



The AIRE Centre
Advice on Individual Rights in Europe

Ka delotvornijoj primeni Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava na nacionalnom nivou

Vodič za ključna načela i pojmove Konvencije
i njihovu primenu u domaćim sudovima

Ka delotvornijoj primeni Evropske konvencije
za zaštitu ljudskih prava na nacionalnom nivou
– Vodič za ključna načela i pojmove Konvencije
i njihovu primenu u domaćim sudovima

Urednici

Biljana Braithwaite, programski menadžer za Zapadni Balkan, AIRE Centar

Catharina Harby, viši stručni pravni savetnik, AIRE Centar

Sudija Ledi Bianku, Evropski sud za ljudska prava

Autori

Nuala Mole, viši pravni savetnik i osnivač, AIRE Centar

Dr Krešimir Kamber, pravni savetnik pri Evropskom sudu za ljudska prava, Strazbur

Vaso Liaki, stručni saradnik istraživač za pravna pitanja, AIRE Centar

© 2018 AIRE Centar

Tiraž:

300

Prevod

Alpha Team One

Lektura

Msr Vesna Nikolić

Originalna verzija teksta na engleskom jeziku prevedena je i na bosanski/crnogorski/hrvatski/srpski, albanski i makedonski jezik

Grafički dizajn:

Kliker Dizajn

Štampa:

Kuća Štampe

Sadržaj

Uvod.....	5
Poglavlje 1 – Kratak uvod i pregled EKLJP-a.....	9
I. Postanak, razvoj i reforma	9
II. Priroda prava zajemčenih Konvencijom	10
III. Pregled odredaba Konvencije i Protokola uz nju	12
Poglavlje 2 – Ključni pojmovi i načela Evropske konvencije.....	19
I. Kategorije prava	19
II. Zabрана diskriminacije	28
III. Uspostavljanje ravnoteže između prava.....	30
IV. Srazmernost.....	32
V. Odnosi Konvencije s nacionalnim i međunarodnim pravom	32
i. Supsidijarnost	32
ii. Unutrašnje polje slobodne procene	33
iii. Član 53 (Obezbeđenje postojećih ljudskih prava)	33
VI. Autonomni pojmovi.....	34
i. Definicija pojmove koji se koriste u tekstu Konvencije.....	34
ii. Pojmovi iz Konvencije koji su se razvijali kroz jurisprudenciju	47
VII. Pozitivne obaveze.....	50
Poglavlje 3 – Kratak vodič kroz sistem ESLJP-a	52
I. Put koji prelazi predstavka.....	52
II. Glas ESLJP-a.....	53
i. Sredstva koja ESLJP koristi prilikom odlučivanja.....	53
ii. Savetodavna mišljenja.....	56

III.	Po izricanju presude	57
i.	Pravna obaveza države da izvrši presude ESLJP-a	57
ii.	Ko bira pojedinačne i opšte mere?	58
iii.	Uloga ESLJP-a i uloga domaćih sudova nakon donošenja pravnosnažne presude	60
Poglavlje 4 – Primena sudske prakse ESLJP-a u domaćem odlučivanju: načela i smernice		64
I.	Inkorporiranje načela Konvencije u unutrašnji pravni poredak	64
i.	Ustavno rešenje za inkorporiranje međunarodnog prava	65
ii.	Konkretni položaj prava po Konvenciji u unutrašnjem pravnom poretku.....	69
II.	Valjano pozicioniranje argumentacije po Konvenciji u unutrašnjem odlučivanju.....	73
III.	Priznanje i konceptualizacija načela supsidijarnosti i unutrašnje polje slobodne procene u praktičnom rezonovanju.....	81
i.	Supsidijarnost: Saradnja u obezbeđivanju delotvornog izvršenja zaštite ljudskih prava	81
ii.	Ključni pravni pojmovi koji odražavaju načelo supsidijarnosti.....	82
Zaključak		86

Uvod

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u danjem tekstu: Konvencija) nastala je 1950. godine. Konvencija je pravi izdanak vremena u kome je nastala – neposredno po završetku Drugog svetskog rata. Ona počiva na gorkoj pouci izvučenoj iz svih ratova i posebno iz tog, Drugog svetskog, da se konflikt među ljudima može izbeći samo ako se odnosi među ljudima temelje na ravnopravnosti i dostojanstvu, kao i da se države mogu nadati da će biti dugoročno stabilne samo ako poštuju ravnopravnost i dostojanstvo svojih zajednica i ljudi koji u njima žive.

I danas, posle 65 godina, važnost osnovnog skupa prava i sloboda zajemčenih Konvencijom ne gubi na snazi. Međutim, da bi Konvencija svima pružila svoje zaštitne mehanizme, presudno je važna njena dosledna primena – posebno s obzirom da njenih 47 visokih strana ugovornica ima različite pravne sisteme i različite metode sprovođenja. Prvi put za sve ljude koji nastoje da ostvare svoja prava po Konvenciji vodi kroz domaće sudove. Domaći sudovi su često u boljem položaju da procene da li se dogodila povreda nekog prava po Konvenciji – u svetu dokaza koje mogu neposredno da saslušaju i u svetu svog poznavanja unutrašnjeg prava, kao i kulturnog i socijalno-ekonomskog konteksta u svojoj zemlji. Uloga Evropskog suda je da preispita da li su odluke koje su donele nacionalne vlasti uskladene s Konvencijom, uz dužno vođenje računa o unutrašnjem polju slobodne procene svake države kada je reč o tome da odluči kako će primenjivati i sprovoditi Konvenciju, zavisno od okolnosti konkretnog slučaja i o pravima i slobodama o kojima se u tom slučaju radi.

Postizanje što veće standardizacije u sprovođenju Konvencije na nacionalnom nivou neprestani je prioritet i poslednjih godina predmet debate. Rasprava o tome je započeta na konferenciji u Interlakenu 2010. godine i nastavljena 2012. kroz Brajtonsku deklaraciju, potom 2015. kroz Briselsku deklaraciju, kao i kroz nedavno predstavljeni Nacrt deklaracije iz Kopenhagena.

Međutim, delotvorna nacionalna primena Konvencije zavisi od opšteg znanja i razumevanja prava po Konvenciji, kao i od poznavanja sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava. Sudije domaćih sudova mogu u praksi da štite prava na nacionalnom nivou samo ako su upoznate sa sudskom praksom ESLJP-a i ako tu sudska praksu razumeju. Upravo je zato na četvrtom Regionalnom forumu o vladavini prava, održanom u Tirani 2017. godine, rođena ideja o jednom priručniku ili vodiču za primenu sudske prakse po Konvenciji u odlučivanju domaćih sudova.

Regionalni forum o vladavini prava jednom godišnje organizuju AIRE Centar i organizacija *Civil Rights Defenders* i taj forum predstavlja mesto okupljanja sadašnjih i bivših sudija Suda u Strazburu, predstavnika najviših sudova i pravosudnih saveta iz celog regiona, direktora pravosudnih obrazovnih ustanova, zastupnika države pred Sudom u Strazburu, pravnih eksperata i predstavnika zajednice nevladinih organizacija. Forum je osnovan 2014. godine posle razgovora sa dvoje sudija Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu, koji su u to vreme raspravljali o velikom broju predmeta pred Sudom u Strazburu i oboje su uočili mnoge zajedničke izazove sa kojima se suočavaju zemlje ovog regiona kada je reč o valjanoj primeni Konvencije. Tako je, iz spoznaje da se najbolja praksa i pouke mogu deliti i razmenjivati ako se ohrabre i olakšaju regionalna saradnja i dijalog, rođena ideja o održavanju foruma: to je nešto što je u isti mah i potrebno i poželjno kako bi se prevazišli zajednički izazovi.

Izrada ovog vodiča prirodan je produžetak diskusija koje su vođene na forumima i zaključaka koji su iz njih izvedeni. Mi okupljamo učesnike iz Jugoistočne Evrope, pa stoga u ovoj publikaciji nastojimo da se pozabavimo posebnim izazovima s kojima su oni suočeni u primeni Konvencije.

Ovaj vodič ima četiri poglavља, koja obuhvataju sledeće: (i) kratak uvod i opšti pregled Konvencije, (ii) ključne pojmove Konvencije, (iii) kratak vodič za podnošenje predstavke Sudu u Strazburu i put koji predstavka prolazi kroz sistem ESLJP-a, i, konačno, (iv) bliže razmatranje načela i smernica za primenu sudske prakse ESLJP-a u odlučivanju na domaćem nivou. Iskreno se nadamo da će ova publikacija predstavljati sadržajnu dopunu drugih tematskih publikacija o pojedinim članovima Konvencije i sudskoj praksi po njoj.

Takođe se nadamo da ćemo ovaj vodič dodatno razvijati u saradnji sa sudovima i ustanovama za obuku nosilaca pravosudnih funkcija u regionu i unapred se radujemo toj saradnji; široko ćemo se konsultovati o tome kako je najbolje moguće da ga proširimo, uz mogućnost izrade dodatnih praktičnih alata za sudije i druge nosioce pravosudnih funkcija.

Mart, 2018.

Biljana Brejtvejt (Biljana Braithwaite)
Programski menadžer za Zapadni Balkan,
AIRE Centar

Katarina Harbi (Catharina Harby)
Viši stručni pravni savetnik,
AIRE Centar

Spisak skraćenica

BCHS	bosanski/crnogorski/hrvatski/srpski
Evropska komisija	Evropska komisija za ljudska prava (zamenio ju je Evropski sud za ljudska prava)
EKLJP	Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda
ESLJP	Evropski sud za ljudska prava
HUDOC	Zvanična baza podataka Evropskog suda za ljudska prava
Komitet za ljudska prava	Komitet Ujedinjenih nacija za ljudska prava
MOR	Međunarodna organizacija rada
Sud u Strazburu	Evropski sud za ljudska prava
Venecijanska komisija	Evropska komisija za demokratiju putem prava

Napomena: izraz Sud s velikim početnim slovom ovde označava Evropski sud za ljudska prava; kada se govori o domaćim sudovima, onda se koristi izraz „sud”, s malim početnim slovom.

Poglavlje 1.

Kratak uvod i pregled EKLJP-a

I. Postanak, razvoj i reforma

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava¹ potpisana je u Rimu 4. novembra 1950. godine, po završetku Drugog svetskog rata, a stupila je na snagu 3. septembra 1953. godine. Bila je to prva i možda najvažnija konvencija Saveta Evrope, međunarodne organizacije koja danas okuplja 47 zemalja članica (u vreme pisanja ovog teksta 28 zemalja članica istovremeno je i u članstvu Evropske unije), a koja je osnovana radi ujedinjenja evropskih demokratija po završetku rata. Konvencija je zamišljena kao odgovor na zlodela počinjena tokom Drugog svetskog rata – bio je to dokument koji je pružao preko potrebni okvir za zaštitu osnovnih prava i sloboda na međunarodnom nivou. Taj dokument je predstavljao novinu u oblasti međunarodnog prava u tom smislu što je priznao istinsko pravo svakog pojedinca da na međunarodnom nivou pokrene sudske postupke onda kada nijedan domaći pravni lek ne urodi plodom.²

Otkako je Konvencija stupila na snagu, usvojeno je i nekoliko protokola, ali nisu sve visoke strane ugovornice Konvencije ratifikovale sve te protokole. Nekima od tih protokola uvedena su dodatna prava, dok se drugi protokoli odnose na neka procesna pitanja. Dosad su sprovedene dve ključne reforme sistema Konvencije, a obe te reforme nastojale su da reše problem sve većeg broja predstavki koje pristižu Sudu: (i) najkrupnija reforma uvedena je **Protokolom br. 11**, koji je usvojen 1994. i kojim je ustanoavljen novi jedinstveni Sud. Taj novi Sud je zamenio prvobitni Sud, koji nije zasedao u stalnom svojstvu, i Evropsku komisiju za ljudska prava. Odluke Komisije i danas predstavljaju deo sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu ESLJP ili Sud) i validne su i dalje, osim ukoliko potonja sudska praksa nije izmenila njihove zaključke; (ii) godine 2009. usvojen je **Protokol br. 14**, kojim su

1 Konvenciju je prvobitno potpisalo 12 – od ukupno 15 – država, koje su u to vreme bile članice Saveta Evrope. Potpisivanje i ratifikacija Konvencije preduslov je za pristupanje Savetu Evrope; sve sadašnje zemalje članice Saveta Evrope potpisale su i ratifikovale Konvenciju.

2 Treba naglasiti da je čitav niz godina pravo na pojedinačnu „peticiju“ (usvajanjem Protokola br. 11 uz Konvenciju termin „peticija“ zamjenjen je terminom „predstavka“) bilo opcionalno: nadležnost ESLJP-a da razmatra pritužbe pojedinaca ili nevladinih organizacija bila je priznata pod uslovom da je država o kojoj je reč izjavila da prihvata tu nadležnost. Otkako je usvojen Protokol br. 11, nadležnost ESLJP-a, kako je to utvrđeno u članu 34 Konvencije, postala je obavezna (vidi Eksplanatorni izveštaj o Protokolu br. 11 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, kojim se restrukturiše utvrđeni kontrolni mehanizam, stav 85).

uvedene dalje hitne procesne promene. Te reforme su se više odnosile na „funkcionisanje nego na strukturu Suda”³ i bile su usmerene ka tome da se skrati vreme koje Sud utroši na nemeritorne predstavke ili predstavke koje se ponavljaju kako bi se mogao usredsrediti na najvažnije slučajeve koji zahtevaju temeljno i duboko razmatranje.^{4,5}

U sadašnje vreme, usvojena su još dva protokola i ona čekaju da stupe na snagu: **Protokol br. 15**, koji, između ostalog, uvodi izričito pozivanje na načelo supsidijarnosti i doktrinu unutrašnjeg polja slobodne procene⁶ u preambuli Konvencije, kao i neke promene u vezi s kriterijumima prihvatljivosti;⁷ i **Protokol br. 16**, takozvani Protokol dijaloga,⁸ koji nastoji da olakša dijalog između ESLJP-a i domaćih sudova preko instrumenta savetodavnih mišljenja.⁹

II. Priroda prava zajemčenih Konvencijom

Konvencija, uključujući i protokole uz nju, štiti prvenstveno građanska i politička prava, a u manjoj meri naglašava ekonomска, socijalna ili kulturna prava.¹⁰ Zaštita imovine, pravo na obrazovanje i zajemčena jednakost između supružnika

3 Eksplanatorijni izveštaj za Protokol br. 14 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, kojim je izmenjen kontrolni sistem Konvencije, stav 35.

4 *Id.*, stavovi 35–37 i 79.

5 Glavne promene obuhvataju uvođenje formacije koju predstavlja sudija pojedinac (član 27), proširenje nadležnosti odbora od tri sudske komisije (član 28), novi kriterijum prihvatljivosti u članu 35 stav 3(b) i mogućnost da se u bilo kojoj fazi postupka postigne prijateljsko poravnanje (član 39).

6 Vidi Poglavlje 2.V.

7 Skraćuje se rok u kome predstavka mora biti podneta Sudu sa šest meseci na četiri meseca i menja se i dopunjuje kriterijum prihvatljivosti koji se odnosi na „značajniju oštećenost” (podnosioca predstavke) (vidi Poglavlje 3.II.i.).

8 *Dean Spielmann*, Međunarodna konferencija „Application of the European Convention on Human Rights and fundamental freedoms on national level and the role of national judges”, („Primena Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda na nacionalnom nivou i uloga domaćih sudija”), 24–25. oktobar 2014, Uvodno izlaganje.

9 Vidi Poglavlje 3.II.ii.

10 Socijalna i ekonomска prava uglavnom su zaštićena Evropskom socijalnom poveljom iz 1961. godine ili revidiranom Evropskom socijalnom poveljom iz 1996. godine, koja treba postepeno da zameni Povelju iz 1961. godine. Poštovanje prava utvrđenih i u jednoj i u drugoj povelji predmet je kontrole nadzornog, a ne sudskog mehanizma; međutim, postoji kvazisudski sistem kolektivnih predstavki za zemlje koje su ratifikovale Dopunski protokol uz Evropsku socijalnu povelju iz 1995. godine. Sve zemlje Zapadnog Balkana koje su članice Saveta Evrope ratifikovale su Evropsku socijalnu povelju, ali ne i Dopunski protokol uz nju iz 1995. godine. Odredena kulturna prava zaštićena su zasebnim ugovorima sklopljenim između zemalja članica Saveta Evrope (npr. Evropska povelja o regionalnim ili manjinskim jezicima).

predstavljaju one malobrojne izuzetke među tim pravima koji su direktno zaštićeni relevantnom odredbom u samom tekstu Konvencije. Ipak, ESLJP je naglasio da ne postoji sasvim čvrsta i nepropusna podela između sfere socijalnih i ekonomskih prava i sfere obuhvaćene Konvencijom, budući da mnoga građanska i politička prava koja Konvencija štiti imaju izvesne implikacije socijalne ili ekonomske prirode (*Ejri protiv Iriske*¹¹).

Na taj način ESLJP je razradio čitav korpus sudske prakse u kome je pružio indirektnu zaštitu određenim socijalnim i ekonomskim pravima; to je učinio kroz tumačenja različitih članova Konvencije i/ili kroz priznanje određenih pozitivnih obaveza država. Primeri nekih aspekata takvih prava koje je ESLJP razmatrao obuhvataju: pristup zdravstvenoj zaštiti,¹² poštene uslove rada,¹³ pitanja koja se odnose na pravo stanovanja,¹⁴ pravo na kolektivno pregovaranje s poslodavcem,¹⁵ zaštitu doprinosa za socijalno osiguranje.^{16,17}

Slično tome, kada je reč o kulturnim pravima, ESLJP je postepeno priznavao suštinska prava koja potпадaju pod tu kategoriju, obuhvatajući pitanja kao što su pravo na umetničko izražavanje, pristup kulturi, kulturni identitet, jezička prava, obrazovanje, zaštita kulturnog i nacionalnog nasleđa, pravo na traganje za istorijskom

11 *Airey v. Ireland*, presuda od 9. oktobra 1979, br. 6289/73, stav 26.

12 Vidi, na primer, *Panaiteanu v. Romania*, presuda od 10. aprila 2012, br. 30909/06 (na osnovu člana 2), i *D. v. the United Kingdom*, presuda od 2. maja 1997, br. 30240/96 (na osnovu člana 3).

13 Vidi, na primer, *Siliadin v. France*, presuda od 26. jula 2005, br. 73316/01, i *Chowdury and Others v. Greece*, presuda od 30. marta 2017, br. 21884/15 (na osnovu člana 4).

14 Vidi, na primer *Connors v. the United Kingdom*, presuda od 27. maja 2004, br. 66746/01, stavovi 81–95, u vezi s prisilnim iseljenjem (na osnovu člana 8); *Fadeyeva v. Russia*, presuda od 9. juna 2005, br. 55723/00, u vezi sa izloženošću nezdravim životnim uslovima (na osnovu člana 8); *Cyprus v. Turkey*, [Veliko veće] presuda od 10. maja 2001, br. 25781/94, u vezi s pravima raseljenih lica (na osnovu člana 1 Protokola br. 1); *Moldovan and Others v. Romania (No. 2)*, presuda od 12. jula 2005, br. 41138/98 i 64320/01, u slučaju u kojem su životni uslovi podnosiča predstavke i rasna diskriminacija kojoj su bili javno izloženi predstavlјali, u tim posebnim okolnostima, „ponižavajuće postupanje” u smislu člana 3 (stavovi 93–114). Sud je takođe ustanovio da su bili prekršeni član 8 i član 14 u vezi s članovima 6 i 8.

15 Vidi, na primer, *Demir and Baykara v. Turkey*, [Veliko veće] presuda od 12. novembra 2008, br. 34503/97, stavovi 140–154 (u svetu „prava na osnivanje sindikata i učlanjenje u njega”, utvrđenog u članu 11).

16 Vidi, na primer, *Stec and Others v. the United Kingdom*, [Veliko veće] odluka od 6. jula 2005, br. 65731/01 i 65900/01, stavovi 49–56 (na osnovu člana 1 Protokola br. 1).

17 Više o detaljnem istraživanju o indirektnoj zaštiti socijalnih i ekonomskih prava kroz građanska i politička prava vidi „Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights: Comparative experiences of justiciability” („Sudovi i zakonsko izvršenje ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava: uporedna iskustva podložnosti sudskom rešavanju”, Međunarodna komisija pravnika, 2008).

istinom i pravo na akademsku slobodu, posebno u svetlu sve većeg broja slučajeva koje pred njim pokreću pojedinci ili entiteti koji pripadaju nacionalnim manjinama.¹⁸

Treba naglasiti da je cilj utvrđivanja tih prava i sloboda u sistemu Konvencije da se obezbedi minimalni standard zaštite, pa se stoga zaštita koju pruža Konvencija ne može tumačiti kao ograničavajuća za širu zaštitu zajemčenu nacionalnim pravom ili drugim međunarodnim sporazumima (član 53).¹⁹

III. Pregled odredaba Konvencije i Protokola uz nju

Konvencija se sastoji od člana 1 i delova I, II i III. U sadašnjem trenutku uz osnovni tekst Konvencije utvrđeno je šest protokola, kojima se utvrđuju dodatna prava i slobode. Njih ćemo predstaviti zajedno s pravima i slobodama koji su zajemčeni u Delu I Konvencije; u svemu ostalom, ovaj pregled sledi redosled odredaba u Konvenciji.

Član 1

Član 1 utvrđuje opštu obavezu država da obezbede zaštitu prava i sloboda po Konvenciji svakome ko je u njihovoj nadležnosti. Ta nadležnost je prvenstveno teritorijalna: po pravilu, države snose odgovornost za događaje koji se zbivaju na njihovoj teritoriji; ESLJP je, međutim, priznao jedan broj izuzetnih okolnosti koje mogu da dovedu do toga da država ostvaruje nadležnost van granica svoje teritorije (vidi dole, tamo gde se razmatra Deo II Konvencije, konkretno nadležnost ESLJP-a *ratione loci*). To treba čitati i tumačiti zajedno sa članom 56, kojim se državi ostavlja mogućnost da izjavi da će se Konvencija primenjivati na sve ili neku od teritorija za čije je međunarodne odnose ona odgovorna. Prvenstveno teritorijalna priroda nadležnosti, međutim, nije nešto što treba tumačiti kao protivrečno odgovornosti država za suverene akte koje one preduzimaju van svoje teritorije ili za obavezu država da uzmu u obzir određene posledice postupaka ili odluka preduzetih na sopstvenoj teritoriji koji se dalje odvijaju na teritoriji druge države (na primer, u postupku deportacije mora se voditi računa o činjenici da postoji stvarna opasnost da će pojedinac biti podvrgnut zabranjenom postupanju ako bude deportovan u drugu državu).

18 Istraživački izveštaj „Cultural rights in the case-law of the European Court of Human Rights“ („Kulturna prava u sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava“), Istraživačko odeljenje, Savet Evrope/Evropski sud za ljudska prava, januar 2011. (azurirano 17. januara 2017), preuzeto 17. januara 2017. sa: http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_cultural_rights_ENG.pdf.

19 Vidi Poglavlje 2.V.iii.

Član 1 takođe sadrži pravni osnov za priznanje pozitivnih obaveza²⁰ država i odigrao je ključnu ulogu u razvoju načela po kome su prava i slobode utvrđeni u Konvenciji praktični i delotvorni, a ne teorijski i iluzorni.²¹

Deo I: Prava i slobode

Deo I Konvencije sastoji se od **članova 2–18**. Članovi 2–14 utvrđuju prava i slobode zajemčene Konvencijom, dok članovi 15–18 sadrže neka sredstva koja pomažu preciznijem razumevanju obima tih prava; ostala prava i slobode uključeni su u protokole koji su navedeni kao aneks uz Konvenciju.

Prava i slobode zajemčeni u Delu I

- Pravo na život (član 2)
- Zabrana mučenja (član 3)
- Zabrana ropstva i prinudnog rada (član 4)
- Pravo na slobodu i bezbednost (član 5)
- Pravo na pravično suđenje (član 6)
- Kažnjavanje samo na osnovu zakona (član 7)
- Pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života (član 8)
- Sloboda misli savesti i veroispovesti (član 9)
- Sloboda izražavanja (član 10)
- Sloboda okupljanja i udruživanja (član 11)
- Pravo na sklapanje braka (član 12)
- Pravo na delotvoran pravni lek (član 13)
- Zabrana diskriminacije (član 14)

Članovi 15–18

- Odstupanje u vanrednim okolnostima (član 15)
- Ograničenja političke aktivnosti stranaca (član 16)
- Zabrana zloupotrebe prava (član 17)
- Granice korišćenja ograničenja prava (član 18)

20 Vidi Poglavlje 2.VII.

21 Vidi Poglavlje 2.VI.ii.

Supstancialna prava i slobode zajemčeni protokolima uz Konvenciju

Protokol br. 1

- Zaštita imovine (član 1)
- Pravo na obrazovanje (član 2)
- Pravo na slobodne izbore (član 3)

Protokol br. 4

- Zabrana kazne zatvora za dug (član 1)
- Sloboda kretanja (član 2)
- Zabrana proterivanja sopstvenih državljana (član 3)
- Zabrana grupnog proterivanja stranaca (član 4)

Protokol br. 6

- Ukipanje smrtne kazne (član 1)
- Smrtna kazna za vreme rata (član 2)
- Zabrana odstupanja (član 3)
- Zabrana rezervi (član 4)

Protokol br. 7

- Procesne zaštite u postupku proterivanja stranaca (član 1)
- Pravo na žalbu u krivičnim stvarima (član 2)
- Naknada za pogrešnu osudu (član 3)
- Pravo da se ne bude suđen ili kažnjen dvaput u istoj stvari (član 4)
- Jednakost supružnika (član 5)

Protokol br. 12

- Opšta zabrana diskriminacije (član 1)

Protokol br. 13

- Ukipanje smrtne kazne u svim okolnostima (član 1)
- Zabrana odstupanja (član 2)
- Zabrana stavljanja rezervi (član 3)

deo II: ESLJP

Deo II Konvencije sastoji se od članova 19–51,²² čije se odredbe odnose na svrhu ESLJP-a, njegov sastav i strukturu, nadležnost i ovlašćenja, mehanizme rasprave i aspekte postupka koji se pred njim vodi. Dopunu tog dela predstavljaju Poslovnik Suda i praktična uputstva koja izdaje predsednik ESLJP-a da bi razjasnio neke aspekte sudskog postupka.²³

- **Član 19** utvrđuje funkciju Suda, koja se svodi na to da se obezbedi da visoke strane ugovornice poštuju obaveze koje su prihvatile po Konvenciji i protokolima uz nju. Često se poziva na taj član kada se želi ukazati na granice uloge Suda naspram odgovornosti države (član 1)²⁴ i ulogu Komiteta ministara (član 46).²⁵
- **Članovi 20–31** odnose se na sastav ESLJP-a, stručno osoblje za podršku i organizaciju Suda u različitim formacijama (opšta sednica Suda,²⁶ sudija pojedinac, odbor od tri sudije, veća i Veliko veće), uključujući nadležnosti svake od tih formacija.²⁷
- **Članovi 32–35** razgraničavaju nadležnost i ovlašćenja ESLJP-a, kao i kriterijume prihvatljivosti predstavke. Kriterijumi prihvatljivosti su bliže razmotreni u Poglavlju 3.²⁸

Nadležnost *ratione materiae*: ESLJP može razmatrati predstavke u vezi s pravima koja su zaštićena Konvencijom i protokolima uz nju. Ako se predstavka tiče neke situacije koja ne spada u polje dejstva tih prava, onda će ona – delimično ili u celosti – biti odbačena *ratione materiae* kao nespojiva sa odredbama Konvencije i protokola uz nju. Isto tako, predstavke koje su zasnovane na odredbi za koju je tužena država stavila pravno valjanu rezervu saglasno članu 57 biće odbačene kao nespojive *ratione materiae* – ESLJP je taj koji procenjuje valjanost rezerve koju je stavila država.²⁹

22 Ovde navedeno grupisanje tih članova ima isključivo analitičku svrhu.

23 Dostupno na: http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/rules#n1347877334990_pointer

24 Vidi Poglavlje 2.V.ii. u vezi s načelom supsidijarnosti.

25 Vidi Poglavlje 3.III.ii. & iii.

26 „Opšta sednica Suda” označava Evropski sud za ljudska prava kada zaseda u opštoj sednici (pravilo 1 Poslovnika Suda).

27 Vidi Poglavlje 3.II.i.

28 Pregled kriterijuma prihvatljivosti vidi u Poglavlju 3.II.i.

29 Vidi medašnju presudu u predmetu *Belilos v. Switzerland*, presuda od 29. aprila 1988, br. 10328/83, stavovi 50–60. Za noviju rekapitulaciju i primenu relevantnih načela, vidi, npr., *Schädler-Eberle v. Liechtenstein*, presuda od 18. jula 2013, br. 56422/09, stavovi 59–93.

Nadležnost *ratione personae*: navodno kršenje Konvencije mora počiniti visoka strana ugovornica ili se to kršenje može njoj na neki način pripisati. Isto tako, podnositelj predstavke mora imati procesnu legitimaciju saglasno članu 34 i mora biti „žrtva”³⁰ konkretnog kršenja za koje se navodi da je učinjeno.

