

THE AIRE CENTRE

Advice on Individual Rights in Europe

DRUGO IZDANJE

Ka djelotvornijoj primjeni Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava na nacionalnom nivou

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

Ka djelotvornijoj primjeni Evropske
konvencije za zaštitu ljudskih prava na
nacionalnom nivou – Vodič za ključna
načela i pojmove Konvencije i njihovu
primjenu u domaćim sudovima

DRUGO IZDANJE

Urednici

Biljana Braithwaite, direktorka Programa za Zapadni Balkan, AIRE centar
Catharina Harby, viša stručna pravna savjetnica, AIRE centar
Sudija Ledi Bianku, bivši sudija Evropskog suda za ljudska
prava i vanredni profesor Univerziteta u Strazburu

Autori

Nuala Mole, viša pravna savjetnica i osnivač, AIRE Centar
Dr Krešimir Kamber, Direktorat Jurisconsult, Evropski sud za ljudska prava*
Vaso Liaki, bivši istraživač za pravna pitanja, AIRE centar
Bojana Bošković Husanović, konsultantkinja za pravo ljudskih prava

Posebnu zahvalnost dugujemo

Emmi Gilbert i Katie Wetherall

© 2022 AIRE Centre – Drugo izdanje

Tiraž:

Originalna verzija teksta na engleskom jeziku prevedena
je na bosanski/crnogorski/hrvatski/srpski

Grafički dizajn:
Kliker Dizajn

Štampa:

*Mišljenja izražena u ovoj publikaciji su lična

Sadržaj

Uvod.....	7
Akronimi i skraćenice	9
Poglavlje 1 - Kratak uvod i pregled EKLJP	11
I. Nastanak i reforma.....	11
II. Priroda prava zajemčenih Konvencijom.....	13
III. regled odredaba Konvencije i protokola uz nju.....	15
Poglavlje 2 - Ključni pojmovi i načela Evropske konvencije o ljudskim pravima	22
I. ODNOS KONVENCIJE SA DOMAĆIM I MEĐUNARODNIM PRAVOM ..	22
i. Supsidijarnost	22
ii. Polje slobodne procjene	23
iii. Član 53 (Obezbjeđenje postojećih ljudskih prava)	23
iv. Odnos Konvencije i Bečke konvencije o ugovornom pravu	24
II. AUTONOMNI POJMOVI	25
i. Definicije pojmova u tekstu Konvencije	25
ii. Pojmovi razvijeni u sudskoj praksi po Konvenciji	46
III. KATEGORIJE PRAVA	48
1. Apsolutna prava	48
2. Kvalifikovana prava.....	52
3. Prava vezana za sprovođenje pravde	54
4. Prava sa inherentnim ograničenjima.....	57
IV. POZITIVNE OBAVEZE	59
V. SRAZMJERNOST	61
VI. USPOSTAVLJANJE RAVNOTEŽE IZMEĐU PRAVA	61
VII. ZABRANA DISKRIMINACIJE	62
Poglavlje 3 - Kratak vodič kroz sistem Evropskog suda za ljudska prava.....	65
I. Put koji prelazi predstavka	65
II. Glas Suda.....	66
i. Sredstva koja Sud koristi prilikom odlučivanja.....	66
ii. Savjetodavna mišljenja	70
III. PO IZRICANJU PRESUDE.....	70
i. Pravna obaveza države da izvrši presude Suda	70
ii. Ko određuje pojedinačne i opšte mjere?.....	72

iii. Podrobnije o postupku izvršenja i ulozi Odjeljenja za izvršenje presuda	73
iv. Uloga Suda i uloga domaćih sudova nakon izricanja pravnosnažne presude	75

Poglavlje 4 - Primjena prakse Suda u odlučivanju

na nacionalnom nivou: načela i smjernice	80
I. Inkorporiranje načela Konvencije u DOMAĆI pravni poredak	80
i. Ustavno rešenje za inkorporiranje međunarodnog prava	81
ii. Konkretna položaj konvencijskog prava u domaćem pravnom poretku.....	87
II. Valjano pozicioniranje argumentacije po Konvenciji u odlučivanju NA NACIONALNOM NIVOU.....	93
III. Priznanje i konceptualizacija načela supsidijarnosti i polje slobodne procjene u praktičnom rezonovanju.....	101
i. Supsidijarnost: Saradnja u obezbjeđivanju djelotvorne realizacije zaštite ljudskih prava	101
ii. Ključni pravni pojmovi koji odražavaju načelo supsidijarnosti	102
Zaključak.....	107

Uvod

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Konvencija) usvojena je 1950. godine. Konvencija je pravi izdanak vremena u kome je nastala – neposredno po završetku Drugog svjetskog rata. Ona počiva na gorkoj pouci izvučenoj iz svih ratova i posebno iz tog, Drugog svjetskog, da se sukob među ljudima može izbjeći 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 70 godina, značaj osnovnog skupa prava i sloboda zajemčenih Konvencijom ne gubi na snazi. Međutim, da bi Konvencija svima pružila svoje zaštitne mehanizme, njena dosledna primjena je od posebne važnosti, naročito s obzirom na to da njenih 47 visokih strana ugovornica ima različite pravne sisteme i različite metode sprovođenja. Pravi put za sve ljude koji nastoje da ostvare svoja prava po Konvenciji vodi kroz domaće sudove. Domaći sudovi su često u boljem položaju da procijene da li je došlo do povrede nekog prava po Konvenciji – u svijetlu dokaza koje mogu neposredno da razmotre i u svijetlu svog poznavanja domaćeg prava, kao i kulturnog i društveno-ekonomskog konteksta u svojoj zemlji. Uloga Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP ili Sud) jeste da preispita da li su odluke koje su donijele nacionalne vlasti u skladu sa Konvencijom, uz dužno vođenje računa o polju slobodne procijene svake države kako će primjenjivati i sprovoditi Konvenciju, u zavisnosti od okolnosti konkretnog predmeta i prava i sloboda o kojima se u tom predmetu 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, a zaključci diskusija koje su nastavljene predstavljene su u Brajtonskoj deklaraciji iz 2012, Briselskoj deklaraciji iz 2015. i Deklaraciji iz Kopenhagena, usvojenoj 2018.

Međutim, djelotvorna primjena Konvencije na nacionalnom nivou zavisi od opšteg znanja i razumijevanja prava zajemčenih Konvencijom, kao i od poznavanja prakse Suda. Sudije domaćih sudova mogu u praksi da štite prava na nacionalnom nivou samo ako su upoznate sa praksom Suda i ako tu praksu razumiju. Ideja o izradi ovog vodiča za primjenu prakse Suda u domaćim postupcima nastala je tokom diskusija na jednom od godišnjih regionalnih Foruma o vladavini prava, koji su organizovali AIRE centar i organizacija *Civil Rights Defenders*, a na kojima se svake godine okupljaju sadašnje i bivše sudije Suda u Strazburu, predstavnici najviših sudova i sudskih savjeta iz čitavog regiona Zapadnog Balkana, zastupnici država

pred Sudom, pravni stručnjaci i predstavnici NVO zajednice. Ideja o organizovanju Foruma nastala je na osnovu spoznaje potrebe da se podstiče i olakšava prekogranična pravna saradnja i dijalog, gde učesnici mogu da razmjenjuju najbolju praksu i pouke, što je istovremeno i neophodno i poželjno kako bi se prevazišli zajednički izazovi. U prvom izdanju ovog vodiča bili smo usredsređeni na zemlje Zapadnog Balkana, ali nam je bilo jasno da će ova publikacija biti korisna i drugima, te je ovo drugo izdanje, koje se takođe usredsređuje na odnos između konvencijskog prava i domaćeg prava i prakse, šire po obimu.

Ovaj vodič ima četiri poglavlja, koja obuhvataju: (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 Suda i, konačno, (iv) bliže razmatranje načela i smjernica za primjenu prakse Suda u odlučivanju na domaćem nivou. Iskreno se nadamo da će ova publikacija predstavljati sadržajnu dopunu drugih tematskih publikacija o pojedinim članovima Konvencije i praksi po njoj.

Veoma nam je drago što Vam predstavljamo drugo izdanje ove publikacije, zasnovano na diskusijama i povratnim informacijama koje smo dobili od centara za obuku nosilaca pravosudnih funkcija u Evropi. Nadamo se da će predstavljati praktičnu alatku kako za nosioce pravosudnih funkcija, tako i za službenike drugih organa.

april 2022.

Biljana Braithwaite,
Direktorka Programa za Zapadni Balkan,
AIRE centar

Catharina Harby
Viša stručna pravna savjetnica,
AIRE centar

Akronimi i skraćenice

BCHS	bosanski/crnogorski/hrvatski/srpski
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, ovdje označava Evropski sud za ljudska prava, a kada se govori o domaćim sudovima, onda se koristi izraz „sud”, s malim početnim slovom.

Poglavlje 1

Kratak uvod i pregled EKLJP

I. Nastanak i reforma

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava¹ potpisana je u Rimu 4. novembra 1950. godine, po završetku Drugog svjetskog rata, a stupila je na snagu 3. septembra 1953. godine. Bila je to prva i nesumnjivo najvažnija konvencija Savjeta Evrope, međunarodne organizacije koja danas okuplja 46 država članica (u vrijeme pisanja ovog teksta 27 država 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 zlodjela počinjena tokom Drugog svjetskog rata – bio je to dokument koji je pružao prijeko potrebni okvir za zaštitu osnovnih prava i sloboda na međunarodnom nivou. Taj dokument je predstavljao novinu u oblasti međunarodnog prava u tom smislu što priznaje istinsko pravo svakog pojedinca da na međunarodnom nivou pokrene sudski postupak onda kada nijedan domaći pravni lijek ne urodi plodom.²

Otkako je Konvencija stupila na snagu, usvojeno je i nekoliko protokola, ali nijesu 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 dvije ključne reforme sistema Konvencije, a obje te reforme nastojale su da riješe problem sve većeg broja predstavki koje pristižu Sudu: (i) najkrupnija reforma uvedena je **Protokolom br. 11**, koji je usvojen 1994, a na snagu stupio 1. novembra 1998, a kojim je ustanovljen novi jedinstveni Sud. Taj novi Sud je zamijenio prvobitni Sud, koji nije zasijedao u stalnom svojstvu, i Evropsku komisiju za ljudska prava. Odluke Komisije i danas predstavljaju dio prakse Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP ili Sud) i validne su i dalje, osim ukoliko Sud u potonjoj praksi nije izmjenio zaključke; (ii) godine 2009. usvojen je, a 1. juna 2014. na snagu je stupio **Protokol br. 14**, kojim su uvedene dalje hitne procesne

-
- 1 Konvenciju je prvobitno potpisalo 12 od ukupno 15 država koje su u to vrijeme bile članice Savjeta Evrope. Potpisivanje i ratifikacija Konvencije predušlov je za pristupanje Savjetu Evrope; sve sadašnje države članice Savjeta 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” zamijenjen je terminom „predstavka”) bilo opciono: nadležnost Suda da razmatra pritužbe pojedinaca ili nevladinih organizacija bila je priznata pod uslovom da je država o kojoj je riječ izjavila da prihvata tu nadležnost. Otkako je usvojen Protokol br. 11, nadležnost Suda, kako je to utvrđeno u članu 34 Konvencije, postala je obavezna (vidi Obrazloženje Protokola br. 11 uz EKLJP, u kojem se restrukturira utvrđeni kontrolni mehanizam, stav 85).

promjene. Te reforme su se više odnosile na „funkcionisanje nego na strukturu Suda”³ i za cilj su imale da se skрати vrijeme koje Sud utroši na nemeritorne predstavke ili predstavke koje se ponavljaju kako bi se mogao usredsrediti na najvažnije predmete koji iziskuju posebno razmatranje.^{4,5}

Protokol br. 15 stupio je na snagu 1. avgusta 2021. Njime se, između ostalog, u Preambulu Konvencije uvodi izričito upućivanje na načelo supsidijarnosti i doktrinu unutrašnjeg polja slobodne procjene,⁶ kao i neke promjene u vezi sa kriterijumima prihvatljivosti.⁷ **Protokol br. 16**, takozvani Protokol dijaloga,⁸ stupio je na snagu 1. avgusta 2018, pošto ga je ratifikovalo 10 evropskih država. Njegov cilj je da olakša dijalog između Suda i domaćih sudova preko instrumenta savjetodavnih mišljenja.⁹ Ukratko, prema Protokolu br. 16, najviši domaći sudovi mogu da zamole Sud da izda savjetodavno mišljenje o nekom načelnom pitanju vezanom za tumačenje ili primjenu prava i sloboda zajemčenih Konvencijom. ESLJP je u aprilu 2019. izdao prvo savjetodavno mišljenje na zahtjev francuskog Kasacionog suda.¹⁰

Potrebno je napomenuti da je pravom Evropske unije 2009. godine uvedena obaveza pristupanja Evropske unije Konvenciji.¹¹ Isto tako, Protokol br. 14 uz

3 Obrazloženje Protokola br. 14 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, kojim je izmijenjen kontrolni sistem Konvencije, stav 35.

4 *Ibid.*, stavovi 35–37 i 79.

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

6 Vidi Poglavlje 2.V.

7 Rok u kojem predstavka mora biti podnijeta Sudu skraćen je sa šest mjeseci na četiri mjeseca i izmijenjen je i dopunjen kriterijum prihvatljivosti koji se odnosi na „značajnu štetu” (koju je pretrpio podnosilac predstave) (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” („Primjena 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 Savejtodavno mišljenje o pravnom priznanju odnosa roditelj–dete između djeteta rođenog u inostranstvu putem gestacijskog surogatnog aranžmana i namjeravane majke, od 10. aprila 2019, P16-2018-001.

11 Vidi: Ugovor iz Lisabona o izmjenama i dopunama Ugovora o Evropskoj uniji i Ugovora o osnivanju Evropske zajednice, potpisan u Lisabonu 13. decembra 2007. godine (stupio na snagu 1. decembra 2009). Član 6 st. 2: „Unija pristupa Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. To pristupanje ne utiče na nadležnosti Unije utvrđene ugovorima.”

Konvenciju pruža pravni osnov za pristupanje Evropske unije Konvenciji.¹² Pristupanjem Konvenciji, EU će postati ugovornica i pojedinci će moći da zahtjevaju od Suda da razmotri akte institucija EU. Integracija EU u sistem zaštite EKLJP otvara brojna suštinska pitanja, poput razjašnjavanja i razgraničenja pravnog odnosa između osnovnih prava zajemčenih Poveljom EU o osnovnim pravima, koju primjenjuje Sud pravde Evropske unije, i onih koje štiti Konvencija. Pregovori između Savjeta Evrope i EU traju do 2010. godine. Nešto prije izrade ovog Vodiča, održan je sastanak pregovarača koji su razgovarali o raznim predlozima, poput posebnih mehanizama postupka EU pred ESLJP i načela uzajamnog povjerenja između država članica EU.¹³

II. Priroda prava zajemčenih Konvencijom

Konvencija, uključujući i protokole uz nju, štiti prvenstveno građanska i politička prava, dok je naglasak na ekonomska, socijalna ili kulturna prava manji.¹⁴ Zaštita imovine, pravo na obrazovanje i zajemčena jednakost između supružnika predstavljaju one malobrojne izuzetke među tim pravima koji su neposredno zaštićeni relevantnom odredbom u samom tekstu Konvencije. Ipak, ESLJP je naglasio da ne postoji sasvim čvrsta i nepropusna podjela između sfere socijalnih i ekonomskih prava i sfere obuhvaćene Konvencijom, budući da mnoga građanska i politička prava koja Konvencija štiti imaju izvjesne implikacije socijalne ili ekonomske prirode (*Airey protiv Irske*¹⁵).

Na taj način ESLJP je razradio čitav korpus sudske prakse u kome je pružio posrednu zaštitu određenim socijalnim i ekonomskim pravima; to je učinio kroz tumačenja različitih članova Konvencije i/ili kroz priznanje određenih pozitivnih obaveza država. Primjeri nekih aspekata takvih prava koje je ESLJP razmatrao obuhvataju: pristup zdravstvenoj zaštiti,¹⁶ poštene uslove rada,¹⁷ pitanja koja se

12 Član 59 st. 2 Konvencije dopunjen Protokolom br. 14: „Evropska unija može da pristupi ovoj Konvenciji.”

13 Dvanaesti sastanak Upravnog odbora za ljudska prava Ad hoc pregovaračke grupe („47+1”) o pristupanju Evropske unije Evropskoj konvenciji za ljudska prava, Izvještaj o sastanku od 7. decembra 2021, dostupan na engleskom na: <https://rm.coe.int/cddh-47-1-2021-r12-en/1680a4e547>.

14 Socijalna i ekonomska prava uglavnom su zaštićena Evropskom socijalnom poveljom iz 1961. godine ili revidiranom Evropskom socijalnom poveljom iz 1996. godine, koja treba postepeno da zamijeni Povelju iz 1961. godine. Poštovanje prava zajemčenih 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.

15 *Airey protiv Irske*, presuda od 9. oktobra 1979, predstavka br. 6289/73, stav 26.

16 Vidi, na primjer, *Panaitescu protiv Rumunije*, presuda od 10. aprila 2012, predstavka br. 30909/06 (na osnovu člana 2), i *D. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 2. maja 1997, predstavka br. 30240/96 (na osnovu člana 3).

17 Vidi, na primjer, *Siliadin protiv Francuske*, presuda od 26. jula 2005, predstavka br. 73316/01, i *Chowdury i drugi*

odnose na pravo stanovanja,¹⁸ pravo na kolektivno pregovaranje s poslodavcem¹⁹ i zaštitu doprinosa za socijalno osiguranje.^{20, 21}

Slično tome, kada je riječ o kulturnim pravima, ESLJP se postepeno bavi suštinskim pravima koja potpadaju pod tu kategoriju, obuhvatajući pitanja kao što su pravo na umjetničko izražavanje, pristup kulturi, kulturni identitet, jezička prava, obrazovanje, zaštita kulturnog i nacionalnog naslijeđa, pravo na traganje za istorijskom istinom i pravo na akademsku slobodu, posebno u svijetlu sve većeg broja predmeta koje pred njim pokreću pojedinci ili subjekti koji pripadaju nacionalnim manjinama.²²

Štaviše, Sud je u kontekstu pitanja zaštite životne sredine potvrdio potencijalnu odgovornost države za propust da reguliše privatnu industriju na način kojim se obezbjeđuje poštovanje prava na privatni život.²³

protiv Grčke, presuda od 30. marta 2017, predstavka br. 21884/15 (na osnovu člana 4).

- 18 Vidi, na primjer, *Connors protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 27. maja 2004, predstavka br. 66746/01, stavovi 81–95, u vezi s prisilnim iseljenjem (na osnovu člana 8); *Fadeyeva protiv Rusije*, presuda od 9. juna 2005, predstavka br. 55723/00, u vezi sa izloženošću nezdravim životnim uslovima (na osnovu člana 8); *Kipar protiv Turske*, presuda Velikog vijeća od 10. maja 2001, predstavka br. 25781/94, u vezi s pravima raseljenih lica (na osnovu člana 1 Protokola br. 1); *Moldovan i drugi protiv Rumunije (br. 2)*, presuda od 12. jula 2005, predstave br. 41138/98 i 64320/01, u slučaju u kojem su životni uslovi podnosilaca predstave i rasna diskriminacija kojoj su bili javno izloženi predstavljali, 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.
- 19 Vidi, na primjer, *Demir i Baykara protiv Turske*, presuda Velikog vijeća od 12. novembra 2008, predstavka br. 34503/97, stavovi 140–154 (u svijetlu „prava na osnivanje sindikata i učlanjenje u njega”, utvrđenog u članu 11).
- 20 Vidi, na primjer, *Stec i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, odluka Velikog vijeća od 6. jula 2005, predstavke br. 65731/01 i 65900/01, stavovi 49–56 (na osnovu člana 1 Protokola br. 1).
- 21 Više o detaljnom 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).
- 22 Istraživački izvještaj „Cultural rights in the case-law of the European Court of Human Rights” („Kulturna prava u sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava”), Istraživačko odjeljenje, Savjet Evrope/Evropski sud za ljudska prava, januar 2011. (ažurirano 17. januara 2017), preuzeto 17. januara 2017. sa: http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_cultural_rights_ENG.pdf.
- 23 *Hatton i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda Velikog vijeća od 8. jula 2003, predstavka br. 36022/97. Pored toga, u vrijeme izrade ovog Vodiča, Sud još nije bio odlučio o predmetu *Duarte Agostinho i drugi protiv Portugalije i 32 druge države* (predstavka br. 39371/20). Sud će u ovom predmetu odlučivati o navodnom nepoštovanju pozitivnih obaveza po osnovu članova 2 i 8 u svjetlu obaveza koje su 33 tužene države preuzele u okviru Pariskog sporazuma o klimi iz 2015. godine (COP21).

Treba naglasiti da obezbjeđivanje minimalnog standarda zaštite predstavlja cilj utvrđivanja tih prava i sloboda u sistemu Konvencije, te se stoga zaštita koju pruža Konvencija ne može tumačiti kao da ograničava širu zaštitu zajemčenu nacionalnim pravom ili drugim međunarodnim sporazumima (član 53).²⁴

III. Pregled odredaba Konvencije i protokola uz nju

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

Član 1

Članom 1 se utvrđuje opšta obaveza država da obezbjede zaštitu prava i sloboda zajemčenih Konvencijom 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 da postoje određene izuzetne okolnosti koje mogu da dovedu do toga da država ostvaruje nadležnost van granica svoje teritorije (vidi niže odjeljak u kojem se razmatra Dio II Konvencije, konkretno – nadležnost Suda *ratione loci*). Sud je nedavno u brojnim odlukama i presudama²⁵ detaljnije razmotrio vršenje nadležnosti na osnovu „djelotvorne kontrole” ili „nadležnosti i kontrole od strane državnog službenika”, kao što je prikazano u presudi u predmetu *Al-Skeini i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*.²⁶

To treba čitati i tumačiti zajedno sa članom 56, kojim se državi ostavlja mogućnost da izjavi da će se Konvencija primjenjivati na sve ili neku od teritorija za čije je međunarodne odnose ona odgovorna. Prvenstveno teritorijalna priroda nadležnosti, međutim, nije nešto što treba tumačiti kao protivvrječno 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 primjer, 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).

24 Vidi Poglavlje 2.V.iii.

25 *Ukrajina protiv Rusije (u vezi sa Krimom)*, odluka od 16. decembra 2020, predstavka br. 20958/14 i 38334/18; *Gruzija protiv Rusije (br. 2)*, presuda od 21. januara 2021, predstavka br. 38263/08; *M. N. i drugi protiv Belgije*, presuda Velikog vijeća od 5. maja 2020, predstavka br. 3599/18; *Hanan protiv Njemačke*, presuda Velikog vijeća od 16. februara 2021, predstavka br. 4871/16.

26 *Al-Skeini i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda Velikog vijeća od 7. jula 2011, predstavka br. 55721/07.

Član 1 takođe sadrži pravni osnov za priznanje pozitivnih obaveza²⁷ država i igra ključnu ulogu u razvoju načela po kome prava i slobode utvrđeni u Konvenciji treba da budu praktični i djelotvorni, a ne teorijski i iluzorni.²⁸

Dio I: Prava i slobode

Dio 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 razumijevanju obima tih prava; ostala prava i slobode uključeni su u protokole uz Konvenciju.

Prava i slobode zajemčeni u Dijelu I

- Pravo na život (član 2)
- Zabrana mučenja (član 3)
- Zabrana ropstva i prinudnog rada (član 4)
- Pravo na slobodu i bezbjednost (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, savjesti i vjeroispovjesti (član 9)
- Sloboda izražavanja (član 10)
- Sloboda okupljanja i udruživanja (član 11)
- Pravo na sklapanje braka (član 12)
- Pravo na djelotvoran pravni lijek (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)

27 Vidi Poglavlje 2.VII.

28 Vidi Poglavlje 2.VI.ii.

Materijalna 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 protjerivanja sopstvenih državljana (član 3)
- Zabrana grupnog protjerivanja stranaca (član 4)

Protokol br. 6

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

Protokol br. 7

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

Protokol br. 12

- Opšta zabrana diskriminacije (član 1)

Protokol br. 13

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

Dio II: ESLJP

Dio II Konvencije sastoji se od **članova 19–51**,²⁹ čije se odredbe odnose na svrhu Suda, njegov sastav i strukturu, nadležnost i ovlaštenja, mehanizme rasprave i aspekte postupka koji se pred njim vodi. Dopunu tog dijela predstavljaju Poslovnik Suda i praktična uputstva koja izdaje predsjednik Suda kako bi razjasnio neke aspekte sudskog postupka.³⁰

- **Član 19** utvrđuje funkciju Suda, koja se svodi na to da se obezbijedi 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)³¹ i ulogu Komiteta ministara (član 46).³²
- **Članovi 20–31** odnose se na sastav Suda, stručno osoblje za podršku i organizaciju Suda u različitim formacijama (opšta sjednica Suda,³³ sudija pojedinač, odbor od tri sudije, vijeća i Veliko vijeće), uključujući nadležnosti svake od tih formacija.³⁴
- **Članovi 32–35** razgraničavaju nadležnost i ovlaštenja Suda, kao i kriterijume prihvatljivosti predstavke. Kriterijumi prihvatljivosti su bliže razmotreni u Poglavlju 3.³⁵

Nadležnost *ratione materiae*: ESLJP može da razmatra 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 – djelimično ili u cjelosti – 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 procijenjuje valjanost rezerve koju je stavila država.³⁶

29 Ovdje navedeno grupisanje tih članova ima isključivo analitičku svrhu.

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

31 Vidi Poglavlje 2.Vii. u vezi s načelom supsidijarnosti.

32 Vidi Poglavlje 3.III.ii. i iii.

33 „Opšta sjednica Suda” označava Evropski sud za ljudska prava kada zasijeda u opštoj sjednici (pravilo 1 Poslovnika Suda).

34 Vidi Poglavlje 3.II.i.

35 Pregled kriterijuma prihvatljivosti dostupan je u Poglavlju 3.II.i.

36 Vidi ključnu presudu u predmetu *Belilos protiv Švajcarske*, od 29. aprila 1988, predstavka br. 10328/83, stavovi

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”³⁷ konkretnog kršenja koje je navodno 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. Opšte uzev, postoje dvije 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 djeluju van njene teritorije, ostvaruje kontrolu i vlast nad pojedincem, i (ii) djelotvorna kontrola nad nekim područjem”.³⁸ Ove okolnosti moraju biti izuzetne kako bi opravdale vanteritorijalnu jurisdikcionu vezu.³⁹

Nadležnost *ratione temporis*: ESLJP neće razmatrati predstavke u vezi s pritužbama koje se odnose na neki postupak ili činjenicu koji su se dogodili u bilo kojoj situaciji koja je prestala da postoji prije nego što je Konvencija stupila na snagu u odnosu na tuženu državu („kritični datum”). Sud treba u svakom konkretnom predmetu da identifikuje tačno vrijeme navodnog zadiranja, uzimajući u obzir činjenice na koje se podnositelj predstavke žali, kao i obim prava po Konvenciji za koja se navodi da su povrijeđena (*Blečić*

50–60. Za noviju rekapitulaciju i primjenu relevantnih načela vidi, na primjer, presudu u predmetu *Schädler-Eberle protiv Lihtenštajna* od 18. jula 2013, predstavka br. 56422/09, stavovi 59–93.

37 Za autonomni pojam „žrtve” vidi Poglavlje 2.VI.i.

38 Vidi *Al-Skeini i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda Velikog vijeća od 7. jula 2011, predstavka br. 55721/07, stavovi 130–150, u kojoj je ESLJP razmotrio svoju prethodnu praksu u vezi sa sopstvenom nadležnošću po osnovu člana 1, načela koja su primjenljiva u toj stvari i bliže na osnovu primjera objasnio dvije gore navedene kategorije izuzetnih okolnosti. Vidi razvoj tih načela i u presudi Velikog vijeća u predmetu *Güzelyurtlu i drugi protiv Kipra i Turske* od 29. januara 2019, predstavka br. 36925/07, u kojoj su obrazložene „posebne odlike” koje mogu da opravdaju jurisdikcionu vezu u kontekstu obaveza države po osnovu člana 2, kao i nedavnu primjenu ovih načela u presudama u predmetima *Ukrajina protiv Rusije (u vezi sa Krimom)*, odluka od 16. decembra 2020, predstavke br. 20958/14 i 38334/18; *Gruzija protiv Rusije (br. 2)*, presuda od 21. januara 2021, predstavka br. 38263/08; *M. N. i drugi protiv Belgije*, presuda Velikog vijeća od 5. maja 2020, predstavka br. 3599/18; *Hanan protiv Njemačke*, presuda Velikog vijeća od 16. februara 2021, predstavka br. 4871/16.

39 Na primjer, Veliko vijeće je u presudi u predmetu *M. N. i drugi protiv Belgije* od 5. maja 2020, predstavka br. 3599/18, stav 121, koji se odnosio na odbijanje zahtjeva za vizu u belgijskoj ambasadi u Libanu, zaključilo da činjenica da odluke usvojene na nacionalnom nivou u Belgiji utiču na situaciju lica koja žive u inostranstvu nije dovoljna kako bi aktivirala vanteritorijalnu jurisdikcionu vezu.

protiv Hrvatske⁴⁰). ESLJP može imati uvid u činjenice koje su se dogodile prije ratifikacije u mjeri 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 razumijevanje činjenica koje su se dogodile posle tog datuma (vidi, na primjer, presudu u predmetu *Kurić i drugi protiv Slovenije*⁴¹). Posebno je za procesne obaveze koje proističu iz članova 2 i 3 ustanovljeno da su „odvojive” od materijalnih aspekata tih prava. Prema tome, u predmetima u kojima se smrt ili nezakonito postupanje dogodilo prije ratifikacije, države mogu imati određenu procesnu obavezu u odnosu na one postupke (da sprovedu djelotvornu istragu i da pokrenu odgovarajući postupak) koji su se zbili posle kritičnog datuma. Prema tome, ESLJP u takvim predmetima može da preuzme vremensku nadležnost.⁴²

- **Članovi 36–40** odnose se na procesna pitanja u vezi sa intervencijama trećih lica, ovlašćenjem Suda 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 raspolaze u fazi odlučivanja (odluke, presude i savjetodavna mišljenja), uključujući njihov sadržaj i uslove pod kojima presude vijeća 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 Suda, koje snosi Savjet Evrope, kao i na privilegije i imunitete koje uživaju sudije.

40 *Blečić protiv Hrvatske*, presuda Velikog vijeća od 8. marta 2006, predstavka br. 59532/00, stav 82.

41 Vidi, na primjer, presudu Velikog vijeća u predmetu *Kurić i drugi protiv Slovenije* od 26. juna 2012, predstavka br. 26828/06, stav 240. Po mišljenju Suda, iako se brisanje iz registra lica sa stalnim boravkom dogodilo prije nego što je Konvencija stupila na snagu u odnosu na Sloveniju, tog su datuma podnosioci predstavke bili – i nastavili da budu – pogođeni činjenicom da su njihova imena bila izbrisana iz registra.

42 Vidi *Šilih protiv Slovenije*, presuda Velikog vijeća od 9. aprila 2009, predstavka br. 71463/01, stavovi 139–167. Taj predmet se odnosio na procesni aspekt člana 2 i njime je ustanovljen „odvojivi” karakter tog aspekta. 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 donije razjašnjeni u predmetu *Janowiec i drugi protiv Rusije*, presuda Velikog vijeća od 21. oktobra 2013, predstavke br. 55508/07 i 29520/09, stavovi 140–151.

Važna napomena: Očigledno je da Dio II Konvencije sadrži članove koji se tiču funkcije Suda i određenih procesnih pitanja pred njim. Međutim, neki od tih članova sadrže supstancijalna prava na koja se pojedinac može pozvati. Na primjer, ESLJP je stao na stanovište da visoke strane ugovornice saglasno članu 34 imaju obavezu da se ne miješaju u ostvarivanje prava pojedinca da podnese predstavku Evropskom sudu za ljudska prava i istraje u nastojanju da se po njoj vodi postupak pred Sudom (*Paladi protiv Moldavije*⁴³). 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 (vidi, na primjer, presudu u predmetu *Emre protiv Švajcarske (br. 2)*⁴⁴).⁴⁵ Prema članu 38, strane u postupku moraju da saraduju sa Sudom i dostave sve relevantne informacije kako bi Sud utvrdio činjenično stanje. Međutim, kada sam Sud ne zatraži određene informacije ili dokumente, to može biti pogubno po svaki navod o propustu tužene države da ispuni svoje obaveze iz člana 34.⁴⁶

Dio III: Ostale odredbe

Dio III Konvencije obuhvata **članove 52-59**, kojima se uređuju pitanja zahtjeva generalnog sekretara za objašnjenja (član 52), odnos između Konvencije i drugih instrumenata kojima se jemči zaštita ljudskih prava (član 53),⁴⁷ nemješanje u ovlašćenja Komiteta ministara budući da su ta ovlašćenja ustanovljena Statutom Savjeta Evrope (član 54), isključenje drugih načina za rješavanje spora (član 55), teritorijalna primjena Konvencije (član 56),⁴⁸ rezerve države stavljene na pojedine odredbe (član 57), otkazivanje Konvencije (član 58), kao i njeno potpisivanje i ratifikacija (član 59).

43 *Paladi protiv Moldavije*, presuda Velikog vijeća od 10. marta 2009, predstavka br. 39806/05, stav 85.

44 *Emre protiv Švajcarske (br. 2)*, presuda od 11. oktobra 2011, predstavka br. 5056/10, stav 39, gdje se takođe citira *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) protiv Švajcarske (br. 2)*, presuda Velikog vijeća od 30. juna 2009, predstavka br. 32772/02, stavovi 66-67.

45 Vidi Poglavlje 3.III.iii. o ulozi Suda posle izricanja pravnosnažne presude.

46 *Yam protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 16. januara 2020, predstavka br. 31295/11, stav 81. Ovaj predmet se odnosio na pitanje da li je suđenje podnosiocu predstavke za ubistvo bilo protivno članu 6 zbog odluke postupajućeg sudije da dio suđenja održi iza zatvorenih vrata. Podnosilac predstavke je zamolio Sud da od državnih organa zatraži materijale sa djela pretresa održanog iza zatvorenih vrata, ali je Sud odbio da to učini. To je bilo pogubno po tvrdnju podnosioca predstavke da je država osujetila njegovo pravo na pojedinačnu predstavku iz člana 34.

