

EVROPSKO PRAVO LJUDSKIH PRAVA

drugo izdanje



Ivana Krstić
Tanasije Marinković

Finansirano
od strane Evropske
unije i Saveta Evrope



EUROPEAN UNION

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

Implementirano
od strane Saveta Evrope

EVROPSKO PRAVO LJUDSKIH PRAVA

drugo izdanje

Dr Ivana Krstić
redovna profesorka Pravnog fakulteta
Univerziteta u Beogradu

Dr Tanasije Marinković
redovni profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta u Beogradu

Savet Evrope

Evropsko pravo ljudskih prava *drugo izdanje*

Ova publikacija je pripremljena uz finansijsku podršku Evropske unije i Saveta Evrope. Stavovi izraženi u njoj ne predstavljaju nužno zvanične stavove Evropske unije ili Saveta Evrope.

Dozvoljena je reprodukcija izvoda (do 500 reči), osim za komercijalne svrhe, pod uslovom da je očuvan integritet teksta, da se izvod ne koristi izvan konteksta, da ne daje nepotpune informacije niti na drugi način navodi čitaoca na pogrešne zaključke o njegovoj prirodi, obimu ili sadržaju teksta. Izvor teksta je uvek obavezno navesti na sledeći način: „©Savet Evrope, 2022“. Sve druge zahteve za reprodukciju / prevod dela i celog teksta, treba uputiti na Direktorat za komunikacije, Savet Evrope (F-67075 Strasbourg Cedex ili na publishing@coe.int).

Svu ostalu korespondenciju koja se odnosi na ovu publikaciju treba uputiti na adresu:
Department for the Implementation of Human Rights, Justice and Legal Co-operation
Standards Council of Europe
Department for the Implementation of Human Rights, Justice and Legal Co-operation Standards F-67075
Strasbourg Cedex

Korice i grafički dizajn:
Makart d.o.o.

Fotografija na korici:
Savet Evrope, ©shutterstock

ISBN 978-92-871-9196-0

Štampa: Makart d.o.o.

www.coe.int

© Copyright Savet Evrope, april 2022.
Sva prava zadržana.
Licencirano Evropskoj uniji
pod uslovima.

Sadržaj

Predgovor	11
1. Pravna priroda evropskog prava ljudskih prava	15
1.1 Međunarodnopravne osnove evropskog prava ljudskih prava	16
1.2 Ustavnopravna sadržina evropskog prava ljudskih prava	20
1.3 Evropsko pravo ljudskih prava kao naddržavno pravo	26
1.4 Zaključak	29
2. EVROPSKI SUD ZA LJUDSKA PRAVA	30
2.1 Istorijat Evropskog suda za ljudska prava	30
2.1.1 Evropski sud za ljudska prava u okrilju Saveta Evrope	30
2.1.2 Prvobitni sistem zaštite ljudskih prava	31
2.2 Organizacija Evropskog suda za ljudska prava	34
2.2.1 Sudije Evropskog suda za ljudska prava	34
2.2.1.1 Uslovi i način izbora sudija	34
2.2.1.2 Trajanje i prestanak mandata sudija	35
2.2.2 Struktura Evropskog suda za ljudska prava	36
2.2.2.1 Opšta sednica i odeljenja	36
2.2.2.2 Sudija pojedinac, odbori i veća	36
2.2.2.3 Veliko veće	37
2.3 Nadležnost Evropskog suda za ljudska prava	39
2.3.1 Aktivna procesna legitimacija	40
2.3.1.1 Pojedinačne predstavke	40
2.3.1.2 Međudržavni sporovi	47
2.3.2 Pasivna procesna legitimacija	48
2.3.3 Mesna nadležnost	50

2.3.4 Stvarna nadležnost	53
2.3.5 Vremenska nadležnost	55
2.3.6 Iscrpenost unutrašnjih pravnih lekova	56
2.3.7 Blagovremenost predstavke	60
2.3.8 Urednost predstavke	62
2.3.9 Pravilo ne bis in idem	62
2.3.10 Očigledno neosnovane i zloupotrebljavajuće predstavke	63
2.3.11 Značajnije oštećenje	64
2.4 Postupak pred Evropskim sudom za ljudska prava	65
Uvodna razmatranja	65
2.4.1 Sadržina predstavke	67
2.4.2 Opšta pravila postupka	69
2.4.2.1 Javnost postupka	69
2.4.2.2 Upotreba jezika	70
2.4.2.3 Zastupanje stranaka	71
2.4.2.4 Pravna pomoć	72
2.4.3 Vođenje postupka	73
2.4.3.1 Postupak ispitivanja prihvatljivosti	73
2.4.3.2 Postupak po prihvatanju predstavke	75
2.4.3.3 Procedura za donošenje pilot-presuda	76
2.4.3.4 Prijateljsko poravnanje	77
2.4.3.5 Rasprava pred većem	78
2.4.3.6 Postupak pred Velikim većem	79
2.4.4 Presuda	80
2.5 Izvršenje presuda Evropskog suda za ljudska prava	82
Uvodne napomene	82
2.5.1 Vrste mera	83
2.5.1.1 Pravično zadovoljenje	83
2.5.1.2 Individualne mere	85
2.5.1.3 Opšte mere	87
2.5.2 Nadzor nad izvršenjem presuda	88
2.5.2.1 Evropski sud za ljudska prava	89

2.5.2.2	Komiteet ministara	91
2.5.2.3	Parlamentarna skupština	95
2.5.2.4	Propust da se izvrši presuda Evropskog suda za ljudska prava	97
2.6	Reforma Evropskog suda za ljudska prava	99
3.	Konvencijska prava i slobode	105
3.1	Načelo jednakosti i zabrana diskriminacije	106
3.1.1	Nesamostalni karakter člana 14 Evropske konvencije	108
3.1.2	Opšta zabrana diskriminacije (član 1 Dvanaestog protokola)	110
3.1.3	Različit tretman koji predstavlja diskriminaciju	114
3.1.3.1	Neposredna diskriminacija	114
3.1.3.2	Posredna diskriminacija	118
3.1.4	Opravdanje za različit tretman	120
3.2	FIZIČKI I PSIHIČKI INTEGRITET LIČNOSTI	128
3.2.1	Pravo na život	128
3.2.1.1	Zabrana samovoljnog lišenja života	130
3.2.1.2	Pozitivna obaveza da se zaštiti život	132
3.2.1.3	Proceduralna obaveza sprovođenja istrage	135
3.2.2	Zabrana mučenja	137
3.2.2.1	Razlikovanje tri oblika zlostavljanja	138
3.2.2.2	Proceduralna obaveza sprovođenja istrage	141
3.2.2.3	Policijski pritvor	143
3.2.2.4	Zatvorski uslovi	144
3.2.2.5	Zabrana proterivanja	147
3.2.3	Zabrana ropstva	151
3.2.3.1	Zabrana ropstva ili ropskog položaja	151
3.2.3.2	Trgovina ljudima	154
3.3	SLOBODA LIČNOSTI	159
3.3.1	Pravo na slobodu i bezbednost	160
3.3.1.1	Slučajevi opravdanog lišenja slobode	160
3.3.1.1.1	Na osnovu presude nadležnog suda	162

3.3.1.1.2	Zbog neizvršenja sudske odluke ili radi obezbeđenja ispunjenja zakonite obaveze	162
3.3.1.1.3	Zbog sumnje da je izvršeno krivično delo, ili da bi se predupredilo izvršenje krivičnog dela ili bekstvo po njegovom izvršenju	163
3.3.1.1.4	Lišenje slobode maloletnog lica u svrhu vaspitnog nadzora ili radi njegovog privođenja nadležnom organu	164
3.3.1.1.5	Iz medicinskih ili društvenih razloga	165
3.3.1.1.6	Da bi se sprečio neovlašćeni ulazak u zemlju, ili radi deportacije ili ekstradicije	166
3.3.1.2	Prava u slučaju lišenja slobode	167
3.3.1.2.1	Obaveštenje o razlozima za hapšenje	167
3.3.1.2.2	Puštanje na slobodu čim razlozi za hapšenje prestanu da postoje	168
3.3.1.2.3	Hitno sudsko ispitivanje zakonitosti lišenja slobode	169
3.3.1.2.4	Naknada štete	170
3.3.2	Pravo na slobodu kretanja	170
3.3.2.1	Opšti domašaj člana 2 Četvrtog protokola	170
3.3.2.2	Razgraničenje između ograničenja slobode kretanja i lišenja slobode	172
3.3.2.3	Ograničenja slobode kretanja	174
3.4	MORALNI INTEGRITET LIČNOSTI	177
3.4.1	Sloboda misli, savesti i veroispovesti	177
3.4.1.1	Pojam slobode misli, savesti i veroispovesti	177
3.4.1.1.1	Forum <i>internum</i> člana 9 Evropske konvencije	178
3.4.1.1.2	Ispoljavanje prava na slobodu vere ili uverenja	180

3.4.1.2 Ograničenje slobode ispovedanja vere ili ubeđenja	182
3.4.1.2.1 Postojanje ograničenja	182
3.4.1.2.2 Zakonitost ograničenja	183
3.4.1.2.3 Legitimnost cilja ograničenja	183
3.4.1.2.4 Neophodnost ograničenja u demokratskom društvu	184
3.4.2 Pravo na poštovanje privatnog života	186
3.4.2.1 Određivanje pojma „privatni život“	187
3.4.2.2 Uspostavljanje i razvijanje odnosa s drugim licima	189
3.4.2.3 Prikupljanje, držanje i upotreba tajnih podataka	191
3.4.2.4 Seksualna orijentacija	196
3.4.2.5 Položaj transrodnih osoba	200
3.4.3 Pravo na poštovanje porodičnog života	203
3.4.3.1 Razgraničenje primene člana 8 i drugih članova iz Konvencije	203
3.4.3.2 Porodični život	204
3.4.3.3 Odnosi među partnerima	206
3.4.3.4 Odnos između roditelja i dece	207
3.4.3.5 Horizontalni porodični odnosi	210
3.4.3.6 Porodični život lica lišenih slobode	212
3.4.3.7 Deportacija i kršenje prava na porodični život	213
3.4.4 Pravo na obrazovanje	216
3.4.4.1 Pravna priroda prava na obrazovanje	217
3.4.4.2 Pravo roditelja u vezi s obrazovanjem dece	221
3.4.4.3 Upotreba verskih simbola u školi	226
3.5 POLITIČKA PRAVA I SLOBODE	228
3.5.1 Sloboda izražavanja	230
3.5.1.1 Pojam slobode izražavanja	230
3.5.1.1.1 Sloboda mišljenja	230
3.5.1.1.2 Sloboda saopštavanja informacija i ideja	232
3.5.1.1.3 Sloboda primanja informacija i ideja	233

3.5.1.1.4	Sloboda traženja informacija i ideja	234
3.5.1.2	Zadiranje u slobodu izražavanja	234
3.5.1.2.1	Postojanje zadiranja	234
3.5.1.2.2	Zakonitost zadiranja	236
3.5.1.2.3	Legitimnost cilja zadiranja	236
3.5.1.2.4	Neophodnost zadiranja u demokratskom društvu	238
3.5.1.2.4.1	Nužna društvena potreba	238
3.5.1.2.4.2	Načelo srazmernosti	239
3.5.1.2.4.3	Relevantni i dovoljni razlozi	240
3.5.2	Sloboda okupljanja	241
3.5.2.1	Pojam slobode okupljanja	241
3.5.2.2	Zadiranje u slobodu okupljanja	244
3.5.2.2.1	Postojanje zadiranja	244
3.5.2.2.2	Načelo zakonitosti	245
3.5.2.2.3	Legitimnost cilja zadiranja	246
3.5.2.2.4	Neophodnost zadiranja u demokratskom društvu	246
3.5.3	Sloboda udruživanja	248
3.5.3.1	Pojam slobode udruživanja	248
3.5.3.1.1	Udruživanje kao autonomni koncept	249
3.5.3.1.2	Sadržina prava na slobodu političkog i drugog organizovanja	249
3.5.3.1.3	Sadržina prava na slobodu sindikalnog organizovanja	251
3.5.3.2	Zadiranje u slobodu udruživanja	252
3.5.3.2.1	Postojanje zadiranja	252
3.5.3.2.2	Zakonitost zadiranja	253
3.5.3.2.3	Legitimnost cilja zadiranja	254
3.5.3.2.4	Neophodnost zadiranja u demokratskom društvu	254
3.5.3.2.4.1	Nužna društvena potreba	255
3.5.3.2.4.2	Načelo srazmernosti	256

3.5.4 Pravo na slobodne izbore	257
3.6 ZAŠTITA IMOVINE	258
3.6.1 Pojam imovine	260
3.6.2 Zadiranje u imovinu	261
3.6.2.1 Lišenje imovine	261
3.6.2.2 Regulisanje korišćenja imovine	262
3.6.2.3 Narušavanje prava na mirno uživanje imovine	263
3.6.3 Uslovi opravdanog zadiranja u imovinu	264
3.6.3.1 Zakonitost	264
3.6.3.2 Legitimni cilj	264
3.6.3.3 Srazmernost	265
3.7 PROCESNA PRAVA	266
3.7.1 Pravo na pravično suđenje	268
3.7.1.1 Pojam građanskih prava i obaveza i krivične optužbe	268
3.7.1.2 Opšta procesna prava	270
3.7.1.2.1 Pravo na nezavisni i nepristrasni sud	270
3.7.1.2.2 Pravo na pravičnu i javnu raspravu	271
3.7.1.2.3 Pravo na suđenje u razumnom roku	272
3.7.1.3 Posebna prava u krivičnom postupku	273
3.7.1.3.1 Pretpostavka nevinosti	273
3.7.1.3.2 Prava optuženoga u krivičnom postupku	274
3.7.2 Pravo na delotvorni pravni lek	274
3.7.3 Načelo zakonitosti	276
4. Primeri dobre prakse u Republici Srbiji	278
4.1 Evropska konvencija u pravnom sistemu Srbije	280
4.1.1 Status Evropske konvencije	280
4.1.2 Opšti mehanizmi usklađivanja s Evropskom konvencijom	283
4.1.3 Sudska zaštita ljudskih prava u Republici Srbiji	285
4.2 Dijalog Ustavnog suda Republike Srbije i Evropskog suda za ljudska prava	288
4.2.1 Ustavni sud pred Evropskim sudom	288

4.2.2	Jurisprudencija Evropskog suda u praksi Ustavnog suda	291
4.2.2.1	Obavezujuća snaga jurisprudencije Evropskog suda	291
4.2.2.1.1	Postupak po ustavnim žalbama	292
4.2.2.1.2	Postupak normativne kontrole	294
4.2.2.2	Interpretativna snaga jurisprudencije Evropskog suda	296
4.2.2.2.1	Opšti pogled	296
4.2.2.2.2	Načelo jednakosti i zabrana diskriminacije	297
4.2.2.2.3	Građanska prava	298
4.2.2.2.4	Politička prava	300
4.2.2.2.5	Procesna prava	302

Predgovor

Evropsko pravo ljudskih prava je drugo, izmenjeno i dopunjeno izdanje zaokruženog prikaza organizacije i nadležnosti Evropskog suda za ljudska prava, 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 na status Evropske konvencije o ljudskim pravima u pravnom sistemu Republike Srbije i odluke Ustavnog suda kojima se potvrđuje obavezna i interpretativna snaga konvencijskog prava. Drugo izdanje je novelirano u odnosu na prvo tako što je tekst usklađen s Protokolom br. 15 uz Konvenciju, koji je stupio na snagu 1. avgusta 2021. godine, kao i sa izmenama i dopunom Poslovnika Evropskog suda. Uneti su novi primeri iz prakse Evropskog suda. Ispravljani su propusti i greške uočeni u prvom izdanju. Konačno, jezik teksta dodatno je rodno senzibilisan.

Knjiga je prvenstveno namenjena studentima prava na svim nivoima univerzitetskih studija i polaznicima Pravosudne akademije 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 svakako koristiti i sudijama, tužiocima, advokatima i drugim pravnim praktičarima koji (treba da) primenjuju Evropsku konvenciju u svom svakodnevnom radu. U tom pogledu, posebna pažnja posvećena je 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, kao i na njihovu objektivnu vrednost.

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

Knjiga je rezultat dvodecenijskog naučnog bavljenja autora, pojedinačnog i zajedničkog, Evropskim sudom za ljudska prava, njegovom jurisprudencijom i odnosom između njega i nacionalnih sudova. Autori izražavaju neizmernu zahvalnost Savetu Evrope na dobroj volji da izda drugo izdanje *Evropskog prava ljudskih prava* i na podršci koju su u tom poduhvatu dobili od njega.

U Beogradu, 30. novembra 2021.

Autori

1. Pravna priroda evropskog prava ljudskih prava

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 s tim načelom jeste 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 s međunarodnim ugovornim pravom jeste 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 neosporno svrstavaju u domen međunarodnog prava, njegova suštinska 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 nego međunarodnim sistemom zaštite ljudskih prava. Naime, za prava koja jemči Evropska konvencija može se reći da su objektivnog karaktera, usled činjenice da ne mogu biti 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 tim, i sam Evropski sud u Evropskoj konvenciji vidi „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.

1.1 Međunarodnopravne osnove evropskog prava ljudskih prava

S formalnog stanovišta, evropsko pravo ljudskih prava neosporno 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 s 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 tim 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 Saveeta 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 s 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 koje ona garantuje.“⁴ U skladu s načelom supsidijarnosti evropskog mehanizma zaštite ljudskih prava jeste 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

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 otkažu (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.

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 7. decembra 1976, stav 48.

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 obavezu cilja državi, prepuštajući joj odabir sredstava kojima će taj cilj postići.⁷ U presudi Marks protiv Belgije Sud je precizirao da se u slučaju proglašene neusklađenosti s 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 jeste 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, odnosno 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. Moralne vrednosti na kojima počivaju njihovi zakoni variraju 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 s vitalnim

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 zbog toga što mogu doći u sukob, kako s opštim interesom tako i s drugim ljudskim pravima.

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.

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 manje obiman 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 Evropske 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 s 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

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.

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.

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 s 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, st. 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 s Evropskom konvencijom.¹⁸

1.2 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 međunarodnog 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 najbolji primer evropsko pravo ljudskih prava.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.

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

18 *Isto.*

19 „Uspeh pokreta ljudskih prava u međunarodnoj areni, a naročito uspeh ESLJP-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 Videti 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.

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 međunarodnog pravnog regulisanja. S obzirom na takvu genezu 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 dva sistema – međunarodnopravnog 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 „judikalizacije“, 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 tim i neposrednog dejstva evropskog prava ljudskih prava u Visokim stranama ugovornicama, nezavisno od toga da li se one opredeljuju za monistički ili dualistički sistem odnosa između unutrašnjeg i međunarodnog prava.²⁴

²² Isto, 750-751.

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.

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 pravu koji je izmenio prirodu ustavnog spora, sama mogućnost izjavljivanja pojedinačnih predstavi 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 presuda.²⁸ „Prema tome, ukoliko je Evropski sud izazvao istinsko divljenje, to je u suštini zbog pojedinačnih predstavi. Svakako, postoje i druge naddržavne jurisdikcije nadležne da ispituju pojedinačne predstavke. [...] Ipak, pravo na pojedinačnu predstavku, priznato članom 34 Konvencije svakom fizičkom licu i većini pravnih lica, bespogovorno je najsavršenije i najdelotvornije.”²⁹ Konačno, i Frederik Sidr (Frederic Sudre) primećuje, povodom pojedinačnih predstavi, da „Evropska konvencija o ljudskim pravima pruža najostvareniji model sudske zaštite ljudskih prava, vezujući evropski javni poredak ljudskih prava za evropskog sudiju s obaveznom nadležnošću.”³⁰

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.

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.

Osim tih sličnosti između Evropskog suda i savremenog ustavnog sudstva, evropsko pravo ljudskih prava ima i druga obeležja koja ga čine više ustavnim nego 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 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 s 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

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

32 *Isto*, 324–327.

33 *Isto*, 324.

34 F. Sudre, 189–190.

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 katakter 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 dostojanstva, vladavini 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 stremlji ka tome”, zaključuje Popović, „da postane povelja, ako ne i ustavni dokument, koji važi za sve države članice Saveta Evrope.”⁴⁰

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.

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.

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 s namerama pisaca Konvencije), kojima su redefinisani pojam pravnih sredstava i pojam pristupa zaštiti 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 s Konvencijom, a ne samo o tome kako je okončan konkretan sudski postupak, deluje 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 u svom pravu zadržao 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. 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 predstave, 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

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.”

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.

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

1.3 Evropsko pravo ljudskih prava kao naddržavno pravo

Pomenuta ustavnopravna svojstva evropskog prava ljudskih prava, zajedno s 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 narativ je već nekoliko decenija u konstantnom usponu: ESLJP [Evropski sud za ljudska prava, *prim. naša*] znatno 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 Evropi“⁴⁸. 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 hijerarhije, 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 s različitim normama i činionicima koji se bore za vrhovnu vlast i, kako

⁴⁷ *Isto*, 163.

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

⁴⁹ *Isto*, 185.

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 među-sudskom dijalogu nego 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 njegov 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

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.

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.

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 s 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 s mnoštvom nedržavnih subjekata: pojedincima, grupama, korporacijama i dobrovoljnim organizacijama. Priznavanjem prava ovim nedržavnim činiocima i davanjem posebnog i nezavisnog položaja pred naddržavnim ustanovama razara se fikcija o unitarnoj državi.”⁵⁷ Osim toga, pokušaj naddržavnih ustanova da donose i sprovede pravila koja neposredno utiču na građane država podudara se s 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, naddržavnih tela i državnih ustanova nalazi se u središtu naddržavnog sudovanja (*supranational adjudication*), pojave koja se nužno javlja u naddržavnim organizacijama. Njegovo obeležje je da se ostvaruje pred sudom koji je uspostavila grupa država, ali koje, za razliku od međunarodnog sudovanja, dopušta predstavljanje privatnih subjekata i koje, opet suprotno međunarodnom sudovanju, podrazumeva mogućnost uspostavljanja neposrednih odnosa između naddržavnog suda i različitih grana vlasti država članica. Tim odnosima kojima se probija kroz državu (*penetrates the surface of the state*) naddržavni 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 takođe postiže njegova delotvornost.⁵⁹

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.

57 *Isto*.

58 *Isto*, 288-289.

59 *Isto*, 289-290.

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 naddržavnog 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 naddržavnog prava.

1.4 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 rata u okviru sistema kolektivne bezbednosti, s unutrašnjeg stanovišta evropsko pravo ljudskih prava evoluira u skladu s 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 poglavljima 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 od 1950. godine. Počeo je da radi devet godina 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 se sastavu nalazi Sud, kao jedan od njegovih organa.

Savet Evrope je međunarodna organizacija koju je posle Drugog svet-skog rata, Londonskim ugovorom, 5. maja 1949. godine, osnovalo deset zapadnoevropskih demokratija (Belgija, Danska, Francuska, Irska, Italija, Luksemburg, Holandija, Norveška, Švedska i Ujedinjeno Kraljevstvo) u želji da zaštite zajedničke vrednosti i omoguće njihovo dalje razvijanje. Sećajući se nacističkih zločina, ali i strepeći od novog totalitarizma, olič-nog 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 pra-va kao pretpostavki istinske demokratije. U skladu s tim, Statut ove or-ganizacije 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 je klasično poimanje međunarodnog prava i državne suverenosti nebrojeno puta tokom istorije pokazalo 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 konvencije uspostavili su prvi naddržavni sud s 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*) pisao je 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 predstavki, 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 organa: Evropskom komisijom za ljudska prava, Evropskim sudom za ljudska prava i Komitetom ministara. Prva dva su uspostavljena Evropskom

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.

konvencijom, dok je Komitet ministara politički organ Saveta 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, počinjali bi pokušaji da se postigne prijateljsko poravnanje, „vodeći računa o poštovanju ljudskih prava”. U slučaju neuspeha prijateljskog poravnanja, konačnu odluku donosio je ili Komitet ministara ili Evropski sud.

Nadležnost Suda nije bila obavezna, prema izričitoj odredbi nekadašnjeg člana 46 Konvencije, ali se od država članica 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 prethodno je 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, počinjao 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. S 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 bilo je neophodno da bi se obezbedilo poštovanje odluka konvencijskih organa, Komisije i Suda. I Komisija je imala 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

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

64 Isto, 7-8.

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

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 onih koji su bili za čista, transparentna rešenja – uspostavljanje jedinstvenog i obaveznog Suda – i onih koji su isticali prednosti postojeće kompromisne strukture, pre svega svojevrсну dvostepenost 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 pojednostavljen je utoliko što je sada jedinstveni i stalni sud preuzeo funkcije tri različita organa (Evropske komisije, Evropskog suda i Komiteta ministara). Nasuprot ranijem sistemu u kojem su države periodično, od tri godine do pet godina, obnavljale svoje prihvatanje nadležnosti Suda, član 19 Konvencije predviđa da Visoke strane ugovornice, radi poštovanja obaveza iz Konvencije, uspostavljaju Evropski sud za ljudska prava sa stalnom nadležnošću. Osim toga, zaštita je postala efikasnija time što su građani stekli pravo da direktno upućuju predstavke 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 profilise kao istinska nadržavna sudska instanca.

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 se za sudije moraju birati ličnosti koje zadovoljavaju visoke moralne zahteve i ispunjavaju uslove za obavljanje visokih sudijskih zvanja, to jest koje su priznati pravni stručnjaci.⁶⁷ Kandidati moraju biti mlađi od 65 godina.⁶⁸ Sudije obavljaju službu u ličnom svojstvu,⁶⁹ a ne kao predstavnici država, iako svaka država ponaosob predlaže kandidate za ovo sudijsko zvanje. Zato sudija ne mora da bude državljanin zemlje koja ga predlaže, niti mora biti iz zemlje koja je članica Saveta Evrope. Sudija u ime 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 svaka druga aktivnost nespojiva sa zahtevima nezavisnosti i nepristrasnosti, kao i ona koja bi mogla da dovede u pitanje obavljanje sudijskih zadataka.⁷⁰ Poslovníkom Suda precizira se da sudije tokom svog mandata ne smeju da se bave nikakvom političkom ili administrativnom 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.⁷¹ 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“.⁷²

Parlamentarna skupština Saveta Evrope bira sudiju većinom glasova, s liste od tri kandidata koje država članica predloži.⁷³ 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 Član 21, stav 4 Konvencije.

71 Pravilo 4, stav 1 Poslovníka Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: Poslovníka).

72 Pravilo 3, stav 1 Poslovníka.

73 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.⁷⁴ 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, procenjujući da su države želele da izigraju pravila kandidovanja predlažući ličnosti nesrazmernih kvaliteta.⁷⁵

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.⁷⁶

2.2.1.2 Trajanje i prestanak mandata sudija

Sudije se biraju na period od devet godina i ne mogu biti reizabrane.⁷⁷ Konvencijom se uređuje i prevremeni prestanak mandata sudije, razrešenjem. Odluku o razrešenju donosi najmanje dve trećine sudija Evropskog suda ako utvrde da je sudija prestao da ispunjava uslove propisane za izbor.⁷⁸ Poslovnik Suda predviđa i da do prevremenog prestanka sudijske funkcije može doći ostavkom koja se podnosi predsedniku Suda.⁷⁹

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 i potpredsednike Suda, mogu da izdvajaju mišljenja i slično.

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

75 *Isto*, 351.

76 *Isto*, 351-352.

77 Član 23, stav 1 Konvencije.

78 Član 23, stav 3 Konvencije.

79 Pravilo br. 6 Poslovnika.

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,⁸⁰ 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.⁸¹

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.⁸² Prilikom raspoređivanja sudija po odeljenjima, uzima se u obzir ujednačena zastupljenost geografskih regiona, različitih pravnih sistema i rodna ravnopravnost.⁸³

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 s liste predmeta Suda „ako se takva odluka može doneti bez daljeg ispitivanja“.⁸⁴ Ako sudija pojedinac ne proglasi predstavku neprihvatljivom ili je ne skine s liste predmeta, ustupiće je odboru ili veću na dalji postupak.⁸⁵

Odbore, u sastavu od tri sudije, obrazuju veća na određeni period.⁸⁶ Odbor ispituje prihvatljivost pojedinačne predstave, i može takvu predstavku jednoglasnom odlukom proglasiti neprihvatljivom ili je skinuti s liste predmeta Suda „ako se takva odluka može doneti bez daljeg ispitivanja“.⁸⁷ Odbor takođe može jednoglasnom odlukom proglasiti predstavku

80 Član 25 Konvencije.

81 Pravilo 8, stav 1 Poslovnika.

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

83 Pravilo 25, stav 2 Poslovnika.

84 Član 27, stav 1 Konvencije.

85 Član 27, stav 3 Konvencije.

86 Član 26, stav 1 Konvencije.

87 Član 28, stav 1, tačka 1 Konvencije.

prihvatljivom i istovremeno doneti 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”.⁸⁸

Veće odlučuje meritorno o pojedinačnim predstavkama koje sudija po jedinac ili odbor prethodno nisu odbacili, odnosno povodom koje odbor nije doneo presudu.⁸⁹ U svakom trenutku veće može 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.⁹⁰ Veća broje sedam sudija i organizovana su po odeljenjima.⁹¹ 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.⁹² 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).⁹³

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 koje izabere predsednik Suda s liste koju unapred podnosi ta država.⁹⁴ Ova praksa je uobičajena za međunarodne sudske instance⁹⁵ i ima za cilj da zaštiti suverene interese država članica. Status *ad hoc* sudije približan je 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.⁹⁶

2.2.2.3 Veliko veće

Veliko veće ima sudeću i savetodavnu nadležnost.⁹⁷ Ono presuđuje

88 Član 28, stav 1, tačka 2 Konvencije.

89 Član 29, stav 1 Konvencije.

90 Član 29, stav 2 Konvencije.

91 Član 26, stav 1 Konvencije.

92 Pravilo 26, stav 1(b) Poslovnika.

93 P. Wachsmann, 157.

94 Član 26, stav 4 Konvencije.

95 Član 31 Statuta Međunarodnog suda pravde.

96 F. Sudre, 391.

97 Član 31 Konvencije.

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 prethodno donetom presudom Suda, a sve pod uslovom da se nijedna stranka u sporu tome ne protivi.⁹⁸ Drugi vid pokretanja postupka pred Velikim većem jeste vid 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, zahtevati da se predmet iznese pred Veliko veće.⁹⁹ Veliko veće, to jest kolegijum od pet sudija, prihvata zahtev samo ukoliko se predmet tiče pitanja koje je važno za tumačenje ili primenu Konvencije i njenih protokola, ili ukoliko se njime pokreće ozbiljno pitanje od opšteg značaja.¹⁰⁰

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.¹⁰¹ 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.¹⁰² Savetodavna mišljenja se obrazlažu i dostavljaju Komitetu ministara. Ako savetodavno mišljenje u celosti ili u jednom svom delu ne predstavlja jednoglasno mišljenje sudija, svaki sudija ima pravo da iznese izdvojeno mišljenje.¹⁰³

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 dâ savetodavno mišljenje tek 2002. godine. Zahtev Komiteta

98 Član 30 Konvencije.

99 Član 43, stav 1 Konvencije.

100 Član 43, stav 2 Konvencije.

101 Član 47, stav 1 Konvencije.

102 Član 47, stav 2 Konvencije.

103 Član 49 Konvencije.

ministra bio je usmeren na upoređivanje odnosa između Evropske konvencije o ljudskim pravima i Konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama Zajednice nezavisnih država.¹⁰⁴

Veliko veće broji sedamnaest sudija. U njemu, po funkciji, zasedaju predsednik i potpredsednici Suda, predsednici veća i druge sudije.¹⁰⁵ Ukoliko je postupak pred Velikim većem pokrenut na osnovu člana 43 Evropske konvencije, nijedan sudija koji je u veću, a sudio je u prvostepenom postupku, ne može biti član Velikog veća u istoj stvari, izuzev predsednika veća i sudije koji je izabran s liste države protiv koje je podneta predstavka.¹⁰⁶ Prisustvo dvoje istih sudija u prvostepenom i žalbenom postupku ozbiljno dovodi u pitanje nezavisnost i standarde nepristrasnog suđenja koje Sud primenjuje na nacionalne sudske instance.¹⁰⁷

2.3 Nadležnost Evropskog suda za ljudska prava

Punovažno započinjanje, tok i okončanje postupka pred Evropskim sudom zavise od ispunjenosti procesnih pretpostavki. O prihvatljivosti predstavke Sud vodi računa po službenoj dužnosti. Po prijemu pojedinačne predstavke, sudija pojedinac ispituje prihvatljivost predstavke. Ako sudija pojedinac ne proglasi predstavku neprihvatljivom ili je ne skinie s liste predmeta, proslediće je odboru ili veću na dalji postupak. Odbor kome je predstavka upućena takođe ispituje prihvatljivost pojedinačne predstavke i može je jednoglasnom odlukom proglasiti neprihvatljivom ili je skinuti s liste predmeta Suda. Odluke sudije pojedinca i odbora o proglašenju predstavke neprihvatljivom su konačne i protiv njih se ne može izjaviti žalba.¹⁰⁸ Ako ni sudija pojedinac ni odbor ne proglaše predstavku neprihvatljivom, niti odbor donese presudu povodom nje, veće odlučuje o prihvatljivosti i suštini predstavke.¹⁰⁹ 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.¹¹⁰

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

105 Član 26, stav 5 Konvencije.

106 Isto.

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

108 Član 27, stav 2 i član 28, stav 2 Konvencije.

109 Član 29, stav 1 Konvencije.

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

Procesne pretpostavke se mogu podeliti na one koje se tiču strana-ka (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 svako 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.¹¹¹ 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.

Tako je Evropski sud dopustio predstavku žene kojoj su kiparske vlasti odbile da priznaju status raseljenog lica. Naime, nacionalni propisi su priznavali taj status deci očeva koji su bili raseljeni, ali ne i majki koje su bile raseljene, što je bio slučaj s podnositeljkom predstavke.¹¹² Sud je dopustio i predstavku nigerijske državljanke koja je prebivala u Španiji i utvrdio povredu Konvencije zato što nacionalne vlasti nisu uzele u obzir njenu osobenu ranjivost – da je Afrikanka koja se bavi prostitucijom.¹¹³

Pojmu nevladine organizacije Evropski sud daje šire značenje od uobičajenog u međunarodnoj praksi. U skladu s tim, 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, udruženja građana i

¹¹¹ Član 34 Konvencije.

¹¹² *Vrountou v. Cyprus*, predstavka br. 33631/06, presuda od 13. oktobra 2015, stavovi 6 i 41.

¹¹³ *B.S c. Espagne*, predstavka br. 47159/08, 24. jul 2012, stavovi 6 i 71.

sela naseljena manjinskim stanovništvom. Nevladinom organizacijom se smatraju i ustanove koje imaju javnopravni status u domaćem pravu, ali nemaju prerogative vlasti i koje uživaju potpunu autonomiju u odnosu na državu.¹¹⁴ Tako je Komisija 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 izvor-
nik Konvencije, s druge strane, izričito navodi da svako 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.¹¹⁵

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.¹¹⁶

Da bi postupak pred Sudom bio pokrenut, potrebno je i da podnosilac 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 obraćanje

114 Videti, na primer, *Holy Monasteries v. Greece*, predstavka br. 13092/87 i dr., presuda od 9. decembra 1994.

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

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

Sudu moguće je samo ako postoji lični interes – što znači da član 34 Konvencije ne uspostavlja *actio popularis* i ne dopušta kontrolu konvencionalnosti domaćih propisa *in abstracto*.¹¹⁷ Da bi podnosilac 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.¹¹⁸ 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.¹¹⁹ Podrazumeva se da i u slučaju „grupnih predstavki“ svaki pripadnik te neformalne zajednice mora tvrditi da je žrtva povrede prava kako bi predstavka bila prihvaćena.¹²⁰ Naravno, Sud je *dominus litis* i on odlučuje ne samo o tome da li je neko žrtva već i kog prava. U predmetu *Eremija protiv Moldavije*, supruga je tvrdila povredu zabrane mučenja, nečovečnog i ponižavajućeg postupanja zasebno i u vezi sa zabranom diskriminacije, povodom nasilnog postupanja svoga supruga. Njihove dve ćerke su takođe tvrdile povredu zabrane mučenja, nečovečnog i ponižavajućeg postupanja zato što su bile svedokinje fizičkog i verbalnog nasilja oca nad majkom, ali su i same bile žrtve verbalnog nasilja svog oca. Sud je međutim odlučio da njihovu žalbu razmotri iz ugla člana 8 Konvencije, smatrajući da je njihov duševni mir bio narušen usled nasilja oca nad majkom u porodičnom domu, čime se zadiralo u njihovo pravo na poštovanje porodičnog i privatnog života.¹²¹

Postojanje žrtve, kao uslova za vođenje postupka, istovremeno znači i da predstavka u svakom momentu može biti odbačena ukoliko njena podnositeljka izgubi to svojstvo, jer je stvar rešena.¹²² Ona može biti rešena nekim od vanrednih pravnih mera nacionalnog pravnog sistema

117 F. Sudre, 413.

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

119 *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.

120 D. Gomien, 167.

121 *Eremia v. The Republic of Moldova*, predstavka br. 3564/11, presuda od 28. maja 2013, stavovi 38, 72–74 i 80.

122 Član 37, stav 1(b) Konvencije.

kojima se izlazi u susret njenom zahtevu.¹²³ Sud je ustanovio dva uslova koja moraju biti zadovoljena da bi podnositeljka predstavke izgubila status žrtve: da domaći organi priznaju, neposredno ili posredno, da je došlo do povrede Evropske konvencije i da je podnositeljki predstavke otklonjena učinjena nepravda.¹²⁴ Međutim, Sud će nastaviti da ispituje predstavke iako je njegova podnositeljka izgubila status žrtve, „ako je to potrebno radi poštovanja ljudskih prava ustanovljenih Konvencijom i protokolima uz nju“.¹²⁵

U predmetu *Konstantin Markin protiv Rusije* podnosilac predstavke se žalio na razliku u tretmanu prema ruskom zakonu između žena i muškaraca u vojnoj službi u vezi s pravom na roditeljsko odsustvo. Ruska vlada se izjasnila da je stvar delotvorno rešena i da podnosilac predstavke nema više status žrtve jer su mu dodeljeni roditeljsko odsustvo i finansijska pomoć. U skladu s tim, ona je zatražila da se predstavka skine s liste predmeta shodno članu 37, stav 1(b) Konvencije. Međutim, Sud je odbacio taj prigovor ističući da je roditeljsko odsustvo podnosiocu predstavke odobreno uz jednogodišnje kašnjenje i na samo dve godine umesto tri. Naime, podnosilac predstavke nije bio u mogućnosti da se brine o svom detetu tokom prve godine njegovog života kada to detetu najviše treba. Osim toga, nije dobio nikakvu odštetu za kašnjenje u odobravanju roditeljskog odsustva niti za skraćivanje trajanja odsustva, jer je finansijska pomoć bila dodeljena po drugom osnovu – zato što se nalazio u teškoj finansijskoj situaciji. U skladu s tim, Sud je smatrao da nije omogućena dovoljna nadoknada za posledice mogućeg kršenja Konvencije da bi Sud mogao zaključiti da je stvar razrešena u smislu člana 37, stav 1(b). Povrh argumenta da podnosilac predstavke nije izgubio status žrtve, Sud je uzeo u obzir i to da razlika u tretmanu između žena i muškaraca u vojnoj službi u vezi s pravom na roditeljsko odsustvo uključuje važno pitanje od opšteg interesa ne samo za Rusiju već i za ostale države potpisnice Konvencije. Otuda je Sud zaključio da bi dalje razmatranje ove predstavke doprinelo razjašnjavanju, zaštiti i razvijanju konvencijskih standarda zaštite i po tom osnovu odbacio prigovor ruske vlade.¹²⁶

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

124 *Eckle v. Germany*.

125 Član 37, stav 1, *in fine* Konvencije.

126 *Konstantin Markin c. Russie*, predstavka br. 30078/06, presuda od 22. marta 2012, stavovi 80–92.

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, pritom, moraju da uvere Sud da postoji realan rizik da se samim propisom dovodi u pitanje neko njihovo konvencijsko pravo, i bez donošenja pojedinačnog sprovedbenog pojedinačnog akta.¹²⁷ U slučaju *Klas i drugi protiv Nemačke* Sud je prihvatio predstavku petorice nemačkih pravnikâ koji su ukazivali na nesaglasnost Zakona Savezne Republike Nemačke s članom 8 Evropske konvencije budući da je ovaj zakon dopuštao, pod određenim uslovima, tajno prisluškivanje građana. Sud je procenio da podnosioci predstavke mogu tvrditi da su žrtve, iako za to nemaju dokaze, upravo zato što se odluka o prisluškivanju donosi tajno, što ih čini potencijalnim žrtvama.¹²⁸ Ovoj kategoriji mogućih žrtava pripadaju i podnosioci predstavki u slučajevima *Otvorena vrata protiv Irske* i *Noris protiv Irske*. U prvom 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.¹²⁹ 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 zbog same činjenice da ostvarivanjem svojih seksualnih potreba dolazi pod udar krivičnihopravnih normi.¹³⁰

U slučaju *Kembel i Kosans protiv Ujedinjenog Kraljevstva* prihvaćena je predstavka 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.¹³¹ U *S. A. S. protiv Francuske* podnositeljka predstavke, muslimanka koja iz verskih razloga prekriva lice u javnosti, tvrdila je da je žrtva zakona zbog činjenice da je zakon sprečava, pod pretnjom krivične sankcije, da u javnosti nosi veo kojim prekriva celo lice. Sud je potvrdio njen status žrtve i dopustio predstavku, obrazlažući tu svoju odluku stavom da se

127 Ph. Leach, 70.

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

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

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

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

žene koje, poput podnositeljke predstavke, žele da nose integralni veo iz verskih razloga nalaze pred dilemom da se povinuju zabrani i odreknu načina odevanja koji im nalaže njihova vera ili da joj se ne povinuju i time izlože krivičnom gonjenju.¹³²

Ovakvom praksom, Evropski sud ublažava prvobitno postavljene visoke kriterijume prema kojima nije dozvoljena *actio popularis* niti kontrola *in abstracto* konvencionalnosti nacionalnog prava. Od podnosioca predstavke ne traži se da je već pretrpeo povredu prava i onda kada su u pitanju domaći ili strani državljani kojima u slučaju izručenja drugoj državi realno preti 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.¹³³

Pored proširenja pojma žrtve i na subjekte koji nisu doživeli povredu prava, ali bi se realno mogli naći u takvoj situaciji (moguće žrtve), Evropski sud pod žrtvom podrazumeva i posredne žrtve – sva lica koja trpe štetu zbog povrede prava trećeg ili koja bi imala lični interes da se okonča kršenje konvencijskih prava. Prema tome, potrebno je da se ispune dva uslova kako bi se neko smatrao posrednom žrtvom: da postoji neposredna žrtva, bilo da je ona stvarna ili moguća, i da postoji bliska i lična veza između neposredne i posredne žrtve.¹³⁴ Takav status može imati roditelj u odnosu na svoje dete¹³⁵ ili suprug u odnosu na suprugu i obrnuto,¹³⁶ ali Sud ide i dalje od ovih veza, pa prihvata predstavku nećaka koji se poziva na član 2 Evropske konvencije usled ubistva svoga ujaka.¹³⁷ U predmetu *Kurt protiv Turske* podnosilac predstavke – majka, povodom nestanka svoga sina na jugoistoku Turske, isticala je, 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 nečovječnog postupanja, zbog pretrpljenog bola usled njegovog gubitka. Sud

132 *S. A. S. c. France*, predstavka br. 43835/11, presuda od 1. jula 2014, stavovi 54 i 57.

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

134 *F. Sudre*, 415.

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

136 *Issa and others v. Turkey*, predstavka br. 31821/96, presuda od 16. novembra 2004.

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

je ustanovio povredu članova 5 i 13 kada je reč o sinu, i člana 3 u slučaju majke.¹³⁸ Ukoliko dođe do smrti podnosioca predstavke, njegovi naslednici mogu nastaviti s postupkom ako je žalba prenosiva i imaju interes da se utvrdi povreda Konvencije. U tom smislu, roditelji hemofiličara koji je bio zaražen HIV-om mogli su da nastave postupak pokrenut radi naknade štete usled nepoštovanja razumnih rokova u suđenju i posle smrti njihovog sina, prvobitnog podnosioca predstavke.¹³⁹

Posredne žrtve se često javljaju u praksi Suda u predmetima koji su proistekli iz nasilja u porodici sa smrtnim ishodom. U *Opuz protiv Turske* podnositeljka predstavke je tvrdila povredu člana 2 Konvencije zato što turske vlasti nisu zaštitile pravo njene majke na život koju je ubio njen bivši zet, bivši suprug podnositeljke predstavke.¹⁴⁰ U *Talpis protiv Italije* podnositeljka predstavke se pozivala na povredu člana 2 Konvencije zato što italijanske vlasti nisu zaštitile pravo njenog sina na život koga je ubio njen suprug.¹⁴¹ U *Halime Kilič protiv Turske* podnositeljka predstavke se pozivala na povredu člana 2 Konvencije zato što turske vlasti nisu zaštitile pravo njene ćerke na život koju je ubio njen suprug, zet podnositeljke predstavke.¹⁴²

Države ugovornice Evropske konvencije obavezuju se 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 pritvođenika 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 neprihvatljivom praksu zastrašivanja stvarnih ili mogućih podnosilaca predstavki njihovim ispitivanjem, zahtevanjem da pismeno potvrde da nisu upućivali predstavke, i čak video-snimanjem takvih razgovora.¹⁴³ Radi poštovanja

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

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

140 *Opuz v. Turkey*, predstavka br. 33401/02, presuda od 9. juna 2009, stav 118.

141 *Talpis c. Italie*, predstavka br. 41237/14, presuda od 2. marta 2017, stav 3.

142 *Halime Kiliç c. Turquie*, predstavka br. 63034/11, presuda od 28. juna 2016, stav 69.

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

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. Tim 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.¹⁴⁴

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.¹⁴⁵ 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*.¹⁴⁶ Čak se može reći da se u međudržavnim sporovima Visoke strane ugovornice stavljaju u poziciju javnog tužioca koji nastupa u opštem interesu.¹⁴⁷ 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 s 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.¹⁴⁸ Ipak, da bi Sud osudio jednu državu, neophodno je da se osporenim zakonom nedvosmisleno narušava Konvencija upotrebom jasnih i tačno određenih izraza, inače bi presuda morala da bude zasnovana na analizi prakse primene spornog zakona.

Vrlo dugo države su bile nevoljne da pokreću međudržavne sporove, a Sud je bio uzdržan 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.

144 F. Sudre, 411-412.

145 Član 33 Konvencije.

146 D. Gomien, 166.

147 P. Wachsmann, 161.

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

Pojedini autori objašnjavaju tu pojavu time što državne predstavke 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 sporove.¹⁴⁹

Međutim, od 2007. godine dolazi do naglog povećanja međudržavnih sporova. U poslednjih 15 godina bilo je ukupno 16 državnih predstavki, od kojih je devet bilo protiv Rusije.

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*.¹⁵⁰ 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 u delu 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.¹⁵¹ 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 preuzetim obavezama, može da se povredi zabrana mučenja (čl. 3 Konvencije) ukoliko postoji mogućnost da ekstradirana osoba bude u državi prijema izložena mučenju ili nečovečnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju.¹⁵² 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.

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

150 P. Wachsmann, 162.

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

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

Ponašanje privatnih subjekata (pojedinaca, preduzeća, privatnih udruženja i sl.) ne može biti predmet podnesaka usmerenih ka državi čijem pravnom poretku 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.¹⁵³ 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.¹⁵⁴ Sud je priznao i obavezu države da omogući 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.¹⁵⁵

Sud je pozitivnu obavezu izveo iz člana 1 Konvencije kojom su se države obavezale da svima u svojoj jurisdikciji omoguće prava i slobode utvrđene Konvencijom. U kontekstu rodne ravnopravnosti ta obaveza se naročito odnosi na članove 2, 3 i 8 Konvencije. Drugim rečima, države se obavezuju da preduzmu mere kako pojedinci pod njenom jurisdikcijom ne bi bili lišeni života (čl. 2), izloženi mučenju, ni nečovečnom niti ponižavajućem postupanju (čl. 3), i kako im ne bi bili narušeni psihički i fizički integritet zaštićeni pravom na privatni i porodični život (čl. 8), između ostalog i radnjama privatnih lica. Deca i drugi ugroženi pojedinci naročito imaju pravo na zaštitu države u vidu delotvornog odvratanja od takvih teških povreda ličnog integriteta.¹⁵⁶

Bez obzira na navedeno, Sud je zauzeo stav da se „imajući u vidu poteškoće policijskog rada u modernom društvu, nepredvidivost ljudskog ponašanja i operativne izbore kojima je neophodno pribеći u smislu prioriteta i resursa, obim navedene pozitivne obaveze mora [...] tumačiti tako da

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

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

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

156 *Opuz v. Turkey*, stav 159; *Eremia v. the Republic of Moldova*, stav 172.

se njome vlastima ne nameće nemogući odnosno neproporcionalan teret”.¹⁵⁷ Tako je povodom člana 2 Konvencije Sud istakao da „ne može svaki navod o opasnosti po život obavezati vlasti da preduzmu operativne mere na sprečavanju ostvarenja tog rizika, kako se to zahteva Konvencijom. Da bi država bila dužna da ispuni navedenu pozitivnu obavezu, mora se utvrditi da su u vreme postojanja stvarne i neposredne opasnosti vlasti znale, odnosno da je trebalo da znaju za rizik po život određene osobe usled krivičnog dela treće osobe, te da nisu preduzele mere u okviru svojih ovlašćenja, a putem kojih se razumno moglo očekivati izbegavanje navedenog rizika.”¹⁵⁸

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 poštovali 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 ostvarenju suverenosti, kao i njeno konkretno ponašanje u datoj situaciji.¹⁵⁹ Primenom ovog standarda, Sud je, u predmetu *Ilašku protiv Moldavije i Rusije*, zaključio da je Moldavija odgovorna iako nema kontrolu nad pobunjeničkom transdnjestrskom (*Transdnestrian*) oblašću, gde je učinjena povreda konvencijskih prava, jer u pregovorima koji se od 2001. vode s Rusijom, državom garantom, nije ni pomenula podnosiocima 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, s 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.

¹⁵⁷ *Opuz v. Turkey*, stav 129.

¹⁵⁸ *Isto*.

¹⁵⁹ *Ilaşcu and others v. Moldova and Russia* [VV], predstavka br. 48787/99, presuda od 8. jula 2004.

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 s 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,¹⁶⁰ 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 kad god raspolaže „efektivnom vojnom kontrolom“.¹⁶¹ 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.

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.¹⁶²

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 pritom 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

160 Član 56 Konvencije.

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

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

radnje njenih oružanih snaga, bilo za postupke lokalne administracije koja joj je podređena.¹⁶³ 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.¹⁶⁴ Rukovodeći se tim merilima, Evropski sud je ustanovio vanteritorijalnu nadležnost Rusije za postupanje transdnjestrskih separatista, koji se bore za otcpljenje od Moldavije, usled vojne, političke i finansijske pomoći koju im je Rusija pružala, a posebno usled angažovanja nekadašnje 14. sovjetske armije.¹⁶⁵

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 jasnije da ocena prihvatljivosti predstave 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.¹⁶⁶ 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 (*Transdnistria*), 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-a 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*

163 *Loizidou v. Turkey* [VV].

