pošte da mu je poštansko sandučice otvoreno i ispražnjeno, iako po dozvoljenom osnovu (pritvor alkoholičara) nije bilo neophodno usled odsustva bilo kakve pretnje za javnost ili samo lica.⁵³⁰

526 *Amuur v. France*, predstavka br. 19776/92, presuda od 25. juna 1996.

527 *Kenmache v. France*, predstavka br. 17621/91, presuda od 24. novembra 1994.

528 *F. K. V. Germany*, predstavka br. 144/1996/765/962, presuda od 27. novembra 1997.

529 Videti Osmi godišnji izveštaj Afričke komisije, 1994–1995, ACHPR/RPT/8th/Rev.I.

530 *Witold Litwa v. Poland*.

3.3.1.3. Hapšenje i pritvor

Pritvor predstavlja jednu procesnu meru, čiji je zadatak da obezbedi pravilno funkcionisanje procesa dokazivanja u krivičnom postupku. Međutim, to nije jedini razlog niti okolnost zbog koje dolazi do lišenja slobode. Zato se mora znati u kom trenutku dolazi do lišavanja slobode, a time i do primene odgovarajućih odredbi međunarodnih konvencija, prvenstveno člana 5. Evropske konvencije. Prema praksi Evropskog suda, do zatvaranja dolazi ne samo onda kada se lice drži u policijskoj ili zatvorskoj ćeliji, već svaki put kada je lice onemogućeno da napusti određeno mesto,⁵³¹ ili je lice prisiljeno da pođe na neko drugo mesto. U tom slučaju, potpuno je nevažno da li je lice lišeno slobode svesno te činjenice, kao što ni njegova dobrovoljna predaja ne oslobađa vlasti obaveze poštovanja člana 5. Evropske konvencije.

Hapšenje može učiniti ne samo službeno lice, već i privatno lice koje to ovlašćenje ima po osnovu zakona, ili postupa uz podršku službenog lica. Tako, Evropski sud je smatrao da je došlo do lišenja slobode onda kada su članovi porodice zadržali u hotelu lica koja su pripadala verskoj sekti Jehovini svedoci, i uz pomoć psihijataru pokušali da ih povrate u „normalno stanje“. Ovde je to učinjeno na predlog suda, iako nije postojao nikakav pravni osnov za ovakvo postupanje.⁵³² Dakle, iako su u lišenju slobode učestvovala privatna lica (članovi porodice), do njega je došlo uz podršku službenog organa.

Legitiman osnov za lišenje slobode u vidu potrebe da se lice spreči u izvršenju krivičnog dela, ili sprečavanje bekstva lica koje je osumnjičeno za krivično delo, postoji samo ako je učinjeno da bi se pokrenuo krivični postupak protiv konkretnog lica. To ne znači da uvek mora i doći do pokretanja krivičnog postupka, pošto slučaj može biti, između ostalog, rešen u međuvremenu. Dakle, važno je da je takva namera postojala u vreme lišenja slobode. Takođe, do lišenja slobode može doći samo ukoliko postoji „razumna sumnja“ da je lice učinilo krivično delo, što znači da ono ne sme biti proizvoljno. To znači da je sumnja razumna samo ukoliko je zasnovana na činjenicama koje se mogu objektivno povezati sa osumnjičenim licem za

531 *Guzzardi v. Italy*, predstavka br. 7367/76, presuda od 6. novembra 1980.

532 *Riera Blume and others v. Spain*, predstavka br. 37680/97, presuda od 14. oktobra 1999.

navodno krivično delo.⁵³³ Ranije kriminalno ponašanje nekog pojedinca nikada ne sme biti jedini osnov za njegovo lišavanje slobode. Zato je neophodno da se ceni isključivo aktuelno postupanje nekog lica.⁵³⁴

Odluka o produženju pritvora mora biti doneta na osnovu relevantnih činjenica i dokaza da za tim postoji opravdan razlog. Produženje pritvora mora biti podložno sudskoj reviziji, na kojoj će se ispitivati opravdanost ovakve mere. Evropski sud je naveo četiri relevantna razloga za produženje pritvora do suđenja, a to su:

- rizik od bekstva;
- rizik od ometanja pravosuđa;
- potreba da se spreči zločin, i
- potreba da se sačuva javni red.

Kako član 5. stav 3. Evropske konvencije garantuje pravo na jemstvo, sud može odbiti ovo pravo samo iz četiri navedena razloga. Kako je cilj jemstva da se osigura prisustvo optuženog na raspravi, tražena suma mora odgovarati tom cilju. Iz istog razloga, mogu se tražiti i neke druge nenovčane garantije, na primer predaja pasoša.

Lišenje slobode do suđenja ne sme biti duže od „razumnog roka“. Da bi se utvrdilo šta predstavlja razuman rok, mora se uzeti u razmatranje svaki konkretan slučaj. Ipak, na osnovu prakse Evropskog suda može se zaključiti da se pritvor u trajanju preko pet godina nikada ne može smatrati opravdanim.⁵³⁵ Brojna istraživanja pokazuju da pritvorenici, pre suđenja ili puštanja na slobodu, uglavnom borave duže od godinu dana u pritvoru. U mnogim zemljama od službenika se ne traži da lice izvedu pred sudiju danima posle hapšenja, niti se od sudije zahteva da donese odluku o pritvoru. Zato se značajan broj pritvorenika pušta na slobodu ili proglašava nevinim, a jedan od indikatora velikog broja pritvorenika jeste i činjenica da njihov broj u Evropi iznosi između 25 i 50 % od ukupnog broja zatvorske populacije.⁵³⁶

533 *Murray v. UK*, predstavka br. 14310/88, presuda od 28. oktobra 1994.

534 *Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom*.

535 *Birou c. France*, predstavka br. 70/1991/322/394, presuda od 24. februara 1992.

536 *Ljudska prava i pritvor*, Jugoslovenski komitet pravnika za ljudska prava, Beograd 2000, 35.

3.3.1.4. Prava lica lišenih slobode

U slučaju da dođe do lišenja slobode nekog lica, moraju biti ispunjene odgovarajuće pretpostavke, kako bi se smanjila mogućnost zloupotrebe ovlašćenja službenika. Tako Evropska konvencija predviđa da svako ko je lišen slobode ima sledeća prava:

- 1) da odmah i na jeziku koji razume bude obavešten o razlozima za hapšenje i o svakoj optužbi protiv njega;
- 2) da bude bez odlaganja izveden pred sudiju i da mu se sudi u razumnom roku, ili da bude oslobođen do suđenja;
- 3) da pokrene postupak u kome će sud hitno ispitati zakonitost lišenja slobode i naložiti puštanje na slobodu ako je lišenje slobode nezakonito; i
- 4) da ima utuživo pravo na naknadu štete ukoliko je nezakonito lišen slobode.

Zbog značaja i dubokih implikacija koje lišavanje slobode nosi sa sobom, pojedinac se ne može odreći svojih prava iz člana 5. Evropske konvencije. Prema tome, njemu se mora omogućiti da bolje razume šta mu se desilo, kao i da dobije obaveštenja o načinima za osporavanje hapšenja. Iz tog razloga, član 5. stav 2. Konvencije propisuje da pojedinac mora biti odmah, i na jeziku koji razume, obavešten o razlozima za njegovo hapšenje. Dakle, obaveštenje mora biti sadržinski takvo da pruži pojedincu objašnjenja o pravnom i činjeničnom osnovu za njegovu pritvaranje. Takođe, objašnjenje mora biti formulisano svakodnevним jezikom i razumljivo za konkretno lice, pri čemu ono ne mora imati neku posebnu formu. To objašnjenje mora biti dato „bez odlaganja”, a Evropski sud smatra da to znači da je ono dato u intervalu od nekoliko sati po hapšenju.⁵³⁷ Izuzetno, ukoliko je u pitanju neka specifična situacija, kao što je problem sa obezbeđenjem prevođenja, ovaj interval može biti i duži. Konačno, pritvoreno lice mora biti odmah po hapšenju obavešteno o pravu na pomoć advokata po svom izboru, kao i o pravu da se ne izjašnjava dok ovu pomoć ne obezbedi. Ako lice nije u mogućnosti da obezbedi pomoć advokata, ona će mu biti dodeljena.

Dalje, član 5. stav 3. Evropske konvencije propisuje da pojedinac mora biti izveden pred sudiju ili drugo službeno lice bez odlaganja, da ima pravo na suđenje u razumnom roku ili puštanje na slobodu do suđenja,

⁵³⁷ Videti *Dikme v. Tureky*, predstavka br. 20869/92, presuda od 11. jula 2000.

kada mogu biti tražena i odgovarajuća jemstva kako bi se obezbedilo njegovo prisustvo na sudu. Dakle, obaveštenje o razlozima hapšenja daje sudija ili „službeno lice zakonom ovlašćeno da obavlja sudsku funkciju“. Dok je prva kategorija potpuno jasna, ova druga izaziva izvesne sumnje i nedoumice. U praksi većine evropskih zemalja to čini tužilac, ali on može obavljati ovu funkciju samo ukoliko nije angažovan i na krivičnom gonjenju konkretnog pojedinca.⁵³⁸ Prema tome, da bi službeni organ obavljao pravosudnu funkciju, on mora biti nezavisan i nepristrasan. Takođe, izvođenje pojedinca pred sudiju „bez odlaganja“ znači izvođenje u roku od jednog do dva dana. Ukoliko prođe više vremena, kao npr. u slučaju *Sakik i drugi protiv Turske*,⁵³⁹ pritvor od 12 do 14 dana bez pravosudnog nadzora smatra se potpuno neprihvatljivim.

Konačno, član 5. stav 4. Konvencije garantuje svakom licu lišenom slobode pravo da pokrene postupak u kome će sud hitno ispitati zakonitost lišenja slobode i naložiti puštanje na slobodu, ukoliko je ono nezakonito. Takođe, lice mora imati pravo na periodičnu reviziju, kada će sud odlučivati o tome da li je produženje pritvora opravdano. Na primer, u slučaju pritvaranja duševno obolelih lica, mora se omogućiti pokretanje postupka kako bi se utvrdilo da li je dalji pritvor neophodan ukoliko je došlo do poboljšanja duševnog zdravlja lica.⁵⁴⁰ Dakle, nadzor mora vršiti sud u usmenoj raspravi u kojoj učestvuju obe strane, mora se razmatrati zakonitost pritvora i to mora biti učinjeno u prvom trenutku što pre, a posle u odgovarajućim vremenskim intervalima. Lica koja su nezakonito hapšena ili držana u pritvoru, imaju utuživo pravo na naknadu štete koja će, u najvećem broju slučajeva, biti novčana.

3.3.2. Pravo na slobodu kretanja

Sloboda kretanja je usko vezana za uživanje slobode svake ličnosti. Garantovana je članom 2. Četvrtog protokola uz Evropsku konvenciju.

3.3.2.1. Opšti domašaj člana 2. Četvrtog protokola

Sloboda kretanja podrazumeva pravo pojedinca na nesmetanu cirkulaciju i izbor mesta stanovanja u granicama jedne države, pod uslo-

538 *Huber v. Switzerland*, predstavka br. 12794/87, presuda od 23. oktobra 1990.

539 *Sakik v. Turkey*, predstavka br. 87/1996/706/898–903, presuda od 26. novembra 1997.

540 Videti *Winterwerp v. The Netherlands*.

vom da se zakonito nalazi na toj teritoriji. Ovo pravo garantuje se svakom licu, kako domaćem državljaninu, tako i strancu i apatridu.⁵⁴¹ Evropska konvencija ne garantuje strancu pravo ulaska i boravka na teritoriji jedne države ugovornice, jer države imaju pravo da kontrolišu ulazak na svoju teritoriju, boravak i deportaciju stranaca, kao i tip boravka koji će dodeliti strancu.⁵⁴² Takođe, ovo pravo odnosi se na strance koji zakonito borave na teritoriji jedne države, čime se ograničava domašaj po članu 2. stav 1. Četvrtog protokola uz Evropsku konvenciju i priznaje suvereno pravo države da kontroliše ulazak stranaca na svoju teritoriju.⁵⁴³

U slučaju *Pjerman protiv Francuske*, nemačka državljanica i članica Evropskog parlamenta tvrdila je da je, pošto je zakonito ušla u Francusku Polineziju, imala pravo na slobodu kretanja. Međutim, ona je učestvovala u javnom skupu i priključila se demonstracijama i osudi nastavka nuklearnih proba i prisustvu Francuske na Pacifiku, zbog čega je visoki komesar Francuske izdao nalog za njeno proterivanje. Evropski sud je zaključio da je do uručjenja naloga za proterivanje ona mogla slobodno da se kreće Polinezijom, a od trenutka uručjenja naloga njen boravak više nije bio zakonit.⁵⁴⁴ Drugim rečima, pravo na slobodu kretanja i izbor boravišta u jednoj zemlji zahtevaju zakonito prisustvo u određenoj državi, a to ne znači samo zakonito preći pasošku kontrolu na granici.

Sloboda kretanja znači i pravo pojedinca da napusti bilo koju zemlju, uključujući i vlastitu (bez obzira na činjenicu da li je napuštanje trajno ili privremeno), koje je garantovano članom 2. stav 2. Četvrtog protokola uz Evropsku konvenciju. To podrazumeva pravo lica da izabere zemlju u koju će otići, pod uslovom da je primljen na njenu teritoriju.⁵⁴⁵ Bez prava da se napusti mesto ili zemlja, pojedinac može biti lišen prava na brak ili porodicu, prava na obrazovanje, prava na rad ili bilo kojeg dugog prava. Značajno je naglasiti da ovo pravo pripada i državljanima

541 Explanatory Report to Protocol no. 4, par. 9.

542 Videti, na primer, *Sisojeva and Others v. Latvia*, predstavka br. 60654/00, presuda od 17. januara 2007, stav 91.

543 Explanatory Report to Protocol no. 4, par. 8.

544 *Piermont v. France*, predstavka br. 5/1994/452/531–532, presuda od 20. marta 1995, stav 44.

545 *Peltonen v. Finland*, Evropska komisija, 80-A, odluka od 20. februara 1995, stav 43, § 31; *Baumann v. France*, predstavka br. 33592/96, presuda od 22. maja 2001, stav 61.

i strancima. Evropski sud prava iz člana 2. stavovi 1. i 2. posmatra kao delove jednog opšteg prava.⁵⁴⁶

Sloboda kretanja je od posebne važnosti za izbeglice, raseljena lica, lica koja traže azil i radnike migrante. Izbeglice se često susreću sa izrazito teškom situacijom, pošto nemaju mogućnosti da se vrate u zemlju porekla zbog osnovanog straha ili progona po osnovu rase, religije, nacionalnosti, pripadnosti odgovarajućoj socijalnoj grupi ili zbog političkog mišljenja. Ovo najbolje ilustruje migrantska kriza koja je izbi-la polovinom 2015. godine. Raseljena lica, za razliku od izbeglica, ne prelaze međunarodno priznatu granicu, pa ostaju i dalje pod zaštitom sopstvene države. Međutim, njima može biti znatno ograničena sloboda kretanja, posebno u situaciji kada su naterana da nasele tačno određenu oblast.

3.3.2.2. *Razgraničenje između ograničenja slobode kretanja i lišenja slobode*

Sloboda kretanja razlikuje se od prava lica da „ne bude lišeno slobode“. Drugim rečima, treba utvrditi da li je u konkretnoj situaciji došlo do ograničenja slobode kretanja kada se primenjuje član 2. Četvrtog protokola uz Evropsku konvenciju, ili do lišenja slobode kada se primenjuje član 5. Evropske konvencije. U članu 5. stav 1. taksativno se nabrajaju situacije u kojima može doći do lišenja slobode, pa to može biti i radi sprečavanja neovlašćenog ulaska stranca u zemlju, kao i u slučaju njegove deportacije ili ekstradicije (tačka f)). S druge strane, član 2. Četvrtog protokola uz Evropsku konvenciju podložan je opštim kvalifikacijama sadržanim u članu 2. stav 3. i članu 4. Četvrtog protokola, pa tako na osnovu člana 5. ne može doći do lišenja slobode radi prevencije od budućih krivičnih dela, dok ograničenje slobode kretanja iz ovog razloga može biti opravdano.⁵⁴⁷

Članom 5. Evropske konvencije propisuju se uslovi i procesne garancije koje prilikom lišenja slobode lice mora uživati, ali se ne pruža definicija lišenja slobode, što se utvrđuje u svakom konkretnom slučaju. Neke situacije je teško definisati, i tada Evropski sud uzima u obzir situaciju u kojoj se lice nalazi, kao i tip, trajanje, efekte i način primene konkretne

546 *Isto.*

547 D.J. Harris, M. O' Boyle, E.P. Bates, C. M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2nd ed., Oxford University Press, 2009, 737.

mere.⁵⁴⁸ Važno je razumeti da razlika između lišenja slobode i ograničenja kretanja nije u prirodi, već u stepenu ili intenzitetu same mere.⁵⁴⁹ Da bi u čuvenom slučaju *Guzzardi* utvrdio da li postoji lišenje slobode, Evropski sud je uzeo u obzir sledeće elemente: oblast u kojoj je kretanje ograničeno, obim društvenih kontakata koji su licu dozvoljeni, (ne) mogućnost lica da napusti mesto bez obaveštenja vlasti, obavezu podnošenja izveštaja i sankcije u slučaju nepridržavanja ovih obaveza.⁵⁵⁰ Tako čak i ograničenje kretanja koje traje nekoliko sati može predstavljati lišenje slobode, što će se ceniti na osnovu različitih elemenata: da li je ustanova zatvorenog tipa, da li postoje elementi prinude, da li mera ima poseban efekat na pojedinca, odnosno da li uzrokuje fizičku nelagodnost ili psihički bol.⁵⁵¹

S druge strane, sprečavanje nekoga da napusti dom ili određenu oblast predstavlja ograničenje slobode kretanja. Ilustrativan je primer u kojem lice nije moglo da napusti kuću bez obaveštenja policije, iako mu nije bila potrebna dozvola za izlazak. Ovde je Evropski sud pronašao da postoji ograničenje slobode kretanja, a ne lišenje slobode.⁵⁵² Ista je situacija i sa zabranom boravka u određenoj gradskoj zoni u kraćem vremenskom periodu.⁵⁵³ Međutim, Evropski sud je smatrao da postoji lišenje slobode u slučaju *Amur*, koji se ticao zadržavanja tražioca azila u tranzitnoj zoni aerodroma.⁵⁵⁴ Takođe, do lišenja slobode može doći, čak i ako zadržavanje na aerodromu traje kraće od 24 sata, kada se podnosilac predstave nalazi u maloj sobi bez telefona, ventilacije ili prozora, gde je prinuđen da leži na podu sve do narednog jutra.⁵⁵⁵

548 Videti *Austin and Others v. the United Kingdom*, predstavke br. 9692/09 et seq., presuda od 15. marta 2012, stav 57.

549 Videti *Guzzardi v. Italy*, predstavka br. 7367/76, presuda od 6. novembra 1980, stav 93.

550 *Isto*, stav 95.

551 Videti, na primer, *Foka v. Turkey*, predstavka br. 28940/95, presuda od 24. juna 2008; *Nolan and K. v. Russia*, predstavka br. 2512/04, presuda od 12. februara 2009.

552 *Raimondo v. Italy*, predstavka br. 12954/87, presuda od 22. februara 1994.

553 *Olivieira v. the Netherlands*, predstavka br. 33129/96, presuda od 4. juna 2002. U ovom predmetu je holandski sud, u dva navrata, zabranio podnosiocima predstave da 14 dana borave u zoni Amsterdama u kojoj je bilo „vanredno stanje“ zbog javne upotrebe teških droga, posebno što nijedno od njih nije ni živelo, ni radilo u ovom delu grada. Videti i *Landvreugd v. the Netherlands*, predstavka br. 37331/97, presuda od 4. juna 2002.

554 *Ammur v. France*, predstavka br. 19776/92, presuda od 25. juna 1996.

555 *Nolan and K. v. Russia*, predstavka br. 2512/04, presuda od 12. februara 2009.

3.3.2.3. Ograničenja slobode kretanja

Iako sloboda kretanja čini kamen temeljac slobode svake ličnosti, ona je podložna fakultativnim ograničenjima, predviđenim u članu 2. stav 3. Četvrtog protokola uz Evropsku konvenciju. Drugim rečima, do ograničenja slobode kretanja može doći kada su ispunjeni sledeći uslovi:

- ograničenje je u skladu sa zakonom;
- neophodno je u demokratskom društvu;
- preduzeto je radi ostvarenja legitimnog cilja, odnosno iz razloga nacionalne bezbednosti, javne sigurnosti, očuvanja javnog poretka, sprečavanja kriminala, zaštite zdravlja, zaštite morala i radi zaštite prava i sloboda drugih lica.

U pitanju je ograničenje koje je sadržano u članovima 8. do 11. Evropske konvencije.⁵⁵⁶ Međutim, ovaj član sadrži još jedno ograničenje. Tako član 2. stav 4. predviđa i da se pravo na slobodu kretanja i slobodu izbora boravišta lica koje se zakonito nalazi na teritoriji jedne države može ograničiti, u izvesnim oblastima, kada je to ograničenje u skladu sa zakonom i kada je opravdano javnim interesom u demokratskom društvu. Ovde ograničenje mora biti „opravdano”, ali ne i „neophodno u demokratskom društvu”, što je niži standard od onog predviđenog u prethodnom stavu. Međutim, to ne znači da se test proporcionalnosti ne primenjuje i u slučaju ograničenja iz člana 2. stav 4. Evropske konvencije, koje ipak dozvoljava šira diskreciona ovlašćenja kada su u pitanju posebne oblasti. Tako, neke posebne oblasti mogu biti zatvorene za javnost ili je njihov pristup ograničen usled vojnog značaja, zbog sprečavanja krijumčarenja ljudi ili radi ostvarenja ekonomske dobrobiti.⁵⁵⁷

Oba člana predviđaju da ograničenje mora biti u skladu sa zakonom. Tako je u slučaju jednog pripadnika mafije, koji na osnovu sudskog naloga nije mogao da napusti dom bez obaveštavanja policije, Evropski sud pronašao da je mera bila opravdana radi očuvanja javnog poretka i sprečavanje kriminala, ali ne i zakonita jer ovo lice 18 dana nije znalo da je nalog ukinut.⁵⁵⁸

556 Videti i *Timishev v. Russia*, predstavke br. 55762/00, 55974/00, presuda od 13. decembra 2005, stav 45.

557 Videti Explanatory report to Protocol no. 4, par. 15.

558 *Raimondo v. Italy*, stav 39. Videti i *Vito Sante Santoro v. Italy*, predstavka br. 36681/97, presuda od 1. jula 2004.

Do sada je prihvaćeno da su dozvoljena ograničenja koja se nameću zbog propusta da se izvrše obaveze vojne službe,⁵⁵⁹ ograničenja putovanja osobe sa mentalnim invaliditetom kojoj nije obezbeđena odgovarajuća briga u zemlji destinacije,⁵⁶⁰ kada je u pitanju sudska zabrana odvođenja maloletne dece u inostranstvo,⁵⁶¹ ograničenja slobode kretanja osobi koja je puštena da se brani sa slobode uz kauciju,⁵⁶² ili radi naplate privatnog duga,⁵⁶³ kada postoji bojazan da će lice otkriti državnu tajnu, kada je lice osuđeno ali nije rehabilitovano,⁵⁶⁴ ili zbog prevencije zločina kada se sumnja da je lice član mafije. U jednom predmetu, došlo je do ozbiljnog ograničenja slobode kretanja zato što se sumnjalo da je podnosilac predstave član mafije i to na osnovu činjenica da ga je doušnik označio kao člana mafije i što mu je brat bio član mafije.⁵⁶⁵ On u periodu od tri godine čak po 10 sati nije mogao da izađe iz stana, a morao je da obavesti policiju o svakom napuštanju stana. Takođe, nije mogao da kontaktira druga lica koja su imala krivični dosije ili su bili pod sličnim nadzorom, nije smeo da posećuje barove, niti javna mesta. Evropski sud je prihvatio da se mogu smatrati legitimnim mere koje su usmerene na prevenciju od kriminala, čak i pre osude nekog lica. Ipak, Sud nije bio ubeđen da su primenjene mere bile neophodne, posebno imajući u vidu da postoji odsustvo konkretnih dokaza da je to lice član mafije.⁵⁶⁶ S druge strane, i manja ograničenja slobode kretanja mogu dovesti do kršenja člana 2. samo na osnovu činjenice da traju duži vremenski period.⁵⁶⁷

559 *Marangos v. Cyprus*, predstavka br. 31106/96, odluka od 20. maja 1997.

560 *Nordblad v. Sweden*, predstavka br. 19076/91, odluka od 13. oktobra 1993.

561 *Roldan Texeira and Others v. Italy*, predstavka br. 40655/98, presuda od 26. oktobra 2000; *Diamante and Pelliccioni v. San Marino*, predstavka br. 32250/08, presuda od 27. septembra 2011.

562 *Rosengren v. Romania*, predstavka br. 70786/01, presuda od 24. aprila 2008.

563 *Ignatov v. Bulgaria*, predstavka br. 50/02, presuda od 2. jula 2009; *Gochev v. Bulgaria*, predstavka br. 34383/03, presuda od 26. novembra 2009; *Khlyustov v. Russia*, predstavka br. 28975/05, presuda od 11. jula 2013.

564 *Sarkizov and Others v. Bulgaria*, predstavka br. 37981/06 et seq., presuda od 17. aprila 2012; *Dimitar Ivanov v. Bulgaria*, predstavka br. 19418/07, presuda od 14. februara 2012; *Milen Kostov v. Bulgaria*, predstavka br. 40026/07, presuda od 3. septembra 2013; *Georgiev v. Bulgaria*, predstavka br. 25451/07, presuda od 3. decembra 2013.

565 *Videti Labita v. Italy*, predstavka br. 26772/95, presuda od 6. aprila 2000.

566 *Isto*, stav 196.

567 *Videti Rosengren v. Romania*, stav 38. U ovom predmetu ograničenje slobode kretanja je trajalo šest godina i tri meseca, a Sud je uzeo u obzir i kašnjenje u ukidanju naredbe o restrikciji u trajanju od čak 18 meseci.

Takođe, u jednom predmetu Evropski sud je raspravljao pitanje nemogućnosti maloletnika da putuje na školsku ekskurziju u inostranstvo bez valjane saglasnosti oca.⁵⁶⁸ Evropski sud je proglasio predstavku neprihvatljivom jer je uzeo u obzir da je ovakvo ograničenje propisano zakonom i neophodno radi zaštite prava i sloboda drugih, konkretno oca, kao i radi zaštite javnog poretka zbog supervizije putovanja maloletnika u inostranstvo. Sud je uzeo u obzir i da je bilo dovoljno vremena da se ova saglasnost pribavi, tako da je mera bila i proporcionalna.

Konačno, balansiranje interesa posebno je došlo do izražaja u jednom predmetu protiv Holandije. Naime, Zakon o posebnim merama iz 2006. godine dozvoljavao je brojnim opštinama da preduzmu mere, uključujući i delimično oslobađanje od poreza za vlasnike malih preduzeća, kao i izbor stanara na osnovu njihovih prihoda.⁵⁶⁹ Podnositeljka predstavke se 2005. godine preselila u Rotterdam, gde je iznajmila stan. Nakon stupanja na snagu novog zakona, tražila je dozvolu za stanovanje, ali je njen zahtev odbijen jer nije živela u ovom distriktu najmanje 6 godina i zato što nije imala visinu traženih prihoda (živela je isključivo od socijalne pomoći). Evropski sud je slučaj razmatrao na osnovu člana 2. Četvrtog protokola i pronašao da je izdavanje dozvole za stanovanje bilo u skladu sa zakonom. Razmatrajući opravdanost mere, Evropski sud je pronašao da je razlog ovoj meri bilo sprečavanje siromašenja užeg gradskog jezgra zbog visokog stepena nezaposlenosti i unapređenja kvaliteta života, što predstavlja legitiman cilj. Kod razmatranja proporcionalnosti mere, Sud je balansirao interes podnositeljke predstavke da izabere prebivalište i opšti interes u vidu javne politike koja je u konkretnom slučaju imala jaču snagu. Sud je podsetio da države uživaju široko polje slobodne procene kada implementiraju socijalne i ekonomske politike i Sud će ovo uvek uzeti u obzir, osim ukoliko mera nema razumne osnove. Takođe, Sud će ceniti ličnu okolnost podnosioca predstavke, proceduralne garantije i mogućnosti alternativnog stanovanja. U konkretnom slučaju, mera je bila ograničena vremenski i prostorno, a lokalne vlasti su obezbedile određeni broj stanova za one koji se nisu kvalifikovali za stanovanje na osnovu zakona, zbog čega je mera u pitanju prošla i test proporcionalnosti.

568 *Şandru v. Romania*, predstavka br. 1902/11, odluka od 14. januara 2014.

569 *Garib v. Netherlands*, predstavka br. 43494/09, presuda od 23. februara 2016.

3.4. MORALNI INTEGRITET LIČNOSTI

3.4.1. Sloboda misli, savesti i veroispovesti

3.4.1.1. Pojam slobode misli, savesti i veroispovesti

Sloboda misli, savesti i veroispovesti je, prema jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava izraženoj još u presudi *Kokinakis protiv Grčke*, konstitutivni element demokratskog duštva i njegovog pluralističkog karaktera. Ona je od suštinskog značaja za identitet vernika i zaštitu njihovog životnog stava, ali je od „neprocenjive vrednosti i za atesite, agnostike, skeptike i nezainteresovane”.⁵⁷⁰ Polazeći od izuzetne društvene i individualne važnosti slobode uverenja i verskog opredeljenja član 9. Evropske konvencije jemči apsolutnu nepovredivost unutrašnjeg aspekta ove slobode (*forum internum*), dok ograničenje njene spoljašnje dimenzije (*forum externum*) dopušta samo u izuzetnim situacijama.

Struktura člana 9. odgovara strukturi drugih članova Konvencije koji garantuju relativna prava. U prvom stavu se navodi zaštićeno dobro, odnosno pravo kojim se dato ljudsko dobro štiti, a u drugom stavu su sadržani uslovi pod kojima uživanje toga prava može biti ograničeno. Osobnost člana 9. je u tome što je sloboda verovanja i uverenja u svom internom vidu apsolutno zaštićena, tako da je ograničenje dozvoljeno jedino u pogledu ispovedanja vere ili ubeđenja.

3.4.1.1.1. *Forum internum* člana 9. Evropske konvencije

Forum internum člana 9. obuhvata sve one aspekte slobode misli, savesti i veroispovesti koji se odnose na sferu slobodnog i nesputanog duhovnog života koju pojedinac zadržava za sebe i ne saopštava drugima. To, pre svega, podrazumeva slobodu svakoga da, po sopstvenom izboru, usvoji određeno verovanje ili uverenje, zatim da nema uverenje ili versko opredeljenje, kao i da promeni verovanje ili uverenje, bez pritisaka. U stručnoj literaturi sloboda čoveka da veruje ili ne veruje u dogme neke religije, dakle *forum internum*, označava se kao sloboda sa-

⁵⁷⁰ *Kokinakis v. Greece*, predstavka br. 14307/88, presuda od 25. maja 1993, stav 31.

vesti, dok se pravo da se izrazi i ispolji pripadništvo nekoj religiji naziva slobodom veroispovesti.⁵⁷¹

U skladu sa čitavom filozofijom ljudskih prava, sloboda misli, savesti i veroispovesti počiva na pretpostavci da je čovek autonomno, racionalno biće i da je stoga sposoban i slobodan da samostalno misli, stiče i menja svoja uverenja i verovanja. Kada bi „čitanje misli“ bilo izvodljivo tada bi i kontrola svesti i kažnjavanje za „zlomisao“ bili mogući, što je ideal svakog totalitarnog poretka. Ipak, nesavršenost tehnologije ne znači da vlade ne raspoložu više ili manje suptilnim mehanizmima uticaja na verovanja ili uverenja onih koji se nalaze u granicama njihove vlasti. Pravno se to postiže: diskriminacijom zasnovanom na imanju, odnosno nemanju, određenog verovanja ili uverenja; zabranom pripadanja određenim veroispovestima ili filozofskim opredeljenjima; prinuđavanjem da se otkrije svoje verovanje ili uverenje; prisiljavanjem da se odbaci ili promeni svoje verovanje ili uverenje upotrebom fizičke sile ili krivičnopravnim merama.⁵⁷² U jurisprudenciji Suda nailazimo na osudu ovako otvorene povrede slobode misli, savesti i veroispovesti. Primera radi, u Turskoj je do 2006. bilo obavezno navođenje verskog identiteta u ličnoj karti, nakon čega je uvedena mogućnost da se rubrika u kojoj se unosi taj podatak ostavi praznom na zahtev vlasnika lične karte. Sud je našao da je navođenje verskog identiteta u ličnoj karti, bez obzira na to da li je ono obavezno ili fakultativno, u suprotnosti sa članom 9, obrazlažući to stavom da sloboda ispoljavanja religije ima i negativni aspekt, a to je pravo da se ne saopštava svoja vera.⁵⁷³

Pored osude navođenja verskog identiteta u ličnim kartama, Sud se u više predmeta izjašnjavao o prinuđavanju da se otkrije verski identitet zbog obaveze polaganja zakletve prilikom stupanja na javnu funkciju

571 J. Stefanović, *Odnos između crkve i države*, Matica hrvatska, Zagreb 1953, 97–98.

572 B. G. Tahzib, *Freedom of Religion or Belief: Ensuring Effective International Protection*, 1996, 26. ff. 21. Navedeno prema: C. Evans, *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, New York 2001, 74.

573 *Sinan Isik v. Turkey*, predstavka br. 21924/05, presuda od 2. februara 2010, stavovi 49, 51 i 52. Predmet se ticao pripadnik alavitske vere (grane islama različite od sunitskog islama, većinskog u Turskoj) koji je tražio da mu se u ličnoj karti precizno navede njegova vera, a ne da se on podvodi pod islamsku veru, što su vlasti odbile upravo sa obrazloženjem da je alavitska vera podvrsta islama.

ili pristupanja sudu radi davanja izjave. U slučaju *Buskarini* podnosioci predstave – izabrani poslanici u parlamentu San Marina – obratili su se Sudu, pozivajući se na član 9, jer su bili dužni, prema izbornom zakonu, da se zakunu nad Biblijom da će poštovati Ustav i da će svoju poslaničku dužnost obavljati profesionalno i časno. Njihov zahtev da se izostavi pominjanje Biblije nije bio uslišen, pa su oni, pod pretnjom da će izgubiti poslanički mandat, dali zakletvu. Postupajući po predstavi Sud je ustanovio povredu člana 9. i zaključio da je zaklinjanje nad Biblijom ravno zahtevu da se izrazi vera određenoj religiji.⁵⁷⁴ Drugim rečima, slobode savesti nema tamo gde država prisiljuje građane, bilo na posredan ili neposredan način, da vrši neke akte, koji predstavljaju neko verovanje ili neverovanje.⁵⁷⁵

Prisiljavanje građana na vršenje akata koji su u neposrednoj suprotnosti sa njihovim verskim osećanjima može se javiti i u vidu obaveze služenja vojske. U tom kontekstu postavlja se pitanje da li je pravo na nesluženje vojne obaveze, iz verskih razloga, obuhvaćeno *foro interno* članom 9. stav 1, odnosno da li Konvencija dopušta pravo na prigovor savesti. Ovo pitanje je utoliko relevantnije što sama Konvencija navodi da se pod „prinudnim ili obaveznim radom“, koji su inače zabranjeni, ne podrazumeva služba vojne prirode ili, u zemljama u kojima se priznaje prigovor savesti, služba koja se zahteva umesto odsluženja vojne obaveze (čl. 4. st. 3. tač. 2). Komisija je čvrsto stajala na stanovištu da član 4. stav 3. tačka 2. Konvencije sprečava priznavanje prigovora savesti kao vida zaštite slobode misli, savesti i veroispovesti. Međutim, Evropski sud je u *Bajatjan protiv Jermenije*, prvom predmetu koji je pred njega neposredno otvorio pitanje primene člana 9. na prigovarače savesti, odlučio da odstupi od dotadašnje prakse i prizna pravo na prigovor savesti. Polazeći od toga da je Konvencija „živi instrument“ i da su vremenom gotovo sve države članice Saveta Evrope prihvatile prigovor savesti, Sud je zauzeo stanovište da je „protivljenje vojnoj službi, koje je posledica ozbiljnog i nerazrešivog sukoba između obaveze da se služi vojska, i ljudske savesti ili dubokih i iskrenih verskih ili drugih uverenja, ubeđenje koje je dovoljnog stepena snage, ozbiljnosti, koherentnosti i važnosti da potpada pod zaštitu člana 9“.⁵⁷⁶

574 *Buscarini and others v. San Marino*, predstavka br. 24645/94, presuda od 18. februara 1999, stavovi 10, 12, 13 i 39.

575 J. Stefanović, 98.

576 *Bayatyan c. Arménie* [VV], predstavka br. 23459/03, presuda od 7. jula 2011, stavovi 103, 109. i 110.

3.4.1.1.2. Ispoljavanje prava na slobodu vere ili uverenja

Sloboda verovanja i uverenja je prevashodno pitanje individualne misli i savesti. Taj aspekt ove slobode, formulisan u članu 9. stav 1. tako da podrazumeva pravo da se imaju i promene vera i uverenje, je apsolutan i bezuslovan.⁵⁷⁷ Međutim, istom odredbom se jemči i sloboda ispoljavanja vere ili uverenja molitvom, podučavanjem, običajima i obredom, individualno ili kolektivno, javno ili privatno. Ovako Evropska konvencija uređuje *forum externum* slobode misli, savesti i veroispovesti, dopuštajući istovremeno, pod određenim uslovima, i njegovo ograničenje.

U jurisprudenciji Evropske komisije i Suda ne nailazimo na preciziranje značenja, niti razgraničenje pojmova molitve i obreda, ali ovo pitanje se, u praksi, nije ni postavljalo.⁵⁷⁸ Razlog je i taj što strazburški organi pod molitvu i obred podvode i one radnje koje ne predstavljaju sâm čin veroispovedanja, već su u njegovoj funkciji. Nesporno je, primera radi, da će se ritualno klanje životinja, kojim Jevreji dobijaju meso „glat košer“ (*glatt cosher*), čija je upotreba sastavni deo izražavanja jevrejske vere, smatrati za svojevrsni religijski obred.⁵⁷⁹ Međutim, Sud je otišao korak dalje i priznao šire dejstvo izražavanju vere molitvom ili obredom. Tako je administrativno sprečavanje prijave molitvenog hrama i kažnjavanje za veroispovedanje van dozvoljenih prostorija osuđeno kao povreda prava na molitvu.⁵⁸⁰ U predmetu *Mitropoljske crkve Besarabije*, odbijanje upravnih organa da registruju raskolničku crkvu ocenjeno je kao povreda veroispovedanja, budući da se vernici onemogućavaju da u pravnim postupcima štite neophodne molitvene relikvije, ali i da ostvaruju druga zakonom priznata prava kao što je proizvodnja i prodaja liturgijskih predmeta ili zaštita crkvenih velikodostojnika.⁵⁸¹ Sud je pod povredu prava na izražavanje vere molitvom ili propovedi podveo i krivično kažnjavanje slobodno izabranog, a od države nepriznatog,

577 Uporediti *Eweida and Others v. the United Kingdom*, predstavke br. 48420/10 et al., presuda od 15. januara 2013, stav 80.

578 C. Evans, 107.

579 *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France* [CG], predstavka br. 27417/95, presuda od 27. juna 2000, stav 73.

580 *Manoussakis and others v. Greece*, predstavka br. 18748/91, presuda od 26. septembra 1996, stavovi 36 i 45.

581 *Metropolitan Church of Bessarabia and others v. Moldova*, predstavka br. 45701/99, presuda od 13. decembra 2001, stav 105.

muslimanskog muftije zbog držanja govora u tom svojstvu i „zloupotrebe“ zvanične odežde.⁵⁸²

Ni pojam podučavanja, kao vid ispoljavanja vere ili uverenja, nije definisan u jurisprudenciji Evropskog suda. Pitanje podučavanja se pred Evropskim sudom postavljalo, pre svega, u kontekstu prozelitizma i prava na interkonfesionalno širenje vere. U predmetu *Kokinakis protiv Grčke* Sud je istakao razliku između prenošenja hrišćanske poruke i nedozvoljenog prozelitizma. U prvom slučaju reč je o istinskom jevanđeoskom postupanju koje je, prema mišljenju Svetskog saveta crkava, suštinska misija i dužnost svakog hrišćanina, dok je nedozvoljeni prozelitizam njegova zloupotreba i izopačenje.⁵⁸³ Evropski sud navodi da nedozvoljeni prozelitizam može da poprimi oblik nuđenja materijalnih ili društvenih privilegija ili vršenja nedopustivog pritiska na one koji su u nevolji, uključujući tu i upotrebu nasilja ili ispiranje mozga, a sve u cilju širenja broja svojih pripadnika. Tako je Sud stao na stanovište da se kraći razgovor o religijskim pitanjima pripadnika Jehovinih svedoka sa susedkom pravoslavne vere, ne može smatrati nedozvoljenim prozelitizmom. Čini se da je Sud posebno imao u vidu to da je pravoslavna susedka supruga sveštenika lokalne pravoslavne crkve i da je teško pretpostaviti da je u konkretnom predmetu došlo do zloupotrebe njenog neiskustva, u pitanjima pravoslavne dogme.⁵⁸⁴

Određenje običaja izaziva verovatno najviše nedoumica u sudskoj praksi. Nije, naime, jasno, da li mu treba dati uži, čisto verski karakter, koji bi ga približio pojmu molitve i obreda, ili ga treba shvatiti šire, kao praksu, odnosno svaku primenu zahteva i učenja određenog verskog ili filozofskog sistema. Prvo, od moguća dva značenja, je bliže francuskom izrazu „*les pratiques*“, dok na drugo upućuje engleska verzija, u kojoj srećemo odgovarajući međujezički homonim, samo u singularu – *practice*. U skladu s ovim širim pristupom, Evropski sud je prihvatio da je nošenje islamske marama čin podstaknut verom, odnosno verskim osećanjem.⁵⁸⁵ Isto tako, Sud je zauzeo stanovište i da je upotreba druge verske odeće na javnom mestu vid ispoljavanja verskih uverenja (turban, tunika i šalvare

582 *Serif v. Greece*, predstavka br. 38178/97, presuda od 14. decembra 1999, stav 39.

583 *Kokinakis v. Greece*, stav 48.

584 *Isto*, stavovi 45 i 49.

585 *Leyla Sahin v. Turkey* [VV], predstavka br. 44774/98, presuda od 10. novembra 2005, stav 78; *Kervanci c. France*, predstavka br. 31645/04, presuda od 4. decembra 2008, stav 47.

crne boje),⁵⁸⁶ uključujući tu i nošenje integralne marame koja može biti u obliku nikaba (marame koja prekriva celo telo i lice sa izuzetkom očiju) i burke (marame koja prekriva telo i lice u celini).⁵⁸⁷

3.4.1.2. Ograničenje slobode ispovedanja vere ili ubeđenja

Sloboda verovanja ili uverenje može biti ograničena u onom svom delu koji pripada *foro externo* budući da njeno ispoljavanje može imati uticaj na druge. Drugim rečima, molitva, obred, podučavanje i običaj, kao oblici ispoljavanja verovanja ili uverenja, uživaju relativnu zaštitu i mogu doći pod udar države ukoliko se sukobe sa legitimnim, društveno opravdanim interesima.

3.4.1.2.1. Postojanje ograničenja

Zabrana nošenja islamske marame na univerzitetu,⁵⁸⁸ odnosno tokom časa fizičkog u osnovnoj školi i isključenje iz škole zbog odbijanja da se povinuje ovom pravilu Sud je prihvatio kao vid ograničenja prava na slobodu veroispovesti.⁵⁸⁹ Odbijanje upravnih organa da registruju raskolničku crkvu takođe je ocenjeno kao povreda člana 9.⁵⁹⁰ Dakle, ispitivanje postojanja ograničenja podrazumeva utvrđivanje konkretne mere kojom se uskraćuje pravo na ispoljavanje vere ili uverenja, u potpunosti ili delimično. Izuzetno, Sud prihvata tumačenje prema kome i sâm zakon, kao opšti akt, može neposredno ograničiti slobodu izražavanje vere, i to ukoliko se ono njime krivičnoopravno kažnjava. Tako je, povodom zakonske zabrane prekrivanja lica u Francuskoj, Sud primetio da se podnosioca predstavke nalazi pred dilemom da se povinuje zabrani i odrekne načina oblačenja koji nalaže njena vera, ili da joj se ne povinuje i tako izloži mogućnosti da bude krivično gonjena.⁵⁹¹

3.4.1.2.2. Zakonitost ograničenja

Iako načelo zakonitosti ima, pre svega, za cilj da politički legitimiše i pravno formalizuje odluku o opravdanom ograničenju ljudskih prava,

586 *Ahmet Arslan et autres c. Turquie*, predstavka br. 41135/98, presuda od 23. februara 2010, stav 7 i 35.

587 *S. A. S. c. France* [VV], predstavka br. 43835/11, presuda od 1. jula 2014, stavovi 11 i 106.

588 *Leyla Sahin v. Turkey* [VV], stav 78.

589 *Kervanci c. France*, stav 48.

590 *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*, stav 105.

591 *S. A. S. c. France* [VV], stav 110.

Evropski sud je, uzimajući u obzir razliku između kontinentalnog i anglosaksonskog pravnog sistema, prihvatio nešto šire poimanje zakona. Tako se pod zakonom podrazumevaju ne samo akti parlamenta doneti u zakonodavnom postupku, već i sudski precedenti, preuzete međunarodne obaveze, pa čak i sekundarni izvori, kao što su uredbe izvršne vlasti i unutrašnji pravilnici.⁵⁹² Termin zakon se, dakle, poima materijalno, a ne formalno, tako da uključuje, kako Sud ističe, celokupno pisano pravo, podrazumevajući pod time i podzakonske akte i sudsku praksu koja ih tumači.⁵⁹³ S druge strane, Sud ne svodi načelo zakonitosti samo na pitanje odgovarajućih izvora, već pod njim podrazumeva i kvaliteta tih izvora, rukovodeći se zahtevom pravne sigurnosti, te od presude *Sandey tajms protiv Ujedinjenog Kraljevstva* redovno ispituje da li je zakon dostupan građanima i da li je nedvosmislen i jasan.⁵⁹⁴

3.4.1.2.3. Legitimnost cilja ograničenja

Pored uslova zakonitosti, ograničenje ljudskih prava, da bi bilo dopušteno, mora da bude opravdano i potrebom zaštite višeg cilja. Prema slovu Evropske konvencije, sloboda ispovedanja vere ili ubeđenja može biti podvrgnuta ograničenju, ako je to potrebno radi zaštite javne bezbednosti, javnog reda, zdravlja ili morala ili prava i sloboda drugih. Za razliku od načela zakonitosti koje je steklo svoju jurisprudencijalnu definiciju, ovi pojmovi nisu bliže određeni u praksi Evropskog suda, te se njihovom razumevanju mora pristupiti kazuistički. Sud, naime, najčešće konstatuje da je neko ograničenje opravdano radi zaštite jednog od legitimnih ciljeva, bez ulaženja u motive za takav stav. Kako sâm primjećuje, njegova praksa je u tom pogledu „prilično lakonska”.⁵⁹⁵ Istina, on katkada i spaja raspravu o legitimnosti cilja ograničenja sa pitanjem „neophodnosti ograničenja u demokratskom društvu”, i tada bliže ulazi u značenje pomentih pojmova.⁵⁹⁶

592 S. Greer, *The margine of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2000, 16.

593 *Kervanci c. France*, stav 52.