Nadležnost *ratione loci*: ESLJP će razmatrati samo one predstavke koje se odnose na pritužbe za postupke koji su se dogodili (ili će se dogoditi) u jurisdikciji visoke strane ugovornice. Postoje dve situacije u kojima država ostvaruje svoju jurisdikciju van sopstvenih teritorijalnih granica, čime se otvara pitanje odgovornosti države prema Konvenciji: (i) okolnosti u kojima „službena lica ostvaruju vlast i kontrolu” – kada država, preko svojih službenih lica koja deluju van njene teritorije, ostvaruje kontrolu i vlast nad pojedincem, i (ii) delotvorna kontrola nad nekim područjem”.³¹

Nadležnost *ratione temporis*: ESLJP neće razmatrati predstavke u vezi s pričnjicama koje se odnose na neki postupak ili činjenicu koji su se dogodili u bilo kojoj situaciji koja je prestala da postoji pre nego što je stupila na snagu Konvencija u odnosu na tuženu državu („kritični datum”). ESLJP treba da identificuje, u svakom konkretnom slučaju, tačno vreme navodnog mešanja, uzimajući u obzir činjenice na koje se podnositelj predstavke žali, kao i obim prava po Konvenciji za koja se navodi da su povređena (*Blečić protiv Hrvatske*³²). ESLJP može imati uvid u činjenice koje su se dogodile pre ratifikacije u meri u kojoj se može smatrati da su te činjenice stvorile jednu trajnu situaciju koja se nastavlja i posle tog datuma ili koja može biti relevantna za razumevanje činjenica koje su se dogodile posle tog datuma (npr. *Kurić i drugi protiv Slovenije*³³).

Posebno je za procesne obaveze koje proističu iz članova 2 i 3 ustanovljeno da su „odvojive” od supstancialnih aspekata tih prava. Prema tome, u slučajevima u kojima su se smrti ili nezakonito postupanje dogodili pre ratifikacije, države mogu imati određenu procesnu obavezu u odnosu na one postupke (u tom smislu da sprovedu delotvornu istragu i da pokrenu odgovarajući postupak) koji su se zbili posle

30 Za autonomni pojam „žrtve” vidi u Poglavlju 2.VI.i.

31 Vidi *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*, [Veliko veće] presuda od 7. jula 2011, br. 55721/07, stavovi 130–150, u kojoj je ESLJP razmotrio svoju prethodnu sudsku praksu u vezi s nadležnošću ESLJP-a po osnovu člana 1, razmotrio načela koja su primenljiva u toj stvari i bliže na osnovu primera objasnio dve gore navedene kategorije izuzetnih okolnosti.

32 *Blečić v. Croatia*, [Veliko veće] presuda od 8. marta 2006, br. 59532/00, stav 82.

33 Vidi, na primer, *Kurić and Others v. Slovenia*, [Veliko veće] presuda od 26. juna 2012, br. 26828/06, stav 240. ESLJP je zaključio, da su, iako se brisanje dogodilo pre nego što je Konvencija stupila na snagu u odnosu na Sloveniju, tog datuma podnosioci predstavke bili – i nastavili da budu – pogodenici činjenicom da su njihova imena bila izbrisana iz registra lica sa stalnim boravkom.

kritičnog datuma. Prema tome, ESLJP može u takvim slučajevima preuzeti vremensku nadležnost.³⁴

- **Članovi 36–40** odnose se na procesna pitanja u vezi sa intervencijama trećih lica, ovlašćenjem ESLJP-a da izbriše predstavku s liste predmeta, ispitivanjem predmeta, prijateljskim poravnanjima i javnim karakterom rasprave i mogućnošću uvida u spise koji su deponovani kod sekretara Suda.
- **Članovi 41–49** odnose se na pravično zadovoljenje oštećenoj stranci (pravično zadovoljenje – član 41), instrumente kojima ESLJP raspolaže u fazi odlučivanja (odluke, presude i savetodavna mišljenja), uključujući njihov sadržaj i uslove pod kojima presude veća postaju pravnosnažne, kao i obaveznost i izvršenje pravnosnažnih presuda (član 46). Sva ta pitanja razmatraju se u Poglavlju 3.
- **Članovi 50–51** odnose se na troškove ESLJP-a, koje snosi Savet Evrope, kao i na privilegije i imunitete koje uživaju sudsije.

Važna napomena: Očigledno je da Deo II Konvencije sadrži članove koji se tiču funkcije Suda i određenih procesnih pitanja pred njim. Međutim, neki od tih članova sadrže supstancialna prava na koja se pojedinac može pozvati. Na primer, ESLJP je stao na stanovište da saglasno članu 34 visoke strane ugovornice imaju obavezu da se ne mešaju u ostvarivanje prava pojedinca da podnese predstavku Evropskom sudu za ljudska prava i istraje u nastojanju da se po njoj vodi postupak pred ESLJP-om (*Paladi protiv Moldavije*³⁵). Isto tako, ESLJP je stao na stanovište da je nadležan da razmotri pritužbe u vezi s neizvršenjem određene presude kada postoje činjenice zbog kojih se otvara pitanje nove povrede prava (npr. *Emre protiv Švajcarske [br. 2]*³⁶).³⁷

34 Vidi *Šilih v. Slovenia*, [Veliko veće] presuda od 9. aprila 2009, br. 71463/01, stavovi 139–167. Taj slučaj se odnosio na procesni deo člana 2 i njime je ustanovljen „odvojivi“ karakter tog dela. ESLJP je utvrdio dva kriterijuma, saopštivši da će se njegova vremenska nadležnost odnositi samo na procesna činjenja ili nečinjenja u periodu koji je nastupio posle kritičnog datuma i da mora „postojati stvarna veza između smrti i stupanja na snagu Konvencije u odnosu na tuženu državu“ (stavovi 162–163). Ti kriterijumi su docnije razjašnjeni u slučaju *Janowiec and Others v. Russia*, [Veliko veće] presuda od 21. oktobra 2013, br. 55508/07 i 29520/09, stavovi 140–151.

35 *Paladi v. Moldova*, [Veliko veće] presuda od 10. marta 2009, br. 39806/05, stav 85.

36 *Emre v. Switzerland (No. 2)*, presuda od 11. oktobra 2011, br. 5056/10, stav 39, gde se takođe citira, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (No. 2)*, [Veliko veće] presuda od 30. juna 2009, br. 32772/02, stavovi 66–67.

37 Vidi Poglavlje 3.III.iii. o ulozi ESLJP-a posle izricanja pravnosnažne presude.

Deo III: Ostale odredbe

Deo III Konvencije obuhvata **članove 52–59**, kojima se uređuju pitanja zahteva generalnog sekretara za objašnjenja (član 52), odnos između Konvencije i drugih instrumenata koji jemče zaštitu ljudskih prava (član 53),³⁸ nemešanje u ovlašćenja Komiteta ministara budući da su ta ovlašćenja ustanovljena Statutom Saveta Evrope (član 54), isključenje drugih načina za rešavanje spora (član 55), teritorijalnu primenu Konvencije (član 56),³⁹ rezerve države stavljene na pojedine odredbe (član 57), otkazivanje Konvencije (član 58), kao i njeno potpisivanje i ratifikaciju (član 59).

38 Vidi Poglavlje 2.V.iii.

39 Vidi gore pod članom 1 i nadležnošću *ratione loci*.

Poglavlje 2.

Ključni pojmovi i načela Evropske konvencije

Ovo poglavlje je posvećeno ključnim pojmovima i načelima na kojima počiva Konvencija i ono treba da posluži kao praktična alatka prilikom tumačenja i sprovodenja sudske prakse ESLJP-a. Neki od tih ključnih pojmoveva su iz samog teksta Konvencije; drugi nisu izričito navedeni u tekstu, ali ih je utvrđio i protumačio ESLJP kada je primenjivao Konvenciju. Dok neki pojmovi mogu već na prvi pogled delovati poznato, organi Suda u Strazburu su takođe presudili da su izvesni pojmovi „autonomni“ po Konvenciji. Stoga ti termini NE MORAJU NUŽNO imati isto značenje u Konvenciji kakvo imaju u domaćem pravu.

Ovo poglavlje je podeljeno na sedam odeljaka:

- Kategorije prava;
- Zabrana diskriminacije;
- Uspostavljanje ravnoteže među pravima;
- Srazmernost;
- Odnos Konvencije s domaćim i međunarodnim pravom;
- Autonomni pojmovi;
- Pozitivne obaveze.

I. Kategorije prava

Konvencija sadrži četiri široke klase prava: absolutna prava; suštinski kvalifikovana prava; prava koja se odnose na sprovođenje pravde; prava sa inherentnim ograničenjima.

1. Apsolutna prava

Kršenje tih prava nije dopušteno ni pod kakvim okolnostima. Ta prava obuhvataju pravo na život (**član 2**), zabranu mučenja (**član 3**), zabranu ropsstva i prinudnog rada (**član 4 stav 1**), kažnjavanje samo na osnovu zakona (**član 7**), ukidanje smrtne kazne (**član 1 Protokola br. 6 i član 1 Protokola br. 13**)⁴⁰ i pravo da se ne bude suđen ili kažnen dvaput u istoj stvari (**član 4 Protokola br. 7**).

40 Za razliku od Protokola br. 6, Protokol br. 13 uz Konvenciju zabranjuje smrtnu kaznu čak i u ratno doba, ali nisu sve zemlje ratifikovale taj protokol; međutim, sve balkanske države su ga ratifikovale.

Član 15 Konvencije dopušta da se odstupi od Konvencije i protokola uz nju u vanrednim okolnostima, ali jasno stavlja da znanja da nije dopušteno odstupanje od članova 2 i 3, člana 4 stav 1 i člana 7 Konvencije ili člana 1 Protokola br. 6, člana 4 Protokola br. 7 i člana 1 Protokola br. 13.

Član 2 stav 1 (pravo na život) – nakon stupanja na snagu Protokola br. 6 1985. i Protokola br. 13 2003. godine, kojim je ukinuta smrtna kazna, taj član bi sada trebalo čitati kao da se njegova druga rečenica prekida kod reči „namerno”.

Niko ne može biti *namerno* lišen života ni pod kakvim okolnostima.

Prilikom odlučivanja o tome da li je lišenje života ispunilo kriterijume utvrđene u članu 2 stav 2, ESLJP je zauzeo veoma strog pristup tumačenju reči „koja je apsolutno nužna” i naročito je pažljivo ispitivao koje su alternative mogле biti iskorišćene umesto upotrebe letalne sile.

Povreda člana 2 može biti ustanovljena čak i onda kada ne nastupi smrt (npr. *Makaracis protiv Grčke*⁴¹; *Sašo Gorgijev protiv Makedonije*⁴²) ili u slučajevima na silnog nestanka kada telo nije pronađeno. Slučajevi nestanka takođe mogu otvoriti pitanje po članu 5, kao i po članu 3, u pogledu toga kako nestanak nekog lica utiče na njegove srodnike (npr. *Taš protiv Turske*⁴³).

Član 3 (zabранa mučenja i nečovečnog i ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja) kratak je i jednostavan. Zabranjeno je svako postupanje koje pređe preko „praga težine”⁴⁴.

Da li će taj prag biti dosegnut ili neće biti dosegnut zavisi od svih okolnosti datog slučaja (vidi, između ostalog, *Muršić protiv Hrvatske*⁴⁵), kao što su dužina postupanja, njegove fizičke ili mentalne posledice, kao i pol, uzrast i zdravstveno stanje

41 *Makaratzis v. Greece*, [Veliko veče] presuda od 20. decembra 2004, br. 50385/99, stav 49.

42 *Saso Gorgiev v. FYROM*, presuda od 19. aprila 2012, br. 49382/06, stav 29.

43 *Taš v. Turkey*, presuda od 14. novembra 2000, br. 24396/94, stavovi 79–80.

44 Za primer ponižavajućeg postupanja koje prolazi taj test vidi *Bouyid v. Belgium*, [Veliko veče] presuda od 28. septembra 2015, br. 23380/09, stavovi 86–88 i 100–113; ESLJP je ustanovio da šamari policajaca licu koje je potpuno pod njihovom kontrolom predstavljaju težak napad na dostojanstvo tog lica i samim tim ponižavajuće postupanje.

45 *Muršić v. Croatia*, [Veliko veče] presuda od 20. oktobra 2016, br. 7334/13, u kojoj je ESLJP rekapituirao sva načela i standarde za donošenje ocene o tome da li nedovoljan lični prostor koji imaju zatvorenici prelazi „prag težine” po članu 3 (stavovi 96–141).

žrtve (*Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁴⁶), kao i prirode i konteksta postupanja ili kažnjavanja i načina, metoda na koji je to postupanje, odnosno kažnjavanje izvršeno (*Sering protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁴⁷).

Iz političkih razloga – čini se da je za državu u manjoj meri prihvatljivo da bude proglašena krivom za mučenje nego za nečovečno postupanje – u nekim primerima sudske prakse bilo je posvećeno mnogo vremena i intelektualne energije odlučivanju o tome da li postupanje o kome je reč treba klasifikovati kao mučenje ili kao nečovečno ili ponižavajuće postupanje ili kažnjavanje.⁴⁸ Međutim, i jedno i drugo je u **podjednakoj meri apsolutno zabranjeno**, bez obzira da li to sprovode državni zvaničnici ili privatna lica ili je reč o situaciji u kojoj će pojedinac biti izložen takvom postupanju ako bude proteran ili izručen u drugu jurisdikciju. To isto važi i za član 2, kada će smrtna kazna biti izrečena pojedincu ako on bude proteran ili izručen u drugu jurisdikciju ili u jurisdikciju u kojoj postoji stvarna opasnost da on bude namerno ubijen.

I član 2 i član 3 sadrže inherentne procesne mehanizme zaštite, kao i suštinske elemente i nalažu da svaka policijska ili vojna operacija bude oprezno planirana i da svi navodi o tome da su državni službenici ili privatna lica počinili nezakonito ubistvo ili postupali na način koji je zabranjen članom 3 budu valjano istraženi. Ta istraga mora biti delotvorna, tj. mora biti takva da je kadra da ustanovi činjenice i da identificuje i kazni odgovorna lica. Istraga se mora sprovesti bez odlaganja i temeljno, što znači da vlasti moraju postupati na sopstvenu inicijativu čim im se skrene pažnja na to pitanje i uvek moraju ozbiljno nastojati da ustanove šta se dogodilo, što znači da su dužne da preduzmu i sve razumne korake koje imaju na raspolaganju kako bi obezbedile relevantne dokaze. Osim toga, istraga mora biti nezavisna u odnosu na izvršnu vlast, dok žrtva treba da bude u mogućnosti da delotvorno učestvuje u istrazi na ovaj ili onaj način.⁴⁹

U nizu slučajeva koji su se odnosili na vanredna izručenja, ESLJP je priznao da se jedan aspekt procesnog dela člana 3 takođe tiče prava na istinu u pogledu relevantnih okolnosti datog slučaja, koja „ne pripada isključivo žrtvi krivičnog dela i njenoj porodici već i drugim žrtvama sličnih povreda i javnosti u celini, koja ima pravo da zna šta se dogodilo“;⁵⁰ to predstavlja još jedan razlog zbog koga država mora sprovesti

46 *Ireland v. the United Kingdom*, presuda od 18. januara 1978, br. 5310/71, stav 162.

47 *Soering v. the United Kingdom*, presuda od 7. jula 1989, br. 14038/88, stav 100.

48 Za značenje svakog od tih pojmove vidi dalje u Odeljku VI.i.

49 Za ponovo naglašavanje gore pomenutih načela, uključujući i reference na sudsку praksu ESLJP-a, vidi, između ostalog, *El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, [Veliko veće] presuda od 13. decembra 2012, br. 39630/09, stavovi 182–185.

50 *Al Nashiri v. Poland*, presuda od 24. jula 2014, br. 28761/11, stav 495.

adekvatnu istragu kako bi sprečila da se stekne utisak o nekažnjivosti takvih postupaka (vidi *Almasri protiv Makedonije*⁵¹).

Načela koja se odnose na zahtev za sprovođenje delotvorne istrage i koja su razvijena po osnovu članova 2 i 3 važe i za druga kršenja supstancialnih prava, pre svega onih koja su utvrđena u članovima 4, 5 i 8.

Član 4 (zabrana ropstva i prinudnog rada) poslužio je kao osnov za malo slučajeva u sudskej praksi. Jedino je član 4 stav 1 („Niko se ne sme držati u ropstvu ili ropskom položaju“) apsolutan.

Trgovina ljudima i „poljoprivredno“ ili „kućno“ ropstvo spadaju u polje dejstva člana 4 (vidi *Siliadin protiv Francuske*,⁵² kao i presudu u slučaju *Rancev protiv Kipra i Rusije*,⁵³ u kojoj je ESLJP prvi put razjasnio pozitivne obaveze država po ovom članu istovremeno uzimajući u obzir i prekogranični aspekt slučajeva trgovine ljudima,⁵⁴ kao i presudu u srodnom slučaju *M. i drugi protiv Italije i Bugarske*,⁵⁵ u kojoj, međutim, nije ustanovljena povreda člana 4; vidi, takođe, presudu u slučaju *Čaudri i drugi protiv Grčke*⁵⁶ u vezi s pravima radnika bez ličnih isprava). Kao i članovi 2 i 3, i član 4 utvrđuje procesnu obavezu države da istraži svaku osnovanu sumnju u pogledu povrede tog člana.

Član 7 (kažnjavanje samo na osnovu zakona) – tumači se u tom smislu da jemči da „ako su postojale razlike između važećeg krivičnog zakona u trenutku izvršenja dela i potonjih krivičnih zakona koji su usvojeni i stupili na snagu pre izricanja pravnosnažne presude, sudovi moraju primeniti onaj zakon čije su odredbe najpovoljnije po branjenika“ (*Skopola protiv Italije [br. 2]*⁵⁷).

51 *El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, [Veliko veće] presuda od 13. decembra 2012, br. 39630/09, stavovi 191–192.

52 *Siliadin v. France*, presuda od 26. jula 2005, br. 73316/01.

53 *Rantsev v. Cyprus and Russia*, presuda od 7. januara 2010, br. 25965/04.

54 ESLJP je ustanovio da je Kipar propustio da uspostavi odgovarajući zakonodavni i upravni okvir protiv krijumčarenja ljudi (naime, režim umetničkih viza na Kipru nije pružao praktičnu i delotvornu zaštitu krijumčarenom licu), dok je policija propustila da zaštiti to lice od trgovine ljudima iako su okolnosti bile takve da su pobudivale osnovanu sumnju u to da je ona mogla biti prokrijumčarena ili eksplorisana. Sa svoje strane, Rusija, u kojoj je žrtva regrutovana, prekršila je procesnu obavezu koju ima po članu 4 da sproveده delotvornu istragu o vezi s regrutovanjem tog lica (*id.*, stavovi 290–309).

55 *M. and Others v. Italy and Bulgaria*, presuda od 31. jula 2012, br. 40020/03.

56 *Chowdury and Others v. Greece*, presuda od 30. marta 2017, br. 21884/15.

57 *Scoppola v. Italy* (br. 2), [Veliko veće] presuda od 17. septembra 2009, br. 10249/03, stav 109.

Iako član 7 predstavlja apsolutno pravo, Sud je ustanovio da se time ne sprečava razjašnjenje i razvoj kroz precedentno pravo (*common law*), u skladu sa suštinom krivičnog dela, i to tamo gde se razumno može predvideti razvoj prava. Tu je *locus clausus* bila jurisprudencijska inkriminacija silovanja u braku (S. V. *protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁵⁸). ESLJP je primenio iste kriterijume koje koristi kada treba da ustanovi da li je mešanje u prava utvrđena članovima 8–11 u dovoljnoj meri propisano zakonom (vidi dole).

2. Suštinski kvalifikovana prava

To su prava u koja se država može umešati, ali samo onda kada postoji legiti-mni cilj koji je utvrđen u sledećim članovima i kada je mešanje o kome je reč srazmerno tom konkretnom cilju. To su sledeća prava: pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, doma i prepiske (**član 8**), pravo na slobodu misli, savesti i verois-povesti (**član 9**), pravo na slobodu izražavanja (**član 10**), pravo na slobodu okupljanja i udruživanja (**član 11**).

Kada razmatraju da li je došlo do povrede tih prava, strazburški organi postavljaju sledeća pitanja:

1. Da li činjenice datog slučaja ukazuju na utvrđeno zaštićeno pravo onako kako je to pravo definisao ESLJP?
2. Da li je došlo do mešanja u zaštićeno pravo ili je predloženo takvo mešanje?
3. Da li je mešanje propisano zakonom koji uspešno prolazi na testu kvaliteta zakona?⁵⁹
4. Da li se tim mešanjem težilo ili se teži identifikovanom legitimnom cilju? Ovde treba proveriti ciljeve koji su dopušteni po svakom članu Konvencije.
5. Da li je to mešanje bilo neophodno u demokratskom društvu i srazmerno legitimnom cilju kome se teži? Ili će biti neophodno?⁶⁰

Ako su odgovori na pitanja 1 i 2 pozitivni, ali je odgovor na *bilo koje* (ili, što je još jače, na sva) od pitanja 3, 4 i 5 negativan, onda je reč o povredi prava.

58 S. W. v. the United Kingdom, presuda od 22. novembra 1995, br. 20166/92, stavovi 36. i 41–43.

59 Za značenje izraza „kvalitet zakona” po Konvenciji vidi dole, Odeljak VI.ii.

60 Za načelo srazmernosti takođe vidi dole, u Odeljku IV.

3. Prava u vezi sa sprovođenjem pravde

To su sledeća prava: pravo na slobodu i bezbednost (**član 5**), pravo na pravično suđenje (**član 6**), kažnjavanje samo na osnovu zakona (**član 7**),⁶¹ pravo na žalbu u krivičnim stvarima (**član 2 Protokola br. 7**) i pravo da se ne bude suđen ili kažnen dvaput u istoj stvari (**član 4 Protokola br. 7**).

Član 5 (pravo na slobodu i bezbednost) – Ključno načelo koje leži u osnovi tog člana jeste poštovanje vladavine prava. Spisak slučajeva zakonitog lišenja slobode naveden u članu 5 stav 1 iscrpan je. Lišenje slobode je nezakonito ako se ne radi ni o jednom od tih konkretnih razloga i ako nije jasno dopušteno nekom odredbom domaćeg prava koja se može identifikovati.

Član 5 stav 4 pruža uhapšenom licu ili licu lišenom slobode pravo da zakonitost njegovog lišenja slobode bez odlaganja ispita sud koji je nadležan da naloži puštanje na slobodu ako ustanovi da je lišenje slobode nezakonito. Tim ispitivanjem nisu obuhvaćeni svi aspekti slučaja, ali ono treba da bude dovoljno široko da obuhvati procesne i supstancialne uslove koji su suštinski važni za „zakonitost“ lišenja slobode u smislu Konvencije. To obuhvata i obavezu da se ispita „usklađenost s procesnim zahtevima unutrašnjeg prava, kao i osnovanost sumnje koja je poslužila kao osnov za hapšenje i zakonitost svrhe kojoj se težilo tim hapšenjem i potonjim pritvorom“.⁶²

Član 5 stav 5 (naknada žrtvama nezakonitog hapšenja ili pritvaranja) i **član 3 Protokola br. 7** (naknada za pogrešnu osudu) jedina su mesta u Konvenciji gde se utvrđuje da domaće pravo mora pružiti naknadu.

Član 6 (pravo na pravično suđenje) – To pravo se primenjuje samo na odlučivanje o građanskim pravima i/ili krivičnoj optužbi, onako kako je te pojmove razradio ESLJP (vidi dole, u odeljku VI.i.). On se ne primenjuje automatski na sve sudske postupke koji se tiču drugih prava po Konvenciji. Taj član utvrđuje pravo pristupa Sudu i mehanizme zaštite koji su tu da obezbede pravično suđenje. Prava o kojima je reč nisu apsolutna. Tako, na primer, pristup Sudu može biti ograničen procesnim preprekama ili rokovima. Međutim, nijedno ograničenje ne sme suziti ili umanjiti pravo lica na pristup u tolikoj meri da sama suština prava bude povređena (vidi, na primer, *Marini protiv Albanije*⁶³). Pravo na pravnu pomoć (nasuprot pravu na pravnog zastupnika)

61 Kratak komentar povodom člana 7 iznet je gore u odeljku koji se odnosi na apsolutna prava.

62 Za skorije ponavljanje i naglašavanje načela u vezi sa članom 5 stav 4 vidi *Khlaifia and Others v. Italy*, [Veliko veće] presuda od 15. decembra 2016, br. 16483/12, stavovi 128–131.

63 *Marini v. Albania*, presuda od 18. decembra 2007, br. 3738/02, stavovi 113 i 122. ESLJP je stao na stanovište da pravo na sud obuhvata pravo na to da se pravnosnažno reši pitanje zbog koga se lice obratilo sudu (stav 120); to

jedino je zajemčeno i u krivičnom i u građanskom postupku kada to „nalaže interesi pravde”. Kod uskraćivanja pristupa pravnom zastupniku u krivičnim stvarima primjenjuje se znatno stroži test (vidi *Ibrahim i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁶⁴). Uskraćivanje pristupa advokatu koga bi izabrao sam optuženi takođe može predstavljati povredu prava na pravično suđenje onda kada se takvo ograničenje izriče bez „relevantnih i dovoljnih razloga” i kada utiče na opštu pravičnost postupka (*Dvorski protiv Hrvatske*⁶⁵).

U vezi sa sudskom praksom po članu 6 valjalo bi izreći jedno upozorenje. S obzirom da – po definiciji – nijedna predstavka ne može biti prihvatljiva u Strazburu ako prethodno nisu iscrpeni svi domaći pravni lekovi, gotovo svi slučajevi u kojima se navodi da je prekršen član 6 moraće da prođu najviše domaće sudove pre nego što stignu u Strazbur. ESLJP često zaključuje da nije bilo povrede člana 6 zato što smatra da je postupak, „sagledan u celini”, bio pravičan i da je viši sud bio u prilici da ispravi greške nižih sudova. Stoga sudije koje sude u nižim sudovima mogu – pogrešno – biti ubedene da zbog toga što strazburški organi nisu ustanovili da određena procesna manjkavost predstavlja povredu Konvencije, ta manjkavost odgovara standardima Konvencije.

Član 2 Protokola br. 7 (pravo na žalbu u krivičnim stvarima) – Zajemčeno je pravo da osudu ili kaznu „preispita” viši sud. Taj član ne jemči pravo na žalbu po meritumu presude i države imaju široko unutrašnje polje slobodne procene da odrede kako će se to ostvarivati – međutim, svako ograničenje mora težiti legitimnom cilju i ne sme zadirati u samu suštinu tog prava. Prema tome, preispitivanje (presude) može se odnositi i na materijalni i na formalni aspekt ili može biti svedeno isključivo na formalni aspekt (*Krombah protiv Francuske*⁶⁶). Izraz „sud“ ima isto autonomno značenje koje ima i u članu 6 stav 1 (vidi dole, odeljak VI.i.).

Član 4 Protokola br. 7 (pravo da se ne bude suđen ili kažnjen dvaput u istoj stvari) – Taj član sadrži tri jasno razgraničena jemstva: niko ne može biti (i) podložan ponovnom suđenju, (ii) ne može mu se ponovo suditi niti (iii) se može ponovo kazniti u krivičnom postupku za isto delo, bez obzira na to da li je u prethodnom postupku bio osuđen ili oslobođen. To se odnosi na sve presude koje su pravnosnažne, tj. na one koje imaju snagu *res judicata*.

što Ustavni sud nije uspeo da postigne većinu u glasanju ni o jednom predlogu koji je imao pred sobom ograničilo je suštinu prava podnosioca predstavke po osnovu člana 6 stav 1.

64 *Ibrahim and Others v. the United Kingdom*, [Veliko veće] presuda od 13. septembra 2016, br. 50541/08 itd., stavovi 255–265, gde je ESLJP razjasnio načela koja su primenljiva na test u dve faze procene, prethodno utvrđene u *Salduz v. Turkey*, [Veliko veće] presuda od 27. novembra 2008, br. 36391/02.

65 *Dvorski v. Croatia*, [Veliko veće] presuda od 20. oktobra 2015, br. 25703/11, stavovi 79–80.

66 *Krombach v. France*, presuda od 13. februara 2001, br. 29731/96, stav 96.

Da bi se utvrdilo da li se postupak o kome je reč može smatrati „krivičnim” u kontekstu tog člana, ESLJP primenjuje *tri kriterijuma iz slučaja Engel*, koji su ranije razrađeni za potrebe člana 6 (vidi dole u delu VI.i. pod pojmom „krivični”). Šta predstavlja različito „delo” nije nešto što se utvrđuje na osnovu pravne karakterizacije dela o kojima je reč; to bi bilo isto delo u meri u kojoj proističe iz identičnih činjenica ili činjenica koje su suštinski iste (vidi *Sergej Zolotuhin protiv Rusije*,⁶⁷ gde je ESLJP uskladio svoje ranije pristupe prvenstveno u pogledu toga što predstavlja *idem* u načelu *ne bis in idem* koje je utvrđeno u ovom članu⁶⁸). U slučaju *A. i B. protiv Norveške*,⁶⁹ ESLJP je razmotrio svoju prethodnu sudsку praksu prvenstveno u pogledu pitanja što predstavlja *bis* u gornjem načelu, tj. u pogledu pitanja da li su postupci duplirani. Zaključio je da član 4 Protokola br. 7 ne sprečava vođenje paralelnih postupaka kojima je cilj bavljenje različitim aspektima socijalnog problema o kome je reč (na primer, uvođenje kroz upravni postupak poreskih kazni i krivično gonjenje za malverzacije zbog utaje poreza, o čemu se u tom konkretnom slučaju radilo). Tužena država, međutim, mora dokazati da su dvojni postupci o kojima je reč bili „dovoljno blisko povezani suštinski i vremenski”, te da su bili kombinovani na predvidljiv i srazmeran način, tako da čine koherentnu celinu.⁷⁰

Stav 2 tog člana omogućava da se postupak ponovo otvorи saglasno unutrašnjem pravu ako se pojave novi dokazi ili ako se otkrije da je u ranijem postupku došlo do bitne povrede. U slučaju *Marguš protiv Hrvatske*,⁷¹ ESLJP je stao na stanovište da je davanje amnestije vojniku za dela koja su predstavljala teško kršenje osnovnih ljudskih prava predstavljalo „bitnu povredu” u prethodnom postupku, pa se stoga u konkretnim okolnostima datog slučaja nije mogao primeniti član 4 Protokola br. 7.