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

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

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

Turske. U ovom slučaju, Evrpski 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.¹⁶⁷

Prvonađene 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 metopola. Član 56 Evropske konvencije upravo sadrži „kolonijalnu klauzulu“ koja bliže uređuje važenje evropskog sistema zaštite ljudskih prava na područjima koja nemaju puni međunarodnopravni 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.¹⁶⁸ Ukoliko prihvata nadležnost Suda i u pogledu primanja pojedinačnih predstavi, u skladu s članom 34 Evropske konvencije, država će o tome dati izjavu, precizirajući na koju se teritoriju ta izjava odnosi.¹⁶⁹ U svakom slučaju, pri primeni odredaba ove Konvencije na takvim teritorijama vodiće se računa o lokalnim potrebama.¹⁷⁰

2.3.4 Stvarna nadležnost

Nadležnost Evropskog suda *ratione materiae* određena je 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*,¹⁷¹ dok u pojedinačnim predstavkama ovlašćeni subjekti tvrde da su žrtve povrede *prava ustanovljenih Konvencijom ili protokolima uz nju*.¹⁷² Konvencijska prava i slobode mogu se razvrstati u tri grupe: apsolutna, relativna i posredna.¹⁷³

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

168 Član 56, stav 1 Konvencije.

169 Član 56, stav 4 Konvencije.

170 Član 56, stav 3 Konvencije.

171 Član 33 Konvencije.

172 Član 34 Konvencije.

173 F. Sudre, 173-174. i 205-362.

Apsolutna prava su ona koja država mora poštovati bezuslovno i bez ostatka: pravo na život (čl. 2. Konvencije) i u skladu s tim 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 apsolutnih, relativna prava su uslovna jer mogu biti stavljena van snage,¹⁷⁴ ali i ograničena radi zaštite drugih vrednosti poput 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), zabranu kazne zatvora za dug (čl. 1 Protokola br. 4 uz Konvenciju), pravo na slobodu kretanja (čl. 2 Protokola br. 4 uz Konvenciju), zabranu 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 odnosi se 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).

¹⁷⁴ Član 15 Evropske konvencije predviđa da u doba rata ili druge javne opasnosti koja preti opstanku nacije država članica može da preduzme mere koje odstupaju od njenih obaveza po Konvenciji, ali ne i u pogledu člana 2, 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 slobodu duha je složena grupa prava koja uključuje 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).

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 predstavlke može pozvati samo u vezi s nekim drugim pravom priznatim Evropskom konvencijom. To je slučaj s pravom na delotvorni pravni lek pred nacionalnim vlastima kada su povređena 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 obimu u kome neki zakon koji je tada na snazi nije saglasan s tom odredbom.¹⁷⁵ Ne postoji izričita obaveza da se zakonsko rešenje koje je pokriveno rezervom uskladi s 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.¹⁷⁶

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

¹⁷⁵ Član 57, stav 1 Konvencije.

¹⁷⁶ C. Ovey, R. C. A. White, 380.

traje i pošto je Konvencija postala pravno obavezujuća.¹⁷⁷ Tipičan primer bilo bi nerazumno dugo suđenje, započeto pre potvrđivanja Evropske konvencije, koje je nastavilo da traje pošto su konvencijska prava i slobode postali sastavni deo unutrašnjeg pravnog poretka. Tada će Evropski sud uzeti u obzir ukupnu dužinu trajanja domaćeg suđenja, od početka pa sve do njegovog okončanja, a ne samo onaj deo koji se odvijao nakon što je Konvencija ratifikovana.¹⁷⁸

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, Protokol br. 14 stupio je na snagu 1. juna 2010. i, najzad, Protokol br. 15 stupio je na snagu 1. avgusta 2021. godine. Srbija nije pristupila Protokolu br. 16, koji ovlašćuje najviše sudove u državi članici da zatraže savetodavno mišljenje od Evropskog suda u vezi s načelnim pitanjima tumačenja i primene prava i sloboda zajemčenih Konvencijom i protokolima uz nju.¹⁷⁹

2.3.6 Iscrpenost unutrašnjih pravnih lekova

Jedan od uslova prihvatljivosti predstavke, to jest uzimanja predmeta u postupak, jeste i iscrpenost unutrašnjih pravnih lekova.¹⁸⁰ Član 35 Evropske konvencije upućuje na to da se pravilo o iscrpenosti unutrašnjih pravnih lekova primenjuje u skladu s 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 Međunarodni sud pravde je više puta isticao da ono ima običajnu snagu.¹⁸¹ Državi se mora pružiti svaka prilika da samostalno, svojim merama, otkloni svaku povredu preuzetih međunarodnih obaveza pre nego što se izloži proveri međunarodnih sudskih ili kvazisudskih tela.¹⁸²

Član 35 Evropske konvencije ovim potvrđuje i supsidijarnost evropskog

177 F. Sudre, 420.

178 D. Gomien, 167.

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

180 Član 35, stav 1 Konvencije.

181 F. Sudre, 422.

182 D. Gomien, 168.

mehanizma zaštite ljudskih prava i sloboda. Evropski sud ima sekundarni značaj u odnosu na državne, i to pre svega u odnosu na pravosudne organe koji bi trebalo sami da osiguraju 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 „polju slobodne procene“ (*margin of appreciation*), Sud se dosledno drži stava da su državne vlasti u boljoj poziciji da procenjuju opravdanost ograničenja konvencijskih prava od međunarodnog sudije.

O značaju ta dva načela – supsidijarnosti i polju slobodne procene – za evropski sistem zaštite ljudskih prava govori i činjenica da su ona Protokolom br. 15 uz Konvenciju, koji je stupio na snagu 1. avgusta 2021. godine, ugrađena u Preambulu Konvencije. U novom, poslednjem stavu Preambule stoji da „Visoke strane ugovornice, u skladu s načelom supsidijarnosti, snose prvenstveno odgovornost za obezbeđivanje prava i sloboda garantovanih Konvencijom i protokolima uz nju i da u tu svrhu uživaju polje slobodne procene koje podleže nadzoru Evropskog suda za ljudska prava“.

Iscrpenost unutrašnjih pravnih lekova podrazumeva obavezu upotrebe svih procesnopravnih 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.¹⁸³ Osobnost ove procesne prepreke jeste u tome što je ona privremenog karaktera, budući da će Sud ponovo ispitati istu predstavku pošto zainteresovano lice bezuspešno iscrpi 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,

183 D. Gomien, 168-169.

ili ističe postojanje administrativne prakse kontinuiranog kršenja konvencijskih prava koja se sprovođi uz pristanak javnih vlasti.

Izuzetno, i u slučaju pojedinačnih predstavnici 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 predstavnice 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.¹⁸⁴ 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.¹⁸⁵

U predmetu *Opuz protiv Turske* postojali su posebni razlozi koji su podnositeljku predstavnice oslobađali obaveze da iscrpi sve domaće pravne lekove. Vlada je navela da podnositeljka predstavnice nije iscrplila domaća pravna sredstva, jer su ona i njena majka mnogo puta povukle prijave koje su podnele i time uzrokovale obustavljanje krivičnog procesa protiv svog supruga, odnosno zeta. Takvim postupanjem podnositeljka predstavnice je onemogućila primenu i Zakona o zaštiti od nasilja u porodici, koji dopušta javnom tužiocu da se obrati prekršajnom sudiji za izricanje mera nasilniku, poput napuštanja zajedničkog doma ili predaje oružja i sličnih instrumenata organima reda.¹⁸⁶ Sud je, međutim, bio mišljenja da su ti mehanizmi bili nedelotvorni. On se u tom pogledu pozvao na istraživanja koja su sprovele nevladine organizacije, iz kojih se zaključuje da nakon što žrtva prijavi slučaj nasilja u porodici policijskoj stanici, policijski službenici ne ispituju njene navode nego nastoje da posreduju i ubede žrtvu da se vrati kući i povuče prijavu. U vezi s tim, policijski službenici nasilje u porodici smatraju „porodičnim stvarima u koje se oni ne mogu mešati“. Iz tih izveštaja takođe je jasno da postoji nerazumno odugovlačenje kod izdavanja sudskih rešenja prema Zakonu o zaštiti od nasilja u porodici usled toga što sudovi na to pitanje gledaju kao na vid brakorazvodne parnice, a ne kao na nešto što nalaže hitno postupanje. Odugovlačenje je takođe često kad

184 F. Sudre, 426-427.

185 Ph. Leach, 78.

186 *Opuz v. Turkey*, stav 114.

je u pitanju uručenje rešenja počinocima, s obzirom na negativan stav policijskih službenika. Nadalje, Sud je stekao utisak i da se počinocima nasilja u porodici ne izriču odvratajuće kazne, s obzirom na to da ih sudovi ublažavaju pozivajući se na običaje, tradiciju i čast. Iz svega navedenog Sud je zaključio da vlasti tolerišu nasilje u porodici, te da pravni lekovi koje ističe Vlada nisu efikasni.¹⁸⁷

U *S. A. S. protiv Francuske* Vlada je prigovorila da podnositeljka predstavke nije iscrpla nijedno domaće pravno sredstvo i tražila je da se predstavka odbaci. Međutim, Sud je smatrao da je taj prigovor neosnovan samim tim što je podnositeljki predstavke priznao status žrtve iako nije postojala pojedinačna mera protiv nje. Ovaj stav Sud je potkrepio činjenicama da se Ustavni savet Francuske izjasnio u prilog ustavnosti zakona koji sprečava, pod pretnjom krivične sankcije, da se u javnosti nosi veo kojim se prekriva celo lice i da je krivično veće Kasacionog suda, u postupku protiv trećeg lica, odbacilo prigovor zasnovan na članu 9 Konvencije (slobodi veroispovesti). Iz tih odluka nacionalnih sudova, Evropski sud je izveo zaključak da su pravna sredstva koja su stajala na raspolaganju podnositeljki predstavke bila osuđena na neuspeh.¹⁸⁸

U suprotnom, ukoliko je unutrašnji pravni lek „upotrebljiv“, podnositeljka predstavke ne samo da je dužna da ga prethodno uloži već mora i da dokaže da je povod njenog obraćanja Sudu suštinski ista ona povreda prava na koju se pozvala i pred domaćim organima. To ne znači da je bila dužna da se pred nacionalnim pravosuđem pozove na odredbe Evropske konvencije, pogotovo kada se i domaćim poretom štite suštinski ista prava. No, biće u obavezi da to učini ako jedino ona nudi odgovarajući pravni osnov.¹⁸⁹ Prema tome, prilikom ispitivanja da li su iscrpeni svi unutrašnji pravni lekovi, u obzir se uzima suština postupka vođenog pred domaćim organima, ali i delotvornost pravnih lekova koje domaći poredak pruža.

U predmetu *Vučković i drugi protiv Srbije*, Veliko veće Suda odbacilo je predstavku kojom se tvrdila povreda zabrane diskriminacije, s obrazloženjem da nisu bila iscrpena raspoloživa pravna sredstva. Svi podnosioci predstavki bili su rezervisti koje je mobilisala Vojska Jugoslavije u vezi s intervencijom Organizacije severnoatlantskog pakta u Srbiji. Oni su bili u vojnoj službi od marta do juna 1999. godine i na osnovu toga imali su pravo

¹⁸⁷ *Ibid.*, stavovi 195–197.

¹⁸⁸ *S. A. S. v. France*, stavovi 59–61.

¹⁸⁹ D. Gomien, 169.

na određene dnevnice. Posle demobilizacije, Vlada je, međutim, odbila da ispuni svoju obavezu prema rezervistima, uključujući i podnosioc predstavlki. Posle serije javnih protesta rezervista i dužih pregovora s Vladom, postignut je sporazum s nekim rezervistima, konkretno s onim s prebivalištem u opštinama koje su smatrane za „nerazvijene“, što je podrazumevalo da su rezervisti lošeg imovinskog stanja. Podnosioci predstavlki, kao i svi drugi rezervisti bez prijavljenog prebivališta u jednoj od sedam „nerazvijenih“ opština, nisu se mogli pozivati na Sporazum. Podnosioci predstavlki su se žalili da im je zaključenjem Sporazuma načinjena diskriminacija, te su se pozvali na član 14 Konvencije, u vezi s članom 1 Protokola broj 1, i članom 1 Protokola broj 12 uz Konvenciju. Međutim, Veliko veće Suda je primetilo da su podnosioci predstavlki podneli parničnu tužbu protiv države Srbije i tražili isplatu konkretnih iznosa na ime neisplaćenih dnevnica, ali da nisu isticali povredu zabrane diskriminacije. U ustavnoj žalbi, podnosioci predstavlki jesu naveli Sporazum, ali nisu izneli pritužbu u vezi s diskriminacijom, ni izričito ni prećutno. Konačno, ne samo što nisu bili iscrpeni domaći pravni lekovi već nisu postojali ni posebni razlozi koji bi podnosioc predstavlki oslobodili te obaveze, te je Veliko veće usvojilo prethodni prigovor Vlade u vezi s pritužbom podnosilaca predstavlki na diskriminaciju i nije razmatralo osnovanost te pritužbe.¹⁹⁰

2.3.7 Blagovremenost predstavlke

Evropska konvencija ne samo što postavlja uslov iscrpenosti svih domaćih pravnih sredstava već propisuje i rok od četiri meseca, od dana kada je povodom uloženog leka doneta pravosnažna odluka,¹⁹¹ u kojem je moguće predstavlkom se obratiti Sudu. Do stupanja na snagu Protokola br. 15 uz Konvenciju, taj rok je bio šest meseci. Smatra se da su iscrpenost domaćih pravnih lekova i rok od četiri meseca dva najvažnija uslova prihvatljivosti. Propisivanje roka ima za cilj da garantuje pravnu sigurnost, da obezbedi da odluke nacionalnih organa neće biti beskonačno otvorene za preispitivanje, ali i da omoguću prikupljanje dokaza, posebno imajući u vidu da i postupci pred samim Evropskim sudom traju, u proseku, između četiri i pet godina.¹⁹² Vidi se da je rok od četiri meseca u najneposrednijoj vezi sa uslovom iscrpenosti unutrašnjih pravnih lekova i počinje,

190 *Vučković and others v. Serbia (VV)*, predstavlke br. 17153/11 i dr., presuda od 25. marta 2014. godine, stavovi 13–16, 55, 82 i 90-91.

191 Član 35, stav 1 Konvencije.

192 Ph. Leach, 81.

u principu, da teče od trenutka kada se zainteresovano lice suštinski upoznata od odgovarajućom pravosnažnom odlukom. U slučaju da pravni poređak ne pruža delotvoran 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 četiri meseca se primenjuje sve dok takva povreda traje.¹⁹³

U predmetu *Opuz protiv Turske* podnositeljka predstavke je tvrdila da je bila izložena nasilju, povredama i pretnjama smrću nekoliko puta u periodu koji je trajao duže od šest godina, ali da su vlasti nesavesno postupale u vezi s njenom situacijom, što joj je nanelo bol i strah, a u suprotnosti s članom 3 Konvencije. Vlada je istakla prigovor neblagovremenosti predstavke. Ona je smatrala da je podnositeljka predstavke trebalo da podnese predstavku u roku od šest meseci nakon donošenja svake od odluka domaćih vlasti kojima nije bila zadovoljna, a povodom događaja koji su se odigrali u datom periodu. Podnositeljka predstavke je tvrdila da predmetne događaje treba posmatrati kao celinu, a ne odvojeno, te da je ona podnela predstavku unutar perioda od šest meseci nakon spornih događaja. Sud je prihvatio stav podnositeljke predstavke i napomenuo da su tokom dužeg perioda ona i njena majka bile izložene višestrukim napadima i pretnjama bivšeg supruga, odnosno zeta protiv njihovog fizičkog integriteta. Ti činovi nasilja imali su za posledicu smrt majke podnositeljke predstavke, a kod nje same izazvali su veliku patnju i bol. Premda je bilo određenih intervala između spornih događaja, Sud smatra da se sveukupno nasilje kojem su one bile izložene tokom dužeg perioda ne može posmatrati kao niz pojedinačnih i odvojenih incidenata, nego kao celina, to jest niz povezanih događaja. Podnositeljka predstavke se obratila Sudu u roku od šest meseci nakon ubistva svoje majke koje je izvršio njen bivši suprug. Sud je taj događaj prihvatio kao vreme kada je podnositeljka predstavke postala svesna nedelotvornosti pravnih lekova u domaćem pravnom sistemu, to jest nesposobnosti vlasti da spreče njenog bivšeg supruga da i dalje čini nasilje. Uz to, bivši suprug podnositeljke predstavke nastavio je da upućuje pretnje po njen život i zdravlje i nakon što je ubio njenu majku, te je Sud zaključio da se ne bi moglo reći da je navedeni obrazac nasilja prestao i odbio prigovor Vlade kao neosnovan.¹⁹⁴

193 Upor. F. Sudre, 422.

194 *Opuz v. Turkey*, stavovi 108–113.

2.3.8 Urednost predstavke

Jedno od pravila koje se izričito odnosi samo na pojedinačne predstavke jeste da predstavka mora biti potpisana da bi bila prihvaćena. Naime, Evropski sud ne postupa po pojedinačnoj predstavi koja je anonimna.¹⁹⁵ 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.¹⁹⁶

U pojedinim slučajevima podnosilac predstavke može imati interes da mu se identitet ne otkriva. I tada on mora navesti 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.¹⁹⁷

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, to jest rešavanja, a ne sadrži nove činjenice“.¹⁹⁸ 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 mogao bi 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 – izlagale bi se 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 ka uspostavljanju hijerarhijskih odnosa između ovih tela i neminovnog smanjenja ugleda jednog od njih. Iako samo

195 Član 35, stav 2, tačka 1 Konvencije.

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

197 P. Leach, 85.

198 Član 35, stav 2, tačka 2 Konvencije.

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 nego s pozivom na Evropsku konvenciju o ljudskim pravima.¹⁹⁹

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.²⁰⁰ 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.²⁰¹ Odbacivanje zbog neosnovanosti svojevrsna je filtraža najslabijih predmeta, kojoj Evropski sud mora da pribegne jer je suočen s velikim brojem predstavki. Dešava se i da veće, a ne tročlani odbor, proglašava predstavku kao neosnovanu u kasnijoj fazi postupka, tek pošto se država o njoj izjasni i ukaže na njene krupne nedostatke.²⁰²

Evropski sud proglašava neprihvatljivom svaku pojedinačnu predstavku za koju smatra da predstavlja zloupotrebu prava na predstavku.²⁰³ Zloupotreba prava na predstavku može se 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 dostavljanjem nepotpunih informacija ili onih koje navode Sud na pogrešno za-

199 F. Sudre, 420–430.

200 Član 35, stav 3, tačka 1 Konvencije.

201 F. Sudre, 431.

202 Ph. Leach, 91.

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

ključivanje; kao i onda kada predstavka sadrži provokacije ili uvrede.²⁰⁴ Na primer, u predmetu *Drozd 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.²⁰⁵

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*”).²⁰⁶ 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 ispituje se od slučaja do slučaja i zavisi kako od subjektivnog doživljaja povrede, tako i od objektivnih okolnosti slučaja.²⁰⁷ 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.²⁰⁸ U najvećem broju slučajeva, stepen ozbiljnosti će biti razmatran u odnosu na finansijski uticaj koji predmet ima po podnosioca predstavke. Tako je, na primer, Evropski sud pronašao da ne postoji „značajnija povreda/šteta” u predmetu u kojem podnosiocu predstavke nije vraćen iznos karte u visini od 90 evra,²⁰⁹ ili nije plaćena suma od 12,²¹⁰ odnosno 228 evra.²¹¹

204 F. Sudre, 430-431.

205 Navedeno prema: Ph. Leach, 91.

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

207 Videti, na primer, *Korolev v. Russia*, predstavka br. 25551/05, odluka od 1. jula 2010.

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

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

210 *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.

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

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 sudске formacije u Evropskom sudu.²¹²

Postoji i izuzetak od tog pravila. Naime, predstavka se neće razmatrati ukoliko ne postoji značajnija šteta/povreda, osim ako poštovanje ljudskih prava ustanovljenih Evropskom konvencijom i protokolima donetim uz nju ne zahteva ispitivanje suštine predstavke. Taj uslov će biti zadovoljen kada predstavka pokreće neka opšta pitanja, kao na primer kada je potrebno da se pojasne 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 podnosilac predstavke.²¹³

2.4 Postupak pred Evropskim sudom za ljudska prava

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 predstavci; i
2. međudržavni sporovi.

Prvi tip postupka je postupak po pojedinačnoj predstavci, koji može pokrenuti svaka osoba, nevladina organizacija ili grupa lica koji tvrde 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.²¹⁴ 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

²¹² *Practical Guide on Admissibility Criteria*, 89.

²¹³ Videti, na primer, *Korolev v. Russia*.

²¹⁴ V. Dimitrijević, M. Paunović, *Ljudska prava*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 1996, 65.

da pozove državu prekršioca na odgovornost zbog neispunjavanja međunarodne obaveze. Isti slučaj je i s 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 međudržavni postupak pred Sudom. Evidentno je da su ove države uglavnom bile rukovođene političkim pobudama kada su tužile druge države za kršenje ljudskih prava.²¹⁵ 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 predstavlki, pa je tako Ukrajina tužila Rusiju u dva predmeta, kako zbog događaja na Krimu u martu 2014. i kasnijih događaja u istočnom delu Ukrajine, tako i u slučaju otmice dece u istočnoj Ukrajini i njihovog privremenog transfera u Rusiju. U prvom predmetu,²¹⁶ Ukrajina je tvrdila 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, primarnog prava na život, zabrane mučenja, slobode i bezbednosti ličnosti i prava na imovinu. U drugom predmetu, grupu ukrajinskih siročića i dece bez roditeljskog staranja, kao i njihovu odraslu pratnju, u tri navrata su oteli naoružani predstavnici separatističkih snaga u istočnoj Ukrajini, i vratili zbog diplomatskog pritiska nakon jednog, odnosno pet dana od otmice.²¹⁷ I Gruzija je tužila Rusiju za povrede nastale u Abhaziji i Južnoj Osetiji u vidu ubijanja civila i paljenja i pljačkanja kuća, nehumanog i ponižavajućeg tretmana, arbitrarnog pritvaranja i uslova u pritvoru za civile, akata mučenja kojima su bili izloženi gruzijski ratni zatvorenici, nemogućnosti povratka

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

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

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

gruzijskih državljana u svoje domove i sl.²¹⁸ Takođe, Kipar je tužio Tursku zbog toga što nije otkrivena sudbina 1.456 nestalih kiparskih Grka koji su živeli u predelu Karpasa, koji su Turci okupirali 1974. U maju 2014, Veliko veće donelo je presudu u kojoj je dosudilo kompenzaciju Kipru u iznosu od 90 miliona evra zbog povreda ljudskih prava koje je učinila Turska.²¹⁹

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,²²⁰ dok su ove četiri zemlje i Francuska tužile Tursku dok je bila pod vojnom diktaturom.²²¹

Do 1. novembra 2021. godine pokrenuto je ukupno 28 međudržavnih postupaka, od čega samo sedam u poslednje dve godine. Od tih sedam predmeta, samo je jedan okončan do kraja 2021, i to prijateljskim poravnanjem.²²²

2.4.1 Sadržina predstavke

Evropski sud je usvojio najnoviji Poslovník o radu 11. oktobra 2021, koji je stupio na snagu sedam dana kasnije (18. oktobra). Njime se uređuje organizacija i rad Suda, kao i tok postupka pred Sudom. Poslovníkom 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 s njim potpisati ugovor o punomoćju, kojim ga ovlašćuje da preuzima određene radnje u njeno ime. U svakom slučaju, stranka mora imati zastupnika na svim javnim raspravama u kojima odlučuje veće, osim ukoliko predsednik veća izuzetno dopusti podnosiocu predstavke da sam predstavi svoj slučaj.²²³ 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.²²⁴

218 *Georgia v. Russia*, predstavka br. 38263/08, presuda od 21. januara 2021.

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

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

221 *France, Norway, Denmark, Sweden, the Netherlands v. Turkey*, predstavke br. 9940–9944/82, odluka Evropske komisije od 6. decembra 1983.

222 *Latvia v. Denmark*, predstavka br. 9717/20, odluka od 9. jula 2020.

223 Pravilo 36, stav 3 Poslovníka.

224 Pravilo 45, stav 2 Poslovníka.

Države ugovornice takođe moraju imati adekvatnu odbranu pred Evropskim sudom, pa njih zastupaju agenti, kojima po pravilu pomaže tim advokata i savetnika.²²⁵

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 (ukoliko ga stranka ima);
3. datum i originalni potpis predstavke podnosioca ili zastupnika koji se saglašava sa zastupanjem;
4. ime države, odnosno država protiv kojih se podnosi predstavka;
5. sažeto izložene činjenične navode;
6. preciznu izjavu o navodnim povredama Konvencije i relevantnim argumentima; i
7. preciznu izjavu o ispunjenosti kriterijuma za prihvatljivost predstavke iz člana 35, stav 1 Evropske konvencije.²²⁶

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 podnosi 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 predstavi 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.²²⁷

Međudržavna predstavka sadrži:

1. navođenje ugovorne strane protiv koje se predstavka podnosi;
2. činjenične navode;

²²⁵ Pravilo 35 Poslovnika.

²²⁶ Pravilo 47 Poslovnika.

²²⁷ Pravilo 47, stav 4 Poslovnika.

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 stranačka;
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.²²⁸

Kada je bilo reči o uslovima prihvatljivosti predstavke, naglašeno je da ona mora biti blagovremena, odnosno da mora biti podneta u roku od šest, odnosno četiri meseca (od 1. februara 2020) od dana kada je povodom uloženog leka doneta pravosnažna odluka (čl. 35, st. 1 Konvencije). Ranije je važilo 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 se postupke države osoba žali, a potom se u najkraćem mogućem roku šalje potpuna predstavka.²²⁹ 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 ne bi bila uskraćena mogućnost obraćanja Evropskom sudu. Međutim, stupanjem na snagu prethodne verzije Poslovnika, ova kva 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

²²⁸ Pravilo 46 Poslovnika.

²²⁹ Ranije Pravilo 47, stav 5 Poslovnika. Videti više o ovome u Lodging the Applications, A Practitioner’s Handbook, Strasbourg, 157-158.

Sudu od strane stranaka u postupku ili trećih lica, a u vezi s predstavkom, dostupna su javnosti, osim ukoliko predsednik veća ne odluči drugačije. Od ovog pravila su izuzeta dokumenta deponovana u vezi s pregovorima o postizanju 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 zbog kojih se traži i mora se naglasiti da li se zahteva tajnost svih ili dela dokumenata. Odluke i presude odbora i veća su po pravilu javne, 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.²³⁰ Mediji i javnost mogu biti isključeni iz celog postupka ili dela rasprave u interesu zaštite morala, javnog poretka ili nacionalne bezbednosti u demokratskom društvu, kada je potrebno zaštititi interese maloletnika ili privatni život stranaka, ili kada bi to po interesu veća uticalo na interes pravde.

2.4.2.2 Upotreba jezika

Pred Sudom su u upotrebi dva službena jezika, engleski i francuski. Međutim, sva pismena upućena Sudu pre momenta prihvatanja predstavke mogu biti napisana i na službenom jeziku neke od država ugovornica Konvencije. Posle donošenja odluke o prihvatljivosti predstavke, sva 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.²³¹ 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,

²³⁰ Pravilo 63 Poslovnika.

²³¹ Pravilo 34, tač. 3 a) Poslovnika.

pri čemu će sama snositi troškove tumačenja ili prevođenja.²³² Predsednik veća može u određenom 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.

Državu u sporu zastupaju agenti (zastupnici), koji mogu imati pomoć advokata ili savetnika.²³³ U Republici Srbiji Kancelarija zastupnika počela je da radi u aprilu 2006. godine, u okviru Ministarstva za ljudska i manjinska prava SCG, da bi ubrzo nastavila s radom u okviru Službe za ljudska i manjinska prava Vlade RS. Nakon što je 2008. formirano Ministarstvo za ljudska i manjinska prava, služba je sistematizovana kao Sektor za zastupanje pred Evropskim sudom za ljudska prava. Posle izmena Zakona o ministarstvima 2011. godine, Sektor nastavlja s radom u okviru Ministarstva pravde. Sektor je zamenjen Odeljenjem za zastupanje u Pravobranilaštvu. Naime, u Zakon o pravobranilaštvu iz 2014. godine unet je član 13, kojim je propisano da Državno pravobranilaštvo zastupa Srbiju pred Evropskim sudom u skladu s Evropskom konvencijom, a da poslove zastupanja obavlja zamenik državnog pravobranioca koji je i zastupnik pred Sudom.²³⁴ Rešenjem Vlade od 11. jula 2019. za vršioca dužnosti zamenika državnog pravobranioca-zastupnika postavljena je Zorana Jadrijević Mladar.

U postupku po pojedinačnoj predstavi, lice može, ali i ne mora da ima zastupnika.²³⁵ Međutim, iako prilikom podnošenja predstave stranka može nastupati samostalno, onog trenutka kada se predstavka dostavi državi ugovornici protiv koje je podneta, lice bi trebalo da ima zastupnika, osim ukoliko predsednik veća ne odluči drugačije. 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 istovremeno ima boravište na teritoriji jedne od država ugovorni-

232 Pravilo 34, tač. 4 b) Poslovnika.

233 Pravilo 35 Poslovnika.

234 Zakon o pravobranilaštvu, *Službeni glasnik RS*, br. 55/2014.

235 Pravilo 36, stav 1 Poslovnika.

ca.²³⁶ Izuzetno, to može biti svako drugo lice koje odobri predsednik odbora, ukoliko poseduje dovoljno znanja o jurisprudenciji Evropskog suda. Smatra se da je stranci dostavljeno svako obaveštenje ili dokument koji se uputi njenom zastupniku,²³⁷ koji mora biti prisutan na svakom ročištu i angažovan za radnje u postupku posle donošenja odluke o prihvatljivosti predstavke. U izuzetnoj situaciji i u svakoj fazi postupka, predsednik odbora 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.

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.²³⁸ Ovo pravo priznaje se od trenutka prijema pismenih 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 neophodna za pravilno odvijanje postupka pred većem, kao i da podnosilac nema dovoljno sredstava da nadoknadi potrebne troškove u celini ili delimično.²³⁹

U ovoj drugoj situaciji, podnosilac predstavke popunjava obrazac u kojem navodi svoje prihode, kapitalne udele i sva novčana davanja u vezi sa izdržavanim licima, kao i ostale novčane obaveze.²⁴⁰ Ovu izjavu mora overiti nadležni državni organ.

Naknada se isplaćuje advokatima ili drugim zastupnicima pojedinca koji je podneo predstavku. Može se odobriti i radi naknade troškova puta i boravka, kao i drugih neophodnih izdataka koje je imao podnosilac

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

237 Pravilo 37, tač. 1 Poslovnika.

238 Pravilo 105, tač. 1. Poslovnika.

239 Pravilo 106 Poslovnika.

240 Pravilo 107 Poslovnika.

predstavke ili njegov zastupnik.²⁴¹ 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.²⁴²

2.4.3 Vođenje postupka

Postupak se pokreće onog trenutka kada Sudu stigne prvi podnosiočev dopis, koji sadrži predmet predstavke. Međutim, ukoliko to smatra 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.²⁴³ Država protiv koje je predstavka podneta biće pozvana da podnese svoja razmatranja o uslovima prihvatljivosti u konkretnom slučaju, i oni će biti prosleđeni sekretarijatu Suda i drugoj strani koja može dati svoj pismeni odgovor. Pre nego što odluči o prihvatljivosti predstavke, veće ili njen predsednik mogu odlučiti da zatraže još neke dodatne izjave od stranaka. Predsednik veća može tražiti i dodatna zapažanja. Rasprava o uslovima prihvatljivosti može biti održana ukoliko jedna od strana to zatraži, ili ako veće tako odluči (pravilo 51, stav 5 Poslovnika). U odluci o prihvatljivosti navodi se 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 *pojedinna predstavka*, koja se podnosi na osnovu člana 34 Evropske konvencije, predsednik Suda dodeljuje predstavku jednom

241 Pravilo 108, tač. 2 Poslovnika.

242 Pravilo 110 Poslovnika.

243 Pravilo 26, tač. 1 a) Poslovnika.

od pet odeljenja, pri čemu se stara o obezbeđenju ravnomerne raspodele predmeta po odeljenjima.²⁴⁴ 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 može proglasiti predstavku neprihvatljivom ili je brisati s liste kada takva odluka može biti doneta bez daljeg ispitivanja. Takva odluka je konačna, a podnositelj 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 s 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 s 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 pismene navode o predstavci. Veće može zatražiti još neke dodatne pismene 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

²⁴⁴ Pravilo 52 Poslovnika.

strani ili stranama. Odluke se objavljuju u službenim izdanjima Suda na oba službena jezika i dostupne su javnosti.²⁴⁵

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.

Ukoliko je u pitanju *međudržavna predstavka*, kada veće prihvati predstavku, predsednik veća, nakon konsultacija s državama u sporu, određuje rokove za podnošenje pisмениh napomena o suštini stvari i za predlaganje daljih dokaza. Predsednik može, uz saglasnost zainteresovanih stranaka, naložiti i obustavu pismenog 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.²⁴⁶

Kada je u pitanju *pojedinčna predstavka*, pošto se veće pozitivno izjasni o prihvatljivosti predstavke, ono može pozvati stranke da dostave i druge dokaze, kao i da daju svoje pisмене 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 pisмени i usmeni postupak.²⁴⁷

Podnosilac predstavke koji želi da dobije pravičnu naknadu zbog povreda Evropske konvencije, mora podneti poseban zahtev, zajedno s pratećom dokumentacijom, i to u roku određenom za slanje zapažanja, osim ukoliko predsednik veća ne odluči drugačije. Ovaj zahtev biće prosleđen drugoj strani na izjašnjenje.²⁴⁸

Kada se predstavka proglasi prihvatljivom, sekretar Suda o ovoj odluci obaveštava 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 ugovor-

245 Pravilo 57 Poslovnika.

246 Pravilo 58 Poslovnika.

247 Pravilo 59 Poslovnika.

248 Pravilo 60 Poslovnika.

nicu koja nije stranka u postupku ili svako zainteresovano lice da podnesu pismene 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 pismena zapažanja sekretar dostavlja strankama i ovlašćuje ih da podnesu svoje pismene odgovore u određenom roku.

2.4.3.3 Procedura za donošenje pilot-presuda

Poslednjih 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 a nastaju zbog istog problema.²⁴⁹ 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.²⁵⁰

Evropski sud može pokrenuti ovu proceduru i usvojiti pilot-presudu kada činjenice iznete u predstavi ukazuju na postojanje strukturalnih ili sistemskih problema u državi ugovornici, a koji mogu dovesti do sličnih predstavi 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 predstavi koja se ispituje posledica takvog problema, i 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 prioritonom 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 o brzini kojom problem može biti otklo-

²⁴⁹ Prva pilot-presuda doneta je u predmetu *Broniowski v. Poland*, predstavka br. 31443/96, presuda od 22. juna 2004.

²⁵⁰ Committee of Ministers, 'Resolution on judgments revealing an underlying systemic problem', Res (2004) 3, 12 May 2004.

njen. O usvajanju pilot-presude obaveštavaju se Komitet ministara, Parlamentarna skupština, Generalni sekretar, kao i Komesar za ljudska prava.²⁵¹

Posebna karakteristika ovog postupka jeste mogućnost pridruživanja ili „zamrzavanja“ ispitivanja svih sličnih slučajeva za određeni 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 u novembru 1998. godine prestala da postoji, ova njena funkcija prešla je na Evropski sud. Prema pravilu 62 Poslovnika, onog trenutka kada se predstavka proglašuje prihvatljivom, sekretar Suda koji postupuje 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 s liste Suda.²⁵²

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 s liste.²⁵³

251 Pravilo 61 Poslovnika.

252 Pravilo 62 Poslovnika.

253 Pravilo 62A Poslovnika.

2.4.3.5 Rasprava pred većem

Rasprava o suštini stvari održava se 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 predstavnice. Raspravom upravlja predsednik veća, koji određuje redosled kojim se agenti i advokati ili savetnici stranaka pozivaju da izlože svoj stav o spornom pitanju.²⁵⁴ 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 pritom ne pruži adekvatno opravdanje za svoj izostanak, i kada veće odluči da je to u skladu sa sprovođenjem pravde.²⁵⁵

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 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.²⁵⁶

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.²⁵⁷ Veće ili predsednik odeljenja mogu zatražiti informacije od stranaka o bilo kom pitanju koje je u vezi s implementacijom bilo koje privremene mere. Predsednik suda može izabrati i zamenika odeljenja koji će biti zadužen da odlučuje o zahtevima za privremenim merama.

²⁵⁴ Pravilo 64 Poslovnika.

²⁵⁵ Pravilo 65 Poslovnika.

²⁵⁶ Pravilo 70 Poslovnika.

²⁵⁷ Pravilo 39 Poslovnika.

Pravilo 44 Poslovnika uređuje mogućnost intervenisanja u toku postupka. Kada je obavještenje o predstavi dato državi ugovornici, sekretarijat će njenu kopiju proslediti bilo kojoj državi ugovornici čiji su podnosioci predstave državljani. Sekretarijat će obavestiti države o odluci da se održi javna rasprava o konkretnom slučaju. Kada država želi da podnese pismene komentare, ili da uzme učešće u raspravi, treba da obavesti sekretarijat o ovoj svojoj nameri, i to najviše 12 nedelja od obavještenja, osim ukoliko predsednik veća ne odredi drugi rok zbog postojanja 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 kog pojedinca koji nije podnosilac predstave, da podnese pismene komentare ili, izuzetno, da uzme učešće u raspravi.

Ukoliko podnosilac predstave obavesti sekretarijat o svojoj nameri da dalje ne učestvuje u postupku, veće može izbrisati predstavku s liste predmeta ukoliko se druga strana složi s tim.²⁵⁸ 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.²⁵⁹

S druge strane, kada veće donese presudu o meritumu spora, ova odluka biće konačna kada protekne rok od tri meseca ukoliko nijedna 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 ovaj način ukoliko predmet koji se razmatra pred njim 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 s presudom koja je prethodno doneta.

²⁵⁸ Evropski sud može, u bilo kojoj fazi postupka, odlučiti da predstavku skinu s liste predmeta, u skladu s članom 37 Evropske konvencije. Takođe, predmet može biti vraćen na listu kada to opravdavaju posebne okolnosti. Videti pravilo 43 Poslovnika.

²⁵⁹ Pravilo 43 Poslovnika.

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.²⁶⁰

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 pismeni zahtev sekretarijatu da se predmet iznese pred Veliko veće. Stranka tom 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.²⁶¹

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.²⁶²

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 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;

260 Pravilo 72 Poslovnika.

261 Pravilo 73 Poslovnika.

262 Pravilo 80 Poslovnika.

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 s donetom presudom, a može da priloži i izjavu o neslaganju ukoliko se slaže s presudom, ali ne i s 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.²⁶³

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.²⁶⁴ Zahtev se upućuje Sekretarijatu, a u njemu se navode konkretni delovi iz presude čije se tumačenje traži. Veće odlučuje o 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.²⁶⁵

²⁶³ Zvaničan sajt Suda je www.echr.coe.int.

²⁶⁴ Pravilo 79 Poslovnika.

²⁶⁵ Pravilo 81 Poslovnika.

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.²⁶⁶ 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.

Član 46 Evropske konvencije primenjuje se na svaku presudu u kojoj je Sud pronašao povredu Konvencije i nameće obavezu državi da prekine povredu i eliminiše njene posledice.²⁶⁷ Obaveza država da se povinuje pravosnažnoj 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.²⁶⁸ Međutim, izbor mera ograničen je članom 53 Konvencije, koji predviđa da se „nijedna odredba ove Konvencije neće [se] tumačiti tako da ograničava i 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 istaći da presude Suda ne mogu biti podvrgnute reviziji nekog drugog međunarodnog tela.²⁶⁹

Komitet ministara, kao izvršni organ Saveta Evrope, ovlašćen je na osnovu člana 46, stav 2 Konvencije da nadgleda izvršenje presuda Suda, što

266 Videti *Hornsby v. Greece*, predstavka br. 18357/91, presuda od 1. aprila 1998, stav 40; *Scordino v. Italy* (no. 1) (VV), predstavka br. 36813/97, presuda od 29. marta 2006, stav 196; *Burdov v. Russia* (no. 2), predstavka br. 33509/04, presuda od 15. januara 2009, stav 66.

267 *Papamichalopoulos and Others v. Greece*, predstavka br. 14556/89, presuda od 31. oktobra 1995, stav 34; *Ilgar Mammadov v. Azerbaijan* (VV), predstavka br. 15127/13, presuda od 29. maja 2019, stav 147.

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

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

omogućava efektivnu implementaciju presuda Evropskog suda.²⁷⁰ 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, u zavisnosti 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); kao i obaveze da se povreda ne ponovi.²⁷¹

2.5.1 Vrste mera

Komitet ministara je 2006. godine usvojio nova pravila za nadzor izvršenja presuda koja su izmenjena 2017. godine.²⁷² U pravilu 3 predviđeno je da onog trenutka kada je presuda ili odluka prosleđena Komitetu ministara, predmet će se uvrstiti u agendu bez odlaganja. Prioritet će biti dat nadzoru nad izvršenjem presuda koje sadrže systemske probleme, što neće ići na štetu drugih važnih slučajeva u kojima je Sud utvrdio da su podnosioci predstavke 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.

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

270 *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland* (no. 2) (VV), predstavka br. 32722/02, presuda od 30. juna 2009, stav 84.

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

272 Komitet ministara je na 964. sastanku, 10. maja 2006. godine, usvojio pravila koja su u vezi s primenom člana 46, stav 2 Evropske konvencije, a koja su izmenjena 18. januara 2017. na 1275. sastanku.

pitanju omogućava samo delimičnu odštetu, Sud će, ako je 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 izgubljenu dobit (*lucrum cessans*)). Takođe, Sud može dosuditi i naknadu nematerijalne štete za pretrpljen psihički 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 *Allard protiv Švedske*, kada je Sud dosudio iznos u visini od 100.000 evra.²⁷³ 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 devetsto hiljada evra.²⁷⁴

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.²⁷⁵ 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 kašnjenja 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.

²⁷³ *Allard v. Sweden*, predstavka br. 35179/97, presuda od 24. juna 2003.

²⁷⁴ *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*, predstavka br. 14902/04, presuda od 31. jula 2014.

²⁷⁵ Videti *Moreira de Azevedo v. Portugal*, predstavka br. 11296/84, presuda od 28. avgusta 1991.

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, a država je odgovorna za štetnu radnju i treba da uspostavi pređašnje stanje, ukoliko restituciju nije moguće materijalno ostvariti. Pojedinaac treba da se nađe u približno jednakoj situaciji u kojoj bi bio da nije došlo do kršenja Konvencije. Zato država u nekim situacijama mora usvojiti i druge mere,²⁷⁶ kao što su: ponavljanje domaćeg sudskog postupka, uklanjanje informacija koje su nastale nezakonitim radnjama,²⁷⁷ vraćanje na posao radnika državne službe koji je nezakonito dobio otkaz,²⁷⁸ ostvarenje kontakta između deteta i jednog roditelja,²⁷⁹ povlačenje naloga za izručenjem ili deportovanjem lica s teritorije države ugovornice zbog pretnje od izlaganja riziku po njegov život i integritet.²⁸⁰ Ipak, u ovom domenu država zadržava široko diskreciono pravo u pogledu izbora sredstava kako bi izvršila presudu Suda, ali ona mora biti sprovedena na vreme, mora biti adekvatna i dovoljna da maksimalno obezbedi uklanjanje negativnih posledica povrede Konvencije.²⁸¹

Ponavljanje domaćih sudskih postupaka jedna je 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) 2,²⁸² u čijem uvodnom delu ističe da neke situacije zahtevaju usvajanje mera koje će omogućiti oštećenoj strani

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

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

278 *Vogt v. Germany*, predstavka br. 17851/91, presuda od 1. novembra 1995.

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

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

281 *Ilgar Mammadov v. Azerbaijan* (VV), predstavka br. 15127/13, presuda od 29. maja 2019, stav 150.

282 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.

vraćanje u stanje koje je postojalo pre nego što je 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 ispituju 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 preuzima 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 nivou, pa se traži preispitivanje ovakve odluke. Na primer, nije prihvatljivo da država isplati isključivo novčanu naknadu pojedincu koji je još uvek u zatvoru.²⁸³

Danas većina evropskih država omogućava ponavljanje postupka u slučaju nesaglasnosti domaće presude s odlukom Suda, pa tako može doći do oslobađanja zatvorenika i do brisanja osude iz registra.²⁸⁴ 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 s Konvencijom daće Sud, a ne Komitet ministara.

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

284 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 anglosaksonskom 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. Iako će Sud u nekim presudama navoditi identifikovane sistemske probleme u konkretnoj državi, konačan izbor mera je na državi, pod nadzorom Komiteta ministara,²⁸⁵ a one treba da budu kompatibilne sa zaključcima iznetim u presudi Evropskog suda.²⁸⁶ Takođe, treba uzeti u obzir da je u nekim predmetima povreda takva da ne ostavlja prostor za izbor.²⁸⁷

Danas je direktno dejstvo presuda Suda široko prihvaćeno u domaćim pravnim sistemima. Ipak, jedan od problema i dalje predstavlja saglasnost domaćih sudova s presudama Suda koje su previše inovativne u poređenju s domaćom sudskom praksom. U tim situacijama, domaći sudovi uglavnom odbijaju da prihvate presude Suda bez intervencije zakonodavne vlasti.²⁸⁸ Zato se u takvim situacijama zahteva hitno usvajanje mera kojima će biti omogućeno poštovanje obaveze da se izbegne ponavljanje povrede.²⁸⁹

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, radi skraćivanja dužine postupka, a reformi je podlegla i Republika Srbija donošenjem Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.²⁹⁰ Važ-

²⁸⁵ *Ilgar Mammadov v. Azerbaijan* (VV), predstavka br. 15127/13, presuda od 29. maja 2019, stav 182.

²⁸⁶ *Isto*, stav 186.

²⁸⁷ *Savridin v. Dzhurayev v. Russia*, predstavka br. 71386/10, presuda od 25. aprila 2013, stavovi 252–254.

²⁸⁸ *Kroon and others v. the Netherlands*, predstavka br. 18535/91, presuda od 27. oktobra 1994.

²⁸⁹ Videti, na primer, *Zorica Jovanovic v. Serbia*, predstavka br. 21794/08, presuda od 26. marta 2013.

²⁹⁰ Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, *Službeni glasnik RS*, br. 40/2015.

ne 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,²⁹¹ a problemi nastaju jedino ukoliko ta mera zahteva izjašnjavanje građana na referendumu,²⁹² ili širok politički konsenzus.²⁹³ Zato se u mnogim državama, i pre donošenja ustava ili zakona, vodi računa o tome da li je pripremljeni predlog u saglasnosti s odredbama Evropske konvencije i jurisprudencijom Suda.²⁹⁴ Međutim, ne treba zaboraviti da su zakonodavne reforme 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, sprovođenju 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 Nadzor nad izvršenjem presuda

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

291 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.

292 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.

293 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.

294 Ovo je u skladu s 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*.

izvršenja presuda obavlja se u skladu s 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 nadgledanja 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 ogleda se u utvrđivanju domašaja presuda koje je doneo Sud, kako bi se olakšalo njihovo izvršenje. Presude mogu sadržati uočene nedostatke u domaćim pravnim sistemima.²⁹⁵ 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 povraćajem oduzete zemlje.²⁹⁶ 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.²⁹⁷ 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

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

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

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

Evropske konvencije, a nije mu dodelila i pravičnu naknadu za pretrpljenu štetu.²⁹⁸

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 država mora preduzeti kada je izbor mera samo teorijski i ograničen prirodom 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.²⁹⁹ Posle donošenja Rezolucije Komiteta ministara³⁰⁰ 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.³⁰¹

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

298 *Barbera, Messegue and Jabardo v. Spain*, predstavka br. 10590/83, presuda od 6. decembra 1988.

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

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

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

se odnositi i na obavezu izvršenja pravosnažne presude Suda. Međutim, ovakva mera biće preduzeta samo u situaciji kada država kategorično odbija da se povinuje presudi Suda i više je simboličkog karaktera. Takva procedura primenjena je prvi put u slučaju Azerbejdžana 2019. godine. Naime, 2014. godine Evropski sud je pronašao da je država prekršila Evropsku konvenciju hapšenjem i pritvaranjem gospodina Mamadova u odsustvu bilo kakve razumne sumnje da je učinio krivično delo, kao i da je zapravo glavni razlog njegovog hapšenja bilo kažnjavanje za kritiku vlasti.³⁰² Kako nije postojao nikakav napredak u puštanju gospodina Mamadova na slobodu i otklanjanja posledica nezakonitog hapšenja, Komitet ministara je u decembru 2017. godine pokrenuo postupak protiv Azerbejdžana, tražeći od Evropskog suda da utvrdi da je ova država propustila da ispuni svoju obavezu poštovanja odluke iz 2014. Evropski sud je 2019. doneo presudu u kojoj je podvukao da su motivi postupanja vlasti suprotni vrednostima Konvencije i traženo je od Azerbejdžana da eliminiše posledice povreda koje je pretrpeo podnosilac predstave.³⁰³ U aprilu 2020. vlasti su obavezile Komitet ministara da je Vrhovni sud ponovo raspravljao o predmetu gospodina Mamadova i da je ukinuta osuda u svetlu nove presude Evropskog suda, čime je okončan i nadzor nad izvršenjem presuda.³⁰⁴

2.5.2.2 Komitet ministara

Komitet ministara, posebno posle stupanja na snagu Protokola br. 11, ima glavnu ulogu u nadzoru nad izvršenjem presuda Suda. Na osnovu člana 46, stav 2 Evropske konvencije, pravosnažna 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 2006, koja su izmenjena 2017. godine.³⁰⁵ Takođe, nakon usvajanja Protokola br. 14, od januara 2011, ustanovljena je procedura nadzora na dva koloseka.

302 *Mammadov and Others v. Azerbaijan*, predstava br. 35432/07, presuda od 27. avgusta 2014.

303 *Mammadov and Others v. Azerbaijan*, predstava br. 35432/07, presuda od 21. februara 2019.

304 New infringement procedure used for the first time over 2014 judgment against Azerbaijan on opposition politician Mammadov, 14. decembar 2017.

305 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, and amended on 18 January at the 1275th meeting of the Ministers' Deputies).

Komitetu u radu pomaže Odeljenje za izvršenje presuda Evropskog suda za ljudska prava, koje ima savetodavnu i pomoćnu ulogu. Članovi Odeljenja pružaju pomoć i državama radi postizanja punog, delotvornog i brzog izvršenja presuda. Zadatak Odeljenja je i da obezbedi transparentnost i vidljivost rezultata procesa izvršenja presuda.

Do nadzora nad izvršenjem presuda dolazi na specijalnim sastancima, na kojima se raspravlja o ljudskim pravima, a koji se održavaju četiri puta godišnje. Materijali s ovih sastanaka dostupni su javnosti dve nedelje nakon održanog sastanka. U 2021. sastanci su održani u periodu od 9. do 11. marta, od 7. do 9. juna, od 14. do 16. septembra i od 30. novembra do 2. decembra. Od Briselske deklaracije održane 2015. godine, Komitet ministara je podstaknut da organizuje i tzv. tematske diskusije, koje su posvećene glavnim pitanjima i izazovima u izvršenju presuda.