594 *Sunday Times v. the United Kingdom*, predstavka br. 6538/74, presuda od 26. aprila 1979, stav 49.

595 *S. A. S. c. France [VV]*, stav 114.

596 Uporediti *Holy Synod of the Bulgarian Orthodox Church (Metropolitan Inokentiy) and Others v. Bulgaria*, stav 118–159; *S. A. S. c. France [VV]*, stavovi 138–142.

3.4.1.2.4. Neophodnost ograničenja u demokratskom društvu

Da bi ograničenje slobode verovanja ili uverenja bilo dopušteno, nije dovoljno da ono bude predviđeno zakonom i da ima za cilj zaštitu legitirnog interesa, već mora biti i „neophodno u demokratskom društvu”. Iz Konvencije se ne vidi jasno da li je to neko idealno-tipsko demokratsko društvo ili je reč o konkretnom, datom društvu.⁵⁹⁷ U praksi su prisutna oba pristupa: nastojanje da se koncept demokratije univerzalizuje, ali i spremnost da se, s obzirom na sve socio-religijske oklonosti datog slučaja, ovo pitanje sagleda diferencirano.

Pridev „neophodan”, s druge strane, u praksi je konkretizovan nizom približnih termina. On nije sinonim za „nužan”, niti ima tu fleksibilnost kao izrazi „dopušten”, „uobičajen”, „koristan”, „razuman” ili „poželjan”, ali sasvim sigurno podrazumeva postojanje „nužne društvene potrebe” (*pressing social need*).⁵⁹⁸ Osim toga, procena neophodnosti mora obuhvatiti i niz drugih značajnih okolnosti: prirodu ugroženog prava, stepen ograničavanja, da li je ono srazmerno postavljenom legitimnom cilju, prirodu opšteg interesa i meru u kojoj taj interes zahteva zaštitu. Sve u svemu, pitanje neophodnosti ograničenja u demokratskom društvu se svodi na to da li je ograničenje u srazmeri s potrebom zaštite legitimnog cilja. Primera radi, u presudi *Manousakis protiv Grčke* Sud je ustanovio da osporena krivična osuda toliko direktno ugrožava versku slobodu podnosilaca predstave da se ne može smatrati da je u srazmeri sa legitimnim ciljem.⁵⁹⁹

Procena srazmernosti ograničenja u praksi se ostvaruje ispitivanjem sudskih i upravnih akata nacionalnih organa. Iako se problem katkad javlja već na zakonodavnom nivou, Sud retko ide tako daleko u svojoj analizi.⁶⁰⁰ Na neophodnost sveobuhvatnije kontrole srazmernosti ukazale su još sudije Petiti i Martens u slučaju *Kokinakis protiv Grčke*, posebno imajući u vidu položaj manjinskih verskih grupa u državi u kojoj je prozelitizam proglašen za krivično delo. Sudija Petiti ističe da je već sama inkriminacija prozelitizma u suprotnosti s članom 9. Konvencije.

597 Tako: M. D. Evans, 320, f.17. Sličan stav iznose i: C. Ovey and R. White, *European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, New York 2002, 210.

598 *Sunday Times v. the United Kingdom*, stav 59.

599 *Manousakis and others v. Greece*, stav 53.

600 G. Gonzalez, *La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté des religions*, *Economica*, 1997, 201.

On dopušta da se maloletnici mogu štititi krivičnopravnim normama, a u pogledu odraslih osoba predlaže fiskalne i ubičajene građansko-pravne mere. Sa takvim stavom se saglašava i sudija Martens dodajući da država zbog svoje obaveze neutralnog postupanja ne bi smela da se upliće u ovakve sukobe instrumentima krivičnopravne politike. Ovo oklevanje strazburških organa da se pristupi sveobuhvatnoj kontroli srazmernosti navelo je određene autore na zaključak da se nacionalnim organima dopušta prevelika sloboda procene, čime se održavaju na snazi diskriminatorni propisi.⁶⁰¹ Nagoveštaj nešto drugačijeg odnosa prema pitanju kontrole srazmernosti bila je presuda *Thlimenos protiv Grčke*. Evropski sud je u datom predmetu uputio oštre reči kritike grčkom zakonodavcu zbog uspostavljanja jedinstvenog pravnog režima, u smislu zabrane sticanja zvanja ovlašćenog knjigovođe, kako za osuđene prigovarače savesti, tako i za učinioce drugih krivičnih dela.⁶⁰² Primer sveobuhvatnog pristupa u oceni srazmernosti ograničenja je presuda *Ercep protiv Turske*. U njoj je Sud utvrdio povredu člana 9. zbog propusta države da postigne odgovarajuću ravnotežu između interesa društva, koje se ogleda u krivičnom gonjenju i kažnjavanju onih koji ne izvršavaju svoju vojnu obavezu, i prigovarača savesti, u konkretnom slučaju, pripadnika Jehovinih svedoka, verske grupe čiji sistem verovanja podrazumeva i protivljenje služenju vojske.⁶⁰³ Budući da se takva lica izlažu svojeversnoj „građanskoj smrti“ (neprestanom krivičnom gonjenju i kažnjavanju, bez izgleda da se oni okončaju) ukoliko žele da ostanu dosledna svojoj veri ili uverenju, odnosno da je problem strukturalne prirode i da se nalazi u neadekvatnom zakonodavnom okviru, Sud je, primenjujući član 46. Konvencije, preporučio izmenu zakona u pravcu uvođenja alternativnog oblika vojne službe.⁶⁰⁴

Primenjena u svojoj minimalističkoj varijanti, kontrola srazmernosti se svodi na preispitivanje motiva i činjeničnog stanja na kojima se zasniva konkretna odluka o ograničenju slobode ispovedanja vere ili ubeđenja. Uloga Suda je da utvrdi da li su razlozi kojima nacionalne vlasti pravdaju konkretne mere ograničenja „odgovarajući i dovoljni“.⁶⁰⁵ Zato se u

601 *Isto*, 202.

602 *Thlimmenos v. Greece* [VV], predstavka br. 34369/97, presuda od 6. aprila 2000, stavovi 46–48.

603 *Ercep v. Turkey*, predstavka br. 43965/04, presuda od 22. novembra 2011, stavovi 58–65.

604 *Isto*, stav 80.

605 *Hanyside v. the United Kingdom*, stav 50.

presudi *Kokinakis* s negodovanjem primećuje da su grčki sudovi dokazivanje odgovornosti podnosioca predstavke sveli na prosto navođenje zakonskih formulacija. Prema mišljenju Evropskog suda nedostajale su činjenice kojima bi se potkrepile navedene tvrdnje.⁶⁰⁶ Takav stav Sud je zauzeo, *mutatis mutandis*, i u predmetu *Ahmet Arslan i drugi protiv Turške*. Pošto je konstatovao da su se domaći sudovi zadovoljili jednostavnim pozivanjem na zakonske odredbe, Sud je pristupio sveobuhvatnoj proceni činjenica predmeta. Zaključujući da krivično kažnjavanje zbog nošenja verske odeće (turbana, tunike i šalvara) na otvorenom javnom mestu nije bilo neophodno u demokratskom društvu, Sud je uzeo u obzir: da podnosioci predstavke nisu predstavnici države, odnosno nosioci javnih funkcija, te da za njih ne važi obaveza uzdržavanja od javnog izražavanja verskih uverenja;⁶⁰⁷ da je do nošenja odeće došlo na otvorenim javnim mestima (ulicama i trgovima), a ne u javnim ustanovama gde potreba verske neutralnosti može odneti prevagu u odnosu na slobodu izražavanja vere;⁶⁰⁸ kao i to da iz okolnosti slučaja ne proizlazi da je način na koji su podnosioci predstavke izrazili svoju veru – nošenjem odgovarajuće odeće – izazvao ili mogao da izazove pretnju po javni poredak, odnosno pritisak na druge.⁶⁰⁹

3.4.2. Pravo na poštovanje privatnog života

Prava privatnosti predstavljaju zbirni naziv za zaštitu nekoliko na prvi pogled raznorodnih prava: prava na poštovanje privatnog života, pravo na porodični života, nepovredivost doma i pravo na prepisku. Ova prava odnose se na privatnu sferu pojedinca i garantovana su članom 8. Evropske konvencije. Iako važna, ova prava su podložna izvesnim ograničenjima. Tako član 8. stav 2. Evropske konvencije predviđa da se vlasti neće mešati u vršenje ovog prava, „osim ako to nije u skladu sa zakonom i neophodno u demokratkom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite

606 *Kokinakis v. Greece*, par. 49.

607 Kada je reč o položaju nastavnika, kao javnih službenika, videti *Kurtulmus c. Turquie*, predstavka br. 65500/01, odluka od 24. januara 2006.

608 U tom smislu ne može se primeniti jurisprudencija Suda koja naglašava značaj odluke i procen nacionalnog organa kada je reč o zabrani nošenja verskih simbola u javnim obrazovanim ustanovama. Uporedi *Leyla Sahin v. Turkey*, stav 109.

609 *Ahmet Arslan et autres c. Turquie*, stavovi 48–52.

prava i sloboda drugih.” Drugim rečima, ova prava su podložna ograničenjima ukoliko su predviđena zakonom, radi ostvarenja nekog legitimnog cilja, i kada postoji proporcionalnost između preduzete mere i cilja koji se želi postići.

U dajem tekstu biće reči o pravu na privatni život i pravu na porodični život.

3.4.2.1. Određivanje pojma „privatni život”

Nije lako odrediti šta sve potpada pod pojam „privatni život”, pošto granica između privatne i javne sfere varira od slučaja do slučaja. Evropski sud je više puta naglasio da „privatni život” predstavlja jedan širok pojam koji obuhvata veliki spektar aktivnosti, pa ga iz tog razloga nije moguće iscrpno definisati.⁶¹⁰ Jedna od prvih i najširih definicija privatnog života jeste ona koja kaže da je to pravo pojedinca da bude ostavljen na miru.⁶¹¹ Međutim, nije tako bilo oduvek. Sama reč privatnost dolazi od latinske reči *privare*, što znači lišiti.⁶¹² Počev od 16. veka, izraz „privatan” počeo je da se koristi u kontekstu nezavisnosti i sfere intime, a od 17. veka ovaj pojam označava vrednost mirnog života i poštovanje doma.

Do danas, povrede prava na privatnost lakše je prepoznati u praksi, nego ih iscrpno definisati. Međutim, tela Saveta Evrope morala su bliže odrediti prava predviđena članom 8. Evropske konvencije, kako bi imala određene smernice u odlučivanju po ovom pitanju. Tako je Evropska komisija u svom izveštaju povodom predmeta *Van Ostervijk protiv Belgije* iz 1979. godine, bliže odredila domen privatnog života rečima da „pravo na poštovanje „privatnog života” jeste pravo na privatnu sferu, pravo čoveka da živi kako želi, zaštićen od javnosti,” a „do izvesne mere obuhvata i pravo na uspostavljanje i negovanje odnosa sa drugim ljudskim bićima, naročito u emocionalnoj sferi, radi razvijanja i zadovoljavanja sopstvene ličnosti”⁶¹³

610 *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, predstavka br. 13134/87, presuda od 23. februara 1993, stav 36; *Niemietz v. Germany* (1992), stav 29.

611 S. D. Warren and L.D. Brandeis, *The Right to Privacy*, *Harvard Law Review*, vol. 4, 1890, 193.

612 Videti S. Marks, A. Clapham, *International Human Rights Lexicon*, Oxford University Press, USA, 2005, 259.

613 *Van Ostervijk protiv Belgije*, Evropska komisija, predstavka br. 7654/76, odluka od 1. marta 1979.

Dakle, privatni život odnosi se na onu sferu života u kojoj se pojedinac slobodno razvija i ostvaruje kao ličnost. Međutim, privatni život odnosi se i na razvijanje odnosa sa drugim ljudima i na održavanje veze sa spoljnim svetom. Tako je Sud još 1992. godine zaključio da bi bilo previše restriktivno ukoliko bi se privatni život odnosio samo na unutrašnji život pojedinca, koji bi bio u potpunosti izolovan od spoljašnjih uticaja i odnosa. Zato „poštovanje privatnog života mora obuhvatiti do određenog stepena pravo da se uspostave i razviju odnosi sa drugim ljudskim bićima.“⁶¹⁴ Evropska komisija utvrdila je i ograničenje prava na privatni život, u svom izveštaju o predmetu *Brugeman i Šuten protiv SR Nemačke* iz 1977. godine. Tako, „zahtev za poštovanje privatnog života automatski se ograničava u meri u kojoj pojedinac sam dovede svoj privatni život u dodir sa javnim životom, ili u tesnu vezu sa drugim zaštićenim interesima.“ Međutim, Sud je istakao da svaki pojedinac, a time i javna ličnost, mora imati „opravdano očekivanje“ da će njegov privatni i porodični život biti poštovan.⁶¹⁵

Pravo na privatnost priznaje se i zatvorenicima, kod kojih je pravo na udruživanje sa drugim pojedincima bitan faktor u sprečavanju njihove potpune društvene izolacije.⁶¹⁶ Takođe, efikasno uživanje socijalnog života kao aspekta privatnog života posebno je naglašeno u imigracionim slučajevima, gde kulturna i jezička bliskost predstavlja bitan faktor održavanja socijalnih veza sa drugim ljudima.⁶¹⁷

Vrlo je važno napomenuti da se pod privatnim odnosima podrazumevaju i oni odnosi koji se ne smatraju porodičnom odnosima, a koji su i dalje obuhvaćeni zaštitom koju pruža član 8. Evropske konvencije. Na osnovu jurisprudencije Suda, utvrđeno je da ti odnosi obuhvataju: od-

614 *Niemietz v. Germany*, predstavka br. 13710/88, presuda od 16. decembra 1992, stav 29.

615 *Brüggemann and Scheuten v. SR Germany*, Evropska komisija, predstavka br. 6959/75, odluka od 19. maja 1976. Videti i *Von Hannover v. Germany*, predstavka br. 59320/00, presuda od 24. juna 2004, gde su mediji više puta objavili slike najstarije ćerke princa Ranijea III, koje su nastale bez njenog saznanja. Na njima se vidi kako sama ili u društvu izlazi iz kuće, ili obavlja druge poslove. Sud je zaključio da su slike nastale kako bi zadovoljile znatiželju javnosti, a ne kako bi podstakle debatu o opštim interesima društva.

616 *McFeeley v. the United Kingdom*, Evropska komisija, predstavka br. 8317/78, odluka od 15. maja 1980.

617 *Ahmut v. the Netherlands*, predstavka br. 21702/93, presuda od 28. novembra 1996.

nose između deteta i hraniteljske porodice koja o njemu brine, odnose između nevenčanog para, odnose između homoseksualaca i njihovih partnera, sa ili bez dece, kao i odnose između vanbračnog deteta i biološkog oca.

Takođe, bitno je identifikovati aktivnosti koje se mogu podvesti pod pojam „privatni život” pojedinca. Na osnovu istraživanja prakse Suda, može se zaključiti da te aktivnosti čine: uspostavljanje i razvijanje odnosa sa drugim pojedincima, prikupljanje, držanje i upotreba tajnih podataka, korišćenje imena, prava transeksualaca i homoseksualaca i poštovanje ličnog integriteta.

3.4.2.2. *Uspostavljanje i razvijanje odnosa sa drugim licima*

Pravo na poštovanje privatnog života primenjuje i na odnose koje pojedinac gradi sa ostalim ljudima. Kako je to Sud istakao u slučaju *Nemec protiv Nemačke* iz 1992. godine, „bilo bi previše restriktivno ograničiti ovaj pojam na „unutrašnju sferu” u kojoj pojedinac živi svoj lični život kako sam izabere, isključujući u potpunosti spoljašnji svet koji se nalazi izvan tog kruga,” na osnovu čega Sud zaključuje da se pod privatnim životom podrazumeva i pravo „na uspostavljanje i razvijanje odnosa sa drugim ljudskim bićima”.⁶¹⁸ To su prvenstveno misli na veze koje se odnose na upostavljanje prijateljstava i seksualnih odnosa, ali i na uspostavljanje poslovnih veza. Tako je u predmetu *Nemec* Sud naglasio da ne postoji dovoljan razlog za isključivanje profesionalnih ili poslovnih aktivnosti iz koncepta privatnog života, posebno kada se uzme u obzir da većina ljudi ima značajne, ako ne i najveće mogućnosti za razvijanje odnosa sa drugim ljudima upravo na radnom mestu.⁶¹⁹ Takođe, nije uvek lako jasno razlikovati koje pojedinčeve aktivnosti čine ili ne čine njegov profesionalni ili poslovni život. Ovo je posebno uočljivo u situaciji kada pojedinac obavlja neku slobodnu profesiju i kada je teško razlikovati kada on nastupa u ličnom, a kada u profesionalnom svojstvu. Tako, prisluškivanje razgovora radnika na poslu dovodi do ometanja prava na njihov privatni život i odnosi se kako na privatne, tako i na poslovne razgovore.

Seksualni život lica svakako spada u njegov privatni život, jer je to sfera u kojoj on može uspostaviti odnose sa drugim pojedincima, pa je sek-

618 *Niemetz v. Germany*, stav 29.

619 *Isto*.

sualni identitet lica zaštićen članom 8. Evropske konvencije.⁶²⁰ To ipak ne znači da je seksualni život pojedinca u potpunosti izvan kontrole države. Ukoliko lica uzmu učešće u sado-mazohističkim aktivnostima, takve seksualne aktivnosti mogu se naći izvan domašaja zaštite koja se pruža članom 8. Evropske konvencije.⁶²¹

3.4.2.3. Prikupljanje, držanje i upotreba tajnih podataka

Postoje brojni razlozi zbog kojih državne vlasti mogu prikupljati i čuvati podatke o pojedincima. Ti podaci mogu biti od značaja za nacionalnu bezbednost, za pružanje adekvatne zdravstvene zaštite, ili postupanja sa detetom koje se nalazi pod staranjem države. Iako postojanje tajnih podataka može biti zakonito, to ne znači i da njihova upotreba može biti uvek i u svakoj situaciji dozvoljena. Tako, jedno od primarnih pitanja koje se postavlja u ovom domenu jeste pristup dosijeima u kojima se čuvaju informacije o pojedincima. Kada odlučuje o ovom pitanju, Sud uvek polazi od prirode same informacije i razmatra da li se ona odnosi na pojedinčev privatni i porodični život, ili je u pitanju pravo na pristup informacijama, koje se razmatra po osnovu člana 10 Evropske konvencije. Međutim, čak i ukoliko su u pitanju javne informacije, one mogu biti zaštićene članom 8. ukoliko su sistematski skupljane i čuvane u arhivima, posebno ukoliko se odnose na pojedinčevu daleku prošlost.⁶²²

U *Linder protiv Švedske* podnosilac predstave se žalio da mu je iz bezbednosnih razloga odbijena prijava za posao u muzeju vojne mornarice, koji se nalazi pored pomorske baze. On je tvrdio da nije bio u mogućnosti da opovrgne informacije, na osnovu kojih je država donela takvu odluku, oslanjajući se na razloge bezbednosti. Sud je zaključio da prikupljanje i čuvanje informacija, koje su uticale na odluku o njegovom odbijanju, jeste predstavljalo povredu člana 8. Evropske konvencije.

Prikupljanje podataka od strane državnih službenika bez pristanka pojedinca, uvek se podvodi pod član 8. Evropske konvencije. U ove aktivnosti ulaze, na primer, zvanični popis stanovništva u kojem se

620 *Dudgeon v. the United Kingdom*, predstavka br. 7525/76, presuda od 22. oktobra 1981.

621 *Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom*, predstavka br. 21627/93 et seq., presuda od 19. februara 1997.

622 *Rotaru v. Romania*, predstavka br. 28341/95, presuda od 4. maja 2000, stav 43.

nalaze obavezna pitanja koja se odnose na pol, bračni status, mesto rođenja i druge privatne podatke,⁶²³ uzimanje otisaka prstiju, fotografija i drugih ličnih podataka od strane policije,⁶²⁴ prikupljanje zdravstvenih podataka i vođenje medicinskih zapisnika,⁶²⁵ obaveza poreske službe o otkrivanju detalja lične potrošnje, kao i sistem lične identifikacije. Na primer, u *M.S. protiv Švedske*, Sud je primetio da je medicinski dosije osobe u pitanju sadržao krajnje lična i osetljiva pitanja, uključujući i informacije o abortusu. Iako je dosije bio tajan, otkriven je jednom širem krugu službenika, čime je povređen član 8. Evropske konvencije.⁶²⁶

Prikupljanje podataka od strane privatnih lica takođe može dovesti do odgovornosti države, i to onda kada domaći sudovi naredе otkrivanje ovih informacija, ili domaći zakoni propuste da pruže pojedincu adekvatnu zaštitu od objavljivanja ovakvih informacija. Ovo pitanje razmatrano je u *Z. protiv Finske*, gde je sud tražio od privatne bolnice pružanje svih raspoloživih informacija o zdravstvenom stanju podnosioca predstave, uključujući i njenu zaraženost HIV virusom.⁶²⁷ Evropski sud je zaključio da može doći do kršenja člana 8. Evropske konvencije ukoliko je uspostavljena poverljivost medicinske dokumentacije ograničena na određeni vremenski period, nakon čijeg isteka može biti data na uvid javnosti. Kada zakon zahteva poverljivost medicinske dokumentacije, a dođe do objavljivanja identiteta pojedinca i njegovog medicinskog stanja u javno objavljenoj presudi, doći će i do kršenja prava na privatnost. Ovo pitanje posebno je osetljivo kod osoba zaraženih HIV-om, zato što objavljivanje ovakve informacije može dovesti do stigmatizacije osobe u pitanju, a može je odvratiti i od traženja adekvatne medicinske pomoći. S druge strane, u *N.F.*, Evropski sud je zaključio da objavljivanje podataka o članstvu sudija u masonske organizaciji putem medija nije dovelo do kršenja člana 8, pošto je spisak članova postojao u registru organizacije, pa je bio dostupan široj javnosti.⁶²⁸

623 *X v. the United Kingdom*, predstava br. 7215/75, presuda od 5. novembra 1981.

624 *Murray v. the United Kingdom*, predstava br. 14310/88, 18731/91, presuda od 8. februara 1996; *Leander v. Sweden*, predstava br. 9248/81, presuda od 26. marta 1987.

625 Videti, na primer, *L.H. v. Latvia*, predstava br. 52019/07, presuda od 29. aprila 2014.

626 *M.S. v. Sweden*, predstava br. 20837/92, presuda od 27. avgusta 1997, stav 35.

627 *Z. v. Finland*, predstava br. 9/1996/627/811, presuda od 25. februara 1997.

628 *N. F. v. Italy*, predstava br. 37119/97, presuda od 2. avgusta 2001.

Upotreba tajnih tehničkih uređaja kojima se prisluškuje privatna komunikacija ulazi u domen privatnog života, bez obzira na sadržaj konverzacije koji je u tom slučaju snimljen. Važno je naglasiti da detalji razgovora, koji su po prirodi od javnog interesa, ne oduzimaju razgovoru privatni karakter. Tako je u jednom slučaju odbačena tvrdnja Francuske da snimanje razgovora, u kojem lice iznosi detalje o ubistvu koje je učinilo, ne potpada pod domašaj člana 8. Evropske konvencije.⁶²⁹ Ovakav stav odnosi se i na upotrebu službenih telefona, bez obzira na to da li je razgovor po svom karakteru privatn ili poslovan.⁶³⁰ Takođe, u jednom predmetu predstavku je podneo osumnjičeni za trgovinu narkoticima, zbog tajnog praćenja telefonske konverzacije. U ovom predmetu protiv Hrvatske, Evropski sud je pronašao da istražni sudija nije poštovao proceduru koju zahteva hrvatsko pravo kako bi delotvorno procenio da li je nadzor bio neophodan i opravdan u ovom konkretnom slučaju. Hrvatsko pravo nije bilo jasno u delu o diskrecionim ovlašćenjima sudije da naredi tajni nadzor, i nije pružalo dovoljno garancija od zloupotrebe, zbog čega je došlo do kršenja člana 8. Evropske konvencije.⁶³¹ Do istog zaključka je Sud došao i u predmetu *Zaharov protiv Rusije*, gde je poznati urednik tajno nadziran na osnovu ovlašćenja telefonske kompanije da instalira program za praćenje.⁶³²

I sistem za prisluškivanje razgovora između pritvorenika i njihovih rođaka u sobama za posete u zatvorima tiče se privatnog života i obuhvaćeno je članom 8. Konvencije.⁶³³ Ipak, prisluškivanje razgovora, koji se odvija putem radio veze za civilne avione, ne može biti smatrano povredom tajnosti pošto je razgovor dostupan i kao takav ne može biti smatran privatnom komunikacijom.

Nemogućnost pristupa državnim dosijeima može se odnositi na privatni život, zavisno od tipa informacije koja se pohranjuje. Na primer, u slučaju *Gaskin*, Sud je zauzeo stav da podaci koji se odnose na lični aspekt detinjstva, razvoja i istorije pojedinca koji su za njega jedini izvor

629 *I. A. v. France*, predstavka br. 28213/95, presuda od 23. septembra 1998.

630 *Halford v. the United Kingdom*, predstavka br. 20605/92, presuda od 25. juna 1997.

631 *Dragojevic v. Croatia*, predstavka br. 68955/11, presuda od 15. januara 2015. Videti i

632 *Roman Zakharov v. Russia*, predstavka br. 47143/06, presuda od 4. decembra 2015.

633 *Wisse v. France*, predstavka br. 71611/01, presuda od 20. decembra 2005.

informacije o ličnom identitetu, potpadaju pod član 8. Evropske konvencije.⁶³⁴ U ovom slučaju, podnosilac predstavke je još kao beba, posle smrti majke, punih četrnaest godina bio pod starateljstvom države i u tom periodu promenio je veliki broj sirotišta. Posle navršenog punoletstva, on je tvrdio da je prema njemu loše postupano, pa je zahtevao detalje o tome ko ga je i gde čuvao, kako bi mogao bolje da razume sopstvenu prošlost i suoči se sa nekim ličnim problemima. Država nije htela da otkrije tražene detalje iz njegovog detinjstva, zbog njihove poverljivosti i nemogućnosti dobijanja saglasnosti od strane onih tela koja su dokumente dostavili. Da bi došao do adekvatnog zaključka, Sud je vagao između interesa mladića da sazna svoju prošlost, interesa drugih lica da očuvaju poverljivost i interesa države da podstiče prikupljanje objektivnih i pouzdanih informacija. Na kraju je Sud stao na stanovište da ovi podaci predstavljaju zamenu za uspomene i preživljeno iskustvo osobe u pitanju, te je odbijanje Ujedinjenog Kraljevstva da pruži te informacije predstavljalo povredu člana 8. Evropske konvencije.

Evropski sud je ukazao na značaj modernih tehnologija, a time i na značaj neograničenog čuvanja DNK uzoraka nakon izvršenja krivičnog dela, i to pošto je predmet odbačen. Evropski sud je pronašao kršenje člana 8. Konvencije, ukazujući posebno na upotrebu modernih tehnika u krivičnom sistemu, gde država mora pažljivo da balansira između privatnog i javnog interesa.⁶³⁵

U situacijama snimanja telefonskog razgovora od strane policije, Sud smatra da ono predstavlja ozbiljnu smetnju privatnom životu i prepisci, te da snimanje mora biti zasnovano na zakonu koji je posebno precizan.⁶³⁶ Tako i prikupljanje informacija od strane policijskih službenika može imati svoj osnov u prećutnom ovlašćenju izvršne vlasti, osim ukoliko preduzete mere nisu invazivnije, jer se tada zahteva izričito zakonsko ovlašćenje za preduzimanje ovih radnji.⁶³⁷ Sud će ispitati sve okolnosti slučaja, kao što su priroda, domašaj i trajanje mogućih mera, osnov za preduzimanje prisluškivanja, vlasti koje ih mogu narediti, kao

634 *Gaskin v. the United Kingdom*, predstavka br. 10454/83, presuda od 7. jula 1989, stavovi 36–37.

635 *S. and Marper v. UK*. (VV), predstavke br. 30562/04; 30566/04, presuda od 4. decembra 2008.

636 *Doerga v. the Netherlands*, predstavka br. 50210/99, presuda od 27. aprila 2004, stav 50.

637 *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, predstavka br. 44787/98, presuda od 25. septembra 2001, stav 62.

i prirodu pravnih lekova koje tom prilikom mogu biti upotrebljene.⁶³⁸ Kako je to Sud posebno naglasio, „neophodno je imati jasna, detaljna pravila ..., posebno stoga što dostupna tehnologija postaje sve sofisticiranija.”⁶³⁹ Tako je Evropski sud u predmetu koji se tiče podnosioca predstavke koji je osumnjičen za bombaši napad na strani jednog ekstremističkog pokreta, smatrao da nema povrede člana 8. Konvencije zbog GPS nadzora i upotrebe tako dobijenih podataka u krivičnom postupku.⁶⁴⁰ Sud je došao do ovog zaključka uzimajući u obzir da je mera imala zakonit cilj zaštite nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti, prava žrtava i prevencije kriminala. Mera je bila i proporcionalna jer je ovaj nadzor korišćen samo nakon što su se manje instruzivna sredstva nadzora pokazala nedelotvorim, korišćen je u kratkom vremenskom periodu i samo dok je podonosilac predstavke vozio kola svog saučesnika, a ticala su se veoma ozbiljnog krivičnog dela.

Konačno, i sam zakon može biti problematičan, posebno kada se odnosi na tajni nadzor terorističkih aktivnosti. Tako je Sud nedavno raspravljao o jednom takvom zakonu donetom u Mađarskoj 2011. godine, gde su podnosioci predstavke tvrdili da bi potencijalno mogli biti izloženi nepravičnim i neproporcionalnim intruzivnim merama, bez adekvatnog sudskog nadzora.⁶⁴¹ Iako je Sud prihvatio da je terorizam veoma opasna pojava u savremenom društvu, Evropski sud je pronašao da mađarsko zakonodavstvo nema dovoljno garantija kako bi se izbegle zloupotrebe. Sud je posebno ukazao na to da su mere mogle da se primene na bilo koga, da su savremene tehnologije omogućile prikupljanje velikog broja podataka, i u velikom broju situacija. Naročito je problematično što nisu bile obezbeđene garantije da je takav nadzor striktno neophodan, i nije bilo delotvornih sredstava u slučaju neadekvatnog nadzora.

3.4.2.4. Istopolni odnosi

Već je rečeno da se seksualni odnosi pojedinca odnose na najintimnije aspekte njegovog privatnog života.⁶⁴² Zabranjeno je vođenje razgovora sa pripadnicima LGBT populacije u pogledu njihovih seksualnih ak-

638 Videti, na primer, *Valenzuela Contreras v. Spain*, predstavka br. 58/1997/842/1048, presuda od 30. jula 1998; *Doerga v. the Netherlands*, (2004).

639 *Kruslin v. France*, predstavka br. 11801/85, presuda od 24. aprila 1990.

640 *Uzun v. Germany*, predstavka br. 35623/05, presuda od 2. septembra 2010.

641 *Szabó and Vissy v. Hungary*, predstavka br. 7138/14, presuda od 12. januara 2016.

642 *Dudgeon v. the United Kingdom*, stav 52.

tivnosti, kriminalizacija ovakvih aktivnosti ili njihovo otpuštanje iz tog razloga. Tako i aktivnosti države koje su uperene protiv ovih lica predstavljaju mešanje u njihov privatni život. Prvi slučaj u kojem je utvrđena povreda prava na privatnost homoseksualaca bio je slučaj *Dadžn protiv Ujedinjenog Kraljevstva* iz 1981. godine,⁶⁴³ gde je podnosilac predstavke tvrdio da je žrtva krivičnog prava Severne Irske. Prema ovom zakonu, bile su kažnjive neke homoseksualne aktivnosti koje se odvijaju među odraslim pojedincima i izvan očiju javnosti. Tako je lice u pitanju uhapšeno i ispitivano o svom homoseksualnom životu, ali je kasnije pušteno iz pritvora. Iako se ovaj zakon nije primenjivao duži vremenski period, Sud je pronašao da je samo njegovo postojanje ovo lice dovelo u stanje straha, a taj strah se pokazao realnim pošto je došlo do njegovog hapšenja i ispitivanja.

Sud je pronašao kršenje člana 8. Evropske konvencije u situaciji kada je lice okrivljeno za homoseksualne aktivnosti koje su snimane, ali kada je postojala minimalna šansa da kasete dođu do javnosti.⁶⁴⁴ Međutim, Sud nije pronašao odgovornost države u situaciji kada se nekim licima sudilo za homoseksualne radnje, koje su bile praćene sado-mazohističkim aktivnostima.⁶⁴⁵ Takođe, Sud je utvrdio kršenje člana 8. u nekoliko predmeta u kojima je došlo do otpuštanja lica iz mornarice Ujedinjenog Kraljevstva samo zato što su lica u pitanju bila homoseksualci, a tom prilikom izložena su neprijatnom ispitivanju o svojim seksualnim aktivnostima.⁶⁴⁶ Najpoznatiji slučaj iz ove grupe jeste *Smit i Grejdi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* iz 1999. godine, gde su oba podnosioca predstavke bila članovi vojnih snaga. Dženet Smit se pridružila kraljevskom ratnom vazduhoplovstvu 1989. godine kao medicinska sestra.⁶⁴⁷ Pet godina kasnije, otkriveno je da je ona lezbejka i da je već više od godinu dana u vezi sa drugom ženom, zbog čega je morala svedočiti o svom seksualnom životu. Iako su njeni rezultati rada bili više nego

643 Videti i *Norris v. Ireland*, predstavka br. 10581/83, presuda od 26. oktobra 1988; *Modinos v. Cyprus*, predstavka br. 15070/89, presuda od 25. marta 1993.

644 Videti *A.D.T. v. the United Kingdom*, predstavka br. 35765/97, presuda od 31. jula 2000.

645 Videti *Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom*, predstavka br. 109/1995/615/703-705, presuda od 19. februara 1997.

646 Videti *Lustig-Prean i Beckett v. the United Kingdom*, predstavka br. 31417/96, presuda od 27. septembra 1999; *Beck, Copp and Bazeley v. the United Kingdom*, predstavka br. 48535/99;48536/99;48537/99, presuda od 22. januara 2003.

647 *Smith i Grady v. the United Kingdom*, predstavke br. 33985/96; 33986/96, presuda od 27. septembra 1999, stav11.

dobri, 1994. godine uručena joj je potvrda o otpuštanju. Grejem Grejdi je primljen u Kraljevsko ratno vazduhoplovstvo 1980. godine, kao administrativni referent – pripravnik. Tokom 1992. i 1993. godine imao je gotovo maksimalan broj poena iz efikasnosti, nadzornih sposobnosti i ličnih kvaliteta. U jednom trenutku on je saopštio svojoj ženi, sa kojom ima dvoje dece, da je homoseksualac. Ova informacija vrlo brzo prosleđena je direktoru sektora koji je zahtevao da se intervjuu podvrgne više lica, i tražio dostavljanje njegovog elektronskog dnevnika, radi utvrđivanja liste osoba sa kojima je stupao u seksualne odnose. Kao rezultat ovog ispitivanja, došlo je do njegovog otpuštanja krajem 1994. godine.

Dakle, oba podnosioca predstavke ispitivana su u vezi sa svojim seksualnim aktivnostima, vezano za svoje seksualne navike, partnere, i druge aspekte privatnog života. Takođe, intervjuisana je partnerka podnositeljke predstavke, kao i supruga i dadilja podnosioca predstavke. Sud je našao da su istrage koje su vođene kako bi se ispitala seksualna orijentacija lica u pitanju, kao i njihovo otpuštanje sa posla iz ovog razloga, predstavljale direktno mešanje u njihovo pravo na privatni život, čime je došlo i do kršenja člana 8. Evropske konvencije.

U jednom predmetu protiv Austrije, lica su se žalila na austrijski zakon koji inkriminiše dobrovoljne homoseksualne radnje između punoletnog muškarca i maloletnog lica uzrasta od 14 do 18 godina.⁶⁴⁸ Podnosioci predstavke su tvrdili da je ovakva odredba diskriminatorna jer se ne odnosi na iste seksualne radnje u heteroseksualnim ili lezbejskim odnosima. Tako je Sud ovde pronašao kršenje člana 14. u vezi sa članom 8. Evropske konvencije, iz razloga što država nije pronašla ubedljiv i značajan argument kojim bi opravdala ovakvo postupanje.⁶⁴⁹ Isti je slučaj i sa *Saterland protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,⁶⁵⁰ gde je Sud pronašao povredu člana 14. u vezi sa članom 8. Evropske konvencije, usled postojanja zakona koji je propisivao minimalan uzrast homoseksualaca

648 *Woditschka i Wilfling v. Austria*, predstavke br. 69756/01; 6306/02, presuda od 21. oktobra 2004.

649 *Videti i L. i V. v. Austria*, predstavka br. 39392/98; 39829/98, presuda od 9. januara 2003; *B.B. v. the United Kingdom*, predstavka br. 53760/00, presuda od 10. februara 2004.

650 *Sutherland v. the United Kingdom*, predstavka br. 25186/94, presuda od 27. marta 2001. Ovaj predmet skinut je sa liste posle usvajanja amandmana na pomenuti zakon.

na pristanak na seks sa navršenih 18 godina života, u odnosu na propisanih 16 godina za ženski pol.

Najveću prekretnicu u tretiranju slučajeva istopolnih odnosa učinio je predmet *Vallianatos protiv Grčke*. Slučaj je podnet Sudu zbog uvođenja zakonodavstva koje se tiče registrovanih partnerstava, a koji je isključivo priznato heteroseksualnim partnerima.⁶⁵¹ Grčka vlada se branila činjenicom da homoseksualni partneri imaju ista prava kao i heteroseksualni na osnovu ugovora, kojima mogu urediti svoje ekonomske odnose i nasleđivanje, te da je civilno partnerstvo uvedeno zbog osoba koje nisu u braku kako bi se uredili njihovi odnosi i zaštitila deca (homoseksualni partneri nemaju dece). Evropski sud nije prihvatio ovu argumentaciju, ukazujući na to da diskriminacija po osnovu seksualne orijentacije zahteva veoma ozbiljne razloge za različit tretman, da civilno partnerstvo omogućava partnerima da formalizuju svoju vezu, kao i da brojni instituti u ovom zakonu ne prave razliku između partnera koji imaju i nemaju decu. Posebno je značajno to što je Sud uzeo u obzir da postoji povećan broj država koje pravno priznaju istopolne parove (njih 19).⁶⁵² Tako je Sud zaključio da države nisu obavezne da uvedu registrovana partnerstva, ali ako to učine, nema opravdanja da isključe istopolne partnere.⁶⁵³

Konačno, u *Oliari protiv Italije*, Sud je otišao korak dalje u uspostavljanju standarda u ovoj oblasti. Predstavku su podnela tri homoseksualna para, koja na osnovu italijanskog zakonodavstva nisu imala mogućnost zasnivanja braka, niti registrovanog partnerstva.⁶⁵⁴ Evropski sud je u konkretnom slučaju našao da je došlo do povrede člana 8. Evropske konvencije jer trenutna pravna zaštita istopolnih partnera ne obezbeđuje suštinske potrebe onih koji se nalaze u stabilnoj vezi i nije dovoljno pouzdana. Evropski sud je prihvatio da bi za istopolne partnere, koji se nalaze u istoj situaciji kao i podnosioci predstavke, najbolji način pravnog priznanja bile građanska zajednica ili registrovano partnerstvo. Evropski sud je posebno naglasio da postoji trend priznavanja istopolnih zajednica u zemljama članicama Saveta Evrope (24 države od uku-

651 *Vallianataos v. Greece* (VV), predstavke br. 29381/09; 32684/09, presuda od 7. novembra 2013.

652 *Isto*, stav 91.

653 *Isto*, stav 92.

654 *Oliari and Others v. Italy*, predstavke br. 18766/11; 36030/11, presuda od 21. jula 2015.

pno 47 članica Saveta Evrope), kao i da je Ustavni sud Italije više puta insistirao na takvoj zaštiti i priznanju. Sud je uzeo u obzir i činjenicu da većina građana u Italiji podržava pravno priznanje istopolnih zajednica.⁶⁵⁵

3.4.2.5. Položaj transseksualnih osoba

Evropski sud je imao prilike i da se izjašnjava o tretmanu država ugovornica Evropske konvencije prema transseksualnim osobama. Ovi slučajevi uglavnom su se bavili tretmanom pre i nakon podvrgavanja operaciji promene pola. Tako je u nekim predmetima ispitivan tretman nakon operacije koji se često ogledao u lišavanju pojedinih prava – uglavnom venčanja i promene identiteta.⁶⁵⁶

U jednom predmetu protiv Belgije iz 1980. godine, Sud je priznao dovođenje u vezu ovakvih radnji sa pravom na poštovanje privatnog života.⁶⁵⁷ Međutim, u početku je Sud tvrdio da po članu 8. Evropske konvencije, država nije obavezna da menja matične knjige rođenih, kako bi izašla u susret osobama koje su promenile pol.⁶⁵⁸ Sud se pozivao na to da se prilikom određivanja postojanja ili nepostojanja pozitivne obaveze države, mora voditi računa o pravičnom odnosu između opštih interesa zajednice i interesa pojedinca.⁶⁵⁹ Ipak, više pažnje Sud je pokazao u slučaju koji je činjenično bio vrlo sličan prethodnom, a o kojem je Sud razmatrao neke četiri godine kasnije.⁶⁶⁰

655 Videti i *Taddeucci and McCall v. Italy*, predstavka br. 51362/09, presuda od 30. juna 2016, gde je Evropski sud pronašao da su italijanske vlasti bez ikakvog objektivnog ili razumnog opravdanja, propustile da tretiraju istopolne parove različito u odnosu na heteroseksualne, iako je njihov položaj po pitanju zakonskog priznanja statusa i zadovoljenja zahteva za izdavanje boravišnih dozvola očigledno neravnopravan.

656 *B. v. France*, predstavka br. 13343/87, presuda od 24. januara 1992.

657 *Van Oosterwijck v. Belgium* (1980).

658 Videti *Rees v. the United Kingdom*, predstavka br. 17. oktobra 1986. Ovde se postavilo pitanje i prava transeksualaca na zaključenje braka. Sud je zaključio da se čl. 12 EKLJP odnosi na tradicionalni brak između lica različitog biološkog pola.

659 *Isto*, stav 37.

660 *Cossey v. the United Kingdom*, predstavka br. 10843/84, presuda od 27. septembra 1990. Pitanje prava na zaključenje braka transeksualaca nešto je povoljnije od odluke u *Rees*, jer je Sud pronašao da neke evropske zemlje ovakav brak smatraju pravno važećim. Međutim, Sud opet nije pronašao neko generalno odstupanje od tradicionalnog koncepta braka.

Do daljeg progressa u pogledu ovog pitanja dolazi u *Gudvin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,⁶⁶¹ gde je Sud zaključio da evropske države nemaju jedinstveno rešenje svih pravnih i praktičnih problema koje sa sobom nosi promena pola. Ipak, Sud je ukazao na postojanje međunarodnog trenda koji pokazuje povećanu socijalnu prihvatljivost ovih lica, kao i na pravno priznanje njihovog novog polnog identiteta.⁶⁶² Sud je smatrao da se stres i duševno rastrojstvo transeksualaca, do kojeg dolazi neprihvatanjem novog identiteta lica po promeni pola, ne može smatrati manjom neprijatnošću koja proističe iz puke formalnosti. U konkretnom slučaju, Sud je pronašao kršenje prava na privatnost, imajući u vidu povredu dostojanstva transeksualaca, koje se svakodnevno dešava.⁶⁶³ Takođe, Sud je zaključio da je nelogično da država odbija da prizna pravne implikacije koje su rezultat operacije za promenu pola, posebno u situacijama kada država dozvoli operaciju i pritom je još i finansijski pomaže.⁶⁶⁴ Zato postoji povreda člana 8. Evropske konvencije kada država traži od transeksualca da dokaže da je operacija za promenu pola bila medicinski neophodna, pošto smatra da je ovo lice svojim ponašanjem takvu operaciju uslovilo.⁶⁶⁵

Godinu dana kasnije, Evropski sud je razmatrao predmet u kojem se lice podvrglo operaciji promene pola, država nije htela da nadoknadi troškove jer je smatrala da operacija nije bila neophodna iz zdravstvenih razloga. Evropski sud je priznao da brojne i bolne intervencije, koje

661 *Goodwin v. the United Kingdom*, predstavka br. 28957/95, presuda od 11. jula 2002.

662 Videti i *Scheffield and Horsham v. the United Kingdom*, predstave br. 22885/93; 23390/94, presuda od 30. septembra 1998, gde je Sud podvukao da pitanje transeksualaca i priznanje njihovih prava, mora biti pod stalnom revizijom od strane država ugovornica Evropske konvencije.

663 Videti i *Van Kück v. Germany*, predstavka br. 35968/97, presuda od 12. juna 2003, gde se lice u pitanju podvrglo operaciji promene pola. Prilikom nadoknade troškova od strane osiguravajuće kompanije, država ovu operaciju nije smatrala neophodnom iz zdravstvenih razloga. Sud je smatrao da je teret dokazivanja o zdravstvenoj neophodnosti tretmana i operacije na strani lica koje je promenilo pol, o jednom od najintimnijih životnih pitanja, bilo protivno čl. 8 Evropske konvencije.

664 Videti i *Hämäläinen v. Finland*, predstavka br. 37359/09, presuda od 16. jula 2014, gde Evropski sud nije pronašao kršenje čl. 8. Evropske konvencije što vlasti nisu hteli da promene ime i pol u dokumentima dok se brak podnisteljke predstave i njene supruge ne prijavi kao civilno partnerstvo.

665 Videti *I. v. the United Kingdom*, predstavka br. 28957/95, presuda od 11. jula 2002; *Van Kück v. Germany* (2003).

čine operativni zahvat promene pola, zahtevaju takav nivo rešenosti da se postigne promena pola, da ne može da bude uopšte sumnje da je takva odluka kapriciozna, arbitrarna i da se osoba hirovito odlučila na taj korak. Sud je istakao da je za postojanje transeksualnosti, dovoljan dokaz i već preduzet hormonalni tretman,⁶⁶⁶ i utvrdila je kršenje člana 8. Evropske konvencije.