4. Prava sa inherentnim ograničenjima

Prava sa inherentnim ograničenjima su prava koja ne sadrže konkretnu odredbu kojom se dopuštaju mešanja, onakvu kakva postoji u suštinski kvalifikovanim pravima, već ESLJP prihvata da postoji prostor za ograničenja koja se podrazumevaju u tekstu. To su sledeća prava: pravo na sklapanje braka (**član 12**), pravo na neometano uživanje svoje imovine (**član 1 Protokola br. 1**), pravo na obrazovanje (**član 2 Protokola br. 1**) i pravo na slobodne izbore (**član 3 Protokola br. 1**).

⁶⁷ *Sergey Zolotukhin v. Russia*, [Veliko veće] presuda od 10. februara 2009, br. 14939/03.

⁶⁸ *Id.*, stavovi 78–84.

⁶⁹ *A. and B. v. Norway*, [Veliko veće] presuda od 15. novembra 2016, br. 24130/11 i 29758/11.

⁷⁰ *Id.*, stavovi 130–134, gde ESLJP objašnjava činioce na osnovu kojih se utvrđuje da li su postupci dovoljno blisko povezani.

⁷¹ *Marguš v. Croatia*, [Veliko veće] presuda od 27. maja 2014, br. 4455/10, stavovi 124–141.

Član 12 (pravo na sklapanje braka) – Formulacija je takva da sugerira kako je prihvatljivo svako mešanje ako je propisano unutrašnjim zakonima, ali su organi Konvencije stali na stanovište da to ne sme „naneti štetu samoj suštini tog prava“. Obim prava na sklapanje braka razmatra se dalje u tekstu u odeljku koji se odnosi na autonomne pojmove (odeljak VI).

Član 1 Protokola br. 1 (neometano uživanje svoje imovine⁷²) – Taj član sadrži tri jasno razgraničena, ali međusobno povezana pravila (vidi, između ostalog, *Sporrong i Lonrot protiv Švedske*⁷³; *Ališić i drugi protiv Bosne i Hercegovine, Hrvatske, Srbije, Slovenije i Makedonije*⁷⁴): opšte načelo neometanog uživanja svoje imovine i dva pravila koja se odnose na posebne slučajevе mešanja u pravo na neometano uživanje imovine (lišenje imovine i regulisanje korišćenja imovine). Struktura tog člana i uzajamna veza između ta tri pravila poslužili su kao osnov za stav koji je ESLJP zauzeo kada je razmatrao neku predstavku po bilo kom od pravila sadržanih u tom članu (vidi, na primer, *Sveti manastiri protiv Grčke*⁷⁵; *Broniowski protiv Poljske*⁷⁶; *Šasanju i drugi protiv Francuske*⁷⁷). Prema tome, bilo koja vrsta mešanja u neometano uživanje imovine mora ispuniti sledeća načela: (i) načelo zakonitosti – mešanje mora biti predviđeno „zakonom“ u smislu Konvencije; (ii) mešanje mora težiti legitimnom cilju „u javnom interesu“ ili „u opštem interesu“. Nacionalne vlasti uživaju široko unutrašnje polje slobodne procene budući da one imaju neposredno znanje o svom društvu i njegovim potrebama kada primenjuju socijalnu i ekonomsku politiku. Zato je ispitivanje koje sprovodi ESLJP ograničeno na to da razmotri da li je sud nacionalnih vlasti o tome šta je „u javnom interesu“ bio očigledno neosnovan. (iii) Mora biti uspostavljena pravična ravnoteža između zahteva da se zadovolji opšti interes zajednice i zahteva da se zaštite prava pojedinca da neometano uživa u svojoj imovini.

Član 2 Protokola br. 1 (pravo na obrazovanje) – Taj član jemči pravo na pristup obrazovnim ustanovama koje postoje u datom trenutku. On državama nameće obavezu da obezbede delotvoran pristup takvim ustanovama, što, između ostalog, znači da pojedinac koji je korisnik treba da ima mogućnost da izvuče korist iz stечenog obrazovanja (slučaj *Belgijska lingvistika*⁷⁸). Sagledano u vezi sa članom 14, tu

72 Vidi, dole, u odeljku VI.i. više o pojmu „imovine“.

73 *Sporrong and Lonnroth v. Sweden*, presuda od 23. septembra 1982, br. 7151/75 i 7152/75, stav 61.

74 *Ališić and Others v. Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, [Veliko veće] presuda od 16. jula 2014, br. 60642/08, stav 98.

75 *The Holy Monasteries v. Greece*, presuda od 9. decembra 1994, br. 13092/87 i 13984/88, stav 56.

76 *Broniowski v. Poland*, [Veliko veće] presuda od 22. juna 2004, br. 31443/96, stav 134.

77 *Chassagnou and Others v. France*, [Veliko veće] presuda od 29. aprila 1999, br. 25088/94, 28331/95 i 28443/95, stav 75.

78 *Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium*, „Belgian linguistic

mogu postojati izvesne pozitivne obaveze države (na primer, u slučaju *Oršuš i drugi protiv Hrvatske*,⁷⁹ ESLJP je primetio da je veliki procenat romskih đaka koji napuštaju školu u određenoj županiji u Hrvatskoj takav da nalaže primenu pozitivnih mera). Svi nivoi obrazovanja su obuhvaćeni, ali postoje šire unutrašnje polje slobodne procene koje se priznaje kako se krećemo od osnovnog ka višim nivoima obrazovanja (*Ponomarjovi protiv Bugarske*⁸⁰).

Član 3 Protokola br. 1 (pravo na slobodne izbore) – Kada utvrđuje uskladjenost mešanja države s tim pravom, Sud se uglavnom usredsređuje na dva kriterijuma: da li je bilo proizvoljnosti ili da li je nedostajalo srazmernosti, kao i da li je ograničenje predstavljalo mešanje u slobodno izražavanje mišljenja ljudi. Taj član sadrži aktivni aspekt (pravo glasa) i pasivni aspekt (pravo da se bude biran). ESLJP primenjuje stroži pristup kada ispituje ograničenja u pogledu prava glasa nego ograničenja u pogledu kandidovanja na izborima, gde, kako se čini, države uživaju šire unutrašnje polje slobodne procene (*Zdanoka protiv Letonije*⁸¹).

II. Zabrana diskriminacije

U osnovnom tekstu EKLJP ne postoji zasebna zabrana diskriminacije. **Član 14** (zabrana diskriminacije) ne utvrđuje opštu zabranu, već samo zabranu diskriminacije u odnosu na uživanje prava i sloboda predviđenih u Konvenciji. ESLJP je u suštini saopšto da je to kao da član 14 predstavlja integralni deo svakog pojedinačnog člana kojim se utvrđuju prava i slobode (slučaj *Belgijska lingvistika*⁸²). Međutim, član 14 može biti povređen čak i ako nije povređeno supstancijalno pravo sve do tle dok predmet spora spada u polje dejstva tog supstancijalnog prava (vidi, na primer, *Kafkaris protiv Kipra*,⁸³ *Tlimenos protiv Grčke*,⁸⁴ *Sejdic i Finci protiv Bosne i Hercegovine*,⁸⁵ i *Berden protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁸⁶).

case”, presuda od 23. jula 1968, br. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 i 2126/64.

79 *Oršuš and Others v. Croatia*, [Veliko veće] presuda od 16. marta 2010, br. 15766/03, stav 177.

80 *Ponomaryovi v. Bulgaria*, presuda od 21. juna 2011, br. 5335/05, stav 56.

81 *Zdanoka v. Latvia*, [Veliko veće] presuda od 16. marta 2006, br. 58278/00, stav 115.

82 *Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium, „Belgian linguistic case”*, presuda od 23. jula 1968, br. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 i 2126/64.

83 *Kafkaris v. Cyprus*, [Veliko veće] presuda od 12. februara 2008, br. 21906/04, stav 159.

84 *Thlimmenos v. Greece*, [Veliko veće] presuda od 6. aprila 2000, br. 34369/97, stav 40.

85 *Sejdic and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, [Veliko veće] presuda od 22. decembra 2009, br. 27996/06 i 34836/06, stav 39.

86 *Burden v. the United Kingdom*, [Veliko veće] presuda od 29. aprila 2008, br. 13378/05, stav 58.

Član 1 Protokola br. 12 utvrđuje širu zabranu diskriminacije u odnosu na bilo koje pravo „koje predviđa zakon”. On je stupio na snagu u aprilu 2005. godine.⁸⁷ Međutim, Protokol br. 12 još uvek ne zabranjuje sve oblike diskriminacije, već samo u odnosu na prava „koja [nacionalni] zakon predviđa”.

ESLJP sledi istu definiciju diskriminacije za oba navedena člana: diskriminacija znači da se prema licima u sličnim situacijama bez objektivnog i osnovanog opravdanja postupa različito. „Bez objektivnog i osnovanog opravdanja” znači da razlika u postupanju ne teži legitimnom cilju ili da nije srazmerna.

Kada utvrđuje da li je bio prekršen član 14, ESLJP postavlja sledeća pitanja:

1. Postoji li razlika u postupanju? (slično se mora porediti sa sličnim)
2. Da li je ta razlika zasnovana na utvrđenim karakteristikama? (pol, rasa, boja kože, jezik, veroispovest, političko i drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno poreklo, povezanost s nacionalnom manjinom, imovina, rođenje ili drugi status)
3. Da li ta razlika ima legitimni cilj? (ne predstavlja svaka razlika u postupanju diskriminaciju)
4. Da li je razlika u postupanju srazmerna?

ESLJP nije ustanovio samo da prema sličnim treba postupati na sličan način već i da se diskriminacija događa u situacijama u kojima se prema ljudima prema kojima bi trebalo postupati različito postupa na isti način bez objektivnog i osnovanog opravdanja (npr. *Tlimenos protiv Grčke*⁸⁸).

ESLJP je takođe stao na stanovište da diskriminacija koja je protivna Konvenciji može nastupiti ne samo kao posledica zakonske mere već i kao posledica *de facto* situacije koja je rezultat uvrežene prakse (npr. *Zarb Adami protiv Malte*⁸⁹).

Neko lice može biti žrtva diskriminacije na osnovu zaštićenog statusa ili karakteristika drugih lica (vidi, na primer, *Škorjanec protiv Hrvatske*,⁹⁰ gde se podnositeljka predstavke našla na meti napada kao partnerka muškarca romskog porekla, i *Guberina protiv Hrvatske*,⁹¹ slučaj u kome su poreski organi manje povoljno postupali prema podnosiocu predstavke po osnovu invaliditeta njegovog deteta).

87 U Crnoj Gori, Protokol br. 12 stupio je na snagu 6. juna 2006.

88 *Thlimmenos v. Greece*, [Veliko veće] presuda od 6. aprila 2000, br. 34369/97, stav 44.

89 *Zarb Adami v. Malta*, presuda od 20. juna 2006, br. 17209/02, stav 76.

90 *Škorjanec v. Croatia*, presuda od 28. marta 2017, br. 25536/14, stavovi 55–56.

91 *Guberina v. Croatia*, presuda od 22. marta 2016, br. 23682/13, stavovi 76–79.

III. Uspostavljanje ravnoteže između prava

Saglasno članu 1, države imaju **pozitivnu obavezu** da pruže delotvornu zaštitu pravu na život svakog pojedinca, njegovoj fizičkoj bezbednosti i njegovom pravu da neometano uživa svoju imovinu, kao i da preduzmu sve korake za koje se od njih razumno može očekivati da ih preduzmu kako bi sprečile štetu za koju su znale ili za koju je trebalo da znaju. Ako je šteta naneta, države su dužne da to delotvorno istraže, da preduzmu propisno gonjenje i da održe pravično suđenje na kome je moguće izreći osuđujuću presudu ako se ustanovi da je optuženo lice krivo.

Ta obaveza nalaže ravnotežu koja se mora postići između prava žrtava i prava optuženog u sklopu dobrog sprovodenja pravde, posebno krivične pravde, koja je uređena **članovima 5 i 6**.

U mnogim situacijama potrebna ravnoteža će se uspostavljati između prava koja po Konvenciji uživaju dve ili više žrtava povrede ljudskih prava, što se često događa u oblasti porodičnog prava i u sporovima između stanodavaca i zakupaca stanova. Saglasno članovima 8–11, može se dogoditi da treba uspostaviti ravnotežu između određenog prava po Konvenciji, na primer prava na privatnost ili na očuvanje ugleda jednog lica prema članu 8 i prava nekog drugog lica na slobodu izražavanja prema članu 10 Konvencije (npr. *Fon Hanover protiv Nemačke [br. 2]⁹²* i *Aksel Springer AG protiv Nemačke⁹³*). Ponekad se radi o tome da treba uspostaviti ravnotežu između interesa zajednice u celini i prava pojedinca – klasičan primer za to predstavljaju rešenja o obaveznom otkupu (eksproprijaciji) zemljišta.

Tamo gde su domaći sudovi sproveli postupak uravnotežavanja između dvaju prava u skladu s kriterijumima utvrđenim u sudskej praksi ESLJP-a, sam ESLJP će zahtevati jake razloge da bi poništio rezultat njihovog uravnotežavanja (npr. *Medžlis Islamske Zajednice Brčko i drugi protiv Bosne i Hercegovine⁹⁴*).

Članovi 17 i 18 u tom kontekstu utvrđuju neka opšta načela.

⁹² Vidi *Von Hannover v. Germany (br. 2)*, [Veliko veće] presuda od 7. februara 2012, br. 40660/08 i 60641/08.

⁹³ *Axel Springer AG v. Germany*, [Veliko veće] presuda od 7. februara 2012, br. 39954/08.

⁹⁴ *Medžlis Islamske Zajednice Brčko and Others v. Bosnia and Herzegovina* [Veliko veće] presuda od 27. juna 2017, br. 17224/11, stav 121, uz pozivanje na presudu u predmetu *Von Hannover v. Germany (br. 2)*, [Veliko veće] presuda od 7. februara 2012, br. 40660/08 i 60641/08.

Član 17 je primenljiv samo na izuzetnoj osnovi i u ekstremnim slučajevima (*Paksas protiv Litvanije*,⁹⁵ *Perinček protiv Švajcarske*⁹⁶). Opšta svrha tog člana, u meri u kojoj se odnosi na grupe ili na pojedince, jeste sprečavanje onih koji imaju totalitarne ciljeve da iskoriste odredbe Konvencije kako bi se angažovali u bilo kakvoj aktivnosti ili sproveli bilo kakav čin radi poništavanja bilo kog prava i sloboda utvrđenih u Konvenciji (vidi *Loles protiv Irske [br. 3]*⁹⁷). Usled toga je član 17 primenljiv samo na prava koja omogućuju nekom licu da se angažuje u takvim aktivnostima, kao što su članovi 9, 10 i 11. Taj član, iz navedenih razloga, ne može biti osnov da lice bude lišeno ostalih osnovnih prava, kao što su, na primer, ona prava koja su zajemčena članovima 5 i 6 (*Loles protiv Irske [br. 3]*⁹⁸).

Karakteristični primeri slučajeva koji su razmatrani po osnovu člana 17 obuhvataju postupke po predstavkama koje su se odnosile na prava komunističkih partija (*Komunistička partija Nemačke protiv Savezne Republike Nemačke; Jedinstvena komunistička partija Turske i drugi protiv Turske*⁹⁹) i na potencijalna ograničenja slobode izražavanja u slučajevima koji su se ticali iskaza u kojima se poriče Holokaust, opravdava pronacišćka politika, iznose tvrdnje o tome da je jevrejska manjina progonaila Poljake i da je među njima postojala neravnopravnost, ili iskaze u kojima se svi muslimani povezuju s teškim aktima terorizma (*Pavel Ivanov protiv Rusije*,¹⁰⁰ uz pozivanje na takve slučajeve).

Član 18 nema autonomnu ulogu i može se primeniti samo u vezi s drugim članovima Konvencije. Međutim, član 18 može biti prekršen čak i onda kada nije prekršen član u vezi s kojim se on primenjuje. Jedno od ključnih pitanja u vezi s primenom ovog člana odnosi se na teškoće u dokazivanju neprihvatljivog cilja koji leži u osnovi postupaka vlasti. ESLJP je obično započinjao svoju procenu tako što bi polazio od opšte prepostavke da su nacionalne vlasti država postupale u dobroj veri, a od podnosioca predstavke se očekivalo da uverljivo ospori tu prepostavku. Usled toga nije bilo mnogo slučajeva u kojima je ustanovaljena povreda tog člana (npr. *Gusinski protiv Rusije*,¹⁰¹ *Lucenko protiv Ukrajine*,¹⁰² *Timošenko protiv Ukrajine*¹⁰³). Međutim,

95 *Paksas v. Lithuania*, [Veliko veće] presuda od 6. novembra 2011, br. 34932/04, stavovi 87–88.

96 *Perinček v. Switzerland*, [Veliko veće] presuda od 15. oktobra 2015, br. 27510/08, stav 114.

97 *Lawless v. Ireland (br. 3)*, presuda od 1. jula 1961, br. 332/57, str. 18, stav 7.

98 *Ibid.*

99 *German Communist Party v. the Federal Republic of Germany*, odluka od 20. jula 1957, br. 250/57; *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, [Veliko veće] presuda od 30. januara 1998, br. 19392/92.

100 *Pavel Ivanov v. Russia*, odluka od 20. februara 2007, br. 35222/04, str. 4.

101 *Gusinskiy v. Russia*, presuda od 19. maja 2004, br. 70276/01, stavovi 73–78.

102 *Lutsenko v. Ukraine*, presuda od 3. jula 2012, br. 6492/11, stavovi 104–110.

103 *Tymoshenko v. Ukraine*, presuda od 30. aprila 2013, br. 49872/11, stavovi 294–301.

ESLJP je nedavno ponovo razmotrio svoju sudsку praksu u slučaju *Merabišvili protiv Gruzije*,¹⁰⁴ razjasnivši da nema razloga da se ograniči na neposredno dokazivanje u vezi s pritužbama podnetim po osnovu člana 18 ili da primenjuje specijalni standard dokazivanja na takve navode.¹⁰⁵ Po pravilu, teret dokazivanja ne snosi jedna ili druga stranka i taj pristup važi i za predstavke podnete po osnovu člana 18.¹⁰⁶

IV. Srazmernost

U Konvenciji postoji nekoliko „nevidljivih” odredaba – to su pojmovi i prava koji se nigde u načinu na koji je tekst formulisan ne mogu naći izričito, ali koji su tokom godina postali integralni deo prava po Konvenciji. Najznačajnija među njima jeste **srazmernost** i ona je u težištu svakog opravdanja za mešanje u prava po Konvenciji.

Postoji izvestan broj ključno važnih testova koji se mogu primeniti na svako pitanje po Konvenciji:

1. Da li su za bilo kakvo mešanje u neko pravo po Konvenciji izneti „relevantni i dovoljni razlozi”? Da li je to „neophodno u demokratskom društvu”? Da li za to mešanje postoji „hitna društvena potreba”?
2. Postoji li neki alternativni postupak koji bi predstavljaо manje mešanje da je bio primjenjen? Da li je takav postupak razmotren? Da li su navedeni relevantni i dovoljni razlozi za njegovo odbacivanje?
3. Da li su postojali i da li su poštovani procesni mehanizmi zaštite kako bi se izbegla mogućnost zloupotrebe?
4. Da li je mešanje funkcionalo tako da je njime „naneta šteta samoj suštini prava”?

V. Odnosi Konvencije s nacionalnim i međunarodnim pravom

i. Supsidijarnost

U preambuli Konvencije biće izričito pomenuto načelo supsidijarnosti onda kada Protokol br. 15 stupa na snagu.¹⁰⁷ Ipak, načelo supsidijarnosti se odavno smatra načelom koje je duboko ukorenjeno u Konvenciju i ESLJP se na njega poziva još od početaka svoje sudske prakse (prvi put se to načelo pominje u predmetu *Belgijska*

¹⁰⁴ *Merabishvili v. Georgia*, [Veliko veče] presuda od 28. novembra 2017, br. 72508/13.

¹⁰⁵ *Id.*, stav 316.

¹⁰⁶ *Id.*, stavovi 310–311.

¹⁰⁷ Protokol br. 15 usvojen je 24. juna 2013; on će stupiti na snagu onda kada ga ratifikuju sve države članice.

*lingvistika*¹⁰⁸). Načelom supsidijarnosti utvrđena je zajednička odgovornost država i Evropskog suda za delotvornu primenu Konvencije.¹⁰⁹ Saglasno tome, priroda tog načela ima dve strane. S jedne strane, države su odgovorne za to da obezbede prava i slobode zajemčene Konvencijom i za to da, onda kada je to potrebno, pruže delotvorne pravne lekove. Tu obavezu snose sve nacionalne vlasti, uključujući i domaće sudove. S druge strane, ESLJP ne može preuzeti ulogu nadležnih sudskih vlasti i stoga mora priznati unutrašnje polje slobodne procene koje će državama omogućiti da izaberu primerene mere. Obaveza je ESLJP-a da nadzire usklađenost tih mera sa zahtevima Konvencije. Kada je pre svega reč o odlukama domaćih sudova, ESLJP je u više navrata isticao da on nije sud četvrte instance i ne može zauzeti mesto nacionalnih sudova, koji su primarno odgovorni za to da procene činjenice i okolnosti svakog predmeta i merodavno pravo. ESLJP može sam pristupiti takvoj proceni samo onda kada se od njega traži da osigura da odluke o kojima je reč nisu, same po sebi, kršenje Konvencije.

ii. Unutrašnje polje slobodne procene

Doktrina „unutrašnjeg polja slobodne procene“ jeste konstrukt međunarodnog prava. Njome se definiše odnos između nadnacionalnog suda – Evropskog suda za ljudska prava – i nacionalnih, domaćih sudova. Saglasno Konvenciji, države mogu slobodno da se opredеле za sredstva koja same odaberu radi zaštite prava po Konvenciji, što podleže konačnom nadzoru organa Konvencije. Konvencija ne traži da u svih 47 zemalja članica Saveta Evrope, koje imaju veoma različite društvene, kulturne, ekonomske i pravne sisteme, budu jednoobrazno primenjeni istovetni standardi. U tom smislu, pravo po Konvenciji se veoma razlikuje od prava Evropske unije, koje zahteva veoma visok stepen jednoobraznosti. Dokle god države članice „obezbeđuju“ zaštitu prava, kako to nalaže član 1 Konvencije, one uživaju unutrašnje polje slobodne procene da odluče kako će to činiti. Da li će to unutrašnje polje slobodne procene biti usko ili široko zavisće od prava o kome je reč i od okolnosti datog slučaja. Kao i načelo supsidijarnosti, i doktrina „unutrašnjeg polja slobodne procene“ je „nevidiljiva“, ali će biti uvedena u preambulu Konvencije onog trenutka kada Protokol br. 15 stupi na snagu.¹¹⁰

iii. Član 53 (Obezbeđenje postojećih ljudskih prava)

Član 53 je još jedan izraz načela supsidijarnosti u tom smislu što se njime priznaje da države mogu obezrediti i dodatnu zaštitu za ljudska prava, s tim što Konvencija predstavlja apsolutni minimum. Dodatna zaštita može biti pružena kroz

108 Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium, „Belgian linguistic case“, presuda od 23. jula 1968, br. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 i 2126/64.

109 Vidi Deklaraciju iz Brajtona iz 2012. godine.

110 Vidi gore, napomena 107.

unutrašnje pravo ili kroz međunarodne sporazume kojima država može biti visoka strana ugovornica, posebno one koji su u većoj meri tematski. Kao primer za takve sporazume mogu poslužiti sledeći: Konvencija o pravima deteta; Konvencija Saveta Evrope o borbi protiv trgovine ljudima; Konvencija o izbeglicama iz 1951. godine; Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom; pravo EU; kao i instrumenti UN-a u oblasti zaštite ljudskih prava. ESLJP se i sam poziva na te međunarodne instrumente kada tumači Konvenciju.

VI. Autonomni pojmovi

Evropska komisija i Evropski sud za ljudska prava usvojili su određeno „značenje po Konvenciji” za izvestan broj izraza – to je značenje koje se često razlikuje od onog značenja koje postoji i u unutrašnjem pravu i u laičkom govoru. Taj pristup je opravдан potrebom da se osigura izvestan stepen jednoobraznosti u postupanju prema ugovornim stranama, kao i da se obezbedi da države ne koriste sopstvene definicije ne bi li izbegle da sprovedu prava i slobode zajemčene Konvencijom. Još od prvih svojih presuda u vezi s pitanjem autonomnog značenja određenih izraza (*Engel protiv Holandije*¹¹¹ i *Kenig protiv Nemačke*¹¹²), ESLJP je u mnogobrojnim prilikama naglašavao da definicije prema unutrašnjem pravu služe samo kao polazište. Stoga je, kada se primenjuju odredbe Konvencije i sudska praksa po njoj, važno da budemo upoznati sa svim tim autonomnim pojmovima i njihovim definicijama.

i. Definicija pojmove koji se koriste u tekstu Konvencije¹¹³

Mučenje (član 3)

Mučenje podrazumeva patnju naročitog intenziteta i surovosti, pridavanje „specijalne stigme namerno nečovečnom postupanju koje uzrokuje veoma tešku i surovu patnju” (*Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹¹⁴). Patnja može biti fizička ili mentalna pod uslovom da je u dovoljnoj meri teška (*Grčki međudržavni predmet*¹¹⁵).

¹¹¹ *Engel v. the Netherlands*, presuda od 8. juna 1976, br. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 i 5370/72, stav 81.

¹¹² *König v. Germany*, presuda od 28. juna 1978, br. 6232/73, stavovi 88–90.

¹¹³ Napominjemo da se član u zagradi odnosi na član u svetu koga je pojamo kome je reč ESLJP ponajviše razmatrao. Prema tome, postoji referenca na određeni član i kada se radi o pojmovima koji nisu uvršteni u tekst pomenutog člana (npr. „državna služba“ ili „moralni i fizički integritet“).

¹¹⁴ *Ireland v. the United Kingdom*, presuda od 18. januara 1978, br. 5310/71, stav 167.

¹¹⁵ *The Greek Case – Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece*, izveštaj Komisije od 5. novembra 1969, br. 3321/67, 3322/67, 3323/67 i 3344/67.

Nečovečno postupanje (član 3)

Nečovečno postupanje obuhvata u najmanju ruku takvo postupanje kojim se namerno izaziva teška mentalna i fizička patnja (vidi *Grčki međudržavni predmet*¹¹⁶). Zlostavljanje „mora dosegnuti minimalni nivo težine” da bi predstavljalo nečovečno postupanje (*Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹¹⁷). Za razliku od mučenja, ovde nije neophodno dokazati nameru da se izazove patnja, niti postoji zahtev da ta patnja ima određenu svrhu. Dalja razlika između mučenja i nečovečnog postupanja ogleda se u stepenu patnje. ESLJP je 1999. godine usvojio niži prag u tom smislu što je utvrdio da određeni postupci koji su u prošlosti bili, za razliku od „mučenja”, kvalifikovani kao „nečovečno i ponižavajuće postupanje”, sada mogu da se klasifikuju kao „mučenje” (*Selmuni protiv Francuske*¹¹⁸).

Ponižavajuće postupanje (član 3)

Ponižavajuće postupanje je postupanje ili kažnjavanje koje drastično ponižava lice pred samim sobom ili pred drugima ili koje ga primorava da postupa protivno svojoj volji ili svojoj savesti. „Ponižavajuće” ima uobičajeno leksičko značenje.

Ropstvo (član 4)

ESLJP je usvojio klasičnu definiciju ropstva sadržanu u Konvenciji o ropstvu iz 1926. godine, gde pojam ropstva podrazumeva vršenje prava stvarne sopstvenosti i svodenje pojedinca na status „objekta” (*Siliadin protiv Francuske*¹¹⁹).

Ropski položaj (član 4)

Ropski položaj je „posebno težak oblik uskraćivanja slobode” (*Fan Drogenbruk protiv Belgije*¹²⁰). U smislu Konvencije, prinudni rad je definisan kao „obaveza pojedinca da pruža usluge koje su mu nametnute pomoću prinude” (*Siliadin protiv Francuske*¹²¹). Taj pojam treba povezati s pojmom ropstva, a oba pojma se razmatraju kao pitanje statusa. Ropski položaj je takođe u vezi s prinudnim ili obaveznim radom (vidi dole) i ESLJP ga smatra „otežanim” prinudnim ili obaveznim radom; karakteristična razlika (*differentia specifica*) među njima jeste osećanje žrtve da je njeno stanje trajno

116 *Ibid.*

117 *Ireland v. the United Kingdom*, presuda od 18. januara 1978, br. 5310/71, stav 162.

118 *Selmouni v. France*, [Veliko veće] presuda od 28. jula 1999, br. 25803/94, stav 101.

119 *Siliadin v. France*, presuda od 26. jula 2005, br. 73316/01, stav 122.

120 *Van Droogenbroeck v. Belgium*, presuda od 24. juna 1982, br. 7906/77, stav 58.

121 *Siliadin v. France*, presuda od 26. jula 2005, br. 73316/01, stav 124.

i da nema izgleda da se ono promeni. Dovoljno je da se to osećanje temelji na objektivnim kriterijumima (npr. na obavezi „lica u ropskom položaju” da živi na imanju drugog lica i na nemogućnosti da izmeni svoje stanje) ili da su ga izazvali i održavaju oni koji snose odgovornost za tu situaciju (*C. N. i V. protiv Francuske*¹²²).