Odmah pošto presuda postane konačna, prosleđuje se Komitetu ministara, koji predmet može da klasifikuje pod standardni ili 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 pismene 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 poravnjanja, kao i kada se slučaj skida s liste.³⁰⁶ Nadzor se vrši do trenutka preduzimanja 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 Komi-

³⁰⁶ Videti Resolution DH (99) 26 od 18. januara 1999, *Sur v. Turkey*, predstavka br. 21592/93, presuda od 3. oktobra 1997.

tet 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 interese 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. Na primer, 20. oktobra 2021. godine Komitet ministara završio je nadzor nad izvršenjem presude u predmetu *Lewit*,³⁰⁷ koji se ticao 97-godišnjeg podnosioca predstavke što je preživeo Holokaust. Domaće vlasti su odbile njegovu tužbu za klevetu iznetu u desničarskom članku koji je targetirao ljude poput njega i nazivao ih uvredljivim imenima. U junu 2021. godine, Vrhovni sud je pronašao da su domaći sudovi prekršili zakonsku obavezu poričući da na njega nije uticao sporni članak. Njemu je isplaćena naknada štete neposredno pre smrti.

U svojoj najnovijoj praksi, Komitet ministara jasno je istakao 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. Sam proces izvršenja presuda uslovio je i neke važne reforme u Republici Srbiji. Tako je, na primer, 2009. godine zatvorenicima priznato neograničeno pravo na prepisku, koje može biti ograničeno samo sudskom odlukom, dok je te iste godine donet Zakon o zabrani diskriminacije, kojim je, između ostalog, zabranjena i diskriminacija po osnovu religijskog uverenja.³⁰⁸

Komitet ministara zahteva pismeni dokaz da je isplaćen iznos utvrđen u presudi i traži da taj iznos bude isplaćen u celini.³⁰⁹ U slučaju povratka u pređašnje stanje, Komitet ministara se zadovoljava primanjem informacija o individualnim i opštim merama koje je preduzela država.³¹⁰ Komitet može zahtevati od države da pruži dokaze o usvajanju opštih mera kojima

307 *Lewit v. Austria*, predstavka br. 4782/18, presuda od 10. oktobra 2019; Resolution CM/ResDH (2021) 256, od 20. oktobra 2021.

308 Više o glavnim postignućima u ovoj oblasti videti Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights, Serbia: Execution of the European Court of Human Rights Judgments, Main Achievements in Member States.

309 Videti *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, predstavka br. 13427/87, presuda od 9. decembra 1994, Resolution DH (97) 184 od 20. marta 1997.

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

se sprečavaju dalje povrede,³¹¹ pa i da zahteva preduzimanje novih mera ukoliko se situacija nije popravila.³¹² U situaciji kada država preduzima zakonodavnu reformu koja je neophodna, Komitet će tražiti dokaz o efikasnosti takve mere. Taj dokaz biće dobijen proučavanjem sudske prakse nekoliko godina po donošenju presude.³¹³

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.

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 koja je u pitanju. Ova praksa uspostavljena je još 1988. godine, u slučaju *Ben Jakub protiv Belgije*,³¹⁴ 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 s presudom Suda.³¹⁵ 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.³¹⁶ Konačno, treći tip privremenih rezolucija koristi se samo izuzetno i ima 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.³¹⁷

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

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

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

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

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

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

317 Videti, na primer, Interim Resolution ResDH (2001) od 26. juna 2001, *Loizidou v. Turkey*,

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.³¹⁸ 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 praksu kršenja svojih obaveza.

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. 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, 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.

predstavka br. 15318/89, presuda od 23. februara 1995.

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

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.³¹⁹ Od usvajanja Rezolucije br. 1226 iz 2000. godine, Parlamentarna skupština donela je odluku da održava redovne rasprave 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,³²⁰ ili one kod kojih priroda povrede zahteva hitnost u izvršenju. Parlamentarna skupština može uputiti zahtev nacionalnim delegacijama da od svojih vlada zatraže izvršenje preuzetih obaveza. Na taj način, Parlamentarna skupština poziva nacionalne delegate da nadziru izvršenje presuda, kao i da preduzmu neophodne mere kako bi omogućili njihovo brzo i delotvorno izvršenje.³²¹

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. Takođe, Parlamentarna skup-

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

320 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, 2, 2010, 171.

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

ština ukazuje na značaj nacionalnih parlamenata u implementaciji presuda.

Od razmatranja izvršenja presuda Suda 2017. do 2021, Skupština je konstatovala dalji napredak u sprovođenju sudskih presuda, posebno konstantno smanjenje broja presuda koje su na čekanju pred Komitetom ministara (5.231 na kraju 2019) i usvajanje pojedinačnih i opštih mera u mnogim složenim predmetima koji su još u toku.³²² Ovo, po oceni Skupštine, pokazuje efikasnost reforme sistema Konvencije započete 2010. godine u Interlakenu i uticaju Protokola br. 14 uz Konvenciju, kao odgovor na izuzetno kritičnu situaciju Suda i više od 10.000 presuda koje su u to vreme čekale pred Komitetom ministara. Skupština pozdravlja mere koje je preduzeo Komitet ministara kako bi svoj nadzor nad sprovođenjem presuda Suda učinio efikasnijim, kao i sinergije koje su u ovom kontekstu razvijene u okviru Saveta Evrope, ali i između njegovih tela i nacionalnih vlasti.

2.5.2.4 Propust da se izvrši presuda Evropskog suda za ljudska prava

Iako je došlo do znatnog smanjenja broja presuda koje se nalaze pred Komitetom ministara, i dalje postoji velika zabrinutost zbog kašnjenja presuda u predmetima u kojima postoje strukturalni problemi koji se odnose na ozbiljne povrede ljudskih prava. Broj takvih predmeta se nije znatno smanjio u poslednje tri godine, a zemlje koje imaju najveći broj neizvršenih presuda i još se suočavaju sa ozbiljnim strukturalnim ili složenim problemima, od kojih su neki ostali nerešeni više od deset godina, jesu: Rusija, Turska, Ukrajina, Rumunija, Mađarska, Italija, Grčka, Moldavija, Azerbejdžan i Bugarska. Razlozi za ovakvu situaciju su postojanje duboko ukorenjenih predrasuda prema određenim grupama u društvu, neadekvatno upravljanje na nacionalnom nivou, nedostatak neophodnih resursa ili političke volje, a ponekad i otvoreno neslaganje s presudom Suda.³²³ Obično sistemske povrede dolaze zbog neadekvatnog postupanja snaga bezbednosti, loših pritvorskih uslova, nerazumno dugih postupaka, neizvršenja pravosnažnih odluka domaćih sudova, kao i neproporcionalnih ograničenja imovinskih prava.³²⁴

322 Parliamentary Assembly, The implementation of judgments of the European Court of Human Rights, Resolution 2358 (2021), stav 3.

323 *Isto*, stav 4.

324 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.

Iako se veliki broj presuda redovno izvršava, ovi slučajevi zavređuju posebnu pažnju jer diraju u zakonitost evropskog sistema zaštite ljudskih prava.³²⁵ 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 mešanja obaveza više institucija.³²⁶

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 s vlastima države u pitanju. Tada je potrebno izabrati jednog člana za izvestioca, koji će imati ulogu medijatora u predstojećem dijalogu s 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 li su prethodne presude izvršene u celosti, delimično ili to uopšte nije učinjeno.³²⁷

325 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 s brojnim strukturalnim problemima koji nisu rešeni ni nakon pet 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.

326 Doc. 8808, Execution of Judgements of the European Court of Human Rights, 12. jul 2000.

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

2.6 Reforma Evropskog suda za ljudska prava

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 31. decembra 2020. godine čak 23.406 presuda.³²⁸ Više od jedne trećine presuda odnosi se na Tursku, Rusiju i Italiju.

Sud se suočava s velikim brojem podnesaka koji su mu upućeni 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 je pravo povređeno u okviru jurisdikcije država ugovornica Evropske konvencije.

Broj predstavki upućenih raznim sudskim formacijama na razmatranje na kraju 2020. godine bio je 41.700, što je na nivou 2007. godine i manje nego poslednjih godina. Statistike pokazuju da je najviše predstavki upućeno protiv tri države: Rusije (21,24%), Turske (11,14%) i Ukrajine (9,87%). Od ukupnog broja presuda donetih 2020. godine, Sud je pronašao povredu makar jednog člana Konvencije u 87% predmeta.³²⁹

Sud se, dakle, suočava s 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, rastereti Sud. Kako je navedeno u samoj preambuli Protokola br. 14, donošenje ovog instrumenta uslovlilo je neodložna potreba za unapređenjem efikasnosti kontrolnog sistema na duži rok, usled znatnog povećanja obima posla podnošenjem novih predstavki Sudu. Prema ovom protokolu, izvršene su promene u tri pravca. Prvo, uveden je institut sudije pojedinca koji odlučuje o prihvatljivosti predstavke onda kada je očigledno da je predstavka neprihvatljiva. Kada sudija proglaš predstavku prihvatljivom, šalje je odboru ili veću na odlučivanje. Druga značajna novina jeste to što odbor može predstavku proglašiti 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

328 The ECtHR in Facts and Figures, 2020, European Court of Human Rights, February 2021, p. 5.

329 *Isto.*

nije pretrpeo veliku štetu i koji se neće razmatrati, osim ukoliko poštovanja 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 ovlašćen je da u svim slučajevima koji se nalaze pred većem ili Velikim većem, podnosi pismene komentare i 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 i od tada nije bilo značajnih pomaka u pravcu pristupanja EU Konvenciji.³³⁰

Poslednjih godina Sud se fokusirao na ispitivanje složenih slučajeva, a tokom 2020. doneo je 871 presudu, odlučujući po 1.901 predstavki i okončao je postupak po 39.190 predstavki donošenjem odluke ili skidanjem predmeta s liste.³³¹ Što se Srbije tiče, 2020. godine 1.836 predstavki uzeto je u razmatranje, 1.413 je proglašeno neprihvatljivo i za osam predstavki je doneta presuda (ukupno pet presuda). Najveći broj presuda odnosi se na povredu člana 6 Evropske konvencije (23%), a potom na povredu člana 5 (16%), člana 3 (15%), člana 1 Prvog protokola (10%), člana 2 (7%) i člana 8 (7%).³³²

Tokom 2013. godine usvojena su još dva protokola. Protokol br. 15 uz Evropsku konvenciju usvojen je 24. juna 2013. i za njega je bila potrebna ratifikacija svih država ugovornica kako bi stupio na snagu 1. avgusta 2021. Najznačajnija novina koju uvodi ovaj protokol jeste skraćivanje roka za podnošenje predstavke sa šest na četiri meseca, što bi trebalo

330 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*, *Analiza Pravnog fakulteta*, vol. 64, br. 2, 2016, 49–78.

331 The ECtHR in Facts and Figures, 2020, p. 6.

332 *Isto*, p. 7.

dotatno da rastereti Sud od priliva novih predmeta. Ovo pravilo počće da se primenjuje od 1. februara 2022. Takođe, Protokol br. 16 usvojen je 2. oktobra 2013. godine, a da bi stupio na snagu, bilo je potrebno da ga ratifikuje najmanje 10 država ugovornica. Protokol je stupio na snagu 1. avgusta 2018, a do 1. novembra 2021. prihvatilo ga je 16 država. 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 i sloboda iz Evropske konvencije, a na osnovu slučaja koji se vodi pred konkretnim sudom. O ovom zahtevu odlučuje panel od pet sudija, a mišljenja se objavljuju, ali nisu obavezujuća za sud koji je zatražio mišljenje. Na primer, Vrhovni sud Slovačke, u septembru 2020. zatražio je mišljenje da li proceduralne radnje u krivičnom postupku i prikupljanje dokaza od strane inspeksijske službe Ministarstva unutrašnjih poslova, koja je direktno potčinjena ministru, pružaju osnov za zakonito, nezavisno i nepristrasno gonjenje službenika policije koji su mu takođe podređeni, a u svetlu garancija predviđenih članom 2 stav 1, članom 3 i članom 6 stav 1 Konvencije?³³³ Sud je istakao da cilj savetodavnog postupka nije da se spor prenese na Evropski sud, već da se domaćem sudu pruži putokaz o pitanjima iz Konvencije prilikom odlučivanja o predmetu pred njim.³³⁴ Sud nema nadležnost ni da ocenjuje činjenice u predmetu, ni da ocenjuje meritum stavova stranaka o tumačenju domaćeg prava u svetlu Konvencije, niti da odlučuje o ishodu postupka. Takođe, Sud je naglasio da mišljenje koje se daje na osnovu Protokola br. 16 „mora biti ograničeno na pitanja koja su direktno povezana s postupkom koji je u toku na domaćem nivou. Isto tako, davanje savetodavnog mišljenja nema za cilj da omogući apstraktno preispitivanje zakona, niti se Sud može baviti pitanjima iz prava Konvencije koja su apstraktna i opšta po prirodi.³³⁵ Što se konkretnog pitanja tiče, Sud se fokusirao na član 6 Evropske konvencije i naglasio da je primarna svrha ovog člana u krivičnim stvarima da obezbedi pravično suđenje od strane „tribunala“ nadležnog da utvrdi „bilo koju krivičnu optužbu“, iako garancije iz člana 6 takođe mogu biti relevantne tokom prepretnog postupka, u meri u kojoj je verovatno da će pravičnost suđenja biti ozbiljno narušena.³³⁶

333 Decision on the Request no. P16-2020-001, 14. decembar 2020.

334 *Isto*, stav 18.

335 *Isto*.

336 *Isto*, stav 20.

Pitanje na koje treba odgovoriti u ovom kontekstu jeste da li je postupak u celini bio pravičan, a član 6 zahteva da sud pozvan da utvrdi osnovanost optužbe bude nezavisan od zakonodavne i izvršne vlasti, kao i od stranaka. Sud je dalje pronašao da se Vrhovni sud već izjasnio u pogledu pravičnosti krivičnog postupka iz pozicije optuženog i delotvornosti i nezavisnosti istrage. Tako je zaključio da pitanje po svojoj prirodi, stepenu i složenosti ne zahteva njegovu elaboraciju i odbio je zahtev za davanje savetodavnog mišljenja.³³⁷

Tako je Protokol br. 16 omogućio ostvarenje dijaloga između Suda i najviših sudova u državama ugovornicama, ali je pokazao da u nekim slučajevima domaći sudovi nepotrebno posežu za mehanizmima koji im stoje na raspolaganju. Zato je važno podvući da nijedna reforma ne može rasteretiti Evropski sud ukoliko države ne preduzmu delotvorne mere na unutrašnjem planu kako bi svoje propise i praksu uskladile s principima sadržanim u praksi Evropskog suda. Od 2010. godine, održano je nekoliko važnih konferencija 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 s 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 pravnom sistemu.

U Deklaraciji iz Izmira 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 s 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 bezbednosnih snaga, o dobro ustanovljenoj praksi Evropskog suda u vezi s njihovim stručnim oblastima.

³³⁷ *Isto*, stav 23.

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 usklađenosti nacionalnog zakonodavstva s 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 s 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.

Konferencija u Oslu 2014. godine otvorila je dijalog na temu dugoročne budućnosti Suda, dok 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 s najvišim sudovima država ugovornica Evropske konvencije, kao i uspostavljanje mreže za razmenu informacija o presudama i odlukama Evropskog suda s nacionalnim sudovima. Naročito 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 s 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.

Konačno, konferencija u Kopenhagenu iz 2018. godine naglašavaodeljenu odgovornost između uloge Suda i država ugovornica, koja samo

kada je balansirana može da obezbedi zaštitu, a podrazumeva i dobru interakciju na nacionalnom i međunarodnom nivou. Delotvorna implementacija na nacionalnom planu svakako je obaveza država, a najveći izazov ostaju sistemski i strukturalni problemi u oblasti zaštite ljudskih prava. Države su u obavezi i da poštuju presude Suda, za šta je potrebno snažno političko opredeljenje. S druge strane, kvalitet, jasnoća i doslednost presuda Suda predstavljaju važne činioce za očuvanje autoriteta Suda i efikasnost sistema Konvencije. Poseban izazov predstavljaju još uvek velika opterećenost u radu Suda, kao i priznanje konflikata i kriza u Evropi.

3. Konvencijska prava i slobode

Evropska konvencija jemči prava i slobode koja su, materijalno posmatrano, prvenstveno 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 objašnjava se 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-Žaka 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 – 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, s naglaskom na prvu grupu, Evropska konvencija jemči skoro isključivo građanska i politička prava. Uređenje ljudskih prava druge generacije na regionalnom planu, unutar Saveta Evrope, postignuto je 1961. godine donošenjem Evropske socijalne povelje, s 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 s 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 i psihički 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 ovom poglavlju 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 zasnovano na ličnom svojstvu.

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 obezbeđuje 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.³³⁸ Član 14 izričito navodi nekoliko

³³⁸ *Beard v. UK*, predstava br. 24882/94, presuda od 18. januara 2001; *Thlimmenos v.*

zabranjenih osnova za vršenje diskriminacije (pol, rasa, boja kože, jezik, veroispovest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno poreklo, veza s nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje), ali ne zatvara listu zabranjenih osnova formulacijom „ili drugi status“. Time je zaštita od diskriminacije otvorena i u slučaju 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,³³⁹ rodni identitet,³⁴⁰ bračni status,³⁴¹ zdravstveni status,³⁴² invaliditet,³⁴³ zakonitost/nezakonitost pri rođenju,³⁴⁴ vojni ili profesionalni status,³⁴⁵ uzrast,³⁴⁶ kao i prebivalište.³⁴⁷ Evropski sud je u jednom rumunskom predmetu razmatrao pitanje i da li „neki drugi status“ obuhvata i

Greece, predstavka br. 34369/97, presuda od 6. aprila 2000.

339 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; *Identoba and Others v. Georgia*, predstavka br. 73235/12, presuda od 12. maja 2015; *A. M. and Others v. Russia*, predstavka br. 47220/19, presuda od 6. jula 2021.

340 *Identoba and Others v. Georgia*, predstavka br. 73235/12, presuda od 12. maja 2015; *A. M. and Others v. Russia*, predstavka br. 47220/19, presuda od 6. jula 2021.

341 *Elsholz v. Germany*, predstavka br. 25735/94, presuda od 13. jula 2000; *Sahin v. Germany*, predstavka br. 30943/96, presuda od 8. jula 2003; *P. M. v. UK*, predstavka br. 6638/03, presuda od 19. jula 2005.

342 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.

343 *Guberina v. Croatia*, predstavka br. 23682/13, presuda od 22. marta 2016; *Strøbye and Rosenlind v. Denmark*, predstavke br. 25802/18 i 27338/18, presuda od 2. februara 2021.

344 *Vermeire v. Belgium*, predstavka br. 12849/87, presuda od 29. novembra 1991; *Mazurek v. France*, predstavka br. 34406/97, presuda od 1. februara 2000; *Pla and Puncernau v. Andorra*, predstavka br. 69498/01, presuda od 10. oktobra 2006.

345 *Van der Musselle v. Belgium*, predstavka br. 8919/80, presuda od 23. novembra 1983; *Rekvényi v. Hungary*, predstavka br. 25390/94, presuda od 20. maja 1999. *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, predstavka br. 17484/15, presuda od 25. jula 2017.

346 *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, predstavka br. 17484/15, presuda od 25. jula 2017.

347 *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; *Selygenenko and Others v. Ukraine*, predstavka br. 24919/16 i 28658/16, presuda od 21. oktobra 2021.

prিতvorenički status.³⁴⁸ Naime, podnosilac predstavke 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 boljem 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 jeste u tome što on ne predstavlja samostalno pravo, već je njegovo polje primene ograničeno na prava koja su propisana 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.³⁴⁹

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 Dalstrum*.³⁵⁰ 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 s članom 11 Evropske konvencije, koji garantuje pravo na osnivanje sindikata i zaštitu interesa njegovih članova,³⁵¹ 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

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

349 U slučaju *Marks protiv Belgije* Evropski sud pronašao je 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 3. maja 2007, stav 93.

350 *Schmidt and Dahlström v. Sweden*, predstavka br. 5589/72, presuda od 6. februara 1976.

351 *Isto*, stav 39.

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 na privatnost, garantovano članom 8 Evropske konvencije.³⁵² Takođe, Sud smatra da pod ovaj domašaj mogu potpasti i pitanja koja se tiču zdravstvene brige,³⁵³ usvajanja,³⁵⁴ kao i sve vrste socijalnih davanja,³⁵⁵ uključujući i socijalna davanja za dečji dodatak.³⁵⁶ Ova davanja češće se mogu podvesti pod domašaj člana 1 Prvog protokola.³⁵⁷ 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.³⁵⁸ Iako je na ovaj način domašaj člana 14 proširen, postoje pitanja poput posebnih socijalnih prava, pristupa državljanstvu ili određenih aspekata imigracione politike i politike azila koji neće biti razmatrani u okviru ovog člana.³⁵⁹ 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.³⁶⁰

352 *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, predstavka br. 55480/00, 59330/00, presuda od 27. jula 2004, stavovi 47–50.

353 Videti, na primer, *Pentiacova v. Moldavia*, predstavka br. 14462/03, presuda od 14. januara 2005.

354 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.

355 *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.

356 *Okpiz v. Germany*, predstavka br. 59140/00, presuda od 25. oktobra 2005.

357 Videti, na primer, *Hoogendijk v. the Netherlands*, predstavka br. 58641/00, presuda od 6. januara 2005.

358 *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 4. novembra 2008, stav 71.

359 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.

360 *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.

Važno je naglasiti da Evropski sud ne mora konstatovati povredu nekog garantovanog prava da bi postojala povreda člana 14. Dakle, mera koja je u skladu s nekim članom iz Evropske konvencije može predstavljati povredu tog člana kada se sagleda u vezi s članom 14.³⁶¹ 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 14,³⁶² osim kada „očigledna nejednakost u tretmanu kod uživanja nekog osnovnog prava predstavlja fundamentalni aspekt konkretnog predmeta“.³⁶³

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 počeo je devedesetih godina prošlog veka, a Protokol je usvojen tek 4. novembra 2000. godine. Protokol je stupio na snagu 1. aprila 2005. i do 1. novembra 2021. prihvatilo ga je svega 20 država ugovornica Evropske konvencije, među kojima i Republika Srbija.³⁶⁴ Svrha člana 1 Dvanaestog protokola nije da ukine član 14 Evropske konvencije, već da ga dopuni. Ovo jasno proizilazi 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.

juna 2006, stav 44.

361 *Inze v. Austria*, predstavka br. 865/79, presuda od 28. oktobra 1987, stav 36; *Carson and Others v. the United Kingdom (VV)*, predstavka br. 42184/05, presuda od 16. marta 2010, stav 63.

362 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; *Rangelov v. Germany*, predstavka br. 5123/07, presuda od 22. marta 2012; *Molla Sali v. Greece (VV)*, predstavka br. 20452/14, presuda od 19. decembra 2018.

363 *Airey v. Ireland*, predstavka br. 6289/73, presuda od 9. oktobra 1979, stav 30. Videti i *Timishev v. Russia*, predstavke br. 55762/00; 55974/00, presuda od 13. decembra 2005; *V. C. v. Slovakia*, predstavka br. 18968/07, presuda od 8. novembra 2011.

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

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 međunarodno pravo.³⁶⁵ Dakle, cilj ovog člana je da pruži zaštitu pojedincu u uživanju svakog prava ili povlastice koji su eksplicitno ili implicitno priznati domaćim zakonodavstvom, što proizlazi iz Preambule ovog protokola. Izveštaj s 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 proisteći 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.³⁶⁶

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.³⁶⁷ 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.

³⁶⁵ Izveštaj s objašnjenjima uz Dvanaesti protokol, stav 29.

³⁶⁶ Explanatory Report, stav 25.

³⁶⁷ Explanatory Report, stav 26.

Jurisprudencija Suda u odnosu na ovaj član postaje sve bogatija, iako je dugo bilo samo nekoliko slučajeva koji su razmatrani sa stanovišta člana 1 Dvanaestog protokola. Prvi slučaj u kojem je Evropski sud pronašao kršenje člana 1 Dvanaestog protokola jeste sada već čuveni predmet *Sejdić i Finci protiv BiH*.³⁶⁸ 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 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 s članom 3 Prvog protokola jer nije bilo objektivnog i razumnog opravdanja za onemogućavanje učešća nacionalnih manjina na izborima.³⁶⁹ 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 s praksom Komiteta za ljudska prava UN u odnosu na član 26, koji sadrži sličnu odredbu.³⁷⁰ 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.³⁷¹ 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

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

369 *Isto*, stav 50.

370 *Isto*, stav 55.

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

prava konstitutivnim narodima i isključuju prava nacionalnih manjina.³⁷² Nakon ovog predmeta, doneta je presuda i u slučaju *Pilav protiv BiH*, gde je podnosilac predstavke bio izložen diskriminaciji jer se izjašnjavao kao Bošnjak, ali je živeo na teritoriji Republike Srpske, zbog čega mu je bilo uskraćeno pravo učestvovanja na izborima za Predsedništvo.³⁷³

U slučaju *Saveza crkava reč života, Crkve celovitog evanđelja i Protestant-ske reformisane hrišćanske crkve*, pomenute registrovane reformističke crkve su tvrdile da su diskriminisane jer im je odbijen zahtev za zaključenje sporazuma s Vladom Hrvatske koji bi regulisao njihov odnos s državom, odnosno koji bi im omogućio da pružaju religijsko obrazovanje u državnim školama i zaključuju religijske brakove koji proizvode isto dejstvo kao i građanski brak.³⁷⁴ 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 diskriminisane 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.³⁷⁵ Evropski sud se osvrnuo na četiri situacije na koje se primenjuje ovaj član, a koje se pominju u Izveštaju s 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 tome koji se slučaj može podvesti pod koju kategoriju.³⁷⁶ U konkretnom slučaju, da bi se primenio član 1 Dvanaestog protokola, Sud je smatrao da je neophodno utvrditi da li se žalba može podvesti pod jednu od ove četiri kategorije,³⁷⁷ i Sud pronalazi da je u pitanju prva kategorija – „pravo koje je izričito priznato na osnovu unutrašnjeg prava“.³⁷⁸ S druge strane, Sud primećuje da pravo na

372 *Isto*, stav 43.

373 *Pilav v. Bosnia and Herzegovina*, predstavka br. 41939/07, presuda od 9. juna 2016.

374 *Savez Crkava Riječ Života and others v. Croatia*, predstavka br. 7798/08, presuda od 9. decembra 2010.

375 *Isto*, stav 104.

376 *Isto*.

377 *Isto*, stav 105.

378 *Isto*, stav 106.

religijsko obrazovanje i na priznanje zaključenog braka nisu garantovana prava, već privilegije koje su se dobijale na osnovu zaključenog sporazuma s 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.³⁷⁹ 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.

U *Napotnik protiv Rumunije*, Evropski sud je pronašao da prekid diplomatske pozicije u inostranstvu za trudnu ženu potpada pod domašaj člana 1 Dvanaestog protokola,³⁸⁰ isto kao i pitanje tretmana mađarske nacionalne manjine u Rumuniji prilikom polaganja maturskog testa na kraju srednje škole.³⁸¹ Takođe, Sud se bavio i razmatranjem kršenja ovog člana u slučaju pitanja nedovoljne adaptacije biračkih mesta na referendumu u Sloveniji.³⁸²

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. Važno je naglasiti da Evropski sud takođe ne daje sveobuhvatnu definiciju diskriminacije, ali definiše pojedine oblike diskriminacije, prvenstveno šta se podrazumeva pod neposrednom i posrednom diskriminacijom.

3.1.3.1 Neposredna diskriminacija

Pod neposrednom diskriminacijom podrazumeva se nejednako postupanje u odnosu na lica koja se nalaze u istoj ili sličnoj situaciji, bez objektivnog i razumnog opravdanja,³⁸³ kada je ono zasnovano na nekom ličnom svojstvu, odnosno statusu.³⁸⁴ Lično svojstvo je vezano za samu ličnost i

³⁷⁹ *Isto*, 107.

³⁸⁰ *Napotnik v. Romania*, predstavka br. 33139/13, presuda od 20. oktobra 2020.

³⁸¹ Videti *Ádám and Others v. Romania*, predstavke br. 81114/17 *et al.*, presuda od 13. oktobra 2000.

³⁸² *Toplak and Mrak v. Slovenia*, predstavke br. 34591/19 i 42545/19, presuda od 26. oktobra 2021.

³⁸³ *Okpísz v. Germany*, no. 59140/00, presuda od 25. oktobra 2005, stav 33.

³⁸⁴ Videti *Maktuof and Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina*, predstavke br. 2312/08;

kao takvo je ili nepromenljivo – poput boje kože, ili se teško menja tokom života – 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.³⁸⁵ Treba naglasiti i da razlika u tretmanu može biti zasnovana na ličnom svojstvu člana porodice ili bliskom licu. Tako je u *Guberina protiv Hrvatske* Sud prihvatio da su domaće vlasti propustile da uzmu u obzir potrebe deteta s invaliditetom kada su procenjivale da li je otac podoban da bude oslobođen poreza zbog kupovine drugog stana zbog nepristupačnosti zgrade u kojoj je porodica prvobitno živela.³⁸⁶ Takođe, u *Škorjanec protiv Hrvatske*, Sud je pronašao da su vlasti propustile da krivično gone nasilnike po službenoj dužnosti za povrede koje su podnositeljki predstavke nanete jer je bila u društvu osobe romskog porekla.³⁸⁷

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. Na primer, Sud je zaključio da se u analognoj situaciji nalaze samohrane majke bez obzira na godine života (manje ili više od 35 godina, koliko je bila gornja granica za davanje stambenih subvencija), koje imaju slične potrebe u odgoju maloletne dece.³⁸⁸ Analogna situacija postoji i između majke i oca u pogledu upisa prezimena deteta u matične knjige. Tako je u jednom predmetu Evropski sud razmatrao praksu u Španiji kojom je u slučaju da se roditelji ne slože oko prezimena deteta, automatski detetu dodeljivano očevo, pa majčino prezime.³⁸⁹ Sud je tako pronašao da je razlika u tretmanu bila zasnovana isključivo na osnovu pola. Takođe, Sud je pronašao analognu situaciju u između majke homoseksualne orijentacije i svakog drugog roditelja (majke ili oca) koji želi da dobije starateljstvo nad decom.³⁹⁰

34179/08, presuda od 18. jula 2013, stav 83; *Biao v. Denmark* (VV), predstavka br. 38590/10, presuda od 24. maja 2016, stav 89.

385 *Videti Magee v. the United Kingdom*, predstavka br. 28135/95, presuda od 6. juna 2000.

386 *Guberina v. Croatia*, predstavka br. 23682/13, presuda od 22. marta 2016.

387 *Škorjanec v. Croatia*, predstavka br. 25536/14, presuda od 28. marta 2017.

388 *Šaliinytė v. Lithuania*, predstavka br. 32934/19, presuda od 26. oktobra 2021.

389 *León Madrid v. Spain*, predstavka br. 30306/13, presuda od 26. oktobra 2021.

390 *X. v. Poland*, predstavka br. 20741/10, presuda od 16. septembra 2021.

S druge strane, Evropski sud je zauzeo stav da nema analogne situacije između vlasnika prodavnica u kojima se prodaje alkohol i vlasnika kafića u kojima se mogla kupiti laka droga, zato što prodaja alkoholnih pića nije *per se* nedozvoljena u Holandiji, dok prodaja droga jeste.³⁹¹ Nema analogne situacije ni između usvojenog deteta i njegovog položaja u odnosu na biološku majku i položaja dece koja imaju uspostavljene roditeljske veze sa svojom biološkom majkom,³⁹² a nema je ni između penzionera koji su još uvek aktivni u privatnom i državnom sektoru, s obzirom na to da su plaćeni iz različitih izvora.³⁹³ 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.³⁹⁴ 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.³⁹⁵ Evropski sud je pronašao da je teško uporediti različite profesije s advokaturom, kao i da se ulaženjem u ovu profesiju neke obaveze podrazumevaju i da svaki pojedinac na njih unapred pristaje. Zauzvrat, 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.³⁹⁶ S 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

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

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

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

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

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

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

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.³⁹⁷

Konačno, u nekim situacijama Evropski sud neće imati dovoljno podataka da bi mogao da utvrdi postojanje analogne situacije, a time i diskriminacije. Ovo je došlo do izražaja u jednom predmetu protiv Finske, gde su kompanije podnosioca predstavke imale sedište u Kokemakiju.³⁹⁸ Prva kompanija je izdavala časopis *Veroporsi* (*Veropörssi*) od 1994. godine, u kojem su objavljivane informacije o imovini i prihodima oko milion i dvesta hiljada osoba čiji su prihodi oporezivi u Finskoj. Druga kompanija je 2003. godine, zajedno s telefonskim operaterom, počela da pruža usluge 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 identična bazi objavljivanoj u časopisu. I ova druga kompanija je od 2006. godine počela da izdaje časopis *Veroporsi*. U jednom trenutku, ombudsman je kontaktirao s kompanijama i savetovao im 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 informacije 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 legitimna i

397 Videti Joint Dissenting Opinion of Judges Spielmann and Gotchev.

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

razumna jer štiti privatni život drugih. Evropski sud je uzeo u obzir da nije poznato do koje su mere 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.

3.1.3.2 Posredna diskriminacija

Drugi osnovni oblik diskriminacije, pored neposredne, jeste posredna diskriminacija. Ovaj oblik postoji 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,³⁹⁹ 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 *Tlimenos*, podnosilac predstavke osuđen je zbog odbijanja služenja vojnog roka usled prigovora savesti, pa je zbog osude odbijena njegova prijava za posao knjigovođe.⁴⁰⁰ Podnosilac predstavke je smatrao da je došlo do povrede člana 14 u vezi s 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 s ovakvim stavom i istakao da je delo koje je učinio Tlimenos bilo potpuno drugačije od ozbiljnih krivičnih dela, jer je on samo vršio svoje pravo na slobodu religije. Njegov akt nije podrazumevao nikakvo nepoštenje ili moralnu izopačenost koja bi izvesno ugrozila njegovu sposobnost da obavlja profesiju knjigovođe.⁴⁰¹ Tako je Evropski sud zaključio da je država bez objektivnog i razumnog opravdanja tretirala dve potpuno različite grupe analogno. U drugom slučaju, vlasti u Ujedinjenom Kraljevstvu optužene su za arbitrarno lišenje života pripadnika katoličke zajednice.⁴⁰² Nenaoružan sin podnosioca predstavke ubijen je u Belfastu. Otac je smatrao da su okolnosti pod kojima je njegov sin ubijen

399 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)).

400 *Thlimmenos v. Greece*, predstavka br. 34369/97, presuda od 6. aprila 2000.

401 *Isto*, stav 47.

402 *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, predstavka br. 24746/94, presuda od 4. maja 2001.

ukazivale na postojanje diskriminacije. Naime, podnosilac predstave je tvrdio da su pripadnici snaga bezbednosti u Severnoj Irskoj 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 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 ta politika ili mere uvedene kako bi diskriminisale konkretnu grupu.⁴⁰³

Takođe, u jednom predmetu protiv Ukrajine, Sud je razmatrao predstave četiri podnosioca koja su imala prebivalište na Krimu i Donjecku.⁴⁰⁴ Pošto je Krim stavljen pod *de facto* vlast Rusije, oni su prijavili boravište u Kijevu i dobili su dokumente interno raseljenih lica. Nije im dozvoljeno da učestvuju na lokalnim izborima jer se adresa prebivališta i boravišta nije poklapala. Oni su smatrali da su diskriminisani, dok je vlast tvrdila da je princip isti za sve – niko u Ukrajini ne može glasati na lokalnim izborima ukoliko nema prebivalište u tom gradu. Međutim, oni su tvrdili da bi promenom prebivališta izgubili status interno raseljenih lica. Takođe, podnosioci predstave su bili primorani da napuste svoja registrovana prebivališta u kojima nisu održani lokalni izbori, a te teritorije su bile van kontrole vlade. Drugim rečima, podnosioci predstave su, kao i bilo koja druga interno raseljena lica, bili u znatno drugačijoj situaciji od građana, kao i drugih mobilnih grupa stanovništva koje su se mogle vratiti u svoja prijavljena mesta stanovanja i tamo glasati na lokalnim izborima.⁴⁰⁵ Sud je zauzeo stav da je uslov „pripadnosti“ lokalnoj zajednici, koji je nesumnjivo bio u principu legitiman, mogao da se zadovolji samo prijavom boravišta. Nije bilo izuzetka od ovog pravila i nisu postojali alternativni načini da se dokaže da je dotična osoba dovoljno integrisana u lokalnu zajednicu i da joj „pripada“. Kao rezultat toga, iako su podnosioci predstave živeli u Kijevu oko godinu dana ili duže, bili su obveznici lokalnih poreza i korisnici lokalnih usluga i stoga su bili zabrinuti za svakodnevne probleme zajednice i imali su dovoljno znanja o njima, nisu imali mogućnost da učestvuju u lokalnim

403 Isto, stav 154.

404 *Selygenenko v. Ukraine*, predstave br. 24919/16 i 28658/16, presuda od 21. oktobra 2021.

405 Isto, stav 52.

poslovima novih zajednica za vreme prinudnog odsustva iz svojih stalnih domova.⁴⁰⁶ Time je utvrđeno postojanje posredne diskriminacije.

Međutim, problem s 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.⁴⁰⁷ Podnosilac predstavke u tom slučaju mora dokazati da je došlo do razlike u tretmanu tako što će navesti grupu koja je različito tretirana i uporediti je s drugom grupom koja je imala povoljniji tretman a koja se, pritom, nalazi u istoj ili sličnoj situaciji. Dakle, podnosilac predstavke dužan je da identifikuje grupu koja se različito tretira i dokaže da se ona nalazi u analognoj situaciji s onom u kojoj se nalazi žrtva određenog postupanja.⁴⁰⁸

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 14.⁴⁰⁹ Time Sud zaključuje da posebne mere radi 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 legitirnog cilja (mora imati objektivno i razumno opravdanje) i ukoliko postoji srazmera između postavljenog cilja i primenjenih sredstava.⁴¹⁰ Tako

⁴⁰⁶ *Isto*, stav 55.

⁴⁰⁷ *D. H. and Others v. Czech Republic*, predstavka br. 57325/00, presuda od 7. februara 2006, stav 46.

⁴⁰⁸ *Lithgow v. UK*, predstavka br. 9006/80; et seq., presuda od 8. jula 1986, stav 177.

⁴⁰⁹ *Stec and Others v. the United Kingdom* [VV], predstavka br. 65731/01, presuda od 12. aprila 2006, stav 51.

⁴¹⁰ 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

je Sud pronašao da snižavanje godina za odlazak u penziju za žene, ali ne i za muškarce koji su brinuli o deci, ne predstavlja diskriminaciju, te da je mera objektivno i razumno opravdana jer ima za cilj da ženama kompenzuje nejednakost u vidu manjih plata i penzija, kao i teškoće s kojima se suočavaju radeći i brinući o deci i domaćinstvu.⁴¹¹

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 s članovima 6 i 8 Evropske konvencije zato što je mogao da ospori očinstvo deteta rođenog u braku samo u određenom 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.⁴¹² 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.⁴¹³

Međutim, važno je da postoji odgovarajuća veza između legitimnog cilja i različitog tretmana. Tako je u jednom predmetu protiv Kipra, podnosi-lac 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.⁴¹⁴ 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 kapacitetu kada je potpisala ugovor o zakupu. S druge strane, država se pozivala na obaveze koje Ustav nameće državnim organima u slučaju upravljanja državnim imovinom. Evropski sud je pronašao da država nije pružila ubedljivo objašnjenje kojim bi javni interesi bili zadovoljeni njegovim iseljenjem.

br. 34369/97, presuda od 6. aprila 2000, stav 46; *Andrejeva v. Latvija* [VV], predstavka br. 55707/00, presuda od 18. februara 2009, stav 81.

411 *Andrle v. the Czech Republic*, predstavka br. 6268/08, presuda od 17. februara 2011.

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

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

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

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 ostvarenja 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.⁴¹⁵ Tako je diskreciono pravo manje kada su u pitanju neki posebno osetljivi osnovi (npr. rasa,⁴¹⁶ pol, seksualna orijentacija,⁴¹⁷ verska i nacionalna pripadnost,⁴¹⁸ nezakonito rođenje,⁴¹⁹ odnedavno i diskriminacija prema HIV osobama⁴²⁰), koji su čest i vrlo ozbiljan osnov diskriminacije, te je tada državi teže da dokaže postojanje legitimnog cilja kojim se opravdava diskriminatorni tretman, osim kada nema jedinstvenog stava evropskih država povodom nekog pitanja.

415 Videti *Petrovic v. Austria*, predstavka br. 20458/92, presuda od 27. marta 1998, stav 38.

416 U *Biao v. Denmark*, predstavka br. 38590/10, presuda od 25. marta 2014. Evropski sud raspravlja o tome šta se podrazumeva pod pojmom „rasa“.

417 Videti *L. and V. v. Austria*, predstavke br. 39392/98, 39829/98, presuda od 9. januara 2003; *Baczowski and Others v. Poland*, predstavka br. 1543/06, presuda od 3. maja 2007.

418 Videti *Gaygusuz v. Austria*, predstavka br. 17371/90, presuda od 16. septembra 1996.

419 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 3. oktobra 2000.

420 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 mogle da traže ispitivanje zatvorskih uslova ili mogućnost oslobađanja zbog zdravstvenog stanja, što je dovelo do kršenja Evropske konvencije. Takođe, u predmetu *Novruk and Others v. Russia*, predstavka 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 njenoj teritoriji.

Na primer, u poznatom slučaju *Istočnoafričkih Azijata*,⁴²¹ Ujedinjeno Kraljevstvo nije dozvolilo nastanjivanje 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.⁴²² 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.⁴²³ 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.⁴²⁴

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

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

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

423 *Isto*, stavovi 74–83.

424 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.

dokazivanja radi zaštite diskriminirane grupe.⁴²⁵ Tako Sud smatra da kada „statistički podaci za koje se pažljivim ispitivanjem proceni da su pouzdani i značajni“ predstavljaju očigledne dokaze da je do diskriminacije došlo, na državi je da pokaže da različito postupanje nije diskriminatorno, ali to ne znači da je nemoguće dokazati postojanje posredne diskriminacije i bez statističkih podataka.⁴²⁶

Ovo je posebno došlo do izražaja u predmetu *D. H. i drugi protiv Češke Republike*, gde je između 85 i 90 posto 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.⁴²⁷ 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.“⁴²⁸ Iako je Veliko veće na isti način rezonovalo u predmetu *Oršuš i drugi protiv Hrvatske*,⁴²⁹ 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 s devetogodišnjim sinom koji ima dansko državljanstvo. Podnosilac predstavke je došao u Dansku 1993, i nakon devet godina života u Danskoj, stekao je državljanstvo ove zemlje. Kada se oženio, njegova supruga je podnela zahtev za boravišnu dozvolu, koja je odbijena zbog pravila da danski državljanin ima pravo da se spoji s 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 zakoni- to duže od 28 godina. Podnosioci predstavke su smatrali da ovo pravilo

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

426 *Isto*, stav 188.

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

428 *Hoogendijk v. The Netherlands*, predstavka br. 58461/00, presuda od 6. januara 2005, stavovi 21-22.

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

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 s tim da ovo pravilo dovodi do posredne diskriminacije između danskih državljana danskog etničkog porekla i njenih državljana koji imaju drugo etničko poreklo.⁴³⁰ Međutim, većina sudija je ipak došla do zaključka da je u pitanju direktna razlika u tretmanu po osnovu „nekog drugog statusa“, odnosno dužine državljanstva,⁴³¹ 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,⁴³² 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.⁴³³

U jednom predmetu protiv Francuske, Evropski sud je pronašao kršenje člana 14 u vezi s 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.⁴³⁴ Podnosilac predstave je državljanin Obale Slonovače, koga je usvojio francuski državljanin i koji je u sedmoj godini oboleo od teškog fizičkog deformiteta. U dvadeset prvoj godini je podneo zahtev 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

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

431 *Isto*, stav 91. Za kritiku većinskog stava videti Joint Dissenting Opinion of Judges Sajó, Vučinić and Kūris, 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.

432 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.*

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

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

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.⁴³⁵ 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 demokratskom društvu, koje treba da bude zasnovano na pluralizmu i poštovanju različitih kultura.⁴³⁶ 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.⁴³⁷

U *Leon Madrid protiv Španije*, Sud je razmatrao praksu da u slučaju nesaglasnosti roditelja, dete automatski dobija očevo, pa majčino prezime.⁴³⁸ Razmatrajući da li je ovo razlikovanje opravdano, Sud je pošao od toga da su se od pedesetih godina prošlog veka u Španiji desile brojne društvene promene koje su imale za posledicu usklađivanje domaćeg prava s međunarodnim instrumentima i napuštanje patrijarhalnog koncepta porodice koji je preovladavao u prošlosti, ali ova odredba nije usklađena. Vlada je negirala postojanje diskriminacije, tvrdeći da bi ćerka podnosioca predstavke mogla, ako to želi, da promeni redosled svojih prezimena

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

436 *Isto*, stavovi 55, 58.

437 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 9. maja 2000. (Evropski sud je pronašao kršenje čl. 6, st. 1 Evropske konvencije zato 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).

438 *Leon Madrid v. Spain*, predstavka br. 30306/13, presuda od 26. oktobra 2010.

kada napuni 18 godina. Međutim, Sud je smatrao da ova dužina ima veliki uticaj na identitet ličnosti i njen život. Majka je od rođenja deteta svakodnevno patila od posledica diskriminacije izazvane nemogućnošću da promeni ime svog deteta, posebno zato što dete nije imalo kontakt s ocem. Tako je Sud zaključio da automatska priroda primene dotičnog zakona, koja je sprečila sudove da uzmu u obzir posebne okolnosti slučaja, nije bila opravdana Konvencijom, posebno što se pravna sigurnost može postići i drugim rešenjem.

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 u tretmanu opravdavaju različiti 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 s transseksualnošću.⁴³⁹ Podnositeljka predstavke želela je da njen novi rodni identitet bude priznat u zvaničnim dokumentima, kao što su pasoš i dokumenti o životnom osiguranju. Ujedinjeno Kraljevstvo je odbilo da zvanično prizna promenu njenog identiteta, a Evropski sud je smatrao da nacionalne vlasti imaju široko polje slobodne procene u ovoj oblasti.⁴⁴⁰ Međutim, Evropski sud je naveo da je svestan ozbiljnosti problema s 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 s naučnim i društvenim razvojem.⁴⁴¹ Upravo ovakav stav Suda došao je do izražaja u jednom sličnom predmetu protiv Ujedinjenog Kraljevstva iz 2002. godine, gde je Evropski sud odstupio od svoje ranije prakse i istakao da pitanje transseksualnosti 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 transseksualnost, uprkos činjenici da je ona u društvu sve više prihvaćena, pa tako ni ovo pitanje više ne spada u unu-

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

440 *Isto*, stav 42.

441 *Isto*, stav 47.

trašnje polje slobodne procene države.⁴⁴² Sud je posebno uzeo u obzir probleme s kojima se susreće lice koje je prilagodilo pol, a koje se ogleđa u nizu diskriminacionih praksi kojima je izloženo zato što se pravno još uvek tretira kao muškarac, a ne kao žena.⁴⁴³ 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.⁴⁴⁴ Drugim rečima, polje slobodne procene države može se s vremenom sužavati usled ujednačavanja prakse evropskih država povodom nekog pitanja, ili prihvatanjem sve fundamentalnijeg značaja nekog konkretnog pitanja, kao što je to bio slučaj s porodijskim odsustvom i za očeve.⁴⁴⁵

3.2 FIZIČKI I PSIHIČKI INTEGRITET LIČNOSTI

3.2.1 Pravo na život

Bez obezbeđenja prava na život, dostojanstva i slobode svakog ljudskog bića, kao i zaštite njegovog fizičkog i psihičkog 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. Pomenuti član predviđa da pravo na život mora biti zaštićeno zakonom, a ova obaveza države odnosi se i na donošenje krivičnopравnih 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 nameću privatna lica. Takođe, u slučaju lišenja nečijeg života, država mora sprovesti efikasnu istragu kako bi

⁴⁴² *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, predstavka br. 28957/95, presuda od 11. jula 2002.

⁴⁴³ *Isto*, stavovi 76-77.

⁴⁴⁴ *Isto*, stav 93. Videti i *Garçon and Nicot v. France*, predstavka br. 79885/12, presuda od 6. aprila 2017; *S. V. v. Italy*, predstavka br. 55216/08, presuda od 11. oktobra 2018; *Y. T. v. Bulgaria*, predstavka br. 41701/16, presuda od 9. jula 2020.

⁴⁴⁵ Videti *Petrovic v. Austria*, predstavka br. 156/1996/775/976, presuda od 28. februara 1998; *Konstantin Markin v. Russia*, predstavka br. 30078/06, presuda od 22. marta 2012; *Gruba and Others v. Russia*, predstavka br. 66180/08 *et al.*, presuda od 6. jula 2021.

se utvrdili detalji vezani za ovaj događaj i učinioci kaznili 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, udaljenja ili ekstradicije u zemlju u kojoj im pretila ozbiljna opasnost po život.

Iako je u članu 15, stav 2 Evropske konvencije pravo na život priznato kao apsolutno pravo (osim u slučaju smrti koja je uzrokovana zakonitim ratnim postupcima), član 2 sadrži inherentna ograničenja prava 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, u vreme kada su sve evropske države imale smrtnu kaznu u svojim sistemima, treba naglasiti da se s vremenom stav država članica Saveta Evrope menjao u vezi s tim pitanjem. 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 *Očalan protiv Turske* iz 2003, gde je istaknuto mišljenje Suda da nije potrebno doći do čvrstog zaključka u pogledu smrtne kazne u datom trenutku.⁴⁴⁶ 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 s ovom savremenom tendencijom, 2002. godine donet je 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.⁴⁴⁷ Danas je Belorusija poslednja evropska država koja je zadržala smrtnu kaznu jer se još uvek nalazi izvan sistema Saveta Evrope, dok je Rusija uvela moratorijum na kapitalnu kaznu pre više od 20 godina (1999. godine).

⁴⁴⁶ *Ocalan v. Turkey*, predstavka br. 46221/99, presuda od 12. marta 2003.

⁴⁴⁷ Protokol br. 13 stupio je na snagu 1. jula 2003.

3.2.1.1 Zabrana samovoljnog lišenja života

Prvi aspekt prava na život podrazumeva dve supstantivne obaveze: opštu obavezu da se pravo na život zaštiti zakonom, kao i zabranu namernog lišenja života. Drugim rečima, 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 radi 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 neće doći do kršenja člana 2 Evropske konvencije ukoliko je došlo do lišenja života u jednoj od ove tri situacije. U jednom predmetu protiv Rusije, mlađeg vojnika koji je bio na služenju obaveznog vojnog roka ubio je stariji vodnik pri pokušaju bekstva.⁴⁴⁸ Evropski sud je ustanovio da je u konkretnom slučaju došlo do povrede 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.⁴⁴⁹ 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 propuštenu priliku da se begunac uhapsi.⁴⁵⁰ O ovome se mora voditi računa, pošto ovlašćenja policije mogu biti vrlo široka i mogu ostavljati mogućnost slobodne

⁴⁴⁸ *Putintseva v. Russia*, predstavka br. 33498/04, presuda od 10. maja 2012.

⁴⁴⁹ *Nikolova and Velichova v. Bulgaria*, predstavka br. 7888/03, presuda od 20. decembra 2007.