47 Vidi Poglavlje 2.V.iii.

48 Vidi gore dio o članu 1 i nadležnosti *ratione loci*.

Poglavlje 2

Ključni pojmovi i načela Evropske konvencije o ljudskim pravima

Ovo poglavlje posvećeno je ključnim pojmovima i načelima na kojima počiva Konvencija i ono treba da posluži kao praktična alatka prilikom tumačenja i sprovođenja prakse Suda. Neki od tih ključnih pojmova jasni su iz samog teksta Konvencije; drugi nijesu izričito navedeni u tekstu, ali ih je Sud utvrdio i protumačio kada je primjenjivao Konvenciju. Iako neki pojmovi mogu već na prvi pogled djelovati poznato, strazburški organi su utvrdili da određeni pojmovi imaju „autonomno” značenje po Konvenciji. Stoga ti pojmovi NE MORAJU da imaju isto značenje u Konvenciji kakvo imaju u domaćem pravu.

Ovo poglavlje je podijeljeno na sedam odjeljaka:

- Odnos Konvencije sa domaćim i međunarodnim pravom
- Autonomni pojmovi
- Kategorije prava
- Pozitivne obaveze
- Srazmjernost
- Uspostavljanje ravnoteže između prava
- Zabrana diskriminacije

I. ODNOS KONVENCIJE SA DOMAĆIM I MEĐUNARODNIM PRAVOM

i. Supsidijarnost

Protokolom br. 15 je u Preambulu Konvencije izričito uvedeno načelo supsidijarnosti.⁴⁹ Ipak, načelo supsidijarnosti se i prije stupanja Protokola br. 15 na snagu smatralo načelom koje je bilo duboko ukorijenjeno u Konvenciji, a Sud se na njega odavno poziva (prvi put se to načelo pominje u *Belgijskom lingvističkom predmetu*⁵⁰). Načelom supsidijarnosti utvrđena je zajednička odgovornost država

49 Protokol br. 15 usvojen je 24. juna 2013, a na snagu je stupio 1. avgusta 2021, pošto ga je ratifikovala posljednja država članica – Italija.

50 *Predmet u vezi sa određenim aspektima zakona o upotrebi jezika u obrazovanju u Belgiji, takozvani „Belgijski lingvistički predmet”*, presuda od 23. jula 1968, predstavke br. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 i 2126/64.

i Suda za djelotvornu primjenu Konvencije.⁵¹ Saglasno tome, priroda tog načela ima dvije strane. S jedne strane, države su u obavezi da obezbijede prava i slobode zajemčene Konvencijom i da po potrebi obezbijede djelotvorne pravne lijekove. Tu obavezu snose sve nacionalne vlasti, uključujući i domaće sudove. S druge strane, Sud ne može da preuzme tu ulogu nadležnih sudskih vlasti, te državama mora da prizna polje slobodne procjene koje im omogućuje da izaberu primjerene mjere. Njegova je obaveza da nadzire usaglašenost tih mjera sa zahtijevima Konvencije. Kada je prije svega riječ o odlukama domaćih sudova, Sud je u više navrata istakao da on nije sud četvrte instance i da ne može da zauzme mjesto nacionalnih sudova, koji su prvenstveno odgovorni za procjenu činjenica predmeta i merodavno pravo. ESLJP može sam pristupiti takvoj procjeni samo onda kada se od njega traži da obezbijedi da odluke o kojima je riječ nijesu, same po sebi, protivne Konvenciji.

ii. Polje slobodne procjene

„Polje slobodne procjene” predstavlja jurisprudencionu doktrinu koju je razvio Evropski sud za ljudska prava. Njome je definisan odnos između nadnacionalnog suda, Evropskog suda za ljudska prava i nacionalnih sudova. Saglasno Konvenciji, države mogu slobodno da se opredijele za sredstva koja same odaberu radi zaštite prava po Konvenciji, što podliježe konačnom nadzoru konvencijskih organa. Konvencijom se ne iziskuje jednoobrazna primjena istovjetnih standarda u svih 46 zemalja članica Savjeta Evrope, koje imaju veoma različite društvene, kulturne, ekonomske i pravne sisteme. Konvencijsko pravo se u tom pogledu veoma razlikuje od prava Evropske unije, koje iziskuje veoma visok stepen ujednačenosti. Dokle god države članice „jemče” zaštićena prava, kako je propisano članom 1 Konvencije, one uživaju polje slobodne procjene kako će to činiti. Da li je to polje slobodne procjene usko ili široko zavisi od prava o kojem je riječ i od okolnosti konkretnog predmeta. Kao i u slučaju načela supsidijarnosti, i doktrina polja slobodne procjene je bila „nevidljiva”, ali je izričito uvedena u Preambulu Konvencije Protokolom br. 15.⁵²

iii. Član 53 (Obezbjeđenje postojećih ljudskih prava)

Član 53 predstavlja još jedan izraz načela supsidijarnosti budući da se njime priznaje da države mogu odlučiti da obezbijede dodatnu zaštitu ljudskih prava, s tim što Konvencija predstavlja apsolutni minimum. Dodatna zaštita može biti pružena posredstvom unutrašnjeg prava ili međunarodnih sporazuma kojima država pristupa, naročito onima koji su u većoj mjeri tematski. Članom 53 se Sudu zabranjuje da Konvenciju tumači na način kojim se obezbijeduje niži nivo zaštite ljudskih prava

51 Vidi Brajtonsku deklaraciju iz 2012. godine.

52 *Supra nota* 51.

od onog koji se jemči (i) domaćim pravom države o kojoj je riječ ili (ii) odredbama bilo kog međunarodnog instrumenta koji državu formalno obavezuje. Sud se odavno poziva na druge međunarodne instrumente prilikom tumačenja Konvencije, bez obzira na to da li su oni obavezujući za tuženu državu. Najčešće se poziva na Konvenciju o pravima djeteta, Konvenciju Savjeta Evrope o borbi protiv trgovine ljudima, Konvenciju o izbjeglicama iz 1951. godine, Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom, pravo EU i na ostale instrumente Ujedinjenih nacija u oblasti ljudskih prava.

iv. Odnos Konvencije i Bečke konvencije o ugovornom pravu

Uloga Suda propisana je u članu 19 Konvencije. Njegova svrha i cilj jeste da obezbijedi „poštovanje obaveza iz Konvencije i protokola uz nju”. Prema članu 32 Konvencije, Sud je nadležan za sve predmete koji se tiču tumačenja i primjene Konvencije i protokola uz nju, a koji su mu upućeni na osnovu članova 33, 34 i 47. Međutim, ova odredba ne daje nikakve smjernice kako bi Sud trebalo da izvršava ove zadatke. Sud dosledno zaključuje da je Konvencija dio javnog međunarodnog prava, te da je treba tumačiti u skladu sa pravilima tumačenja iz članova 31–33 Bečke konvencije o ugovornom pravu (BKUP).⁵³ Saglasno BKUP, odredbe ugovora treba tumačiti „dobronamjerno” prema „uobičajenom smislu” „izraza” ili teksta ugovora u njihovom „kontekstu” i u svijetlu „predmeta i cilja” ugovora. Sud istovremeno naglašava poseban karakter Konvencije kao instrumenta za zaštitu ljudskih prava pojedinačnih ljudskih bića,⁵⁴ te da je treba tumačiti u skladu sa njenim predmetom i ciljem i na način kojim se obezbijeduje praktična i djelotvorna zaštita.⁵⁵ Sud je poseban karakter Konvencije pojasnio u presudi u predmetu *Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, u kojoj je naveo da „za razliku od klasičnih vrsta međunarodnih ugovora, Konvencija sadrži više od pukih recipročnih aranžmana između država ugovornica. Njome se stvara više od mreže uzajamnih, bilateralnih aranžmana, objektivnih obaveza koje, po riječima u Preambuli, imaju koristi od „kolektivnog ostvarivanja”.⁵⁶ Prava i slobode zajemčene Konvencijom formulisane su na opšti način. Stoga u nekim situacijama postoji potreba za njihovom konkretizacijom u skladu sa članovima 31–33 BKUP.

53 Vidi, na primjer, presudu u predmetu *Hassan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 16. septembra 2014, predstavka br. 29750/09, stav 77 i predmete pomenute u tom stavu.

54 *Soering protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 7. jula 1989, predstavka br. 14038/88, stav 87 .

55 *Golder protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 21. februara 1975, predstavka br. 4451/70, stav 35.

56 *Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 18. januara 1978, predstavka br. 5310/71, stav 239.

II. AUTONOMNI POJMOVI

Evropska komisija za ljudska prava i Evropski sud za ljudska prava usvojili su određeno „značenje po Konvenciji” za izvjestan broj izraza – to se značenje često razlikuje od onog značenja koje postoji i u domaćem pravu i u laičkom govoru. Taj pristup se opravdava potrebom da se obezbijedi izvjestan stepen jednoobraznosti u postupanju prema ugovornim stranama, kao i da se obezbijedi da države ne koriste sopstvene definicije ne bi li izbjegle prava i slobode zajemčene Konvencijom. Još od prvih svojih presuda u vezi s pitanjem autonomnog značenja određenih izraza (*Engel i drugi protiv Holandije*⁵⁷ i *König protiv Njemačke*⁵⁸), ESLJP u brojnim prilikama naglašava da definicije prema unutrašnjem pravu služe samo kao polazište. Stoga je važno da prilikom primjene odredaba Konvencije i sudske prakse po njoj budemo upoznati sa tim autonomnim pojmovima i njihovim definicijama.

i. Definicije pojmova u tekstu Konvencije⁵⁹

Mučenje (član 3)

Prilikom utvrđivanja da li konkretan oblik zlostavljanja treba klasifikovati kao mučenje, mora se imati u vidu razlika između pojma mučenja i pojma nečovječnog i ponižavajućeg postupanja, koje je takođe zabranjeno članom 3. Sud je u presudi u predmetu *Irška protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁶⁰ konstatovao da Konvencija ovom razlikom treba da „prida posebnu stigmom namjernom nečovječnom postupanju koje uzrokuje veoma tešku i surovu patnju”. Stoga, da bi neko zlostavljanje predstavljalo mučenje, ono mora da sadrži dva sastavna elementa. Prvo, ono mora da dosegne određeni nivo intenziteta, što znači da se isključivo postupanje koje prouzrokuje tešku i surovu patnju smatra mučenjem. Težina patnje zavisi od svih okolnosti predmeta, poput trajanja postupanja, njegovih fizičkih ili psihičkih posledica, a u nekim slučajevima i od pola, starosne dobi i zdravstvenog stanja žrtve itd. Drugi element podrazumijeva da zlostavljanje treba da bude „namjerno”, odnosno da je izvršeno namjerno u cilju iznuđivanja dokaza, kažnjavanja ili zastrašivanja.⁶¹ To je, na

57 *Engel i drugi protiv Holandije*, presuda od 8. juna 1976, predstavke br. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 i 5370/72, stav 81.

58 *König protiv Njemačke*, presuda od 28. juna 1978, predstavka br. 6232/73, stavovi 88–90.

59 Napomena: članovi u zagradama upućuju na član u pogledu kojeg je Sud najviše razmatrao pojam o kojem se riječ; stoga u vezi sa određenim članom upućujemo i na pojmove koji se ne pominju u tekstu člana o kojem se govori (npr. „državna služba” ili „moralni i fizički integritet”).

60 *Irška protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 18. januara 1978, predstavka br. 5310/71, stav 167.

61 *Ilhan protiv Turske*, presuda Velikog vijeća od 27. juna 2000, predstavka br. 22277/93, stav 85.

primjer, Sud navelo da u presudi u predmetu *Denizci i drugi protiv Kipra*⁶² utvrdi da je namjerno nečovječno postupanje kojem su podnosioci predstavke bili izloženi bilo protivno članu 3, ali da nije predstavljalo mučenje upravo zato što nije utvrđeno da je postojao ijedan konkretan cilj zbog kojeg je primijenjena sila.

*Aksoy protiv Turske*⁶³ jedan je od ranih predmeta u kojem je Sud utvrdio da je došlo do mučenja. Podnosioca ove predstavke su državni službenici podvrgli takozvanom „palestinskom vešanju”. Skinuli su ga golog i objesili za ruke vezane na leđima, usled čega je ostao paralizan.

Silovanje je posebno težak akt koji predstavlja mučenje, naročito kada ga izvrši državni službenik.⁶⁴

Sud je utvrdio da je došlo do mučenja i u slučajevima vanredne predaje, npr. u predmetima *El-Masri protiv Bivše Jugoslovenske Republike Makedonije*⁶⁵ i *Al Nashiri protiv Poljske*⁶⁶.

Kada je riječ o težini patnje, Sud nerado kao mučenje kvalifikuje patnju koja je nanijeta samo tokom kratkog perioda povišenih tenzija i osjećanja.⁶⁷ Sud je u presudi u predmetu *Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva* utvrdio da psihička patnja može predstavljati mučenje ako je dovoljno teška. Sud je u presudi u predmetu *Gäfgen protiv Njemačke* potvrdio da „prijetnja mučenjem može predstavljati mučenje” budući da „strah od fizičkog mučenja može sam po sebi predstavljati psihičko mučenje”.⁶⁸

Sud je revidirao standarde u vezi sa mučenjem u presudi u predmetu *Selmouni protiv Francuske* i utvrdio da je potreban sve viši standard u oblasti zaštite ljudskih prava budući da se određeni oblici zlostavljanja koje Sud ranije nije smatrao mučenjem sada mogu okvalifikovati kao takvi.⁶⁹

62 *Denizci i drugi protiv Kipra*, presuda od 23. maja 2001, predstavke br. 25316–25321/94 i 27207/95, stav 384.

63 *Aksoy protiv Turske*, presuda od 18. decembra 1996, predstavka br. 21987/93.

64 *Aydin protiv Turske*, presuda Velikog vijeća od 25. septembra 1997, predstavka br. 23178/94, stavovi 78–88.

65 *El-Masri protiv Bivše Jugoslovenske Republike Makedonije*, presuda Velikog vijeća od 13. decembra 2012, predstavka br. 39630/09, stavovi 205–211.

66 *Al Nashiri protiv Poljske*, presuda od 24. jula 2014, predstavka br. 28761/11, stavovi 511–516.

67 *Egmez protiv Kipra*, presuda od 21. decembra 2000, predstavka br. 30873/96, stav 78. Sud je utvrdio da je primjena fizičke sile tokom hapšenja podnosioca predstavke i njegovog prevoza do stanice policije predstavljala nečovječno postupanje, a ne mučenje.

68 *Gäfgen protiv Njemačke*, presuda Velikog vijeća od 1. juna 2010, predstavka br. 22978/05, stav 108.

69 *Selmouni protiv Francuske*, presuda od 28. jula 1999, predstavka br. 25803/94, stavovi 102–105.

Nečovječno postupanje (član 3)

Zlostavljanje mora da dosegne „minimalni nivo surovosti” kako bi predstavljalo nečovječno postupanje protivno članu 3. Izazvana patnja mora da „prevazilazi neizbježni element patnje” koja je rezultat „datog oblika zakonitog postupanja ili kažnjavanja”.⁷⁰ Od mučenja se razlikuje po tome što ne mora da postoji namjera da se izazove patnja i ne mora da postoji razlog zbog kog je izazvana patnja.⁷¹ Inače se suštinska razlika između mučenja i nečovječnog postupanja nalazi u stepenu prouzrokovane patnje. Očigledno je da je za postojanje nečovječnog postupanja potrebna manje intenzivna patnja nego u slučaju mučenja. Sud je u presudi u predmetu *V. C. protiv Slovačke*⁷² naveo neke primjere nečovječnog postupanja, konkretno – patnju izazvanu amputiranjem noge, ranjavanjem iz vatrenog oružja, slamanjem vilice i nanošenjem drugih povreda lica. Nasuprot tome, Veliko vijeće Suda je ustanovilo da prag nečovječnog postupanja nije dosegnut u presudi u predmetu *Bouyid protiv Belgije*,⁷³ te da je šamar koji je službenik policije udario podnosiocu predstavke prouzrokovao „samo manje tjelesne povrede”, a ne „tešku fizičku ili psihičku patnju”.

Prijetnja mučenjem, ako je „dovoljno stvarna i neposredna”, može izazvati dovoljan stepen psihičke patnje da bi se smatrala nečovječnim postupanjem. Sud je u presudi u predmetu *Gäffgen protiv Njemačke* utvrdio da je došlo do nečovječnog postupanja jer je podnosiocu predstavke priječeno „nepodnošljivim bolom” koji bi predstavljao mučenje ako odbije da otkrije gde se nalazi dječak kog je kidnapovao.⁷⁴

Članom 3 se ne zabranjuje svaka upotreba sile od strane policije prilikom hapšenja nekog lica ili njegovog zadržavanja. Međutim, ta sila mora biti srazmjerna i strogo nužna u datim okolnostima. Kada se žali na upotrebu fizičke sile, podnosilac predstavke u načelu mora prvo da predoči vjerodostojne medicinske i druge dokaze o povredama koje tvrdi da je pretrpio.

Ponižavajuće postupanje (član 3)

Postupanje je ponižavajuće ako „kod žrtve izaziva osjećanja straha, tjeskobe i inferiornosti koja može da je ponizi ili omalovaži”,⁷⁵ drugim riječima, ako se njime „ponižava ili omalovažava pojedinac, pri čemu se prema njemu ispoljava

70 *Kudla protiv Poljske*, presuda Velikog vijeća od 26. oktobra 2000, predstavka br. 30210/96, stav 92.

71 *Denzici i drugi protiv Kipra*, presuda od 23. maja 2001, predstavke br. 25316–25321/94 i 27207/95, stav 384.

72 *V. C. protiv Slovačke*, presuda od 8. novembra 2011, predstavka br. 18968/07, stav 102.

73 *Bouyid protiv Belgije*, presuda od 28. septembra 2015, predstavka br. 23380/09, stav 112.

74 *Supra nota* 70.

75 *Supra nota* 75, stav 87.

nepoštovanje ili umanjuje njegovo ljudsko dostojanstvo, ili se kod njega izazivaju osjećanja straha, tjeskobe ili inferiornosti koja mogu slomiti njegov moralni i fizički otpor”.⁷⁶ U poređenju sa nečovječnim postupanjem, kod ponižavajućeg postupanja je naglasak na ponižavanju ili omalovažavanju, a ne na fizičkoj ili psihičkoj patnji. Sud posljednjih godina u predmetima vezanim za ponižavajuće postupanje stavlja veći akcenat na dostojanstvo pojedinca. Na primjer, Veliko vijeće je u presudi u predmetu *Bouyid protiv Belgije* zaključilo da su šamari koje je službenik policije udario dvojici mladića koji su pripadali jednoj etničkoj manjini tokom prepirke u policijskoj stanici predstavljali ponižavajuće postupanje. Ponižavajuće i nečovječno postupanje se često preklapaju, a Sud je u presudi u predmetu *Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva* zaključio da je pet metoda ispitivanja bilo i ponižavajuće i nečovječno.

Kao i u slučaju mučenja ili nečovječnog postupanja, test za utvrđivanje da li je neko postupanje ponižavajuće zavisi od svih okolnosti predmeta, poput konteksta postupanja, načina i metoda postupanja, njegovog trajanja i fizičkih ili psihičkih efekata, a u nekim slučajevima i pola, starosne dobi, etničkog porijekla i zdravstvenog stanja žrtve. Javni karakter ponižavanja može biti od značaja prilikom utvrđivanja da li je neko postupanje ponižavajuće, ali je ponekad sasvim dovoljno da se žrtva osjeća poniženom čak i onda kada drugi u postupanju ne vide ništa ponižavajuće.⁷⁷ Namjera da se neko ponizi ili omalovaži nije od ključnog značaja za kvalifikaciju nekog postupanja kao ponižavajućeg. Važnije je nepoštovanje ličnosti žrtve i da li postupanje ima za cilj da je ponizi ili omalovaži. Pitanje da li je cilj ponašanja bio da ponizi žrtvu jeste faktor koji treba razmotriti, mada izostanak ovog cilja ne znači automatsko isključivanje moguće povrede člana 3.⁷⁸

Ropstvo (član 4)

ESLJP je usvojio klasičnu definiciju ropstva sadržanu u Konvenciji o ropstvu iz 1926. godine, gde pojam ropstva podrazumijeva vršenje prava stvarne sopstvenosti i svođenje pojedinca na status „objekta” (*Siliadin protiv Francuske*⁷⁹).

76 *Pretty protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 29. aprila 2002, predstavka br. 2346/02, stav 52.

77 *Tyrer protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 25. aprila 1978, predstavka br. 5856/72, stav 32.

78 *T. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda Velikog vijeća od 16. decembra 1999, predstavka br. 24724/94, stav 69, *V. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda Velikog vijeća od 16. decembra 1999, predstavka br. 24888/94, stav 71.

79 *Siliadin protiv Francuske*, presuda od 26. jula 2005, predstavka br. 73316/01, stav 122.

Ropski položaj (član 4)

Ropski položaj predstavlja „posebno težak oblik uskraćivanja slobode” (*Van Droogenbroeck protiv Belgije*⁸⁰). U smislu Konvencije je definisan kao „obaveza pojedinca da pruža usluge koje su mu nametnute pomoću prinude” (*Siliadin protiv Francuske*⁸¹). Taj pojam treba povezati s pojmom ropstva, a oba pojma se razmatraju kao pitanje statusa. Ropski položaj je takođe povezan s prinudnim ili obaveznim radom (vidi dolje) i ESLJP ga smatra „teškim” prinudnim ili obaveznim radom. Karakteristična razlika među njima jeste osjećanje žrtve da je njeno stanje trajno i da nema izgleda da se ono promijeni. Dovoljno je da se to osjećanje temelji na objektivnim kriterijumima (npr. na obavezi „lica u ropskom položaju” da živi na imanju drugog lica i na nemogućnosti da izmijeni svoje stanje) ili da su ga izazvali i održavaju oni koji snose odgovornost za tu situaciju (*C. N. i V. protiv Francuske*⁸²).

Prinudni rad ili obavezni rad (član 4)

Izraz „rad” nije ograničen na sferu fizičkog rada – ta riječ ima šire značenje i odnosi se na svaki rad ili službu (*Van der Mussele protiv Belgije*⁸³). ESLJP je kao polazište upotrebio definiciju sadržanu u Konvenciji Međunarodne organizacije rada (MOR) br. 29⁸⁴ i prihvatio je da – kako bi se radilo o „prinudnom ili obaveznom radu” – mora postojati neka fizička ili psihička prinuda, na šta ukazuje pridjev „prinudni”, kao i neko lomljenje volje pojedinca, na šta ukazuje pridjev „obavezni”. Prema tome, da bi se radilo o prinudnom radu, to mora biti **rad koji se obavlja pod prijetnjom bilo kakve kazne** i protivno volji lica koje ga obavlja, odnosno to mora biti **rad kome to lice nije pristupilo dobrovoljno**.

Pojam „kazne” koji se nalazi u prvom kriterijumu koristi se u širokom smislu te riječi: on može podrazumijevati čak i fizičko nasilje ili sputavanje, ali i suptilnije oblike psihološke prirode, kao što je prijetnja da će se žrtva koja radi bez zakonite radne dozvole potkazati policiji ili imigracionim organima. Vidi, na primjer, presudu Suda u predmetu *C. N. i V. protiv Francuske*,⁸⁵ u kojem je Sud ustanovio da je prva podnositeljka predstavke mogućnost da će ona i druga podnositeljka predstavke, obje

80 *Van Droogenbroeck protiv Belgije*, presuda od 24. juna 1982, predstavka br. 7906/77, stav 58.

81 *Siliadin protiv Francuske*, presuda od 26. jula 2005, predstavka br. 73316/01, stav 124.

82 *C. N. i V. protiv Francuske*, presuda od 11. oktobra 2012, predstavka br. 67724/09, stav 91.

83 *Van der Mussele protiv Belgije*, presuda od 23. novembra 1983, predstavka br. 8919/80, stav 33.

84 Konvencija o prinudnom radu (br. 29) usvojena je 1930, a stupila je na snagu 1. maja 1932. godine.

85 *C. N. i V. protiv Francuske*, presuda od 11. oktobra 2012, predstavka br. 67724/09, stavovi 68–79.

tinejdžerke, biti vraćene u zemlju porijekla i morati da napuste svoje mlađe sestre doživljavala kao „kaznu”, a prijetnju da će biti vraćene kao „neposrednu opasnost” da će ta „kazna” biti izvršena.⁸⁶ U predmetu *Chowdury i drugi protiv Grčke*⁸⁷ podnosioci predstavke, koji su se nalazili u ranjivoj situaciji kao ilegalni migranti bez sredstava za život i u opasnosti da budu uhapšeni, pritvoreni i deportovani, nastavili su da rade pod nadzorom naoružanih stražara koji su jednom prilikom otvorili vatru na njih. Strahovali su i da će izgubiti svoje zaostale – ionako veoma niske – nadnice, bez kojih niti bi mogli da žive na bilo kom drugom mjestu u Grčkoj, niti bi mogli da napuste tu zemlju.⁸⁸

Kada je riječ o tome da li se lice dobrovoljno prijavilo za rad o kojem je riječ, nije odlučujući prethodni pristanak tog lica. ESLJP će prije analizirati sve okolnosti datog predmeta u svijetlu 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 uobičajeno u redovnom poslovanju. U tom smislu, ESLJP uzima u obzir da li su pružene usluge nadilazile granice uobičajenih poslovnih aktivnosti lica o kojem je riječ; da li je to lice za te usluge dobilo finansijsku naknadu ili da li su te usluge obuhvatale neki drugi kompenzacioni činilac; da li se obaveza temelji na pojmu društvene solidarnosti (na primjer, kada je riječ o dužnosti zdravstvenog radnika da učestvuje u pružanju hitne pomoći); i da li je nametnuti teret nesrazmeran.⁸⁹

Trgovina ljudima (član 4)

Sud je u presudi u predmetu *Rantsev protiv Kipra i Rusije*⁹⁰ smatrao da nema potrebe da utvrđuje da li je položaj žrtve trgovine ljudima predstavljao „ropstvo”, „ropski položaj” ili „prinudni i obavezni rad” i utvrdio je da „trgovina ljudima sama po sebi [...] potpada pod polje dejstva člana 4”.⁹¹ Sud je kasnije nastojao da objasni i opravda inkorporiranje pojave trgovine ljudima pod polje dejstva člana 4 Konvencije.⁹² ESLJP je u presudi u predmetu *S. M. protiv Hrvatske* naveo da je pojmom trgovine ljudima obuhvaćena kako nacionalna, tako i transnacionalna trgovina ljudima, bilo da je povezana sa organizovanim kriminalom ili ne, ukoliko postoje sastavni elementi međunarodne definicije trgovine ljudima iz Konvencije o borbi protiv trgovine ljudima i Protokola iz Palerma, što iziskuje ispitivanje relevantnih okolnosti predmeta

86 *Ibid.*, stavovi 60 i 78.

87 *Chowdury i drugi protiv Grčke*, presuda od 30. marta 2017, predstavka br. 21884/15.

88 *Ibid.*, stav 95.

89 *Graziani-Weiss protiv Austrije*, presuda od 18. oktobra 2011, predstavka br. 31950/06, stav 38.

90 *Rantsev protiv Kipra i Rusije*, presuda od 7. januara 2010, predstavka br. 25965/04.

91 *Ibid.*, stav 282.

92 *Chowdury i drugi protiv Grčke*, presuda od 30. marta 2017, predstavka br. 21884/15.

o kojem se radi.⁹³ Sud je u predmetu *V. C. L. i A. N. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* utvrdio povredu člana 4 jer država priznatim žrtvama trgovine ljudi nije omogućila da ostvaruju prava koja su po tom osnovu imale.⁹⁴

Lišenje slobode (član 5)

Da li je neko lice **lišeno** slobode ili mu je samo **ograničeno** kretanje zavisi od konkretne situacije, pri čemu se u obzir uzima čitav dijapazon kriterijuma, poput vrste, trajanja, posledica i načina primjene mjere o kojoj je riječ (*Guzzardi protiv Italije*⁹⁵, *Riera Blume protiv Španije*⁹⁶, *Koniarska protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁹⁷, *Austin i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁹⁸ i *Creangă protiv Rumunije*⁹⁹). Ova razlika je važna jer je lišenje slobode dozvoljeno samo u iscrpnom spisku situacija i procesno je uređeno članom 5. Ograničenja kretanja uređena su članom 2 Protokola br. 4. Sud je u presudi u predmetu *De Tommaso protiv Italije*¹⁰⁰ sveobuhvatno analizirao razliku između tih dvaju pojmova. U nekim predmetima, kao što je lišenje slobode po osnovu člana 5 st. 1 t. (f), ESLJP je izostavio zahtjeve za neophodnošću i srazmjernošću (*Saadi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁰¹), koji i dalje moraju biti ispunjeni kada je riječ o ograničenjima po osnovu člana 2 Protokola br. 4.

Bezbjednost ličnosti (član 5)

Iako se članom 5 st. 1 jemči pravo na slobodu i „bezbjednost ličnosti“, taj potonji aspekt, kako se pokazalo, ne postoji nezavisno. On se ne može koristiti kako bi se njime označile ideje fizičkog integriteta koje, tamo gde je to primjereno, potpadaju pod polje dejstva člana 8 (kojim se jemči pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života) i, u ekstremnijim slučajevima, člana 3 (zabrana mučenja i zlostavljanja). Izraz „bezbjednost“ odnosi se samo na zaštitu od proizvoljnosti u odnosu na lišenje slobode.¹⁰²

93 *S. M. protiv Hrvatske*, presuda Velikog vijeća od 25. juna 2020, predstavka br. 60561/14, stav 296.

94 *V. C. L. i A. N. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 16. februara 2021, predstavke br. 77587/12 i 74603/12.

95 *Guzzardi protiv Italije*, presuda od 6. novembra 1980, predstavka br. 7367/76, stav 92.

96 *Riera Blume protiv Španije*, presuda od 14. oktobra 1999, predstavka br. 37680/97, stav 28.

97 *Koniarska protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, odluka od 12. oktobra 2000, predstavka br. 33670/96.

98 *Austin i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda Velikog vijeća od 15. marta 2012, predstavke br. 39692/09, 40713/09 i 41008/09, stav 57.

99 *Creangă protiv Rumunije*, presuda Velikog vijeća od 23. februara 2012, predstavka br. 29226/03, stav 91.

100 *De Tommaso protiv Italije*, presuda Velikog vijeća od 23. februara 2017, predstavka br. 43395/09, stavovi 80–89.

101 *Saadi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda Velikog vijeća od 29. januara 2008, predstavka br. 13229/03, stav 72.

102 *Khudoyorov protiv Rusije*, presuda od 8. novembra 2005, predstavka br. 6847/02, stav 157.

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 riječ ni o kakvom „krivičnom” postupku. Ako bi se klasifikacija djela u pravu države ugovornice smatrala odlučujućom, ta bi država mogla da po sopstvenom nahodjenju izbjegava da ispuni svoju obavezu iz Konvencije da obezbijedi pravično suđenje. To bi u ovom kontekstu za posledicu imalo neprihvatljivu neujednačenu primjenu Konvencije od jedne države do druge. Prilikom utvrđivanja postojanja „krivične” optužbe, Sud je u presudi u predmetu *Engel i drugi protiv Holandije*¹⁰³ utvrdio tri kriterijuma koja treba tumačiti u svijetlu samostalnosti tog pojma po Konvenciji. Strazburški organi u obzir uzimaju (i) klasifikaciju djela u domaćem pravu, (ii) prirodu djela i (iii) težinu zapriječene kazne. Prvi kriterijum je odlučujući budući da član 6 važi ako je neko djelo klasifikovano u domaćem pravu kao krivično i od suštinskog je značaja da je suđenje optuženog pravično i u skladu sa tom odredbom. Ako neko djelo nije klasifikovano kao krivično, onda se primjenjuju druga dva kriterijuma (vidi presudu u predmetu *Öztürk protiv Njemačke*¹⁰⁴). Ta dva kriterijuma su u načelu alternativna. Međutim, Sud može da primjeni kumulativni pristup kada je odvojenim analizama svakog kriterijuma nemoguće doći do jasnog zaključka o postojanju krivične optužbe.¹⁰⁵ Kada je riječ o analizi drugog kriterijuma, odnosno prirode djela, Sud razmatra da li je zakonsko pravilo o kojem je riječ usmjereno isključivo na određenu grupu ili je po karakteru opšteobavezujuće,¹⁰⁶ da li je postupak pokrenulo javno tijelo koje ima zakonom propisana izvršna ovlašćenja,¹⁰⁷ da li zakonsko pravilo ima cilj da kazni ili odvрати¹⁰⁸; da li zakonsko pravilo nastoji da zaštiti opšte interese društva koji su obično zaštićeni krivičnim pravom;¹⁰⁹ da li izricanje bilo koje kazne zavisi od utvrđenja krivice;¹¹⁰ kako su uporedivi postupci klasifikovani u drugim državama članicama Savjeta Evrope¹¹¹. Kada je riječ o trećem kriterijumu, težina kazne

103 *Engel i drugi protiv Holandije*, presuda od 8. juna 1976, predstave br. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 i 5370/72, stav 82.

104 *Öztürk protiv Njemačke*, presuda od 21. februara 1984, predstavka br. 8544/79, stavovi 49–50.

105 *Bendenoun protiv Francuske*, presuda od 24. februara 1994, predstavka br. 12547/86, stav 47.

106 *Ibid.*

107 *Benham protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 10. juna 1996, predstavka 19380/92, stav 56.

108 *Öztürk protiv Njemačke*, presuda od 21. februara 1984, predstavka br. 8644/79, stav 53; *Bendenoun protiv Francuske*, stav 47 (vidi fusnotu 105).

109 *Produkcija Plus storitveno podjetje d.o.o. protiv Slovenije*, presuda od 23. oktobra 2018, predstavka br. 47072/15, stav 42.

110 *Supra nota* 109.