Prinudni ili obavezni rad (član 4)

Izraz „rad” nije ograničen na sferu fizičkog rada – ta reč ima šire značenje i odnosi se na svaki rad ili službu (*Fan der Misele protiv Belgije*¹²³). ESLJP je kao polazište upotrebio definiciju sadržanu u Konvenciji Međunarodne organizacije rada (MOR) br. 29¹²⁴ i prihvatio je da – kako bi se radilo o „prinudnom ili obaveznom radu” – mora postojati neko fizičko ili mentalno sputavanje i iznuda, na šta ukazuje pridev „prinudni”, kao i neko lomljenje volje pojedinca, na šta ukazuje pridev „obavezni”. Prema tome, da bi se radilo o prinudnom radu, to mora biti **rad koji se obavlja pod pretnjom bilo kakve kazne** i protivno volji lica koje ga obavlja, tj. to mora biti **rad kome to lice nije pristupilo dobrovoljno** (*ibid.*).

Pojam „kazne” koji se nalazi u prvom kriterijumu koristi se u širokom smislu te reči: to može ići i do fizičkog nasilja ili sputavanja, ali može poprimiti i suptilnije oblike, psihološke prirode, kao što je pretnja da će se žrtva potkazati policiji ili imigracionim organima onda kada je zaposlena bez zakonite radne dozvole. Vidi, na primer, *C. N. i V. protiv Francuske*,¹²⁵ slučaj u kome je ESLJP ustanovio da je prva podnositeljka predstavke mogućnost da bude vraćena u zemlju porekla doživljavala kao „kaznu”, a pretnju da će biti vraćena kao „neposrednu opasnost” da će ta „kazna” biti izvršena.¹²⁶

U predmetu *Čaudari i drugi protiv Grčke*,¹²⁷ podnosioci predstavke, koji su bili u ranjivoj situaciji kao ilegalni migranti bez sredstava za život i u opasnosti da budu uhapšeni, pritvoreni i deportovani, nastavili su da rade zato što su strahovali da će izgubiti svoje zaostale – ionako veoma niske – nadnice, bez kojih niti bi mogli da žive na bilo kom drugom mestu u Grčkoj, niti bi mogli da napuste tu zemlju.¹²⁸ Vidi takođe predmet *Rancev protiv Kipra i Rusije*,¹²⁹ u kome je Sud smatrao da nema potrebe da utvrđuje da li je položaj lica koje je bilo žrtva trgovine ljudima predstavlja „ropstvo”,

122 *C. N. and V. v. France*, presuda od 11. oktobra 2012, br. 67724/09, stav 91.

123 *Van der Mussele v. Belgium*, presuda od 23. novembra 1983, br. 8919/80, stav 33.

124 Konvencija o prinudnom radu, 1930. (br. 29) – Datum stupanja na snagu: 1. maj 1932. godine.

125 *C. N. and V. v. France*, presuda od 11. oktobra 2012, br. 67724/09, stavovi 68–79.

126 *Id.*, stav 78.

127 *Chowdury and Others v. Greece*, presuda od 30. marta 2017, br. 21884/15.

128 *Id.*, stav 95.

129 *Rantsev v. Cyprus and Russia*, presuda od 7. januara 2010, br. 25965/04.

„ropski položaj” ili „prinudni i obavezni rad” i utvrdio je da „trgovina ljudima sama po sebi [...] spada u polje dejstva člana 4”¹³⁰

Kada je reč o pitanju o tome da li je lice dobrovoljno pristupilo radu o kome je reč, nije odlučujući prethodni pristanak tog lica; ESLJP će pre analizirati sve okolnosti datog slučaja u svetu ciljeva koji leže u osnovi člana 4 zato što oni proističu iz izuzetaka utvrđenih u stavu 3 i obuhvataju opšti interes, društvenu solidarnost i ono što je normalno, uobičajeno u redovnom poslovanju. U tom smislu, ESLJP je uzeo u obzir da li su pružene usluge nadilazile granice normalnih poslovnih aktivnosti lica o kome je reč; da li je to lice za te usluge dobilo finansijsku naknadu ili da li su te usluge obuhvatile neki drugi kompenzacioni činilac; da li se obaveza temelji na pojmu društvene solidarnosti (na primer, kada je reč o dužnosti zdravstvenog radnika da učestvuje u pružanju hitne pomoći); i da li je nametnuti teret nesrazmeran.

Lišenje slobode (član 5)

Da li su pojedinci *lišeni* slobode ili je njihovo kretanje samo *ograničeno* zavisi od ispitivanja konkretnе situacije, uz uzimanje u obzir čitavog spektra kriterijuma, kao što su vrsta, trajanje, posledice i način primene mere o kojoj je reč (*Gudzardi protiv Italije*,¹³¹ *Riera Blume protiv Španije*,¹³² *Konjarska protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,¹³³ *Ostin i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,¹³⁴ *Kreanga protiv Rumunije*¹³⁵). Ta distinkcija je važna zato što su lišenja slobode dopuštena samo prema iscrpnom spisku situacija i procesno su uređena članom 5. Ograničenja kretanja uređena su članom 2 Protokola br. 4. U presudi u predmetu *De Tomazo protiv Italije*¹³⁶ sveobuhvatno se analizira razlika između tih dvaju pojmove. U nekim slučajevima, kao što je pritvaranje po osnovu člana 5 stav 1 tačka f, ESLJP je izostavio zahtev za neophodnošću i srazmernošću (*Saadi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹³⁷) koji se i dalje traže kada je reč o ograničenjima po osnovu člana 2 Protokola br. 4.

130 *Id.*, stav 282.

131 *Guzzardi v. Italy*, presuda od 6. novembra 1980, br. 7367/76, stav 92.

132 *Riera Blume v. Spain*, presuda od 14. oktobra 1999, br. 37680/97, stav 28.

133 *Koniarska v. the United Kingdom*, odluka od 12. oktobra 2000, br. 33670/96.

134 *Austin and Others v. the United Kingdom*, [Veliko veće] presuda od 15. marta 2012, br. 39692/09, 40713/09 i 41008/09, stav 57.

135 *Creangă v. Romania*, [Veliko veće] presuda od 23. februara 2012, br. 29226/03, stav 91.

136 *De Tommaso v. Italy*, [Veliko veće] presuda od 23. februara 2017, br. 43395/09, stavovi 80–89.

137 *Saadi v. the United Kingdom*, [Veliko veće] presuda od 29. januara 2008, br. 13229/03, stav 72.

Bezbednost ličnosti (član 5)

Iako član 5 stav 1 jemči pravo na slobodu i „bezbednost ličnosti”, taj potonji aspekt, kako se pokazalo, ne postoji nezavisno. On se ne može koristiti da bi se nji-me označile ideje fizičkog integriteta koje, tamo gde je to primereno, padaju u polje dejstva člana 8 (pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života) i u ekstremnijim slučajevima člana 3 (zabrana mučenja). Izraz „bezbednost” odnosi se samo na zaštitu od proizvoljnosti u odnosu na lišenje slobode.

Krivični (član 6)

Protiv lica može biti podignuta „krivična optužba” ili može biti vođen postupak radi aktiviranja zaštite po osnovu člana 6 (pravo na pravično suđenje), čak i ako u unutrašnjem pravu nije reč ni o kakvom „krivičnom” postupku. Prilikom utvrđivanja postojanja „krivične” optužbe, ESLJP je u predmetu *Engel protiv Holandije*¹³⁸ utvrdio tri kriterijuma koje treba čitati u svetlu autonomije tog pojma po Konvenciji. Institucije sistema Konvencije imaju uvid u (i) klasifikaciju dela prema domaćem pravu, (ii) prirodu dela i (iii) težinu zaprećene kazne. Jasno je da domaća klasifikacija nije determinantna ako kaže da određena optužba nije krivična po svojoj prirodi (vidi *Osturk protiv Nemačke*¹³⁹), ali jeste determinantna kada kaže da ta optužba jeste krivična. **Konvencija NE zahteva da je u svakom predmetu koji ona smatra krivičnim pokrenut zvanični krivični postupak. Ona, međutim, zahteva da su na delu procesni mehanizmi zaštite prema članu 6.** Praktičari treba da budu posebno svesni toga kada se preduzimaju koraci ili izdaju nalozi koji se temelje na ponašanju koje je bilo (ili je moglo da bude) predmet krivičnog postupka u domaćem pravu i gde stoga, u smislu Konvencije, može biti reči o krivičnoj optužbi.

Optužba (član 6)

„Optužba” je „zvanično obaveštenje koje nadležni organ šalje pojedincu o navodima da je taj pojedinac počinio krivično delo” ili neki drugi akt koji sadrži „implikaciju takvog navoda i koji na sličan način suštinski utiče na položaj osumnjičenog” (*Koriljano protiv Italije*¹⁴⁰ ili *R. L. protiv Holandije*¹⁴¹). U predmetu *Dever protiv Belgije*,¹⁴² ESLJP je ustanovio da je krivična optužba izneta onda kada je trgovčivo poslovanje bilo zatvoreno tokom istrage, iako nikada nije pokrenut nikakav krivični

138 *Engel v. the Netherlands*, presuda od 8. juna 1976, br. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 i 5370/72, stav 82.

139 *Öztürk v. Germany*, presuda od 21. februara 1984, br. 8544/79, stavovi 49-50.

140 *Corigliano v. Italy*, presuda od 10. decembra 1982, br. 8304/78, stav 34.

141 *R. L. v. the Netherlands*, odluka od 18. maja 1995, br. 22942/93, str. 4-5.

142 *Deweerd v. Belgium*, presuda od 27. februara 1980, br. 6903/75, stavovi 41-47.

postupak. Ako je osumnjičeni uhapšen pre nego što je optužen, onda krivična „optužba” postoji od datuma hapšenja, što se znatno odražava na njegov položaj time što omogućuje vlastima da sprovedu istražne radnje uz njegovo učešće (*Simeonovi protiv Bugarske*¹⁴³). Ni postupak izručenja ni postupak deportacije (čak ni tamo gde se deportacija izriče kao deo krivične kazne) nisu, po oceni ESLJP-a, obuhvaćeni dejstvom člana 6 (*Mauia protiv Francuske*¹⁴⁴).¹⁴⁵

Građansko pravo (član 6)

Institucije Konvencije uzdržale su se od toga da formulišu neku apstraktnu definiciju „građanskih prava”. Umesto toga, presudivale su o konkretnim činjenicama i okolnostima svakog pojedinačnog slučaja. Pojam „građanskih prava” ne može se tumačiti isključivo pozivanjem na unutrašnje pravo tužene države već je autonomni pojam koji je zasnovan na karakteru tog prava (*Kenig protiv Nemačke*¹⁴⁶). Ovde je bitno pitanje da li je **ishod postupka odlučujući za privatna prava i obaveze**. Osim toga, mora, barem u dokazivom smislu, postojati osnov za to pravo u unutrašnjem, domaćem zakonodavstvu, bez obzira da li je samo to pravo zaštićeno po Konvenciji (*Mikalef protiv Malte*¹⁴⁷). Karakter zakonodavstva koje uređuje način na koji se o tom pitanju odlučuje (da li je reč o građanskopravnom, trgovачkom, upravnom ili drugom pravu) ili pitanje vlasti kojoj je poverena nadležnost u toj stvari (redovni sud, upravni organ i tako dalje) ovde nemaju odlučujući uticaj (*ibid.*).

Odlučivanje (član 6)

U građanskopravnim stvarima to se odnosi na svaki postupak koji je **odlučujući za građanska prava i obaveze**. U krivičnim stvarima to se odnosi na **presudu** i svaku potonju žalbu.

143 *Simeonovi v. Bulgaria*, [Veliko veće] presuda od 12. maja 2017, br. 21980/04, stav 121.

144 *Maaouia v. France*, [Veliko veće] presuda od 5. oktobra 2000, br. 39652/98, stav 40.

145 Nasuprot tome, član 47 stav 2 Povelje o osnovnim pravima EU nudi širu zaštitu u tom smislu zato što se „pravo na pravično sudenje ne ograničava samo na sporove u vezi s pravima i obvezama iz građanskog postupka” (Objašnjenja i komentari u vezi s Poveljom o osnovnim pravima). Ipak, imajući na umu da su obim i značenje prava u Povelji EU istovetni sa onima u EKLJP-u i onima kako ih tumači ESLJP, član 6 stav 1 ima primenu u svim stvarima koje su obuhvaćene pravom EU i utvrđuje minimum zaštite u smislu Konvencije.

146 *König v. Germany*, presuda od 28. juna 1978, br. 6232/73, stavovi 88–90.

147 *Micallef v. Malta*, [Veliko veće] presuda od 15. oktobra 2009, br. 17056/06, stav 74.

Obim prava na pravično suđenje (član 6)

Pravo na pravično suđenje shodno članu 6 nije ograničeno samo na vođenje sudskog postupka. Kada iskrsnu pitanja koja spadaju u polje dejstva člana 6, onda se ide unazad do **administrativnih faza** odlučivanja (npr. u slučajevima koji se odnose na staranje o detetu) i u budućnost do **izvršenja presude** (*Hornsby protiv Grčke*¹⁴⁸). To takođe zahteva da mora postojati pravna sigurnost, tj. mora postojati konzistencija između presuda koje o istim pitanjima izriču različiti sudovi (npr. *Vinčić i drugi protiv Srbije*,¹⁴⁹ *Tudor Tudor protiv Rumunije*,¹⁵⁰ *Stoilkovska protiv Makedonije*¹⁵¹). To se ne primenjuje na pitanja koja se smatraju čisto upravnim, kao što je deportacija ili izručenje.

Nezavisni sud (član 6)

Taj izraz nalazimo u članu 6 stav 1, gde je naveden zahtev da se rasprava vodi pred „nezavisnim i nepristrasnim sudom“. ESLJP je stao na stanovište da su pojmovi nezavisnosti i nepristrasnosti (vidi dole) međusobno povezani, ali i jasno razgraničeni (*Pular protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁵²).

Nezavisni sud je sud koji je nezavisan u odnosu na izvršnu vlast i u odnosu na stranke u sporu. Kada odlučuje o tome da li neki sud može biti smatran nezavisnim, ESLJP, između ostalog, uzima u obzir način na koji se imenuju njegovi članovi i dužinu njihovog mandata (npr. kratak, a obnovljiv mandat može biti problematičan, vidi predmet *Indžal protiv Turske*¹⁵³), postojanje garancija koje ga štite od spoljnih pritisaka (npr. neprihvatanje uputstava izvršne vlasti i neprihvatanje kao obavezujućeg saveta izvršne vlasti u pogledu tumačenja ugovora, vidi *Grčki međudržavni predmet, odnosno Bomarten protiv Francuske*¹⁵⁴) i pitanje o tome da li postoji opravdana sumnja da je ono što izgleda nezavisno samo prividno nezavisno (vidi *Kembel i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁵⁵).

148 *Hornsby v. Greece*, presuda od 19. marta 1997, br. 18357/91, stav 40.

149 *Vincic and Others v. Serbia*, presuda od 1. decembra 2009, br. 44698/06, 44700/06, 44722/06 i drugi, stav 56.

150 *Tudor Tudor v. Romania*, presuda od 24. marta 2009, br. 21911/03, stavovi 26–32.

151 *Stoilkovska v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, presuda od 18. jula 2013, br. 29784/07, stavovi 39–40 i 44–49.

152 *Pullar v. the United Kingdom*, presuda od 10. juna 1996, br. 22399/93, stav 29.

153 *Incal v. Turkey*, [Veliko veće] presuda od 9. juna 1998, br. 22678/93, stavovi 65 i 68.

154 *Beaumartin v. France*, presuda od 24. novembra 1994, br. 15287/89, stav 38.

155 *Campbell and Fell v. the United Kingdom*, presuda od 28. juna 1984, br. 7819/77 i 7878/77, stavovi 78 i 85.

Nepristrasni sud (član 6)

Nepristrasnost znači da nema predrasuda niti unapred formiranih mišljenja. Da bi se utvrdilo da je reč o nepristrasnosti, postoje dva aspekta koja se moraju uzeti u obzir: a) sud mora biti subjektivno nepristrastan, što znači da nijedan član tog suda ne sme imati nikakvu ličnu predrasudu, niti unapred formirano mišljenje; kod propisno imenovanih sudija mora se pretpostaviti lična nepristrasnost, osim ako ne postoje dokazi o suprotnom i b) sud takođe mora biti nepristrastan sa objektivnog stanovišta; u tom smislu, čak i pojavnji oblik može imati izvesnu važnost; tu se radi o poverenju koje sudovi u demokratskom društvu moraju pobuđivati u javnosti i pre svega kod optuženih kada je reč o krivičnom postupku, odnosno kod stranaka kada je reč o građanskopravnim predmetima; stanovište stranaka je važno, ali nije odlučujuće; ključno je pitanje da li postoji legitimni razlog za strahovanje od nedostatka nepristrasnosti (*Haušild protiv Danske*¹⁵⁶).

Sud (član 6)

Izraz „sud“ u članu 6 stav 1 ne mora se nužno shvatiti kao reč koja označava klasičan sud, koji je integrisan sa standardnim pravosudnim mehanizmom neke zemlje (*Kembel i Fel protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁵⁷). Pre bi se moglo reći da je kriterijum to da li ustanova o kojoj je reč ima punu nadležnost da donese pravno obavezujuće odluke koje nijedan nesudski organ ne može da izmeni (*Findli protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁵⁸). Međutim, nije dovoljna samo činjenica da je reč o instituciji koja ostvaruje sudske funkcije. Korišćenje izraza „sud“ „dopušteno je samo za organ koji ispunjava i niz drugih zahteva“ (*Le Kont, Van Luven i De Mejer protiv Belgije*¹⁵⁹), kao što su nezavisnost i nepristrasnost, o kojima je gore već bilo reči.

Državna služba (član 6)

U svojoj međašnjoj presudi u slučaju *Pelegren protiv Francuske*,¹⁶⁰ ESLJP je stao na stanovište da je važno, s obzirom na primenu člana 6 stav 1, utvrditi autonomno tumačenje pojma „državna služba“, koje će omogućiti da se na podjednak način postupa prema svim državnim službenicima, bez obzira na pravnu prirodu koju u unutrašnjem pravu ima odnos između zvaničnika i upravnog organa. U tom smislu, ESLJP je usvojio jedan funkcionalni kriterijum zasnovan na prirodi dužnosti i

¹⁵⁶ *Hauschildt v. Denmark*, presuda od 24. maja 1989, br. 10486/83, stav 48.

¹⁵⁷ *Campbell and Fell v. the United Kingdom*, presuda od 28. juna 1984, br. 7819/77 i 7878/77, stav 76.

¹⁵⁸ *Findlay v. the United Kingdom*, presuda od 25. februara 1997, br. 22107/93, stav 77.

¹⁵⁹ *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, presuda od 23. juna 1981, br. 6878/75 i 7238/75, stav 55.

¹⁶⁰ *Pellegrin v France*, [Veliko veće] presuda od 8. decembra 1999, br. 28541/95, stav 63.

odgovornosti zvaničnika, odnosno službenika o kome je reč. ESLJP će nastojati da u svakom slučaju ustanovi da li je dužnost podnosioca predstavke podrazumevala ne-posredno ili posredno učešće u vršenju ovlašćenja prenetih javnim pravom i obavezama u cilju očuvanja opštih interesa države ili drugih javnih vlasti (*Fridlender protiv Francuske*¹⁶¹). Očigledan primer bile bi dužnosti koje obavljaju pripadnici oružanih snaga i policije.

Porodica (član 8)

Pojam „porodica” danas se shvata u tom smislu da nadilazi formalne legitimne odnose i aranžmane (*Džonston i drugi protiv Irske*¹⁶²). Organi Konvencije u sve većoj meri uzimaju u obzir suštinu i realnost odnosa, priznajući da se zbivaju novi događaj u društvenoj praksi i zakonima evropskih država. Istoriski gledano, Evropski sud za ljudska prava nije uopšteno priznao homoseksualne odnose kao porodični život, već kao deo privatnog života. Međutim, ESLJP sada smatra da tamo gde takav odnos liči na brak, on može biti smatrana porodičnim životom.

Privatni život (član 8)

Taj pojam obuhvata sferu neposredne autonomije ličnosti. To se odnosi na aspekte moralnog i fizičkog integriteta (*X i Y protiv Holandije*¹⁶³) (vidi, takođe, dole, pod „moralni i fizički integritet“). To je širi pojam od prava na „privatnost“ u smislu da je čovek u mogućnosti da čuva skrivene ili tajne stvari za koje ne želi da budu obelodanjene ili izložene. Privatni život osigurava sferu u kojoj svako može slobodno da teži razvoju i ispunjenju svoje ličnosti. To obuhvata pravo na identitet (uključujući ime i prezime i sopstveni lik), kao i pravo na razvoj odnosa s drugim ljudima, posebno u emocionalnoj sferi, uključujući i seksualne odnose s drugim ljudima, kao i aktivnosti profesionalne ili poslovne prirode (*Nimic protiv Nemačke*¹⁶⁴). Privatni život sadrži „mrežu ličnih, socijalnih i ekonomskih odnosa, koji zajedno sačinjavaju privatni život svakog pojedinca“ (*Slivenko protiv Letonije*¹⁶⁵). ESLJP sada priznaje da je ugled nekog lica često značajan za razvoj tih odnosa i stoga je, kao takav, zaštićen u tom segmentu člana 8. Pravo na nečiji lik razmatrano je sa stanovišta objavljivanja fotografija ljudi koji se, generalno gledano, nalaze u žiči pažnje javnosti ili koji su privremeno tu dospeli (u takvim slučajevima ESLJP je pristupio uravnotežavanju između prava na

161 *Frydlender v. France*, [Veliko veće] presuda od 27. juna 2000, br. 30979/96, stavovi 33-41.

162 *Johnston v. Ireland*, presuda od 18. decembra 1986, br. 9697/82, stavovi 55-56.

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

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

165 *Slivenko v. Latvia*, [Veliko veće] presuda od 9. oktobra 2003, br. 48321/99, stav 96.

privatni život i slobode izražavanja, vidi *Fon Hanover protiv Nemačke* [br. 2]¹⁶⁶), kao i fotografija „običnih ljudi“ (u tim slučajevima ne može postojati mešanje koje bi bilo opravdano nekim legitimnim ciljem koji je zaštićen Konvencijom (vidi *Georgi Nikolaišvili protiv Gruzije*¹⁶⁷)).

Moralni i fizički integritet (član 8)

„Moralni i fizički integritet“ nekog pojedinca, tj. njegovo fizičko i psihološko blagostanje zaštićeni su u rubrici privatni život po članu 8 (vidi gore pod „privatni život“).

Međutim, to je istovremeno i izraz koji se koristi u vezi s postupanjem ili uslovima koji ne dosežu „prag težine“ koji zahteva član 3 (*Kostelo-Roberts protiv Ujedinjenog Kraljevstva i Raninen protiv Finske*¹⁶⁸).

Dom (član 8)

Organi Konvencije široko definišu pojam doma. Nije neophodno da dom bude zakonito osnovan, jer se veći značaj pridaje prirodi boravka u njemu nego njegovoj zakonitosti, ali taj pojam ne obuhvata mesto u kome bi neko želeo da živi kao u svome domu. Osim toga, budući da se „dom“ i „privatni život“ mogu preklapati s poslovnim i profesionalnim aktivnostima, ustanovljeno je da se zaštita koju pruža član 8 (pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života) proširuje i na licnu kancelariju (*Nimic protiv Nemačke*¹⁶⁹), a kada je reč o kompanijama, na prostorije kompanije (*Sosiete Kola Est i drugi protiv Francuske*¹⁷⁰).

Sloboda izražavanja (član 10)

Sloboda izražavanja, koja se smatra jednim od osnovnih temelja svakog demokratskog društva i jednim od glavnih preduslova za društveni napredak i razvoj svakog čoveka (*Hendisajd protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁷¹), široko se tumači. Prema tome, svaki potencijalni izuzetak u odnosu na nju tumačen je usko (*Sandi tajms*

166 *Von Hannover v. Germany* (br. 2), [Veliko veće] presuda od 7. februara 2012, br. 40660/08 i 60641/08, stavovi 95–126.

167 *Georgi Nikolaišvili v. Georgia*, presuda od 13. januara 2009, br. 37048/04, stav 123.

168 *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, presuda od 25. marta 1993, br. 13134/87, stavovi 29–36, i *Raninen v. Finland*, presuda od 16. decembra 1997, br. 20972/92, stavovi 52–64.

169 *Niemietz v. Germany*, presuda od 16. decembra 1992, br. 13710/88, stav 30.

170 *Société Colas Est and Others v. France*, presuda od 16. aprila 2002, br. 37971/97, stavovi 40–41.

171 *Handyside v. the United Kingdom*, presuda od 7. decembra 1976, br. 5493/72, stav 49.

protiv Ujedinjenog Kraljevstva [br. 1]¹⁷²). Taj član ne obuhvata samo „informacije” ili „ideje” koje nailaze na pozitivan prijem ili koje se smatraju neuvredljivima ili prema kojima su ljudi ravnodušni, već i one „informacije” ili „ideje” koje vređaju, uznemiruju ili izazivaju nelagodu (*Hendisajd protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁷³), uključujući podsticanje na mržnju, opscenost i bogohuljenje, kao i pornografiju. Svaki sadržaj je zaštićen (npr. politički stavovi, oglašavanje, umetničko izražavanje itd.), kao i svako sredstvo izražavanja, uključujući (ali bez ograničenja na to) knjige, letke, stripove i druge vrste animacija, slike, radionice i seminare, ono što se širi preko interneta i kroz štampu. U suštini, u svom ostvarivanju tog prava, lica i organizacije imaju pravo da izaberu sredstvo koje oni smatraju pogodnim (npr. *Vimin on Vejv i drugi protiv Portugalije*¹⁷⁴). Među tim sredstvima posebno je važna štampa u svetu vitalne uloge koju ona ima u demokratskim društvima kao „neko ko obavlja javni nadzor” (*public watchdog*) (npr. *Fajnenšel tajms Ltd i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁷⁵).¹⁷⁶ Ta uloga „onoga ko obavlja javni nadzor” prepoznata je i kod civilnih društava, pa se, zahvaljujući aktivnostima koje ona obavljaju, smatra da te organizacije uživaju zaštitu po Konvenciji sličnu onoj zaštiti koju na osnovu nje uživa štampa (*Inicijativa mladih za ljudska prava protiv Srbije*,¹⁷⁷ vidi, takođe, *Medžlis Islamske zajednice Brčko i drugi protiv Bosne i Hercegovine*¹⁷⁸).

U svetu te uloge štampe i civilnog društva kao onih koji obavljaju javni nadzor, ESLJP je proširio svoj pristup potencijalnom pravu na primanje informacija saglasno članu 10. U slučaju *Madarski Helsinški odbor protiv Madarske*¹⁷⁹ i *Inicijativa mladih za ljudska prava protiv Srbije*,¹⁸⁰ gde je ESLJP ponovo razmotrio svoju pređašnju sudsku praksu u takvoj stvari, donet je zaključak da član 10 pojedincu ne daje pravo pristupa informacijama koje u svom posedu drži javna vlast, niti obavezuje vladu da prenese takve informacije pojedincu. Međutim, takvo pravo ili obaveza mogu nastupiti, prvo, kada je sudskim nalogom koji je stupio na pravnu snagu naređeno da se obelodane informacije i, drugo, u okolnostima u kojima je pristup informacijama

172 *Sunday Times v. the United Kingdom* (No. 1), presuda od 26. aprila 1979, br. 6538/74, stav 65.

173 *Handyside v. the United Kingdom*, presuda od 7. decembra 1976, br. 5493/72, stav 49.

174 *Women on Waves and Others v. Portugal*, presuda od 3. februara 2009, br. 31276/05, stav 38.

175 *Financial Times Ltd and Others v. the United Kingdom*, presuda od 15. decembra 2009, br. 821/03, stav 59.

176 Vidi takođe *Sunday Times v. the United Kingdom*, presuda od 26. aprila 1979, br. 6538/74.

177 *Youth Initiative for Human Rights v. Serbia*, presuda od 25. juna 2013, br. 48135/06, stav 20.

178 *Medžlis Islamske zajednice Brčko and Others v. Bosnia and Herzegovina*, [Veliko veće] presuda od 27. juna 2017, br. 17224/11, stavovi 86–87. ESLJP je stao na stanovište da kriterijumi koji se generalno primenjuju na širenje klevetničkih izjava u medijima dok obavljaju svoju ulogu onoga ko obavlja nadzor u ime javnosti važe i za nevladine organizacije; to, između ostalog, obuhvata zahtev za proveru činjeničnih navoda (stavovi 108–109).

179 *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, [Veliko veće] presuda od 8. novembra 2016, br. 18030/11.

180 *Youth Initiative for Human Rights v. Serbia*, presuda od 25. juna 2013, br. 48135/06.

sredstvo pomoću koga pojedinac može da ostvari svoje pravo na slobodu izražavanja, posebno „slobodu da prima i saopštava informacije”, i u kojima uskraćivanje informacije predstavlja mešanje u to pravo.

Udruživanje (član 11)

ESLJP je razmatrao značenje autonomnog pojma „udruženje” u svetu veze koja postoji između demokratije, pluralizma i slobode udruženja (*Šasanju i drugi protiv Francuske*¹⁸¹). Očigledan primer da „udruženja” imaju ključnu ulogu u obezbeđivanju pluralizma i demokratije jesu političke stranke. Međutim, taj pojam obuhvata svako pravno lice koje osnuju pojedinci u cilju kolektivnog delovanja u oblasti od zajedničkog interesa, kao što su udruženja koja štite kulturnu ili duhovnu baštinu, udruženja koja teže ostvarivanju različitih društveno-ekonomskih ciljeva, koja propovedaju veru ili podučavaju veri, koja teže pronalaženju etničkog identiteta ili afirmišu manjinsku svest (*Guzelik i drugi protiv Poljske*¹⁸²). Kada neko udruženje ima karakteristike koje spadaju i u privatno i u javno pravo, ESLJP će razmotriti koje su to karakteristike koje preovlađuju. Na primer, u predmetu *Sigurjonson protiv Islanda*,¹⁸³ ESLJP je zaključio da je, iako je udruženje o kome je reč obavljalo neke funkcije koje su u izvesnoj meri bile predviđene važećim zakonima i nije služilo samo svojim članovima nego i javnosti u celini, to udruženje ipak bilo suštinski osnovano saglasno privatnom pravu i uživalo je punu autonomnost u određivanju sopstvenih ciljeva organizacije i procedura koje primenjuje.¹⁸⁴

Pravo na sklapanje braka (član 12)

Smatralo se da formulacija člana 12 sugeriše da je pravo na sklapanje braka ograničeno na zajednice između muškarca i žene. U slučaju *Kristina Gudvin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,¹⁸⁵ ESLJP je prihvatio da pravo na sklapanje braka obuhvata i transseksualce, na osnovu toga što se više ne može smatrati da termini „muškarci” i „žene” ukazuju samo na odrednicu roda kroz isključivo biološke kriterijume.¹⁸⁶ Nasuprot tome, on ne obuhvata istopolne brakove jer je u vreme kada je ESLJP izrekao svoju presudu u predmetu *Šalk i Kopf protiv Austrije*,¹⁸⁷ izgledalo da ne postoji evropski konsenzus u

181 *Chassagnou and Others v. France*, [Veliko veće] presuda od 29. aprila 1999, br. 25088/94, 28331/95 i 28443/95, stav 100.

182 *Gorzelik and Others v. Poland*, [Veliko veće] presuda od 17. februara 2004, br. 44158/98, stav 92.

183 *Sigurjonsson v. Iceland*, presuda od 30. juna 1993, br. 16130/90.

184 *Id.*, stav 31.

185 *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, [Veliko veće] presuda od 11. jula 2002, br. 28957/95.

186 *Id.*, stav 100.

187 *Schalk and Kopf v. Austria*, presuda od 24. juna 2010, br. 30141/04.

vezi s tim pitanjem.¹⁸⁸ Pravo na sklapanje braka ne obuhvata pravo na razvod (*Džonston i drugi protiv Irske*¹⁸⁹). Nasuprot šire koncipiranom članu 8, pravo na osnivanje porodice u članu 12 ograničeno je, kako se čini, samo na venčane parove. Pravo istopolnih parova da formiraju građansku zajednicu bilo je, na primer, razmatrano u svetu člana 14 slegdanog zajedno sa članom 8 (vidi *Valianatos i drugi protiv Grčke*¹⁹⁰).

Delotvoran pravni lek (član 13)

Pravni lek koji je na nacionalnom nivou na raspolaganju za rešavanje po „utuživim pritužbama” u vezi sa suštinom prava i sloboda zajemčenih Konvencijom mora biti delotvoran i u praksi kao i u zakonu (npr. *Jovčev protiv Bugarske*¹⁹¹) u tom smislu da ili spreči navodno ogrešenje ili ispravi sporno stanje stvari ili pruži odgovarajuće pravno zadovoljenje za svaku povredu koja se već dogodila.

Različiti činioci mogu igrati izvesnu ulogu kada se odlučuje o delotvornosti nekog pravnog leka: okolnosti datog slučaja (na primer, nadoknada možda nije dovoljna, npr. *Petkov i drugi protiv Bugarske*¹⁹²), ovlašćenja i procesna jemstva koja daje nadležni nacionalni organ vlasti (npr. *Klas i drugi protiv Nemačke*¹⁹³) ili pravo na koje se podnosič predstavke poziva (na primer, u slučajevima proterivanja, kada postoji pritužba u vezi sa stvarnom opasnošću od kršenja prava datog lica po osnovu člana 2 ili člana 3 ili člana 4 Protokola br. 4, da bi se govorilo o delotvornosti mora da postoji pristup pravnom leku koji ima automatsko suspenzivno dejstvo; vidi *De Suza Ribeiro protiv Francuske*¹⁹⁴). Iako je relevantan i kontekst povrede na koju se predstavka odnosi (na primer, u slučaju *Klas i drugi protiv Nemačke*, ESLJP je ustanovio da pravni lek mora biti maksimalno delotvoran imajući na umu ograničen obim prigovora koji je inherentan sistemu tajnog nadzora;¹⁹⁵ čak i u takvim slučajevima, međutim, ipak postoji minimalni standard koji je zajemčen članom 13 [*Al-Našif protiv Bugrske*¹⁹⁶]), taj kontekst se sagledava u svetu određenog člana na koji se podnosič predstavke poziva; prema tome, zahtev da pravni lek bude „maksimalno delotvoran” može biti primeren kada se razmatraju članovi 8 i 10, za čije ispitivanje može biti potrebno da ESLJP ima uvid u zahteve nacionalne bezbednosti

188 *Id.*, stav 58.

189 *Johnston v. Ireland*, presuda od 18. decembra 1986, br. 9697/82, stavovi 51–54.

190 *Vallianatos and Others v. Greece*, [Veliko veće] presuda od 7. novembra 2013, br. 29381/09 i 32684/09, stavovi 70–92.

191 *Iovčev v. Bulgaria*, presuda od 2. februara 2006, br. 41211/98, stav 142.

192 *Petkov and Others v. Bulgaria*, presuda od 11. juna 2009, br. 77568/01, 178/02 i 505/02, stav 79.

193 *Klass and Others v. Germany*, presuda od 6. septembra 1978, br. 5029/71, stav 67.

194 *De Souza Ribeiro v. France*, [Veliko veće] presuda od 13. decembra 2012, br. 22689/07, stav 82.

195 *Klass and Others v. Germany*, presuda od 6. septembra 1978, br. 5029/71, stav 69.

196 *Al-Nashif v. Bulgaria*, presuda od 20. juna 2002, br. 50963/99, stav 137.

koje iznosi vlada, dok to nije tako u slučajevima u kojima može nastupiti nenadoknadiva šteta u pogledu pritužbe po osnovu člana 3 (*Čeihal protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁹⁷).

Žrtva (član 34)

Žrtva je pojedinac, grupa pojedinaca ili nevladina organizacija čija su prava po Konvenciji povređena ili kojima se preti da će biti povređena. Pravna lica, kao što su kompanije, mogu biti žrtve povrede prava ustanovljenih Konvencijom baš kao i fizička lica (ljudska bića). **Nije neophodno da se dokaže merljiva šteta da bi neko lice bilo žrtva ili da bi se pokrenuo nacionalni postupak** po Konvenciji. Predstavke upućene Sudu u Strazburu mogu biti proglašene neprihvatljivima ako se smatra da žrtva „nije značajnije oštećena”, ali to lice (fizičko ili pravno) i dalje ostaje „žrtva” povrede u smislu unutrašnjeg, domaćeg prava. Pitanje pretrpljene štete (za razliku od odrednice „nije značajnije oštećen”) relevantno je samo za pitanje pravičnog zadovoljenja.

Vlasništvo ili imovina (član 1 Protokola br. 1)

Vlasništvo ili imovina su termini koji obuhvataju širok spektar interesa. **Imovina (possession)** ima autonomno značenje koje nije ograničeno samo na posedovanje fizičkih dobara – druga prava i interesi koji čine aktivu takođe se mogu smatrati **imovinskim pravima** (*Gasus Dosije protiv Holandije*¹⁹⁸), uključujući izvršnu presudu koja se odnosi na dug (*Rjabih protiv Rusije*,¹⁹⁹ vidi, takođe, *Slučaj grčkih rafinerija Stran*²⁰⁰). Sam dug predstavlja imovinu jer se član 1 Protokola br. 1. primenjuje samo na postojeću imovinu i ni na koji drugi način ne utvrđuje pravo na sticanje imovine (*Marks protiv Belgije*²⁰¹). Ima izvesnog autoriteta i mišljenje po kome beznačajno, tri-vijalno dejstvo na imovinska prava ne može predstavljati mešanje u ta prava (*Langborger protiv Švedske*²⁰²).

Grupno proterivanje/odbijanje (član 4 Protokola br. 4)

Tom odredbom ispravlja se greška koja nastaje usled nedostatka individualizovane procene položaja svakog pojedinca; njome se ne ispravljaju posledice proterivanja ili odbijanja (*refoulement*), kao što je, na primer, slučaj sa odbijenim

197 *Chahal v. the United Kingdom*, [Veliko veće] presuda od 15. novembra 1996, br. 22414/93, stavovi 150–151.

198 *Gasus Dosier v. the Netherlands*, presuda od 23. februara 1995, br. 15375/89, stav 53.

199 *Ryabykh v. Russia*, presuda od 24. jula 2003, br. 52854/99, stav 61.

200 *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, presuda od 9. decembra 1994, br. 13427/87, stavovi 59–62.

201 *Marckx v. Belgium*, presuda od 13. juna 1979, br. 6833/74, stav 50.

202 *Langborger v. Sweden*, presuda od 22. juna 1989, br. 11179/84, stav 41.

tražiocima azila koji su izloženi opasnosti od zabranjenog ponižavajućeg postupanja i zlostavljanja. Ta odredba se odnosi na sve strance/migrante. Ona se može primeniti na grupna proterivanja (vidi, npr. *Čonka protiv Belgije*²⁰³) ili na grupno vraćanje s granice i nedopuštanje ulaska na nacionalnu teritoriju (vidi, na primer, *N. D. i N. T. protiv Španije*²⁰⁴). Međutim, nije svako proterivanje neke grupe ljudi grupno proterivanje (vidi *Hlaifija i drugi protiv Italije*,²⁰⁵ slučaj u kome ESLJP nije ustanovio kršenje člana 4 Protokola br. 4 zato što je svaki podnositelj predstavke bio individualno identifikovan i što su svi oni imali stvarnu i delotvornu mogućnost da iznesu argumente protiv svog proterivanja²⁰⁶). To je oblast prava koja se veoma brzo razvija.

ii. Pojmovi iz Konvencije koji su se razvijali kroz jurisprudenciju

Ravnopravnost stranaka

Stranke u sporu ili lice protiv koga je podneta krivična optužba ne smeju biti stavljeni u suštinski neravnopravan položaj u odnosu na svog oponenta. Zahtev za „ravnopravnost stranaka” u smislu „pravične ravnoteže” između stranaka važi i za krivične predmete, kao i za građanska prava i predmete iz obligacionog prava (vidi *Dombo Beher B. V. protiv Holandije*²⁰⁷). Kada se procenjuje adekvatnost i pravičnost postupka, važno je utvrditi u kojoj meri sam taj postupak ostavlja utisak pravičnog sudjenja i u kojoj je meri ozbiljno i važno za podnositelja predstavke ono oko čega se spor vodi (*A. B. protiv Slovačke*²⁰⁸). Nije relevantno da li je iz procesne neravnopravnosti stranaka proistekla „dalja, merljiva nepravičnost” (*Bulut protiv Austrije*²⁰⁹).

Inherentni procesni mehanizmi zaštite

ESLJP je ustanovio da se inherentni procesni mehanizmi zaštite nalaze u članovima 2, 3 i 8 i da ti mehanizmi postoje, pored zaštite koju nudi član 13, i, tamo gde je to primereno, član 6. Član 6 pruža procesnu zaštitu kod odlučivanja o građanskim pravima i obavezama pojedinca, ali samo ukoliko je to utvrđeno u unutrašnjem pravu. Nasuprot tome, procesni zahtevi koji su inherentni članu 8 odnose se

203 *Čonka v. Belgium*, presuda od 5. februara 2002, br. 51564/99, stavovi 59–63.

204 *N. D. and N. T. v. Spain*, presuda od 3. oktobra 2017, br. 8675/15 i 8697/15, stavovi 103–105. Kolegijum Velikog veća je 29. januara 2018. prihvatio zahtev države Španije da slučaj bude ustupljen Velikom veću.

205 *Khlaifia and Others v. Italy*, [Veliko veće] presuda od 15. decembra 2016, br. 16483/12.

206 *Id.*, stavovi 248–254.

207 *Dombo Beher B. V. v. the Netherlands*, presuda od 27. oktobra 1993, br. 14448/88, stav 33.

208 *A. B. v. Slovakia*, presuda od 4. marta 2003, br. 41784/98, stav 55.

209 *Bulut v. Austria*, presuda od 22. februara 1996, br. 17358/90, stav 49.

na upravni postupak, kao i na sudski postupak, ali često pružaju zaštitu i tamo gde domaće zakonodavstvo inače ne predviđa takvo pravo (*Makmajkl protiv Ujedinjenog Kraljevstva*²¹⁰).

Delotvornost prava – „praktična i delotvorna, a ne teorijska i iluzorna”

Konvencija je sistem za zaštitu ljudskih prava. Zbog toga je od ključnog značaja da se ona tumači i primenjuje na način na koji ta prava postaju **praktična i delotvorna, a ne teorijska i iluzorna**. Država, prema tome, ne može ispuniti svoje obaveze tako što će neko pravo štititi na veštački način ili na način koji ga unapred osuđuje na neuspeh. Iako član 1 zahteva da domaće pravo štiti prava utvrđena u Konvenciji (izričito ili suštinski), to je nužan, ali ne i dovoljan zahtev. Delotvorna zaštita mora postojati u praksi. Na primer, nije dovoljno da optuženi samo dobije advokata. Pravna pomoć koja mu se pruža mora biti delotvorna (*Artiko protiv Italije*²¹¹).

Pravo i kvalitet zakona

Da bi se zadovoljio zahtev koji postavlja Konvencija da bilo kakvo mešanje mora biti „u skladu sa zakonom“ ili „propisano zakonom“, taj zakon mora biti **precizan i proverljiv** kako bi pojedinac mogao da uredi svoje ponašanje prema njemu: pojedinac mora biti u stanju - ako je potrebno uz odgovarajući pravni savet - da, u meri koja je razumna s obzirom na okolnosti, *predviđi* posledice koje će doneti neki njegov postupak. Zakon takođe mora biti na odgovarajući način dostupan, što znači da građanin mora biti u stanju da sazna za njegovo postojanje na način koji je primeren okolnostima pravnih propisa primenljivih na dati slučaj (*Sandej tajms protiv Ujedinjenog Kraljevstva*²¹²). Zakon kojim se dopuštaju mešanja u prava utvrđena Konvencijom ne sme biti tako široko formulisan da dopušta mešanja koja bi predstavljala povredu Konvencije (vidi *Hašman i Harap protiv Ujedinjenog Kraljevstva*²¹³).

Živi instrument

ESLJP je često naglašavao da zaštita koju pruža Konvencija i sadržaj prava koja su njome utvrđena nije zamrznut onog dana kada je pre više od 60 godina taj tekst

210 *McMichael v. the United Kingdom*, presuda od 24. februara 1995, br. 16424/90, stav 90.

211 *Artico v. Italy*, presuda od 13. maja 1980, br. 6694/74, stav 33.

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

213 *Hashman and Harrup v. United Kingdom*, [Veliko veće] presuda od 25. novembra 1999, br. 25594/94, stavovi 31-43.

usvojen. Konvencija je „živi instrument” (*Tajrer protiv Ujedinjenog Kraljevstva*²¹⁴) i sudska praksa stoga mora biti „dinamična i evolutivna” tako da ne predstavlja prepreku na putu reformi ili poboljšanja (npr. *Bajatjan protiv Jermenije*²¹⁵). Pitanja kao što su ona koja se odnose na seksualno ponašanje, izmenjenu prirodu porodičnih struktura i prava zatvorenika tumačena su u svetlu konsenzusa u modernoj evropskoj misli. Jurisprudencija po Konvenciji je konzervativna i pre bi se moglo reći da ona sledi nego da predvodi konsenzus ili da prednjači u njemu.

VII. Pozitivne obaveze

Konvencija uglavnom štiti pojedincu od mešanja države u njegova osnovna prava. Zato Konvencija državama nameće negativne obaveze koje im nalažu da se moraju uzdržati od takvih mešanja. Međutim, član 1 takođe zahteva od država da „jemče” prava. Stoga je ESLJP u mnogim slučajevima zaključio da države imaju pozitivnu obavezu da preduzmu korake kako bi obezbedile da prava utvrđena Konvencijom budu zaštićena, a ne samo da se uzdržavaju od negativnog mešanja.

Te pozitivne obaveze mogu poprimiti mnoštvo različitih oblika; možemo ih grupisati u dve glavne vrste: a) suštinske pozitivne obaveze, koje se odnose na suštinske mere koje država mora uvesti da bi osigurala da svako u njenoj nadležnosti u potpunosti uživa prava i slobode utvrđene Konvencijom (npr. država je dužna da donese zakone koji zabranjuju, recimo, prinudni ili obavezni rad) i b) procesne pozitivne obaveze, koje se tiču postupaka koje država mora propisati da bi odgovorila na svako navodno kršenje prava (npr. država je dužna da sproveđe adekvatnu i delotvornu istragu kada postoji navod da je prekršeno neko pravo po Konvenciji).

Najočigledniji oblik pozitivnih obaveza država jeste onaj koji je sadržan u članu 13, gde je utvrđeno da je država dužna da obezbedi delotvoran pravni lek pred nacionalnim vlastima za svaku povredu zaštićenih prava.

Član 1 takođe zahteva da postoji pravosudna kazna radi zaštite određenih prava, a u nekim slučajevima ESLJP je išao toliko daleko da saopšti kako to mora biti krivična kazna (*X i Y protiv Holandije*²¹⁶). Država, u najmanju ruku, mora imati zakone koji osiguravaju da prava utvrđena Konvencijom budu na odgovarajući način zaštićena, kako od povreda koje bi im naneli državni zvaničnici i državni službenici, tako i od povrede koje bi im naneli pojedinci, fizička lica.

214 *Tyrrer v. the United Kingdom*, presuda od 25. aprila 1978, br. 5856/72, stav 31.

215 *Bayatyan v. Armenia*, [Veliko veće] presuda od 7. jula 2011, br. 23459/03, stavovi 98 i 102.

216 *X and Y v. the Netherlands*, presuda od 26. marta 1985, br. 8978/80, stav 27.

Država je takođe dužna da opredeli dovoljna finansijska sredstva za svoj pravosudni sistem kako bi osigurala da se sudski postupci odvijaju ekspeditivno (*Gvinšo protiv Portugala*²¹⁷). Međutim, pozitivne obaveze idu i dalje od toga.

Država takođe mora preduzeti aktivne mere kako bi obezbedila da pojedinci mogu u praksi da ostvaruju svoja prava po Konvenciji. U predmetu „*Lekari za život*” protiv Austrije²¹⁸ ESLJP je stao na stanovište da ne samo da je država po članovima 10 i 11 dužna da dopusti da se odvijaju demonstracije već je u obavezi i da zaštiti demonstrante od postupaka onih koji učestvuju u antidemonstracijama. ESLJP je u slučaju *Osman protiv Ujedinjenog Kraljevstva*²¹⁹ ustanovio test koji je od tada u više navrata primenio: „**Da li je država preduzela sve razumne korake da zaštiti pojedinca od štete za koju je znala ili je trebalo da zna?**”²²⁰

Predmet *Hofman protiv Austrije*²²¹ odnosio se na spor koji su roditelji vodili oko starateljstva nad detetom po privatnom pravu. Austrijska država je tvrdila da ona stoga nije odgovorna za rezultat pravnog spora koji je u potpunosti privatna stvar. ESLJP se s tim nije složio smatrajući da je država odgovorna da **kroz svoje sudove** osigura neophodnu zaštitu prava utvrđenih Konvencijom onda kada se na uživanje tih prava negativno odražavaju sporovi između fizičkih lica.²²²

217 *Guincho v. Portugal*, presuda od 10. jula 1984, br. 8990/80, stav 40.

218 *Plattform „Ärzte für das Leben“ v. Austria*, presuda od 21. juna 1988, br. 10126/82, stav 32.

219 *Osman v. the United Kingdom*, [Veliko veće] presuda od 28. oktobra 1998, br. 23452/94.

220 *Id.*, stav 116.

221 *Hoffmann v. Austria*, presuda od 23. juna 1993, br. 12875/87.

222 *Id.*, stavovi 32–36.

Poglavlje 3.

Kratak vodič kroz sistem ESLJP-a

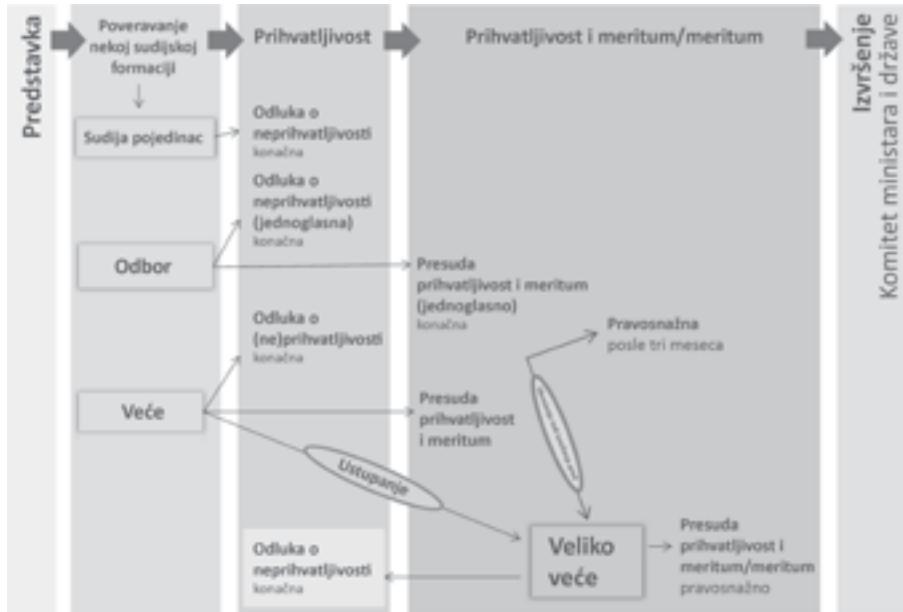
Ovo poglavlje sadrži opšti pregled načina na koji funkcioniše sistem Evropskog suda za ljudska prava, od trenutka kada se podnese predstavka sve do trenutka koji sledi po izricanju pravnosnažne presude. Cilj ovog poglavlja nije da se iznese temeljna prezentacija postupka koji se vodi pred ESLJP, već da se čitalac upozna s glavnim sredstvima koja ESLJP koristi u svome radu i da se olakša primena tih odluka i presuda u unutrašnjem pravnom poretku. Stoga prvi pododeljak sadrži pregled puta koji prelazi predstavka, a više pažnje je posvećeno drugom i trećem pododeljku, u kojima se predočavaju različiti načini na koje Sud odlučuje i na primerima ukazuje na važnost faze koja nastupa po izricanju presude.

I. Put koji prelazi predstavka

Nakon što se predstavka podnese Sekretarijatu, predmet se dodeljuje nekoj sudskoj formaciji, bilo sudiji pojedincu, bilo odboru ili veću, zavisno od okolnosti (vidi Odeljak II, dole), koji će odlučiti o prihvatljivosti predstavke. Danas se pitanje prihvatljivosti i meritum predstavke najčešće razmatraju zajedno i o njima se tako, zajedno, i odlučuje. Stoga je odluka koja se donosi isključivo o prihvatljivosti u gotovo svim slučajevima jednostavna odluka kojom se predstavka proglašava neprihvatljivom, osim ukoliko se njome ne pokreće neko važno pitanje u pogledu prihvatljivosti (npr. *Banković protiv Belgije i drugih*²²³). Ako se ne postigne prijateljsko poravnanje ili ako odbor od tri sudije izrekne presudu o meritumu (vidi Odeljak II, dole), neko veće ESLJP-a će početi da razmatra predmet. Veće će izreći presudu osim ukoliko ne ustupi nadležnost Velikom veću po osnovu člana 30 (vidi Odeljak II, dole). Stranke imaju pravo da zahtevaju da se predmet iznese pred Veliko veće u roku od tri meseca od dana donošenja presude veća. Ako se takav zahtev prihvati, Veliko veće odlučuje o predmetu i donosi pravnosnažnu presudu. Pravnosnažne presude se dostavljaju Komitetu ministara Saveta Evrope (u daljem tekstu: Komitet ministara), koji je nadležan za to da nadgleda kako tužena država izvršava presudu (član 46 stav 2).²²⁴

²²³ *Banković and Others v. Belgium and Others*, [Veliko veće] odluka od 12. decembra 2001, br. 52207/99.

²²⁴ Komitet ministara je statutarni organ Saveta Evrope, koji je ovlašćen da odlučuje i u čijem su sastavu predstavnici vlada 47 zemalja članica. Njegova ovlašćenja u pogledu nadgledanja izvršenja presuda ESLJP-a uredena su Poslovnikom Komiteta ministara za nadgledanje izvršenja presuda i uslova prijateljskih poravnaja, u daljem tekstu: Poslovnik Komiteta. U obavljanju tog zadatka Komitetu pomaže Odeljenje ESLJP-a za izvršenje presuda.



II. Glas ESLJP-a

i. Sredstva koja ESLJP koristi prilikom odlučivanja

Od trenutka kada je predstavka dodeljena nekoj formaciji, ESLJP u svakoj od tih različitih formacija, zavisno od okolnosti datog predmeta i faze u postupku, odlučuje o prihvatljivosti i, gde je to primereno, o meritumu predstavke, koristeći sledeća sredstva u raspravi:

a. Odluke: prihvatljivost

Sud odlučuje o prihvatljivosti nekog predmeta *odlukom*. Odluke o neprihvatljivosti su **konačne**.

Uslovi prihvatljivosti utvrđeni su u članu 35 i podrazumevaju da su svi unutrašnji pravni lekovi iscrpeni, kao i rok od šest meseci²²⁵ od dana kada je na domaćem nivou doneta pravnosnažna odluka (član 35 stav 1). Dalji uslovi prihvatljivosti utvrđeni su u stavovima 2 i 3 tog člana u pogledu pojedinačnih predstavki. Ti uslovi obuhvataju zahtev da predstavka ne bude anonimna i da je prethodno nije razmatrano ESLJP, niti je već podneta nekoj drugoj međunarodnoj instanci radi ispitivanja,

225 Taj rok će biti skraćen na četiri meseca kada stupa na snagu Protokol br. 15.

osim ukoliko sadrži relevantne nove informacije. Osim toga, predstavka ne može biti nespojiva sa odredbama Konvencije ili protokola uz nju, ne može biti očigledno neosnovana i ne može predstavljati zloupotrebu prava na predstavku. ESLJP obično daje konkretno saopštenje u vezi s pitanjem o tome da li je predstavka u celini ili određena pritužba po njoj očigledno neosnovana. To je mahom pitanje o tome da li, nakon prethodne procene suštine predmeta, više ništa ne ukazuje na povredu, pa stoga nema potrebe da se dalje ispituje meritum predstavke.

Protokolom br. 14 dodat je drugi deo stavu 3 člana 35, kojim je uveden još jedan uslov prihvatljivosti, onaj kojim se zahteva da je podnositelj predstavke značajnije oštećen (član 35 stav 3 tačka b). Kao inspiracija za taj deo poslužilo je načelo *de minimis non curat praetor (sudija se ne stara o sitnicama)* i zasnovano je na „ideji o tome da povreda prava mora dosegnuti minimalni nivo težine da bi zavredela da o njoj raspravlja jedan međunarodni sud“ (*Koroljev protiv Rusije*).²²⁶ Međutim, u taj deo stava 3 unete su i dve „zaštitne odredbe“²²⁷ kako bi se osiguralo da čak i tamo gde podnositelj predstavke nije značajnije oštećen, ESLJP nastavi da razmatra meritum predmeta: (i) ako poštovanje ljudskih prava ustanovljenih Konvencijom i protokolima uz nju ne zahteva da se ispituje suština predstavke ili (ii) ukoliko slučaj nije prethodno s dužnom pažnjom razmotrio domaći sud. Treba, međutim, imati na umu da će taj drugi uslov biti uklonjen kada bude stupio na snagu Protokol br. 15.

Nadležnost ESLJP-a *ratione personae, ratione materiae, ratione loci i ratione temporis* (vidi Poglavlje 1) razmatra se kao deo prihvatljivosti slučaja, pre svega u odnosu na uslov utvrđen u članu 35 stav 1 tačka a, koji se odnosi na spojivost predstavke sa odredbama Konvencije ili protokola uz nju.

Obratite pažnju da, ako se postigne prijateljsko poravnjanje, ESLJP takođe *odlukom* skida predmet sa svoje liste (član 39).

Nadležnost za donošenje odluka:

- **Sudija pojedinac:** Neprihvatljivost pojedinačne predstavke može biti proglašena ako se takva odluka može doneti bez daljeg ispitivanja (član 27), na primer, onda kada je jasno da nisu iscrpeni domaći pravni lekovi. Takve odluke se ne objavljaju; podnositelj predstavke se obaveštava pismom u kome se ne iznose detalji razloga za donošenje te odluke. Ako predstavka nije očigledno neosnovana, onda sudija pojedinac ustupa predstavku

226 *Korolev v. Russia*, presuda od 1. jula 2010, br. 25551/05, str. 4.