⁴⁵⁰ *Nacova and Others v. Bulgaria*, predstavke br. 43577/98, 43579/98, presuda od 6. jula 2005.

procene u kojim se situacijama 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.⁴⁵¹ 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.⁴⁵²

Pitanje planiranja operacije koja je dovela do lišavanja života više puta je razmatrano pred Evropskim sudom. U jednom predmetu protiv Ujedinjenog Kraljevstva, Evropski sud je pronašao da su vojnici iskreno i razumno verovali da treba da ubiju osumnjičene kako bi sprečili detonaciju bombe.⁴⁵³ 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.⁴⁵⁴ 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 izgubilo 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 neposredne opasnosti, priznajući im široko polje slobodne procene. S druge strane, stroža ocena Suda postojaće za kasnije aktivnosti, kada su vlasti kontrolisale situaciju.⁴⁵⁵

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

452 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.

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

454 *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.

455 *Isto*, stav 214.

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.⁴⁵⁶ S druge strane, do povrede će doći ako je policija otvorila vatru na nepoznatu metu iza zatvorenih vrata, i to u rezidencijalnom delu grada.⁴⁵⁷ Uzeće se u obzir i nastupanje smrti kada je policija koristila posebne tehnike za hapšenje koje same po sebi nisu smrtno, ali je nastupio smrtni ishod, kao u slučaju smrti rođaka podnosioca predstave koji je imao mentalni invaliditet i preminuo je tokom policijske operacije od infarkta,⁴⁵⁸ odnosno kada je preminuo stariji pijani vozač koji je imobilisan tako što mu je glava dodirivala kolena.⁴⁵⁹

S druge strane, obaveza se odnosi i na operativce koji učestvuju u nekom napadu. Tako je u *Ribčeva i drugi protiv Bugarske* došlo do smrti specijaliste za postupanje s opasnim licima tokom planirane operacije. Sud je smatrao da su vlasti bile dužne da urade ono što se od njih razumno moglo očekivati da ga zaštite od rizika takve operacije.⁴⁶⁰

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 delotvornog odvratanja 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 konkretne situacije.⁴⁶¹ Povreda prava na život može se postaviti i u oblasti zdravstvene zaštite, kada država može odgovarati za akte ili propuste zdravstvenih radnika, ali samo ako je život pojedinca bio izložen opasnosti zbog odbijanja pružanja hitnog tretmana kojim je

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

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

458 *Boukrourou and Others v. France*, predstavka br. 30059/15, presuda od 16. novembra 2017.

459 *Semache v. France*, predstavka br. 36083/16, presuda od 21. juna 2018.

460 *Ribcheva and Others v. Bulgaria*, predstavke br. 37801/16 *et al.*, presuda od 30. marta 2021.

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

život mogao biti spašen, ili kada postoji sistemska ili strukturna disfunkcija u bolničkim službama koja je za posledicu imala lišenje pristupa hitnom tretmanu koji spasava živote, a gde su nadležni znali ili je trebalo da znaju za taj rizik, a nisu preduzeli ništa da taj rizik spreče.⁴⁶² U toj situaciji moraju biti ispunjeni odgovarajući uslovi: da je akt ili propuštanje zdravstvenih radnika više od proste greške ili nepažnje; da je postojala sistemska ili strukturalna greška koja se može pripisati državnim organima; da postoji veza između greške i štete koju je lice pretrpelo; i greška mora dovesti do propusta države da ispuni obavezu obezbeđenja adekvatnog regulatornog okvira.⁴⁶³

Dakle, obaveza zaštite života konkretnog lica postojaće kada je država znala, ili mogla znati, da postoji realna i neposredna opasnost po život konkretnog lica, a propustila je da preduzme odgovarajuće mere u okviru svojih nadležnosti kako bi izbegla taj rizik.⁴⁶⁴ 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.⁴⁶⁵ 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 dovelo 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.⁴⁶⁶ Takođe, u *Tkelidže protiv Gruzije*, organi za sprovođenje zakona uporno nisu preduzimali korake koji su mogli da ublaže štetu ili promene tragični ishod. Uprkos raznim zaštitnim merama koje su bile dostupne, vlasti nisu uspele da spreče rodno zasnovano nasilje i smrtni ishod ćerke podnositeljke predstavke. Sud je posebno naglasio da se neaktivnost policije u ovom slučaju može smatrati sistemskim propustom i da je postojala neodložna potreba da se sprovede istraga o tome da je rodna diskriminacija bila uzrok propusta u preduzimanju adekvatnih mera.⁴⁶⁷

462 *Aydoğdu v. Turkey*, predstavka br. 40448/06, presuda od 30. avgusta 2016.

463 *Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal (VV)*, predstavka br. 56080/13, presuda od 19. decembra 2017, stavovi 191–196.

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

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

466 *Isto*, stav 147.

467 *Tkheldize v. Georgia*, predstavka br. 33056/17, presuda od 8. jula 2021.

Ova obaveza podrazumeva i preduzimanje razumnih mera kako bi se osigurala bezbednost pojedinaca na javnim mestima, kao u slučaju supruge podnositeljke predstavke koji je preminuo nakon što ga je udarilo drvo u lečilištu.⁴⁶⁸ Ipak, odgovornost države za nebezbednost na javnim mestima neće postojati uvek, kao kada postoji pogrešna procena pojedinca ili nemar i nedostatak koordinacije među profesionalcima.⁴⁶⁹

Takođe, država neće biti odgovorna ni ukoliko nije mogla da predvidi sve okolnosti slučaja. Naime, u jednom predmetu protiv Azerbejdžana, supruge podnosioca predstavke zapalila se kao odgovor na operaciju policije da ih iseli iz zgrade u kojoj su nelegalno živeli.⁴⁷⁰ 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.⁴⁷¹ Takođe, država ne može garantovati svakom pojedincu apsolutni nivo zaštite u svakoj aktivnosti koja može ugroziti njegov život, posebno kada i samo lice snosi odgovornost za incident jer je sebe izložilo opasnosti.⁴⁷²

Postojanje pozitivnih obaveza iz člana 2, stav 1 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 otac izložen kao član vazdušne flote.⁴⁷³ Evropski sud je znatno proširio ovu obavezu u jednom predmetu protiv Turske, namećući obavezu državi za sve aktivnosti, „bilo da su javne ili ne, zbog kojih može biti dovedeno u pitanje pravo na život“.⁴⁷⁴ Ova obaveza postojaće i u odnosu na prirodne nepogode, kao i u

468 *Ciechońska v. Poland*, predstavka br. 19776/04, presuda od 14. juna 2011, stav 67.

469 *Smiljanić v. Croatia*, predstavka br. 35983/14, presuda od 25. marta 2021.

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

471 Videti, na primer, *Jasinskis v. Latvia*, predstavka br. 45744/08, presuda od 21. decembra 2010; *Tekin and Arslan v. Belgium*, predstavka br. 37795/13, presuda od 5. septembra 2017.

472 *Çakmak v. Turkey*, predstavka br. 34872/09, odluka od 21. novembra 2017.

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

474 *Oneryildiz v. Turkey* (VV), prestavka br. 48939/99, presuda od 30. novembra 2004, stav 72.

odnosu na opasne aktivnosti, uključujući i industrijske i ekološke katastrofe, kada se od države traži da obezbedi odgovarajući odgovor na poznati rizik, koji se posebno odnosi na odgovarajući sistem upozorenja.⁴⁷⁵ 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 upotrebljene od strane državnih agenata,⁴⁷⁶ i mora rezultirati identifikovanjem učinilaca i njihovim kažnjavanjem. Tako glavni cilj istrage mora biti obezbeđenje delotvorne primene domaćih zakona koji štite pravo na život, odnosno obezbeđenje odgovornosti državnih agenata kada su odgovorni za nečiju smrt.⁴⁷⁷

U jednom predmetu protiv Holandije, Evropski sud je dalje obrazložio proceduralnu obavezu države u odnosu na član 2 Evropske konvencije.⁴⁷⁸ Tako Sud navodi da delotvorna istraga podrazumeva dva elementa: 1) mora biti adekvatna, odnosno mora voditi ka 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 institucionalne veze, tako i praktičnu nezavisnost.

Sud ide korak dalje i objašnjava da delotvorna istraga podrazumeva njeno preduzimanje od strane nezavisnog tela na osnovu objektivnih dokaza, a istraga mora voditi ka utvrđivanju da li je upotrebljena sila opravdana u okolnostima slučaja, te identifikaciji i na kraju kažnjavanju odgovornih. Posebno se insistira 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 ana-

⁴⁷⁵ Videti, na primer, *Budayeva and Others v. Russia*, predstavka br. 15339/02 et seq., presuda od 20. marta 2008; *M. Özel and Others v. Turkey*, predstavke br. 14350/05 et al., presuda od 17. novembra 2015.

⁴⁷⁶ *MccCann v. UK* (1995), stav 161.

⁴⁷⁷ *Angelova v. Bulgaria*, predstavka br. 38361/97, presuda od 13. juna 2002, stav 137; *Jasinski v. Latvia* (2010), stav 72.

⁴⁷⁸ *Ramsahai and Others v. the Netherlands*, predstavka br. 52391/99, presuda od 15. maja 2007.

lizu kliničkih nalaza, uključujući i uzrok smrti.⁴⁷⁹ I ekshumacija može biti deo delotvorne istrage i može se zahtevati uprkos protivljenju porodice kada je to neophodno da bi se utvrdile sve okolnosti smrtnog ishoda.⁴⁸⁰

Takođe, delotvorna istraga podrazumeva i blagovremeno sprovođenje,⁴⁸¹ 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 predstavke su mogli samo tri dana da prisustvuju ispitivanju.⁴⁸² 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.⁴⁸³ Konačno, delotvorna istraga podrazumeva i obavezu izvršenja sankcije bez odlaganja, koja se posmatra kao integralni deo proceduralne obaveze države iz člana 2 Konvencije.⁴⁸⁴

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. Ova obaveza posebno je naglašena u *Načova protiv Bugarske*,⁴⁸⁵ kao i *Angelova i Ilijev protiv Bugarske*,⁴⁸⁶ ali i u *Mižigarova protiv Slovačke*.⁴⁸⁷

Obaveza sprovođenja delotvorne istrage postoji i u slučaju prisilnih nestanaka. Ovo je Evropski sud posebno naglasio u jednom predmetu protiv Hrvatske, gde je lice nestalo nakon što ga je uhapsila policija.⁴⁸⁸

479 Videti, na primer, *Salman v. Turkey*, predstavka br. 21986/93, presuda od 27. juna 2000.

480 *Solska and Rybicka v. Poland*, predstavke br. 30491/17 i 31083/17, presuda od 20. septembra 2018, stavovi 120-121.

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

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

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

484 *Akeliéné v. Lithuania*, predstavka br. 54917/13, presuda od 16. oktobra 2018.

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

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

487 *Mižigarová v. Slovakia*, predstavka br. 74832/01, presuda od 14. decembra 2010.

488 *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.

Evropski sud je pronašao da je ispitivanje događaja tokom rata koji se desio devedesetih 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.⁴⁸⁹

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, čija je zaštita 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 ekstenzivnoj 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 minimalan stepen surovosti potreban da bi se podveo pod član 3, zavisice od svih okolnosti slučaja. Evropski sud uzima u obzir sledeće elemente: 1) trajanje samog postupka; 2) fizičke elemente postupka; 3) mentalne, psihičke elemente postupka, kao i 4) pol, starost i zdravlje žrtve o kojoj je reč.

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*,

489 *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.

Sud naglašava da „čak i 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“⁴⁹⁰ Ovaj princip je ponovljen u mnogim presudama, ali je posebno naglašen u slučaju *Sadi*, gde je Veliko veće ukazalo da član 3 zadržava svoj apsolutni karakter, bez obzira na ponašanje konkretnog lica, prirodu krivičnog dela i eventualne pretnje po bezbednost konkretne države.⁴⁹¹

Takođe, ovo pravo podrazumeva ne samo uzdržavanje od nametanja psihičkog ili fizičkog bola već nameće i pozitivne obaveze, isto kao i član 2 Evropske konvencije. Ovo je posebno naglašeno u 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.⁴⁹² 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 umanjenjem povrede, na primer, sprečavanje rđavog postupanja od strane javnih tela, privatnih lica ili staranjem o poboljšanju uslova ili nege.⁴⁹³

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

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,⁴⁹⁴ ali vodeći autoritet u određivanju ovog pojma ima presuda u tzv. *Irskom slučaju*.⁴⁹⁵ 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

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

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

492 *Pretty v. UK* (2002).

493 *Isto*, stav 55.

494 *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.

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

republikanske armije (IRA). Taj tretman odnosio se, pre svega, na „pet tehnika ispitivanja“ primenjivanih od strane britanskih vlasti u Irskoj.⁴⁹⁶ 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 prouzrokuje vrlo ozbiljne i surove patnje.⁴⁹⁷

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 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.⁴⁹⁸

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) s određenim ciljem poput prikupljanja informacija, kažnjavanja ili zastrašivanja. Dakle, ova definicija mučenja prilično je apstraktna i ne poziva se ni na kakav po-

496 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 i pronalazak počinioca u 85 do tada nerazjašnjenih kriminalnih radnji. *Irski slučaj*, stav 98.

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

498 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.

seban 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 s ciljem, *inter alia*, dobijanja informacije, kažnjavanja ili zaplašivanja.”⁴⁹⁹ 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.⁵⁰⁰ Tako se „mučenje” i „nehumano” postupanje razlikuju po jačini prouzrokovane patnje i svrsi radi koje je takva patnja naneta.

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,⁵⁰¹ 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, anksioznosti nastale zbog propusta da se preduzme odgovarajuća istraga.⁵⁰²

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 poni-

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

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

501 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.

502 B. Rainey, E. Wicks, C. Ovey, *Op. cit.*, 174-175.

žavajućeg postupanja,⁵⁰³ niti namera da se neko ponizi.⁵⁰⁴ 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.⁵⁰⁵ 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 period živele u štalama i drugim neprilagođenim objektima.⁵⁰⁶

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. 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 preuzmu delotvornu istragu i otkriju sve relevantne činjenice takvog postupanja. Ta istraga treba da vodi identifikovanju i kažnjavanju onih koji su za takvo postupanje odgovorni.⁵⁰⁷ 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.⁵⁰⁸

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

504 *Peer v. Greece*, predstavka 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.

505 *V. v. UK*, predstavka 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.

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

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

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

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.⁵⁰⁹ Sud je u ovom slučaju istakao da zadržavanje lica *incomunicado* (bez službenih beležaka i procesnopravnih 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.⁵¹⁰ Da bi takvo objašnjenje moglo biti pruženo, država je dužna da sprovede efikasnu istragu radi utvrđivanja verodostojnosti iskaza o zlostavljanju. Kako je Komisija istakla, država je *moralno* odgovorna za svako lice koje je lišeno slobode, pošto je ono u potpunosti u rukama policije (kurziv naš). Za sve povrede koje nastanu tokom pritvora, vlada je dužna da predstavi dokaze koji bacaju sumnju na izjave žrtve.⁵¹¹

U *Mikejev protiv Rusije*, Evropski sud je podvukao da istraga za ozbiljne navode o zlostavljanju mora biti temeljna, brza i nezavisna.⁵¹² Važno je da Sud smatra da ova obaveza postoji kad god se javi ozbiljna sumnja da je došlo do zlostavljanja, bez obzira na činjenicu 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,⁵¹³ 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

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

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

511 *Isto*, stavovi 31, 34.

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

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

Sud istakao da u ovakvim slučajevima nije dovoljno samo obezbediti kompenzaciju žrtvama, već i osuditi odgovorne.⁵¹⁴ 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.⁵¹⁵

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 metodama ispitivanja i iznuđivanjem priznanja. Iako je u mnogim presudama Sud našao da nema povrede člana 3 Konvencije,⁵¹⁶ ipak je veći broj predmeta u kojima je ta povreda ustanovljena.⁵¹⁷

Prvi slučaj povrede člana 3 u vidu mučenja u policijskom pritvoru bio je slučaj *Aksoj*.⁵¹⁸ 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.⁵¹⁹

Pitanjem nehumanog i ponižavajućeg tretmana tokom policijskog pritvo-

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

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

516 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.

517 Videti, na primer, *Vezenadaroglu 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.

518 *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.

519 *Aksoj v. Turkey*, stav 61.

ra, Sud se bavio u velikom broju slučajeva. U slučaju *Tomas*⁵²⁰ lice je uhapšeno u svojoj radnji zbog sumnje da je učestvovalo u napadu za koji je optužen Korzikanski oslobodilački nacionalni front,⁵²¹ a u policijskom pritvoru zadržano 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 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 ono moglo naneti samom sebi.⁵²² 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.⁵²³

Pitanje povrede člana 3 Evropske konvencije može postojati i u slučaju stavljanja lica u samicu, posebno ukoliko je reč o potpunoj izolaciji koja može uništiti ličnost, i koja predstavlja nehuman tretman koji ne može biti opravdan razlozima bezbednosti.⁵²⁴ Sud priznaje da će nekad biti prihvatljivo da lice provede neko vreme u samici, ali ova mera ne može biti izrečena na neodređeno vreme.⁵²⁵ Tako je Sud u dva slučaja protiv Poljske pronašao povredu člana 3 Konvencije jer su lica nekoliko godina provela u izolaciji.⁵²⁶

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 zatvorenicima pravdati nedostatkom materijalnih sredstava. Lica lišena slobode imaju pravo na kontakt s porodicom, advokatom, lekarom i sudskim organima, a iskustvo pokazuje da je ovaj kontakt od izuzetne važnosti kao zaštita od raznih oblika zlostavljanja i

⁵²⁰ *Tomas* v. *France*, predstavka br. 12850/87, presuda od 27. avgusta 1992.

⁵²¹ Ovo je bio pokret koji se borio za otcpljenje od Francuske i dobijanje nezavisnosti, pa je dekretom raspušten.

⁵²² *Isto*, stav 110.

⁵²³ *Isto*.

⁵²⁴ 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.

⁵²⁵ *Ramirez v. Sanchez*, predstavka br. 59450/00, presuda od 4. jula 2006.

⁵²⁶ *Piechowitz v. Poland*, predstavka br. 20071/07, presuda od 17. aprila 2012; *Horych v. Poland*, predstavka br. 13621/08, presuda od 17. aprila 2012.

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 slučaju *Očalan*, optuženi je otežano kontaktirao sa svojim advokatima. Prvo, dozvoljen 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. Dalje, 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.⁵²⁷ Očalan je bio jedini zatvorenik na ostrvu. Takođe, primenjene su pomenute restrikcije u kontaktu s 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.⁵²⁸ Evropski sud je istakao da država mora obezbediti da uslovi u kojima se lice lišeno slobode nalazi budu u skladu s ljudskim dostojanstvom. Isto tako, način i metod izvršenja mere ne smeju izložiti lice bolu ili tegobi, koji su takvog intenziteta da prelaze neizbežan stepen patnje koji je inherentan samom kažnjavanju.⁵²⁹ Uslovi moraju biti takvi da obezbeđuju zatvoreniku zdravlje i blagostanje, između ostalog, pružajući mu i potrebnu medicinsku pomoć.⁵³⁰ 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.⁵³¹ 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*,⁵³² posebne okolnosti poput oštine same mere, njeno trajanje, cilj kojem služi i posledice koje ima po konkretno lice.⁵³³

⁵²⁷ *Ocalan v. Turkey*, stav 25.

⁵²⁸ *Isto*, stav 229.

⁵²⁹ *Isto*, stav 231.

⁵³⁰ *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.

⁵³¹ *Isto*, stav 232.

⁵³² *Lorse and Others v. Netherlands*, predstavka br. 52750/99, presuda od 4. februara 2003.

⁵³³ 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.

U slučaju *Kalašnjikov*,⁵³⁴ Sud se bavio samim zatvorskim uslovima.⁵³⁵ Naime, osoba osuđena za proneveru zatvorena je u ćeliju veličine 17 kvadratnih metara, gde je bilo smešteno osam uzanih kreveta. Međutim, gotovo stalno je tu bilo zatvoreno oko 24 osobe, 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.⁵³⁶ Sanitarni deo u uglu ćelije smešten je tako da nije pružao nimalo 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.⁵³⁷ 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 noktiju na nogama i rukama.⁵³⁸ 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 zatvorske uslove koje mogu da obezbede 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.⁵³⁹ Na osnovu podnosiocevih navoda, proizlazi da je svaki zatvorenik imao samo od 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 3.⁵⁴⁰ Takođe, konstantno svetlo i buka doveli su do lišavanja sna zatvorenika, što je moralo prouzrokovati ozbiljno fizičko i psihičko opterećenje za podnosioca. Dalje, Sud raspravlja i o ostalim uslovima koji su navedeni i dolazi do sličnih zaključaka. Iako nije pronašao nameru vlasti da se konkretno lice unizi ili ponizi, Sud je smatrao da uslovi zatvaranja kojima je ono bilo izloženo četiri godine i deset meseci

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

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

536 *Isto*, stav 14.

537 *Isto*, stav 16.

538 *Isto*, stav 18.

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

540 *Isto*.

jesu prouzrokovali znatnu duševnu patnju, utičući loše na njegovu ljudsko dostojanstvo i pobuđujući ista ona osećanja koja prate uniženje i poniženje.⁵⁴¹

3.2.2.5 Zabrana proterivanja

U najvećem broju slučajeva rizik od zlostavljanja dolazi od države na čijoj se teritoriji 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 zabrane proterivanja (*non-refoulement*),⁵⁴² postao je izuzetno 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 pretila opasnost od zlostavljanja u zemlji porekla.⁵⁴³

U slučaju *Zering protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁵⁴⁴ 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.⁵⁴⁵ Tako sama pretnja, koja u ovom slučaju ima karakter izgledne

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

542 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” 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.

543 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.

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

545 S druge strane, britanska vlada branila se time da član 3 ne treba tumačiti tako da on

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.⁵⁴⁶

U *Kruz Varas*,⁵⁴⁷ 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 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 su morale biti poznate u vreme proterivanja.⁵⁴⁸ Ipak, to neće sprečiti Sud da razmatra i informacije koje dobije kasnije.⁵⁴⁹
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*,⁵⁵⁰ 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.“⁵⁵¹ U *Šahal*, Evropski sud je naglasio da se apsolutni karakter člana 3 Konvencije primenjuje i u slučaju proterivanja, ne uzimajući u obzir aktivnosti pojedinca

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 protivi se zajedničkom i legitimnom interesu država da kriminalce izvedu pred lice pravde. *Isto*, stavovi 82–84.

⁵⁴⁶ *Isto*, stav 98.

⁵⁴⁷ *Cruz Varas v. Sweden*, predstavka br. 15576/89, presuda od 20. marta 1991.

⁵⁴⁸ *Isto*, stav 76.

⁵⁴⁹ *Isto*.

⁵⁵⁰ *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.

⁵⁵¹ *Vilvarajah*, stav. 108

u pitanju prilikom samog odlučivanja, ma koliko one bile opasne ili ne-poželjne.⁵⁵² Ovakav stav potvrđen je i u slučaju *Ahmed*.⁵⁵³

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 1997.⁵⁵⁴ Ovde je odlučeno da podnosilac 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.⁵⁵⁵ 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.⁵⁵⁶ 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.⁵⁵⁷ 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*,⁵⁵⁸ Sud je bio oprezan kod pravljenja razlike između „izvanrednih okolnosti“ u D. (poslednja faza

552 *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.

553 *Ahmed v. Austria*, predstavka br. 25964/94, presuda od 17. decembra 1996. U ovom slučaju je gospodinu Ahmedu, somalijskom 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 preti stvarna opasnost od lošeg postupanja u Somaliji, krivični dosije je nebitan u smislu njegove zaštite od deportovanja u kontekstu člana 3 Konvencije.

554 *D. v. UK*, predstavka br. 146/96, presuda od 2. maja 1997.

555 *Isto*, stav 40.

556 *Isto*, stav. 49.

557 *Isto*, stav. 52.

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

bolesti, nepostojanje medicinske zaštite i pomoć porodice) i onih koji su postojali u potonjem slučaju,⁵⁵⁹ 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.⁵⁶⁰ Znači, mora postojati dovoljno jasan rizik da će doći do ubrzanog pogoršanja medicinskog stanja da bi postojalo kršenje člana 3 Konvencije u ovom kontekstu.

U poslednjoj deceniji 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 slučaju *M. S. S. protiv Belgije i Grčke*,⁵⁶¹ 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.⁵⁶² S druge strane, do povrede člana 13 Evropske konvencije došlo je zbog postojanja nepravilnosti u samoj proceduri azila.⁵⁶³ 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 s članom 3 Evropske konvencije.⁵⁶⁴ Takođe, u jednom predmetu protiv Švajcarske, Evropski sud je pronašao kršenje člana 3 Evropske konvencije jer su švajcarske vlasti odbile da ispituju 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.⁵⁶⁵ S druge strane, u *A. M. E. protiv Holandije*, Evropski sud je pronašao

⁵⁵⁹ Isto, stav. 40.

⁵⁶⁰ Isto.

⁵⁶¹ *M. S. S. v. Belgium and Greece*, predstavka br. 30696/09, presuda od 21. januara 2011.

⁵⁶² Isto, stavovi 223–234, 249–264.

⁵⁶³ Isto, 294–320.

⁵⁶⁴ Isto, stav. 396.

⁵⁶⁵ *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.

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.⁵⁶⁶

3.2.3 Zabrana ropstva

Član 4 Evropske konvencije štiti pojedinca od ropstva i ropskog položaja.⁵⁶⁷ Ovaj član, zajedno s članom 2 i 3 Konvencije, štiti jednu od fundamentalnih vrednosti u demokratskim društvima.⁵⁶⁸ 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 je reč o „živom“ instrumentu koji se mora tumačiti u svetlu 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.⁵⁶⁹

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 ropskom položaju.⁵⁷⁰

3.2.3.1 Zabrana ropstva ili ropskog položaja

Član 4, stav 1 Evropske konvencije zabranjuje ropstvo i ropski položaj, pod kojim se podrazumevaju „posebno ozbiljni“ oblici „poricanja slobode“, kako je to istakao Evropski sud u slučaju *Van Drugenbroek protiv Belgije* iz 1982.⁵⁷¹ 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 Drugenbroek*, podnosilac predstavke koji je stavljen pod nadzor upravnih vlasti zbog povrata,

⁵⁶⁶ *A. M. E. v. the Netherlands*, predstavka br. 51428/10, presuda od 5. februara 2015.

⁵⁶⁷ *Stummer v. Austria* [VV], predstavka br. 37452/02, presuda od 7. jula 2011, stav 116.

⁵⁶⁸ *Isto*.

⁵⁶⁹ *Siliadin v. France*, predstavka br. 73316/01, presuda od 26. jula 2005, stav 121.

⁵⁷⁰

⁵⁷¹ *Van Droogrnbroeck v. Belgium*, predstavka br. 7906/77, presuda od 24. juna 1982, stav 58.

tvrdio je da ova vrsta nadzora predstavlja ropski 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.⁵⁷² 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 devet godina tražila su da napuste službu iz različitih razloga, ali su ih vlasti odbile. Oni su naveli da se zbog toga nalaze u ropskom 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.⁵⁷³

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.⁵⁷⁴

Tako je u slučaju *Silijadin*, 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 njihovo dvoje dece do porođaja gospođe B. Gospođica Silijadin je, međutim, postala njihova kućna pomoćnica i radila je 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“⁵⁷⁵ Primenjujući ovu definiciju na konkretan slučaj, Evropski sud je pronašao

⁵⁷² *Isto*, stav 9.

⁵⁷³ *W., X., Y. and Z. v. the United Kingdom*, predstavke br. 3435–38/67, presuda od 19. jula 1968.

⁵⁷⁴ *C. N. and V. v. France*, predstavka br. 67724/09, presuda od 11. septembra 2012, stav 90.

⁵⁷⁵ *Silijadin v. France*, stav 122.

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'“.⁵⁷⁶

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“.⁵⁷⁷ Evropski sud je ukazao na sudsku praksu iz koje proizlazi da „ropski položaj“ podrazumeva obavezu pružanja nečijih usluga koja se nameće sredstvima prinude, što treba dovesti u vezu s konceptom „ropstva“.⁵⁷⁸ Sud je u konkretnom slučaju pronašao postojanje ropskog položaja.⁵⁷⁹ Kako je ropski 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.⁵⁸⁰

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.⁵⁸¹ U tom slučaju, podnositeljka predstavke, maloletno siroče iz Burundija, prisiljena je da u ujako-voj kući obavlja aktivnosti koje su prevazilazile okvir porodične pomoći i

⁵⁷⁶ Isto, stav 122.

⁵⁷⁷ Isto, stav 123.

⁵⁷⁸ Isto, stav 124; Videti i *Seguin protiv Francuske*, predstavka br. 400/98, presuda od 7. marta 2000.

⁵⁷⁹ 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.

⁵⁸⁰ C. N. and V. v. France, stav 91.

⁵⁸¹ Isto, stavovi 90–94; C. N. v. the United Kingdom, predstavka br. 4239/08, presuda od 13. novembra 2012, stav 80.

kohabitacije, posebno imajući u vidu prirodu i obim posla – obavljala je sve kućne poslove, vodila je brigu o bratu od ujaka koji je osoba s 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.⁵⁸²

Ipak, u predmetu *M. i drugi protiv Italije i Bugarske*, Evropski sud je odstupio od ove prakse jer je zahtevao stroži standard dokazivanja – izvan razumne sumnje (*beyond reasonable doubt*) kako bi se utvrdila povreda člana 4 Evropske konvencije. U ovom predmetu podnosioci predstavke 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 da daju pristanak da se njihova ćerka uda za njegovog rođaka. Ćerka je stavljena pod stalni nadzor, primorana je da krade protivno svojoj volji, prećeno joj je smrću i bila je silovana. Podnosioci predstavke su tvrdili da je njihova ćerka 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 ako se pretpostavi da je otac devojčice primio novac zbog ugovorenog braka, ta činjenica ne bi mogla da se prihvatiti kao cena koja se traži kod prenosa vlasništva. Tako Sud ističe da brak ima duboke socijalne i kulturne konotacije koje se znatno razlikuju od konkretnog društva i da se plaćanje može razumno prihvatiti kao poklon jedne porodice drugoj, koji tradicionalno postoji u nekim kulturama.⁵⁸³ 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.⁵⁸⁴ Ipak, Evropski sud sasvim ispravno zaključuje da je trgovina

⁵⁸² *Isto*, stav 74.

⁵⁸³ *M. and Others v. Italy and Bulgaria*, predstavka br. 40020/03, presuda od 31. jula 2012, stav 161.

⁵⁸⁴ Razloge za ovo treba tražiti u činjenici da je uzor za donošenje Evropske konvencije predstavljala Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima iz 1948, koja ne predviđa tr-

ljudima obuhvaćena članom 4 Evropske konvencije, bez posebnog ispitivanja da li se konkretne radnje mogu podvesti pod ropstvo, ropški položaj ili prinudni rad.⁵⁸⁵ 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.

Sud se u tumačenju domašaja člana 4 oslanja na član 4 (a) Konvencije Save-ta Evrope o borbi protiv trgovine ljudima, koja trgovinu ljudima određuje kao moderan oblik nekada široko rasprostranjenog oblika ropstva u vidu trgovine robljem.⁵⁸⁶ Takođe, Sud se oslanja i na član 3 (a) Protokola za pre-veciju, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudskim bićima, naročito ženama i decom, koji je donet uz Konvenciju Ujedinjenih nacija protiv transnacio-nalnog organizovanog kriminala iz 2000.⁵⁸⁷ U slučaju *Silijadin*, Evropski sud izričito navodi da je za određivanje pojmova važno konsultovati međuna-rodne konvencije. U konkretnom slučaju, od značaja su upravo „kriterijumi utvrđeni od strane Ujedinjenih nacija i Saveta Evrope za identifikaciju sa-vremenih oblika ropstva i ropskog položaja, koji su tesno povezani s trгови-nom ljudskim bićima, kao i međunarodno priznata potreba da se deci pruži posebna zaštita zbog njihovog uzrasta i ranjivosti“.⁵⁸⁸

Ovo je jasno potvrđeno u slučaju *Rancev protiv Rusije i Kipra*, gde je Sud zauzeo stav da trgovina ljudima ugrožava ljudsko dostojanstvo i funda-mentalne slobode i da ne može biti u skladu s demokratskim društvima i vrednostima koje se štite Evropskom konvencijom.⁵⁸⁹ Sud pronalazi da je trgovina ljudima zasnovana na vršenju ovlašćenja, koja su svojstvena prau svojine.⁵⁹⁰ U ovom predmetu, Oksana Ranceva, državljanka Rusije, sti-gla je na Kipar na osnovu „umetničke“ vize, zbog rada u jednom kabareu

govinu ljudima. Videti *Rantsev v. Cyprus and Russia*, predstavka br. 25965/04, presuda od 7. januara 2010, stav 277.

585 *Isto*, stav 279. Zbog ovakvog pristupa neki autori smatraju da je Evropski sud još više zamaglio odgovor na pitanje gde se, s 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.

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

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

588 *Silijadin v. France*, stav 91.

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

590 *Isto*, stav 281.

u Limasolu. U jednom trenutku, htela je da odustane od rada u kabareu. Desetak dana nakon toga, vlasnik kabarea odveo ju 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 usled pada s 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.

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 s 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.⁵⁹¹

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 nemogući ili nesrazmeran teret vlastima.⁵⁹² Taj teret bi postojao ukoliko vlasti ne bi imale indicija koje ukazuju na to da je konkretno lice žrtva trgovine ljudima, niti je slučaj prijavljen policiji.⁵⁹³ Kada pak takve indici-

⁵⁹¹ *Isto*, stavovi 290–293.

⁵⁹² *Rantsev v. Cyprus and Russia*, stav 287.

⁵⁹³ Videti, na primer, *V. F. v. France*, predstavka br. 7196/10, presuda od 29. novembra

je postoje, vlasti su obavezne da sprovedu delotvornu istragu koja vodi ka identifikaciji i kažnjavanju lica, a koja podrazumeva i prekograničnu saradnju.⁵⁹⁴

Takođe, sprovođenje proceduralnih obaveza u pogledu trgovine ljudima došlo je do izražaja u jednom predmetu protiv Grčke. 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 prostituciju kako bi mu isplatila dug za ovu uslugu u iznosu od 40.000.⁵⁹⁵ Ona je više puta hapšena zbog prostitucije i povrede zakona koji reguliše ulazak i boravak stranaca. Dok je čekala na izvršenje mere udaljenja s 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 u tome 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.

Ono što se može zaključiti iz prethodnih predmeta jeste da država nema samo obavezu da se uzdrži od povrede člana 4, stav 1 Evropske konvencije već ima i pozitivne obaveze koje su po svojoj prirodi supstantivne i proceduralne. U prvu grupu bi spadala obaveza izmene zakonodavnog i upravnog okvira i obaveza preduzimanja operativnih mera, dok treći aspekt podrazumeva proceduralnu obavezu sprovođenja istrage.⁵⁹⁶ Proceduralni aspekt je posebno naglašen u *S. M. protiv Hrvatske*, gde je podnositeljka predstavke tvrdila da ju je bivši policajac primorao na prostituciju.⁵⁹⁷ Iako je dobila status potencijalne žrtve trgovine, domaći

2011.

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

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

596 *S. M. v. Croatia (VV)*, predstavka br. 60561/14, presuda od 25. juna 2020.

597 *Isto*, stav 306.

sud ga je oslobodio krivice zbog nedostatka dokaza da je učinio krivično delo podvođenja. Veće Evropskog suda je smatralo da je došlo do kršenja proceduralne obaveze države da sprovede istragu i krivični postupak.⁵⁹⁸ Veliko veće je ponovilo da trgovina ljudima spada pod član 4 Konvencije kada ima sva tri elementa koja čine ovo krivično delo: radnju, sredstvo i eksploataciju. Sud je uzeo u obzir da je pretresom prostorija i vozila T. M. otkriven određeni broj dokaza, ali vlasti nisu do kraja utvrdile pravu prirodu njihovog odnosa i sredstva prinude koja je T. M. upotrebio prema podnositeljki predstavke. Sud je posebno uzeo u obzir to da domaće vlasti nisu preduzele istražne radnje kao što je ispitivanje komšija, vlasnika stana u kome je njih dvoje živelo, majku podnositeljke i druga lica koja su mogla posvedočiti o njihovom odnosu. Tako vlasti nisu sprovele ni delotvornu istragu da bi rasvetlile okolnosti ovog slučaja, a koja je bila bazirana samo na izjavama podnositeljke predstavke, bez uzimanja u obzir mogućeg uticaja psihološke traume na njenu sposobnost da konzistentno i jasno ukaže na okolnosti njene eksploatacije.

S druge strane, pitanje adekvatnog zakonodavnog okvira izuzetno je važno jer može dovesti do povrede člana 4, stav 1 Evropske konvencije jer postupak nije bio delotvoran da kazni učinioce trgovine ljudima, niti da spreči njegovo izvršenje. Ovo će posebno doći do izražaja u situacijama kada nije uvedeno posebno krivično delo trgovine ljudima, ili ono poznaje samo neke oblike ovog krivičnog dela, ili kada se široko upotrebljava institut zastarelosti koji dovodi do okončanja postupka.⁵⁹⁹ Države treba da uvedu posebne institute kada je reč o maloletnim žrtvama trgovine ljudima kako bi prilagodile mere koje primenjuju.⁶⁰⁰ Tako je, na primer, u predmetu *N. C. protiv Turske*, Evropski sud pronašao da su vlasti propustile da pruže podršku maloletnoj podnositeljki predstavke, da je zaštite od optuženih, da su imale nepotrebne rekonstrukcije događaja u vezi sa silovanjem, da su ponavljale medicinsko ispitivanje, kao i da nisu obezbedile pristojno, mirno i bezbedno okruženje tokom saslušanja.⁶⁰¹ Postupak je takođe trajao nerazumno dugo, a zajedno sa još nekim propustima vlasti su izložile lice sekundarnoj viktimizaciji, te zbog svega iznetog nisu zaštitile dete koje je bilo žrtva seksualne eksploatacije i zlostavljanja.

598 *S. M. v. Croatia*, predstavka br. 60561/14, presuda od 19. jula 2018.

599 *T. I. and Others v. Greece*, predstavka br. 40311/10, presuda od 18. jula 2019.

600 *A. I. v. Italy*, predstavka br. 70896/17, presuda od 1. aprila 2021, stavovi 103-104.

601 *N. C. v. Turkey*, predstavka br. 40591/11, presuda od 9. februara 2021, stav 133.

3.3 SLOBODA LIČNOSTI

Pravo na slobodu ličnosti je složeno ljudsko pravo. Ono obuhvata pravo na slobodu i bezbednost, i pravo na slobodu kretanja. Pravo na slobodu i bezbednost, zajemčeno članom 5 Konvencije, štiti pravo na individualnu slobodu u njenom klasičnom obliku, kao pravo na fizičku slobodu. Evropski sud je zauzeo taj stav još pre gotovo pola veka u predmetu *Engel i drugi protiv Holandije*. Konkretno, pravo na slobodu i bezbednost usmereno je na zaštitu od samovoljnog lišenja ili ograničenja fizičke slobode. To se zaključuje i površnim pogledom na termine „lišenje slobode“, „pritvor“ i „zatvor“, koji su upotrebljeni u tom članu.⁶⁰² Nasuprot slobodi ličnosti, shvaćenju kao fizičkoj slobodi, član 2 Protokola 4 uz Konvenciju štiti slobodu kretanja, i to u njenim različitim aspektima, kao slobodu kretanja na teritoriji države na kojoj se zakonito boravi, slobodu izbora boravišta i slobodu napuštanja bilo koje zemlje, uključujući i sopstvene. Ipak, nije uvek jednostavno povući granicu između lišenja slobode (član 5, stav 1 Konvencije) i ograničenja slobode kretanja (član 2 Protokola 4 uz Konvenciju). Evropski sud smatra da je razlika između ta dva narušavanja slobode ličnosti katkad samo u stepenu i intenzitetu, a ne u prirodi i suštini. Razvrstavanje povreda u jednu ili drugu kategoriju zna da bude vrlo zahtevno, jer je u određenim graničnim slučajevima to stvar čiste procene.⁶⁰³

Pravo na slobodu ličnosti, posebno u onom delu u kojem štiti od lišenja fizičke slobode na proizvoljan način, jedan je od stubova liberalnog modela krivične politike (*due process model*), nasuprot njenom autoritarnom modelu (*crime control model*). Liberalni model ističe vrednost pojedinca i poštovanje njegovog dostojanstva u odnosu na samovolju državnog, naročito policijskog aparata. Taj model nastoji da uspostavi ravnotežu između borbe protiv krivičnih dela i zaštite individualnih prava i sloboda.⁶⁰⁴ Jedan od njegovih najboljih primera jeste ustanova anglosaksonskog prava *habeas corpus*, koja se javlja još u srednjem veku. Iz nje će se s vremenom izroditi mehanizam zaštite prava na slobodu i bezbednost. Naime, od trinaestog veka, u sudskom postupku u Engleskoj, u upotrebi je naredba državnom službeniku da okrivljenog privede sudu (*Writ of*

602 *Engel et autres c. Pays-Bas*, predstavka br. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, presuda od 8. juna 1976, stav. 58.

603 *Guzzardi c. Italie*, predstavka br. 7367/76, presuda od 6. novembra 1980, stav 93.

604 J. Pradel, *Droit pénal comparé*, Dalloz, Paris 2016, 883, 929 i 941.

Habeas Corpus ad Subjiciendum). Od prostog instrumenta lišenja slobode pojedinca, *habeas corpus* će, spletom različitih pravno-političkih okolnosti, postati čitav sistem garantija lične slobode pred policijom i sudom. O tom sistemu i njegovom značaju svedoči i činjenica da je u Engleskoj već 1679. godine donet *Habeas Corpus Act*, koji propisuje niz zabrana policijskim organima – zabranu nezakonitog hapšenja bez sudskog naloga, dugotrajnog zadržavanja u zatvoru bez očiglednih dokaza o krivici, iznuđivanja iskaza u istrazi i dr.⁶⁰⁵ Tragovi tih zabrana nalaze se i u Evropskoj konvenciji, naročito u njenom članu 5.

3.3.1 Pravo na slobodu i bezbednost

Pravo na slobodu i bezbednost ličnosti štiti se članom 5 Konvencije, najpre izričitim jemčenjem tog prava, zatim enumerativnim propisivanjem izuzetaka od tog prava i jemčenjem dodatnih užih prava koja se moraju poštovati u slučaju lišenja slobode.

Kada je reč o pravu na slobodu i bezbednost, Evropski sud dosledno ističe da član 5 Konvencije štiti pravo koje je od izuzetnog značaja u „demokratskom društvu“, u konvencijskom smislu tog izraza. Uz članove 2, 3 i 4 Konvencije, koji propisuju pravo na život, zabranu mučenja i zabranu ropstva i prinudnog rada, član 5 Konvencije svrstava se u red najvažnijih odredaba koje jemče osnovna prava kojima se štiti fizička bezbednost ličnosti, pre svega od samovoljnog i neopravdanog lišenja sloboda.⁶⁰⁶

3.3.1.1 Slučajevi opravdanog lišenja slobode

Deo zaštite koju pruža Evropska konvencija, kada je reč o pravu na slobodu i bezbednost, jeste i enumerativno (*numerus clausus*) navođenje slučajeva kada je lišenje slobode opravdano, uz naglašavanje da lišenje mora biti u skladu sa zakonom propisanim postupkom. Radi što delotvornije zaštite prava na slobodu i bezbednost, Sud se dosledno drži tri načela. Najpre, izuzeci koji dopuštaju odstupanje od prava na slobodu i bezbednost usko se tumače. Zatim, zakonitost lišenja, na koju Konvencija sistematski upućuje, odnosi se i na materijalna i na proceduralna pitanja, što znači da lišenje slobode može biti opravdano samo uz strogo poštovanje

605 S. Avramović, „Habeas Corpus Act“, u: Dušan Mrđenović (prir.), *Temelji moderne demokratije – Izbor deklaracija i povelja o ljudskim pravima*, Nova knjiga, Beograd 1989, 75-76.

606 *Selahattin Demirtas c. Turquie*, predstavka br. 14305/17, presuda VV od 22. decembra 2020, stav 311.

pravila vladavine prava. Konačno, nadležni sud mora bez odlaganja preispitati odluku o lišenju slobode.⁶⁰⁷

Konkretno, članom 5, stav 1 propisuje se da niko ne može biti lišen slobode osim u slučaju: zakonitog lišenja slobode na osnovu presude nadležnog suda; zakonitog hapšenja ili lišenja slobode zbog neizvršenja zakonite sudske odluke ili radi obezbeđenja ispunjenja neke obaveze propisane zakonom; zakonitog hapšenja ili lišenja slobode radi privođenja lica pred nadležnu sudsku vlast zbog opravdane sumnje da je izvršilo krivično delo, ili kada se to opravdano smatra potrebnim kako bi se predupredilo izvršenje krivičnog dela ili bekstvo po njegovom izvršenju; lišenja slobode maloletnog lica na osnovu zakonite odluke u svrhu vaspitnog nadzora ili zakonitog lišenja slobode radi njegovog privođenja nadležnom organu; zakonitog lišenja slobode da bi se sprečilo širenje zaraznih bolesti, i zakonitog lišenja slobode duševno poremećenih lica, alkoholičara ili uživalaca droge ili skitnica; kao i zakonitog hapšenja ili lišenja slobode lica da bi se sprečio njegov neovlašćeni ulazak u zemlju, ili lica protiv koga se preduzimaju mere radi deportacije ili ekstradicije.

Osim što lišenje slobode nekog lica mora biti podvedeno pod jednu od tih kategorija, ono mora biti i zakonito da bi se smatralo da je u skladu s Konvencijom. Propisivanjem zakonitosti lišenja slobode Konvencijom se upućuje na domaće pravo država članica, kako materijalno tako i proceduralno. Međutim, povinovanje domaćem pravu nije dovoljno – član 5, stav 1 Konvencije zahteva da svako lišenje slobode bude u skladu s ciljem zaštite pojedinca od samovolje. Drugim rečima, lišenje slobode koje je samovoljno u suprotnosti je sa Konvencijom, čak i kada je zakonito sa stanovišta domaćeg prava.⁶⁰⁸ Primera radi, lišenje slobode je samovoljno ukoliko su organi vlasti države postupali nesavesno. Ono je samovoljno i ukoliko odluka o lišenju slobode i njeno izvršenje nisu istinski u skladu sa svrhom ograničenja fizičke slobode predviđenom jednom od tačaka člana 5, stav 1 Konvencije. Konačno, mora postojati veza između osnova lišenja slobode i mesta i uslova ostvarivanja te mere.⁶⁰⁹ U određenim situacijama biće potrebno utvrditi da li je lišenje slobode neophodno da bi se postigao dati cilj, odnosno da li bi se isti cilj mogao postići i manje

⁶⁰⁷ *Ibid.*, stav 312.

⁶⁰⁸ *Saadi v. The United Kingdom*, predstavka br. 13229/03, presuda VV od 29. januara 2008, stav 67.

⁶⁰⁹ *Ibid.*, stav 69.

ograničavajućom merom. Načelo proporcionalnosti, zatim, zahteva da se vodi računa o tome koliko je trajalo lišenje slobode.⁶¹⁰

3.3.1.1.1 Na osnovu presude nadležnog suda

Evropskom konvencijom se propisuje da niko ne može biti lišen slobode osim „u slučaju zakonitog lišenja slobode na osnovu presude nadležnog suda“ (član 5, stav 1, tačka a)).

Evropski sud dosledno smatra, još od presude *Engel i drugi protiv Holandije*, da se tom odredbom ne pravi razlika s obzirom na pravni karakter dela zbog kojeg je osoba proglašena krivom.⁶¹¹ Drugim rečima, u pitanju može biti krivično, prekršajno ili neko drugo delo. Konkretno, u predmetu *Galstijan protiv Jermenije*, Evropski sud je odbacio predstavku u odnosu na član 5, stav 1 Konvencije, između ostalog i zato što je bilo nesporno da se „administrativni zatvor“, od nekoliko dana lišenja slobode, može izreći za lakše oblike huliganizma.⁶¹²

3.3.1.1.2 Zbog neizvršenja sudske odluke ili radi obezbeđenja ispunjenja zakonite obaveze

Do opravdanog hapšenja ili lišenja slobode može doći i „zbog neizvršenja zakonite sudske odluke ili radi obezbeđenja ispunjenja neke obaveze propisane zakonom“ (član 5, stav 1, tačka b)).

Da bi lišenje slobode zbog neizvršenja zakonite sudske odluke bilo u skladu s Konvencijom, neophodno je da je uhapšena osoba prethodno imala mogućnost da se upozna sa sadržinom sudske odluke. Evropski sud smatra da se niko ne može smatrati odgovornim zbog neizvršenja sudske odluke ako prethodno nije bio upoznat s postojanjem te odluke. Tako je Sud utvrdio povredu Konvencije u predmetu u kojem je podnositeljka predstave bila obavestena o postojanju sudske odluke kojom joj se određuje psihijatrijsko lečenje tek u trenutku prinudnog odvođenja u psihijatrijsku bolnicu, što znači da nije imala mogućnost da se dobrovoljno povinuje sudskoj odluci onda kada bi njoj to odgovaralo.⁶¹³

⁶¹⁰ *Ibid.*, stav 70.

⁶¹¹ *Engel et autres c. Pays-Bas*, stav 68.

⁶¹² *Galstyan v. Armenia*, predstavka br. 26986/03, presuda od 15. novembra 2007, stavovi 47 i 50.

⁶¹³ *Beiere v. Latvia*, predstavka br. 30954/05, presuda od 29. novembra 2011, stavovi 49 i 50.

Pod lišenjem slobode radi obezbeđenja ispunjenja obaveze propisane zakonom podrazumevaju se situacije kada, kako tumači Evropski sud, zakon sadrži ovlašćenje da se uhapsi osoba koja ne ispunjava unapred određene obaveze konkretne i pojedinačne prirode.⁶¹⁴

Primera radi, u predmetu *Vasileva protiv Danske*, podnositeljka predstavke je bila lišena slobode iz razloga navedenog u odgovarajućem zakonu – odbijanja da policiji saopšti svoj identitet – i bila je puštena na slobodu nakon što je ta obaveza bila ispunjena.⁶¹⁵ Međutim, iako je postojao osnov za lišenje slobode podnositeljke predstavke, Evropski sud je utvrdio povredu Konvencije, vodeći računa da se u svakom konkretnom slučaju lišenja slobode ostvaruje razumna ravnoteža između značaja obezbeđenja ispunjenja obaveze propisane zakonom i značaja prava na slobodu. U tom odmeravanju opštih i pojedinačnih interesa Sud uzima u obzir: prirodu obaveze koja proističe iz datog zakona, uključujući i njegov cilj i svrhu; osobu koja je lišena slobode i naročite okolnosti koje su vodile do tog lišenja; kao i to koliko je dugo ta osoba bila lišena slobode.⁶¹⁶

3.3.1.1.3 Zbog sumnje da je izvršeno krivično delo, ili da bi se predupredilo izvršenje krivičnog dela ili bekstvo po njegovom izvršenju

Evropska konvencija dopušta zakonito hapšenje ili lišenje slobode „radi privođenja lica pred nadležnu sudsku vlast zbog opravdane sumnje da je izvršilo krivično delo, ili kada se to opravdano smatra potrebnim kako bi se predupredilo izvršenje krivičnog dela ili bekstvo po njegovom izvršenju” (član 5, stav 1, tačka c)).