U jednom drugom slučaju, Evropski sud je konstatovao da litvansko pravo iako omogućava fizičku promenu pola, ne omogućava i promenu građanskog statusa, što predstavlja pravnu prazninu usled koje se proces rodne transformacije prekida.⁶⁶⁷ Sud podvlači da potpuna hirurška genitalna rekonstrukcija treba da bude praćena adekvatnim zakonskim odredbama o promeni pravnog identita i statusa. U presudi je naglašena i potreba da se bolje razume problem transeksualnih osoba i njihovih iskustava sa pravnim sistemom i birokratskim preprekama s kojima se suočavaju, da bi takvih problema bilo manje i da bi se vremenom potpuno eliminisali. Takođe, u jednom drugom predmetu Evropski sud je razmatrao i pravilo o obaveznosti čekanja na operaciju promene pola u trajanju od dve godine.⁶⁶⁸ Sud je uzeo u obzir da je suština tog propisa da omogući nesumnjivo formiranje odluke trans osobe da želi da se podvrgne operaciji promene pola. Kako je podnositeljka predstave sama platila operaciju, ona je jasno pokazala svoju nedvosmisleno formiranu volju da operacijom promeni pol, te joj nikakav dodatni rok nije potreban da bi se ta volja još jasnije formirala. Sud je dodatno uzeo u obzir da ovaj rok ima smisla kada su u pitanju recimo osobe od dvadesetak godina, ali gubi svaki smisao kada je u pitanju osoba od preko 70 godina starosti. Konačno, Sud je utvrdio povredu u slučaju protiv Turske, gde su vlasti dugi niz godina odbijale da dozvole podnosiocu predstave da promeni pol u muški jer je još uvek bio u fertilnoj dobi.⁶⁶⁹ Evropski sud je smatrao da transeksualne osobe moraju uživati pravo na lični razvoj i fizički i moralni integritet, i da ovo više ne može da se tretira kao kontroverzno pitanje. Sud je zaključio da je došlo do povrede člana 8. Evropske konvencije jer ograničenje nije bilo „neophodno u demokratskom društvu.”

666 *Van Kuck v. Germany*, predstavka br. 35968/97, presuda od 12. juna 2003.

667 *L. v. Lithuania*, predstavka br. 27527/03, presuda od 11. septembra 2007.

668 *Schlumpf v. Switzerland*, predstavka br. 29002/06, presuda od 8. januara 2009.

669 *Y.Y. v. Turkey*, predstavka br. 14793/08, presuda od 10. marta 2015.

3.4.3. Pravo na poštovanje porodičnog života

Koncept porodičnog života prilično je evoluirao u poslednjih dvadeset godina, a Evropski sud je do danas doneo veći broj presuda koje se odnose na ovo pitanje. Zaštita porodice, kao osnovne društvene ćelije, usmerena je na zaštitu njenog integriteta. Da bi se ta zaštita pružila, mora se početi od definicije porodice i utvrditi koji se sve odnosi mogu smatrati porodičnim odnosima. Kao i kod definisanja privatnog života, Sud primenjuje fleksibilan prilaz u tumačenju porodičnog života, uzimajući u obzir moderne institucije porodice, posledice razvoda i napredak u medicini. Sud na osnovu činjenica svakog slućaja ponaosob odlučuje o tome da li postoji porodićni život, ili ne.

Takođe, Sud posebno istiće da ćlan 8. Evropske konvencije zabranjuje arbitrarno mešanje u poštovanje porodićnog života, ali da iz ovog ćlana proistiću i pozitivne obaveze. One mogu nastati u dve situacije: kada država mora preduzeti neku aktivnost da bi obzbedila poštovanje prava na porodićni život, kao i kada nastaje obaveza za državu da zaštititi pojedinca od ometanja koje dolazi od drugih pojedinaca.⁶⁷⁰

Treba imati u vidu da je ćlan 8. Evropske konvencije koji se odnosi na porodićni život raznorodan i da će u daljem tekstu biti obraćena samo pojedina relevantna pitanja.

3.4.3.1. Razgranićenje primene ćlana 8. i drugih ćlanova iz Konvencije

Ćlan 8. Konvencije ne predvića pravo na uspostavljanje porodićnog života (npr. pravo na brak), već njegova primena nastaje onog trenutka kada se porodićni život uspostavi. Pravo na brak i pravo na osnivanje porodice ne garantuje se ćlanom 8. Konvencije, već ćlanom 12. koji każe da „muškarci i žene odgovarajućeg uzrasta imaju pravo da stupaju u brak i zasnivaju porodicu u skladu s unutrašnjim zakonima koji urećuju vršenje ovog prava.“ Ovo pravo posmatra se i u kontekstu ćlana 14. Evropske konvencije koji, izmeću ostalog, zabranjuje diskriminaciju po polnoj osnovi, pa u odnosu na brak i osnivanje porodice ne sme postojati razlićiti tretman muškaraca i žena. Ogranićenja koja država moţe nametnuti uz ovaj ćlan moraju biti postavljena radi ostvarenja legitimnog cilja i moraju biti razumna, (npr. da bi se zabranila poligamija ili incest).

⁶⁷⁰ B. Rainey, E. Wicks, C. Ovey, *Op. cit.*, 2014, 338.

S druge strane, domašaj ovih ograničenja varira među državama članicama Saveta Evrope, kao npr. minimalan uzrast za stupanje u brak.

Uz ovaj član, posmatra se i član 5. Sedmog protokola, koji garantuje jednakost supružnika rečima da „u vezi s brakom, u toku braka i u slučaju njegovog raskida, supružnici su ravnopravni u pogledu međusobnih građanskopravnih prava i obaveza i u svom odnosu prema deci. Dakle, članom 5. pruža se zaštita isključivo supružnicima, dok oni koji nameravaju da se venčaju ostaju zaštićeni članom 12. Konvencije.

Član 8. Konvencije ne predviđa pravo na razvod kao pravo koje pretpostavlja poštovanje privatnog i porodičnog života. Odbijanje Suda da prizna pravo na razvod pokrenuto je u slučaju *Džonson i Ors protiv Irske* iz 1986. godine, gde je oženjeni muškarac živeo u zajednici sa partnerkom sa kojom je imao dete, ali nije mogao da se razvede jer mu zakon Irske to nije dozvoljavao. Tada je Sud naglasio da postoji različitost propisa i prakse u državama ugovornicama Konvencije i da država zadržava široko polje slobodne procene u izboru mera kojima izvršava svoje preuzete obaveze. Tom prilikom, Sud je tvrdio da to ne znači da zaštita privatnog i porodičnog života neće zahtevati u nekim situacijama da se supružnici oslobode obaveze zajedničkog života,⁶⁷¹ ali nije priznao pravo na razvod. Međutim, od tada je prošlo punih 20 godina, pa je u tom periodu i Irska usvojila novi zakon kojim dozvoljava legalan razvod braka.

Takođe, treba uzeti u obzir i presudu u predmetu *F. protiv Švajcarske* iz 1987. godine, gde je Sud pronašao da privremena zabrana ponovnog stupanja u brak muškarcu koji se tri puta ženio i razvodio u poslednjih osamnaest godina, predstavlja kršenje prava na stupanje u brak predviđenog članom 12. Evropske konvencije. Tim pre iznenađuje presuda Suda u predmetu *Berlin protiv Luksemburga* iz 2003 godine, gde Sud nije pronašao da parnica za razvod braka koja je trajala punih sedamnaest godina, ne predstavlja kršenje člana 8. Konvencije, zato što nije postojao dokaz ili namera lica u postupku da zasnuje novu porodicu.

3.4.3.2. Porodični život

Pravo na porodični život podrazumeva pravo članova porodice na zajednički život, kao i na razvijanje međusobnih odnosa. Kako je to Evrop-

671 *Airey v. Ireland*, predstavka br. 6289/73, presuda od 9. oktobra 1979.

ska komisija, a kasnije i Evropski sud, pomenula više puta, uživanje u uzajamnom društvu između roditelja i dece predstavlja osnovni element porodičnog života.⁶⁷² Međutim, to ne znači da je zajednički život neophodan uslov postojanja porodičnog života, jer on može postojati i među članovima porodice koji ne žive zajedno. Zato, da bi pružio odgovor na ovo pitanje, Sud istražuje da li postoje bliski porodični odnosi među konkretnim pojedincima.

Osnovno pitanje je ko čini porodicu, jer pravo na porodični život pretpostavlja da porodica postoji.⁶⁷³ Sud uzima „porodicu“ kao autonoman pojam, nezavisan od definicije koju pruža domaće pravo neke države članice Saveta Evrope. Evropska komisija i Sud tumačili su porodični život tako da obuhvata u „najmanju ruku veze između bliskih srodnika“.⁶⁷⁴ Kada odlučuje o pitanju postojanja porodičnog odnosa među pojedincima, Sud uvek uzima u obzir njihovu krvnu vezu, kao i stepen njihove iskrene povezanosti. Postojanje samo krvne veze ne znači automatski i postojanje porodičnog života. Drugi faktori se takođe uzimaju u obzir, posebno uzrast i materijalna i psihološka zavisnost lica u pitanju. Naravno, što lice ima manji broj godina i što je njegova zavisnost u odnosu na određena lica veća, to je veća i verovatnoća da će doći do konstituisanja porodičnog života.

Sud smatra da porodični život svakako čine bračni drugovi i njihova maloletna deca, uključujući vanbračnu i usvojenu decu. Zaštita se pruža i nevenčanom paru koji živi zajedno i njihovoj maloletnoj deci. Odnosi između braće i sestara takođe se podvode pod zaštitu člana 8, a porodični odnosi mogu postojati i između bake i deke i unuka, pa čak izuzetno i između strica i nećaka. Ipak, u načelu se daje prednost „vertikalnim porodičnim odnosima“ (maloletna deca, roditelji, dede i babe), u odnosu na „horizontalne porodične odnose“ (braća i sestre, tetke, stričevi i sestrići ili bratanci). Veridba sama po sebi ne znači automatski da će postojati porodični odnos među verenicima, ali uspostavljeni odnos između zatvorenika i njegove verenice potpada pod privatni život.⁶⁷⁵

672 *W. v. the United Kingdom*, Evropska komisija, predstavka br. 9749/82, odluka od 7. marta 1987, stav 59; *Margaret and Roger Andersson v. Sweden*, predstavka br. 12963/87, presuda od 25. februara 1992, stav 72.

673 *Abdulaziz, Cabales, and Balkandali v. the United Kingdom*, (1985), stav 62.

674 *Marckx v. Belgium*, (1979).

675 *Wakeford v. the United Kingdom*, predstavka br. 15817/89, odluka od 1. oktobra 1990.

Do 2010. godine, Evropski sud nije priznavao pravo na porodični život između istopolnih partnera. Pojašnjavajući da Evropska konvencija ne zahteva od država ugovornica da priznaju istopolne brakove, prihvatio je da homoseksualni odnosi mogu konstituisati porodični život kada su u pitanju partneri koji žive u stabilnim *de facto* partnerstvima.⁶⁷⁶ U ovoj oblasti su države dugo zadržavale široko polje slobodne procene. Ipak, brza evolucija u izmeni socijalnih stavova prema istopolnim zajednicama u mnogim evropskim zemljama doveo je i do njihovog pravnog priznanja. Sud je ovo potvrdio i u jednom presudi protiv Hrvatske o kojoj je odlučivao 2016. godine.⁶⁷⁷

3.4.3.3. Odnosi među partnerima

Zaštita koja se pruža članom 8. Konvencije uvek se odnosi na brak, koji se smatra iskrenom i zakonitom zajednicom. Iz tog razloga, brak koji je sklopljen samo radi dobijanja papira može ostati izvan domašaja ovog člana. Dakle, pravo na porodični život odnosi se na bračne supružnike i pretpostavlja njihovo pravo na zajednički život. Međutim, odnosi se i na one parove koji, iz nekih razloga koji su izvan njihove kontrole, nisu bili u mogućnosti da stvore zajednički dom, ali su takvu nameru imali.⁶⁷⁸ Takođe, postojaće porodični život između partnera koji žive zajedno i njihove dece, bez obzira na činjenicu što među njima nije sklopljen brak.⁶⁷⁹

Ipak, život udvoje (kohabitacija) ne znači i automatsku primenu člana 8. na takvu zajednicu.⁶⁸⁰ Da bi se član 8. primenjivao i u ovim situacijama, potrebno je da postoji stabilnost veze između para koji zajedno živi. Samo izuzetno, parovi koji ne žive zajedno mogu steći pravo na poštovanje porodičnog života, ukoliko su posvećeni jedno drugom i imaju stabilnu vezu.⁶⁸¹ Obično se kao dokaz za uspostav-

676 *Schalk and Kopf v. Austria*, predstavka br. 30141/04, presuda od 24. juna 2010.

677 *Videti Pajić v. Croatia*, predstavka br. 68453/13, presuda od 23. februara 2016.

678 *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, (1985), stav 62. U ovom slučaju, žene koje su zakonito sklopile brak ili veridbu nisu bile u mogućnosti da upostave normalan porodični život, zbog postojanja vrlo restriktivnih zakona o useljenu u Ujedinjeno Kraljevstvo.

679 *Olsson v. Sweden*, (No 1), predstavka br. 10465/83, presuda od 10. avgusta 1988, stav 59.

680 *Berrehab v. the Netherlands*, predstavka br. 10730/84, presuda od 21. juna 1988.

681 *Videti Kroon v. the Netherlands*, (1994).

ljanje i trajanje takve veze uzima postojanje zajedničkog deteta,⁶⁸² postojanje zajedničkog života, kao i dužina same veze. Kako je to Sud istakao u slučaju *Kron*, „pojam „porodičnog života“ u smislu člana 8. ne odnosi se samo na bračne odnose, već uključuje i druge *de facto* „porodične veze“ kada strane ne žive u braku.⁶⁸³ Iako, kao pravilo, zajednički život može biti uslov za takvu vezu, izuzetno i drugi faktori mogu pokazati da odnos može biti dovoljno postojan da stvori „porodične veze“.”⁶⁸⁴

Iako je primetno da Sud stavlja akcenat na socijalnu pre nego na biološku vezu, retke su situacije u kojima će Sud pronaći postojanje porodičnog života između lica među kojima ne postoji krvna veza. Na primer, Sud je postojanje ove veze priznao transeksualcu i njegovom detetu, koje je rođeno veštačkom oplodnjom od strane donatora sperme.⁶⁸⁵ Međutim, iako odsustvo biološke veze neće sprečiti da se odnos smatra porodičnim, ni prosto postojanje krvne veze neće biti dovoljno da se zasnuje porodični život. Tako odnos između donatora sperme i rođenog deteta neće biti smatran porodičnim, ukoliko nema dokaza o postojanju razvijenog ličnog odnosa među njima.⁶⁸⁶

3.4.3.4. Odnos između roditelja i dece

Detete koje je rođeno u braku smatra se *ipso iure* delom porodične zajednice od trenutka rođenja,⁶⁸⁷ pa ono automatski potpada pod zaštitu garantovanu članom 8. Evropske konvencije. Ovu vezu između roditelja i deteta ništa ne može prekinuti, osim nekih izuzetnih okolnosti.⁶⁸⁸ Član 8. primenjuje se automatski na odnos između majke i deteta, bez obzira na bračni status majke,⁶⁸⁹ pa pravo na poštovanje porodičnog života nastaje i između majke i deteta koje je vanbračno rođeno. Ukoliko se raspadne zajednica među partnerima koji žive zajedno i imaju

682 *Johnston v. Ireland*, predstavka br. 9697/82, presuda od 18. decembra 1986.

683 *Elsholz v. Germany*, predstavka br. 25735/94, presuda od 13. jula 2000, stav 43.

684 *Kroon v. the Netherlands*, (1994), stav 30.

685 *X, Y i Z . the United Kingdom*, predstavka br. 21830/93, presuda od 22. aprila 1997.

686 *G. v. the Netherlands*, (1993).

687 *Berrehab v. the Netherlands*, (1988).

688 *Gul v. Switzerland*, predstavka br. 23218/94, presuda od 19. februara 1996, stav 32.

689 *Marckx v. Belgium*, (1979).

decu, Sud uzima da porodični život automatski postoji između roditelja i dece, koja se takođe smatraju *ipso iure* delom porodične zajednice od trenutka rođenja.⁶⁹⁰ Ovaj odnos između roditelja i dece postoji i u situaciji kada je dete usvojeno,⁶⁹¹ kada ono nikada nije živelo sa roditeljem ili kada ti odnosi nisu redovno održavani.⁶⁹²

Ponekad čak i potencijalna mogućnost zasnivanja porodičnog odnosa između roditelja i deteta može biti dovoljna da bi se pružila zaštita člana 8. Konvencije. Na primer, činjenica da je žena sakrila dete od oca i da oni iz tog razloga nisu bili u mogućnosti da razviju roditeljski odnos, nije sprečila Sud da utvrdi postojanje porodičnog odnosa iako su se otac i dete videli samo jedanput. Sud je uzeo u obzir to da je par pre detetovog rođenja živio u zajednici, da je planirao trudnoću i imao nameru da se venča.⁶⁹³

Konačno, članovi porodice koji više ne žive zajedno usled razvoda, neće biti automatski isključeni iz primene ovog člana, pošto Sud ne posmatra zajednički život kao *sine qua non* porodičnog života između roditelja i njihove maloletne dece.⁶⁹⁴ Prema tome, Sud smatra da se veza između detete i roditelja može samo izuzetno prekinuti, i da ne zavisi od činjenice da li postoji brak ili zajednički život.⁶⁹⁵ Takođe, u te izuzetne okolnosti ne spadaju situacije u kojima je dete rođeno van braka, slučaj u kojem detetov razvoj nije potpomagan finansijski, niti se uzima u obzir činjenica kašnjenja u priznavanju očinstva nad detetom.⁶⁹⁶

Zanimljiv je slučaj *Lebink protiv Holandije* iz 2004. godine, gde je iz veze para koji nikada nije živio zajedno rođena devojčica. Otac devojčicu nije priznao, pa je majka bila njen jedini staratelj. Kada je ova veza okončana, domaći sud nije priznao biološkom ocu roditeljsko pravo. Iz tog razloga, Sud se bavio pitanjem da li je odnos između bi-

690 *Keegan v. Ireland*, predstavka br. 16969/90, presuda od 19. aprila 1994, stav 44.

691 *X. v. France*, Evropska komisija, predstavka br. 9993/82, odluka od 5. oktobra 1982, *Söderbäck v. Sweden*, predstavka br. 24484/94, presuda od 28. oktobra 1998.

692 *Söderbäck v. Sweden*, (1998).

693 *Keegan v. Ireland*, (1994).

694 *Barrehab v. the Netherlands*, (1988), stav 21.

695 *Boughanemi v. France* (1996).

696 *C. v. Belgium*, predstavka br. 21794/93, presuda od 26. maja 1996.

ološkog oca i devojčice bio dovoljno postojan da bi doveo do uspostavljanja porodične veze među njima. Sud je našao da prosto krvno srodstvo, bez postojanja nekog dodatnog zakonskog ili faktičkog elementa, samo po sebi nije dovoljno da bi se pružila zaštita na osnovu člana 8. Konvencije. Zato je Sud prilikom odlučivanja uzeo u obzir sve relevantne faktore ovog slučaja, imajući u vidu da par nikada nije živeo zajedno, ali da je lice u pitanju bilo prisutno kada se devojčica rodila, da je posećivao devojčicu i njenu majku u određenim redovnim intervalima, da joj je nekoliko puta promenio pelene i dva puta je nahranio, kao i da je razgovarao sa svojom partnerkom u pogledu bebinog pogoršanja sluha. Sud je istakao da je na osnovu svih ovih okolnosti moguće zaključiti da je posle prekida veze među partnerima, odnos između bebe i njenog biološkog oca nastavljen do te mere da mu se može pružiti zaštita po osnovu ovog člana.⁶⁹⁷ Svakako Sud neće priznati postojanje porodičnog života ukoliko otac nikada nije video dete, niti je među njima ikada postojala bliska veza.⁶⁹⁸ Međutim, Sud će izuzetno naći postojanje ove veze ukoliko otac nije kriv što nije uspeo da razvije odnose sa svojim detetom, ali je pokazao interes i posvećenost prema detetu.⁶⁹⁹

Sud priznaje da u određenim situacijama, po rođenju deteta, može doći do prekida veze između roditelja i deteta. Do prekida veze obično dolazi u onim situacijama u kojima se dete daje na usvajanje,⁷⁰⁰ ali ne i ukoliko je dete odvedeno u hraniteljsku porodicu.⁷⁰¹ U ostalim situacijama, teško je zamisliti da dolazi do prekida porodičnih veza između roditelja i deteta.⁷⁰²

Ukoliko dođe do razdvajanja para ili razvoda bračnih drugova, dete se dodeljuje na staranje jednom roditelju, dok drugi roditelj stiče pravo na

697 Videti suprotne slučajeve, *Yousef v. the Netherlands*, predstavka br. 33711/96, presuda od 31. decembra 2002 i *Haas v. the Netherlands*, predstavka br. 36983/97, presuda od 13. januara 2004, gde je kontakt između deteta i biološkog oca bio nedovoljan i sporadičan.

698 *Kautzor v. Germany*, predstavka br. 23338/09, presuda od 22. marta 2012.

699 Videti *Anayo v. Germany*, predstavka br. 20578/07, presuda od 21. decembra 2010.

700 Videti *Johansen v. Norway*, predstavka br. 17383/90, presuda od 7. avgusta 1996.

701 *W. v. the United Kingdom*, (1987), stav 59.

702 Videti *Bouganemi v. France*, predstavka br. 22070/93, presuda od 24. aprila 1996.

redovno održavanje kontakta sa detetom. Izuzetak od ovog pravila jeste situacija u kojoj je drugi roditelj sklon nasilju. Ukoliko roditelj kojem je dete dodeljeno na staranje preuzima radnje kojima onemogućava drugog roditelja da vidi dete, država će biti u obavezi da preduzme sve neophodne mere kako bi ovakvo postupanje sprečila i suzbila.⁷⁰³ Ova obaveza se posebno odnosi na izvršenje odluka suda i drugih relevantnih organa.⁷⁰⁴

U praksi se često dešava da po razvodu ili razdvajanju partnera dođe do otmice deteta od strane jednog roditelja, čime se drugi roditelj lišava svog roditeljskog prava. U toj situaciji, država ima pozitivne obaveze da obezbedi mere kojima će omogućiti vraćanje deteta roditelju kojem je ono dodeljeno na staranje.⁷⁰⁵ U jednom predmetu iz 2003. godine Evropski sud je podvukao da član 8. Evropske konvencije nameće pozitivnu obavezu državi da preduzme sve neophodne mere, kako bi došlo do sjedinjenja porodice.⁷⁰⁶

3.4.3.5. Horizontalni porodični odnosi

Sud je u svojoj praksi priznao postojanje porodičnog života između odraslog pojedinca i njegovih roditelja, kao i između braće i sestara. Ove situacije uglavnom dolaze u fokus Suda kada se odlučuje o zakonitosti deportacije lica u pitanju, i slučajevi pokazuju da se ova veza priznaje kao manje važna od veze koja postoji među supružnicima i decom.⁷⁰⁷ Zato moraju postojati čvrsti dokazi o postojanju bliske veze među ovim licima, kako bi Sud utvrdio kršenje člana 8. Konvencije usled njihovog razdvajanja. Tako je u jednom predmetu protiv Belgije, podnosilac predstavke marokanski državljanin koji se nastanio sa svojom majkom u ovoj zemlji kada je imao svega dve godine i tu živeo sve do deportacije, koja se dogodila nekih dvadeset godina kasnije.

703 Videti *Zawadka v. Poland*, predstavka br. 48542/99, presuda od 23. juna 2005.

704 Videti *Karadžić v. Croatia*, predstavka br. 35030/04, presuda od 15. decembra 2005.

705 Videti, na primer, *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, predstavka br. 31679/96, presuda od 25. januara 2000.

706 *Sylvester v. Austria*, predstavka br. 36812/97, 40104/98, presuda od 24. aprila 2003. Videti i *Iglesias Gil and A.U.I. v. Spain*, predstavka br. 56673/00, presuda od 29. aprila 2003.

707 *Moustaquim v. Belgium*, predstavka br. 12313/86, presuda od 18. februara 1991.

Kao rezultat deportacije, lice je rastavljeno od roditelja i sedam braće i sestara duže od pet godina. Tokom ovog perioda, jedini vid njihove komunikacije bila su pisma i telefonski pozivi. Sud je pronašao da je u ovom slučaju došlo do prekida porodične veze među ovim licima, imajući u vidu stepen njihove bliskosti i dužinu prekida njihovog porodičnog života.

Do povrede člana 8. može doći i u situaciji kada država ne postupa sa dovoljno osećajnosti prema pojedincu koji je pretrpeo gubitak bliskog srodnika. Na primer, u jednom predmetu, vlasti nisu uspele da u roku od sedam meseci roditeljima vrate telo sina koji je preminuo u bolnici, i ovakvo postupanje nije se moglo pravdati potrebom za preduzimanjem efikasne istrage u konkretnom slučaju.⁷⁰⁸ Pitanje poštovanje porodičnog života može se pokrenuti i u situacijama kada je licu zabranjeno da prisustvuje sahrani svojih najbližih srodnika. U *Ploski*, pritvorenom licu nije omogućeno da prisustvuje sahrani majke i oca koji su umrli u razmaku od mesec dana. Sud je pronašao da je ovakvo postupanje Poljske bilo u suprotnosti sa članom 8. Evropske konvencije.⁷⁰⁹

Sud je priznao postojanje porodičnog života i među drugim srodnici-ma: unuka i babe i dede jer oni imaju „značajan udeo u porodičnom životu“;⁷¹⁰ polubrata ili polusestre dok su deca,⁷¹¹ ili kao odrasli;⁷¹² odnos između strica ili tetke i setrića ili bratanaca, ukoliko postoji dokaz o bliskim ličnim odnosima;⁷¹³ roditelja i dece koja su rođena u drugoj vezi, ili dece koja su rođena u preljubničkim vezama, posebno kada je priznato očinstvo i kada osobe u pitanju održavaju bliske veze;⁷¹⁴ deteta i hraniteljske porodice, što će zavisiti od toga da li postoje bliski odnosi između deteta i njegovih bioloških roditelja, kao i od dužine boravka u hraniteljskoj porodici.⁷¹⁵

708 *Pannullo and Forte v. France*, predstavka br. 37794/97, presuda od 30. oktobra 2001.

709 *Ploski v. Poland*, predstavka br. 26761/95, presuda od 12. novembra 2002.

710 *Marckx v. Belgium*, (1979), stav 45.

711 *Olsson v. Sweden*, (1988).

712 *Boughanemi v. France*, (1996).

713 *Boyle v. the United Kingdom*, Evropska komisije, predstavka br. 16580/90, odluka od 24. februara 1993, stav 44–47.

714 *Jolie and Lebrun v. Belgium*, predstavka br.11418/85, presuda od 14. maja 1986.

715 *X. v. Switzerland*, predstavka br. 8257/78, presuda od 10. jula 1978.

Međutim, u ovim situacijama Sud razmatra sve relevantne okolnosti slučaja. Na primer, iako je u *Marks* Sud pronašao da može postojati jaka veza između bake i unuka, u nekim slučajevima nije utvrđeno kršenje člana 8. Konvencije kada je unuk dat na usvajanje⁷¹⁶ ili stavljen pod staranje države,⁷¹⁷ ukoliko je taj kontakt bio sporadičan.

Iako je primetno da Sud stavlja akcenat na socijalnu pre nego na biološku vezu, retke su situacije u kojima će Sud pronaći postojanje porodičnog života između lica među kojima ne postoji krvna veza. Na primer, Sud je postojanje ove veze priznao transeksualcu i njegovom detetu, koje je rođeno veštačkom oplodnjom od strane donatora sperme.⁷¹⁸ Međutim, iako odsustvo biološke veze neće sprečiti da se odnos smatra porodičnim, ni prosto postojanje krvne veze neće biti dovoljno da se zasnjuje porodični život. Tako odnos između donatora sperme i rođenog deteta neće biti smatran porodičnim, ukoliko nema dokaza o postojanju razvijenog ličnog odnosa među njima.⁷¹⁹

3.4.3.6. Porodični život lica lišenih slobode

Lišenje slobode ne dovodi do prekida porodičnog života zatvorenika, već zahteva od države da preduzme adekvatne mere kako bi ono bilo u mogućnosti da održava redovan kontakt sa članovima svoje porodice. Sud je priznao da lišavanje slobode po svojoj prirodi ograničava privatni i porodični život, ali je naglasio da zatvorske vlasti moraju pomoći zatvoreniku u održavanju kontakata sa članovima bliže porodice.⁷²⁰ Ono se ogleda kako u odobravanju poseta, tako i u odobrenju npr. prisustva sahranama najbližih srodnika,⁷²¹ ili posete bolesnim srođnicima.⁷²² Nametanje ograničenja u pogledu broja porodičnih poseta, nadgledanje tih poseta i ograničenje primanja paketa⁷²³ može biti op-

716 *Bronda v. Italy*, predstavka br. 22430/93, presuda od 20. avgusta 1998.

717 *Scozzari and Giunta v. Italy*, predstavke br. 39221/98; 41963/98, presuda od 13. jula 2000.

718 *X, Y i Z. the United Kingdom*, predstavka br. 21830/93, presuda od 22. aprila 1997.

719 *G. v. the Netherlands*, (1993).

720 *Videti Messina v. Italy* (no. 2), (predstavka br. 25498/94, presuda od 28. septembra 2000, stavovi 61–62; *Lavents v. Latvia*, predstavka br. 58442/00, presuda od 27. januara 2002.

721 *Czarnowski v. Poland*, predstavka br. 28586/03, presuda od 20. januara 2009.

722 *Giszczak v. Poland*, predstavka br. 40195/08, presuda od 29. novembra 2011.

723 *Klamecki v. Poland* (no. 2), predstavka br. 31583/96, presuda od 3. aprila 2003, stav 144.

ravdano jedino ukoliko ispunjava uslove koji se traže na osnovu člana 8. stav 2. Konvencije. Takođe, sprečavanje bračnih poseta, kako je to Sud istakao, može biti ograničeno jedino da bi se sprečio zločin ili nered u zatvoru,⁷²⁴ ali i tada to ne može biti blanko zabrana koja traje duži vremenski period.⁷²⁵

U većini evropskih zemalja, lica osuđena na smrt uživala su drugačiji režim od ostalih zatvorenika. Ukidanjem smrtno kazne, u nekim zemljama javio se problem posebnog režima koji je primenjivan prema ovim licima, uključujući tu i razne restrikcije u pogledu poseta članova porodice. Na primer, u dva predmeta protiv Bugarske, lica su osuđena na smrtnu kaznu.⁷²⁶ U međuvremenu, 1990. godine, Parlament je doneo odluku da se ne izvršavaju kapitalne kazne, dok se pitanje smrtno kazne u Bugarskoj ne reši. Kako je Bugarska postala članica Saveta Evrope maja 1992. godine, ovi zatvorenici pomilovani su izricanjem kazne doživotnog zatvora. Međutim, G.B. i Jorgov tvrdili su da je u odnosu na njih došlo do povrede člana 8. Evropske konvencije jer su držani u potpunoj izolaciji, a njihov tretman bio je dosta nepovoljan u odnosu na ostale osuđenike. Na primer, slanje i primanje pošte i poseta bilo je moguće samo po odobrenju nadležnog javnog tužioca, a brojne restrikcije dovele su do toga da je Sud pronašao povredu prava na porodični život. Sud je našao da je u ovim slučajevima došlo do kršenja člana 8. Konvencije.⁷²⁷

Ipak, ukoliko se ograniči poseta članovima porodice pripadnika mafije, Sud često neće naći povredu člana 8. Konvencije ukoliko postoje jaki osnovi za ovo ograničenje i mogućnost olakšanja postavljenih restrikcija.⁷²⁸ Konačno, pravo na uživanje porodičnog života ne garantuje pravo zatvorenika na uživanje supružničkih poseta,⁷²⁹ niti pravo zatvorenika da žive u zatvoru sa svojim bračnim suprugom.⁷³⁰

724 *Aliev v. Ukraine*, predstavka br. 41220/98, presuda od 29. aprila 2003.

725 *Piechowicz v. Poland*, predstavka br. 20071/07, presuda od 17. aprila 2012.

726 *G.B. v. Bulgaria*, predstavka br. 42346/98, presuda od 11. marta 2004; *Jorgov v. Bulgaria*, predstavka br. 40653/98, presuda od 11. marta 2004.

727 *Videti i Poltoratskiy v. Ukraine*, predstavka br. 38812/97, presuda od 29. aprila 2002; *Khokhhlich v. Ukraine* (2003).

728 *Messina v. Italy*, (no. 2), (2000).

729 *Videti Aliev v. Ukraine* (2003).

730 *Videti Draper v. the United Kingdom*, Evropska komisija, predstavka br. 8189/78, odluka od 10. jula 1980.

3.4.3.7. Deportacija i kršenje prava na porodični život

U većem broju slučajeva, o kojima je Sud odlučivao u odnosu na član 8. Evropske konvencije, postavilo se pitanje da li bi deportacija pojedinca predstavljala kršenje prava na porodični život. Kako svaka država ima pravo da kontroliše svoje granice i da slobodno sprovedi imigracionu politiku, član 8. ne nameće opštu obavezu državama da poštuju izbor bračnih partnera u pogledu države u kojoj je brak zaključen, niti ponovno porodično okupljanje na teritoriji pod svojom jurisdikcijom. U tom smislu, zanimljiv je slučaj *Gul*, gde je podnosilac predstave napustio Tursku i zatražio azil u Švajcarskoj. Posle kraćeg vremena, njemu se pridružila supruga koja je u Švajcarsku došla prvenstveno radi dobijanja medicinskog tretmana, koji je bio nedostupan u Turskoj. Iako je licu odbijen azil, njemu i supruzi dozvoljen je boravak iz humanitarnih razloga. U međuvremenu, njihov šestogodišnji sin odbijen je u nameri da se pridruži roditeljima, što je tumačeno kao kršenje člana 8. Konvencije. Sud je, međutim, naglasio da se odlaskom u Švajcarsku gospodin Gul dobrovoljno odvojio od sina. Sud je uzeo u obzir da njega ništa ne sprečava da se u bilo kom trenutku vrati u Tursku i ponovo upostavi svoj porodični život.⁷³¹ S druge strane, ukoliko postoje ozbiljne prepreke da bračni drug sledi svog supružnika koji se deportuje sa teritorije države čiji je on državljanin, Sud će najverovatnije utvrditi povredu člana 8. Konvencije zbog odvajanja bračnog para.⁷³²

Do istog zaključka Sud je došao i u slučaju *Ahmut protiv Holandije* iz 1996. godine, ističući da član 8. ne garantuje pravo na izbor najprikladnijeg mesta za uživanje porodičnog života. Sud će zato ceniti sve okolnosti slučaja, imajući u vidu posebne okolnosti konkretnog lica i opšte interese zajednice o kojoj je reč.⁷³³ Ovakav pristup Suda ilustrativan je u *Bagli protiv Francuske*,⁷³⁴ gde je alžirski državljanin osuđen za trgovinu drogom i izrečena mu je kazna proterivanja sa teritorije Francuske u periodu od deset godina. Da bi odlučio da li je došlo do povrede člana 8, Sud je uzeo u obzir da ovo lice živi u Francuskoj od druge godine života, gde mu i dalje žive roditelji, braća i sestre, da je završio školu u ovoj zemlji gde je i radio nekoliko godina, kao i da je imao vezu od

731 *Gul v. Turkey* (1996). Videti i *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom* (1985).

732 *Boultif v. Switzerland*, predstava br. 54273/00, presuda od 2. avgusta 2001.

733 *Ahmut v. the Netherlands*, (1996), stav 67.

734 *Baghli v. France*, predstava br. 34374/97, presuda od 30. novembra 1999.

nekoliko meseci sa francuskom državljanom. Ove činjenice bile su više nego dovoljne da Sud zaključi kako je mera proterivanja bila suprotna članu 8. Evropske konvencije u smislu ometanja njegovog privatnog i porodičnog života.

Isti pristup Sud je primenio i u slučaju *Radovanović*.⁷³⁵ Podnosilac predstave rođen je u Austriji, ali je do desete godine života živeo sa babom i dedom u Srbiji, dok su roditelji nastavili da žive u Austriji. Posle smrti babe i dede, sa navršenih deset godina života, on se pridružuje roditeljima u Austriji, gde završava srednju školu i stiče stručno obrazovanje.⁷³⁶ U međuvremenu, on je osuđen za tešku krađu, zbog čega mu je izrečena mera zabrane boravka u Austriji na neodređeno vreme. Ispitujući činjenice ovog slučaja, Sud je uzeo u obzir da je Radovanović učinio krivično delo kao maloletnik, da pre toga nije imao krivični dosije, te da njegovo ponašanje nije dovelo do stvaranja ozbiljne opasnosti za javni red i mir, čime bi se opravdala ovako neodređena mera. Takođe, Sud je uzeo u obzir da je lice rođeno u Austriji, gde mu i dalje zakonito žive roditelji, dok posle smrti babe i dede nema bliže rođake u Srbiji. Stoga je Evropski sud zaključio da ovo lice ima jače porodične i socijalne veze u Austriji nego u Srbiji, pa je izricanje mere zabrane boravka neodređenog trajanja svakako dovelo do povrede člana 8. Konvencije.

Takođe, ukoliko je lice određeno vreme živelo na teritoriji neke države i tu zasnovalo porodični život, a potom se proteruje iz ekonomskih razloga, najverovatnije će doći do kršenja člana 8. U *Berehab protiv Holandije*, Sud je uzeo u obzir činjenicu da se u ovom slučaju ne radi o strancu koji prvi put želi da poseti Holandiju, već o osobi koja je ovde legalno živela nekoliko godina bez pritužbi vlasti na njeno ponašanje, i koja je ovde zasnovala dom i imala zaposlenje. Gospodin Berehab u Holandiji ima i uspostavljene porodične veze – bio je oženjen Holanđankom i ima dete koje je rođeno u tom braku. Iz tog razloga, Sud je zaključio da među njima postoje bliske veze koje bi bile prekinute činom deportacije. Takođe, do kršenja člana 8. Konvencije će doći i ako je lice povezano sa teritorističkim organizacijama, ali ukoliko mu nisu pružene proceduralne garantije da ospori odluku o deportaciji.⁷³⁷

735 *Radovanović v. Austria*, predstavka br. 42703/98, presuda od 22. jula 2004. Videti i *Maslov v. Austria*, predstavka br. 1638/03, presuda od 23. juna 2008.

736 Videti *Benhebb v. France*, (2003).

737 *Al-Nashif v. Bulgaria*, predstavka br. 50963/99, presuda od 20. juna 2002.

Jedan od najdrastičnijih primera proterivanja porodice ostvaren je u slučaju *Slivenko protiv Letonije*.⁷³⁸ U ovom slučaju je žena ruskog porekla živela gotovo ceo svoj život u Letoniji i udala se za ruskog vojnog službenika, sa kojim je dobila dete. Posle proglašenja nezavisnosti Letonije, mužu je naređeno da napusti zemlju, odmah posle potpisivanja ugovora sa Rusijom o povlačenju ruskih trupa sa ove teritorije. Vlasti su naređile deportaciju porodice na period od pet godina, oduzele im pravo na stan, uhapsile ih i držale neko vreme u centru za ilegalne imigrante. Ova mera značila je i da će po isteku roka od pet godina, članovi porodice moći da dolaze u Letoniju maksimalno do 90 dana u kontinuitetu, čime su ograničeni u održavanju kontakta sa roditeljima i rodbinom koji tu žive. Iz ovih razloga, Sud je pronašao kršenje člana 8. Evropske konvencije.⁷³⁹

Pitanje kršenja člana 8. može biti postavljeno ne samo onda kada je mera deportacije izvršena, već i onda kada je ova mera izrečena, te se čeka na njeno izvršenje. U toj situaciji, Sud će utvrditi na osnovu svih okolnosti slučaja, da li će izricanje ove mere biti u suprotnosti sa članom 8. Konvencije.⁷⁴⁰ Na primer, u *Nasri protiv Francuske*, Sud je pronašao da bi deportovanje alžirskog državljanina, koji je nepismen, oštećenog sluha od rođenja i koji skoro ceo svoj život živi u Francuskoj sa roditeljima i osam braće i sestara, dovelo do kršenja člana 8. Konvencije, bez obzira na činjenicu da je ovo lice učestvovalo u grupnom silovanju.⁷⁴¹ Sud će u svakom slučaju uzeti u obzir prirodu, broj i težinu izvršenih dela ukoliko ona postoje, kao i lične okolnosti konkretnog lica. Ovi faktori neće biti od značaja samo ukoliko lice koje treba da bude deportovano tvrdi da mu u zemlji povratka pretili mučenje, jer će tada država procenjivati opasnost od zlostavljanja nezavisno od drugih okolnosti.

738 *Slivenko v. Latvija* (VV) predstavka br. 48321/99, presuda od 9. oktobra 2003.

739 Videti i *Nunez v. Norway*, predstavka br. 55597/09, presuda od 28. juna 2011, gde su norveške vlasti donele odluku o deportaciji majke zbog kršenja imigracionih propisa i izrekle dvogodišnju zabranu ulaska u ovu zemlju, i pored činjenice da u Norveškoj živi njeno dvoje dece. Za suprotno videti *Antwi and Others v. Norway*, predstavka br. 26940/10, presuda od 14. februara 2012.

740 Videti *Beldjoudi v. France*, predstavka br. 12083/86, presuda od 26. februara 1992.

741 *Nasri v. France*, predstavka br. 19465/92, presuda od 21. juna 1995. Videti i *Ezzouhdi v. France*, predstavka br. 47160/99, presuda od 13. februara 2001; *Boultif v. Switzerland*, predstavka br. 54273/00, presuda od 2. avgusta 2001.

3.4.4. Pravo na obrazovanje

Pravo na obrazovanje, koje predstavlja preduslov za uživanje ostalih prava, jedino je pravo iz korpusa kulturnih prava koje je garantovano Evropskom konvencijom i njenim protokolima. I pored svog nesumnjivog značaja, pravo na obrazovanje garantovano je tek Prvim protokolom uz Evropsku konvenciju, jer je bilo teško postići konsenzus država oko same formulacije teksta u vreme sačinjavanja nacрта Konvencije. Tako član 2. Prvog protokola kaže da „niko ne može biti lišen prava na obrazovanje”, za razliku od prvobitnog teksta, koji je glasio da „svaka osoba ima pravo na obrazovanje” (kurziv naš). Države su smatrale da ovakva formulacija prava na obrazovanje podrazumeva pozitivne mere, koje su one htele da izbegnu, o čemu svedoči i veliki broj rezervi stavljenih na ovaj član.⁷⁴² Takođe, ova odredba ima ograničen domašaj,⁷⁴³ o čemu će biti reči u nastavku teksta.

3.4.4.1. Pravna priroda prava na obrazovanje

Iz prakse Evropskog suda za ljudska prava proizlazi da pravo na obrazovanje podrazumeva da država pojedincima garantuje pravo pristupa postojećim obrazovnim ustanovama, kao i obezbeđenje koristi od stečenog obrazovanja time što su im zvanično priznate završene studije.⁷⁴⁴ Prava garantovana ovim članom odnose se i na državne i na privatne institucije, odnosno na učenike i studente u državnim i privatnim školama.⁷⁴⁵ Međutim, države nemaju obavezu da o svom trošku osnivaju državne škole, niti da pomažu privatne škole ili univerzitete.

Istovremeno, pravo na obrazovanje ne znači nužno i pravo na pristup određenoj obrazovnoj instituciji i u principu ne isključuje disciplinske mere, kao što su suspenzija ili isključenje radi poštovanja internih pravila.⁷⁴⁶ Država, takođe, zadržava pravo da određuje sadržaj i

742 D.J. Harris, M. O' Boyle, E.P. Bates, C. M. Buckley, *Op. cit.*, 697.

743 *Isto*, 700.

744 *Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education v. Belgium*, predstavke br. 1474/62 et seq., presuda od 23. jula 1968, stav 4.

745 *Ingrid Jordebo Foundation of Christian Schools and Ingrid Jordebo v. Sweden*, Evropska komisija, predstavka br. 11533/85, odluka od 6. marta 1987. Videti i *Leyla Sahin v. Turkey*, predstavka br. 44774/98, presuda od 10. novembra 2005, stav 153.

746 *Kramelius v. Sweden*, Evropska komisija, predstavka br. 21062/92, presuda od 17. januara 1996; *Sulak v. Turkey*, Evropska komisija, predstavka br. 24515/94, presuda od 17. januara 1996.

cilj obrazovanja i nastave, odnosno planiranje i donošenje nastavnih planova i programa. Iako član 2. Prvog protokola to izričito ne navodi, pravo na obrazovanje bi bilo besmisleno ukoliko ne bi podrazumevalo pravo na obrazovanje na nacionalnom jeziku, ili na jednom od nacionalnih jezika.⁷⁴⁷ U jednom predmetu protiv Turske, Evropski sud je pronašao da suspenzija studenata koja je usledila zbog peticije univerzitetskim vlastima da se uvedu opcioni kursevi na kurdskom jeziku, nije bila ni razumna, ni proporcionalna, te je predstavljala kršenje člana 2.⁷⁴⁸

Evropski sud je prihvatio da se pravo na obrazovanje odnosi na sva tri nivoa obrazovanja – osnovno, srednje i visoko,⁷⁴⁹ kako je to izričito predviđeno nekim drugim međunarodnim instrumentima.⁷⁵⁰ Ipak, u nekim presudama, Evropski sud je isticao da se pravo na obrazovanje uglavnom odnosi na primarni nivo obrazovanja,⁷⁵¹ gde su i obaveze država najveće. Međutim, to ne znači da će Sud zanemariti značaj tercijarnog obrazovanja. Naime, u jednom predmetu protiv Turske, slepa osoba, uprkos položenom prijemnom ispitu, nije uspevala da upiše muzičku akademiju u Istanbulu.⁷⁵² Njen zahtev je odbijen jer se tražilo lekarsko uverenje o zdravstvenoj sposobnosti kandidatkinje, koji je ona priložila, ali u kojem je konstatovano da može pratiti nastavu u onim oblicima nastave koji ne zahtevaju vid. Muzička akademija je odbila ovo uverenje, tvrdeći da se takva nastava ne odvija i da se zahteva angažovanje vida. Evropski sud je pronašao diskriminaciju u vezi sa pravom na obrazo-

747 Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education, stav 3.

748 *Irfan Temel and Others v. Turkey*, predstavka br. 36458/02, presuda od 3. marta 2009.

749 Leyla Şahin, stavovi 134, 136.

750 Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima u čl. 13. st. 2. navodi konkretne mere koje države moraju preduzeti u okviru svojih nadležnosti na sva tri nivoa obrazovanja. Prvo, osnovno obrazovanje mora biti obavezno i besplatno, te kao takvo dostupno svima bez izuzetka. Države su obavezne da pomažu obrazovanje i onih lica koja nemaju osnovno obrazovanje ili ga nisu završila. Drugo, srednje obrazovanje mora se učiniti opštim i dostupnim svakome uvođenjem odgovarajućih mera, pa i postepenim uvođenjem besplatne nastave. Treće, više obrazovanje ne mora biti opšte, ali mora biti učinjeno dostupnim svakom licu prema njegovim sposobnostima, uključujući i postepeno uvođenje besplatne nastave.