227 Eksplanatorni izveštaj za Protokol br. 14 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, kojim se ispravlja i dopunjuje kontrolni sistem Konvencije.

odboru od troje sudija ili veću; sudija pojedinac nema ovlašćenje da sam proglaši predstavku prihvatljivom.

- **Odbori od troje sudija:** Neprihvatljivost pojedinačne predstavke može biti proglašena ako se odluka doneše jednoglasno, onda kada ona može biti doneta bez daljeg ispitivanja (član 28 stav 1 tačka a). Ako odbor ne može da doneše jednoglasnu odluku, predmet se upućuje veću.
- **Veće (7 sudija):** Kada je reč o pojedinačnim predstavkama, ako gore navedene sudske formacije nisu donele nikakvu odluku po osnovu članova 27 ili 28 ili ako odbor nije izrekao nikakvu presudu saglasno članu 28 (vidi dole), onda veće u sastavu od sedam sudija odlučuje o prihvatljivosti pojedinačne predstavke; ono obično odlučuje zajedno i o prihvatljivosti i o meritumu, ali je ovlašćeno da to učini i odvojeno. Veće je nadležno da odlučuje i o prihvatljivosti međudržavnih predstavki; u takvim slučajevima, veće zasebno odlučuje o prihvatljivosti, osim kada, u izuzetnim slučajevima, odluči suprotno.
- **Veliko veće (17 sudija):** Kada nadležnost nad nekim predmetom preuzme Veliko veće (vidi dole u delu koji se odnosi na presude), ono samo može doneti odluku o prihvatljivosti predstavke, jer je u članu 35 stav 4 utvrđeno da predstavke mogu biti odbačene kao neprihvatljive „u svakoj fazi postupka”.

b. Presude: meritum

Sud *presudom* odlučuje o meritumu predmeta.

Nadležnost za izricanje presude:

- **Odbor od troje sudija:** Odbor može izreći presudu o meritumu predmeta koji proističe iz pojedinačne predstavke ako je osnovno pitanje koje se u tom predmetu postavlja već predmet utvrđene sudske prakse ESLJP-a (član 28 stav 1 tačka b). Na primer, držanje u policijskoj stanicici između jednog i tri meseca lica koja su pritvorena ili lišena slobode do proterivanja ocenjeno je u više navrata kao ponašanje koje je protivno članu 3 Konvencije zbog toga što u policijskim stanicama ne postoje uslovi za to (npr. *Jatropulos i drugi protiv Grčke*²²⁸). Presude odbora su konačne.

228 *Iatropoulos and Others v. Greece*, (odbor Prvog odeljenja) presuda od 20. aprila 2017, br. 23262/13, stav 38.

- **Veće (7 sudija):** Veće izriče presude o meritumu pojedinačnih i međudržavnih predstavki. Stranke imaju rok od tri meseca od dana donošenja presude veća da zahtevaju da se predmet iznese pred Veliko veće kako bi ga ono iznova razmotrilo. Zahteve za raspravu pred Velikim većem razmatra kolegijum sudija koji odlučuje da li je zahtev prihvatljiv (član 43). Presuda postaje pravnosnažna pod uslovima utvrđenim u članu 44 stav 2.
- **Veliko veće (17 sudija):** Veliko veće izriče presude onda kada mu je veće ustupilo nadležnost saglasno članu 30 (kada se u predmetu pokreće neko ozbiljno pitanje ili ako rešenje pitanja pred većem može da dovede do rezultata koji nije u saglasnosti s prethodnom sudskom praksom) ili kada je predmet iznet pred njega na osnovu zahteva stranke saglasno članu 43. Presude Velikog veća su pravnosnažne.

c. Pilot-presude: repetitivni ili istovetni slučajevi

Sud može pokrenuti postupak donošenja pilot-presude i doneti pilot-presudu kada činjenice u vezi s predstavkom koja je podneta Sudu ukazuju na to da u državi ugovornici postoji strukturni ili sistemski problem ili neki sličan funkcionalni poremećaj koji je doveo ili može dovesti do sličnih predstavki.²²⁹ Sud ispituje jednu ili više takvih predstavki, dok se ispitivanje ostalih takvih predstavki odlaže. U svojoj presudi ESLJP poziva tuženu državu da uskladi domaće zakonodavstvo s Konvencijom i ukazuje na opšte mere koje s tim u vezi treba da preduzme.

ii. Savetodavna mišljenja

Kako zasad stoje stvari, savetodavna mišljenja, saglasno članovima 46 ili 47, može da zatraži Savet ministara. Dosad nije dato nijedno savetodavno mišljenje u vezi sa izvršenjem presuda saglasno članu 46, ali se очekuje da se ta situacija promeni. Nakon što stupa na snagu Protokol br. 16, najviši sudovi i tribunali visoke strane ugovornice Konvencije imaće mogućnost da zatraže od Suda savetodavno mišljenje o načelnim pitanjima u vezi s tumačenjem ili primenom prava i sloboda utvrđenih u Konvenciji.

229 Vidi Pravilo 61 Poslovnika Suda.

III. Po izricanju presude

i. Pravna obaveza države da izvrši presude ESLJP-a

Visoke strane ugovornice su dužne da se poinju pravnosnažnoj presudi Suda u svakom predmetu u kome su stranke (član 46 stav 1). Formalno gledano, samo tužena država je dužna da se poinju pravnosnažnoj presudi i izvrši je. Međutim, važno je da i ostale države izvuku zaključke iz te presude kako bi, ako se suoči sa sličnim problemom, izbegle da i one na kraju budu proglašene krivima za kršenje Konvencije (vidi Odeljak IV ovog priručnika).

Posvećujući pažnju sadržaju obaveze za izvršenje pravnosnažne presude po članu 46, ESLJP je u više navrata zaključio da se to ne ograničava samo na isplatu oštećenoj strani novčanog iznosa koji joj je dodeljen na ime pravičnog zadovoljenja; to sadrži i „obaveznu da se preduzmu dalje pojedinačne i/ili, ako je to primereno, opšte mere u unutrašnjem pravnom poretku kako bi se stalo na put povredi prava koju je ESLJP ustanovio i kako bi se otklonile njene posledice“.²³⁰ U skladu s tim, obaveza izvršenja presude obuhvata sledeće:

a. Obaveza da se isplati odšteta oštećenoj strani na ime pravičnog zadovoljenja – član 41

Pravično zadovoljenje utvrđuje ESLJP i ono se može dosuditi na ime:

- a) materijalne štete, što može obuhvatiti naknadu i za stvarno pretrpljeni gubitak i za gubitak ili umanjene dobiti koja se može očekivati u budućnosti;
- b) nematerijalne štete;
- c) sudskih i ostalih troškova, što su troškovi koje je snosila oštećena strana (i na domaćem nivou i u postupku koji je vođen pred ESLJP-om) nastojeći da spreči povredu prava po Konvenciji ili nastojeći da za tu povredu dobije obeštećenje.

b. Druge pojedinačne mere

Tužena država ima obavezu da oštećenu stranu, koliko god je to moguće, doveđe u istu situaciju u kojoj je ona bila pre nego što je nastupila povreda Konvencije (*restitutio in integrum*).²³¹ U tom cilju mogu biti potrebne i dodatne pojedinačne mere

230 Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgtT) v. Switzerland (No. 2), [Veliko veče] presuda od 30. juna 2009, br. 32772/02, stav 85.

231 To je načelo koje je usvojio ESLJP i koje je Komitet ministara primenio u nekoliko svojih rezolucija (Eksplanatorični memorandum uz Preporuku br. R [2000] 2).

pored pravičnog zadovoljenja. Pojedinačne mere, kao i opšte mere (više o njima dole), obično se utvrđuju u fazi izvršenja presude pod nadzorom Komiteta ministara; ESLJP samo izuzetno ukazuje na konkretnе mere (vidi dole u pododeljku ii. ovog odeljka).

Primeri obuhvataju sledeće: „brisanje nepravedno dosuđene osuđujuće krivične presude iz krivičnog dosijea, izdavanje boravišne dozvole ili ponovno otvaranje spornog postupka pred domaćim sudovima”.^{232, 233} Ostali primeri su oslobođanje onih lica za koja je ustanovljeno da su nezakonito lišena slobode, omogućavanje kontakta između roditelja i deteta u sistemu socijalnog staranja ili obnavljanje prava roditelja da viđa dete.

c. Opšte mere

Država ima obavezu (na osnovu člana 46 stav 1 i člana 1) da donese opšte mere kako bi sprečila nova kršenja prava po Konvenciji slična onima koja su ustanovljena ili da stane na put kontinuiranim kršenjima prava po Konvenciji.

Primeri obuhvataju: „zakonodavne ili regulatorne izmene, promene u sudskoj ili upravnoj praksi ili objavljivanje presude ESLJP-a na jeziku tužene države i njeno dostavljanje nadležnim vlastima”.²³⁴ Opšte mere takođe mogu obuhvatiti „praktične mere, kao što je renoviranje zatvora, povećanje broja sudija ili zatvorskog osoblja ili poboljšanja u upravnim procedurama”.²³⁵

ii. Ko bira pojedinačne i opšte mere?

Tužena država je, u načelu, slobodna da izabere i predloži pojedinačne i opšte mere koje namerava da usvoji, pod uslovom da su te mere kompatibilne sa zaključcima

232 Ti primeri su uvršteni u Pravilo 6 Poslovnika Komiteta ministara.

233 S obzirom na pravne teškoće koje iskrasavaju u različitim nacionalnim sistemima u vezi s ponovnim otvaranjem postupaka, Komitet ministara je doneo Preporuku br. R (2000) 2. Informacije u vezi s mogućnostima koje postoje u okviru različitih nacionalnih sistema za reviziju ili ponovno otvaranje postupka nakon što je ESLJP izrekao presudu mogu se naći na web-sajtu Saveta Evrope: <https://www.coe.int/en/web/human-rights-intergovernmental-cooperation/echr-system/implementation-and-execution-judgments/reopening-cases>.

234 Te vrste opštih mera pominju se u Pravilu br. 6 Poslovnika Komiteta ministara.

235 Godišnji izveštaj za 2007. godinu Komiteta ministara u vezi s nadzorom nad izvršenjem presuda i odluka Evropskog suda za ljudska prava, str. 16. Primeri opštih mera koje su preporučene odredenim zemljama nakon presude ESLJP-a ili mera koje su odredene zemlje usvojile nakon presude ESLJP-a mogu se naći u tom i drugim godišnjim izveštajima Komiteta ministara, koje objavljuje Odeljenje za izvršenje presuda ESLJP-a (<https://www.coe.int/en/web/execution/annual-reports>).

utvrđenim u presudi ESLJP-a. To se radi **pod nadzorom Komiteta ministara**, kome država o kojoj je reč mora podneti „akcioni plan” u kome će ukazati na to koje mere namerava da preduzme ili koje je već preduzela nastojeći da izvrši određenu presudu ESLJP-a. „Akcioni izveštaj” se podnosi kada su sve te mere preduzete. Nadzor se završava time što Komitet ministara donosi konačnu rezoluciju, pošto su sve neophodne mere sprovedene.²³⁶

Uloga ESLJP-a u pogledu izbora mera neophodnih da se stane na put daljem kršenju Konvencije i da se otklone posledice tog kršenja jeste **supsidijarna**. U tom smislu, ESLJP je naglasio da njegova nadležnost po članu 41 da pruži pravično zadovoljenje oštećenoj stranci ima za cilj isključivo obeštećenje za štetu koja se ni na koji drugi način ne može otkloniti (*Skocari i Dunta protiv Italije*²³⁷).

U određenim okolnostima, međutim, ESLJP je učinio još jedan korak i ukazao na tip mera koje država treba da budu utvrdi, upravo u slučajevima kada postoje sistematski problemi (na primer, u predmetu *Suljagić protiv Bosne i Hercegovine*,²³⁸ u kome se radilo o problemu devizne štednje deponovane pre raspada Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije; tu je Sud izričito saopšto koje mere moraju biti donete: moraju se izdati vladine obveznice i isplatiti sve zaostale rate, kao i zatezna kamata u slučaju kašnjenja u isplati u roku od šest meseci od pravnosnažne presude ESLJP-a,²³⁹ vidi takođe *Manušaće Puto i drugi protiv Albanije*²⁴⁰). U nekim drugim slučajevima, ESLJP je naglasio da je priroda povrede takva da uopšte ne ostavlja nikakav izbor u pogledu mera koje moraju biti preduzete (na primer, u predmetu *Asanidze protiv Gruzije*,²⁴¹ ESLJP je stao na stanovište da se s obzirom na hitnu potrebu da se prestane s kršenjem člana 5 stav 1 i člana 6 stav 1 mora obezbediti da podnositelj predstavke bude najranije moguće pušten na slobodu²⁴²).²⁴³

236 Za temeljniji uvid u postupak nadzora, vidi: <https://www.coe.int/en/web/execution/the-supervision-process>.

237 *Scozzari and Giunta v. Italy*, [Veliko veće] presuda od 13. jula 2000, br. 39221/98 i 41963/98, stavovi 249–250.

238 *Suljagić v. Bosnia and Herzegovina*, presuda od 3. novembra 2009, br. 27912/02.

239 *Id.*, stav 64.

240 *Manushaqe Puto and Others v. Albania*, presuda od 31. jula 2012, br. 604/07 i druge.

241 *Assanidze v. Georgia*, [Veliko veće] presuda od 8. aprila 2004, br. 71503/01.

242 *Id.*, stavovi 202–203.

243 Vidi *Khodorkovskiy v. Russia*, presuda od 31. maja 2011, br. 5829/04, stav 270, gde je ESLJP ponovio da će samo izuzetno „nastojati da ukaže na vrstu mera koje bi mogle biti preduzete” i pritom je naveo primere vrsta predmeta u kojima je on to ranije činio.

iii. Uloga ESLJP-a i uloga domaćih sudova nakon donošenja pravnosnažne presude

Komitet ministara je nadležan za nadzor nad izvršenjem presuda ESLJP-a i za to da obezbedi da se tužena država poviňuje svojim gore pomenutim obavezama. ESLJP je nadležan da se bavi pitanjima koja se odnose na izvršenje presude samo u sledećim slučajevima:

- a) Kada Komitet ministara smatra da postoji problem tumačenja pravnosnažne presude koji ga koči u nadgledanju njenog izvršenja. U tom slučaju, on se može obratiti Sudu saglasno **članu 46 stav 3** radi donošenja odluke povodom pitanja **tumačenja**. Ta mogućnost je uvedena Protokolom br. 14 i do sada nije primenjena.
- b) Ako Komitet ministara smatra da neka država odbija da se poviňuje pravnosnažnoj presudi, on može da pokrene **postupak zbog neizvršenja (infringement proceedings)** saglasno **članu 46 stav 4**, obraćajući se Sudu pitanjem da li je ta država propustila da ispuni svoju obavezu po članu 46 stav 1. To ovlašćenje Komiteta ministara utvrđeno je Protokolom br. 14 i ono može biti primenjeno samo u izuzetnim okolnostima. Očekivalo se da će samo postojanje takvog postupka i pretnja njegovim korišćenjem poslužiti kao delotvoran novi podsticaj za izvršenje presuda ESLJP-a.²⁴⁴

Komitet ministara je prvi put primenio svoje ovlašćenje po tom članu sa svim nedavno, kada je pokrenuo postupak zbog neizvršenja presude protiv Azerbejdžana²⁴⁵ zbog toga što se ta zemlja nije poviňovala pravnosnažnoj presudi ESLJP-a u predmetu *Ilgar Mamadov protiv Azerbejdžana*.²⁴⁶ Komitet ministara je prethodno pozvao na hitno i bezuslovno puštanje na slobodu podnosioca predstavke koji je i dalje u zatvoru uprkos tome što je ESLJP ustanovio suštinske manjkavosti u krivičnom postupku.

Osim gore navedenih slučajeva, ESLJP nije uključen u izvršenje svojih pravnosnažnih presuda; kao što je već naglašeno, nadzor nad izvršenjem presuda je zadatak Komiteta ministara. To, međutim, ne znači da se ESLJP nikada ne može baviti relevantnim novim informacijama u kontekstu **nove predstavke**.

244 Eksplanatori izveštaj za Protokol br. 14 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, kojim se menjaju kontrolni sistem Konvencije, stavovi 99–100.

245 Privremena rezolucija CM/ResDH(2017)429, usvojena 5. decembra 2017.

246 *Ilgar Mammadov v. Azerbaijan*, presuda od 22. maja 2014, br. 15172/13.

ESLJP je naročito smatrao da je nadležan da razmatra pritužbe u vezi s neizvršenjem određene presude onda kada postoje činjenice koje ukazuju na dodatnu povredu prava. Na primer, u predmetu *Ferain gegen Tiefabriken Švajc* (VgT – Udrženje za zaštitu životinja) protiv Švajcarske (br. 2),²⁴⁷ ESLJP je ustanovio da je odbijanje domaćeg suda da ponovo otvori postupak i revidira svoju presudu kojom je bilo zabranjeno emitovanje reklamnog priloga, a za koju je već utvrdio da predstavlja povredu Konvencije, bilo utemeljeno na novim osnovama koje nije razmatrao u svojoj prvobitnoj presudi; stoga je mogao da razmatra novu predstavku.²⁴⁸

Slično tome, ESLJP je stao na stanovište da je nadležan da ispita pritužbe u vezi s merama koje je preduzela tužena država da ispravi povredu za koju je Sud ustanovio da postoji onda kada te mere otvaraju novo pitanje o kome nije odlučivao u prvobitnoj presudi. U predmetu *Meemi protiv Francuske*,²⁴⁹ ESLJP je stao na stanovište da je izvršenje naloga za trajnu zabranu ulaska na teritoriju Francuske predstavljalo nesrazmerno mešanje u ostvarivanje njegovog prava na poštovanje privatnog i porodičnog života. U potonjem predmetu *Meemi protiv Francuske* (br. 2),²⁵⁰ iako na kraju nije ustanovio novu povredu prava, ESLJP je ostvario svoju nadležnost i ispitao da li su mere u odnosu na imigracioni status podnosioca predstavke koje je država preduzela nakon prve presude koju je on doneo predstavljalje novu povredu prava.²⁵¹

Na osnovu istog tog argumenta, ESLJP je takođe stao na stanovište da, u kontekstu kontinuiranog kršenja prava po Konvenciji i nakon što je on o tome doneo presudu, on može da razmotri drugu predstavku koja se odnosi na povredu tog prava u potonjem periodu. Na primer, u predmetu *Ivančok i drugi protiv Moldavije i Rusije*,²⁵² podnosioci predstavke su ostali u pritvoru i nakon što je ESLJP ustanovio da je njihov pritvor nezakonit i zatražio od tužene države da se oni hitno puste na slobodu; to što su ostali u pritvoru i posle prvobitne presude ESLJP-a smatrano je novom povredom prava.²⁵³

U suštini, gore navedeno znači da će se sve dok država ne bude propisno izvršila presudu, smatrati da ona i dalje krši Konvenciju i biće u obavezi da isplati naknadu i obezbedi pravično zadovoljenje.

247 *Verein gegen Tierfabriken Schweiz* (VgT) v. Switzerland (No. 2), [Veliko veće] presuda od 30. juna 2009, br. 32772/02.

248 *Id.*, stavovi 64–68.

249 *Mehemi v. France*, presuda od 26. septembra 1997, br. 25017/94.

250 *Mehemi v. France* (br. 2), presuda od 10. aprila 2003, br. 53470/99.

251 *Id.*, stavovi 43–44.

252 *Ivančok and Others v. Moldova and Russia*, presuda od 15. novembra 2011, br. 23687/05.

253 *Id.*, stavovi 91–93.

Nedavno je, međutim, postavljena granica za takav pristup kada je reč o sličnim predstavkama različitih podnositaca koji se žale zbog povrede proistekle iz istog sistematskog problema s kojim se domaće vlasti nisu uhvatile u koštač uprkos tome što je ESLJP doneo pilot-presudu. U predmetu *Burmič i drugi protiv Ukrajine*,²⁵⁴ ESLJP je jasno stavio do znanja da više neće po ubrzanom, pojednostavljenom zbirnom postupku razmatrati mnogobrojne takozvane predstavke po uzoru na *Ivanova*²⁵⁵ koje su već podnete ili koje će biti podnete, po ubrzanom, pojednostavljenom zbirnom postupku (taj postupak je ograničen na izjavu o povredi prava i dosuđivanju pravičnog zadovoljenja); postojala je opasnost da to preraste u mehanizam pomoći koga će ESLJP umesto ukrajinskih vlasti dodeljivati naknadu, što je protivno načelu supsidijarnosti.²⁵⁶ ESLJP je priznao da deli odgovornost s državama za delotvorno sprovođenje Konvencije, ali je naglasio da su njegove „nadležnosti utvrđene u članu 19 Konvencije, dok je njegova uloga utvrđena u članu 46 Konvencije i u kontekstu postupka donošenja pilot-presuda ta ovlašćenja se ne proširuju i na to da on postane nadležan za izvršenje sopstvenih presuda”²⁵⁷

Gore pomenuta presuda je sasvim skorašnja i ostaje da se vidi u kojoj će meri ona izmeniti opšti pristup ESLJP-a sličnim slučajevima koji slede po donošenju pilot-presude.²⁵⁸ Ono što je, međutim, sigurno, kada je reč o bilo kojoj pravnosnažnoj presudi koju izrekne Sud, jeste da odgovornost za njeno valjano izvršenje snose tužena država i njene vlasti. U toj tački **ključnu ulogu imaju domaći sudovi**. To naročito važi u slučajevima u kojima se traži ponovno otvaranje postupka ili u slučajevima kada pojedinačne mere koje je ESLJP preporučio zahtevaju da odluke donesu domaći sudovi (npr. u slučajevima kada roditeljima treba omogućiti susrete s detetom) ili kada su domaći sudovi pozvani da primene i protumače novo zakonodavstvo koje je doneto kao opšta mera nakon presude ESLJP-a ili kada oni sami treba da prilagode svoju sudsку praksu nakon presude ESLJP-a u kojoj je utvrđeno da se sprovođenjem postojećeg zakonodavstva krše prava po Konvenciji.

254 *Burmych and Others v. Ukraine*, [Veliko veće] presuda (izbrisana sa liste) od 12. oktobra 2017, br. 46852/13, 47786/13, 54125/13, 56605/13 i 3653/14.

255 Slučajevi u kojima se otvaraju pitanja slična onima koja su razmatrana u pilot-presudi u predmetu *Yuriy Nikoleyevich Ivanov v. Ukraine*, presuda od 15. oktobra 2009, br. 40450/04, gde se radilo o dugotrajnom neizvršenju domaćih odluka u Ukrajini.

256 *Burmych and Others v. Ukraine*, *supra note* 27, stav 155.

257 *Id.*, stav 193.

258 Na kraju krajeva, ESLJP je jasno saopštio da može preispitati situaciju u roku od dve godine od izricanja presude kako bi ustanovio da li su u međuvremenu nastupile okolnosti koje bi opravdale razmatranje predstavki koje su tom odlukom bile izbrisane s liste predstavki (stav 223).

Uloga domaćih sudova je podjednako važna kada je reč o tome da oni treba da se postaraju da se sprovode presude koje sami donose: odugovlačenje ili neizvršenje presude domaćeg suda može samo po sebi predstavljati povredu Konvencije (vidi, na primer, *Burmič i drugi protiv Ukrajine*,²⁵⁹ gore pomenuto). U tom smislu, ESLJP je naglasio da bi pravo na sud bilo iluzorno ako bi unutrašnji pravni poredak neke visoke strane ugovornice dopustio da pravnosnažna, obavezujuća sudska odluka ostane neizvršena na štetu jedne strane (*Hornsby protiv Grčke*²⁶⁰). Upravni organi sagledani kao celina čine jedan element države koji podleže vladavini prava. Prema tome, kada vlasti odbiju da se povinuju presudi nekog domaćeg suda ili propuste da je izvrše ili čak odugovlače njeno izvršenje, država će biti proglašena krivom za povredu člana 6 Konvencije (*Asanidze protiv Gruzije*,²⁶¹ gde se takođe upućuje na presudu u predmetu *Hornsby protiv Grčke*).

259 *Burmych and Others v. Ukraine*, [Veliko veće] presuda (obrisana s liste) od 12. oktobra 2017, br. 46852/13, 47786/13, 54125/13, 56605/13 i 3653/14.

260 *Hornsby v. Greece*, presuda od 19. marta 1997, br. 18357/91, stav 40.

261 *Assanidze v. Georgia*, [Veliko veće] presuda od 8. aprila 2004, br. 71503/01, stav 183.

Poglavlje 4.

Primena sudske prakse ESLJP-a u domaćem odlučivanju: načela i smernice

Primena sudske prakse ESLJP-a u domaćem odlučivanju počiva na sledećim činiocima:

- Inkorporiranje načela Konvencije u unutrašnji pravni poredak;
- Valjano pozicioniranje argumenata koji se iznose na osnovu Konvencije u domaćem odlučivanju;
- Priznavanje i konceptualizacija načela supsidijarnosti i unutrašnje polje slobodne procene u praksi.

Ti faktori se mogu tumačiti kao koraci u postupku primene prava po Konvenciji u unutrašnjem pravnom poretku. Neki od njih predstavljaju obaveze ili zahteve koji se postavljaju domaćem zakonodavstvu, drugi su konkretni zahtevi koji se upućuju izvršnoj vlasti, a svi oni imaju (barem izvestan) značaj za sudijsko odlučivanje u nekom konkretnom predmetu. U svakom slučaju, ti činioci predstavljaju skup zahteva za poboljšanje primene međunarodnog prava ljudskih prava, što svakom unutrašnjem pravnom poretku omogućuje da pronađe svoj način povezivanja onome što se u zakonskom i jurisprudencijskom smislu uvodi tim pravom.

I. Inkorporiranje načela Konvencije u unutrašnji pravni poredak

Postoje različiti modeli ili ustavni režimi za inkorporiranje prava po Konvenciji u unutrašnji pravni poredak. U nekim pravnim sistemima položaj prava po Konvenciji sledi način inkorporiranja opšteg međunarodnog javnog prava, dok drugi pravni sistemi priznaju specifičnu prirodu Konvencije kao „sastavnog instrumenta evropskog javnog reda u oblasti ljudskih prava”.²⁶² Tako je neophodno da se u svakoj situaciji u kojoj je pravo po Konvenciji relevantno za domaće procese odlučivanja posmatra sledeće:

- kako Ustav rešava pitanje inkorporiranja međunarodnog prava u unutrašnji pravni poredak;
- (konkretan) položaj i prirodu prava po Konvenciji u sklopu takvog rešenja.

²⁶² *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, [Veliko veće] presuda od 30. juna 2005, br. 45036/98.

i. Ustavno rešenje za inkorporiranje međunarodnog prava

• Dva opšta modela: monistički i dualistički

Uopšteno govoreći, postoje dve tradicionalne teorije ili načina za ugrađivanje međunarodnih ugovora u unutrašnji pravni poredak: monistička i dualistička teorija. Zavisno od teorije koje se pridržavaju, unutrašnji pravni sistemi se obično označavaju kao *monistički* ili *dualistički sistemi*.²⁶³

Monistički sistemi tumače međunarodno i unutrašnje pravo kao dva komplementarna *dela jedinstvenog sistema*. Državni organi i privatna lica vezani su unutrašnjim i međunarodnim pravom. Štaviše, privatna lica se mogu pozvati na svoja prava po međunarodnom pravu i zahtevati od domaćih vlasti da poštuju svoje međunarodne pravne obaveze.²⁶⁴ U monističkom sistemu, kada je reč o poštovanju međunarodnog prava, težište se stavlja na sudove koji mogu neposredno da primenjuju to pravo kada odlučuju o konkretnom predmetu.

U stvarnosti, neposredna primena međunarodnog prava, između ostalog, zavisi od sledećih uslova:

- da je ugovor o kome je reč stekao kao takav obavezujuću snagu;
- da je prihvaćen u unutrašnjem pravnom poretku kroz relevantan skupštinski postupak (kao što je ratifikacija, odnosno potvrđivanje);
- da je postao dostupan javnosti onako kako je to utvrđeno unutrašnjim pravom.²⁶⁵

U **dualističkim sistemima**, međunarodno i unutrašnje pravo su **dva odvojena i različita** pravna poretku. Obaveze po međunarodnom ugovoru rezultat su

263 Više o tome vidi u: A. Abashidze, „The Relationship between International Law and Municipal Law: Significance of Monism and Dualism Concepts”, („Odnos između međunarodnog prava i unutrašnjeg prava: Značaj monističke i dualističke koncepcije”), u M. Novaković (ed.), *Basic Concepts of Public International Law* (PF, IUP, IMPP, Beograd, 2013), str. 23–33.

264 Pod uslovom, razume se, da je međunarodni ugovor o kome je reč takav da sadrži pravila koja se neposredno primenjuju. Kada je reč o ugovorima čije se odredbe neposredno primenjuju, vidi, na primer L. Henry, „When Is a Treaty Self-Executing”, („Kada se neki ugovor neposredno primenjuje”), 27(7) *Michigan Law Review* (1929), str. 776–785.

265 Više o tome vidi u: Evropska komisija za demokratiju putem prava (Venecijanska komisija), *Comments on the implementation of international human rights treaties in domestic law and the role of courts* (Komentari o primeni međunarodnih ugovora iz oblasti ljudskih prava u unutrašnjem pravnom poretku i uloga sudova) (CDL(2014)050), 2014.

uzajamnog razumevanja između suverenih država. Prema tome, pravna pravila koja se na taj način usvoje mogu proizvesti pravne posledice samo ako ih parlament države o kojoj je reč transformiše u domaći zakon. Stoga se smatra da domaći zakonodavac ima primat i državne vlasti i privatna lica obavezani su međunarodnim pravom u onoj mjeri u kojoj je to međunarodno pravo implementirano u unutrašnjem pravnom poretku. Iz toga takođe sledi da se, kada je reč o poštovanju međunarodnog prava, težište stavlja na zakonodavca.