Evropski sud ističe da je postojanje opravdane sumnje na kojoj se zasniva hapšenje suštinski element zaštite koju pruža član 5, stav 1, tačka c) Konvencije. „Postojanje opravdane sumnje podrazumeva postojanje činjenica ili informacija koje su podobne da uvere objektivnog posmatrača da je data osoba mogla počinuti delo koje joj se pripisuje”; a to „šta se može smatrati opravdanim zavisi od celine okolnosti”.⁶¹⁷ Konkretno, Sud smatra da istražni organi nisu dužni da imaju prikupljene dokaze dovoljne za podizanje optužnice već u trenutku hapšenja. Smisao saslušavanja

614 Guzzardi c. Italie, stav 101.

615 Vasileva v. Denmark, predstavka br. 52792/99, presuda od 25. septembra 2003, stav 38.

616 Ibid.

617 Selahattin Demirtas c. Turquie, stav 314.

uhapšenog lica jeste da se dopuni istraga potvrđivanjem ili odbacivanjem konkretnih sumnji na kojima se zasniva hapšenje.⁶¹⁸ „Proizlazi da činjenice na kojima počiva sumnja ne moraju biti istog nivoa kao one koje su neophodne da opravdaju osudu ili čak podizanje optužnice, što dolazi u narednoj fazi postupka“.⁶¹⁹

3.3.1.1.4 Lišenje slobode maloletnog lica u svrhu vaspitnog nadzora ili radi njegovog privođenja nadležnom organu

U Konvenciji se navodi da se smatra dopuštenim lišenje slobode „maloletnog lica na osnovu zakonite odluke u svrhu vaspitnog nadzora ili zakonitog lišenja slobode radi njegovog privođenja nadležnom organu“ (član 5, stav 1, tačka d)).

Evropski sud smatra da član 5, stav 1, tačka d) Konvencije predviđa lišenje slobode maloletnika u njegovom interesu nezavisno od toga da li se sumnja da je počinio neki prestup ili je reč o „ugroženom“ detetu.⁶²⁰ Kada je reč o samom vaspitnom nadzoru, Sud naglašava da su države dužne da obezbede infrastrukturu koja odgovara zahtevima bezbednosti i pedagoškim ciljevima, kojima se ostvaruje svrha član 5, stav 1, tačka d) Konvencije. U tom smislu, vaspitni nadzor se ne izjednačava s predavanjima u učionici, već obuhvata i različite aspekte roditeljskih prava u korist maloletnika.⁶²¹ Takođe, mera vaspitnog nadzora ne može se shvatiti kao vid prevaspitavanja maloletnika ili njegovog sprečavanja da ponovo počinii prestup.⁶²² Utvrđujući povredu Konvencije u *Blohin protiv Rusije*, Sud je konstatovao da se prema ruskom zakonodavstvu maloletnik smešta u privremeni centar na što kraći period, a najviše do 30 dana, da bi se, primera radi, utvrdio njegov identitet ili prebivalište, ili da bi se organizovao njegov premeštaj u zatvorenu obrazovanu ustanovu iz koje je pobegao. Međutim, u konkretnom predmetu maloletnik je bio smešten u privremeni centar u svrhu prevaspitavanja.⁶²³

⁶¹⁸ *Ibid*, stav 315.

⁶¹⁹ *Ibid*.

⁶²⁰ *D. L. c. Bulgarie*, predstavka br. 7472/14, presuda od 19. maja 2016, stav 71.

⁶²¹ *Ibid.*, stav 74.

⁶²² *Blokhin c. Russie*, predstavka br. 47152/06, presuda VV od 23. marta 2016, stav 171.

⁶²³ *Ibid.*, stav 168.

3.3.1.1.5 Iz medicinskih ili društvenih razloga

Konvencijom se dopušta i zakonito lišenje slobode „da bi se sprečilo širenje zaraznih bolesti“, kao i zakonito lišenje slobode „duševno poremećenih lica, alkoholičara ili uživalaca droge ili skitnica“ (član 5, stav 1, tačka e)).

Kada je reč o zakonitom lišenju slobode da bi se sprečilo širenje zaraznih bolesti, Evropski sud je zauzeo stav da se pre svega mora uzeti u obzir da li je širenje zarazne bolesti opasno po zdravlje ili javnu bezbednost i da li je lišenje slobode zaraženog lica krajnja mera da bi se sprečilo širenje zaraze pošto se razmotre manje stroge mere i zaključi da su one nedovoljne da bi se zaštitio javni interes. Ako ovi kriterijumi nisu ispunjeni, ne postoji osnov za lišenje slobode.⁶²⁴ Tako je u predmetu *Enhorn protiv Švedske* Sud izrekao povredu Konvencije jer drugonavedeni kriterijum nije bio zadovoljen. Naime, Sud je utvrdio da prinudna izolacija podnosioca predstave nije mogla biti krajnja mera radi sprečavanja širenja HIV-a budući da manje stroge mere nisu bile razmatrane, te se nije ni moglo tvrditi da su one bile nedovoljne da bi se zaštitio javni interes.⁶²⁵

Evropski sud je razvio određene standarde i u vezi s lišenjem slobode duševno poremećenih lica. Da bi njihovo lišenje slobode bilo zakonito, neophodno je da su ispunjena najmanje tri uslova: najpre, moraju postojati objektivni medicinski nalazi da je lice zaista duševno poremećeno; zatim, prinudna hospitalizacija mora biti opravdana karakterom ili stepenom duševnog poremećaja; konačno, osnovanost produžavanja hospitalizacije zavisi od daljeg prisustva tog poremećaja.⁶²⁶ U predmetu *Ašingdejn protiv Ujedinjenog Kraljevstva* postavljeno je pitanje da li se pod zakonitim lišenjem slobode duševno poremećenih lica podrazumevaju ne samo uslovi lišenja slobode već i uslovi pod kojima se sprovodi prinudna hospitalizacija (mesto, sredina i dr.). Sud prihvata da mora da postoji veza između osnova dopuštenog lišenja slobode i mesta i uslova prinudne hospitalizacije. U načelu, lišenje slobode nekoga kao duševno poremećenog lica smatraće se zakonitim, u smislu člana 5, stav 1, tačka e) Konvencije, ukoliko se ostvaruje u bolnici, klinici ili drugoj odgovarajućoj ustanovi. Međutim, član 5, stav 1, tačka e) Konvencije ne jemči i određeni tretman ili uslove.⁶²⁷

624 *Enhorn c. Suède*, predstavka br. 56529/00, presuda od 25. januara 2005, stav 44.

625 *Ibid.*, stavovi 55 i 56.

626 *Ashingdane v. The United Kingdom*, predstavka br. 8225/78, presuda od 28. maja 1985, stav 37.

627 *Ibid.*, stav 44.

3.3.1.1.6 Da bi se sprečio neovlašćeni ulazak u zemlju, ili radi deportacije ili ekstradicije

Poslednjom tačkom člana 5, stav 1 Konvencije propisuje se da je lišenje slobode lica moguće da bi se „sprečio njegov neovlašćeni ulazak u zemlju“, ili da bi se preduzele mere radi njegove „deportacije ili ekstradicije“ (član 5, stav 1, tačka f)).

Ta konvencijska odredba je naročito dobila na značaju kad je okončana blokovska podela sveta, koja se simbolički vezuje za pad Berlinskog zida (1989), kada su počeli veliki migracijski procesi u svetu, posebno u Evropi. Evropski sud je jasno zauzeo stanovište da država ima suvereno pravo da kontroliše ulazak i boravak stranaca na svojoj teritoriji, što uključuje i njeno pravo da liši slobode potencijalne imigrante koji su podneli zahtev za ulazak i onda kada se njime traži azilantski status.⁶²⁸ Sud se takođe saglasio sa stavom da je svaki ulazak „neovlašćen“ do trenutka dok nije „ovlašćen“, te da lišenje slobode lica koje želi da uđe u zemlju i kome je potrebno, ali još nema ovlašćenje da to učini, odgovara jasno formulisanom konvencijskom cilju: sprečavanju neovlašćenog ulaska u zemlju. Konkretno, Sud nije prihvatio da azilant, čim se preda imigracionim vlastima, pokušava „ovlašćeno“ da uđe u zemlju, odnosno da se izuzetak predviđen članom 5, stav 1, tačka f) Konvencije ne bi mogao primeniti na njega. Sud smatra da bi bilo preusko tumačenje prema kojem se član 5, stav 1, tačka f) Konvencije primenjuje isključivo na osobe za koje je dokazano da pokušavaju da izbegnu pravila o ulasku. Osim toga, takvo tumačenje bi bilo nesaglasno i sa smernicama i preporukama Ujedinjenih nacija i Saveta Evrope koje dopuštaju lišenje slobode tražioca azila dok se proverava, primera radi, njegov identitet ili osnov za davanje azila.⁶²⁹

Bez obzira na široko tumačenje pojma neovlašćenog ulaska u zemlju, Evropski sud je i povodom tog osnova lišenja slobode postavio određena pravila kako ono ne bi bilo samovoljno. Najpre, ono mora biti sprovedeno u dobroj veri. Zatim, mora biti blisko povezano sa svrhom sprečavanja neovlašćenog ulaska u zemlju. Mesto i uslovi lišenja slobode moraju biti odgovarajući, imajući u vidu da se mera ne primenjuje na lice koje je počinilo prestup, već na lice koje je verovatno pobeglo iz svoje domovine u strahu za sopstveni život. Konačno, da trajanje lišenja slobode ne treba

⁶²⁸ *Saadi v. The United Kingdom*, stav 64.

⁶²⁹ *Ibid.*, stav 65.

da bude duže od perioda koji je razumno potreban za ostvarenje željene svrhe.⁶³⁰

Navedene stavove koji se odnose na prvi deo odrebe člana 5, stav 1, tačka f) Konvencije (neovlašćeni ulazak u zemlju), Evropski sud primenjuje i kada ispituje lišenje slobode shodno drugom delu te odredbe (deportacija ili ekstradicija). Naime, on smatra da bi bilo neprirodno primenjivati različiti test proporcionalnosti na slučajeve lišenja slobode prilikom ulaska u zemlju u odnosu na slučajeve deportacije ili ekstradicije lica koja su već u zemlji.⁶³¹

3.3.1.2 Prava u slučaju lišenja slobode

Članom 5, stavovi 2–5, jemče se posebna prava lica lišenog slobode. U pitanju su pravo na obaveštenje o razlozima za hapšenje, pravo na puštanje na slobodu čim razlozi za hapšenje prestanu da postoje, pravo na hitno sudsko ispitavanje zakonitosti lišenja slobode i pravo na naknadu štete.

3.3.1.2.1 Obaveštenje o razlozima za hapšenje

Evropskom konvencijom se jemči da će svako ko je uhapšen biti „odmah i na jeziku koji razume obavešten o razlozima za njegovo hapšenje i o svakoj optužbi protiv njega“ (član 5, stav 2).

Članom 5, stav 2 Konvencije propisuju se osnovno pravilo zaštite slobode i bezbednosti: uhapšeno lice mora biti upoznato s razlozima hapšenja i eventualno o optužbi protiv njega. Tumačeći tu odredbu sistemski, u odnosu na stav 4 istog člana, Evropski sud precizira da uhapšenom moraju biti saopšteni pravni i činjenični razlozi hapšenja na jednostavnom i njemu razumljivom jeziku da bi mogao da pokrene postupak u kome će Sud ispitati zakonitost lišenja slobode i naložiti puštanje na slobodu ako je lišenje slobode nezakonito. Uhapšeni, dakle, mora biti obavešten u što kraćem roku o razlozima hapšenja, što ipak ne znači da mu se moraju pružiti svi razlozi na licu mesta, a da li je obavešten u najkraćem roku, utvrđuje se s obzirom na sve okolnosti slučaja.⁶³²

Sud je, takođe, zauzeo stav da se prava zajemčena u stavu 2 primenjuju i na situacije koje izlaze izvan okvira krivičnog gonjenja. Naime, termini upotrebljeni u članu 5, stav 2 („uhapšeni“, „hapšenje“, „optužba“) sužava-

⁶³⁰ *Ibid.*, stav 74.

⁶³¹ *Ibid.*, stav 73.

⁶³² *Khlaifia et autres c. Italie*, predstavka br. 16483/12, presuda VV od 15. decembra 2016, stav 115.

ju primenu te odredbe na krivičnoprocesne slučajeve. Međutim, Sud je dao toj odredbi šire, autonomno značenje pozivajući se na predmet i cilj člana 5 da se svako zaštiti od samovoljnog lišenja slobode. Sud je tom argumentu pridružio i sistemsko tumačenje člana 5, takođe povodom odnosa između stavova 2 i 4 tog člana: da bi svako ko je lišen slobode imao pravo da pokrene postupak u kome će sud hitno ispitati zakonitost lišenja slobode i naložiti puštanje na slobodu ako je lišenje slobode bilo nezakonito (član 5, stav 4), neophodno je da odmah i na jeziku koji razume bude obavešten o razlozima za hapšenje i o svakoj optužbi kojom se tereti (član 5, stav 2).⁶³³

3.3.1.2.2 Puštanje na slobodu čim razlozi za hapšenje prestanu da postoje

Evropskom konvencijom se jemči da će svako ko je uhapšen ili lišen slobode, shodno odredbama člana 5, stav 1, tačka c) Konvencije, biti „bez odlaganja izveden pred sudiju ili drugo službeno lice zakonom određeno da obavlja sudske funkcije” i imati „pravo da mu se sudi u razumnom roku ili da bude pušten na slobodu do suđenja”, pri čemu se „puštanje na slobodu može [...] usloviti jemstvima da će se lice pojaviti na suđenju” (član 5, stav 3).

Pravo da se bude izveden pred sudiju, kao i alternativna prava koja iz njega proističu – da suđenje bude u razumnom roku ili da se bude pušten na slobodu do suđenja, uz mogućnost određivanja jemstva – vezuju se za situacije hapšenja predviđene odredbama člana 5, stav 1, tačka c) Konvencije. Te situacije su privođenje lica pred nadležnu sudsku vlast „zbog opravdane sumnje da je izvršilo krivično delo, ili kada se to opravdano smatra potrebnim kako bi se predupredilo izvršenje krivičnog dela ili bekstvo po njegovom izvršenju”.

Evropski sud dosledno smatra da član 5, stav 3 Konvencije štiti od samovoljnog i neopravdanog lišenja slobode. Svrha tog člana, prema shvaćanju Suda, jeste puštanje na slobodu čim razlozi za hapšenje prestanu da postoje. Izvođenje pred sudiju je u tom pogledu samo put da bi se ostvario navedeni cilj. Otuda je sudija dužan da ispita argumente u prilog i protiv pritvora, da odluči na pravu zasnovanim razlozima da li je pritvor opravdan i da oslobodi lice ako takvih razloga za pritvor nema.⁶³⁴

⁶³³ *Van der Leer c. Pays-Bas*, predstavka br. 12/1988/156/210, presuda od 22. januara 1990, stavovi 27 i 28.

⁶³⁴ *Aquilina v. Malta*, predstavka br. 25642/94, presuda VV od 29. aprila 1999, stav 47.

S obzirom na to da je naglasak člana 5, stav 3 na puštanju na slobodu čim razlozi za hapšenje prestanu da postoje, neće se smatrati povredom Konvencije ukoliko uhapšeni nije izveden pred sudiju, pod uslovom da je hitno pušten na slobodu pre nego što je sudsko ispitivanje njegovog hapšenja uopšte bilo moguće. Međutim, ukoliko nije hitno oslobođen, on ima pravo da bude hitno (engl. *promptly*, fr. *aussitôt*) izveden pred sudiju.⁶³⁵

3.3.1.2.3 Hitno sudsko ispitivanje zakonitosti lišenja slobode

Evropskom konvencijom se propisuje da „svako ko je lišen slobode, ima pravo da pokrene postupak u kome će sud hitno ispitati zakonitost lišenja slobode i naložiti puštanje na slobodu ako je lišenje slobode nezakonito“ (član 5, stav 4).

Evropski sud potvrđuje da je ključno jemstvo sadržano u članu 5, stav 4, da svako ko je lišen slobode, ima pravo da aktivno traži sudsko ispitivanje zakonitosti lišenja slobode. U pitanju je, naglašava Sud, nezavisno pravno sredstvo koje stoji na raspolaganju svakome ko je lišen slobode i koje nije uslovljeno dobrom voljom vlasti pod kojom se lišeni slobode nalazi.⁶³⁶ U predmetu *Rakevič protiv Rusije* utvrđena je povreda Konvencije između ostalog i zato što nije postojalo posebno pravno sredstvo kojim bi, u skladu s članom 5, stav 4 Konvencije, moglo direktno da se osporava lišenje slobode, iako su propisi određivali automatsko izvođenje psihijatrijske pacijentkinje pred sudiju i njeno pravo da se žali na zakonitost postupanja medicinskog osoblja. Višak instrumenata zaštite prava na slobodu i bezbednost ne isključuje potrebu za postojanjem onih osnovnih, zaključio je Sud.⁶³⁷

Osim te dimenzije člana 5, stav 4 Konvencije, Evropski sud ističe i potrebu hitnog ispitivanja lišenja slobode i puštanja na slobodu ako se dokaže da je lišenje slobode bilo nezakonito. Ti postupci nalažu naročitu brzinu u postupanju, a odstupanja od zahteva za hitno ispitivanje zakonitosti lišenja slobode moraju se usko tumačiti. Pitanje hitnosti postupanja ne ceni se apstraktno, već s obzirom na sve okolnosti slučaja, posebno imajući u vidu: složenost predmeta, moguće osobenosti domaćeg postupka i držanje podnosioca predstavke u njemu. Bez obzira na sve te okolnosti,

635 *Brogan and others v. The United Kingdom*, predstavke br. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, presuda od 29. novembra 1988, stav 58.

636 *Rakevič v. Russia*, predstavka br. 58973/00, presuda od 28. oktobra 2003, stavovi 43 i 44.

637 *Ibid.*, stavovi 44 i 45.

Evropski sud smatra da je država dužna da se stara o tome da postupak traje u što kraćem roku kada je fizička sloboda ograničena.⁶³⁸

Sastavni deo prava na hitno sudsko ispitivanje zakonitosti lišenja slobode jeste i pravo da se licu kome je određen pritvor da mogućnost da u razumnim vremenskim razmacima pokreće postupak za osporavanje zakonitosti svog pritvaranja. Imajući u vidu polaznu tačku Konvencije da će takav pritvor biti strogo ograničenog trajanja, osporavanje se mora omogućiti u kratkim razmacima.⁶³⁹

3.3.1.2.4 Naknada štete

Evropskom konvencijom se jemči da „svako ko je bio uhapšen ili lišen slobode u suprotnosti s odredbama ovog člana ima utuživo pravo na naknadu“ (član 5, stav 5).

Evropski sud dosledno smatra da poslednji stav člana 5 Konvencije podrazumeva postojanje zasebnog i neposrednog prava na naknadu štete, pod uslovom da je prethodno ustanovljena povreda jednog od prethodnih stavova (1–4) člana 5, bilo da su tu povredu ustanovili domaći sudovi, bilo sam Evropski sud.⁶⁴⁰

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 uslovom da se zakonito nalazi na toj teritoriji. Ovo pravo garantuje se svakom licu, kako domaćem državljaninu, tako i strancu i apatridu.⁶⁴¹ Invaliditet ili mentalna bolest nisu osnov za neprimenjivanje ove odredbe, koja i u takvim situacijama pruža zaštitu pojedincu.⁶⁴² Evropska konvencija ne garantuje strancu pravo ulaska i boravka na teritoriji jedne države

638 *Khlaifia et autres c. Italie*, stav 131.

639 *Assenov et autres c. Bulgarie*, predstavke br. 90/1997/874/1086, presuda od 28. oktobra 1998, stav 162.

640 *Storck c. Allemagne*, predstavka br. 61603/00, presuda od 16. juna 2005, stav 122.

641 Explanatory Report to Protocol no. 4, par. 9. Videti i *Shioshvili and Others v. Serbia*, predstavka br. 19356/07, presuda od 20. decembra 2016.

642 *A. M. V. v. Finland*, predstavka br. 53251/13, presuda od 23. marta 2017.

ugovornice, jer države imaju pravo da kontrolišu ulazak na svoju teritoriju, boravak i deportaciju stranaca, kao i tip boravka koji će dodeliti strancu.⁶⁴³ 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.⁶⁴⁴

U slučaju *Pjerman protiv Francuske*, nemačka državljanka 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.⁶⁴⁵ 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.⁶⁴⁶ 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 i strancima. Evropski sud prava iz člana 2, stavovi 1 i 2 posmatra kao delove jednog opšteg prava.⁶⁴⁷

Sloboda kretanja je od posebne važnosti za izbeglice, raseljena lica, lica koja traže azil i radnike migrante. Izbeglice se često susreću sa izrazito

643 Videti, na primer, *Sisojeva and Others v. Latvia*, predstavka br. 60654/00, presuda od 17. januara 2007, stav 91.

644 Explanatory Report to Protocol no. 4, par. 8.

645 *Piermont v. France*, predstavka br. 5/1994/452/531-532, presuda od 20. marta 1995, stav 44.

646 *Peltonen v. Finland*, Evropska komisija, 80-A, odluka od 20. februara 1995, stav 43, stav 31; *Baumann v. France*, predstavka br. 33592/96, presuda od 22. maja 2001, stav 61.

647 Isto.

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 izbila polovinom 2015. godine. Raseljena lica, za razliku od izbeglica, ne prelaze međunarodno priznatu granicu, pa ostaju i dalje pod zaštitom svoje 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 podlozan 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.⁶⁴⁸

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 mere.⁶⁴⁹ Važno je razumeti da razlika između lišenja slobode i ograničenja kretanja nije u prirodi, već u stepenu ili intenzitetu same mere.⁶⁵⁰ Da bi u čuvenom slučaju *Guzardi* 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

648 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.

649 Videti *Austin and Others v. the United Kingdom*, predstavke br. 9692/09 et seq., presuda od 15. marta 2012, stav 57.

650 Videti *Guzzardi v. Italy*, predstava br. 7367/76, presuda od 6. novembra 1980, stav 93.

da napusti mesto bez obaveštenja vlasti, obavezu podnošenja izveštaja i sankcije u slučaju nepridržavanja ovih obaveza.⁶⁵¹ 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.⁶⁵²

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.⁶⁵³ Ista je situacija i sa zabranom boravka u određenoj gradskoj zoni u kraćem periodu,⁶⁵⁴ ili zabranom napuštanja doma tokom noći (od 22 sata uveče, do šest sati ujutru) osim u slučaju nužde.⁶⁵⁵ Međutim, Evropski sud je smatrao da postoji lišenje slobode u slučaju *Amur*, koji se ticao zadržavanja tražioca azila u tranzitnoj zoni aerodroma.⁶⁵⁶ Takođe, do lišenja slobode može doći čak i ako zadržavanje na aerodromu traje kraće od 24 sata, kada se podnosilac predstavke nalazi u maloj sobi bez telefona, ventilacije ili prozora, gde je prinuđen da leži na podu sve do narednog jutra.⁶⁵⁷

U utvrđivanju razlike između lišenja slobode i ograničenja slobode kretanja kada je reč o pritvaranju stranaca u tranzitnim zonama aerodroma i prihvatnim centrima, Sud uzima u obzir: 1) konkretnu situaciju podnosioca predstavke i njegove izbore; 2) primenjiv pravni režim u konkretnoj zemlji i njihov cilj; 3) trajanje mere, posebno u smislu cilja i proceduralne

651 *Isto*, stav 95.

652 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.

653 *Raimondo v. Italy*, predstavka br. 12954/87, presuda od 22. februara 1994.

654 *Olivieira v. the Netherlands*, predstavka br. 33129/96, presuda od 4. juna 2002. U ovom predmetu je holandski sud, u dva navrata, zabranio podnosiocima predstavke 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.

655 *Timofeyev and Postupkin v. Russia*, predstavka br. 45431/14 i 22769/15, presuda od 19. januara 2021. Videti i *Terhes v. Romania*, predstavka br. 49933/20, odluka od 13. aprila 2021.

656 *Ammur v. France*, predstavka br. 19776/92, presuda od 25. juna 1996.

657 *Nolan and K. v. Russia*, predstavka br. 2512/04, presuda od 12. februara 2009.

zaštite; i 4) prirodu i stepen ograničenja kojem je lice izloženo.⁶⁵⁸ Moguće je uzeti u obzir i sledeće kriterijume: 1) voljna/nevoljna priroda dolaska i boravka na stranoj teritoriji; 2) postojanje direktne i neposredne opasnosti po život i zdravlje podnosioca predstavke; 3) adekvatnost uslova i trajanje boravka u svetlu cilja primenjivog pravnog režima; 4) dostupnost proceduralnih garantija protiv predugog perioda za čekanje i domaćih odredaba koje propisuju maksimalan period boravka u tranzitnim zonama; kao i 5) kašnjenje i neaktivnost vlasti.⁶⁵⁹

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 8–11 Evropske konvencije.⁶⁶⁰ 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 predviđenog u prethodnom stavu. Međutim, to ne znači da se test proporcionalnosti ne primenjuje i u slučaju ograničenja iz

658 *Z. A. and Others v. Russia* (VV), predstavka br. 61411/15 *et al.*, presuda od 21. novembra 2019; *R. R. and Others v. Hungary*, predstavka br. 36037/17, presuda od 2. marta 2021.

659 *Z. A. and Others v. Russia* (VV), predstavka br. 61411/15 *et al.*, presuda od 21. novembra 2019, stavovi 138–156; *R. R. and Others v. Hungary*, predstavka br. 36037/17, presuda od 2. marta 2021.

660 *Videti i Timishev v. Russia*, predstavke br. 55762/00, 55974/00, presuda od 13. decembra 2005, stav 45.

člana 2, stav 4 Evropske konvencije, koje ipak dozvoljava šira diskreciona ovlašćenja kada su u pitanju posebne oblasti. Tako posebne oblasti mogu biti zatvorene za javnost ili je njihov pristup ograničen usled vojnog značaja, zbog sprečavanja krijumčarenja ljudi ili radi ostvarenja ekonomske dobrobiti.⁶⁶¹

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 sprečavanja kriminala, ali ne i zakonita jer ovo lice 18 dana nije znalo da je nalog ukinut.⁶⁶²

Do sada je prihvaćeno da su dozvoljena ograničenja koja se nameću zbog propusta da se izvrše obaveze vojne službe,⁶⁶³ ograničenja putovanja osobe s mentalnim invaliditetom kojoj nije obezbeđena odgovarajuća briga u zemlji destinacije,⁶⁶⁴ kada je u pitanju sudska zabrana odvođenja maloletne dece u inostranstvo,⁶⁶⁵ ograničenja slobode kretanja osobi koja je puštena da se brani sa slobode uz kauciju,⁶⁶⁶ ili radi naplate privatnog duga,⁶⁶⁷ kada postoji bojazan da će lice otkriti državnu tajnu, kada je lice osuđeno ali nije rehabilitovano,⁶⁶⁸ 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 predstavke član mafije, i to na osnovu činjenica da ga je do-

661 Videti Explanatory report to Protocol no. 4, par. 15.

662 *Raimondo v. Italy*, stav 39. Videti i *Vito Sante Santoro v. Italy*, predstavka br. 36681/97, presuda od 1. jula 2004.

663 *Marangos v. Cyprus*, predstavka br. 31106/96, odluka od 20. maja 1997.

664 *Nordblad v. Sweden*, predstavka br. 19076/91, odluka od 13. oktobra 1993.

665 *Roldan Teixeira 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.

666 *Rosengren v. Romania*, predstavka br. 70786/01, presuda od 24. aprila 2008.

667 *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.

668 *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.

ušnik označio kao člana mafije i što mu je brat bio član mafije.⁶⁶⁹ 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 s drugim licima koja su imala krivični dosije ili su bila 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.⁶⁷⁰ S druge strane, i manja ograničenja slobode kretanja mogu dovesti do kršenja člana 2 samo na osnovu činjenice da traju duži period.⁶⁷¹

Takođe, u jednom predmetu Evropski sud je raspravljao o pitanju nemogućnosti maloletnika da putuje na školsku ekskurziju u inostranstvo bez valjane saglasnosti oca.⁶⁷² 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, manipulacija putnom ispravom može dovesti do kršenja ovog prava, kao u slučaju odbijanja da se izda nova putna isprava,⁶⁷³ ili poništenje važeće putne isprave, odnosno njegova zaplena.⁶⁷⁴

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

669 Videti *Labita v. Italy*, predstavka br. 26772/95, presuda od 6. aprila 2000.

670 *Isto*, stav 196.

671 Videti *Rosengren v. Romania*, stav 38. U ovom predmetu ograničenje slobode kretanja trajalo je šest godina i tri meseca, a Sud je uzeo u obzir i kašnjenje u ukidanju naredbe o restrikciji u trajanju od čak 18 meseci.

672 *Şandru v. Romania*, predstavka br. 1902/11, odluka od 14. januara 2014.

673 *Rotaru v. the Republic of Moldova*, predstavka br. 26764/12, presuda od 8. decembra 2020; *Berkovich and Others v. Russia*, predstavka br. 5871/07 et al., presuda od 27. marta 2018.

674 *Bevc v. Croatia*, predstavka br. 36077/14, odluka od 28. aprila 2020; *Folnegovic v. Croatia*, predstavka br. 13946/15, odluka od 10. januara 2017.

izbor stanara na osnovu njihovih prihoda.⁶⁷⁵ 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 tom distriktu najmanje šest 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 za ovu meru 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.

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 ateiste, agnostike, skeptike i nezainteresovane“.⁶⁷⁶ 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.

⁶⁷⁵ *Garib v. Netherlands*, predstavka br. 43494/09, presuda od 23. februara 2016.

⁶⁷⁶ *Kokkinakis v. Greece*, predstavka br. 14307/88, presuda od 25. maja 1993, stav 31.

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 ogleda se 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 savesti, dok se pravo da se izrazi i ispolji pripadništvo nekoj religiji naziva slobodom veroispovesti.⁶⁷⁷

U skladu s 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 raspolažu 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.⁶⁷⁸ 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

⁶⁷⁷ J. Stefanović, *Odnos između crkve i države*, Matica hrvatska, Zagreb 1953, 97-98.

⁶⁷⁸ 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.

da se rubrika u kojoj se unosi taj podatak ostavi prazna 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 s članom 9, obrazlažući to stavom da sloboda ispoljavanja religije ima i negativni aspekt, a to je pravo da se ne saopštava svoja vera.⁶⁷⁹

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 ili pristupanja sudu radi davanja izjave. U slučaju *Buskarini* podnosioci predstavke – 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 predstavci, Sud je ustanovio povredu člana 9 i zaključio da je zaklinjanje nad Biblijom ravno zahtevu da se izrazi vera određenoj religiji.⁶⁸⁰ Drugim rečima, slobode savesti nema tamo gde država prisiljava građane, bilo na posredan ili neposredan način, da vrši neke akte koji predstavljaju verovanje ili neverovanje.⁶⁸¹

Prisiljavanje građana na vršenje akata koji su u neposrednoj suprotnosti s 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 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

679 *Sinan Isik v. Turkey*, predstavka br. 21924/05, presuda od 2. februara 2010, stavovi 49, 51 i 52. Predmet se ticao pripadnika 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 uz obrazloženje da je alavitska vera podvrsta islama.

680 *Buscarini and others v. San Marino*, predstavka br. 24645/94, presuda od 18. februara 1999, stavovi 10, 12, 13 i 39.

681 J. Stefanović, 98.

i veroispovesti. Međutim, Evropski sud je u *Bayatjan protiv Jermenije*, prvom predmetu koji je pred njega neposredno otvorio pitanje primene člana 9 na prigovarače savesti, odlučio da odstupa od dotadašnje prakse i prizna pravo na prigovor savesti. Polazeći od toga da je Konvencija „živi instrument“ i da su s vremenom gotovo sve države članice Saveta Evrope prihvatile prigovor savesti, Sud je zauzeo stanovište da je „protivljenje vojnoj službi, što 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“.⁶⁸²

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, apsolutan je i bezuslovan.⁶⁸³ 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.⁶⁸⁴ Razlog je i taj što strazburški organi pod molitvu i obred podvode i one radnje koje ne predstavljaju sam 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.⁶⁸⁵ 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

682 *Bayatyan c. Arménie* [VV], predstavka br. 23459/03, presuda od 7. jula 2011, stavovi 103, 109 i 110.

683 *Uporediti Eweida and Others v. the United Kingdom*, predstavke br. 48420/10 *et al.*, presuda od 15. januara 2013, stav 80.

684 C. Evans, 107.

685 *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France* [CG], predstavka br. 27417/95, presuda od 27. juna 2000, stav 73.

molitvu.⁶⁸⁶ U predmetu *Mitropolijske 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.⁶⁸⁷ Sud je pod povredu prava na izražavanje vere molitvom ili propovedi podveo i krivično kažnjavanje slobodno izabranog, a od države nepriznatog, muslimanskog muftije zbog držanja govora u tom svojstvu i „zloupotrebe“ zvanične odežde.⁶⁸⁸

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.⁶⁸⁹ 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 i upotrebu nasilja ili ispiranje mozga, a sve radi širenja broja svojih pripadnika. Tako je Sud stao na stranu stanovišta da se kraći razgovor o religijskim pitanjima pripadnika Jehovinih svedoka sa susetkom pravoslavne vere ne može smatrati nedozvoljenim prozelitizmom. Čini se da je Sud posebno imao u vidu to da je pravoslavna susetka supruga sveštenika lokalne pravoslavne crkve i da je teško pretpostaviti da je u konkretnom predmetu došlo do zloupotrebe njenog neiskustva u pitanjima pravoslavne dogme.⁶⁹⁰

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,

686 *Manoussakis and others v. Greece*, predstavka br. 18748/91, presuda od 26. septembra 1996, stavovi 36 i 45.

687 *Metropolitan Church of Bessarabia and others v. Moldova*, predstavka br. 45701/99, presuda od 13. decembra 2001, stav 105.

688 *Serif v. Greece*, predstavka br. 38178/97, presuda od 14. decembra 1999, stav 39.

689 *Kokkinakis v. Greece*, stav 48.

690 Isto, stavovi 45 i 49.

odnosno svaku primenu zahteva i učenja određenog verskog ili filozofskog sistema. Prvo, od moguća dva značenja, bliže je 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 marame čin podstaknut verom, odnosno verskim osećanjem.⁶⁹¹ Isto tako, Sud je zauzeo stanovište i da je upotreba druge verske odeće na javnom mestu vid ispoljavanja verskih uverenja (turban, tunika i šaljvare crne boje),⁶⁹² uključujući 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).⁶⁹³

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 s legitimnim, društveno opravdanim interesima.

3.4.1.2.1 Postojanje ograničenja

Zabrana nošenja islamske marame na univerzitetu,⁶⁹⁴ 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.⁶⁹⁵ Odbijanje upravnih organa da registruju raskolničku crkvu takođe je ocenjeno kao povreda člana 9.⁶⁹⁶ 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 sam zakon, kao opšti akt, može neposredno ograničiti slobodu izražavanja vere, i to ukoliko se ono njime krivičnopravno kažnjava. Tako je, povodom zakonske zabrane

691 *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.

692 *Ahmet Arslan et autres c. Turquie*, predstavka br. 41135/98, presuda od 23. februara 2010, stav 7 i 35.

693 *S. A. S. c. France* [VV], predstavka br. 43835/11, presuda od 1. jula 2014, stavovi 11 i 106.

694 *Leyla Sahin v. Turkey* [VV], stav 78.

695 *Kervanci c. France*, stav 48.

696 *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*, stav 105.

prekrivanja lica u Francuskoj, Sud primetio da se podnositeljka 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.⁶⁹⁷

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, 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.⁶⁹⁸ Termin zakon se, dakle, poima materijalno, a ne formalno, tako da uključuje, kako Sud ističe, celokupno napisano pravo, podrazumevajući pod time i podzakonske akte i sudsku praksu koja ih tumači.⁶⁹⁹ S druge strane, Sud ne svodi načelo zakonitosti samo na pitanje odgovarajućih izvora već pod njim podrazumeva i kvalitet tih izvora, rukovodeći se zahtevom pravne sigurnosti, te od presude *Sandef tajms protiv Ujedinjenog Kraljevstva* redovno ispituje da li je zakon dostupan građanima i da li je nedvosmislen i jasan.⁷⁰⁰

3.4.1.2.3 Legitimnost cilja ograničenja

Pored uslova zakonitosti, ograničenje ljudskih prava, da bi bilo dopušteno, mora biti 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 i sam primećuje, njegova praksa je u tom pogledu

697 S. A. S. c. *France* [VV], stav 110.

698 S. Greer, *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2000, 16.

699 *Kervanci c. France*, stav 52.

700 *Sunday Times v. the United Kingdom*, predstavka br. 6538/74, presuda od 26. aprila 1979, stav 49.

„prilično lakonska“⁷⁰¹ Istina, on katkad spaja raspravu o legitimnosti cilja ograničenja s pitanjem „neophodnosti ograničenja u demokratskom društvu“, i tada bliže ulazi u značenje pomentih pojmov.⁷⁰²

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 legitimnog interesa, već mora biti i „neophodno u demokratskom društvu“. Iz Konvencije se ne vidi jasno da li je to neko idealnotipsko demokratsko društvo ili je reč o konkretnom, datom društvu.⁷⁰³ U praksi su prisutna oba pristupa: nastojanje da se koncept demokratije univerzalizuje, ali i spremnost da se, s obzirom na sve socioreligijske 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 fleksibilnost kao izrazi „dopušten“, „uobičajen“, „koristan“, „razuman“ ili „poželjan“, ali sasvim sigurno podrazumeva postojanje „nužne društvene potrebe“ (*pressing social need*).⁷⁰⁴ 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 svodi se na to da li je ograničenje u srazmeri s potrebom zaštite legitimnog cilja. Primera radi, u presudi *Manusakis 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 s legitimnim ciljem.⁷⁰⁵

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.⁷⁰⁶

701 S. A. S. c. France [VV], stav 114.

702 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.

703 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.

704 *Sunday Times v. the United Kingdom*, stav 59.

705 *Manoussakis and others v. Greece*, stav 53.

706 G. Gonzalez, *La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté des religions*, *Economica*, 1997, 201.

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. On dopušta da se maloletnici mogu štiti krivičnopravnim normama, a u pogledu odraslih osoba predlaže fiskalne i uobičajene građanskopravne mere. S takvim stavom je saglasan i sudija Martens, koji dodaje 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.⁷⁰⁷ 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.⁷⁰⁸ 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 koji 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.⁷⁰⁹ Budući da se takva lica izlažu svojevrsnoj „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.⁷¹⁰

Primenjena u svojoj minimalističkoj varijanti, kontrola srazmernosti se svodi na preispitivanje motiva i činjeničnog stanja na kojima se zasniva

⁷⁰⁷ Isto, 202.

⁷⁰⁸ *Thlimmenos v. Greece* [VV], predstavka br. 34369/97, presuda od 6. aprila 2000, stavovi 46–48.

⁷⁰⁹ *Ercep v. Turkey*, predstavka br. 43965/04, presuda od 22. novembra 2011, stavovi 58–65.

⁷¹⁰ Isto, stav 80.

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”.⁷¹¹ Zato se u 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.⁷¹² Takav stav Sud je zauzeo, *mutatis mutandis*, i u predmetu *Ahmet Arslan i drugi protiv Turske*. 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;⁷¹³ 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;⁷¹⁴ 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.⁷¹⁵

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 život, 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 neopho-

⁷¹¹ *Hanyside v. the United Kingdom*, stav 50.

⁷¹² *Kokkinakis v. Greece*, par. 49.

⁷¹³ Kada je reč o položaju nastavnika, kao javnih službenika, videti *Kurtulmus c. Turquie*, predstavka br. 65500/01, odluka od 24. januara 2006.

⁷¹⁴ U tom smislu ne može se primeniti jurisprudencija Suda koja naglašava značaj odluke i procenu nacionalnog organa kada je reč o zabrani nošenja verskih simbola u javnim obrazovanim ustanovama. Uporedi *Leyla Sahin v. Turkey*, stav 109.

⁷¹⁵ *Ahmet Arslan et autres c. Turquie*, stavovi 48–52.

dno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite 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 širok pojam koji obuhvata veliki spektar aktivnosti, pa ga iz tog razloga nije moguće iscrpno definisati.⁷¹⁶ Jedna od prvih i najširih definicija privatnog života jeste ona koja kaže da je to pravo pojedinca da bude ostavljen na miru.⁷¹⁷ Međutim, nije tako bilo oduvek. Sama reč privatnost dolazi od latinske reči *privare*, što znači lišiti.⁷¹⁸ 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 bilo prepoznati u praksi nego ih iscrpno definisati. Međutim, tela Saveta Evrope morala su bliže da odrede prava predviđena članom 8 Evropske konvencije, kako bi imala određene smernice u odlučivanju u vezi s ovim pitanjem. 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 s drugim ljudskim bićima, naročito u emocionalnoj sferi, radi razvijanja i zadovoljavanja sopstvene ličnosti“.⁷¹⁹

⁷¹⁶ *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, predstava br. 13134/87, presuda od 23. februara 1993, stav 36; *Niemietz v. Germany* (1992), stav 29.

⁷¹⁷ S. D. Warren and L. D. Brandeis, *The Right to Privacy*, *Harvard Law Review*, vol. 4, 1890, 193.

⁷¹⁸ Videti S. Marks, A. Clapham, *International Human Rights Lexicon*, Oxford University Press, USA, 2005, 259.

⁷¹⁹ *Van Ostervijk protiv Belgije*, Evropska komisija, predstava 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 s 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 s drugim ljudskim bićima”.⁷²⁰ 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 se „zahtev za poštovanje privatnog života automatski ograničava u meri u kojoj pojedinac sam dovede svoj privatni život u dodir s javnim životom, ili u tesnu vezu s 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.⁷²¹

Koncept privatnog života obuhvata i fizički, psihički i moralni integritet lica,⁷²² koji podrazumeva i obavezu države da obezbedi adekvatan pravni okvir da zaštiti lice od nasilja u krivičnoj materiji,⁷²³ kao i pravne lekove u građanskom postupku.⁷²⁴ Ovde se najčešće misli na porodično nasilje, gde je član 8 Evropske konvencije primenjiv jer nasilje ugrožava telesni integritet i pravo na privatni život.⁷²⁵ Sud takođe smatra da su države u obavezi da zaštite žrtve, posebno kada je rizik od nasilja poznat državnim službenicima i kada oni propuste da izvrše mere koje su usmerene na zaštitu od nasilja.⁷²⁶ Države naročito imaju pozitivne obaveze da zaštite decu od toga da budu svedoci nasilja u svojim domovima.⁷²⁷

⁷²⁰ *Niemietz v. Germany*, predstavka br. 13710/88, presuda od 16. decembra 1992, stav 29.

⁷²¹ *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.

⁷²² *X. and Y. v. the Netherlands*, predstavka br. 8978/80, presuda od 26. marta 1985, stav 22.

⁷²³ *Đorđević v. Croatia*, predstavka br. 41526/10, presuda od 24. jula 2012.

⁷²⁴ *Tolić and Others v. Croatia*, predstavka br. 13482/15, odluka od 4. juna 2019.

⁷²⁵ *Miličević v. Montenegro*, predstavka br. 27821/16, presuda od 6. novembra 2018.

⁷²⁶ *Levchuk v. Ukraine*, predstavka br. 17496/19, presuda od 3. septembra 2020.

⁷²⁷ *Eremia v. the Republic of Moldova*, predstavka br. 3564/11, presuda od 28. maja 2013.

Pravo na privatnost priznaje se i zatvorenicima, kod kojih je pravo na udruživanje s drugim pojedincima bitan faktor u sprečavanju njihove potpune društvene izolacije.⁷²⁸ 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 s drugim ljudima.⁷²⁹

Vrlo je važno napomenuti da se pod privatnim odnosima podrazumevaju i oni odnosi koji se ne smatraju porodičnom, a koji su i dalje obuhvaćeni zaštitom koju pruža član 8 Evropske konvencije. Na osnovu jurisprudencije Suda, utvrđeno je da ti odnosi obuhvataju: odnose između deteta i hraniteljske porodice koja o njemu brine, odnose između nevenčanog para, odnose između istopolnog para, s decom ili bez njih, kao i odnose između vanbračnog deteta i biološkog oca. Međutim, važno je naglasiti da član 8 Evropske konvencije ne garantuje pravo na uspostavljanje odnosa s konkretnom osobom, posebno ukoliko ta osoba ne želi kontakt.⁷³⁰

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 s drugim pojedincima, prikupljanje, držanje i upotreba tajnih podataka, korišćenje imena, prava LGBTI osoba i poštovanje ličnog integriteta. S druge strane, domašaj porodičnog života ne proširuje se na aktivnosti koje su u svojoj suštini javne prirode, kao što je to otkrivanje informacija o obrazovanju i radnom iskustvu istaknutog političara.⁷³¹

3.4.2.2 Uspostavljanje i razvijanje odnosa s drugim licima

Pravo na poštovanje privatnog života primenjuje se 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 s drugim

⁷²⁸ *McFeeley v. the United Kingdom*, Evropska komisija, predstavka br. 8317/78, odluka od 15. maja 1980.

⁷²⁹ *Ahmut v. the Netherlands*, predstavka br. 21702/93, presuda od 28. novembra 1996.

⁷³⁰ *Evers v. Germany*, predstavka br. 17895/14, presuda od 28. maja 2020, stav 54.

⁷³¹ *Centre for Democracy and the Rule of Law v. Ukraine*, predstavka br. 10090/26, presuda od 26. marta 2020.

ljudskim bićima”⁷³² Tu 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 s drugim ljudima upravo na radnom mestu.⁷³³ Takođe, nije uvek lako jasno razlikovati koje aktivnosti pojedinca čine ili ne čine njegov profesionalni ili poslovni život. Ovo je posebno uočljivo u situaciji kada pojedinac obavlja 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 s drugim pojedincima, pa je seksualni identitet lica zaštićen članom 8 Evropske konvencije.⁷³⁴ 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.⁷³⁵

Pravo na privatni život može u određenim situacijama obuhvatiti i profesionalne⁷³⁶ i komercijalne aktivnosti.⁷³⁷ Posebno treba uzeti u obzir to da većina ljudi ima znatne mogućnosti za razvijanje odnosa sa spoljnim svetom upravo u radnoj sferi.⁷³⁸ Tako i ograničenja pristupu profesiji mogu biti podvedena pod „privatni život“, kao na primer u slučaju ograničenja upisa u advokatsku komoru kao posledica krivične osude.⁷³⁹ U predmetu *Denisov protiv Ukrajine*, Sud je postavio principe koje treba uzeti u obzir

⁷³² *Niemetz v. Germany*, stav 29.

⁷³³ *Isto*.

⁷³⁴ *Dudgeon v. the United Kingdom*, predstavka br. 7525/76, presuda od 22. oktobra 1981.

⁷³⁵ *Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom*, predstavka br. 21627/93 et seq., presuda od 19. februara 1997.

⁷³⁶ *Denisov v. Ukraine* (VV), predstavka br. 76639/11, presuda od 25. septembra 2018.

⁷³⁷ *Satakunnan Markkinapörsi Oy and Satamedia Oy v. Finland* (VV), predstavka br. 931/13, presuda od 27. juna 2017.

⁷³⁸ *Antović and Mirković v. Montenegro*, predstavka br. 70838/13, presuda od 28. septembra 2017.

⁷³⁹ *Lekavičiene v. Lithuania*, predstavka br. 48427/09, presuda od 27. juna 2017, stav 36.

kod procene da li radni sporovi spadaju pod domen „privatnog života”.⁷⁴⁰ U ovom slučaju, podnosilac predstavke je smenjen s mesta predsednika suda zbog propusta da na adekvatan način vrši administrativne obaveze, dok je nastavio da radi kao sudija. Evropski sud nije pronašao povredu člana 8 Evropske konvencije, jer se odluka zasnivala na njegovim menadžerskim sposobnostima, a ne na njegovoj profesiji kao sudije. Takođe, odluka nije uticala na njegovu buduću karijeru kao sudije, niti je odluka uključivala moralne aspekte njegove ličnosti i karaktera.⁷⁴¹ S druge strane, u *Mile Novaković protiv Hrvatske*,⁷⁴² podnosilac predstavke ostao je bez posla nastavnika u srednjoj školi nakon 29 godina radnog staža, jer nije hteo da koristi standardni hrvatski jezik. Sud je uzeo u obzir da je došlo do povrede člana 8 Konvencije jer je otpuštanje bilo u tesnoj vezi s njegovim srpskim poreklom i godinama, a mera nije bila proporcionalna legitimnom cilju kojem se težilo, posebno što nisu razmotrene nikakve alternativne mere u konkretnom slučaju.

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 s detetom koje se nalazi pod staranjem države. Iako postojanje tajnih podataka može biti zakonito, to ne znači 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 privatni i porodični život pojedinca, 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 daleku prošlost pojedinca.⁷⁴³

U *Linder protiv Švedske* podnosilac predstavke se žalio da mu je iz bezbednosnih razloga odbijena prijava za posao u muzeju vojne mornarice,

⁷⁴⁰ *Denisov v. Ukraine* (VV), predstavka br. 76639/11, presuda od 25. septembra 2018.

⁷⁴¹ *Videti i Camelia Bogdan v. Romania*, predstavka br. 36889/18, presuda od 20. oktobra 2020.

⁷⁴² *Mile Novaković v. Croatia*, predstavka br. 73544/14, presuda od 17. decembra 2020.

⁷⁴³ *Rotaru v. Romania*, predstavka br. 28341/95, presuda od 4. maja 2000, stav 43.

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 nalaze obavezna pitanja koja se odnose na pol, bračni status, mesto rođenja i druge privatne podatke,⁷⁴⁴ uzimanje otisaka prstiju, fotografija i drugih ličnih podataka od strane policije,⁷⁴⁵ prikupljanje zdravstvenih podataka i vođenje medicinskih zapisnika,⁷⁴⁶ 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.⁷⁴⁷

Prikupljanje podataka od strane privatnih lica takođe može dovesti do odgovornosti države, i to onda kada domaći sudovi naredi 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-om.⁷⁴⁸ Evropski sud je zaključio da može doći do kršenja člana 8 Evropske konvencije ukoliko je uspostavljena poverljivost medicinske dokumentacije ograničena na određeni 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

744 *X. v. the United Kingdom*, predstava br. 7215/75, presuda od 5. novembra 1981.

745 *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.

746 Videti, na primer, *L. H. v. Latvia*, predstava br. 52019/07, presuda od 29. aprila 2014.

747 *M. S. v. Sweden*, predstava br. 20837/92, presuda od 27. avgusta 1997, stav 35.

748 *Z. v. Finland*, predstava br. 9/1996/627/811, presuda od 25. februara 1997.

može dovesti do stigmatizacije te osobe, 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 masonskoj organizaciji putem medija nije dovelo do kršenja člana 8, pošto je spisak članova postojao u registru organizacije, pa je bio dostupan široj javnosti.⁷⁴⁹

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.⁷⁵⁰ Ovakav stav odnosi se i na upotrebu službenih telefona, bez obzira na to da li je razgovor po svom karakteru privatn ili poslovan.⁷⁵¹ 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.⁷⁵² Do istog zaključka Sud je došao i u predmetu *Zaharov protiv Rusije*, gde je poznati urednik tajno nadziran na osnovu ovlašćenja telefonske kompanije da instalira program za praćenje.⁷⁵³

I sistem za prisluškivanje razgovora između pritvorenika i njihovih rođaka u sobama za posete u zatvorima tiče se privatnog života i obuhvaćen je članom 8 Konvencije.⁷⁵⁴ Ipak, prisluškivanje razgovora koje 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.