111 *Supra nota* 110.

se ocjenjuje na osnovu maksimalne potencijalne kazne propisane relevantnim zakonom.¹¹²

Optužba (član 6)

Kako bi član 6 važio, lice mora biti optuženo za krivično djelo. „Optužba” predstavlja „zvanično obavještenje koje nadležni organ daje pojedincu o navodima da je taj pojedinac počinio krivično djelo” ili neki drugi akt koji sadrži „implikaciju takvog navoda i koji na sličan način suštinski utiče na položaj osumnjičenog”.¹¹³ Sud je utvrdio da je „optužba” protiv nekog lica iznijeta kad je uhapšeno zbog krivičnog djela; kada je obaviješteno da se optužuje za krivično djelo; kada je otvorena preliminarna istraga, a lice „zvanično sazna za istragu ili ona počinje da ima efekta na njega” iako nije uhapšeno; kada organi koji istražuju carinske prekršaje zahtjevaju da lice dostavi dokaze i zamrznu njegov bankovni račun; kao i kada je radnja lica zatvorena do okončanja krivičnog postupka. Sud zaključuje da je neko lice „značajno pogođeno” od trenutka kada je ispitano u svojstvu osumnjičenog.¹¹⁴ Član 6 važi u pogledu svih postojećih postupaka žalbe na osudu ili kaznu.¹¹⁵ Postupci pred ustavnim sudom po žalbama o kršenju ustavnih prava obuhvaćeni su u mjeri u kojoj su odlučujući za ishod krivičnog postupka.¹¹⁶ Član 6 ne važi po okončanju ili obustavljanju krivičnog postupka protiv optuženog.¹¹⁷ Član 6 takođe ne važi u pogledu postupaka vezanih za izvršenje presude izrečene licu koje je pravosnažno osuđeno za krivično djelo, te samim time nije više „optuženo” za njega.¹¹⁸ Posledično, član 6 ne važi u pogledu postupka za pomilovanje osuđenog lica,¹¹⁹ zahtjeva za ponovno pokretanje krivičnog postupka¹²⁰ ili zahtjeva za poništenje presude.¹²¹ Sud je zaključio da ni postupak izručenja ni postupak deportacije (kada je deportacija određena kao krivična sankcija) ne aktiviraju član 6 (*Maaouia protiv Francuske*¹²²).

112 *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 28. juna 1984, predstavke br. 7819/77 i 7878/77, stav 72.

113 *Simeonovi protiv Bugarske*, presuda Velikog vijeća od 12. maja 2017, predstavka br. 21980/04, stav 110.

114 *Yankov i drugi protiv Bugarske*, presuda od 23. septembra 2010, predstavka br. 4570/05, stav 23.

115 *Eckle protiv Njemačke*, presuda od 15. jula 1982, predstavka br. 8130/78, stav 76.

116 *Gast i Popp protiv Njemačke*, presuda od 25. februara 2000, predstavka br. 29357/95, stavovi 63–66.

117 *Supra nota* 117, stavovi 77–78.

118 *Buijen protiv Njemačke*, presuda od 1. aprila 2010, predstavka br. 27804/05, stav 40.

119 *Montcornet de Caumont protiv Francuske*, odluka od 13. maja 2003, predstavka br. 59290/00.

120 *Moreira Ferreira protiv Portugalije (br. 2)*, presuda Velikog vijeća od 11. jula 2017, predstavka br. 19867/12, stavovi 60–61.

121 *Franz Fischer protiv Austrije*, odluka od 6. maja 2003, predstavka br. 27569/02.

122 *Maaouia protiv Francuske*, presuda Velikog vijeća od 5. oktobra 2000, predstavka br. 39652/98, stav 40.

Građansko pravo (član 6)

Strazburški organi se uzdržavaju od formulisanja neke apstraktne definicije „građanskih prava”, već presuđuju o konkretnim činjenicama i okolnostima svakog pojedinačnog predmeta. Pojam „građanskih prava” ne može se tumačiti isključivo pozivanjem na domaće pravo tužene države, već predstavlja autonomni pojam koji je zasnovan na karakteru tog prava (*König protiv Njemačke*¹²³). Ovdje je bitno pitanje da li je **ishod postupka odlučujući za privatna prava i obaveze**. Osim toga, mora da postoji, ili barem argumentovano tvrditi da postoji, osnov za to pravo u domaćem zakonodavstvu, bez obzira na to da li je to pravo zaštićeno po Konvenciji (*Micallef protiv Malte*¹²⁴). Karakter zakonodavstva kojim se uređuje način na koji se o tom pitanju odlučuje (da li je riječ o građanskom, trgovačkom, upravnom ili drugom pravu) ili o prirodi organa kojem je povjerena nadležnost u toj stvari (redovni sud, upravni organ i tako dalje) ovdje nijesu od odlučujućeg značaja (*ibid.*).

Spor o građanskim pravima i obavezama (član 6)

Član 6 se odnosi samo na predmete u kojima na nacionalnom nivou postoji spor između dvije privatne strane ili između privatne strane i države, čiji je ishod, kao što smo naveli u prethodnom odjeljku, od odlučujućeg značaja za građanska prava i obaveze podnosioca predstavke. Sud je zaključio da izraz *spor* ne treba „tumačiti isuviše tehnički” i da mu treba pridavati „suštinsko, a ne formalno značenje”.¹²⁵ Spor se može odnositi na pitanje prava ili činjenica.¹²⁶ Ne mora se odnositi na samo postojanje prava o kojem se radi i može biti u vezi sa njegovim obimom ili načinom na koji lice može da ga realizuje.¹²⁷ Član 6 se ne primjenjuje na vanparnični ili jednostrani postupak u kome nema suprostavljenih strana i koji se primjenjuje samo onda kada ne postoji spor oko nekog prava.¹²⁸ Da bi član 6 važio, spor mora biti „stvaran i ozbiljan po svojoj prirodi”.¹²⁹ Spor mora biti sudski, što znači da ga na kraju mora riješiti tijelo sa sudskom funkcijom (sud).¹³⁰

123 *König protiv Njemačke*, presuda od 28. juna 1978, predstavka br. 6232/73, stavovi 88–90.

124 *Micallef protiv Malte*, presuda Velikog vijeća od 15. oktobra 2009, predstavka br. 17056/06, stav 74.

125 *Le Compte, Van Leuven i De Meyere protiv Belgije*, presuda od 23. juna 1981, predstavke br. 6878/75 i 7238/75, stav 45.

126 *Albert i Le Compte protiv Belgije*, presuda od 10. februara 1983, predstavke br. 7299/75 i 7496/76, stav 29.

127 *Supra nota* 125, stav 49.

128 *Alaverdyan protiv Jermenije*, odluka od 24. avgusta 2010, predstavka br. 4523/04, stav 35.

129 *Sporrong i Lönnroth protiv Švedske*, presuda od 23. septembra 1982, predstavke br. 7151/75 i 7152/75, stav 81.

130 *Van Marle i drugi protiv Holandije*, presuda od 26. juna 1986, predstavka br. 8543/79 itd., stavovi 36 i 37.

Sud (član 6)

Pravo na pravično suđenje propisano članom 6 st. 1 podrazumijeva da o predmetu odlučuje „nezavisni i nepristrasni sud obrazovan na osnovu zakona”. Sud je ponovo razmatrao načela pojma „sud” u presudi u predmetu *Guðmundur Andri Ástráðsson protiv Islanda*,¹³¹ u kojoj je pojasnio da neko tijelo mora da ispunjava tri kumulativna elementa kako bi se smatralo „sudom”. Prvo, „sud” u suštinskom značenju tog izraza karakteriše njegova sudska funkcija, što znači da sud odlučuje o stvarima u svojoj nadležnosti na osnovu zakonskih normi i nakon postupka sprovedenog na propisan način. Sud je ovlašćen da usvoji obavezujuću odluku koju nesudski organ ne može da preinači na štetu strane u postupku.¹³² Jedan od osnovnih aspekata vladavine prava jeste načelo pravne izvjesnosti, koje, između ostalog, nalaže da konačnu odluku suda o nekom pitanju ne treba dovoditi u pitanje.¹³³ Pored toga, samo institucija koja ima punu nadležnost zavrijeđuje naziv „sud” u smislu člana 6 st. 1.¹³⁴

„Sud” mora da zadovolji i niz drugih uslova – nezavisnost, naročito od izvršne vlasti; nepristrasnost; zahtjev vezan za dužinu mandata njegovih članova; zahtjev vezan za garancije koje postoje u postupku pred njim – od kojih su neke navedene u stavu 1 člana 6.

Konačno, sam pojam „sud” podrazumijeva da ga čine sudije odabrane na osnovu njihovih kvaliteta, odnosno sudije koje ispunjavaju uslove vezane za tehničku kompetentnost i moralni integritet kako bi vršile sudske funkcije koje se od suda očekuju u državi vladavine prava. Odabirom sudija na osnovu kvaliteta obezbijeduje se ne samo tehnički kapacitet sudskog tijela da sprovodi pravdu kao „sud” već je takav odabir od ključnog značaja za obezbijedivanje javnog poverenja u pravosuđe i služi kao dodatna garancija lične nezavisnosti sudija.

Sastavni element pojma „sud” jeste da on mora biti „obrazovan na osnovu zakona”. „Zakon” na osnovu kojeg se neki „sud” može smatrati „obrazovanim” obuhvata bilo kakvu odredbu domaćeg prava – uključujući, naročito, odredbe o nezavisnosti članova suda – koja, ako je prekršena, čini učešće jednog ili više sudija u razmatranju nekog predmeta „neregularnim”. Izrazom „obrazovan na osnovu zakona” obuhvaćen je ne samo pravni osnov za samo postojanje „suda” već i obaveza da taj sud poštuje konkretna pravila prema kojima se upravlja, kao i sastav suda u konkretnom predmetu.

131 *Guðmundur Andri Ástráðsson protiv Islanda*, presuda Velikog vijeća od 1. decembra 2020, predstavka br. 26374/18, stavovi 219–230.

132 *Van de Hurk protiv Holandije*, presuda od 19. aprila 1994, predstavka br. 16034/90, stav 45.

133 *Brumărescu protiv Rumunije*, presuda Velikog vijeća od 28. oktobra 1999, predstavka br. 28342/95, stav 61.

134 *Mutu i Pechstein protiv Švajcarske*, presuda od 2. oktobra 2018, predstavke br. 40575/10 i 67474/10, stav 139.

Porodica (član 8)

ESLJP sada smatra da pojmom „porodice” nijesu obuhvaćeni samo formalni legitimni odnosi i veze (*Johnston i drugi protiv Irske*¹³⁵). Strazburški organi u sve većoj mjeri uzimaju u obzir suštinu i realnost odnosa, uvažavajući razvoj društvenih normi i prava u evropskim državama, te da se sada pod pojmom porodice podrazumijevaju i odnosi između djece i njihovih bioloških, zakonskih i društvenih roditelja, očuha i maćeha, kao i baka i dedova. ESLJP ranije nije, opšte uzev, priznavao homoseksualne odnose kao porodični život, već kao dio privatnog života.¹³⁶ Sud, međutim, sada smatra da se odnos koji liči na brak može smatrati porodičnim životom.¹³⁷ Sve veća primjena pomoćnih reproduktivnih tehnologija (PRT), uključujući surogatstvo, postavila je pred Sud nove izazove, uključujući priznanje odnosa između roditelja i djeteta rođenog primjenom PRT.¹³⁸

Privatni život (član 8)

Ovim pojmom je obuhvaćena sfera neposredne autonomije ličnosti. To se odnosi na aspekte moralnog i fizičkog integriteta (*X i Y protiv Holandije*¹³⁹) (vidi, takođe, odjeljak o „moralnom i fizičkom integritetu” niže u tekstu). To je širi pojam od prava na „privatnost” u smislu da je čovjek u mogućnosti da čuva skrivene ili tajne stvari koje ne želi da budu objelodanjene ili otkrivene. Privatni život obezbijeduje sferu u kojoj svako može slobodno da teži razvoju i ispunjenju svoje ličnosti. Ovo obuhvata pravo na identitet (uključujući ime i sopstvenu sliku), kao i pravo na razvoj odnosa sa drugim ljudima, naročito u oblasti emocija, uključujući i seksualne odnose sa drugim ljudima, kao i aktivnosti profesionalne ili poslovne prirode (*Niemietz protiv Njemačke*¹⁴⁰). Veliko vijeće je test za utvrđivanje kada aktivnosti vezane za rad mogu uticati na „privatni život” razvilo u svojoj skorijoj presudi u predmetu *Denisov protiv Ukrajine*. Sud je u tom predmetu naveo neke uobičajene aspekte privatnog života na koje mogu da utiču radnopravni sporovi, kao što su „(i) „uži krug” podnosioca predstavke, (ii) mogućnost podnosioca predstavke da uspostavlja i razvija odnose sa drugima i (iii) društveni i profesionalni ugled podnosioca predstavke”.¹⁴¹ Pojam privatnog života odnosi se na „mrežu ličnih

135 *Johnston i drugi protiv Irske*, presuda od 18. decembra 1986, predstavka br. 9697/82, stavovi 55–56.

136 *Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 22. oktobra 1981, predstavka br. 7525/76, stav 40.

137 *Orlandi i drugi protiv Italije*, presuda od 14. decembra 2017, predstavke br. 26431/12 itd., stav 143.

138 *Savjetodavno mišljenje o pravnom priznanju odnosa roditelj–dijete između djeteta rođenog u inostranstvu putem gestacijskog surogatnog aranžmana i namjeravane majke* od 10. aprila 2019, P16-2018-001.

139 *X i Y protiv Holandije*, presuda od 26. marta 1985, predstavka br. 8978/80, stav 22.

140 *Niemietz protiv Njemačke*, presuda od 16. decembra 1992, predstavka br. 13710/88, stav 29.

141 *Denisov protiv Ukrajine*, presuda Velikog vijeća od 25. septembra 2018, predstavka br. 76639/11, stavovi 95–117.

društvenih i ekonomskih odnosa koji čine privatni život svakog ljudskog bića” (*Slivenko protiv Letonije*¹⁴²). Sud sada priznaje da je ugled nekog lica često bitan za razvoj tih odnosa, te da uživa zaštitu ovog segmenta člana 8. Pravo na sopstvenu sliku je razmotrio u predmetima koji se odnose na objavljivanje fotografija ljudi koji se, opšte uzev, ili privremeno nalaze u žiži pažnje javnosti (u tim slučajevima Sud smatra da je potrebno ostvariti ravnotežu između prava na privatni život i slobode izražavanja; vidi presudu u predmetu *Von Hannover protiv Njemačke (br. 2)*¹⁴³), kao i „običnih ljudi” (kada nijedno zadiranje ne može biti opravdano legitimnim ciljem zaštićenim Konvencijom; vidi presudu u predmetu *Georgi Nikolaishvili protiv Gruzije*¹⁴⁴).

Moralni i fizički integritet (član 8)

„Moralni i fizički integritet” nekog pojedinca, odnosno njegovo fizičko i psihološko blagostanje, zaštićen je pravom na privatni život, zajemčenim članom 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 surovosti” iz člana 3 (*Costello-Roberts protiv Ujedinjenog Kraljevstva i Raninen protiv Finske*¹⁴⁵).

Dom (član 8)

Strazburški organi 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 mjesto u kome bi neko želio da živi kao u svome domu. Osim toga, budući da se „dom” i „privatni život” mogu preklapati s poslovnim i profesionalnim aktivnostima, ESLJP je stao na stanovište da se zaštita koju pruža član 8 (pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života) proširuje i na ličnu kancelariju (*Niemietz protiv Njemačke*¹⁴⁶), a kada je riječ o preduzećima – i na poslovne prostorije (*Société Colas Est i drugi protiv Francuske*¹⁴⁷). Ovim pojmom nijesu obuhvaćene samo

142 *Slivenko protiv Letonije*, presuda Velikog vijeća od 9. oktobra 2003, predstavka br. 48321/99, stav 96.

143 *Von Hannover protiv Njemačke (br. 2)*, presuda Velikog vijeća od 7. februara 2012, predstavke br. 40660/08 i 60641/08, stavovi 95–126.

144 *Georgi Nikolaishvili protiv Gruzije*, presuda od 13. januara 2009, predstavka br. 37048/04, stav 123.

145 *Costello-Roberts protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 25. marta 1993, predstavka br. 13134/87, stavovi 29–36, i *Raninen protiv Finske*, presuda od 16. decembra 1997, predstavka br. 20972/92, stavovi 52–64.

146 *Niemietz protiv Njemačke*, presuda od 16. decembra 1992, predstavka br. 13710/88, stav 30.

147 *Société Colas Est i drugi protiv Francuske*, presuda od 16. aprila 2002, predstavka br. 37971/97, stavovi 40–41.

konvencionalne kuće i stanovi (vidi presudu u predmetu *Öneryildiz protiv Turske*,¹⁴⁸ u kojem je dom o kojem se radilo bila šupa sagrađena na deponiji).

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 čovjeka (*Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁴⁹), široko se tumači. Prema tome, svaki potencijalni izuzetak u odnosu na nju tumači se usko (*The Sunday Times protiv Ujedinjenog Kraljevstva (br. 1)*¹⁵⁰). Taj član ne obuhvata samo „informacije” ili „ideje” koje nailaze na pozitivan prijem ili koje se smatraju neuvrijedljivim ili prema kojima su ljudi ravnodušni već i one „informacije” ili „ideje” koje vrijeđaju, uznemiruju ili izazivaju nelagodu (*Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁵¹), uključujući podsticanje na mržnju, opscenost i bogohuljenje, kao i pornografiju.

Zaštitu uživaju svi sadržaji (npr. politički stavovi, oglašavanje, umjetničko izražavanje itd.), kao i sva sredstva izražavanja, koja uključuju (ali se ne svode samo na) knjige, letke, stripove, slike, radionice i seminare, objavljivanje na internetu i u štampi. Sud je u svojoj praksi zaštitu koju ovaj član pruža proširio i na pravo na pristup informacijama,¹⁵² zaštitu uzbunjivača¹⁵³ i prijavljivanje nepropisnog ponašanja državnih službenika¹⁵⁴. Sloboda izražavanja zaštićena članom 10 predstavlja kvalifikovano pravo (više o kvalifikovanim pravima u Odjeljku III.2. niže u tekstu), a Sud je prilikom tumačenja mogućih dozvoljenih ograničenja razvio autonomni koncept toga da li je neko zadiranje „srazmjerno legitimnom cilju čijem ostvarenju teži”, što se utvrđuje uzimanjem u obzir svih okolnosti predmeta, naročito postojanjem goruće društvene potrebe, procijenom prirode i težine sankcija, kao i toga da li su nacionalni sudovi dali relevantno i dovoljno obrazloženje za zadiranje.

148 *Öneryildiz protiv Turske*, presuda od 30. novembra 2004, predstavka br. 48939/99.

149 *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 7. decembra 1976, predstavka br. 5493/72, stav 49.

150 *The Sunday Times protiv Ujedinjenog Kraljevstva (br. 1)*, presuda od 26. aprila 1979, predstavka br. 6538/74, stav 65.

151 *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 7. decembra 1976, predstavka br. 5493/72, stav 49.

152 *Magyar Helsinki Bizottság protiv Mađarske*, presuda Velikog vijeća od 8. novembra 2016, predstavka br. 18030/11.

153 *Guja protiv Moldavije*, presuda Velikog vijeća od 12. februara 2008, predstavka br. 14277/04, stav 70.

154 *Medžlis Islamske zajednice Brčko i drugi protiv Bosne i Hercegovine*, presuda Velikog vijeća od 27. juna 2017, predstavka br. 17224/11, stavovi 86–87.

Udruženja (član 11)

ESLJP značenje autonomnog pojma „udruženje” razmatra u svijetlu veze koja postoji između demokratije, pluralizma i slobode udruživanja (*Chassagnou i drugi protiv Francuske*¹⁵⁵). Političke stranke predstavljaju očigledan primjer da „udruženja” imaju ključnu ulogu u obezbjeđivanju pluralizma i demokratije. Međutim, taj pojam obuhvata svako pravno lice koje osnuju pojedinci u cilju kolektivnog djelovanja u oblasti od zajedničkog interesa, kao što su udruženja koja štite kulturnu ili duhovnu baštinu, udruženja koja teže ostvarivanju različitih društveno-ekonomskih ciljeva, koja propovijedaju vjeru ili podučavaju vjeri, koja teže pronalaženju etničkog identiteta ili afirmišu manjinsku svijest (*Gorzelik i drugi protiv Poljske*¹⁵⁶). Kada neko udruženje ima karakteristike i javnog i privatnog prava, ESLJP će razmotriti koje karakteristike preovlađuju. Na primjer, Sud je u presudi u predmetu *Sigurður A. Sigurjónsson protiv Islanda*¹⁵⁷ zaključio da je udruženje o kojem je riječ zapravo bilo osnovano saglasno privatnom pravu i da je uživalo punu autonomnost u određivanju sopstvenih ciljeva, organizacije i procedura koje primjenjuje, iako je obavljalo neke funkcije koje su u izvjesnoj mjeri bile predviđene važećim zakonima i nije služilo samo svojim članovima nego i javnosti u cijelini.¹⁵⁸

Pravo na sklapanje braka (član 12)

Smatralo se da formulacija člana 12 sugeriše da je pravo na sklapanje braka ograničeno na zajednicu muškarca i žene. Sud je u presudi u predmetu *Christine Goodwin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁵⁹ prihvatio da pravo na sklapanje braka imaju i transeksualci budući da se više ne može smatrati da termini „muškarci” i „žene” ukazuju samo na odrednicu roda isključivo na osnovu bioloških kriterijuma.¹⁶⁰ Nasuprot tome, ovo pravo ne obuhvata istopolne brakove jer se u vrijeme kada je ESLJP izrekao presudu u predmetu *Schalk i Kopf protiv Austrije*¹⁶¹ činilo da ne postoji evropski konsenzus u vezi s tim pitanjem.¹⁶² Pravo na sklapanje braka ne obuhvata

155 *Chassagnou i drugi protiv Francuske*, presuda Velikog vijeća od 29. aprila 1999, predstavke br. 25088/94, 28331/95 i 28443/95, stav 100.

156 *Gorzelik i drugi protiv Poljske*, presuda Velikog vijeća od 17. februara 2004, predstavka br. 44158/98, stav 92.

157 *Sigurður A. Sigurjónsson protiv Islanda*, presuda od 30. juna 1993, predstavka br. 16130/90.

158 *Ibid.*, stav 31.

159 *Christine Goodwin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda Velikog vijeća od 11. jula 2002, predstavka br. 28957/95.

160 *Ibid.*, stav 100.

161 *Schalk i Kopf protiv Austrije*, presuda od 24. juna 2010, predstavka br. 30141/04.

162 *Ibid.*, stav 58.

pravo na razvod (*Johnston i drugi protiv Irske*¹⁶³). Nasuprot šire koncipiranom članu 8, pravo na osnivanje porodice u članu 12 ograničeno je, kako se čini, samo na vjenčane parove. Sud je pravo istopolnih parova da formiraju građansku zajednicu, na primjer, razmatrao u svijetlu člana 14 u vezi sa članom 8 (vidi *Vallianatos i drugi protiv Grčke*¹⁶⁴ i *Oliary i drugi protiv Italije*¹⁶⁵). Opšta zabrana stupanja u brak ljudi čiji je imigracioni status „nedovoljan” i/ili nametanje previsokih administrativnih taksi protivno je članu 12 (*O'Donoghue i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁶⁶).

Djelotvorni pravni lijek (član 13)

Pravni lijek koji je na nacionalnom nivou na raspolaganju za odlučivanje o „dokazivim pritužbama” u vezi sa suštinom prava i sloboda zajemčenih Konvencijom mora biti djelotvoran i u praksi kao i u zakonu (vidi, na primjer, *Iovchev protiv Bugarske*¹⁶⁷) u tom smislu, ili da može da spriječi navodno ogriješenje ili pak da pruži odgovarajuće zadovoljenje podnosiocu predstavke za povredu do koje je već došlo.

Različiti faktori mogu igrati izvjesnu ulogu kada se odlučuje o djelotvornosti nekog pravnog lijeka. Oni obuhvataju: okolnosti predmeta o kojem je riječ (na primjer, nadoknada možda nije dovoljna, npr. *Petkov i drugi protiv Bugarske*¹⁶⁸), ovlašćenja i procesna jemstva koja pruža nadležni nacionalni organ (npr. *Klass i drugi protiv Njemačke*¹⁶⁹) ili pravo na koje se podnosioc predstavke poziva (na primjer, u slučajevima protjerivanja, kada postoji pritužba u vezi sa stvarnom opasnošću od kršenja prava po osnovu člana 2 ili člana 3 ili člana 4 Protokola br. 4, kako bi se govorilo o djelotvornosti, mora da postoji pristup pravnom lijeku koji ima automatsko suspenzivno dejstvo; vidi presudu u predmetu *De Souza Ribeiro protiv Francuske*¹⁷⁰). Sud je priznao značaj raspoloživosti djelotvornih lijekova u kontekstu mjera tajnog nadzora u presudi u predmetu *Zakharov protiv Rusije*.¹⁷¹ Veliko vijeće je u tom predmetu ukazalo na posebne karakteristike tih mjera zbog kojih podnosioci predstavke imaju teškoća, koje proizlaze iz njihove tajne prirode, da dokažu da su te mjere zapravo primijenjene. Sud je u ovom kontekstu potvrdio značaj

163 *Johnston i drugi protiv Irske*, presuda od 18. decembra 1986, predstavka br. 9697/82, stavovi 51–54.

164 *Vallianatos i drugi protiv Grčke*, presuda Velikog vijeća od 7. novembra 2013, predstavke br. 29381/09 i 32684/09, stavovi 70–92.

165 *Oliary i drugi protiv Italije*, presuda od 21. jula 2015, predstavke br. 18766/11 i 36030/11, stavovi 159–188.

166 *O'Donoghue i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 14. decembra 2010, predstavka br. 34848/07.

167 *Iovchev protiv Bugarske*, presuda od 2. februara 2006, predstavka br. 41211/98, stav 142.

168 *Petkov i drugi protiv Bugarske*, presuda od 11. juna 2009, predstavke br. 77568/01, 178/02 i 505/02, stav 79.

169 *Klass i drugi protiv Njemačke*, presuda od 6. septembra 1978, predstavka br. 5029/71, stav 67.

170 *De Souza Ribeiro protiv Francuske*, presuda Velikog vijeća od 13. decembra 2012, predstavka br. 22689/07, stav 82.

171 *Zakharov protiv Rusije*, presuda Velikog vijeća od 4. decembra 2015, predstavka br. 47143/06, stav 165.

naknadnog obavještanja žrtava o preduzetim mjerama i neodvojivu povezanost tog obavještanja sa djelotvornošću pravnih lijekova koji se izjavljuju pred sudom. Sud je ponovo potvrdio načelo koje je ustanovio u presudi u predmetu *Kennedy*¹⁷² da je od ključnog značaja obezbijediti da sistemi tajnog nadzora na kraju ne ostanu u suštini „van dometa osporavanja i nadzora nacionalnih organa” i da podnosioci predstavljeni koji nemaju pristupa djelotvornim pravnim lijekovima mogu osporavati zakon *in abstracto*. Sud je u presudi u predmetu *Zakharov* konstatovao da ljudi u Rusiji nikada i ni u kakvim okolnostima ne bivaju obaviješteni da se njihova komunikacija presreće i da nemaju djelotvornu mogućnost da od vlasti zatraže i dobiju informacije o presretanju, te je utvrdio povredu Konvencije.

Žrtva (član 34)

Žrtva označava osobu posredno ili neposredno pogođenu navodnom povredom. U ovom smislu, žrtva može biti pojedinac, grupa pojedinaca ili nevladina organizacija čija su prava po Konvenciji prekršena ili postoji opasnost da će biti prekršena. Fizička lica (ljudska bića), kao i pravna lica, poput preduzeća, mogu biti žrtve kršenja Konvencije. Kada je riječ o predstavkama koje podnose dioničari nekog preduzeća, Sud smatra da je bitno da povuče razliku između pritužbi dioničara o mjerama koje utiču na njihova dioničarska prava (kada mogu da tvrde da imaju status žrtve po osnovu člana 34)¹⁷³ i pritužbi o aktima koji utiču na preduzeća u kojima imaju dionice (kada se ne mogu smatrati žrtvama u smislu člana 34 Konvencije). Sud je, međutim, utvrdio određena ograničenja u vezi sa ovim načelom, prvenstveno kada se preduzeće i dioničari toliko identifikuju jedno sa drugim da bi povlačenje razlike između njih bilo vještačko¹⁷⁴ ili kada je opravdano „izuzetnim okolnostima”¹⁷⁵. **Nije neophodno da se dokaže mjerljiva šteta da bi neko lice bilo žrtva ili da bi se pokrenuo nacionalni postupak** po Konvenciji. Predstavke upućene Sudu u Strazburu mogu biti proglašene neprihvatljivim ako se smatra da žrtva „nije pretrpjela značajnu štetu”, ali to (fizičko ili pravno) lice i dalje ostaje „žrtva” povrede u smislu domaćeg prava. Pitanje pretrpljene štete (za razliku od odrednice „nije pretrpio značajnu štetu”) relevantno je samo za pitanje pravičnog zadovoljenja.

172 *Kennedy protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 18. maja 2010, predstavka br. 26839/05, stavovi 122–124.

173 *Albert i drugi protiv Mađarske*, presuda Velikog vijeća od 7. jula 2020, predstavka br. 5294/14, stavovi 126–134 i praksa na koju se Sud poziva u tim stavovima.

174 *Ankarcrona protiv Švedske*, odluka od 27. juna 2000, predstavka br. 35178/97.

175 *Supra nota* 175.

Imovina (član 1 Protokola br. 1)

Ovim izrazom je obuhvaćen širok spektar interesa. **Imovina** ima autonomno značenje koje nije ograničeno samo na posjedovanje fizičkih dobara – druga prava i interesi koji čine aktivu takođe se mogu smatrati **imovinskim pravima** (*Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH protiv Holandije*¹⁷⁶); oni uključuju i poslovne i profesionalne interese (*Tre Traktörer Aktiebolag protiv Švedske*¹⁷⁷), intelektualnu svojinu (*Anheuser-Busch Inc protiv Portugalije*¹⁷⁸), kao i izvršne presude koje se odnose na dugove (*Ryabykh protiv Rusije*¹⁷⁹ i *Stran Greek Refineries*¹⁸⁰). Sam dug predstavlja imovinu jer se član 1 Protokola br. 1 primjenjuje samo na postojeću imovinu i ni na koji drugi način ne utvrđuje pravo na sticanje imovine (*Marckx protiv Belgije*¹⁸¹). Sud je stao na stanovište da se obaveza isplate malih iznosa ne može smatrati protivnim pravu na imovinu (*Langborger protiv Švedske*¹⁸²).

Kolektivno protjerivanje/odbijanje (član 4 Protokola br. 4)

Ovom odredbom ispravlja se greška koja nastaje usled propusta države da sprovede pojedinačnu procijenu položaja svakog pojedinca, a ne posledice protjerivanja ili odbijanja. Stoga se ona razlikuje od povrede člana 3, do koje dolazi protjerivanjem onih koji se nalaze u opasnosti da će biti izloženi zabranjenom zlostavljanju, premda ponekad ista situacija može dovesti do povrede obje odredbe. Ova odredba se odnosi na sve strance/migrante. Ona se može primjeniti na grupna protjerivanja (vidi, na primjer, presudu u predmetu *Čonka protiv Belgije*¹⁸³) ili na grupno vraćanje s granice (vidi, na primjer, *M. K. i drugi protiv Poljske*¹⁸⁴). Mora se

176 *Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH protiv Holandije*, presuda od 23. februara 1995, predstavka br. 15375/89, stav 53.

177 *Tre Traktörer Aktiebolag protiv Švedske*, presuda od 7. jula 1989, predstavka br. 10873/84.

178 *Anheuser-Busch Inc. protiv Portugalije*, presuda od 11. januara 2007, predstavka br. 73049/01.

179 *Ryabykh protiv Rusije*, presuda od 24. jula 2003, predstavka br. 52854/99, stav 61.

180 *Stran Greek Refineries i Stratis Andreadis protiv Grčke*, presuda od 9. decembra 1994, predstavka br. 13427/87, stavovi 59–62.

181 *Marckx protiv Belgije*, presuda od 13. juna 1979, predstavka br. 6833/74, stav 50.

182 *Langborger protiv Švedske*, presuda od 22. juna 1989, predstavka br. 11179/84, stav 41.

183 *Čonka protiv Belgije*, presuda od 5. februara 2002, predstavka br. 51564/99, stavovi 59–63.

184 *M. K. i drugi protiv Poljske*, presuda od 23. jula 2020, predstavka br. 40503/17. U ovoj presudi je istaknuta uobičajena praksa poljskih organa da sistematski vraćaju tražioce azila sa granice između Poljske i Belorusije. Sud je pridao pažnju praksi održavanja veoma kratkih intervjua stranaca, tokom kojih nijesu uvažavane njihove izjave; akcenat je stavljan na argumente koji su omogućavali organima da ih klasifikuju kao ekonomske migrante; izjave koje su stranci davali nijesu tačno zabilježene u šturim službenim bilješkama, koje su predstavljale isključiv osnov za izdavanje odluka kojima im se uskraćuje ulazak u Poljsku i određuje njihovo vraćanje u Belgiju. Sud

razmotriti situacija pojedinca, uključujući njegovu ugroženost. Sud je, na primjer, u presudi u predmetu *Moustahi protiv Francuske* utvrdio povredu člana 4 Protokola br. 4 jer su organi nepraćene maloljetnike (stare svega 5 i 3 godine) pridružili punoljetnoj osobi sa kojom ova djeca nijesu bila u srodstvu kako bi ih brzo udaljili iz Majota (francuske teritorije u Indijskom okeanu), pri čemu nijesu uopšte razmotrili njihove lične okolnosti.¹⁸⁵

Međutim, ne smatraju se sva protjerivanja grupe ljudi kolektivnim (vidi presudu u predmetu *Khlaifia i drugi protiv Italije*,¹⁸⁶ u kojoj Sud nije utvrdio povredu člana 4 Protokola br. 4 jer su svi podnosioci predstavke bili identifikovani ponaosob i imali su stvarnu i djelotvornu mogućnost da osporavaju protjerivanje¹⁸⁷). Štaviše, prilikom ocijene da li je primjenljiv član 4 Protokola br. 4 potrebno je u obzir uzeti i kažnjivo ponašanje samog podnosioca predstavke (vidi presudu Suda u predmetu *N. D. i N. T. protiv Španije*, u kojoj je zaključio da je nepostojanje pojedinačnog ispitivanja opravdanosti protjerivanja predstavljalo posledicu ponašanja samih podnosilaca predstavke koji su pokušavali nezakonito da uđu u zemlju, dok je Sud smatrao da su imali prilike da zatraže dozvolu za ulazak – stoga je Sud zaključio da tužena država nije odgovorna za odsustvo pravnog lijeka koji bi im omogućio osporavanje protjerivanja¹⁸⁸). Sud je test „kažnjivog ponašanja” primijenio u predmetu *M. K. i drugi protiv Poljske*, u kojem je činjenica da podnosioci predstavke nijesu prekršili zakon doprinijela njegovom utvrđenju povrede.¹⁸⁹ Ovo je oblast prava koja se veoma brzo razvija.