751 Videti, na primer, *Yanasik v. Turkey*, predstavka br. 14524/89, presuda od 6. januara 1993.

752 *Çam v. Turkey*, predstavka br. 51500/08, presuda od 23. februara 2016.

vanje, ističući da je podnositeljka predstavke ispunjavala uslove za upis na Akademiju, koja nije preduzela bilo kakve napore da nastavu prilagodi slepim studentima.

Iako je Evropski sud priznao da pravo na obrazovanje predstavlja jednu od osnovnih vrednosti demokratskog društva, ovo pravo ne spada u grupu apsolutnih prava. U *Timišev*, Evropski sud je pronašao da je Rusija povredila član 2. Prvog protokola zato što nije dozvolila registraciju podnosioca predstavke, Čečena, koja je bila nužna da bi se njegova deca upisala u školu.⁷⁵³ Evropski sud je posebno naglasio da ovo pravo nije podložno ograničenjima i da je po svojoj strukturi slično članovima 2, 3, 4. stav 1. i 7. Evropske konvencije, koji zajedno štite najfundamentalnije vrednosti svakog demokratskog društva.⁷⁵⁴ Evropski sud posebno ističe da obrazovanje igra tako značajnu ulogu da restriktivno tumačenje prve rečenice ovog člana ne bi bilo u skladu sa ciljem i svrhom ove odredbe,⁷⁵⁵ kao i da nema sumnje da ovo pravo podrazumeva pravo na pristup osnovnom obrazovanju koji je od suštinske važnosti za razvoj svakog deteta. S druge strane, svako ograničenje koje se nameće mora biti predvidivo onima na koje se odnosi i mora voditi ostvarenju legitimnog cilja.⁷⁵⁶ Drugim rečima, pravo na obrazovanje ipak nije apsolutno pravo i pored svoje važnosti. Ono ne sadrži listu legitimnih ciljeva.⁷⁵⁷ S druge strane, iako to izričito nije navedeno u članu 2, mora postojati razuman odnos proporcionalnosti između upotrebljenih sredstava i cilja koji se želi postići.⁷⁵⁸

Takođe, ograničenje prava na obrazovanje ne sme biti takvo da se njime vređa sama suština prava na obrazovanje. Ipak, države uživaju

753 *Timishev v. Russia*, predstavke br. 55762/00; 55974/00, presuda od 13. decembra 2005, stavovi 64, 67. Videti i predmet *Catan and Others v. the Republic of Moldova and Russia* (VV), predstavke br. 43370/04 et seq., presuda od 19. oktobra 2012, u kojem je Evropski sud pronašao da je Rusija prekršila član 2. Prvog protokola uz Evropsku konvenciju zato što je podržavala separatistički režim u Transdnjestriji koji je zabranio upotrebu latiničnog pisma, što je dovelo do prinudnog premeštanja dece i nastavnika i do prinudnog zatvaranja škola, odnosno njihovog ponovnog otvaranja u drugim objektima.

754 *Isto*, stav 64.

755 *Isto*. Videti i *Leyla Şahin v. Turkey*, stav 137.

756 *Ali v. the United Kingdom*, predstavka br. 40385/06, presuda od 11. januara 2011.

757 Videti *Podkolzina v. Latvia*, predstavka br. 46726/99, presuda od 9. aprila 2002, stav 36.

758 *Leyla Şahin*, stav 154.

izvesno polje slobodne procene u ovoj oblasti, koje zavisi od potreba i resursa u društvu i koje se povećava sa nivoom obrazovanja, odnosno najuže je kada se radi o osnovnom obrazovanju.⁷⁵⁹ Iako je država slobodna da određuje visinu školarina, koja zavisi od njenih resursa i potreba, to istovremeno ne znači da može propisivati školarine koje su veće za određene kategorije lica. U jednom predmetu protiv Bugarske, Evropski sud je naglasio da nije dozvoljena praksa da visina školarine za srednje obrazovanje bude različita zavisno od imigracionog statusa i državljanstva. Sud je posebno uzeo u obzir da su podnosioci predstave ušli zakonito u zemlju, kao i da vlasti nisu imale prigovor na njihov boravak, te da argument koji je vlada iznela, a to je da se bori protiv ilegalne migracije, u konkretnom slučaju nema svoje utemeljenje.⁷⁶⁰

Sud je retko kad imao prilike da raspravlja o ograničenju prava na pristup obrazovanju. Ipak, u jednom predmetu, Evropski sud je razmatrao odbijanje zatvorskih vlasti, a potom i Upravnog suda, da podnosiocu predstave odobre upis u zatvorsku školu.⁷⁶¹ Zatvorske vlasti su smatrale da lice koje može ponovo biti osuđeno za neko krivično delo treba da se drži odvojeno od lica koja su prvi put osuđena. Vrhovni upravni sud je odbio zahtev po drugom osnovu, smatrajući da se pravo na obrazovanje garantuje samo zatvorenima, a ne i pritvorenicima. Razmatrajući ovaj slučaj, Evropski sud je podsetio da lica koja su zakonito pritvorena i dalje uživaju fundamentalna prava i slobode. Tako i podnosilac predstave i dalje uživa pravo na obrazovanje koje nameće obavezu bugarskim vlastima da omoguće delotvoran pristup postojećem obrazovnom sistemu, uključujući i zatvorsku školu. Evropski sud je dalje razmatrao da li je ova mera dovoljno predvidljiva, usmerena na ostvarenje legitimnog cilja i proporcionalna. Sud je smatrao da postojeći zakonski okvir priznaje pravo i pritvorenicima i zatvorenima na uključivanje u obrazovne programe. Međutim, nedostatak jasnoće zakonodavnog okvira uočen je kod različitih osnova za odbijanje zahteva od strane zatvorskih vlasti i Upravnog suda. Kod analize legitimnog cilja, Evropski sud je pronašao da nema dokaza da bi postojala opasnost kada bi školu

759 *Ponomaryovi v. Bugaria*, predstavka br. 5335/05, presuda od 21. juna 2011, stav 56.

760 Za suprotno videti *Karus v. Italy*, predstavka br. 29043/95, presuda od 20. maja 1998, gde je Evropska komisija za ljudska prava zauzela stav da je dopušteno da školarina za fakultete bude viša za strance.

761 *Velyo Veleov v. Bugaria*, predstavka br. 16032/07, presuda od 27. maja 2014.

pohađali pritvorenici zajedno sa zatvorenicima. Takođe, Sud je smatrao da neizvesnost oko dužine pritvora nije validan osnov za isključenje lica iz obrazovanja. Konačno, Evropski sud je podsetio da rizik od ponovne osude lica koje je već služilo zatvorsku kaznu ne može biti osnov za ovo odbijanje zbog pretpostavke nevinosti, zbog čega se lice ne može označiti ni kao povratnik. Sud je posebno uzeo u obzir interes podnosioca predstave da okonča srednje obrazovanje, te je na osnovu svih okolnosti zaključio da je u ovom predmetu došlo do kršenja člana 2. Prvog protokola.

3.4.4.2. Pravo roditelja u vezi sa obrazovanjem njihove dece

Titular prava na obrazovanje jeste učenik, odnosno student. Međutim, i roditelji imaju izvesna prava u vezi sa obrazovanjem njihove dece. Tako član 2. Prvog protokola ističe u drugom delu „pravo roditelja da obezbede obrazovanje i nastavu koja je u skladu sa njihovim verskim i filozofskim uverenjima”.⁷⁶² Cilj ove odredbe je da se omogući pluralizam u obrazovanju. U tekstu ovog člana koriste se reči „obrazovanje” i „nastava”. Dok se pod prvim podrazumeva ceo obrazovni proces u jednom društvu, pod drugim pojmom se podrazumeva prenošenje znanja i intelektualni razvoj.⁷⁶³

U jednom predmetu protiv Danske, roditelji dece koja su išla u osnovnu državnu školu protivila su se obaveznoj nastavi iz seksualnog vaspitanja, koja je bila u suprotnosti sa njihovim moralnim i hrišćanskim uverenjima.⁷⁶⁴ U ovom predmetu, Evropski sud nije pronašao kršenje člana 2. Prvog protokola, ali je naglasio da država mora voditi računa da se gradivo prenosi slušaocima na objektivan, kritički i pluralistički način.⁷⁶⁵ Ova obaveza odnosi se na celokupan program obrazovanja i to kako na državne, tako i na privatne obrazovne institucije. Drugim rečima, zabra-

762 Slična odredba nalazi se i u čl. 18. st. 4. Pakta o građanskim i političkim pravima, kao i u čl. 5. st. 1. tačka b) Konvencije o zabrani diskriminacije u obrazovanju iz 1960. godine. S druge strane, Konvencija o pravima deteta ide korak dalje i propisuje u čl. 14. pravo i obavezu roditelja ili zakonskih staratelja na usmeravanje deteta na ostvarivanje njegovog prava na način koji je u skladu sa njegovim razvojnim sposobnostima.

763 *Campbell and Cosans*, predstavka br. 7511/76 et seq., presuda od 25. februara 1982, stav 33.

764 *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, predstavka br. 5095/71 et seq. presuda od 7. decembra 1976.

765 *Isto*, stav 53.

njeno je promovisanje određene religije, moralnog ili filozofskog gledišta, odnosno indoktrinacije kojim se ne poštuju religijska i filozofska uverenja roditelja. Takođe, član 2. stav 2. Prvog protokola podrazumeva da država mora omogućiti i podsticati stvaranje privatnih škola, čime bi zaštitila decu od eventualne indoktrinacije koja postoji u državnim školama.

Ovo pravo odnosi se i na administrativne stvari, kao što je način na koji se održava disciplina, što je došlo do izražaja pred Evropskim sudom u slučaju *Kembel i Kozans protiv Ujedinjenog Kraljevstva*. Ovde se postavilo pitanje da li je privremeno udaljenje deteta iz škole usled pretnje telesnim kažnjavanjem u školama u Škotskoj u suprotnosti sa pravom na obrazovanje. Dve majke, koje su podnele predstavku, smatrale su da telesno kažnjavanje, između ostalog, vređa i pravo roditelja da obrazovanje njihove dece bude u skladu sa njihovim verskim i filozofskim uverenjima. Evropski sud je, razmatrajući ovo pitanje, došao do zaključka da „uverenje” označava gledišta koja dostižu određeni nivo uverljivosti, ozbiljnosti, doslednosti i važnosti.⁷⁶⁶

S druge strane, Evropski sud dolazi do zaključka da se pod izrazom „filozofska uverenja” označavaju uverenja koja zaslužuju poštovanje u „demokratskom društvu”, koja nisu u suprotnosti s ljudskim dostojanstvom, i nisu u suprotnosti sa fundamentalnim pravom deteta na obrazovanje.⁷⁶⁷ Uverenja koja zaslužuju poštovanje u „demokratskom društvu” podrazumevaju vrednosti poput pluralizma, tolerancije i širokih shvatanja. Pojedinačni interesi nekada mogu biti podređeni grupi, ali u jednom drugom predmetu Evropski sud podvlači da demokratija ne znači da mišljenje većine uvek odnosi prevagu: „potrebno je postići ravnotežu koja će obezbediti pravičan i odgovarajući tretman manjina i izbeći bilo kakvu zloupotrebu dominantne pozicije.”⁷⁶⁸ Primenjujući ovo pravilo u predmetu *Kembel i Kozans*, Evropski sud je pronašao da roditelji treba da dokažu da su njihova uverenja vredna poštovanja, da nisu u suprotnosti sa ljudskim dostojanstvom i da nisu u suprotnosti sa fundamentalnim pravom deteta na obrazovanje.⁷⁶⁹ Primenjujući ovaj test, Evropski sud je u konkretnom slučaju pronašao da telesno kažnja-

766 *Isto*, stav 36.

767 *Campbell and Cosans*, stav 36.

768 *Videti Young, James and Webster v. the United Kingdom*, predstavke br. 7601/76; 7806/77, presuda od 13. avgusta 1981, stav 63.

769 *Campbell and Cosans*, stav 36.

vanje utiče na integritet ličnosti i time predstavlja povredu prava na obrazovanje.

Evropski sud može odbiti prigovor roditelja kada smatra da njihova uverenja nisu povređena radnjom države. Tako je Evropski sud pronašao da obaveza dece da uzmu učešće u svečanoj povorci povodom nacionalnog praznika, na kojem su učestvovali i predstavnici vojske, sa religijskog stanovišta ne predstavlja uvredljivo ponašanje za lica koja pripadaju Jehovinim svedocima.⁷⁷⁰ U dva identična slučaja protiv Grčke, dete Jehovinih svedoka, koje je na zahtev roditelja izuzeto iz religijske nastave, suspendovano je na dva dana zbog odbijanja da prisustvuje paradi koja je organizovana 28. oktobra, u znak sećanja na 1940. godinu kada je izbio rat između Grčke i Italije. Evropski sud je osudio to što je dete bilo u obavezi da prisustvuje paradi izvan zgrade škole i u vreme praznika, ali je uzeo u obzir da parada nije imala pretežno vojni karakter i da je organizovana kako bi jedan važan istorijski događaj bio zapamćen među omladinom. Iako je Evropski sud prihvatio da ovo može uvrediti miroljubiva uverenja podnosilaca predstavke, uzeo je obzir da ovakvi događaji takođe imaju miroljubive ciljeve i organizuju se u javnom interesu.⁷⁷¹ Sud je smatrao da nametanjem ove obaveze detetu, koje je oslobođeno časova iz religije i pravoslavlja, roditelji nisu lišeni prava da savetuju svoju decu i da im budu glavni edukatori, ili da izvedu decu na put prema sopstvenim verskim ili filozofskim uverenjima.⁷⁷²

U jednom predmetu protiv Norveške, podnosioci predstavke su smatrali da je došlo do povrede člana 2. Prvog protokola jer su dva predmeta – Hrišćanstvo i Filozofija života, zamenjena jednim – Hrišćanstvo, religija i filozofija, a oni nisu uspeli da oslobode svoju decu pohađanja nastave, što je suprotno njihovim religijskim i filozofskim uverenjima.⁷⁷³ Evropski sud je našao da se u okviru ovog predmeta dominantno izučava hrišćanstvo u cilju hrišćanskog i moralnog razvoja dece i ustanovio povredu člana 2. Prvog protokola⁷⁷⁴ Sud je posebno naglasio da ne

770 Videti *Valsamis v. Greece*, predstavka br. 21787/94, presuda od 13. septembra 1995 i *Efstratiou v. Greece*, predstavka br. 24095/94, presuda od 28. maja 1996.

771 *Efstratiou*, stav 32.

772 *Isto*.

773 *Folgerø and Others v. Norway* (VV), predstavka br. 15472/02, presuda od 29. juna 2007.

774 Videti i predmet protiv Turske, gde je postojala mogućnost za hrišćansku i jevrejsku decu da se oslobode nastave iz religije i etike u okviru koje se

bi bilo kršenja kada bi se u okviru ovog predmeta izučavale zajedno i ostale religije i filozofije, što bi omogućilo postojanje otvorene i inkluzivne sredine.

S druge strane, u jednom predmetu protiv Turske,⁷⁷⁵ postavilo se pitanje da li je obavezno pohađanje časova iz verske kulture i etike, počev od četvrtog razreda osnovne škole, u suprotnosti sa članom 2. Prvog protokola. U konkretnom slučaju, deca podnosioca predstavke pripadaju alevijskoj tradiciji, koja ima duboke korene u turskom društvu i istoriji, a razlikuje se od suni razumevanja Islama koje se uči u školama.⁷⁷⁶ Turska vlada se branila time da se pomenuti predmet izučava u skladu sa principom sekularnosti i slobode misli, savesti i veroispovesti, i da ima za cilj da „podstiče kulturu mira i kontekst tolerancije”,⁷⁷⁷ kao i da prenese znanje o svim glavnim religijama.⁷⁷⁸ Takođe, država je naglasila da je izučavanje religije u školama odgovarajući metod za suzbijanje fanatizma. Međutim, analiza materijala za ovaj kurs pokazala je da pored prenošenja uopštenog znanja o religijama, postoje i tekstovi koji pružaju instrukcije o glavnim principima Islama i opšti pregled obreda,⁷⁷⁹ te je ključno pitanje za utvrđivanje postojanja povrede Evropske konvencije bilo da li se može razumno očekivati da će prisustvovanje ovim časovima uticati na um mladih ljudi.⁷⁸⁰ Evropski sud je pronašao da veći broj predmeta, u manjoj ili većoj meri, sadrži određene stavove filozofske, kosmološke ili moralne prirode.⁷⁸¹ Ipak, država u oblasti obrazovanja mora voditi računa da se informacije i znanje, koje je uključeno u nastavni plan i program, predstavljaju na objektivan i pluralistički

izučavala uglavnom muslimanska vera, ali takva mogućnost nije postojala za muslimansku decu, koja su pripadnici Alevita, slobodarskog muslimanskog učenja. *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, predstavka br. 1448/04, presuda od 9. oktobra 2007.

775 *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, no. 1448/04, 9. oktobar 2007. Videti i *Şefika Köse and 93 Others v. Turkey*, no. 26625/02, 24. januar 2006, kao i Videti *Mansur Yalçın and Others v. Turkey*, predstavka br. 21163/11, presuda od 16. septembar 2014.

776 U pitanju je uverenje koje ima određeni nivo „ubedljivosti, ozbiljnosti, kohezije i značaja”, koje se zahteva za priznanje konfesije. *Isto*, stav 66.

777 Godinu dana kasnije i Parlamentarna skupština Saveta Evrope je prihvatila da su škole glavno mesto za uspostavljanje interkulturalnog dijaloga i tolerancije. Videti Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Recommendation no. 1804 on State, religion, secularity and human rights, June 29th, 2007.

778 *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, stav 58.

779 *Isto*, stav 61.

780 *Isto*, stav 64.

781 *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, stav 52.

način, koji omogućava deci da razviju kritički odnos prema religiji u mirnoj atmosferi oslobođenoj od indoktrinacije.⁷⁸² Država je u obavezi da zauzme nepristrasan i neutralan stav povodom različitih religija, vera i uverenja, i mora se uzdržati od procene legitimnosti religijskih uverenja, ili načina na koji su oni izraženi.⁷⁸³ Imajući u vidu ove kriterijume, Evropski sud je pronašao da se materija u konkretnom slučaju nije izučavala na objektivni i pluralistički način.⁷⁸⁴ Takođe, nije postojala procedura izuzimanja sa ovih časova dece islamske veroispovesti, dok su deca hrišćanske i jevrejske veroispovesti imala takvu mogućnost. Međutim, procedura izuzimanja zahtevala je otkrivanje verskih i filozofskih uverenja i nametala težak teret roditeljima.⁷⁸⁵

U još jednom predmetu koji su pokrenuli roditelji, pripadnici alevi zajednice, Sud je došao do sličnih zaključaka.⁷⁸⁶ Naime, iako su nakon slučaja *Hasan*, uvedene značajne izmene u kurikulum i udžbenike posvećene religiji i etici, sadržaj je i dalje u najvećoj meri obuhvatao dominantno znanje o većinskoj interpretaciji Islama. Evropski sud je zauzeo stav da su podnosioci predstave imali legitimna očekivanja da će se učenja njihove dece kositi sa njihovim sistemom vrednosti. Sud nije video kako se ovaj konflikt može izbeći kada su ovi časovi obavezni, uz veoma ograničenu mogućnost da se deca izuzmu sa ovih časova. Takođe, Evropski sud je pronašao da mogućnost da deca dobiju detaljnije informacije o manjinskim verskim grupama na opcionim časovima religije ne oslobađaju državu obaveze da obezbedi objektivnost i pluralizam. Tako je Evropski sud zaključio da ovi časovi i pored promena koje su se desile u 2011/12, i dalje nisu tako koncipirani da mogu da obezbede poštovanje roditeljskih uverenja. S obzirom da je u pitanju sistemska povreda, Evropski sud je tražio od Turske da uvede adekvatne mere kako bi se obezbedilo poštovanje religijskih i filozofskih uverenja roditelja koji pripadaju manjinskim verskim zajednicama.

782 *Isto*, par. 53.

783 *Isto*. Videti i *Manoussakis and Others v. Greece*, predstavka br. 18748/91, presuda od 26. septembra 1996; i *Hasan and Chaush v. Bulgaria*, [VV], predstavka br. 30985/96, presuda od 26. oktobra 2000.

784 *Isto*, par. 68.

785 *Isto*, par. 76. U izdvojenom mišljenju u predmetu *Folgero i drugi protiv Norveške* istaknuto je da nije nelegitimno tražiti od građana da pruže neke informacije, čak i kada su one ličnog karaktera, kako bi se oslobodili neke obaveze. Videti *Folgero and Others v. Norway*, Joint Dissenting Opinion of Judges Wildhaber, Lorenzen, Birsan, Kovler, Steiner, Borrego Borrego, Hajiyev and Jebens.

786 *Mansur Yalçın and Others v. Turkey*, predstavka br. 21163/11, presuda od 16. septembra 2014.

Konačno, važno je razumeti da član 2. Prvog protokola ne pruža apsolutnu garanciju da će deca biti obrazovana u skladu sa uverenjima njihovih roditelja. Tako roditelji ne mogu da traže od države da pruži alternativni kurs u odnosu na onaj koji je nesaglasan sa njihovim uverenjima, što proizlazi iz prava države da određuje i finansira obrazovanje.⁷⁸⁷ Takođe, upotreba nekih religijskih simbola u školama, koja nije praćena indoktrinacijom dece, može biti dozvoljena i pored toga što roditelji manjinske verske konfesije mogu isticati da je protivna njihovim verskim uverenjima.

3.4.4.3. *Upotreba verskih simbola u školama*

Pored držanja nastave na nepluralistički način, do povrede člana 2. može doći i upotrebom verskih simbola u državnim školama. Ovo pitanje je posebno došlo do izražaja u veoma kontroverznom slučaju *Lautsi*, u kojem su veće i Veliko veće Evropskog suda došli do različitih zaključaka.

U ovom predmetu protiv Italije, majka dvoje maloletne dece koja su išla u državnu osnovnu školu smatrala je da se raspeće na zidu učionica kosi sa sekularizmom.⁷⁸⁸ Ona se pozvala na odluku italijanskog Kasacionog suda iz 2000. da se stavljanje raspeća na glasačka mesta kosi sa principom sekularne države. Upravni odbor škole je doneo odluku da ostavi raspeća na zidu učionica, a Ministarstvo obrazovanja je donelo preporuku direktorima državnih škola da slede ovaj primer. Kako ni Upravni, a ni Ustavni sud Italije nisu pronašli da je ova praksa u suprotnosti sa italijanskim Ustavom i Evropskom konvencijom, slučaj je dospelo do Evropskog suda. Italija se branila činjenicom da je raspeće simbol italijanske istorije, države i identiteta, a ne samo religijski simbol.

Veće je, međutim, smatralo da je prisustvo raspeća moglo lako biti protumačeno kod dece kao versko obeležje, što nije podsticajno za decu koja nisu katolici.⁷⁸⁹ Veće je naglasilo da se sloboda pripadanja nijednoj veri mora štiti, kada iza određenog uverenja stoji država, a pojedinac se nalazi u situaciji koju ne može da izbegne, ili to zahteva nesraz-

787 *Bulski v. Poland*, predstavke br. 46254/99; 31888/02, presuda od 30. novembra 2004.

788 *Lautsi and Others v. Italy*, predstava br. 30814/06, presuda od 3. novembra 2009.

789 *Isto*, stav 55.

merno velike napore. Veće je zauzelo stav da praksa stavljanja raspeća u učionice ne može biti opravdana željama drugih roditelja, koji žele da vide religijske simbole u školi jer je to u skladu sa njihovim uverenjima.⁷⁹⁰ Tako, država ima obavezu da održi versku neutralnost u državnim školama i da osposobi učenike da kritički razmišljaju,⁷⁹¹ a ne da ograničava roditelje da vaspitavaju decu prema sopstvenim uverenjima.⁷⁹²

I Veliko veće je primetilo da se odredbama italijanskog zakonodavstva, kojima je propisano prisustvo raspeća u učionicama državnih škola, većinskoj veroispovesti u državi obezbeđuje pretežna uočljivost u školskoj sredini.⁷⁹³ Veliko veće nije imalo dileme da je raspeće prvenstveno religijski simbol i pored nekih drugih značenja.⁷⁹⁴ Po mišljenju Velikog veća to, međutim, samo po sebi nije bilo dovoljno da posvedoči da je reč o procesu indoktrinacije koji sprovodi italijanska država. Štaviše, Veliko veće je pronašlo da nema dokaza da ovako pasivno postavljen religijski simbol može imati uticaja na učenike, te se ne može ni tvrditi da on može imati efekta na mlade ljude čija se ubeđenja tek formiraju.⁷⁹⁵ Sud konstatuje da Evropa obiluje razlikama u kulturi i istoriji, ali da je ta činjenica ne oslobađa obaveze poštovanja prava i sloboda garantovanih Evropskom konvencijom.⁷⁹⁶ Međutim, u konkretnom slučaju, Veliko veće zaključuje da država ima polje slobodne procene da odluči da li će raspeće biti prisutno u njenim školama, posebno što nema konsenzusa među evropskim državama koji govori u prilog ovom pristupu, te je zadatak Suda samo da utvrdi da li je država svojom praksom prešla dozvoljenu granicu.⁷⁹⁷ Veliko veće je zauzelo stav da nema kršenja člana 2. Prvog protokola uz Evropsku konvenciju, pošto raspeće na zidu u suštini predstavlja pasivni simbol, čiji se uticaj na učenike ne može uporediti sa uticajem koji bi imalo didaktičko nastavničko obraćanje ili učešće u verskim aktivnostima, a koje je pronađeno u ranije pomenutim slučajevima protiv Norveške i Turske zbog sadržaja predmeta kojima se u znatnoj meri davala prednost hrišćanstvu, odnosno islamu.⁷⁹⁸

790 *Isto*, stav 56.

791 *Isto*.

792 *Isto*, stav 57.

793 *Lautsi and Others v. Italy* (VV), predstavka br. 30814/06, presuda od 18. marta 2011.

794 *Isto*, stav 66.

795 *Isto*.

796 *Isto*, stav 68.

797 *Isto*, stav 70.

798 *Isto*, stavovi 72–73, 77.

3.5. POLITIČKA PRAVA I SLOBODE

Uvodne napomene

Politička prava i slobode zajemčene Konvencijom su: sloboda izražavanja, sloboda okupljanja, sloboda udruživanja i pravo na slobodne izbore. Ova prava i slobode su isprepletene i međusobno uslovljena. Sloboda izražavanja je u srži svih političkih prava, te se javlja kao *lex generalis* u odnosu na ostala, posebna politička prava i slobode. Tako, sloboda okupljanja ima karakter kolektivne slobode izražavanja i pre nastanka masovnih medija, a i danas gde god je sloboda izražavanja ugrožena, nedemokratske vlasti strahuju od okupljanja građana.⁷⁹⁹ Sloboda udruživanja je, pak, produžetak lične slobode pojedinca, pre svega slobode izražavanja, omogućavajući mu da utiče na politiku zajednice srazmerno snazi grupe kojoj pripada.⁸⁰⁰ Sloboda okupljanja je od suštinskog značaja za slobodu udruživanja i bez nje udruživanje ne bi bilo moguće. Takođe, iako do ostvarenja slobode okupljanja može doći i na inicijativu pojedinaca, najčešći organizatori skupova su političke stranke, sindikati i druga udruženja. S obzirom na to da li se okupljanje i udruživanje ostvaruju u oblasti civilnog društva ili političkog delovanja uočava se ista tesna veza ovih sloboda i prava na privatnost i slobodne izbore.

Slobode izražavanja, okupljanja i udruživanja, zajedno sa biračkim pravom, javljaju se i kao specifična spona između demokratskog političkog sistema, koji počiva na načelu jednakosti, i liberalne političke ideologije, koja insistira na ideji slobode. Demokratija, shvaćena kao način odlučivanja, i liberalizam, kao sistem vrednosti, ne idu nužno ruku pod ruku. Ipak, nije teško dokazati, isticao je Norberto Bobio, da je najbolje sredstvo protiv svih mogućih oblika zloupotrebe vlasti (a najbolje ne znači savršeno ili nepogrešivo) neposredno ili posredno učešće građana, i to najvećeg mogućeg broja građana, u donošenju zakona. Politička prava su, dakle, prirodna posledica prava na slobodu, odnosno, Jelinekovim rečima *iura activae civitatis* (aktivna građan-

799 P. Wachsmann, *Libertés publiques*, Dalloz, Paris 2005.

800 Videti T. Marinković, *Granice slobode političkog udruživanja – uporednoteorijska studija*, Dosije studio, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Pravosudna akademija, Beograd 2014, 19–24.

ska prava) su najbolje jemstvo za *iura libertatis et civitatis* (prava na slobodu i građanstvo).⁸⁰¹

Iako je značaj navedenih prava i sloboda za demokratski politički sistem primaran, što se potvrđuje, između ostalog, njihovom ranom konstitucionalizacijom i internacionalizacijom, i njihovim označavanjem kao „političkih“, on nije i jedini. Politička prava i slobode, pogotovo sloboda izražavanja, su se vekovima isticala u borbi ne samo za demokratiju, već i za istinu i samoostvarenje pojedinaca i grupa. Istorijski posmatrano, sloboda izražavanja se najpre branila argumentom istine, odnosno značajem otvorene rasprave za saznavanje istine.⁸⁰² Kako je primetio Džon Stjuart Mil (*John Stuart Mill*), „prava šteta od gušenja mišljenja jeste u tome, što se time, potkrada ceo ljudski rod; i potomstvo i savremenici, više oni, koji to mišljenje ne dele, nego oni koji ga dele. Ako je mišljenje ispravno, njima se uskraćuje mogućnost da zabludu zamene istinom; a, ako je ono pogrešno, gube gotovo podjednaku korist da jasnije upoznaju i življe osete istinu, suočavajući je sa zabludom“.⁸⁰³ Konačno, sloboda izražavanja se brani i sa stanovišta njenog značaja za samoostvarenje i napredak pojedinca. Zadiranja u ono što nam je dopušteno da kažemo i pišemo, kao i da čujemo i vidimo, sputava našu ličnost i njen razvoj. Smatrajući da je individualnost jedan od elemenata ljudskog blagostanja, Mil je ukazivao na to da paternalizam, odnosno svako ograničavanje preduzetništva i samoinicijativnosti ljudi, vodi moralnom i intelektualnom zaostajanju i čine ljude podložnim zavođenju i manipulaciji.⁸⁰⁴

3.5.1. Sloboda izražavanja

3.5.1.1. Pojam slobode izražavanja

Sloboda izražavanja je ugrađena u temelje demokratskog društva, i „jedan je od osnovnih uslova za njegov napredak i za razvoj svakog čoveka. [...] Ona se ne primenjuje samo na one ‘informacije’ ili ‘ideje’ koje se primaju s odobravanjem, zato što se smatraju nenapadnim ili je javnost

801 N. Bobio, *Liberalizam i demokratija*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd 1995, 62.

802 E. Barendt, *Freedom of Speech*, Oxford University Press, Oxford–New York 2005, 7.

803 J. S. Mill, „On Liberty“, John Stuart Mill, *On Liberty and Other Essays* (ed. J. Gray), Oxford University Press, Oxford–New York 1991, 21.

804 *Isto*, 62–82.

prema njima ravnodušna, nego isto tako i na one koje mogu da uvrede, zapanje i uznemire državu ili neki deo stanovništva. Takvi su zahtevi pluralizma, tolerancije i širine duha bez kojih ne može biti 'demokratskog društva'⁸⁰⁵.

Ovaj stav Evropskog suda, koga se on dosledno drži od presude *Handisajd protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,⁸⁰⁶ rezimira osnovne argumente za slobodu izražavanja koji su se vekovima kristalisali u političkoj i pravnoj filozofiji, i isticali u borbi za demokratiju, istinu i samoostvarenje pojedina i grupa. Istovremeno, on jasno ukazuju i na karakteristične oblasti slobode izražavanja: politički govor, umetničko izražavanje, akademski rad i trgovačko oglašavanje.

Sloboda izražavanja prema članu 10. „uključuje slobodu posedovanja sopstvenog mišljenja, primanja i saopštavanja informacija i ideja bez mešanja javne vlasti i bez obzira na granice“. Iz slova Konvencije proizlazi da je sloboda izražavanja složeno pravo koje se sastoji od slobode posedovanja sopstvenog mišljenja, slobode saopštavanja informacija i ideja, i slobode primanja informacija i ideja. U praksi Suda se iskristalisalo, u okviru slobode izražavanja, i pravo na pristup informacijama od javnog značaja.

3.5.1.1.1. Sloboda mišljenja

Konvencija izričito jemči „slobodu posedovanja sopstvenog mišljenja“, kao zasebno pravo, ali i kao pretpostavku za uživanje kako slobode primanja informacija i ideja, tako i slobode njihovog saopštavanja. Sloboda izražavanja, naime, počiva na slobodi mišljenja, jer se pojedinac najčešće izražava o pitanjima o kojima je prethodno formirao svoje mišljenje.⁸⁰⁷ Uprkos odsustvu kakvog optičkog čitača misli, odnosno nesavršenosti tehnologija kojima bi se moglo ispitivati ko šta misli, sloboda mišljenja se može narušiti, kao što je to slučaj i sa *foro interno* slobode misli, savesti i veroispovesti.

805 *Handyside v. The United Kingdom*, predstavka br. 5493/72, presuda od 7. decembra 1976, stav 49.

806 S. Dollé, C. Ovey, „Handyside, 35 years down the road“, *Freedom of Expression – Essays in Honour of Nicolas Bratza* (eds. J. Casadevall, E. Myjer, M. O'Boyle, A. Austin), Wolg Legal Publishers, Oisterwijk, 2012, 545–546.

807 G. Cohen-Jonathan, „Article 10“, *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article* (sld. L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert), Economica, 1997, 367.

U praksi Evropskog suda utvrđena je povreda Konvencije u predmetu *Fogt protiv Nemačke* koji se ticao otpuštanja iz javne službe srednjoškolske nastavnice jezika, zbog članstva i delovanja u Nemačkoj komunističkoj partiji, koju su domaći sudovi smatrali neustavnom, mada ta partija nije bila zabranjena.⁸⁰⁸ Nalazeći da je otpuštanje podnositeljke predstavke bilo nesrazmerno narušavanje njene slobode izražavanja, Sud je imao u vidu da nije bilo nikakvih primedaba na njen rad u školi i da njeno delovanje van škole nije bilo samo po sebi protivustavno, kao i da je odluka o njenoj suspenziji bila doneta tek četiri godine od započinjanja disciplinskog postupka, iz čega se moglo zaključiti da vlasti nisu smatrale preko potrebnim da se spreči njen uticaj na đake.⁸⁰⁹ Proizlazi da je podnositeljka predstavke bila kažnjena zbog svog političkog stava izraženog u postupcima koji sami po sebi nisu bili kažnjivi, a sve zbog određenog, specifično nemačkog poimanja prirode službeničke odanosti državi i ustavnoj demokratiji.

Sloboda mišljenja se ugožava i onda kada postoji prisila da se ono izrazi. Dakle, sloboda izražavanja obuhvata kako pozitivnu, tako i negativnu slobodu – mogućnost izbora da se mišljenje ne izrazi. Primera radi, Komitet Ujedinjenih nacija navodi da je „zabranjen svaki oblik pokušaja prisiljavanja sa ciljem da se od nekoga dobije mišljenje koje ima ili koje nema [...]. Sloboda izražavanja svojih mišljenja podrazumeva nužno i slobodu da se ona ne izraze”.⁸¹⁰ Sud je takođe stao na ovo gledište i potvrdio značaj negativnog aspekta slobode izražavanja u predmetu koji se odnosio na slobodu sindikalnog udruživanja.⁸¹¹ Tako se slučaj *Jang, Džejms i Webster protiv Ujedinjenog Kraljevstva* ticao otpuštanja podnosioca predstavke zbog odbijanja da pristupe sindikatu sa kojim je poslodavac naknadno, po njihovom stupanju u radni odnos, zaključio sporazum o obaveznom članstvu zaposlenih (*closed shop agreement*). Pretnja otkazom, koja podrazumeva gubitak sredstava za život, zbog odbijanja članstva u sindikatu sa kojim poslodavac ima zaključen sporazum tipa *closed shop*, jeste, prema mišljenju Suda, najozbiljniji oblik prinude koji dovodi u pitanje slobodu sindikalnog organizovanja.⁸¹²

808 *Vogt c. Allemagne*, predstavka br. 17851/91, presuda od 26. septembra 1995, stavovi 44, 60 i 61.

809 *Isto*, stav 60.

810 *Observation générale No. 34* (art. 19), stav 10.

811 *Young, James and Webster v. the United Kingdom*, predstavke br. 7601/76, 7806/77, presuda od 13. avgusta 1981, stavovi 55, 57 i 66.

812 *Isto*, stav 55.

3.5.1.1.2. Sloboda saopštavanja informacija i ideja

Član 10. stav 1. Konvencije izričito predviđa da „pravo na slobodu izražavanja [...] uključuje slobodu [...] saopštavanja informacija i ideja“. Verna svojim liberalnofilozofskim korenima, Konvencija naglašava *autonomiju* slobode izražavanja precizirajući da se sloboda saopštavanja informacija i ideja ostvaruje „bez mešanja javne vlasti i bez obzira na granice“ (čl. 10. st. 1). To znači da su informacije i ideje koje se saopštavaju sadržinski slobodne, shodno uverenju da i demokratija počiva na pluralizmu i različitosti.

Načelno, Konvencijom su zaštićeni svi oblici izražavanja, bez obzira na medijum. U praksi Evropskog suda je do sada to bio slučaj, između ostalog, sa slikama,⁸¹³ knjigama⁸¹⁴ stripovima,⁸¹⁵ filmovima⁸¹⁶ i internetom.⁸¹⁷ Takođe, kao različiti načini izražavanja su priznati: nošenje odevnih simbola,⁸¹⁸ isticanje transparenata u parlamentu,⁸¹⁹ izjave u novinskom intervjuu,⁸²⁰ članstvo u političkim strankama.⁸²¹

Tekst Konvencije naglašava pravo na slobodu izražavanja „bez mešanja javne vlasti“, što upućuje na negativno držanje vlasti, odnosno obavezu uzdržavanja od uplitanja u ostvarivanje slobode saopštavanja informacija i ideja. Klasični primeri za odgovarajući stav države u tom pogledu jesu sistem slobodnog osnivanja sredstava javnog obaveštavanja („bez odobrenja“) i zabrana cenzure. Istina, sâma Konvencija – ne isključuje mogućnost pribegavanja prethodnim ograničenjima samim tim što član 10. stav 2. navodi da se sloboda izražavanja „može podvrgnuti „formalnostima“, „uslovima“, i „ograničenjima“. Bez obzira na to, Sud na-

813 *Müller et autres c. Suisse*, predstavka br. 10737/84, presuda od 24. maja 1988, stav 28.

814 *Handyside v. The United Kingdom*, stav 43.

815 *Leroy c. France*, predstavka br. 36109/03, presuda od 2. oktobra 2008, stav 27.

816 *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, predstavka br. 13470/87, presuda od 20. septembra 1994, stav 43.

817 *Delfi AS v. Estonia* [VV], predstavka br. 64569/09, presuda od 16. juna 2015, stav 110.

818 *Vajnai v. Hungary*, predstavke br. 33629/06, presuda od 8. jula 2008, stav 47.

819 *Karácsony and Others v. Hungary* [VV], predstavke br. 42461/13, 44357/13, presuda od 17. maja 2016, stav 120.

820 *Barthold c. Germany*, predstavka br. 8734/79, presuda od 25. marta 1985, stav 42.

821 *Vogt c. Allemagne*, stav 44.

pominje da su opasnosti svojstvene prethodnim ograničenjima takve da iziskuju njegovu najpažljiviju proveru, i to naročito kada je u pitanju štampa, jer su vesti „roba kratkoročnog trajanja“ (*perishable commodity*), što znači da odlaganje njihovog objavljivanja, čak i na kraći period, može da ih obezvredi.⁸²²

Međutim, da bi bilo delotvorno, pravo na slobodu saopštavanja informacija i ideja mora imati ne samo vertikalno, već i horizontalno dejstvo, a ono nalaže pozitivno držanje organa javne vlasti i njihovo staranje o tome da ovo pravo ne bude ugroženo postupcima trećih lica.⁸²³ Državne vlasti su dužne, primera radi, da sprovedu istragu i pruže drugu odgovarajuću zaštitu kada je nasilje prema određenom mediju učestalo. U predmetu *Ozgur Gindem protiv Turske* Sud je utvrdio povredu Konvencije, između ostalog, zbog toga što su se u rasponu od dve godine dogodili različiti oblici nasilja (ubistva, fizički napadi, požari) usmereni na datu novinsku kuću, kao i novinare, distributere i druga lica u vezi sa njom, koje država nije istražila.⁸²⁴

3.5.1.1.3. Sloboda primanja informacija i ideja

Član 10. stav 1. Konvencije izričito jemči „slobodu primanja [...] informacija i ideja“. Iako se sloboda izražavanja tradicionalno poistovećuje sa slobodom saopštavanja informacija i ideja, njena suština jeste u njihovom primanju. Naime, „komunikacija“ (*communication*) podrazumeva odnos između pošiljaoca poruke i njenog primaoca: „Sloboda saopštavanja se ne tiče samo slobode slanja, već uzima u obzir i čitaoca, slušaoca, publiku uopšte i njeno pravo da slobodno primi informaciju“.⁸²⁵

Bez obzira na ovo analitičko razlikovanje slobode saopštavanja i primanja informacija i ideja, neophodno je naglasiti i njihovom usku povezanost. Sâm sud to ističe u nizu svojih presuda na gotovo jednoobrazan način. On podseća na obavezu štampe da saopštava informacije i ideje o pitanjima o kojima se raspravlja u političkoj areni, kao i o pitanjima u dru-

822 *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, predstavka br. 13585/88, presuda od 26. novembra 1991, stav 60.

823 Gérard Cohen-Jonathan, 369; F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Presses universitaires de France, Paris 2005, 456–457.

824 *Özgur Gündem c. Turquie*, predstavka br. 23144/93, presuda od 16. marta 2000, stavovi 41 i 46.

825 G. Cohen-Jonathan, 368.

gim područjima od javnog interesa, kako bi zaključio da se naspram zadatka medija da prenose takve informacije i ideje nalazi pravo javnosti da ih prima.⁸²⁶

3.5.1.1.4. Sloboda primanja informacija i ideja

Član 19. stav 2. Pakta o građanskim i političkim pravima, za razliku od člana 10. Konvencije, izričito jemči i slobodu traženja informacija propisujući da „pravo na slobodu izražavanja [...] podrazumeva slobodu traženja [...] obaveštenja i ideja svake vrste“. Iako Konvencija ne poznaje pravo na pristup informacijama od javnog značaja, Evropski sud ga je podveo pod pravo da se primi i saopšti informacija, priznajući i to kao način ostvarenja slobode izražavanja. Sud je ovaj stav zauzeo u presudi *Tarasag a Szabadságjogokert protiv Mađarske*. Pomenutom presudom Sud je dopustio predstavku nevladine organizacije kojoj su mađarske vlasti uskratile pravo da pristupi predlogu za ocenu ustavnosti krivičnog zakonodavstva povodom kojeg je vođen postupak pred Ustavnim sudom Mađarske, navodeći izričito da je došlo „do šireg tumačenja pojma ‘slobode primanja informacija’ [...], a tako i do priznanja prava na pristup informacijama“.⁸²⁷

3.5.1.2. Zadiranje u slobodu izražavanja

Član 10. stav 2. predviđa da se sloboda izražavanja „može podvrgnuti formalnostima, uslovima, ograničenjima ili kaznama“ ukoliko su oni propisani zakonom i neophodni u demokratskom društvu zarad jednog od legitimnih društvenih ciljeva.

3.5.1.2.1. Postojanje zadiranja

Korišćenjem uopštenih izraza kao što su „formalnosti“, „uslovi“, „ograničenja“ i „kazne“ Konvencija dopušta da se najrazličitija zadiranja u slobodu izražavanja protumače kao njene eventualne povrede. Otuda je važno utvrditi koja i čija (ne)činjenja se smatraju zadiranjem u slobodu izražavanja.

Zadiranje u slobodu izražavanja može biti prethodno i naknadno, u zavisnosti od toga da li do njega dolazi pre ili nakon saopštavanja, od-

826 *Lingens c. Autriche*, predstavka br. 9815/82, presuda od 8. jula 1986, stav 41.

827 *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*, predstavka br. 37374/05, presuda od 14. aprila 2009, stavovi 28, 29 i 35.

nosno primanja informacije ili ideje. Prethodno zadiranje se, u praksi Suda, javlja u obliku privremene mere, kao provizorne pravne zaštite, kojom se zabranjuje objavljivanje određenih informacija i ideja do pravnosnažnog okončanja sudskog postupka. To je bio slučaj sa zabranom izrečenom novinskim kućama Obzerver i Gardijen u vezi sa prenošenjem detalja knjige „Lovac na špijuna“, čime bi, prema stavu nacionalnih organa, bili narušeni nacionalna bezbednost i autoritet sudstva.⁸²⁸ Prethodnim zadiranjem u slobodu izražavanja se smatraju i administrativne mere poput upozorenja, a potom i zabrane emitovanja programa zbog zagovaranja mržnje i netrpeljivosti na etničkoj osnovi.⁸²⁹

Ipak, mnogo su češći slučajevi naknadnog zadiranja u slobodu izražavanja informacije ili ideje. To se odnosi, primera radi, na krivičnu osudu zbog: izlaganja opscenih slika,⁸³⁰ uvrede vlade⁸³¹ i zloupotrebjavajućeg uticaja na ishod krivičnog postupka.⁸³² Naknadno zadiranje u slobodu izražavanja informacije ili ideje je i osuda na naknadu štete zbog povrede časti i ugoda sudija ustavnog suda,⁸³³ kao i odluka o oduzimanju knjiga.⁸³⁴ U ovu kategoriju zadiranja spadaju i administrativno (ne)postupanje, poput odbijanja upravnog organa da stavi zainteresovanom licu na raspolaganje informacije od javnog značaja.⁸³⁵ Naknadnim zadiranjem se smatra i otpuštanje: iz državne službe usled članstva i delovanja u političkoj stranci (Nemačkoj komunističkoj partiji).⁸³⁶ Sudski nalog novinaru da saopšti izvor informacije je takođe vid zadiranja u slobodu izražavanja.⁸³⁷

828 *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, stavovi 48–49 i 56.

829 *Özgür Radyo-Ses Radyo Televizyon Yayın Yapım Ve Tanıtım A.Ş. c. Turquie (n° 1)*, stavovi 9–61 i 73.

830 *Müller et autres c. Suisse*, stav 28.

831 *Castells c. Espagne*, predstavka br. 11798/85, presuda od 23. aprila 1992, stavovi 33–34.