749 *N. F. v. Italy*, predstavka br. 37119/97, presuda od 2. avgusta 2001.

750 *I. A. v. France*, predstavka br. 28213/95, presuda od 23. septembra 1998.

751 *Halford v. the United Kingdom*, predstavka br. 20605/92, presuda od 25. juna 1997.

752 *Dragojevic v. Croatia*, predstavka br. 68955/11, presuda od 15. januara 2015.

753 *Roman Zakharov v. Russia*, predstavka br. 47143/06, presuda od 4. decembra 2015.

754 *Wisse v. France*, predstavka br. 71611/01, presuda od 20. decembra 2005.

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 informacija o ličnom identitetu, potpadaju pod član 8 Evropske konvencije.⁷⁵⁵ 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 s 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 dostavila dokumente. 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 stranu stanovišta 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.⁷⁵⁶

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.⁷⁵⁷ 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.⁷⁵⁸ Sud će ispitati sve okolnosti slučaja, kao

⁷⁵⁵ *Gaskin v. the United Kingdom*, predstavka br. 10454/83, presuda od 7. jula 1989, stavovi 36-37.

⁷⁵⁶ *S. and Marper v. UK*. (VV), predstavke br. 30562/04; 30566/04, presuda od 4. decembra 2008.

⁷⁵⁷ *Doerga v. the Netherlands*, predstavka br. 50210/99, presuda od 27. aprila 2004, stav 50.

⁷⁵⁸ *P. G. and J. H. v. the United Kingdom*, predstavka br. 44787/98, presuda od 25. septembra 2001, stav 62.

što su priroda, domašaj i trajanje mogućih mera, osnov za preduzimanje prisluškivanja, vlasti koje ih mogu narediti, kao i prirodu pravnih lekova koji tom prilikom mogu biti upotrebljeni.⁷⁵⁹ Kako je to Sud posebno naglasio, „neophodno je imati jasna, detaljna pravila...“, posebno stoga što dostupna tehnologija postaje sve sofisticiranija.“⁷⁶⁰ Tako je Evropski sud u predmetu koji se tiče podnosioca predstavke koji je osumnjičen za bombaški napad na strani jednog ekstremističkog pokreta, smatrao da nema povrede člana 8 Konvencije zbog GPS nadzora i upotrebe tako dobijenih podataka u krivičnom postupku.⁷⁶¹ 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 intruzivna sredstva nadzora pokazala nedelotvorim, korišćen je u kratkom 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 raspravljao o jednom takvom zakonu donetom 2011. u Mađarskoj, gde su podnosioci predstavke tvrdili da bi potencijalno mogli biti izloženi nepravičnim i neproporcionalnim intruzivnim merama, bez adekvatnog sudskog nadzora.⁷⁶² 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 to što nisu bile obezbeđene garantije da je takav nadzor striktno neophodan, i nije bilo delotvornih sredstava u slučaju neadekvatnog nadzora. Sud je i u drugim predmetima potvrdio da država ne može u ime borbe protiv terorizma ili špijunaže da usvoji bilo koje mere koje smatra odgovarajućim, već moraju biti obezbeđene odgovarajuće i delotvorne garantije protiv zloupotreba.⁷⁶³

759 Videti, na primer, *Valenzuela Contreras v. Spain*, predstavka br. 58/1997/842/1048, presuda od 30. jula 1998; *Doerga v. the Netherlands*, (2004).

760 *Kruslin v. France*, predstavka br. 11801/85, presuda od 24. aprila 1990.

761 *Uzun v. Germany*, predstavka br. 35623/05, presuda od 2. septembra 2010.

762 *Szabó and Vissy v. Hungary*, predstavka br. 7138/14, presuda od 12. januara 2016.

763 Isto, stavovi 72-73.

3.4.2.4 Seksualna orijentacija

Već je rečeno da se seksualni odnosi pojedinca odnose na najintimnije aspekte njegovog privatnog života.⁷⁶⁴ Zabranjeno je vođenje razgovora s pripadnicima LGBT populacije u pogledu njihovih seksualnih aktivnosti, kao i 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,⁷⁶⁵ gde je podnosilac predstave 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 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 dođe do javnosti.⁷⁶⁶ Međutim, Sud nije pronašao odgovornost države u situaciji kada se nekim licima sudilo za homoseksualne radnje, koje su bile praćene sado-mazohističkim aktivnostima.⁷⁶⁷ 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.⁷⁶⁸ Najpoznatiji slučaj iz ove grupe jeste *Smit i Grejdi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* iz 1999. godine, gde su oba podnosioca predstave bila članovi vojnih snaga. Dženet Smit se pridružila Kraljevskom ratnom vazduhoplovstvu

⁷⁶⁴ *Dudgeon v. the United Kingdom*, stav 52.

⁷⁶⁵ 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.

⁷⁶⁶ Videti *A. D. T. v. the United Kingdom*, predstavka br. 35765/97, presuda od 31. jula 2000.

⁷⁶⁷ Videti *Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom*, predstavka br. 109/1995/615/703–705, presuda od 19. februara 1997.

⁷⁶⁸ 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.

1989. godine kao medicinska sestra.⁷⁶⁹ Pet godina kasnije, otkriveno je da je ona lezbijka i da je već više od godinu dana u vezi s drugom ženom, zbog čega je morala svedočiti o svom seksualnom životu. Iako su njeni rezultati rada bili više nego dobri, 1994. godine uručena joj je potvrda o otpuštanju. Grejam 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, s 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 s 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 s 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.⁷⁷⁰ Podnosioci predstavke su tvrdili da je ovakva odredba diskriminatorsna jer se ne odnosi na iste seksualne radnje u heteroseksualnim ili lezbijskim odnosima. Tako je Sud ovde pronašao kršenje člana 14 u vezi s članom 8 Evropske konvencije, iz razloga što država nije pronašla ubedljiv i značajan argument kojim bi opravdala ovakvo postupanje.⁷⁷¹ Isti je slučaj i sa

⁷⁶⁹ *Smith i Grady v. the United Kingdom*, predstavke br. 33985/96; 33986/96, presuda od 27. septembra 1999, stav 11.

⁷⁷⁰ *Woditschka i Wilfling v. Austria*, predstavke br. 69756/01; 6306/02, presuda od 21. oktobra 2004.

⁷⁷¹ *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.

Saterland protiv Ujedinjenog Kraljevstva,⁷⁷² gde je Sud pronašao povredu člana 14 u vezi s članom 8 Evropske konvencije, usled postojanja zakona koji je propisivao minimalan uzrast homoseksualaca na pristanak na seks s navršениh 18 godina života, u odnosu na propisanih 16 godina za ženski pol.

Najveću prekretnicu u tretiranju slučajeva istopolnih odnosa učinio je predmet *Valijanatos protiv Grčke*. Slučaj je podnet Sudu zbog uvođenja zakonodavstva koje se tiče registrovanih partnerstava, a koje je isključivo priznato heteroseksualnim partnerima.⁷⁷³ 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 decu). 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).⁷⁷⁴ Tako je Sud zaključio da države nisu obavezne da uvedu registrovana partnerstva, ali ako to učine, nema opravdanja da isključe istopolne partnere.⁷⁷⁵

Dalje, u *Olijari 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.⁷⁷⁶ 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

⁷⁷² *Sutherland v. the United Kingdom*, predstavka br. 25186/94, presuda od 27. marta 2001. Ovaj predmet skinut je s liste posle usvajanja amandmana na pomenuti zakon.

⁷⁷³ *Vallianataos v. Greece* (VV), predstavke br. 29381/09; 32684/09, presuda od 7. novembra 2013.

⁷⁷⁴ Isto, stav 91.

⁷⁷⁵ Isto, stav 92.

⁷⁷⁶ *Oliari and Others v. Italy*, predstavke br. 18766/11; 36030/11, presuda od 21. jula 2015.

zajednica ili registrovano partnerstvo. Evropski sud je posebno naglasio da postoji trend priznavanja istopolnih zajednica u zemljama članicama Saveta Evrope (24 države od ukupno 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.⁷⁷⁷ Do istog zaključka Sud je došao i u predmetu *Orlandi i drugi protiv Italije*, gde su podnosioci predstavke dugi niz godina bili u stabilnim istopolnim odnosima.⁷⁷⁸ Venčali su se u zemljama u kojima su legalizovani istopolni brakovi. Nakon povratka u Italiju, pokušali su da registruju svoj brak, ali su italijanske vlasti odbile njihove zahteve, tvrdeći da bi to bilo protivno javnom redu. Evropski sud je pronašao da su države u načelu i dalje slobodne da instituciju braka učine dostupnom samo heteroseksualnim parovima, ali da je istopolnim parovima neophodno obezbediti pravno priznanje i zaštitu njihovih odnosa. Nemogućnost bilo kakvog priznanja odnosa istopolnih partnera u Italiji ne uzima u obzir njihovu društvenu realnost i prepreke u svakodnevnom životu.

Konačno, Sud je u jednom predmetu protiv Austrije,⁷⁷⁹ u kojem je heteroseksualni par živio u vanbračnoj zajednici, razmatrao odbijanje austrijskih vlasti da registruju njihovu vezu kao partnerstvo jer je ono rezervisano isključivo za istopolne parove. Podnosioci predstavke su tvrdili da brak nije bio adekvatna opcija za njih, s obzirom na to da se znatno razlikuje od registrovanog partnerstva koje je modernije i „lakše“ od braka. Evropski sud je ukazao na to da je registrovano partnerstvo uvedeno kao alternativa braku budući da istopolnim parovima institucija braka nije dostupna. Sud je dalje ukazao na činjenicu da podnosioci predstavke, kao osobe različitog pola, mogu da sklope brak i na taj način zadovolje potrebu za legalnim priznanjem njihove zajednice. Evropski sud je utvrdio da podnosioci predstavke nisu u sličnoj ili uporedivoj situaciji sa istopolnim parovima koji nemaju pravo da sklope brak i kojima je registrovano partnerstvo neophodno kao alternativno sredstvo za pravno priznavanje njihovog odnosa.

⁷⁷⁷ 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 u vezi sa zakonskim priznanjem statusa i zadovoljenjem zahteva za izdavanje boravišnih dozvola očigledno neravnopravan.

⁷⁷⁸ *Orlandi and others v. Italy*, predstavke br. 26431/12 *et al.*, presuda od 14. decembra 2017.

⁷⁷⁹ *Ratzenböck AND Seydl v. Austria*, predstavka br. 28475/12, presuda od 26. oktobra 2017.

3.4.2.5 Položaj transrodnih osoba

Evropski sud je imao prilike i da se izjašnjava o tretmanu država ugovornica Evropske konvencije prema transrodnim osobama. Ovi slučajevi uglavnom su se bavili tretmanom pre i nakon podvrgavanja operaciji potvrđivanja pola. Tako je u nekim predmetima ispitivan tretman nakon operacije koji se često ogledao u lišavanju pojedinih prava – uglavnom venčanja i promene identiteta.⁷⁸⁰

U jednom predmetu protiv Belgije iz 1980. godine, Sud je priznao dovođenje u vezu ovakvih radnji s pravom na poštovanje privatnog života.⁷⁸¹ Međutim, u početku je Sud tvrdio da, prema članu 8 Evropske konvencije, država nije obavezna da menja matične knjige rođenih kako bi izašla u susret osobama koje su potvrdile pol.⁷⁸² 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.⁷⁸³ 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.⁷⁸⁴

Do daljeg progressa u pogledu ovog pitanja dolazi u *Gudvin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,⁷⁸⁵ gde je Sud zaključio da evropske države nemaju jedinstveno rešenje svih pravnih i praktičnih problema koje sa sobom nosi potvrđivanje pola. Ipak, Sud je ukazao na postojanje međunarodnog trenda koji pokazuje povećanu socijalnu prihvatljivost ovih lica, kao i na pravno priznanje njihovog novog rodnog identiteta.⁷⁸⁶ Sud je smatrao da se stres i dušev-

780 *B. v. France*, predstavka br. 13343/87, presuda od 24. januara 1992.

781 *Van Oosterwijck v. Belgium* (1980).

782 Videti *Rees v. the United Kingdom*, predstavka br. 17. oktobra 1986. Ovde se postavilo pitanje i prava transseksualaca na zaključenje braka. Sud je zaključio da se čl. 12 EKLP odnosi na tradicionalni brak između lica različitog biološkog pola.

783 *Isto*, stav 37.

784 *Cossey v. the United Kingdom*, predstavka br. 10843/84, presuda od 27. septembra 1990. Pitanje prava na zaključenje braka transseksualaca 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 generalno odstupanje od tradicionalnog koncepta braka.

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

786 Videti i *Scheffield and Horsham v. the United Kingdom*, predstavke br. 22885/93; 23390/94, presuda od 30. septembra 1998, gde je Sud podvukao da pitanje transseksualaca i priznanje njihovih prava mora biti pod stalnom revizijom od strane država ugovornica Evropske konvencije.

no rastrojstvo transrodnih osoba, do kojeg dolazi nepriznavanjem novog identiteta lica po postupku prilagođavanja 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 transrodnih osoba, koje se svakodnevno dešava.⁷⁸⁷ Takođe, Sud je zaključio da je nelogično da država odbija da prizna pravne implikacije koje su rezultat operacije za potvrđivanje pola, posebno u situacijama kada država dozvoli operaciju i pritom je još i finansijski pomaže.⁷⁸⁸ Zato postoji povreda člana 8 Evropske konvencije kada država traži od transrodnih osoba da dokaže da je operacija za potvrđivanje pola bila medicinski neophodna, pošto smatra da je ovo lice svojim ponašanjem takvu operaciju uslovalo.⁷⁸⁹

Godinu dana kasnije, Evropski sud je razmatrao predmet u kojem se lice podvrglo operaciji, a 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 čine operativni zahvat potvrđivanja pola, zahtevaju takav nivo rešenosti da se postigne promena da uopšte ne može biti sumnje da je takva odluka kapriciozna, arbitrarna i da se osoba hirovito odlučila na taj korak. Sud je istakao da je za postojanje transrodnosti dovoljan dokaz i već preduzet hormonalni tretman,⁷⁹⁰ 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.⁷⁹¹ Sud podvlači da potpuna hirurška genitalna rekonstrukcija treba da bude praćena adekvatnim zakonskim

⁷⁸⁷ Videti i *Van Kuck 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, protivan čl. 8 Evropske konvencije.

⁷⁸⁸ 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 htele da promene ime i pol u dokumentima dok se brak podnositeljke predstave i njene supruge ne prijavi kao civilno partnerstvo.

⁷⁸⁹ Videti *I. v. the United Kingdom*, predstavka br. 28957/95, presuda od 11. jula 2002; *Van Kück v. Germany* (2003).

⁷⁹⁰ *Van Kuck v. Germany*, predstavka br. 35968/97, presuda od 12. juna 2003.

⁷⁹¹ *L. v. Lithuania*, predstavka br. 27527/03, presuda od 11. septembra 2007.

odredbama o promeni pravnog identiteta i statusa. U presudi je naglašena i potreba da se bolje razume problem transrodnih osoba i njihovih iskustava s pravnim sistemom i birokratskim preprekama s kojima se suočavaju, kako bi takvih problema bilo manje i da bi se s vremenom potpuno eliminisali. Takođe, u jednom drugom predmetu Evropski sud je razmatrao i pravilo o obaveznosti čekanja na operaciju potvrđivanja pola u trajanju od dve godine.⁷⁹² Sud je uzeo u obzir da je suština tog propisa da omogući nesumnjivo formiranje odluke transosobe da želi da se podvrgne operaciji potvrđivanja pola. Kako je podnositeljka predstavke 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. Sud je utvrdio povredu u slučaju protiv Turske, gde su vlasti dugi niz godina odbijale da dozvole podnosiocu predstavke da prilagodi pol u muški jer je još uvek bio u fertilnom dobu.⁷⁹³ Evropski sud je smatrao da transrodne 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“.

Konačno, Sud je posebno naglasio da priznanje rodnog identiteta ne može biti uslovljeno sterilizacijom kojoj lice ne želi da se podvrgne zato što je reč o ireverzibilnom postupku koji se odnosi na jedan od suštinskih aspekata intimnog identiteta pojedinca, a i zato što države u Evropi sve više napuštaju ovu praksu.⁷⁹⁴ Takođe, nedavno je Sud podvukao da nedostatak brzih, transparentnih i dostupnih procedura za izmenu pola u matičnoj knjizi dovodi do povrede člana 8 Konvencije jer time država propušta svoju pozitivnu obavezu da uvede adekvatne procedure koje jasno definišu uslove kojima se poštuje pravo na privatni život transrodnih osoba.⁷⁹⁵

⁷⁹² *Schlumpf v. Switzerland*, predstavka br. 29002/06, presuda od 8. januara 2009.

⁷⁹³ *Y. Y. v. Turkey*, predstavka br. 14793/08, presuda od 10. marta 2015.

⁷⁹⁴ *Garçon and Nicot v. France*, predstavka br. 79885/12, presuda od 6. aprila 2017.

⁷⁹⁵ *X. v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, predstavka br. 29683/16, odluka od 17. januara 2019.

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 poći 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 slučaja ponaosob odlučuje o tome da li postoji porodični život ili ne.

Takođe, Sud posebno ističe da član 8 Evropske konvencije zabranjuje arbitrarno mešanje u poštovanje porodičnog života, ali da iz ovog člana proističu i pozitivne obaveze. One mogu nastati u dve situacije: kada država mora preduzeti aktivnost da bi obzbedila poštovanje prava na porodični život, kao i kada nastaje obaveza za državu da zaštiti pojedinca od ometanja koje dolazi od drugih pojedinaca.⁷⁹⁶

Treba imati u vidu da je član 8 Evropske konvencije koji se odnosi na porodični život raznorodan i da će u daljem tekstu biti obrađena samo pojedina relevantna pitanja.

3.4.3.1 Razgraničenje primene člana 8 i drugih članova iz Konvencije

Član 8 Konvencije ne predviđa pravo na uspostavljanje porodičnog života (npr. pravo na brak), već njegova primena nastaje onog trenutka kada se porodični život uspostavi. Pravo na brak i pravo na osnivanje porodice ne garantuje se članom 8 Konvencije, već članom 12, koji kaže da „muškarci i žene odgovarajućeg uzrasta imaju pravo da stupaju u brak i zasnivaju porodicu u skladu s unutrašnjim zakonima koji uređuju vršenje ovog prava“. Ovo pravo posmatra se i u kontekstu člana 14 Evropske konvencije, koji, između ostalog, zabranjuje diskriminaciju po polnoj osnovi, pa u odnosu na brak i osnivanje porodice ne sme postojati različit tretman muškaraca i žena. Ograničenja koja država može nametnuti uz ovaj član moraju biti postavljena radi ostvarenja legitimnog cilja i moraju biti razumna, (npr. da bi se zabranila poligamija ili incest). S druge strane, domašaj ovih

⁷⁹⁶ B. Rainey, E. Wicks, C. Ovey, *Op. cit.*, 2014, 338.

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 živio u zajednici s partnerkom s 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,⁷⁹⁷ 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 Evropska komisija, a kasnije i Evropski sud, pomenula više puta, uživanje u uzajamnom društvu između roditelja i dece predstavlja osnovni element

⁷⁹⁷ *Airey v. Ireland*, predstavka br. 6289/73, presuda od 9. oktobra 1979.

porodičnog života.⁷⁹⁸ 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.⁷⁹⁹ 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“.⁸⁰⁰ 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 i 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 privatan život.⁸⁰¹

Do 2010. godine, Evropski sud nije priznavao pravo na porodični život između istopolnih partnera. Pojašnjavajući da Evropska konvencija ne

798 *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.

799 *Abdulaziz, Cabales, and Balkandali v. the United Kingdom*, (1985), stav 62.

800 *Marckx v. Belgium*, (1979).

801 *Wakeford v. the United Kingdom*, predstavka br. 15817/89, odluka od 1. oktobra 1990.

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.⁸⁰² 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 dovela je i do njihovog pravnog priznanja. Sud je ovo potvrdio i u jednoj presudi protiv Hrvatske o kojoj je odlučivao 2016. godine.⁸⁰³ Tako je Sud utvrdio povredu u slučaju u kojem istopolni partner podnosioca predstavke koji nije bio državljanin EU nije mogao da dobije boravišnu dozvolu iz porodičnih razloga.⁸⁰⁴ Ipak, Sud nije pronašao diskriminaciju u vezi s članom 8 Konvencije zbog toga što istopolni partner nije dobio penziju preminulog partnera.⁸⁰⁵

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.⁸⁰⁶ Takođe, postojaće porodični život između partnera koji žive zajedno i njihove dece, bez obzira na činjenicu što među njima nije sklopljen brak.⁸⁰⁷

Ipak, život udvoje (kohabitacija) ne znači i automatsku primenu člana 8 na takvu zajednicu.⁸⁰⁸ 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

802 *Schalk and Kopf v. Austria*, predstavka br. 30141/04, presuda od 24. juna 2010.

803 *Videti Pajić v. Croatia*, predstavka br. 68453/13, presuda od 23. februara 2016.

804 *Taddeuci and McCall v. Italy*, predstavka br. 51362/09, presuda od 30. juna 2016.

805 *Aldeguer Tomás v. Spain*, predstavka br. 35214/09, presuda od 14. juna 2016.

806 *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 uspostave normalan porodični život zbog postojanja vrlo restriktivnih zakona o useljenu u Ujedinjeno Kraljevstvo.

807 *Olsson v. Sweden*, (No 1), predstavka br. 10465/83, presuda od 10. avgusta 1988, stav 59.

808 *Berrehab v. the Netherlands*, predstavka br. 10730/84, presuda od 21. juna 1988.

stabilnu vezu.⁸⁰⁹ Obično se kao dokaz za uspostavljanje i trajanje takve veze uzima postojanje zajedničkog deteta,⁸¹⁰ 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.⁸¹¹ 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“.⁸¹²

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 transseksualcu i njegovom detetu, koje je rođeno veštačkom oplodnjom od strane donatora sperme.⁸¹³ 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.⁸¹⁴

3.4.3.4 Odnos između roditelja i dece

Dete koje je rođeno u braku smatra se *ipso iure* delom porodične zajednice od trenutka rođenja,⁸¹⁵ 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.⁸¹⁶ Član 8 primenjuje se automatski na odnos između majke i deteta, bez obzira na bračni status majke,⁸¹⁷ 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 decu, Sud uzima da porodični život automatski postoji između roditelja i dece, koja se takođe smatraju *ipso*

809 Videti *Kroon v. the Netherlands*, (1994).

810 *Johnston v. Ireland*, predstavka br. 9697/82, presuda od 18. decembra 1986.

811 *Elsholz v. Germany*, predstavka br. 25735/94, presuda od 13. jula 2000, stav 43.

812 *Kroon v. the Netherlands*, (1994), stav 30.

813 *X, Y. i Z. United Kingdom*, predstavka br. 21830/93, presuda od 22. aprila 1997.

814 *G. v. the Netherlands*, (1993).

815 *Berrehab v. the Netherlands*, (1988).

816 *Gul v. Switzerland*, predstavka br. 23218/94, presuda od 19. februara 1996, stav 32.

817 *Marckx v. Belgium*, (1979).

iure delom porodične zajednice od trenutka rođenja.⁸¹⁸ Ovaj odnos između roditelja i dece postoji i u situaciji kada je dete usvojeno,⁸¹⁹ kada ono nikada nije živelo s roditeljem ili kada ti odnosi nisu redovno održavani.⁸²⁰

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.⁸²¹

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.⁸²² Prema tome, Sud smatra da se veza između deteta i roditelja može samo izuzetno prekinuti, i da ne zavisi od činjenice da li postoji brak ili zajednički život.⁸²³ Takođe, u te izuzetne okolnosti ne spadaju situacije u kojima je dete rođeno van braka, slučaj u kojem detetov razvoj nije potpomognut finansijski, niti se uzima u obzir činjenica kašnjenja u priznavanju očinstva nad detetom.⁸²⁴

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 biološkog 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.

818 *Keegan v. Ireland*, predstavka br. 16969/90, presuda od 19. aprila 1994, stav 44.

819 *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.

820 *Söderbäck v. Sweden*, (1998).

821 *Keegan v. Ireland*, (1994).

822 *Barrehab v. the Netherlands*, (1988), stav 21.

823 *Boughanemi v. France* (1996).

824 *C. v. Belgium*, predstavka br. 21794/93, presuda od 26. maja 1996.

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.⁸²⁵ Svakako, Sud neće priznati postojanje porodičnog života ukoliko otac nikada nije video dete, niti je među njima ikada postojala bliska veza.⁸²⁶ 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.⁸²⁷

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,⁸²⁸ ali ne i ukoliko je dete odvedeno u hraniteljsku porodicu.⁸²⁹ U ostalim situacijama, teško je zamisliti da dolazi do prekida porodičnih veza između roditelja i deteta.⁸³⁰

Ukoliko dođe do razdvajanja para ili razvoda bračnih drugova, dete se dodeljuje na staranje jednom roditelju, dok drugi roditelj stiče pravo na redovno održavanje kontakta s detetom. Izuzetak od ovog pravila jeste situacija u kojoj je drugi roditelj sklon nasilju. Ukoliko roditelj kojem je dete dodeljeno na staranje preduzima radnje kojima onemogućava drugog roditelja da viđa dete, država će biti u obavezi da preduzme sve neophodne mere kako bi ovakvo postupanje sprečila i suzbila.⁸³¹ Ova obaveza se posebno odnosi na izvršenje odluka suda i drugih relevantnih organa.⁸³²

825 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.

826 *Kautzor v. Germany*, predstavka br. 23338/09, presuda od 22. marta 2012.

827 Videti *Anayo v. Germany*, predstavka br. 20578/07, presuda od 21. decembra 2010.

828 Videti *Johansen v. Norway*, predstavka br. 17383/90, presuda od 7. avgusta 1996.

829 *W. v. the United Kingdom*, (1987), stav 59.

830 Videti *Bouganemi v. France*, predstavka br. 22070/93, presuda od 24. aprila 1996.

831 Videti *Zawadka v. Poland*, predstavka br. 48542/99, presuda od 23. juna 2005.

832 Videti *Karadžić v. Croatia*, predstavka br. 35030/04, presuda od 15. decembra 2005.

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.⁸³³ 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 sje-dinjenja porodice.⁸³⁴

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.⁸³⁵ 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 predstave 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 dvadeset godina kasnije. 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 s 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 takvo postupanje nije se moglo pravdati potrebom za preduzimanjem

833 Videti, na primer, *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, predstavka br. 31679/96, presuda od 25. januara 2000.

834 *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.

835 *Moustaquim v. Belgium*, predstavka br. 12313/86, presuda od 18. februara 1991.

efikasne istrage u konkretnom slučaju.⁸³⁶ Pitanje poštovanja porodičnog života može se pokrenuti i u situacijama kada je licu zabranjeno da prisustvuje sahrani svojih najbližih srodnika. U *Ploski*, prtvorenom 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 s članom 8 Evropske konvencije.⁸³⁷

Sud je priznao postojanje porodičnog života i među drugim srodnicima: unuka i babe i dede jer oni imaju „značajan udeo u porodičnom životu“;⁸³⁸ polubrata ili polusestre dok su deca,⁸³⁹ ili kao odrasli;⁸⁴⁰ odnos između strica ili tetke i setrića ili bratanaca ukoliko postoji dokaz o bliskim ličnim odnosima;⁸⁴¹ 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;⁸⁴² 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.⁸⁴³

Međutim, u ovim situacijama Sud razmatra sve relevantne okolnosti slučaja. Na primer, iako je u slučaju *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 usvajanje⁸⁴⁴ ili stavljen pod staranje države,⁸⁴⁵ 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 transseksualcu i njegovom detetu, koje je rođeno veštačkom oplodnjom od strane donatora sperme.⁸⁴⁶ Međutim,

836 *Pannullo and Forte v. France*, predstava br. 37794/97, presuda od 30. oktobra 2001.

837 *Ploski v. Poland*, predstava br. 26761/95, presuda od 12. novembra 2002.

838 *Marckx v. Belgium*, (1979), stav 45.

839 *Olsson v. Sweden*, (1988).

840 *Boughanemi v. France*, (1996).

841 *Boyle v. the United Kingdom*, Evropska komisija, predstava br. 16580/90, odluka od 24. februara 1993, stav 44–47.

842 *Jolie and Lebrun v. Belgium*, predstava br. 11418/85, presuda od 14. maja 1986.

843 *X. v. Switzerland*, predstava br. 8257/78, presuda od 10. jula 1978.

844 *Bronda v. Italy*, predstava br. 22430/93, presuda od 20. avgusta 1998.

845 *Scozzari and Giunta v. Italy*, predstavke br. 39221/98; 41963/98, presuda od 13. jula 2000.

846 *X., Y. i Z. the United Kingdom*, predstava br. 21830/93, presuda od 22. aprila 1997.

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.⁸⁴⁷

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 s članovima svoje porodice. Bitan deo prava na poštovanje porodičnog života zatvorenika predstavlja omogućavanje vlasti da održava kontakt s bliskim članovima porodice.⁸⁴⁸ Tako je Sud priznao da lišavanje slobode po svojoj prirodi ograničava privatni i porodični život, ali je naglasio da zatvorske vlasti moraju pomoći zatvoreniku u održavanju kontakata s članovima bliže porodice.⁸⁴⁹ Ono se ogleda kako u odobravanju poseta,⁸⁵⁰ tako i u odobrenju npr. prisustva sahranama najbližih srodnika,⁸⁵¹ ili posete bolesnim srođnicima.⁸⁵² Nametanje ograničenja u pogledu broja porodičnih poseta, nadgledanje tih poseta i ograničenje primanja paketa⁸⁵³ može biti opravdano 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,⁸⁵⁴ ali i tada to ne može biti blanko zabrana koja traje duži period.⁸⁵⁵

U većini evropskih zemalja, lica osuđena na smrt uživala su drugačiji režim od ostalih zatvorenika. Ukidanjem smrtne kazne, u nekim zemljama javio se problem posebnog režima koji je primenjivan prema ovim

847 *G. v. the Netherlands*, (1993).

848 *Chaldayev v. Russia*, predstavka br. 33172/16, presuda od 28. maja 2019, stav 59.

849 *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.

850 *Mozer v. the Republic of Moldova and Russia* (VV), predstavka br. 11138/10, presuda od 23. februara 2016.

851 *Czarnowski v. Poland*, predstavka br. 28586/03, presuda od 20. januara 2009.

852 *Giszcak v. Poland*, predstavka br. 40195/08, presuda od 29. novembra 2011.

853 *Klamecki v. Poland* (no. 2), predstavka br. 31583/96, presuda od 3. aprila 2003, stav 144.

854 *Aliiev v. Ukraine*, predstavka br. 41220/98, presuda od 29. aprila 2003.

855 *Piechowicz v. Poland*, predstavka br. 20071/07, presuda od 17. aprila 2012.

licima, uključujući i razne restrikcije u pogledu poseta članova porodice. Na primer, u dva predmeta protiv Bugarske, lica su osuđena na smrtnu kaznu.⁸⁵⁶ U međuvremenu, 1990. godine, Parlament je doneo odluku da se ne izvršavaju kapitalne kazne dok se pitanje smrtne kazne u Bugarskoj ne reši. Kako je Bugarska postala članica Saveta Evrope u maju 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.⁸⁵⁷

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.⁸⁵⁸ Konačno, pravo na uživanje porodičnog života ne garantuje pravo zatvorenika na uživanje supružničkih poseta,⁸⁵⁹ niti pravo zatvorenika da žive u zatvoru sa svojim bračnim suprugom.⁸⁶⁰

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 sprovodi 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 predstavke napustio Tursku i

856 *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.

857 Videti i *Poltoratskiy v. Ukraine*, predstavka br. 38812/97, presuda od 29. aprila 2002; *Khokhhlich v. Ukraine* (2003).

858 *Messina v. Italy*, (no. 2), (2000).

859 Videti *Aliiev v. Ukraine* (2003).

860 Videti *Draper v. the United Kingdom*, Evropska komisija, predstavka br. 8189/78, odluka od 10. jula 1980.

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 uspostavi svoj porodični život.⁸⁶¹ S druge strane, ukoliko postoje ozbiljne prepreke da bračni drug sledi svog supružnika koji se deportuje s teritorije države čiji je on državljanin, Sud će najverovatnije utvrditi povredu člana 8 Konvencije zbog odvajanja bračnog para.⁸⁶²

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.⁸⁶³ Ovakav pristup Suda ilustrativan je u *Bagli protiv Francuske*,⁸⁶⁴ gde je alžirski državljanin osuđen za trgovinu drogom i izrečena mu je kazna proterivanja s 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 nekoliko meseci s francuskom državljanicom. 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*.⁸⁶⁵ Podnosilac predstavke rođen je u Austriji, ali je do desete godine života živeo s babom i dedom u Srbiji, dok su roditelji nastavili da žive u Austriji. Posle smrti babe i dede, s navršenih deset godina života, on se pridružuje

861 *Gul v. Turkey* (1996). Videti i *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom* (1985).

862 *Boultif v. Switzerland*, predstavka br. 54273/00, presuda od 2. avgusta 2001.

863 *Ahmut v. the Netherlands*, (1996), stav 67.

864 *Bagli v. France*, predstavka br. 34374/97, presuda od 30. novembra 1999.

865 *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.

roditeljima u Austriji, gde završava srednju školu i stiče stručno obrazovanje.⁸⁶⁶ 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, i da 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 neodređeno 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 u ovom slučaju nije reč 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 doći će i ako je lice povezano s terorističkim organizacijama, ali ukoliko mu nisu pružene proceduralne garancije da ospori odluku o deportaciji.⁸⁶⁷

Jedan od najdrastičnijih primera proterivanja porodice ostvaren je u slučaju *Slivenko protiv Letonije*.⁸⁶⁸ U ovom slučaju je žena ruskog porekla živela gotovo ceo svoj život u Letoniji i udala se za ruskog vojnog službenika, s kojim je dobila dete. Posle proglašenja nezavisnosti Letonije, mužu je naređeno da napusti zemlju odmah posle potpisivanja ugovora s Rusijom o povlačenju ruskih trupa s ove teritorije. Vlasti su naredile 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

866 Videti *Benhebbu v. France*, (2003).

867 *Al-Nashif v. Bulgaria*, predstavka br. 50963/99, presuda od 20. juna 2002.

868 *Slivenko v. Latvija* (VV), predstavka br. 48321/99, presuda od 9. oktobra 2003.

u Letoniju maksimalno do 90 dana u kontinuitetu, čime su ograničeni u održavanju kontakta s roditeljima i rodbinom koji tu žive. Iz ovih razloga, Sud je pronašao kršenje člana 8 Evropske konvencije.⁸⁶⁹

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 na osnovu svih okolnosti slučaja utvrditi da li će izricanje ove mere biti u suprotnosti s članom 8 Konvencije.⁸⁷⁰ 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 s roditeljima i osmoro braće i sestara, dovelo do kršenja člana 8 Konvencije, bez obzira na činjenicu da je to lice učestvovalo u grupnom silovanju.⁸⁷¹ S druge strane, nema kršenja člana 8 Evropske konvencije u slučaju odraslog migranta koji je nakon sticanja punoletstva učinio nekoliko ozbiljnih krivičnih dela, a koji nema decu, ne zavisi od roditelja ili drugih rođaka i uporno pokazuje odsustvo volje da poštuje zakon.⁸⁷² 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.

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 formu-

⁸⁶⁹ 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.

⁸⁷⁰ Videti *Beldjoudi v. France*, predstavka br. 12083/86, presuda od 26. februara 1992.

⁸⁷¹ *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.

⁸⁷² *Levakovic v. Denmark*, predstavka br. 7841/14, presuda od 23. oktobra 2018.

lacije teksta u vreme sačinjavanja nacrtu Konvencije. Tako član 2 Prvog protokola kaže da „niko *ne može biti lišen prava na obrazovanje*“, za razliku od prvobitnog teksta, koji je glasilo 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.⁸⁷³ Takođe, ova odredba ima ograničen domašaj,⁸⁷⁴ 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.⁸⁷⁵ Prava garantovana ovim članom odnose se i na državne i na privatne institucije, odnosno na učenike i studente u državnim i privatnim školama.⁸⁷⁶ Međutim, države nemaju obavezu da o svom trošku osnivaju državne škole, niti da pomažu privatne škole ili univerzitete. Takođe, ne garantuje ni pravo na upis deteta u privatnu školu.⁸⁷⁷ U ovom poslednjem predmetu protiv Turske, podnosilac predstavke s autizmom smatrao je da je došlo do kršenja njegovog prava na obrazovanje, što Sud nije prihvatio, kao i u predmetu autističnog deteta kome je odbijen prijem u redovnu školu i upućen je u specijalnu školu.⁸⁷⁸ Međutim, do povrede člana 14 u vezi s pravom na obrazovanje može doći kada država ne pruži podršku detetu s autizmom tokom prve dve godine njenog osnovnog obrazovanja.⁸⁷⁹

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.⁸⁸⁰ Država, takođe, zadržava pravo da određuje sadržaj i

873 D. J. Harris, M. O'Boyle, E. P. Bates, C. M. Buckley, *Op. cit.*, 697.

874 *Isto*, 700.

875 *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.

876 *Ingrid Jordebo Foundation of Christan 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.

877 *Sanlisoy v. Turkey*, predstavka br. 77023/12, odluka od 8. novembra 2016.

878 *Dupin v. France*, predstavka br. 2282/17, odluka od 18. decembra 2018.

879 *G. L. v. Italy*, predstavka br. 59751/15, presuda od 10. septembra 2020.

880 *Kramelius v. Sweden*, Evropska komisija, predstavka br. 21062/92, presuda od 17. ja-

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.⁸⁸¹ 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 2.⁸⁸²

Evropski sud je prihvatio da se pravo na obrazovanje odnosi na sva tri nivoa obrazovanja – osnovno, srednje i visoko,⁸⁸³ kako je to izričito predviđeno nekim drugim međunarodnim instrumentima.⁸⁸⁴ Ipak, u nekim presudama, Evropski sud je isticao da se pravo na obrazovanje uglavnom odnosi na primarni nivo obrazovanja,⁸⁸⁵ 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 uspeła da upiše muzičku akademiju u Istanbulu.⁸⁸⁶ Njen zahtev je odbijen jer se tražilo lekarsko uverenje o zdravstvenoj sposobnosti kandidatkinje koje 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 s pravom na obrazovanje, ističući da je podnositeljka

nuara 1996; *Sulak v. Turkey*, Evropska komisija, predstavka br. 24515/94, presuda od 17. januara 1996.

881 Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education, stav 3.

882 *Irfan Temel and Others v. Turkey*, predstavka br. 36458/02, presuda od 3. marta 2009.

883 Leyla Şahin, stavovi 134, 136.

884 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.

885 Videti, na primer, *Yanasik v. Turkey*, predstavka br. 14524/89, presuda od 6. januara 1993.

886 *Çam v. Turkey*, predstavka br. 51500/08, presuda od 23. februara 2016.

predstavke ispunjavala uslove za upis na akademiju, koja nije preduzela nikakve 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.⁸⁸⁷ 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.⁸⁸⁸ Evropski sud posebno ističe da obrazovanje igra tako značajnu ulogu da restriktivno tumačenje prve rečenice ovog člana ne bi bilo u skladu s ciljem i svrhom ove odredbe,⁸⁸⁹ kao i da nema sumnje da ovo pravo podrazumeva pravo na pristup osnovnom obrazovanju koje 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 ka ostvarenju legitimnog cilja.⁸⁹⁰ Drugim rečima, pravo na obrazovanje ipak nije apsolutno pravo i pored svoje važnosti. Ono ne sadrži listu legitimnih ciljeva.⁸⁹¹ 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.⁸⁹²

Takođe, ograničenje prava na obrazovanje ne sme biti takvo da se njime vređa sama suština prava na obrazovanje. Ipak, države uživaju izvesno polje slobodne procene u ovoj oblasti, koje zavisi od potreba i resursa u društvu i koje se povećava s nivoom obrazovanja, odnosno

887 *Timišev 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.

888 *Isto*, stav 64.

889 *Isto*. Videti i *Leyla Şahin v. Turkey*, stav 137.

890 *Ali v. the United Kingdom*, predstavka br. 40385/06, presuda od 11. januara 2011.

891 Videti *Podkolzina v. Latvia*, predstavka br. 46726/99, presuda od 9. aprila 2002, stav 36.

892 *Leyla Şahin*, stav 154.

najuže je kada je reč o osnovnom obrazovanju.⁸⁹³ 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 u zavisnosti od imigracionog statusa i državljanstva. Sud je posebno uzeo u obzir da su podnosioci predstavke 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.⁸⁹⁴

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 predstavke odobre upis u zatvorsku školu.⁸⁹⁵ 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 predstavke i dalje uživa pravo na obrazovanje koje nameće obavezu bugarskim vlastima da omoguću 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 pohađali pritvorenici zajedno sa zatvorenima. 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

⁸⁹³ *Ponomaryovi v. Bulgaria*, predstavka br. 5335/05, presuda od 21. juna 2011, stav 56.

⁸⁹⁴ 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.

⁸⁹⁵ *Velyo Velev v. Bulgaria*, predstavka br. 16032/07, presuda od 27. maja 2014.

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 predstavke da okonča srednje obrazovanje, te je na osnovu svih okolnosti zaključio da je u ovom predmetu došlo do kršenja člana 2 Prvog protokola. Do kršenja prava na obrazovanje može doći i u slučaju zatvorenika kojem je onemogućeno da koristi kompjuter i pristup internetu da bi pratio nastavu na univerzitetu.⁸⁹⁶ S druge strane, u *Uzun protiv Turske*, Evropski sud je pronašao da je bilo dozvoljeno uskratiti pravo na izlazak na ispite na univerzitetu licu koje se nalazilo u pritvoru zbog sumnje da je uključeno u terorizam tokom trajanja vanrednog stanja, jer je bilo neophodno i proporcionalno.⁸⁹⁷ Takođe, neće biti ni povrede prava na obrazovanje u slučaju podnosioca predstavke koji je dobrovoljno prešao da prati nastavu u zatvoru.⁸⁹⁸

3.4.4.2 Pravo roditelja u vezi s obrazovanjem dece

Titular prava na obrazovanje jeste učenik, odnosno student. Međutim, i roditelji imaju izvesna prava u vezi s obrazovanjem svoje dece. Tako član 2 Prvog protokola ističe u drugom delu „pravo roditelja da obezbede obrazovanje i nastavu koja je u skladu s njihovim verskim i filozofskim uverenjima“.⁸⁹⁹ 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.⁹⁰⁰

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 s njihovim moralnim i hrišćanskim uverenjima.⁹⁰¹

896 *Mehmet Resit Arslan and Orhan Bingöl v. Turkey*, predstavka br. 47121/06 et al., presuda od 18. juna 2019.

897 *Uzun v. Turkey*, predstavka br. 37866/18, odluka od 10. novembra 2020.

898 *Koureas and Others v. Greece*, predstavka br. 30030/15, presuda od 18. januara 2018.

899 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 u čl. 14 propisuje pravo i obavezu roditelja ili zakonskih staratelja na usmeravanje deteta na ostvarivanje njegovog prava na način koji je u skladu s njegovim razvojnim sposobnostima.

900 *Campbell and Cosans*, predstavka br. 7511/76 et seq., presuda od 25. februara 1982, stav 33.

901 *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, predstavka br. 5095/71 et seq., presuda od 7. decembra 1976.

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.⁹⁰² Ova obaveza odnosi se na celokupan program obrazovanja, i to kako na državne tako i na privatne obrazovne institucije. Drugim rečima, zabranjeno je promovisanje određene religije, moralnog ili filozofskog gledišta, odnosno indoktrinacije kojom 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 *Kemmel i Kozans protiv Ujedinjenog Kraljevstva*. Ovde je postavljeno pitanje da li je privremeno udaljenje deteta iz škole usled pretnje telesnim kažnjavanjem u školama u Škotskoj u suprotnosti s 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 s 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.⁹⁰³

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 s fundamentalnim pravom deteta na obrazovanje.⁹⁰⁴ 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”.⁹⁰⁵ Primenjujući ovo pravilo u predmetu

902 *Isto*, stav 53.

903 *Isto*, stav 36.

904 *Campbell and Cosans*, stav 36.

905 Videti *Young, James and Webster v. the United Kingdom*, predstavke br. 7601/76; 7806/77, presuda od 13. avgusta 1981, stav 63.

Kembel i Kozans, Evropski sud je pronašao da roditelji treba da dokažu da su njihova uverenja vredna poštovanja, da nisu u suprotnosti s ljudskim dostojanstvom i da nisu u suprotnosti s fundamentalnim pravom deteta na obrazovanje.⁹⁰⁶ Primenjujući ovaj test, Evropski sud je u konkretnom slučaju pronašao da telesno kažnjavanje 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, s religijskog staništa ne predstavlja uvredljivo ponašanje za lica koja pripadaju Jehovinim svedocima.⁹⁰⁷ 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, 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 važan istorijski događaj bio zapamćen među omladinom. Iako je Evropski sud prihvatio da ovo može uvrediti miroljubiva uverenja podnosilaca predstavke, uzeo je u obzir da ovakvi događaji takođe imaju miroljubive ciljeve i organizuju se u javnom interesu.⁹⁰⁸ 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.⁹⁰⁹

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 uspeali da oslobode svoju decu pohađanja nastave, što je suprotno njihovim religijskim i filozofskim uverenjima.⁹¹⁰ Evropski sud je našao da se u okviru ovog predmeta dominantno izučava hrišćanstvo,

906 *Campbell and Cosans*, stav 36.

907 *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.

908 *Efstratiou*, stav 32.

909 *Isto*.

910 *Folgerø and Others v. Norway (VV)*, predstavka br. 15472/02, presuda od 29. juna 2007.

i to radi hrišćanskog i moralnog razvoja dece, i ustanovio povredu člana 2 Prvog protokola.⁹¹¹ Sud je posebno naglasio da ne 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,⁹¹² javilo se pitanje da li je obavezno pohađanje časova iz verske kulture i etike, počev od četvrtog razreda osnovne škole, u suprotnosti s 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.⁹¹³ Turska vlada se branila time da se pomenuti predmet izučava u skladu s principom sekularnosti i slobode misli, savesti i veroispovesti, i da ima za cilj da „podstiče kulturu mira i kontekst tolerancije”,⁹¹⁴ kao i da prenese znanje o svim glavnim religijama.⁹¹⁵ 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,⁹¹⁶ 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.⁹¹⁷ Evropski sud je pronašao da veći broj predmeta, u manjoj ili većoj meri, sadrži određene stavove filozofske, kosmološke ili moralne prirode.⁹¹⁸ Ipak, država u

911 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 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.

912 *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. septembra 2014.

913 U pitanju je uverenje koje ima određeni nivo „ubedljivosti, ozbiljnosti, kohezije i značaja”, koje se zahteva za priznanje konfesije. *Isto*, stav 66.

914 Godinu dana kasnije i Parlamentarna skupština Saveta Evrope prihvatila je 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.

915 *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, stav 58.

916 *Isto*, stav 61.

917 *Isto*, stav 64.

918 *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, stav 52.

oblasti obrazovanja mora voditi računa da se informacije i znanje, koje je uključeno u nastavni plan i program, predstavljaju na objektivan i pluralistički način, koji omogućava deci da razviju kritički odnos prema religiji u mirnoj atmosferi oslobođenoj od indoktrinacije.⁹¹⁹ 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.⁹²⁰ Imajući u vidu ove kriterijume, Evropski sud je pronašao da se materija u konkretnom slučaju nije izučavala na objektivan i pluralistički način.⁹²¹ Takođe, nije postojala procedura izuzimanja s 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.⁹²² Ovaj poslednji aspekt došao je do izražaja i u jednom slučaju protiv Grčke, gde su roditelji bili u obavezi da otkriju svoja uverenja jer su morali da potpišu izjavu da njihova deca nisu pravoslavni hrišćani kako bi bila izuzeta iz verske nastave.⁹²³

U još jednom predmetu koji su pokrenuli roditelji, pripadnici alevi zajednice, Sud je došao do sličnih zaključaka.⁹²⁴ 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 predstavke imali legitimna očekivanja da će se učenja njihove dece kositi s 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 s njih. Takođe, Evropski sud je pronašao da mogućnost

919 *Isto*, par. 53.

920 *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.

921 *Isto*, par. 68.

922 *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.

923 *Papageorgiou and Others v. Greece*, predstavka br. 4762/18 i 6140/18, presuda od 31. oktobra 2019.

924 *Mansur Yalçın and Others v. Turkey*, predstavka br. 21163/11, presuda od 16. septembra 2014.

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. i 2012, i dalje nisu tako koncipirani da mogu da obezbede poštovanje roditeljskih uverenja. S obzirom na to 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.

Dalje, važno je razumeti da član 2 Prvog protokola ne pruža apsolutnu garanciju da će deca biti obrazovana u skladu s uverenjima njihovih roditelja. Tako roditelji ne mogu da traže od države da pruži alternativni kurs u odnosu na onaj koji je nesaglasan s njihovim uverenjima, što proizlazi iz prava države da određuje i finansira obrazovanje.⁹²⁵ 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. Isto je i sa izlaganjem kraćoj verskoj ceremoniji koju su organizovali roditelji jednog deteta, bez namere da se druga deca indoktriniraju, a prisustvovala su joj bez prethodnog informisanja roditelja.⁹²⁶ Konačno, nametanje kazne roditeljima i udaljenje dece iz škole jer nisu vakcinisana nije dovela do kršenja člana 8 Evropske konvencije, ali istovremeno nije razmatrano sa stanovišta prava na obrazovanje.⁹²⁷

3.4.4.3 Upotreba verskih simbola u školi

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 *Lauti*, 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.⁹²⁸ Ona se pozvala na odluku italijanskog Kasacionog suda iz 2000. da se stavljanje raspeća na glasačka mesta kosi s principom sekularne države. Upravni odbor škole doneo je odluku da ostavi raspeća

⁹²⁵ *Bulski v. Poland*, predstavke br. 46254/99; 31888/02, presuda od 30. novembra 2004.

⁹²⁶ *Perovy v. Russia*, predstavka br. 47429/09, presuda od 20. oktobra 2020.

⁹²⁷ *Vavricka and Others v. the Czech Republic (VV)*, predstavka br. 47621/13 *et al.*, presuda od 8. aprila 2021.

⁹²⁸ *Lauti and Others v. Italy*, predstavka br. 30814/06, presuda od 3. novembra 2009.

na zidu učionica, a Ministarstvo obrazovanja donelo je preporuku direktorima državnih škola da slede ovaj primer. Kako ni Upravni, a ni Ustavni sud Italije nisu pronašli da je ova praksa u suprotnosti s italijanskim Ustavom i Evropskom konvencijom, slučaj je dospao 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.⁹²⁹ Veće je naglasilo da se sloboda nepripadanja nijednoj veri mora štiti kada iza određenog uverenja stoji država, a pojedinac se nalazi u situaciji koju ne može da izbegne, ili to zahteva nesrazmerno 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 s njihovim uverenjima.⁹³⁰ Tako država ima obavezu da održi versku neutralnost u državnim školama i osposobi učenike da kritički razmišljaju,⁹³¹ a ne da ograničava roditelje da vaspitavaju decu prema sopstvenim uverenjima.⁹³²

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.⁹³³ Veliko veće nije imalo dileme da je raspeće prvenstveno religijski simbol i pored nekih drugih značenja.⁹³⁴ Po mišljenju Velikog veća, to, međutim, samo po sebi nije bilo dovoljno da posvedoči o tome 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 uticati na učenike, te se ne može ni tvrditi da on može imati efekta na mlade ljude čija se ubeđenja tek formiraju.⁹³⁵ 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.⁹³⁶ Međutim, u konkretnom slučaju, Veliko veće zaključuje da

⁹²⁹ *Isto*, stav 55.