Zabrana zloupotrebe prava (član 17)

Član 17 važi samo u izuzetnim i ekstremnim slučajevima (*Paksas protiv Litvanije*¹⁹⁰, *Perinçek protiv Švajcarske*¹⁹¹). Opšta svrha ovog člana, u mjeri u kojoj se odnosi na grupe ili pojedince, jeste da spriječi one sa totalitarnim ciljevima da iskoriste odredbe Konvencije za vršenje aktivnosti ili akata usmjerenih na poništavanje bilo kog prava ili slobode zajemčene Konvencijom (vidi presudu u predmetu *Lawless*

je zaključio da su odluke, koje su činile dio šire politike vraćanja tražilaca azila u potrebi za međunarodnom zaštitom, predstavljale kolektivno protjerivanje stranaca u smislu člana 4 Protokola br. 4.

185 *Moustahi protiv Francuske*, presuda od 25. juna 2020, predstavka br. 9347/14.

186 *Khlaifia i drugi protiv Italije*, presuda Velikog vijeća od 15. decembra 2016, predstavka br. 16483/12.

187 *Ibid.*, stavovi 248–254.

188 *N. D. i N. T. protiv Španije*, presuda Velikog vijeća od 13. februara 2020, predstavka br. 8675/15 i 8697/15, stavovi 241–243.

189 *M. K. i drugi protiv Poljske*, presuda od 23. jula 2020, predstavke br. 40503/17, 42902/17 i 43643/17, stav 207.

190 *Paksas protiv Litvanije*, presuda Velikog vijeća od 6. januara 2011, predstavka br. 34932/04, stavovi 87–88.

191 *Perinçek protiv Švajcarske*, presuda Velikog vijeća od 15. oktobra 2015, predstavka br. 27510/08, stav 114.

*protiv Irske (br. 3)*¹⁹²). Usled toga je član 17 primjenljiv samo u pogledu prava koja nekom licu omogućavaju da se bavi takvim aktivnostima, kao što su ona zajemčena članovima 9, 10 i 11. Stoga taj član ne može predstavljati osnov za lišenje nekog lica drugih osnovnih prava, poput, na primjer, onih zajemčenih članovima 5 i 6 (*Lawless protiv Irske (br. 3)*¹⁹³).

Znameniti primjeri predmeta u kojima je Sud razmatrao povredu člana 17 obuhvataju one koji su se odnosili na prava komunističkih partija (*Njemačka komunistička partija protiv Savezne Republike Njemačke; Ujedinjena komunistička partija Turske i drugi protiv Turske*¹⁹⁴) i potencijalna ograničenja slobode u predmetima vezanim za izjave kojima se poriče Holokaust, opravdava pronacistička politika, tvrdi da je jevrejska manjina progonila Poljake i da oni nijesu ravnopravni, ili kojima se svi muslimani povezuju sa teškim terorističkim aktima (vidi presudu u predmetu *Pavel Ivanov protiv Rusije*¹⁹⁵ i predmete na koje se Sud poziva u njoj).

Granice korišćenja ograničenja prava (član 18)

Cilj člana 18 jeste da zabrani zloupotrebu ovlašćenja. Članom 18 se nadopunjuju odredbe kojima se propisuju ograničenja prava i sloboda zajemčenih Konvencijom, a on se može primjenjivati samo u pogledu odredaba za koje su propisana ograničenja. Formulacija „neće se primjenjivati ni u koje druge svrhe sem onih” slična je formulacijama tih odredaba.¹⁹⁶ Međutim, tim se članom visokim državama ugovornicama izričito zabranjuje da ograničavaju prava i slobode zajemčene Konvencijom iz razloga koji nijesu propisani samom Konvencijom, te je on u tom pogledu autonoman¹⁹⁷. Ovaj se član ne može primjenjivati nezavisno, već samo u sadejstvu sa drugim materijalnim članovima Konvencije. Do povrede člana 18, međutim, može doći čak i ako nije došlo do povrede člana u vezi s kojim se primjenjuje.

Član 18 važi samo ako je došlo do zadiranja u materijalno pravo zajemčeno Konvencijom. Država mora tvrditi da je zadiranje dozvoljeno propisanim

192 *Lawless protiv Irske (br. 3)*, presuda od 1. jula 1961, predstavka br. 332/57, str. 18, stav 7.

193 *Ibid.*

194 *Njemačka komunistička partija protiv Savezne Republike Njemačke*, odluka od 20. jula 1957, predstavka br. 250/57; *Ujedinjena komunistička partija Turske i drugi protiv Turske*, presuda Velikog vijeća od 30. januara 1998, predstavka br. 19392/92.

195 *Pavel Ivanov protiv Rusije*, odluka od 20. februara 2007, predstavka br. 35222/04, str. 4.

196 *Merabishvili protiv Gruzije*, presuda Velikog vijeća od 28. novembra 2017, predstavka br. 72508/13, stavovi 287 i 293.

197 *Ibid.*, stav 288.

ograničenjima. Međutim, čak i kada nametnuta ograničenja ne ispunjavaju sve uslove propisane Konvencijom, to ne mora nužno da dovede do zaključka da je prekršen član 18.¹⁹⁸

Posebno razmatranje pritužbe u skladu sa tim članom opravdano je samo ako se čini da tvrdnja da je ograničenje uvedeno u cilju koji nije propisan Konvencijom predstavlja fundamentalni aspekt predmeta.¹⁹⁹ Kada ocjenjuje pritužbe o povredi člana 18, Sud mora da utvrdi: da li je postojao skriveni cilj za ograničenje prava ili slobode podnosioca predstavke; da li je ograničenje težilo da ostvari i cilj propisan Konvencijom i skriveni cilj, odnosno da li je postojalo više ciljeva; i, ako je to slučaj, koji je cilj preovlađivao.²⁰⁰ U slučaju više ciljeva, načela formulisana u presudi Velikog vijeća u predmetu *Navalnyy protiv Rusije* nude smjernice za situacije u kojima nije dokazan nijedan legitimni cilj ili razlog, a u kojima je preovlađujući cilj onaj koji je zaista motivisao organe i na čije su ostvarenje bili usredsredili svoje napore.²⁰¹ To znači da u slučaju uvođenja ograničenja i radi ostvarenja skrivenog cilja do povrede člana 18 dolazi samo ako skriveni cilj preovlađuje.²⁰² Isto tako, ako je glavni cilj bio onaj koji je propisan Konvencijom, ograničenje nije protivno članu 18 ako su organi željeli da ostvare i još neki cilj. Da bi se utvrdilo koji cilj preovlađuje, moraju se u obzir uzeti sve okolnosti predmeta, uključujući prirodu i stepen neprihvatljivosti navodnog skrivenog cilja, da li je situacija o kojoj je riječ po svojoj prirodi kontinuirana ili postoje repetitivna ograničenja i obrasci zloupotrebe ovlašćenja.

Centralno pitanje u vezi sa primjenom ovog člana odnosi se na teškoće dokazivanja skrivenog cilja djelovanja nekog organa. Ovaj skriveni cilj je povezan sa „zlom namerom”, ali oni nijesu nužno istovjetni u svim slučajevima.²⁰³ Sud nastoji da objektivno procijeni postojanje ili odsustvo skrivenog cilja, a time i zloupotrebu ovlašćenja.²⁰⁴ Stoga teret dokazivanja ne snosi jedna ili druga strana.²⁰⁵

198 *Ibid.*, stav 291.

199 *Ibid.*

200 *Ibid.*, stav 309.

201 *Navalnyy protiv Rusije*, presuda Velikog vijeća od 15. novembra 2018, predstavka br. 29580/12 i četiri druge predstavke, stav 165.

202 *Ibid.*, stav 318.

203 *Ibid.*, stav 283.

204 *Ibid.*, stavovi 282–283.

205 *Supra nota* 198, stavovi 311–316.

ii. Pojmovi razvijeni u sudskoj praksi po Konvenciji

Jednakost oružja

Strane u parničnom postupku i optuženi za krivična djela ne smiju da budu dovedeni u značajno nepovoljniji položaj u odnosu na svog oponenta. To znači da strane moraju biti upoznate sa svim dokazima na koje se protivna strana poziva ili koje je podnijela i da imaju priliku da se o njima izjasne. Zahtjev vezan za „jednakost oružja” u smislu „pravične ravnoteže” između strana važi i za krivične predmete, kao i za građanska prava i predmete iz obligacionog prava (vidi *Dombo Beheer B. V. protiv Holandije*²⁰⁶). Kada se procijenjuje adekvatnost i pravičnost postupka, važno je utvrditi u kojoj mjeri sam taj postupak ostavlja utisak pravičnog suđenja i u kojoj je mjeri pitanje spora ozbiljno i važno za podnosioca predstavke (*A. B. protiv Slovačke*²⁰⁷). Nije relevantno da li je iz procesne neravnopravnosti stranaka proistekla „dalja, mijerljiva nepravičnost” (*Bulut protiv Austrije*²⁰⁸). Sud može da zaključi da je načelo jednakosti oružja prekršeno ako su propisani različiti rokovi za državu i podnosioca predstavke, na štetu potonjeg (vidi presudu u predmetu *Platakou protiv Grčke*²⁰⁹).

Inherentne procesne garancije

Sud je zaključio da članovi 2, 3 i 8 sami po sebi sadrže inherentne procesne garancije koje postoje pored zaštite propisane članom 13 i, gde je to primjereno, članom 6. Država i na osnovu člana 2 i na osnovu člana 3 ima obavezu da sprovodi djelotvorne istrage o situacijama koje pobuđuju sumnju da su odredbe tih članova prekršene (vidi, na primjer, presude u predmetima *Nencheva i drugi protiv Bugarske*²¹⁰ i *Assenov i drugi protiv Bugarske*²¹¹). U predmetima koji se odnose na djecu, članom 8 se nalaže odgovarajuće uključivanje kako djece tako i njihovih roditelja u upravne postupke koji prethode sudskom postupku (*McMichael protiv Ujedinjenog Kraljevstva*²¹²).

206 *Dombo Beheer B. V. protiv Holandije*, presuda od 27. oktobra 1993, predstavka br. 14448/88, stav 33.

207 *A. B. protiv Slovačke*, presuda od 4. marta 2003, predstavka br. 41784/98, stav 55.

208 *Bulut protiv Austrije*, presuda od 22. februara 1996, predstavka br. 17358/90, stav 49.

209 *Platakou protiv Grčke*, presuda od 11. januara 2001, predstavka br. 38460/97.

210 *Nencheva i drugi protiv Bugarske*, presuda od 18. juna 2013, predstavka br. 48609/06.

211 *Assenov i drugi protiv Bugarske*, presuda od 28. oktobra 1998, predstavka br. 24760/94.

212 *McMichael protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 24. februara 1995, predstavka br. 16424/90, stav 90.

Djelotvornost prava – „praktična i djelotvorna, a ne teoretska i iluzorna”

Konvencija je sistem za zaštitu ljudskih prava. Zbog toga je od ključnog značaja da se ona tumači i primjenjuje na način na koji ta prava postaju **praktična i djelotvorna, a ne teoretska i iluzorna**. Prema tome, država ne može da ispunjava svoje obaveze tako što će neko pravo štiti na vještački način ili na način kojim ga unaprijed osuđuje na neuspjeh. Iako član 1 zahtjeva da prava utvrđena u Konvenciji budu (izričito ili suštinski) zaštićena domaćim pravom, to je nužan, ali ne i dovoljan uslov. Djelotvorna zaštita mora postojati u praksi. Na primjer, nije dovoljno da optuženom samo bude dodijeljen advokat. Pravna pomoć koja mu se pruža mora biti djelotvorna (*Artico protiv Italije*²¹³).

Pravo i kvalitet zakona

Kako bi se zadovoljio zahtjev koji postavlja Konvencija da bilo kakvo zadiranje mora biti „u skladu sa zakonom” ili „propisano zakonom”, taj zakon mora biti **precizan i utvrđiv** kako bi pojedinac mogao da reguliše svoje ponašanje u skladu sa njim: pojedinac mora biti u stanju – po potrebi uz odgovarajući pravni savjet – da, u mjeri koja je razumna s obzirom na okolnosti, *predvidi* posledice nekog svog postupka. Zakon takođe mora biti na odgovarajući način dostupan, što znači da građanin mora biti u stanju da dobije indikaciju koji su pravni propisi primjenjivi u datom predmetu (*The Sunday Times protiv Ujedinjenog Kraljevstva*²¹⁴). Zakon kojim se dopušta zadiranje u prava zajemčena Konvencijom ne smije biti tako široko formulisan da dopušta zadiranje koje bi predstavljalo povredu Konvencije (vidi *Hashman i Harrup protiv Ujedinjenog Kraljevstva*²¹⁵).

Živi instrument

ESLJP često naglašava da zaštita koju pruža Konvencija i sadržaj prava koja su njome zajemčeni nijesu zamrznuti onog dana kada taj tekst usvojen prije više od 70 godina. Konvencija je „živi instrument” (*Tyrer protiv Ujedinjenog Kraljevstva*²¹⁶) i sudska praksa stoga mora biti „dinamična i evolutivna” kako ne bi predstavljala prepreku reformama ili poboljšanjima (vidi, na primjer, presudu u predmetu *Bayatyan protiv Jermenije*²¹⁷). Pitanja kao što su ona koja se odnose na seksualno

213 *Artico protiv Italije*, presuda od 13. maja 1980, predstavka br. 6694/74, stav 33.

214 *The Sunday Times protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 26. aprila 1979, predstavka br. 6538/74, stav 49.

215 *Hashman i Harrup protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda Velikog vijeća od 25. novembra 1999, predstavka br. 25594/94, stavovi 31-43.

216 *Tyrer protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 25. aprila 1978, predstavka br. 5856/72, stav 31.

217 *Bayatyan protiv Jermenije*, presuda Velikog vijeća od 7. jula 2011, predstavka br. 23459/03, stavovi 98 i 102.

ponašanje, prirodu porodičnih struktura koja se mijenja, kao i prava zatvorenika, tumačena su sva u svjetlu konsenzusa u modernoj evropskoj misli. Ponekad se čini da je jurisprudencija po Konvenciji konzervativna i da slijedi konsenzus, a ne da prednjači u njegovom kreiranju.

III. KATEGORIJE PRAVA

Moglo bi se reći da Konvencija sadrži četiri široke klase prava: apsolutna prava; kvalifikovana prava; prava koja se odnose na sprovođenje pravde; prava sa inherentnim ograničenjima.

1. Apsolutna prava

Apsolutna prava su ona u koja se ne smije zadirati ni pod kakvim okolnostima. Države ne mogu da odstupaju od svojih obaveza po osnovu članova kojima se ona jemče čak ni u slučaju proglašenja vanrednog stanja iz člana 15 i ta se prava ne mogu odmjeravati u odnosu na ostale interese. Ovi članovi obuhvataju pravo na život (**član 2**), zabranu mučenja (**član 3**), zabranu ropstva i ropskog položaja (**član 4 st. 1**), kažnjavanje samo na osnovu zakona (**član 7**), ukidanje smrtne kazne (**član 1 Protokola br. 6 i član 1 Protokola br. 13**)²¹⁸ i pravo da se ne bude suđen ili kažnjen dvaput u istoj stvari (**član 4 Protokola br. 7**).

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

Član 2 st. 1 (pravo na život) – Nakon stupanja na snagu Protokola br. 6 1999. i Protokola br. 13 2002. godine, kojim je ukinuta smrtna kazna, taj član bi sada trebalo čitati kao da se njegova druga rečenica prekida kod riječi „namjerno”.

Namjerno lišenje života u načelu nije dozvoljeno ni pod kakvim okolnostima. Međutim, u stavu 2 ovog člana navedeni su slučajevi kada se lišenje slobode koje je bilo predvidljivo, ali nije bilo namjerno ne smatra protivnim ovom članu.

Kada utvrđuje da li je lišenje slobode ispunilo kriterijume navedene u članu 2 st. 2, ESLJP zauzima veoma strog pristup izrazu „apsolutno nužna”, a naročito pomno ispituje da li su postojale alternative primjeni smrtonosne sile.

218 Za razliku od Protokola br. 6, Protokolom br. 13 je smrtna kazna zabranjena čak i u vrijeme rata, ali ovaj protokol nijesu ratifikovale sve zemlje.

Sud može da utvrdi povredu člana 2 čak i ako nije došlo do smrti (vidi, na primjer, presude u predmetima *Makaratzis protiv Grčke*²¹⁹ i *Sašo Gorgiev protiv Bivše Jugoslovenske Republike Makedonije*²²⁰) ili u slučaju prisilnog nestanka kada nije pronađeno tijelo. Predmeti vezani za nestanak mogu takođe aktivirati član 5, kao i član 3 kada je riječ o efektu nestanka na srodnike (vidi, na primjer, presudu u predmetu *Taş protiv Turske*²²¹).

Član 3 (zabrana mučenja i nečovječnog i ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja) kratak je i jednostavan (definicije izraza „mučenje”, „nečovječno postupanje” i „ponižavajuće postupanje” date su u Odjeljku II.i. gore u tekstu). Zabranjeno je svako postupanje koje prelazi veoma visok „prag surovosti”.²²² Da li će taj prag biti dosegnut ili ne zavisi od svih okolnosti predmeta o kojem je riječ (vidi, između ostalog, presudu u predmetu *Muršić protiv Hrvatske*²²³), kao što su dužina postupanja, njegove fizičke ili mentalne posledice, pol, starosno doba i zdravstveno stanje žrtve (*Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva*²²⁴), njena etnička pripadnost (*Bouyid protiv Belgije*²²⁵), kao i od prirode i konteksta postupanja ili kažnjavanja i načina i metoda na koji je izvršeno (*Soering protiv Ujedinjenog Kraljevstva*²²⁶).

Čini se da je iz političkih razloga za državu u manjoj mjeri prihvatljivo da bude proglašena krivom za mučenje nego za nečovječno postupanje – Sud je u nekim presudama posvetio mnogo vremena i intelektualne energije utvrđivanju da li postupanje o kojem je riječ treba klasifikovati kao mučenje ili kao nečovječno ili ponižavajuće postupanje ili kažnjavanje.²²⁷ Međutim, i mučenje i nečovječno i ponižavajuće postupanje su u ***podjednakoj mjeri apsolutno zabranjeni***, bez obzira na to da li ga vrše državni službenici ili, u slučaju nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja, privatna

-
- 219 *Makaratzis protiv Grčke*, presuda Velikog vijeća od 20. decembra 2004, predstavka br. 50385/99, stav 49.
- 220 *Sašo Gorgiev protiv Bivše Jugoslovenske Republike Makedonije*, presuda od 19. aprila 2012, predstavka br. 49382/06, stav 29.
- 221 *Taş protiv Turske*, presuda od 14. novembra 2000, predstavka br. 24396/94, stavovi 79–80.
- 222 Za primjer ponižavajućeg postupanja koje prolazi taj test vidi presudu Velikog vijeća u predmetu *Bouyid protiv Belgije* od 28. septembra 2015, predstavka br. 23380/09, stavovi 86–88 i 100–113. ESLJP je ustanovio da šamari policajaca licu koje se nalazi u potpunosti pod njihovom kontrolom predstavljaju težak napad na dostojanstvo tog lica i samim tim ponižavajuće postupanje.
- 223 *Muršić protiv Hrvatske*, presuda Velikog vijeća od 20. oktobra 2016, predstavka br. 7334/13, u kojoj je ESLJP rekapitulirao sva načela i standarde za donošenje ocijene o tome da li nedovoljan lični prostor koji imaju zatvorenici prelazi „prag surovosti” po članu 3 (stavovi 96–141).
- 224 *Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 18. januara 1978, predstavka br. 5310/71, stav 162.
- 225 *Bouyid protiv Belgije*, presuda Velikog vijeća od 28. septembra 2015, predstavka br. 23380/09.
- 226 *Soering protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 7. jula 1989, predstavka br. 14038/88, stav 100.
- 227 Za značenje svakog od tih pojmova vidi Odjeljak II.i.

lica,²²⁸ ili je riječ o situaciji u kojoj će pojedinac biti izložen takvom postupanju ako bude protjeran ili izručen u drugu jurisdikciju. To isto važi i za član 2, kada će smrtna kazna biti izrečena pojedincu ako on bude protjeran ili izručen u drugu jurisdikciju ili u jurisdikciju u kojoj postoji stvarna opasnost da će biti namjerno ubijen.

I član 2 i član 3 sadrže inherentne procesne garancije, kao i materijalne elemente, i nalažu, između ostalog, da svaka policijska ili vojna operacija bude razumno isplanirana 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 djelotvorna, odnosno mora biti kadra da utvrdi činjenice i da identifikuje i kazni odgovorna lica (više o procesnim garancijama u Odjeljku IV – Pozitivne obaveze u nastavku teksta). 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 uvijek 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 obezbijedile relevantne dokaze. Osim toga, istraga mora biti nezavisna u odnosu na izvršnu vlast, a žrtva treba da bude u mogućnosti da djelotvorno učestvuje u istrazi na različite načine.²²⁹

Sud je u nizu predmeta koji su se odnosili na vanredne predaje priznao da se jedan aspekt procesnog dijela člana 3 takođe tiče prava na istinu u pogledu relevantnih okolnosti datog predmeta, koje „ne pripada isključivo žrtvi krivičnog djela i njenoj porodici već i drugim žrtvama sličnih povreda i javnosti u celini, koje imaju pravo da znaju šta se dogodilo”.²³⁰ To predstavlja još jedan razlog zbog kojeg država mora da sprovede adekvatnu istragu kako bi spriječila da se stekne utisak o nekažnjivosti takvih akata (vidi presudu u predmetu *El-Masri protiv Bivše Jugoslovenske Republike Makedonije*²³¹).

Načela koja se odnose na zahtjev za sprovođenje djelotvorne istrage, a koja su razvijena po osnovu članova 2 i 3 važe i za druga kršenja materijalnih prava, prije svega onih koja su zajemčena članovima 4, 5 i 8.

228 U praksi Suda je ostalo otvoreno pitanje da li pojedinci koji postupaju isključivo u privatnom svojstvu mogu da izvrše mučenje; vidi presudu u predmetu *Ćwik protiv Poljske*, presuda od 5. novembra 2020, predstavka br. 31454/10, stav 83.

229 Vidi prikaz pomenutih načela, uključujući i upućivanje na praksu Suda, između ostalog, u presudi Velikog vijeća u predmetu *El-Masri protiv Bivše Jugoslovenske Republike Makedonije* od 13. decembra 2012, predstavka br. 39630/09, stavovi 182–185.

230 *Al Nashiri protiv Poljske*, presuda od 24. jula 2014, predstavka br. 28761/11, stav 495.

231 *El-Masri protiv Bivše Jugoslovenske Republike Makedonije*, presuda Velikog vijeća od 13. decembra 2012, predstavka br. 39630/09, stavovi 191–192.

Član 4 (zabrana ropstva i prinudnog rada) – Jedino je pravo u stavu 1 tog člana („Niko se ne smije držati u ropstvu ili ropskom položaju”) apsolutno.

Dok su članom 4 st. 1 zabranjeni ropstvo i ropски položaj, stavom 2 tog člana zabranjuje se prinudni ili prisilni rad. Trgovina ljudima i „poljoprivredno” ili „kućno” ropstvo takođe potpadaju pod polje dejstva člana 4 (vidi presude u predmetima *Siliadin protiv Francuske*²³² i *Rantsev protiv Kipra i Rusije*²³³). Ovi pojmovi su podrobnije prethodno opisani u Odjeljku II.i. – Autonomni pojmovi. Sud je u presudi u predmetu *S. M. protiv Hrvatske*²³⁴ pojasnio da postupanje ili situacija može otvoriti pitanje trgovine ljudima zabranjene članom 4 samo ako su prisutna tri sastavna elementa međunarodne definicije trgovine ljudima iz Konvencije o borbi protiv trgovine ljudima i Protokola iz Palerma. Ti elementi su: **djelovanje**, koje može uključivati vrbovanje, prevoz, premiještanje, skrivanje ili prihvatanje osoba; **sredstvo**, koje uključuje prijetnju ili upotrebu sile ili drugih oblika prinude, otmice, prevare, zloupotrebe ovlaštenja ili ugroženosti, ili davanje ili primanje novčanih sredstava ili druge koristi radi dobijanja pristanka lica koje ima kontrolu nad drugim licem u cilju eksploatacije; i **cilj eksploatacije**, koji u najmanju ruku obuhvata iskorišćavanje prostitucije drugih lica ili druge oblike seksualnog iskorišćavanja, prisilan rad ili pružanje usluga, služenje, ropstvo ili praksu sličnu ropstvu ili vađenje ljudskih organa. Trgovina ljudima odnosi se i na nacionalnu i transnacionalnu trgovinu ljudima, bez obzira na to da li je povezana sa organizovanim kriminalom. Sud je takođe pojasnio da pojam „prinudnog ili prisilnog rada” iz člana 4 ima za cilj da zaštiti od slučajeva teške eksploatacije, kao što je prisilna prostitucija, bez obzira na to da li su oni u konkretnim okolnostima predmeta povezani sa konkretnim kontekstom trgovine ljudima. Međutim, pitanje da li konkretna situacija sadrži sve sastavne elemente „trgovine ljudima” ili otvara posebno pitanje prisilne prostitucije kao oblika prinudnog ili prisilnog rada predstavlja faktičko pitanje koje mora biti ispitano u svijetlu svih relevantnih okolnosti predmeta.

Član 4 nameće i pozitivne obaveze državama ugovornicama. Pozitivne obaveze imaju tri aspekta: prva dva su materijalna i odnose se na dužnost država da uspostave zakonodavni i upravni okvir i preduzimaju preventivne i operativne mere, dok je treći aspekt procesnog karaktera i odnosi se na njihovu dužnost da sprovedu istragu.²³⁵

Član 7 (kažnjavanje samo na osnovu zakona) – Iako se članom 7 jemči apsolutno pravo, Sud zaključuje da time nije onemogućeno njegovo postepeno pojašnjavanje i

232 *Siliadin protiv Francuske*, presuda od 26. jula 2005, predstavka br. 73316/01.

233 *Rantsev protiv Kipra i Rusije*, presuda od 7. januara 2010, predstavka br. 25965/04.

234 *S. M. protiv Hrvatske*, presuda Velikog vijeća od 25. juna 2020, predstavka br. 60561/14, stavovi 290–303.

235 *Ibid.*, stavovi 304–306.

razvoj kroz sudsku praksu, u skladu sa suštinom krivičnog djela i tamo gde se razvoj prava može razumno predvidjeti. Ovo je načelo potvrdio u presudi u predmetu *S. W. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,²³⁶ u kojoj je ustanovio da se ovaj član „ne može tumačiti kao zabrana postepenog pojašnjavanja pravila o krivičnoj odgovornosti za silovanje u braku putem sudskog tumačenja u svakom pojedinačnom predmetu, pod uslovom da je rezultat razvoja u skladu sa suštinom krivičnog djela i da se mogao razumno predvidjeti”. Sud je primjenio iste kriterijume koje primijenjuje kada treba da utvrdi da li je neko zadiranje u prava zajemčena članovima 8–11 u dovoljnoj mjeri propisano zakonom (vidi dolje).

Po tumačenju Suda, članom 7 se jemči da „ako su postojale razlike između važećeg krivičnog zakona u trenutku izvršenja djela i potonjih krivičnih zakona koji su stupili na snagu prije izricanja pravnosnažne presude, sudovi moraju da primjene zakon čije su odredbe najpovoljnije po optuženog” (*Scoppola protiv Italije (br. 2)*²³⁷).

2. Kvalifikovana prava

Država može zadirati u ova prava, ali samo radi ostvarenja nekog od legitimnih ciljeva navedenih u članovima i pod uslovom da je zadiranje srazmjerno konkretnom cilju. Ova prava obuhvataju: pravo na poštovanje porodičnog i privatnog života, doma i prepiske (**član 8**), pravo na slobodu mišljenja, savjesti i veroispovijesti (**član 9**), slobodu izražavanja (**član 10**), slobodu okupljanja i udruživanja (**član 11**) i pravo na mirno uživanje imovine (**član 1 Protokola br. 1**). Struktura članova 8–11 je jednoobrazna. Svi se oni sastoje od po dva stava. U prvom stavu se definišu zaštićena prava, a u drugom su propisana dozvoljena ograničenja, koja iziskuju odmjeravanje tih prava i interesa izričito nabrojanih u tom stavu. O uspostavljanju ravnoteže između prava detaljnije govorimo u Odjeljku VI niže u tekstu.

Kada razmatraju da li je došlo do povrede ovih prava, strazburški organi moraju ih odmjeriti u odnosu na interese o kojima je riječ. Test za ovo odmjeravanje prava obuhvata sledeća pitanja:

1. Da li činjenice ukazuju na utvrđeno zaštićeno pravo onako kako je to pravo definisao ESLJP?
2. Da li je došlo do zadiranja u zaštićeno pravo ili je predloženo takvo zadiranje?
3. Da li je to zadiranje propisano zakonom koji uspješno prolazi na testu kvaliteta zakona?²³⁸

236 *S. W. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 22. novembra 1995, predstavka br. 20166/92, stavovi 36 i 41–43.

237 *Scoppola protiv Italije (br. 2)*, presuda Velikog vijeća od 17. septembra 2009, predstavka br. 10249/03, stav 109.

238 Za značenje izraza „kvalitet zakona” po Konvenciji vidi Odjeljak II.ii.

4. Da li se tim zadiranjem težilo ili se teži ostvarenju identifikovanog legitimnog cilja? Ovdje treba provjeriti ciljeve koji su dopušteni po svakom članu Konvencije.
5. Da li je to zadiranje bilo neophodno u demokratskom društvu i srazmerno legitimnom cilju kome se teži? Ili će biti?²³⁹

Ako su odgovori na prvo i drugo pitanje DA, ali je odgovor na treće, četvrto ili peto pitanje ili na sva NE, došlo je povrede prava.

Član 1 Protokola br. 1 (mirno uživanje imovine²⁴⁰) – Struktura člana 1 Protokola br. 1 se donekle razlikuje od strukture članova 8–11. U prvoj rečenici stava 1 jemči se pravo na mirno uživanje imovine. Međutim, druga rečenica stava 1 državama dopušta da neko lice liše njegove imovine pod određenim uslovima. Isto tako, stav 2 državama dopušta da kontrolišu upotrebu imovine pod određenim uslovima. Međutim, prva rečenica stava 1 sadrži inherentno ograničenje. Stoga je Sud zaključio da ovaj član sadrži tri odvojena, ali povezana pravila (vidi, između ostalog, presude u predmetima *Sporrong i Lönnroth protiv Švedske*²⁴¹; *Ališić i drugi protiv Bosne i Hercegovine, Hrvatske, Srbije, Slovenije i Bivše Jugoslovenske Republike Makedonije*²⁴²): opšte načelo mirnog uživanja imovine i dva pravila koja se odnose na konkretno zadiranje u pravo na mirno uživanje imovine (lišenje imovine i kontrolu nad upotrebom imovine).

Struktura ovog člana i međusobna povezanost njegovih triju pravila odredili su pristup Suda prilikom razmatranja neke pritužbe u skladu sa bilo kojim od pravila ovog člana (vidi, na primjer, presudu u predmetu *The Holy Monasteries protiv Grčke*²⁴³; *Broniowski protiv Poljske*²⁴⁴; *Chassagnou i drugi protiv Francuske*²⁴⁵). Shodno tome, svaka vrsta zadiranja u mirno uživanje imovine treba da bude u skladu sa sledećim načelima: (i) načelom zakonitosti – zadiranje mora da bude propisano „zakonom” u smislu Konvencije; (ii) zadiranje mora da teži ostvarenju legitimnog cilja „u javnom interesu” ili „u opštem interesu”. Nacionalni organi uživaju široko polje slobodne procjene budući da su neposredno poznati sa svojim društvom i njegovim

239 Za načelo srazmjernosti takođe vidi dole, Odjeljak IV.

240 Za definiciju „imovine” vidi Odjeljak II.i. gore u tekstu.

241 *Sporrong i Lönnroth protiv Švedske*, presuda od 23. septembra 1982, predstavke br. 7151/75 i 7152/75, stav 61.

242 *Ališić i drugi protiv Bosne i Hercegovine, Hrvatske, Srbije, Slovenije i Bivše Jugoslovenske Republike Makedonije*, presuda Velikog vijeća od 16. jula 2014, predstavka br. 60642/08, stav 98.

243 *The Holy Monasteries protiv Grčke*, presuda od 9. decembra 1994, predstavke br. 13092/87 i 13984/88, stav 56.

244 *Broniowski protiv Poljske*, presuda Velikog vijeća od 22. juna 2004, predstavka br. 31443/96, stav 134.

245 *Chassagnou i drugi protiv Francuske*, presuda Velikog vijeća od 29. aprila 1999, predstavke br. 25088/94, 28331/95 i 28443/95, stav 75.

potrebama kada primjenjuju društvene i ekonomske politike. 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 zahtjeva da se zadovolji opšti interes zajednice i zahtjeva da se zaštite prava pojedinca da neometano uživa u svojoj imovini.

3. Prava vezana za sprovođenje pravde

Ova prava obuhvataju: pravo na slobodu i bezbjednost (**član 5**), pravo na pravično suđenje (**član 6**), kažnjavanje samo na osnovu zakona (**član 7**)²⁴⁶, pravo na žalbu u krivičnim stvarima (**član 2 Protokola br. 7**) i pravo da se ne bude suđen ili kažnjen dvaput u istoj stvari (**član 4 Protokola br. 7**).

Član 5 (pravo na slobodu i bezbjednost) – Ključno načelo koje leži u osnovi ovog člana jeste poštovanje vladavine prava.²⁴⁷ Spisak slučajeva zakonitog lišenja slobode naveden u članu 5 st. 1 jeste iscrpan. 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 st. 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 nijesu obuhvaćeni svi aspekti predmeta, ali bi ono trebalo da bude dovoljno široko da obuhvati procesne i materijalne uslove koji su suštinski važni za „zakonitost” lišenja slobode u smislu Konvencije. To obuhvata i obavezu da se ispita „usaglašenost sa procesnim zahtjevima domaćeg prava, kao i osnovanost sumnje koja je poslužila kao osnov za hapšenje i zakonitost svrhe kojoj se težilo tim hapšenjem i potonjim pritvorom”.²⁴⁸

Član 5 st. 5 (naknada žrtvama nezakonitog hapšenja ili lišenja slobode) i **član 3 Protokola br. 7** (naknada za pogrešnu osudu) jedina su mjesta u Konvenciji u kojima se propisuje da domaćim pravom mora biti obezbjeđena naknada.

246 U odjeljku o apsolutnim pravima nalazi se kratak komentar člana 7.

247 S., V. i A. *protiv Danske*, presuda Velikog vijeća od 22. oktobra 2018, predstavka br. 35553/23, 36678/12 i 36711/12, stav 73.

248 Vidi presudu Velikog vijeća u predmetu *Khlaifia i drugi protiv Italije* od 15. decembra 2016, predstavka br. 16483/12, stavovi 128–131, u kojoj je Sud ponovio načela u vezi sa članom 5 st. 4.

Član 6 (pravo na pravično suđenje) – To pravo se primjenjuje samo na odlučivanje o građanskim pravima i/ili krivičnoj optužbi, onako kako je te pojmove razradio ESLJP (vidi Odjeljak II.i. gore u tekstu). On se ne primjenjuje automatski na sve sudske postupke koji se tiču zadovoljenja za navodne povrede drugih prava po Konvenciji. Njime su obuhvaćeni pravo na pristup sudu i garancije koje su tu da obezbijede pravično suđenje. Prava o kojima je riječ nijesu apsolutna. Tako, na primjer, pristup sudu može biti ograničen procesnim preprekama ili rokovima. Međutim, nijednim se ograničenjem ne sme suziti ili umanjiti pravo lica na pristup u tolikoj mjeri da sama suština prava bude povrijeđena (vidi, na primjer, presudu Suda u predmetu *Marini protiv Albanije*²⁴⁹). Pravo na pravnu pomoć (nasuprot pravu na pravnog zastupnika) jedino je zajemčeno i u krivičnom i u građanskom postupku kada to „nalažu interesi pravde”. Kod uskraćivanja pristupa pravnom zastupniku u krivičnim stvarima primjenjuje se znatno stroži test (vidi presudu u predmetu *Ibrahim i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*²⁵⁰). Uskraćivanje pristupa advokatu po izboru optuženog 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*²⁵¹).

U vezi sa sudskom praksom po članu 6 valjalo bi izreći jedno upozorenje. S obzirom na to da – po definiciji – nijedna predstava ne može biti prihvatljiva u Strazburu ako prethodno nijesu iscrpljeni svi domaći pravni lijekovi, gotovo svi predmeti u kojima se navodi da je prekršen član 6 moraće da prođu najviše domaće sudove prije nego što stignu u Strazbur. ESLJP često zaključuje da nije bilo povrede člana 6 zato što smatra da je postupak „sagledan u cijelini” bio pravičan i da je viši sud bio u prilici da ispravi greške nižih sudova. Stoga sudije koje sude u nižim sudovima mogu steći pogrešno uvjerenje da određena procesna manjkavost zadovoljava standarde Konvencije zato što strazburški organi nijesu ustanovili da ona predstavlja povredu Konvencije.

Član 2 Protokola br. 7 (pravo na žalbu u krivičnim stvarima) – Ovim se članom jemči pravo da osudu ili kaznu „preispita” viši sud. Njime se ne jemči pravo na žalbu po meritumu presude i države imaju široko polje slobodne procjene da odrede

249 *Marini protiv Albanije*, presuda od 18. decembra 2007, predstavka br. 3738/02, stavovi 113 i 122. ESLJP je stao na stanovište da pravo na sud obuhvata pravo na pravosnažnu odluku o pitanju zbog kojeg se lice obratilo sudu (stav 120); to što Ustavni sud nije uspio da obezbijedi većinu glasova ni za jedan predlog koji je imao pred sobom ograničilo je suštinu prava podnosioca predstave po osnovu člana 6 st. 1.

250 *Ibrahim i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda Velikog vijeća od 13. septembra 2016, predstavke br. 50541/08 itd., stavovi 255–265, gde je ESLJP razjasnio načela koja su primjenljiva na dvofazni test, prethodno utvrđen u presudi Velikog vijeća u predmetu *Salduz protiv Turske* od 27. novembra 2008, predstavka br. 36391/02.

251 *Dvorski protiv Hrvatske*, presuda Velikog vijeća od 20. oktobra 2015, predstavka br. 25703/11, stavovi 79–80.

kako će se ostvarivati. Međutim, svako ograničenje mora težiti legitimnom cilju i ne smije zadirati u samu suštinu tog prava. Prema tome, preispitivanje (presude) može se odnositi i na činjenična i na pravna pitanja ili može biti svedeno isključivo na pravna pitanja (*Krombach protiv Francuske*²⁵²). Izraz „sud” ima isto autonomno značenje koje ima i u članu 6 st. 1 (vidi Odjeljak II.i. gore u tekstu).

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 djelo, bez obzira na to da li je u prethodnom postupku bio osuđen ili oslobođen. To se odnosi na sve presude koje su pravosnažne, tj. na one koje imaju dejstvo *res judicata*.

Veliko vijeće je u presudi u predmetu *Mihalache protiv Rumunije*²⁵³ istaklo da načelo *ne bis in idem* koje se odražava u članu 4 Protokola br. 7 ima tri elementa. Prvo, oba postupka moraju biti krivična po karakteru. Drugo, oba postupka moraju se odnositi na iste činjenice. Treće, mora doći do dupliranja postupka. Kako bi utvrdio da li se postupak o kojem je riječ može smatrati „krivičnim” u kontekstu ovog člana, Sud primjenjuje *tri kriterijuma iz presude u predmetu Engel* koje je razvio u vezi sa članom 6 (više o pojmu „krivični” gore u Odjeljku II.i.). Šta predstavlja različito „djelo” ne treba utvrđivati na osnovu pravne kategorizacije djela o kojima je riječ: djelo predstavlja istovjetno djelo ako proističe iz istovjetnih činjenica ili činjenica koje su u suštini iste (vidi presudu u predmetu *Sergey Zolotukhin protiv Rusije*,²⁵⁴ u kojoj je Sud usaglasio svoje ranije pristupe, najviše u pogledu toga šta predstavlja *idem* u načelu *ne bis in idem* propisanom u ovom članu²⁵⁵). Sud je u presudi u predmetu *A i B protiv Norveške*²⁵⁶ razmatrao svoju raniju praksu uglavnom o pitanju šta predstavlja bis u navedenom načelu, odnosno o tome da li je došlo do dupliranja postupka. Zaključio je da član 4 Protokola br. 7 ne onemogućava sprovođenje paralelnih postupaka koji se bave različitim aspektima društvenog problema o kojem se radi (npr. izricanje poreskih kazni u upravnom postupku i krivično gonjenje za prevaru zbog utaje poreza, o čemu se u ovom predmetu radilo). Međutim, tužena država mora da dokaže da između dvojnih postupaka o kojima je riječ „postoji dovoljno bliska veza, kako suštinski tako i vremenski”, te da su bili kombinovani na predvidljiv i srazmjern način, tako da čine koherentnu celinu²⁵⁷.

252 *Krombach protiv Francuske*, presuda od 13. februara 2001, predstavka br. 29731/96, stav 96.

253 *Mihalache protiv Rumunije*, presuda Velikog vijeća od 8. jula 2019, predstavka br. 54012/10, stav 49.

254 *Sergey Zolotukhin protiv Rusije*, presuda Velikog vijeća od 10. februara 2009, predstavka br. 14939/03.

255 *Ibid.*, stavovi 78–84.

256 *A i B protiv Norveške*, presuda Velikog vijeća od 15. novembra 2016, predstavke br. 24130/11 i 29758/11.

257 *Ibid.*, stavovi 130–134, u kojima Sud objašnjava faktore na osnovu kojih se utvrđuje da li je postojala dovoljno

Stav 2 tog člana omogućava da se postupak ponovo otvori saglasno domaćem pravu ako se pojave novi dokazi ili ako se otkrije da je u ranijem postupku došlo do bitne povrede. Sud je u presudi u predmetu *Marguš protiv Hrvatske*²⁵⁸ stao na stanovište da se član 4 Protokola br. 7 ne odnosi na obustavljanje krivičnog postupka zbog amnestije za akte koji predstavljaju tešku povredu osnovnih prava, kao što su ratni zločini protiv civilnog stanovništva. Po njegovom mišljenju, amnestija za akte koji obuhvataju ubijanje i zlostavljanje civila bila bi protivna obavezama države po osnovu članova 2 i 3 Konvencije. Sud je takođe ukazao na sve izraženiju tendenciju u međunarodnom pravu da je davanje amnestije za teške povrede ljudskih prava neprihvatljivo. Stoga podnošenje nove optužnice protiv lica amnestiranog za takva djela ne bi trebalo da potpada pod polje dejstva člana 4 Protokola br. 7.

4. Prava sa inherentnim ograničenjima

Ova prava ne sadrže konkretnu odredbu kojom se dopuštaju zadiranja kakva postoje u suštinski kvalifikovanim pravima, već ESLJP prihvata da postoji prostor za ograničenja koja se podrazumijevaju u tekstu. To su sledeća prava: pravo na sklapanje braka (**član 12**), pravo na obrazovanje (**član 2 Protokola br. 1**) i pravo na slobodne izbore (**član 3 Protokola br. 1**).

Član 12 (pravo na sklapanje braka) – Formulacija ovog člana sugerise da je prihvatljivo svako zadiranje ako je propisano domaćim pravom, ali su strazburški organi stali na stanovište da to ne smije „narušiti samu suštinu tog prava”. Obim prava na sklapanje braka razmatra se gore u odjeljku o autonomnim pojmovima (Odjeljak II.i.).

Član 2 Protokola br. 1 (pravo na obrazovanje) – Ovim se članom jemči pravo na pristup obrazovnim ustanovama koje postoje u datom trenutku. Ovo pravo, koje je neophodno za unaprijeđenje ljudskih prava, igra toliko važnu ulogu u jednom demokratskom društvu da restriktivno tumačenje prve rečenice ne bi bilo u skladu sa ciljem i svrhom te odredbe (vidi, na primjer, presude Suda u predmetima *Leyla Şahin protiv Turske*²⁵⁹, *Timishev protiv Rusije*²⁶⁰ i *Velyo Velez protiv Bugarske*²⁶¹). Ovim se članom državama nameće obaveza da obezbijede djelotvoran pristup obrazovnim ustanovama, što, između ostalog, znači da pojedinac koji je korisnik treba da ima

bliska veza između postupaka.

258 *Marguš protiv Hrvatske*, presuda Velikog vijeća od 27. maja 2014, predstavka br. 4455/10, stavovi 124–141.

259 *Leyla Şahin protiv Turske*, presuda Velikog vijeća od 10. novembra 2005, predstavka br. 44774/98, stav 137.

260 *Timishev protiv Rusije*, presuda od 13. decembra 2005, predstavke br. 55762/00 i 55974/00, stav 64.

261 *Velyo Velez protiv Bugarske*, presuda od 27. maja 2014, predstavka br. 16032/07, stav 33.

mogućnost da izvuče korist iz stečenog obrazovanja (*Belgijski lingvistički predmet*²⁶²). Država može imati izvjesne pozitivne obaveze kada se ovaj član sagledava u vezi sa članom 14 (na primjer, u predmetu Oršuš i drugi protiv Hrvatske²⁶³ ESLJP je primjetio da visoka stopa đaka koji napuštaju školovanje u određenoj županiji u Hrvatskoj iziskuje primjenu pozitivnih mjera).

Svi nivoi obrazovanja su obuhvaćeni, ali priznaje se šire polje slobodne procjene kako se krećemo od osnovnog ka višim nivoima obrazovanja (*Ponomaryovi protiv Bugarske*²⁶⁴). Sam pomen polja slobodne procjene ukazuje na činjenicu da ovo pravo nije apsolutno. Ovaj član sadrži implicitno prihvaćena ograničenja, imajući u vidu da „svojom samom prirodom iziskuje da ga uređuje država”.²⁶⁵ Iz tog razloga domaći organi uživaju izvjesno polje slobodne procjene u ovom pogledu.

Kako bi se obezbijedilo da uvedena ograničenja ne umanje pravo o kojem je riječ u toj mjeri da podriju njegovu samu suštinu i liše ga djelotvornosti, Sud se mora uvjeriti da ih oni na koje se ta ograničenja odnose mogu predvidjeti i da ona teže ostvarenju legitimnog cilja.²⁶⁶ Za razliku od položaja u odnosu na članove 8–11 Konvencije, dozvoljena ograničenja nijesu ograničena iscrpnim spiskom „legitimnih ciljeva” po osnovu članu 2 Protokola br. 1. Ograničenja se odnose na jezik na kojem se nastava održava,²⁶⁷ kriterijume upisa²⁶⁸ i prijemne ispite,²⁶⁹ školarinu,²⁷⁰ državljanstvo,²⁷¹ minimalni uzrast za pohađanje škole,²⁷² organizaciju određene vrste obrazovanja u

262 *Predmet u vezi sa određenim aspektima zakona o upotrebi jezika u obrazovanju u Belgiji*, tzv. „Belgijski lingvistički predmet”, presuda od 23. jula 1968, predstavke br. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 i 2126/64.

263 *Oršuš i drugi protiv Hrvatske*, presuda Velikog vijeća od 16. marta 2010, predstavka br. 15766/03, stav 177.

264 *Ponomaryovi protiv Bugarske*, presuda od 21. juna 2011, predstavka br. 5335/05, stav 56.

265 *Belgijski lingvistički predmet*, presuda Suda od 23. jula 1968, predstavke br. 1474/62 i pet drugih, stav 5 odjeljka „Pravo”.

266 *Leyla Şahin protiv Turske*, presuda Velikog vijeća od 10. novembra 2005, predstavka br. 44774/98, stav 154.

267 *Belgijski lingvistički predmet*, presuda od 23. jula 1968, predstavke br. 1474/62 itd., stav 3 odjeljka „Pravo”. Međutim, Sud je u ovom dijelu dodao da bi pravo bilo bespredmetno da ne podrazumijeva da njegovi korisnici imaju pravo na obrazovanje na nacionalnom jeziku ili na nekom od nacionalnih jezika.

268 *Kiliç protiv Turske*, odluka od 5. marta 2019, predstavka br. 29601/05, stavovi 23–34.

269 *Tarantino i drugi protiv Italije*, presuda od 2. aprila 2013, predstavka br. 25851/09, 29284/09 i 64090/09, stavovi 47–54.

270 *Ponomaryovi protiv Bugarske*, presuda od 21. juna 2011, predstavka br. 5335/05, stav 54.

271 *Ibid.*, stav 52.

272 *Çiftçi protiv Turske*, odluka od 17. juna 2004, predstavka br. 71860/01.

zatvorima,²⁷³ suspenziju iz srednje škole tokom dugačke krivične istrage,²⁷⁴ prekid školovanja nakon deportacije,²⁷⁵ primjenu disciplinskih mjera, poput suspenzije ili izbacivanja iz škole kako bi se obezbijedilo poštovanje internih pravila.²⁷⁶ Međutim, ograničenja moraju biti predvidljiva onima koji mogu biti pogođeni njima i težiti ostvarenju legitimnog cilja. Pored toga, ograničenje prava na obrazovanje u skladu je sa članom 2 Protokola br. 1 isključivo ako postoji razuman odnos srazmjernosti između primjenjenih sredstava i cilja čijem se ostvarenju teži.²⁷⁷

Član 3 Protokola br. 1 (pravo na slobodne izbore) – Sud se prilikom utvrđivanja usaglašenosti zadiranja države sa ovim pravom uglavnom usredsređuje na dva kriterijuma: da li je bilo proizvoljnosti ili da li je nedostajalo srazmjernosti, kao i da li je ograničenje zadiralo u slobodno izražavanje mišljenja ljudi. Taj član sadrži aktivni aspekt (pravo glasa) i pasivni aspekt (pravo da se bude biran). ESLJP primjenjuje stroži pristup kada ispituje ograničenja u pogledu prava glasa nego kada razmatra ograničenja u pogledu kandidovanja na izborima, gdje, kako se čini, države uživaju šire polje slobodne procjene (*Zdanoka protiv Letonije*²⁷⁸).

IV. POZITIVNE OBAVEZE

Konvencija uglavnom štiti pojedinca od zadiranja države u njegova osnovna prava. Zato Konvencija državama nameće negativne obaveze koje im nalažu da se moraju uzdržavati od takvog zadiranja. Međutim, članom 1 se takođe od država zahtjeva da „jemče” prava. Stoga je ESLJP u mnogim predmetima zaključio da države imaju pozitivnu obavezu da preduzmu korake kako bi obezbijedile da prava zajemčena Konvencijom budu zaštićena, a ne samo da se uzdržavaju od negativnog zadiranja u njih. Te pozitivne obaveze mogu poprimiti mnoštvo različitih oblika, koji se mogu kategorisati u dve glavne grupe: a) materijalne pozitivne obaveze, koje se odnose na suštinske mjere koje država mora uvesti kako bi osigurala da svako u njenoj nadležnosti u potpunosti uživa prava i slobode zajemčene 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 kako bi odgovorila na svako navodno kršenje prava (npr. država je dužna da sprovede adekvatnu i djelotvornu istragu navoda da je prekršeno neko pravo iz Konvencije).

273 *Epistatu protiv Rumunije*, odluka od 24. septembra 2013, predstavka br. 29343/10, stavovi 61–67.

274 *Ali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 11. januara 2011, predstavka br. 40385/06, stav 59–60.

275 *Sorabjee protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, odluka od 23. oktobra 1995, predstavka br. 23938/94, stav 3 djela „Pravo”.

276 *Çölgeçen i drugi protiv Turske*, presuda od 12. decembra 2017, predstavke br. 50124/07 itd., stav 50.

277 *Supra* nota 268.

278 *Zdanoka protiv Letonije*, presuda Velikog vijeća od 16. marta 2006, predstavka br. 58278/00, stav 115.

Najočigledniji oblik pozitivnih obaveza država jeste onaj koji je sadržan u članu 13, kojim je propisano da je država dužna da obezbijedi djelotvoran pravni lijek pred nacionalnim vlastima za svaku povredu zaštićenih prava.

Član 1 takođe zahtijeva da postoji sudska kazna radi zaštite određenih prava, a u nekim slučajevima je ESLJP išao toliko daleko da je saopštio da to mora biti krivična sankcija (*X i Y protiv Holandije*²⁷⁹). Država, u najmanju ruku, mora da ima zakone koji osiguravaju da prava zajemčena Konvencijom budu na odgovarajući način zaštićena od povreda koje čine kako državni službenici, tako i fizička lica.

Država je takođe dužna da opredijeli dovoljna finansijska sredstva za svoj pravosudni sistem kako bi osigurala da se sudski postupci odvijaju ekspeditivno (*Guincho protiv Portugalije*²⁸⁰). Međutim, pozitivne obaveze idu i dalje od toga.

Država takođe mora da preduzima aktivne mjere kako bi obezbijedila da pojedinci mogu u praksi ostvarivati svoja prava po Konvenciji. Sud je u presudi u predmetu *Artze fur das Leben protiv Austrije*²⁸¹ stao na stanovište da je država shodno članovima 10 i 11 ne samo dužna da dopusti odvijanje demonstracija već je u obavezi i da zaštititi demonstrante od postupaka onih koji učestvuju u antidemonstracijama. ESLJP je u predmetu *Osman protiv Ujedinjenog Kraljevstva*²⁸² ustanovio test koji je od tada primjenio u više navrata: „**Da li je država preduzela sve razumne korake da zaštititi pojedinca od štete za koju je znala ili je trebalo da zna?**”²⁸³ Po mišljenju Suda, kada podnosilac predstavke tvrdi da su nacionalni organi prekršili svoju pozitivnu obavezu da zaštite pravo na život, Sud se mora uvjeriti u to da su oni znali ili da je trebalo da znaju za postojanje stvarne i neposredne opasnosti po život jednog ili više identifikovanih lica od krivičnih akata trećeg lica, a da nijesu preduzeli mjere za koje su ovlašćeni, a za koje bi se, po razumnom sudu, moglo očekivati da će spriječiti tu opasnost. S obzirom na prirodu prava zaštićenog članom 2, prava koje je od suštinskog značaja za okvir sistema Konvencije, dovoljno je da podnosilac predstavke dokaže da domaći organi nijesu preduzeli sve korake koji su se od njih razumno mogli očekivati kako bi se izbjegla stvarna i neposredna opasnost po život za koju su znali ili je trebalo da znaju. Na ovo se pitanje može odgovoriti samo u svijetlu svih okolnosti konkretnog predmeta.²⁸⁴ Sud nakon presude u predmetu *Osman* zaključuje da je ova obaveza šira i da se odnosi na

279 *X i Y protiv Holandije*, presuda od 26. marta 1985, predstavka br. 8978/80, stav 27.

280 *Guincho protiv Portugalije*, presuda od 10. jula 1984, predstavka br. 8990/80, stav 40.

281 *Plattform „Ärzte für das Leben” protiv Austrije*, presuda od 21. juna 1988, predstavka br. 10126/82, stav 32.

282 *Osman protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda Velikog vijeća od 28. oktobra 1998, predstavka br. 23452/94.

283 *Ibid.*, stav 116.

284 *Ibid.*, stav 116.

predvidljive krivične akte trećeg lica i da nije nužno identifikovati pojedince koji se nalazi u opasnosti od njih (*Mastromatteo protiv Italije*²⁸⁵).

Predmet *Hofman protiv Austrije*²⁸⁶ odnosio se na spor koji su roditelji vodili oko starateljstva nad djetetom 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 **preko svojih sudova** obezbijedi neophodnu zaštitu zajemčenih prava onda kada se na uživanje tih prava negativno odražavaju sporovi između fizičkih lica.²⁸⁷

V. SRAZMJERNOST

U Konvenciji postoji nekoliko „nevidljivih” odredaba – to su pojmovi i prava koji se nigdje izričito ne pojavljuju u tekstu Konvencije, ali koji su tokom godina postali sastavni dio konvencijskog prava. Najznačajnija među njima jeste **srazmjernost** i ona se nalazi u srži svakog opravdanja za zadiranje u prava iz Konvencije.

Postoji izvjestan broj ključnih testova koji se mogu primjeniti na svako pitanje po Konvenciji:

1. Da li su za bilo kakvo zadiranje u neko pravo po Konvenciji iznijeti „relevantni i dovoljni razlozi”? Da li je ono „neophodno u demokratskom društvu”? Da li za to zadiranje postoji „hitna društvena potreba”?
2. Postoji li neki alternativni postupak koji bi doveo da manjeg zadiranja? Da li je takav postupak razmotren? Da li su navedeni relevantni i dovoljni razlozi za njegovo odbacivanje?
3. Da li su postojale i da li su poštovane procesne garancije kako bi se izbjegla mogućnost zloupotrebe?
4. Da li je zadiranjem „narušena sama suština prava”?

VI. USPOSTAVLJANJE RAVNOTEŽE IZMEĐU PRAVA

Sud je u svojoj praksi utvrdio da je „cijela Konvencija prožeta traganjem za pravičnom ravnotežom između zahtjeva vezanih za ostvarivanje opšteg interesa zajednice i zahtjeva vezanih za zaštitu osnovnih prava pojedinca”. Nju je potrebno ostvariti kada su u pitanju međusobno suprotstavljena prava po osnovu Konvencije.

285 *Mastromatteo protiv Italije*, presuda Velikog vijeća od 24. oktobra 2002, predstavka br. 37703/97.

286 *Hoffmann protiv Austrije*, presuda od 23. juna 1993, predstavka br. 12875/87.

287 *Ibid.*, stavovi 32-36.

U mnogim situacijama se moraju odmjeriti prava zajemčena Konvencijom dvoje ili više pojedinaca. Kada je riječ o članovima 8–11, možda je potrebno ostvariti ravnotežu između, na primjer, prava nekog lica na privatnost ili ugled iz člana 8 sa pravom drugog lica na slobodu izražavanja, zajemčenim članom 10 Konvencije (vidi, na primjer, presude u predmetima *Von Hannover protiv Njemačke (br. 2)*²⁸⁸ i *Axel Springer AG protiv Njemačke*²⁸⁹). Ponekad je potrebno uspostaviti ravnotežu između interesa zajednice u cijelini i prava pojedinca.

Kada su nacionalne vlasti odmjerile prava ili interese u skladu sa kriterijumima propisanim u praksi Suda, Sud mora imati jake razloge zbog kojih bi stav domaćeg suda zamijenio sopstvenim (vidi, na primjer, presudu u predmetu *Medžlis Islamske zajednice Brčko i drugi protiv Bosne i Hercegovine*²⁹⁰).

U **članovima 17 i 18** navedena su neka opšta načela u ovom kontekstu. O tim odredbama detaljnije govorimo u Odjeljku II.i. – Autonomni pojmovi.

VII. ZABRANA DISKRIMINACIJE

U tekstu same Konvencije ne postoji zasebna zabrana diskriminacije. **Članom 14** (zabrana diskriminacije) nije propisana opšta zabrana diskriminacije, već samo zabrana diskriminacije u odnosu na uživanje prava i sloboda zajemčenih Konvencijom. Po mišljenju Suda, to je kao da član 14 predstavlja sastavni dio svakog pojedinačnog člana kojim se jemče prava i slobode (*Belgijski lingvistički predmet*²⁹¹). Međutim, član 14 može biti prekršen čak i ako nije povrijeđeno materijalno pravo sve dok predmet spora potpada pod polje dejstva tog materijalnog prava (vidi, na primjer, presude u predmetima *Kafkaris protiv Kipra*,²⁹² *Thlimmenos protiv Grčke*,²⁹³ *Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine*²⁹⁴ i *Burden protiv Ujedinjenog Kraljevstva*²⁹⁵).

288 *Von Hannover protiv Njemačke (br. 2)*, presuda Velikog vijeća od 7. februara 2012, predstavke br. 40660/08 i 60641/08.

289 *Axel Springer AG protiv Njemačke*, presuda Velikog vijeća od 7. februara 2012, predstavka br. 39954/08.

290 *Medžlis Islamske zajednice Brčko i drugi protiv Bosne i Hercegovine*, presuda Velikog vijeća od 27. juna 2017, predstavka br. 17224/11, stav 121, u kojoj se Sud poziva na presudu Velikog vijeća u predmetu *Von Hannover protiv Njemačke (br. 2)* od 7. februara 2012, predstavke br. 40660/08 i 60641/08.

291 *Predmet u vezi sa određenim aspektima zakona o upotrebi jezika u obrazovanju u Belgiji, tzv. „Belgijski lingvistički predmet”*, presuda od 23. jula 1968, predstavke br. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 i 2126/64.

292 *Kafkaris protiv Kipra*, presuda Velikog vijeća od 12. februara 2008, predstavka br. 21906/04, stav 159.

293 *Thlimmenos protiv Grčke*, presuda Velikog vijeća od 6. aprila 2000, predstavka br. 34369/97, stav 40.

294 *Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine*, presuda Velikog vijeća od 22. decembra 2009, predstavke br. 27996/06 i 34836/06, stav 39.

295 *Burden protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda Velikog vijeća od 29. aprila 2008, predstavka br. 13378/05, stav 58.

Članom 1 Protokola br. 12 propisuje se šira zabrana diskriminacije u odnosu na sva prava „koja zakon predviđa”. Međutim, ovim Protokolom, koji je na snagu stupio u aprilu 2005. godine, i dalje nijesu zabranjeni svi oblici diskriminacije, već samo u odnosu na prava „koja [nacionalni] zakon predviđa”.²⁹⁶

ESLJP sledi istu definiciju diskriminacije za oba navedena člana: diskriminacija označava različito postupanje prema licima u sličnim situacijama bez objektivnog i osnovanog opravdanja. „Bez objektivnog i osnovanog opravdanja” znači da razlika u postupanju ne teži ostvarenju legitimnog cilja ili da nije srazmjerna.

Kada utvrđuje da li je bio prekršen član 14 ili Protokol br. 12, 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? (polu, rasi, boji kože, jeziku, vjeroispovijesti, političkom i drugom mišljenju, nacionalnom ili socijalnom porijeklu, povezanošću s nacionalnom manjinom, imovinom, rođenjem ili drugim statusom)
3. Da li za tu razliku u postupanju postoji objektivno i razumno opravdanje? Odnosno, da li ta razlika teži ostvarenju legitimnog cilja i da li je srazmjerna?

Sud zaključuje ne samo da prema sličnima treba postupati na sličan način već i da do diskriminacije dolazi u situacijama u kojima se prema ljudima prema kojima bi trebalo postupati različito bez objektivnog i osnovanog opravdanja postupa na isti način (vidi, na primjer, presudu u predmetu *Thlimmenos protiv Grčke*²⁹⁷).

ESLJP takođe smatra da diskriminacija koja je protivna Konvenciji može nastupiti ne samo kao posledica zakonske mjere već i kao posledica faktičke situacije koja je rezultat uvrežene prakse (npr. *Zarb Adami protiv Malte*²⁹⁸).

296 Prema stavu 22 Obrazloženja Protokola br. 12: „Dodatni obim zaštite iz člana 1 naročito se odnosi na predmete gde je neko lice diskriminisano: i. u ostvarivanju svih prava koja su nacionalnim pravom konkretno zajemčena pojedincu; ii. u ostvarivanju prava koje se može izvesti iz očigledne obaveze organa javne vlasti na osnovu nacionalnog prava, odnosno kada organ javne vlasti ima obavezu po nacionalnom pravu da se ponaša na određeni način; iii. od strane organa javne vlasti prilikom vršenja svojih diskrecionih ovlašćenja (na primjer, odobravanja određenih subvencija); iv. svakim drugim činjenjem ili nečinjenjem organa javne vlasti (na primjer, ponašanjem službenika policije prilikom obuzdavanja nereda).”

297 *Thlimmenos protiv Grčke*, presuda Velikog vijeća od 6. aprila 2000, predstavka br. 34369/97, stav 44.

298 *Zarb Adami protiv Malte*, presuda od 20. juna 2006, predstavka br. 17209/02, stav 76.

Neko lice može biti žrtva diskriminacije na osnovu zaštićenog statusa ili karakteristika drugih lica (vidi, na primjer, presude u predmetima *Škorjanec protiv Hrvatske*,²⁹⁹ gdje se podnositeljka predstavke našla na meti napada kao partnerka muškarca romskog porijekla, i *Guberina protiv Hrvatske*,³⁰⁰ predmet koji se odnosio na nepovoljnije postupanje poreskih organa prema podnosiocu predstavke zbog invaliditeta njegovog djeteta).

299 *Škorjanec protiv Hrvatske*, presuda od 28. marta 2017, predstavka br. 25536/14, stavovi 55–56.

300 *Guberina protiv Hrvatske*, presuda od 22. marta 2016, predstavka br. 23682/13, stavovi 76–79.

Poglavlje 3

Kratak vodič kroz sistem Evropskog suda za ljudska prava

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 slijedi po izricanju pravnosnažne presude. Cilj ovog poglavlja nije da se iznese temeljna prezentacija postupka koji se vodi pred Sudom, već da se čitalac upozna s glavnim sredstvima koja ESLJP koristi u svome radu i da se olakša primjena njegovih odluka i presuda u domaćem pravnom poretku. Stoga u prvom odjeljku prikazujemo put koji prelazi predstavka, dok u drugom i trećem odjeljku podrobnije predočavamo različite načine na koje Sud odlučuje i ilustrujemo značaj faze koja nastupa po izricanju presude.

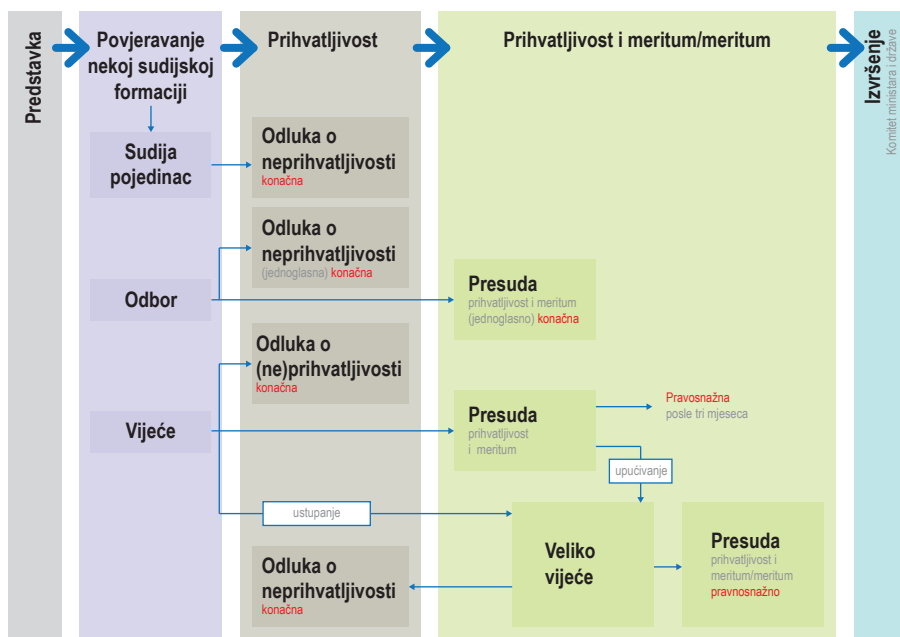
I. Put koji prelazi predstavka

Pojedinačne predstavke podnose se u skladu sa članom 34 Konvencije i moraju biti podnijete pisanim putem. Predstavka se podnosi na obrascu predstavke Suda, a u skladu sa postupkom propisanim u Pravilu 47 Poslovnika Suda, u kojem su navedeni određeni kriterijumi u vezi sa sadržajem pojedinačne predstavke. Naročito treba obratiti pažnju na zahtjev da podnosilac podnese izjavu o ispunjenju uslova prihvatljivosti utvrđenih članom 35 st. 1 Konvencije. Podnijete informacije treba da budu dovoljne da Sud može odrediti prirodu i predmet predstavke bez uvida u bilo kakva druga dokumenta. Nepoštovanje postupka iz Pravila 47 može dovesti do toga da Sud ne razmotri predstavku, da je proglasi neprihvatljivom ili da je izbriše sa svoje liste predmeta.

Nakon što se predstavka podnese Sekretarijatu, predmet se dodjeljuje nekoj sudskoj formaciji, bilo sudiji pojedincu, bilo odboru ili vijeću, zavisno od okolnosti (vidi Odjeljak 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 (vidi, na primjer, presudu u predmetu *Banković protiv Belgije i drugih*³⁰¹). Ako se ne postigne prijateljsko poravnanje ili ako odbor od tri sudije izrekne presudu o meritumu (vidi Odjeljak II dole), neko vijeće Suda će početi da razmatra predmet.

301 *Banković i drugi protiv Belgije i drugih*, odluka Velikog vijeća od 12. decembra 2001., predstavka br. 52207/99.

Vijeće će izreći presudu osim ukoliko ne ustupi nadležnost Velikom vijeću po osnovu člana 30 (vidi Odjeljak II dole). Stranke imaju pravo da zahtijevaju da se predmet iznese pred Veliko vijeće u roku od tri mjeseca od dana donošenja presude vijeća. Ako se takav zahtjev prihvati, Veliko vijeće odlučuje o predmetu i donosi pravnosnažnu presudu. Pravnosnažne presude se dostavljaju Komitetu ministara Savjeta Evrope (u daljem tekstu: Komitet ministara), koji je nadležan da nadgleda kako tužena država izvršava presudu (član 46 st. 2).³⁰²



II. Glas Suda

i. Sredstva koja Sud koristi prilikom odlučivanja

Od trenutka kada je predstavka dodijeljena 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 primjereno, o meritumu predstavke, koristeći sledeća sredstva:

302 Komitet ministara je statutarni organ Savjeta Evrope koji je ovlašćen da odlučuje i u čijem su sastavu predstavnici vlada 46 država članica. Njegova ovlašćenja u pogledu nadgledanja izvršenja presuda Suda uređena su Poslovnikom Komiteta ministara za nadgledanje izvršenja presuda i uslova prijateljskih poravnanja (u daljem tekstu: Poslovnik Komiteta). U obavljanju tog zadatka, Komitetu pomaže Odjeljenje Suda za izvršenje presuda.

a. Odluke: prihvatljivost

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

Uslovi prihvatljivosti utvrđeni su u članu 35 i podrazumijevaju da su svi domaći pravni lijekovi iscrpljeni, kao i da nije istekao rok od četiri mjeseca³⁰³ od dana kada je na domaćem nivou donijeta pravnosnažna odluka (član 35 st. 1). Dalji uslovi prihvatljivosti utvrđeni su u stavovima 2 i 3 tog člana u pogledu pojedinačnih predstavki. Ti uslovi obuhvataju zahtjev da predstavka ne bude anonimna i da je prethodno nije razmatrao ESLJP, te da nije već podnijeta nekoj drugoj međunarodnoj instanci na razmatranje, osim ukoliko ne 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 cijelini ili određena pritužba očigledno neosnovana. To je mahom pitanje o tome da li, nakon prethodne procjene suštine predmeta, više ništa ne ukazuje na povredu, pa stoga nema potrebe da se dalje ispituje meritum predstavke.

Protokolom br. 14 dodat je drugi dio stavu 3 člana 35, kojim je uveden još jedan uslov prihvatljivosti – onaj kojim se zahtjeva da je podnositelj predstavke pretrpio značajnu štetu (član 35 st. 3 t. (b)). Kao inspiracija za taj dio 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 kako bi zavredjela da o njoj raspravlja jedan međunarodni sud” (*Korolev protiv Rusije*³⁰⁴). Prvobitno su u taj dio stava 3 unijete i dvije „zaštitne odredbe”³⁰⁵ kako bi se osiguralo da čak i tamo gdje podnositelj predstavke nije pretrpio značajnu štetu, ESLJP nastavi da razmatra meritum predmeta: (i) ako poštovanje ljudskih prava ustanovljenih Konvencijom i protokolima uz nju ne iziskuje ispitivanje suštine predstavke ili (ii) ukoliko predmet nije prethodno s dužnom pažnjom razmotrio domaći sud. Međutim, drugi uslov je uklonjen nakon stupanja Protokola br. 15 na snagu.

303 Taj rok je sa šest mjeseci skraćen na četiri mjeseca kada je na snagu stupio Protokol br. 15. U obrazloženju Protokola br. 15, kojim se mijenja i dopunjuje Konvencija, kao opravdanje za skraćenje roka navodi se razvoj bržih komunikacionih tehnologija, kao i činjenica da rokovi slične dužine važe u državama članicama.

304 *Korolev protiv Rusije*, presuda od 1. jula 2010, skraćen br. 25551/05, str. 4.

305 Obrazloženje Protokola br. 14 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, kojim se ispravlja i dopunjuje kontrolni sistem Konvencije.

Nadležnost Suda *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione loci* i *ratione temporis* (vidi Poglavlje 1) razmatra se kao dio prihvatljivosti predstavke, prije svega u odnosu na uslov utvrđen u članu 35 st. 1 t. (a), koji se odnosi na usaglašenost predstavke sa odredbama Konvencije ili protokola uz nju.

Obratite pažnju da, ako se postigne prijateljsko poravnanje, 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 donijeti bez daljeg ispitivanja (član 27), na primjer, onda kada je jasno da nijesu iscrpljeni domaći pravni lijekovi. Takve odluke se ne objavljuju; podnosilac predstavke se obavještava pismom u kome se ne iznose detalji razloga za donošenje te odluke. Ako predstavka nije očigledno neosnovana, onda sudija pojedinac ustupa predstavku odboru od troje sudija ili vijeću; sudija pojedinac nije ovlašćen da sam proglasi predstavku prihvatljivom.
- **Odbori od troje sudija:** Neprihvatljivost pojedinačne predstavke može biti proglašena ako se odluka donese jednoglasno, onda kada ona može biti donijeta bez daljeg ispitivanja (član 28 st. 1 t. (a)). Ako odbor ne može da donese jednoglasnu odluku, predmet se upućuje vijeću.
- **Vijeće (7 sudija):** Kada je riječ o pojedinačnim predstavkama, ako gore navedene sudske formacije nijesu donijele nikakvu odluku po osnovu članova 27 ili 28 ili ako odbor nije izrekao nikakvu presudu saglasno članu 28 (vidi dolje), onda vijeće 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. Vijeće je nadležno da odlučuje i o prihvatljivosti međudržavnih predstavki. U takvim predmetima, vijeće zasebno odlučuje o prihvatljivosti, osim kada, u izuzetnim slučajevima, odluči suprotno.
- **Veliko vijeće (17 sudija):** Kada nadležnost nad nekim predmetom preuzme Veliko vijeće (vidi u nastavku dio koji se odnosi na presude), ono samo može donijeti odluku o prihvatljivosti predstavke, jer je u članu 35 st. 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 formiranog na osnovu pojedinačne predstavke ako je osnovno pitanje koje se u tom predmetu postavlja predmet već ustaljene prakse Suda (član 28 st. 1 t. (b)). Na primjer, držanje u policijskoj stanici između jednog i tri meseca lica koja su pritvorena ili lišena slobode do protjerivanja ocijenjeno je u više navrata kao ponašanje koje je protivno članu 3 Konvencije zbog toga što u policijskim stanicama ne postoje uslovi za to (vidi, na primjer, presudu u predmetu *Iatropoulos i drugi protiv Grčke*³⁰⁶). Presude odbora su konačne.
- **Vijeće (7 sudija):** Vijeće izriče presude o meritumu pojedinačnih i međudržavnih predstavki. Stranke imaju rok od tri mjeseca od dana donošenja presude vijeća da zahtjevaju da se predmet iznese pred Veliko vijeće kako bi ga ono iznova razmotrilo. Zahtjeve za raspravu pred Velikim vijećem razmatra kolegijum sudija koji odlučuje da li je zahtjev prihvatljiv (član 43). Presuda postaje pravnosnažna pod uslovima utvrđenim u članu 44 st. 2.
- **Veliko vijeće (17 sudija):** Veliko vijeće izriče presude onda kada mu je vijeće ustupilo nadležnost saglasno članu 30 (kada se u predmetu pokreće neko ozbiljno pitanje ili ako rješenje pitanja pred vijećem može da dovede do rezultata koji nije u saglasnosti s prethodnom sudskom praksom) ili kada je predmet iznijet pred njega na osnovu zahtjeva stranke saglasno članu 43. Presude Velikog vjeća su pravnosnažne.

c. Pilot-presude: repetitivni ili istovjetni predmeti

Sud može pokrenuti postupak donošenja pilot-presude i donijeti pilot-presudu kada činjenice u vezi s predstavkom koja je podnijeta 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.³⁰⁷ Sud ispituje jednu ili više takvih predstavki, dok se ispitivanje ostalih takvih predstavki odlaže. U svojoj

306 *Iatropoulos i drugi protiv Grčke* (odbor Prvog odjeljenja), presuda od 20. aprila 2017, predstavka br. 23262/13, stav 38.

307 Vidi Pravilo 61 Poslovnika Suda.

presudi ESLJP poziva tuženu državu da uskladi domaće zakonodavstvo s Konvencijom i ukazuje na opšte mjere koje s tim u vezi treba da preduzme.

ii. Savjetodavna mišljenja

Saglasno članu 47, savjetodavna mišljenja o tumačenju Konvencije i protokola uz nju može da zatraži Komitet ministara. Sud je do sada izdao mišljenja o određenim pravnim pitanjima vezanim za spisak kandidata za mesto sudije Suda. Pored toga, prema Protokolu br. 16, koji je na snagu stupio 2018. godine, najviši sudovi i tribunali države ugovornice koja je ratifikovala ovaj protokol imaju mogućnost da od Suda zatraže savjetodavno mišljenje o načelnim pitanjima vezanim za tumačenje ili primjenu prava i sloboda zajemčenih Konvencijom. Takav zahtjev se može postaviti samo u pogledu predmeta o kojem još nije odlučeno i ne može se postaviti apstraktno.^{308, 309}

III. PO IZRICANJU PRESUDE

i. Pravna obaveza države da izvrši presude Suda

Visoke strane ugovornice su dužne da se povinuju pravnosnažnoj presudi Suda u svakom predmetu u kojem su stranke (član 46 st. 1). Formalno gledano, samo je tužena država dužna da se povinuje pravnosnažnoj presudi i da je izvrši. Međutim, važno je da i ostale države izvedu zaključke iz te presude kako bi, ako se suoče sa sličnim problemom, izbjegle da i one na kraju budu proglašene krivima za kršenje Konvencije (vidi Odjeljak 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 dodijeljen na ime pravičnog zadovoljenja;

308 Protokol br. 16 stupio je na snagu 1. avgusta 2018. Do 1. avgusta 2021. ratifikovale su ga Albanija, Andora, Bosna i Hercegovina, Estonija, Finska, Francuska, Grčka, Gruzija, Holandija, Jermenija, Litvanija, Luksemburg, San Marino, Slovačka, Slovenija i Ukrajina.

309 Vidi, takođe, član 29 Konvencije o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine; Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini (Konvencije iz Ovijeda), kojim se Komitet za bioetiku Komiteta ministara ovlašćuje da zatraži savjetodavno mišljenje Suda u vezi sa pravnim pitanjima koja se odnose na odredbe Konvencije iz Ovijeda. Sud je 2021. u svojoj Odluci o nadležnosti Suda da izda savjetodavno mišljenje u skladu sa članom 29 Konvencije iz Ovijeda potvrdio da on shodno članu 29 opšte uzev ima savjetodavnu nadležnost i kompetentnost, ali da ne može da tumači nikakve materijalne odredbe ili jurisprudenciona načela Konvencije kada izdaje savjetodavno mišljenje. Iako savjetodavna mišljenja nijesu obavezujućeg karaktera, odgovor Suda bi i dalje predstavljao mjerodavnu sudsku odluku i mogao bi dovesti do podrivanja njegove prvenstvene nadležnosti po osnovu Konvencije da odlučuje o sporovima.

to sadrži i „obavezu da se preduzmu dalje pojedinačne i/ili, ako je to primjereno, opšte mjere u domaćem pravnom poretku kako bi se stalo na put povredi prava koju je Sud ustanovio i kako bi se otklonile njene posljedice”.³¹⁰ U skladu s tim, obaveza izvršenja presude obuhvata:

a. Obaveza isplate naknade 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 umanjenu dobit koji 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 Sudom) u nastojanju da spriječi povredu prava po Konvenciji ili da za tu povredu dobije obeštećenje.

b. Preduzimanje drugih pojedinačnih mera

Tužena država ima obavezu da oštećenu stranu, koliko god je to moguće, dovede u istu situaciju u kojoj je ona bila prije nego što je nastupila povreda Konvencije (*restitutio in integrum*).³¹¹ U tom cilju može biti potrebno i preduzimanje dodatnih pojedinačnih mjera pored pravičnog zadovoljenja. Pojedinačne mjere, kao i opšte mjere (više o njima u nastavku teksta), obično se utvrđuju u fazi izvršenja presude pod nadzorom Komiteta ministara; ESLJP samo izuzetno ukazuje na konkretne mjere (vidi pododjeljak ii. ovog odjeljka u nastavku teksta).

Primjeri obuhvataju sledeće: „brisanje nepravredne krivične osude iz krivičnog dosijea, izdavanje boravišne dozvole ili ponovno otvaranje spornog postupka pred domaćim sudom”.^{312, 313} Ostali primjeri su oslobađanje onih lica za koja je ustanovljeno

310 *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) protiv Švajcarske (br. 2)*, presuda Velikog vijeća od 30. juna 2009, predstavka br. 32772/02, stav 85.

311 To je načelo koje je usvojio ESLJP i koje je Komitet ministara primjenio u nekoliko svojih rezolucija (Obrazloženje Preporuke br. R (2000) 2).

312 Ti primjeri su uvršteni u Pravilo 6 Poslovnika Komiteta ministara.

313 Sobzirom na pravne teškoće koje iskrsavaju u različitim nacionalnim sistemima u vezi s ponovnim otvaranjem postupaka, Komitet ministara je donio 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

da su nezakonito lišena slobode, omogućavanje kontakta između roditelja i deteta u sistemu socijalnog staranja ili obnavljanje prava roditelja da viđa djete.

c. Preduzimanje opštih mjera

Država ima obavezu (na osnovu člana 46 st. 1 i člana 1) da usvoji opšte mjere kako bi spriječila nove povrede prava po Konvenciji slične onima koje su ustanovljene ili da stane na put kontinuiranim povredama prava po Konvenciji.

Primjeri obuhvataju: „zakonodavne ili regulatorne izmjene, promjene u sudskoj ili upravnoj praksi ili objavljivanje presude Suda na jeziku tužene države i njeno dostavljanje nadležnim vlastima”.³¹⁴ Opšte mjere takođe mogu obuhvatiti „praktične mjere, kao što je renoviranje zatvora, povećanje broja sudija ili zatvorskog osoblja ili unaprijeđenje upravnog postupka”.³¹⁵

ii. Ko određuje pojedinačne i opšte mjere?

Tužena država je, u načelu, slobodna da izabere i predloži pojedinačne i opšte mjere koje namjerava da usvoji, pod uslovom da su te mjere u skladu sa zaključcima utvrđenim u presudi Suda. To se radi **pod nadzorom Komiteta ministara**, kome država o kojoj je riječ mora podnijeti „akcioni plan” u kojem ukazuje na to koje mjere namjerava da preduzme ili koje je već preduzela nastojeći da izvrši određenu presudu Suda. „Akcioni izvještaj” se podnosi kada su sve te mjere preduzete. Nadzor se završava time što Komitet ministara usvaja konačnu rezoluciju, pošto su sve neophodne mjere sprovedene.³¹⁶

Uloga Suda u pogledu izbora mjera 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 (*Scozzari i Giunta protiv Italije*³¹⁷).

na internet stranici Savjeta Evrope: <https://www.coe.int/en/web/human-rights-intergovernmental-cooperation/echr-system/implementation-and-execution-judgments/reopening-cases>.

314 Te vrste opštih mjera pominju se u Pravilu br. 6 Poslovnika Komiteta ministara.

315 Godišnji izvještaj za 2007. godinu Komiteta ministara u vezi s nadzorom nad izvršenjem presuda i odluka Evropskog suda za ljudska prava, str. 16. Primjeri opštih mjera koje su preporučene određenim zemljama nakon presude Suda ili mjera koje su određene zemlje usvojile nakon presude Suda mogu se naći u tom i drugim godišnjim izvještajima Komiteta ministara, koje objavljuje Odjeljenje za izvršenje presuda Suda (<https://www.coe.int/en/web/execution/annual-reports>).

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

317 *Scozzari i Giunta protiv Italije*, presuda Velikog vijeća od 13. jula 2000, predstavke br. 39221/98 i 41963/98,

U određenim okolnostima, međutim, ESLJP je učinio još jedan korak i ukazao na tip mjera koje država treba da utvrdi, upravo u predmetima u kojima postoje sistemski problemi (na primjer, u predmetu *Suljagić protiv Bosne i Hercegovine*,³¹⁸ u kojem se radilo o problemu devizne štednje deponovane prije raspada Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije; tu je Sud izričito saopštio koje mjere moraju biti donijete: moraju se izdati vladine obveznice i isplatiti sve zaostale rate, kao i zatezna kamata u slučaju kašnjenja u isplati u roku od šest mjeseci od pravnosnažne presude Suda;³¹⁹ vidi takođe *Manushaqe Puto i drugi protiv Albanije*³²⁰). Sud u nekim drugim slučajevima naglašava da je priroda povrede takva da uopšte ne ostavlja ikakvu mogućnost izbora mjera koje moraju biti preduzete (na primjer, u predmetu *Assanidze protiv Gruzije*,³²¹ ESLJP je stao na stanovište da se s obzirom na hitnu potrebu da se prestane s kršenjem člana 5 st. 1 i člana 6 st. 1 mora obezbijediti da podnosilac predstavke bude najranije moguće pušten na slobodu³²²).³²³

iii. Podrobnije o postupku izvršenja i ulozi Odjeljenja za izvršenje presuda

Odjeljenje za izvršenje presuda Suda (u daljem tekstu: Odjeljenje za izvršenje) pomaže Komitetu ministara u nadzoru nad izvršenjem presuda. U Odjeljenju za izvršenje, koje se nalazi u sastavu Generalne direkcije za ljudska prava i vladavinu prava, rade pravnici i specijalni savjetnici.³²⁴ Nadzor se vrši kontinuirano, dok država ugovornica o kojoj se radi ne podnese dokaze da je preduzela sve potrebne mjere. Tek tada se nadzor okončava usvajanjem konačne rezolucije.

Kao što smo već pomenuli, nakon prosljeđivanja konačne presude Komitetu ministara, Komitet poziva državu ugovornicu o kojoj se radi da u „**akcionom planu**” navede mjere koje je preduzela ili namjerava da preduzme kako bi izvršila presudu.³²⁵ Države ugovornice imaju rok od šest mjeseci od dana pravosnažnosti

stavovi 249–250.

318 *Suljagić protiv Bosne i Hercegovine*, presuda od 3. novembra 2009, predstavka br. 27912/02.

319 *Ibid.*, stav 64.

320 *Manushaqe Puto i drugi protiv Albanije*, presuda od 31. jula 2012, predstavka br. 604/07 i druge.

321 *Assanidze protiv Gruzije*, presuda Velikog vijeća od 8. aprila 2004, predstavka br. 71503/01.

322 *Ibid.*, stavovi 202–203.

323 Vidi *Khodorkovskiy protiv Rusije*, presuda od 31. maja 2011, predstavka br. 5829/04, stav 270, gde je ESLJP ponovio da će samo izuzetno „nastojati da ukaže na vrstu mjera koje bi mogle biti preduzete” i naveo primjere vrsta predmeta u kojima je on to ranije činio.

324 Vidi: „Implementation of Judgments of the European Court of Human Rights: A Handbook for NGOs, injured parties and their legal advisors” („Sprovođenje presuda Evropskog suda za ljudska prava: priručnik za NVO, oštećene i njihove pravne savjetnike”), European Implementation Network, 2018.

325 Vidi: „Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms

presude da podnesu plan. Ako ne može da podnese plan u roku od šest mjeseci zbog složenosti predmeta, država ugovornica treba da podnese Komitetu ministara akcioni plan o koracima koje treba da preduzme kako bi utvrdila potrebne mjere sa jasnim rokovima.³²⁶

Nadzor nad sprovođenjem akcionih planova se od januara 2011. godine odvija na „dva kolosjeka”³²⁷ Prema tom sistemu, svi predmeti se razmatraju u skladu sa **postupkom standardnog nadzora**, osim ako neki predmet zbog svoje posebne prirode ne iziskuje razmatranje u skladu sa **postupkom pojačanog nadzora**. Predmeti koji podliježu postupku pojačanog nadzora obuhvataju: presude u kojima Sud nalaže hitne pojedinačne mjere, pilot-presude, presude u kojima se otvaraju strukturni i/ili složeni problemi i predmeti u kojima je jedna država tužila drugu. Postupak standardnog nadzora podrazumijeva samo formalno angažovanje Komiteta ministara na kraju postupka izvršenja – on odobrava mjere koje je država ugovornica usvojila, a na predlog Odjeljenja za izvršenje, koje je blisko saradivalo sa državom ugovornicom tokom cijelog procesa izvršenja.³²⁸ Postupak pojačanog nadzora obuhvata intenzivnije konsultacije i/ili pojačane programe tehničke saradnje sa nacionalnim vlastima i redovno izvještavanje Komiteta ministara o napretku u izvršenju.

Pošto je preduzela sve mjere, država ugovornica podnosi „**akcioni izvještaj**” Sekretarijatu Odjeljenja za izvršenje. Ako se Sekretarijat i država ugovornica slože sa usvojenim i sprovedenim mjerama, Sekretarijat predlaže Komitetu ministara da usvoji konačnu rezoluciju kojom okončava razmatranje predmeta.³²⁹

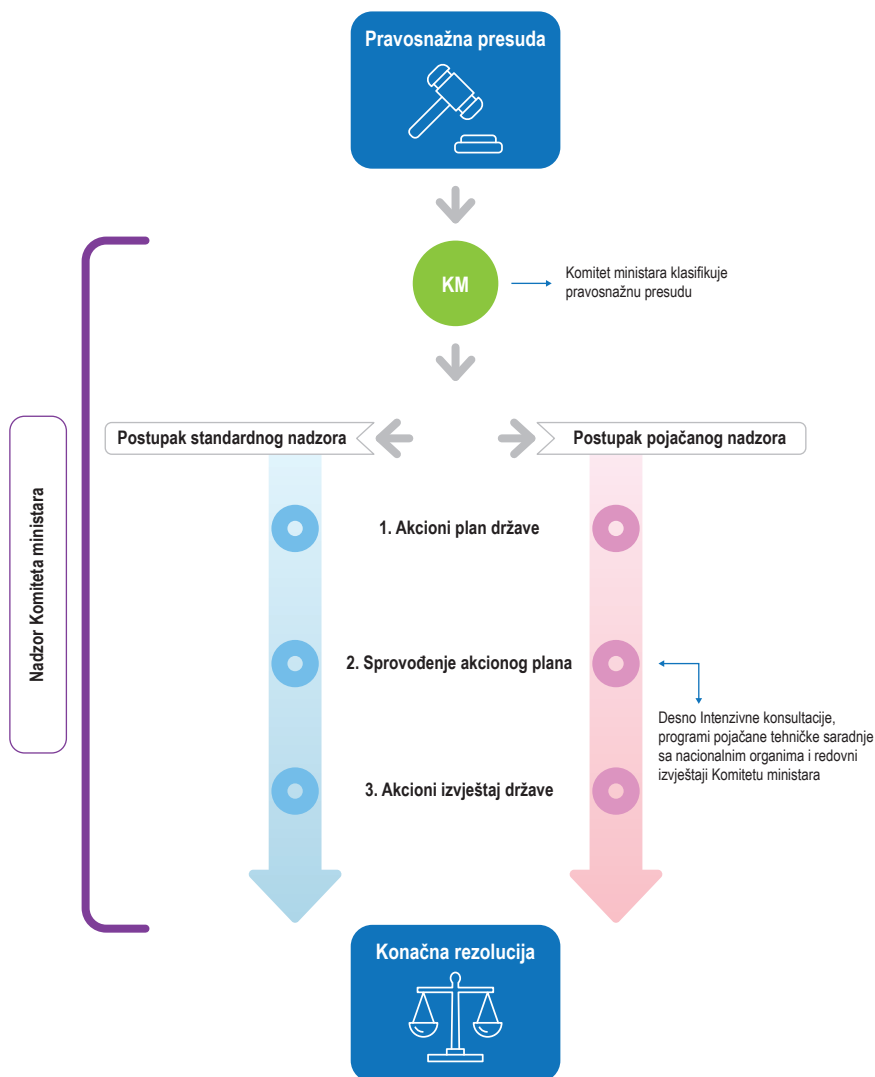
of friendly settlements” („Pravila Komiteta ministara u vezi sa nadzorom nad izvršenjem presuda i uslova prijateljskih poravnanja”), Pravilo br. 6, st. 1, Savjet Evrope.

326 Vidi: [https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?Reference=CM/Inf/DH\(2009\)29-rev](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?Reference=CM/Inf/DH(2009)29-rev), „Action Plans – Action Reports” (Akcioni planovi – akcioni izvještaji), Odjeljenje za izvršenje presuda Evropskog suda za ljudska prava, 3. jun 2009.

327 Vidi: „The supervision process” („Postupak nadzora”), Savjet Evrope (<https://www.coe.int/en/web/execution/the-supervision-process>).

328 Vidi: [https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?Reference=CM/Inf\(2010\)28-rev](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?Reference=CM/Inf(2010)28-rev), „Supervision of the execution of the judgments and decisions of the European Court of Human Rights: implementation of the Interlaken Action Plan – elements for a roadmap” („Nadzor nad izvršenjem presuda i odluka Evropskog suda za ljudska prava: sprovođenje Akcionog plana iz Interlakena – elementi za plan”), Odjeljenje za izvršenje presuda Evropskog suda za ljudska prava, 24. jun 2010.

329 Vidi: [https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?Reference=CM/Inf/DH\(2010\)37](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?Reference=CM/Inf/DH(2010)37), „Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights: implementation of the Interlaken Action Plan – Modalities for a twin-track supervision system” („Nadzor nad izvršenjem presuda i odluka Evropskog suda za ljudska prava: sprovođenje Akcionog plana iz Interlakena – modaliteti za sistem dvostrukog kolosjeka”), Odjeljenje za izvršenje presuda Evropskog suda za ljudska prava, 6. septembar 2010.



iv. Uloga Suda i uloga domaćih sudova nakon izricanja pravosnažne presude

Komitet ministara je nadležan za nadzor nad izvršenjem presuda Suda i za to da obezbijedi da se tužena država povinuje 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 pravno-snažne presude koji osujećuje njegov nadzor nad njenim izvršenjem. U tom slučaju, on se može obratiti Sudu saglasno **članu 46 st. 3** radi donošenja odluke povodom pitanja **tumačenja**. Ta mogućnost je uvedena Protokolom br. 14 i nije bila primjenjena do okončanja izrade ovog vodiča.
- b. Ako Komitet ministara smatra da neka država odbija da se povinuje pravno-snažnoj presudi, on može da pokrene **postupak zbog neizvršenja (infringement proceedings) saglasno članu 46 st. 4**, obraćajući se Sudu pitanjem da li je ta država propustila da ispuni svoju obavezu po članu 46 st. 1. To ovlašćenje Komiteta ministara utvrđeno je Protokolom br. 14 i ono može biti primjenjeno samo u izuzetnim okolnostima. Očekivalo se da će samo postojanje takvog postupka i prijetnja njegovim korišćenjem poslužiti kao djelotvoran novi podsticaj za izvršenje presuda Suda.³³⁰

Komitet ministara je prvi put primjenio svoje ovlašćenje po tom članu kada je postupak zbog neizvršenja presude pokrenuo protiv Azerbejdžana³³¹ zbog toga što se ta zemlja nije povinovala pravno-snažnoj presudi Suda u predmetu *Ilgar Mammadov protiv Azerbejdžana*.³³² Komitet ministara je prethodno pozvao na hitno i bezuslovno puštanje na slobodu podnosioca predstavke, koji je i dalje bio u zatvoru uprkos tome što je ESLJP ustanovio suštinske manjkavosti u krivičnom postupku.

Osim gore navedenih situacija, ESLJP nije uključen u izvršenje svojih pravno-snažnih presuda. Kao što je već naglašeno, nadzor nad izvršenjem presuda jeste zadatak Komiteta ministara. To, međutim, ne znači da se ESLJP nikada ne može baviti relevantnim novim informacijama u kontekstu **nove predstavke**.

ESLJP je, konkretno, smatrao da je nadležan da razmatra pritužbe u vezi s neizvršenjem određene presude onda kada postoje činjenice koje ukazuju na dodatnu povredu prava. Na primjer, u predmetu *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) protiv Švajcarske (br. 2)*,³³³ ESLJP je ustanovio da je odbijanje domaćeg suda da

330 Obrazloženje Protokola br. 14 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, kojim se mijenja kontrolni sistem Konvencije, stavovi 99–100.

331 Privremena rezolucija [https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?Reference=CM/ResDH\(2017\)429](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?Reference=CM/ResDH(2017)429), usvojena 5. decembra 2017.

332 *Ilgar Mammadov protiv Azerbejdžana*, presuda od 22. maja 2014, predstavka br. 15172/13.

333 *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) protiv Švajcarske (br. 2)*, presuda Velikog vijeća od 30. juna 2009, predstavka br. 32772/02.

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.³³⁴

Slično tome, ESLJP je stao na stanovište da je nadležan da ispita pritužbe u vezi s mjerama koje je tužena država preduzela kako bi ispravila povredu koju je Sud ustanovio onda kada te mjere otvaraju novo pitanje o kojem nije odlučivao u prvobitnoj presudi. Sud je u presudi u predmetu *Mehemi protiv Francuske*³³⁵ stao na stanovište da je izvršenje naloga za trajnu zabranu ulaska na teritoriju Francuske predstavljalo nesrazmjerno zadiranje u ostvarivanje prava podnosioca predstavke na poštovanje privatnog i porodičnog života. U potonjem predmetu *Mehemi protiv Francuske (br. 2)*,³³⁶ iako na kraju nije ustanovio novu povredu prava, ESLJP je ostvario svoju nadležnost i ispitao da li su mjere u odnosu na imigracioni status podnosioca predstavke koje je država preduzela nakon prve presude koju je on donio predstavljale novu povredu prava.³³⁷

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 donio presudu, on može razmotriti drugu predstavku koja se odnosi na povredu tog prava u potonjem periodu. Na primjer, u predmetu *Ivanțoc i drugi protiv Moldavije i Rusije*,³³⁸ podnosioci predstavke su ostali u pritvoru i nakon što je ESLJP ustanovio da je njihov pritvor nezakonit i zatražio od tužene države njihovo hitno puštanje na slobodu. To što su ostali u pritvoru i posle prvobitne presude Suda smatrano je novom povredom prava.³³⁹

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 obezbijedi pravično zadovoljenje.

Postavljena je, međutim, granica za takav pristup kada je riječ o sličnim predstavkama različitih podnosilaca koji se žale zbog povrede proistekle iz istog sistemskog problema s kojim se domaće vlasti nijesu uhvatile u koštac uprkos tome

334 *Ibid.*, stavovi 64–68.

335 *Mehemi protiv Francuske*, presuda od 26. septembra 1997, predstavka br. 25017/94.

336 *Mehemi protiv Francuske (br. 2)*, presuda od 10. aprila 2003, predstavka br. 53470/99.

337 *Ibid.*, stavovi 43–44.

338 *Ivanțoc i drugi protiv Moldavije i Rusije*, presuda od 15. novembra 2011, predstavka br. 23687/05.

339 *Ibid.*, stavovi 91–93.

što je ESLJP donio pilot-presudu. U predmetu *Burmych i drugi protiv Ukrajine*,³⁴⁰ ESLJP je jasno stavio do znanja da mnogobrojne takozvane predstavke po uzoru na *Ivanova*,³⁴¹ koje su već podnijete ili koje će biti podnijete, više neće razmatrati po ubrzanom, pojednostavljenom skraćenom postupku (u kojem se ograničavao na izjavu o utvrđenju povrede i dosuđivanje pravičnog zadovoljenja), jer je postojala opasnost da to preraste u mehanizam pomoću koga će ESLJP umjesto ukrajinskih vlasti dodijeljivati naknadu, što je protivno načelu supsidijarnosti.³⁴² Sud je priznao da dijeli odgovornost s državama za djelotvorno 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”.³⁴³

Gore pomenuta presuda je i dalje relativno skorašnja i ostaje da se vidi u kojoj će mjeri ona izmijeniti opšti pristup Suda sličnim predmetima koji slijede po donošenju pilot-presude. Ono što je, međutim, sigurno, kada je riječ 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 mjere koje je ESLJP preporučio zahtijevaju da odluke donesu domaći sudovi (npr. u slučajevima kada roditeljima treba omogućiti susrete s djetetom) ili kada su domaći sudovi pozvani da primjene i protumače novo zakonodavstvo koje je donijeto kao opšta mjera nakon presude Suda ili kada oni sami treba da prilagode svoju praksu nakon presude Suda u kojoj je utvrđeno da se sprovođenjem postojećeg zakonodavstva krše prava po Konvenciji.

Uloga domaćih sudova je podjednako važna i kada je riječ o tome da oni treba da se postaraju da presude koje oni sami izriču budu izvršene: odugovlačenje ili neizvršenje presude domaćeg suda može samo po sebi predstavljati povredu Konvencije (vidi, na primjer, pomenutu presudu u predmetu *Burmych i drugi protiv Ukrajine*³⁴⁴). U tom smislu, ESLJP je naglasio da bi pravo na sud bilo iluzorno ako

340 *Burmych i drugi protiv Ukrajine*, presuda Velikog vijeća (izbrisana sa liste) od 12. oktobra 2017, predstavke br. 46852/13, 47786/13, 54125/13, 56605/13 i 3653/14.

341 Predmeti u kojima se otvaraju pitanja slična onima koja su razmatrana u pilot-presudi u predmetu *Yuriy Nikolayevich Ivanov protiv Ukrajine*, presuda od 15. oktobra 2009, predstavka br. 40450/04, gde se radilo o dugotrajnom neizvršenju domaćih odluka u Ukrajini.

342 *Burmych i drugi protiv Ukrajine*, *supra nota* 340, stav 155.

343 *Ibid.*, stav 193.

344 *Burmych i drugi protiv Ukrajine*, presuda Velikog vijeća (izbrisana s liste) od 12. oktobra 2017, predstavke br. 46852/13, 47786/13, 54125/13, 56605/13 i 3653/14.

bi domaći pravni poredak neke visoke strane ugovornice dopustio da pravnosnažna, obavezujuća sudska odluka ostane neizvršena na štetu jedne strane (*Hornsby protiv Grčke*³⁴⁵). Upravni organi sagledani kao cjelina čine jedan element države koji podliježe 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 (vidi presudu u predmetu *Assanidze protiv Gruzije*,³⁴⁶ u kojoj Sud takođe upućuje na presudu u predmetu *Hornsby protiv Grčke*).

345 *Hornsby protiv Grčke*, presuda od 19. marta 1997, predstavka br. 18357/91, stav 40.

346 *Assanidze protiv Gruzije*, presuda Velikog vijeća od 8. aprila 2004, predstavka br. 71503/01, stav 183.

Poglavlje 4

Primjena prakse Suda u odlučivanju na nacionalnom nivou: načela i smjernice

Primjena prakse Suda u domaćem odlučivanju počiva na sledećim činionicima:

- inkorporiranju načela Konvencije u domaći pravni poredak;
- valjanom pozicioniranju argumenata koji se iznose na osnovu Konvencije u domaćem odlučivanju;
- priznavanju i konceptualizaciji načela supsidijarnosti i polja slobodne procjene u praksi.

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

I. Inkorporiranje načela Konvencije u DOMAĆI pravni poredak

Postoje različiti modeli ili ustavni režimi za inkorporiranje prava po Konvenciji u domaći pravni poredak. U nekim pravnim sistemima položaj prava po Konvenciji slijedi način inkorporiranja opšteg međunarodnog javnog prava, dok drugi pravni sistemi priznaju specifičnu prirodu Konvencije kao „sastavnog instrumenta evropskog javnog poretka u oblasti ljudskih prava”.³⁴⁷ Tako je neophodno da se u svakoj situaciji u kojoj je pravo po Konvenciji relevantno za domaće procese odlučivanja razmotriti:

- kako je u Ustavu riješeno pitanje inkorporiranja međunarodnog prava u domaći pravni poredak;
- (konkretan) položaj i prirodu prava po Konvenciji u sklopu takvog rješenja.

347 *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi protiv Irske*, presuda Velikog vijeća od 30. juna 2005, predstavka br. 45036/98.

i. Ustavno rešenje za inkorporiranje međunarodnog prava

• Dva opšta modela: monistički i dualistički

Uopšteno govoreći, postoje dvije tradicionalne teorije ili načina za ugrađivanje međunarodnih ugovora u domaći pravni poredak: monistička i dualistička teorija. Zavisno od teorije koje se pridržavaju, domaći pravni sistemi se obično označavaju kao *monistički* ili *dualistički* sistemi.³⁴⁸

Monistički sistemi tumače međunarodno i domaće pravo kao dva komplementarna **djela jedinstvenog sistema**. Državni organi i privatna lica vezani su domaćim i međunarodnim pravom. Štaviše, privatna lica se mogu pozvati na svoja prava po međunarodnom pravu i zahtjevati od domaćih vlasti da poštuju svoje međunarodne pravne obaveze.³⁴⁹ U monističkom sistemu, kada je riječ o poštovanju međunarodnog prava, težište se stavlja na sudove koji mogu neposredno da primjenjuju to pravo kada odlučuju o konkretnom predmetu.

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

- da je ugovor o kome je riječ stekao kao takav obavezujuću snagu;
- da je prihvaćen u domaćem pravnom poretku putem relevantnog skupštinskog postupka (kao što je ratifikacija, odnosno potvrđivanje);
- da je postao dostupan javnosti onako kako je to utvrđeno domaćim pravom.³⁵⁰

U **dualističkim sistemima**, međunarodno i domaće pravo su **dva odvojena i različita** pravna poretka. Obaveze po međunarodnom ugovoru rezultat su uzajamnog

348 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 (ur.), *Basic Concepts of Public International Law* (PE, IUP, IMPP, Beograd, 2013), str. 23–33.

349 Pod uslovom, razumije se, da je međunarodni ugovor o kome je riječ takav da sadrži pravila koja se neposredno primjenjuju. Kada je riječ o ugovorima čije se odredbe neposredno primjenjuju, vidi, na primjer: L. Henry, „When Is a Treaty Self-Executing”, („Kada se neki ugovor neposredno primjenjuje”), 27(7), *Michigan Law Review* (1929), str. 776–785.

350 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 primjeni međunarodnih ugovora iz oblasti ljudskih prava u unutrašnjem pravnom poretku i uloga sudova”), CDL(2014)050, 2014.

razumjevanja između suverenih država. Prema tome, pravna pravila koja se na taj način usvoje mogu proizvesti pravne posljedice samo ako ih parlament države o kojoj je riječ transformiše u domaći zakon. Stoga se smatra da domaći zakonodavac ima primat, a 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 slijedi da se, kada je riječ o poštovanju međunarodnog prava, težište stavlja na zakonodavca.

- **Inkorporiranje međunarodnih ugovora u unutrašnji pravni poredak pojedinih evropskih zemalja**

Dok su se neke zemlje jasno opredijelile za monistički ili dualistički sistem, u drugim zemljama ta podijela nije tako stroga. Na primjer, u Njemačkoj i Francuskoj je i dalje neophodno da se neki ugovori koji se ne primjenjuju neposredno implementiraju putem nacionalnog prava. U tabelama koje slijede prikazane su ustavne odredbe odabranih zemalja za koje se, opšte uzev, smatra da su se opredijelile za jedan ili drugi sistem.

Države sa dualističkim sistemom

Država	Ustavna odredba
Turska	<p>Ustav Republike Turske</p> <p>Član 90</p> <p>Velika narodna skupština Turske ratifikuje ugovore zaključene u ime Republike Turske sa stranim državama i međunarodnim organizacijama usvajanjem zakona o njihovom potvrđivanju.</p> <p>[...]</p> <p>Na sporazume usled kojih dolazi do izmjena turskih zakona primjenjuju se odredbe prvog stava.</p> <p>Međunarodni sporazumi koji su na odgovarajući način potvrđeni imaju snagu zakona. Ovi sporazumi ne mogu biti predmet žalbe zbog neustavnosti Ustavnom sudu. U slučaju da su odredbe na odgovarajući način potvrđenih međunarodnih sporazuma koji se odnose na osnovna prava i slobode u sukobu sa zakonom jer sadrže različite odredbe o istom pitanju, primjenjuju se odredbe međunarodnog sporazuma.</p>

Država	Ustavna odredba
<p>Ujedinjeno Kraljevstvo</p>	<p>Nema pisani ustav.</p> <p>Sudska praksa</p> <p><i>JH Rayner (Mincing Lane) Ltd protiv Ministarstva trgovine i industrije (predmet Međunarodno veće za lim), 1990 2 A.C. 418</i></p> <p>str. 480 <u>Lord Templeman</u> – „Sudovi Ujedinjenog Kraljevstva ne mogu da obezbijeduju sprovođenje prava i obaveza koji su ustanovljeni međunarodnim sporazumom ili međunarodnim pravom.”</p> <p>str. 500 <u>Lord Oliver</u> – „[...] kada je riječ o ustavnom pravu Ujedinjenog Kraljevstva, premda podrazumijeva zaključivanje ugovora, kraljevskim prerogativom nije obuhvaćeno mijenjanje zakona ili davanje ili uskraćivanje pojedincima prava koja uživaju po domaćem pravu bez učešća Parlamenta. Ugovori nijesu neposredno primjenljivi, kao što se ponekad čuje. Jednostavno, neki ugovor nije dio engleskog prava ako i dok ne bude putem zakona inkorporiran u domaće pravo.”</p> <p><i>R (Miller) protiv državnog sekretara zbog izlaska iz Evropske unije, 2017, Vrhovni sud UK 5</i></p> <p><u>Lord Neuberger, baronesa Hale, lord Mance, lord Kerr, lord Clarke, lord Wilson, lord Sumption, lord Hodge</u></p> <p>Stav 43 „To je zato što parlamentarni suverenitet predstavlja osnovno načelo ustavnog ustrojstva UK [...]”.</p> <p>Stav 57 „Stoga se može reći da dualistički sistem predstavlja nužnu posledicu parlamentarnog suvereniteta [...]”.</p> <p>Stav 64 „Stoga će pravo EU sadržano u ugovorima EU i zakonodavstvu EU biti unijeto u pravo UK posredstvom člana 2 st. 1 ili implementacionih odredaba iz člana 2 st. 2 Zakona iz 1972. dok god je Ujedinjeno Kraljevstvo strana ugovornica ugovora EU”</p>

Države sa monističkim sistemom

Zemlja	Ustavna odredba
Austrija	<p>Ustav Republike Austrije</p> <p>Član 9</p> <p>Opštepriznata pravila međunarodnog prava smatraju se sastavnim dijelom saveznog prava.</p> <p>Član 10</p> <p>Savezna država vrši zakonodavna i izvršna ovlašćenja u oblasti: [...]</p> <p>spoljnih poslova, uključujući političko i ekonomsko predstavljanje u odnosu na druge zemlje, naročito u pogledu zaključivanja međunarodnih ugovora, bez obzira na nadležnost pokrajina po osnovu člana 16 st. 1.</p> <p>Član 16</p> <p>[...]</p> <p>(4) Pokrajine su dužne da preduzimaju mjere u svojoj nadležnosti koje su nužne za sprovođenje međunarodnih ugovora; ukoliko pokrajina ne ispuni ovu obavezu blagovremeno, nadležnost za ove mjere, naročito za usvajanje neophodnih zakona, prelazi na saveznu državu. Mjera koju savezna država preduzme u skladu sa ovom odredbom, naročito tako usvojeni zakon ili uredba, prestaje da važi čim pokrajina preduzme potrebne mjere.</p> <p>Član 49</p> <p>Savezni kancelar objavljuje savezne zakone u „Saveznom službenom glasniku”. Osim ako nije izričito drugačije predviđeno, oni stupaju na snagu na cjelokupnoj teritoriji savezne države dan nakon objavljivanja.</p> <p>Član 65</p> <p>Savezni predsjednik predstavlja Republiku na međunarodnom nivou, prima i akredituje izaslanike, odobrava imenovanje stranih konzula, imenuje konzularne predstavnike Republike u inostranstvu i zaključuje državne ugovore. Nakon zaključenja državnog ugovora na koji se ne primjenjuje član 50 ili državnog ugovora zaključenog na osnovu člana 16 st. 1 kojim se ne mijenjaju niti dopunjuju postojeći zakoni, on može da naloži da se taj ugovor sprovede usvajanjem uredbi.</p>

Zemlja	Ustavna odredba
<p>Bosna i Hercegovina</p>	<p>Opšti okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini Dodatak 4: Ustav Bosne i Hercegovine Član II: Ljudska prava i temeljne slobode [...] 2. Međunarodni standardi. Prava i slobode utvrđeni u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, te njenim Protokolima direktno se primjenjuju u Bosni i Hercegovini i imaju prvenstvo pred svakim drugim zakonodavstvom. [...] 4. Nediskriminacija. Uživanje prava i sloboda utvrđenih ovim članom ili međunarodnim sporazumima koji su popisani u Dodatku I ovoga Ustava osigurava se svim osobama u Bosni i Hercegovini, bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi, poput pola, rase, boje kože, jezika, vjere, političkog ili drugog mišljenja, nacionalnog ili socijalnog porijekla, pripadnosti nacionalnoj manjini, imovine, rođenja ili drugoga statusa. [...] 7. Međunarodni sporazumi. Bosna i Hercegovina ostaje ili postaje stranom međunarodnih sporazuma popisanih u Dodatku I ovoga Ustava. Član III 3. Nadležnosti i odnosi između ustanova Bosne i Hercegovine i entiteta. [...] (b) [...] Opša načela međunarodnoga prava sastavni su dio zakonodavstva Bosne i Hercegovine i entiteta.</p>
<p>Francuska</p>	<p>Ustav Pete Republike</p> <p>Član 53</p> <p>Mirovni ugovori, trgovinski ugovori, ugovori ili sporazumi u vezi sa međunarodnom organizacijom, ugovori kojima država preuzima finansijske obaveze, ugovori kojima se mijenja zakonodavstvo, oni koji se odnose na položaj lica i oni koji podrazumijevaju ustupanje, razmjenu ili sticanje teritorije mogu se ratifikovati ili odobriti samo zakonom. Oni stupaju na snagu tek pošto budu ratifikovani ili odobreni.</p> <p>Član 54</p> <p>Ako odlučujući po zahtjevu predsjednika Republike, premijera, predsjednika jednog od dva doma Narodne skupštine, šezdeset poslanika ili šezdeset senatora Ustavni savjet utvrdi da međunarodni ugovor sadrži odredbu protivnu Ustavu, dozvola za ratifikaciju ili odobrenje međunarodnog ugovora o kojem je riječ može se dati tek nakon izmjene Ustava.</p> <p>Član 55</p> <p>Ugovor ili sporazum koji je na odgovarajući način ratifikovan ili odobren ima primat nad zakonom koji je usvojio Parlament odmah po objavljivanju, pod uslovom da druga strana primjenjuje taj sporazum ili ugovor.</p>

Zemlja	Ustavna odredba
Njemačka	<p>Osnovni zakon Savezne Republike Njemačke</p> <p>Član 25 Opšta pravila međunarodnog prava sastavni su dio saveznog prava. Ona imaju primat nad zakonima i njima se neposredno stvaraju prava i obaveze za stanovnike na teritoriji savezne države.</p> <p>Član 59 [...] Za ugovore kojima se uređuju politički odnosi savezne države ili koji se odnose na pitanja uređenja saveznim zakonodavstvom potrebni su saglasnost ili učešće, u vidu usvajanja saveznog zakona, tijela koje je u takvom slučaju nadležno za usvajanje saveznog zakona.</p>
Italija	<p>Ustav Italijanske Republike</p> <p>Član 10 Italijanski pravni sistem je u skladu sa opštepriznatim načelima međunarodnog prava. [...]</p> <p>Član 11 Italija odbacuje rat kao instrument agresije na slobodu drugih naroda i kao sredstvo za rješavanje međunarodnih sporova. Italija pristaje na ograničenja suvereniteta, pod ravnopravnim uslovima sa drugim državama, koja mogu biti neophodna za obezbjeđivanje mira i pravde među narodima. Italija podržava i pomaže i podstiče međunarodne organizacije koje nastoje da ostvaruju te ciljeve.</p> <p>Član 80 Parlament zakonom odobrava ratifikaciju međunarodnih ugovora koji su po prirodi politički, iziskuju arbitražu ili sudsko rješavanje spora, podrazumjevaju promjenu granica, troškove ili izmjene zakona.</p> <p>Član 117 Zakonodavna vlast pripada državi i regionima u skladu sa Ustavom i ograničenjima koja proističu iz prava EU i međunarodnih obaveza. Država ima isključivu zakonodavnu nadležnost u sledećim oblastima: [...] q) carina, zaštita nacionalnih granica i međunarodna zaštita.</p>

Zemlja	Ustavna odredba
Norveška	<p>Ustav Kraljevine Norveške</p> <p>Član 26 [...] Ugovori o pitanjima od posebnog značaja, a u svim slučajevima ugovori za čije je sprovođenje prema Ustavu neophodno usvajanje novog zakona ili odluke od strane parlamenta, postaju obavezujući tek kad se sa tim saglasi parlament.</p> <p>Član 92 Organi države dužni su da poštuju i obezbjeđuju ljudska prava propisana ovim Ustavom i ugovorima o ljudskim pravima koji obavezuju Norvešku.</p> <p>Član 115 U cilju zaštite međunarodnog mira i bezbjednosti ili unaprijednja međunarodne vladavine prava i saradnje među narodima, parlament može tročetvrtinskom većinom da odobri pravo nekoj međunarodnoj organizaciji kojoj Norveška pripada ili će pripadati da u okviru objektivno utvrđenih oblasti vrši ovlašćenja koja u skladu sa ovim Ustavom obično pripadaju norveškim organima, ali to neće uključiti i pravo da mijenja ovaj Ustav. Za davanje ovakvog odobrenja potrebno je da prisustvuju najmanje dvije trećine poslanika, kao što je to potrebno u postupku promjene ustava.</p> <p>Odredbe ovog člana ne važe u pogledu članstva u međunarodnoj organizaciji čije odluke imaju isključivo međunarodnopravno dejstvo na Norvešku.</p>

ii. Konkretna položaj konvencijskog prava u domaćem pravnom poretku

Položaj prava po Konvenciji u domaćem pravnom poretku razmatraćemo sa dva aspekta: konkretna položaj teksta Konvencije u domaćem pravnom poretku i „odomaćenje” (*domestication*) prakse Suda, što ćemo analizirati pod sledećim podnaslovima: „Pravni okvir u odnosu na ugovore o zaštiti ljudskih prava: primat Konvencije ili prvenstvo Ustava” i „Priroda prakse Suda: *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**

Kao što smo već istakli, u kontekstu tradicionalne podjele pristupa pravnih sistema inkorporiranju međunarodnog prava treba takođe naglasiti način na koji pravo po Konvenciji funkcioniše u domaćem pravnom poretku. To posebno važi za predmete u kojima Konvencija, kao ugovor kojim se štite ljudska prava, ima poseban položaj u hijerarhiji nacionalnih normi. Takav poseban položaj ponekad se opisuje kao *primat (supremacy)* ugovora o zaštiti ljudskih prava.³⁵¹

351 Više o tome vidi u: Venecijanska komisija, „Draft report on case-law regarding the supremacy of international

Riječit primjer takvog **primata Konvencije** u domaćem pravnom poretku nalazi se u Ustavu **Bosne i Hercegovine**.³⁵² U članu II st. 1 Ustava Bosne i Hercegovine propisano je da država osigurava najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda. Osim toga, u stavu 2 tog člana je propisano da se prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji i protokolima uz nju neposredno primjenjuju u Bosni i Hercegovini, kao i da imaju prioritet nad svim ostalim zakonima. Iz tih odredaba sledi da je Konvencija iznad svih pravnih normi domaćeg prava i međunarodnog prava koje je inkorporirano u domaći pravni poredak. Neki autori su takođe sugerisali da je ona iznad samog Ustava, ali Ustavni sud nije bio spreman da prizna takav primat Konvencije u domaćem 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 domaćeg pravnog poretka.³⁵³ Primat ugovora o ljudskim pravima propisan je i u pravnom sistemu **Rumunije**.³⁵⁴ Premda se Konvencija ne pominje izričito u Ustavu Rumunije, u članu 20 st. 2 Ustava se navodi da odredbe međunarodnih ugovora o ljudskim pravima imaju prednost nad svim nacionalnim zakonima osim ako pojedincu nije obezbijeđen povoljniji položaj Ustavom ili nacionalnim pravom.³⁵⁵ Premda konvencijske norme uživaju rang ustavnih načela u objema zemljama, vode se rasprave o tome da li je Konvencija po rangu viša od Ustava Bosne i Hercegovine, a u Ustavu Rumunije se taj sukob rješava davanjem prvenstva povoljnijoj normi.

Premda to nije neuobičajeno, neki pravni sistemi, poput sistema **Belgije, Turske i Holandije**, rangiraju norme Konvencije iznad Ustava. U takvim se slučajevima konvencijske norme opisuju kao norme koje imaju nadustavni status.³⁵⁶ Konkretno,

human rights treaties” („Nacrt izvještaja o sudskoj praksi o primatu međunarodnih ugovora o zaštiti ljudskih prava”), CDL-DI(2004)005rev, 2004.

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

353 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.

354 Više u publikaciji Venecijanske komisije „Draft report on case-law regarding the supremacy of international human rights treaties” („Nacrt izvještaja o sudskoj praksi o primatu međunarodnih ugovora o ljudskim pravima”), CDL-DI(2004)005rev, 2004.

355 Ustav Rumunije (1991), uz izmjene i dopune.

356 Više u publikaciji Venecijanske komisije „Comments on the implementation of international human rights treaties in domestic law and the role of courts” („Komentari o sprovođenju međunarodnih ugovora o ljudskim pravima u domaćem pravu i ulozi sudova”), CDL(2014)050, 2014.

u ovim pravnim sistemima se propisuje primat ne samo ugovora o ljudskim pravima već svih međunarodnih ugovora. Shodno članovima 94 i 120 Ustava Holandije i članu 90 st. 5 Ustava Turske, odredbe međunarodnih ugovora imaju primat nad protivrečnim domaćim pravom, a domaći sudovi nemaju nadležnost da ispituju ustavnost ugovora. Budući da se Ustav ne može primjeniti kako bi se van snage stavilo ugovorno pravo, slijedi da su norme ugovora po hijerarhiji više od Ustava. Dok u belgijskom pravu nema odredaba koje ovo propisuju, belgijski Kasacioni sud je izjavio da odredbe međunarodnih ugovora imaju primat nad domaćim pravom,³⁵⁷ a kasnije je izričito potvrdio da Konvencija ima prioritet nad Ustavom Belgije.³⁵⁸ Ovim se u teoriji smanjuje mogućnost da država krši Konvenciju i ostale međunarodne ugovore. Međutim, stvarni primat međunarodnih ugovora u praksi zavisi od djelotvorne primjene ugovornog prava na nacionalnom nivou i mogućnosti sudskog preispitivanja kojim se potvrđuje njegovo prvenstvo.³⁵⁹

Još jedan konkretan primjer inkorporiranja konvencijskog prava u domaći pravni poredak može se uočiti u slučajevima Srbije i Francuske. Zapravo, opšti položaj koji se Konvenciji daje u ovim domaćim pravnim porecima prilično je uobičajen. Konvencija se ne pominje izričito u Ustavu Srbije,³⁶⁰ kao ni u Ustavu Francuske,³⁶¹ a oba ustava prihvataju klasičnu monističku teoriju inkorporiranja međunarodnih ugovora. Prema članu 16 st. 2 Ustava RS i članu 54 francuskog Ustava, svi ratifikovani međunarodni ugovori, a samim tim i Konvencija, moraju biti u skladu sa Ustavom. Istovremeno, shodno članu 194 st. 5 Ustava RS, domaći zakoni i drugi opšti akti ne smiju 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**, na primjer u **Rusiji**,³⁶² hijerarhija domaćih pravnih normi utvrđuje na sledeći način:

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

357 Belgijski Kasacioni sud, Prvo vijeće, odluka u predmetu *Etat Belge v. Fromagerie Franco-Suisse Le Ski* od 27. maja 1971.

358 Belgijski Kasacioni sud, Holandsko odjeljenje, Drugo vijeće, odluka u predmetu *Vlaamse Concentratie* od 9. novembra 2004.

359 A. PETERS, „Supremacy Lost: International Law meets Domestic Constitutional Law” („Izgubljeni primat: međunarodno pravo u susretu sa domaćim ustavnim pravom”), *ICL-Journal*, Tom 3, 2009, str. 186.

360 Ustav Republike Srbije (2006).

361 Ustav Pete Republike Francuske (1958), uz izmene i dopune.

362 Član 15 st. 1 Ustava Ruske Federacije (1993), uz izmene i dopune.

U monističkim sistemima **Italije** i **Norveške** takođe je propisan primat Ustava, ali, kao i u Bosni i Hercegovini i Rumuniji, u njima se posebno mjesto daje međunarodnim ugovorima o ljudskim pravima, koji su rangirani između Ustava i drugog međunarodnog prava. Italijanski Ustavni sud je u svom tumačenju člana 117 st. 1 Ustava međunarodne ugovore o ljudskim pravima, a naročito Konvenciju, opisao kao „srednje norme“.³⁶³ Slično tome, norveškim Zakonom o ljudskim pravima iz 1999. Konvenciji je dat „poluustavni“ položaj.³⁶⁴ Ovi izrazi imaju za cilj da jemče kako primat Ustava ovih zemalja, tako i primat Konvencije nad ostalim domaćim i međunarodnim pravom.

Konvencija uživa jedinstveni položaj i u dualističkom sistemu **Ujedinjenog Kraljevstva**. Zakon o ljudskim pravima iz 1998. (ZLJP), kojim je Konvencija inkorporirana u domaće pravo, opisuje se kao „sastavni dio britanskog Ustava“.³⁶⁵ Prema članu 3 st. 1 ZLJP, domaći sudovi moraju da tumače domaće pravo u skladu sa Konvencijom „u najvećoj mogućoj mjeri“. Konvencija stoga ima primat nad nekim domaćim zakonodavstvom, dokle god to nije protivno osnovnoj odlici domaće zakonodavstva.³⁶⁶ Ako jeste, sud shodno članu 4 ZLJP mora da izda izjavu o nesaglasnosti. Međutim, takvom izjavom se ne ukida odredba koja nije saglasna sa Konvencijom. Naprotiv, ona u potpunosti proizvodi pravno dejstvo dok je Parlament ne ukine ili ne izmjeni. Stoga, kao što je lord Nicholls potvrdio u odluci Doma lordova u predmetu *Ghaidan protiv Godin-Mendoze*, Parlament „zadržava pravo da usvaja zakonodavstvo koje nije u saglasnosti sa Konvencijom“.³⁶⁷ Dakle, iako prava zajemčena Konvencijom posredstvom ZLJP čine dio Ustava Ujedinjenog Kraljevstva, parlamentarni suverenitet ima prioritet nad samom Konvencijom.

S druge strane, Konvencija je u **njemačkom** sistemu rangirana kao običan savezni zakon.³⁶⁸ Međutim, njemački Ustavni sud je u odluci u predmetu *Görgülü* pojasnio da organi vlasti moraju da „uzimaju u obzir“ presude ESLJP u granicama njemačkog Ustava. Pored toga je izjavio da kada to ne čine, podnosilac žalbe Ustavnom sudu može da se pozove na član 20 st. 3 Ustava i žali na povredu vladavine prava i svojih osnovnih prava po domaćem pravu koja se podudaraju sa onima

363 A. Peters, „Supremacy Lost: International Law meets Domestic Constitutional Law“ („Izgubljeni primat: međunarodno pravo u susretu sa domaćim ustavnim pravom“), *ICL-Journal*, Tom 3, 2009, str. 186.

364 Norveški Zakon o ljudskim pravima (1999), član 3 i član 2 st. 1.

365 *A Parliamentarian's Guide to the Human Rights Act (Vodič kroz Zakon o ljudskim odnosima za parlamentarce)*.

366 *Ghaidan protiv Godin-Mendoze* [2004], Dom lordova UK, 30.

367 *Ghaidan protiv Godin-Mendoze* [2004], Dom lordova UK 30, stav 33.

368 A. Peters, „Supremacy Lost: International Law meets Domestic Constitutional Law“ („Izgubljeni primat: međunarodno pravo u susretu sa domaćim ustavnim pravom“), *ICL-Journal*, Tom 3, 2009, str. 192.

zajemčenim Konvencijom.³⁶⁹ Stoga, iako same norme Konvencije nemaju poseban položaj u njemačkoj hijerarhiji normi, najviši njemački sud jemči njihovu ustavnu zaštitu kažnjavanjem neizvršenja presuda Suda.

Da se vratimo na ustavni položaj međunarodnog prava u Srbiji. 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).³⁷⁰ Tako se domaće vlasti, u Ustavu, kao pravnom izvoru najvišeg reda, podsjećaju na to da relevantne norme međunarodnog prava ljudskih prava ne obuhvataju samo niz odredaba međunarodnih ugovora 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 primjenjuju konvencijsko pravo onako kako ga tumači i primjenjuje Sud u svojoj praksi u svim stvarima koje se tiču ljudskih prava, a potpadaju pod njihovu nadležnost.

Važno je naglasiti da odluka njemačkog Ustavnog suda i ustavne odredbe u pravnom poretku Srbije, iako bitne zbog značaja koji se pridaje praksi Suda, u suštini imaju ograničeni pravni značaj, budući da su domaći organi u svakom slučaju u obavezi da primjenjuju konvencijske norme na način na koji ih Sud tumači. Zapravo, upravo se kroz praksu Suda daje valjano značenje konvencijskih normi, a puna primjena Konvencije u domaćem pravnom poretku ne može se ostvariti bez savjesnog poštovanja načela koja proističu iz prakse Suda, kao što ćemo podrobnije objasniti u nastavku teksta.

- **Priroda prakse Suda: *inter partes* pravne posledice, ali *de facto* obaveze za sve države ugovornice**

Na teorijskom nivou, važnost prakse Suda za sprovođenje evropskih standarda ljudskih prava u sklopu unutrašnjih pravnih poredaka država članica Savjeta Evrope može se posmatrati kroz sledeću formulu „odomaćenja” međunarodnih ugovora o zaštiti ljudskih prava koja se sastoji od četiri postupna koraka:³⁷¹

369 Odluka njemačkog Ustavnog suda o pojedinačnoj ustavnoj žalbi u predmetu *Görgülü*, *BVerfG*, 2 BvR 1481/04; ILDC 65 (2004) 111 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 307–332; (2004) Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 3407–3412, od 14. oktobra 2004.

370 Član 18 st. 3 Ustava RS.

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

1. Interakcija: relevantni učesnik³⁷² izaziva interakciju ili niz interakcija (sporovi po Konvenciji) s drugim učesnikom³⁷³ na forumu koji proglašava pravo (Sud).
2. Tumačenje ili proglašavanje jedne ili više primjenljivih 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 domaći pravni poredak.

Slično poimanje prirode i važnosti prakse Suda proističe i iz sledećeg načela koje je utvrdio sam Sud:

„Sud na samom početku naglašava da ima dvojaku ulogu u odnosu na predstavke koje su podnijete u skladu sa članom 34 Konvencije: **(i) da izriče pravdu u pojedinačnim predmetima** tako što priznaje povredu prava i sloboda oštećene strane po Konvenciji i protokolima uz nju i po potrebi dosuđuje pravično zadovoljenje i **(ii) da razjasni, očuva i razvija pravila uvedena Konvencijom**, čime doprinosi načinima na koje države poštuju obaveze koje su preuzele kao visoke strane ugovornice (naglasak naš).”³⁷⁴

S tim u vezi, važno je shvatiti i prirodu prakse Suda. 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 praksu Suda.³⁷⁵

Međutim, sam Sud naglašava da će on samo u izuzetnim okolnostima, kada za to postoji dobar i uvjerljiv razlog, odstupiti od ranijeg tumačenja Konvencije,³⁷⁶ što je izraz načela pravne sigurnosti u praksi Suda. U praksi, to znači da tumačenje

372 Podnosilac pojedinačne predstavke ili država članica.

373 Tužena država.

374 *Nagmetov protiv Rusije*, presuda Velikog vijeća od 30. marta 2017, predstavka br. 35589/08, stav 64.

375 D. Harris, M. O’Boyle, E. Bates i C. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights (Pravo Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava)* (Oksford, Oxford University Press 2014), str. 20.

376 *Sabri Güneş protiv Turske*, presuda Velikog vijeća od 29. juna 2012, predstavka br. 27396/06, stav 50.

Konvencije koje daje ESLJP stvara predvidljiv skup obaveza za države na koje se primjenjuju i van okolnosti datog predmeta, a ne samo kada je riječ o strankama u tom sporu. Stoga se od domaćih vlasti traži da slijede i primjenjuju praksu Suda koja se tiče drugih država, budući da ta 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 domaći pravni poredak, važno je naglasiti sledeće načelo iz prakse Suda:

„Za razliku od klasičnih vrsta međunarodnih ugovora, Konvencija sadrži više od pukih recipročnih aranžmana između visokih strana ugovornica. Njome se stvara više od mreže uzajamnih, bilateralnih aranžmana, objektivnih obaveza koje, po riječima u Preambuli, imaju koristi od 'kolektivnog ostvarivanja.'”³⁷⁷

Drugim riječima, kada se suoče s nekim pitanjem po Konvenciji, i **bez obzira na poseban način ili sistem inkorporiranja međunarodnog prava u domaći pravni poredak, nacionalne vlasti imaju obavezu da poštuju specifičnu prirodu obaveza po Konvenciji** kako bi ispunile svoje obaveze po Konvenciji.

II. Valjano pozicioniranje argumentacije po Konvenciji u odlučivanju NA NACIONALNOM NIVOU

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

1. identifikacije pitanja po Konvenciji u predmetu koji se razmatra;
2. identifikacije primjenljive norme po Konvenciji i relevantne prakse Suda;
3. rješenja pitanja po Konvenciji u odgovarajućoj fazi postupka;
4. ispravne i potpune primjene prava po Konvenciji.

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

Identifikacija pitanja koje se po Konvenciji postavlja u određenom predmetu prvenstveno podrazumijeva poznavanje konvencijskog prava. 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

³⁷⁷ *Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 18. januara 1978, predstavka br. 5310/71, stav 239.

Suda – HUDOC.³⁷⁸ Sud takođe objavljuje mjesečne informativne biltene u kojima daje pravne rezimee predmeta koje smatra naročito zanimljivim,³⁷⁹ kao i godišnje preglede najvažnijih presuda i odluka koje je usvojio.³⁸⁰ Ključne presude Suda organizovane po temama i članovima Konvencije predstavljene su i u vodičima za sudsku praksu koji se redovno ažuriraju,³⁸¹ dok se izvještaji o istraživanju sudske prakse bave transverzalnim temama, konkretnim odredbama Konvencije i primjenom drugih međunarodnih instrumenata u praksi Suda.³⁸²

Edukativna internet platforma HELP (*Human Rights Education for Legal Professionals*) takođe predstavlja veoma korisnu alatku za pristup širokom dijapazonu materijala o pravima zajemčenim Konvencijom, kao i informacijama o Evropskoj socijalnoj povelji i ostalim konvencijama Savjeta Evrope. Besplatni kursevi i resursi su dostupni kako na engleskom, tako i na brojnim drugim evropskim jezicima.³⁸³

Na internetu se mogu pronaći i mnogi drugi resursi, poput sažetaka i analiza sudske prakse, uključujući i razne priručnike i komentare koji se mogu konsultovati kao izvori informacija o konvencijskom pravu.³⁸⁴ U nekim jurisdikcijama se odluke Suda koje se odnose na tu državu objavljuju i u službenom glasilu na zvaničnom jeziku te zemlje, što može olakšati pristup pravu po Konvenciji.

Identifikacija pitanja po Konvenciji u nekom konkretnom predmetu veoma često u praksi predstavlja intelektualni proces koji zavisi od ličnog znanja sudije 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 iznijele 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 sudije.

378 Dostupna na: www.hudoc.echr.coe.int.

379 Dostupne na: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis/clin>.

380 Dostupne na: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis/overview>.

381 Dostupni na: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis/guides&c=#>.

382 Dostupni na: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis/researchreports&c=>,

383 Dostupna na: <http://help.elearning.ext.coe.int>.

384 Na primjer, Pravni bilten AIRE centra, koji se objavljuje dva puta godišnje na engleskom i BCHS, sadrži prikaze i stručne komentare odabranih novijih odluka ESLJP i Suda pravde EU, usredsređujući se na predmete koji su najrelevantniji za zemlje Zapadnog Balkana. U svakom biltenu se objavljuje i članak o nekom pitanju vezanom za sprovođenje prava ljudskih prava. Bilteni su dostupni na: <http://ehrbulletin.com>.

Stoga bi bilo uputno da domaće vlasti, a prije svega sudovi, uvedu sistem koji će im omogućiti da identifikuju da li predmet koji se razmatra otvara neko pitanje po Konvenciji i u kojem će postojati unaprijed pripremljeni protokoli za dalju obradu pitanja. To se može postići osnivanjem specijalizovanih odsjeka koji će se baviti istraživanjem i davati savjete u vezi s pravom po Konvenciji (i drugim međunarodnopravnim instrumentima) ili uvođenjem relevantnih administrativnih protokola za obradu „predmeta po Konvenciji” u sklopu postojeće strukture odjeljenja za sudsku praksu u sudovima i drugim državnim organima vlasti.

Korak br. 2: Identifikacija primjenljive norme po Konvenciji i praksi Suda

- **Određivanje primjenljive odredbe Konvencije kroz identifikaciju u relevantnoj praksi Suda**

Pošto se neki predmet identifikuje kao „predmet po Konvenciji”, neophodno je utvrditi za koju se odredbu Konvencije u pritužbi navodi da je prekršena. U nekim slučajevima će to biti sasvim očigledno, dok će u drugim slučajevima odgovor na to pitanje moći da se dobije tek nakon detaljne analize analognog konvencijskog prava. To treba učiniti kada ne postoji direktno primjenljiva praksa Suda kojom bi se moglo riješiti predmetno pitanje. U takvim slučajevima, posebno je važno detaljno objasniti šta je navelo donosioca odluke da usvoji datu odluku u pogledu određenog obima zaštite koju pruža norma Konvencije koja je primijenjena ili na koju se pritužilac poziva. Takav zahtjev slijedi iz jemstva odgovarajućeg obrazloženja koje je implicitno samom pojmu pravičnog postupka. To takođe ukazuje na poštovanje vladavine prava i izbjegavanje proizvoljnog odlučivanja u primjeni zakona.³⁸⁵ Razjašnjavanje normi Konvencije ostvaruje se kroz praksu Suda. U tom smislu, puko pozivanje na normu utvrđenu u Konvenciji bez pozivanja na relevantnu praksu Suda veoma rijetko može biti dovoljno. Sam ESLJP naglašava da je „bitna realnost situacije, a ne njen javni 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 prakse Suda.”³⁸⁶

Pozivanje na neku normu Konvencije bez oslanjanja na praksu Suda takođe može dovesti do potencijalno nekorektnog ishoda zato što su norme sadržane u Konvenciji veoma široko formulisane. Međutim, stvarno značenje norme, onakvo kako ga je utvrdio ESLJP u svojoj praksi, može biti ograničeno i veoma precizno. Dobar primjer u tom smislu jeste odredba člana 5 st. 1 Konvencije, kojom se jemči „pravo na slobodu i bezbjednost ličnosti”. Na prvi pogled, može se smatrati da je to odredba koja

385 *Lhermitte protiv Belgije*, presuda Velikog vijeća od 29. novembra 2016, predstavka br. 34238/09, stav 67.

386 *Neshkov i drugi protiv Bugarske*, presuda od 27. januara 2015, predstavka br. 36925/10 i pet drugih, stav 187.

obuhvata različite aspekte lične bezbjednosti.³⁸⁷ Međutim, ESLJP tu odredbu tumači usko, naglašavajući da izraz „bezbjednost ličnosti” mora biti shvaćen u kontekstu fizičke slobode, a ne fizičke bezbjednosti, i da uključivanje riječi „bezbednost” služi samo da bi se naglasio zahtjev da lišenje slobode ne smije biti proizvoljno.³⁸⁸

U tom kontekstu, od presudnog je značaja uvek imati na umu **autonomno značenje termina sadržanih u Konvenciji** (kao što su „krivična optužba”³⁸⁹ i „građanska prava i obaveze”³⁹⁰),³⁹¹ što može iziskivati analizu primjenljivosti ili neprimjenljivosti autonomnog pojma o kome je riječ u predmetu koji se razmatra. Ta tema je detaljnije razmotrena u Poglavlju 2 ove publikacije.

- **O čemu treba razmišljati kada se pregleda i analizira praksa Suda**

(i) Ako postoji više raznih relevantnih predmeta u praksi Suda, 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 konceptijski potpuno drugačiji, neophodno je transparentno utvrditi sve razlike i objasniti zašto taj primjer iz sudske prakse ipak može biti primjenljiv u predmetu koji se razmatra. U svakom slučaju, automatsko transponovanje prava po Konvenciji utvrđenih kroz praksu Suda na suštinski različitu pravnu situaciju često će dovesti do nepravilnog ishoda koji počiva na pogrešnim premisama.

(ii) **Praksi Velikog vijeća** treba dati prednost u odnosu na svu ostalu praksu Suda. Posle prakse Velikog vijeća po važnosti sledi praksa na nivou vijeća. Sudska praksa odbora od troje sudija, koji se bave samo pitanjima koja su detaljno elaborirana u praksi Suda,³⁹² ima ograničen značaj zato što odbori ne razvijaju praksu Suda, već je samo primjenjuju. Prema tome, jurisprudencijski autoritet leži u presudama Velikog vijeća ili presudama vijeća, u kojima se utvrđuje relevantno načelo i njegova primjena na niz činjenica, a ne u predmetima kojima su se bavili odbori, koji su samo primjenjivali to načelo na potonje predmete u kojima su pokrenuta ista pravna pitanja.

387 Vidi, na primjer, Komitet za ljudska prava, *Delegado Páez protiv Kolumbije*, predstavka br. 195/85, 12. jul 1990. (član 9 st. 1 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima).

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

389 *A i B protiv Norveške*, presuda Velikog vijeća od 15. novembra 2016, predstavke br. 24130/11 i 29758/11, stavovi 105–107.

390 *Ferrazzini protiv Italije*, presuda Velikog vijeća od 12. jula 2001, predstavka br. 44759/98, stavovi 23–31.

391 Vidi Poglavlje 2.VI. gore u tekstu, u kojem je data kraća analiza najvažnijih autonomnih pojmova Konvencije.

392 Član 28 Konvencije.

(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**.

Predmeti su razvrstani u četiri kategorije. Oni od najvećeg značaja su kategorisani kao „Ključni predmeti”, a ostali kao predmeti na nivou 1, 2 ili 3. Klasifikacija predmeta na nivoima 1, 2 i 3 privremeno je na snazi dok Biro Suda ne odluči da li predmet treba da se uvrsti zvanično kao ključni predmet. Spisak ključnih predmeta koje Biro bira objavljuje se na internet stranici suda pod „Sudskom praksom” („Case-Law”). Ključni predmeti obuhvataju presude, odluke i savjetodavna mišljenja koji su usvojeni od formiranja novog Suda 1998. godine, a koji su objavljeni ili odabrani za objavljivanje u zvaničnim Izvještajima o presudama i odlukama Suda ili koji su od 2016. kategorisani kao „ključni” predmeti. Odabir od 2007. vrši Biro na predlog Jurisconsult-a.³⁹³

Presude ranijeg Suda (objavljene u Seriji A i Izvještajima) i predmeti objavljeni u seriji Odluke i Izvještaji bivše Evropske komisije za ljudska prava nijesu uvršteni u kategoriju Izvještaji o predmetima, te su samo klasifikovani kao predmeti nivoa 1, 2 ili 3. Ovi predmeti mogu biti od značaja iako nijesu obuhvaćeni Izvještajima o predmetima.

Prije svega, uvijek bi trebalo konsultovati predmete koji su označeni kao prvi nivo važnosti (veliki značaj), a koji značajno doprinose sudskoj praksi. Sledeći, drugi nivo (srednji značaj), imaju predmeti koji, iako ne predstavljaju značajan doprinos sudskoj praksi, ipak idu korak dalje od puke primjene postojeće sudske prakse. Treći nivo važnosti (mali značaj) čine oni predmeti u kojima se jednostavno primjenjuje postojeća sudska praksa, a njihova važnost za razvoj domaće prakse na bazi prakse Suda je ograničena.³⁹⁴

(iv) Konačno, kad se primjenjuje praksa Suda važno je napomenuti da se Sud u odlukama poziva samo na pravnosnažno riješene predmete. S tim u vezi, važno je ukazati na razliku između konačnosti odluke i presude.³⁹⁵ Odluka ne može biti ustupljena Velikom vijeću i ona stoga postaje konačna trenutkom donošenja. Presuda postaje pravnosnažna: (1) kada stranke izjave da neće zahtjevati da se predmet iznese pred Veliko vijeće ili (2) tri mjeseca posle izricanja presude, ako se ne zatraži da se predmet iznese pred Veliko vijeće ili (3) kada Kolegijum Velikog vijeća odbije zahtjev za upućivanje predmeta tom vijeću.³⁹⁶ U bazi HUDOC uvijek je naznačeno da li je neka presuda pravnosnažna.

393 Više o odabiru ključnih predmeta: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/reports&c=>

394 Više o tome vidi na: www.hudoc.echr.coe.int.

395 Više o tome u Poglavlju 3 ove publikacije.

396 Član 44 st. 2 Konvencije.

Korak br. 3: Rješavanje 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, koji slijedi pošto je identifikovano pitanje po Konvenciji koje se pokreće u datom predmetu i razjašnjeno pravo po Konvenciji koje je primjenljivo u tom predmetu, jeste da se utvrdi odgovarajuća faza postupka u kojoj to pitanje po Konvenciji mora biti riješeno. U tom kontekstu možemo razlikovati dvije situacije.

Prvo, pitanje po Konvenciji može iskrsnuti u vezi s **prethodnim pitanjem u datom predmetu**.³⁹⁷ U takvim slučajevima, meritum predmeta se ne bi mogao odrediti bez rješenja prethodnog pitanja ili bi ishod bio pogrešan. Zato, po pravilu, prije nego što se pređe na sledeći korak u određivanju merituma predmeta, mora biti sagledano i riješeno prethodno pitanje.

Drugo, pitanje po Konvenciji može iskrsnuti u kontekstu **merituma predmeta**,³⁹⁸ 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 razliku** između prethodnog pitanja i pitanja po meritumu sa stanovišta Konvencije. Štaviše, u nekim slučajevima odluka o prethodnom pitanju je do te mjere tijesno povezana sa odlučivanjem o meritumu da ih nije moguće razdvojiti. Na primjer, može iskrsnuti 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 vrijeme, ako neki domaći organ vlasti negira takvo imovinsko potraživanje, postaviće se pitanje da li je to negiranje u skladu sa zaštitom imovine zajemčenom tom odredbom. Tu su onda prethodno pitanje (postojanje „imovine”) i pitanje merituma (negiranje zaštite imovinskog potraživanja) međusobno povezani do te mjere da ih nije moguće razlučiti. Sud u svojoj praksi tu pojamovnu složenost objašnjava na sledeći način:

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

397 Na primjer, pitanje prihvatljivosti dokaza koji su navodno pribavljeni kršenjem prava zaštićenih Konvencijom.

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

Međutim, nasuprot tome, ako ESLJP zaključi da je podnosilac predstavke ispunio uslove koji su utvrđeni u relevantnom [...] zakonodavstvu, onda će se negiranje [imovinskog potraživanja] smatrati zadiranjem u imovinske interese podnosioca predstavke, i to zadiranjem 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 zahtjeva opšteg interesa zajednice i zahtjeva zaštite osnovnih prava pojedinca kod utvrđivanja povrede člana 1 Protokola br. 1 [...]³⁹⁹

U takvim slučajevima, razmatranje prethodnog pitanja će morati da bude spojeno sa razmatranjem merituma predmeta i razriješeno istovremeno s njim. Radi transparentnosti i jasnoće analize moraće se jasno staviti do znanja kako se analiza Konvencije ostavlja za docniju fazu razmatranja. Štaviše, u trenutku donošenja odluke treba izričito ukazati na to da je ranije došlo do odlaganje te odluke. Sud primjenjuje sličan metod kada razmatra predmete u kojima se javlja ta pojmovna složenost. U takvim slučajevima, ESLJP istovremeno razmatra i prihvatljivost i meritum predmeta. Na taj način on donosi izričitu odluku da poveže utvrđivanje prihvatljivosti sa raspravom o meritumu i da tako odbaci ili podrži prigovor o neprihvatljivosti.⁴⁰⁰

Korak br. 4: Tačna i potpuna primjena konvencijskog prava

Kada je riječ o posljednjem elementu gorenavedenog testa od četiri koraka ka valjanom pozicioniranju argumenata po Konvenciji u postupku odlučivanja pred domaćim sudovima, tj. o zahtjevu za tačnu i potpunu primjenu prava po Konvenciji, korisno je naglasiti da kada god u nekom predmetu iskrnsne pitanje po Konvenciji, domaći sudovi treba da imaju na umu da „[kada se] pritužbe bave 'pravima i slobodama' zajemčenim Konvencijom i protokolima uz nju, oni treba da ispituju te pritužbe posebno energično i brižljivo”.⁴⁰¹ Ta „posebna energičnost i brižljivost” takođe se mogu označiti kao „tačna i potpuna” primjena prava po Konvenciji.

- „Tačnost”

(i) Tačnost u primjeni prava po Konvenciji znači da se u korišćenju određene sudske prakse u odlučivanju na domaćem nivou mora **posvetiti dužna pažnja pravnom kontekstu i činjeničnom i zakonskom osnovu** na kojima se taj kontekst razvijao. Uobičajena greška koja se javlja u ovom kontekstu proističe iz transponovanja

399 *Damjanac protiv Hrvatske*, presuda od 24. oktobra 2013, predstavka br. 52943/10, stavovi 88 i 89.

400 Na primjer, *Petrović protiv Srbije*, presuda od 15. jula 2014, predstavka br. 40485/08, stavovi 65 i 98.

401 *Wagner i J. M. W. L. protiv Luksemburga*, presuda od 28. juna 2007, predstavka br. 76240/01, stav 96.

načela razvijenih u jednom pravnom i činjeničnom kontekstu na konceptijski drugačiju pravnu situaciju. To se obično javlja onda kada se određena formulacija presude ili odluke izvuče iz njenog pravnog konteksta i opšteg značenja načela koje ta formulacija izražava. Treba pomno voditi računa da se ne zapadne u takvu grešku.

(ii) Drugi aspekt zahtjeva vezanog za „tačnost” jeste **preciznost u citiranju**. To podrazumijeva provjeru izvora koji se koriste u analizi i njihovo valjano navođenje kako bi se po potrebi mogli lako identifikovati. Naročito je važno da se uvijek kada 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. Puko navođenje naziva predmeta ne predstavlja valjano i potpuno citiranje neke presude ili odluke koja se koristi za rješavanje određenog pravnog pitanja.

- **„Potpunost”**

Postoje dva osnovna aspekta zahtjeva za „potpunošću” u primjeni prava po Konvenciji. Prvi zahtjev 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 riječ o prvom aspektu „potpunosti”, ESLJP naglašava da se „Konvencija mora čitati kao cjelina i da se mora tumačiti na način koji podstiče **unutrašnju konzistentnost i usklađenost između njenih različitih odredaba**”⁴⁰² Tako, na primjer, u pitanjima koja se tiču posljedica obrazovne prakse na vjerska uvjerenja pojedinca, pravo na poštovanje slobode veroispovijesti zajemčeno članom 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 primjenljiva.⁴⁰³

(ii) Kada je riječ o drugom aspektu zahtjeva za „potpunošću” primjene prava po Konvenciji, ESLJP je stao na stanovište da se Konvencija uvijek mora tumačiti i primjenjivati na način kojim se obezbijeduje **usklađenost s drugim izvorima**

402 *Catan i drugi protiv Moldavije i Rusije*, presuda Velikog vijeća od 19. oktobra 2012, predstavka br. 43370/04 i druge, stav 136.

403 Vidi, na primjer, *Osmanoğlu i Kocabaş protiv Švajcarske*, presuda od 10. januara 2017, predstavka br. 29086/12, stav 90.

međunarodnog prava, čiji ona dio predstavlja.⁴⁰⁴ Karakterističan primjer u tom smislu tiče se tumačenja i primjene prava na poštovanje porodičnog života saglasno članu 8 Konvencije u transnacionalnim predmetima koji se odnose na starateljstvo nad djecom u skladu s međunarodnim pravom o građanskim aspektima međunarodne otmice djece.⁴⁰⁵

Kada je riječ o oba aspekta „potpunosti” primjene prava po Konvenciji, domaći subjekti odlučivanja treba da budu na odgovarajući način informisani i da obrate posebnu pažnju na to da pravo po Konvenciji bude pročitano u cijelini, kao i na različite izvore međunarodnog prava u pogledu pravne stvari koju u datom predmetu ispituju. Kako bi to postigli, moraju posjedovati odgovarajuće znanje i razumijevanje relevantnih pravnih izvora i moraju ih marljivo i vješto primjenjivati u svom procesu odlučivanja.

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

i. Supsidijarnost: Saradnja u obezbjeđivanju djelotvorne realizacije zaštite ljudskih prava

Pojam supsidijarnosti⁴⁰⁶ dobija sve veći značaj u načinu uređenja odnosa između domaćih i međunarodnih jurisdikcija kada je riječ o pitanju djelotvornog pružanja zaštite ljudskih prava.⁴⁰⁷ 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 polje slobodne procjene u svom obezbjeđivanju prava zajemčenih Konvencijom i ESLJP ne može da interveniše ako njihove presude nijesu prekoračile to polje slobodne procjene.⁴⁰⁸

Korisno je naglasiti da se pojam supsidijarnosti u suštini svodi na obavezu država da tačno i djelotvorno primjenjuju standarde Konvencije. On ne podrazumijeva neograničeno i bezuslovno povinovnanje domaćim vlastima u očekivanju da one

404 *Al-Adsani protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda Velikog vijeća od 21. novembra 2001, predstavka br. 35763/97, stav 55.

405 Vidi, na primjer, *X protiv Letonije*, presuda Velikog vijeća od 26. novembra 2013, predstavka br. 27853/09, stavovi 92–108.

406 O konceptu supsidijarnosti govorimo i u Poglavlju 2.

407 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.

408 Više o pojmovima „supsidijarnost” i „polje slobodne procjene” gore u Poglavlju 2.V.

sprovođe međunarodno priznate standarde zaštite ljudskih prava. Granice takvog povinovnja ili priklanjanja mogu se objasniti na sledeći način:

„[I]sticanje supsidijarnosti ne može se posmatrati kao obično izjednačavanje prvenstva, već prije kao rezultanta usaglašavanja mjerodavnih standarda na nivou nacionalne i međunarodne jurisdikcije. Drugim riječima, supsidijarnost treba tumačiti kao složeno sadejstvo povjerenja, odgovornosti i pomaganja u obezbijedivanju ekspanzivne zaštite ljudskih prava. Prema tome, postoji bliska korelacija između supsidijarnosti i potrebe za djelotvornom primjenom međunarodnih standarda zaštite ljudskih prava u domaćim pravnim porecima.”⁴⁰⁹

ii. Ključni pravni pojmovi koji odražavaju načelo supsidijarnosti

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

- iscrpljenost domaćih pravnih lijekova;
 - činjenični nalazi domaćih sudova;
 - tumačenje domaćeg prava;
 - odlučivanje u okviru priznatog polja slobodne procjene.
- **Ischrpljenost domaćih pravnih lijekova: mogućnost da se problemi riješe na domaćem nivou**

Zahtjev da se iscrpe domaći pravni lijekovi predstavlja kamen temeljac načela supsidijarnosti. On počiva na komplementarnosti između zahtjeva postavljenih u članu 13 i u članu 35 st. 1 Konvencije. Saglasno članu 13, u domaćem pravnom poretku se mora obezbijediti djelotvoran pravni lijek pomoću kojeg je moguće riješiti pojedinačne pritužbe zbog kršenja prava po Konvenciji i otkloniti posledice tih kršenja. U isto vrijeme, u članu 35 st. 1 Konvencije se utvrđuje da je svaki pojedinac koji želi da postavi pitanje povrede svojih prava na međunarodnom nivou dužan da prethodno iscrpe domaće pravne lijekove kako bi nacionalne vlasti mogle, prije nego što to pitanje može biti pokrenuto na međunarodnom nivou, da riješe probleme (i isprave posledice) koji su nastali zbog kršenja prava.

409 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”, („Jačanje odomaćivanja ljudskih prava kroz iscrpljivanje domaćih pravnih lijekova: pouke iz postupaka ESLJP za donošenje pilot-presuda i ključnih presuda”), 2, *Inter-American and European Human Rights Journal* (2016), str. 336.

Ta komplementarnost, koja naglašava načelo supsidijarnosti, na sledeći je način objašnjena u praksi Suda:

„Osnovna karakteristika mehanizma zaštite uspostavljenog Konvencijom jeste da je on supsidijaran u odnosu na nacionalne sisteme koji štite ljudska prava. Sud se bavi nadzorom nad sprovođenjem obaveza iz Konvencije od strane država ugovornica. On ne bi trebalo da preuzima ulogu strana ugovornica, koje su odgovorne da osiguraju da se osnovna prava i slobode njom predviđene poštuju i štite na domaćem nivou. **Pravilo o iscrpljenosti domaćih pravnih lijekova zasnovano je na pretpostavci** – koja se ogleda u članu 13 Konvencije, sa kojom je veoma blisko – **da postoji dostupan djelotvoran pravni lijek u vezi s navodnom povredom** (naglasak naš). Ovo pravilo je, prema tome, nezaobilazni dio funkcionisanja ovog sistema zaštite.

[...]

Pritužba prema Konvenciji je ta koja se morala iznijeti na nacionalnom nivou da bi „djelotvorni pravni lijekovi” bili iscrpljeni. Bilo bi suprotno supsidijarnom karakteru sistema Konvencije kada bi se podnosilac predstave, ignorišući moguću argumentaciju koju ima na osnovu Konvencije, mogao osloniti na neki drugi osnov pred nacionalnim organima da bi osporio mjeru o kojoj je riječ, a onda podnio predstavku Sudu zasnivajući je na argumentaciji na osnovu Konvencije [...]⁴¹⁰

Zahtjev da se iscrpe unutrašnji pravni lijekovi u suštini **ide na ruku domaćim vlastima** jer im omogućava da isprave situaciju na koju se pritužilac žali i da samim tim preduprijede da se na međunarodnom nivou donese zaključak o povredi Konvencije. Taj zahtev takođe **ide na ruku i pojedincu** o kome je riječ, budući da rješenje predmeta na domaćem nivou predstavlja brži i obično djelotvorniji način zaštite individualnih prava. Pravilo o iscrpljenosti unutrašnjih pravnih lijekova stoga moraju ozbiljno shvatiti svi relevantni akteri u procesu ostvarivanja djelotvorne zaštite ljudskih prava zajemčenih Konvencijom.

- **Činjenični nalazi domaćih sudova**

Kada je na domaćim vlastima da odrede neko pitanje ljudskih prava, ESLJP obično prepušta domaćim sudovima da oni budu ti koji će utvrditi relevantne činjenice i prije svega se oslanja na njihovo tumačenje domaćeg prava.

410 Vučković i drugi protiv Srbije (preliminarni prigovor), presuda Velikog vijeća od 25. marta 2014, predstavka br. 17153/11 i 29 drugih, stavovi 69 i 75.

S tim u vezi, posebno kada je riječ o činjeničnim nalazima, ESLJP naglašava da, premda nije vezan zaključcima domaćih sudova i ima slobodu da sam procjenjuje u svijetlu cijelokupnog materijala koji ima pred sobom, u normalnim okolnostima su potrebni veoma jasni i uverljivi elementi kako bi se on podstakao da odstupi od činjeničnih zaključaka koje su doneli domaći sudovi.⁴¹¹

To, međutim, ne znači da će Sud nekritički prihvatiti svaki činjenični nalaz do koga dođu domaći sudovi. **Po pravilu, ESLJP se neće miješati u procijenu relevantnih činjenica koju daju domaći organi ukoliko njihovo rezonovanje na osnovu koga su ti zaključci donijeti nije bilo proizvoljno niti očigledno neosnovano.**⁴¹² ESLJP je takođe objasnio da se ne može slijepo oslanjati na odluke domaćih vlasti, posebno onda kada su one očigledno nekonzistentne ili protivriječne jedna drugoj. U takvoj situaciji, ESLJP mora u cijelosti da razmotri dokaze koje ima pred sobom i da donese sopstvene činjenične zaključke.⁴¹³

Osim toga, neki navodi o kršenju prava iz Konvencije, kao što je kršenje prava na život zajemčenog članom 2, zahtjevaju od Suda da strože procijeni faktičku situaciju koju su ustanovili domaći sudovi, posebno onda kada postoje navodi o nesprovođenju djelotvorne istrage. Tako je ESLJP, prije svega, zaključio da „u svijetlu značaja zaštite koju pruža član 2, Sud mora najbrižljivije da analizira pritužbe o gubitku života, uzimajući u obzir sve relevantne okolnosti”⁴¹⁴

Slično tome, sama priroda nekih pritužbi o povredi Konvencije zahtijevaće od Suda da ispita da li su sve relevantne činjenice utvrđene na prihvatljiv način sa stanovišta Konvencije i da li je primjena zakona na te činjenice u skladu sa zahtjevima Konvencije. Riječit primjer 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 mjesto mjerodavnih nadležnih vlasti, već da sa stanovišta člana 10 preispita sve odluke koje su te nacionalne vlasti donijele u skladu sa svojim poljem slobodne procijene. To ne znači da je nadzor ograničen samo na to da se utvrdi da li je tužena država razumno, pažljivo i u dobroj vjeri primjenjivala svoja diskreciona ovlašćenja; ono što Sud treba da uradi jeste da sagleda zadiranje na koje se pritužba odnosi u svijetlu predmeta u cijelini i da utvrdi da li je to zadiranje bilo

411 *Giuliani i Gaggio protiv Italije*, presuda Velikog vijeća od 24. marta 2011, predstavka br. 23458/02, stav 180.

412 *Bochan protiv Ukrajine (br. 2)*, presuda Velikog vijeća od 5. februara 2015, predstavka br. 22251/08, stav 61.

413 *Dzemyuk protiv Ukrajine*, presuda od 4. septembra 2014, predstavka br. 42488/02, stav 80.

414 *Banel protiv Litvanije*, presuda od 18. juna 2013, predstavka br. 14326/11, stav 67.

'srazmjerno legitimnom cilju čijem se ostvarenju težilo' i da li su razlozi koje su nacionalne vlasti navele za to zadiranje bili 'relevantni i dovoljni'. Kada to čini, ESLJP mora da se uvjeri da su nacionalne vlasti primjenile standarde koji su bili u skladu s načelima utvrđenim u članu 10 i, štaviše, da su se oslonile na prihvatljivu ocjenu relevantnih činjenica [...]⁴¹⁵

- **Domaće pravo prvenstveno tumače domaći sudovi**

Kada je riječ o tumačenju domaćeg prava, ESLJP je često naglašavao da su prvenstveno nacionalni organi, a prije svega sudovi, ti koji treba da tumače i primjenjuju domaće pravo.⁴¹⁶ Sam Sud u tom pogledu ima vrlo ograničena ovlaštenja. Ta ovlaštenja su na sledeći način određena:

„Sud podsjeća da su prvenstveno nacionalne vlasti, a prije svega sudovi, ti koji treba da rješavaju probleme tumačenja domaćeg zakonodavstva. **Uloga Suda je ograničena na to da provjeri da li su posledice takvog tumačenja u skladu sa 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 domaće pravo [...] Stoga, onda kada su najviši domaći sudovi analizirali na sveobuhvatan i uvjerljiv način preciznu prirodu spornog ograničenja [...] na osnovu mjerodavne sudske prakse po Konvenciji i načela koja iz nje proističu, ovom Sudu su zaista potrebni veoma jaki razlozi da bi mogao da odstupa od zaključka koji su donijeli ti sudovi i svojim stavovima zamijeni stavove nacionalnih sudova kada je riječ o pitanju tumačenja domaćeg prava [...]"⁴¹⁷

Na osnovu tih načela treba napomenuti da supsidijarnost, u obliku priklanjanja tumačenju domaćeg prava koje daju nacionalni sudovi, nije neograničena i, da bi ona uopšte važila, potrebno je dokazati da su domaći sudovi primjenili ozbiljan i marljiv pristup pitanju o kome je riječ. Drugim riječima, odluke domaćih sudova moraju biti **slobodne od bilo kakve naznake proizvoljnosti**. Proizvoljnost u tom kontekstu može se shvatiti kao nepostojanje bilo kakvih razloga za donijetu odluku ili utemeljenost navedenih razloga na očiglednoj činjeničnoj ili pravnoj grešci domaćeg suda, iz koje je proisteklo uskraćivanje pravde.⁴¹⁸

415 *Morice protiv Francuske*, presuda Velikog vijeća od 23. aprila 2015, predstavka br. 29369/10, stav 124.

416 *Karácsony i drugi protiv Mađarske*, presuda Velikog vijeća od 17. maja 2016, predstavke br. 42461/13 i 44357/13, stav 123.

417 *Károly Nagy protiv Mađarske*, presuda Velikog vijeća od 14. septembra 2017, predstavka br. 56665/09, stav 62.

418 *Moreira Ferreira protiv Portugalije (br. 2)*, presuda Velikog vijeća od 11. jula 2017, predstavka br. 19867/12, stav

Štaviše, Sud u načelu **nije ovlašten da preispituje domaće zakonodavstvo u apstraktnom vidu**. On pojašnjava da u postupku koji se vodi na temelju pojedinačne predstavlke on nije ni pozvan da u apstraktnoj formi preispituje zakonodavstvo o kome je riječ, nego da se u najvećoj mogućoj mjeri ograniči na ispitivanje njegove primjene na konkretnom predmetu koji se razmatra.⁴¹⁹

U nekim predmetima, međutim, kako bi ESLJP utvrdio da li je zadiranje na koje se predstavlka odnosi bilo „u skladu sa zakonom”,⁴²⁰ on će morati da se u izvjesnom stepenu pozabavi apstrakcijom i ispita da li je važeće domaće pravo kao takvo u skladu sa osnovnim načelom vladavine prava.⁴²¹ Riječit primjer u tom kontekstu odnosi se na pritužbe u vezi s nezakonitim tajnim praćenjem i nadzorom, gde će Sud neminovno morati da ispita domaći zakonodavni okvir koji omogućuje takvo zadiranje u pravo na poštovanje privatnog života i tajnosti prepiske zajemčeno članom 8 Konvencije, prije nego što ispita posledice tog zadiranja u konkretnom predmetu o kojem odlučuje.

Slično tome, neke odredbe Konvencije već po samoj svojoj prirodi zahtijevaju da se Sud upusti u tumačenje domaćeg prava. To se, na primjer, odnosi na član 5 st. 1 Konvencije, prema kojem svako lišenje slobode pojedinca mora biti zakonito, u skladu s materijalnim i procesnim odredbama domaćeg prava. Sud u tim slučajevima naglašava da:

„Iako je normalno da prvenstveno nacionalni organi, prije svega sudovi, tumače i primjenjuju domaće pravo, situacija se razlikuje kada je riječ o predmetima u kojima nepoštovanje takvih zakona uslovljava povredu Konvencije. To prije svega važi za predmete u kojima je u pitanju član 5 st. 1 Konvencije i Sud onda mora da preispita da li je domaće pravo u datom predmetu bilo poštovano [...]”⁴²²

- **Odlučivanje unutar određenog polja slobodne procjene**

Na samom kraju treba reći da izražavanje supsidijarnosti kroz ovlašćenje domaćih vlasti da sporna pitanja urede u okviru svog polja slobodne procjene predstavlja ustaljeno načelo prakse Suda. Sud često naglašava da – kada obavlja nadzornu funkciju – njegov zadatak nije da zauzme mjesto domaćih sudova, već da preispita, u svijetlu predmeta u cijelini, da li su odluke koje su ti domaći sudovi donijeli

85.

419 *Travaš protiv Hrvatske*, presuda od 4. oktobra 2016, predstavlka br. 75581/13, stav 83.

420 Vidi gore Poglavlje 2 o pojmu „kvalitet zakona”.

421 *Dragojević protiv Hrvatske*, presuda od 15. januara 2015, predstavlka br. 68955/11, stav 86.

422 *Creangă protiv Rumunije*, presuda Velikog vijeća od 23. februara 2012, predstavlka br. 29226/03, stav 101.

u svom polju slobodne procjene saglasne s Konvencijom.⁴²³ Prema tome, **ako su se domaće vlasti oslonile na praksu Suda utvrđujući obim polja slobodne procjene u nekom konkretnom predmetu i ako su brižljivo primjenile mjerodavna načela te sudske prakse, onda nije vjerovatno da će Sud naći mogućnost da se umiješa u njihovu odluku o meritumu predmeta, pod uslovom da su se sudovi zadržali u granicama određenog polja slobodne procjene.**

Zaključak

Svi gore navedeni faktori mogu se koristiti kao usmjeravajuća načela u primjeni prava po Konvenciji na domaćem nivou. Međutim, to su samo opšte naznake odgovarajućeg procesa primjene prava po Konvenciji na nacionalnom nivou. Ti faktori ne sadrže suštinske odgovore na pitanje o tome kako riješiti neki predmet, niti jemče suštinsku valjanost ishoda.

Ipak, ako pretpostavimo da je materijalno pravo zajemčeno Konvencijom poznato merodavnom subjektu odlučivanja, nivo poštovanja tih faktora u određenom predmetu može srazmjerno odrediti i nivo usklađenosti s pravom po Konvenciji, budući da to omogućuje valjano transponovanje tog prava u presude i odluke domaćih sudova. Drugim riječima, može se pretpostaviti da će viši nivo poštovanja tih faktora voditi ka višem nivou poštovanja prava po Konvenciji. Stoga se možemo nadati da će domaći sudovi nastojati da se rukovode tim načelima kako bi obezbijedili djelotvornu usaglašenost s pravom po Konvenciji.

423 Vidi, na primjer, *Von Hannover protiv Njemačke (br. 2)*, presuda Velikog vijeća od 7. februara 2012, predstavke br. 40660/08 i 60641/08, stav 105.

AIRE centar

AIRE (Advice on Individual Rights in Europe) centar je specijalizovana nevladina organizacija koja promoviše primjenu evropskog prava i pruža podršku žrtvama povreda ljudskih prava. Njegov tim međunarodnih pravnika pruža stručnu pomoć i praktične savjete o pravnim standardima Evropske unije i Savjeta Evrope. AIRE centar ima bogato iskustvo u postupcima pred Evropskim sudom za ljudska prava i do sada je učestvovao u raspravama u više od 150 predmeta.

AIRE centar je tokom poslednjih 20 godina izgradio neprevaziđeni ugled na Zapadnom Balkanu, u kojem saraduje sa pravosudnim sistemima ovog regiona na svim nivoima. Blisko saraduje sa ministarstvima pravde, centrima za obuku nosilaca pravosudnih funkcija i ustavnim i vrhovnim sudovima na sprovođenju, podršci i pomoći dugoročnom razvoju vladavine prava i reformskim projektima. AIRE centar takođe saraduje sa NVO sektorom širom regiona na podsticanju pravnih reformi i poštovanja osnovnih prava. Njegov se rad od samog početka temelji na nastojanju da osigura da svi mogu praktično i djelotvorno ostvarivati svoja zakonska prava. To u praksi podrazumijeva unaprijeđenje i olakšavanje valjane primjene Evropske konvencije o ljudskim pravima, podršku procesu evropskih integracija putem jačanja vladavine prava i punog priznanja ljudskih prava, kao i podsticanje regionalne saradnje među sudijama i pravnim stručnjacima širom regiona.



Pripremu ove publikacije je podržala Vlada Ujedinjenog Kraljevstva. Stavovi predstavljeni u ovoj publikaciji ne odražavaju nužno zvanični stav Vlade Ujedinjenog Kraljevstva.