- ***Inkorporiranje međunarodnih ugovora u unutrašnji pravni poredak zemalja regionala***

Sve zemlje regionala opredelile su se za monistički sistem. Odgovarajuće ustavne odredbe mogu se videti na sledećoj tabeli:

Zemlja	Ustavna odredba
Albanija	<p>Ustav Republike Albanije Član 122</p> <p>1. Svaki međunarodni ugovor koji je ratifikovan postaje deo unutrašnjeg pravnog porekla nakon što bude objavljen u „Službenom listu Republike Albanije”. Primenuje se neposredno, osim u slučajevima kada nije moguća neposredna primena, već je za njegovo sprovođenje potrebno doneti zakon. Izmene, dopune i odluke o derrogaciji zakona donose se natpolovičnom većinom svih poslanika Skupštine, a istom većinom se ratifikuju i međunarodni ugovori.</p> <p>2. Međunarodni ugovor koji je ratifikovan u skladu sa zakonom ima primat u odnosu na nacionalne zakone koji s njim nisu uskladeni.</p> <p>3. Norme koje utvrde međunarodne organizacije imaju primat, u slučaju kolizije, nad nacionalnim zakonima kada ugovor koji je ratifikovala Republika Albanija radi učešća u toj organizaciji izričito predviđa direktnu primenljivost normi koje je utvrdila ta organizacija.</p>

Bosna i Hercegovina	<p>Opšti okvirni sporazum o miru u Bosni i Hercegovini</p> <p>Aneks 4: Ustav Bosne i Hercegovine</p> <p>Član II: Ljudska prava i osnovne slobode</p> <p>[...]</p> <p>2. Međunarodni standardi. Prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i u njenim protokolima direktno se primjenjuju u Bosni i Hercegovini. Ovi akti imaju prioritet nad svim ostalim zakonima.</p> <p>[...]</p> <p>4. Nediskriminacija. Uživanje prava i sloboda, predviđenih u ovom članu ili u međunarodnim sporazumima navedenim u Aneksu I ovog Ustava osigurano je svim licima u Bosni i Hercegovini bez diskriminacije po bilo kojem osnovu kao što je pol, rasa, boja, jezik, vjera, političko i drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, povezano sa nacionalnom manjinom, imovina, rođenje ili drugi status.</p> <p>[...]</p> <p>7. Međunarodni sporazumi. Bosna i Hercegovina će ostati ili postati strana ugovornica međunarodnih sporazuma pobrojanih u Aneksu I ovog Ustava.</p> <p>Član III</p> <p>3. Pravni poredak i nadležnosti entiteta i institucija.</p> <p>[...]</p> <p>(b) [...] Opšta načela međunarodnog prava su sastavni dio pravnog poretku Bosne i Hercegovine i entiteta.</p>
Hrvatska	<p>Ustav Republike Hrvatske</p> <p>Član 141</p> <p>Međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom i objavljeni, a koji su na snazi, čine dio unutarnjega pravnog poretku Republike Hrvatske, a po pravnoj snazi iznad zakona. Njihove se odredbe mogu mijenjati ili ukidati samo uz uvjete i na način koji su u njima utvrđeni, ili suglasno općim pravilima međunarodnog prava.</p>

Kosovo¹	Ustav Republike Kosovo Član 19 [sprovođenje međunarodnog prava] 1. Svaki međunarodni sporazum koji je ratifikovala Republika Kosovo, nakon što se objavi u „Službenom listu Republike Kosovo”, postaje deo unutrašnjeg pravnog sistema. Sporazum se sprovodi direktno, osim u onim slučajevima kada je to nemoguće i kada za njegovo sprovođenje treba da se doneše novi zakon. 2. Ratifikovani međunarodni sporazumi i obavezna načela međunarodnog prava imaju premoć nad zakonima Republike Kosovo.
Makedonija	Ustav Republike Makedonije Član 118 Međunarodni ugovori koji su ratifikovani u skladu sa Ustavom sastavni su deo unutrašnjeg pravnog poretku i ne mogu se menjati zakonom. Član 2 stav 1 Zakona o sudovima Sudovi sude i temelje svoje odluke i presude na Ustavu, zakonima i međunarodnim ugovorima koji su ratifikovani u skladu sa Ustavom.
Crna Gora	Ustav Crne Gore Član 9 Potvrđeni i objavljeni međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava sastavni su dio unutrašnjeg pravnog poretku, imaju primat nad domaćim zakonodavstvom i neposredno se primjenjuju kada odnose uređuju drukčije od unutrašnjeg zakonodavstva.

266 Kosovo nije visoka strana ugovornica Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i stoga nije odgovorno pred Sudom. Prava i slobode utvrđeni u EKLJP-u spadaju, međutim, u prava i slobode koji su izričito zajemljeni članom 22 Ustava Kosova, prema kome su oni direktno primenljivi u Republici Kosovo i, u slučaju kolizije, imaju prednost nad odredbama zakona i podzakonskih akata javnih ustanova. Štaviše, članom 53 [tumačenje odredaba o ljudskim pravima] utvrđeno je da se „osnovna prava i slobode zagarantovana ovim ustavom [...] tumače u saglasnosti sa sudske odlukama Evropskog suda za ljudska prava”.

	<p>Ustav Republike Srbije</p> <p>Međunarodni odnosi</p> <p>Član 16</p> <p>Spoljna politika Republike Srbije počiva na opštepriznatim principima i pravilima međunarodnog prava. Opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni su deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju. Potvrđeni međunarodni ugovori moraju biti u skladu s Ustavom.</p> <p>Neposredna primena zajemčenih prava</p> <p>Član 18</p> <p>Ljudska i manjinska prava zajemčena Ustavom neposredno se primenjuju. Ustavom se jemče, i kao takva, neposredno se primenjuju ljudska i manjinska prava zajemčena opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima i zakonima. Zakonom se može propisati način ostvarivanja ovih prava samo ako je to Ustavom i 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. Odredbe o ljudskim i manjinskim pravima tumače se u korist unapređenja vrednosti demokratskog društva, saglasno važećim međunarodnim standardima ljudskih i manjinskih prava, kao i praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje.</p>
--	--

ii. Konkretan položaj prava po Konvenciji u unutrašnjem pravnom poretku

Položaj prava po Konvenciji u unutrašnjem pravnom poretku razmatraćemo sa dva aspekta: konkretan položaj teksta Konvencije u unutrašnjem pravnom poretku i „odomaćenje“ (*domestication*) sudske prakse ESLJP-a, što ćemo analizirati pod sledećim međunaslovima: „Pravni okvir u odnosu na ugovore o ljudskim pravima: primat Konvencije ili prvenstvo Ustava“ i „Priroda sudske prakse ESLJP-a: *inter partes* pravne posledice, ali *de facto* obaveze za sve države ugovornice“.

- **Pravni okvir u odnosu na ugovore o zaštiti ljudskih prava: primat Konvencije ili prvenstvo Ustava**

U kontekstu tradicionalne podele pristupa pravnih sistema inkorporiranju međunarodnog prava treba takođe naglasiti, kako je već istaknuto, način na koji pravo po Konvenciji funkcioniše u unutrašnjem pravnom poretku. To posebno važi za slučajevе u kojima Konvencija, kao ugovor o zaštiti ljudskih prava, ima poseban položaj u hijerarhiji nacionalnih normi. Takav poseban položaj ponekad se opisuje kao *primat (supremacy)* ugovora o zaštiti ljudskih prava.²⁶⁷

Rečit primer takvog **primata Konvencije** u unutrašnjem pravnom poretku nalazi se u Ustavu **Bosne i Hercegovine**.²⁶⁸ Član II stav 1 Ustava Bosne i Hercegovine utvrđuje da država osigurava najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda. Osim toga, član II stav 2 utvrđuje da se prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji i protokolima uz nju direktno primenjuju u Bosni i Hercegovini, kao i da imaju prioritet nad svim ostalim zakonima. Iz tih odredaba sledi da je Konvencija iznad svih pravnih normi unutrašnjeg prava i međunarodnog prava koje je inkorporirano u unutrašnji pravni poredak. Neki autori su takođe sugerisali da je ona iznad samog Ustava, ali Ustavni sud nije bio spremjan da prizna takav primat Konvencije u unutrašnjem pravnom poretku. U svakom slučaju, u pravnom poretku Bosne i Hercegovine, saglasno načelu primata, norme Konvencije su stavljene u rang ustavnih načela po kojima se upravlja ukupno funkcionisanje unutrašnjeg pravnog porekta.²⁶⁹

Drugi konkretni primer inkorporiranja prava po Konvenciji u unutrašnji pravni poredak može se posmatrati u slučaju **Srbije**. U suštini, opšti položaj Konvencije u unutrašnjem pravnom poretku je prilično standardan. U Ustavu Srbije²⁷⁰ Konvencija se ne pominje izričito, a sam Ustav prihvata klasičnu monističku teoriju položaja međunarodnih ugovora u pravnom sistemu. Saglasno članu 16 stav 2 Ustava

267 Više o tome vidi u: Venecijanska komisija, *Draft report on case-law regarding the supremacy of international human rights treaties (Nacrt izveštaja o sudskej praksi u vezi s primatom međunarodnih ugovora o zaštiti ljudskih prava)* CDL-DI(2004)005rev, 2004.

268 Ustav Bosne i Hercegovine (1995), s potonjim amandmanima.

269 Više o tome u: M. Ćeman, *Constitutional Justice: Doctrine and Case-Law of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina (Ustavna pravda: Doktrina i sudska praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine)* (VII Međunarodni pravni forum, Sankt Peterburg, Rusija) 2017; A. Murtezić, „Relation between European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) and Constitution of Bosnia and Herzegovina” (Odnos između Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i Ustava Bosne i Hercegovine), 7(13), *Human Rights Review* (2017), str. 27–47.

270 Ustav Republike Srbije (2006).

svi potvrđeni međunarodni ugovori moraju biti u skladu sa Ustavom. U isto vreme, saglasno članu 194 stav 5 Ustava, domaći zakoni i drugi opšti akti ne smeju biti u suprotnosti s potvrđenim međunarodnim ugovorima i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava. Tako se, slično drugim monističkim sistemima u kojima je očuvano načelo **prvenstva Ustava**, hijerarhija domaćih pravnih normi utvrđuje na sledeći način:

1. Ustav;
2. međunarodno pravo;
3. zakoni i drugi akti koje je doneo parlament;
4. ostale pravne norme nižeg reda (podzakonski akti; uredbe).

Ono po čemu je ustavna pozicija međunarodnog prava, uključujući i Konvenciju, specifična jeste to što se u Ustavu Srbije pominje obavezujuća priroda prakse međunarodnih institucija koje nadziru sprovođenje međunarodnih ugovora o zaštiti ljudskih prava (u svim domaćim odlukama koje se tiču ljudskih prava).²⁷¹ Tako se domaće vlasti, u Ustavu, kao pravnom izvoru najvišeg reda podsećaju da relevantne norme međunarodnog prava ljudskih prava ne predstavljaju samo niz odredaba utvrđenih u međunarodnim ugovorima, već i implicitna i često suptilna načela zaštite ljudskih prava koja proističu iz tih odredaba. U kontekstu Konvencije, to znači da se domaće vlasti podstiču da shvate i primene pravo po Konvenciji onako kako ga tumači i primenjuje ESLJP u svojoj sudskoj praksi u svim pitanjima koja se tiču ljudskih prava, a koja spadaju u njihovu nadležnost relevantnu za primenu Konvencije.

Važno je naglasiti da taj ustavni element koji se nalazi u pravnom poretku Republike Srbije, iako je važan zbog značaja koji pridaje sudskoj praksi ESLJP-a, u suštini ipak ima ograničenu pravnu važnost jer bi domaće vlasti, u svakom slučaju, bile dužne da primenjuju norme Konvencije na način na koji ih tumači ESLJP. U suštini, upravo se kroz sudsku praksu ESLJP-a normama utvrđenim u Konvenciji daje njihovo pravo značenje i Konvencija se ne može celovito sprovoditi u sklopu unutrašnjeg pravnog poretku bez pažljivog i predanog poštovanja načela koja proističu iz sudske prakse ESLJP-a, što ćemo objasniti u daljem tekstu.

- **Priroda sudske prakse ESLJP-a: *inter partes* pravne posledice, ali *de facto* obaveze za sve države potpisnice**

Na teorijskom nivou, važnost sudske prakse ESLJP-a za sprovođenje evropskih standarda ljudskih prava u sklopu unutrašnjih pravnih poredaka zemalja članica

271 Član 18 stav 3 Ustava.

Saveta Evrope može se posmatrati kroz sledeću formulu „odomaćenja” međunarodnih ugovora o zaštiti ljudskih prava koje se sastoji od četiri progresivna koraka:²⁷²

1. Interakcija: relevantni učesnik izaziva²⁷³ interakciju ili niz interakcija (sporovi po Konvenciji) s drugim učesnikom²⁷⁴ na forumu koji proglašava pravo (Sud);
2. Tumačenje ili proglašavanje primenljive norme (normi) (po Konvenciji) podstaknuto je činjenicom da postoji interakcija (spor);
3. Internalizacija: postupak stranke koja je na potezu primorava drugu stranku da poštuje pravnu normu onako kako tu normu tumači forum koji proglašava pravo i da prihvati novo tumačenje međunarodne norme i uvede ga u svoj unutrašnji normativni poredak;
4. Povinovanje: tužena država percipira obavezujuću prirodu novog tumačenja norme i uvodi to tumačenje u svoj unutrašnji pravni poredak.

Slično poimanje prirode i važnosti sudske prakse ESLJP-a proističe i iz sledećeg načela koje je utvrdio sam Sud:

Sud na samom početku naglašava da on ima dvojaku ulogu u odnosu na predstavke koje su podnete po članu 34 Konvencije: **(i) da izriče pravdu u pojedinačnim predmetima** tako što će priznavati povredu prava i slobode oštećene strane po Konvenciji i protokolima uz nju i, ako je potrebno, dosuđuje pravično zadovoljenje i **(ii) da razjasni, očuva i razvije pravila uvedena Konvencijom**, čime će doprineti načinima na koji države poštuju obaveze koje su preuzele kao visoke strane ugovornice (naglasak naš).²⁷⁵

S tim u vezi, važno je shvatiti i prirodu sudske prakse ESLJP-a. U teoriji, presude i odluke Suda imaju dejstvo samo *inter partes*, što znači da one ne stvaraju pravne obaveze koje bi se pružale izvan tužene države (država) u tom sporu i bave se samo konkretnim okolnostima predmeta. Štaviše, Sud nije strogo vezan svojim ranijim tumačenjem Konvencije, što znači da se doktrina „obavezujućeg presedana”, koja je poznata u precedentnom pravu, ne primenjuje na sudsку praksu ESLJP-a.²⁷⁶

272 Više o tome u: H. Hongju Koh, „How is International Human Rights Law Enforced?”, („Kako se izvršava međunarodno pravo ljudskih prava”), 74(4), *Indiana Law Journal* (1999), str. 1.414. Obratite pažnju na da je to prilagođena Kohova teorija.

273 Podnositelj pojedinačne predstavke ili zemlja članica.

274 Tužena država.

275 *Nagmetov v. Russia*, [Veliko veće] presuda od 30. marta 2017, br. 35589/08, stav 64.

276 D. Harris, M. O’Boyle, E. Bates i C. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights (Pravo Evropske*

Međutim, sam Sud je naglasio da će on samo u izuzetnim okolnostima, kada za to postoji dobar i uverljiv razlog, odstupiti od ranijeg tumačenja Konvencije,²⁷⁷ što je izraz načela pravne sigurnosti u praksi ESLJP-a. U praksi, to znači da tumačenje Konvencije koje daje ESLJP stvara predvidljiv skup obaveza za države na koje se primenjuju i van okolnosti datog slučaja i ne samo kada je reč o strankama u tom sporu. Stoga se od domaćih vlasti traži da slede i primenjuju sudske prakse ESLJP-a koja se tiče drugih država budući da ta sudska praksa daje jasnije značenje određenim normama Konvencije, stvarajući na taj način ***de facto* obaveze za sve države ugovornice Konvencije.**

Konačno, u kontekstu inkorporiranja načela Konvencije u unutrašnji pravni poredak važno je naglasiti sledeće načelo iz sudske prakse ESLJP-a:

Za razliku od klasičnih međunarodnih ugovora, Konvencija se ne svodi samo na puke recipročne angažmane među visokim stranama ugovornicama. Ona, iznad svega, stvara mrežu uzajamnih, bilateralnih opredeljenja i obećanja, objektivnih obaveza koje, kako je to formulisano u preambuli, imaju koristi od 'skupnog ostvarivanja'.²⁷⁸

Drugačije rečeno, kada se suoče s nekim pitanjem po Konvenciji, i bez obzira na poseban način ili sistem inkorporiranja međunarodnog prava u unutrašnji pravni poredak, nacionalne vlasti imaju obavezu da poštuju specifičnu prirodu obaveza po Konvenciji kako bi ispunile svoja opredeljenja i obećanja po Konvenciji.

II. Valjano pozicioniranje argumentacije po Konvenciji u unutrašnjem odlučivanju

Valjano pozicioniranje argumenata po Konvenciji u odlučivanju pred domaćim sudovima zavisi od svesti o suštinskoj prirodi sledećih elemenata ili koraka:

1. identifikacija pitanja po Konvenciji u slučaju koji se u datom trenutku razmatra;
2. identifikacija primenljive norme po Konvenciji i relevantne sudske prakse ESLJP-a;
3. rešenje pitanja po Konvenciji u odgovarajućoj fazi postupka;
4. ispravna i potpuna primena prava po Konvenciji.

konvencije za zaštitu ljudskih prava) (Oxford, Oxford University Press 2014), str. 20.

277 *Sabri Güneş v. Turkey*, [Veliko veće] presuda od 29. juna 2012, br. 27396/06, stav 50.

278 *Ireland v. the United Kingdom*, presuda od 18. januara 1978, br. 5310/71, stav 239.

Korak br. 1: Identifikacija pitanja po Konvenciji u predmetu koji se u datom trenutku razmatra

Identifikacija pitanja koje se po Konvenciji postavlja u određenom predmetu prvenstveno podrazumeva poznavanje prava po Konvenciji. Za nju je isto tako neophodno da se sveobuhvatno i sadržajno istraže relevantni izvori tog prava. S tim u vezi, primarni izvor koji treba konsultovati jeste zvanična baza presuda i odluka ESLJP-a – *HUDOC*.²⁷⁹ Pored toga, publikacija „Izveštaji o presudama i odlukama“ ESLJP-a sadrži sveobuhvatan pregled najvažnijih presuda i odluka koje Sud donese.²⁸⁰

Kao izvore informacija o pravu po Konvenciji valjalo bi takođe konsultovati dostupne sažetke i analize sudske prakse, uključujući različite priručnike i komentare. Pravni bilten AIRE Centra, koji se tromesečno objavljuje na engleskom i bosanskom/hrvatskom/crnogorskom/srpskom jeziku, sadrži sažetke i stručne komentare odabralih novijih odluka Evropskog suda za ljudska prava i Suda pravde Evropske unije, usredsređujući se na slučajeve koji su najrelevantniji za zemlje Zapadnog Balkana. U svakom biltenu objavljuje se, takođe, stručni članak o nekom pitanju koje zadire u sprovođenje međunarodnog prava ljudskih prava.²⁸¹ U nekim jurisdikcijama odluke ESLJP-a koje se odnose na tu državu objavljaju se i u službenom glasilu na zvaničnom jeziku te zemlje, što može olakšati pristup pravu po Konvenciji. U istom cilju, evropska baza podataka o ljudskim pravima omogućuje pristup sudskoj praksi ESLJP-a na bosanskom/hrvatskom/crnogorskom/srpskom, albanskom i makedonskom jeziku još od 2014. godine.²⁸²

Identifikacija pitanja po Konvenciji u nekom konkretnom slučaju veoma često u praksi predstavlja intelektualni proces koji zavisi od ličnog znanja sudske prakse ili drugog pravnika koji radi na tom predmetu. U nekim slučajevima, ta identifikacija pitanja po Konvenciji može proisteći iz njihovog ličnog znanja, dok u nekim drugim slučajevima ona može biti rezultat istraživanja zasnovanog na argumentaciji koju su iznele stranke u sporu. U svakom slučaju, postoji širok prostor za potencijalno pogrešnu i/ili nepotpunu razradu pitanja po Konvenciji ukoliko identifikacija tog pitanja zavisi od individualne inicijative bilo advokata bilo sudske prakse.

Stoga bi bilo uputno da domaće vlasti, a pre svega sudovi, uvedu sistem koji će moći da identificuje da li predmet koji se razmatra otvara neko pitanje po Konvenciji

279 Dostupno na: www.hudoc.echr.coe.int.

280 Dostupno na veb-sajtu Evropskog suda: www.echr.coe.int.

281 Dostupno u bazi podataka koju je moguće pretraživati na sledećem veb-sajtu: <http://www.airecentre.org/legal-bulletins.php>.

282 Dostupno na adresi: www.ehrdatabase.org.

i u kome će postojati unapred pripremljeni protokoli za dalju obradu pitanja. To se može postići osnivanjem specijalizovanih odseka koji će se baviti istraživanjem i davanji savete u vezi s pravom po Konvenciji (i drugim međunarodnopravnim instrumentima) ili tako što će se uvesti relevantni administrativni protokoli za obradu „predmeta po Konvenciji” u sklopu postojeće strukture odeljenja za sudsku praksu u sudovima i drugim državnim organima vlasti.

Korak br. 2: Identifikacija primenljive norme po Konvenciji i sudske prakse ESLJP-a

- **Određivanje primenljive odredbe Konvencije kroz identifikaciju u relevantnoj sudskoj praksi ESLJP-a**

Pošto se neki predmet identificuje kao „predmet po Konvenciji”, neophodno je utvrditi za koju se odredbu Konvencije u pritužbi navodi da je prekršena. U nekim slučajevima to će biti sasvim očigledno, dok će u drugim slučajevima odgovor na to pitanje moći da se dobije tek pošto se primena postojećeg prava konceptualizuje analogno primeni prava po Konvenciji. To će se primeniti onda kada ne postoji direktno primenljiva sudska praksa ESLJP-a kojom bi se moglo rešiti predmetno pitanje. U takvim slučajevima, posebno je važno detaljno objasniti šta je navelo donosioca odluke da doneše datu odluku u pogledu određenog obima zaštite koju pruža norma Konvencije koja je primenjena ili na koju se pritužilac poziva. Takav zahtev sledi iz jemstva odgovarajućeg obrazloženja koje je implicitno samom pojmu valjanog postupka. To takođe ukazuje na poštovanje vladavine prava i izbegavanje proizvoljnog odlučivanja u sprovođenju zakona.²⁸³

Razjašnjavanje normi Konvencije ostvaruje se kroz sudsку praksu ESLJP-a. U tom smislu, samo pozivanje na normu utvrđenu u Konvenciji bez pozivanja na relevantnu sudsку praksu ESLJP-a veoma retko može biti dovoljno. Sam ESLJP naglašava da je „bitna realnost situacije, a ne njen pojarni oblik, te stoga puko pozivanje na član [Konvencije] u odlukama koje donose domaće sudske instance nije dovoljno; u suštini, predmet mora biti razmotren u skladu sa standardima koji proističu iz sudske prakse ESLJP-a”.²⁸⁴

Pozivanje na neku normu Konvencije bez oslanjanja na sudsку praksu ESLJP-a takođe može dovesti do potencijalno nekorektnog ishoda zato što su norme sadržane u Konvenciji veoma široko formulisane i često na prvi pogled i deluju jako široko. Međutim, pravo značenje norme, onakvo kako ga je utvrdio ESLJP u svojoj

283 *Lhermitte v. Belgium*, [Veliko veće] presuda od 29. novembra 2016, br. 34238/09, stav 67.

284 *Neshkov and Others v. Bulgaria*, presuda od 27. januara 2015, br. 36925/10 i pet drugih, stav 187.

sudskoj praksi, može biti ograničeno i veoma precizno. Dobar primer u tom smislu jeste odredba člana 5 stav 1 Konvencije, koja jemči „pravo na slobodu i bezbednost ličnosti”. Na prvi pogled, može se smatrati da je to odredba koja obuhvata različite aspekte lične bezbednosti.²⁸⁵ Međutim, ESLJP je tu odredbu tumačio usko, naglašavajući da izraz „bezbednost ličnosti” mora biti shvaćen u kontekstu fizičke slobode, a ne fizičke bezbednosti, i da uključivanje reči „bezbednost” služi samo zato da se naglasi zahtev da pritvor, tj. lišenje slobode ne sme biti proizvoljno.²⁸⁶

U tom kontekstu, presudno je važno da se uvek ima na umu **autonomno značenje termina sadržanih u Konvenciji** (kao što je „krivična optužba”²⁸⁷ i „građanska prava i obaveze”²⁸⁸), što može zahtevati analizu primenljivosti ili neprimenljivosti autonomnog pojma o kome je reč u predmetu koji se razmatra. Ta tema je bliže razmotrena u Poglavlju 2 ove publikacije.

- **O čemu treba razmišljati kada se pregleda i analizira sudska praksa ESLJP-a**

(i) Ako postoji više raznih relevantnih autoriteta iz sudske prakse ESLJP-a, prednost treba dati predmetu u kome je tužena bila **data država**, a – ako takvog predmeta nema – onda prednost treba dati sudskoj praksi koja se odnosi na **zemlje sa sličnim pravnim poretkom**. Ako se koristi sudska praksa koja se odnosi na zemlju čiji je pravni poredak strukturno i konceptualno potpuno drugačiji, neophodno je transparentno utvrditi sve razlike i objasniti zašto taj primer iz sudske prakse ipak može biti primenljiv u predmetu koji se razmatra. U svakom slučaju, automatsko transponovanje prava po Konvenciji utvrđenih kroz sudsку praksu ESLJP-a na suštinski različitu pravnu situaciju često će dovesti do nepravilnog ishoda koji počiva na pogrešnim premissama.

(ii) **Sudskoj praksi Velikog veća** treba dati prednost u odnosu na svu ostalu sudsку praksu ESLJP-a. Posle sudske prakse Velikog veća po važnosti sledi sudska praksa doneta na nivou veća. Sudska praksa odbora od troje sudija, koji se bave samo pitanjima koja su podrobno elaborirana u sudske prakse ESLJP-a,²⁹⁰ ima ograničen

285 Vidi, na primer, Komitet za ljudska prava, *Delegado Páez v. Colombia*, br. 195/85, 12. jul 1990. (član 9 stav 1 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima).

286 *Hajduová v. Slovakia*, presuda od 30. novembra 2010, br. 2660/03, stav 54. Vidi takođe Poglavlje 2 ove publikacije, pod naslovom „Ključni pojmovi Konvencije”.

287 *A. and B. v. Norway*, [Veliko veće] presuda od 15. novembra 2016, br. 24130/11 i 29758/11, stavovi 105–107.

288 *Ferrazzini v. Italy*, [Veliko veće] presuda od 12. jula 2001, br. 44759/98, stavovi 23–31.

289 Vidi Poglavlje 2.VI., gore, radi kraće analize najvažnijih autonomnih pojмova Konvencije.

290 Član 28 Konvencije.

značaj zato što odbori samo primenjuju, a ne razvijaju sudske prakse ESLJP-a. Prema tome, jurisprudencijski autoritet leži u presudama Velikog veća ili presudama veća, u kojima se utvrđuje relevantno načelo i njegova primena na niz činjenica, a ne u predmetima kojima su se bavili odbori, koji su samo primenjivali to načelo na potonje slučajeve u kojima su pokrenuta ista pravna pitanja.

(iii) **Novijim predmetima** treba dati prioritet u odnosu na starije predmete. Štaviše, trebalo bi voditi računa o **nivou važnosti neke presude na koji je ukazano u bazi HUDOC**. Pre svega, uvek bi trebalo konsultovati slučajeve koji su označeni kao prvi nivo važnosti (velika važnost), kojima je pružen značajan doprinos sudske prakse. Sledeći, drugi nivo (srednji značaj) imaju slučajevi koji, iako ne predstavljaju značajan doprinos sudske prakse, ipak idu korak dalje od puke primene postojeće sudske prakse. Treći nivo važnosti (mali značaj) čine oni slučajevi u kojima se jednostavno primenjuje postojeća sudska praksa i njihova važnost za razvoj domaće prakse na bazi sudske prakse ESLJP-a ograničena je.²⁹¹

(iv) Konačno, kad se primenjuje sudska praksa ESLJP-a važno je poštovati to da se kao autoritet u odlučivanju koriste samo pravnosnažno rešeni predmeti. S tim u vezi, važno je ukazati na razliku između konačnosti odluke i presude.²⁹² Odluka ne može biti ustupljena Velikom veću i ona stoga postaje konačna trenutkom donošenja. Presuda postaje pravnosnažna: (1) kada stranke izjave da neće zahtevati da se predmet iznese pred Veliko veće ili (2) tri meseca posle donošenja presude, ako se ne zatraži da se predmet iznese pred Veliko veće ili (3) kada Kolegijum Velikog veća odbije zahtev za obraćanje na nadležnost Velikom veću.²⁹³ U bazi HUDOC uvek je naznačeno da li je neka presuda pravnosnažna.

Korak br. 3: Rešavanje pitanja po Konvenciji u odgovarajućoj fazi postupka: prethodno pitanje i/ili meritum predmeta

Treći korak u postupku valjanog pozicioniranja argumenata po Konvenciji u odlučivanju pred domaćim sudovima, pošto je identifikovano pitanje po Konvenciji koje se pokreće u datom predmetu i razjašnjeno pravo po Konvenciji koje je primenljivo u tom predmetu, jeste da se utvrdi odgovarajuća faza postupka u kojoj to pitanje po Konvenciji mora biti rešeno. U tom kontekstu možemo razlikovati dve situacije.

291 Više o tome vidi na www.hudoc.echr.coe.int.

292 Više o tome vidi u Poglavlju 3 ove publikacije.

293 Član 44 stav 2 Konvencije.

Prvo, pitanje po Konvenciji može iskrasniti u vezi s **prethodnim pitanjem u datom predmetu**.²⁹⁴ U takvim slučajevima, meritum predmeta se ne bi mogao odrediti bez rešenja prethodnog pitanja ili bi ishod bio pogrešan. Zato, po pravilu, pre nego što se pređe na sledeći korak u određivanju merituma predmeta, mora biti sa-gledano i rešeno prethodno pitanje.

Drugo, pitanje po Konvenciji može iskrasniti u kontekstu **merituma predmeta**²⁹⁵ a da nije bilo nikakvih implikacija za prethodno pitanje. U takvim slučajevima, moguće je preduzeti naredne korake u razmatranju merituma predmeta i bez uvođenja argumenata po Konvenciji u prethodnoj fazi postupka.

U tom kontekstu su teški oni predmeti kod kojih je **nemoguće utvrditi jasnu distinkciju** između prethodnog pitanja i pitanja po meritumu sa stanovišta Konvencije. Štaviše, u nekim slučajevima odluka o prethodnom pitanju do te mere je tesno povezana sa odlučivanjem o meritumu da ih nije moguće razdvojiti. Na primer, može iskrasniti pitanje u vezi s tim da li pojedinac ima pravno zaštićena legitimna imovinska očekivanja koja predstavljaju „imovinu“ u smislu člana 1 Protokola br. 1. U isto vreme, ako neki domaći organ vlasti negira takvo imovinsko potraživanje, postaviće se pitanje da li je to negiranje u skladu sa zaštitom imovine zajemčenom na osnovu navedene odredbe. Tu su onda prethodno pitanje (postojanje „imovine“) i pitanje merituma (negiranje zaštite za imovinsko potraživanje) međusobno povezani do te mere da ih nije moguće razlučiti. Ta pojmovna složenost na sledeći način je objašnjena u sudskoj praksi ESLJP-a:

Negativan odgovor [na pitanje postojanja legitimnih imovinskih očekivanja] posledično će navesti ESLJP da zaključi da negiranje [imovinskog potraživanja] nije predstavljalo mešanje u imovinska prava po članu 1 Protokola br. 1 s obzirom da podnositelj predstavke nema imovinski interes koji spada u polje dejstva člana 1 Protokola br. 1 [...]

Međutim, nasuprot tome, ako ESLJP zaključi da je podnositelj predstavke ispunio uslove koji su utvrđeni u relevantnom [...] zakonodavstvu, onda će se negiranje [imovinskog potraživanja] smatrati mešanjem u imovinske interese podnosioca predstavke i to mešanjem koje nije u skladu sa zakonom, kako to nalaže Konvencija. Takav zaključak bi učinio nepotrebnim da ESLJP utvrđuje da li je postojala pravična ravnoteža između zahteva opšteg interesa zajednice i zahteva zaštite osnovnih prava pojedinca kod utvrđivanja povrede člana 1 Protokola br. 1 [...]²⁹⁶

294 Na primer, pitanje prihvatljivosti dokaza koji su navodno pribavljeni kršenjem prava zaštićenih Konvencijom.

295 Na primer, kao pitanje opravdanja ograničenja slobode izražavanja u predmetu koji se odnosi na klevetu.

296 *Damjanac v. Croatia*, presuda od 24. oktobra 2013, br. 52943/10, stavovi 88 i 89.

U takvim slučajevima, prethodno pitanje će morati da bude spojeno sa ispitivanjem merituma predmeta i razrešeno istovremeno s njim. Radi transparentnosti i jasnoće analize moraće da se jasno stavi do znanja kako se analiza Konvencije ostavlja za docniju fazu razmatranja. Štaviše, u trenutku kada se utvrđuje suština, treba izričito ukazati na ranije odlaganje te odluke. Sličan metod ESLJP primenjuje kada ispituje predmete u kojima se javlja ta pojmovna složenost. U takvim slučajevima, ESLJP spašava procenu prihvatljivosti predstavke sa svojom procenom merituma predmeta. Na taj način on donosi izričitu odluku da poveže utvrđivanje prihvatljivosti sa raspravom o meritumu i da tako odbaci ili podrži prigovor zbog neprihvatljivosti.²⁹⁷

Korak br. 4: Tačna i potpuna primena prava po Konvenciji

Kada je reč o poslednjem elementu gore navedenog testa od četiri koraka ka valjanom pozicioniranju argumenata po Konvenciji u postupak odlučivanja pred domaćim sudovima, tj. o zahtevu za tačnu i potpunu primenu prava po Konvenciji, korisno je naglasiti da kad god u nekom predmetu iskršne pitanje po Konvenciji, domaći sudovi treba da imaju na umu da „[kada se] pritužbe bave ‘pravima i slobodama’, koji su zajemčeni Konvencijom i protokolima uz nju, oni treba da ispituju te pritužbe posebno energično i brižljivo”.²⁹⁸ Ta „posebna energičnost i brižljivost” takođe se mogu označiti kao „tačna i potpuna” primena prava po Konvenciji.

- „Tačnost”

(i) Tačnost u primeni prava po Konvenciji znači da se u korišćenju određene sudske prakse u domaćem odlučivanju mora **posvetiti dužna pažnja pravnom kontekstu i činjeničnoj i zakonskoj osnovi** na kojima se taj kontekst razvijao. Uobičajena greška koja se javlja u ovom kontekstu proističe iz transponovanja načela razvijenih u jednom pravnom i činjeničnom kontekstu na koncepcijski drugačiju pravnu situaciju. To se obično javlja onda kada se određena formulacija presude ili odluke izvuče iz njenog pravnog konteksta i opšteg značenja načela koja ta formulacija izražava. Treba pomno voditi računa da se ne zapadne u takvu grešku.

(ii) Drugi aspekt zahteva za „tačnošću” jeste **preciznost u citiranju**. To zahteva da izvori koji se koriste u analizi budu provereni i da se valjano navode kako bi se mogli, u slučaju potrebe, lako identifikovati. Naročito je važno da se uvek kad se pominje načelo po Konvenciji, naznači naziv predmeta u kojem je to načelo razvijeno, izvor koji je konsultovan i broj (brojevi) relevantnog stava (stavova) u presudi ili odluci koja sadrži načelo koje je poslužilo kao osnov za odlučivanje. Nije dovoljno

297 Na primer, *Petrović v. Serbia*, presuda od 15. jula 2014, br. 40485/08, stavovi 65 i 98.

298 *Wagner and J. M. W. L. v. Luxembourg*, presuda od 28. juna 2007, br. 76240/01, stav 96.

samo pomenuti naziv slučaja, niti se na taj način tačno i potpuno citira neka presuda ili odluka koja se koristi za rešavanje određenog pravnog pitanja.

- „**Potpunost**”

Postoje dva načelna aspekta zahteva za „potpunošću” u primeni prava po Konvenciji. Prvi zahtev se odnosi na pitanje unutrašnje konzistentnosti i usklađenosti prava po Konvenciji, dok se drugo odnosi na usklađenost Konvencije s drugim izvorima međunarodnog prava.

(i) Kada je reč o prvom aspektu „potpunosti”, ESLJP naglašava da se „Konvencija mora čitati kao celina i da se mora tumačiti na način koji podstiče **unutrašnju konzistentnost i usklađenost između različitih njenih odredaba**”²⁹⁹. Tako, na primer, u pitanjima koja se tiču posledica obrazovne prakse na verska uverenja pojedinca, pravo na poštovanje slobode veroispovesti saglasno članu 9 Konvencije mora se čitati u skladu s načelima razvijenim po osnovu prava na obrazovanje koje je zajemčeno članom 2 Protokola br. 1, bez obzira na činjenicu da sama ta potonja odredba možda nije neposredno primenljiva.³⁰⁰

(ii) Kada je reč o drugom aspektu zahteva za „potpunošću” primene prava po Konvenciji, ESLJP je stao na stanovište da se Konvencija uvek mora tumačiti i primenjivati na način koji obezbeđuje **usklađenost s drugim izvorima međunarodnog prava**, čiji ona deo predstavlja.³⁰¹ Karakterističan primer u tom smislu tiče se tumačenja i primene prava na poštovanje porodičnog života saglasno članu 8 Konvencije u transnacionalnim predmetima koji se tiču starateljstva nad decom u skladu s međunarodnim pravom o građanskim aspektima međunarodne otmice dece.³⁰²

Kada je reč o oba aspekta „potpunosti” primene prava po Konvenciji, domaći subjekti odlučivanja treba da budu na odgovarajući način informisani i da obrate veliku pažnju na to da pravo po Konvenciji bude pročitano u celini, kao i na različite izvore međunarodnog prava u pogledu pravne stvari koju u datom predmetu ispituju. Da bi to postigli, moraju imati odgovarajuće znanje i razumevanje relevantnih pravnih izvora i moraju ih marljivo i vešto primenjivati u svom procesu odlučivanja.

299 *Catan and Others v. Moldova and Russia*, [Veliko veće] presuda od 19. oktobra 2012, br. 43370/04 i drugi, stav 136.

300 Vidi, na primer, *Osmanoğlu and Kocabəş v. Switzerland*, presuda od 10. januara 2017, br. 29086/12, stav 90.

301 *Al-Adsani v. the United Kingdom*, [Veliko veće] presuda od 21. novembra 2001, br. 35763/97, stav 55.

302 Vidi, na primer, *X v. Latvia*, [Veliko veće] presuda od 26. novembra 2013, br. 27853/09, stavovi 92–108.

III. Priznanje i konceptualizacija načela supsidijarnosti i unutrašnje polje slobodne procene u praktičnom rezonovanju

i. Supsidijarnost: Saradnja u obezbeđivanju delotvornog izvršenja zaštite ljudskih prava

Pojam supsidijarnosti dobija sve veći značaj u načinu uređenja odnosa između domaćih i međunarodnih jurisdikcija kada je reč o pitanju delotvornog izvršenja zaštite ljudskih prava.³⁰³ U jednom takvom aranžmanu, zaštita koja je zajemčena na nacionalnom nivou treba da bude primarna, dok zaštita na međunarodnom nivou treba da bude sekundarna. Osim toga, domaće vlasti uživaju unutrašnje polje slobodne procene u svom obezbeđivanju prava zajemčenih Konvencijom i ESLJP ne može da interveniše ako njihove presude nisu prekoračile to polje slobodne procene.³⁰⁴

Korisno je naglasiti da se pojam supsidijarnosti u suštini svodi na obavezu država da tačno i delotvorno primenjuju standarde Konvencije. On ne podrazumeva neograničeno i bezuslovno povinovanje domaćim vlastima u očekivanju da one sprovedu međunarodno priznate standarde zaštite ljudskih prava. Granice takvog povinovanja ili priklanjanja mogu se na sledeći način objasnitи:

[I]sticanje supsidijarnosti ne može se posmatrati kao obično izjednačavanje prvenstva, već pre kao rezultanta usaglašavanja merodavnih standarda u nacionalnoj i međunarodnoj jurisdikciji. Drugačije rečeno, supsidijarnost treba tumačiti kao složeno sadejstvo poverenja, odgovornosti i pomaganja u obezbeđivanju ekspanzivne zaštite ljudskih prava. Prema tome, postoji bliska korelacija između supsidijarnosti i potrebe za delotvornom primenom međunarodnih standarda zaštite ljudskih prava u unutrašnjim pravnim porecima.³⁰⁵

303 Više o tome vidi u R. Spano, „Universality or Diversity of Human Rights?: Strasbourg in the Age of Subsidiarity”, („Univerzalnost ili raznorodnost ljudskih prava?: Strazbur u doba supsidijarnosti”), 14(3), *Human Rights Law Review* (2014), str. 487–502.

304 Više o pojmovima „supsidijarnost” i „unutrašnje polje slobodne procene” vidi gore u Poglavlju 2.V.

305 A. Uzun Marinković i K. Kamber, „Fostering Domestication of Human Rights through the Exhaustion of Domestic Remedies: A Lesson Learned from the ECtHR Pilot and Leading Judgment Procedures”, („Snaženje odomaćivanja ljudskih prava kroz iscrpljenje unutrašnjih pravnih lekova: pouke izvučene iz procedure ESLJP za donošenje pilot-presuda i za donošenje međašnih presuda”), 2 *Inter-American and European Human Rights Journal* (2016), str. 336.

ii. Ključni pravni pojmovi koji odražavaju načelo supsidijarnosti

U praktičnom rezonovanju ovo složeno sadejstvo nacionalnog i međunarodnog sprovođenja pravde izraženo kroz pojam supsidijarnosti načelno je odraženo u sledeća četiri pravna pojma:

- iscrpenost unutrašnjih pravnih lekova;
 - činjenični nalazi domaćih sudova;
 - tumačenje domaćeg prava;
 - odlučivanje u sklopu priznatog unutrašnjeg polja slobodne procene.
- Iscrpenost unutrašnji pravnih lekova: mogućnost da se problemi reše na unutrašnjem planu**

Zahtev da se iscrpe unutrašnji pravni lekovi predstavlja kamen-temeljac načela supsidijarnosti. On počiva na komplementarnosti između zahteva postavljenih u članu 13 i u članu 35 stav 1 Konvencije. Saglasno članu 13, unutrašnji pravni poredak je dužan da obezbedi delotvoran pravni lek pomoću koga je moguće rešiti pojedinačne pritužbe zbog kršenja prava po Konvenciji i otkloniti posledice tih kršenja. U isto vreme, član 35 stav 1 Konvencije utvrđuje da je svaki pojedinac koji želi da postavi pitanje povrede svojih prava na međunarodnom nivou dužan da prethodno iscrpi domaće pravne lekove kako bi nacionalne vlasti mogle, pre nego što to pitanje može biti pokrenuto na međunarodnom nivou, da reše probleme (i isprave posledice) koji su nastali zbog kršenja prava.

Ta komplementarnost, koja naglašava načelo supsidijarnosti, na sledeći način je objašnjena u sudskoj praksi ESLJP-a:

Osnovna karakteristika mehanizma zaštite koji je uspostavljen Konvencijom jeste da je on supsidijaran u odnosu na nacionalne sisteme koji štite ljudska prava. Sud nadzire kako visoke strane ugovornice ispunjavaju svoje obaveze po Konvenciji. On ne bi trebalo da preuzima ulogu visokih strana ugovornica, koje snose odgovornost za to da osiguraju da se osnovna prava i slobode predviđeni Konvencijom poštui u štite na domaćem nivou. **Pravilo o iscrpenosti unutrašnjih pravnih lekova zasnovano je na pretpostavci** – koja se ogleda u članu 13 Konvencije, a s kojim je ono veoma blisko – **da postoji dostupan delotvoran pravni lek u vezi s navodnom povredom** (naglasak naš). Stoga to pravilo predstavlja nezaobilazni deo funkcionisanja tog sistema zaštite.
[...]

Da bi 'delotvorni pravni lekovi' bili 'iscrpeni' na nacionalnom nivou se mora izneti pritužba zasnovana na Konvenciji. Bilo bi suprotno

supsidijarnom karakteru sistema Konvencije kada bi podnositelj predstavke, ignorajući moguću argumentaciju koju ima na osnovu predstavke, mogao da se pozove na neki drugi osnov pred nacionalnim organima kako bi osporio meru o kojoj je reč, a onda podneo predstavku Sudu u Strazburu zasnovajući je na argumentaciji na osnovu Konvencije [...]³⁰⁶

Zahtev da se iscrpe unutrašnji pravni lekovi u suštini **koristi domaćim vlastima** jer im omogućava da isprave situaciju na koju se pritužitelj žali i da samim tim preduprede da se na međunarodnom nivou donese zaključak o tome da je Konvencija prekršena. Taj zahtev takođe **koristi i pojedincu** o kome je reč, budući da rešenje slučaja na domaćem nivou predstavlja brži i obično delotvorniji način zaštite individualnih prava. Pravilo o iscrpenosti unutrašnjih pravnih lekova stoga moraju ozbiljno shvatiti svi relevantni akteri u procesu ostvarivanja delotvorne zaštite ljudskih prava prema Konvenciji.

- **Činjenični nalazi domaćih sudova**

Kada se od domaćih vlasti traži da odrede neko pitanje ljudskih prava, ESLJP obično prepusta domaćim sudovima da oni budu ti koji će utvrditi relevantne činjenice i pre svega se oslanja na njihovo tumačenje unutrašnjeg prava.

S tim u vezi, posebno kada je reč o činjeničnim nalazima, ESLJP naglašava da iako on nije vezan zaključcima domaćih sudova i ima slobodu da sam procenjuje u svetu celokupnog materijala koji ima pred sobom, u normalnim okolnostima potrebni su veoma jasni i uverljivi elementi da bi se on podstakao da odstupi od činjeničnih zaključaka koje su doneli domaći sudovi.³⁰⁷

To, međutim, ne znači da će Evropski sud nekritički prihvati svaki činjenični nalaz do koga dođu domaći sudovi. **Po pravilu, ESLJP se neće mešati u procenu relevantnih činjenica koju daju domaći organi ukoliko njihovo rezonovanje na osnovu koga su ti zaključci doneti nije bilo proizvoljno niti očigledno neosnovano.**³⁰⁸ ESLJP je takođe objasnio da se ne može slepo oslanjati na odluke domaćih vlasti, posebno onda kada su one očigledno nekonzistentne ili protivrečne jedna drugoj. U takvoj situaciji, ESLJP mora u celosti da razmotri dokaze koje ima pred sobom i da doneše sopstvene činjenične zaključke.³⁰⁹

306 *Vučković and Others v. Serbia* (prethodna primedba), [Veliko veće] presuda od 25. marta 2014, br. 17153/11 i 29 drugih, stavovi 69 i 75.

307 *Giuliani and Gaggio v. Italy*, [Veliko veće] presuda od 24. marta 2011, br. 23458/02, stav 180.

308 *Bochan v. Ukraine (No. 2)*, [Veliko veće] presuda od 5. februara 2015, br. 22251/08, stav 61.

309 *Dzemyuk v. Ukraine*, presuda od 4. septembra 2014, br. 42488/02, stav 80.

Osim toga, neki navodi o kršenju prava po Konvenciji, kao što je kršenje prava na život po članu 2, zahtevaju od Evropskog suda da strože proceni faktičku situaciju koju su ustanovili domaći sudovi, posebno onda kada postoje navodi o nesprovodeњu delotvorne istrage. Tako je ESLJP, pre svega, zaključio da „u svetu važnosti zaštite koju pruža član 2, Sud mora najbrižljivije analizirati pritužbe o gubitku života, uzimajući u obzir sve relevantne okolnosti“³¹⁰

Slično tome, sama priroda nekih pritužbi po Konvenciji zahtevaće od Suda da ispita da li su sve relevantne činjenice utvrđene na prihvatljiv način sa stanovišta Konvencije i da li je primena zakona na te činjenice u skladu sa zahtevima Konvencije. Rečit primer u tom smislu pruža zaštita slobode govora po osnovu člana 10, gde je Sud utvrdio sledeće:

Kada ostvaruje svoju nadzornu nadležnost, Sud nema zadatak da zauzme mesto merodavnih nadležnih vlasti, već da sa stanovišta člana 10 preispita sve odluke koje su te nacionalne vlasti donele u skladu sa svojim poljem slobodne procene. To ne znači da je nadzor ograničen samo na to da se utvrdi da li je tužena država razumno, pažljivo i u dobroj veri primenjivala svoja diskreciona ovlašćenja; ono što Sud treba da uradi jeste da sagleda mešanje na koje se pritužba odnosi u svetu slučaja u celiini i da utvrdi da li je to mešanje bilo 'srazmerno legitimnom cilju kome se težilo' i da li su razlozi koje su nacionalne vlasti navele za to mešanje bili 'relevantni i dovoljni'. Kada to čini, ESLJP mora da se uveri da su nacionalne vlasti primenile standarde koji su bili u skladu s načelima utvrđenim u članu 10 i, staviše, da su se oslonile na prihvatljivu ocenu relevantnih činjenica [...]³¹¹

- **Unutrašnje pravo primarno tumače domaći sudovi**

Kada je reč o tumačenju unutrašnjeg prava, ESLJP je često naglašavao da su primarno nacionalne vlasti, a pre svega sudovi, ti koji treba da tumače i primenjuju unutrašnje pravo.³¹² Sam ESLJP u tom pogledu ima vrlo ograničena ovlašćenja. Ta ovlašćenja su na sledeći način određena:

Sud podseća da su prvenstveno nacionalne vlasti, a pre svega sudovi, ti koji treba da rešavaju probleme tumačenja domaćeg zakonodavstva.
Uloga ESLJP-a je ograničena na to da proveri da li su posledice

310 *Banel v. Lithuania*, presuda od 18. juna 2013, br. 14326/11, stav 67.

311 *Morice v. France*, [Veliko veće] presuda od 23. aprila 2015, br. 29369/10, stav 124.

312 *Karácsony and Others v. Hungary*, [Veliko veće] presuda od 17. maja 2016, br. 42461/13 i 44357/13, stav 123.

takvog tumačenja kompatibilne s Konvencijom (naglasak naš). Budući da stvari tako stoje, osim u slučaju očigledne proizvoljnosti, nije na Sudu da dovodi u pitanje način na koji domaći sudovi tumače unutrašnje pravo [...] Stoga, onda kada su najviši domaći sudovi analizirali na sveobuhvatan i uverljiv način preciznu prirodu spornog ograničenja [...] na osnovu merodavne sudske prakse po Konvenciji i načela koja iz nje proističu, ovom sudu su zaista potrebni veoma čvrsti razlozi da bi mogao da odstupi od zaključka koji su doneli ti sudovi i svojim stavovima zameni stavove nacionalnih sudova kada je reč o pitanju tumačenja unutrašnjeg prava [...]³¹³

Na osnovu tih načela treba napomenuti da supsidijarnost, u obliku priklanjanja tumačenju unutrašnjeg prava koje daju domaći sudovi nije neograničena i, da bi ona uopšte stupila na snagu, potrebno je dokazati da su domaći sudovi primenili ozbiljan i marljiv pristup pitanju o kome je reč. Drugačije rečeno, odluke domaćih sudova moraju biti **slobodne od bilo kakve naznake proizvoljnosti**. Proizvoljnost u tom kontekstu može se shvatiti kao nepostojanje bilo kakvih razloga za donetu odluku ili utemeljenost navedenih razloga na očiglednoj činjeničnoj ili pravnoj grešci domaćeg suda, iz koje je proisteklo uskraćivanje pravde.³¹⁴

Štaviše, u načelu **ESLJP nije ovlašćen da preispituje domaće zakonodavstvo u apstraktном vidu**. On je objasnio da je u postupku koji se vodi na temelju pojedinačne predstavke on nije ni pozvan da u apstraktnoj formi preispituje zakonodavstvo o kome je reč, nego da se ograniči, u najvećoj mogućoj meri, na ispitivanje njegove primene na konkretni predmet koji se razmatra.³¹⁵

U nekim slučajevima, međutim, da bi ESLJP utvrdio da li je mešanje na koje se predstavka odnosi bilo „u skladu sa zakonom”,³¹⁶ on će morati da se u izvesnom stepenu pozabavi apstrakcijom i ispita da li je primenljivo domaće pravo kao takvo u skladu sa osnovnim načelom vladavine prava.³¹⁷ Rečit primer u tom kontekstu odnosi se na pritužbe u vezi s nezakonitim tajnim praćenjem i nadzorom, gde će Sud neminovno morati da ispita domaći zakonodavni aranžman koji omogućuje takvo mešanje u pravo na poštovanje privatnog života i tajnosti prepiske, što je zajemčeno članom 8 Konvencije, pre nego što ispita dejstvo tog mešanja na konkretni predmet koji ima pred sobom.

313 *Károly Nagy v. Hungary*, [Veliko veće] presuda od 14. septembra 2017, br. 56665/09, stav 62.

314 *Moreira Ferreira v. Portugal (No. 2)*, [Veliko veće] presuda od 11. jula 2017, br. 19867/12, stav 85.

315 *Travaš v. Croatia*, presuda od 4. oktobra 2016, br. 75581/13, stav 83.

316 Vidi gore, Poglavlje 2.VI.ii., o pojmu „kvalitet zakona”.

317 *Dragojević v. Croatia*, presuda od 15. januara 2015, br. 68955/11, stav 86.

Slično tome, neke odredbe Konvencije već po samoj svojoj prirodi zahtevaju da se Sud upusti u tumačenje unutrašnjeg prava. To se, na primer, odnosi na član 5 stav 1 Konvencije, kojim je utvrđeno da svako lišenje slobode pojedinca mora biti zakonito, u skladu s materijalnim i procesnim odredbama unutrašnjeg prava. U takvim slučajevima, ESLJP je naglasio da:

Iako je normalno da prvenstveno nacionalne vlasti, pre svega sudovi, tumače i primenjuju unutrašnje pravo, situacija se razlikuje kada je reč o slučajevima u kojima nepoštovanje takvih zakona uslovjava povredu Konvencije. To pre svega važi za slučajeve u kojima je na udaru član 5 stav 1 Konvencije i ESLJP onda mora preispitati da li je unutrašnje pravo u datom slučaju bilo poštovano [...]³¹⁸

- **Odlučivanje unutar određenog polja slobodne procene**

Na samom kraju, treba reći da izražavanje supsidijarnosti kroz ovlašćenje domaćih vlasti da sporna pitanja urede u okviru svog unutrašnjeg polja slobodne proce ne predstavlja čvrsto utemeljeno načelo sudske prakse ESLJP-a. Sud je često posebno naglašavao da onda kada obavlja nadzornu funkciju nije njegov zadatak da zauzme mesto domaćih sudova, već da preispita, u svetlosti predmeta u celini, da li su odluke koje su ti domaći sudovi doneli u svom polju slobodne procene kompatibilne s Konvencijom.³¹⁹ Prema tome, **ako su se domaće vlasti oslonile na sudsку praksu ESLJP-a utvrđujući obim unutrašnjeg polja slobodne procene u nekom konkretnom predmetu i ako su brižljivo primenile merodavna načela te sudske prakse, onda nije verovatno da će ESLJP naći mogućnost da se umeša u njihovu odluku o meritumu predmeta, pod uslovom da su se sudovi zadržali u granicama određenog polja slobodne procene.**

Zaključak

Svi gore navedeni činioci mogu se koristiti kao usmeravajuća načela u primeni prava po Konvenciji na domaćem nivou. Međutim, to su samo opšte naznake odgovarajućeg procesa primene prava po Konvenciji na nacionalnom nivou. Ti činioci ne sadrže suštinske odgovore na pitanje o tome kako rešiti neki slučaj, niti jemče suštinsku valjanost ishoda.

318 *Creangă v. Romania*, [Veliko veće] presuda od 23. februara 2012, br. 29226/03, stav 101.

319 Vidi, na primer, *Von Hannover v. Germany (No. 2)*, [Veliko veće] presuda od 7. februara 2012, br. 40660/08 i 60641/08, stav 105.

Ipak, ako pretpostavimo da je supstancialno pravo po Konvenciji poznato međodavnom subjektu odlučivanja, nivo poštovanja tih činilaca u određenom predmetu može srazmerno odrediti i nivo usklađenosti s pravom po Konvenciji, budući da to omogućuje valjano transponovanje tog prava u presude i odluke domaćih sudova. Drugačije rečeno, može se pretpostaviti da će viši nivo poštovanja tih činilaca voditi ka višem nivou poštovanja prava po Konvenciji. Stoga se možemo nadati da će domaći sudovi nastojati da se rukovode tim načelima kako bi obezbedili delotvornu usklađenost s pravom po Konvenciji.

AIRE Centar

AIRE Centar je nevladina organizacija koja unapređuje svest o pravima zajemčenim evropskim pravom i pruža podršku žrtvama povreda ljudskih prava. Tim međunarodnih pravnika pruža informacije, podršku i savete o pravnim standardima Evropske unije i Saveta Evrope. Tim ima bogato iskustvo u zastupanju podnositelaca predstavki pred Evropskim sudom za ljudska prava u Strazburu i do sada je učestvovao u više od 150 postupaka pred tim sudom. AIRE centar je tokom poslednjih 20 godina sproveo i učestvovao u brojnim seminarima u Centralnoj i Istočnoj Evropi, koji su organizovani za advokate, sudsije, državne službenike i nevladine organizacije.

AIRE centar se naročito usredsređuje na zemlje Zapadnog Balkana, u kojima više od 15 godina sprovodi niz dugoročnih programa unapređenja vladavine prava, u partnerstvu sa nacionalnim institucijama i sudovima. Svi naši programi imaju za cilj da unaprede primenu Evropske konvencije o ljudskim pravima na nacionalnom nivou, da doprinesu procesu evropskih integracija zemalja regionalna putem jačanja vladavine prava i punog priznanja ljudskih prava u njima, kao i da podstiču regionalnu saradnju sudsija i pravnih stručnjaka.



Foreign &
Commonwealth
Office

Izradu i objavljivanje ove publikacije podržalo je Ministarstvo spoljnih poslova Ujedinjenog Kraljevstva (UK Foreign and Commonwealth Office). Stavovi izneti u ovoj publikaciji ne moraju nužno odražavati zvanične stavove Ministarstva spoljnih poslova Ujedinjenog Kraljevstva.