⁹³⁰ *Isto*, stav 56.

⁹³¹ *Isto*.

⁹³² *Isto*, stav 57.

⁹³³ *Lautsi and Others v. Italy (VV)*, predstavka br. 30814/06, presuda od 18. marta 2011.

⁹³⁴ *Isto*, stav 66.

⁹³⁵ *Isto*.

⁹³⁶ *Isto*, stav 68.

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.⁹³⁷ 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 s 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.⁹³⁸

3.5 POLITIČKA PRAVA I SLOBODE

Politička prava i slobode zajemčene Konvencijom su: sloboda izražavanja, sloboda okupljanja, sloboda udruživanja i pravo na slobodne izbore. Ova prava i slobode su isprepleteni i međusobno uslovljeni. 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.⁹³⁹ Sloboda udruživanja je pak produžetak lične slobode pojedinca, pre svega slobode izražavanja, omogućavajući mu da utiče na politiku zajednice srazmerno snazi grupe kojoj pripada.⁹⁴⁰ 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.

Sloboda izražavanja, okupljanja i udruživanja, zajedno s biračkim pravom, javlja se i kao specifična spona između demokratskog političkog

⁹³⁷ *Isto*, stav 70.

⁹³⁸ *Isto*, stavovi 72-73, 77.

⁹³⁹ P. Wachsmann, *Libertés publiques*, Dalloz, Paris 2005.

⁹⁴⁰ Videti T. Marinković, *Granice slobode političkog udruživanja – uporednoteorijska studija*, Dosije studio, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Pravosudna akademija, Beograd 2014, 19–24.

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 podruku. 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 građanska prava) najbolje su jemstvo za *iura libertatis et civitatis* (prava na slobodu i građanstvo).⁹⁴¹

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, vekovima su se 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.⁹⁴² 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.“⁹⁴³ 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 čini ljude podložnim zavođenju i manipulaciji.⁹⁴⁴

941 N. Bobio, *Liberalizam i demokratija*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd 1995, 62.

942 E. Barendt, *Freedom of Speech*, Oxford University Press, Oxford – New York 2005, 7.

943 J. S. Mill, „On Liberty“, John Stuart Mill, *On Liberty and Other Essays* (ed. J. Gray), Oxford University Press, Oxford – New York 1991, 21.

944 *Isto*, 62–82.

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 prema njima ravnodušna, nego isto tako i na one koje mogu da uvrede, zapanje i uznemire državu ili deo stanovništva. Takvi su zahtevi pluralizma, tolerancije i širine duha bez kojih ne može biti 'demokratskog društva.'"⁹⁴⁵

Ovaj stav Evropskog suda, kojeg se on dosledno drži od presude *Handisajd protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,⁹⁴⁶ 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 pojedinaca i grupa. Istovremeno, on jasno ukazuje 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.⁹⁴⁷

⁹⁴⁵ *Handyside v. The United Kingdom*, predstavka br. 5493/72, presuda od 7. decembra 1976, stav 49.

⁹⁴⁶ 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.

⁹⁴⁷ 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,

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 s *foro interno* slobode misli, savesti i veroispovesti.

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.⁹⁴⁸ Nalazeći da je otpuštanje podnositeljke predstavke bilo nesrazmerno narušavanju 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.⁹⁴⁹ 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 ugrožava 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 kako bi se od nekoga dobilo mišljenje koje ima ili koje nema [...]”. Sloboda izražavanja svojih mišljenja podrazumeva nužno i slobodu da se ona ne izraze.⁹⁵⁰ Sud je takođe stao na ovo gledište i potvrdio značaj negativnog aspekta slobode izražavanja u predmetu koji se odnosio na slobodu sindikalnog udruživanja.⁹⁵¹ Tako se slučaj *Jang, Džejms i Vebster protiv Ujedinjenog Kraljevstva* ticao otpuštanja podnosilaca predstavke zbog odbijanja da pristupe sindikatu s kojim je poslodavac naknadno, po njihovom stupanju u radni odnos, zaključio sporazum o obaveznom

1997, 367.

948 *Vogt c. Allemagne*, predstavka br. 17851/91, presuda od 26. septembra 1995, stavovi 44, 60 i 61.

949 *Isto*, stav 60.

950 *Observation générale No. 34* (art. 19), stav 10.

951 *Young, James and Webster v. the United Kingdom*, predstavke br. 7601/76, 7806/77, presuda od 13. avgusta 1981, stavovi 55, 57 i 66.

članstvu zaposlenih (*closed shop agreement*). Pretnja otkazom, koja podrazumeva gubitak sredstava za život, zbog odbijanja članstva u sindikatu s kojim poslodavac ima zaključen sporazum tipa *closed shop*, jeste, prema mišljenju Suda, najozbiljniji oblik prinude koji dovodi u pitanje slobodu sindikalnog organizovanja.⁹⁵²

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 do sada je to bio slučaj, između ostalog, sa slikama,⁹⁵³ knjigama⁹⁵⁴ stripovima,⁹⁵⁵ filmovima⁹⁵⁶ i internetom.⁹⁵⁷ Takođe, kao različiti načini izražavanja priznati su: nošenje odevnih simbola,⁹⁵⁸ isticanje transparenata u parlamentu,⁹⁵⁹ izjave u novinskom intervjuu,⁹⁶⁰ članstvo u političkim strankama.⁹⁶¹

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, Konvencija ne isključuje mogućnost

952 *Isto*, stav 55.

953 *Müller et autres c. Suisse*, predstavka br. 10737/84, presuda od 24. maja 1988, stav 28.

954 *Handyside v. The United Kingdom*, stav 43.

955 *Leroy c. France*, predstavka br. 36109/03, presuda od 2. oktobra 2008, stav 27.

956 *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, predstavka br. 13470/87, presuda od 20. septembra 1994, stav 43.

957 *Delfi AS v. Estonia* [VV], predstavka br. 64569/09, presuda od 16. juna 2015, stav 110.

958 *Vajnai v. Hungary*, predstavke br. 33629/06, presuda od 8. jula 2008, stav 47.

959 *Karácsony and Others v. Hungary* [VV], predstavke br. 42461/13, 44357/13, presuda od 17. maja 2016, stav 120.

960 *Barthold c. Germany*, predstavka br. 8734/79, presuda od 25. marta 1985, stav 42.

961 *Vogt c. Allemagne*, stav 44.

pribežavanja 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 napominje 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 obezvređi.⁹⁶²

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.⁹⁶³ 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 s njom koje država nije istražila.⁹⁶⁴

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“⁹⁶⁵

Bez obzira na ovo analitičko razlikovanje slobode saopštavanja i primanja informacija i ideja, neophodno je naglasiti i njihovu usku povezanost. 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 drugim područjima

962 *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, predstavka br. 13585/88, presuda od 26. novembra 1991, stav 60.

963 Gérard Cohen-Jonathan, 369; F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Presses universitaires de France, Paris 2005, 456-457.

964 *Özgur Gündem c. Turquie*, predstavka br. 23144/93, presuda od 16. marta 2000, stavovi 41 i 46.

965 G. Cohen-Jonathan, 368.

od javnog interesa, kako bi zaključio da se naspram zadatka medija da prenose takve informacije i ideje nalazi pravo javnosti da ih prima.⁹⁶⁶

3.5.1.1.4 Sloboda traženja 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 *Társaság a Szabadságjogokért 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“.⁹⁶⁷

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, odnosno 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 pravosnažnog

⁹⁶⁶ *Lingens c. Autriche*, predstavka br. 9815/82, presuda od 8. jula 1986, stav 41.

⁹⁶⁷ *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*, predstavka br. 37374/05, presuda od 14. aprila 2009, stavovi 28, 29 i 35.

okončanja sudskog postupka. To je bio slučaj sa zabranom izrečenom novinskim kućama *Observer* i *Guardian* u vezi s prenošenjem detalja knjige „Lovac na špijuna“, čime bi, prema stavu nacionalnih organa, bili narušeni nacionalna bezbednost i autoritet sudstva.⁹⁶⁸ Prethodnim zadiranjem u slobodu izražavanja smatraju se i administrativne mere poput upozorenja, a potom i zabrane emitovanja programa zbog zago-varanja mržnje i netrpeljivosti na etničkoj osnovi.⁹⁶⁹

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,⁹⁷⁰ uvrede vlade⁹⁷¹ i zloupotrebljavajućeg uticaja na ishod krivičnog postupka.⁹⁷² Naknadno zadiranje u slobodu izražavanja informacije ili ideje jeste i osuda na naknadu štete zbog povrede časti i ugleda sudija ustavnog suda,⁹⁷³ kao i odluka o oduzimanju knjiga.⁹⁷⁴ U ovu kategoriju zadiranja spadaju i administrativno (ne)postupanje, poput odbijanja upravnog organa da stavi zainteresovanom licu na raspolaganje informacije od javnog značaja.⁹⁷⁵ Naknadnim zadiranjem se smatra i otpuštanje: iz državne službe usled članstva i delovanja u političkoj stranci (Nemačkoj komunističkoj partiji).⁹⁷⁶ Sudski nalog novinaru da saopšti izvor informacije takođe je vid zadiranja u slobodu izražavanja.⁹⁷⁷

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

968 *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, stavovi 48-49 i 56.

969 *Özgür Radyo-Ses Radyo Televizyon Yayın Yapım Ve Tanıtım A. Ş. c. Turquie (n° 1)*, stavovi 9-61 i 73.

970 *Müller et autres c. Suisse*, stav 28.

971 *Castells c. Espagne*, predstavka br. 11798/85, presuda od 23. aprila 1992, stavovi 33-34.

972 *Worm c. Autriche*, predstavka br. 83/1996/702/894, presuda od 29. avgusta 1997, stavovi 15 i 36.

973 *Mustafa Erdoğan and Others v. Turkey*, predstavka br. 346/04 i 39779/04, presuda od 27. maja 2014, stav 30.

974 *Sapan c. Turquie*, predstavka br. 44102/04, presuda od 8. juna 2010, stav 29.

975 *Youth Initiative for Human Rights v. Serbia*, predstavka br. 48135/06, presuda od 25. juna 2013, stav 24.

976 *Vogt c. Allemagne*, stav 44.

977 *Goodwin v. the United Kingdom*, predstavka br. 17488/90, presuda od 27. marta 1996, stavovi 27-28.

izložena data novinska kuća, kao i novinari, distributeri i druga lica u vezi s njom.⁹⁷⁸ Dakle, i nečinjenje (*non facere*) može se 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

Član 10, stav 2 navodi, između ostalog, da se sloboda izražavanja „može podvrgnuti formalnostima, uslovima, ograničenjima ili kaznama *pro-pisanim zakonom*” [kurziv naš]. U evropskom sistemu zaštite ljudskih prava, načelo zakonitosti ima, pre svega, za cilj da politički legitimise 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.⁹⁷⁹ 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.⁹⁸⁰

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.⁹⁸¹

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,

978 *Özgur Gündem c. Turquie*, stav 41.

979 *Sunday Times v. the United Kingdom (1)*, predstavka br. 6538/74, presuda od 26. aprila 1979, stav 47.

980 *Tourancheau et July c. France*, predstavka br. 53886/00, presuda od 24. novembra 2005, stav 57.

981 *Sunday Times v. the United Kingdom (1)*, stav 61.

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 kao osnov zadiranja u slobodu izražavanja relativno često se javlja u praksi Suda, bilo zasebno, bilo u vezi s drugim pravozaštitnim ciljevima, naročito sa zaštitom ugleda i prava drugih, pre svih sudija i ostalih učesnika u postupku. Naime, Sud je u presudi *Sandey tajms protiv Ujedinjenog Kraljevstva* istakao 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 s ovima, i, nadalje, da najšira javnost gaji poštovanje i poverenje prema sposobnosti sudova za ostvarenje te funkcije.”⁹⁸² 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 s njim u skladu s engleskim pojmom „nepoštovanja suda“ (*contempt of court*), koji najvećma odgovara konvencijskoj kategoriji „očuvanja autoriteta i nepristrasnosti sudstva“.⁹⁸³

Sprečavanje otkrivanja obaveštenja dobijenih u poverenju znatno je 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

982 *Sunday Times v. the United Kingdom* (1), stav 55.

983 *Isto*, stavovi 55–57.

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 s tvorcem tajnog dokumenta, te da isključuje iz svog polja primene treća lica, među kojima i medijske poslenike".⁹⁸⁴ 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".⁹⁸⁵

3.5.1.2.4 Neophodnost zadiranja u demokratskom društvu

Zadiranje u slobodu izražavanja ne može da bude zasnovano samo na postojanju odgovarajućeg pravozaštitnog 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 se 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 tim što ona ide ruku podruku s evropskim nadzorom, a on se odnosi kako na zakonodavstvo, tako i na njegovu primenu, uključujući i onu koja potiče od nezavisnih sudova.⁹⁸⁶ Postojanje nužne društvene potrebe je standard čije utvrđivanje zavisi, pre svega, od vrste predmetnog govora. Tako Sud počiva 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.⁹⁸⁷ „On pridaje najviši značaj slobodi izražavanja u

⁹⁸⁴ *Stoll c. Suisse*, predstavka br. 69698/01, presuda od 10. decembra 2007, stav 58.

⁹⁸⁵ *Isto*, stav 61.

⁹⁸⁶ *Zana v. Turkey*, predstavka br. 69/1996/688/880, presuda od 25. novembra 1997, stav 51.

⁹⁸⁷ *Scharsach et News Verlagsgesellschaft c. Autriche*, predstavka br. 39394/98, presuda od

kontekstu političke rasprave i smatra da su za opravdanje zadiranja u politički govor potrebni veoma jaki razlozi.”⁹⁸⁸

Sud, međutim, snižava prag nužne društvene potrebe u situacijama u kojima „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.”⁹⁸⁹ 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.”⁹⁹⁰ Šta se, pritom, 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 tog 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 nje-gove srazmernosti, takođe se 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 povredi ugleda koju je pretrpeo tužilac u pitanju.⁹⁹¹ 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 dopri-nela i činjenica da domaće pravo nije sadržalo pravila u vezi s 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.⁹⁹²

13. novembra 200, stav 30.

988 *Feldek v. Slovakia*, predstavka br. 29032/95, presuda od 12. jula 2001, stav 83.

989 *Sürek v. Turkey N°1*, predstavka br. 26682/95, presuda od 8. jula 1999, stav 61.

990 *Erbakan c. Turquie*, predstavka br. 59405/00, presuda od 6. jula 2006, stav 56.

991 *Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom*, predstavka br. 18139/91, presuda od 13. jula 1995, stav 49.

992 *Isto*, stavovi 49–51.

Sud će naročito biti osetljiv prema krivičnim kaznama za ostvarivanje slobode izražavanja.⁹⁹³ Tako se u predmetu *Skalka protiv Poljske* nije 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.⁹⁹⁴ S obzirom na to da se prestup podnosioca predstavlja 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.⁹⁹⁵

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 slučaju *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 sam sud presudi.⁹⁹⁶ Utvrđivanje postojanja dovoljnih razloga pak podrazumeva 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 s 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 neospornog društvenog značaja i da su porodice žrtava imale životni interes da saznaju sve činjenice i moguća rešenja.⁹⁹⁷

993 R. C. A. White, C. Ovey, Jacobs, White and Ovey – *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford – New York 2010, 439.

994 *Skalka v. Poland*, predstavka br. 43425/98, presuda od 27. maja 2003, stav 41.

995 *Isto*, stavovi 42-43.

996 *Sunday Times v. The United Kingdom (1)*, stav 63.

997 *Isto*, par. 64-67.

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.⁹⁹⁸ 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 s političarima koji obavljaju svoje zvanične funkcije, na primer, i izveštavanje o pojedinostima iz privatnog života lica koje ne obavlja takve funkcije.”⁹⁹⁹ 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 saradivala sa štampom ne može poslužiti kao argument da se ona liši svake zaštite od objavljivanja fotografije u pitanju”.¹⁰⁰⁰ 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 su novine nacionalnog ili lokalnog karaktera i da li imaju veliki ili ograničeni tiraž”.¹⁰⁰¹ 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 pomoću 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”.¹⁰⁰²

3.5.2 Sloboda okupljanja

3.5.2.1 Pojam slobode okupljanja

„Sloboda okupljanja je osnovno pravo u demokratskom društvu, i poput

998 *Von Hannover v. Germany* (no. 2), predstavke br. 40660/08, 60641/08, presuda od 7. februara 2012, stav 109.

999 *Isto*, stav 110.

1000 *Isto*, stav 111.

1001 *Isto*, stav 112.

1002 *Isto*, stav 113.

slobode izražavanja jedan je od temelja tog društva. Otuda se ona ne može usko tumačiti¹⁰⁰³. U skladu s ovim načelnim i doslednim stavom Evropskog suda, sloboda okupljanja, zaštićena članom 11, stav 1 Konvencije, obuhvata skupove različite po obliku, povodu i sadržini poruke koja se njima upućuje. Kada je reč o obliku, sloboda okupljanja se odnosi kako na privatne skupove, tako i na one na javnom mestu,¹⁰⁰⁴ skupove u obliku demonstracija¹⁰⁰⁵ i marševa¹⁰⁰⁶, i statične, koji nisu u pokretu.¹⁰⁰⁷ Okupljanja mogu biti najrazličitija i u sadržinskom smislu: politička,¹⁰⁰⁸ verska (duhovna),¹⁰⁰⁹ kulturna,¹⁰¹⁰ socijalna¹⁰¹¹ 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,¹⁰¹² član 11 štiti i okupljanje koje može da „iritira ili vređa osobe koje se protive idejama ili zahtevima koje ono nastoji da promovise“ ili na kojem se izražavaju mišljenja „o visoko kontroverznim pitanjima koja se tiču zajednice“.¹⁰¹³

Jedini uslov koji član 11, stav 1 poznaje da bi organizovanje skupa i učesće 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“.¹⁰¹⁴ Ovakvo određenje pojma okupljanja u Konvenciji i praksi Suda može se razumeti s obzirom na to da je

1003 *Djavit An v. Turkey*, predstavka br. 20652/92, presuda od 9. jula 2003, stav 56.

1004 *Rassemblement Jurassien et Unité Jurassienne c. Suisse*, predstavka br. 8191/78, presuda od 10. oktobra 1979, stav 3.

1005 *Oya Ataman c. Turquie*, predstavka br. 74552/01, presuda od 5. decembra 2006.

1006 *Christians against Racism and Fascism v. the United Kingdom*, predstavka br. 8440/78, presuda od 16. jula 1980.

1007 *Cissé c. France*, predstavka br. 51346/99, presuda od 9. aprila 2002.

1008 *Isto*.

1009 *Barankevich v. Russia*, predstavka br. 0519/03, presuda od 26. jula 2007.

1010 *Gypsy Council v. the United Kingdom*, predstavka br. 66336/01, presuda od 14. maja 2002.

1011 *Isto*.

1012 *Ezelin c. France*, predstavka br. 11800/85, presuda od 26. aprila 1991, stav 37.

1013 *Plattform Ärzte für das Leben v. Austria*, predstavka br. 10126/82, presuda od 21. juna 1988, stav 32.

1014 *Stankov and United Macedonian Organization Ilinden v. Bulgaria*, predstavke br. 29221/95, 29225/95, presuda od 2. oktobra 2001, stav 77.

okupljanje, kao vid izražavanja mišljenja, simbolički govor i da je u tom smislu potencijalno opasniji od klasičnog govora, koji 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”.¹⁰¹⁵ Iako 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.¹⁰¹⁶ 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 s 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 koje nisu bile prijavljene, iako se podnosiocu predstavke nije moglo prigovoriti ni da se ponašao nasilno, ni da je imao nasilne namere.¹⁰¹⁷ *A contrario*, ako je skup prijavljen, odnosno nije zabranjen, i učesnik u njemu nije počinio ništa sporno (*repréhensible*), „sloboda učešća u mirnom okupljanju [...] od takvog je značaja da ne može biti podvrgnuta nikakvom ograničenju”.¹⁰¹⁸

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

1015 *Baczkowski c. Pologne*, predstavka br. 1543/06, presuda od 3. maja 2007, stav 67.

1016 *Rassemblement Jurassien et Unité Jurassienne c. Suisse*, stav 3.

1017 *Ziliberberg v. Moldova*, predstavka br. 61821/00, presuda od 4. maja 2004.

1018 *Ezelin c. France*, stav 53.

prostora za ograničenje slobode izražavanja u oblasti političkog govora i pitanja od opšteg značaja.¹⁰¹⁹ Kao pravo negativnog statusa, sloboda okupljanja podrazumeva obavezu države da se uzdrži od svakog uplitanja u ostvarenje slobode okupljanja, uključujući i slobodu kontraokupljanja. Sud je naime zauzeo stav da je „bezuslovna zabrana kontramanifestacije krajnja mera koja zahteva naročito opravdanje”.¹⁰²⁰

Očigledno je, međutim, da puno uživanje slobode okupljanja nekada zahteva i pozitivno držanje organa reda. Čak i kada je okupljanje samo po sebi mirno, može dovesti 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 mere, čak i da se umeša u odnose između pojedinaca, kako bi se omogućilo mirno održavanje zakonitih demonstracija.¹⁰²¹

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 preduzima pre ili u toku okupljanja, već obuhvata i one do

1019 *Stankov and United Macedonian Organization Ilinden v. Bulgaria*, stav 88; *Ollinger c. Autriche*, predstavka br. 76900/01, presuda od 29. septembra 2006, stav 38.

1020 *Ollinger c. Autriche*, stav 44.

1021 *Plattform Ärzte für das Leben v. Austria*, stav 32.

kojih dolazi nakon njega.¹⁰²² Tako će se zadiranjem u slobodu okupljanja smatrati zabrana organizovanja okupljanja,¹⁰²³ upotreba suzavca da se demonstracije rasprše,¹⁰²⁴ evakuacija demonstranata,¹⁰²⁵ kao i disciplinsko,¹⁰²⁶ prekršajno¹⁰²⁷ i krivično kažnjavanje¹⁰²⁸ 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.¹⁰²⁹

3.5.2.2 Načelo zakonitosti

Da bi bilo opravdano, zadiranje u slobodu okupljanja mora biti uređeno zakonom, s tim što Sud shvata pojam zakona nešto šire, uvažavajući razliku između kontinentalnog i anglosaksonskog pravnog sistema. „Zakon“ se poima materijalno, a ne formalno, tako da obuhvata celokupno pismeno pravo, uključujući i podzakonske akte i sudsku praksu koja ih tumači.¹⁰³⁰ Shodno jurisprudenciji Evropskog suda, zakoni kojima se ograničava sloboda okupljanja moraju biti formulisani dovoljno precizno da omoguće „svakome da, po potrebi i uz odgovarajuću stručnu pomoć, predvidi, do razumnog stepena u datim okolnostima, posledice svojih postupaka“.¹⁰³¹ 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 s evolucijom društvenih koncepcija“.¹⁰³² 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“.¹⁰³³

1022 *Ezelin c. France*, stav 39.

1023 *Stankov and United Macedonian Organization Ilinden v. Bulgaria*, stavovi 79-80.

1024 *Oya Ataman c. Turquie*, stavovi 30 i 43.

1025 *Cissé c. France*, stav 40.

1026 *Ezelin c. France*, stav 41.

1027 *Ziliberberg v. Moldova*.

1028 *Osmani and Others v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, predstavka br. 50841/99, presuda od 11. oktobra 2001.

1029 *Plattform Ärzte für das Leben v. Austria*, stav 32.

1030 *Kervanci c. France*, predstavka br. 31645/04, presuda od 4. decembra 2008, stav 52.

1031 *Ezelin c. France*, stav 45.

1032 *Isto*.

1033 *Mkrtchyan v. Armenia*, predstavka br. 6562/03, presuda od 11. januara 2007, stav 39.

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.¹⁰³⁴

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.¹⁰³⁵ Sud se takođe izjašnjava i o argumentima odbrane s kojima se ne slaže. Tako je u pomenutom predmetu, odgovarajući na stavove države, istakao da to što podnositeljka predstave – učesnica demonstracija protiv imigracione politike francuske vlade – nema boravišnu dozvolu u Francuskoj, i u tom smislu se nalazi u neregularnoj situaciji, ne opravdava povredu njenog prava na slobodu okupljanja.¹⁰³⁶

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 osnovni element evropskog javnog poretka“. Sud je izrekao da je „Konvencija 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 s njom“.¹⁰³⁷ Ove polazne osnove navode Sud da zaključiti 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“.¹⁰³⁸ Prema tome, „države moraju ne samo da obezbede pravo na mirno okupljanje

1034 Videti *Ezelin c. France*, stav 47.

1035 *Cissé c. France*, stavovi 46 i 52.

1036 *Isto*, stavovi 8 i 50.

1037 *Baczkowski c. Pologne*, stav 61.

1038 *Isto*.

već i da se uzdrže od primenjivanja nerazumnih posrednih ograničenja tog prava. S obzirom na suštinsku prirodu slobode okupljanja i njenu blisku vezu s demokratijom, moraju postojati uverljivi i ubedljivi razlozi za opravdanje zadiranja u to pravo¹⁰³⁹

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 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 s načelima oličenim u članovima 10 i 11, i, štaviše, da su zasnovalе svoje odluke na prihvatljivoj proceni odgovarajućih činjenica.”¹⁰⁴⁰ Ovakvog pristupa Sud se drži bez obzira na to da li je reč o ispitivanju represivnih mera koje javna vlast preduzima pre održavanja planiranog skupa (zabrana njegovog održavanja), dok je on u toku (njegovo prevremeno 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 prevremenog okončanja neprijavljenog skupa putem intervencije organa reda. Naime, podnosioci predstavke su osporavali policijsko rasturanje okupljanja, oko 150 osoba, kojim se želelo izraziti neslaganje s 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.¹⁰⁴¹ 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

1039 *Sergey Kuznetsov v. Russia*, predstavka br. 10877/04, presuda od 23. oktobra 2008, stav 40.

1040 *Isto*, stav 41.

1041 *Bukta et autres c. Hongrie*, predstavka br. 25691/04, presuda od 17. jula 2007, stavovi 7–10.

ciljeva kojima se težilo.¹⁰⁴² Pritom, Sud je imao u vidu da u konkretnom slučaju javnost nije bila blagovremeno obavještena o učešću mađarskog premijera na pomenutom prijemu, što je podnosiocima predstavke stavljalo pred dilemu: da potpuno odustanu od svog prava na mirno okupljanje ili da ga ostvare uz nepoštovanje zakonskih rokova.¹⁰⁴³ 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.¹⁰⁴⁴ 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 s jednim obrazloženjem da obaveza prethodnog prijavljivanja nije bila poštovana, uz ponašanje učesnika koje nije suprotno zakonu, nesrazmerno je ograničenju slobode mirnog okupljanja“.¹⁰⁴⁵

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 s 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 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“.¹⁰⁴⁶

¹⁰⁴² Isto, stavovi 35 i 38.

¹⁰⁴³ Isto, stav 35.

¹⁰⁴⁴ Isto, stav 37.

¹⁰⁴⁵ Isto, stav 36.

¹⁰⁴⁶ *Parti socialiste et autres c. Turquie*, predstavka br. 21237/93, presuda od 25. maja 1998, stav 47, *in fine*.

3.5.3.1.1 Udruživanje 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 jeste 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 međuopštinska lovačka udruženja, iako su u francuskom pravu ona imala status javnopravnih lica.¹⁰⁴⁷

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 s državom da je lekarsko udruženje (*Ordre des Médecins*) koje je osnovao Parlament i koje, kao deo državne strukture, raspolaže upravnim, regulativnim i disciplin-skim ovlašćenjima, javnopravna ustanova koja izlazi iz delokruga člana 11.¹⁰⁴⁸ 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 disciplin-skim) prerogativima.¹⁰⁴⁹

3.5.3.1.2 Sadržina prava na slobodu političkog i drugog organizovanja

Pojam slobode udruživanja određen je 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 videti *infra*). Pozitivna sloboda udruživanja podrazumeva pravo osnivanja udruženja, uključujući i njegovo registrovanje kao pravnog lica, i pravo da se bude član udruženja bez uplitanja organa javne vlasti. Osnivanje pravnog lica radi vođenja zajedničkih aktivnosti njegovih članova je, kako je istakao Sud, jedan od najvažnijih aspekata prava na slobodu udruživanja, bez kojeg ovo pravo ne bi imalo praktični smisao.¹⁰⁵⁰ Sud naročito ukazuje na

1047 *Chassagnou et autres c. France*, predstavke br. 25088/94, 28331/95, 28443/95, presuda od 29. aprila 1999, stavovi 13, 100 i 102.

1048 *Le Compte, van Leuven et de Meyere c. Belgique*, predstavke br. 6878/75 i 7238/75, presuda od 23. juna 1981, stav 65.

1049 *Isto*, stav 64.

1050 *Gorzelik et autres c. Pologne* [VV], predstavka br. 44158/98, presuda od 17. februara

značaj ovog aspekta slobode udruživanja za lica koja pripadaju manjinama, uključujući i nacionalne i etničke manjine, smatrajući da osnivanje udruženja može biti od pomoći manjinskim grupama da sačuvaju i odbrane svoja prava.¹⁰⁵¹ 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 s javnim redom.¹⁰⁵² Naime, Sud daje prednost aposteriornoj kontroli aktivnosti udruženja, pošto ono prethodno bude registrovano, u odnosu na apriorno i apstraktno ispitivanje njegove zakonitosti.¹⁰⁵³ Ovakav stav Sud ima i kada je reč o zabrani političkih stranaka neposredno po njihovom osnivanju.¹⁰⁵⁴

Konačno, član 11 Konvencije podrazumeva ne samo pozitivnu već i negativnu slobodu udruživanja – pravo da se ostane izvan svakog udruženja. Naime, povodom predstavki 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“.¹⁰⁵⁵

S druge strane, saglasno članu 17 Konvencije, smatra se 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.¹⁰⁵⁶

2004, stav 88.

1051 *Isto*, stavovi 92-93.

1052 *Upor. Sidiropoulos et autres c. Grèce*, predstavka br. 26695/95, presuda od 10. jula 1998, stav 44.

1053 *Maison de la civilisation macédonienne et autres c. Grèce*, predstavka br. 1295/10, presuda od 9. jula 2015, stav 42.

1054 *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, predstavka br. 19392/92, presuda od 30. januara 1998, stav 57.

1055 *Chassagnou et autres c. France*, stavovi 114 i 117.

1056 *W. P. and Others v. Poland*, predstavka br. 42264/98, presuda od 2. septembra 2004.

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“.¹⁰⁵⁷ 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 zagaruje da niko neće biti prinuđen na sindikalno organizovanje, pogotovo 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.¹⁰⁵⁸ 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.¹⁰⁵⁹

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 svakoj državi daje slobodan izbor sredstava koje će ponuditi u omogućavanju izražavanja radničkih interesa. Priznavanje prava na štrajk je, bez sumnje, jedno

1057 *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.

1058 *Young, James and Webster v. the United Kingdom*, predstavke br. 7601/76, 7806/77, presuda od 13. avgusta 1981, stav 55.

1059 *Sigurdur A. Sirgurjonsson v. Iceland*, predstavka br. 16130/90, presuda od 30. juna 1993, stav 35.

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.¹⁰⁶⁰

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.

3.5.3.2.1 Postojanje zadiranja

U skladu sa sadržinom prava na slobodu udruživanja, zadiranje u ovu slobodu može se ispoljiti u obliku odbijanja upisa udruženja u odgovarajući registar,¹⁰⁶¹ prisiljavanja na pristupanje određenom udruženju¹⁰⁶² i zabranom udruženja.¹⁰⁶³ Kada je reč o merama koje neposredno i isključivo pogađaju organizaciju, zabana je praktično najteži oblik zadiranja u slobodu udruživanja. Ako se uporedi s 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.¹⁰⁶⁴

¹⁰⁶⁰ *Schmidt and Dahlstrom v. Sweden*, predstavka br. 5589/72, presuda od 6. februara 1976, stav 36.

¹⁰⁶¹ Videti *Maison de la civilisation macédonienne et autres c. Grèce*.

¹⁰⁶² Videti *Chassagnou et autres c. France*.

¹⁰⁶³ Videti *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [VV], predstavlke br. 41340/98 *et al.*, presuda od 13. februara 2003; *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, predstavlke 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.

¹⁰⁶⁴ *United Macedonian Organsation Ilinden – PIRIN and Others v. Bulgaria (No. 2)*, predstavlke br. 41561/07, 20972/08, presuda od 18. oktobra 2011, stav 94.

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’ 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 pomoću prikladnog saveta – da predvidi, u meri u kojoj bi to bilo razumno, posledice koje bi neki postupak mogao da proizvede. Te posledice ne moraju biti potpuno predvidljive: iskustvo je pokazalo da je tako nešto neostvarivo. S druge strane, mada je potpuna predvidljivost veoma poželjna, ona može dovesti 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.”¹⁰⁶⁵

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 suprotnosti sa zakonodavstvom Ukrajine. „Zakon ne precizira”, prema oceni Suda, „da li se ta odredba odnosi samo na materijalnu neusklađenost ciljeva i aktivnosti udruženja s onim što pravo propisuje, naročito u pogledu osnova za ograničenja osnivanja i delovanja udruženja [...], ili i na tekstualnu neusklađenost članova statuta udruženja s odgovarajućim zakonskim odredbama. [...] Sud primećuje da je data odredba dopuštala naročito široko tumačenje i da je mogla da se shvati tako da zabranjuje svako udaljavanje od odgovarajućeg domaćeg uređenja aktivnosti udruženja.” U skladu s tim, Sud je zaključio da su „odredbe Zakona o udruženjima koje uređuju registraciju udruženja 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

¹⁰⁶⁵ *Rekvényi v. Hungary*, predstavka br. 25390/94, presuda od 20. maja 1999, stavovi 34 i 59.

situaciji, postupak sudske kontrole koji je na raspolaganju podnosiocima predstavlja ne bi mogao da spreči arbitrarno odbijanje registracije.”¹⁰⁶⁶

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 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.”¹⁰⁶⁷ U skladu s tim, „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.”¹⁰⁶⁸

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 razvio se 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.¹⁰⁶⁹

¹⁰⁶⁶ *Koretsky and Others v. Ukraine*, predstavka br. 40269/02, presuda od 3. aprila 2008, stav 48.

¹⁰⁶⁷ *Jazar and others v. Turkey*, predstavke br. 22723/93, 22724/93, 22725/93, presuda od 9. aprila 2002, stav 49.

¹⁰⁶⁸ *Isto*.

¹⁰⁶⁹ *Dicle pour le Parti de la Démocratie (DEP) c. Turquie*, predstavka br. 25141/94, presuda

3.5.3.2.4.1 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 demokratskog društva.¹⁰⁷⁰ 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.¹⁰⁷¹ Međutim, on u tim predmetima ne razmatra podjednako sve elemente pomenutog testa, uzimajući u obzir prirodu osnova za zabranu, a diferencirani 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 s 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 s 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 s pozitivnom obavezom država ugovornica zasnovanom na članu 1 Konvencije da obezbedi prava i slobode lica u okviru svojih nadležnosti.”¹⁰⁷²

od 10. decembra 2002, stavovi 48-49.

1070 *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey*, stav 104.

1071 *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, stav 83; *Vona v. Hungary*, stav 55.

1072 *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey*, stavovi 102-103.

Kada ispituje neophodnost ograničenja slobode udruživanja, Sud razmatra program ili statut inkriminirane organizacije i proverava da li on sadrži ciljeve suprotne javnom poretku.¹⁰⁷³ Kako se, međutim, nedozvoljeni ciljevi i delovanje retko izražavaju u najvišim dokumentima organizacije, Sud smatra da se „statut i program političke stranke ne mogu uzimati u obzir kao jedini kriterijum za utvrđivanje njenih ciljeva i namera. Političko iskustvo država ugovornica je pokazalo da u prošlosti političke stranke s ciljevima suprotnim osnovnim načelima demokratije nisu otkrивale 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 nije tako, sadržina programa mora biti upoređena s 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.”¹⁰⁷⁴

Treći element standarda „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 manje je očigledna kada se čini zbog nedemokratske ideologije stranke nego zbog njenih nedemokratskih sredstava borbe, što nalaže dodatno obrazloženje presude kojom se zabrana potvrđuje.

3.5.3.2.4.2 Načelo srazmernosti

Srazmernost zabrane cilju koji se želi postići – zaštita 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 dovesti u pitanje (i oboriti) 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

¹⁰⁷³ *Tourkiki Enosi Xanthis et autres c. Grèce*, predstavka br. 26698/05, presuda od 27. marta 2008, stav 48.

¹⁰⁷⁴ *Refah partisi and others v. Turkey* [VV], stav 101; *Dicle pour le Parti de la Démocratie (DEP) c. Turquie*, stav 47.

zabrane postojao odgovarajući osnov i da bi ona bila u skladu s 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 su se već izrazile u smrtonosnom nasilju“.¹⁰⁷⁵ Međutim, govor „izrečen u inostranstvu, na jeziku koji nije turski, i pred javnošću koje se nije neposredno ticala situacija u Turskoj, imao je vrlo ograničen potencijalni uticaj na ‘nacionalnu bezbednost’, ‘javni porredak’ 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.“¹⁰⁷⁶

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 ne postaju državni činioци. Iskazivanjem mišljenja o javnim poslovima i vodeći propagandu u korist tog mišljenja oni ostaju privatne ličnosti. To nije slučaj s pravom na slobodne izbore. Naime, određujući narodne poslanike koji donose zakone i odlučuju o drugim državnim pitanjima, birači, uz sadejstvo političkih stranaka, posredno učestvuju u stvaranju državne volje.¹⁰⁷⁷

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 dopuštaju odstupanja od tog prava, osim u vanrednim okolnostima, u doba rata ili druge javne opasnosti koja preči opstanku nacije.

¹⁰⁷⁵ *Dicle pour le Parti de la Démocratie (DEP) c. Turquie*, stavovi 62-63.

¹⁰⁷⁶ Isto, stav 64.

¹⁰⁷⁷ S. Jovanović, *Ustavno pravo Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, Službeni list, Beograd, 1996.

Osobnost člana 3 Protokola br. 1 u konvencijskom sistemu zaštite ljudskih prava jeste i ta da, iako u njegovom rubrumu stoji „*pravo* na slobodu izbora“ (kurziv naš), sama 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 druge odredbe Konvencije i Protokola“.1078 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 s većinom građanskih i političkih prava, nego obaveza države da donese pozitivne mere za ‘održavanje’ demokratskih izbora“.1079

Evropski sud je, u svojoj jurisprudenciji, bliže odredio različita pitanja u vezi s pravom na slobodne izbore, od biračkog prava i izbornog postupka, do izborne kampanje i izbornog sistema.¹⁰⁸⁰

3.6 ZAŠTITA IMOVINE

Pravo svojine se obično posmatra kao stvarno pravo, deo privatnog, građanskog prava. Međutim, pravo svojine je i ljudsko pravo, i to prve generacije. Ono je produžetak lične slobode i izraz sposobnosti svakog pojedinca ne samo da bude vlasnik dobara već i da odgovara za njih.¹⁰⁸¹ Filozofija liberalizma, na kojoj počiva učenje o ljudskim pravima, podjednako se odlikuje određenim političkim koliko i ekonomskim vrednostima. Sloboda političkog takmičenja koja čini suštinu demokratije dopunjuje se slobodom ekonomskog preduzetništva. Francuski konstitucionalista Moris

1078 *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, predstavka br. 9267/81, presuda od 2. marta 1987, stav 51.

1079 *Isto*, stav 50.

1080 Videti: Т. Маринковић, *Расправа о праву на слободне изборе*, Библиотека Политика и друштво, Досије студио, Београд 2019.

1081 L. Sermet, „Droit de propriété et biens“, *Dictionnaire des Droits de l'Homme* (sld. Joël Andriantsimbazovina et al.), PUF, Paris, 2008, 815.

Diverže (*Maurice Duverger*) formulisao je tu vezu ironičnim rečima da je „ovca [...] iznedrila modernu demokratiju”.¹⁰⁸² Naime, liberalnodemokratski procesi su počeli rano da se ispoljavaju u Engleskoj, između ostalog i zato što se srednje i sitno plemstvo već u srednjem veku približilo preduzimljivoj buržoaziji videvši u svojim zemljišnim posedima ne samo osnov obaveza, funkcija i društvenih i političkih privilegija već i investiciju i izvor prihoda. Ono je na svom posedu počelo da uzgaja ovce i da proizvodi i izvozi vunu u velikim količinama. Zamenivši feudalnu koncepciju službe kapitalističkom koncepcijom profita, to plemstvo je počelo da deli interese i vrednosti s buržoazijom, koja je od svojih početaka bila isključena iz poljoprivrede i usmerena na manufakturu, trgovinu i bankarstvo.¹⁰⁸³

Otuda ne iznenađuje što Velika francuska revolucija u dva člana od ukupno 17 članova Deklaracije prava čoveka i građanina sakralizuje pravo svojine. Deklaracijom se ističe da je „cilj svakog političkog udruživanja [...] očuvanje prirodnih i nezastarivih prava čoveka”, te da su ta prava „sloboda, svojina, sigurnost i otpor ugnjetavanju” (član 2). Ovome se dodaje da „pošto je svojina neprikosnovo i sveto pravo, niko ne može biti lišen, osim ako to očigledno ne zahteva zakonito utvrđena javna potreba, i pod uslovom pravičnog i prethodnog obeštećenja” (član 17).¹⁰⁸⁴ Važnost svojine nije s vremenom opala: „Odnosi između vlasti i naroda, čak i sama struktura vlasti, u znatnoj meri zavise od svojinskih prava u datom društvu, i to zato što svojinska prava nisu samo zaštićena ustavom već su tesno isprepletena s njim”.¹⁰⁸⁵

Pravo svojine jemči se i Evropskom konvencijom, i to članom 1 Protokola br. 1 uz Konvenciju, pod rubrumom „zaštita imovine”. Taj član se sastoji od tri dela, odnosno tri jasno odvojena pravila. Prvo pravilo, koje je izloženo u prvoj rečenici prvog stava, opšte je prirode i proglašava načelo neometanog uživanja imovine: „Svako fizičko i pravno lice ima pravo na neometano uživanje svoje imovine.” Drugo pravilo, koje se nalazi u drugoj rečenici prvog stava, odnosi se na lišavanje imovine i podvrgava ga

1082 M. Duverger, *Janus – Les deux faces de l'Occident*, Fayard, 1972, 11.

1083 *Ibid.*, 4–11.

1084 „Deklaracija prava čoveka i građanina” (preveo P. Nikolić), *Temelji moderne demokratije – Izbor deklaracija i povelja o ljudskim pravima (prir. D. Mrđenović)*, Nova knjiga, Beograd, 1989, 137–139

1085 J. Webber, K. Gover, „Proprietary Constitutionalism”, *Routledge Handbook of Constitutional Law* (eds. M. Tushnet, Th. Fleiner, Ch. Saunders), Routledge, London & New York, 2013, 361.

određenim uslovima: „Niko ne može biti lišen svoje imovine, osim u javnom interesu i pod uslovima predviđenim zakonom i opštim načelima međunarodnog prava.” Treće pravilo, koje je navedeno u drugom stavu, priznaje da države ugovornice Konvencije imaju pravo, između ostalog, da regulišu korišćenje imovine u skladu s opštim interesom: „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.” Ta tri pravila su međusobno povezana. Kako Evropski sud dosledno ističe: „Drugo i treće pravilo, koja se odnose na posebne slučajeve mešanja u pravo na mirno uživanje imovine, moraju se tumačiti u svetlosti opšteg načela utvrđenog u prvom pravilu.”¹⁰⁸⁶

3.6.1 Pojam imovine

Evropska konvencija ne jemči izričito pravo svojine. Međutim, Evropski sud je veoma rano u svojoj praksi potvrdio da član 1 Protokola br. 1 u suštini štiti pravo svojine priznavanjem da svako ima pravo na neometano uživanje imovine. Prema mišljenju Suda, to jasno proističe iz značenja reči „imovina” i „korišćenje imovine” (engl.: *possessions, use of property*; fr.: *biens, propriété, usage des biens*). Sud se takođe pozvao na pripremne radove (*travaux préparatoires*), koji sa svoje strane nedvosmisleno svedoče o tome da „su pisci teksta stalno govorili o ‘pravu svojine’ ili ‘pravu na svojinu’ da opišu predmet nacрта koji su bili preteča sadašnjem članu (P1-1)”. Otuda i Sud smatra da „pravo na raspolaganje svojine predstavlja tradicionalni i temeljni aspekt prava na svojinu.”¹⁰⁸⁷

Osim što je potvrdio da član 1 Protokola br. 1 štiti pravo svojine, Evropski sud je zauzeo stav i da je imovina „autonoman pojam koji se ne ograničava na vlasništvo nad telesnim stvarima”, odnosno da se „i neka druga prava i interesi koji čine imovinu mogu takođe smatrati ‘svojinskim pravima’, pa time i ‘imovinom’ u svrhe te odredbe”¹⁰⁸⁸

Evropski sud je pod imovinu podveo poslovne i profesionalne interese poput klijentele koju su svojim radom izgradile računovođe čija je

1086 *Ališić et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et l'ex-République yougoslave de Macédoine*, predstavka br. 60642/08, presuda VV od 16. jula 2014, stav 98.

1087 *Marckx c. Belgique*, predstavka br. 6833/74, presuda od 13. juna 1979, stav 63.

1088 *Gasus Dossier i Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas*, predstavka br. 15375/89, presuda od 13. juna 1979, stav 53.

ponovna registracija odbijena nakon usvajanja novog zakona¹⁰⁸⁹ ili ekonomske interese vezane za zadržavanje licence za služenje alkoholnih pića.¹⁰⁹⁰ Sud takođe smatra da se član 1 Protokola br. 1 primenjuje na slučaj navodnog kršenja autorskih prava,¹⁰⁹¹ kao i da robni žig predstavlja „imovinu“ u smislu člana 1 Protokola br. 1.¹⁰⁹² Potraživanja i dugovanja vezana za imovinu moraju biti dovoljno ustanovljena da bi mogla biti izvršiva i tako uživala zaštitu člana 1 Protokola br. 1. Tako, da bi neko potraživanje moglo da se podvede pod pojam „legitimnog očekivanja“ i u tom smislu „imovine“, mora se dokazati da postoji dovoljan osnov u domaćem pravu, na primer dobro ustanovljena sudska praksa domaćih sudova koja to potvrđuje.¹⁰⁹³ Računi u banci, odnosno depoziti i akumulirane kamate takođe mogu uživati zaštitu člana 1 Protokola br. 1.¹⁰⁹⁴ Proizlazi da se član 1 Protokola br. 1 primenjuje samo na postojeću imovinu lica. Otuda se ne može smatrati da budući prihodi predstavljaju „imovinu“ ukoliko ona već nije zarađena ili definitivno plativa.¹⁰⁹⁵

3.6.2 Zadiranje u imovinu

Imovinsko pravo nije apsolutno i ono može da se ograniči pod određenim uslovima. Tri su različita načina zadiranja države u imovinu: lišenje imovine, regulisanje korišćenja imovine i narušavanje, u užem smislu, prava na mirno uživanje imovine.

3.6.2.1 Lišenje imovine

Lišenje imovine je najdalekosežnija vrsta zadiranja države u pravo na imovinu pošto ono lišava lice njegovog prava vlasništva nad određenom imovinom. „Lišenje imovine ili eksproprijacija okončava imovinsko pravo, pošto prenosi pravo vlasništva s pojedinca na vladu ili neki drugi javni

1089 *Van Marle and Others v. the Netherlands*, predstavke br. 8543/79; 8674/79; 8675/79; 8685/79, presuda od 26. juna 1986, stav 41.

1090 *Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweeden*, predstavka br. 10873/84, presuda od 7. jula 1989, stavovi 43 i 53.

1091 *Melnychuk v. Ukraine*, predstavka br. 28743/03, odluka od 5. jula 2005.

1092 *Anheuser-Busch Inc v. Portugal*, predstavka br. 73049/01, presuda od 11. januara 2007, stavovi 46 i 72.

1093 *Ramadhi and Others v. Albania*, predstavka br. 38222/02, presuda od 13. novembra 2007, stav 67.

1094 *Suljagic v. Bosnia-Herzegovina*, predstavka br. 27912/02, presuda od 3. novembra 2009, stavovi 35-36.

1095 *Gratzinger and Gratzingerova v. the Czech Republic*, predstavka br. 39794/98, odluka od 10. jula 2002, stav 69.

organ, ili čak na nekog trećeg u slučaju korisnika socijalnih reformi, kako se vidi i iz prakse ESLJP.¹⁰⁹⁶

Eksproprijacija se dopušta u drugoj rečenici prvog stava člana 1 Protokola br. 1, gde se predviđa da „niko ne može biti lišen svoje imovine, osim u javnom interesu i pod uslovima predviđenim zakonom i opštim načelima međunarodnog prava“.

Formalno oduzimanje ili eksproprijacija imovine sigurno će voditi do zaključka da je došlo do lišenja imovine u okviru drugog pravila člana 1 Protokola br. 1. Međutim, Sud takođe smatra da formalni čin eksproprijacije nije neophodan da bi se ustanovilo da je došlo do lišenja imovine. Polazeći od premise da je „namera Konvencije da garantuje prava koja su ‘praktična i delotvorna’“, Sud insistira na tome da „mora da se utvrdi da li je neka situacija poprimila razmere *de facto* eksproprijacije“.¹⁰⁹⁷

3.6.2.2 Regulisanje korišćenja imovine

Za razliku od eksproprijacije, regulisanje korišćenja imovine je „najblaži oblik zadiranja u imovinska prava, jer obično ne dovodi do promene u vlasništvu ili titularu. Vlasništvo ostaje u rukama lica kome je pripadalo i pre nego što je došlo do uplitanja države, iako lice koje ima pravo vlasništva može da se nađe u situaciji u kojoj mu je korišćenje imovine na neki način ograničeno.“¹⁰⁹⁸

Konvencija dopušta regulisanje korišćenja imovine u drugom stavu člana 1 Protokola br. 1, propisujući da pravo na zaštitu imovine ni na koji način „ne utiče 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“.

Sud je razliku između lišenja imovine i kontrole korišćenja imovine napravio u presudi *Hendisajd protiv Ujedinjenog Kraljevstva*. Taj predmet se odnosio na dve različite mere zadiranja u pravo na imovinu: zaplenu matrice i primeraka „Male crvene školske knjige“ s jedne strane, i njihovo privremeno oduzimanje i kasnije uništavanje nakon suđenja, s druge strane.¹⁰⁹⁹

1096 D. Popović, *Protecting Property in European Human Rights Law*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2009, 29.

1097 *Brumarescu v. Romania*, predstavka br. 28342/95, presuda od 28. oktobra 1999, stav 76.

1098 D. Popović, 30.

1099 *Handyside v. the United Kingdom*, predstavka br. 5493/72, presuda od 7. decembra 1976, stav 61.