832 *Worm c. Autriche*, predstavka br. 83/1996/702/894, presuda od 29. avgusta 1997, stavovi 15 i 36.

833 *Mustafa Erdoğan and Others v. Turkey*, predstavka br. 346/04 i 39779/04, presuda od 27. maja 2014, stav 30.

834 *Sapan c. Turquie*, predstavka br. 44102/04, presuda od 8. juna 2010, stav 29.

835 *Youth Initiative for Human Rights v. Serbia*, predstavka br. 48135/06, presuda od 25. juna 2013, stav24.

836 *Vogt c. Allemagne*, stav 44.

837 *Goodwin v. the United Kingdom*, predstavka br. 17488/90, presuda od 27. marta 1996, stavovi 27–28.

Konačno, u predmetu *Ozgur Gindem protiv Turske* Sud je prihvatio kao vid zadiranja u slobodu izražavanja odsustvo odgovarajuće državne reakcije na različite oblike nasilja (ubistva, fizički napadi, požari) kojima je bila izložena data novinska kuća, kao i novinari, distributeri i druga lica u vezi sa njom.⁸³⁸ Dakle, i nečinjenje (*non facere*) se može smatrati zadiranjem, iz čega proizlazi da države članice imaju ne samo negativnu, već i pozitivnu obavezu u vezi sa slobodom izražavanja.

3.5.1.2.2. Zakonitost zadiranja

Člana 10. stav 2. navodi, između ostalog, da se sloboda izražavanja „može podvrgnuti formalnostima, uslovima, ograničenjima ili kaznama *propisanim zakonom*” [kurziv naš]. U evropskom sistemu zaštite ljudskih prava, načelo zakonitosti ima, pre svega, za cilj da politički legitimiše i pravno formalizuje odluku o opravdanom zadiranju u ljudska prava. Međutim, uzimajući u obzir razliku između kontinentalnog i anglosaksonskog pravnog sistema, Sud je prihvatio nešto šire shvatanje zakona. Termin zakon se, dakle, poima materijalno, a ne formalno. Otuda, u predmetu *Sandey tajms protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, Sud nije pridao značaj činjenici da je institut „nepoštovanja suda” (*contempt of court*) tvorevina precedentnog prava (*common law*), a ne formalnog zakonodavstva.⁸³⁹ Ovo važi i za zemlje kontinentalnog pravnog sistema, te je Sud, u predmetu *Turanšo i Žili protiv Francuske*, prihvatio da se relevantno pravo sastoji od odredbe odgovarajućeg zakona i niza odluka domaćih sudova kojima se ta odredba tumači i primenjuje.⁸⁴⁰

S druge strane, Sud ne svodi načelo zakonitosti samo na pitanje odgovarajućih izvora, već se upušta i u kvalitet tih izvora, rukovodeći se zahtevom pravne sigurnosti. Naime, od presude *Sandey tajms protiv Ujedinjenog Kraljevstva* redovno se ispituje da li je zakon dostupan građanima i da li je nedvosmislen i jasan.⁸⁴¹

838 *Özgur Gündem c. Turquie*, stav 41.

839 *Sunday Times v. the United Kingdom (1)*, predstavka br. 6538/74, presuda od 26. aprila 1979, stav 47.

840 *Tourancheau et July c. France*, predstavka br. 53886/00, presuda od 24. novembra 2005, stav 57.

841 *Sunday Times v. the United Kingdom (1)*, stav 61.

3.5.1.2.3. Legitimnost cilja zadiranja

Da bi bilo dopušteno, zadiranje u slobodu izražavanja mora, pored zadovoljenja uslova zakonitosti, da bude opravdano i potrebom zaštite višeg cilja. Prema članu 10. stav 2. Konvencije to su: nacionalna bezbednost, teritorijalni integritet ili javna bezbednost sprečavanje nereda ili kriminala, zaštita zdravlja ili morala, zaštita ugleda ili prava drugih, sprečavanje otkrivanja obaveštenja dobijenih u poverenju, ili očuvanje autoriteta i nepristrasnosti sudstva. Za razliku od načela zakonitosti koje je steklo svoju jurisprudencijalnu definiciju, ovi pojmovi nisu bliže određeni u praksi Suda, sa izuzetkom „autoriteta i nepristrasnosti sudstva”, te se njihovom razumevanju mora pristupiti kazuistički. Naime, Sud najčešće konstatuje da je neko ograničenje opravdano radi zaštite jednog od legitimnih ciljeva, bez ulaženja u motive za takav stav, mada se tom pitanju neretko vraća prilikom razmatranja „neophodnosti ograničenja u demokratskom društvu”. Takođe, Sud će ući u značenje pojedinih konvencijskih pojmova i zauzeti stav o njima kad dve zvanične jezičke verzije Konvencije – engleska i francuska – navode na različita tumačenja.

Očuvanje autoriteta i nepristrasnosti sudstva se kao osnov zadiranja u slobodu izražavanja relativno često javlja u praksi Suda, bilo zasebno, bilo u vezi sa drugim pravozaštitnim ciljevima, naročito zaštitom ugleda i prava drugih, pre svih sudija i ostalih učesnika u postupku. Naime, Sud je istakao, u presudi *Sandey tajms protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, da „pojam ‘sudstva’ (*pouvoir judiciaire*) podrazumeva aparaturu pravde, odnosno sudsku granu vlasti, kao i sudije u službenom svojstvu. Izraz ‘autoritet sudstva’ naročito uključuje zamisao da su sudovi, a najšira javnost ih tako i prihvata, ogovarajuće mesto za utvrđivanje zakonskih prava i obaveza, te za rešavanje sporova u vezi sa ovima, i, nadalje, da najšira javnost gaji poštovanje i poverenje prema sposobnosti sudova za ostvarenje te funkcije”.⁸⁴² Otuda je u ovom predmetu zaključeno da je privremena zabrana *Sandey tajmsu* da objavi članak o određenom medicinskom leku i postupku koji se vodi u vezi sa njim u skladu sa engleskim pojmom „nepoštovanja suda” (*contempt of court*) koji najvećma odgovara konvencijskoj kategoriji „očuvanja autoriteta i nepristrasnosti sudstva”.⁸⁴³

842 *Sunday Times v. the United Kingdom (1)*, stav 55.

843 *Isto*, stavovi 55–57.

Sprečavanje otkrivanja obaveštenja dobijenih u poverenju je znatno uži pravozaštitni cilj od drugih legitimnih osnova zadiranja u slobodu izražavanja, pa su i predmeti u kojima se on javlja ređi. U predmetu *Štol protiv Švajcarske*, koji se ticao krivične osude novinara zbog objavljivanja informacija o poverljivim diplomatskim pregovorima, Sud je morao da razreši načelno pitanje: primene engleske jezičke verzije Konvencije, koja ovaj pravozaštitni cilj određuje kao „sprečavanje otkrivanja obaveštenja dobijenih u poverenju“ (*for preventing the disclosure of information received in confidence*) ili francuske koja navodi „sprečavanje otkrivanja poverljivih obaveštenja“ (*pour empêcher la divulgation d’informations confidentielles*). Naime, na osnovu engleske verzije, kojoj se priklonio i zvanični prevod Konvencije na srpski jezik, moglo bi se zaključiti da se ovaj osnov zadiranja u slobodu izražavanja primenjuje „samo na osobu koja se nalazi u odnosu poverenja sa tvorcom tajnog dokumenta, te da isključuje iz svog polja primene treća lica, među kojima i medijske poslanike”.⁸⁴⁴ Sud se priklonio značenju koje proističe iz francuske verzije Konvencije jer ono obuhvata „poverljiva obaveštenja koje je objavilo kako lice koje je obavezano čuvanjem tajne, tako i treće lica, a naročito [...] novinar”.⁸⁴⁵

3.5.1.2.4. Neophodnost zadiranja u demokratskom društvu

Zadiranje u slobodu izražavanja ne može da bude zasnovano samo na postojanju odgovarajućeg pravozaštitinog cilja koji je priznat pravnim poretkom, već nadležni državni organi moraju utvrditi i da je ta mera zaista neophodna u demokratskom društvu. U jurisprudenciji Suda, uslov neophodnosti zadiranja u demokratskom društvu razvio u standard koji podrazumeva: utvrđivanje postojanja nužne društvene potrebe za datim zadiranjem, proveru da li je ono srazmerno legitimnim ciljevima koji se žele zaštititi, i ispitivanje da li su obrazloženja koja domaći organi daju, u tom pogledu, relevantna i dovoljna.

3.5.1.2.4.1. Nužna društvena potreba

Da bi se utvrdilo da li postoji nužna društvena potreba (*pressing social need*) i kakve mere treba preduzeti da bi se na nju odgovorilo, domaći organi imaju određenu slobodu procene, s time što ona ide ruku pod ruku sa evropskim nadzorom, a on se odnosi kako na zakonodavstvo,

844 *Stoll c. Suisse*, predstavka br. 69698/01, presuda od 10. decembra 2007, stav 58.

845 *Isto*, stav 61.

tako i na njegovu primenu, uključujući i onu koja potiče od nezavisnih sudova.⁸⁴⁶ Postojanje nužne društvene potrebe je standard čije utvrđivanje zavisi, pre svega, od vrste predmetnog govora. Tako, Sud stoji na stanovištu da član 10. stav 2. Evropske konvencije ne ostavlja mnogo prostora za zadiranje u slobodu izražavanja u oblasti političkog govora ili pitanja od opšteg interesa.⁸⁴⁷ „On pridaje najviši značaj slobodi izražavanja u kontekstu političke rasprave i smatra da su za opravdanje zadiranja u politički govor potrebni veoma jaki razlozi”.⁸⁴⁸

Sud, međutim, snižava prag nužne društvene potrebe u situacijama u kojim „izražena gledišta podstiču na nasilje protiv pojedinca ili javnog zvaničnika ili dela stanovništva”. Tada, „državne vlasti imaju veću slobodu procene prilikom ispitivanja potrebe ograničenja slobode izražavanja”.⁸⁴⁹ Konkretno, kada je reč o govoru mržnje, „Sud podvlači da su tolerancija i poštovanje jednakog dostojanstva svih ljudskih bića osnov demokratskog i pluralističkog društva” i da „se u demokratskim društvima, u načelu, može smatrati neophodnim da se kazne, pa čak i da se spreče, svi oblici izražavanja koji zagovaraju, podstiču, promovišu ili opravdavaju mržnju zasnovanu na netoleranciji”.⁸⁵⁰ Šta se, pri tom, može smatrati govorom mržnje stvar je, globalno posmatrano, doktrinarnog i jurisprudencijalnog sporenja, ali je za praksu Suda karakteristično to da se kreće u pravcu širenja toga pojma, odnosno sužavanja slobode izražavanja, ukoliko se njime podstiče na mržnju i nasilje, ili se stvara atmosfera straha, na diskriminatornoj osnovi.

3.5.1.2.4.2. Načelo srazmernosti

Pitanje prirode i ozbiljnosti zadiranja u slobodu izražavanja, odnosno njegove srazmernosti, se takođe mora uzeti u obzir prilikom utvrđivanja da li je ono neophodno u demokratskom društvu. Kako je Sud primetio, u presudi *Tolstoj Miloslavski protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, iznos svake dosuđene naknade mora „imati razumno srazmeran odnos” prema po-

846 *Zana v. Turkey*, predstavka br. 69/1996/688/880, presuda od 25. novembra 1997, stav 51.

847 *Scharsach et News Verlagsgesellschaft c. Autriche*, predstavka br. 39394/98, presuda od 13. novembra 200, stav 30.

848 *Feldek v. Slovakia*, predstavka br. 29032/95, presuda od 12. jula 2001, stav 83.

849 *Sürek v. Turkey N°1*, predstavka br. 26682/95, presuda od 8. jula 1999, stav 61.

850 *Erbakan c. Turquie*, predstavka br. 59405/00, presuda od 6. jula 2006, stav 56.

vredi ugleda koju je pretrpeo tužilac u pitanju.⁸⁵¹ Otuda je ustanovljena povreda Konvencije u situaciji u kojoj je naknada bila tri puta veća od najveće koju su nacionalni sudovi prethodno dosuđivali. Ovakvom zaključku je doprinela i činjenica da domaće pravo nije sadržalo pravila u vezi sa utvrđenjem srazmernosti. Budući da je takvu naknadu dosudila porota Sud je jasno izrazio očekivanje da nacionalnim sudijama bude priznata određena kontrola u pogledu takvih naknada, ne bi li se one svele na razumnu meru.⁸⁵²

Sud će naročito biti osetljiv prema krivičnim kaznama za ostvarivanje slobode izražavanja.⁸⁵³ Tako, u predmetu *Skalka protiv Poljske* nije se ni postavljalo pitanje opravdanosti kažnjavanja za vređanje domaćeg suda i njegovog neimenovanog, ali, ipak, prepoznatljivog sudije, već je sporna bila konkretna kazna zatvora u trajanju od osam meseci. Priznajući da je, načelno, na nacionalnom sudu da odredi vrstu i dužinu kazne, Sud je podsetio na zajedničke standarde srazmernosti koji se moraju poštovati, a oni se odnose na stepen krivice, ozbiljnost prestupa i eventualno postojanje recidiva.⁸⁵⁴ S obzirom na to da se prestup podnosioca predstavke odnosio na njegovo pismo regionalnom sudu koje se, bez obzira na sadržinu, nije moglo smatrati otvorenim i sveopštim napadom na sudsku vlast, i da mu je to bilo prvi put da je prekoračio granice dopuštene kritike, Sud je utvrdio da strogost kazne prevazilazi ozbiljnost prestupa, te da je došlo do povrede Konvencije.⁸⁵⁵

3.5.1.2.4.3. Relevantni i dovoljni razlozi

Relevantnost razloga se određuje s obzirom na njihov načelni odnos prema legitimnom cilju. Tako je Sud prihvatio kao relevantno u *Sandey tajms protiv Ujedinjenog Kraljevstva* mišljenje Doma lordova da se narušava autoritet sudstva ukoliko se sprovodi novinsko suđenje (*trial by newspaper*) i tako javnost navodi na određeni stav pre nego što sâm sud presudi.⁸⁵⁶ Utvrđivanje postojanja dovoljnih razloga, pak, podrazu-

851 *Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom*, predstavka br. 18139/91, presuda od 13. jula 1995, stav 49.

852 *Isto*, stavovi 49–51.

853 R. C. A. White, C. Ovey, Jacobs, White and Ovey – *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford – New York 2010, 439.

854 *Skalka v. Poland*, predstavka br. 43425/98, presuda od 27. maja 2003, stav 41.

855 *Isto*, stavovi 42–43.

856 *Sunday Times v. The United Kingdom (1)*, stav 63.

meva njihovu konkretizaciju i kontekstualizaciju. Otuda je Sud, u predmetu *Sandey tajms*, razmotrio širi spektar okolnosti u kojem je došlo do izricanja privremene mere zabrane izdavanja osporenog članka, imajući u vidu uravnoteženost stavova iznetih u njemu i opštedruštvenu kampanju koja se vodila u vezi sa odgovornošću proizvođača štetnog leka. Zaključujući da nisu postojali dovoljni razlozi za ograničenje slobode izražavanja Sud je uzeo u obzir da su pregovori o sudskom poravnanju bili dugotrajni i da nije bilo suđenja u trenutku kada je izrečena privremena mera, te da je članak bio o pitanju od nespornog društvenog značaja i da su porodice žrtava imale životni interes da saznaju sve činjenice i moguća rešenja.⁸⁵⁷

U predmetu *Fon Hanover protiv Nemačke* Sud je dao pregled kriterijuma koje treba uzeti u obzir prilikom postizanja ravnoteže između prava na slobodu izražavanja, posebno slobode štampe, i prava na poštovanje privatnog života. Osnovni kriterijum se odnosi na doprinos objavljene informacije (fotografije, članka) debati od opšteg interesa.⁸⁵⁸ Potom je potrebno razmotriti ulogu osobe o kojoj je reč i prirodu aktivnosti koje su tema izveštaja i/ili fotografije. Naime, „dok privatno lice nepoznato javnosti može da zahteva naročitu zaštitu svog prava na privatni život, to ne važi za javne ličnosti. [...] Osnovna razlika koja mora da se povuče odnosi se na izveštavanje o činjenicama koje mogu doprineti debati u demokratskom društvu u vezi sa političarima koji obavljaju svoje zvanične funkcije, na primer, i izveštavanje o pojedinostima iz privatnog života lica koje ne obavlja takve funkcije”.⁸⁵⁹ Od značaja je i ponašanje osobe o kojoj je reč pre objavljivanja izveštaja ili činjenica da su fotografija i informacije vezane za nju već ranije objavljene, s time što „sama činjenica da je neka strana u ranijim prilikama sarađivala sa štampom ne može poslužiti kao argument da se ona liši svake zaštite od objavljivanja fotografije u pitanju”.⁸⁶⁰ Potrebno je ispitati i „način na koji je fotografija ili izveštaj objavljen i način na koji je osoba u pitanju predstavljena na fotografiji ili u izveštaju”, kao i „razmere u kojima su izveštaj i fotografija distribuirani [...] u zavisnosti od toga da li je novina nacionalnog ili lokalnog karaktera i da li ima veliki ili ograničeni tiraž”.⁸⁶¹

857 *Isto*, par. 64–67.

858 *Von Hannover v. Germany* (no. 2), predstave br. 40660/08, 60641/08, presuda od 7. februara 2012, stav 109.

859 *Isto*, stav 110.

860 *Isto*, stav 111.

861 *Isto*, stav 112.

I, posebno, kada je reč o fotografijama, „ne smeju [se] prenebregnuti kontekst i okolnosti u kojima su objavljene fotografije snimljene“, naime „da li je fotografisano lice dalo saglasnost da bude fotografisano i da te fotografije budu objavljene [...] ili je to učinjeno bez njegovog znanja ili kradom ili uz pomoć drugih nezakonitih sredstava“. U tom kontekstu, mora se uzeti u obzir i „priroda ili ozbiljnost zadiranja u privatnost i posledice objavljivanja fotografije osobe u pitanju“.⁸⁶²

3.5.2. Sloboda okupljanja

3.5.2.1. Pojam slobode okupljanja

„Sloboda okupljanja je osnovno pravo u demokratskom društvu, i poput slobode izražavanja jedan je od temelja tog društva. Otuda, ona se ne može usko tumačiti“.⁸⁶³ U skladu sa ovim načelnim i doslednim stavom Evropskog suda, sloboda okupljanja, zaštićena stavom Članom 11. stav 1. Konvencije, obuhvata skupove različite po obliku, povodu i sadržini poruke koja se sa njih upućuje. Kada je reč o obliku, sloboda okupljanja se odnosi kako na privatne skupove, tako i na one na javnom mestu,⁸⁶⁴ skupove u obliku demonstracija⁸⁶⁵ i marševa⁸⁶⁶, i statične, koji nisu u pokretu.⁸⁶⁷ Okupljanja mogu biti najrazličitija i u sadržinskom smislu: politička,⁸⁶⁸ verska (duhovna),⁸⁶⁹ kulturna,⁸⁷⁰ socijalna,⁸⁷¹ i dr.

U skladu sa stavom Suda da se sloboda okupljanja mora tumačiti u svetlosti slobode izražavanja, jer je smisao okupljanja da se izraze mišljenja i ideje,⁸⁷² član 11. štiti i okupljanje koje može da „iritira ili vređa osobe

862 *Isto*, stav 113.

863 *Djavit An v. Turkey*, predstavka br. 20652/92, presuda od 9. jula 2003, stav 56.

864 *Rassemblement Jurassien et Unité Jurassienne c. Suisse*, predstavka br. 8191/78, presuda od 10. oktobra 1979, stav 3.

865 *Oya Ataman c. Turquie*, predstavka br. 74552/01, presuda od 5. decembra 2006.

866 *Christians against Racism and Fascism v. the United Kingdom*, predstavka br. 8440/78, presuda od 16. jula 1980.

867 *Cissé c. France*, predstavka br. 51346/99, presuda od 9. aprila 2002.

868 *Isto*.

869 *Barankevich v. Russia*, predstavka br. 0519/03, presuda od 26. jula 2007.

870 *Gypsy Council v. the United Kingdom*, predstavka br. 66336/01, presuda od 14. maja 2002.

871 *Isto*.

872 *Ezelin c. France*, predstavka br. 11800/85, presuda od 26. aprila 1991, stav 37.

koje se protive idejama ili zahtevima koje ono nastoji da promoviše” ili na kojem se izražavaju mišljenja „o visoko kontroverznom pitanjima koja se tiču zajednice”.⁸⁷³

Jedini uslov koji član 11. stav 1. poznaje da bi organizovanje skupa i učešće na njemu moglo da se podvede pod slobodu okupljanja jeste da je ono „mirno”. Sud je u svojoj praksi potvrdio „da član 11. Konvencije štiti isključivo pravo na ‘mirno okupljanje’ i precizirao da se pod taj pojam ne mogu podvesti „demonstracije na kojima organizatori i učesnici imaju namere da upotrebe nasilje”.⁸⁷⁴ Ovakvo određenje pojma okupljanja u Konvenciji i praksi Suda može se razumeti s obzirom na to da je okupljanje, kao vid izražavanja mišljenja, simbolički govor i da je u tom smislu potencijalno opasniji od klasičnog govora, koji i sâm ne podrazumeva pravo na verbalno nasilje ili pozivanje na fizičko nasilje.

Pored uslova da je okupljanje mirno, sloboda okupljanja na javnim mestima može biti uslovljena i obavezom prijavljivanja skupa. Skup koji je prijavljen, kada takva obaveza postoji, i nije zabranjen, „uživa pretpostavku zakonitosti, što je jedan od suštinskih uslova za ostvarenje slobode okupljanja i slobode izražavanja, delotvorno i bez prepreka”.⁸⁷⁵ Iako sama Konvencija ne poznaje ovu obavezu, Sud je zauzeo stanovište da se njeno propisivanje ne može smatrati zadiranjem u pravo na slobodno okupljanje i da je, prema tome, isključeno njegovo razmatranje u smislu člana 11. stav 2. Konvencije.⁸⁷⁶ Naime, organizovanje javnog skupa zahteva iznalaženje različitih praktičnih rešenja u pogledu određivanja vremena, prostora, režima saobraćaja i drugih okolnosti zbog čega je neophodna bar minimalna saradnja organizatora skupa sa vlastima. S druge strane, država ima obavezu da obezbedi neometano održavanje skupa što iziskuje i njeno blagovremeno obaveštavanje o planiranim demonstracijama. Tako je u predmetu *Ziliberberg protiv Moldavije* Sud odbacio, kao očigledno neosnovanu, predstavku koja se ticala prekršajnog kažnjavanja zbog učešća na demonstracijama

873 *Plattform Ärzte für das Leben v. Austria*, predstavka br. 10126/82, presuda od 21. juna 1988, stav 32.

874 *Stankov and United Macedonian Organization Ilinden v. Bulgaria*, predstavke br. 29221/95, 29225/95, presuda od 2. oktobra 2001, stav 77.

875 *Baczkowski c. Pologne*, predstavka br. 1543/06, presuda od 3. maja 2007, stav 67.

876 *Rassemblement Jurassien et Unité Jurassienne c. Suisse*, stav 3.

koje nisu bile prijavljene, iako se podnosiocu predstavke nije moglo prigovoriti ni da se ponašao nasilno, ni da je imao nasilne namere.⁸⁷⁷ *A contrario*, ako je skup prijavljen, odnosno nije zabranjen i učesnik u njemu nije počinio ništa sporno (*repréhensible*), „sloboda učešća u mirnom okupljanju [...] je od takvog značaja da ne može biti podvrgnuta nikakvom ograničenju“.⁸⁷⁸

Sloboda okupljanja se tradicionalno shvata kao pravo aktivnog i negativnog statusa. Ona je pravo aktivnog statusa u tom smislu što omogućava pojedincima i organizacijama da izraze svoje stavove o opštedruštvenim pitanjima i da na taj način utiču na stvaranje javnog mnjenja i vođenje državne politike. Otuda Evropski sud tumači član 11, uprkos njegovoj autonomnosti i specifičnosti, u svetlosti člana 10, i u tom pogledu posebno uzima u obzir da je zaštita mišljenja i ideja jedan od ciljeva slobode okupljanja, te da član 10. stav 2. Konvencije ostavlja malo prostora za ograničenje slobode izražavanja u oblasti političkog govora i pitanja od opšteg značaja.⁸⁷⁹ Kao pravo negativnog statusa sloboda okupljanja podrazumeva obavezu države da se uzdrži od svakog uplitanja u ostvarenje slobode okupljanja, uključujući tu i slobodu kontraokupljanja. Sud je naime zauzeo stav da je „bezuslovna zabrana kontramanifestacije krajnja mera koja zahteva naročito opravdanje“.⁸⁸⁰

Očigledno je, međutim, da puno uživanje slobode okupljanja nekada zahteva i pozitivno držanje organa reda. Čak i kada je okupljanje, po sebi, mirno, ono može dovesto do nereda ukoliko se protiv njega organizuje kontraskup, takođe s pozivom na slobodu okupljanja. U slučaju austrijskih lekara čije su demonstracije protiv abortusa bile remećene kontraokupljanjima njihovih neistomišljenika Sud je zaključio da učesnicima mora biti omogućeno održavanje skupa, bez straha da će biti izloženi fizičkom nasilju protivnika. Naime, pravo na kontrademonstracije ne može sprečiti pravo na demonstracije. Prema tome, sloboda okupljanja nije svedena samo na obavezu države da se ne upliće u ostvarenje ove slobode, već podrazumeva i obavezu da preduzme odgovarajuće

877 *Ziliberg v. Moldova*, predstavka br. 61821/00, presuda od 4. maja 2004.

878 *Ezelin c. France*, stav 53.

879 *Stankov and United Macedonian Organization Ilinden v. Bulgaria*, stav 88; *Ollinger c. Autriche*, predstavka br. 76900/01, presuda od 29. septembra 2006, stav 38.

880 *Ollinger c. Autriche*, stav 44.

mere, čak i da se umeša u odnose između pojedinaca, kako bi se omogućilo mirno održavanje zakonitih demonstracija.⁸⁸¹

3.5.2.2. *Zadiranje u slobodu okupljanja*

Sloboda okupljanja, zajemčena članom 11. stav 1. može biti ograničena, pod uslovima predviđenim stavom 2. istog člana. Ti uslovi su: da je ograničenje propisano zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti ili javne bezbednosti, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih. No, prethodno je potrebno ispitati šta se podrazumeva pod zadiranjem u slobodu okupljanja.

3.5.2.2.1. *Postojanje zadiranja*

Zadiranje u slobodu okupljanja može da se ispolji na različite načine, i kako Sud konstantno ističe ne ograničava se na represivne mere koje javna vlast preuzima pre ili u toku okupljanja, već obuhvata i one do kojih dolazi nakon njega.⁸⁸² Tako će se zadiranjem u slobodu okupljanja smatrati zabrana organizovanja okupljanja,⁸⁸³ upotreba suzavca da se demonstracije rasprše,⁸⁸⁴ evakuacija demonstranata,⁸⁸⁵ kao i disciplinsko,⁸⁸⁶ prekršajno⁸⁸⁷ i krivično kažnjavanje⁸⁸⁸ organizatora i učesnika skupa. Pored ovih klasičnih oblika narušavanja slobode okupljanja kao prava aktivnog i negativnog statusa, zadiranjem u ovu slobodu će se smatrati i propuštanje organa vlasti da zaštite demonstrante od nasilja onih koji se protive njihovim idejama.⁸⁸⁹

3.5.2.2.2. *Načelo zakonitosti*

Da bi bilo opravdano, zadiranje u slobodu okupljanja mora biti uređeno zakonom, s time što Sud shvata pojam zakona nešto šire, uvažavajući razliku između kontinentalnog i anglosaksonskog pravnog siste-

881 *Plattform Ärzte für das Leben v. Austria*, stav 32.

882 *Ezelin c. France*, stav 39.

883 *Stankov and United Macedonian Organization Ilinden v. Bulgaria*, stavovi 79–80.

884 *Oya Ataman c. Turquie*, stavovi 30 i 43.

885 *Cissé c. France*, stav 40.

886 *Ezelin c. France*, stav 41.

887 *Ziliberberg v. Moldova*.

888 *Osmani and Others v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, predstavka br. 50841/99, presuda od 11. oktobra 2001.

889 *Plattform Ärzte für das Leben v. Austria*, stav 32.

ma. „Zakon“ se poima materijalno, a ne formalno, tako da obuhvata celokupno pisano pravo, uključujući tu i podzakonske akte i sudsku praksu koja ih tumači.⁸⁹⁰ Shodno jurisprudenciji Evropskog suda zakoni kojima se ograničava sloboda okupljanja moraju da budu formulirani dovoljno precizno da omoguće „svakome da, po potrebi i uz odgovarajuću stručnu pomoć, predvidi, do razumnog stepena u datim okolnostima, posledice svojih postupaka“.⁸⁹¹ Pritom, Sud ne gubi iz vida „da je nemoguće postići apsolutnu preciznost u pisanju zakona, naročito u oblastima u kojima se kategorije menjaju u skladu sa evolucijom društvenih koncepcija“.⁸⁹² Ipak, nesporno je da „nepozivanje domaćih sudova na bilo koju zakonsku odredbu, kao osnov ograničenja, i očigledne nedoslednosti sudske prakse u odnosu na domaće zakonodavstvo, mogu biti osnov za ocenu da data zakonska odredba ne ispunjava uslov predvidljivosti“.⁸⁹³

3.5.2.2.3. Legitimnost cilja zadiranja

Član 11. stav 2. Evropske konvencije propisuje da zadiranje u slobodu okupljanja može biti opravdano ako je, između ostalog „u interesu nacionalne bezbednosti ili javne bezbednosti, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih“. Države su uglavnom uspešne u dokazivanju ispunjenosti ovog uslova, pozivajući se najčešće na „sprečavanje nereda ili kriminala“ kao osnov zadiranja u slobodu okupljanja.⁸⁹⁴

No i kada prihvati da je „zaštita reda“ legitimni cilj zadiranja u pravo na mirno okupljanje, Sud prilikom ispitivanja neophodnosti ograničenja u demokratskom društvu, uzima u obzir i druge interese koji se štite ograničenjem slobode okupljanja. Primera radi, u slučaju evakuacije demonstranata koji su zauzeli crkvu u Parizu Evropski sud je imao u vidu da se zdravlje štrajkača glađu pogoršavalo i da su sanitarni uslovi postajali sve lošiji.⁸⁹⁵ Sud se takođe izjašnjava i o argumentima odbrane s kojima se ne slaže. Tako je pomenutom predmetu, odgova-

890 *Kervanci c. France*, predstavka br. 31645/04, presuda od 4. decembra 2008, stav 52.

891 *Ezelin c. France*, stav 45.

892 *Isto*.

893 *Mkrtchyan v. Armenia*, predstavka br. 6562/03, presuda od 11. januara 2007, stav 39.

894 Vid. *Ezelin c. France*, stav 47.

895 *Cissé c. France*, stavovi 46 i 52.

rajući na stavove države, istakao da to što podnositeljka predstavke – učesnica demonstracija protiv imigracione politike francuske vlade – nema boravišnu dozvolu u Francuskoj, i u tom smislu se nalazi u ne-regularnoj situaciji, ne opravdava povredu njenog prava na slobodu okupljanja.⁸⁹⁶

3.5.2.2.4. Neophodnost zadiranja u demokratskom društvu

Prilikom ispitivanja neophodnosti zadiranja u pravo na mirno okupljanje u demokratskom društvu Evropski sud polazi od pretpostavki da je „demokratija [je] osnovni element evropskog javnog poretka“. Sud je izrekao da je „Konvencija [je] usmerena na očuvanje i unapređenje ideja i vrednosti demokratskog društva“, odnosno „da je demokratija jedini politički model koji je predviđen Konvencijom, i jedini koji bi bio u skladu sa njom“.⁸⁹⁷ Ove polazne osnove navode Sud da zaključi da je jedini oblik „neophodnosti“ koji je podoban da opravda zadiranje u slobodu okupljanja onaj za koji se može reći da proističe iz „demokratskog društva“.⁸⁹⁸ Prema tome, „države moraju ne samo da obezbede pravo da se mirno okuplja, već i da se uzdrže od primenjivanja nerazumnih posrednih ograničenja tog prava. S obzirom na suštinsku prirodu slobode okupljanja i njenu blisku vezu sa demokratijom, moraju postojati uverljivi i ubedljivi razlozi za opravdanje zadiranja u to pravo“.⁸⁹⁹

U ispitivanju navodne povrede Konvencije, uloga Suda je da „utvrdi da li je država primenjivala svoju diskreciju razumno, pažljivo i u dobroj veri. On takođe mora da sagleda osporeno zadiranje u svetlosti celine slučaja i da ustanovi da li je ono bilo ‘srazmerno legitimnom cilju kojem je bilo usmereno’, kao i da li su razlozi koje su iznele nacionalne vlasti da opravdaju zadiranje ‘odgovarajući i dovoljni’. Postupajući tako, Sud mora da se uveri da su nacionalne vlasti primenjivale standarde koji su bili u saglasnosti sa načelima oličenim u članovima 10. i 11, i, štaviše, da su zasnovale svoje odluke na prihvatljivoj proceni odgovarajućih činjenica“.⁹⁰⁰ Ovakvog pristupa Sud se drži bez obzira na to da li je reč

896 *Isto*, stavovi 8 i 50.

897 *Baczkowski c. Pologne*, stav 61.

898 *Isto*.

899 *Sergey Kuznetsov v. Russia*, predstavka br. 10877/04, presuda od 23. oktobra 2008, stav 40.

900 *Isto*, stav 41.

o ispitivanju represivnih mera koje javna vlast preduzima pre održavanja planiranog skupa (zabrana njegovog održavanja), dok je on u toku (njegovu privremeno okončanje dejstvom organa reda) ili nakon što je održan (kažnjavanje organizatora i učesnika skupa).

U slučaju *Bukta i drugi protiv Mađarske* Sud je razmatrao pitanje privremenog okončanja neprijavljenog skupa putem intervencije organa reda. Naime, podnosioci predstavke su osporavali policijsko rasturanje okupljanja, oko 150 osoba, kojim se želelo izraziti neslaganje sa učešćem mađarskog premijera na prijemu koji je u Budimpešti priredio rumunski premijer, i to ispred hotela u kojem se prijem održavao. O okupljanju nisu obavestili policiju budući da je mađarski premijer potvrdio svoje učešće na prijemu dan uoči njegovog održavanja, a mađarsko pravo propisuje da se skup prijavljuje najmanje tri dana unapred.⁹⁰¹ Uprkos svojoj doslednoj praksi da se obaveza prijavljivanja skupa ne može smatrati oblikom zadiranja u slobodu okupljanja, Sud je u ovom predmetu zaključio da se rasturanje mirnog okupljanja, koje nije bilo prijavljeno, ne može smatrati neophodnim u demokratskom društvu u ostvarenju ciljeva kojima se težilo.⁹⁰² Pri tom, Sud je imao u vidu da u konkretnom slučaju javnost nije bila obavještena blagovremeno o učešću mađarskog premijera na pomenutom prijemu što je podnosiocima predstavke stavljalo pred dilemu: da odustanu potpuno od svog prava na mirno okupljanje ili da ga ostvare uz nepoštovanje zakonskih rokova.⁹⁰³ Evropski sud je takođe uzeo u obzir i to da se ne može reći kako su podnosioci predstavke predstavljali opasnost po javni poredak, osim manjih poremećaja koje neizbežno stvara svaki skup na javnom prostoru.⁹⁰⁴ U tom kontekstu, Sud je zauzeo stanovište da „u posebnim okolnostima kada se može opravdati momentalna reakcija na određeni politički događaj, koji bi imao oblik mirnog okupljanja, njegovo rasturanje sa jednim obrazloženjem da obaveza prethodnog prijavljivanja nije bila poštovana, uz ponašanje učesnika koje nije suprotno zakonu, je nesrazmerno ograničenje slobode mirnog okupljanja”.⁹⁰⁵

901 *Bukta et autres c. Hongrie*, predstavka br. 25691/04, presuda od 17. jula 2007, stavovi 7–10.

902 *Isto*, stavovi 35 i 38.

903 *Isto*, stav 35.

904 *Isto*, stav 37.

905 *Isto*, stav 36.

3.5.3. Sloboda udruživanja

3.5.3.1. Pojam slobode udruživanja

Pojam udruživanja, pravno posmatrano, složeniji je od okupljanja. Naime, postoje različiti pravni oblici udruživanja, dok se sloboda okupljanja ostvaruje u jednom jedinstvenom pravnom režimu. Sloboda udruživanja podrazumeva trajnije oblike okupljanja pojedinaca radi postizanja zajedničkih interesa u različitim oblastima društvenog života (politike, sporta, kulturne, dobrotvorne i druge delatnosti). Član 11. Konvencije izričito pominje jedino sindikate, ali nema nikakve sumnje da se pod udruženjima, i to sa posebnim statusom, podrazumevaju i političke stranke, kao i neprofitne nevladine organizacije i drugi oblici udruživanja građana. Tako, Evropski sud naročito ističe ulogu političkih stranaka smatrajući da je „od suštinskog [je] značaja za demokratiju da dopusti različitim političkim programima da budu predloženi i izloženi raspravi, čak i onima koji dovode u pitanje način na koji je država trenutno organizovana, pod uslovom da ne narušavaju samu demokratiju”.⁹⁰⁶

3.5.3.1.1. Udruženje kao autonomni koncept

Sud pridaje pojmu udruživanja autonomno značenje. Naime, udruženjima se smatraju i oni oblici organizovanja koji nemaju takav status u nacionalnom pravu. Smisao autonomnog određenja ovog pojma je u tome da se države spreče u eventualnom sužavanju slobode udruživanja drugačijim definisanjem udruženja svojim unutrašnjim propisima. Tako je Sud prihvatio predstavku koja se odnosila na opštinska i međopštinska lovačka udruženja, iako su u francuskom pravu ona imala status javnopravnih lica.⁹⁰⁷

Neophodno je istaći da se udruženjima, u smislu člana 11, ne smatraju ni profesionalne organizacije koje su javne vlasti osnovale i na koje su prenele određene javne funkcije. Otuda se Sud saglasio sa državom da je lekarsko udruženje (*Ordre des Médecins*) koje je osnovao Parlament i koje, kao deo državne strukture, raspolaže upravnim, regulativnim i disciplinskim ovlašćenjima, javnopravna ustanova koja izlazi iz delokru-

906 *Parti socialiste et autres c. Turquie*, predstavka br. 21237/93, presuda od 25. maja 1998, stav 47, *in fine*.

907 *Chassagnou et autres c. France*, predstavke br. 25088/94, 28331/95, 28443/95, presuda od 29. aprila 1999, stavovi 13, 100 i 102.

ga člana 11.⁹⁰⁸ Sud je tom prilikom istakao obeležja javnopravnih udruženja: da su osnovana zakonom, a ne voljom pojedinaca; da u svojim redovima imaju zaposlene koji su državni službenici; da imaju za cilj ostvarenje opšteg interesa; i da raspolažu javnopravnim (upravnim, normativnim i disciplinskim) prerogativima.⁹⁰⁹

3.5.3.1.2. Sadržina prava na slobodu političkog i drugog organizovanja

Pojam slobode udruživanja je određen i posebnim pravima koja su njome obuhvaćena. To su, pre svega, pozitivna i negativna sloboda udruživanja, kao i zaštita od samovoljne zabrane rada udruženja (o zabrani vid. *infra*). Pozitivna sloboda udruživanja podrazumeva pravo osnivanja udruženja, uključujući tu i njegovo registrovanje kao pravnog lica, i pravo da se bude član udruženja bez uplitanja organa javne vlasti. Osnivanje pravnog lica u cilju vođenja zajedničkih aktivnosti njegovih članova je, kako je istakao Sud, jedan od najvažnijih aspekata prava na slobodu udruživanja, bez koga ovo pravo ne bi imalo praktični smisao.⁹¹⁰ Sud naročito ukazuje na značaj ovog aspekta slobode udruživanja za lica koja pripadaju manjinama, uključujući tu nacionalne i etničke manjine, smatrajući da osnivanje udruženja može biti od pomoći manjinskim grupama da sačuvaju i odbrane svoja prava.⁹¹¹ Otuda je Sud vrlo kritičan prema zadiranju u slobodu udruživanja odbijanjem organa vlasti da registruju udruženje, naročito ako se čini da ciljevi udruženja nisu u suprotnosti sa javnim redom.⁹¹² Naime, Sud daje prednost aposteriornoj kontroli aktivnosti udruženja, pošto ono prethodno bude registrovano, u odnosu na apriorno i apstraktno ispitivanje njegove zakonitosti.⁹¹³ Ovakav stav Sud ima i kada je reč o zabrani političkih stranaka neposredno po njihovom osnivanju.⁹¹⁴

908 *Le Compte, van Leuven et de Meyere c. Belgique*, predstavke br. 6878/75 i 7238/75, presuda od 23. juna 1981, stav 65.

909 *Isto*, stav 64.

910 *Gorzelik et autres c. Pologne* [VV], predstavka br. 44158/98, presuda od 17. februara 2004, stav 88.

911 *Isto*, stavovi 92–93.

912 *Upor. Sidiropoulos et autres c. Grèce*, predstavka br. 26695/95, presuda od 10. jula 1998, stav 44.

913 *Maison de la civilisation macédonienne et autres c. Grèce*, predstavka br. 1295/10, presuda od 9. jula 2015, stav 42.

914 *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, predstavka br. 19392/92, presuda od 30. januara 1998, stav 57.

Konačno, član 11. Konvencije podrazumeva ne samo pozitivnu, već i negativnu slobodu udruživanja – pravo da se ostane izvan svakog udruženja. Naime, povodom predstavi čiji su podnosioci bili obavezni da se priključe udruženju lovaca, iako su se protivili lovu na moralnim osnovama, Sud je zauzeo načelan stav. Taj stav kaže da „prisiljenje osobe zakonom da se priključi nekom udruženju, koje je suštinski suprotno njegovim uverenjima [...] ide dalje od onoga što je neophodno da bi se osiguralo pravično uravnoteženje suprotstavljenih interesa, te se ne može smatrati srazmernim cilju kome se teži”.⁹¹⁵

S druge strane, smatra se, saglasno članu 17. Konvencije, da uopšte ne postoji sloboda udruživanja za one grupe koje zloupotrebljavaju prava zajemčena Konvencijom, odnosno koje se služe sredstvima i teže ciljevima kojima se podrivaju vrednosti na kojima počiva Konvencija. Sud je odbio da se upusti u ispitivanje zabrane osnivanja „Nacionalnog i patriotskog udruženja poljskih žrtava boljševizma i cionizma”, naročito s obzirom na one delove programa Udruženja u kojima se tvrdilo da jevrejska manjina progoni Poljake i da postoji nejednakost među njima, što se moglo razumeti kao oživljavanje antisemitizma.⁹¹⁶

3.5.3.1.3. Sadržina prava na slobodu sindikalnog organizovanja

Sloboda sindikalnog organizovanja je jedini oblik udruživanja koji je izričito naveden u članu 11. i jurisprudencija koja se u tom pogledu razvila nije zanemarljiva. Ipak, Evropski sud ne pridaje sindikatima ništa veći značaj nego drugim vidovima organizovanja. Štaviše, Sud restriktivno tumači pojam „zaštite interesa”, koji Konvencija neposredno vezuje za sindikalno organizovanje.

Nesporno je da je „prevashodni cilj člana 11. da zaštiti pojedinca od arbitrarnog mešanja javnih vlasti u ostvarenje zaštićenih prava”.⁹¹⁷ Dakle, državi se nameće obaveza uzdržavanja od uplitanja u sindikalno osnivanje i organizovanje. Međutim, država ima i dužnost da uspostavi pravni okvir koji će omogućiti sindikalno organizovanje, ali i da zagarantuje da niko neće biti prinuđen na sindikalno organizovanje, a po-

915 *Chassagnou et autres c. France*, stavovi 114 i 117.

916 *W.P. and Others v. Poland*, predstavka br. 42264/98, presuda od 2. septembra 2004.

917 *Wilson, National Union of Journalists and others v. the United Kingdom*, predstavke br. 30668/96, 30671/96, 30678/96, presuda od 2. jula 2002, stav 41.

gotovo ne ako bi to podrazumevalo povredu još nekog konvencijskog prava. Prema tome, mora biti obezbeđena kako pozitivna, tako i negativna sloboda sindikalnog organizovanja. Ipak, u slučaju *Jang, Džejms i Vebster protiv Ujedinjenog Kraljevstva* Sud je precizirao da član 11. ne garantuje negativni aspekt slobode sindikalnog organizovanja na isti način kao pozitivni – obaveza pristupanja sindikatu (*closed shop agreement*) ne mora nužno biti suprotna Konvenciji. Međutim, pretnja otkazom, koja podrazumeva gubitak sredstava za život, jeste najozbiljniji oblik prinude koji pogađa samu suštinu slobode zajemčene članom 11. Konvencije.⁹¹⁸ Iako je kasnije formalno priznao da član 11. podrazumeva negativno pravo udruživanja, Sud nije potvrdio da je ono na istom nivou kao i pozitivno pravo.⁹¹⁹

Drugi vidovi borbe i zaštite radničkih interesa, poput kolektivnog pregovaranja ili prava na štrajk, nisu navedeni u Konvenciji, pa ih Sud i ne priznaje, osim ako njihovo nepriznavanje ili ograničavanje nije takve prirode da dovodi u pitanje samu slobodu sindikalnog organizovanja ili ukoliko nije omogućen drugi način da se ti interesi izraze. Sud je istakao da član 11. daje svakoj državi slobodan izbor sredstava koje će ponuditi u omogućavanju izražavanja radničkih interesa. Priznavanje prava na štrajk je, bez sumnje, jedno od najvažnijih sredstava, ali postoje i druga sredstva. Takvo pravo, koje nije izričito utemeljeno u članu 11. može biti regulisano domaćim zakonima i to tako da ograničava njegovo vršenje u određenim slučajevima.⁹²⁰

3.5.3.2. Zadiranje u slobodu udruživanja

Sloboda udruživanja, zajemčena članom 11. stav 1. može biti ograničena, pod uslovima predviđenim stavom 2. istog člana. Ti uslovi su: da je ograničenje propisano zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti ili javne bezbednosti, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih. No, prethodno je potrebno ispitati šta se podrazumeva pod zadiranjem u slobodu udruživanja.

918 *Young, James and Webster v. the United Kingdom*, predstavke br. 7601/76, 7806/77, presuda od 13. avgusta 1981, stav 55.

919 *Sigurdur A. Sirgurjonsson v. Iceland*, predstavka br. 16130/90, presuda od 30. juna 1993, stav 35.

920 *Schmidt and Dahlstrom v. Sweden*, predstavka br. 5589/72, presuda od 6. februara 1976, stav 36.

3.5.3.2.1. Postojanje zadiranja

U skladu sa sadržinom prava na slobodu udruživanja, zadiranje u ovu slobodu se može ispoljiti u obliku odbijanja upisa udruženja u odgovarajući registar,⁹²¹ prisiljavanja na pristupanje određenom udruženju⁹²² i zabranom udruženja.⁹²³ Kada je reč o merama koje neposredno i isključivo pogađaju organizaciju, zabana je praktično najteži oblik zadiranja u slobodu udruživanja. Ako se uporedi sa odbijanjem registracije, videće se da administrativni uslovi, koje udruženje treba da zadovolji da bi bilo registrovano, ne izazivaju posebne dileme u praksi, kao pitanje njegove zabrane (pre svega, koji stepen opasnosti po demokratsko društvo treba da bude dokazan). I drugo, posledice zabrane mnogo su ozbiljnije nego što je to odbijanje upisa. Kako je primetio Sud, iako i odbijanje da se odobri upis udruženja ili političkih stranaka i njihova zabrana imaju radikalne posledice, u slučaju prvopomenute mere one su manje ograničavajuće, jer ih je lakše prevazići novom prijavom za upis u registar.⁹²⁴

3.5.3.2.2. Zakonitost zadiranja

Da bi bilo opravdano, zadiranje u slobodu udruživanja mora biti uređeno zakonom, s time što Evropski sud, uvažavajući razliku između kontinentalnog i anglosaksonskog pravnog sistema, podrazumeva pod zakonom ne samo akte parlamenta donete u zakonodavnom postupku, već i sudske precedente, preuzete međunarodne obaveze, pa čak i sekundarne izvore, kao što su uredbe izvršne vlasti i unutrašnje pravilnike. Iz jurisprudencije Suda proizlazi da je „jedan od zahteva koji proističe iz izraza ‘propisano zakonom’ [je] predvidljivost. Znači da se norma ne može smatrati ‘zakonom’ ako nije formulisana dovoljno precizno da omogući građaninu da usaglasi svoje ponašanje: on mora biti u stanju – ako treba uz pomoć prikladnog saveta – da predvidi, u meri u kojoj bi to bilo razumno, posledice koje bi neki postupak mogao da proizvede.

921 Videti *Maison de la civilisation macédonienne et autres c. Grèce*.

922 Videti *Chassagnou et autres c. France*.

923 Videti *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [VV], predstavke br. 41340/98 *et al.*, presuda od 13. februara 2003; *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, predstavke br. 25803/04, 25817/04, presuda od 30. juna 2009; *Eusko Abertzale Ekintza – Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV) c. Espagne* (no 2), predstavka br. 40959/09, presuda od 15. januara 2013; *Vona v. Hungary*, predstavka br. 35943/10, presuda od 9. jula 2013.

924 *United Macedonian Organisation Ilinden – PIRIN and Others v. Bulgaria* (No. 2), predstavke br. 41561/07, 20972/08, presuda od 18. oktobra 2011, stav 94.

Te posledice ne moraju da budu potpuno predvidljive: iskustvo je pokazalo da je tako nešto neostvarljivo. S druge strane, mada je potpuna predvidljivost veoma poželjna, ona može da dovede do preterane krutosti, a zakon mora da bude u stanju da ide u korak s okolnostima koje se menjaju. Neminovna posledica je”, zaključuje Sud, „da mnogi zakoni sadrže manje ili više nejasne odredbe, čije su tumačenje i primena pitanje prakse”.⁹²⁵

Pitanje predvidljivosti važećeg prava ne izaziva veće probleme u praksi. Međutim u slučaju *Korecki i drugi protiv Ukrajine*, Sud je utvrdio da dati propis nije bio dovoljno predvidljiv. Naime, prema odgovarajućoj odredbi Zakona o udruženjima građana registracija udruženja može biti odbijena ukoliko su akti udruženja, koji se podnose za upis, u surotnosti sa zakonodavstvom Ukrajine. „Zakon ne precizira”, prema oceni Suda, „da li se ta odredba odnosi samo na materijalnu neusklađenost ciljeva i aktivnosti udruženja sa onim što pravo propisuje, naročito u pogledu osnova za ograničenja osnivanja i delovanja udruženja [...], ili i na tekstualnu neusklađenost članova statuta udruženja sa odgovarajućim zakonskim odredbama. [...] Sud primećuje da je data odredba dopuštala naročito široko tumačenje i da je mogla da se shvati tako da zabranjuje svako udaljevanje od odgovarajućeg domaćeg uređenja aktivnosti udruženja”. U skladu s time, Sud je zaključio da su „odredbe Zakona o udruženjima koje uređuju registraciju udruženja [su] suviše neodređene da bi bile dovoljno ‘predvidljive’ za osobe na koje se odnose i dopuštaju preterano široko polje diskrecije vlastima u odlučivanju da li određeno udruženje može biti registrovano. U takvoj situaciji, postupak sudske kontrole koji je na raspolaganju podnosiocima predstavke ne bi mogao da spreči arbitrarno odbijanje registracije”.⁹²⁶

3.5.3.2.3. Legitimnost cilja zadiranja

Član 11. stav 2. Konvencije propisuje uslove pod kojima je zadiranje u slobodu udruživanja dopušteno. Pored toga što ograničenje mora da bude propisano zakonom i neophodno u demokratskom društvu, ono mora da bude opravdano i potrebom zaštite jedne od društvenih vrednosti. To su: nacionalna ili javna bezbednost, sprečavanje nereda ili kriminala, zaštita zdravlja ili morala, ili zaštita sloboda i prava

925 *Rekvényi v. Hungary*, predstavka br. 25390/94, presuda od 20. maja 1999, stavovi 34 i 59.

926 *Koretsky and Others v. Ukraine*, predstavka br. 40269/02, presuda od 3. aprila 2008, stav 48.

drugih. Ove osnove ograničenja Sud je, u presudi *Jazar i drugi protiv Turske*, formulisao tako što je precizirao uslove pod kojima politička stranka može da se bori za promenu pravnog sistema zemlje: „Prvo, da sredstva koja se koriste u tom cilju moraju u svakom pogledu da budu zakonita i demokratska; i, drugo, da predložene promene moraju da budu, same po sebi, u skladu sa osnovnim demokratskim načelima”.⁹²⁷ U skladu s time, „političke stranke čije vođe podstiču na nasilje ili predlažu politiku koja ne poštuje demokratiju ili je usmerena na uništenje demokratije i preziranje prava i sloboda priznatih u demokratiji ne mogu polagati pravo na zaštitu Konvencije protiv kazni izrečenih na tim osnovama”.⁹²⁸

Proizlazi da, u suštini, postoje dva alternativna osnova za ograničenje slobode političkog udruživanja. Prvi predstavlja upotreba nedemokratskih sredstava borbe, odnosno, podsticanje na nasilje, a utoliko pre i pribegavanje nasilju (psihičkom i/ili fizičkom). Drugi osnov je zastupanje nedemokratske ideologije, odnosno predlaganje političkog programa koji je usmeren na kršenje ljudskih prava.

3.5.3.2.4. Neophodnost zadiranja u demokratskom društvu

U jurisprudenciji Suda uslov neophodnosti ograničenja u demokratskom društvu se razvio u standard koji se svodi na utvrđivanje postojanja nužne društvene potrebe za datom ograničavajućom merom, i proveru da li je data mera srazmerna legitimnim ciljevima koji se žele postići.⁹²⁹

1. Nužna društvena potreba

Za postojanje nužne društvene potrebe moraju da budu ispunjena tri elementa. Najpre se utvrđuje da li ima uverljivog dokaza da je demokratija u opasnosti i da je ta opasnost neposredna. Zatim se ispituje da li se postupci i govori vođa organizacije u datom slučaju mogu pripisati samoj organizaciji. Konačno, proverava se da li postupci i govori koji se mogu pripisati organizaciji čine celinu koja daje jasnu sliku o modelu društva za koji se data organizacija zalaže, koji je u neskladu s pojmom

927 *Yazar and others v. Turkey*, predstavke br. 22723/93, 22724/93, 22725/93, presuda od 9. aprila 2002, stav 49.

928 *Isto*.

929 *Dicle pour le Parti de la Démocratie (DEP) c. Turquie*, predstavka br. 25141/94, presuda od 10. decembra 2002, stavovi 48–49.

demokratskog društva.⁹³⁰ Ovo je test koji je Sud formulisao u presudi *Partija blagostanja protiv Turske*, i kojim je nastavio da se rukovodi u svim drugim predmetima u kojima je potvrđivao odluke državnih vlasti o zabrani političkih stranaka i udruženja.⁹³¹ Međutim, on u tim predmetima ne razmatra podjednako sve elemente pomenutog testa uzimajući u obzir prirodu osnova za zabranu, a difirencirani pristup se može primetiti i s obzirom na prirodu organizacije koja se zabranjuje, da li je u pitanju udruženje građana ili politička stranka.

Kako je nužna društvena potreba za zabranom političke organizacije manje očigledna kada se zasniva na nedemokratskoj ideologiji stranke, nego na nedemokratskim sredstavima borbe, to i Sud ulaže više napora u obrazloženje presude kojom se zabrana potvrđuje iz prvonavedenog razloga. U tom smislu on ne razmatra sistematski i posebno postojanje sveobuhvatne slike o zalaganju za demokratsko društvo kada je reč o predstavi organizacije za koju je dokazano da se služi nedemokratskim sredstvima borbe, već tu analizu objedinjuje sa analizom ostala dva elementa testa: neposrednosti opasnosti po demokratiju i mogućnosti imputiranja organizaciji postupaka i govora njenih vođa.

Kada ispituje da li je opasnost po demokratiju neposredna Sud uzima u obzir da se „od države ne može tražiti da čeka, pre intervenisanja, da politička stranka preuzme vlast i počne da preduzima konkretne mere ostvarenja politike koja je u neskladu sa načelima Konvencije i demokratije, iako je opasnost takve politike po demokratiju dovoljno ustanovljena i neposredna. [...] Sud takođe smatra da je takva mera preventivnog reagovanja države u skladu i sa pozitivnom obavezom država ugovornica zasnovanom na članu 1, Konvencije da obezbedi prava i slobode lica u okviru svojih nadležnosti.”⁹³²

Kada ispituje neophodnost ograničenja slobode udruživanja, Sud razmatra program ili statut inkriminisane organizacije i proverava da li on sadrži ciljeve suprotne javnom poretku.⁹³³ Kako se, međutim, nedozvoljeni ciljevi i delovanje retko izražavaju u najvišim dokumentima organizacije, Sud smatra da se „statut i program političke stranke ne mogu

930 *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey*, stav 104.

931 *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, stav 83; *Vona v. Hungary*, stav 55.

932 *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey*, stavovi 102 – 103.

933 *Tourkiki Enosi Xanthis et autres c. Grèce*, predstavka br. 26698/05, presuda od 27. marta 2008, stav 48.

[se] uzimati u obzir kao jedini kriterijum za utvrđivanje njenih ciljeva i namera. Političko iskustvo država ugovornica je pokazalo da u prošlosti političke stranke sa ciljevima suprotnim osnovnim načelima demokracije nisu otkrivale takve ciljeve u svojim zvaničnim aktima sve do preuzimanja vlasti. Zato je Sud uvek isticao da program političke stranke može prikrivati ciljeve i namere, različite u odnosu na one za koje se ona zalaže. Da bi utvrdio da to nije tako sadržina programa mora biti upoređena sa radnjama stranačkih vođa i stavovima koje oni zastupaju. Posmatrajući ih zajedno, ovi postupci i držanja mogu biti od značaja u postupku zabrane političke stranke, pod uslovom da uzeti u celini razotkrivaju njene ciljeve i namere”.⁹³⁴

Treći element stanarda „nužne društvene potrebe” zahteva ispitivanje da li postupci i govori koji se mogu pripisati organizaciji čine celinu koja daje jasnu sliku o njenom zalaganju za nedemokratsko društvo. Sud je ispunjenost ovog uslova temeljno analizirao jedino u predmetu *Partija blagostanja protiv Turske*, i to u onom segmentu u kojem je zabrana bila zasnovana na nedemokratskoj ideologiji stranke. Kao što je naglašeno, nužna društvena potreba za zabranom stranke je manje očigledna kada se čini zbog nedemokratske ideologije stranke, negoli zbog njenih nedemokratskih sredstava borbe, što nalaže dodatno obrazloženje presude kojom se zabrana potvrđuje.

2. Načelo srazmernosti

Srazmernost zabrane cilju koji se želi postići – zaštititi legitimnog društvenog dobra – takođe se mora ispitati prilikom donošenja odluke o ograničenju slobode političkog udruživanja. Kako je reč o zasebnom elementu analize, on, sam po sebi, može da dovede u pitanje (i obori) odluku o zabrani, i onda kada je ona opravdana postojanjem odgovarajućeg osnova i nužne društvene potrebe. To se pokazalo u predmetu *Demokratska partija protiv Turske*, u kojem je Sud smatrao da je za preduzimanje mere zabrane postojao odgovarajući osnov i da bi ona bila u skladu sa nužnom društvenom potrebom s obzirom na govor nekadašnjeg predsednika stranke u kojem se „odobrava pribegavanje sili kao političkom sredstvu i poziva da se ona čini, ojačavajući istovremeno već usađene predrasude u različitim društvenim sredinama koje

⁹³⁴ *Refah partisi and others v. Turkey* [VV], stav 101; *Dicle pour le Parti de la Démocratie (DEP) c. Turquie*, stav 47.

su se već izrazile u smrtonosnom nasilju”.⁹³⁵ Međutim, govor „izrečen u inostranstvu, na jeziku koji nije turski, i pred javnošću koje se nije neposredno ticala situacija u Turskoj, je imao vrlo ograničen potencijalni uticaj na ‘nacionalnu bezbednost’, ‘javni poredak’ ili ‘teritorijalni integritet Turske’. U tim uslovima, Sud je mišljenja da taj govor ne može biti, sam za sebe, razlog kojim se opravdava tako opšta sankcija kao što je raspuštanje čitave političke stranke, ne zaboravljajući takođe da je individualna odgovornost njenog autora već otvorena na krivičnom planu. Sud otuda ocenjuje da se raspuštanje DEP-a zbog govora njegovog nekadašnjeg predsednika u Erbilu, u severnom Iraku, ne može prihvatiti kao srazmerno cilju koji se želeo postići”.⁹³⁶

3.5.4. Pravo na slobodne izbore

Uz slobodu izražavanja i slobodu okupljanja i udruživanja, Evropska konvencija jemči još jedno političko pravo – pravo na slobodne izbore. Sva ova prava omogućavaju pojedincima i političkim strankama da na različite načine učestvuju u javnom životu. Međutim, posredstvom slobode izražavanja i slobode okupljanja i udruživanja oni još ne postaju državni činioци. Iskazivanjem mišljenja o javnim poslovima i vodeći propagandu u korist tog mišljenja oni ostaju privatne ličnosti. To nije slučaj sa pravom na slobodne izbore. Naime, određujući narodne poslanike koji donose zakone i odlučuju o drugim državnim pitanjima, birači, uz sadejstvo politički stranaka, posredno učestvuju u stvaranju državne volje.⁹³⁷

S obzirom na značaj prava na slobodne izbore, koji se ogleda i u pomenutoj razlici između njega i ostalih političkih prava, Konvencija, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, kao i ustavi liberalnodemokratskih država smeštaju pravo na slobodne izbore na granicu između apsolutnih i relativnih prava. Drugim rečima, oni ne depuštaju odstupanja od tog prava, osim u vanrednim okolnostima, doba rata ili druge javne opasnosti koja preči opstanku nacije.

Osobnost člana 3. Protokola br. 1. u konvencijskom sistemu zaštite ljudskih prava je i ta da iako u njegovom rubrumu stoji „pravo na slo-

935 *Dicle pour le Parti de la Démocratie (DÉP) c. Turquie*, stavovi 62–63.

936 *Isto*, stav 64.

937 S. Jovanović, *Ustavno pravo Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, Službeni list, Beograd, 1996..

bodu izbora" (kurziv naš), sâma odredba ovog člana ne navodi nijedno određeno subjektivno pravo. Za razliku od nje, odredba člana 25. stav 2. Pakta propisuje da „svaki građanin ima pravo i mogućnost [da], bez ikakve diskriminacije [...] i bez neosnovanih ograničenja [...] bira i [...] bude biran na povremenim istinskim, opštim, jednakim i tajnim izborima, koji obezbeđuju slobodno izražavanje volje birača“. Otuda se postavilo pitanje da li se članom 3. Protokola br. 1 stvaraju samo obaveze između država ili se njime zasnivaju i subjektivna prava. Sud je u utemeljujućem predmetu za pravo na slobodne izbore, *Matju Moin i Klerfajt protiv Belgije*, prihvatio šire tumačenje, zauzimajući stanovište da nijansiranje u formulaciji člana 3. Protokola br. 1 „ne odražava suštinsku razliku u odnosu na na druge odredbe Konvencije i Protokola“.⁹³⁸ Štaviše, on je utvrdio da ta formulacija „počiva na želji da se prida veća ozbiljnost preuzetim obavezama i na činjenici da primarna obaveza na ovom području nije obaveza uzdržavanja ili nemešanja, kao što je to sa većinom građanskih o političkih prava, nego obaveza države da donese pozitivne mere za 'održavanje' demokratskih izbora“.⁹³⁹

Evropski sud je, u svojoj jurisprudenci, bliže odredio različita pitanja u vezi sa pravom na slobodne izbore, od biračkog prava i izbornog postupka, do izborne kampanje i izbornog sistema.

3.6. ZAŠTITA IMOVINE

3.6.1. Pojam imovine

Originalni tekst Evropske konvencije ne sadrži odredbe o pravu na imovinu. I među tadašnjim članicama Saveta Evrope, naročito onim koje su nastojale da stvore tzv. države blagostanja, težilo se što većim ograničenjima ovoga prava, kako bi se socijalni programi što lakše mogli ostvarivati. U pripremi za izradu Konvencije, Komitet za pravna pitanja Savetodavne skupštine Saveta Evrope predložio je da se pravo na imovinu nađe na listi osnovnih prava, i to u približno istom obliku kao u član 17. Univerzalne deklaracije.⁹⁴⁰ Međutim, zbog velikog ot-

938 *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, predstavka br. 9267/81, presuda od 2. marta 1987, stav 51.

939 *Isto*, stav 50.

940 Član 17. Univerzalne diskriminacije propisuje da „svako ima pravo da poseduje imovinu, sam i u zajednici s drugima“ i da „niko ne sme biti samovoljno lišen svoje imovine“.

pora, naročito Švedske i Ujedinjenog Kraljevstva, ovakvo rešenje nije prihvaćeno.⁹⁴¹

Tako je „pravo na imovinu“ regulisano tek članom 1. Prvog protokola uz Evropsku konvenciju iz 1952. godine:

„Svako fizičko i pravno lice ima pravo da mirno uživa u svojoj imovini. Niko ne može biti lišen svoje imovine, osim u javnom interesu i pod uslovima predviđenim zakonom i opštim načelima međunarodnog prava. Prethodne odredbe, međutim, ni na koji način ne utiču na pravo države da primenjuje zakone koje smatra potrebnim da bi regulisala korišćenje imovine u skladu s opštim interesima ili da bi obezbedila naplatu poreza ili drugih dažbina ili kazni.“

Za razliku od formulacije upotrebljene u Univerzalnoj deklaraciji, gde se zabranjuje „samovoljno“ lišenje imovine, u ovom instrumentu se, mnogo preciznije, „lišavanje imovine“ odobrava kada je to u „javnom interesu i pod uslovima predviđenim zakonom i opštim načelima međunarodnog prava“ (čl. 1. st. 1). Ove odredbe, međutim, „ne utiču ni na koji način na pravo države da primenjuje zakone koje smatra potrebnim da bi regulisala korišćenje imovine u skladu s opštim interesima ili da bi obezbedila naplatu poreza ili drugih dažbina ili kazni“ (čl. 1. st. 2). Navedene odredbe su dosta restriktivne i daju državi široka ovlašćenja u pogledu nečijeg prava na imovinu. Član 1. Prvog protokola ne jemči pravičnu i adekvatnu nadoknadu u slučaju oduzimanja imovine u opštem interesu. Problem je i u tome što u izvesnim slučajevima distinkcija između „lišavanja imovine“ i „regulisanja korišćenja imovine“ postaje sasvim nejasna.

Postojale su u praksi organa Evropske konvencije i neke terminološke poteškoće. Naime, Prvi protokol zapravo upotrebljava izraz kojim se štiti „pravo na mirno uživanje u svojim *dobrima*“ (čl. 1. st. 1) (eng. *possessions*, fr. *biens*). Evropski sud je, međutim, pozivajući se na pripreme radove, utvrdio da „priznajući svakome da uživa u svojim *dobrima*, član 1. u suštini jamči „*pravo na imovinu*“ (eng. *right of*

941 Vidi šire: P. Wolfgang: „Protection of ownership under Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights“, *Human Rights Law Journal*, 1–2/1981, 38–32.

property)⁹⁴². To pokazuje i praksa Evropskog suda i Evropske komisije. Na primer, Sud je zauzeo stav da se pod izvesnim uslovima i klijentela jednog računovođe može smatrati imovinom. Zahvaljujući svom radu podnosioci predstavke stvorili su klijentelu; ovo u svakom pogledu ima prirodu privatnog prava i predstavlja aktivu (eng. *asset*), pa stoga i imovinu.⁹⁴³ Evropski sud je smatrao i da pozitivni privatnopravni zahtevi pokrivaju pojam imovine. U jednom slučaju koji se odnosio na uvođenje ograničenja iznosa zakupnine, na osnovu austrijskog Zakona o zakupninama, Sud je smatrao da pravo na sklapanje ugovora o zakupu predstavlja vid posedovanja imovine.⁹⁴⁴ Takođe, u jednom drugom slučaju, Evropski sud je razmatrao da li se može smatrati imovinom udžerica koja je postavljena protivno urbanističkim planovima na deponiji, a čiji je *de facto* vlasnik glavne konstrukcije i sastavnih delova stračare i svih ličnih dobara koja su se našla u njoj. Sud je uzeo u obzir da to što je udžerica podignuta na deponiji u kojoj je živela porodica, ukazuje na značajan materijalni interes koji je bio tolerisan od strane vlasti, i da predstavlja imovinu za potrebe člana 1 Prvog protokola.⁹⁴⁵

U pogledu penzionih programa i sistema socijalne zaštite, Evropska komisija je pravila razliku između sistema u skladu s kojim uplata doprinosa stvara individualni udeo u fondu, koji može biti određen svakog trenutka, i sistema gde je odnos uplaćenih doprinosa i kasnijih primanja potpuno neodređen. Prvi sistem stvara imovinu i zahtevi za kasnije beneficije iz takve imovine u skladu su s članom 1. Prvog protokola, dok je drugi sistem „zasnovan na načelima solidarnosti koji odražava odnos zajednice kao celine“ i ne stvara osnov za zahtev udela koji se može identifikovati, nego samo očekivanje iznosa koji zavisi od uslova koji se stiču u vreme kada se penzija isplaćuje.⁹⁴⁶ Takođe, akcije,⁹⁴⁷ patenti i dugovi utvrđeni presudom – su imovina. Međutim, pravo na imovinu

942 *Marckx v. Belgium*, predstavka br. 6833/74, presuda od 13. juna 1979.

943 *Van Marle and others v. the Netherlands*, predstavke br. 8543/79; 8674/79; 8675/79; 8685/791986, presuda od 26. juna 1986.

944 *Mellacher and others v. Austria*, predstavke br. 10522/83; 11011/84; 11070/84, presuda od 19. decembra 1989.

945 *Oneryildiz v. Turkey*, predstavka br. 48939/99, presuda od 30. novembra 2004.

946 *X. v. the Netherlands*, predstavka br. 4130/69, odluka od 20. jula 1971. i *X. v. the Netherlands*, predstavka br. 5763/72, odluka od 18. decembra 1973.

947 *Bremelid and Malmstrom v. Sweden*, predstavke br. 8588/79; 8589/79, odluka od 12. oktobra 1982. Navedeno prema: Harris, O' Boyle, Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, 1995, 517.

ne znači i pravo na sticanje imovine ili očekivanje nasljedstva.⁹⁴⁸ Zato i govorimo o zaštiti prava na imovinu.

Stavovi Evropskog suda u pogledu standarda „mirno uživanje u svojoj imovini“, pokazali su da se ovaj standard odnosi i na sve zloupotrebe koje se mogu vršiti tako što se vlasniku onemogućiti normalno „korišćenje imovine“. Tako je Sud nedavno presudio da raširena praksa *de facto* eksproprijacije u Turskoj predstavlja strukturalni problem i kao takva suprotna je pravu na imovinu.⁹⁴⁹

Najčuveniji slučaj u ovoj oblasti bio je slučaj *Sporong i Lonrot protiv Švedske*.⁹⁵⁰ Porodica Sporong bila je vlasnik zemljišta u centralnom delu Stokholma još od 1860. godine. Međutim, 1956. godine švedska vlada je dodelila Savetu grada dozvolu za eksproprijaciju 164 ara svojine u tom delu grada, uključujući i imanje Sporongovih, u nameri da se u okviru te zone izgrade vijadukt i parkirište. Imovina gospođe Lonrot našla se u sličnoj situaciji. Podnosioci predstavke su tvrdili da se, iako eksproprijacija formalno nikada nije izvršena, nizom ograničenja koja su im neprekidno nametale gradske vlasti (zabrana gradnje, zabrana prodaje imovine itd.), krši njihovo pravo na „mirno uživanje u svojoj imovini iz čl. 1“. Sud je takođe zaključio da su, iako nije došlo do „lišavanja imovine“, mogućnosti vlasnika da „koristi imovinu“ drastično smanjene. Prema tome, praksa koja je sprovedena na osnovu švedskih propisa ograničavala je prava vlasnika, i prekršeno je pravo na „mirno uživanje u svojoj imovini“ (čl. 1 Prvog protokola). Sud je podsetio da Evropska konvencija kao celina zahteva da se uspostavi balans između interesa zajednice i osnovnih prava pojedinca. Imajući u vidu „kompleksnost i teškoće razvoja velikih gradova“, kao i da države ugovornice „uživaju široko polje procene“ kada je u pitanju „korišćenje imovine“, Sud ne može „ostaviti vršenje ovih ovlašćenja bez nadzora“ i mora odrediti da li je „tražena ravnoteža očuvana skladno sa žaliočevim ‘pravom na mirno uživanje u svojoj imovini’.“

Evropski sud je u svojim kasnijim presudama razradio svoje stavove koji se odnose na „javni interes“, „zakonitost“ i ravnotežu privatnih lica i zajednice, odnosno kada se neko može „lišiti imovine“ u „javnom interesu“.

948 *Isto*.

949 *Sarica et Dilaver c. Turquie*, predstavka br. 11765/05, presuda od 27. maja 2010.

950 *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, predstavke br. 7151/75; 7152/75, presuda od 23. septembra 1982.

Tako su, na primer, u slučaju *Džejms i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* podnosioci predstavke osporavali ispravnost zakona kojim se dozvoljava dugogodišnjim zakupcima nekih stambenih objekata da otkupe udeo vlasnika nekretnina, u nekim slučajevima i po ceni nižoj od tržišne. Zaključivši da pravo na imovinu nije povređeno, Sud je izneo sledeći stav u vezi s izrazom „javni interes“: „Pojam ‘javnog interesa’ nužno je širok. Smatrajući prirodnim što je polje slobodne procene, koje zakonodavac ima radi sprovođenja socijalne i ekonomske politike, široko, Sud će poštovati procenu zakonodavca u pogledu toga šta je u ‘javnom interesu’, sem ako ta procena očigledno nije nerazumna. Oduzimanje imovine radi postizanja legitimnih socijalnih, ekonomskih i drugih ciljeva može da bude u ‘javnom interesu’, čak i onda kada najšira zajednica neće neposredno koristiti oduzetu imovinu.”⁹⁵¹

Iz prakse Evropske komisije i Evropskog suda postaje jasno da država ima na raspolaganju mnogo šire polje slobodne procene u odnosu na standard „javnog interesa” nego u odnosu na standard „potrebe u demokratskom društvu”, pomenut u drugim članovima Evropske konvencije.⁹⁵²

3.6.2. Pravična naknada

Član 1. Prvog protokola uz Evropsku konvenciju ne spominje izričito „pravičnu naknadu” u slučaju oduzimanja imovine, ali iz jurisprudencije Evropskog suda proizlazi da, osim u izuzetnim slučajevima (na primer, zaplena imovine u vreme rata), treba obezbediti „nekakvu naknadu”.⁹⁵³ Čak i kad se štiti snažan javni interes, može se tražiti naknada, jer se „poštena ravnoteža” između javnog i privatnog interesa mora postići. Nivo naknade mora biti „srazmeran” u odnosu na vrednost uzete imovine. Međutim, članom 1. stav 1. Prvog protokola ne zahteva se ni puna naknada, niti ista visina naknade za svaku kategoriju lišavanja imovine.⁹⁵⁴

951 *James and others v. The United Kingdom*, predstavka br. 8793/79, presuda od 21. februara 1986.

952 G. Donna, *Kratak vodič kroz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima*, Beograd 1996, 87.

953 Harris, O’Boyle, Warbrik, 532.

954 *Lithgow and others v. The United Kingdom*, predstavke br. 9006/80 et seq., presuda od 8. jula 1986, stav 121, odbijena je žalba podnosioca predstavke da mere naknade u slučajevima nacionalizacije moraju biti iste (tržišna vrednost) za prinudno otkupljenu zemlju. Navedeno prema: Harris, O’Boyle, Warbrik, 533.

Kada se pravo na imovinu ograničava, mora postojati pravičan odnos između opšteg interesa radi kojeg se imovina oduzima i fundamentalnog prava pojedinca na mirno uživanje imovine. Ova srazmera neće postojati ukoliko se pojedincu nametne preveliki teret, a on će svakako postojati ukoliko se imovina oduzme bez naknade. U pomenutom slučaju *Džejms i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, Evropski sud je smatrao da država, kada sledi ekonomske reforme ili teži socijalnoj pravdi, duguje vlasniku koga je lišila poseda manju odštetu od pune tržišne vrednosti. Država uživa široko polje procene u pogledu odgovarajuće visine naknade, i, štaviše, na prvom mestu procenjuje vrednost svojine. Kada se vrednost imovine odredi pozivajući se na objektivne standarde, evropske institucije će se ustezati da se umešaju.⁹⁵⁵

Međutim, Sud će gotovo uvek utvrditi povredu člana 1. ako država oduzme imovinu, a ne plati nikakvu naknadu. Tako je u *Jan i drugi protiv Nemačke* došlo do eksproprijacije zemljišta bez naknade i Sud je pronašao povredu prava na imovinu i pored postojanja vanrednih okolnosti u vidu ujedinjenja Nemačke.⁹⁵⁶ Isti je slučaj i sa isplatama koje toliko dugo kasne i pored pravnosnažne presude, da je usled inflacije njihova vrednost faktički minimalna.⁹⁵⁷ Takođe, naknada može biti nesrazmerna i ukoliko dođe do oduzimanja imovine iz, na primer, razloga izgradnje socijalnih stanova, pa radovi kasne duži vremenski period, što je onemogućilo vlasnika u sticanju dobiti.⁹⁵⁸ Ovdje je naknada nesrazmerna prvenstveno zbog toga što je država onemogućila vlasnika da slobodno uživa u svojoj imovini, a razlog zbog kojeg je imovina oduzeta nije bio iskren ili bar prioritetan.

Ovako široko polje slobodne državne procene može se pokazati veoma važnim u državama istočne Evrope, koje uvode dalekosežne ekonomske reforme. One se sukobljavaju sa svojinskim zahtevima koji bi ih vratili u doba komunizma.⁹⁵⁹ Potvrda, u pomenutom slučaju *Džejms i drugi*, velike moći države da se dira u imovinska prava u opštem socijalnom i ekonomskom interesu, čak i kada beneficije idu u korist pojedinaca, može biti od velikog značaja. Međutim, ako Sud pronađe da je država

955 *Isto*, 533.

956 *Jahnand others v. Germany*, predstavke br. 46720/99; 72203/01; 72552/012004, presuda od 30. juna 2005.

957 *Oneryildiz v. Turkey*, predstavka br. 48939/99, presuda od 30. novembra 2004.

958 *Motais de Narbonne c. France*, predstavka br. 48161/99, presuda od 2. jula 2002.

959 *Harris, O'Boyle, Warbrik*, 539.

prekoračila ovlašćenja koja ima po članu 1 Prvog protokola, finansijske posledice mogu biti veoma oštre. U slučaju *Sporong*, optužena država je morala da plati oko 100.000 britanskih funti naknade, u slučaju *Pajm Veli* naknada je iznosila oko 1.250.000 funti, dok joj je u slučaju *Stran Grik Rafineris* naloženo da plati oko 15 miliona funti sa 9 miliona funti kamate.⁹⁶⁰

3.7. PROCESNA PRAVA

Uvodne napomene

Procesna ljudska prava su individualna prava koja se jemče međunarodnim i ustavnim izvorima u cilju boljeg ostvarivanja materijalnih prava i sloboda. Nastanak države, prema teoriji društvenog ugovora, a pogotovo pravne države usko se vezuje za potrebu zaštite osnovnih ljudskih vrednosti. Poredeći društveno stanje s prirodnim stanjem, Džon Lok primećuje da u ovom drugom nema priznatog, nepristrasnog sudije, zaduženog da rešava sporove. Naime, jedan od razloga urušavanja prirodnog stanja nalazi se u opasnom porivu da se prisvoji pravo izricanja pravde, određivanja šta je po pravu. Proizlazi da su sudovi organi vlasti koji nastaju u cilju zadovoljenja individualne pravde, raspravljanja i otklanjanja sporova među fizičkim, ali i pravnim licima. Otuda, za Aristotela ići sudiji znači ići pravdi. Vremenom je, međutim, sazrevala svest da je nezavisna sudska vlast u funkciji ostvarenja ne samo individualne pravde, već još jednog ljudskog dobra – slobode. Ta ideja će naročito doći do izražaja u zahtevu za uređenjem državne vlasti u skladu sa načelom podele vlasti. Tako je Šarl Monteskje (*Charles Montesquieu*) primetio da bi sve bilo izgubljeno, ako bi isti čovek ili telo uglednika, bilo plemića ili ljudi iz naroda, vršilo vlast donošenja zakona, vlast izvršavanja javnih odluka i vlast suđenja za zločine ili u sporovima privatnih lica. Zato Monteskje predlaže uređenje državne vlasti po načelu podele vlasti kako bi se sprečilo da onaj ko rešava sporove čini to na arbitran način, u slučaju spajanje zakonodavne i sudske funkcije, odnosno ugnjetački, kada sudska i izvršna vlast ne bi bile odvojene. Zaštita prava i sloboda kao funkcija sudstva naročito dolazi do izražaja u sporovima između građanina i države: odlučivanjem u krivičnom postupku, koji država vodi protiv pojedinaca, rešavanjem u upravnom sporu, u kojem

⁹⁶⁰ Isto.

pojedinaac tuži državnu upravu, kao i ustavnim sporovima, čiji predmet je, načelno, zaštita ljudskih prava od akata zakonodavne vlasti.

Dakle, da bi država kao pravna organizacija bila pravna država potrebno je ne samo da slobode i prava u njoj odgovaraju povesno dostignutom civilizacijskom nivou, već i da se zaista ostvaruju odnosno efikasno pravno štite.⁹⁶¹ „Suština stvari nije u tome koliko se ljudskih prava ustavom ili deklaracijama proglašava, nego koliko se ljudskih prava ostvaruje u životu, tj. da li pored toga što su ljudska prava predviđena, istovremeno postoje i mehanizmi za njihovu zaštitu i ostvarivanje“.⁹⁶²

Ideja o potrebi postojanja mehanizama zaštite osnovnih prava i sloboda stara je koliko i borba za njih. Još je Velika povelja slobode iz 1215. predviđala u članu 39. da „nijedan slobodan čovek neće biti ubijen ili zatvoren, ili lišen svojih prava ili imovine, ili stavljen van zakona ili prognan, ili na bilo koji način lišen svog položaja [...] osim *na osnovi prava zemlje*“. Ova formulacija „na osnovi prava zemlje“ (*by the law of the land*) postaće „propisani zakonski postupak“ (*due process of law*) u petom amandmanu na Ustav SAD: „Niko neće biti zbog istog krivičnog dela dvaput podvrgnut krivičnom postupku, niti će biti naterivan u bilo kakvom krivičnom suđenju da svedoči protiv samog sebe, niti lišen slobode i imovine bez propisanog zakonskog postupka“. U istom duhu, i član 16. Deklaracije o pravima čoveka i građanina proklamuje da „društvo u kome garantovanje prava nije obezbeđeno, ni podela vlasti određena, nema ustav“. Univerzalna deklaracija, pak, u članu 10. jemči da „svako ima potpuno jednako pravo na pravično javno suđenje pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, koji će odlučiti o njegovim pravima i obavezama“. Univerzalna deklaracija u članu 11. takođe predviđa da „svako ko je optužen za krivično delo ima pravo da bude smatran nevinim dok se na osnovu zakona krivica ne dokaže na javnom suđenju na kojem su mu obezbeđene sve garantije potrebne za njegovu odbranu“, da „niko ne sme biti osuđen za delo ili propuste koji nisu predstavljali krivično delo po nacionalnom ili međunarodnom pravu u vreme kada su izvršeni“, kao i da se „ne sme [se] izricati teža kazna od one koja se mogla primeniti u vreme kada je krivično delo izvršeno“.

961 J. Hasanbegović, „Retoricitet prava I pravnost države“, *Pravna država – poreklo i budućnost jedne ideje* (prir. D. Basta, D. Miler), Pravni fakultet, Nemački kulturni informativni centar, Beograd 1990, 55.

962 R. Marković, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012, 490.

Procesna prava zajemčena Evropskom konvencijom mogu se razvrstati u tri grupe: pravo na pravično suđenje (čl. 6), pravo na delotvorni pravni lek (čl. 13) i načelo zakonitosti kazni (čl. 7).

3.7.1. Pravo na pravično suđenje

3.7.1.1. Pojam građanskih prava i obaveza i krivične optužbe

Član 6. stav 1. Evropske konvencije propisuje da „svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega” ima određena procesna prava, pre svega pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom. Pojam „građanskih prava i obaveza” i „krivične optužbe”, prema tome, određuje skup prava i obaveza, odnosno pravnih situacija o kojima se može odlučivati samo uz poštovanje odgovarajućih procesnih prava. Oba pojma imaju zasebno, autonomno značenje u evropskom poretku zaštite ljudskih prava. Naime, reč je o autonomnim koncepti, pravnim kategorijama koje su potekle iz nacionalnih pravnih sistema država ugovornica Konvencije, kojima je Evropski sud, u svojoj praksi, dao posebno značenje.⁹⁶³

Kada je reč o građanskim pravima i obavezama Sud je vrlo rano stavio do znanja da pod ovim pojmom ne podrazumeva njegovo usko, civilističko određenje. U predmet *Ringajzen protiv Austrije* koji se ticao postupka za odobrenje ugovora o prometu poljoprivrednog zemljišta Evropski sud je istakao da se ne slaže sa shvatanjem prema kojem je neophodno da obe strane u postupku budu privatne stranke da bi se član 6. stav 1. Evropske konvencije mogao primeniti. Član 6, naime, ima znatno šire značenje i „odnosi se na sve postupke čiji je ishod odlučujući za privatna prava i obaveze [...]. Vrsta zakonodavstva koje je uredilo ovaj postupak (građansko, privredno ili upravno-pravno), kao i vrsta organa u čijoj nadležnosti je bilo odlučivanje u tom postupku (obični sudovi, upravno telo itd.) nisu od velikog značaja”. Kada je kupio nepokretnost podnosilac predstave „je imao pravo da njegov ugovor o prometu nepokretnosti bude odobren ako su ispunjeni određeni zakonski uslovi. Zbog toga je odluka Komisije za promet nepokretno-

963 D. Popović, „Autonomous Concepts of the European Human Rights Law”, *Human Rights Today – 60 Years of the Universal Declaration* (eds. M. Jovanovic & I. Krstic), Eleven International Publishing, Utrecht 2010, 107–120.

sti bila od odlučujućeg značaja u građanskopravnom odnosu [...], iako je u Komisija u donošenju ove odluke primenjivala odredbe upravnog prava”, zaključio je Sud.⁹⁶⁴

U predmetu *Kenih protiv Nemčke*, u kojem se postavilo pitanje primene člana 6. stava 1. na prava koja je podnositelj predstavke potražio pred Upravnim sudom, naime prava na upravljanje svojom klinikom i na vršenje svoje lekarske profesije, Evropski sud je precizirao da „ako se predmet tiče spora između pojedinca i javne vlasti, nije odlučujuće je li ovaj drugi postupao kao privatno lice ili nosilac javnih ovlašćenja. [...] Relevantan je samo karakter prava u pitanju”.⁹⁶⁵

Tako je Evropski sud vremenom podveo pod pojam građanskih prava i obaveza odlučivanje o: zdravstvenom, socijalnom i penzijskom osiguranju; dozvolama i licencama u građevinskoj i stambenoj oblasti; oduzimanju i vraćanju nepoketnosti (eksprijaciji, nacionalizaciji, konfiskaciji, privatizaciji i legalizaciji); dozvolama i licencama u oblasti telekomunikacija, bankarstva, osiguranja i igara na sreću; dozvolama za obavljanje profesionalnih delatnosti (lekara, advokata, inženjera); pitanjima starateljstva i usvojenja dece.

I u određenju pojma „krivične optužbe”, Evropski sud se opredeljuje za materijalni pristup, priznajući relativni značaj tome kako je data optužba formalno kvalifikovana u domaćem pravu. U predmetu *Engel i drugi protiv Holandije*, koji se ticao disciplinskog kažnjavanja u vojsci, Evropski sud je formulisao kriterijume na osnovu kojih se utvrđuje da li je podnositelj predstavke bio podvrgnut krivičnoj optužbi, u smislu člana 6. stav 1. Konvencije. Naime, neophodno je, na prvom mestu, znati da li su odredbe koje uređuju delo koje je predmet optužbe deo krivičnog ili disciplinskog zakonodavstva u pravnom sistemu odgovorne države. No, napominje Sud, to određenje „nam ne pruža više od polazne osnove. Tako postavljena obeležja imaju samo formalnu i relativnu vrednost i moraju se ispitati u svetlosti zajedničkog imenitelja pojedinačnih zakonodavstva različitih država ugovornoca”.⁹⁶⁶ U tom pogledu, značajnije je utvrditi prirodu samog dela – da li je reč o povredi opšte ili interne

964 *Ringeisen v. Austria*, predstavka br. 2614/65, presuda od 16. jula 1971, stav 94.

965 *König v. Germany*, predstavka br. 6232/73, presuda od 28. juna 1978, stav 90.

966 *Engel and others v. the Netherlands*, predstavka br. 5100/71 *et al.*, presuda od 8. juna 1976, stav 82.

norme.⁹⁶⁷ Konačno, treba uzeti u obzir i stepen strogosti kazne kojoj je osoba izložena: „Društvo koje veruje u vladavinu prava svrstace u ‘krivičnu’ sferu lišenje slobode koje se može primeniti kao kazna, osim u slučaju kada se proceni da takva kazna po svojoj prirodi, trajanju ili načinu izvršenja može biti štetna“.⁹⁶⁸ Poslednja dva kriterijuma su postavljena alternativno, no Sud se ne ustučava da ih posmatra kumulativno ukoliko njihova zasebna analiza ne dopušta da se dođe do jasnih zaključaka.⁹⁶⁹

Stanovište zauzeto u presudi *Engel* dovelo je do svojevrsnog odmotavanja klupka „kriminalizacije“, sa posledicom da se određeni prestup smatra krivičnim delom u smislu konvencijskog prava, iako mu nacionalno pravo takvim ne kvalifikuje. Tako, nakon što je proširio dejstvo člana 6. stav. 1. na disciplinsko kažnjavanje u vojsci, Evropski sud je isto učinio i u pogledu prekršajnih i poreskih kazni.

3.7.1.2. Opšta procesna prava

3.7.1.2.1. Pravo na nezavisni i nepristrasni sud

Pravo na nezavisni i nepristrasni sud podrazumeva da organ vlasti koji odlučuje o građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi mora imati određena organizaciona svojstva i da njegovi članovi moraju ispunjavati odgovarajuće uslove stručnosti i dostojnosti, koji su pretpostavka pravičnosti njegovog rada. U tom pogledu Evropski sud uzima u obzir način izbora, odnosno imenovanja njegovih članova i njihov mandat, postojanje jemstava protiv spoljnih pritisaka, i da li taj organ ostavlja utisak da je nezavisan.

Ukoliko ispunjava svojstva nezavisnosti i nepristrasnosti, Evropski sud će smatrati dati organ vlasti za sud, u smislu člana 6. stav 1. Evropske konvencije, čak i ukoliko njemu nije priznat taj status u pravnom sistemu date države. Dakle, u jurisprudenciji Evropskog suda, pojam suda takođe ima autonomno značenje. Pri tome, podrazumeva se da je taj organ vlasti uspostavljen zakonom i da je nadležan da ispita sva činjenična i pravna pitanja merodavna za spor koji je pred njim. Kako je reč o autonomnom konceptu, „sud“ ne mora da bude deo redovne aparata

967 *Isto.*

968 *Isto.*

969 F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, Paris 2003, 310.

ture pravde date zemlje. Značajno je jedino da taj organ obavlja sudsku funkciju, tj. da odlučuje o pitanjima u svojoj nadležnosti na osnovu pravnih pravila i u postupku sprovedenom na propisani način.

Tako je u predmetu *Olujčić protiv Hrvatske*, koji se ticao ispitivanja disciplinske odgovornosti sudije, u to vreme predsednika Vrhovnog suda Hrvatske, pred „Državnim sudbenim većem“, Evropski sud prihvatio argument tužene države da se ovo veće može smatrati sudom u smislu člana 6. stav 1. Evropske konvencije. Evropski sud je, pri tom, uzeo u obzir da je Veće uspostavljeno zakonom, kojim je uređen postupak izbora njegovih članova, njihov imunitet i način njihovog rada. Sud je takođe imao u vidu da je Zakon propisao da su njegovi članovi ugledne osobe, koje Sabor bira iz redova sudija, tužilaca advokata i profesora prava, te da oni uživaju jemstva funkcionalne, personalne i finansijske nezavisnosti. Konačno, Evropski sud je smatrao relevantnim i to da ovo telo prilikom odlučivanja u disciplinskim stvarima primenjuje Zakon o krivičnom postupku.⁹⁷⁰

3.7.1.2.2. Pravo na pravičnu i javnu raspravu

Pravo na pravičnu raspravu, kao deo prava na pravično suđenje, podrazumeva pre svega pravo na pristup sudu i jednakost stranaka u postupku. U predmetu *Golder protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, postavilo se pitanje da li je član 6. stav 1. ograničen na to da jemči pravo na pravično suđenje u sudskim postupcima koji su već u toku ili on uz to obezbeđuje i pravo na pristup sudovima svakoj osobi koja želi pokrenuti postupak radi utvrđivanja svojih građanskih prava i obveza. Evropski sud je primetio da član 6. stav 1. ne govori na izričit način o pravu na pristup sudu, ali i da bi bilo „ nezamislivo da član 6. stav 1. iscrpno opisuje procesna jemstva koja se pružaju strankama u postupku koji je u toku, a da pritom ne štiti, na prvom mestu, ono što samo po sebi u stvari omogućuje korišćenje tih jemstava, a to je pristup sudu. Pravo na pravičan, javan i brz sudski postupak uopšte nema nikakvu vrednost ako sudskog postupka nema“.⁹⁷¹ Dakle, „ pravo na pristup je sastavni dio prava navedenog u članu 6. stav 1“.⁹⁷²

970 *Olujčić v. Croatia*, predstavka br. 22330/05, presuda od 5. februara 2009, stavovi 39–43.

971 *Golder v. The United Kingdom*, predstavka br. 4451/70, presuda od 21. februara 1975, stavovi 8 i 35.

972 *Isto*, stav 36.

Pravičnost rasprave podrazumeva i jednakost stranaka u postupku. Predmet *Stil i Moris protiv Ujedinjenog Kraljevstva* ticao se postupka koji je lanac restorana *McDonald's* vodio protiv podnosilaca predstavke, građanskih aktivista, koji su ukazivali na njegove loše strane. Pred Evropskim sudom oni su isticali da im je povređeno pravo na pravično suđenje zbog nedostatka pravne pomoći. Nakon formulisanja i razmatranja niza relevantnih činilaca, između ostalog, važnosti onog o čemu se u postupku odlučuje za podnosiocima predstavke, složenosti merodavnog prava i postupka, te sposobnost podnosilaca predstavke da se sami delotvorno brane, Evropski sud je zaključio da je odbijanjem zahteva za pravnu pomoć, podnosiocima predstavke uskraćena mogućnost da se u svom predmetu delotvorno brane pred sudom u odnosu na kompaniju *McDonald's*, što je prouzrokovalo neprihvatljivu nejednakost stranaka.⁹⁷³

Javnost rasprave je još jedno od proceduralnih jemstava prava na pravično suđenje. Ono je brana tajnim postupcima, pretpostavka poverenja građana u sudstvo i njihovog boljeg pravnog obrazovanja. Istovremeno, javnost rasprave, ali ne i izricanja presude, je jedino od prava na pravično suđenje koje može biti ograničeno iz opšteg interesa. Član 6. stav 1. Evropske konvencija izričito predviđa da „se štampa i javnost mogu isključiti s celog ili s dela suđenja u interesu morala, javnog reda ili nacionalne bezbednosti u demokratskom društvu, kada to zahtevaju interesi maloletnika ili zaštita privatnog života stranaka, ili u meri koja je, po mišljenju suda, neophodno potrebna u posebnim okolnostima kada bi javnost mogla da naškodi interesima pravde“.

3.7.1.2.3. Pravo na suđenje u razumnom roku

Suđenje u razumnom roku je takođe jedno od jemstava prava na pravično suđenje. Odgovarajuća brzina postupka doprinosi opštoj efikasnosti sudstva i većem poverenju građana u sudstvo. Poštovanje ovog prava Evropski sud utvrđuje s obzirom na složenost predmeta, ponašanje podnosioca predstavke i postupanje državnih organa, a naročito sudova.

Imajući u vidu velike probleme koje države članice imaju u obezbeđenju ovog prava, Evropski sud redovno ističe da je, kao i povodom mnogih

⁹⁷³ *Steel and Morris v. The United Kingdom*, predstavka br. 68416/01, presuda od 15. februara 2005.

drugih pitanja, najbolje rešenje prevencija. Naime, „ član 6. stav 1. Konvencije državama ugovornicama nameće obvezu da organizuju svoje pravosudne sisteme na takav način da njihovi sudovi mogu ispuniti svaki zahtev iz te odredbe, uključujući i obvezu odlučivanja o predmetima u razumnom roku”.⁹⁷⁴ Međutim, ako je pravosudni sistem u tom pogledu manjkav, Evropski sud ukazuje na to da je najdelotvornije rešenje „pravno sredstvo namenjeno ubrzanju postupka kako bi se sprečilo da on postane prekomerno dugačak. Takvo pravno sredstvo ima nesporne prednosti nad pravnim sredstvom koje samo pruža naknadu, jer ono sprečava i utvrđivanje uzastopnih povreda u odnosu na isti postupak te ne ispravlja povredu samo *a posteriori*, kao što to, na primer, čini odštetno pravno sredstvo.”⁹⁷⁵

3.7.1.3. Posebna prava u krivičnom postupku

3.7.1.3.1. Pretpostavka nevinosti

Član 6. stav 2. Konvencije jemči da se „svako ko je optužen za krivično delo mora [se] smatrati nevinim sve dok se ne dokaže njegova krivica na osnovu zakona”. Pretpostavka nevinosti tiče se pre svega krivičnog postupka i tereta dokazivanja u njemu, ali je Evropski sud priznao širi značaj ovog prava, izvodeći iz njega obavezu i za druge državne organe. Evropski sud ističe da se ovo pravo povređuje ako sudska odluka, ili bilo kakva izjava javnog službenika koja se odnosi na osobu osumnjičenu za krivično delo, odražava mišljenje da je ona kriva i pre nego što je njena krivica, prema zakonu, dokazana. U nedostatku formalnog utvrđenja dovoljno je i obrazloženje koje sugeriše da sud ili javni službenik smatra optuženog krivim. Preuranjeno izjašnjavanje suda o krivici neizbežno predstavlja povredu pretpostavke nevinosti.⁹⁷⁶

Tako je u predmetu *Matijašević protiv Srbije* Evropski sud utvrdio da je Okružni sud u Novom Sadu u svojoj odluci o produženju pritvora doista proglasio podnosioca predstavke krivim, što Vrhovni sud nije sankcionisao. Naime, u obrazloženju odluke o produženju pritvora Okružni sud se pozvao na činjenicu da je podnosilac predstavke već osuđivan i dodatno, izričito utvrdio da je podnosilac predstavke „po-

974 *Scordino v. Italy*, predstavka br. 36813/97, presuda od 29. marta 2006, stav183.

975 *Isto*.

976 *Allenet de Ribemont c. France*, predstavka br. 15175/89, presuda od 10 februara 1995, st avovi 5–36,

činio krivična dela koja su predmet ove optužbe". Evropski sud nije prihvatio argument Srbije da je reč o nepreciznoj formulaciji i očiglednoj grešci, smatrajući da postoji bitna razlika između tvrdnje da je neko osumnjičen da je počinio delo i jasne sudske izjave, bez konačne presude, da je određena osoba počinila to delo. Zbog toga je Evropski sud utvrdio da je došlo do povrede prava na pretpostavku nevinosti.⁹⁷⁷

3.7.1.3.2. Prava optuženoga u krivičnom postupku

Pored pretpostavke nevinosti, Evropska konvencija štiti i druga minimalna prava optuženoga za krivično delo: „da bez odlaganja, posebno i na jeziku koji razume, bude obavešten o prirodi i razlozima optužbe protiv njega; da ima dovoljno vremena i mogućnosti za pripremanje odbrane; da se brani lično ili putem branioca koga sam izabere ili, ako nema dovoljno sredstava da plati za pravnu pomoć, besplatno dobije branioca po službenoj dužnosti kada interesi pravde to zahtevaju; da ispituje svedoke protiv sebe ili da postigne da se oni ispituju i da se obezbedi prisustvo i saslušanje svedoka u njegovu korist pod istim uslovima koji važe za one koji svedoče protiv njega; da dobije besplatnu pomoć prevodioca ako ne razume ili ne govori jezik koji se upotrebljava na sudu.”

3.7.2. Pravo na delotvorni pravni lek

Član 13. Evropske konvencije jemči pravo na delotvorni pravni lek propisujući da svako kome su povređena prava i slobode predviđeni njome „ima pravo na delotvoran pravni lek pred nacionalnim vlastima, bez obzira jesu li povredu izvršila lica koja su postupala u službenom svojstvu”. Pravo na delotvorni pravni lek jeste subjektivno pravo, ali i pretpostavka zaštite svih ostalih konvencijskih prava. Naime, obezbeđivanje prava na delotvorni pravni lek pred nacionalnim vlastima je od presudnog značaja za pravilno funkcionisanje čitavog evropskog sistema ljudskih prava. Zato se član 13. mora sagledati u svetlosti člana 35. stav 1. Konvencije koji predviđa uslove za izjavljivanje pojedinačne pretpostavke uređujući da „Sud može uzeti predmet u postupak tek kada se iscrpu svi unutrašnji pravni lekovi”.

⁹⁷⁷ *Matijašević protiv Srbije*, predstavka br. 23037/04, presuda od 19. septembra 2006, stavovi 7, 47 i 48.

Proizlazi da su prevashodno države odgovorne da štite evropsko pravo ljudskih prava dok je nadležnost Evropskog suda, u tom pogledu, supsidijarna. Sistemski karakter ovih odredaba počiva, pak, na osnovnoj obavezi sadržanoj u članu 1. Konvencije koji propisuje da „Visoke strane ugovornice jemče svakome u svojoj nadležnosti prava i slobode određene” njome.⁹⁷⁸ Dakle, svako ko tvrdi da je žrtva povrede prava ustanovljenih Konvencijom ili protokolima uz nju, koju je učinila država ugovornice, ima pravo da se obrati Evropskom sudu, ali tek pošto iscrpe „sve unutrašnje pravne lekove”, što podrazumeva da su ti lekovi „delotvorni”.

Evropski sud je dao svoje shvatanje delotvornosti pravnog leka, razvijajući i tu pravnu kategoriju kao autonomni koncept. On je istakao da član 13. najpre zahteva postojanje domaćeg pravnog sredstva koje omogućava nadležnim organima vlastima da razmatraju „dokazive pritužbe” u smislu Konvencije i da obezbeđuju odgovarajuću zaštitu, pri čemu obim obaveza države ugovornice u tom pogledu zavisi od prirode pritužbe.⁹⁷⁹ Taj pravni lek mora biti takav da omogući nadležnom organu vlasti da odluči o meritumu merodavne pritužbe o povredi Konvencije i da dosudi odgovarajuću naknadu štete. Istovremeno, državama ugovornicama se priznaje određeni stepen diskrecije kada je reč o načinu na koji treba da ispune tu obvezu.⁹⁸⁰

Pojam „vlasti” sadržan u članu 13. ne odnosi se nužno na sudsku vlast. Međutim, za odlučivanje o tome da li je određeni pravni lek delotvoran jesu značajne nadležnosti tog organa i procesna jemstva koja on pruža. Ukoliko data „vlast” nije sudska, Evropski sud će razmotriti njenu nezavisnost i procesna jemstva koje nudi pritužiocu. Isto tako, čak i ako jedno pravno sredstvo samo po sebi ne ispunjava u potpunosti uslove člana 13, skup od nekoliko takvih sredstava predviđenih domaćim pravom može imati takvo dejstvo.⁹⁸¹

U svakom slučaju, pravni lek prema članu 13. Konvencije mora biti „delotvoran” kako u teoriji, tako i u praksi, i njegovo korišćenje ne

978 *Kudla c. Pologne*, predstavka br. 30210/96, presuda od 26. oktobra 2000, stav 152.

979 *De Souza Ribeiro c. France*, predstavka br. 22689/07, presuda od 13. decembra 2012, stav 78.

980 *Chahal v. The United Kingdom*, predstavka br. 22414/93, presuda od 15. novembra 1996, stav 145.

981 *Kudla c. Pologne*, stav 157.

može biti neopravdano sprečeno aktima ili propustima državnih vlasti. Međutim, njegova delotvornost ne zavisi od izvesnosti povoljnog ishoda za pritužioca.⁹⁸²

Konačno, mora se posvetiti posebna pažnja brzini postupka do kojeg dovedi pravni lek, budući da nije isključeno kako bi prikladnost pravnog sredstva mogla biti umanjena njegovim prekomernim trajanjem.⁹⁸³

3.7.3. Načelo zakonitosti

Načelo *nullum crimen nulla poene sine lege* je osnov modernog krivičnog prava. Ono u sebi sadrži tri zasebna ljudska prava. Najpre, niko ne sme biti gonjen ili osuđen bez zakona, tj. bez bez zakonskog određanja krivičnog dela i kazne za to delo. Zatim, sâm zakon mora zadovoljavati određene kvalitete, pre svega mora biti precizan, da bi obezbeđivao predvidivost i sigurnost i samim time predupredio eventualnu arbitrarnost u primeni. Konačno, podrazumeva se da zakon mora biti na snazi u trenutku gonjenja, odnosno da se ne sme primenjivati retroaktivno.⁹⁸⁴

U skladu sa ovim postulatima modernog krivičnog prava, član 7. stav 1. Evropske konvencije propisuje da se „niko [se] ne može smatrati krivim za krivično delo izvršeno činjenjem ili nečinjenjem koje, u vreme kada je izvršeno, nije predstavljalo krivično delo po unutrašnjem ili međunarodnom pravu. Isto tako, ne može se izreći stroža kazna od one koja je bila propisana u vreme kada je krivično delo izvršeno“.

I Evropski sud je, u svojoj jurisprudenciji, povodom pitanja „kažnjavanja samo na osnovu zakona“ ukazao na značaj pojma zakona i kazne. U presudi *Kokinakis protiv Grčke* Sud je istakao da se član 7. stav 1. Konvencije ne svodi na zabranu retroaktivne primene krivičnog prava na štetu optuženog: „On takođe otelotvoruje [...] načelo da samo zakon može da odredi delo i propiše kaznu (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) i da krivično pravo ne može biti široko tumačeno na štetu optuženog, na primer analogijom. Uslov je zadovoljen kada pojedinac može znati na osnovu teksta relevantne odredbe i, ukoliko je potreb-

982 *Isto.*

983 *De Souza Ribeiro c. France*, stav 81.

984 C. Ambroise-Castérot, „*Légalité des délits et des peins*“, *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, (sld. J. Andriantsimbazovina et al.), Presses Universitaires de France, Paris 2008, 603.

no, uz pomoć sudskog tumačenja, koje radnje i propusti ga čine odgovornim”.⁹⁸⁵

U predmetu *Kokinakis* osporavano je grčko krivično zakonodavstva koje je inkriminiralo prozelitizam. Ovo krivično delo formulirano je tako rastegljivo da otvara vrata ekstenzivnom i zloupotrebljavajućem tumačenju organa primene prava. Naime, biće krivičnog dela ne navodi se precizno, već se upotrebljava karakteristična formulacija „naročito”, čime se implicira da je moguće analogijom dopunjavati oblike inkriminisanog ponašanja. Dovodeći u pitanje ispunjenost načela zakonitosti, podnosilac predstavke se, u predmetu *Kokinakis protiv Grčke*, upravo pozvao na upotrebu neodređenih izraza poput „naročito” i „posredni pokušaj” da bi pokazao da bilo kakav razgovor o verskim temama može potpasti pod udar ovog zakona. Sudija Martens (*Martens*) je, u izdvojenom mišljenju, iskazao sumnju u usklađenost ovakve zakonske odredbe s zahtevima člana 7. Konvencije, podsetivši da je precizno, nedvosmisleno određenje bića krivičnog dela sastavni deo načela *nullum crimen, nulla poena sine lege*.⁹⁸⁶ Sudija Pettiti (*Pettiti*) je takođe primetio da osporena zakonska formulacija ne ispunjava potrebne uslove predvidivosti, te da samo postojanje i mogućnost primene takvog zakona jesu povreda načela zakonitosti.⁹⁸⁷ Sudijska većina se, pak, zadovoljila zaključkom da se nomotehnička neodređenost zakonske definicije dopunjuje ustaljenom i konzistentnom sudskom praksom koja omogućava da se ponašanje uredi na odgovarajući način.⁹⁸⁸

Kategorija „kazne” u odredbi člana 7. stav 1, kao i kategorije „građanska prava i obaveze” i „krivična optužba” u odredbi člana 6. stav 1. Konvencije, su autonomni koncepti u evropskom pravu ljudskih prava. Naime, „da bi zaštita predviđena članom 7. postala delotvorna, Sud mora imati slobodu da detaljnije ispita slučaj i sam proceni da li određena mera predstavlja u suštini „kaznu” u smislu ove odredbe”.⁹⁸⁹ U presudi *Velč protiv Ujedinjenog Kraljevstva* Sud je zauzeo stanovište da se u obzir uzimaju: priroda i svrha date mere (prevencija, reparacija, represija), kako je ona okarakterisana u domaćem pravu, te postupak za izricanje i sprovođenje te mere, i njena oštrina.⁹⁹⁰

985 *Kokinakis v. Greece*, predstavka br. 14307/88, presuda od 25. maja 1993, stav 52.

986 *Kokinakis v. Greece*, Partly dissenting opinion of Judge Martens.

987 *Kokinakis v. Greece*, Partly concurring opinion of Judge Pettiti.

988 *Kokinakis v. Greece*, stav 40.

989 *Welch v. The United Kingdom*, predstavka br. 17440/90, presuda od 9. februara 1995, stav 27.

990 *Isto*, stav 28.

4. Primeri dobre prakse u Republici Srbiji

Uvodne napomene

Republika Srbija je pristupila evropskom sistemu zaštite ljudskih prava 2003. godine kao 45. država članica Saveta Evrope. Te iste godine ratifikovala je i Evropsku konvenciju.⁹⁹¹ Budući da je jedna od najmlađih ugovornica Evropske konvencije o ljudskim pravima, Srbija je priznala nadležnost Evropskog suda za ljudska prava u trenutku u kojem je njegov pravni i politički autoritet već uveliko bio nesporan. Iako je recepcija jurisprudencije Evropskog suda u unutrašnje pravo i praksu bila proces koji je varirao vremenom i od države do države, Evropska konvencija je do početka 21. veka zadobila poverenje svojih ugovornica, profilisući se kao „najdelotvorniji režim ljudskih prava u svetu”.⁹⁹² Otuda je i Srbija pokazala generalnu otvorenost prema mehanizmima i procedurama svojstvenim ovom sistemu. Za razliku od nje i drugih evropskih država u sličnoj situaciji, osnivačice Saveta Evrope su uglavnom potcenile razmere uticaja jurisprudencije Evropskog suda na njihove pravne sisteme i u prvom trenutku nisu predvidele delotvorne instrumente za zaštitu prava zajemčenih Konvencijom.⁹⁹³ Drugi razlog, ništa manje značajan za razumevanje uspešnosti prihvatanja evropsk-

991 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.

992 A. Stone Sweet, H. Keller, „The Reception of the ECHR in National Legal Orders”, *A Europe of Rights – The Impact of the ECHR on National Legal Systems* (eds. H. Keller, A. Stone Sweet), Oxford University Press, Oxford–New York 2010, 3.

993 H. Keller, A. Stone Sweet, „Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems”, *A Europe of Rights, – The Impact of the ECHR on National Legal Systems* (eds. H. Keller, A. Stone Sweet), 678.

og sistema zaštite ljudskih prava, nalazio se u činjenici da Srbija nije imala tradiciju vladavine prava, što je dovelo do poistovećivanja zaštite ljudskih prava s Evropskom konvencijom. Naime, uočljivo je da je kod ugovornica Evropske konvencije koje su to kasnije postale, poput Španije, Slovačke, Poljske i Grčke (ponovna ratifikacija nakon vojne hunte) „politički legitimitet Konvencije i Suda uglavnom prihvatani bezrezervno. Svaka od ovih država nalazila se tada u porođajnim mukama demokratizacije, koja je usledila nakon dugih godina represivne, autoritarne vlasti. Demokratija je u velikoj meri poistovećivana sa zaštitom individualnih prava. [...] Ovim državama Konvencija [je] ponudila utemeljen, 'spoljašnji' i stoga legitiman, normativni standard za tranziciju ka ustavnoj demokratiji.“⁹⁹⁴

Tako je i Srbija 2006. godine usvojila novi ustav, koji predviđa neposrednu primenu zajemčenih ljudskih prava, i nameće obavezu tumačenja odredaba o ljudskim pravima saglasno praksi međunarodnih institucija kojima je poveren nadzor nad ostvarivanjem međunarodnopravnih standarda ljudskih prava. Sasvim razumljivo, Evropska komisija za demokratiju putem prava Saveta Evrope (Venecijanska komisija) je u ovim formulacijama odmah prepoznala obavezujuću i interpretativnu snagu konvencijskog prava.⁹⁹⁵ Srbija je pristupila i sveobuhvatnim promenama svog pravnog sistema kako bi se valjano prilagodila supsidijarnoj nadležnosti Evropskog suda u zaštiti ljudskih prava, uvevši, primera radi, ustavnu žalbu. A, kako bi omogućila *aposteriorne* mehanizme za ispunjavanje svojih obaveza koje proisteknu iz povreda koje utvrdi Evropski sud, dopustila je ponovno otvaranje domaćih sudskih postupaka. Poređenja radi, u Francuskoj se dugo smatralo da je „plaćanje naknade, koju Sud utvrdi, [je] jedina formalna obaveza koja nastaje iz ustanovljene povrede prava [...] Prema tom shvatanju, presude Suda nikad ne bi 'dovodile u pitanje zakonitost sudskih postupaka i naravno, još manje, važenje administrativnih odluka koje su bile predmet tih postupaka.“⁹⁹⁶

994 *Isto*, 679.

995 „Mora se pozdraviti navođenje institucija koje vrše nadzor. Iz evropske perspektive to znači da je praksa Evropskog suda za ljudska prava od najvećeg značaja u tumačenju osnovnih prava u Ustavu Srbije“. European Commission for Democracy through Law, *Opinion on the Constitution of Serbia*, Strasbourg, 19 March 2007, 8.

996 E. Lambert Abdelgawad, A. Weber, „The Reception Process in France and Germany“, *A Europe of Rights – The Impact of the ECHR on National Legal Systems* (eds. H. Keller, A. Stone Sweet), 126.

Međutim, nedostatak odgovarajuće pravne i političke kulture ostavio je svoj trag, ispoljivši se, prevashodno, u opštoj neefikasnosti sudstva i u nerazumevanju, ili, čak, nepoznavanju, nekih od osnovnih koncepta Evropske konvencije. U tom pogledu, upečatljiva je razlika između „proklamovanih prava“ (*law in books*) i „ostvarenih prava“ (*law in action*), što se potvrdilo i u činjenici da je 2012. godine Srbija zauzela peto mesto na listi zemalja protiv kojih je podnet najveći broj predstavlki pred Evropskim sudom, a da je mereno po glavi stanovnika bila prva. Iako se ovaj trend nije dugo zadržao, on i dan-danas svedoči o nedovoljnoj upućenosti naših pravnika u evropski sistem zaštite ljudskih prava.

Uprkos zabrinjavajućoj statistici i odsustvu sistematskog obrazovanja u oblasti evropskog prava ljudskih prava na pravnim fakultetima u Srbiji, srpski sudovi se sve češće pozivaju na jurisprudenciju Evropskog suda, što ukazuje na okretanje pravne prakse evropskim vrednostima i standardima oličanim u Evropskoj konvenciji. U tom pogledu, naročito je važno da Ustavni sud priznaje jurisprudenciji Evropskog suda svojstvo izvora prava u raznim postupcima koji se vode pred njim. Najšire posmatrano, ove činjenice nesumnjivo svedoče o evoluciji u razumevanju prava i njegovih izvora, a naročito o sazrevanju svesti da i „sudije stvaraju pravo“, kao i shvatanja o ulozi države i njenim suverenim pravima.

Odnos Srbije prema evropskom sistemu zaštite ljudskih prava sagledaćemo uzimajući u obzir status Evropske konvencije u pravnom sistemu Srbije i mehanizme njene primene, s posebnim osvrtom na relevantna pravna sredstva i dijalog između Ustavnog suda Srbije i Evropskog suda za ljudska prava.

4.1. Evropska konvencija u pravnom sistemu Srbije

4.1.1. Status Evropske konvencije

Evropska konvencija je postala deo pravnog sistema Srbije u vreme kada je ona bila članica Državne zajednice Srbija i Crna Gora. Skupština Državne zajednice je potvrdila Konvenciju 26. decembra 2003. godine, a Srbija i Crna Gora su postale vezane njome predajom ratifikacionih instrumenata Generalnom sekretaru Saveta Evrope, 3.

marta 2004. godine. Istupanjem Crne Gore iz Državne zajednice 2006. godine, Srbija je nasledila njen međunarodnopravni subjektivitet,⁹⁹⁷ te je Komitet ministara potvrdio kontinuitet članstva Srbije u Savetu Evrope.⁹⁹⁸

Da bi se razumeo status Evropske konvencije u pravnom sistemu Srbije potrebno je, razmotriti, najpre, izvore prava i njihovu hijerarhiju, sa naglaskom na potvrđene međunarodne ugovore, a potom i dejstvo odredaba o ljudskim pravima zajemčenim Ustavom i međunarodnim izvorima. Ustavotvorac je uredio da je „Ustav [je] najviši pravni akt Republike Srbije“, da „svi zakoni i drugi opšti akti doneti u Republici Srbiji moraju biti saglasni sa Ustavom“, da „potvrđeni međunarodni ugovori ne smeju biti u suprotnosti sa Ustavom“, a da „zakoni i drugi opšti akti doneti u Republici Srbiji ne smeju biti u suprotnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorima i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava“.⁹⁹⁹ Takođe, „pojedinačni akti i radnje državnih organa, organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja, organa autonomnih pokrajina i jedinica lokalne samouprave, moraju biti zasnovani na zakonu“.¹⁰⁰⁰

Saglasno pomenutom sistemu izvora prava, ustavotvorac je precizirao da „sudovi [...] sude na osnovu Ustava, zakona i drugih opštih akata, kada je to predviđeno zakonom, opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnih ugovora“,¹⁰⁰¹ a da „javno tužilaštvo vrši svoju funkciju na osnovu Ustava, zakona, potvrđenog međunarodnog ugovora i propisa donetog na osnovu zakona“.¹⁰⁰² Ustavom se posebno utvrđuje pravo na sudsku zaštitu svima kojima je neko ljudsko ili manjinsko pravo povređeno ili uskraćeno, kao i pravo na uklanjanje posledica koje su povredom nastale.¹⁰⁰³

997 Član 25. stav 3. Ustavne povelje.

998 Videti *Continuation by the Republic of Serbia of Membership of the State Union of Serbia and Montenegro*, Declaration by the Committee of Ministers of the Council of Europe, 14 June 2006, <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1013255&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>, 30.12.2016.

999 Član 194. stavovi 2, 3. i 5. Ustava.

1000 Član 198. stav 1. Ustava.

1001 Član 142. stav 2. Ustava.

1002 Član 156. stav 2. Ustava.

1003 Član 22. stav 1. Ustava.

Kada je reč o dejstvu ljudskih i manjinskih prava, ona, zajemčena Ustavom, „neposredno se primenjuju”.¹⁰⁰⁴ Osim toga, „Ustavom se jemče, i kao takva, neposredno [se] primenjuju ljudska i manjinska prava zajemčena opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima i zakonima”.¹⁰⁰⁵ S tim u vezi, Ustavni sud je zauzeo stav da se „ustavnom žalbom štite [se] sva ljudska i manjinska prava i slobode, individualna i kolektivna, nezavisno od njihovog sistematskog mesta u Ustavu i nezavisno od toga da li su izričito ugrađena u Ustav ili su u ustavnopravni sistem implementirana potvrđenim međunarodnim ugovorima”.¹⁰⁰⁶ Dalje, „zakonom se može propisati način ostvarivanja ovih prava samo ako je to Ustavom izričito predviđeno ili ako je to neophodno za ostvarenje pojedinog prava zbog njegove prirode, pri čemu zakon ni u kom slučaju ne sme da utiče na suštinu zajemčenog prava”.¹⁰⁰⁷ Sa stanovišta pojmovnog određenja ljudskih i manjinskih prava, Ustav predviđa da se ona „tumače [se] u korist unapređenja vrednosti demokratskog društva, saglasno važećim međunarodnim standardima ljudskih i manjinskih prava, kao i praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje”.^{1008 1009}

Utvrđujući suprematiju Ustava i obavezu saglasnosti međunarodnih ugovora, zakona i drugih opštih akata sa Ustavom, a potom i kontrolu

1004 Član 18. stav 1. Ustava.

1005 Član 18. stav 2. Ustava.

1006 Stavovi Ustavnog suda u postupku ispitivanja i odlučivanja po ustavnoj žalbi, Su br. I – 8/11/09, 2. april 2009.

1007 Član 18. stav 2. Ustava.

1008 Član 18. stav 3. Ustava.

1009 Međunarodni i regionalni ugovori usvojeni pod okriljem Ujedinjenih nacija i Saveta Evrope, posebno značajni za materiju ljudskih prava, su: Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950), Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (1965), Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966), Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966), Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena (1979), Konvencija protiv mučenja i drugih svirepih, nehumanih i ponižavajućih kazni i postupaka (1984), Konvencija o pravima deteta (1989), Međunarodna konvencija o zaštiti prava radnika migranata i članova njihovih porodica (1990), Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina (1995), Međunarodna konvencija o zaštiti svih osoba od prisilnih nestanaka (2006) i Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom (2006). Republika Srbija je potpisala i potvrdila sve ove ugovore, izuzev Međunarodne konvencije o zaštiti prava radnika migranata i članova njihovih porodica koju je samo potpisala. Svi ovi ugovori imaju svoja nadzorna tela, od kojih je najpoznatiji Evropski sud uspostavljen Evropskom konvencijom.

ustavnosti međunarodnih ugovora, zakona i drugih opštih akata pred Ustavnim sudom,¹⁰¹⁰ ustavotvorac se jasno opredelio za to da su potvrđeni međunarodni ugovori, zakoni i drugi opšti akti u hijerarhiji prava nižeg ranga od Ustava. Uporedo s time, Ustav je odredio viši rang potvrđenih međunarodnih ugovora u odnosu na zakone i druge opšte akte, navodeći da oni ne mogu biti u suprotnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorima, te da pred Ustavnim sudom podležu kontroli saglasnosti u odnosu na potvrđene međunarodne ugovore.¹⁰¹¹

Kada se, uz pitanja načina inkorporisanja međunarodnih ugovora i njihovog dejstva u unutrašnjem pravnom poretku, sagleda i njihovo mesto na hijerarhijskoj lestvici izvora prava u njemu, dolazi se do zaključka da je u Republici Srbiji primenjen pretežno monistički sistem odnosa između unutrašnjeg i međunarodnog prava. Takvom odnosu posebno doprinosi ustavna norma koja nalaže da se odredbe o ljudskim i manjinskim pravima tumače saglasno praksi međunarodnih institucija koje nadziru sprovođenje međunarodnih standarda ljudskih i manjinskih prava, što znači da se i nadržavno pravo, poput onog koje stvara Evropski sud (*judge-made law*), smatra sastavnim delom unutrašnjeg pravnog poretka Srbije.

Proizlazi da Evropska konvencija ima, na osnovu Ustava, nadzakonsku pravnu snagu, a da je Stavovima Ustavnog suda njoj priznat kva-zi-ustavni značaj, te da postoje ustavne pretpostavke da sudovi i drugi organi javne vlasti neposredno primenjuju njene odredbe i da ih tumače u skladu sa jurisprudencijom Evropskog suda.

4.1.2. Opšti mehanizmi usklađivanja s Evropskom konvencijom

U Srbiji, kao i u drugim zemljama parlamentarnog sistema vlasti, zakone najčešće predlaže Vlada na inicijativu svojih ministara.¹⁰¹² Vladi, u vršenju ove funkcije, pomaže njena posebna služba, Republički sekretarijat za zakonodavstvo, koji se stara o usaglašenosti propisa i opštih akata u pravnom sistemu u postupku njihovog donošenja i o tome da oni zadovoljavaju neophodne normativno-tehničke uslove.¹⁰¹³

1010 Član 167. stav 1. tačke 1. i 2. Ustava.

1011 Član 167. stav 1. tačka 1. Ustava.

1012 Član 123. stav 1. tačka 4. Ustava i član 14. stav 1. Zakona o Vladi.

1013 Član 24. stav 1. Zakon o ministarstvima.

Kad je reč o primeni Evropske konvencije, Ministarstvo pravde: zastupa Republiku Srbiju pred Evropskim sudom, stara se o objavljivanju presuda tog suda koje se odnose na Republiku Srbiju, i prati njihovo izvršenje.¹⁰¹⁴ Vlada je osnovala i Savet za odnose s Evropskim sudom sa zadatkom da prati sprovođenje Evropske konvencije.¹⁰¹⁵ Konkretnije, Savet je davao predloge i mišljenja državnim organima u cilju smanjivanja broja predstavki protiv Srbije pred Evropskim sudom.¹⁰¹⁶

Premda ovi mehanizmi svakako omogućavaju vođenje računa o konvencijskom pravu u zakonodavnom postupku, to ne znači da oni ne mogu biti i bolji. Na primer, postojeće pravo obezbeđuje strožu harmonizaciju domaćih propisa s normama Evropske unije, iako Srbija još nije članica ove organizacije. Ministarstva su načelno obavezna da, u skladu sa svojim nadležnostima, obezbede usklađivanje domaćih propisa s pravom Evropske unije.¹⁰¹⁷

Ista vrsta primedbe se može uputiti i zakonodavnom postupku u Narodnoj skupštini. Dok Poslovnik Narodne skupštine propisuje da svaki predlog zakona mora biti praćen izjavom o usklađenosti s propisima Evropske unije, ili o nepostojanju obaveze usklađivanja, ili o nemogućnosti usklađivanja,¹⁰¹⁸ sličan zahtev ne postoji kad je reč o Evropskoj konvenciji. Ipak, Odbor za evropske integracije, koji je skupštinsko radno telo, razmatra predlog zakona sa stanovišta njegove usklađenosti ne samo s propisima Evropske unije, već i s pravilima Saveta Evrope.¹⁰¹⁹

Kad je reč o izvršenju presuda Evropskog suda donetih protiv Srbije, Ministarstvo pravde ima obavezu nadzora, dok Savet za odnose s Evropskim sudom ne samo da prati njihovo izvršenje u skladu s članom 46. Konvencije, već takođe nudi predloge i mišljenja u tom pogledu.¹⁰²⁰

1014 Član 9. stav 1. Zakona o ministarstvima.

1015 Član 2. tačka 2. Odluke o obrazovanju Saveta za odnose sa Evropskim sudom za ljudska prava.

1016 Član 2. tačka 8. Odluke o obrazovanju Saveta za odnose sa Evropskim sudom za ljudska prava. Međutim, ovo telo se nije sastalo od 1. januara 2015. godine.

1017 Član 19. Zakona o ministarstvima.

1018 Član 151. stav 4. Poslovnika Narodne skupštine.

1019 Član 64. stav 1. Poslovnika Narodne skupštine.

1020 Član 2. tačka 7. Odluke o obrazovanju Saveta za odnose sa Evropskim sudom za ljudska prava.

Primena jurisprudencije Evropskog suda u radu domaćih sudova ostva- ruje se u dve grupe situacija. Prva je opšteg i „preventivnog“ karakte- ra, a odnosi se na neposrednu primenu jurisprudencije Suda, shodno članu 18. stav 3. Ustava. Svojevrstu podršku takvoj praksi pruža Zakon o sudijama koji navodi da ako je odlukom Evropskog suda „utvrđeno da su u toku sudskog postupka kršena ljudska prava i osnovne slobode i da je presuda zasnovana na takvom kršenju ili da je presuda izosta- la zbog kršenja prava na suđenje u razumnom roku, Republika Srbija može tražiti od sudije naknadu isplaćenog iznosa, ako je šteta učinjena namerno”.¹⁰²¹ Drugu grupu čine situacije koje su pojedinačnog i apo- steriornog karaktera, a tiču se ponovnog otvaranja sudskih postupaka na inicijativu podnosilaca predstavki koji su pred Evropskim sudom uspešno odbranili tvrdnje o povredi svog konvencijskog prava.

4.1.3. Sudska zaštita ljudskih prava u Republici Srbiji

Primarna zaštita prava i sloboda zajemčenih Evropskom konvencijom pripada redovnim i specijalizovanim sudovima, s obzirom na to da je Konvencija potvrđeni međunarodni ugovor i njenu ljudskopravnu supstancu. Naime, Ustavom se posebno utvrđuje pravo na sudsku zaštitu svakome kome je neko ljudsko ili manjinsko pravo povređeno ili uskraćeno, kao i pravo na uklanjanje posledica koje su povredom nastale.¹⁰²² Ustavotvorac je propisao i da su sudovi samostalni i neza- visni u svom radu i da sude na osnovu Ustava, zakona i drugih opštih akata, kao i na osnovu opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnih ugovora.¹⁰²³ Štaviše, ljudska i manjinska prava, zajemčena opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima, primenjuju se neposred- no.¹⁰²⁴ Dakle, Konvencija je neposredno primenjiva, pa sudovi u Srbiji mogu na nju da se pozovu i da je sprovode u postupcima koji se pred njima vode.

U praksi, zaštita prava i sloboda zajemčenih Konvencijom najčešće se postiže sudskom kontrolom ustavnosti i konvencionalnosti opštih i pojedinačnih akata i ponovnim otvaranjem pravnosnažno okončanih sudskih postupaka pred sudovima opšte i posebne nadležnosti. Dok

1021 Član 6. stava 3. Zakona o sudijama.

1022 Član 22. stav 1. Ustava.

1023 Član 142. stav 2. Ustava

1024 Član 18. stav 2. Ustava

kontrola Ustavnog suda prethodi intervenciji Evropskog suda i nastoji da je spreči, ponovno otvaranje sudskih postupaka sledi pozitivnu presudu Evropskog suda u cilju ispravljanja ustanovljene povrede Evropske konvencije.

Ustavni sud ima položaj i nadležnosti koji su karakteristični za evropski model sudske kontrole ustavnosti. On je samostalan i nezavisan državni organ, koji štiti ustavnost i zakonitost, kao i ljudska i manjinska prava i slobode.¹⁰²⁵ Odluke Ustavnog suda su konačne, izvršne i opšteobavezujuće.¹⁰²⁶ Ustavni sud ima širok krug nadležnosti,¹⁰²⁷ od koji je najznačajnije odlučivanje „o saglasnosti zakona i drugih opštih akata sa Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima”.¹⁰²⁸ Ustavni sud takođe odlučuje o zabrani rada političke stranke, sindikalne organizacije ili udruženja građana,¹⁰²⁹ kao i o žalbama sudija protiv odluka kojima je prestala njihova sudijska funkcija.¹⁰³⁰ Bez obzira na to što Srbija, kao deo tadašnje Jugoslavije, poznaje apstraktnu kontrolu ustavnosti još od Ustava iz 1963, do istinskog razvitka ustavnog sudovanja u njoj dolazi tek s uvođenjem postupka po ustavnoj žalbi, pod Ustavom od 2006.¹⁰³¹ Naime, „ustavna žalba se može izjaviti protiv pojedinačnih akata ili radnji državnih organa ili organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja, a kojima se povređuju ili uskraćuju ljudska ili manjinska prava i slobode zajemčene Ustavom ako su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva za njihovu zaštitu”.¹⁰³²

Druga vrsta pravnog sredstva tiče se ponovnog otvaranja pravnosnažno okončanih domaćih sudskih postupaka, na inicijativu podnosilaca predstavljeni koji su pred Evropskim sudom uspešno odbranili tvrdnje o povredi svojih Konvencijom zajemčenih prava. Uvođenje ovog sredstva u pravni sistem Srbije proističe, između ostalog, iz Osnovnog zakona Srbije koji propisuje da „građani imaju pravo da se obrate međun-

1025 Član 166. stav 1. Ustava.

1026 Član 166. stav 2. Ustava.

1027 Član 167. Ustava.

1028 Član 167. stav 1. tačka 1. Ustava.

1029 Član 167. stav 3. Ustava.

1030 Član 148. stav 2. Ustava.

1031 V. Beširević, „Governing without judges: The politics of the Constitutional Court in Serbia”, *Int. J. Constitutional Law* (2014) Vol. 12 No. 4, 962–965.

1032 Član 170. Ustava.

arodnim institucijama radi zaštite svojih sloboda i prava zajemčenih Ustavom".¹⁰³³ Stoga, Zakon o krivičnom postupku predviđa da se zahtev za zaštitu zakonitosti može podneti u slučaju kršenja ljudskih prava utvrđenih odlukom Evropskog suda;¹⁰³⁴ Zakon o parničnom postupku uređuje da se okončani sudski postupak može ponoviti ukoliko stranka stekne mogućnost da upotrebi odluku Evropskog suda kojom je utvrđena povreda ljudskog prava, a to je moglo da bude od uticaja na donošenje povoljnije odluke;¹⁰³⁵ a, isto pravilo, *mutatis mutandis*, sadrži i Zakon o upravnim sporovima.¹⁰³⁶

Ustavne odredbe o odnosu između unutrašnjeg i međunarodnog prava omogućile su Ustavnom sudu, i sudovima u Srbiji uopšte, da bez većih izazova rešavaju sukobe normi do kojih dolazi između dva nivoa pravnog regulisanja. Naročito je Ustavni sud razvio složen odnos prema međunarodnim izvorima, pogotovo u pogledu jurisprudencije Evropskog suda. On dosledno sledi jurisprudenciju Evropskog suda smatrajući je obavezujućom (prihvata je kao *res iudicata*) u pogledu uslova koje ustavna žalba treba da zadovolji da bi zadržala svojstvo delotvornog pravnog sredstva, a na nju se poziva i u drugim vrstama postupaka, da bi popunio pravne praznine i bolje razvio svoju argumentaciju, ne samo u pitanjima od meritornog, već i procesnog značaja (primenjuje je kao *res interpretata*).

Kada je reč o sudskoj zaštiti ljudskih prava koja se razvila pod uticajem jurisprudencije Evropskog suda, posebno se mora navesti ostvarivanje prava na suđenje u razumnom roku. Član 32. Ustava, sa svoja tri stava, gotovo da reprodukuje član 6. stav 1. Evropske konvencije koji jemči pravo na pravično suđenje. Konkretno, član 32. stav 1. Ustava propisuje da „svako ima pravo da nezavisan, nepristrasan i zakonom već ustanovljen sud, pravično i u razumnom roku, javno raspravi i odluči o njegovim pravima i obavezama, osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka, kao i o optužbama protiv njega“. Ova ustavna odredba bila je osnov za uvođenje novog pravnog sredstva za ubrzanje sudskog postupka i pravično zadovoljenje u slučaju utvrđene povrede prava na suđenje u razumnom roku. Zaštita ovog prava se najpre

1033 Član 22. stav 2. Ustava.

1034 Član 485. stav 1. Zakona o krivičnom postupku.

1035 Član 426. tačka 11. Zakona o parničnom postupku.

1036 Član 56. tačka 7. Zakona o upravnim sporovima.

ostvarivala putem posebne ustavne žalbe koja se izjavljivala Ustavnom sudu. Odstupajući od opšteg pravila propisanog Ustavom da se „ustavna žalba [...] može izjaviti [...] ako su iscrpna ili nisu predviđena druga pravna sredstva“, Zakon o Ustavnom sudu je u uredio da se „ustavna žalba može [...] izjaviti i ako nisu iscrpna pravna sredstva, u slučaju kada je podnosiocu žalbe povređeno pravo na suđenje u razumnom roku”.¹⁰³⁷ Ovaj mehanizam je doveo do preopterećenosti u radu Ustavnog suda,¹⁰³⁸ i nakon jednog prelaznog normativnog rešenja, Narodna skupština je 7. maja 2015. godine donela Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku kojim je detaljno uredila ovo pitanje. Zakonom se predviđa pravo na prigovor sudu koji vodi postupak ili pred kojim se postupak vodi ako se smatra da je javni tužilac povredio pravo.¹⁰³⁹ O prigovoru odlučuje predsednik tog suda. U slučaju odbijanja prigovora ili ako predsednik suda o njemu ne odluči u roku od dva meseca, stranka ima pravo na žalbu povodom koje postupak vodi i o njoj odlučuje predsednik neposredno višeg suda.¹⁰⁴⁰ Zakonom se jemči i pravično zadovoljenje u vidu prava na isplatu obeštećenja za neimovinsku štetu koja je stranci izazvana povredom prava na suđenje u razumnom roku i prava na obavljanje presude kojom se utvrđuje da je stranci povređeno dato pravo.¹⁰⁴¹

4.2. Dijalog Ustavnog suda Republike Srbije i Evropskog suda za ljudska prava

4.2.1. Ustavni sud pred Evropskim sudom

Uvođenje ustavne žalbe u u postupak zaštite Ustavom zajemčenih prava predstavlja odskočnu dasku ustavnog sudovanja u Srbiji. U presudi *Vinčić i drugi protiv Srbije*, donetoj 1. decembra 2009, Evropski sud je zauzeo stav da s obzirom na ovlašćenja Ustavnog suda i njegovu prak-

1037 Član 82. stav 2. Zakona o Ustavnom sudu.

1038 B. Nenadić, „O nekim aspektima odnosa ustavnih i redovnih sudova“, *Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava* (prir. B. Nenadić), Ustavni sud Republike Srbije, Beograd, 2013, 107–109.

1039 Član 7. Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.

1040 Članovi 15–16. Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, br. 40/2015.

1041 Član 23. Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.

su, kao i s obzirom na nadležnost Komisije za naknadu štete, „ustavnu žalbu, u načelu, treba smatrati delotvornim domaćim sredstvom u vezi sa svim predstavkama podnetim počev od 7. avgusta 2008”.¹⁰⁴² To znači da se ovo pravno sredstvo mora iscrpsti pre nego što se podnese predstavka Evropskom sudu.

Prilikom donošenja ove odluke, Evropski sud je uzeo u obzir činjenicu da je do 9. jula 2009. godine Ustavni sud razmatrao nekoliko stotina žalbi zbog navodnih povreda ljudskih prava i da je u nekoliko desetina predmeta utvrdio povrede.¹⁰⁴³ Takođe je istakao da su prve odluke o osnovanosti navodnih povreda Ustavom zajemčenih prava žalilaca, uključujući i samu prvu odluku kojom se utvrđuje povreda Ustava, donete 10. jula 2008. godine,¹⁰⁴⁴ zbog čega je Evropski sud baš taj datum uzeo kao prelomni trenutak od kojeg se ustavna žalba može smatrati delotvornim pravim sredstvom. Da bi opravdao takav korak, Evropski sud je istakao da je „tamo gde je bilo potrebno, Ustavni sud [je], u jednom broju predmeta, ukinuo odluke nižih sudova, kao i Vrhovnog kasacionog suda, naložio da se sudski postupci koji prekomerno traju završe što pre i utvrdio da je podnosiocu ustavne žalbe zagarantovana novčana naknada za pretrpljenu štetu”.¹⁰⁴⁵ Evropski sud se takođe osvrnuo na činjenicu da je do 26. maja 2009. Komisija za naknadu štete dodelila naknadu štete u najmanje četiri predmeta u kojima je Ustavni sud već utvrdio povredu i ustanovio da je tražena odgovarajuća naknada.¹⁰⁴⁶ Tako je prvi most između sudija dva suda uspostavljen.

Ipak, nadzor nad radom Ustavnog suda nije se završio ovom presudom, kojom je bio potvrđen njegov napredak. Evropski sud je nastavio da pažljivo prati rad Ustavnog suda i menjao je svoj stav o njemu kad god bi uočio da je promenio praksu u odnosu na onu koja je prvobitno doprinela da ustavna žalba bude kvalifikovana kao delotvorno pravno sredstvo.

Tako je u veoma specifičnom skupu predmeta koji su se ticali neizvršenja domaćih presuda donetih protiv preduzeća s većinskim druš-

1042 *Vinčić and Others v. Serbia*, predstavke br. 4698/06 *et al.*, presuda od 1. decembra 2009, stav 51.

1043 *Isto*, stav 32.

1044 Objavljene su u „Službenom glasniku Republike Srbije” broj 74/08 od 7. avgusta 2008.

1045 *Vinčić and Others*, stav 34.

1046 *Isto*, stav 35.

tvenim kapitalom, Evropski sud utvrdio da se ustavna žalba ne može smatrati delotvornim pravnim sredstvom.¹⁰⁴⁷ Donošenjem takve presude u predmetu *Milunović i Čekrić protiv Srbije*, Evropski sud je naročito istakao da Ustavni sud nije naložio državi da podnositeljki predstavke isplati „iz sopstvenih sredstava naknadu materijalne štete, tj. navedene iznose dosuđene predmetnom pravosnažnom presudom, kako to zahteva jurisprudencija Suda,“ upućujući na predmete *R. Kačapor i drugi protiv Srbije* i *Grišević i drugi protiv Srbije*.¹⁰⁴⁸ Naime, umesto da naloži državi da iz sopstvenih sredstava isplati naknadu o kojoj je reč, Ustavni sud je izabrao da „samo ubrza izvršenje presude kod Opštinskog suda, što je pre moguće,“¹⁰⁴⁹ iako je Evropski sud u sličnim, pomenutim vrstama predmeta našao da je država odgovorna za neizvršenje presuda sopstvenih sudova.

Premda je osudio Ustavni sud zbog nepoštovanja Konvencije, Evropski sud nije zatvorio vrata za budući dijalog s njim. Naime, najavio je da će preispitati stav o delotvornosti ustavne žalbe, ako bude jasnih dokaza da je Ustavni sud uskladio svoj pristup s relevantnim konvencijskim pravom.¹⁰⁵⁰ U tom pogledu, on je ukazao ne samo na svoje presude *R. Kačapor i drugi protiv Srbije* i *Grišević i drugi protiv Srbije*, već i na član 18. stav 3. Ustava Srbije, u kojem se ističe da ustavne odredbe o ljudskim i manjinskim pravima treba da se tumače, saglasno praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje”.¹⁰⁵¹

Ustavni sud je prihvatio pruženu ruku Evropskog suda i ispravio svoje postupanje u datim vrstama predmeta. Evropski sud je razmotrio novu praksu Ustavnog suda i potvrdio da je on zaista napravio pomak, od odluke *Milunović i Čekrić protiv Srbije*, u pravcu usklađivanja svoga postupanja s konvencijskim pravom. Naime, Evropski sud je u predmetu *Marinković protiv Srbije* uočio da je Ustavni sud, u predmetima koji se

1047 *Milunović and Čekrić v. Serbia*, predstavke br. 3716/09 i 38051/09, presuda od 17. maja 2011, stav 65.

1048 *R. Kačapor and Others v. Serbia*, predstavke br. 2269/06 et al., presuda od 15. januara 2008, i *Grišević and Others v. Serbia*, predstavke br. 16909/06, 38989/06 i 39235/06, presuda od 21. jula 2009. Citirano u *Milunović and Čekrić v. Serbia*, stavovi 61. i 63.

1049 *Isto*, stav 64.

1050 *Isto*, stav 66.

1051 *Isto*.

tiču neizvršavanja pravnosnažnih presuda donetih protiv preduzeća koja su u postupku stečaja ili koja su u međuvremenu prestala da postoje, počeo da nalaže državi da tužiocu isplati, na ime materijalne štete, iznose dosuđene pravnosnažnom domaćom presudom protiv tog društvenog preduzeća.¹⁰⁵²

Ipak, bližim ispitivanjem, Evropski sud je zaključio da Ustavni sud nije postigao potpun napredak, jer je propustio da primeni relevantnu jurisprudenciju u pogledu društvenih preduzeća koja su u postupku restrukturiranja. Drugim rečima, Ustavni sud nije bio voljan da naloži državi da iz sopstvenih sredstava isplati novčane iznose dosuđene pravnosnažnom presudom. Otuda je Evropski sud zauzeo stav da je „u vezi s neizvršenjem pravnosnažnih presuda donetih protiv društvenih preduzeća u postupku stečaja i/ili onih koja su prestala da postoje [. . .] Ustavni sud [je] uskladio svoj pristup s relevantnom praksom Suda”,¹⁰⁵³ te da bi u predmetima ove vrste ustavnu žalbu „trebalo, u principu, smatrati delotvornim domaćim pravnim sredstvom u okviru značenja člana 35. stav 1. Konvencije”. Evropski sud je precizirao i da se to odnosi na predstavke izjavljene od 22. juna 2012. nadalje, datuma kada je prva odluka Ustavnog suda u kojoj je državi naloženo da isplati, iz sopstvenih sredstava, iznose dosuđene pravnosnažnom domaćom presudom donetom protiv društvenog preduzeća, objavljena u Službenom glasniku.¹⁰⁵⁴ Nasuprot tome, ustavna žalba se nije mogla smatrati delotvornom „u slučajevima koji uključuju odgovornost tužene države za neizvršenje presuda protiv društvenih preduzeća u postupku restrukturiranja.”¹⁰⁵⁵ Međutim, Evropski sud je, kao i obično, dopustio da „u budućim slučajevima može ponovo razmotriti svoj stav ako postoji jasan dokaz da je Ustavni sud naknadno uskladio u potpunosti svoj pristup s relevantnom praksom Suda,”¹⁰⁵⁶ omogućavajući tako nastavak dijaloga s Ustavnim sudom.

Najzad, u predmetu *Fereizović protiv Srbije* utvrđeno je da je Ustavni sud „u potpunosti uskladio” svoj pristup neizvršenju presuda donetih

1052 *Marinković v. Serbia*, predstavka br. 5353/11, odluka od 29. januar 2013, stav 53–54.

1053 *Isto*, stav 59.

1054 *Isto*.

1055 *Isto*, stav 58.

1056 *Isto*.

protiv društvenih/državnih preduzeća u restruktuiranju sa relevantnom jurisprudencijom Evropskog suda, te se ustavna žalba smatra delotvornim pravnim sredstvom i u odnosu na tu poslednju kategoriju predmeta, od 4. oktobra 2013. godine.¹⁰⁵⁷ Evropski sud je potvrdio ovaj stav i u predmetu *Riđić i drugi protiv Srbije*.¹⁰⁵⁸

4.2.2. *Jurisprudencija Evropskog suda u praksi Ustavnog suda*

Ispitivanje prakse Ustavnog suda pokazuje da se u stotinama svojih odluka Ustavni sud pozvao na jurisprudenciju Evropskog suda. Odlučujući u različitim vrstama postupaka (normativna kontrola, po ustavnoj žalbi, predlogu za zabranu političkih organizacija i žalbama neizabranih sudija) i intervenišući u najraznovrsnijim oblastima ljudskih prava (načelo jednakosti i zabrana diskriminacije, građanska prava, politička prava, procesna prava), Ustavni sud je primenjivao Konvenciju i kao izvor (*res iudicata*) i kao sredstvo (*res interpretata*). Drugim rečima, Ustavni sud se pozivao na Evropski sud kada se smatrao obaveznim da to učini, ali i kada mu je to bilo potrebno da popuni praznine u domaćem pravu ili da ojača sopstveno pravno stanovišta.

4.2.2.1. *Obavezujuća snaga jurisprudencije Evropskog suda*

Oslanjajući se na ustavne odredbe koje uređuju da se potvrđeni međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava primenjuju neposredno i da ljudska i manjinska prava treba da se tumače u korist unapređenja vrednosti demokratskog društva, saglasno važećim međunarodnim standardima ljudskih i manjinskih prava, kao i praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje, Ustavni sud je preduzeo neophodne pravne mere da Evropski sud prihvati ustavnu žalbu kao delotvorno pravno sredstvo. Štaviše, nakon što je pridobio poverenje evropskih sudija, Ustavni sud je nastavio da usklađuje svoju praksu s njihovim stavovima, kako bi ustavna žalba zadržala svojstvo delotvornog pravnog sredstva. On je o tome vodio računa kako u postupku po ustavnim žalbama, tako i postupku normativne kontrole.

¹⁰⁵⁷ *Fereizović v. Serbia*, predstavka br. 65713/13, odluka od 26. novembra 2013.

¹⁰⁵⁸ *Riđić and others v. Serbia*, predstavke br. 53736/08 *et al.*, presuda od 1. jula 2014, stav 71.

4.2.2.1.1. Postupak po ustavnim žalbama

Ubrzo nakon što je počeo da presuđuje u postupcima po ustavnim žalbama, Ustavni sud je 10. jula 2008. godine doneo prvu pozitivnu odluku odluku.¹⁰⁵⁹ U njoj je Ustavni sud utvrdio da je Narodna skupština prekršila Ustavom zajemčeno pravo sudije opštinskog suda da vrši svoju sudijsku funkciju i pravo na rad, okončavši njegov radni odnos prevremeno, tri meseca pre nastupanja zakonskih uslova za njegovo penzionisanje (navršenih 65 godina starosti). Štaviše, Ustavni sud je ograničio zakonom ustanovljenu nadležnost Narodne skupštine da odlučuje o datumu okončanja sudijske funkcije, pošto Visoki savet sudstva utvrdi da predstoji ispunjenje uslova za penzionisanje sudije, smatrajući da takva diskrecija narušava Ustavom zajemčeno načelo stalnosti sudijske funkcije. Sasvim precizno, Ustavni sud je smatrao da je Narodna skupština bila vezana datumom kada sudija ispunjava uslove za starosnu penziju i da nije mogla da se opredeli za raniji datum.¹⁰⁶⁰

Nakon ove odluke, Ustavni sud je nastavio da pažljivo ispituje ustavne žalbe i utvrdio povrede u nekoliko desetina predmeta, između ostalog, u vezi s pristupom sudu, pritvorom, dužinom postupaka i raznim drugim pitanjima koja se odnose na pravo na pravično suđenje.¹⁰⁶¹ Ovakav pristup Ustavnog suda doprineo je ocenjivanju ustavne žalbe kao delotvornog pravnog sredstva u predmetu *Vinčić i drugi protiv Srbije*.

Međutim, 17. maja 2011, u predmetu *Milunović i Čekrić protiv Srbije*, Evropski sud je istakao razliku između načelne delotvornosti ustavne žalbe i njene nedelotvornosti u predmetima koji se tiču nesprovođenja presuda donetih protiv preduzeća s većinskim društvenim kapitalom. U tom pogledu, Evropski sud je upućivao na svoju jurisprudenciju po kojoj je Srbija, u ovakvim vrstama predmeta, redovno smatrana odgovornom. Reagujući na ove kritike, Ustavni sud je ponovo razmotrio svoje stavove i uskladio ih s praksom Evropskog suda. Tako je 19. aprila 2012. godine u predmetu u kojem je žalilac tražio obeštećenje zbog neizvršenja pravnosnažne sudske presude protiv društvenog preduzeća, Ustavni sud smatrao da je žaliocu povređeno „pravo na suđenje u razumnom roku” i „pravo na mirno uživanje imovine”, i naložio državi

1059 Odluka br. IU 134/2007 od 10. jula 2008.

1060 *Isto*, deo VI.

1061 Videti *Vinčić and Others v. Serbia*, par. 32.

da žaliocu iz sopstvenih sredstava isplati iznos naveden u presudi opštinskog suda. Ustavni sud se tom prilikom pozvao na jurisprudenciju Evropskog suda, naime, na predmete *R. Kačapor i drugi protiv Srbije, Grišević i drugi protiv Srbije* i *Crnišaniin i drugi protiv Srbije*, navodeći da je u ovim predmetima „utvrdio da je država odgovorna za dugove preduzeća s većinskim društvenim kapitalom”.¹⁰⁶² Ustavni sud je naročito istakao odluku Evropskog suda o dopuštenosti predstavke u predmetu *Milunović i Čekrlić protiv Srbije*, izvodeći iz nje zaključak da bi „sveobuhvatna ustavna naknada, pored utvrđivanja povrede gde je to opravdano, trebalo da obuhvati naknadu i pretrpljene materijalne i nematerijalne štete”.¹⁰⁶³

Ustavni sud je, međutim, tog istog dana, 19. aprila 2012. godine, usvojio i stav da se naknada materijalne štete neće dosuđivati u predmetima u vezi sa neizvršenjem pravnosnažnih presuda donetih protiv društvenih preduzeća ako je dužnik u postupku restruktuiranja. Rešavajući potom po ustavnim žalbama Ustavni sud je primenio ovaj stav. Utvrdivši da su žalioци zaista pretrpeli povredu ustavnih prava on im je dosudio naknadu nematerijalne štete, ali nije naložio državi da im isplati, iz sopstvenih sredstava, opredeljene iznose dosuđene predmetnom pravnosnažnom presudom.¹⁰⁶⁴

Evropski sud je priznao ovaj delimični pomak Ustavnog suda, te je u predmetu *Marinković protiv Srbije* potvrdio da je ustavna žalba delotvorno pravno sredstvo u predmetima koji se tiču neizvršenja pravnosnažnih presuda donetih protiv društvenih preduzeća koja se nalaze u postupku stečaja i/ili koja su prestala da postoje. Odgovarajući pozitivno i na ovu kritiku Evropskog suda, Ustavni sud je rešavajući po više ustavnih žalbi usaglasio svoj pristup, u vezi s neizvršenjem presuda donetih protiv društvenih/državnih preduzeća u restruktuiranju, sa konvencijskim pravom, nalažući državi da iz sopstvenih sredstava isplati učinjenu nematerijalnu štetu.¹⁰⁶⁵

1062 *R. Kačapor and Others v. Serbia; Grišević and Others v. Serbia; Crnišaniin and Others v. Serbia*, predstavke br. 35835/05 et al., presuda od 13. januara 2009. Odluka br. UŽ 775/2009 od 19. aprila 2012, deo VII.

1063 *Isto*.

1064 Odluka br. UŽ 1385/2010 od 19. aprila 2012; odluka br. UŽ 2544/2009 od 10. maja 2002; odluka br. UŽ 2701/2010 od 30. maja 2012; odluka br. UŽ 3531/2010 od 13. juna 2012; i, odluka br. UŽ 1382/2010 od 28. juna 2012.

1065 Odluke br. UŽ 1712/2010 od 21. marta 2013, UŽ 1645/2010 od 7. marta 2013, i UŽ 1705/2010 od 9. maja 2013.

4.2.2.1.2. Postupak normativne kontrole

S obzirom na ovakvu posvećenost Ustavnog suda očuvanju svojstva delotvornog pravnog sredstva ustavne žalbe, razumljivo je što je on ocenio neustavnim odredbe Zakona o izmenama i dopunama Zakona o Ustavnom sudu kojim su sudske odluke izuzete od primene mere poništaja kao ustavnosudske sankcije za utvrđenu povredu Ustavom zajemčenog ljudskog prava u postupku po ustavnoj žalbi.

Naime, Zakon o Ustavnom sudu donet novembra 2007. propisao je da će Ustavni sud, kad „utvrdi da je osporenim pojedinačnim aktom, odnosno radnjom povređeno ili uskraćeno ljudsko ili manjinsko pravo i sloboda zajamčena Ustavom, poništi[ti] pojedinačni akt, odnosno zabrani[ti] dalje vršenje ili narediti vršenje određene radnje i odrediti da se uklone štetne posledice u određenom roku”.¹⁰⁶⁶ Međutim, ova odredba je Zakonom o izmenama i dopunama zakona o Ustavnom sudu od decembra 2011. godine bila delimično izmenjena tako da glasi da Ustavni sud, kad „utvrdi da je osporenim pojedinačnim aktom, odnosno radnjom povređeno ili uskraćeno ljudsko ili manjinsko pravo i sloboda zajamčena Ustavom, može poništiti pojedinačni akt *osim sudske odluke*, zabraniti dalje vršenje ili odrediti preduzimanje druge mere ili radnje kojom se otklanjaju štetne posledice utvrđene povrede ili uskraćivanja zajemčenih prava i sloboda i odrediti način pravičnog zadovoljenja podnosioca”.¹⁰⁶⁷

Utvrđujući da je Zakon o izmeni i dopuni Zakona o ustavnom sudu neustavan u delu koji glasi „osim sudske odluke”, Ustavni sud je obrazložio tu odluku podsećanjem na svoju praksu poništavanja sudskih odluka u postupku po ustavnim žalbama i ukazivanjem, između ostalog, na to kakve bi posledice novo zakonsko rešenje imalo po očuvanje delotvornosti ustavne žalbe, kao pravnog sredstva.

Postupajući u skladu sa svojom prvobitnom nadležnošću Ustavni sud je, prema sopstvenoj tvrdnji, poništavao osporene sudske odluke kada bi utvrdio da je njima došlo do povrede Ustavom zajemčenog prava. U tim postupcima on se kretao u granicama svoje ustavne nadležnosti, ispitujući osporene sudske odluke u onoj meri u kojoj je to bilo neophod-

¹⁰⁶⁶ Član 89. stav 2. Zakona o Ustavnom sudu, „Službeni glasnik RS” br. 109/07.

¹⁰⁶⁷ Član 33. Zakona o izmenama i dopunama Zakona o Ustavnom sudu, „Službeni glasnik RS” br. 99/11, kurziv naš.

no da bi se utvrdilo da li je njihovim donošenjem povređeno ili uskraćeno ustavno pravo i sloboda označeni u ustavnoj žalbi. Razmatrao je sudske odluke u granicama razloga koji su u ustavnoj žalbi navedeni, a meru poništaja izricao je samo kada bi ocenio da je to neophodno za otklanjanje posledica utvrđene povrede. Pri tome, u slučajevima kada bi utvrdio da je do povrede došlo postupanjem prvostepenog suda, Ustavni sud je poništavao samo odluku suda poslednje instance, kako bi taj sud otklonio učinjenu povredu.¹⁰⁶⁸ „Dakle, ni zakonom dato ovlašćenje da poništava odluke sudova, ni postupanje Ustavnog suda u izricanju te mere, nisu imali karakter instancione kontrole u odnosu na odluke sudova koje su bile predmet ustavne žalbe.”¹⁰⁶⁹ Dodatno legitimišući svoju praksu, Ustavni sud je ukazao na to da je „dostignuti stepen zaštite ustavnih prava i sloboda koji je ostvaren postupanjem Ustavnog suda po ustavnim žalbama na navedeni [...] način, učinio [je] ustavnu žalbu delotvornim pravnim sredstvom u pravnom sistemu Republike Srbije, što je potvrđeno u pravnim shvatanjima Evropskog suda za ljudska prava”.¹⁰⁷⁰

Nakon što je na ovakav način predstavio svoju praksu i uz to konstatovao da „faktičko stanje pokazuje da su sudske odluke ne samo najčešći predmet ustavne žalbe nego i vrsta akata kod kojih se najčešće utvrđuju povrede ustavnih prava”, Ustavni sud je pristupio obrazloženju svoje odluke o neusklađenosti. Jedan od ključnih argumenata u tom pogledu bio je taj da „zakonsko eliminisanje sudskih odluka iz domašaja poništavajuće odluke Ustavnog suda uskraćuje pretpostavke za efektivno dejstvo odluke Ustavnog suda u velikom broju slučajeva i obezvređuje ustavni smisao uvođenja instituta ustavne žalbe kao univerzalnog pravnog sredstva za zaštitu ustavnih prava i sloboda od povreda učinjenih aktima i radnjama bilo kog nosioca javne vlasti”.¹⁰⁷¹

4.2.2.2. Interpretativna snaga jurisprudencije Evropskog suda

4.2.2.2.1. Opšti pogled

Razvoj prakse Ustavnog suda je takođe obeležen njegovim povećanim oslanjanjem na jurisprudenciju Evropskog suda i bivše Evropske komisije za ljudska prava u cilju unapređivanja svoje argumentacije, ali i

¹⁰⁶⁸ Odluka br. IUz- 97/2012.

¹⁰⁶⁹ *Isto.*

¹⁰⁷⁰ *Isto.*

¹⁰⁷¹ *Isto.*

uvođenja novih prava. Kad je reč o normativnoj kontroli, uticaj Evropske konvencije na praksu Ustavnog suda odnosio se na pitanje: prirode mandata poslanika Narodne skupštine i opštinskih odbornika, načina raspodele tih mandata, kao i institucije 'blanko ostavke',¹⁰⁷² kršenja prava na pristup informacijama od javnog značaja,¹⁰⁷³ kršenja prava na osnivanje i registrovanje javnih medija,¹⁰⁷⁴ postupka za izbor i razrešenje sudija;¹⁰⁷⁵ kršenja prava na pristup sudu, tj. prava na pravni lek ukoliko stranka u određenoj pravnoj situaciji ne može da se pozove na presudu Evropskog suda kojom je ustanovljena povreda ljudskog prava,¹⁰⁷⁶ ograničavanja slobode pojedinca da izabere mesto i način svog sahranjivanja i slobode da raspolaže kremiranim ostacima.¹⁰⁷⁷

Usklađivanje prakse Ustavnog suda s Evropskom konvencijom naročito je bilo prisutno u postupcima po ustavnim žalbama i to u pogledu zaštite: prava na život;¹⁰⁷⁸ prava na slobodu i sigurnost, i na ograničenje dužine pritvora;¹⁰⁷⁹ prava na pretpostavku nevinosti;¹⁰⁸⁰ prava na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti, i prava na poštovanje privatnog i porodičnog života;¹⁰⁸¹ i prava na mirno okupljanje.¹⁰⁸² Ustavni sud se rukovodio standardima iz prakse Evropskog suda i prilikom utvđivanja kršenja nekih drugih prava, među kojima su najbrojniji bili slučajevi koji su se ticali prava na pravično suđenje (pre svega, u razumnom roku, prava na obrazloženu odluku, prava na sudsku zaštitu i prava na pravni lek). Primera radi, kad je reč o kršenju prava na suđenje u razumnom roku, Ustavni sud je u stotinama takvih slučajeva odlučivao poštujući standarde uspostavljene jurisprudencijom Evropskog suda. Uopšteno gledano, delotvornost ustavne žalbe se najbolje može oslikati činjenicom da je u prvih šest godina primenjivanja ovog pravnog leka (2006–2012), Ustavni sud pozitivno odgovorio na 2982

1072 Odluke br. IUz-42/2008 i IUz-52/2008 od 21. aprila 2010.

1073 Odluka br. IUz-17/2011 od 23. maja 2013.

1074 Odluka br. IUz-231/2009 od 22. jula 2010.

1075 Odluka br. IUz-1634/2010 od 22. decembra 2011.

1076 Odluka br. IUz-147/2012 od 21. februara 2013.

1077 Odluka br. IUz-27/2009 od 21. marta 2013.

1078 Odluka br. UŽ-4527/2011 od 31. januara 2013.

1079 Odluka br. UŽ-2356–2009 od 21. januara 2010.

1080 Odluka br. UŽ-227/2008 od 9. jula 2009.

1081 Odluka br. UŽ-3238/2011 od 8. marta 2012.

1082 Odluke br. UŽ-1918/2009 od 22. decembra 2011 i UŽ-5284/2011. od 18. aprila 2013.

ustavne žalbe, u kojima je ustanovio povredu pojedinačnih prava i sloboda.¹⁰⁸³

Osim normativne kontrole i povodom ustavnih žalbi, Ustavni sud je svoje odluke temeljio na jurisprudenciji Evropskog suda i u drugim vrstama postupaka, recimo, u odluci o zabrani udruženja *Otačastveni pokret Obraz*,¹⁰⁸⁴ kao i u 'pilot odlukama' koje je doneo odlučujući o žalbama neizabраниh sudija (nekoliko stotina njih) protiv odluke Visokog saveta sudstva.¹⁰⁸⁵

U nastavku će biti izloženi primeri postupanja Ustavnog suda u oblasti načela jednakosti i zabrana diskriminacije, građanskih prava, političkih prava i procesnih prava.

4.2.2.2.2. Načelo jednakosti i zabrana diskriminacije

Prilikom ocene ustavnosti Zakona o grobljima, Ustavni sud je utvrdio da je isključivanje mogućnosti sahranjivanja spaljenih posmrtnih ostataka izvan groblja neustavno, uzimajući u obzir, pre svega, da za lica koja se opredele za pokop posmrtnih ostataka takva mogućnost postoji.¹⁰⁸⁶ Sud je našao ustavni osnov za ovakvu odluku u zabrani diskriminacije, kako neposredne, tako i posredne, po bilo kom osnovu, a naročito, između ostalog, po osnovu uverenja (čl. 21. st. 3. Ustava). Konkretno, Sud je zaključio da se radi „o očigledno privilegovanom položaj lica koja se opredele za pokop posmrtnih ostataka, a ne za kremiranje jer odredba [...] Zakona za svoju posledicu ima pravljenje neosnovane razlike između lica u zavisnosti od izbora načina sahranjivanja i u suštini povlašćuje jednu grupu lica“.¹⁰⁸⁷

Dolazeći do ovakve odluke Ustavni sud je podveo pravo pojedinca da izabere način i mesto svoje sahrane pod slobodu misli, savesti i veroispovesti i pravo na poštovanje privatnog života. U tom pogledu on se pozvao na stav Evropskog suda izražen u presudi *Sidabras i Džiautas protiv Litvanije* u kojem je istaknuto da „nije moguće iscrpno odrediti sadržinu garancija člana 8, ali da on svakako obuhvata psihički (moral-

1083 Za detaljniji pregled broja rešenih predmeta videti B. Nenadić, 99.

1084 Odluka br. VII-249/2009 od 12. juna 2012.

1085 Odluke br. VIIIU-102/2010 od 28. maja 2010. i VIIIU-189/2010. od 21. decembra 2010.

1086 Odluka br. IUz-27/2009 od 21. marta 2013.

1087 Odluka br. IUz-27/2009, deo V.

ni) i fizički integritet pojedinca, obezbeđujući mu sferu u okviru koje može slobodno da teži razvoju i zadovoljenju svoje ličnosti¹⁰⁸⁸. Kad je reč o izboru načina sahranjivanja, odnosno odluci da se kremirani ostaci polože van groblja, Ustavni sud je imao u vidu i stav *Evropske komisije izražen u X protiv Savezne Republike Nemačke* da „iako se ovi aranžmani prave za vreme po završetku života [...] osobe mogu da osećaju potrebu da izraze svoju ličnost organizujući način svoje sahrane“¹⁰⁸⁹.

4.2.2.2.3. Građanska prava

Uticaj jurisprudencije Evropskog suda na praksu Ustavnog suda naj-snažnije se ispoljio u oblasti građanskih prava, dovodeći, čak, do priznavanja novih ustavnih prava. To je naročito bio slučaj s pravom na priznanje promene pola, koje nije bilo regulisano važećim zakonodavstvom, pa je Ustavni sud svojim postupanjem popunio tu pravnu prazninu.

Predmet je nastao podnošenjem ustavne žalbe osobe X, rođene 1949, s polnim poremećajem pseudohermafroditizmom, tj. s fizičkim karakteristikama ženskog pola, ali s muškim rodnom identitetom.¹⁰⁹⁰ Nakon primanja odgovarajuće terapije, osoba X se podvrgla hirurškoj operaciji prilagođavanja pola, u Beogradu u decembru 2010. godine. U martu 2011. on je opštinskom organu uprave nadležnom za vođenje matičnih knjiga rođenih, podneo zahtev za ispravku pola u krštenici. Opštinska uprava je njegov zahtev odbacila, pa je on protiv te odluke podneo ustavnu žalbu. Ustavni sud je usvojio žalbu i naložio opštinskom organu da izvrši promenu podataka o polu u matičnoj knjizi rođenih.¹⁰⁹¹

Prihvatajući svoju nadležnost u ovom predmetu, iako nije bilo iscrpljeno nijedno pravno sredstvo suprotno izričitom Ustavom propisanom uslovu za izjavljivanje ustavne žalbe, Ustavni sud se rukovodio brojnim presudama Evropskog suda, u kojima je ustanovljeno da podnosiocu predstavke nisu bila na raspolaganju pravna sredstva u domaćem pra-

1088 *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, predstavke br. 55480/00 i 59330/00, presuda od 27. jula 2004, stav 43.

1089 *X. v. Federal Republic of Germany*, predstavka br. 8741/79, odluka od 10. marta 1981.

1090 Postavljena dijagnoza je glasila *Female to male transgenderism F 64*.

1091 Odluka br. Uz-3238/2011, deo III.

vu.¹⁰⁹² Sud je naročito imao u vidu predmete *Vernilo protiv Francuske i Lepojić protiv Srbije*, u kojima je Evropski sud izneo stav da pravni lek mora biti dostupan, kako u teoriji, tako i u praksi.¹⁰⁹³ Pozvao se i na predmet *Čahal protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, u kojem se navodi da pravni lek mora biti takve prirode da nadležnim organima pruži priliku kako da reše supstancijalna pitanja vezana za određeno prekršeno ljudsko pravo, tako i da pruže odgovarajuće zadovoljenje za kršenje tog prava.¹⁰⁹⁴ Rukovodio se i predmetom *Eri protiv Irske*, navodeći da kada postoji nekoliko pravnih lekova, žrtva kršenja ljudskih prava je ta koja odlučuje koji od tih pravnih lekova će se upotrebiti;¹⁰⁹⁵ kao i predmetom *Akdivar protiv Turske*, u kojem je iznet stav da pravni lek mora pružiti razuman izgled na uspeh.¹⁰⁹⁶

Kada je reč o priznavanju prava na usklađivanje pola s rodnim identitetom, kao sastavnog dela prava na poštovanje privatnog života, Ustavni sud je najpre morao da konstitucionalizuje pravo na privatni život budući da Ustav od 2006. ne sadrži izričitu odredbu o takvom pravu.¹⁰⁹⁷ Ustavni sud je izveo pravo na privatni život iz ustavnog prava na „dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti” (čl. 23. stavovi 1. i 2). U podržavanju podvođenja prava na poštovanje privatnog života pod okrilje ustavnog jemstva prava na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti, Ustavni sud je pribegao jurisprudenciji Evropskog suda i njegovom tumačenju pojma „poštovanja privatnog života”. Tačnije, Ustavni sud je citirao stav Evropskog suda da „poštovanje privatnog života mora u određenoj meri uključivati i pravo da se uspostave i razvijaju odnosi sa drugim ljudskim bićima”.¹⁰⁹⁸

Ustavni sud se takođe pozvao i na predmet Evropskog suda u kojem stoji da pojam „privatnog života” podrazumeva i „fizički i moralni inte-

1092 *Isto*, deo V.

1093 *Vernillo v. France*, predstavka br. 11889/85, presuda od 20. februara 1991, stav 27; *Lepojić v. Serbia*, predstavka br. 13909/05, presuda od 6. novembra 2007, stav 51.

1094 *Chahal v. The United Kingdom*, predstavka br. 22414/93, presuda od 15. novembra 1996, stav 145.

1095 *Airey v. Ireland*, predstavka br. 6289/73, presuda od 9. oktobra 2010.

1096 *Akdivar v. Turkey*, predstavka br. 21893/93, presuda od 16. septembra 1996, stav 68.

1097 Odluka br. Uz-3238/2011, deo VI.

1098 *Niemietz v. Germany*, predstavka br. 13710/88, presuda od 16. decembra 1992, stav 29.

gritet osobe”, uključujući i „njen ili njegov seksualni život”.¹⁰⁹⁹ Ustavni sud je smatrao da „sfera privatnog života nekog lica nesumnjivo uključuje, pored ostalog, i njegovu polnu pripadnost, polnu orijentaciju i polni život, te da pravo na privatni život podrazumeva i pravo na određivanje pojedinosti ličnog identiteta i samoopredeljenje, te u tom smislu i pravo na prilagođavanje pola svom rodnom identitetu”.¹¹⁰⁰ Ustavni sud je konstatovao da „iako Ustav i Evropska konvencija ne pominju izričito rodni identitet i pravo na promenu pola, ova sfera života nekog lica nesporno spada u Ustavom zajemčenu sferu dostojanstva i slobodnog razvoja ličnosti i Evropskom konvencijom zajemčenu sferu poštovanja privatnog života”.¹¹⁰¹

Shodno tome, nakon priznavanja prava na prilagođavanje pola rodnom identitetu kao Ustavom utvrđenom pravu, Ustavni sud je ustanovio pozitivnu obavezu nadležnih organa da izvrše neophodne promene u matičnoj knjizi rođenih.¹¹⁰² Takva ispravka u matičnoj knjizi rođenih bi trebalo da bude dopuštena kada lice koje podnosi takav zahtev uz to prilaže i odgovarajuću dokumentaciju zdravstvene ustanove u kojoj je nad njim izvršena hirurška intervencija promene pola.¹¹⁰³ Prilikom ovakvog proširivanja granica pojedinačnih ljudskih prava, Ustavni sud je još jednom našao oslonac u pravnoj praksi Konvencije, tj. u presudi donetoj u predmetu *Gudvin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*.¹¹⁰⁴

4.2.2.2.4. Politička prava

Republičko javno tužilaštvo je 2009. godine podnelo Ustavnom sudu predlog za zabranu „Obraza”, obrazlažući ga delovanjem udruženja usmerenom na kršenje ljudskih i manjinskih prava i izazivanje nacionalne i verske mržnje.¹¹⁰⁵ Prema Tužilaštvu, to delovanje se ogleda, između ostalog, u: programskom dokumentu udruženja „Srbskim neprijateljima”, koji je izložen na internet stranici udruženja; izjavama vođa udru-

1099 *X and Y v. The Netherlands*, predstavka br. 8978/80, presuda od 26. mart 1985, stav 22.

1100 Odluka br. Uz-3238/2011, deo VI.

1101 *Isto*, deo VII.

1102 *Isto*.

1103 *Isto*, deo VIII.

1104 *Christine Goodwin v. The United Kingdom*, predstavka br. 28957/95, presuda od 11. jula 2002, stav 77.

1105 Odluka br. VIII br. 249/2009 od 12. juna 2012, deo I.

ženja datim sredstvima javnog informisanja neposredno pred planiranu „Paradu ponosa“; izazivanju nereda i nasilja, za šta su vođe udruženja osuđene. Oslanjajući se na jurisprudenciju Evropskog suda kada je reč o pojmu govora mržnje, naročito na predmete *Fere protiv Belgije* i *Vejdeland i drugi protiv Švedske*,¹¹⁰⁶ i uslovima za zabranu političkih organizacija, pre svega na predmete *Refah i drugi protiv Turske* i *Heri Batasuna i Batasuna protiv Španije*,¹¹⁰⁷ Ustavni sud je doneo odluku o zabrani „Obraza“ 2012. godine.

U obrazloženju odluke, Ustavni sud je naročito uzeo u obzir date programske dokumente udruženja,¹¹⁰⁸ izjave vođa udruženja¹¹⁰⁹ i razne incidente u kojima su učestvovali članovi udruženja,¹¹¹⁰ a od kojih se udruženje nije ogradilo. Nakon što je ustanovio ona delovanja pomenu-tog udruženja koja su bila suprotna proklamovanim ustavnim vredno-stima, Sud se, saglasno konvencijskom pravu, upustio u analizu postojanja nužne društvene potrebe za ograničenjem slobode udruživanja u

1106 *Feret c. Belgique*, predstavka br. 15615/07, presuda od 16. jula 2009, i *Vejdeland and Others v. Sweeden*, predstavka br. 1813/07, presuda od 9. februara 2012.

1107 *Refah partisi and Others v. Turkey* predstavke br. 41340/98 *et seq.*, presuda od 13. februara 2003. i *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, predstavke br. 25803/04 i 25817/04, presuda od 30. juna 2009.

1108 Posebno je karakterističan dokument pod nazivom „Srbskim neprijateljima“, kojim su žigosane čitave grupe koje Udrženje smatra neprijateljima srpskog naroda i kojima se upućuju najteže uvrede i preteče poruke. Iz načina obraćanja pojedinim grupama, tzv. neprijateljima srpskog naroda, koji su u tom proglasu označeni kao „cionisti, tj. antihrišćanski jevrejski rasisti“, „ustaše“, „muslimanski ekstremisti“ i „šiptarski teroristi“ – proizlazi da se uvredljivo obraćanje ne odnosi samo na označene grupe, već i na narode u celini kojima te grupe pripadaju. Ponižavajuće postupanje, ali i izazivanje mržnje prema pojedinim grupama dodatno se pojačava rečima upućenim, primera radi, „ustašama“ da „ste od nas Srba pokrali sve ono što nemate, počev od jezika i istorije“. Odluka br. VIII br. 249/2009, deo IV.

1109 „U izjavama i intervjuima zastupnik Udruženja, između ostalog, iznosi pretnju: „Ako homoseksualci nemaju srama, biće sprečeni kao 2001. godine“ (dnevne novine „Press“, 1. septembar 2007. godine), što znači na isti način kako je sprečeno održavanje skupa LGBT populacije 2001. godine, kada je došlo do narušavanja javnog reda i mira u većem obimu, oštećenja objekata i službenog vozila MUP-a RS, kada je jedan policajac zadobio teške telesne povrede, a deset lica je zadobilo lake telesne povrede.“ *Isto*.

1110 Na primer, 10. decembra 2007, trideset aktivista Udruženja ometalo je održavanje prijavljenog javnog skupa pod nazivom „Stop klerikalizaciji“, koji su organizovale „Žene u crnom“ i druge nevladine organizacije [...] uzvikivanjem parola preteče sadržine „Nož, žica, Srebrenica“ i „Ubij, ubij, Šiptara“. *Isto*.

konkretnom slučaju i u analizu toga da li je ta mera srazmerna legitimnim ciljevima koji se žele postići.

Sud je našao da, u ovom slučaju, postoji nužna društvena potreba za ograničenjem slobode udruživanja jer se pomenuto udruženje zalaže za model društva u kome će se vršiti diskriminacija odgovarajućih etničkih, verskih, seksualnih i drugih grupa, nasiljem, govorom mržnje i ponižavanjem.¹¹¹¹ Sud je smatrao da je ta restriktivna mera srazmerna legitimnim ciljevima jer je „Republika Srbija relativno nedavno prošla kroz veoma težak istorijski period opterećen ratovima podstaknutim nacionalnom i verskom suprotstavljenosti naroda u regionu” i zato što je „demokratsko pluralističko društvo koje se izgrađuje još uvek opterećeno brojnim predrasudama koje imaju svoje duboke korene u istoriji naroda na prostorima Balkana”.¹¹¹² Sud je, takođe, imao u vidu i činjenicu da je to udruženje nastavilo da krši ljudska i manjinska prava i da izaziva nacionalnu i versku mržnju, uprkos nizu mera koje su nadležni državni organi (policija, javno tužilaštvo i sudovi) preduzeli protiv članova tog udruženja. Pošto se te mere nisu pokazale kao dovoljne za zaštitu legitimnog cilja, Sud je zaključio da „Obrazu” mora da izrekne najrigorozniju meru u domenu ograničenja slobode udruživanja. Stoga je Sud zabranio rad „Obraza”, jer je njegovo delovanje bilo usmereno na kršenje zajemčenih ljudskih i manjinskih prava i na izazivanje nacionalne i verske mržnje. Sud je, takođe, naložio i brisanje „Obraza” iz Registra udruženja.¹¹¹³

4.2.2.2.5. Procesna prava

Tokom prvih pet godina funkcionisanja pod novim ustavom, Ustavni sud se suočio s rešavanjem političkih i pravnih izazova, karakterističnih za mlade demokratije – (ponovnim) uspostavljanjem institucija u procesu demokratske tranzicije i konsolidacije. To se ispoljilo u vidu „reforme pravosuđa” koja se sastojala, pre svega, od opšteg reizbora sudija. Do ove razgradnje sudstva je došlo zakonskim okončanjem mandata svih sudija. Reforma je najavljena u novembru 2006, donošenjem Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava, a započeta je u decembru 2008, Zakonom o sudijama. Tokom 2009. i 2010. Ustavni sud je odlučivao o žalbama sudija koji nisu bili reizabrani, a koji su se žalili na odluke Visokog

1111 *Isto*, deo VI.

1112 *Isto*.

1113 *Isto*.

saveta sudstva o njihovom neizboru. Ustavni sud je, oslanjajući se na pretpostavke pravičnog suđenja koje su sadržane u Evropskoj konvenciji i razrađene u jurisprudenciji Evropskog suda, presudio u korist procesnih prava neizabranih sudija.

U odluci *Saveljić*, koja je po svojoj prirodi bila pilot odluka, Ustavni sud je rešio u korist žalioaca i poništio Odluku Visokog saveta sudstva.¹¹¹⁴ Ustavni sud je svoju odluku zasnovao na činjenici da je u kriterijumima i merilama za ocenu stručnosti, osposobljenosti i dostojnosti za izbor sudija, koje je na osnovu Zakona o sudijama doneo Visoki savet sudstva, propisano da postoji oboriva pretpostavka da sudija koji je biran po ranijim propisima i koji u vreme izbora vrši sudijsku dužnost, a prijavio se za izbor u sud iste vrste, odnosno istog stepena, ispunjava ove uslove. Ustavni sud je odlučio da je žalilac imao pravo da dobije obrazloženu odluku Visokog saveta sudstva, koja je u ovom slučaju nedostajala.¹¹¹⁵

Prilikom donošenja ovakve odluke, Ustavni sud se oslanjao na jurisprudenciju Evropskog suda u vezi s članom 6. stav 1. Evropske konvencije i naročito na predmete *Salov protiv Ukrajine*¹¹¹⁶ i *Hadžianastasiu protiv Grčke*¹¹¹⁷. Ustavni sud se pozvao na slučaj *Salov*, u kojem je Evropski sud smatrao da je podnosiocu predstavke uskraćeno pravo na pravično suđenje, jer domaći sud nije obrazložio svoju presudu.¹¹¹⁸ Ustavni sud je naročito istakao stav Evropskog suda da nepostojanje obrazloženja sprečava žalioaca da traži preispitivanje odluke.¹¹¹⁹ Pozivajući se na presudu *Hadžianastasiu*, Ustavni sud je podvukao da je pravo na pravično suđenje povređeno kada se „konačna verzija” presude dostavlja tek pošto istekne rok za žalbu.¹¹²⁰

Saglasno odluci *Saveljić*, Visoki savet sudstva je juna 2010. doneo obrazložene odluke protiv kojih su se sudije ponovo žalile Ustavnom sudu. Ovoga puta sudije su tvrdile da činjenice u njihovim postupcima nisu

1114 Odluka br. VIIIU-102/2010.

1115 *Isto*, deo VI.

1116 *Salov v. Ukraine*, predstavka br. 65518/01, presuda od 6. septembra 2005.

1117 *Hadžianastassiou v. Greece*, predstavka br. 12945/87, presuda od 16. decembra 1992.

1118 Odluka br. VIIIU-102/2010, deo VI.

1119 *Salov v. Ukraine*, stav 92.

1120 *Hadžianastassiou v. Greece*, stav 34 i 37.

bile valjano utvrđene, da postupak nije bio javan, da je bio oprečan i nepotpun, da odluke nisu bile obrazložene, kao i da je bilo povređeno pravo na pravni lek.

Ustavni sud je decembra 2010. doneo pilot odluku u predmetu *Tasić* kojom je podržao osnovanost žalbe. Poništio je odluku Visokog saveta i naložio mu da ponovo razmotri slučaj.¹¹²¹ Naime, u predmetu *Tasić*, Ustavni sud je ustanovio da je Savet, umesto da ponovo sprovede postupak, kao što je to propisano u odluci *Saveljić*, zapravo doneo pojedinačnu odluku kojom je žalilji okončao sudijsku funkciju, namesto jedinstvene odluke o neizboru od decembra 2009.¹¹²²

Potkrepljujući i nijansirajući svoju argumentaciju izloženu u odluci *Saveljić*, Ustavni sud se i ovog puta pozvao na jurisprudenciju Evropskog suda, ali ne na sadržinu prava na pravično suđenje, već na opseg primene ovog prava, kao i na autonomno značenje pojma suda. Ustavni sud se naročito oslanjao na predmet *Eskelinen i drugi protiv Finske*,¹¹²³ i još više na *Olujić protiv Hrvatske*.¹¹²⁴ U potonjem slučaju, Evropski sud je smatrao da se Državno sudbeno veće Hrvatske može smatrati za sud kada se pred njim vode disciplinski postupci, na osnovu čega je Ustavni sud zaključio da i postupci u kojima Visoki savet sudstva donosi sporne odluke, takođe moraju da budu sprovedeni u skladu s članom 32. Ustava, kojim se jemči pravo na pravično suđenje.¹¹²⁵

1121 Odluka br. VIIIU-189/2010, deo XII.

1122 *Isto*, deo IX.

1123 *Eskelinen and Others v. Finland*, predstavka br. 63235/00, presuda Velikog veća od 19. aprila 2007.

1124 *Olujić v. Croatia*, predstavka br. 22330/05, presuda od 5. februara 2009.

1125 Odluka br. VIIIU-189/2010, deo VIII.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

341.231.14

КРСТИЋ, Ивана, 1975–

Европско право људских права / Ивана Крстић,
Танасије Маринковић. – Београд : Савет Европе, 2016
(Београд : Досије студио). - 282 стр. ; 21 cm

„Ова публикација приређена је у оквиру пројекта
„Правосуђе на темељима људских права!“ --> колофон. -
Тираж 1.000. - Напомене и библиографске референце уз
текст.

ISBN 978-86-84437-89-3

1. Маринковић, Танасије, 1976– [аутор]

а) Права човека – Међународна заштита

COBISS.SR-ID 228627468

Evropsko pravo ljudskih prava je zaokružen prikaz Evropskog suda za ljudska prava, njegove organizacije i nadležnosti, postupka pred njim i osnova njegove jurisprudencije. Ova knjiga daje osvrt i na pravnu prirodu evropskog prava ljudskih prava, i na primere dobre prakse u Republici Srbiji, pre svega status Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava u pravnom sistemu Republike Srbije i odluke Ustavnog suda u kojima je prihvaćena obavezna i interpretativna snaga konvencijskog prava.

Knjiga je prvenstveno namenjena studentima prava na svim nivoima studija koji žele bolje da razumeju kako procesno i materijalno pravo koje se razvija pod okriljem Evropskog suda, tako i načela funkcionisanja čitavog evropskog sistema zaštite ljudskih prava. Budući da taj sistem podrazumeva primarnu nadležnost pravosuđa država članica u pružanju zaštite ljudskih prava, a tek supsidijarnu Evropskog suda, knjiga će koristiti i sudijama, tužiocima i advokatima i drugim pravnim praktičarima koji (treba da) primenjuju Evropsku konvenciju o ljudskim pravima u svom svakodnevnom radu. U tom pogledu posebna pažnja je posvećena najznačajnijim presudama Evropskog suda, koje s obzirom na status izvora prava koji im Ustav Republike Srbije priznaje i svoju objektivnu vrednost, treba da posluže u izgradnji vladavine prava u Republici Srbiji.

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