Sud je ustanovio da je zaplena bila privremena mera, te da druga rečenica prvog stava člana 1 Protokola br. 1 nije bila relevantna za taj predmet. Za Sud nije bilo sporno da se zaplena odnosila upravo na „korišćenje imovine“ i da je tako ulazila u područje delovanja drugog stava.¹¹⁰⁰ Kada je reč o oduzimanju i uništenju knjige, Sud je potvrdio da je to bilo trajno lišenje vlasništva podnosioca predstavke nad nekom imovinom. Međutim, Sud je dodao i da je ta mera bila u skladu s drugim stavom člana 1 Protokola br. 1 jer pravo Ujedinjenog Kraljevstva dopušta oduzimanje i uništenje predmeta za koji je u sudskom postupku utvrđeno da je protivan pravu i opasan po opšti interes.¹¹⁰¹

3.6.2.3 Narušavanje prava na mirno uživanje imovine

Neometano uživanje imovine izraz je koji se koristi u prvoj rečenici prvog stava člana 1 Protokola br. 1: „Svako fizičko i pravno lice ima pravo na neometano uživanje svoje imovine.“ Uvođenje u praksu Suda treće kategorije uplitanja – zadiranja u neometano uživanje imovine – uz lišenje imovine i regulisanje korišćenja imovine, objašnjava se praktičnim razlozima. „U određenim slučajevima sudije nisu mogle da donesu pouzdan zaključak zasnivajući svoj sud na ideji eksproprijacije ili na ideji regulisanja korišćenja imovine. U takvim situacijama pribegavali su traženju osnova u prvom stavu člana 1 Protokola br. 1, koji je stvorio specifičan obrazac u okviru te odredbe.“¹¹⁰²

Šta se podrazumeva pod zadiranjem u neometano uživanje imovine, može se videti iz presude *Sporong i Lonrot protiv Švedske*. Taj predmet se odnosio na švedsko zakonodavstvo o eksproprijaciji koje je omogućavalo Vladi Švedske da unapred dodeli opštinskim vlastima dozvolu za urbanističku eksproprijaciju. U skladu s tim zakonodavstvom, Vlada je izdala Gradu Stokholmu dozvolu za zonsku urbanističku eksproprijaciju.¹¹⁰³ Sud je utvrdio da dozvola za eksproprijaciju, iako nije uticala na zakonsko pravo vlasnika da koriste svoju imovinu i njome raspolažu, ipak jeste znatno umanjila mogućnost da oni to čine u praksi. Sud je naglasio da je dozvola uticala na samu suštinu vlasništva time što je ovlasila Grad Stokholm da sprovede eksproprijaciju kad god bude smatrao da je to potrebno, što se

1100 *Ibid.*, stav 62.

1101 *Ibid.*, stav 63.

1102 D. Popović, 49.

1103 *Sporrong and Lonroth v. Sweden*, predstavke br. 7151/75 i 7152/75, presuda od 23. septembra 1982, stavovi 10–25.

u slučaju prvog podnosioca predstavke nije desilo ni posle dvadeset godina od izdavanja dozvole. Stoga je Sud zaključio da je pravo podnosioca predstavke na imovinu postalo nesigurno i poništivo.¹¹⁰⁴

3.6.3 Uslovi opravdanog zadiranja u imovinu

Tri uslova moraju da se ispune da bi zadiranje države u imovinu bilo opravdano – zakonitost, legitimni cilj i srazmernost – a primenjuju se na sve tri kategorije zadiranja.

3.6.3.1 Zakonitost

Sud smatra zakonitost za prvi i najvažniji uslov da bi zadiranje javnih vlasti u neometano uživanje imovine bilo u skladu s članom 1 Protokola br. 1.¹¹⁰⁵ Načelo zakonitosti je predviđeno *expressis verbis* u drugoj rečenici prvog stava, kojom se dopušta lišenje imovine samo „pod uslovima predviđenim zakonom“, i u drugom stavu, koji priznaje da države imaju pravo da regulišu korišćenje imovine primenom „zakona“. Ovi izrazi zahtevaju pre svega da postoji usaglašenost s dostupnim i dovoljno preciznim odredbama u domaćem pravu.¹¹⁰⁶

Sud je zauzeo stav da je „vladavina prava, jedan od temeljnih načela demokratskog društva, svojstvena svim članovima Konvencije i da u sebi sadrži dužnost države ili drugih javnih vlasti da poštuju sudske naredbe ili odluke protiv njih.“¹¹⁰⁷ Sledi da se drugi uslovi zadiranja u imovinu – pitanje da li je postignuta pravična ravnoteža između zahteva opšteg interesa zajednice i potrebe da se zaštite osnovna prava pojedinaca – ispituju tek kada se utvrdi da zadiranje u pravo o kome je reč ispunjava uslov zakonitosti i da nije bilo proizvoljno. Države ugovornice obično nemaju teškoća da dokažu zakonitost zadiranja u ovo pravo.

3.6.3.2 Legitimni cilj

Načelno posmatrano, do zadiranja u imovinu dolazi da bi država mogla da ispuni svoj zadatak da zadovolji javni interes. Sud je sam priznao da pojam „javnog interesa“ jeste nužno širok,¹¹⁰⁸ tako da može da postane

¹¹⁰⁴ *Ibid.*, stavovi 18 i 60.

¹¹⁰⁵ *Iatridis v. Greece*, predstavka br. 31107/96, presuda od 25. marta 1999, stav 58.

¹¹⁰⁶ *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81 i 9405/81, presuda od 8. jula 1986, stav 110.

¹¹⁰⁷ *Iatridis v. Greece*, stav 58.

¹¹⁰⁸ *Hentrich c. France*, predstavka br. 13616/88, presuda od 22. septembra 1994, stav 39.

predmet neslaganja.¹¹⁰⁹ Ipak, „u gotovo svim dosadašnjim slučajevima bilo je prihvaćeno da je postojao javni interes.“¹¹¹⁰

Opšti stav Suda jeste da su domaće vlasti u principu u boljem položaju od međunarodnog sudije da ocene šta je „u javnom interesu“ zbog svog neposrednog poznavanja datog društva i njegovih potreba. Ovde, kao i u drugim oblastima na koje se primenjuju zaštitni mehanizmi predviđeni Konvencijom, domaće vlasti uživaju određeno polje slobodne procene: „Stoga je na domaćim vlastima da naprave inicijalnu procenu postojanja problema od javnog interesa koji nalaže mere lišenja imovine i radnje koje treba preduzeti da bi se situacija ispravila.“¹¹¹¹

Odluci da se donesu zakoni kojima se vrši eksproprijacija imovine obično će prethoditi razmatranja političke, ekonomske i socijalne prirode o kojima se mišljenja u demokratskom društvu mogu u velikoj meri razlikovati. Stoga Sud, smatrajući da je prirodno da polje slobodne procene zakonodavca, u primeni socijalnih i ekonomskih politika bude široko, prihvata da „poštuje stav zakonodavnog tela o tome što je ‘u javnom interesu’, osim ukoliko taj stav nije očigledno bez razumnog osnova. Drugim rečima, iako Sud ne može svojom ocenom da zameni ocenu domaćih vlasti, on je obavezan da ispita osporenu meru s obzirom na član 1 Protokola br. 1 i da istraži činjenice u odnosu na koje su domaće vlasti delovale.“¹¹¹²

3.6.3.3 Srazmernost

Sud smatra da mera lišenja lica imovine ne samo da mora da teži, i činjenično i načelno, legitimnom cilju, „u javnom interesu“, već „mora da postoji i razumna veza srazmernosti između sredstava koja su upotrebljena i cilja koji se želeo postići.“¹¹¹³ Ovaj poslednji uslov izražen je u presudi *Sporong i Lonrot* kroz pojam „pravične ravnoteže“ koja se mora postići „između zahteva opšteg interesa zajednice i uslova zaštite osnovnih prava pojedinca.“¹¹¹⁴ Sud je takođe precizirao, u datom predmetu, da se tražena ravnoteža ne može postići ako se od lica o kome je reč traži da podnese

1109 D. Popović, 49.

1110 K. Reid, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, London, Sweet and Maxwell, Thomson Reuters, 2012, 423.

1111 *James and Others v. the United Kingdom*, predstavka br. 8793/79, 21. februar 1986, stav 46.

1112 *Ibid.*

1113 *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, stav 120.

1114 *Sporrong and Lonroth v. Sweden*, stav 69.

„pojedinačni i preveliki teret“.¹¹¹⁵ Po mišljenju Suda, traganje za ovom ravnotežom odražava se u strukturi člana 1 Protokola br. 1 u celini, nezavisno od vrste zadiranja u imovinu koje je pretrpeo podnosilac predstavke.¹¹¹⁶

Načelni stav Suda je da „uslovi naknade jesu od suštinskog značaja za ocenu da li je postignuta pravična ravnoteža između različitih sukobljenih interesa i, naročito, da li je licu koje je lišeno imovine nametnut nesrazmeran teret ili ne“.¹¹¹⁷ Iako u tekstu člana 1 Protokola br. 1 nema reči o naknadi, Sud ističe da se u pravnim sistemima država ugovornica oduzimanje imovine u javnom interesu bez naknade smatra opravdanim samo u izuzetnim okolnostima i da bi zaštita prava na imovinu, u smislu člana 1 Protokola br. 1 bila u velikoj meri iluzorna i nedelotvorna da nema ekvivalentnog načela.¹¹¹⁸

Sledi da nema zadiranja u imovinu bez naknade, osim ukoliko nisu u pitanju izuzetne okolnosti. Međutim, „šta su zaista izuzetne okolnosti kada je reč o naknadi nije jednostavno razabrati. Nema sveobuhvatne definicije u praksi Suda. ESLJP je pokazao određeni stepen pravnog egzistencijalizma opredeljući se za pristup od slučaja do slučaja kada je reč o ovom prilično složenom i opterećujućem pitanju.“¹¹¹⁹

3.7 PROCESNA PRAVA

Procesna ljudska prava su individualna prava koja se jemče međunarodnim i ustavnim izvorima radi 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 radi zadovoljenja individualne pravde, raspravljanja i otklanjanja sporova među fizičkim, ali i pravnim licima. Otuda, za Aristotela ići sudiji, znači ići pravdi. S vremenom je, međutim, sazrevala svest da je nezavisna sudska

1115 *Ibid.*, stav 73.

1116 *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, stav 120.

1117 *Ibid.*

1118 *Ibid.*

1119 D. Popović, 59.

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 s načelom podele vlasti. Tako je Šarl Monteskie (*Charles Montesquieu*) primetio da bi sve bilo izgubljeno ako bi isti čovek ili telo uglednika, bilo plemića ili ljudi iz naroda, vršili vlast donošenja zakona, vlast izvršavanja javnih odluka i vlast suđenja za zločine ili u sporovima privatnih lica. Zato Monteskie predlaže uređenje državne vlasti po načelu podele vlasti kako bi se sprečilo da onaj ko rešava sporove čini to na arbitraran način, u slučaju spajanja 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 pojedinac tuži državnu upravu, kao i ustavnim sporovima čiji je predmet, 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.¹¹²⁰ „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.”¹¹²¹

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 nateran u bilo kakvom krivičnom suđenju da svedoči protiv samog sebe, niti lišen slobode i imovine bez propisanog

1120 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.

1121 R. Marković, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012, 490.

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 dela ili propuste koji nisu predstavljali krivično delo po nacionalnom ili međunarodnom pravu u vreme kada su izvršeni", kao i da se „ne sme izricati teža kazna od one koja se mogla primeniti u vreme kada je krivično delo izvršeno".

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 konceptima, pravnim kategorijama koje su potekle iz nacionalnih pravnih sistema država ugovornica Konvencije, kojima je Evropski sud, u svojoj praksi, dao posebno značenje.¹¹²²

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 predmetu *Ringajzen protiv Austrije*, koji se ticao postupka za

1122 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.

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), kao i vrsta organa u čijoj je nadležnosti bilo odlučivanje u tom postupku (obični sudovi, upravno telo itd.), nisu od velikog značaja.” Kada je kupio nepokretnost, podnosilac predstavke „imao je pravo da njegov ugovor o prometu nepokretnosti bude odobren ako su ispunjeni određeni zakonski uslovi. Zbog toga je odluka Komisije za promet nepokretnosti bila od odlučujućeg značaja u građanskopravnom odnosu [...], iako je Komisija u donošenju ove odluke primenivala odredbe upravnog prava”, zaključio je Sud.¹¹²³

U predmetu *Kenih protiv Nemačke*, u kojem se postavilo pitanje primene člana 6, stava 1 na prava koja je podnosilac 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.”¹¹²⁴

Tako je Evropski sud s 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 nepokretnosti (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 podnosilac predstavke bio podvrgnut krivičnoj optužbi, u smislu člana 6, stav 1 Kon-

1123 *Ringeisen v. Austria*, predstavka br. 2614/65, presuda od 16. jula 1971, stav 94.

1124 *König v. Germany*, predstavka br. 6232/73, presuda od 28. juna 1978, stav 90.

vencije. 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 zakonodavstava različitih država ugovornica“.¹¹²⁵ U tom pogledu, značajnije je utvrditi prirodu samog dela – da li je reč o povredi opšte ili interne norme.¹¹²⁶ Konačno, treba uzeti u obzir i stepen strogosti kazne kojoj je osoba izložena: „Društvo koje veruje u vladavinu prava, svrstaće 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“.¹¹²⁷ Poslednja dva kriterijuma su postavljena alternativno, no Sud se ne ustručava da ih posmatra kumulativno ukoliko njihova zasebna analiza ne dopušta da se dođe do jasnih zaključaka.¹¹²⁸

Stanovište zauzeto u presudi *Engel* dovelo je do svojevrsnog odmotavanja klupka „kriminalizacije“, s posledicom da se određeni prestup smatra krivičnim delom u smislu konvencijskog prava, iako ga nacionalno pravo ne kvalifikuje kao takvo. 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 jemstva protiv spoljnih pritisaka, i da li taj organ ostavlja utisak da je nezavisan.

¹¹²⁵ *Engel and others v. the Netherlands*, predstava br. 5100/71 *et al.*, presuda od 8. juna 1976, stav 82.

¹¹²⁶ *Isto.*

¹¹²⁷ *Isto.*

¹¹²⁸ F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, Paris 2003, 310.

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 aparature 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 *Olujić 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, pritom, 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 reda 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.¹¹²⁹

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 da pokrene postupak radi utvrđivanja svojih građanskih prava i obaveza. 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

¹¹²⁹ *Olujić v. Croatia*, predstavka br. 22330/05, presuda od 5. februara 2009, stavovi 39–43.

jemstava, a to je pristup sudu. Pravo na pravičan, javan i brz sudski postupak uopšte nema nikakvu vrednost ako sudskog postupka nema.”¹¹³⁰ Dakle, „pravo na pristup je sastavni dio prava navedenog u članu 6, stav 1”.¹¹³¹

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 sposobnosti 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.¹¹³²

Javnost raspave 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, jedino je od prava na pravično suđenje koje može biti ograničeno iz opšteg interesa. Član 6, stav 1 Evropske konvencije 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, neophodna 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 takođe je jedno od jemstva prava na pravično suđenje. Odgovarajuća brzina postupka doprinosi opštoj efikasnosti

¹¹³⁰ *Golder v. The United Kingdom*, predstavka br. 4451/70, presuda od 21. februara 1975, stavovi 8 i 35.

¹¹³¹ *Isto*, stav 36.

¹¹³² *Steel and Morris v. The United Kingdom*, predstavka br. 68416/01, presuda od 15. februara 2005.

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 drugih pitanja, najbolje rešenje prevencija. Naime, „član 6, stav 1 Konvencije državama ugovornicama nameće obavezu da organizuju svoje pravosudne sisteme na takav način da njihovi sudovi mogu ispuniti svaki zahtev iz te odredbe, uključujući i obavezu odlučivanja o predmetima u razumnom roku.”¹¹³³ 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.”¹¹³⁴

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 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.¹¹³⁵

Tako je u predmetu *Matijašević protiv Srbije* Evropski sud utvrdio da je Okružni sud u Novom Sadu u svojoj odluci o produženju pritvora doista

¹¹³³ *Scordino v. Italy*, predstavka br. 36813/97, presuda od 29. marta 2006, stav 183.

¹¹³⁴ *Isto*.

¹¹³⁵ *Allenet de Ribemont c. France*, predstavka br. 15175/89, presuda od 10. februara 1995, stavovi 5–36.

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 „počinio 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.¹¹³⁶

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, podrobno 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 na to da li su 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 od presudnog je 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 predstavke uređujući da „Sud može uzeti predmet u postupak tek kada se iscrpu svi unutrašnji pravni lekovi“.

¹¹³⁶ *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.¹¹³⁷ 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 vlasti 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.¹¹³⁸ 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 obavezu.¹¹³⁹

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.¹¹⁴⁰

U svakom slučaju, pravni lek prema članu 13 Konvencije mora biti „delotvoran” kako u teoriji, tako i u praksi, i njegovo korišćenje ne može biti neopravdano sprečeno aktima ili propustima državnih vlasti. Međutim, njegova delotvornost ne zavisi od izvesnosti povoljnog ishoda za pritužioca.¹¹⁴¹

1137 *Kudla c. Pologne*, predstavka br. 30210/96, presuda od 26. oktobra 2000, stav 152.

1138 *De Souza Ribeiro c. France*, predstavka br. 22689/07, presuda od 13. decembra 2012, stav 78.

1139 *Chahal v. The United Kingdom*, predstavka br. 22414/93, presuda od 15. novembra 1996, stav 145.

1140 *Kudla c. Pologne*, stav 157.

1141 *Isto*.

Konačno, mora se posvetiti posebna pažnja brzini postupka do kojeg do-
vodi dati pravni lek, budući da nije isključeno kako bi prikladnost prav-
nog sredstva mogla biti umanjena njegovim prekomernim trajanjem.¹¹⁴²

3.7.3 Načelo zakonitosti

Načelo *nullum crimen nulla poene sine lege* osnov je modernog krivičnog
prava. Ono u sebi sadrži tri zasebna ljudska prava. Najpre, niko ne sme biti
gonjen ili osuđen bez zakona, tj. bez zakonskog određenja krivičnog dela
i kazne za to delo. Zatim, zakon mora zadovoljavati određene kvalitete,
pre svega mora biti precizan, da bi obezbedio predvidivost i sigurnost i
samim tim predupredio eventualnu arbitrarnost u primeni. Konačno, po-
drazumeva se da zakon mora biti na snazi u trenutku gonjenja, odnosno
da se ne sme primenjivati retroaktivno.¹¹⁴³

U skladu s ovim postulatima modernog krivičnog prava, član 7, stav 1
Evropske konvencije propisuje da se „niko ne može smatrati krivim za kri-
vično delo izvršeno činjenjem ili nečinjenjem koje, u vreme kada je izvr-
šeno, nije predstavljalo krivično delo po unutrašnjem ili međunarodnom
pravu. Isto tako, ne može se izreći stroža kazna od one koja je bila propi-
sana 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 pre-
sudi *Kokinakis protiv Grčke* Sud je istakao da se član 7, stav 1 Konvencije
ne svodi na zabranu retroaktivne primene krivičnog prava na štetu optu-
ženog: „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 ana-
logijom. Uslov je zadovoljen kada pojedinac može znati na osnovu teksta
relevantne odredbe i, ukoliko je potrebno, pomoću sudskog tumačenja,
koje ga radnje i propusti čine odgovornim“¹¹⁴⁴

U predmetu *Kokinakis* osporavano je grčko krivično zakonodavstvo koje
je inkriminisalo prozelitizam. Ovo krivično delo formulisano je tako raste-
gljivo da otvara vrata ekstenzivnom i zloupotrebljavajućem tumačenju

¹¹⁴² *De Souza Ribeiro c. France*, stav 81.

¹¹⁴³ C. Ambroise-Castérot, „Légalité des délits et des peines“, *Dictionnaire des Droits de l'Homme* (sld. J. Andriantsimbazovina et al.), Presses Universitaires de France, Paris 2008, 603.

¹¹⁴⁴ *Kokkinakis v. Greece*, predstavka br. 14307/88, presuda od 25. maja 1993, stav 52.

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 predstave se, u predmetu *Kokkinakis protiv Grčke*, upravo pozvao na upotrebu neodređenih izraza poput „naročito“ i „posredni pokušaj“ da bi pokazao da svaki razgovor o verskim temama može potpasti pod udar ovog zakona. Sudija Martens (*Martens*) iskazao je, u izdvojenom mišljenju, sumnju u usklađenost ovakve zakonske odredbe sa zahtevima člana 7 Konvencije, podsetivši da je precizno, nedvosmisleno određenje bića krivičnog dela sastavni deo načela *nullum crimen, nulla poena sine lege*.¹¹⁴⁵ Sudija Pettiti (*Pettiti*) takođe je primetio da osporena zakonska formulacija ne ispunjava potrebne uslove predvidivosti, te da samo postojanje i mogućnost primene takvog zakona predstavljaju povredu načela zakonitosti.¹¹⁴⁶ 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.¹¹⁴⁷

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, autonomni su 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”.¹¹⁴⁸ 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.¹¹⁴⁹

1145 *Kokkinakis v. Greece*, Partly dissenting opinion of Judge Martens.

1146 *Kokkinakis v. Greece*, Partly concurring opinion of Judge Pettiti.

1147 *Kokkinakis v. Greece*, stav 40.

1148 *Welch v. The United Kingdom*, predstava br. 17440/90, presuda od 9. februara 1995, stav 27.

1149 *Isto*, stav 28.

4. Primeri dobre prakse u Republici Srbiji

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.¹¹⁵⁰ 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 s vremenom i od države do države, Evropska konvencija je do početka 21. veka zadobila poverenje svojih ugovornica, profilšući se kao „najdelotvorniji režim ljudskih prava u svetu“.¹¹⁵¹ 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 uglavnom su potcenile razmere uticaja jurisprudencije Evropskog suda na njihove pravne sisteme i u prvom trenutku nisu predvidele delotvorne instrumente za zaštitu prava zajemčenih Konvencijom.¹¹⁵² Drugi razlog, ništa manje značajan za razumevanje uspešnosti prihvatanja evropskog sistema zaštite ljudskih prava, nalazio se u činjenici da Srbija nije imala tradiciju vladavine prava, što je dovelo do poistovećivanja zaštite ljudskih prava

1150 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.

1151 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.

1152 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.

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.”¹¹⁵³

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) u ovim formulacijama odmah je prepoznala obavezujuću i interpretativnu snagu konvencijskog prava.¹¹⁵⁴ 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 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.’”¹¹⁵⁵

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 koncepata

1153 *Isto*, 679.

1154 „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.

1155 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.

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 pravnikâ 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 oličenim 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 potvrdila je 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,¹¹⁵⁶ te je Komitet ministara potvrdio kontinuitet članstva Srbije u Savetu Evrope.¹¹⁵⁷

¹¹⁵⁶ Član 25, stav 3 Ustavne povelje.

¹¹⁵⁷ 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&BackColo-](https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1013255&Site=CM&BackColor=)

Da bi se razumeo status Evropske konvencije u pravnom sistemu Srbije, potrebno je razmotriti, najpre, izvore prava i njihovu hijerarhiju, s naglaskom na potvrđene međunarodne ugovore, a potom i dejstvo odredaba o ljudskim pravima zajemčenih Ustavom i međunarodnim izvorima. Ustavotvorac je uredio da je „Ustav 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 s potvrđenim međunarodnim ugovorima i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava“.¹¹⁵⁸ 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“.¹¹⁵⁹

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“¹¹⁶⁰ a da „javno tužilaštvo vrši svoju funkciju na osnovu Ustava, zakona, potvrđenog međunarodnog ugovora i propisa donetog na osnovu zakona“.¹¹⁶¹ 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.¹¹⁶²

Kada je reč o dejstvu ljudskih i manjinskih prava, ona koja su zajemčena Ustavom „neposredno se primenjuju“.¹¹⁶³ 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“.¹¹⁶⁴ S tim u vezi, Ustavni sud je zauzeo stav da se „ustavnom žalbom štite 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

[rinternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383](#), 30.12.2016.

1158 Član 194. stavovi 2, 3 i 5 Ustava.

1159 Član 198, stav 1 Ustava.

1160 Član 142, stav 2 Ustava.

1161 Član 156, stav 2 Ustava.

1162 Član 22, stav 1 Ustava.

1163 Član 18, stav 1 Ustava.

1164 Član 18, stav 2 Ustava.

ili su u ustavnopravni sistem implementirana potvrđenim međunarodnim ugovorima”.¹¹⁶⁵ 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”.¹¹⁶⁶ Sa stanovišta pojmovnog određenja ljudskih i manjinskih prava, Ustav predviđa da se ona „tumače u korist unapređenja vrednosti demokratskog društva, saglasno važećim međunarodnim standardima ljudskih i manjinskih prava, kao i praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje”.^{1167 1168}

Utvrđujući suprematiju Ustava i obavezu saglasnosti međunarodnih ugovora, zakona i drugih opštih akata sa Ustavom, a potom i kontrolu ustavnosti međunarodnih ugovora, zakona i drugih opštih akata pred Ustavnim sudom,¹¹⁶⁹ 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 tim, Ustav je odredio viši rang potvrđenih međunarodnih ugovora u odnosu na zakone i druge opšte akte, navodeći da oni ne mogu biti u suprotnosti s potvrđenim međunarodnim ugovorima, te da pred Ustavnim sudom podležu kontroli saglasnosti u odnosu na potvrđene međunarodne ugovore.¹¹⁷⁰

1165 Stavovi Ustavnog suda u postupku ispitivanja i odlučivanja po ustavnoj žalbi, Su br. I – 8/11/09, 2. april 2009.

1166 Član 18, stav 2 Ustava.

1167 Član 18, stav 3 Ustava.

1168 Međunarodni i regionalni ugovori usvojeni pod okriljem Ujedinjenih nacija i Saveta Evrope, posebno značajni za materiju ljudskih prava, sjeu: 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.

1169 Član 167, stav 1, tačke 1 i 2 Ustava.

1170 Član 167, stav 1, tačka 1 Ustava.

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, na osnovu Ustava, ima nadzakonsku pravnu snagu, a da je stavovima Ustavnog suda njoj priznat kvaziustavni značaj, te da postoje ustavne pretpostavke da sudovi i drugi organi javne vlasti neposredno primenjuju njene odredbe i tumače ih u skladu s 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.¹¹⁷¹ 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.¹¹⁷²

Kad je reč o primeni Evropske konvencije, Državno pravobranilaštvo zastupa Republiku Srbiju pred Evropskim sudom.¹¹⁷³ Konkretno, poslove zastupanja obavlja zamenik državnog pravobranioca koji je postavljen i za zastupnika Republiku Srbiju pred Evropskim sudom.¹¹⁷⁴ Ako Pravobranilaštvo povodom postupka pred Evropskim sudom, oceni da domaći propis nije u skladu sa Evropskom konvencijom, obavestiće o tome nadležne državne organe o potrebi usklađivanja propisa.¹¹⁷⁵

1171 Član 123, stav 1, tačka 4 Ustava i član 34 Zakona o Vladi.

1172 Član 29, stav 1 Zakona o ministarstvima.

1173 Član 13, stav 1 Zakona o pravobranilaštvu.

1174 Član 13, stav 2 Zakona o pravobranilaštvu.

1175 Član 16 Zakona o pravobranilaštvu.

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.¹¹⁷⁶

Ista vrsta primedbe može se 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,¹¹⁷⁷ 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.¹¹⁷⁸

Kad je reč o izvršenju presuda Evropskog suda donetih protiv Srbije, Državno pravobranilaštvo se stara o blagovremenoj isplati naknade došudene presudama i odlukama Evropskog suda, izvršavanju opštih i pojedinačnih mera i podiže svest o potrebi poštovanja Konvencije.¹¹⁷⁹

Primena jurisprudencije Evropskog suda u radu domaćih sudova ostvaruje se u dve grupe situacija. Prva je opšteg i „preventivnog“ karaktera, 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 izostala zbog kršenja prava na suđenje u razumnom roku, Republika Srbija može tražiti od sudije naknadu isplaćenog iznosa ako je šteta učinjena namerno“.¹¹⁸⁰ Drugu grupu čine situacije koje su pojedinačnog i aposteriornog 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.

1176 Član 24 Zakona o ministarstvima.

1177 Član 151, stav 4 Poslovnika Narodne skupštine.

1178 Član 64, stav 1 Poslovnika Narodne skupštine.

1179 Član 8 Pravilnika o unutrašnjem uređenju i sistematizaciji radnih mesta u Državnom pravobranilaštvu. Navedeno prema: *Analiza potreba u procesu izvršavanja presuda Evropskog suda za ljudska prava protiv Srbije*, Savet Evrope, Beograd 2020, 39.

1180 Član 6, stav 3 Zakona o sudijama.

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.¹¹⁸¹ Ustavotvorac je propisao i da su sudovi samostalni i nezavisni 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.¹¹⁸² Štaviše, ljudska i manjinska prava, zajemčena opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima, primenjuju se neposredno.¹¹⁸³ Dakle, Konvencija je neposredno primenjiva, pa sudovi u Srbiji mogu na nju da se pozovu i da je sprovedu 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 pravosnažno okončanih sudskih postupaka pred sudovima opšte i posebne nadležnosti. Dok kontrola Ustavnog suda prethodi intervenciji Evropskog suda i nastoji da je spreči, ponovno otvaranje sudskih postupaka sledi pozitivnu presudu Evropskog suda radi 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.¹¹⁸⁴ Odluke Ustavnog suda su konačne, izvršne i opšteobavezujuće.¹¹⁸⁵ Ustavni sud ima širok krug nadležnosti,¹¹⁸⁶ od kojih je najznačajnije odlučivanje „o saglasnosti zakona i drugih opštih akata sa Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima“.¹¹⁸⁷ Ustavni sud takođe odlučuje o zabrani rada

1181 Član 22, stav 1 Ustava.

1182 Član 142, stav 2 Ustava.

1183 Član 18, stav 2 Ustava.

1184 Član 166, stav 1 Ustava.

1185 Član 166, stav 2 Ustava.

1186 Član 167 Ustava.

1187 Član 167, stav 1, tačka 1 Ustava.

političke stranke, sindikalne organizacije ili udruženja građana,¹¹⁸⁸ kao i o žalbama sudija protiv odluka kojima je prestala sudijska funkcija.¹¹⁸⁹ Bez obzira na to što Srbija, kao deo tadašnje Jugoslavije, poznaje apstraktnu kontrolu ustavnosti još od Ustava od 1963, do istinskog razvitka ustavnog sudovanja u njoj dolazi tek s uvođenjem postupka po ustavnoj žalbi, pod Ustavom od 2006.¹¹⁹⁰ 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“.¹¹⁹¹

Druga vrsta pravnog sredstva tiče se ponovnog otvaranja pravosnažno 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 međunarodnim institucijama radi zaštite svojih sloboda i prava zajemčenih Ustavom“.¹¹⁹² Stoga, Zakonik o krivičnom postupku predviđa da se zahtev za zaštitu zakonitosti može podneti u slučaju kršenja ljudskih prava utvrđenih odlukom Evropskog suda;¹¹⁹³ 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;¹¹⁹⁴ a isto pravilo, *mutatis mutandis*, sadrži i Zakon o upravnim sporovima.¹¹⁹⁵

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.

1188 Član 167, stav 3 Ustava.

1189 Član 148, stav 2 Ustava.

1190 V. Beširević, „Governing without judges: The politics of the Constitutional Court in Serbia“, *Int. J. Constitutional Law* (2014) Vol. 12 No. 4, 962–965.

1191 Član 170 Ustava.

1192 Član 22, stav 2 Ustava.

1193 Član 485, stav 1 Zakonik o krivičnom postupku.

1194 Član 426, tačka 11 Zakona o parničnom postupku.

1195 Član 56, tačka 7 Zakona o upravnim sporovima.

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 najpre je ostvarivana putem posebne ustavne žalbe koja se izjavljivala Ustavnom sudu. Odstupajući od opšteg pravila propisanog Ustavom da se „ustavna žalba [...] može izjaviti [...] ako su iscrpena ili nisu predviđena druga pravna sredstva“, Zakon o Ustavnom sudu je uredio da se „ustavna žalba može [...] izjaviti i ako nisu iscrpena pravna sredstva, u slučaju kada je podnosiocu žalbe povređeno pravo na suđenje u razumnom roku“.¹¹⁹⁶ Ovaj mehanizam je doveo do preopterećenosti u radu Ustavnog suda,¹¹⁹⁷ 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.¹¹⁹⁸ 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

1196 Član 82, stav 2 Zakona o Ustavnom sudu.

1197 B. Nenadić, „O nekim aspektima odnosa ustavnih i redovnih sudova“, *Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava* (priredio B. Nenadić), Ustavni sud Republike Srbije, Beograd, 2013, 107–109.

1198 Član 7 Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.

vodi i o njoj odlučuje predsednik neposredno višeg suda.¹¹⁹⁹ 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 objavljivanje presude kojom se utvrđuje da je stranci povređeno dato pravo.¹²⁰⁰

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 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 praksu, 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“.¹²⁰¹ 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.¹²⁰² Takođe je istakao da su prve odluke o osnovanosti navodnih povreda Ustavom zajemčenih prava žalilaca, uključujući i prvu odluku kojom se utvrđuje povreda Ustava, donete 10. jula 2008. godine,¹²⁰³ zbog čega je Evropski sud baš taj datum uzeo kao prelomni trenutak od kojeg se ustavna žalba može smatrati delotvornim pravnim sredstvom. Da bi opravdao takav korak, Evropski sud je istakao da je „tamo gde je bilo potrebno, Ustavni sud, 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

¹¹⁹⁹ Članovi 15-16 Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku

¹²⁰⁰ Član 23 Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.

¹²⁰¹ *Vinčić and Others v. Serbia*, predstavke br. 4698/06 *et al.*, presuda od 1. decembra 2009, stav 51.

¹²⁰² *Isto*, stav 32.

¹²⁰³ Objavljene su u *Službenom glasniku Republike Srbije*, broj 74/08 od 7. avgusta 2008.

da je podnosiocu ustavne žalbe zagarantovana novčana naknada za pretrpljenu štetu.¹²⁰⁴ 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.¹²⁰⁵ 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 društvenim kapitalom, Evropski sud utvrdio da se ustavna žalba ne može smatrati delotvornim pravnim sredstvom.¹²⁰⁶ Donošenjem takve presude u predmetu *Milunović i Čekrlić 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*.¹²⁰⁷ 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“,¹²⁰⁸ 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

1204 *Vinčić and Others*, stav 34.

1205 *Isto*, stav 35.

1206 *Milunović and Čekrlić v. Serbia*, predstavke br. 3716/09 i 38051/09, presuda od 17. maja 2011, stav 65.

1207 *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 Čekrlić v. Serbia*, stavovi 61 i 63.

1208 *Isto*, stav 64.

pravom.¹²⁰⁹ 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.¹²¹⁰

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 svog postupanju s konvencijskim pravom. Naime, Evropski sud je u predmetu *Marinković protiv Srbije* uočio da je Ustavni sud, u predmetima koji se tiču neizvršavanja pravosnažnih 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 pravosnažnom domaćom presudom protiv tog društvenog preduzeća.¹²¹¹

Ipak, bližim ispitivanjem, Evropski sud je zaključio da Ustavni sud nije postigao potpuni 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 pravosnažnom presudom. Otuda je Evropski sud zauzeo stav da je „u vezi s neizvršenjem pravosnažnih presuda donetih protiv društvenih preduzeća u postupku stečaja i/ili onih koja su prestala da postoje [...] Ustavni sud uskladio svoj pristup s relevantnom praksom Suda”,¹²¹² 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. pa nadalje, od datuma kada je prva odluka Ustavnog suda u kojoj je državi naloženo da isplati, iz sopstvenih sredstava, iznose dosuđene pravosnažnom domaćom presudom donetom protiv društvenog preduzeća, objavljena u *Službenom glasniku*.¹²¹³ Nasuprot tome, ustavna žalba se nije mogla smatrati delotvornom „u slučajevima koji uključuju

1209 *Isto*, stav 66.

1210 *Isto*.

1211 *Marinković v. Serbia*, predstavka br. 5353/11, odluka od 29. januara 2013, stav 53-54.

1212 *Isto*, stav 59.

1213 *Isto*.

odgovornost tužene države za neizvršenje presuda protiv društvenih preduzeća u postupku restrukturiranja¹²¹⁴. 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“,¹²¹⁵ 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 protiv društvenih/državnih preduzeća u restrukturiranju s 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.¹²¹⁶ Evropski sud je potvrdio ovaj stav i u predmetu *Ridić i drugi protiv Srbije*.¹²¹⁷

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 stanovište.

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 me-

¹²¹⁴ *Isto*, stav 58.

¹²¹⁵ *Isto*.

¹²¹⁶ *Fereizović v. Serbia*, predstavka br. 65713/13, odluka od 26. novembra 2013.

¹²¹⁷ *Ridić and others v. Serbia*, predstavke br. 53736/08 *et al.*, presuda od 1. jula 2014, stav 71.

đunarodnih 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 u postupku normativne kontrole.

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.¹²¹⁸ 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.¹²¹⁹

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.¹²²⁰ 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 Čekrlić 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.

¹²¹⁸ Odluka br. IU 134/2007 od 10. jula 2008.

¹²¹⁹ *Isto*, deo VI.

¹²²⁰ Videti *Vinčić and Others v. Serbia*, par. 32.

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 pravosnažne sudske presude protiv društvenog preduzeća, Ustavni sud smatrao da je žalioocu povređeno „pravo na suđenje u razumnom roku“ i „pravo na mirno uživanje imovine“, i naložio državi da žalioocu 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 Crnišanin i drugi protiv Srbije*, navodeći da je u ovim predmetima „utvrdio da je država odgovorna za dugove preduzeća s većinskim društvenim kapitalom”.¹²²¹ 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”.¹²²²

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 s neizvršenjem pravosnažnih presuda donetih protiv društvenih preduzeća ako je dužnik u postupku restrukturiranja. 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 pravosnažnom presudom.¹²²³

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 pravosnažnih 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

1221 *R. Kačapor and Others v. Serbia; Grišević and Others v. Serbia; Crnišanin 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.

1222 *Isto*.

1223 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.

usaglasio svoj pristup, u vezi s neizvršenjem presuda donetih protiv društvenih/državnih preduzeća u restrukturiranju, s konvencijskim pravom, nalažući državi da iz sopstvenih sredstava isplati učinjenu nematerijalnu štetu.¹²²⁴

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 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 u novembru 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[t]i pojedinačni akt, odnosno zabrani[t]i dalje vršenje ili narediti vršenje određene radnje i odrediti da se uklone štetne posledice u određenom roku”.¹²²⁵ 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”.¹²²⁶

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.

1224 Odluke br. Už 1712/2010 od 21. marta 2013, Už 1645/2010 od 7. marta 2013, i Už 1705/2010 od 9. maja 2013.

1225 Član 89, stav 2 Zakona o Ustavnom sudu, *Službeni glasnik RS* br. 109/07.

1226 Član 33 Zakona o izmenama i dopunama Zakona o Ustavnom sudu, *Službeni glasnik RS* br. 99/11, kurziv naš.

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 neophodno 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.¹²²⁷ „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.“¹²²⁸ 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 ustavnu žalbu delotvornim pravnim sredstvom u pravnom sistemu Republike Srbije, što je potvrđeno u pravnim shvatanjima Evropskog suda za ljudska prava.“¹²²⁹

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“¹²³⁰

1227 Odluka br. IUz-97/2012.

1228 *Isto.*

1229 *Isto.*

1230 *Isto.*

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 radi unapređivanja svoje argumentacije, ali i 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”,¹²³¹ kršenja prava na pristup informacijama od javnog značaja;¹²³² kršenja prava na osnivanje i registrovanje javnih medija;¹²³³ postupka za izbor i razrešenje sudija;¹²³⁴ 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;¹²³⁵ ograničavanja slobode pojedinca da izabere mesto i način svog sahranjivanja i slobode da raspolaze kremiranim ostacima.¹²³⁶

Usklađivanje prakse Ustavnog suda s Evropskom konvencijom naročito je bilo prisutno u postupcima po ustavnim žalbama, i to u pogledu zaštite: prava na život;¹²³⁷ prava na slobodu i sigurnost, i na ograničenje dužine pritvora;¹²³⁸ prava na pretpostavku nevinosti;¹²³⁹ prava na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti, i prava na poštovanje privatnog i porodičnog života;¹²⁴⁰ i prava na mirno okupljanje.¹²⁴¹ 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).

1231 Odluke br. IUz-42/2008 i IUz-52/2008 od 21. aprila 2010.

1232 Odluka br. IUz-17/2011 od 23. maja 2013.

1233 Odluka br. IUz-231/2009 od 22. jula 2010.

1234 Odluka br. IUz-1634/2010 od 22. decembra 2011.

1235 Odluka br. IUz-147/2012 od 21. februara 2013.

1236 Odluka br. IUz-27/2009 od 21. marta 2013.

1237 Odluka br. UŽ-4527/2011 od 31. januara 2013.

1238 Odluka br. UŽ-2356/2009 od 21. januara 2010.

1239 Odluka br. UŽ-227/2008 od 9. jula 2009.

1240 Odluka br. UŽ-3238/2011 od 8. marta 2012.

1241 Odluke br. UŽ-1918/2009 od 22. decembra 2011 i UŽ-5284/2011 od 18. aprila 2013.

Primeru 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 najbolje se može oslikati činjenicom da je u prvih šest godina primenjivanja ovog pravnog leka (2006–2012), Ustavni sud pozitivno odgovorio na 2.982 ustavne žalbe, u kojima je ustanovio povredu pojedinačnih prava i sloboda.¹²⁴²

Osim normative 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*,¹²⁴³ kao i u „pilot-odlukama“ koje je doneo odlučujući o žalbama neizabраниh sudija (nekoliko stotina njih) protiv odluke Visokog saveta sudstva.¹²⁴⁴

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 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.¹²⁴⁵ 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 je reč, „o očigledno privilegovanom položaju 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.“¹²⁴⁶

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

1242 Za detaljniji pregled broja rešenih predmeta videti B. Nenadić, 99.

1243 Odluka br. VII-249/2009 od 12. juna 2012.

1244 Odluke br. VIIIU-102/2010 od 28. maja 2010. i VIIIU-189/2010 od 21. decembra 2010.

1245 Odluka br. IUz-27/2009 od 21. marta 2013.

1246 Odluka br. IUz-27/2009, deo V.

na stav Evropskog suda izražen u presudi *Sidabras i Džiautas protiv Litvanije*, gde je istaknuto da „nije moguće iscrpno odrediti sadržinu garancija člana 8, ali da on svakako obuhvata psihički (moralni) i fizički integritet pojedinca, obezbeđujući mu sferu u okviru koje može slobodno da teži razvoju i zadovoljenju svoje ličnosti”.¹²⁴⁷ 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”.¹²⁴⁸

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.¹²⁴⁹ 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.¹²⁵⁰

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

1247 *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, predstavke br. 55480/00 i 59330/00, presuda od 27. jula 2004, stav 43.

1248 *X. v. Federal Republic of Germany*, predstavka br. 8741/79, odluka od 10. marta 1981.

1249 Postavljena dijagnoza je glasila *Female to male transgenderismus F 64*.

1250 Odluka br. Uz-3238/2011, deo III.

nisu bila na raspolaganju pravna sredstva u domaćem pravu.¹²⁵¹ Sud je naročito imao u vidu predmete *Vernillo 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.¹²⁵² 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.¹²⁵³ Rukovodio se i predmetom *Eri protiv Irske*, navodeći da kada postoji nekoliko pravnih lekova, žrtva kršenja ljudskih prava odlučuje koji će se od tih pravnih lekova upotrebiti;¹²⁵⁴ kao i predmetom *Akdivar protiv Turske*, u kojem je iznet stav da pravni lek mora pružiti razuman izgled na uspeh.¹²⁵⁵

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.¹²⁵⁶ 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 razviju odnosi s drugim ljudskim bićima“.¹²⁵⁷

Ustavni sud se takođe pozvao i na predmet Evropskog suda u kojem stoji da pojam „privatnog života“ podrazumeva i „fizički i moralni integritet osobe“, uključujući i „njen ili njegov seksualni život“.¹²⁵⁸ Ustavni sud je smatrao da „sfera privatnog života nekog lica nesumnjivo uključuje, pored ostalog,

1251 *Isto*, deo V.

1252 *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.

1253 *Čahal v. The United Kingdom*, predstavka br. 22414/93, presuda od 15. novembra 1996, stav 145.

1254 *Airey v. Ireland*, predstavka br. 6289/73, presuda od 9. oktobra 2010.

1255 *Akdivar v. Turkey*, predstavka br. 21893/93, presuda od 16. septembra 1996, stav 68.

1256 Odluka br. Uz-3238/2011, deo VI.

1257 *Niemietz v. Germany*, predstavka br. 13710/88, presuda od 16. decembra 1992, stav 29.

1258 *X and Y v. The Netherlands*, predstavka br. 8978/80, presuda od 26. marta 1985, stav 22.

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”.¹²⁵⁹ 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”.¹²⁶⁰

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.¹²⁶¹ Takva ispravka u matičnoj knjizi rođenih trebalo bi 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.¹²⁶² 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*.¹²⁶³

4.2.2.2.4 Politička prava

Republičko javno tužilaštvo je 2009. godine podnelo Ustavnom sudu predlog za zabranu „Obraza”, obrazlažući ga delovanjem udruženja usmerenog na kršenje ljudskih i manjinskih prava i izazivanje nacionalne i verske mržnje.¹²⁶⁴ Prema mišljenju Tužilaštva, to delovanje se ogleda, između ostalog, u: programskom dokumentu udruženja „Srbskim neprijateljima”, koji je izložen na internet stranici udruženja; izjavama vođa udruženja 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*

¹²⁵⁹ Odluka br. Uz-3238/2011, deo VI.

¹²⁶⁰ Isto, deo VII.

¹²⁶¹ Isto.

¹²⁶² Isto, deo VIII.

¹²⁶³ *Christine Goodwin v. The United Kingdom*, predstavka br. 28957/95, presuda od 11. jula 2002, stav 77.

¹²⁶⁴ Odluka br. VIIU br. 249/2009 od 12. juna 2012, deo I.

protiv Švedske,¹²⁶⁵ i uslovima za zabranu političkih organizacija, pre svega na predmete *Refah i drugi protiv Turske* i *Heri Batasuna i Batasuna protiv Španije*,¹²⁶⁶ Ustavni sud je doneo odluku o zabrani „Obraza“ 2012. godine.

U obrazloženju odluke, Ustavni sud je naročito uzeo u obzir date programske dokumente udruženja,¹²⁶⁷ izjave vođa udruženja¹²⁶⁸ i razne incidente u kojima su učestvovali članovi udruženja,¹²⁶⁹ a od kojih se udruženje nije ogradilo. Nakon što je ustanovio ona delovanja pomenutog udruženja koja su bila suprotna proklamovanim ustavnim vrednostima, Sud se, saglasno konvencijskom pravu, upustio u analizu postojanja nužne društvene potrebe za ograničenjem slobode udruživanja u 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,

1265 *Feret c. Belgique*, predstavka br. 15615/07, presuda od 16. jula 2009, i *Vejdeland and Others v. Sweden*, predstavka br. 1813/07, presuda od 9. februara 2012.

1266 *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.

1267 Posebno je karakterističan dokument pod nazivom „Srbskim neprijateljima“, kojim su žigosane čitave grupe koje Udruženje smatra neprijateljima srpskog naroda i kojima se upućuju najteže uvrede i preteće poruke. Iz načina obraćanja pojedinim grupama, tzv. neprijateljima srpskog naroda, koji su u tom proglašenju 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.

1268 „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*.

1269 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 preteće sadržine: „Nož, žica, Srebrenica“ i „Ubij, ubij, Šiptara“. *Isto*.

verskih, seksualnih i drugih grupa, nasiljem, govorom mržnje i ponižavanjem.¹²⁷⁰ 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 suprotstavljenošću 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”.¹²⁷¹ 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.¹²⁷²

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 došlo je 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 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.¹²⁷³

¹²⁷⁰ *Isto*, deo VI.

¹²⁷¹ *Isto*.

¹²⁷² *Isto*.

¹²⁷³ Odluka br. VIIIU-102/2010.

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.¹²⁷⁴

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*¹²⁷⁵ i *Hadžianastasiju protiv Grčke*¹²⁷⁶. 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.¹²⁷⁷ Ustavni sud je naročito istakao stav Evropskog suda da nepostojanje obrazloženja sprečava žalioca da traži preispitivanje odluke.¹²⁷⁸ Pozivajući se na presudu *Hadžianastasiju*, Ustavni sud je podvukao da je pravo na pravično suđenje povređeno kada se „konačna verzija” presude dostavlja tek pošto istekne rok za žalbu.¹²⁷⁹

Saglasno odluci *Saveljić*, Visoki savet sudstva je u junu 2010. doneo obrazložene odluke protiv kojih su se sudije ponovo žalile Ustavnom sudu. Ovoga puta sudije su tvrdile da činjenice u njihovim postupcima nisu 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 u decembru 2010. doneo pilot-odluku u predmetu *Tasić* kojom je podržao osnovanost žalbe. Poništio je odluku Visokog saveta i naložio mu da ponovo razmotri slučaj.¹²⁸⁰ 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

1274 *Isto*, deo VI.

1275 *Salov v. Ukraine*, predstavka br. 65518/01, presuda od 6. septembra 2005.

1276 *Hadžianastassiou v. Greece*, predstavka br. 12945/87, presuda od 16. decembra 1992.

1277 Odluka br. VIIIU-102/2010, deo VI.

1278 *Salov v. Ukraine*, stav 92.

1279 *Hadžianastassiou v. Greece*, stav 34 i 37.

1280 Odluka br. VIIIU-189/2010, deo XII.

odluku kojom je žaliteljki okončao sudijsku funkciju, namesto jedinstvene odluke o neizboru od decembra 2009.¹²⁸¹

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*,¹²⁸² i još više na *Olujić protiv Hrvatske*.¹²⁸³ 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 biti sprovedeni u skladu s članom 32 Ustava, kojim se jemči pravo na pravično suđenje.¹²⁸⁴

1281 *Isto*, deo IX.

1282 *Eskelinen and Others v. Finland*, predstavka br. 63235/00, presuda Velikog veća od 19. aprila 2007.

1283 *Olujić v. Croatia*, predstavka br. 22330/05, presuda od 5. februara 2009.

1284 Odluka br. VIIIU-189/2010, deo VIII.

Evropsko pravo ljudskih prava, koje je zasnovano na Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i razvija se u praksi Evropskog suda za ljudska prava, ima složenu pravnu prirodu.

Posmatrano spolja, ono ima sva obeležja međunarodnog prava, i to onog koje se razvija nakon Drugog svetskog rata u okviru sistema kolektivne bezbednosti. S unutrašnjeg stanovišta, evropsko pravo ljudskih prava evoluira u skladu s logikom ustavnog prava, pre svega s obzirom na rezon Evropskog suda, njegov pristup rešavanju sporova i dejstvo njegovih presuda.

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 supranacionalno pravo koje ne samo da skladno kombinuje elemente jednog i drugog prava, već ima i svoje osobene normativne osnove - dijalog i uzajamno poštovanje između supranacionalnog suda i sudova država članica.

Ova publikacija je pripremljena uz finansijsku podršku Evropske unije i Saveta Evrope. Stavovi izraženi u njoj ne predstavljaju nužno zvanične stavove Evropske unije ili Saveta Evrope.

SRP

Savet Evrope je vodeća organizacija za ljudska prava na kontinentu. Obuhvata 46 država, uključujući sve 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.

www.coe.int

Zemlje članice Evropske unije su odlučile da udruže svoja znanja, resurse i sudbine. Zajedno su izgradile stabilno okruženje, demokratiju i održivi razvoj zadržavajući kulturu raznolikost, toleranciju i individualne slobode. Evropska unija je posvećena deljenju svojih dostignuća i vrednosti sa zemljama i narodima van svojih granica.

www.europa.eu

ISBN: 978-92-871-9196-0



EUROPEAN UNION

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE