

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Едо Р. Корљан

**ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА О ЉУДСКИМ
ПРАВИМА И ПРАВО НА ЖИВОТ**

докторска дисертација

Београд, 2012

UNIVERZITET U BEOGRADU

PRAVNI FAKULTET

Edo R. Korljan

**EVROPSKA KONVENCIJA O LJUDSKIM PRAVIMA I
PRAVO NA ŽIVOT**

doktorska disertacija

Beograd, 2012

UNIVERSITY OF BELGRADE

FACULTY OF LAW

Edo R. Korljan

**EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS
AND THE RIGHT TO LIFE**

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2012

Ментор: проф. др Зоран Стојановић, редовни професор Правног факултета у Београду

Чланови комисије: др Јован Ћирић, директор Института за упоредно право у Београду

др Ивана Крстић, доцент Правног факултета у Београду

Датум одбране:

Изјава захвалности

Завршавање ове докторске дисертације, која има безмало енциклопедијску тему, не би било могуће без подршке мојих колега-правника, пријатеља и родбине.

У првом реду мислим на покојног професора Милана Пауновића - Пауна који је још давно препознао важност теме и сматрао да она заслужује подробно обрађивање. Да није било његовог ентузијазма и почетних упутстава, не знам да ли би овај рад икада отпочео.

Дугујем такође велику захвалност професору Зорану Стојановићу који је преузео менторство у поодмаклој фази рада и умногоме помогао у његовом коначном обликовању. Професор Стојановић ми је посебно указао на значајне домаће ауторе који су о теми писали, те допринео да рад поприми јачу кривично-правну ноту него што би то иначе био случај. Не знам да ли би без њега овај рад био завршен.

Срдачно се захваљујем члановима комисије Јовану Ђирићу и Ивани Крстић, чије је познавање медицинских тема и људских права и међународног права било корисно у завршној фази писања рада.

Захваљујем се такође доктору Ђорђу Алемпијевићу на његовим коментарима и размишљањима у погледу еутаназije.

Топло се захваљујем професору Драгољубу Поповићу, нашем судији у Европском суду за људска права, чији су ми савети током наших редовних стразбуршких виђања вишеструко помогли.

Захваљујем се Копаоничкој школи природног права која годинама обрађује право на живот, и то из мноштва углова.

Захваљујем се преводицима Зорици Ненадовић, Павлу Белосавићу и Урошу Васиљевићу, чији су надахнути преводи пресуда Суда били и „више од превода“.

Постоји много других колега који су помогли у суштинском и компјутерском уобличавању рада. Њихова имена су: Сања Лесковац, Патрик Милер, Нора Биндер из

библиотеке Европског суда за људска права, Силвен Траверса, Лела Цгенераја, Драгана Маринковић и Срђан Вукојевић.

Хвала Љиљани Козаревић и Зорану Вучићевићу, Дејану Бабићу, Тањи Симић, Љиљани Тројановић, Злати Рајак и Вилми Влацић. Хвала Иванки, Рики, Ирени, Драгани, Лари. Ови потоњи сви знају зашто.

Евентуални пропусти су наравно само ауторови.

Резиме рада

Предмет рада је исцрпна и инспиративна јуриспруденција Европског суда у области права на живот, те стандарди које је Суд развио како би се гарантовало право које заокупља пажњу не само правника, адвоката и судија, већ и лекара, криминолога и филозофа.

Право на живот није апсолутно и безусловно заштићено, јер члан 2 не искључује смртну казну кад она уследи као последица извршења судске пресуде. Други став овог члана прецизно предвиђа неке изузетне ситуације у којима се лишавање живота не сматра противправним - када смрт проистекне из употребе силе која је апсолутно нужна: а) ради одбране неког лица од незаконитог насиља; б) да би се извршило законито хапшење или спречило бекство лица законито лишеног слободе; ц) приликом законитих мера које се предузимају у циљу сузбијања нереда или побуне. Суд је разматрао неколико основних група случајева.

Прву групу представљају случајеви смрти која наступи као последица употребе силе. Зато је од изузетног значаја да се та сила употребљава у складу са начелима сврхисходности, пропорционалности и оправданости.

Другу велику групу представљају случајеви нестанка људи, где државе имају обавезу да предузму специфичне и ефикасне мере како би детаљно истражиле сваки случај нестанка лица.

Када је реч о трећој групи случајева, рад обрађује правне и етичке дилеме које се тичу побачаја, те права нерођеног детета. Европска конвенција не дефинише ко је “свако” чији би живот требало да буде заштићен. Док једни сматрају да живот почиње зачећем, други сматрају да живот почиње тек чином рођења. Овде је суд био веома опрезан и одбио да одлучи да ли се члан 2 Европске конвенције о људским правима примењује на живот фетуса.

Следећа група случајева се односи на еутаназiju која је у неким европским државама одскора озакоњена. Суд је поновио свој познати став да постоји обавеза државе да заштити живот и закључио да се право на живот не може тумачити у својој негацији, тј. као право на прекид живота или право на смрт. Рад подсећа на главне аргументе присталица и противника еутаназije.

Последња врста случајева која се појавила пред судом су они у којима је лишење живота наступило као последица фактора посредне природе и тичу се животне средине, и здравствене заштите и лекарске грешке, где држава мора активно да унапређује услове живота становништва и промовише заштиту живота.

Рад полази од важности права на живот као примарног права на којем сва друга права почивају, те инсистира на позитивним обавезама држава у случају његовог кршења. У том циљу користи, између осталих, упоредно-правни методолошки приступ, јер се стандарди Европског суда често пореде са другим међународним и националним стандардима у овој области, у којој државе традиционално имају значајно дискреционо право и због разних правних, религиозних и моралних утицаја.

Пресуде у предметима који се тичу права на живот чине једну од најобимнијих и најдинамичнијих група пресуда у целокупној судској пракси Конвенције за људска права, мада до 1995. године суд није имао ни једну одлуку у погледу члана 2. У Конвенцији не постоји хијерархија права, што значи да Конвенција не би дала предност једном праву у односу на друго уколико су два права у сукобу. Суд је ипак нагласио у пресуди Великог већа у предмету Мек Кан и остали против Уједињеног Краљевства да “ члан 2 спада у једну од основних одредби Конвенције... која оличава једну од основних вредности демократских друштава која чине Савет Европе.”

Рад на овој теми није могао пренебрегнути упоредно-правну дискусију о смртној казни, укинутој у Европи (осим у Белорусији), али присутној у многим другим деловима света, јер ни једна кривична санкција није изазвала такве расправе у погледу оправданости свога постојања као што је то случај са смртном казном.

Уопште узев, постоји читав низ случајева где подносиоци представке Европском суду нису поменули повреду права на живот, иако се радило о проблемима који се тичу, посредно или непосредно, тог права, као што су прокреација, приступ информацијама о пореклу, о биолошким родитељима и/или идентитету.

Верујем да је сазрело време да се и у Србији поведе темељна расправа о овој, али и другим темама везаним за право на живот, првенствено о нестанцима лица и употреби смртоносне силе од стране државних органа. Питање одговорности за лекарске грешке је такође једна од тема са којима ће се судска пракса у Србији све чешће сусретати.

Без обзира на то што су одлуке Европског суда за људска права несавршене, понекад правнички неелегантне, или једноставно логички мањкаве, оне доприносе свеевропском консензусу о важности заштите права на живот, врховном и основном праву. Израда овог рада могла би представљати допринос у области међународног права, људских права, кривичног права, права извршења кривичних санкција и медицинског права. У идеалном случају рад би могао да допринесе покретању дискусије о овим питањима, те унапређењу правосуђа и здравства у Србији у овим областима и њиховом приближавању највишим европским стандардима.

Summary

The main topic of the thesis is the comprehensive and rich jurisprudence of the European Court regarding the right to life and the standards developed by the Court in this domain, to guarantee the protection of this right which passionates not only lawyers, barristers and judges, but also medical doctors, criminologists and philosophers.

This right is not absolute and it is not unconditionally protected, as article 2 of the European Court of Human Rights does not rule out the death penalty when carried out in execution of the court judgement. The second paragraph of this article foresees some exceptional situations in which the deprivation of life is not considered illegal – when death results from the use of force which is no more than absolutely necessary: (a) in defence of any person from unlawful violence; (b) in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained; (c) in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection.

The Court has considered several main groups of cases. The first ones are the cases of death as a consequence of the use of force. Therefore it is of utmost importance that such force be used in accordance with principles of proportionality, necessity and appropriateness.

The second important group of cases is the one concerning forced dissappearances, where states are obliged to take specific and effective measures in order to examine each case of disapperances in detail.

The thesis is also examining numerous legal and ethical dilemmas related to the third group of cases, concerning abortion and the rights of the unborn child. The European Convention does not define „everyone“ whose life needs to be protected. Some people believe that a life begins with conception, others that it begins only at birth. In this case the Court was very cautious and refused to decide whether article 2 of the European Convention applies to a foetus.

The next group of the cases relates to euthanasia, which has been recently permitted in several European countries. The Court has repeated its well-known stance that there is an obligation for states to protect life and concluded that the right to life cannot be interpreted in its negation, i.e. as the right to die. Therefore, the main arguments for and against euthanasia had to be invoked.

The last group of the cases before the Court is the one in which the deprivation of life had occurred as the consequence of factors related to environment and health care (including medical errors), where states had to improve actively the living conditions and promote the protection of life.

The thesis elaborates the right to life as the principal human right, indispensable for all other rights, and it insists on positive obligations of state when it comes to its violation. To that end the thesis uses *inter alia* the comparative method, as standards of the Court have been compared with other international and national standards in this domain, where states traditionally enjoy considerable margin of appreciation, not least because of various legal, religious and moral influences.

Judgements relating to the right to life represent one of the most dynamic and voluminous groups of judgements in the entire jurisprudence of the Court, although the first judgement regarding article 2 was made only in 1995. The Convention does not impose the hierarchy of rights, meaning that it would not give priority to one right over the other if the two are in conflict. The Court has emphasized in the Grand Chamber judgement *McCann v. UK* that “article 2ranks as one of the most fundamental provisions in the Conventionit also enshrines one of the basic values of the democratic societies making up the Council of Europe”.

Work on this thesis had to take into account the comparative legal discussion on the death penalty abolished in Europe, with the exception of Belarus, but still present in many regions of the world, as no other criminal sanction provoked such discussion concerning its appropriateness.

In general, there are numerous cases where applicants before the European Court did not invoke the alleged violation of the right to life, although those issues touch more or less directly the issues surrounding this right, including procreation, access to information on origin, on biological parents and/or identity.

The time seems to be ripe for a serious debate on these issues in Serbia, and in particular on forced disappearances and the use of lethal force by state agents. The question of the liability for medical errors is yet another topic which will undoubtedly be dealt with by the Serbian courts in the near future.

Despite the fact that decisions of the European Court are imperfect, sometimes drafted in legally non-elegant manner or simply logically incoherent, they contribute to European consensus confirming the relevance of the right to life, this basic and supreme right. The work on this topic could represent the meaningful contribution in international public law, human rights, criminal law, the law on execution of criminal sanctions and medical law. Ideally, this thesis could contribute to launching a discussion on these issues, as well as to improving justice and health systems in Serbia and facilitating their allignment with the highest European standards.

Кључне речи - право, живот, Европски суд, абортус, еутаназија, лекарска грешка, екологија, нестанци лица

Научна област - људска права

Ужа научна област - европски правни стандарди

УДК број 341.24:342.7(4)(004.3)

Key words-right, life, European Court, abortion, euthanasia, medical error, ecology, forced disappearances

Human rights

European legal standards

UDK number 341.24:342.7(4)(004.3)

СКРАЋЕНИЦЕ

AJIL – American Journal of International Law

CETS – Council of Europe Treaty Series

ЕУ – Европска унија

ГС УН – Генерална скупштина Уједињених нација

Хашки трибунал – Међународни трибунал за суђење лицима одговорним за озбиљне повреде међународног хуманитрног права извршене на територији бивше Југославије

НАТО – Северноатлантски пакт (North Atlantic Treaty Organization)

ОАД – Организација америчких држава

СБ УН – Савет безбедности Уједињених нација

СЕ – Савет Европе

СЗО – Светска здравствена организација

УН – Организација Уједињених нација

УН док. – документ Уједињених нација

UNTS – United Nations Treaty Series

ICCPR – Међународни пакт о грађанским и политичким правима

ICESCR – Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима

UDHR – Универзална декларација о људским правима

ОАЈ – Организација афричког јединства

I. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ.....	19
I.1. Предмет и сврха рада	19
I.2. Циљ научног истраживања и основне поставке.....	21
II. ПОЈАМ ПРАВА НА ЖИВОТ У ЕВРОПСКОЈ КОНВЕНЦИЈИ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА	24
II.1. Право на живот у међународним правним инструментима	35
II.2. Регионални инструменти	40
II.3. Међународно хуманитарно право	44
II.4. Специјални међународни трибунали.....	47
III. ЗАБРАНА СМРТНЕ КАЗНЕ.....	51
III.1. Државе које имају смртну казну	53
III.2. Универзална декларација о људским правима	55
III.3. Смртна казна у упоредном праву	57
III.3.1. Белорусија – једина европска земља са смртном казном.....	62
III.3.2. Сједињене Америчке Државе	63
III.3.3. Карипска острва која су део Комонвелта	65
III.3.4. Индија	66
III.3.5. Кина.....	67
III.3.6. Јапан	68
III.3.7. Остале азијске земље	69
III.4. Актуелна ситуација у вези са укидањем смртне казне	70
III.5. Изручење и смртна казна	72
III.6. Међусобни утицаји националне и међународне судске праксе: међу-амерички систем и британски Тајни савет у карипским државама	75
III.7. Концепт права на живот у најраспрострањенијим религијама	81
III.7.1. Право на живот у хришћанству	81
III.7.2. Право на живот у исламу	82
III.7.3. Право на живот у јудаизму	87
III.7.4. Право на живот у будизму	88
III.8. Анализа процеса укидања смртне казне у Европи.....	88
III.9. Кључни случајеви у вези са укидањем смртне казне	90
III.9.1. Серинг против Уједињеног Краљевства.....	90
III.9.2. Бадер и Канбор против Шведске.....	92
III.9.3. Оцалан против Турске	93
III.9.4. Џабари против Турске	95
III.9.5. Ал-Садун и Муфти против Уједињеног Краљевства	96
III.10. Разлози за укидање смртне казне	97
III.11. Закључак	101
IV. ПОЧЕТАК ЖИВОТА И ПРАВО НА ЖИВОТ.....	102
IV.1. Међународно-правно регулисање.....	102
IV.1.1. Категоризација постојећих правних режима абортуса у европским државама	110
IV.1.2. Рад Европске комисије	112
IV.1.3. Кључни случајеви у вези са правом на живот нерођеног детета и прекидом трудноће.....	117
IV.1.3.1. Во против Француске	117

IV.1.3.2.	Драон против Француске	122
IV.1.3.3.	Тишјак против Пољске.....	130
IV.1.3.4.	Р. Р. против Пољске.....	141
IV.1.3.5.	А, Б и Ц против Ирске.....	147
IV.1.4.	Заштита физичког и психичког здравља или аутономије: развој права на прекид трудноће по Европској конвенцији о људским правима	160
IV.1.5.	Криминализација прекида трудноће и друга правна ограничења	161
IV.1.6.	Позитивне обавезе државе	167
IV.1.7.	Закључак	171
IV.2.	Еутаназија	175
IV.2.1.	Увод.....	175
IV.2.2.	Упоредно право.....	184
IV.2.3.	Предмет Прити.....	190
IV.2.4.	Предмет Глас.....	197
IV.2.5.	Пример Холандије – да ли је у питању флагрантна злоупотреба?	202
IV.2.6.	Закључак	204
IV.3.	Медицинске интервенције и право на живот.....	215
IV.4.	Присилни нестанци лица	227
IV.4.1.	Дефиниција.....	227
IV.4.2.	Лица нестала после притварања	235
IV.4.3.	Екстра-територијална надлежност државе.....	248
IV.4.4.	Оглашавање неког лица умрлим	253
IV.4.5.	Закључак	254
IV.5.	Употреба смртоносне силе од стране државних службеника.....	258
IV.5.1.	Делотворност истраге	265
IV.5.2.	Циљ става (2) члана 2	266
IV.5.3.	Стандард и терет доказивања који се захтевају да би се установила одговорност државе за незаконито убиство.....	268
IV.5.4.	Потреба да се изврши истрага ex post facto: процесни аспект члана 2...270	
IV.5.5.	Лица која су одговорна за истрагу и која је воде морају бити независна од оних лица која су била умешана у догађаје.....	271
	а. Захтев за кривичним поступком.....	272
	б. Истрага мора бити у стању да одреди узрок смрти.....	272
	ц. Разумни докази би требало да буде прикупљени	273
	д. Уколико је узрок смрти сила коју је употребио државни службеник, да ли је та сила била „оправдана“	274
	е. Одговорна лица морају бити идентификована и кажњена	275
IV.5.6.	Истрага мора бити брза и разумно експедитивна.....	275
IV.5.7.	Истрага мора да се спроведе темељно	276
IV.5.8.	Јавност истраге.....	278
IV.5.9.	Особе које су притворене у добром здравственом стању и касније нађене мртве 281	
IV.5.10.	Особе које су пронађене мртве у области под искључивом контролом државних органа	283
IV.5.11.	Нерешена убиства и наводи о дослуху	283
IV.5.12.	Закључак	290
IV.6.	Еколошке несреће и право на живот	291
IV.6.1.	Животна средина и људска права	291
IV.6.2.	Која су друга права, осим права на живот, заштићена конвенцијом у случају еколошких несрећа?.....	295

IV.6.3.	Заштита права на живот у пракси Европског суда за људска права.....	303
IV.6.4.	Два кључна судска предмета у вези са животном средином и људским правима	307
IV.6.5.	Закључак	313
V.	ГРАНИЧНИ СЛУЧАЈЕВИ – ПРАВО НА ЖИВОТ И НЕКО ДРУГО ПРАВО	317
VI.	ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ	323
VII.	БИБЛИОГРАФИЈА	336

I. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

I.1. Предмет и сврха рада

Предмет рада је исцрпна и инспиративна јуриспруденција Европског суда у овој области, кроз појединачну обраду великих тема као што су еутаназија, абортус, смрт лица лишеног слободе, присилни нестанци лица или еколошке катастрофе.

Зачуђује сазнање да ова тема, без обзира на њену актуелност, до сада није била обрађена једним свеобухватним радом у нашој правној науци. То је тим пре изненађујуће, јер се ради о примарном праву сваког људског бића и једном од “најочигледнијих” људских права. Његов значај је огроман и оно заокупља пажњу не само правника, адвоката и судија, већ и многих других, као што су лекари, криминолози, филозофи, мислиоци, како световни тако и религиозни, итд. Мада је ово право предвиђено одредбама многих међународних правних докумената, Европска конвенција о људским правима обезбеђује његову најсвеобухватнију заштиту. Ради се о најважнијем механизму за заштиту људских права у оквиру Савета Европе (СЕ), те најбитнијем регионалном инструменту ове врсте у свету. Значај ове конвенције и Европског суда за људска права је зато увелико превазишао границе европског континента. Нажалост, његов рад на заштити права на живот је недовољно познат у нас.

Предмет овог рада је управо право на живот посматрано из угла овог Суда, те стандарди које је Европски суд за људска права установио како би се оно гарантовало. И док члан 2 Европске конвенције лаконски предвиђа да је право на живот заштићено законом, ипак се ради о праву које није апсолутно и безусловно заштићено, јер члан 2 не искључује смртну казну кад она уследи као последица извршења судске пресуде. Други став овог члана прецизно предвиђа неке изузетне ситуације у којима се лишавање живота не сматра противправним. Ради се о случајевима када смрт проистекне из употребе силе која је апсолутно нужна: а) ради одбране неког лица од незаконитог насиља; б) да би се извршило законито хапшење или спречило бекство лица законито лишеног слободе; ц) приликом законитих мера које се предузимају у циљу сузбијања нереда или побуне.

Још је француски романијер Александар Дима утврдио да је “свако уопштавање погрешно, па и ово”. Упркос истинитости ове изреке, те проблематичности сваког покушаја генерализације, ипак се може закључити да је Суд разматрао неколико основних група случајева.

Прву групу представљају случајеви смрти које наступе као последица употребе силе. Зато је од изузетног значаја да се та сила употребљава у складу са начелима сврхисходности, пропорционалности и оправданости. У овим случајевима, Европски суд је често био принуђен да се бави и питањима организације полиције и планирања и контроле полицијских акција. Слично томе, кад неко умре у притвору или затвору, држава мора да пружи разумно објашњење како је до смртог исхода дошло.

Другу велику групу представљају случајеви нестанка људи. Ради се о посебно сложеним повредама људских права, које заслужују да се подробно обраде. Државе имају обавезу да предузму специфичне и ефикасне мере како би детаљно истражиле сваки случај нестанка лица. О значају овог питања говори и чињеница да је у оквиру Уједињених нација недавно усвојена Конвенција о спречавању присилних нестанка лица.

Од посебног је значаја то што ће рад обрадити правне и етичке дилеме у вези са трећом групом случајева, који се тичу побачаја, те права нерођеног детета, из угла права на живот. У овом случају, ради се о новим и веома актуелним темама, са којима се пракса Европског суда тек недавно суочила. Ове сложене теме заслужују посебан осврт, између осталог и због неједнаког приступа различитих регионалних инструмената. Од посебног је значаја Америчка конвенција о људским правима, чији члан 4 захтева да право на живот буде заштићено од тренутка зачећа. Са своје стране, Европска конвенција не дефинише ко је “свако” чији би живот требало да буде заштићен. Док једни сматрају да живот почиње зачећем, други сматрају да живот почиње тек чином рођења. Овде је Суд био веома опрезан и одбио је да одлучи да ли се члан 2 Европске конвенције о људским правима примењује на живот фетуса. Последице прецизног одређивања тренутка започињања живота су врло значајне за генетски инжињеринг, експерименте на ембрионима и медицински потпомогнуту репродукцију.

Следећа, четврта група случајева, се односи на еутаназију, која је у неким европским државама одскора озакоњена (истина, под строгим условима). Будући да еутаназија не

спада у изузетке предвиђене чланом 2, ставом 2 Европске конвенције о људским правима, те тиме представља његово кршење, Суд је био принуђен да испита постоји ли “право на смрт” и установио да ни један европски правни систем не пружа некакво генерално право појединцима да изврше самоубиство. Овај чин је у сфери личне аутономије и може се сматрати више слободом, а не правом. Суд је поновио свој познати став да постоји обавеза државе да заштити живот и закључио да се право на живот не може тумачити у својој негацији, тј. као право на прекид живота или право на смрт, било да се ради о смрти проузрокованој актом државних органа или радњом неког трећег лица. Овде се ради о веома критикованој одлуци Европског суда која је изазвала бројне правне дискусије и коментаре. У овом случају, ради се о теми која се пред наше друштво, а тиме и пред право, још није поставила у свој својој сложености. Једна од потенцијалних вредности овог рада би могла да буде управо подсећање на главне аргументе присталица и противника еутаназије, те на помирење понекад контрадикторних захтева за поштовањем права на живот, с једне стране, и људског достојанства и телесног интегритета, с друге стране, чији је елеменат и пристанак пацијента на лечење.

Последња врста случајева која се до сада појавила пред Судом су они у којима је лишење живота наступило као последица других фактора. Овде се ради о претњама животу које су посредне природе и тичу се животне средине и здравствене заштите и лекарске грешке. У овим случајевима, где се ради о правима веома сличним социјалним правима, држава мора активно да унапређује услове живота становништва и промовише заштиту живота.

1.2. Циљ научног истраживања и основне поставке

Рад полази од важности права на живот као примарног права на којем сва друга права почивају. У прилог израде овог рада иде и потреба да се шира стручна и друштвена јавност у Србији, првенствено радници министарстава унутрашњих послова, правде и здравља, судије, тужиоци, адвокати, здравствено особље и невладине организације упознају са радом и стандардима Европског суда у овој области. Ово упознавање би могло да буде од значаја, како би се даље унапредило поступање према лицима лишеним слободе од стране полиције или на одслужењу затворске казне, и како би се здравствени радници и шира друштвена јавност упознали са стандардима у погледу

еутаназije, побачаја и лекарске грешке. Ове теме су од посебног значаја, јер је Србија 2003. године постала обавезана Европском конвенцијом о људским правима. Рад ће инсистирати на позитивним обавезама држава у случају присилних нестанака лица, убистава или самоубистава и то првенствено у односу на ефикасну истрагу о свим околностима случаја. До сада ретко постављано питање еутаназije ће се сасвим сигурно ускоро поставити пред домаћу, како правничку тако и медицинску стручну јавност, и зато је утврђивање тренутног правног стања ствари у овој области од великог значаја. Рад би требало да укаже на проблем помирења концепта достојанства пацијента и његовог права да одбије било који третман, са могућношћу тог пацијента да умре достојанствено и када то жели.

Због разноврсности случајева које може да обухвати, питање права на живот се често поставље пред највише националне (врховне или уставне), као и пред међународне судове. Додатну вредност овог рада би зато требало да представља и упоредно-правни методолошки приступ, јер се стандарди Европског суда често пореде са другим међународним стандардима у овој области, у којој државе традиционално имају значајно дискреционо право, између осталог, и због разних правних, религиозних и моралних утицаја. Државе одувек уживају велику слободу у одлучивању када право на живот почиње. Данас се у правној пракси и доктрини све чешће постављају питања заштите човечанства од нових претњи, као што је клонирање, које отвара бројна питања у погледу стварања живота и изазива полемике у оквиру разних филозофских, религиозних, медицинских или правних кругова.

Важан елемент ове докторске дисертације представљала би управо детаљна правна анализа права на живот, чије постојање многи правни документи потврђују, али без икаквог објашњења о каквом се праву ради. Детаљна анализа права на живот у смислу Европске конвенције о људским правима би аргументовано истакла да ово право постоји као право појединца, али и да државне власти и други појединци имају дужност да не угрозе нечији живот. Одредбе Европске конвенције имају за циљ да обезбеде што солиднију заштиту од арбитарног лишења живота од стране државе. У овом погледу, питање кривично-правне или грађанско-правне заштите права на живот заслужује посебну пажњу, као и питање правичне компензације за лишење живота.

Разноврсна питања у вези са правом на живот су у нашој литератури и судској пракси слабо обрађена, па би израда овог рада могла представљати допринос у области

међународног права, људских права, кривичног права, права извршења кривичних санкција и медицинског права. У идеалном случају, рад би могао да допринесе покретању дискусије о овим питањима, те унапређењу правосуђа и здравства у Србији у овим областима и њиховом приближавању највишим европским стандардима.

И на крају, веома важан и практичан повод за овај рад представља подсећање на обавезе држава у овој области због ратова у бившој Југославији, као и многобројни случајеви нерасветљених смртних случајева и присилних нестанака у последњих двадесетак година.

II. ПОЈАМ ПРАВА НА ЖИВОТ У ЕВРОПСКОЈ КОНВЕНЦИЈИ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА

”Правда без силе је немоћна: сила без правде је тиранска.”

Блез Паскал (Blaise Pascal)

Међународно-правна заштита права на живот мора да узме у обзир Француску декларацију о правима човека и грађанина од 26. августа 1789. године, која у свом члану 1 предвиђа да се људи рађају и живе слободни и једнаки у правима. Њој је претходило промишљање многих филозофа.

У својој познатој књизи ”О друштвеном уговору или принципу политичког права¹” Жан-Жак Русо (”Du contrat social ou principe du droit politique”, Jean-Jacques Rousseau) је утврдио да је друштвено праведна организација заснована на споразуму који обезбеђује једнакост и слободу за све грађане. Овај споразум прихватају сви учесници и свака особа одустаје од своје природне слободе како би остварила грађанске слободе. Народни суверенитет је основни принцип овог друштвеног уговора. Такав суверенитет је недељив и мора бити схваћен као снага коју грађани не могу разбијати ради остварења сопствених интереса, зато што је то у супротности са остваривањем интереса који су циљ овог друштвеног уговора. За Жан-Жак Русоа, овај уговор је наставак стања у природи у коме постоји закон дунгле и појединачни интерес. У оквиру тог друштвеног уговора, најјача особа никада није довољно јака да би увек била господар, осим ако преобликује своју снагу у право, а послушност у дужност. Појединац се мора одрећи сопственог права да спроводи личну правду, и повиновати се глобалном систему спровођења правде. Независност и делотворност су део овог система. Раскидање друштвеног уговора може довести до враћања у тиранију из времена пре успостављања друштвених односа. Грађанско друштво које раскине друштвени уговор више није друштво.

Ове идеје долазе од једног од најпоштованијих светских филозофа који је објавио своје дело далеке 1762. године, али изгледа да његове поставке важе и данас.

¹ J.-J. Rousseau, Du contrat social ou Principes du droit politique, 1762.

У компаративном смислу, од 1950. године, Европска конвенција о људским правима може се посматрати као део друштвеног уговора који је описао Русо. Њен циљ јесте да осигура да се људска права и грађанске слободе у европским земљама поштују на добробит њених грађана. Владавина права и ефикасан правосудни систем су два неопходна услова да би се европске земље сматрале демократским. Без обезбеђења да држава поштује закон и брине за своје грађане, нема поштовања друштвеног споразума који карактерише демократију, нити је више гарантовано да ће га се грађани придржавати. Због тога Европска конвенција, и посебно њен члан 2 о праву на живот, има за циљ заштиту тог права, укључујући када је смрт последица употребе силе од стране државе, силе која се примењује у одређеним околностима.

Овај члан садржи неке изузетке у смислу законитог погубљења и одређује изузетне околности у којима лишавање живота може бити оправдано. Изузеће за случајеве законитог погубљења касније је додатно ограничено за државе уговорнице Протоколима 6 (ограничење смртне казне у време рата) и 13 (укидање смртне казне).

Као што је Суд у Стразбуру навео, члан 2 сматра се једном од најважнијих одредби Конвенције. Право на живот је очито неопходна претпоставка свих осталих људских права.² Обавезе државе, према члану 2, састоје се од три основна аспекта: обавезе да се уздржи од незаконитог лишавања живота, обавезе да спроведе истрагу у случају смрти настале под сумњивим или посебним околностима, и позитивне обавезе државе да предузме кораке како би спречила губитак живота који се може избећи.³

Овај члан гласи:

Право на живот сваког лица заштићено је законом. Нико не сме бити намерно лишен живота, осим приликом извршења пресуде суда којом је осуђен за злочин за који је ова казна предвиђена законом.

Лишење живота се не сматра противним овом члану ако проистекне из употребе силе која је апсолутно нужна:

² З. Стојановић, „Природно право на живот и кривично право”, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, vol. 36, бр.1, 1998, стр. 5.

³ C. Ovey and R. White, „The European Convention on Human Rights,” Fourth Edition, Oxford University Press, 2006, стр. 56.

- (а) ради одбране неког лица од незаконитог насиља;
- (б) да би се извршило законито хапшење или спречило бекство лица законито лишеног слободе;
- (в) приликом законитих мера које се предузимају у циљу сузбијања нереда или побуне.

Прва и најочигледнија обавеза из члана 2 за државу јесте да не доведе, преко својих овлашћених службеника, до лишавања неке особе живота, што значи да домаће право мора да регулише дозвољену употребу смртоносне силе од стране овлашћених службеника државе. Суд је прво разматрао поштовање обавеза прописаних чланом 2 Конвенције у предмету Мек Кан и остали против Уједињеног Краљевства, покренутом од стране родбине три члана ИРА-е које су британске снаге безбедности убиле на Гибралтару.⁴ Овај случај ће касније у тексту бити детаљно обрађен.

Пресуде у предметима који се тичу права на живот чине једну од најобимнијих и најдинамичнијих група пресуда у целокупној пракси Европског суда за људска права. Запањујуће је да до 1995. године Суд није донео ни једну пресуду на основу члана 2. Биће занимљиво посматрати колико далеко ће Суд проширити заштиту коју члан 2 пружа, а да се при том не стави превелики терет на државу.⁵

У Конвенцији не постоји хијерархија права, што значи да Конвенција не би дала предност једном праву у односу на друго уколико су два права у сукобу. Ипак, установљено је да, у неким приликама, треба да буде постигнута равнотежа између сукобљених интереса.⁶

Права садржана у Конвенцији могу се поделити на условна права и безусловна права. Право на живот би било безусловно право. Остала права у овој категорији су: забрана мучења, нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања према члану 3, забрана ропства и принудног рада, дефинисана у члану 4, право на слободу и безбедност у члану 5, право на правично суђење у члану 6, право на склапање брака у

⁴ McCann and others v. United Kingdom, appl. no 18984/91, параграф 61.

⁵ C. Ovey and R. White, op. cit. стр.73.

⁶ Ibid, стр.6.

члану 12, право на делотворан правни лек у члану 13, забрана дискриминације у члану 14, право на образовање и право на слободне изборе у Протоколу 1, забрана смртне казне, осим у доба рата или непосредне ратне опасности, у Протоколу 6, и потпуна забрана смртне казне на основу Протокола 13.⁷

Чланови 2, 3, 4 и 7 Европске конвенције и Протоколи 6, 7 и 13 спадају у апсолутна права, што значи да никаква одступања у складу са чланом 15 нису дозвољена.⁸

У Европској конвенцији о људским правима, условна права се појављују када поједино право указује да држава може да га омета у неким случајевима, како би осигурала одређене интересе. Право на поштовање приватног и породичног живота у члану 8 је пример условног права. Међутим, држава ће морати да утврди да је мешање оправдано и апсолутно потребно у демократском друштву и мораће да покаже да је то у складу са законом и да се тиме штите важнији интереси. Коначни критеријум обавезује државу да покаже, примењујући доктрину пропорционалности, да је ово мешање у условно право било потребно да би се обезбедио неки легитимни циљ.⁹

Што се тиче Међународног пакта о грађанским и политичким правима (ICCPR), још у току његове израде истакнуто је да је право на живот најосновније од свих права. Без делотворне гаранције овог права, сва остала права била би лишена смисла. Као и у Европској конвенцији о људским правима, ово право је стављено у Пакт као материјално право. Оно је једно од недерогирајућих права у смислу члана 4(2), које никада не може бити суспендовано. У неким случајевима, за право на живот се сматрало да је постало део *jus cogens* по међународном праву.¹⁰

Члан 2 Европске конвенције, члан 4 Америчке конвенције о људским правима и члан 6(1) ICCPR експлицитно захтевају од држава да заштите право на живот законом. Пакт препознаје да ово право на постојање има свеобухватне ефекте, сличне онима на којима је класични концепт људских права заснован по рационалистичкој теорији природног права.

⁷ C. Ovey and R. White, *op. cit.*, стр.7.

⁸ *Ibid*, стр.7.

⁹ *Ibid*, стр.8.

¹⁰ M. Nowak, „International Covenant on Civil and Political Rights”, N.P. Engel, 2005, стр.121.

Неки сматрају да је једино природно право човека право на живот, мада подлеже бројним ограничењима.¹¹ Право на живот је прилично релативизирано, зато што испуњавање ове обавезе углавном зависи од националног законодавства. Кршење члана 6(1) може се претпоставити само када држава нема законе или су они недовољни за решавање конкретног проблема.¹²

Иако Европска конвенција о људским правима и њен члан 2 гарантују право на живот, Конвенција се мора посматрати као целина, јер и у њој садржана права не делују изоловано једна од других. Неки основни концепти и приступи - као што је концепт „закона“ и испитивања „леgitимног циља“, „неопходности“, „пропорционалности“, „непроизвољности“ и „правичне равнотеже“ - провлаче се као нити кроз структуру Конвенције и разних права која су у њој садржана. Такође постоје посебне везе између одређених чланова – на пример, у оквиру права на живот, између члана 2 (1) и Протокола бр. 6 и 13 када је у питању смртна казна, и између члана 2 (2) и члана 15 Конвенције. Случајеви који се односе на једно питање, штавише, често су подведени под различите чланове – као што је случај са вршењем абортуса, „помоћи“ приликом самоубиства и лекарским грешкама са фаталним исходом, између осталог – и у таквим случајевима, приступ Суда може се једино разумети позивањем на његове одлуке по свим релевантним члановима.

Врло је важна чињеница да Конвенција обично не намеће строге захтеве државама потписницама. Уместо тога, она поставља одређене минималне стандарде, истовремено дозвољавајући државама потписницама одређену слободу избора, „поље слободне процене“, у томе како да испуне те стандарде. Обим ове дискреције зависи од природе права, природе проблема и важности интереса о којима је реч, као и од постојања или одсуства европске (или шире) сагласности о материји која се разматра.¹³

Сумирајући праксу Европског суда за људска права (и где је то битно, Европске комисије за људска права, укинута Протоколом бр. 11 уз Конвенцију) у вези са

¹¹ З. Стојановић, “Право на живот као природно право човека”, Правни живот, бр. 9/1997, том 1, Београд, стр. 5.

¹² М. Nowak, *op. cit.*, стр.122.

¹³ D. Korff, “The right to life”, Human Rights handbooks no, 8, Council of Europe, 2006, стр.5.

применом члана 2 Конвенције, може се рећи да се на овај члан позива више када је реч о општим питањима, потом на остала права из Конвенције и у односу на питања која нису регулисана Конвенцијом (као што су остали европски стандарди или стандарди Уједињених нација), која се огледају у судској пракси.¹⁴

Конвенција о људским правима је формално део националних правних система већине држава чланица СЕ. Она у многим европским земљама има већи значај од домаћег права.¹⁵ Домаћи судови морају у својој пракси да поступају у складу са Европском конвенцијом, и то онако како је тумачи Европски суд за људска права.¹⁶

Право на живот је наведено прво зато што је оно најосновније људско право: уколико би неко могао произвољно бити лишен права на живот, сва остала права би постала илузорна. Живот човека је природна категорија, док је право на живот природно-правна категорија.¹⁷ Основна природа овог права је такође јасна из чињенице да је то право „недерогирајуће“; оно не може бити негирано чак ни у „време рата или друге јавне опасности која угрожава живот нације“ – иако, као што је речено касније, „смрт проузрокована законитим ратним поступцима“ не представљају кршење права на живот (члан 15(2)). Као што је Суд нагласио у пресуди Великог већа у предмету Мек Кан и остали против Уједињеног Краљевства:

“Члан 2 спада у једну од основних одредби Конвенције – одредбу која, у мирнодопско време, не признаје дерогацију по члану 15. Заједно са чланом 3 Конвенције [забрана мучења], оно такође оличава једну од основних вредности демократских друштава која чине Савет Европе.”¹⁸

Због тога је Суд наложио да „одредбе Конвенције морају бити строго тумачене.”¹⁹ Друга реченица члана 2(1) односи се на смртну казну, о којој ће такође бити посебно речи, са освртом на Протоколе бр. 6 и 13 уз Конвенцију, којима се ова укида казна у

¹⁴ *Op. cit.*, стр. 5.

¹⁵ *Op. cit.*, стр. 6.

¹⁶ *Op. cit.*, стр. 6.

¹⁷ Н. Јованчевић, „Право на живот и његова заштита у међународном кривичном праву”, *Правни живот*, бр. 9/2002, Београд, стр. 3.

¹⁸ *McCann v United Kingdom*, appl. no. 18984/91, параграф 147.

¹⁹ *Ibid*, параграф 147.

мирнодопско време (Протокол бр.6) или у свим околностима (Протокол бр.13) за оне државе које су ратификовале ове протоколе.²⁰

Члан 2 садржи два основна елемента, која су изражена у његова два става: општу обавезу да се право на живот заштити „законом“ (став 1) и забрану лишења живота, која је ограничена низом изузетака (став 2). Ово је слично структури чланова 8-11 Конвенције. Европска комисија и Суд за људска права су извели из ове структуре одређене важне концепте и тестове.²¹

Чланови 8 до 11 посебно прописују да ограничења права која су њима загарантована морају бити предвиђена „законом“, али по члану 2 само право мора бити „заштићено законом“. Ово даје додатну тежину праву: док се од држава генерално не тражи да укључе Конвенцију у домаће право,²² када је у питању право на живот, оне морају барем да имају законе којима се, у различитим контекстима, штити то право у обиму и на начин који је у складу са стандардима Конвенције садржаним у члану 2.^{23 24}

Концепт „закон“ овде мора, штавише, да се тумачи на исти начин као и у другим члановима (и у Конвенцији уопштено), тј. у смислу да прописује правила која су доступна и у разумној мери прецизна и предвидива у примени.²⁵

Члан 2 одобрава изузетке од права на живот само када је то „апсолутно нужно“ за постизање једног од циљева изложених у под-ставовима (2) (а)-(ц). Овде је опет реч о строжем тесту него што је то предвиђено одредбама Конвенције које дозвољавају ограничења права када је то једноставно „неопходно у демократском друштву“ за „леgitимне циљеве“ који су у њима наведени. Суд је то овако формулисао у предмету Мек Кен:

У овом погледу употреба термина „апсолутно нужно“ у члану 2, став 2, указује да мора да се употреби стриктнији и јачи тест неопходности од оних који се обичајено

²⁰D. Korff, *op.cit.*, стр. 7.

²¹Ibid.

²² Нпр., *James and others v. United Kingdom*, пресуда од 21. фебруара. 1986., став 84); *Свети манастири против Грчке*, пресуда од 9.12.1994., параграф 90.

²³Види расправу о домаћем праву у предмету *McCann*, параграфи 151-155.

²⁴D. Korff, *ibid.*, стр. 8.

²⁵ *Sunday Times v. United Kingdom (I)*, параграф 49, поновљено од тада у многим случајевима.

примењују када се утврђује да ли је радња државе „неопходна у демократском друштву“ по ставу 2 чланова 8 до 11 Конвенције. Посебно, употребљена сила мора бити строго пропорционална постизању циљева изложених у подставовима 2(а),(б) и (ц) члана 2.26

И док Конвенција предвиђа право на самоодбрану, ситуација је много сложенија у погледу других кривично-правних института, где се лишење живота не сматра противправним (нужна одбрана и крајња нужда). У погледу нужне одбране, владајуће теорије о њеним социјално-етичким границама не искључују могућност њеног постојања када се нападач лиши живота да би се одбио истовремени противправни напад на свој или живот другог лица.²⁷ Треба подвући да се овако брани једино живот. Нема других аргумената који би могли легитимирати повреду живота да би се заштитило неко друго добро, а не живот нападнутог лица.²⁸ Ситуација је још компликованија код института крајње нужде, који углавном дозвољава повреду права на живот другог лица ако се истовремена нескривљена опасност отклања тако да причињено зло није веће од оног које је претило.²⁹ Овде се живота лишава неко невино лице, а не нападач да би се спасио живот. Нека законодавстава у овом случају лишавања живота не искључују постојање кривичног дела, али се може искључити кривична одговорност³⁰. Овако негирање права на живот код института крајње нужде не иде у прилог ставу да је право на живот природно право човека³¹. Владајуће је схватање да члан 2 Европске конвенције нема значаја на право појединца на нужну одбрану, јер не регулише однос између појединаца, већ између државе и појединца³².

Коначно, Суд сматра да члан 2 намеће „позитивну обавезу“ државама да истраже смртне случајеве који су могли настати кршењем овог члана.

Овај процедурални захтев је прво био постављен у предмету Мек Кан, у вези са убиствима које су починили припадници британске специјалне полиције, следећим

²⁶ *McCann v. United Kingdom*, параграф 149.

²⁷ З. Стојановић, „Право на живот као природно право човека”, *Правни живот*, 9/1997, Београд, стр. 7.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ З. Стојановић, „Природно право на живот и кривично право”, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, бр.1/1998, Београд, стр. 10.

³¹ *Ibid.*, стр. 8.

³² З. Стојановић, „Коментар кривичног законика“, *Сл. гласник*, Београд, 2006, стр. 92.

речима: „Суд само напомиње, као и Комисија, да би општа законска забрана произвољног убијања од стране припадника државних органа била неделотворна, у пракси, ако није постојала никаква процедура преиспитивања законитости употребе смртоносне силе од стране државних органа. Обавеза заштите права на живот по овој одредби, читана заједно са општом обавезом државе по члану 1 Конвенције да „обезбеди свакоме у оквиру своје надлежности права и слободе одређене у овој Конвенцији“, безусловно захтева да би морао да постоји неки облик делотворне службене истраге, када је појединац убијен као последица употребе силе од стране, *inter alia*, припадника државних органа.^{33 34}

Члан 2 штити „свачије“ право на живот. Живот овде значи људски живот: право на живот животиња и право на постојање правних лица није обухваћено овим чланом. Животиње нису „особе“ и отуда нису укључене у концепт „свакога“ (*toute personne*), и зато уопште нису заштићене Конвенцијом. Правна лица као што су привредна друштва су „особе“ и могу да се позову на Конвенцију у одређеним аспектима, нпр. у погледу аспекта права на имовину³⁵ и права на правично суђење у утврђивању њихових грађанских права и обавеза.³⁶ На право слободе изражавања могу да се позову новинска предузећа и издавачи,³⁷ удружења у погледу слободе удруживања,³⁸ и верска удружења на право слободе вероисповести.³⁹ Али ниједно од њих нема „живот“ у смислу члана 2.

Универзалност, међузависност и недељивост, једнакост и недискриминација, и идеја да људска права подразумевају права и обавезе - јесу основни принципи постављени у Универзалној декларацији о људским правима (UDHR), који се такође понављају у бројним међународним конвенцијама, декларацијама и резолуцијама о људским правима.

³³ *McCann v. United Kingdom*, параграф 161.

³⁴ *D. Korff*, *ibid*, стр. 8.

³⁵ Нпр., *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*. Имати у виду да члан 1, Првог Протокола изричито даје право мирног уживања нечије имовине „сваком физичком или правном лицу; то је једина одредба те врсте у Конвенцији и њеним додатним протоколима.

³⁶ Нпр., *TreTraktörer Aktiebolag v. Sweden*.

³⁷ Нпр., *Observer and Guardian v. the United Kingdom*; *Sunday Times v. the United Kingdom*; *Informationsverein Lentia v. Austria*.

³⁸ *VATAN (People's Democratic Party) v. Russia*, appl. no. 47978/99.

³⁹ *Pastor X and the Church of Scientology v. Sweden*, appl. no.7805/77.

Конвенција не разјашњава шта „живот“ јесте, нити када – и тиме заштита из њеног члана 2 – почиње или се завршава. Заправо, у одсуству европске (или светске) сагласности на правном и научном нивоу по том питању, Комисија није била вољна, као ни Суд данас, да постави прецизне стандарде у том смислу. Суд је закључио у предмету Во против Француске:

“... питање када право на живот почиње долази из поља слободне процене коју Суд уопштено сматра да би државе требало да уживају у овој области без обзира на еволутивно тумачење Конвенције, један „живи инструмент који мора да буде тумачен у светлу садашњих околности“[...], Разлози за овакав закључак јесу, прво, да питање такве заштите није разрешено у оквиру већине самих држава потписница, нарочито у Француској, где је то предмет расправе, и друго, да нема европске сагласности о научној и правној дефиницији почетка живота...”

Имајући у виду наведено, Суд је уверен да „нити је пожељно, па чак ни могуће, како ствари стоје, апстрактно одговорити на питање да ли је нерођено дете особа за потребе члана 2”.⁴⁰ Уместо да наметну јединствени стандард, Комисија и Суд су тако оценили и оцењују питања која се односе на почетак живота, од случаја до случаја, остављајући значајну слободу државама да саме уреде предметне ствари, све док им приступају на одговарајући начин, посебно дајући одговарајућу тежину различитим интересима у питању и пажљиво одржавајући равнотежу тих интереса. Ово може да се види из судске праксе органа Конвенције о намерном прекиду трудноће (*abortus provocatus*; у даљем тексту једноставно „абортус“), еутаназии и помоћи код самоубиства.

Када су у питању УН, у којој мери право на живот може бити ефикасно заштићено зависи од обима заштите права, као што је потврђено од стране Комитета за људска права. Ако је право на живот дефинисано као право на заштиту од самовољног убиства, обавезе државе би биле ограничене на кривичну забрану убиства. Међутим, овај Комитет је проширио обим заштите како би укључио остале претње по живот, као

⁴⁰ *Vo v. France*, appl. no. 53924/00, параграфи 82 и 85. У пресуди, Суд чини опсежно позивање на Овиедо Конвенцију о људским правима и биомедицини, њен Додатни Протокол о забрани клонирања људских бића и Нацрт додатног Протокола о биомедицинским истраживањима (параграфи 35-39), на мишљење о моралним аспектима истраживања које укључује употребу људског ембриона, усвојено 1998. од стране Европске групе за етику у науци и новим технологијама (параграф 40), и на упоредно право (параграф 41). Као што је Суд истакао, друге Конвенције и протоколи не дефинишу концепт „људског бића“ (параграф 84).

што су неухрањеност, болести опасне по живот, нуклеарна енергија или оружани сукоб. Комитет сматра да би државе требало да предузму све могуће мере да смање смртност код деце и продуже животни век и да би државе требало да штите људски живот од опасности од нуклеарног отпада.⁴¹

Како наводи члан 6(1) ICCPR-а, посебна обавеза заштите права на живот је обавезујућа за законодавне органе. Друге обавезе, као што су предузимање судских, управних или других мера, могу се извести из опште обавезе да се осигурају права из члана 2(1) и (2). Комитет је такође истакао да су државе потписнице обавезне да детаљно истраже све смртне случајеве који се приписују држави или случајеве нестанка лица и да држава има обавезу да спречи рат, геноцид и остале облике масовног насиља. Што се тиче ухапшених лица, од државе се захтева да обезбеди храну и лечење, а пропуст да се спречи самоубиство може представљати кршење члана 6(1).⁴² Право на живот, са свом својом ширином, дозвољава да се његов обим примене прошири и на колективна права треће генерације и забрану средстава масовног уништења.⁴³

Оружани сукоби и даље представљају највећу опасност по људски живот. У том смислу, Комитет успоставља спречавање рата, геноцида и осталих дела масовног насиља која изазивају произвољно лишење живота као врховну дужност за државу. Комитет је отишао чак један корак даље и одредио да су пројектовање, тестирање, произвођење и употреба нуклеарног оружја међу највећим опасностима за право на живот са којима се човечанство данас суочава. И поред тога што је прихваћена консензусом, ова новина је наишла на жестоке критике и полемике.⁴⁴

Држава је дужна да заштити право на живот од произвољног убијања. Међутим, ова обавеза није апсолутна. Упркос критиковању неодређености израза „произвољно“ и покушајима прављења листа свих могућих случајева произвољног одузимања живота, постигнута је сагласност да би израз требало ограничити на одређене околности

⁴¹ M. Nowak, op. cit., стр.123.

⁴² M. Nowak, op. cit., стр.124.

⁴³ B. G. Ramcharan, "The Right to life", Netherlands International Law review, 1983, T. M. C. Asser Press, The Hague, стр. 302-304.

⁴⁴ M. Nowak, op. cit.,стр.125.

појединачног случаја и на пропорционалност, што додатно отежава разумевање појма in abstracto. 45

Примена најстроже, смртне казне за особе испод 18 година је забрањена. Међутим, овај изузетак у корист малолетника није прошао без полемике у Комитету за људска права и на Генералној скупштини, јер би то значило да су остале посебне групе, као што су ментално заостали или стари, биле дискриминисане.

Коначно, постоје неки проблеми медицинске, моралне и правне природе у вези са чланом 6 Пакта. Са напретком технологије и науке, тешко је направити разлику колико се далеко протеже одговорност државе да штити право на живот. Генетски инжењеринг и клонирање директно се тичу питања живота и достојанства људских бића. Члан 13 Конвенције о људским правима и биомедицини Савета Европе из 1997. године прописује да интервенција на људском геному мора бити ограничена на превентивне, дијагностичке или терапеутске сврхе без мењања или утицаја на геном потомства. Члан 21 прописује да се никакав профит не сме стицати од употребе људског тела и његових делова. Први Додатни протокол уз ову Конвенцију из 1998. године тражи забрану клонирања људи. У напору да спречи етичке и моралне проблеме које би неизбежно настали клонирањем људи, СЕ је позвао Сједињене Америчке Државе и остале нације да се придруже европским напорима против клонирања људских бића. Ово је још важније имајући у виду да не постоје универзални споразуми који су на снази у вези са биомедицином и клонирањем.⁴⁶

II.1. Право на живот у међународним правним инструментима

Обавезе утврђене међународним правом људских права су правно обавезујуће за државе које ратификују различите споразуме. Обавеза да штите и остварују људска права значи да државе морају да се уздрже од мешања у, или ограничавања уживања људских права. Од држава се захтева да предузму позитивну акцију да би

⁴⁵ Ibid, стр.129.

⁴⁶ Од значаја је Универзална декларација о геному и људским правима, усвојена у оквиру УНЕСКА 11. новембра 1997. године, али она није правно обавезујућа.

олакшале очување основних људских права,⁴⁷у складу са споразумним обавезама и дужностима које су преузеле. Из тог разлога, домаћи правни систем би требало да обезбеди примарну заштиту људских права гарантовану међународним правом. У случајевима када домаћи правни поступци пропусте да одлуче има ли кршења људских права или не, појединци или групе могу се жалити на регионалном или светском нивоу, користећи различите процедуре и механизме које постоје да би осигурали заштиту, примену и спровођење стандарда међународних људских права.⁴⁸

ГС УН је усвојила Универзалну декларацију о људским правима (UDHR) 10. децембра 1948. године. Иако сама по себи није правно обавезујућа, UDHR је допринела стварању богатог корпуса међународних споразума о људским правима (већина њих су правно обавезујући) и развоју људских права у целом свету.

ГС УН је прогласила UDHR заједничким стандардом достигнућа за све народе и све нације, са циљем да би сваки појединац требало да тежи да осигура опште и делотворно поштовање тих права.

UDHR је основ међународног права људских права. Основна људска права и битне слободе су неотуђива и једнако применљива на свакога, пошто су људи рођени слободни и једнаки у достојанству и правима без обзира на своју националност, место пребивалишта, пол, национално или етничко порекло, боју, веру, језик или било који други статус.⁴⁹

Принципи које је утемељила Универзална декларација о људским правима су основ за преко 80 међународних и регионалних пактова и декларација о људским правима, националних повеља о људским правима и уставних одредби. Ови инструменти творе свеобухватни правни систем за признавање и заштиту људских права.⁵⁰

Међународни пакт о грађанским и политичким правима (ICCPR) и Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима (ICESCR) ступили су на снагу 1976.

⁴⁷ Универзална декларација о људским правима, „темељ међународног права о људским правима.“

<http://www.un.org/en/documents/udhr/hr_law.shtml>.

⁴⁸ http://www.un.org/en/documents/udhr/hr_law.shtml.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Универзална декларација о људским правима. <<http://www.un.org/en/documents/udhr/>>.

године. Овим пактовима проширују се права утврђена Универзалном декларацијом, укључујући право на живот. Државе које су ратификовале пактове имају правну обавезу да штите та права. Универзална декларација о људским правима и два пакта заједно творе Међународну повељу о људским правима.⁵¹

Док Међународна повеља о људским правима отелотворује основна права свих појединаца, каснији међународни споразуми о људским правима су се фокусирали на одређена питања и друштвене групе које захтевају посебну бригу и заштиту. Ови споразуми обрађују *inter alia* питања у вези са мучењем и присилним нестанцима, која су од велике важности у контексту права на живот. Како се корпус међународног права о људским правима буде ширио, тако ће се заштита основних људских права проширити да укључује посебно рањиве групе.⁵²

У члану 3 Универзалне декларације о људским правима наводи се да свако има право на живот, слободу и личну безбедност.⁵³ Ова веза између права на живот, слободе и безбедности је важна, јер наглашава познату чињеницу да се врло често најозбиљнија кршења људских права заиста дешавају током притвора, и изолације.

Други инструмент од великог значаја јесте Међународни пакт о грађанским и политичким правима (ICCPR)⁵⁴, усвојен и отворен за потпис, ратификацију и приступање резолуцијом ГС УН 2200А (XXI) од 16.12.1966., који је ступио на снагу 23.3.1976.⁵⁵

Овај међународни споразум о грађанским и политичким правима утврђује право на живот у члану 6.

⁵¹ Ibid.

⁵² Ibid.

⁵³ Универзална декларација о људским правима. <<http://www.un.org/en/documents/udhr/>>.

⁵⁴ Усвојена и отворена резолуцијом ГСУН за потписивање, ратификацију и приступање 2200А (XXI) од 16.децембра 1966.

⁵⁵ Канцеларија Високог комесара за људска права Уједињених нација, „Међународни пакт о грађанским и политичким правима.“ <<http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>>.

Поред тога, члан 4 прописује да државе не могу да одступе од члана 6, чак ни у време ванредног стања.⁵⁶

Усаглашеност држава са ICCPR надгледа Комитет за људска права, тело састављено од независних стручњака. Комитет прима редовне извештаје од држава уговорница о томе како се права спроводе. Државе морају да поднесу извештај годину дана после приступања Пакту и затим на захтев Комитета, што је обично сваке четврте године. Он испитује сваки извештај и упућује своје препоруке држави уговорници у облику „закључних примедби“.⁵⁷

Додатно, члан 41 ICCPR-а предвиђа да Комитет разматра жалбе између држава. Штавише, Комитет може да испита појединачне жалбе предвиђене Првим опционим протоколом уз Пакт. Надлежност Комитета се протеже до Другог опционог протокола уз Пакт о укидању смртне казне у вези са државама које су прихватиле Протокол. ⁵⁸

Следећи инструмент од великог значаја у овом контексту је Конвенција о спречавању и кажњавању злочина геноцида.⁵⁹

Стране уговорнице сматрају да је геноцид злочин по међународном праву, супротан духу и циљевима УН-а и осуђен од цивилизованог света. Оне су препознале да је у свим периодима историје геноцид наносио велике губитке човечанству. Конвенција о спречавању и кажњавању злочина геноцида је кратак инструмент и састоји се од 19 чланова.⁶⁰ Њен члан 1 прописује:

„Стране потписнице потврђују да је геноцид, без обзира да ли је почињен у доба мира или у доба рата, злочин по међународном праву који се оне обавезују да спрече и казне“.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Усвојена Резолуцијом 260 (III) А од стране ГС УН 9. децембра 1948. године, ступила је на снагу 12. јануара 1951. године.

<<http://www.preventgenocide.org/law/convention/text.htm>>.

⁶⁰ Ibid.

Од интереса је подједнако и члан 9, који указује на надлежност Међународног суда правде у случају спора: „спорови између страна уговорница који се односе на тумачење, примену и извршење Конвенције, укључујући оне који се односе на одговорност државе за геноцид или за било који од других аката набројаних у члану 3, биће поднети Међународном суду правде на захтев било које стране у спору.“⁶¹

Владе предузимају успостављање различитих мера на домаћем терену и законодавства у складу са споразумним обавезама и дужностима које су ратификовале. Из тог разлога, домаћи правни систем би требало да обезбеди главну заштиту људских права гарантовану међународним правом. У случајевима када домаћи правни поступци пропусте да означе да има кршења људских права, појединци или групе могу да се жале на регионалном или међународном нивоу, користећи различите процедуре и механизме који постоје да би осигурали заштиту, примену и спровођење стандарда међународних људских права.⁶²

Уједињене нације су се бавиле темом погубљења по кратком поступку. 1980. године Комисија за људска права установила је Радну групу о принудним или недобровољним нестанцима, што је водило упостављању мандата за прека и произвољна погубљења. Положај Специјалног известиоца, одговорног за састављање свеобухватног извештаја за Комисију о појави и обиму праксе произвољних погубљења и погубљења по кратком поступку, утврђен је 1982. године. 1992. године Комисија за људска права је обновила мандат Специјалном известиоцу и проширила је назив мандата укључујући „вансудска“ као и „прека или произвољна“ погубљења. Ова промена одражава усвајање ширег приступа мандата погубљењима који укључује сва кршења права на живот, укључујући родни угао посматрања погубљења. Обавезе Специјалног известиоца укључују испитивање ситуација вансудских, преких или произвољних погубљења, предузимајући мисије проналажења чињеница када је то потребно и припремање годишњег извештаја за Савет за људска права, који је заменио Комисију за људска права. Додатно, Специјални извештај је одговоран за скретање пажње и реаговање на информације које се тичу било којих вансудских, преких или

⁶¹ Ibid.

⁶²Универзална декларација о људским правима, „темељ међународног права о људским правима.“
<http://www.un.org/en/documents/udhr/hr_law.shtml>.

произвољних погубљења што захтева непосредну пажњу како би рана акција предупредила даља кршења. После посета појединим земљама, Специјални извештач треба да побољша дијалог са Владом и да надгледа примену нових препорука и постојећих међународних стандарда о мерама превенције и ограничењима које се односе на наметање најстроже казне.⁶³

II.2. Регионални инструменти

Африка је један од три континента који има свој регионални систем заштите људских права (преостала два су Европа и Америка). Земље Африке које су чланице Организације афричког јединства (ОАЈ), „уверене у своју дужност да промовишу и штите људска права и права народа и слободе узимајући у обзир важност која је традиционално везана за ова права и слободе у Африци“, потписале су 1981. године Афричку повељу о људским и правима народа ⁶⁴, је главни афрички правни инструмент за заштиту људских права.⁶⁵

Члан 4 ове Повеље утврђује:

„Људска бића су неприкосновена. Свако људско биће има право да се поштује његов живот и целокупност његове личности. Нико не може бити самовољно одузето ово право“.⁶⁶

Афричка Повеља о правима и добробити детета је ступила на снагу 29. новембра 1999. године. Она потврђује приврженост принципима права и добробити детета садржаним

⁶³ Канцеларија Високог комесара за људска права (OHCHR), “Специјални извештач о вансудским, преким или произвољним погубљењима.” <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Executions/Pages/SRExecutionsIndex.aspx>>.

⁶⁴ Усвојена 27. јуна 1981. године, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), ступила на снагу 21. октобра 1986. године.

⁶⁵ Одлука 115 (XVI) донета од стране Скупштине шефова држава и влада на свом 16. Редовном заседању у Монровији, Либерија, од 17. до 20. јула 1979. године.

⁶⁶ Афричка повеља о правима и добробити детета, OAU Doc. CAB/LEG/24.9/49 (1990), ступила на снагу 29. новембра 1999. <http://www.africa-union.org/official_documents/Treaties

у декларацији, конвенцијама и другим инструментима ОАЈ и УН, а посебно у Конвенцији УН о правима детета.⁶⁷

Афричка Повеља о правима и добробити детета⁶⁸ која пре свега има за циљ да промовише добробит детета и да заштити право детета да не буде осуђено на смрт. У свом члану 5, у вези са опстанком и развојем детета, она наводи:

„1. Свако дете има рођењем дато право на живот. Ово право ће бити заштићено законом.

2. Државе потписнице ове Повеље ће обезбедити, у највећој могућој мери, опстанак, заштиту и развој детета.

3. Смртна казна се неће изрицати за злочине почињене од стране деце.“⁶⁹

Члан 21 овог инструмента предвиђа заштиту деце од штетних друштвених и културних пракси:

„1. Државе потписнице ове Повеље ће предузети све одговарајуће мере да одстране штетне друштвене и културне праксе које утичу на добробит, достојанство, нормално одрастање и развој детета и нарочито:

(а) обичаја и пракси штетних по здравље или живот детета.“⁷⁰

Државе америчког континента су створиле регионалну установу, Организацију америчких држава (ОАД). Основана је 1948. године, потписивањем Повеље ОАД у Боготи, Колумбија, која је ступила на снагу децембра 1951. године. Идеја о оваквом регионалном повезивању америчких држава потиче од Прве међународне конференције америчких држава, одржане у Вашингтону, од октобра 1889. године до априла 1890. године, која је одобрила оснивање Међународне уније америчких република. Организација окупља свих 35 америчких независних држава и 67 држава

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ OAU Doc. CAB/LEG/24.9/49 (1990), ступила на снагу 29. новембра 1999. године.

⁶⁹ Ibid, <http://www.africa-union.org/official_documents/Treaties.

⁷⁰ Ibid.

које имају статус сталног посматрача, као и ЕУ.71 ОАД укључује неколико структура за заштиту људских права.⁷²

Америчка конвенција о људским правима је најважнији правни инструмент на америчком континенту који се тиче људских права. Њена намера је, као што преамбула наводи, да „очврсне у овој хемисфери, у оквиру демократских установа, систем личне слободе и друштвене правде засноване на поштовању суштинских права човека“. Америчка конвенција о људским правима, позната и као Пакт из Сан Хозеа, Костарика, разматра принципе утврђене Повељом ОАД, Америчком декларацијом о правима и дужностима човека и UDHR-ом. Тела која су одговорна за надгледање поштовања Конвенције су Међу-амерички суд за људска права и Међу-америчка комисија за људска права.

У члану 4, Америчка конвенција о људским правима налаже обавезу држава потписница да заштите живот од зачећа.⁷³

Члан 27 прописује, слично члану 15 Европске конвенције, да право на живот није могуће дерогирати ни под којим условима.

Члан 22, који штити слободу кретања и настањивања, гарантује странцу право на живот, уколико депортација може да доведе до повреде овог основног људског права у његовој/њеној земљи порекла:

„8. Ни у ком случају страни држављанин не може бити депортован или враћен у земљу, без обзира да ли је то или не земља његовог порекла, ако у тој земљи његово право на живот или лична слобода могу да буду угрожени због расе, националности, вере, друштвеног статуса или политичког опредељења.“

Америчка конвенција о људским правима даље је развијена додатним Протоколом уз Америчку конвенцију о људским правима за укидање смртне казне.⁷⁴

⁷¹ http://www.oas.org/en/about/who_we_are.asp.

⁷² Ibid.

⁷³ Ibid.

Члан 4 Америчке конвенције о људским правима уважава да свако има неотуђиво право на поштовање сопственог живота, право које не може бити дерогирано из било ког разлога. С обзиром да „укидање смртне казне помаже да се осигура делотворнија заштита права на живот“, у члану 1 Протокола утврђено је да државе потписнице овог протокола неће примењивати смртну казну на својој територији према било којој особи која је под њиховом надлежношћу.⁷⁵

Члан 2 предвиђа:

1. Никакве резерве се не могу стављати на овај Протокол. Међутим, у време ратификације или приступања, државе потписнице овог инструмента могу да изјаве да задржавају право да примене смртну казну у време рата у складу са међународним правом, за крајње озбиљне злочине војне природе.

Следећи регион који заслужује да се помене је Европа, и ту вреди почети са Европском унијом. ЕУ је јединствено економско и политичко партнерство између 27 европских држава, створена по завршетку Другог светског рата. Она делује кроз мешовити систем наднационалних независних установа и одлука донетих између влада, на основу договора држава чланица.⁷⁶

Најважнији инструмент људских права представља Повеља Европске уније о основним правима, потписана и проглашена од стране председника Европског парламента, Савета и Комисије на састанку Европског Савета у Ници 7. децембра 2000. године. „Ова Повеља потврђује, уз дужно поштовање овлашћења и задатака Заједнице и уније и принципа супсидијарности, права која проистичу, нарочито, из уставних традиција и међународних обавеза заједничких државама чланицама, Уговора о Европској унији, Уговора заједнице, Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, Повеља о социјалним правима усвојених од стране Заједнице и од стране

⁷⁴ O.A.S. Treaty Series No. 73 (1990), усвојен 8. јуна 1990. године.

⁷⁵ „Протокол уз Америчку конвенцију о људским правима о укидању смртне казне.“ <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-53.html>>.

⁷⁶ Ibid.

Савета Европе, и судске праксе Суда правде Европске заједнице и Европског суда за људска права“.⁷⁷

Повеља о основним правима Европске уније⁷⁸ установљава читав низ грађанских, политичких, економских и друштвених права грађана Европе и свих лица која бораве у Европској унији. У члану 2 Повеље прописано је да:

1. Свака особа има право на живот.
2. Нико не сме да буде осуђен на смртну казну или погубљен.

Савет Европе је основан 5. маја 1949. године, од стране 10 земаља. Његов циљ је да промовише сарадњу између држава чланица и у Европи у различитим областима, нарочито у области људских права, владавине закона и демократског развоја.⁷⁹ Члан 2 његове Конвенције о људским правима представља тему овог рада. Рад ће детаљно анализирати и друге стандарде СЕ у овој области, од бројних препорука до других конвенција.

II.3. Међународно хуманитарно право

Међународно хуманитарно право је ратно право или право оружаних сукоба. То је скуп правила која налажу ограничавање последица оружаних сукоба из хуманитарних разлога. Међународно хуманитарно право је део међународног права, које је састављено од правила која уређују односе међу државама уговорницама и садржаним у договорима између држава уговорница – споразумима или конвенцијама, у обичајним правилима, који садрже праксу држава коју оне сматрају правно обавезујућом, и у општим принципима. Међународно хуманитарно право регулише да

⁷⁷ Повеља о основним правима Европске уније
<http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf.

⁷⁸ Потписана и проглашена од стране председника Европског парламента, Савета и Комисије на састанку Савета Европе у Ници 7. децембра, 2000. године. Њен правни статус је био нејасан и није имала пуно правно дејство до ступања на снагу Лисабонског уговора 1. децембра 2009. године.

⁷⁹ Савет Европе је основан Лондонским уговором. Статут Савета Европе је потписан у Лондону од стране десет држава: Белгије, Данске, Француске, Ирске, Италије, Луксембурга, Холандије, Норвешке, Шведске и Уједињеног Краљевства.

ли држава може заправо да употреби силу, док међународно кривично право прописује шта су то међународна кривична дела и намеће државама обавезу гоњења и кажњавања за њих.⁸⁰

Женевске конвенције које су усвојене пре 1949. године бавиле су се само борцима, не и цивилима. Конвенције које су усвојене 1949. године⁸¹ узимају у обзир искуства Другог светског рата. Њихов велики део сачињавају правила која уређују положај и поступак према заштићеним особама.⁸² Женевске конвенције и њихови Додатни протоколи штите људе који не учествују у борбама (цивиле, медицинско особље, хуманитарне раднике) и оне који више не могу да се боре (рањени, болесни, бродоломници и ратни заробљеници).⁸³

Прва Женевска конвенција штити рањене и болесне војнике на копну током рата. Она представља четврту ажурирану верзију Конвенције о овом питању. Она пружа заштиту рањенима и болеснима, али исто тако и медицинском и верском особљу, медицинским јединицама и медицинским транспортима.⁸⁴

Друга Женевска конвенција штити рањене, болесне и бродоломничко војно особље на мору током рата.

Трећа Женевска конвенција се примењује на ратне заробљенике. Она установљава принцип да ће ратни заробљеници бити ослобођени и враћени без одлагања после престанка активних непријатељстава.⁸⁵ Нажалост, историја је препуна примера где су ови заробљеници били брутално убијани.

⁸⁰ А. Касезе, „Међународно кривично право”, Београдски центар за људска права, Београд, 2005, стр. 17. Видети такође З. Стојановић, „Међународно кривично право”, Правна књига, Београд, 2012.

⁸¹ Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August 1949.

⁸² Женевске конвенције од 12.8.1949.године, Међународни комитет Црвеног Крста, Женева pp.153-221.

<<http://www.icrc.org/eng/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>>.

⁸³ Видети у Ђ. Јовашевић, “Кривична одговорност и кажњивост за злочин против човечности”, Правни живот, бр. 9/2011, том I, Београд, стр. 233.

⁸⁴ Међународни комитет Црвеног Крста, Женевске конвенције из 1949.године и њихови Додатни протоколи.

<<http://www.icrc.org/eng/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>>.

⁸⁵ Ibid.

Четврта Женевска конвенција пружа заштиту цивилима, укључујући и оне на окупираној територији. Догађаји из Другог светског рата су показали кобне последице непостојања конвенције за заштиту цивила у ратним околностима. Конвенција садржи кратки одељак у вези са општом заштитом становништва од одређених последица рата, без решавања руковођења непријатељстава, што је касније обрађено у Додатним протоколима из 1977. године. 86

Постоје три Додатна протокола уз Женевску конвенцију: 87

- Додатни протокол I: односи се на заштиту жртава међународних оружаних сукоба;
- Додатни протокол II: односи се на заштиту жртава не-међународних оружаних сукоба. 88

Члан 57 Додатног протокола уз Женевске конвенције од 12. августа 1949. године, и који се односе на заштиту жртава међународних оружаних сукоба (Протокол I), од 8. јуна 1977. године, који прописује мере предострожности током напада, наводи:

1. У спровођењу војних операција, мора се водити рачуна о томе да буде поштеђено цивилно становништво, цивили и цивилни објекти.
2. Што се тиче напада, налажу се следеће мере предострожности:
 - (а) они који планирају или који одлучују о нападу морају:
 - (i) да учине све што је у њиховој моћи да буду сигурни да циљеви које треба нападнути нису цивили нити цивилни објекти и нису предмет посебне заштите, али су војни циљеви у смислу става 2 члана 52, и да одредбама овог Протокола не забрањују вршење напада;

⁸⁶ ICRC, Женевска конвенција из 1949. године и њихови Додатни протоколи.

<<http://www.icrc.org/eng/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>>.

⁸⁷ Међународно хуманитарно право – Споразуми и документи, додатни Протокол уз Женевску конвенцију од 12. септембра 1949. и у вези са Заштитом жртава међународних оружаних сукоба (Протокол I), 8. јуна 1977. <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/full/470?opendocument>>.

⁸⁸ Додатни протокол III: који се односи на Усвајање додатног амблема, симбола за разликовање, Међународно хуманитарно право – Споразуми и документи, Конвенција (IV) у односу на заштиту цивилних особа у време рата, Женева, 12. августа 1949. године.

<<http://www.icrc.org/ihl.nsf/>.

(ii) предузму све мере предострожности при избору средстава и начина извођења напада, са циљем да се избегну и у сваком случају минимизирају, случајни губици цивилних живота, повређивање цивила и штете на цивилним објектима;

(iii) да се уздрже од доношења одлуке да се покрене било који напад за који се може очекивати да ће изазвати случајне губитке цивилних живота, повређивање цивила, штету на цивилним објектима или комбинацију тога, која би била несразмено велика у односу на конкретну и очекивану директну војну предност.⁸⁹

Члан 75, који одређује основне гаранције, забрањује следећа дела под било којим околностима, без обзира да ли су почињена од стране цивила или војног лица: насиље над животом, здрављем или физичком или душевном добробити лица, а нарочито убиство.⁹⁰

Поменуте конвенције и протоколи представљају довољан основ и нужан захтев националним законодавствима да пропишу кривична дела ратних злочина, са свим неопходним елементима ових кривичних дела⁹¹, нарочито оних која повређују право на живот.

II.4. Специјални међународни трибунали

Међународни кривични трибунал за бившу Југославију (Хашки трибунал) је основан од стране Савета безбедности Уједињених нација у мају 1993. године, у складу са Поглављем VII Повеље УН⁹², а као одговор на масовне злочине који су се десили у бившој Југославији.

Међународни трибунал има овлашћење да кривично гони особе које су одговорне за озбиљна кршења међународног хуманитарног права почињена на територији бивше

⁸⁹ Члан 57 Додатног протокола уз Женевске конвенције.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ А. Игњатовић, “Међународна правна заштита живота људи у оружаном сукобима”, Правни живот, бр. 9/2005, том I, Београд, стр. 46.

⁹² About ICTY, <<http://www.icty.org/sections/AbouttheICTY>>.

Југославије од 1991. године⁹³, и да на тај начин допринесе обнови и одржавању мира у региону.

До сада је више од 60 појединаца осуђено, а тренутно се више од 40 људи⁹⁴ налази у различитим фазама поступка пред Трибуналом.⁹⁵

“Признавајући да су се у Руанди десила озбиљна кршења међународног права”, СБ УН је створио Међународни кривични трибунал за Руанду да би кривично гонио организаторе и вође геноцида из 1994. године, а на основу Главе VII Повеље УН.⁹⁶

Статутом Међународног кривичног трибунала за Руанду установљене су надлежности овог тела, „које има овлашћење да кривично гони особе одговорне за озбиљне повреде међународног хуманитарног права почињене на територији Руанде, као и држављане Руанде одговорне за таква кршења почињена на територији суседних држава.”⁹⁷

Међународни трибунал за Руанду (члан 2 Статута) има овлашћења да кривично гони лица која су починила геноцид, и дефинише га као „убијање чланова групе, наношење озбиљних телесних или душевних повреда члановима групе, смишљено наметање групи животних услова срачунато да доведе до њеног физичког уништења, у потпуности или делимично намећући мере усмерене на спречавање рађање деце у групи, и принудно премештање деце из једне групе у другу.”⁹⁸

⁹³ Ажурирани Статут Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију. Усвојен 25. маја 1993. Резолуцијом 827, измењен последњи пут 7. јула 2009. године. Резолуцијом СБ УН 1877.

⁹⁴ 38 случајева у преткривичном поступку, поступку суђења и жалбеном поступку и 13 пренетих случајева.

⁹⁵ Кључне статистике случајева код Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију (Key Figures of ICTY cases), незванични документ, ажуриран 13. септембра 2011.

⁹⁶ О овом трибуналу видети опширније у D. L. Johnson, “The International Tribunal for Rwanda”, *International Review of Penal Law*, 1-2/1996, Eres, Toulouse, стр. 211-233.

⁹⁷ Статут Међународног кривичног трибунала за кривично гоњење особа одговорних за геноцид и друга озбиљна кршења међународног хуманитарног права почињена на територији Руанде и држављане Руанде одговорне за геноцид и друга таква кршења почињена на територији суседних држава. Усвојен Резолуцијом 955 Савета безбедности (1994) од 8. новембра 1994. Измењен Резолуцијама 1165 Савета безбедности (1998) од 30. априла 1998., 1329(2000) од 30. новембра 2000., 1411 (2002) од 17. маја 2002. и 1431 (2002) од 14. августа 2002.

⁹⁸ Tribunal penal international pour le Rwanda. <<http://www.unictr.org/>>.

Казни подлежу и друга дела (удруживање ради вршења геноцида, директно и јавно подстицање на вршење геноцида, покушај вршења геноцида, саучесништво у геноциду), као и вршење других дела као што су убиство и истребљење.

Специјални суд за Сијера Леоне⁹⁹ је основан 16.1.2002. године, од стране владе Сијера Леонеа и УН-а. Он је одговоран да „кривично гони особе које носе највећу одговорност за озбиљна кршења међународног хуманитарног права и закона Сијера Леонеа почињена на територији Сијера Леонеа од 30.11.1996. године, укључујући и оне вође које су вршењем тих злочина¹⁰⁰ представљале претњу успостављању и спровођењу мировног процеса у Сијера Леонеу.“¹⁰¹ Специјални суд је први међународни кривични суд који се у потпуности финансира добровољним прилозима влада.¹⁰²

Према члану 3, Специјални суд има овлашћење да кривично гони особе које су починиле или су наредиле вршење дела која представљају озбиљну повреду члана 3 заједничког Женевским конвенцијама од 12.8.1949. године за Заштиту жртава рата и Допунског Протокола II од 8.6.1977. године.¹⁰³ У повреди члана 3 спадају:

а. Насиље над животом, здрављем и физичком или душевном добробити особа, нарочито убиства као и сурово поступање као што су мучење, сакаћење или било који облик телесног кажњавања.¹⁰⁴

На основу захтева Владе Либана¹⁰⁵, основан је међународни трибунал назван Специјални трибунал за Либан¹⁰⁶ који је добио надлежност „над лицима одговорним за напад од 14.2.2005. године, који је довео до смрти бившег либанског премијера Рафика Харирија и до смрти или повређивања других особа.“ Трибунал је такође

⁹⁹ Основан Уговором између УН и владе Сијера Леонеа у складу са Резолуцијом 1315 СБ од 14. августа 2000. године.

¹⁰⁰ Статут Специјалног суда за Сијера Леоне, члан 1 (надлежност).

¹⁰¹ Статут Специјалног суда за Сијера Леоне. <<http://www.sc-sl.org/LinkClick>.

¹⁰² Седми годишњи извештај Суда за Сијера Леоне. <<http://www.sc-sl.org/LinkClick>.

¹⁰³ Статут Специјалног суда за Сијера Леоне. <<http://www.sc-sl.org/LinkClick>.

¹⁰⁴ Статут Специјалног суда за Сијера Леоне. <<http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=uClnd1MJeEw%3d&tabid=176>>.

¹⁰⁵ Уговор између УН и Републике Либан у складу са Резолуцијом 1664 СБ од 29. марта 2006. године.

¹⁰⁶ Основан од стране СБ УН, 5685-то заседање, од 30. маја 2007., Резолуција 1757.

надлежан за серију других напада у Либану између 1. октобра 2004. и 12. децембра 2005. године уколико се докаже да су повезани са атентатом на Харирија.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Статут Специјалног суда за Либан, надлежност Трибунала, члан 1.

III. ЗАБРАНА СМРТНЕ КАЗНЕ

Европа је одиграла кључну улогу у општој тежњи ка укидању смртне казне (роена capitalis). И поред тога што је у неким земљама до укидања смртне казне за кривична дела која не повлаче ову казнену меру (обична кривична дела) дошло још у XIX веку, ужаси Другог светског рата натерали су многе у Европи да размисле о укидању ове казне. Тако је дошло до стварања и усвајања инструмената који су постали основа за потпуно правно и фактичко укидање смртне казне у Европи. Неки од водећих мислилаца изразили су свој став по овом питању. На пример, Албер Ками (Albert Camus) је рекао:

“[Смртна казна је] најсрачунатије од свих убистава са предумишљајем са којим се ни једно кривично дело, колико год било срачунато, не може упоредити. Кад би то и било могуће, на смртну казну би требало осудити криминалца који је жртву унапред обавестио о дану и часу када ће је на језив начин убити, а потом је месецима држао у заточеништву. У обичном животу таквих монструма нема.”¹⁰⁸

Једна друга изјава такође заслужује пажњу, она коју је дао Алберт Пијерпоинт (Albert Pierrepoint), бивши егзекутор смртне казне у Великој Британији:

“Изрази на лицима свих мушкараца и жена у том последњем часу уверили су ме да оним чиме сам се бавио нисам спречио ни једно једино убиство.”¹⁰⁹

Када је реч о смртној казни, ни један континент није толико посвећен њеном укидању као што је Европа. Многе европске организације, укључујући ЕУ и СЕ, укидање смртне казне постављају као један од предуслова који будуће државе чланице треба да испуне пре пријема у чланство. У XXI-ом веку, смртна казна није била изречена нити извршена ни над једним лицем у 47 држава чланица СЕ чија укупна популација износи преко 800 милиона становника. СЕ је у априлу 1983. године Конвенцији о људским правима додао Протокол бр. 6 којим се безусловно укида смртна казна у доба мира.

¹⁰⁸ J. O’Byrne, “Human Rights: An Introduction,” Pearson Education Limited, Malaysia, 2003, стр. 26.

¹⁰⁹ J. O’Byrne, *ibid.*

Протокол бр. 6 потписало је и ратификовало 46 земаља, односно све државе чланице СЕ, са изузетком Руске Федерације, која га је потписала, али не и ратификовала. Протокол бр. 13 је ступио на снагу 1. јула 2003. године. Тим протоколом се налаже потпуно укидање смртне казне у свим околностима, без изузетака. До априла 2012. године, када је завршено писање овог рада, већина држава чланица Савета Европе ратификовала је овај Протокол. Пољска и Јерменија су потписале, али не и ратификовале, док Руска Федерација и Азербејџан нису потписали овај уговор.

Од 1994. године, један од услова за пријем у чланство Савета Европе је тренутно стављање мораторијума на извршење смртне казне и обавеза да се потпише и ратификује Протокол бр. 6 у року од три године. Од европских земаља, смртна казна се још једино извршава у Белорусији, јединој европској земљи која није чланица Савета Европе. Егзекуција се у Белорусији врши стрељањем; међутим, ова држава не обелодањује број егзекуција које се изврше на годишњем нивоу.

За разлику од европских међувладиних организација, УН не постављају укидање смртне казне као услов за чланство у својим редовима. Међутим, УН су усвојиле мноштво веома важних инструмената као што су Међународна повеља о људским правима, која укључује Универзалну декларацију о људским правима (UDHR), Међународни пакт о грађанским и политичким правима (ICCPR) и Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима (ICESCR). Постоји такође и Други опциони Протокол ICCPR који укида смртну казну за сва кривична дела, укључујући издају и војна кривична дела. У децембру 2010. године, Генерална скупштина Уједињених нација усвојила је трећу по реду Резолуцију 65/206 о мораторијуму на извршење смртне казне, коју је подржало више држава чланица УН него икада пре. Резолуција је усвојена са 109 гласова за, 41 против и 35 уздржаних.¹¹⁰ Резултати гласања Генералне скупштине УН у вези са Резолуцијом 65/206, усвојеном 21. децембра 2010. године, потврдили су Резолуцију 62/149 усвојену 18. децембра 2007. године и Резолуцију 63/168 усвојену 18. децембра 2008. године по питању мораторијума на извршавање смртне казне, којим је Генерална скупштина позвала

¹¹⁰ Amnesty International, http://www.amnesty.org.uk/uploads/documents/doc_21367.pdf.

државе чланице које још увек имају смртну казну да уведу забрану на извршење ове мере и да је у догледно време потпуно укину.¹¹¹

III.1. Државе које имају смртну казну

До сада су усвојена три међународна правна инструмента која забрањују смртну казну: Опциони протокол ICCPR ратификовале су 53 државе, Шести протокол уз Европску конвенцију 42 државе, а девет је потписало Међуамерички протокол. Међутим, ови инструменти дозвољавају државама потписницама да задрже смртну казну у доба рата или у случају непосредне ратне опасности, под условом да су о својој намери обавестиле надлежног Генералног секретара те организације. Ако то нису учиниле, државама потписницама забрањује се да уведу смртну казну чак и у случају рата. Изузеће од забране у случају рата осмишљено је како би међународни правни инструменти добили што већу подршку. Међутим, занимљив је податак да је само шест држава потписница (Азербејџан, Бразил, Грчка, Кипар, Украјина и Швајцарска) искористило клаузулу о дозвољеном увођењу смртне казне у доба рата.¹¹²

Овако мали број држава које су задржале смртну казну доводи у питање претпоставку да је допуштање овог облика кажњавања у доба рата неопходно да би се придобила подршка за протоколе, уз уобичајено оправдање да је смртна казна нужна да би се спречили злочини. Друге државе сматрају да мишљење и вредности њихових грађана иду у прилог задржавања смртне казне, јер и живот жртве убиства има вредност. Заговорници укидања ове мере сматрају да је смртна казна неморална и да промовише бруталност. Они такође указују на недоследност у изрицању смртне казне. Став аболициониста је да је за доказивање неодрживости ове казнене мере довољно да само једно лице, за које се касније испостави да није починило кривично дело за које се казна изриче, буде осуђено на смртну казну. Сви наведени аргументи имају једнаку валидност, како у ратним, тако и у мирнодопским условима. Упркос томе, већина држава у свету допушта могућност да смртна казна може бити неопходна мера да би се заштитила добробит државе у ратно време. То је разлог што стручњаци за ову

¹¹¹ <http://www.un.org/depts/dhl/resguide/r65.shtml>

¹¹² Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, aiming at the abolition of the death penalty.

област износе хипотезу да ће државе бити мање склоне да укину смртну казну ако постоји велики ризик да ће доћи до рата. Међународни пакт о грађанским и политичким правима уважава потешкоће које постоје у ратним условима и стога допушта да државе одступе од својих обавеза прописаних међународним пактовима о људским правима „у ванредним ситуацијама када постоји опасност за целу нацију“ и уз благовремено обавештавање Уједињених нација о намерама да се прибегне смртној казни у таквим околностима.

После терористичког напада у Њујорку, 11. септембра 2001. године, дебата о смртној казни у САД (и у свету) добила је нови ток, с обзиром на чињеницу да су чак и неки који су себе сматрали противницима ове мере, изјављивали како би могли да промене мишљење када је реч о терористима. Оваква промена става личила је на резерве које су раније исказивале неке европске државе у вези са оправданошћу укидања смртне казне у време растуће ратне опасности. Неке земље Трећег света гледале су на америчку политику борбе против тероризма и на два рата које је водила на Блиском Истоку као на ширење империјализма, с намером да се, између осталог, ослаби или чак уништи ислам. Оне су доводиле у питање и легитимност рата у Авганистану, јер за његово покретање наводно није био испуњен предуслов „оружаног напада“ који, како тврде противници овог рата, предвиђа да је напад извршила власт неке државе, а не појединци. Главни правни саветник УН-а на ово је одговорио тврдњом да је Повеља живи документ који се мора тумачити у складу са околностима. Овако широко тумачење забрињава аболиционисте, који сматрају да се тако омогућава налажење оправдања за рат и даље задржавање смртне казне.¹¹³

Такође се чини да, што је режим ауторитарнији, то је мање изгледно да ће се одрећи смртне казне. Понекад такви режими оправдавају задржавање смртне казне културним и религијским разлозима. На пример, Оман сматра да би укидање ове казне било у супротности са исламским уверењем да је људски живот светиња и да шеријатско право налаже да свако ко одузме живот другом људском бићу мора за то да плати својим животом. Заговорници укидања смртне казне сматрају да су ови аргументи, који се заснивају на оваквим разликама, само маска за прикривање правог циља –

¹¹³ B. Dunér, H. Geurtsen, "The Death Penalty and War", *International Journal of Human Rights*, Vol. 6/4 (зима 2002.), Routledge, стр.18.

очувања политичке моћи владајућег режима. Они истичу да су земље са бројним муслиманским становништвом изложене двострукој претњи која потиче изнутра – од секуларних милитантних група и радикалних исламиста. У тим земљама, свако ограничавање смртне казне сматрало би се претњом по режим.¹¹⁴

III.2. Универзална декларација о људским правима

Универзална декларација о људским правима (UDHR), усвојена 10. децембра 1948. године, гарантује иста права свим људима. У Гинисовој књизи рекорда забележено је да је UDHR „документ који је највише превођен“ у свету, будући да је преведена на 300 светских језика. У преамбули Декларације, владе држава се обавезују да ће увести прогресивне мере којима се обезбеђује универзално и ефективно признавање и поштовање људских права садржаних у Декларацији. Елеонора Рузвелт, супруга пређашњег председника САД, подржала је усвајање UDHR у форми декларације, а не као обавезујућег пакта, зато што је сматрала да ће она извршити исти утицај на глобално друштво какав је Америчка декларација о независности извршила на САД. Испоставило се да је била у праву. Декларација је, иако није правно обавезујући документ, од 1948. године до данас ушла у текст устава многих држава, или је битно утицала на њихову садржину. На њој се темељи и све већи број националних и међународних закона и споразума, као и регионалних, националних и наднационалних институција које се баве заштитом и промовисањем људских права.¹¹⁵ Члан 3 Универзалне декларације о људским правима уважава право на живот свих људи: „свако има право на живот, слободу и безбедност.“

Иако је UDHR утврдила право на живот као основно људско право, ништа није речено о тадашњој општеприхваћеној пракси изрицања смртне казне за одређена кривична дела. ICCPR подржао је 1966. године овај инструмент и у њему садржано уважавање права на живот, мада Декларација не забрањује смртну казну.¹¹⁶ Међутим, ICCPR је

¹¹⁴ B. Dunér, H. Geurtsen, op. cit. стр.16-17.

¹¹⁵ UNICEF, Introducing the Concept of Human Rights, “The Universal Declaration of Human Rights,” приступљено у новембру 2011. <http://elearning-events.dit.ie/unicef/html/unit1/1_1_3.htm>.

¹¹⁶ Office of the UN High Commissioner for Human Rights, “International Covenant on Civil and Political Rights.” <<http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>>.

нагласио да смртна казна може да буде изречена само за тешка кривична дела, и то после ригорозног преиспитивања, а да је укидање смртне казне и даље коначни циљ.

УН су усвојиле 15. децембра 1989. године Други опциони протокол Међународног пакта за грађанска и политичка права који је државама које су већ укинуле смртну казну омогућио да својим потписом изричито захтевају мораторијум на изрицање ове мере. Државе које су задржале смртну казну нису ратификовале овај протокол, тако да он за њих није обавезујући.¹¹⁷

Ово питање поново је покренуто 1994. године, када су Италија и скандинавске земље поднеле предлог да се изврши притисак на државе чланице УН да потпишу Опциони протокол и да се смртна казна потпуно забрани. Генерална скупштина УН је овај предлог одбацила, јер су се против њега побуниле државе које су задржале смртну казну.¹¹⁸

Током многобројних расправа које су вођене на ову тему, неке земље су оштро критиковале сваки покушај ограничавања изрицања и извршавања смртне казне. Државе које су задржале смртну казну сматрају да УН не треба да покушава да намеће систем вредности неких држава чланица другим државама које имају другачије вредности. Њихов став је да смртна казна мора да постоји да би се одржао ред у држави. Штавише, међу државама које нису потписале Протокол има и оних које само постојање протокола доживљавају као политичку увреду и покушај нарушавања њиховог суверенитета.¹¹⁹

¹¹⁷ Office of the UN High Commissioner for Human Rights, "Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, aiming at the abolition of the death penalty." <<http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr-death.htm>>.

¹¹⁸ General Assembly, "GENERAL ASSEMBLY ADOPTS LANDMARK TEXT CALLING FOR MORATORIUM ON DEATH PENALTY," December 2007. <<http://www.un.org/News/Press/docs/2007/ga10678.doc.htm>>.

¹¹⁹ B. Dunér, H. Geurtsen, op. cit., стр. 10-14.

III.3. Смртна казна у упоредном праву

Ниједна кривична санкција није изазавала такве расправе у погледу оправданости свога постојања као што је то случај са смртном казном.¹²⁰

Смртна казна постојала је од најранијих времена, и у различитим формама, у свим деловима света. Начини извршења били су различити: од вешања, гиљотинирања и спаљивања на ломачи, до модернијих метода као што су гасне коморе, електричне столице и смртоносне инјекције.¹²¹ У Саудијској Арабији и Ираку, смртна казна се спроводи одрубљивањем главе, а у САД се, осим у Небраски, користи електрична столица. У Египту, Ирану, Јапану, Јордану, Пакистану, Сингапуру и многим другим земљама, смртна казна се спроводи вешањем. Смртоносну инјекцију користе многе земље, укључујући: Гватемалу, Филипине и Тајланд. Стрељање је још увек начин извршења смртне казне у Белорусији, Кини, Сомалији, Узбекистану, Вијетнаму и многим другим земљама. Што се тиче Авганистана и Ирана, смртна казна се врши каменовањем.

У Енглеској и Велсу је у дугом историјском периоду постојао такозвани „крвави законик” у оквиру система за извршење казне. Крвави законик је био назив за енглески правни систем у периоду између 1770. и 1830. године, када је у законодавство била уведена одредба о изрицању смртне казне за лакша кривична дела. Само у току 1688. године постојало је 50 кривичних дела за која је неком лицу могла да буде изречена смртна казна. Та цифра се до 1765. године попела на 160, а до 1810. године на 222 кривична дела. Ово је учињено да би се заштитио status quo средње класе земљопоседника. У дела за која се могла изрећи смртна казна спадале су провалне крађе, џепарење и крађа робе вредне најмање пет шилинга. На срећу, смртна казна над осуђеником није нужно морала да буде и спроведена. Извршиоцима кривичних дела је често давана могућност да избегну смртну казну ако приступе војсци или морнарици или пристану да буду транспортовани у неке од колонија у Америци или Канади, а

¹²⁰ З. Стојановић, “Коментар Кривичног законика”, Сл. гласник, Београд, 2006, страна 176.

¹²¹ Capital Punishment U.K., „End of death penalty in Europe,” приступљено у новембру 2011. <<http://www.capitalpunishmentuk.org/europe.html>>.

касније и у Аустралији. Слање у колоније је, заправо, постало врло популаран метод кажњавања. Процењује се да је више од две трећине извршилаца кривичних дела осуђених на смртну казну у периоду између 1788. и 1867. године било транспортовано у Аустралију. Основни проблем са спровођењем „крвавог законика“ био је у томе што пороте често нису биле спремне да прогласе опруженог кривим, знајући да га чека смртна казна. Судије су често намерно умањивале вредност украдених ствари како оптуженом не би могла да буде изречена смртна казна.¹²²

Од 36,566 изречених смртних пресуда, више од 7700 је заиста било извршено. Међутим, од 1861. године, број егзекуција је почео да опада, а смртна казна била је изрицана само за издају и убиство.

Смртна казна први пут је укинута на кратко у Тоскани 1786. године¹²³, пошто је Надвојвода Леополд прочитао књигу Чезара Бекарије (Cesare Beccaria), написану 1764. године, под насловом „О злочинима и казнама.“

Венецуела је прва модерна држава која је 1863. године укинула смртну казну за сва кривична дела. Што се тиче европских земаља, Португал је још 1867. године укинуо смртну казну за обична кривична дела, Холандија је то учинила 1870. године, Шведска 1921. године, а Данска 1930. године.

Непосредно по завршетку Другог светског рата, који је однео на десетине милиона људских живота, о укидању смртне казне нико није озбиљно размишљао. Штавише, када се Уругвај успротивио укључивању смртне казне у доношење пресуда у Нирнбершком процесу, био је критикован да подржава нацисте.¹²⁴ Савезничке силе су такође 29. априла 1946. године основале Трибунал за ратне злочине у Токију, где су вођени судски процеси против вођа царског Јапана за ратне злочине.

Победничке силе су могле да осуде ратне злочинце и на доживотне казне затвора. Судски процеси, који су окончани егзекуцијом многих личности високог ранга из

¹²² <http://www.nationalarchives.gov.uk/education/candp/punishment/g06/g06cs1.htm>

¹²³ Р. Драгичевић-Дичић, И. Јанковић, „Спречавање и кажњавање мучења и других облика злостављања“, Београдски центар за људска права, Београд, 2011, стр. 36.

¹²⁴ Видети више у W. A. Schabas, „Abolition of the Death Penalty in International Law“, треће издање, Cambridge University Press, 2002.

руководства Немачке и Јапана, доживели су многе критике. Један од судија Трибунала у Токију, Рада Бинод Пал (Radha Binod Pal), сматрао је да овај суд није био у стању да донесе правичну пресуду и да је судски процес неправедан и нелогичан, као и да не даје никакав значајнији допринос трајном миру. Усамљен у својим критикама, он ово суђење назива „лажним вођењем судског процеса да би се задовољила жеђ за осветом.“ Штавише, он је сматрао да изузимање западног колонијализма и употребе атомске бомбе од стране САД са листе ратних злочина, као и неукључивање судија из непријатељских земаља у процес, представља „неуспех Трибунала да учини нешто више од пуког пружања прилике победницима да се освете.“¹²⁵ Судија Пал је у свом издвојеном мишљењу рекао да је само изгубљени, а не и добијени рат, злочин.¹²⁶

Други светски рат охрабрио је многе друге да крену путем укидања смртне казне. Италија је прва, 1947. године укинула смртну казну за већину кривичних дела, мада ју је, као и већина других држава, задржала за нека специфична кривична дела. Западна Немачка укинула је смртну казну за сва кривична дела 1949. године, а та одлука, после уједињења 1990. године, почиње да се примењује на територији целе Немачке. Холандија је следила пример и 1982. године укинула смртну казну за сва кривична дела. Шпанија је 1978. године (две године по смрти генерала Франка) укинула смртну казну за обична кривична дела, а за сва дела 1995. године.

Смртна казна за издају извршена је у Француској последњи пут 1963. године над потпуковником ваздухопловства Жан Мари Бастјен-Тјеријем (Jean Marie Bastian-Thierry) осуђеним за покушај атентата на председника Де Гола, који је стрелан у Фор д'Иврију (Fort d'Ivry). У јануару 1977. године, Патрик Анри (Patrick Henry), који је убио једно дете, успео је да избегне смртну казну у Француској захваљујући одбрани Робера Бадентера (Robert Badinter). Овај адвокат био је дуги низ година противник смртне казне и бранио је неке од последњих осуђеника над којима је ова пресуда требало да буде извршена. Последњи случај извршења смртне казне гилотинирањем у Француској био је 10. септембра 1977. године. Хамида Ђандуби (Hamida Djandoubi) био је осуђен за силовање, мучење и убиство девојчице. Када је Робер Бадентер постао

¹²⁵ N. Onishi, « Деценијама после суђења за ратне злочине Јапан још увек одаје пошту судији који је подигао глас против, » New York Times, 31. август 2007. <<http://www.nytimes.com/2007/08/31/world/asia/31memo.html>>.

¹²⁶ М. Шкулић, „Командна одговорност“, Архив за правне и друштвене науке, 4/2002, Београд, стр. 503.

министар правде, предложио је коначно укидање смртне казне 1981. године, а овај предлог је усвојен у Народној скупштини уз подршку новоизабраног председника Француске, Франсоа Митерана (François Mitterrand). Бадентер је представио нацрт овог закона Скупштини 17. септембра 1981. године. Усвојен је 18. септембра 1981. године, са 363 гласа за и 117 против.¹²⁷ Протокол бр.6 уз Европски конвенцију ступио је на снагу у Француској у марту 1986. године.¹²⁸

Смртна казна над цивилним лицем извршена је последњи пут у Белгији 1863. године.

У Уједињеном Краљевству, Протокол бр. 6 уз Европску конвенцију ступио је на снагу у јуну 1999. године а ова земља постала је такође обавезана Другим опционим протоколом ИССПР-а. Последње две егзекуције за убиство у Енглеској су извршене 1964. године, и то вешањем. У новембру 1965. године, смртна казна за убиство укинута је у Енглеској, Велсу и Шкотској. Законом о уморству (The Murder Act), донетим 1965. године, укинута је смртна казна у Енглеској и Велсу, осим за чин издаје или пиратерије. Смртна казна за издају последњи пут је извршена над Теодором Скерчом (Theodore Schurch), у јануару 1946. године. Смртна казна за сва кривична дела укинута је у Уједињеном Краљевству у септембру 1998. године. У Северној Ирској, последње извршење смртне казне вешањем због убиства десило се у децембру 1961. године, а ова казнена мера за убиство укинута је у јулу 1973. године.¹²⁹

У Израелу је смртна казна вешањем последњи пут извршена 1962. године над нацистичким вођом Адолфом Ајхманом (Adolf Eichmann) којег је Мосад претходно киднаповао. Када је реч о остатку света и Источној Европи, смртна казна била је извршавана често и углавном врло немилосрдно.

У Сједињеним Америчким Државама, кривични закон је настао директно из британског „крвавог законика“. По завршетку Грађанског рата 1865 године, многе државе укинуле су смртну казну током процеса обнове и изградње нације, али је она била поново уведена у другој деценији прошлог века. Питање укидања смртне казне

¹²⁷ Assemblée Nationale, “Rétablissement de la peine de mort pour les terroristes,” Travaux préparatoires, February 24, 2005. < <http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/041521.asp>>. Закон има само један члан који гласи „Укида се смртна казна“.

¹²⁸ Capital Punishment U.K., оп. цит., <http://www.capitalpunishmentuk.org/europe.html>>.

¹²⁹ Capital Punishment U.K., оп. цит., <http://www.capitalpunishmentuk.org/europe.html>>.

покренуто је поново тек током 50-их и 60-их година прошлог века. Када је реч о скорој историји смртне казне у САД, два најважнија случаја су предмет Фурман против Џорџије из 1972. године и Грег против Џорџије из 1976. године.

У предмету Фурман против Џорџије из 1972. године, Вилијем Хенри Фурман (William Henry Furman) оптужен је за убиство једног лица током провалне крађе. Према тадашњем закону, Фурман је за убиство почињено у току вршења злочина могао да буде осуђен на смртну казну. Будући да је проглашен кривим за убиство, то се и десило. Фурман је потом уложио жалбу на пресуду Врховном суду САД. Његов предмет разматран је упоредо са још два, Џексон против Џорџије и Бренч против Тексаса. Тројица осуђеника на смрт тврдила су да је пресудом нарушен Осми амандман на Устав САД о заштити против суровог и неуобичајеног кажњавања. Суд је, са 5 гласова за и 4 против, укинуо ове пресуде, уз коментар да смртна казна представља повреду не само Осмог, већ и Четрнаестог амандмана, који штити право на живот, због арбитрарног изрицања смртне казне у овим предметима. Смртна казна, онако како се примењивала у САД, сматрана је суровом и неуобичајеном казном за чије изрицање нису постојали рационални стандарди.

Врховни суд САД је потом одредио две смернице које америчке државе морају да следе у случајевима изрицања смртне казне. Према првој, државе морају да поставе објективне критеријуме којим би се усмерило и ограничило изрицање ове казне. Друго, државе морају да дозволе судијама или пороти да приликом одлучивања о изрицању ове мере узму у обзир карактер и дотадашњи досије оптуженог. Врховни суд је 1976. године поново прихватио изрицање смртне казне у предмету Грег против Џорџије. Трој Леон Грег (Troy Leon Gregg) осуђен је на смрт за убиство двоје људи док је вршио пљачку. Грег је уложио жалбу на пресуду Врховном суду САД. Питање које је овај суд разрешио у овом случају није било да ли је изречена казна сурова и неуобичајена, већ да ли је процес који је довео до ове пресуде био спроведен објективно и рационално. Суд је установио да закони државе Џорџије који се односе на смртну казну испуњавају ове критеријуме и подржао је изрицање смртне казне у овом случају. Овом одлуком потврђена је законитост изрицања смртне казне у Сједињеним Америчким Државама, под условом да су поступци њеног изрицања били објективни и рационални.

III.3.1. Белорусија – једина европска земља са смртном казном

Белорусија је једина европска земља која и даље избегава да одговори на позив о укидању смртне казне који је упутила међународна заједница, а нарочито Савет Европе. Крајем новембра 2011, Врховни суд Белорусије осудио је Дмитрија Коновалова (Dmitry Kononov) и Владислава Ковалева (Vladislav Kovalev) на смртну казну за подметање бомбе у метроу у Минску 11. априла 2011. године. Многи цитирају изјаву Генералног секретара СЕ, који је у вези са овим смртним пресудама изјавио да „смрт није решење”. Он је такође апеловао на власти у овој земљи да не изврше смртну казну над осуђенима, јер то није казна него освета. Комесар за људска права и хуманитарну помоћ савезне владе Немачке такође је затражио од државних органа Белорусије да укину смртну казну у циљу поштовања људских и грађанских права. Према Џону Далхаузену (John Dalhausen), представнику организације Amnesty International за Европу и Централну Азију, суђење овим особама оптуженим за терористички напад није испуњавало основне стандарде правичног суђења. Далхаузен гаји одређене сумње у вези са средствима која су коришћена да се од оптужених добије признање за бомбашки напад, и мишљења је да оптужба није поднела довољно доказа против осумњичених. Обојица су осуђена на смрт, упркос чињеници да степен њихове умешаности није био једнак. Европска унија се такође придружила и затражила од Белорусије да следи пример остатка Европе и забрани ову сурову казну. Она је критиковала пресуду коју је донео Врховни суд Белорусије и разматрала могућност увођења нових санкција против ове државе. Може се претпоставити да ће ЕУ проширити листу државних функционера Белорусије којим ће бити забрањен улазак у ЕУ и чији ће банковни рачуни у европским земљама бити замрзнути чим буду откривени. И поред тога, белоруске власти дале су до знања да се став државе према смртној казни неће мењати.

Белорусија је данас једина земља Европе у којој је смртна казна још увек на снази. Битно је напоменути да је смртна казна била у Белорусији три пута укидана од 1912. године, али би увек била поново успостављана, што је податак који ће разочарати многе аболиционисте. Егзекуција се Белорусији спроводи пуцањем у потиљак осуђеног. Ни родбина ни осуђеник се не обавештавају ког дана ће она бити спроведена, а после извршења родбини се не пружа ни информација где је тело сахрањено.

III.3.2. Сједињене Америчке Државе

Смртна казна у САД има дугу историју током које су се начини и процедуре извршења мењали. Одмазда и застрашивање су главни аргументи којима се у САД објашњава задржавање ове казнене мере. Према статистикама, од 1976. године до данас, број извршених смртних казни је у значајном порасту. Тексас је извесно у томе најактивнији, са преко 250 извршених смртних казни од 1976. године. У САД се данас смртна казна извршава давањем смртоносне инекције. Постоји чак и традиција да се осуђенику пред само извршење казне омогући да има последњи оброк по жељи, у вредности од 20 америчких долара. Недавно је Одељење за кривично правосуђе државе Тексас донело одлуку да осуђеници на смрт у тој држави више немају право да изаберу последњи оброк и да ће од сада сви осуђеници добијати исти оброк пред извршење казне. Ово је одувек био врло бизаран аспект егзекуције. Неки осуђеници на смрт одбијају последњи оброк и уместо тога траже само чашу воде; један од њих је изјавио да је јело за оне који имају будућност.

И поред тога што америчка јавност већински подржава смртну казну као део казног система, у јавности је све више присутна свест о неправедној примени смртне казне и грешкама правосудног система. У Сан Антонију, држава Тексас, вођен је судски спор против кривичног судије највишег ранга због намерног ускраћивања приступа правном систему лицу осуђеном на смрт. Шерон Келер (Sharon Keller) је судија која председава најактивнијим већем за извршење смртне казне у САД и има репутацију да често доноси пресуде у корист оптужбе у предметима за које се може изрећи смртна казна. Судија Келер је одређеног дана отишла са посла у 4 сата по подне да се нађе са мајстором. Адвокати који су бранили затвореника осуђеног на смрт у Тексасу управо су се припремали да поднесу захтев за одлагање извршења смртне казне над њиховим клијентом. Око 4 сата и 45 минута, стручни саветник суда позвао је судију Келер да прими захтев како би могао да га заведе у документацију пре 5 сати, што је уобичајени крај радног времена судске писарнице. Судија Келер је то одбила и одговорила да се писарница затвара у 5 по подне, и неколико часова касније казна је била извршена над затвореником. Вест о егзекуцији се брзо проширила, а адвокати одбране, уредништва новина и законодавци затражили су смену судије Келер. Ускоро је Државна комисија за правосуђе формално подигла оптужницу против ње. Комисија је сматрала да судија Келер није поштовала уобичајену процедуру, која омогућава подношење жалби на

пресуду о извршењу смртне казне и ван радног времена суда. Истрага је утврдила да судија Келер није способна да спроводи смртну казну са дужном пажњом и озбиљношћу.

Док су САД, са две трећине својих држава које још увек примењују смртну казну, изузетак, општи смер ка укидању се чини неумитан. Марта 2011.године, Илиноис је постао 16. држава која је укинула смртну казну.¹³⁰ Калифорнија, Мериленд и Конектикат вероватно ће следити тај пример. Трошкови чувања осуђеника на смрт су све већи и сама Калифорнија има више од 700 затвореника који чекају на извршење смртне казне.¹³¹ Чекање смртне казне је коштало ову државу од 1978.године више од 4 милијарде америчких долара. Пример Калифорније показује да смртне казне постоје више у теорији него у пракси. Од 1978. године, 1242 осуђеника је погубљено у САД, а само 13 од њих у Калифорнији. С обзиром на број људи који чекају на смртну казну у овој држави, овај број је врло мали. Са друге стране, 78 затвореника/осуђеника који су провели деценије чекајући на извршење, умрли су због старости, болести или самоубиства.

Ради илустровања колико је процес који може да доведе до смртне казне неодговарајући, најочигледнији пример је Ериксон Димас-Мартинеза (Erickson Dimas-Martinez), 26-огодишњег убице осуђеног на смртну казну у Арканзасу, којем је поновљено суђење зато што поротник није престајао да „твитује“ током судског поступка 2006. године. Он је наводно опљачкао и убио једног 17-огодишњег дечака, те је зато био осуђен и упућен да чека извршење смртне казне 2010. године.¹³² Његова осуђујућа пресуда је оборена када су судије Врховног суда Арканзаса биле обавештене од стране његовог адвоката да је један поротник „твитовао“ током суђења.¹³³ Адвокат Димас-Мартинеза је тврдио да је други поротник спавао током суђења и да је требало такође да буде разрешен од стране судије.

¹³⁰ K. Peterson, “Death Penalty: 34 states permit executions,” Stateline. <<http://www.stateline.org/live/>>.

¹³¹ The Economist, “Dying out”, 24.9.2011. <<http://www.economist.com/node/21530098>>.

¹³² M. Gideon, <<http://100gf.wordpress.com/2011/12/09/arkansas-overturms-erickson-dimas-martinez-conviction-over-jurors-use-of-twitter/>>.9.12.2011

¹³³ Порука Рендија Френка током суђења је била: „Избори да буду учињени. Срца да буду сломљена... Ми сами одређујемо горњу границу.“ Један сат пре него што је порота објавила своју пресуду, он је „твитовао“: „Готово је!“

Поротници су били свесни да им није дозвољено да размењују информације које се односе на случај, нарочито не на друштвеним мрежама. Врховни суд Арканзаса чак има једно опште правило које не дозвољава употребу електронских справа у судници.¹³⁴

„Већина мобилних телефона сада омогућава тренутни приступ низу информација. Не само да поротници могу да приступе Фејсбуку, Твитеру или другим друштвеним медијским сајтовима него они могу да приступе сајтовима вести које могу да имају информације о случају,“ написао је судија Доналд Корбин, који је затражио од панела да размотри ограничавање приступа поротника мобилним телефонима током суђења.

У Сједињеним Америчким Државама, са изузетком Небраске, смртна казна се спроводи убризгавањем смртоносне инекције. Од 38 држава у којима смртна казна још увек постоји, само се још у Небраски за извршење користи електрична столица. У већини случајева, користи се процедура коју је 1977. године установио Џој Чепмен (Joy Chapman). Осуђеном на смрт прво се даје јака доза барбитурата да би се изазвао губитак свести. Затим му се даје супстанца која изазива паралисање тела и прекид дисања. На крају, осуђенику се убризгава смртоносна доза калијум-хлорида која изазива срчани удар.

Данас скоро две трећине Американаца подржава смртну казну. Међутим, многи су били згрожени када су, током недавне дебате републиканаца за председничке изборе, сазнали да је један од кандидата републиканаца, Рик Пери (Rick Perry) присуствовао, као гувернер Тексаса, 236 пута извршењима смртне казне.

III.3.3. Карипска острва која су део Комонвелта

На Карипским острвима која су део Комонвелта, и која следе британску правну традицију, подршка смртној казни расла је упоредо са порастом стопе криминалитета у последњих неколико деценија, јер је јавност тражила директну и одлучну акцију против преступника. Питање је постало у великој мери политички обојено, пошто су

¹³⁴ Daily Mail, <<http://www.dailymail.co.uk/news/article-2071880/Convicted-Arkansas-murderer-Erickson-Dimas-Martinez-granted-new-trial-juror-wouldnt-stop-tweeting.html>>. 9.12.2011.

страни судови и квази-правосудна тела у оквиру УН-а покушала да ограниче примену смртне казне на Карибима. Ови изазови довели су до супротних ставова у вези са правном надлежношћу међународних тела и суверенитетом карипских држава. У последње време, највише изазова у овом делу света има у вези са обавезним увођењем смртне казне за убиство.

Од краја 70-их и почетка 80-их година прошлог века, међу карипским државама Комонвелта постоји неслагање око уставности одлуке о извршењу смртне казне много година после доношења пресуде. На крају је седмочлани Тајни савет донео одлуку 1993. године да је држање осуђеника годинама у затвору пошто му је изречена смртна казна суров и нехуман чин. Тајни савет је чак поставио рок од пет година, а уколико смртна казна до тада не би била извршена, то би се сматрало нечовечним и неуставним. На овај начин је карипским земљама Комонвелта послат јасан сигнал да ако намеравају да задрже смртну казну, мораће да је спроводе брже, али и да омогуће разуман временски период у којем се може уложити жалба и размотрити преиначење казне.

III.3.4. Индија

Закони који регулишу смртну казну у Индији су проблематични. Иако Индија спада у државе у којима се смртна казна и даље спроводи, од 1999. до 2008. године погубљен је само један човек. Госпођа Рпутам Амал (Rputham Ammal), која је заговорник аболиције, каже: „Ова казна није потребна. На смртну казну највише се осуђују људи из заосталих средина, мањине и немоћни“. Главни разлог због којег је она противник смртне казне је њен син, којег, заједно са још 25 осуђених, чека смрт вешањем због атентата на Рацива Гандија (Rajiv Gandhi), бившег премијера Индије, који је извршен 1991. године. Он је више од једне деценије чекао одговор на своју молбу за помиловање. Ту молбу је у августу 2011. године одбио председник Индије. Требало је да буде обешен 9. септембра 2011. године, али је локални суд донео одлуку о одлагању. Осуђеници на смрт у Индији деценијама чекају на извршење казне. Адвокат овог осуђеника је рекао судијама у вези са одлагањима у последњи час: „Ви га практично убијате сваки дан.“

III.3.5. Кина

Више од 90 процената смртних казни у Азији изврши се у Кини. Кина је данас водећи светски целат, за којег се процењује да у три дана убије више људи него што то чини за годину дана САД, која на листи земаља са највећим бројем егзекуција заузима пето место. Кина је земља која је у току 2010. године осудила више људи на смрт него све остале земље света заједно. Фондација Дуи Хуа (Dui Hua), невладина организација за заштиту људских права са седиштем у САД, процењује да Кина убије приближно 5000 људи сваке године. Иако не постоји јединствена национална политика у вези са начином извршења смртне казне, највећи број погубљења врши се убризгавањем смртоносне инјекције или пуцњем у главу осуђеника. Два основна разлога због којих Кина тако често прибегава смртној казни јесу њен слаб правосудни систем и национална политика која допушта смртну пресуду за кривична дела за које се у другим земљама она пресуда не изриче. У Кини се може бити погубљен због корупције, проневере, криминала у вези са дрогом, за крађе већих размера, па чак и због убиства панде у криволову.¹³⁵

Међутим, изгледа да се приступ смртној казни у Кини полако мења. И поред тога што процена о 5000 погубљења у 2008. години представља веома висок број, тај податак ипак говори о смањењу броја погубљења за две трећине у току последње деценије. Врховни народни суд Кине добио је 2007. године овлашћење да преиспита случајеве осуђених на смртну казну, а Суд је обавестио да је преиначио пресуду у приближно 15% случајева. Кина је такође обзанила да смањује број кривичних дела за које се може изрећи смртна казна, што је први пут, од 1979. године, да је Кина ревидирала листу кривичних дела. Такође је укинута и смртна казна за лица старија од 75 година.

Уједињене нације су 2007. и 2008. године усвојиле две резолуције у којима се тражи глобално стављање мораторијума на смртну казну. Међутим, то није довело до промене политике Кине по овом питању. Упркос томе, важно је поменути да се на обличјем Тајвану повела јавна дебата о смртној казни. То даје извесну наду да ће контра-аргументи смртној казни са Тајвана имати одјека у суседној Кини и да ће се

¹³⁵ <http://www92.net/vesti.php?yyu=2012Lmm=02LLL>

тамо истински покренути питање смртне казне и њеног евентуалног укидања.¹³⁶ Изгледа да Кина, због економског напретка и реформи, постаје мање репресивна земља. Такође се наслућује да дијалог о људским правима између Кине и Европске уније, за који се раније мислило да је потпуно безуспешан, заправо показује знаке помака.¹³⁷

III.3.6. Јапан

Систем изрицања и извршења смртне казне у Јапану је потпуно другачији и заслужује подрбан опис. У овој земљи не постоји претпоставка о невиности док се кривица не докаже. Признање је кључни део кривичног поступка. Ако оптужени инсистира на својој невиности, излаже се ризику да добије дужу казну и има мање шансе да буде пуштен уз кауцију пре почетка суђења. Ови притвореници често се држе изоловани у полицијском притвору и немају приступ адвокату, а пошто испитивања трају и по десет сати дневно, изнудити признање од њих и није тако тешко. Признање се сматра значајнијим од објективних доказа. Када осумњичени призна кривицу и потпише писмену изјаву, касније, у току суђења, жалба да признање није истинито или да је изнуђено незаконитим средствима се ретко кад усваја. Читав истражни поступак фокусиран је на добијање признања у року од 23 дана. Исцрпљивање осумњиченог и коришћење масовних медија моћна су оруђа за изнуђивање признања. Осумњичени често пристаје да да изјаву коју полиција од њега тражи, јер зна да је то једини начин да прекине мучење. Код таквих признања, чак и када се ради о убиству из нехата, изјаве су тако формулисане као да је осумњичени намерно планирао убиство. Поступање полиције са осумњиченима је главни разлог за високу стопу утврђивања кривице у Јапану, која износи 99,8% од тренутка када је против осумњиченог подигнута оптужница. Власти у Јапану још увек спроводе смртну казну вешањем.¹³⁸ Затворенике осуђене на смрт обавештавају да ће казна бити извршена тек на сам дан погубљења. После погубљења, само се породица обавештава да је оно извршено. Погубљења се врше у највећој тајности и под надзором Министарства правде.

¹³⁶ The Atlantic, "Death Penalty in China," 22. септембар 2011.

<<http://www.theatlantic.com/international/archive/2011/09/capital-punishment-in-china/245520/>>.

¹³⁷ The Economist, "The question of death and life" 25. мапр 2011. <<http://www.economist.com/node/15769791>>.

¹³⁸ <http://www.jca.apc.org/stop-shikei/epamph/dpinjapan_e.html>.

Изоловани затвореници који често годинама чекају да на њих дође ред, сазнају шта ће се десити само непун сат пре погубљења.¹³⁹

Упркос свему наведеном, јапанска влада се и даље залаже за смртну казну. Комитет за људска права УН-а узалуд је упућивао препоруку Јапану, и то у два маха, 1993. и 1998. године, да укине смртну казну. Штавише, на међународном плану јапанска влада сарађује са другим државама које имају смртну казну и супротстављају се аболицији. Јапан је од 1993. године уложио примедбе Уједињеним нацијама на разне резолуције о укидању смртне казне. Овакав развитак показује да се јапанска влада креће у супротном правцу од међународне заједнице која данас већински подржава аболицију.

III.3.7. Остале азијске земље

Од укупног броја смртних казни у свету, чак 75% врши се у Азији, у којој живи мало више од половине светске популације. Смртна казна је на овом континенту још увек прилично распрострањена, упркос растућем економском просперитету и демократији на овом континенту. Приближно 95% азијске популације живи у земљама чији правни систем укључује смртну казну.

Спискови оних који чекају на извршење смртне казне подужи су и у другим земљама централне и југоисточне Азије. У Шри Ланки, 357 осуђеника чека на погубљење, 400 у Бангладешу и најмање 8000 у Пакистану. У августу 2011. године, једна жена се спалила у знак протеста против предстојећих погубљења.¹⁴⁰

Међународно право не забрањује државама које су задржале смртну казну да направе такав избор, али оне имају јасну обавезу да обелодане детаље у вези са применом смртне казне.¹⁴¹ Узбекистан је задржао извршење смртне казне стрељањем. Власти Узбекистана су изјавиле 2001. године да се у тој земљи годишње погуби око 100 осуђеника на смрт. До прецизних података у вези са овом земљом није лако доћи, али је познато да су Азизбек Каримов и Јусуф Зумајев погубљени у августу 2004.

¹³⁹ The Economist, „Само признај кривицу и умри,” 13. март 2008.

¹⁴⁰ The Economist, “Fatally flawed,” 1. октобар 2011. <<http://www.economist.com/node/21531041>>.

¹⁴¹ Коначни закључци Комитета за људска права: Узбекистан 26/04/2005, ССР/СО/83/УЗВ, став 59.

године.¹⁴² Ако је судити по датуму који пише у умрлици послатој родбини погубљеног осуђеника, последње погубљење извршено је у Узбекистану 1. марта 2005. године.¹⁴³

Према уставном амандману усвојеном 21. маја 2007. године, Казахстан је укинуо смртну казну, осим за следећих 10 кривичних дела: убиство са отежавајућим околностима; тероризам; покушај убиства лица које спроводи закон или обавља прелиминарну истрагу; покушај атентата на председника државе; издају државе; саботажу; планирање, припрему или вршење ратне агресије; употребу забрањених средстава и метода у рату; геноцид; учествовање у оружаним сукобима у својству плаћеника.¹⁴⁴

Чак и у државама као што је Јужна Кореја, која је неоспорно демократска, има неких узнемиравајућих новина у вези са казненом политиком која се односи на смртну казну, мада она није извршена већ 13 година. Међутим, Уставни суд ове земље недавно је донео одлуку да смртна казна, онако како је прописана у кривичном закону, не представља кршење устава. Ово је изазвало велику забринутост међу правним експертима, јер у овој земљи постоји преко стотину кривичних дела за које се може изрећи смртна казна, укључујући ненасилна кривична дела као што су привредни криминал или „криминалне радње из идеолошких разлога“ (неслагање са или деловање против ставова санкционисаних од стране државе). И поред узнемирујућих догађања у Јужној Кореји, јавност је уверена да ће се мало тога променити *de facto* мораторијуму на извршење смртне казне.¹⁴⁵

III.4. Актуелна ситуација у вези са укидањем смртне казне

Данас је 139 земаља укинуло смртну казну у праву или у пракси, 58 је задржало ову меру, а још мањи број земаља је и спроводи. Само у последњих 10 година више од 30

¹⁴² Capital Punishment U.K., приступљено у новембру 2011. <<http://www.capitalpunishmentuk.org/europe.html>>.

¹⁴³ Fédération internationale des droits de l'homme (Fidh), „Међународна мисија за утврђивање чињеница“ <<http://www.fidh.org/IMG/pdf/uz426a.pdf>>.

¹⁴⁴ Legislation Line, „Смртна казна у Казахстану.“ <<http://legislationline.org/topics/country/21/topic/11>>.

¹⁴⁵ Economist, “Fatally Flawed,” October 1, 2011. <<http://www.economist.com/node/21531041>>.

земаља укинуло је смртну казну.¹⁴⁶ Влада Руанде укинула је смртну казну 2007. године¹⁴⁷, а у октобру 2011. године организовала је конференцију којој су присуствовали представници влада скоро 20 афричких земаља, одређени број представника међународне заједнице и многе невладине организације. На конференцији је једногласно усвојена резолуција која тражи од афричких земаља да потпишу и подрже споразуме и међународне резолуције о смртној казни и увођењу забране на њено извршење, уз обавезу влада да унесу садржај ових докумената у своја законодавства.¹⁴⁸

У току 2010. године, светском тренду у правцу укидања смртне казне придружиле су се још две земље. Габон је укинуо смртну казну за сва кривична дела, а председник Монголије је ставио званичну забрану на извршења смртне казне. У току 2010. године, смртна казна је извршена у 23 земље, а изречена је у 67 земаља. Методи извршења укључивали су одрубљивање главе, електричну столицу, вешање, смртоносну инјекцију и стрељање. Земље које и даље имају смртну казну у својим кривичним законима браниле су свој став тврдњом да је смртна казна коју практикују у складу са међународним правом људских права.¹⁴⁹

Упркос великом броју извршења широм света сваке године, уколико погледамо општи смер, изгледа да употреба смртне казне споро, али сигурно опада. Више од две трећине земаља су сада присталице укидања било законом или праксом. Једна од последњих је Бенин. Августа 2011.године, она се обавезала на трајно укидање најтеже казне. Од 2007.године, на Генералној скупштини УН, резолуције против смртне казне су усвајане растућом већином.¹⁵⁰

Иако је најтежа казна практично нестала у Европи, она и даље остаје укореењена на Блиском Истоку, у Северној Африци и у деловима Азије, нарочито у Кини. Жаклин

¹⁴⁶ Amnesty International, "Смртне казне и погубљења у 2010. години," приступљено у новембру 2011. <http://www.amnesty.org.uk/uploads/documents/doc_21367.pdf>.

¹⁴⁷ Amnesty International, News, <<http://www.amnesty.org/en/news-and-updates/good-news/rwanda-abolishes-death-penalty-20070802>>.

¹⁴⁸ World Coalition, Hands Off Cain, <<http://www.worldcoalition.org/World-Day-Africa-Rwanda-abolition-death-penalty-hands-off-cain.html>>.

¹⁴⁹ Amnesty International, "Death penalty in 2010" приступљено у новембру 2011. <<http://www.amnesty.org/en/death-penalty/death-sentences-and-executions-in-2010>>.

¹⁵⁰ The Economist, "Dying out," 24.9.2011. <<http://www.economist.com/node/21530098>>.

Макалешер (Jacqueline Macalesher) из Penal Reform International, групе за лобирање, мисли да „арапско пролеће” може да буде нови подстицај укидању, мада брине да погубљење политичких противника може бити привлачно на кратке стазе. Недавни пример је убиство Муамар Гадафија. Његово хватање и смрт су били прилично збуњујући. Арапске телевизијске станице су приказале слике рањеног либијског диктатора, окрвављеног лица и кошуље – али живог. Каснији видео снимак је приказао борце који котрљају Гадафијево беживотно тело преко тротоара. Борци су га около возили, док је лежао на хауби једног камиона, разметљиво га показујући. Доктор који је прегледао мртво тело пронашао је два метка, у глави и у грудима.¹⁵¹

Према штампи, Муамар Гадафи је убијен пошто су борци Националног прелазног савета Либије (НПС) заузели одбрамбене положаје лојалиста у Сирту, његовом родном граду и последњем упоришту. Међутим, информације које је добио Human Rights Watch, као и видео снимци и фотографије очигледно начињени тај дан показују га живог у притвору анти-Гадафијевих снага, указујући да је можда био погубљен пошто је био задржан. Сара Ли Вистон (Sarah Leah Whitson), директорка Human Rights Watch-а за Блиски исток и Северну Африку је рекла: „Сазнати како су умрли јесте важно. То ће одредити тон да ли ће нова Либија бити вођена законом или насиљем.“ Неуспех НПС-а да брзо и непристрасно истражи ове смртне случајеве, заједно са многим наводним ратним злочинима Гадафијевих снага, би послао опасну поруку да Либијци могу да узму правду у своје сопствене руке.¹⁵²

III.5. Изручење и смртна казна

Многе земље данас одбијају да изруче особе земљама које још увек имају смртну казну, а не пружају гаранције да казна неће бити спроведена. До овог одбијања довела су два различита сплета околности. Прво, међународни трибунали и национални судови објавили су низ одлука у којима осуђују изручивање осуђеника из земаља које се противе смртној казни у земље које је подржавају и задржавају. Друго, међувладине

¹⁵¹ Huffington post, „Муамар Гадафи је убијен, ухваћен у Сирту” 20.10.2011.

<http://www.huffingtonpost.com/2011/10/20/muammar-gaddafi-killed_n_1021462.html>.

¹⁵² All Africa, „Нови докази повећавају забринутост због погубљења по кратком поступку” 22.10.2011.

<<http://allafrica.com/stories/201110220197.html>>.

организације, као што је ЕУ, и појединачне земље дуго се већ начелно супротстављају смртној казни; ЕУ и ове државе су ставиле питање укидања смртне казне на врх листе приоритетних тема своје спољне политике.¹⁵³

Европски суд за људска права био је међу првим међународним трибуналима који се бавио питањем легалитета изручивања особа које чека смртна казна. У предмету Серинг против Уједињеног Краљевства из 1989. године, Суд је закључио да би изручење од стране Уједињеног Краљевства овог немачког држављанина америчкој држави Вирџинији, где га је чекала оптужница за убиство, представљало повреду њених обавеза прописаних чланом 3 Европске конвенције о људским правима који забрањује мучење, нехумано или понижавајуће поступање и кажњавање.

Одлука Суда заснивала се на ревизији услова у којима осуђеници чекају на извршење казне и времена које је Серинг требало да проведе чекајући на погубљење. После судске пресуде, Уједињено Краљевство тражило је и добило гаранције од САД да држава Вирџинија неће изрећи смртну пресуду. Серинг је изручен и осуђен на доживотну казну затвора.

Комитет за људска права УН установио је, приликом ревизије предмета Џаџ против Канаде, да је Канада извршила повреду члана 6(1) Међународног пакта о грађанским и политичким правима зато што је 1988. године депортовала Роџера Џаџа (Roger Judge) у САД, где га је чекала смртна казна. Роџер Џаџ био је осуђен на смрт у Пенсилванији, али је успео да побегне из затвора у Канаду. У Канади је, према тамошњем кривичноправном систему, проглашен кривим за две пљачке и осуђен на 10 година затвора. Канада га је 1988. године депортовала у САД, где га је чекала смртна казна. Комитет за људска права закључио је да земља која се залаже за аболицију смртне казне крши право на живот, заштићено чланом 6 ICCPR-а, тиме што шаље у САД затвореника без претходно пружених гаранција да смртна казна неће бити извршена.¹⁵⁴

¹⁵³ Death Penalty Worldwide, „Extradition,” Northwestern Law, <<http://www.deathpenaltyworldwide.org/extradition.cfm>>.

¹⁵⁴ Rodger Judge v. Canada, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/829/1998 (2003).

Овим питањем поново се 2001. године бавио Врховни суд Канаде у предмету Министар правде против Бернса и Рафаја. Суд је сматрао да су изручења осумњичених којима прети смртна казна уставом забрањена. Бернс (Burns) и Рафај (Rafay) су били Канађани који су имали 18 година када су наводно убили Рафајеве родитеље и сестру у америчкој држави Вајоминг. Затим су побегли у Канаду, а држава Вашингтон их је оптужила за убиство, кривично дело за које може бити изречена смртна казна.¹⁵⁵ Канадски министар правде потписао је налог за изручење двојице младића, али није тражио гаранције да држава Вашингтон неће изрећи смртну казну у овом случају. Бернс и Рафај су уложили жалбу на одлуку о изручењу. Након што је проучио међународне трендове у погледу укидања смртне казне, скорашње случајеве ослобађања од смртне казне у САД, и друге практичне проблеме везане за извршење смртне казне у САД, Врховни суд Канаде је закључио да члан 7 Канадске повеље о правима и слободама искључује могућност изручења оптужених, без претходних гаранција САД да за ово двоје лица неће тражити смртну казну.¹⁵⁶

Национални судови Холандије, Швајцарске и Јужне Африке такође захтевају гаранције од државе која тражи изручење да неће изрећи смртну казну. Уставни суд Италије одбио је да изручи осумњичене и поред тога што је била дата гаранција да неће бити осуђени на смрт. У случају Пијетра Венеције (Pietro Venezia), који је признао кривицу за убиство, Уставни суд Италије је закључио да Италија ни под каквим условима не треба да га изручи Сједињеним Америчким Државама где смртна казна још увек постоји, чак и уз гаранције да за оптуженог неће бити тражена смртна пресуда.¹⁵⁷

У току такозваног „рата против тероризма“, европске земље су јасно одбиле да осумњичене за тероризам изруче Сједињеним Америчким Државама без чврстих гаранција да смртна казна неће бити изречена.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Пресуда Врховног суда Канаде, *Minister of Justice v. Burns and Rafay*, 2001 SCC 7 S.C. Canada, 22. март 2001.

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Death Penalty Worldwide, „Extradition 2011, <http://www.deathpenaltyworldwide.org/extradition.cfm>».

¹⁵⁸ Ibid.

III.6. Међусобни утицаји националне и међународне судске праксе: међу-амерички систем и британски Тајни савет у карипским државама

Смртна казна је много раширенија у Северној и Јужној Америци него у Европи. Стручњаци сматрају да је разлог овоме већи степен политичке нестабилности, где владе задржавају или поново уводе смртну казну за кривична дела против државе или јавног поретка. Крајем 80-их година прошлог века, неке америчке државе усвојиле су протокол врло сличан Опционом протоколу УН из 1989. године, којим се уводи ограничење на употребу смртне казне, а примењују га Комисија и Суд за људска права. У земљама карипског Комонвелта, неколико аспеката смртне казне преиспитано је и укинато захваљујући сложеној интеракцији између локалних правосудних система, међу-америчког система и Британског судског већа при Тајном савету.

Међу-амерички суд за људска права и Међу-амерички комитет за људска права представљају основ система за заштиту људских права Организације америчких држава, чија је функција да одржи и промовише основна права и слободе у Северној, Централној и Јужној Америци. Међу-амерички регионални систем вуче корене још из 1826. године, када је одржан Панамски конгрес на којем је Симон Боливар затражио од држава, учесница на Конгресу, да размотре оснивање конфедерације латиноамеричких држава. Повељу је ратификовало свих 35 независних држава америчког континента, које су уједно и чланице ове организације,¹⁵⁹ 1948. године, у циљу „постизања реда, мира и правде, промовисања солидарности и одбране суверенитета, територијалног интегритета и независности сваке државе чланице.”¹⁶⁰ Повеља Организације, одобрена је током Девете међународне конференције америчких држава која је одржана у Боготи. Ова конференција је усвојила 1948. године Америчку декларацију о правима и обавезама човека. Америчка декларација првобитно је била усвојена са објашњењем да није укључена у Повељу и да неће имати правну снагу. Међутим, Међуамерички суд је касније донео одлуку, због развоја догађаја после 1948. године,

¹⁵⁹ http://www.oas.org/en/about/our_history.asp.

¹⁶⁰ Ibid.

да Америчка декларација јесте правно обавезујући документ за све државе чланице ОАД. Државе чланице ОАД-а формирале су 1959. године Међуамеричку комисију за људска права, тело које је временом добило дужност да надзире поштовање људских права у државама чланицама унутар система.¹⁶¹ Државе чланице ОАД усвојиле су, на посебној Међуамеричкој конференцији о људским правима одржаној у Сан Хозеу, Костарика, 1969. године, Америчку конвенцију о људским правима, која представља главни инструмент заштите људских права у међуамеричком систему. Надзорно тело за људска права у овом систему, Међуамерички суд за људска права, формиран је 1979. године. Међуамерички систем за заштиту људских права од тада се проширио и сада укључује бројне протоколе и конвенције, међу којима су Додатни протокол Америчкој конвенцији о људским правима у области економских, социјалних и културних права, и Додатни протокол Америчкој конвенцији о људским правима о укидању смртне казне.¹⁶²

Надлежност Међуамеричке комисије и Суда потиче првенствено из Повеље, Америчке декларације, Америчке конвенције, и Додатних протокола. Све државе чланице, потисивањем Повеље ОАД-а, налазе се бар под минималном надлежношћу Комисије у вези са примањем и преиспитивањем представки о наводном кршењу људских права прописаних Америчком декларацијом о људским правима. Међуамеричка комисија и Суд су тела сачињена од судија и адвоката волонтера који су бирају на Генералној скупштини Организације америчких држава.¹⁶³

Државе чланице Међуамеричког система се углавном оглушују о захтеве међуамеричких тела за заштиту људских права да не извршавају смртну казну док траје разматрање жалби које су на пресуду упутили осуђеници на смрт. Међу државама чланицама ОАД, третирање смртне казне у оквиру међуамеричког система за заштиту људских права одсликава разлике које постоје између земаља шпанског и земаља енглеског говорног подручја. Само две државе у којима се говори шпански језик, Куба и Гватемала, задржавају смртну казну у делу свог законодавства које се односи на

¹⁶¹ D. Shelton, „The jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights,” *American University International Law Review*, Volume 10, Issue 1, Article 3, 1994, стр. 333-372.

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Ibid.

обична кривична дела. За разлику од њих, већина земаља у којима се говори енглески језик задржала је смртну казну у свом законодавству. Ту спадају: Антигва и Барбуда, Бахами, Барбадос, Белизе, Доминиканска Република, Гренада, Гвајана, Јамајка, Санта Луција, Сент Винсент и Гренадини, Тринидад и Тобаго, и Сједињене Америчке Државе.¹⁶⁴

Важно је споменути да Америчка конвенција о људским правима не забрањује државама које су задржале смртну казну да ту меру и спроводе. У ствари, члан 4 Конвенције дозвољава изрицање смртне казне у државама које је нису укинуле, које подлеже одређеним ограничењима и забранама. Према овом члану Америчке конвенције, смртна казна не сме се изрицати произвољно, не сме се изрицати за политичка или обична кривична дела, и посебно особама које су биле млађе од 18 или старије од 70 година у време извршења дела које повлачи смртну казну, нити се сме изрећи трудницама. На крају, смртна казна не сме се изрећи док траје разматрање уложене молбе за помиловањем, укидањем или преиначењем смртне пресуде.

Карипске државе чланице Комонвелта су имале, до почетка 90-их година прошлог века, мали број случајева у међуамеричком систему, у поређењу са војним диктатурама и оружаним сукобима у другим земљама америчког континента. Међутим, са растућим таласом криминала, који је крајње неповољно утицао на социјалну и економску ситуацију у овим државама, политичари су све више тражили примену смртне казне као један од могућих начина за смањење криминалитета. И док је број изречених смртних пресуда у карипским земљама из дана у дан бивао све већи, правници из Уједињеног Краљевства који су се залагали за укидање ове казне развили су координисану стратегију, с намером да доведу у питање одређене аспекте смртне казне у тим земљама. Указивали су на сурове и нехумане ефекте које дуги боравак у затвору, у ишчекивању извршења смртне казне, има на осуђенике, а супротставили су се и мандаторном карактеру смртне казне у законодавству карипских држава.¹⁶⁵

¹⁶⁴ Европски парламент, „Укидање смртне казне и међуамерички систем,“ јануар 2007.
<http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dv/inter_american_/inter_american_en.pdf>.

¹⁶⁵ International Journal of Legal Information, „Death Penalty: situation in jurisprudence of Caribbean States,”
<<http://scholarship.law.cornell.edu/ijli/vol37/iss2/7/>>.

Напори које су уложили правници из Уједињеног Краљевства довели су до тога да је Британско судско веће Тајног савета донело низ одлука које су имале огроман утицај на стандарде и процедуре код изрицања смртне пресуде у карипским државама. Поред тога, одлукама Тајног савета оснажена је улога међународних тела за заштиту људских права у региону. У познатом предмету Прат и Морган против Државног тужиоца Јамајке, из 1993. године, Тајни савет је прихватио да постоји „феномен чекања на извршење казне”, и закључио да извршење смртне казне после дугог периода чекања представља сурово и нехумано поступање. Став Тајног савета је да смртна казна може бити задржана само ако се изврши у разумном року. Штавише, Тајни савет је посебно нагласио да, уколико од доношења пресуде до извршења прође више од пет година, постоје чврсти разлози да се одлагање сматра нечовечном и понижавајућом казном или поступањем. Оно што је такође важно за међуамерички систем заштите људских права јесте одлука Тајног савета да у случају када оптужени уложи жалбу на пресуду неком међународном телу, као што је Комитет за људска права УН или Међуамеричка комисија, период од пет година које је суд предложио укључује и период од 18 месеци током којег се основаност жалбе мора утврдити.¹⁶⁶ Ова одлука драстично је утицала на односе између карипских држава с једне, и Комитета за људска права УН и Међуамеричке комисије с друге стране, тако што је вршила притисак ових тела на локалне судове да убрзају рад на предметима у току петогодишњег периода.¹⁶⁷

Друга одлука Тајног савета која је значајно утицала на изрицање смртне казне у карипским државама била је пресуда у предмету Томас и Хилер против Баптисте, из 1999. године. Када је овој двојници оптужених за убиство, после суђења у Тринидаду и Тобагу, изречена смртна казна, они су уложили молбу Међуамеричкој комисији за укидање смртне пресуде. Пошто су провели пет година у притвору после изрицања пресуде, а за то време Међуамеричка комисија није разматрала њихову молбу, издато је наређење да се смртна казна изврши. Предмет је узео у разматрање Тајни савет, који је закључио да влада, према Међуамеричкој комисији, „која изврши смртну казну пре него што је молба Међуамеричкој комисији размотрена, ускраћује подносиоцима

¹⁶⁶ Апелациони суд Јамајке, „Пресуда Британског судског већа,” 2. новембар 1993.

<<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20101103140224/http://www.privacy-council.org.uk/files/other/PRATTJ~1.rtf>>.

¹⁶⁷ Justice Reseree, P. B., 13. септембар 2007.

<http://www.caribbeancourtsofjustice.org/papersandarticles/Respect_for_Human_Rights.pdf>.

молбе њихово уставом гарантовано право на правично суђење.”¹⁶⁸ Због тога је Тајни савет пресудио да извршење буде обустављено док Комисија не размотри молбе осуђеника и док власти Тринаидада и Тобага не размотре извештаје или одлуке Међуамеричког суда. Тајни савет је такође закључио да продужено држање осуђених у затвору јесте сурово и неуобичајено поступање и да смртну пресуду треба укинути за оба осуђеника.¹⁶⁹

Тајни савет је пресудом донетом у предмету Томас и Хилер против Баптисте ојачао везе између међуамеричког система за заштиту људских права и домаћих законских ограничења у карибским државама чланицама, тако што је спречио Тринаидад и Тобаго да изврши смртну казну над осуђеницима док њихову молбу не размотри и преиспита међуамерички систем.

Утицај међуамеричког система за заштиту људских права временом је јачао у земљама америчког континента, и све више материјалних средстава је било одвајано у циљу бржег процесуирања представки. Овај систем је такође размотрио и утврдио низ питања везаних за ваљаност уложених петиција и тужби. Једно од тих питања било је и питање мандаторног карактера смртне пресуде у Тринаидаду и Тобагу, Јамајци, Гренади и на Бахамима. У овим државама, смртна казна се аутоматски изриче ако се установи да је оптужени крив за убиство.¹⁷⁰ Међуамеричка комисија закључила је да је мандаторни карактер смртне пресуде у супротности са Америчком конвенцијом и Декларацијом, да представља произвољно лишавање неког лица живота и нечовечно поступање, као и да представља кршење права на правично суђење, јер при изрицању смртне пресуде не узима у обзир личне околности сваког појединачног извршиоца кривичног дела. Сходно овим закључцима, Комисија је дала препоруку да се усвоје правне мере којима би се обезбедило да ниједно лице не буде осуђено на смрт на основу правила о мандаторној казни.¹⁷¹ Међутим, упркос захтеву Комисије да се

¹⁶⁸ Апелациони суд Тринаидада и Тобага, „Разлози за одлуку Британског Тајног савета,” 27. јануар 1999. <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20101103140224/http://www.privycouncil.org.uk/files/other/THOMAS~1.rtf>>.

¹⁶⁹ <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20101103140224/http://www.privycouncil.org.uk/files/other/THOMAS~1.rtf>>.

¹⁷⁰ Inter-American Commission on Human Rights, “American Convention on Human Rights,” <<http://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>>.

¹⁷¹ Међуамеричка комисија за људска права, „Америчка конвенција о људским правима,” <<http://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>>.

наведена препорука спроведе у дело, нема назнака да су је државе на које се препорука односила и уважиле.¹⁷²

Тринидад и Тобаго је одбацио Међуамеричку конвенцију о људским правима 1998. године и задржао мандаторну смртну казну. Реагујући на ову одлуку, Међуамерички суд је недвосмислено нагласио да је Тринидад и Тобаго, будући да је ратификовао Америчку конвенцију, под међународном правном обавезом да поштује привремене одлуке Суда и да не може да одбије да испуни такву правну обавезу из локалних, националних разлога. Приликом утврђивања нелегалности мандаторне смртне казне, Међуамеричка комисија и Суд позвали су се на праксу обичајног права највиших судова других држава које имају смртну казну, укључујући САД и Јужноафричку Републику. Међуамеричка комисија и Суд позвали су се на пресуду Врховног суда САД у предмету Вудсон против Северне Каролине, када је Врховни суд први пут забранио извршење мандаторне смртне казне у САД.¹⁷³

Међуамерички суд и Комисија су се такође позвали на пресуду Уставног суда Јужноафричке Републике у предмету Држава против Маквенијана, када је Уставни суд наложио да судије у тој држави узму у разматрање личне околности и субјективне факторе оптуженог пре изрицања смртне пресуде, закључујући да она не сме бити произвољно изречена.¹⁷⁴

Иако одлуке међуамеричког система нису увек биле уважаване на националном нивоу, судије из држава карибског Комонвелта почеле су те одлуке да примењују у вези са допуштањем мандаторне смртне казне. У предмету Спенс против Краљице, из 2001. године, Апелациони суд Источних Кариба донео је већинску одлуку да је мандаторна смртна казна на Сент Винсенту и Гренадинима и на Санта Луцији нехумана и понижавајућа казна према уставу тих држава. Главни судија Бајрон позвао се у

¹⁷² Sellwood and Fernandez, „Capital Punishment in the Caribbean: Evolving jurisprudence and the Road to Abolition“, Други светски конгрес против смртне казне, Монреал, 2004.

¹⁷³ U.S. Supreme Court, “Woodson v. North Carolina,” 1976.

¹⁷⁴ Азијски центар за правне ресурсе, У Уставном суду Јужноафричке републике, „Т. Маквенијан и М. Мчуну,” 15. фебруар 1995. <<http://law.gsu.edu/ccunningham/fall03/DeathPenalty-SouthAfrica-Makwanyane.htm>>.

завршној речи директно на одлуке Међуамеричке комисије у вези са мандаторном смртном казном.¹⁷⁵

Може се закључити да су смртне пресуде у земљама карипског Комонвелта биле преиспитане и преиначене, захваљујући сложенем садејству локалних правосудних система, међуамеричког система заштите људских права и Британског судског већа, као и утицају других држава у којима постоји прецедент по овом питању, укључујући САД и Јужноафричку Републику.¹⁷⁶

III.7. Концепт права на живот у најраспрострањенијим религијама

III.7.1. Право на живот у хришћанству

Хришћанство је религија која почива на личности и делима Исуса Христа. Данас је то религија са највећим бројем следбеника и највећим бројем различитих деноминација. У свету данас има више од две милијарде хришћана, међу којима су најбројнији римокатолици, затим протестанти и верници православне цркве.

Хришћанска доктрина садржи два основна принципа у вези са заштитом живота: „Не убиј.

Чули сте како је казано старима: „Не убиј: јер ко убије, биће крив суду. А ја вам кажем да ће сваки који се гневи на брата својега ни за шта, бити крив суду.“¹⁷⁷

Када је реч о поштовању људског живота, Јеванђеља су још одређенија у вези са забраном садржаном у Петој божијој заповести: „Не убиј недужне и праведнике.“ Сматра се да је намерно убиство недужне особе у великој супротности са

¹⁷⁵Пројекат међународног судства, „Сент Винсент и Гренадини на Апелационом суду,” 1998. <<http://www.internationaljusticeproject.org/pdfs/Spence.pdf>>.

¹⁷⁶ Saul Lehrfreund, “International Legal Trends and the Mandatory Death Penalty in the Commonwealth Caribbean”, Oxford University Commonwealth Law Journal, 2001, стр. 171 – 194.

¹⁷⁷ „Катихизис Католичке цркве.” <http://www.vatican.va/archive/ccc_css/archive/catechism/p3s2c2a5.htm>. Нови завет, Јеванђеље по Матеју, превод Вука Стефановића Караџића.

достојанством људског бића и светошћу Творца. Забрана убијања обавезујућа је за свакога, увек и свуда.¹⁷⁸

Друго важно место у Библији где се говори о поштовању људског живота је Беседа на гори, када Исус Христос понавља заповест „не убиј“, и проширује ову забрану тако што у смртне грехове убраја и гнев, мржњу и освету. Уз то, он од својих ученика тражи да, ако их неко ошамари, окрену и други образ и да воле своје непријатеље.¹⁷⁹ Да је стање далеко од идеалног, сведочи и чињеница да Стари Завет не само да не забрањује смртну казну, већ и инсистира на њој.¹⁸⁰ Бог заповеда да се не убија, али са друге стране дозвољава земаљском суду да убије осуђеног злочинца.¹⁸¹ Како су се ствари развијале током периода инквизиције је добро познато.

III.7.2. Право на живот у исламу

Мање од половине исламских држава је ратификовало међународне споразуме о људским правима, као што је ICCPR. Још више изненађује да ни једна од тих земаља није усвојила Опциони протокол којим се смртна казна забрањује. Овај податак даје повода да се поново покрену добро познате дискусије да ли су општеприхваћене доктрине о заштити људских права спојиве са исламским уверењима, нарочито оним израженим у шеријатском праву.

У разматрању исламског односа према глобалном покрету за људска права, битно је имати на уму неколико његових јединствених аспеката. Међу стручњацима који су се бавили овом темом има оних који сматрају да исламско чврсто веровање у предестинацију води у фатализам и недостатак напретка по питању људских права. Уз то, у муслиманским друштвима много више се полаже на дужности и обавезе него на поштовање права. ¹⁸²

Постоји пет извора шеријатског права. Куран се сматра божански инспирисаном

¹⁷⁸ Ibid, <http://www.vatican.va/archive/ccc_css/archive/catechism/p3s2c2a5.htm>.

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ Ж. Фајфрић, „Религија и смртна казна”, Правни живот, бр. 9/2002, том I, Београд, 2002, стр. 65.

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² Wall Street Journal, 7. септембар 2009.

<<http://online.wsj.com/article/SB10001424052970203440104574398290365247498.html>>.

књигом чији је садржај непромењљив и не подлеже људској критици. Куран углавном садржи моралне поуке општег карактера, док специфичних прописа којима се детаљније регулише људско понашање има врло мало. Многа питања у Курану подложна су тумачењу, у складу са временом када се тумачење врши. Сунет је традиција настала на основу Мухамедовог живота (садржи Пророкове изреке и дела) коју исламски научници користе приликом тумачења и примене моралних поука изнетих у Курану. Трећи извор шеријатског права је Ицма, која означава консензус. Иако се води дебата око тога ко може да учествује у постизању консензуса, Ицма се описује као мишљење учених људи који имају „овлашћење да тумаче право и теолошку доктрину Курана и да на основу тих тумачења доносе закључке“.¹⁸³ Надаље, Кијас представља решења која су на основу аналогije извели исламски правници. Аналогija настаје применом правних правила или начела на нове сличне случајеве. Ицитхад означава расуђивање које не зависи од претходна четири принципа. С обзиром на чињеницу да су водећи исламски научници из претходних векова кодификовали већину својих ставова о исламским правилима, многи верују да су Ицитхаду “врата затворена“ и да се више не сматра делом исламске правне науке.¹⁸⁴ Неки стручњаци сматрају да ови извори омогућавају динамична и флексибилна тумачења шеријатског права. Питање је како овај динамизам одржати у контексту заштите људских права, контексту који је и сам подложен динамичним променама.

Право на живот је основно право и људски живот се мора поштовати. У Курану пише:

„Ако неко убије људско биће... сматраће се да је убио цело човечанство... Ако неко спасе живот само једног човека... сматраће се да је спасао животе целог човечанства.“

На деветнаестој Исламској конференцији министара спољних послова потврђен је значај објављивања Каирске декларације о људским правима у исламу као главног документа којим се регулишу људска права.¹⁸⁵

Појединци, друштво и држава имају дужност да воде рачуна да Богом дато право на

¹⁸³ А. Р. Вијаруг, *op. cit.*, стр. 7.

¹⁸⁴ *Ibid*, стр. 8.

¹⁸⁵ Текст доступан у “Les droits de l’homme et islam”, М. А. Al-Midani, Université de Strasbourg, 2010.

живот ничим не буде угрожено, а одузети некоме живот је забрањено, осим у случајевима када то допушта шеријатско право. У Декларацији се такође наводи да је очување људског живота, докле год он траје по вољи Алаха, дужност која је прописана шеријатским правом. Члан 3 Каирске декларације прописује да у случају примене силе, или за време оружаних сукоба, није дозвољено убијање оних који у сукобу не учествују, односно старих људи, жена и деце. Унакажавање или сакаћење лешева је такође забрањено.

У исламском кривичном праву, ако особа која је у браку почини прељубу, биће осуђена на смрт јавним каменовањем. Међутим, да би ова казна била изречена, четири сведока морају да потврде да је дошло до прељубе. У исламским државама влада уверење да казне попут ових спречавају раздвајање породица, те да исламско кривично право пружа основу за миран живот савремених друштава. „Шеријатски прописи чврстом руком пресецају зло у корену, непоколебљиво стају на пут сваком неделу и обезбеђују мир у друштву. Стога је исламски систем кажњавања најпримеренији за успостављање мира и стварање мирних услова живота.”¹⁸⁶

У исламу, велики значај се придаје заштити права на живот. У ту заштиту спада и право на одмазду. Одмазда је лично право жртве која може да је спроведе само против одговорне стране. У раној фази ислама, суре Курана су дословно тумачене. Можда је од свих дословних тумачења најпознатије оно о „одсецању шака“, због којег су често лоповима и буквално ампутиране шаке. Треба напоменути да се ова пракса у ранијим вековима није спроводила само у муслиманским земљама. Неки стручњаци сматрају да реч „qata“ (одсецање) има и додатно значење, и да би у том случају било исправније да се ова фраза протумачи као „спречавање да се руке користе“ – што се вероватно односи на затворску казну.¹⁸⁷ Има и оних који указују на чињеницу да кривцу треба пружити шансу да тражи божанску милост, и да га треба казнити тек пошто се прво темељно преиспитају све чињенице случаја. Противници одсецања шака и других сурових казни, као што је бичевање, сматрају да је дошло време да се Куран рационалније тумачи. Охрабрује чињеница да се у многим муслиманским

¹⁸⁶ I. Herald, 12. март 2003. <http://saif_w.tripod.com/explore/crime/islamic_criminal_law.htm>.

¹⁸⁷ Peters, R., “Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the 16th to the 21st Century,” Cambridge: Cambridge University Press, 2005, стр. 36.

земљама, са изузетком Саудијске Арабије, бичевање већ дуго не практикује. Међутим, за жаљење је чињеница да већина исламских земаља и даље нема намеру да укине смртну казну.¹⁸⁸

Убиство због повреде части, које је санкционисано шеријатским правом, представља важан део ислама. У питању је убиство члана породице или припадника неке друштвене групе од стране других чланова породице или друштвене групе, ако постоји уверење да је жртва убиства својим поступцима нарушила углед породице или своје заједнице. Жртве су углавном жене и девојке, а неретко и мушкарци. Примера ради, у Пакистану, у провинцији Синд, током 2002. године убијено је 245 жена и 137 мушкараца због такозваног Каро-Карија. Ова пракса убијања мушкараца и жена због наводне повреде части присутна је не само у провинцији Синд, већ и у неким деловима Пенџаба. Каро-Кари дословце значи „црни мушкарац“ (Каро) и „црна жена“ (Кари), што је метафора за прељубника и прељубницу. Ако се жена окриви да је Кари, мушки чланови породице себи дају за право да је убију, као и мушкараца са којим је наводно починила прељубу, да би повратили укаљану породичну част.¹⁸⁹

У муслиманском свету, многи поступци и понашања могу да се протумаче као каљање угледа породице или заједнице. Ту спадају: ношење одеће коју породица или заједница не одобравају; намера да се оконча или спречи уговорени брак или жеља да се ступи у брак са особом по сопственом избору, нарочито ако се ради о припаднику или припадници друштвене групе која се сматра неприхватљивом; жртве сексуалног насиља; жене које учествују у друштвеном животу или имају контакте са другим заједницама; жене које усвајају обичаје или другачија верска уверења (отпадништво од вере); жене које желе да се разведу, чак и од мужа насилника, или оне које су починиле прељубу. Чак и претпоставка да се жена понашала на начин који „нарушава углед“ њене породице може да доведе њен живот у опасност. Кривично дело и кажњавање се јављају као индикатори културе, и то се посебно односи на арапске земље, у којима се социјални односи настали поводом убиства регулишу у већој мери

¹⁸⁸ Peters, R, op. cit., стр. 143.

¹⁸⁹ Пракса Каро-Карија у Синду, Ефтигар. <http://www.eftiqar.com/karo_kari.html>.

религијским, шеријатским обичајним правом, а не писаним.¹⁹⁰

Жене у муслиманским земљама, али и оне које живе у исламским заједницама немуслиманских држава, постају жртве мера које прописује шеријатско право, чиме су лишене својих људских права, у које спада и право на живот. Ова пракса све је учесталија у Француској, Шведској, Холандији, Уједињеном Краљевству и Турској. Баназ Махмуд (Banaz Mahmud), двадесетогодишњу избеглицу из Ирака, убили су 2006. године отац и ујак, пошто је полиција претходно одбила њен захтев за заштиту.¹⁹¹ Сохан Бензиан (Sohane Benziane), седамнаестогодишњу Францускињу алжирског порекла, живу је спалио њен бивши младић 2002. године. Европљани су временом увидели да убиства због повреде части представљају како политички, тако и проблем заштите људских права. Представници полиције европских држава састали су се 2004. године у Хагу да осмисле стратегију за борбу против ове нехумане праксе. Према проценама Фонда за становништво Уједињених нација (UNFPA), сваке године скоро 5000 жена и девојака постану жртве од стране чланова својих породица. Многе групе за женска права на Блиском Истоку и у Југозападној Азији претпостављају да број убијених жена барем четвороструко премашује ову цифру.¹⁹²

Турски министар спољних послова изразио је жаљење у вези са убиством почињеним ради одбране части у југоисточном делу Турске. Једну шеснаестогодишњу девојку живу су спалили њени рођаци. Бурак Озугергин (Burak Ozugergin), представник за штампу Министарства спољних послова, изјавио је да Турска сматра убиства због части кршењем људских права. Заједно са Уједињеним Краљевством, и Турска је 2004. године поднела ГС УН нацрт резолуције којом би се спречило ово недопустиво убијање. Исте године, парламент Турске одобрио је нови кривични закон, који садржи и многа решења у вези са питањем родне равноправности. Закон је ступио на снагу 2005. године.

Арапска лига је 1968. године основала сталну Арапску комисију за људска права. Лига је 1971. године усвојила Нацрт декларације о људским правима и ставила је на

¹⁹⁰ Н. Мрвић-Петровић, „Утицај културе на регулисање забране повреде права на живот”, Правни живот, бр. 9/2000, том I, Београд, стр. 13-14.

¹⁹¹ BBC News, <<http://www.bbc.co.uk/news/uk-england-london-11716272>>.

¹⁹² United Nations Population Fund, <<http://www.unfpa.org/swp/2000/english/ch03.html>>.

јавну расправу.¹⁹³ На жалост, у муслиманским земљама нема довољно политичке воље, а повремено ни легитимитета, да би се направио значајнији помак по овом питању. То је нарочито евидентно у конзервативним исламским земљама попут Омана и Саудијске Арабије, које једино шеријатско право сматрају меродавним извором управљања.¹⁹⁴

У исламу постоји концепт људских права, али се он по много чему разликује од модерног међународног схватања заштите људских права. Најважнији аналитичари ипак указују да је ислам спојив са међународним правом људских права, и позивају на елиминацију предрасуда између два система и њихових тумача.¹⁹⁵

III.7.3. Право на живот у јудаизму

Основу јеврејских закона и традиције (halakha) чине Тора и текстови из каснијих периода, попут Талмуда. Сматра се, сасвим оправдано, да је заштита основног људског права на живот садржана у заповести којом се забрањује убиство. У јудаизму постоји и правило да се мора притећи у помоћ човеку чији је живот у опасности, јер свако има право на живот. Из права на живот произилази обавеза не само да поштујемо туђи живот, већ и да чувамо сопствени. Према Талмуду, у случају сукоба или рата, ако је некоме живот доведен у опасност, и не преостаје му ништа друго него да убије нападача како би заштитио своје право на живот, такво убиство је оправдано. Поред права на живот, јудаизам уважава и друга права која се морају поштовати, као што су право на заштиту од повреде, право на здравље, достојанство и зарађивање за живот. Сва ова права представљају специфичне факторе који се узимају у обзир приликом утврђивања надокнаде у случају наношења штете.¹⁹⁶

¹⁹³ M. Amin Al-Midani, „Лига арапских држава и Арапска повеља о људским правима,“ <http://www.acihl.org/articles.htm?article_id=6>.

¹⁹⁴ Peters, R, op. cit., стр. 172.

¹⁹⁵ M. Baderin, „International human rights and Islamic law“, Oxford University Press, 2005, стр. 219.

¹⁹⁶ T. Parshas, “Murder: Going for the Kill,” Torah. <<http://www.torah.org/learning/livinglaw/5766/toldos.html#>>.

III.7.4. Право на живот у будизму

У традиционалном будизму, особа која жели да постане будиста мора да прихвати пет основних етичких начела (Panca-sila): не убијај ништа што је живо, не кради, не лажи, не злоупотребљавај сексуална задовољства, не узимај алкохол или дроге. Од лаика који постаје будиста, или изражава своју приврженост будизму, очекује се да се закуне да ће се уздржавати од ових негативних поступака. Начела немају карактер заповести, већ служе више као упутства којих нови верник треба да се добровољно придржава како би лакше савладао обуку.

Како научити да се избегне одузимање живота, представља саставни део основних будистичких правила. Оно се односи на све што дише, на свако живо биће које има дах и свест. Ту спадају људи и животиње, укључујући инсекте, али не и биљни свет. Сва бића имају право на живот и то право мора бити поштовано. Придржавати се ових правила захтева дисциплину која људима омогућава да живе у складу са другима.¹⁹⁷

Може се закључити да водеће светске религије не забрањују смртну казну, мада начелно славе право на живот.¹⁹⁸

III.8. Анализа процеса укидања смртне казне у Европи

После Универзалне декларације о људским правима из 1948. године, већ 1950. године усвојена је Европска конвенција о људским правима, што није необично, будући да је за текст оба инструмента заслужан исти човек, Рене Касен (Rene Cassin). Веза са Универзалном декларацијом наглашена је већ у преамбули Европске конвенције. Борбу за укидање смртне казне преузеле су на себе многе организације, укључујући УН, СЕ, многе невладине и разне верске организације, међу којима је и католичка црква.¹⁹⁹

Дебата о смртној казни водила се у УН-у, али је све више пажње добијала у Европи. Европска конвенција је још 1950. године изричито нагласила да је право на живот

¹⁹⁷ Будизам, „Детаљно о Панкасили“, <<http://www.buddhism-guide.com/buddhism/pancasila.htm>>.

¹⁹⁸ У овом контексту, значајно је дело Борислава Лоренца „Психологија и филозофија религије,” Геца Кон, Београд, година издања непозната (извесно, пред сам II Светски рат).

¹⁹⁹ D. J. O'Вуте, op. cit., стр.201.

заштићено законом и да смртна казна може бити изречена само после провођења законом утврђеног и строго контролисаног правног поступка. У периоду од 1957. године до раних 70-их година прошлог века, било је поднето неколико нацрта резолуција СЕ чији је циљ био укидање смртне казне. Ови предлози изазвали су жучне дебате, укључујући и критике оних који су сматрали да је смртна казна неопходна у борби против нарастајућег тероризма. Многи делегати су поставили питање да ли је мудро укидати ову казну с обзиром на чињеницу да се број терористичких акција повећава, а постојање смртне казне би можда помогло да се тај број смањи.²⁰⁰

СЕ је усвојио 28. априла 1983. године Протокол бр. 6 Европске конвенције који се сматра првим уговором међународно-правног карактера којим се државе потписнице обавезују на укидање смртне казне. Протокол бр. 6 прописује да у доба рата може да се направи изузетак у закону о смртној казни. У Протоколу се даље наводи да су државе чланице СЕ које су обавезане протоколом, још у време потписивања Европске конвенције о људским правима биле против смртне казне. Услед развоја догађаја у неким европским земљама, појавила се општа тенденција међу државама чланицама Савета Европе ка укидању смртне казне. Из тог разлога, државе чланице СЕ прихватиле су члан 1 Протокола бр. 6 којим се укида смртна казна и забрањује да било ко буде погубљен. Члан 2 Протокола нуди појашњење, да државе могу да унесу одредбу у закон о смртној казни која се тиче изрицања ове мере за кривична дела почињена у ратно доба или у случају непосредне ратне опасности. У том случају, држава је дужна да обавести Генералног секретара Савета Европе о одредбама које намерава да донесе.

СЕ је прихватио концепт Европе као зоне без смртне казне. Ова организација је тада такође почела да припрема нацрт додатног протокола којим се смртна казна укида и у мирнодопско и у ратно доба. Протокол бр. 13 Конвенције о заштити људских права и основних слобода, којим се укида смртна казна у свим околностима, усвојен је 2002. године. Члан 1 Протокола бр. 13 прописује да смртна казна треба да буде укинута и да нико не треба да буде осуђен и погубљен.

²⁰⁰ D. J. O'Byrne, *op. cit.*, стр. 203-207.

Потписнице овог протокола сложиле су се да је право на живот сваке особе фундаментални принцип демократског друштва и да је укидање смртне казне у свим околностима пресудно за пуно признавање инхерентног достојанства свих људских бића. Био је то последњи искорак у укидању смртне казне у Европи у свим околностима.

Парламентарна скупштина СЕ се чврсто залаже за укидање смртне казне. Став Скупштине је да смртној казни нема места у казним системима модерног цивилизованог друштва, те да она није ефикасно решење за спречавање кривичних дела, нити је поуздан инструмент, с обзиром на чињеницу да је људска правда несавршена. Захваљујући овом јасном и непоколебљивом ставу Скупштине, државе које желе да постану чланице СЕ морају без одлагања да ставе забрану на погубљења и да у догледно време укину смртну казну, јер је то предуслов за чланство у организацији.²⁰¹

Европска конвенција о људским правима је главни правни документ на којем се базира укидање смртне казне у СЕ, а државе чланице дужне су да се придржавају принципа који су у њој наведени. Сходно томе, свих 47 држава чланица СЕ укинуло је смртну казну, што је у оштром контрасту са УН, где још увек има доста земаља које ову казнену меру нису укинуле.²⁰²

III.9. Кључни случајеви у вези са укидањем смртне казне

III.9.1. Серинг против Уједињеног Краљевства

Први важан случај смртне казне (одложеног извршења пресуде) у Европи је већ поменути случај Серинг против Уједињеног Краљевства из 1989. године.²⁰³ Јенс Серинг (Jens Soering) је немачки држављанин који је, чекајући изручење у САД, био у притвору у Енглеској због оптужбе за убиство родитеља своје девојке којима је ножем нанео смртне повреде. Он се жалио да, упркос гаранцијама које су САД дале

²⁰¹ Parliamentary Assembly, "Abolition of the death penalty in Council of Europe Observer states," Resolution 1253 (2001). <<http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta01/eres1253.htm>>.

²⁰² A., Mortensen, "Abolition of the death penalty," University of Bergen, Master's Thesis, 2008.

²⁰³ Soering v. the United Kingdom, appl. no. 14038/88.

британским властима, постоји велика вероватноћа да ће му бити изречена смртна казна ако буде изручен САД. Позивајући се на „феномен одлагања погубљења у ходнику смрти“, где осуђеници проведу неколико година под изузетним стресом и психичким траумама у посебном затворском одељењу, чекајући да буду погубљени, тврдио је да ће, ако буде изручен, бити изложен нехуманом и понижавајућем поступању и кажњавању, што је у супротности са чланом 3 Европске конвенције о људским правима.²⁰⁴

Европски суд за људска права установио је да би изручење САД-у подносиоца представке изложило реалном ризику од поступања које је у супротности са чланом 3. Суд је приликом доношења овог закључка узео у обзир врло дуг период који осуђеници обично проведу чекајући на погубљење, и то у екстремним условима, а уважио је и личне околности господина Серинга, нарочито његов узраст и ментално стање у време извршења кривичног дела. Поред тога, Суд је нагласио да се легитимна сврха екстрадиције може постићи и другим начинима који не подразумевају патњу таквог интензитета и трајања.²⁰⁵ „Суд је једногласно донео одлуку да, у случају да одлука британских власти о изручењу подносиоца представке Сједињеним Америчким Државама буде спроведена, тај чин ће се сматрати повредом члана 3 Европске конвенције о људским правима. С друге стране, Суд је једногласно одбацио представку оптуженог по члановима 6 (1) и 3 (ц) и (д) (право на правично суђење у кривичном поступку), као и по члану 13 (право на правни лек од стране надлежних органа државе у вези са наводним кршењем Конвенције). Без обзира што је закључио је да би одлука британских власти да изруче господина Серинга САД-у представљала повреду члана 3 Европске конвенције (забрана мучења), не би дошло до повреде члана 2 (право на живот), на чију евентуалну повреду се Серинг није ни позвао. Тако је Суд заштитио

²⁰⁴ European Court of Human Rights, “Death Penalty Abolition,” октобар 2011.

<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/C20F17A5-5F49-47C9-9CBD-A2A26985E099/0/FICHES_Abolition_peine_de_mort_EN.pdf>.

²⁰⁵ Utrecht School of Law, “Soering v. The United Kingdom.”

<<http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/e4ca7ef017f8c045c1256849004787f5/63d192604859318bc1256640004c1c32?OpenDocument>>.

живот оптуженог тиме што га није изручио другој држави и изложио мучењу због дугог чекања на погубљење.²⁰⁶

III.9.2. Бадер и Канбор против Шведске

У предмету Бадер и Канбор против Шведске из 2005. године²⁰⁷, четворочланој породици сиријских држављана одбијен је захтев за азил у Шведској и издато је наређење о депортацији у Сирију. Породица је уложила жалбу Европском суду за људска права, тврдећи да је отац породице у Сирији оптужен за саучесништво у убиству и осуђен на смртну казну, тако да постоји реални ризик да ће бити погубљен ако буде враћен у домовину, што је у супротности са члановима 2 и 3 Европске конвенције о људским правима.²⁰⁸

Суд је сматрао да га чињеница да постоје државе које још увек нису ратификовале Протокол бр. 13 може спречити да донесе закључак како је устаљена пракса међу државама чланицама да се извршење смртне казне третира као нечовечно и понижавајуће поступање које је у супротности са чланом 3 Европске конвенције, с обзиром на то да никакво одступање од те одредбе није могуће, чак ни у ратно доба.²⁰⁹ Велико веће уздржало се од извођења коначних закључака у вези са тим да ли се може сматрати да је члан 2 Конвенције проширен, у смислу да забрањује смртну казну у свим околностима.²¹⁰ У исто време, Веће је сматрало да би било у супротности са Конвенцијом, чак и кад би се члан 2 протумачио тако да још увек допушта смртну казну, извршити смртну казну после неправичног суђења, јер је произвољно лишавање живота неке особе забрањено.²¹¹ Исто тако, одредба члана 2 (1) Конвенције прописује да нико не сме бити намерно лишен живота, „осим приликом извршења пресуде суда“, и да се у кривичном поступку морају поштовати најстрожи стандарди правичности, што важи и за првостепене и за апелационе судове. Суд је једногласно донео закључак

²⁰⁶ European Court of Human Rights, “Death Penalty Abolition,” октобар 2011. <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/C20F17A5-5F49-47C9-9CBD-A2A26985E099/0/FICHES_Abolition_peine_de_mort_EN.pdf>.

²⁰⁷ Bader and Kanbor v. Sweden, appl. no.13284/04.

²⁰⁸ European Court of Human Rights, “Death Penalty Abolition,” октобар 2011. <<http://www.echr.coe.int/NR/>>.

²⁰⁹ Ibid, став 165.

²¹⁰ Ibid.

²¹¹ Ibid, став 166.

да би депортовање подносиоца представке у Сирију представљало повреду чланова 2 и 3 Европске конвенције о људским правима.²¹²

Суд је сматрао да је страх господина Бадера да ће смртна казна над њим бити извршена ако буде присиљен да се врати у домовину оправдан и основан. Пошто су погубљења вршена без икаквог увида јавности или одговорности, околности погубљења сигурно би код оптуженог изазвале велики страх и очајање. Што се тиче кривичног поступка који је резултирао смртном пресудом, Суд је закључио да он преставља флагрантни пример кршења права на правично суђење, како због кратког трајања поступка, тако и због тоталног непоштовања права одбране окривљеног. Закључак Суда био је да би смртна казна изречена Бадеру после неправичног суђења изазвала додатни страх и очајање код њега и његове породице због неизвесне будућности ако буду враћени у Сирију. Из наведеног произилази да би депортовање подносиоца представке у Сирију, ако буде спроведено, садржавало елементе повреде чланова 2 и 3 Конвенције. Сходно овој одлуци, шведске власти одобриле су подносиоцу представке захтев за азил.²¹³

III.9.3. Оцалан против Турске

У предмету Оцалан против Турске ²¹⁴, радило се о случају изрицања смртне пресуде после неправичног суђења. Абдулах Оцалан је познати турски држављанин курдског порекла који служи доживотну казну затвора у Турској. Пре хапшења био је вођа РПК (Радничка партија Курдистана) која се у југоисточној Турској бори за независност те области, претежно насељене Курдима. Ухапшен је у Кенији, 15. фебруара 1999. године, под нејасним околностима, и пребачен у Турску, где је осуђен на смрт због сепаратистичког деловања, у јуну 1999. године. Када је Турска у августу 2002. године, укинула смртну казну у мирнодопско време, Суд за државну безбедност у Анкари преиначио је, у октобру 2002. године, Оцаланову смртну пресуду на казну доживотног затвора. Оцалан је уложио жалбу Суду на смртну пресуду у његовом случају.²¹⁵

²¹² European Court of Human Rights, "Case of Bader and Kanbor v. Sweden," 8. новембар 2005. <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/>.

²¹³ European Court of Human Rights, "Death Penalty Abolition," октобар 2011. <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/>

²¹⁴ Öcalan v. Turkey, appl. no. 46221/99.

²¹⁵ European Court of Human Rights, "Death Penalty Abolition," октобар 2011. <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/>.

Суд је закључио да у погледу изрицања смртне пресуде није дошло до повреде чланова 2, 3 и 14 Европске конвенције, будући да је смртна казна укинута, а Оцаланова пресуда преиначена у казну доживотног затвора.²¹⁶ Суд је нагласио чињеницу да се у Европи смртна казна у мирнодопско време сматра неприхватљивом казном која је забрањена чланом 2 Европске конвенције. Међутим, није донет јасан став у вези са питањем да ли Конвенција установљава праксу да се погубљење сматра нечовечним и понижавајућим поступањем које је у супротности са чланом 3 Конвенције. Упркос овим нејасноћама, Суд је закључио да би изрицање смртне пресуде после неправичног суђења, чак и да се одредбе члана 2 тумаче тако да још увек дозвољавају смртну казну, представљало кршење Европске конвенције о људским правима. Једногласна одлука Суда била је да није дошло до повреде члана 2 (право на живот), нити до повреде члана 14 (забрана дискриминације) у вези са чланом 2, и изрицањем смртне пресуде, затим да није дошло до повреде члана 3 (забрана мучења) у вези са изрицањем смртне пресуде, са 13 гласова за и 4 против, Суд је закључио да је изрицањем смртне пресуде после неправичног суђења дошло до повреде члана 3 Европске конвенције.²¹⁷ У погледу смртне пресуде после неправичног суђења, Суд је поновио да члан 2 прописује забрану изрицања смртне пресуде лицу које није имало правично суђење. Страх и неизвесност у погледу будућности које изазива смртна пресуда, када постоји реална могућност да ће она бити извршена, незаобилазно у човеку рађа дубоки очај и осећање изгубљености. Такво очајање додатно је појачано неправичношћу судског процеса који је до смртне пресуде и довео, што се према Конвенцији, узевши у обзир чињеницу да је људски живот доведен у питање, сматра незаконитим. У случају Оцалан, забрана изрицања смртне пресуде у Турској била је на снази од 1984. године, а турска влада одложила је извршење казне у складу са одлуком Европског суда која је у међувремену била донета. Међутим, ако се узме у обзир чињеница да је Оцалан био један од најтраженијих људи у Турској, стварни ризик од извршења казне над њим постојао је више од три године пре него што је донета одлука о укидању смртне казне. На крају је Европски суд за људска права пресудио да се изрицање смртне пресуде Оцалану после неправедног суђења, и то од стране суда чије су независно одлучивање и

²¹⁶ State Watch, "Grand Chamber Judgment Ocalan v. Turkey," 12. мај 2003. <<http://www.statewatch.org/news/2005/may/echr-ocalan.pdf>>.

²¹⁷ Ibid.

непристрасност доведени у сумњу, може сматрати нечовечним поступањем, а самим тим и повредом члана 3 Европске конвенције.²¹⁸

III.9.4. Цабари против Турске

У предмету Цабари против Турске ²¹⁹, радило се о ризику од погубљења јавним каменовањем. Госпођица Цабари, иранска држављанка, побегла је из своје земље, где је била притворена због љубавне везе са ожењеним мушкарцем. Када су је ухапсили у Истанбулу због поседовања лажног канадског пасоша, жалила се да јој прети опасност од погубљења каменовањем ако буде враћена у Иран. Високи Комесаријат Уједињених нација за избеглице (UNHCR) признао јој је избеглички статус, пошто је утврдио да би Цабари, ако се врати у Иран, заиста могла да буде на смрт каменована, што спада у нехумано и сурово кажњавање.²²⁰

Европски суд за људска права са дужном пажњом је размотрио закључке Високог комесаријата у вези са ризиком по живот госпођице Цабари ако буде депортована у Иран. „Суд је утврдио да је дошло до повреде члана 13. По мишљењу Суда, а имајући у виду неповратну штету која би могла бити нанета ако би се испоставило да је ризик од подвргавања мучењу или лошем поступању био основан, као и важност члана 3 у таквим околностима, идеја о изналажењу ефикасног правног лека према члану 13 захтева независно и ригорозно преиспитивање тврдње да ли има довољно основа за страх да може доћи до поступања које је у супротности са чланом 3 Конвенције, као и за могуће обустављање спровођења оспораване мере. Будући да Управни суд у Анкари није пружио никакве гаранције у вези са овим околностима, Суд је извео закључак да „ревизија судског поступка није обављена по критеријумима прописаним чланом 13 Европске конвенције о људским правима.”²²¹ Суд је затим утврдио да казна јавним каменовањем за прељубу још увек постоји у правном систему Ирана и да је иранске власти могу спровести, што доводи до закључка да постоји ризик да ће госпођица

²¹⁸ European Court of Human Rights, “Death Penalty Abolition,” октобар 2011. <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/>.

²¹⁹ Jabari v. Turkey, appl. no. 40035/98.

²²⁰ European Court of Human Rights, “Death Penalty Abolition,” октобар 2011. <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/>.

²²¹ Netherlands Institute of Human Rights, Utrecht School of Law, “Jabari v. Turkey.” <<http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/>.

Цабари бити изложена поступању које није у складу са Европском конвенцијом ако буде враћена у Иран. Сходно томе, уредба о њеном депортовању, ако би она, по повратку у домовину, била тако брутално усмрћена, довела би до повреде члана 3 Европске конвенције о људским правима.²²²

III.9.5. Ал-Садун и Муфти против Уједињеног Краљевства

Још један случај који је привукао пажњу био је Ал-Садун и Муфти против Уједињеног Краљевства из 2010. године²²³, који је потврдио да је смртна казна у супротности са Европском конвенцијом. У овом предмету, два ирачка држављанина, припадника сунитске муслиманске заједнице, који су били оптужени за умешаност у убиство два британска војника убрзо после почетка инвазије на Ирак 2003. године, поднела су представку Европском суду за људска права, у којој су тврдили да их у Ираку готово извесно чека смрт вешањем ако их британске власти буду изручиле. Позивајући се на третирање смртне казне као нехуманог и понижавајућег поступања, Суд је нагласио да упркос томе што пре 60 година, када је настала Европска конвенција о људским правима, смртна казна није представљала кршење међународних стандарда, став по овом питању је од тада у свих 47 држава чланица СЕ и потписница Европске Конвенције све више ишао у правцу потпуног укидања ове казнене мере, како у правним инструментима тако и у пракси. Два Протокола уз Конвенцију ступила су на снагу, укидајући смртну казну у мирnodопско време (Протокол бр. 6), а касније и у свим околностима (Протокол бр. 13). Уједињено Краљевство ратификовало је оба ова Протокола. Од свих држава потписница Конвенције, само три нису потписале Протокол бр. 13, а од оних које су га потписале, три државе га нису и ратификовале. Тако је постало јасно да је члан 2 допуњен и да сада забрањује смртну казну у свим околностима. На основу тога Суд је закључио да смртна казна, која подразумева намерно и унапред смишљено лишавање људског бића живота од стране органа власти једне државе, при чему се осуђенику наноси физички бол и снажна психолошка патња која проистиче из самог сазнања да га чека смрт, може да се сматра нечовечним и понижавајућим поступањем, и да је као таква у супротности са одредбама члана 3

²²² European Court of Human Rights, "Death Penalty Abolition," октобар 2011. <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/>

²²³ Al-Saadoon and Mufdhi vs. United Kingdom, appl. no. 61498/08.

Европске конвенције.²²⁴ Суд је једногласно уважио преостали део представке према члану 13 Европске конвенције и потврдио да је дошло до повреде члана 3, а да није неопходно утврђивати да ли је дошло и до повреде члана 2 или члана 1 Протокола бр. 13.

Суд је пресудио, са шест гласова за и једним гласом против, да је дошло до повреде чланова 13 и 34 Европске конвенције, као и да чињеница да је дошло до кршења Конвенције оправдава одлуку о правичном задовољењу, односно о исплати надокнаде за нематеријалну штету нанету подносиоцима представке.

III.10. Разлози за укидање смртне казне

Истраживања иду у прилог ставу, који заступају многи криминолози, да смртна казна не доводи до смањења криминалитета. У анкети коју је међу криминолозима у САД спровела агенција Gallup 1985. године, 62% испитаника одговорило је потврдно на питање „сматрате ли да смртна казна служи да се људи одврате од убијања, односно, да она утиче на смањење стопе убистава, или не?“²²⁵ Међутим, када је у анкети постављено исто питање 2006. године, овај проценат пао је на 34%. Број испитаника који су изјавили да смртна казна не утиче на смањење броја убистава је удвостручен - са 31% у 1985. години, на 62% у 2004. години. Исто тако, анкета која је на националном нивоу спроведена међу скоро 400 шефова полиције и локалних шерифа показала је да две трећине испитаника не верује да се смртном казном значајније смањује број убистава.²²⁶

Студија коју су спровели Мајкл Радле (Michael Radelet) и Роналд Ејкерс (Ronald Akers) 1996. године, показала је да се из анкете спроведене међу водећим криминолозима јасно види да се стручњаци слажу да смртна казна има мали, готово безначајан, утицај на криминалитет. Радле и Ејкерс су 1996. године дошли до упитника које је попунило 67 од 71 бивших председника три водеће стручне криминолошке асоцијације у САД:

²²⁴ European Court of Human Rights, Death Penalty Abolition, октобар 2011. <UNHCR, “Al-Saadoon and Mufdhi v. United Kingdom,” 2. март 2010. <<http://www.unhcr.org/refworld/country,,ECHR,,IRQ,,4b98e9e12,0.html>>.

²²⁵ M. L. Radelet & T. L. Lacoock, “Recent developments: Do executions lower homicide rates? The views of leading Criminologists,” 99 Journal of Criminal Law and Criminology 489 Northwestern University School of Law, 2009.

²²⁶ Ibid.

Америчког криминолошког друштва (American Society of Criminology), Академије за криминолошке науке (Academy of Criminal Justice Sciences), и Удружење за право и друштво (Law and Society Association). Дошли су до закључка да „међу водећим криминолозима Америке постоји широки консензус да су научна истраживања показала да смртна казна има мало, ако уопште, утицаја на смањење стопе насиља изазваног криминалним понашањем.“²²⁷

У анкети коју је 2008. године спровео један од водећих америчких криминолога поново је постављено питање да ли смртна казна утиче на смањење криминалитета. Испитаници су били одабрани из Америчког криминолошког друштва, укључујући добитнике награде Садерленд (Sutherland Award), највишег признања које ова институција додељује за допринос криминолошкој науци, као и појединце који су од 1997. године до данас вршили функцију председника Друштва. Испоставило се да 88,2% анкетираних криминолога не верује да смртна казна одвраћа људе од криминала.²²⁸

Поред растућег консензуса међу криминолозима и припадницима служби за спровођење закона да смртна казна не смањује криминалитет, постоји и истраживање које је имало за циљ да докаже супротно, и које су касније дискредитовала два водећа криминолога. Такозвано Мокан-Гитингс (Mocan-Gittings) истраживање многи су цитирали као доказ да смртна казна ипак утиче на смањење криминала. Истраживање су спровели Наци Мокан (Naci Mocan), професор економије на Универзитету у Колораду, у Денверу, и један од његових студената пост-дипломаца, Кај Гитингс (Kaj Gittings). Њих двојица су испитали 6.143 смртне пресуде изречене у САД између 1977. и 1997. године, и саставили базу података са 1.050 уноса, са по једним уносом по држави.²²⁹ Према добијеним резултатима, свако погубљење довело би до пет нових убистава мање, а свако преиначење пресуде у дугу или доживотну казну затвора довело би до пет нових убистава.

²²⁷ M. L. Radelet and R. L. Akers, „Deterrence and the Death Penalty: The Views of the Experts”, 87 J. Criminal Law and Criminology 1, 10/1996.

²²⁸ M. L. Radelet and T. Lacock, „The Views of Leading Criminologists,” Journal of Criminal Law and Criminology, 99/2009., стр. 489-508.

²²⁹ R. Berk. “New Claims About Executions and General Deterrence: Déjà Vu All over Again?”, Journal of empirical legal studies, 2005, стр. 303.

Двојица истакнутих криминолога сматрала су да у Мокан-Гитингсовом истраживању има озбиљних недостатака. Ричард Берк (Richard Berk) је приметио да су бројке које приказују извршена погубљења по држави и годишње, у периоду од 1977. до 1997. године, врло искривљене. Берк је посебно нагласио да у већини држава, у укупно 859 од 1000 уноса, у одређеној години уопште није било погубљења, док је само у шачици држава било једва неколико погубљења у неколико година, и то углавном у Тексасу. Када је Берк поновио анализу без података из Тексаса, ометајући ефекат смртне казне је нестао. То је говорило у прилог чињеници да закључци изведени из првобитне студије нису применљиви на целокупну територију САД.²³⁰

Џефри Фејган (Jeffrey Fagan) је такође извршио анализу Мокан-Гитингсовог истраживања. Фејганов рад представља најобухватнију критику теоријских и методолошких недостатака истраживања, која су спроведена од 2000. године чији је циљ био да докажу да смртна казна ипак смањује криминал. Фејган је у својој анализи постојећих података користио једноставнију и прихваћенију математичку формулу, и поништило све ометајуће факторе смртне казне које су установили Мокан и Гитингс.²³¹ Фејганов циљ није толико био да докаже неоснованост Мокан-Гитингсове теорије, колико да покаже како мале измене у њиховим премисама и хипотезама могу да изазову велике флукуације у процени фактора ометања. На пример, само мала измена могла је да произведе позитивни ометајући ефекат смртне казне, али и да не произведе никакав ефекат, а чак понекад и да доведе до ефекта додатне брутализиције, односно да се сваким погубљењем повећава стопа убистава.²³²

Приликом одбацивања смртне казне као инструмента којим се људи лишавају основног права на живот, неопходно је имати у виду и природу људске правде која је подложна грешкама. У САД, између 1900. и 1985. године, приближно 350 невиних људи је осуђено на смртну казну, од којих је 23 било погубљено.²³³ Неки од ових невиних људи провели су деценије у чекању да њихова судбина буде решена. Ако би и успели да докажу своју невиност, не би добијали никакву одштету од државе за

²³⁰ Ibid.

²³¹ J. Fagan, "Death and Deterrence Redux: Science, Law and Causal Reasoning on Capital Punishment," 4 Ohio State Journal of Criminal Law, 2006, стр. 255.

²³² J. Fagan, *ibid.*

²³³ D., J. O'Byrne, *op. cit.*

деценије проведене у затвору под кривом оптужбом. Од увођења ДНК анализа у утврђивању доказа у судски систем САД 80-их година прошлог века, многе пресуде за тешка кривична дела, које су резултирале годинама проведеним у затвору и чекањем на погубљење, биле су преиначене у корист оптужених на основу нових доказа.²³⁴ У многим земљама које су задржале смртну казну, утврђивање доказа путем анализе ДНК не постоји у њиховом правном систему. Трој Дејвис био је Американац афричког порекла који је 1991. године осуђен за убиство полицајца у држави Џорџија. Неколико година касније, седам од укупно девет сведока који су Дејвиса повезали са овим злочиним, променило је или дало потпуно нови исказ у односу на првобитно сведочење, сада тврдећи да је било принуде од стране полиције. Дејвис је уложио безброј молби за ревизију случаја и утврђивање невиности у светлу нових доказа, али се Суд на то оглушио. Његове молбе подржало је преко 4000 људи, укључујући добитнике Нобелове награде за мир, бившег председника САД Џимија Картера и бискупа Дезмонда Тутуа. Трој Дејвис погубљен је 21. септембра 2011. године.²³⁵

Очигледно је да смртна пресуда у земљама које су ову меру задржале погађа највише оне групе које су на друштвеним, политичким или економским маргинама. Статистике у САД показују да већина лица која су била осуђена на смртну казну потиче из најсиромашнијих слојева друштва. То су људи који не могу да плате адекватну правну одбрану и морају да прихвате адвокате које им да држава и који су мало плаћени и/или неискусни, и немају довољно ресурса за спровођење ваљане истраге и одбрану својих клијената.. Од укупног броја затвореника и осуђеника на смрт који чекају на погубљење, велику већину чине Афро-американци. У извештају организације Amnesty International, у САД у периоду између 1930. и 1967. године, две трећине погубљених били су Афро-американци. Истраживања показују да до 62% затвореника који у САД чекају на погубљење су Афро-американци, иако та популација представља само 12% укупног броја становника САД. Велика непропорционалност постоји и у погледу изрицања смртне пресуде углавном припадницима друштвених мањина и нижих

²³⁴ H. A. Bedau, M. L. Radelet & C. E. Putnam, "Convicting the Innocent in Capital Cases: Criteria, Evidence, and Inference," August 24, 2004. <<http://students.law.drake.edu/lawReview/docs/52-Bedau.pdf>>.

²³⁵ Huffington Post, J., Rudolf, "Troy Davis Executed: Controversially Convicted Inmate Maintains Innocence Until The End," November 21, 2011. <http://www.huffingtonpost.com/2011/09/21/troy-davis-executed_n_975109.html>.

друштвено-економских класа.²³⁶ Упркос томе, укидање ове нехумане и понижавајуће казне у САД за сада није нимало извесно.

Због свега наведеног, легитимност ниједне кривичне санкције није спорна у мери у којој је то случај са смртном казном.²³⁷

III.11. Закључак

Следећи европски правни преседан, многе земље широм света укинуле су смртну казну, увидевши да она лишава људска бића основног права на живот. Суђење, изрицање пресуде и време проведено у затвору до погубљења могу се сматрати суровим и нечовечним кажњавањем. Штавише, изрицање ових пресуда није поштеђено грешака у спровођењу правде и уз то, несразмерно више погађа друштвено-економски и политички рањиве групе. Међутим, велики напредак учињен је и у дебати која се води о смртној казни. С обзиром на чињеницу да је укидање ове мере тесно повезано са режимима у којима има више слободе и демократије, можемо очекивати да ће ширење демократије постепено довести до већег одбацивања смртне казне.

Као што пракса Европског суда за људска права показује, смртна казна нарушава људско достојанство, а у европским земљама је сматрају неефикасном у спречавању криминала. СЕ је прва међународна организација која је повела успешну и активну кампању против смртне казне. Са своје стране, ЕУ је током 2010. године интервенисала, путем саопштења за јавност и дипломатским контактима, у појединачним случајевима смртне пресуде у преко 30 земаља. Европски покрет за укидање смртне казне направио је значајне помаке широм света. Међутим, борба за укидање ове казне још увек није завршена, чак ни у Европи, што најбоље показује пример Белорусије, без обзира што смртна казна није у функцији како генералне тако и специјалне превенције и није у функцији сврхе кажњавања.²³⁸

²³⁶ D. J. O'Byrne, *op. cit.*

²³⁷ З. Стојановић, "Коментар Кривичног законика", Сл. Гласник, Београд, 2006, страна 176.

²³⁸ Д. Илић, "Смртна казна и превенције", Правни живот, бр. 9/2000, том I, Београд, стр. 123.

IV. ПОЧЕТАК ЖИВОТА И ПРАВО НА ЖИВОТ

IV.1. Међународно-правно регулисање

Да би се стекао бољи увид у проблематику абортуса и евентуалних права нерођеног детета, односно права фетуса на живот, и сагледало да ли постоји право на абортус, важно је да анализирамо релевантну праксу Европског суда за људска права у односу на члан 2 Европске конвенције о људским правима.

Треба имати на уму да текст Преамбуле ове конвенције изричито наводи да државе чланице СЕ:

„[потврђују]... изнова своју дубоку веру у оне основне слободе које су темељ мира и правде у свету и које се најбоље одржавају стварном политичком демократијом, с једне стране; и заједничким схватањем и поштовањем људских права од којих оне зависе, с друге стране.”²³⁹

Чланом 2 штити се право на живот „сваке особе“. Под термином „живот“ овде се подразумева људски живот, док право на живот животиња или других живих бића није обухваћено овим концептом.

Упркос важности коју овај члан има за примену основних принципа људских права у Европи, Конвенција не даје дефиницију живота ни шта се под њим подразумева, нити када он почиње или се завршава. Тиме се потенцијално може довести у питање и заштита гарантована чланом 2. Европа у овом погледу није изузетак, пошто по овом питању не постоји правни консензус ни у свету. Европска комисија за људска права, која је постојала до 1998. године, није желела да прописује строга правила у вези са овом проблематиком која је често предмет спорова. Реч је о питањима везаним за контроверзну проблематику друштвене етике, личног морала, а често и религије. Суд

²³⁹ Преамбула Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода, 5.

ни данас не даје јасну дефиницију појма живот или, барем, шта се сматра његовим почетком.

Сходно томе, питање када почиње живот и ко има „право на живот“ спада у оквире разматрања у којима државе традиционално уживају широко поље слободне процене, упркос еволутивном тумачењу Конвенције као „живог инструмента који се мора тумачити у светлу тренутних околности“²⁴⁰. До овог закључка дошло се из два разлога: прво, већина држава-уговорница још увек није решила питање овакве врсте заштите права; друго, у Европи не постоји консензус о научној и правној дефиницији почетка живота²⁴¹.

Традиционално становиште Суда у складу је са консензусом који постоји у великој већини европских земаља да се жени дозвољава прекид трудноће под одређеним околностима, у које спада ризик који трудноћа може имати по њено здравље или неки други разлози социјалне природе²⁴². Конвенција не одређује шта се сматра почетком живота, а ни Европски суд не даје мноштво одговора на питања у вези са правима фетуса.

Упутно је размотрити ову тему и са становишта упоредног права. На пример, члан 4 Америчке конвенције о људским правима, у одељку „право на живот“, прописује следеће:

„1. Свака особа има право да се њен живот поштује. Ово право заштићено је законом и то од тренутка зачећа²⁴³. Нико не може бити произвољно лишен живота.

2. У земљама у којима смртна казна још није укинута, таква мера може се изрећи само за најтеже злочине, а на основу коначне пресуде коју је донео надлежни суд у складу са законом који такву казну прописује и који је ступио на снагу пре извршења кривичног дела. Ова казна не може се применити за кривична дела на која се тренутно не односи.

²⁴⁰ Суд се позвао на случај *Tyger v. UK*, пресуда од 25.4.1976., Серија А бр.26, стр. 15-16, параграф 31, као и на накнадну судску праксу.

²⁴¹ *Vo v. France*, appl. no. 53924/00, параграф 82.

²⁴² D. P. Fenwick, “Recognition of violations of Women’s Human Rights under the European Convention on Human Rights in the context of restrictive abortion regimes,” Master’s thesis, Durham University, available at <http://etheses.dur.ac.uk/595/>, поглавље 1, стр. 4.

²⁴³ Наглашено од стране аутора.

3. Смртна казна не може поново да се уведе у државама које су је укинуле.
4. Смртна казна не може бити изречена за политичке преступе и сродна кривична дела.
5. Смртна казна не сме бити изречена особама које су у време извршења кривичног дела биле млађе од 18 година или старије од 70 година; исти принцип важи и за труднице.
6. Свака особа осуђена на смртну казну има право да поднесе захтев за амнестију, помиловање или блажу казну, и такав захтев може бити уважен у сваком од наведених случајева. Смртна казна не може бити изречена док такав захтев разматра надлежно тело.”

За разлику од члана 4 Америчке конвенције, који прописује да право на живот мора бити заштићено од тренутка зачећа, члан 2 Европске конвенције не каже ништа о временском ограничењу права на живот. Суд тек треба да утврди шта је почетак права на живот сваке особе у смислу ове одредбе и да ли и нерођено дете има такво право. С тим у вези, Америчка конвенција о људским правима не дефинише ни шта подразумева под „зачећем“, нити када оно почиње.

Фенвик даје одличну категоризацију доктринарне дискусије у вези са абортусом. Постоје дискусије о праву на абортус као људском праву у смислу међународних и регионалних стандарда,²⁴⁴ и разне студије случаја у којима се разматрају случајеви прекида трудноће у светлу Конвенције.²⁴⁵ Друго, постоје доктрине о праву на живот на темељу Европске конвенције о људским правима.²⁴⁶ Надаље, имамо текстове „противника абортуса”.²⁴⁷ У четврту групу спадају све чешћи социјално-правни аргументи да би приступ абортусу требало да буде људско право по себи,²⁴⁸ и на крају

²⁴⁴ J. M. Gher and C. Zampas, “Abortion as a Human Right : International and Regional Standards,” 2008, 8 Human Rights Law Review, стр. 249, R. Cook and B. Dickens, “Human Rights Dynamic of Abortion Law Reform,” 2003, Human Rights Quarterly 1, стр. 25.

²⁴⁵ N. Prialx, “Testing the Margin of Appreciation: Therapeutic Abortion, Reproductive “Rights” and the intriguing case of Tysiac v. Poland,” 15 European Journal of Human Rights, 2008 стр. 361.

²⁴⁶ A. Plomer, “A Foetal Right to Life? The Case of Vo v. France,” 5 Human Rights Law Review, 2005, стр. 311.

²⁴⁷ J. Cornides, “Human Rights Pitted Against Man,” 12 International Journal of Human Rights, 107, 2008, стр. 115-121.

²⁴⁸ S. Sheldon, “Beyond Control: Medical Power and Abortion Law”, Pluto Press, 1997; E. Jackson, “Regulating reproduction: law, technology and autonomy”, Oxford, Hart 2001.

етичке анализе проблематике везане за абортус из угла људских права.²⁴⁹ Аутор овог рада је наклоњен ставовима четврте групе, нарочито у вези са њиховим социјалним становиштима.

Као што је већ истакнуто, текст Конвенције не садржи коначну дефиницију нити било какве смернице у вези са питањем када почиње живот. Јасна упутства не постоје ни у другим међународним инструментима²⁵⁰. Овакво стање последица је недостатка општег договора о овом осетљивом питању, да ли фетус има, или би требало да има, право на живот. Државама-чланицама Савета Европе би требало да буде остављено дискреционо право да одговор на ово питање нађу у складу са својим законодавством. Овде би било прикладно да се позовемо на чувени концепт „поља слободне процене“, врло важан у примени Европске конвенције. У складу са овим концептом, Суд допушта државама-чланицама да налазе одговарајућа решења у вези са овом тематиком и у другим случајевима, под условом да то чине на одговарајући начин и без нарушавања равнотеже између интереса одређене државе и људских права.

Да би се заштитило, унапредило и промовисало право на репродукцију које не постоји у Европској конвенцији, али се развија на нивоу УН, битно је имати увид у рад разних невладиних организација, као што су Центар за право на репродукцију, Федерација за жене Пољске и планирање породице и Ирско удружење за планирање породице.

У међународном праву, Суд се често позива на инструменте Уједињених нација, као што су Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966. (ICCPR) године као и на Конвенцију о укидању свих облика дискриминације жена из 1979. године²⁵¹(CEDAW). Конкретније, члан 12 CEDAW Конвенције прописује да жена има право на недискриминаторски однос у области здравствене заштите. У овом члану изричито пише:

²⁴⁹ R. Dworkin, "Life's Dominion: An argument about abortion and euthanasia," Harper Collins, 1993.

²⁵⁰ На пример: Овиједо конвенција о људским правима и био-медицини (1997.), њен Додатни протокол о забрани клонирања људских бића (1998.) и Нацрт додатног Протокола о био-медицинским истраживањима (2003.).

²⁵¹ На енглеском језику - Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, позната под скраћеницом CEDAW.

1. Државе чланице предузимају одговарајуће мере ради укидања дискриминације жена у области здравствене заштите како би, на основу равноправности жена и мушкараца, осигурале доступност здравствених услуга, укључујући оне које се односе на планирање породице.

2. Без обзира на одредбе става 1 овог члана, државе чланице обезбеђују одговарајуће здравствене услуге женама за време трудноће, порођаја и у периоду после рођења детета, осигуравањем бесплатних услуга, када је то потребно, као и одговарајуће исхране за време трудноће и дојења.

Још 1968. године, први концепт о „праву на репродукцију“ – праву родитеља да слободно одлучују о броју деце које ће имати – признат је као људско право у Завршном акту Прве светске конференције о људским правима која је одржана у Техерану²⁵². Од тада, многа међународна тела за људска права признала су права жена на планирање породице.

Један од важних примера у овом погледу је Акциони програм Међународне конференције Уједињених нација о становништву и развоју одржане у Каиру 1994. године, у којем је наглашена важност права на одлуку о времену и начину репродукције, као и „права на приступ одговарајућим услугама здравствене заштите које ће омогућити женама да безбедно изнесу трудноћу и порођај“²⁵³. На овој Конференцији, представници више од 180 држава по први пут су се јасно сагласили да право на репродукцију произлази из већ постојећих људских права. То је довело до експанзије међународних инструмената о људским правима који се бави правима жена на приступ абортусу.

Међу тим правним актима, најдалекосежнији (вероватно и најпрогресивнији) је Афричка повеља о правима човека и народа из 1981. године²⁵⁴ која је 2003. године, по усвајању додатног Протокола о правима жена, постала први правно-обавезујући инструмент у области међународног права људских права који је експлицитно признао

²⁵² A/Conf.32/41 УН док.

²⁵³ Извештај Међународне конференције о становништву и развоју, Каиро, 5-13. септембар 1994. A/Conf 171/13 Rev 1, Седмо поглавље, 7.12.

²⁵⁴ OAU Doc. Cab/Leg/76/3 Rev.5; 21 International Legal Materials 58, 1982.

право на абортус у терапеутске сврхе. Члан 14 Протокола под називом „Право на здравље и репродукцију“ наводи:

1. Државе - потписнице обавезне су да осигурају да се право жене на здравље, укључујући право на сексуално и репродуктивно здравље, поштује и промовише. То укључује:

а) право на контролу плодности;

б) право на одлуку да ли ће имати децу, колико деце и где ће бити смештена;

в) право на избор метода контрацепције;

г) право на самозаштиту и заштиту од полно преносивих инфекција, укључујући ХИВ/СИДУ;

д) право да буде информисана о стању свог здравља и здрављу свог партнера, поготово ако је заражена полно преносивом болешћу, укључујући ХИВ/СИДУ, у складу са међународно признатим стандардима и најбољом праксом;

ђ) право на едукацију о планирању породице.

2. Државе - потписнице обавезују се да предузму све неопходне мере како би:

а) обезбедиле адекватне, јефтине и доступне здравствене услуге, укључујући информације, едукацију и програме комуникације за жене, поготово за жене које живе у руралним крајевима;

б) установиле и ојачале постојеће здравствене и нутриционистичке услуге женама пре, у току и после порођаја и у периоду дојења;

в) заштитиле право жене на репродукцију одобравањем вршења медицинског абортуса у случајевима сексуалног насиља, силовања, инцеста, као и у случајевима где трудноћа угрожава психичко и физичко здравље мајке или је опасна по живот мајке или фетуса.

Европски суд је обавезу о заштити живота жене, коју Међународни пакт о грађанским и политичким правима²⁵⁵ експлицитно прописује, протумачио као проширивање позитивних обавеза о заштити живота²⁵⁶.

На овај став Међународног пакта надовезује се Комитет CEDAW-a²⁵⁷ који истиче право на недискриминацију у приступу здравственој заштити током трудноће, као и још један важан Комитет у оквиру система Уједињених нација за заштиту људских права, Комитет за заштиту економских, социјалних и културних права²⁵⁸, који одредбу ICCPR-а посматра као аспект права на здравствену заштиту²⁵⁹. Једно од најважнијих тела УН-а, Комитет за људска права, је уочио да је репродуктивно здравље од суштинског значаја за равноправност жена, те да зато „држава потписница врши дискриминацију ако одбије да легално омогући пружање одређених услуга за репродуктивно здравље жена“.²⁶⁰ Овај, Комитет је препоручио да се намерни прекид трудноће не користи као метода за планирање породице.

Проблеми у овој области постоје готово свуда у свету. Међутим, Комитет за људска права УН, тумачећи један други члан (члан 7, којим се гарантује слобода од нехуманих или деградирајућих поступака), у случају КЈ против Перуа, отишао је корак даље, јер је и у случају када абортус није *de jure* доступан, сматра да треба омогућити као део суштинске позитивне обавезе пружања заштите од нехуманог или деградирајућег поступања. Како укидање извршења абортуса са листе кривичних дела у Перуу експлицитно покрива питање здравља²⁶¹, државне болнице нису то прихватиле... ситуација је решена тако што је у перуанском закону направљен изузетак којим се

²⁵⁵ Члан 6(1): „Свако људско биће има инхерентно право на живот“.

²⁵⁶ CСPR/C/21.rev. 1, став 5, 19. мај 1989. године.

²⁵⁷ Члан 12(1) CEDAW обавезује државе потписнице да „укину дискриминацију жена у области здравствене заштите како би обезбедиле, на основама једнакости између мушкараца и жена, приступ услугама здравствене заштите, укључујући услуге које се односе на планирање породице“. Видети такође Општу препоруку бр. 24 у Компилацији општих коментара (п 11) у 280, параграф 27, и Закључке CEDAW у вези са Литванијом од 16. јуна 2000. године. А/55/38 параграф, 158.

²⁵⁸ На енглеском језику - International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, позната под скраћеницом ICESCR.

²⁵⁹ ICESCR, члан 12(1): „Државе потписнице Повеље признају право сваке особе на највиши могући стандард физичког и менталног здравља“; по тумачењу CESCR: Пољска, 16. јун 1998. Е/С.12/1/Add.26 став 12.

²⁶⁰ Општа препорука бр. 24, став 11.

²⁶¹ Закон о здрављу од 18. марта 1969. године, чланови 19-23. Закони наведени од стране Међународне федерације за професионални абортус FIAPAS „Закон о абортусу сваке националне државе“, доступно на <http://www.fiapas.org>.

абортус дозвољава у циљу заштите здравља или живота мајке“.²⁶² Према томе, могло би се закључити да постоји консензус у оквиру тела УН-а да право на живот подразумева приступ абортусу ако трудноћа представља опасност по живот жене.

Ово питање покренуто је у случају Тишјак против Пољске, на основу члана 3 Европске конвенције о људским правима, тако да је Суд могао да тумачи овај члан у смислу обавезе државе да спречи понижавање и деградирање жена у случају да је право на абортус ускраћено у ситуацијама као што је трудноћа која наступи као последица силовања или деформитет фетуса са фаталним исходом. То би било у складу са тумачењем еквивалентног члана у Међународном пакту (члана 7),²⁶³ мада текст овог пакта, јасно, не обавезује Суд.

На већ поменутој Каирској конференцији о становништву и развоју, одржаној 1994. године, представници влада постигли су споразум о томе да би жене требало да буду охрабрене да преузму контролу над својим репродуктивним животом и да абортус који није безбедно извршен представља проблем јавног здравства. После ове у Каиру, на Светској конференцији о женама, одржаној у Пекингу 1995. године, владе су се обавезале да ће гарантовати право на репродукцију свим женама. У међународном праву људских права, Универзална декларација о људским правима, споразум који предвиђа право на живот (члан 3), ускраћује то право нерођеном детету. Члан 1 Универзалне декларације прописује: „Сва су људска бића рођена слободна и имају једнако право на достојанство и своја права. Она имају разум и савест и треба да се опходе једна према другима у братском духу.“ Већина других споразума којима се утврђује право на живот оставља ово питање отвореним, поред већ споменуте Америчке конвенције о људским правима. Право на живот постоји и у Међународном пакту о грађанским и политичким правима који то право експлицитно не одузима фетусу – оно важи за сва „људска бића“. Међутим, на основу историјске анализе сврхе Међународног пакта остаје спорно да ли ово право прећутно подразумева тренутак

²⁶² KL против Перуа (1153/2003), ставови 2.4 и 2.5.

²⁶³ Закључни коментари Комитета за људска права у односу на Перу, 15. новембар 2000. године, CCPR/CO/70/PER.

Комитет је потврдио да је абортус обухваћен чланом 7, на основу Опште препоруке бр. 28 која прописује да се овим чланом захтева од држава да поднесу извештај о томе да ли обезбеђују приступ легалном абортусу женама које су жртве силовања. Општи коментар 28, став 11. 45, Закључне препоруке Комитета у вези са Ирском: 24. јул 2000. А/55/40 став 23 и 30. јул 2008, CCPR/C/IRL/CO/3, став 13.

зачећа, с обзиром на чињеницу да је такав амандман одбачен приликом састављања нацрта овог члана.^{264 265}

Извесно је да абортус није на листи изузетака од ограничења који су јасно наведени у члану 2 (2). „Ако претпоставимо да се ова одредба односи на почетну фазу трудноће, абортус је имплицитно обухваћен ограничењем, чиме се у овој фази штити живот и здравље жене, 'права на живот' фетуса.”²⁶⁶

Пракса Европског суда није од велике помоћи када је реч о кључним питањима, у које спадају и права нерођеног детета. Суд је у том погледу установио: „...Суд чврсто верује да, по свему судећи, није пожељно, нити чак могуће, дати апстрактни одговор на питање да ли се нерођено дете сматра особом или не, у смислу члана 2 („personne” у тексту на француском језику).”²⁶⁷

IV.1.1. Категоризација постојећих правних режима абортуса у европским државама

Извесно је да абортус није на листи изузетака од ограничења који су јасно наведени у члану 2 (2) који регулише право на живот.

Европски суд за људска права начелно је заузео став у погледу ограничења (која су понекад екстремна) приступа абортусу женама које желе да прекину трудноћу и о недовољној здравственој заштити која из ових ограничења произлази, нарочито у традиционално католичким земљама, као што су Пољска и Ирска. Истовремено са овим конзервативним тенденцијама, у европским државама постоји растући и све чвршћи консензус у прилог допуштању абортуса у раној фази трудноће. При том, разматрају се и најважнији изузеци од тог консензуса.

²⁶⁴ J. M. Gher and C. Zampas, *op. cit.*, стр. 249.; види такође ГС Annex, 12. заседање 1597, тачка дневног реда 33, A/C.3/L.654, став 113.

²⁶⁵ P. D. Fenwick, *op. cit.*, четврто поглавље, стр. 10.

²⁶⁶ X v. United Kingdom, *appl. no.* 8416/79, Одлука Комисије од 13. маја 1980. године, Одлуке и извештаји (ДР) 19, стр. 253.

²⁶⁷ Vo v. France, *appl. no.* 53924/00, параграф 85.

Категоризација постојећих правних режима европских држава засниваће се на оној коју су утврдили Есер и Кох у недавно спроведеној стручној анализи правних режима у 64 земље у вези са абортусом. У књизи „Abortion and the Law: From International comparison to legal policy“²⁶⁸ они износе да се правни режими којима се регулише питање абортуса могу сврстати под три шире схваћена модела – модел забране абортуса, модел медицинских индикација (у случајевима када постоји ризик по здравље жене) и модел временског ограничења (који дозвољава абортус до одређеног периода трудноће)²⁶⁹.

Ови аутори закључују да режими који обухватају 92% европског становништва дозвољавају женама да се у неком тренутку одлуче за прекид трудноће. То, међутим, не значи да већина земаља допушта жени потпуну слободу у доношењу такве одлуке, јер ће она можда морати да испуни одређене додатне услове, као што је, на пример, одлазак у саветовалиште. Женина одлука да прекине трудноћу мора у сваком случају да има упориште у закону.

Уочљива је додатна либерализација закона који регулишу приступ абортусу. У последњих неколико година, у неким европским земљама дошло је до важних промена у овој области: у Шпанији је од јула 2010. године женама допуштено да изврше абортус до четрнаесте недеље трудноће²⁷⁰. Штавише, закон сматра да постоји право на абортус, и то као „аутономно право“ којем лекари не могу да се супротставе. Слично томе, 2007. године у Португалији је ступио на снагу закон који дозвољава абортус по женином захтеву након обављених разговора у саветовалишту, а пре десете недеље трудноће²⁷¹. Претходни закони који су били на снази у овим државама допуштали су абортус само ако је жена могла да докаже да трудноћа представља опасност по њено здравље или да је трудноћа наступила као последица силовања²⁷².

²⁶⁸ Издавач TM Asser Press, Хар, 2005.

²⁶⁹ Eser & Koch, *ibid.*, од стр. 46 надаље.

²⁷⁰ C. Giles, “Spain’s unrestricted Abortion Law takes effect,” Associated Press Agency, 5. јули 2010. године. http://www.salon.com/wires/health/2010/07/05/D9GOQ22O3_eu_spain_abortion/index.html.

²⁷¹ M Queiroz, “Legal Abortion after Decades of Struggle,” Inter Press Service News Agency (12. фебруар 2007.), видети на <http://ipsnews.net/news.asp?idnews=36534>.

²⁷² Шпанија: Основни закон 9/1985 од 5. јула, измена члана 417 Кривичног закона; Португалија: Закон бр. 6, чланови 139-141, 11. мај 1984. и Закон бр. 90, 30. јул 1997.

Оваква либерализација у традиционално католичким земљама завређује сваку пажњу и резултат је одвијања више паралелних тенденција – даљег јачања положаја и улоге жена у друштву, коначног закључења процеса одвајања цркве и државе, као и свеопште модернизације ових друштава.

Осетљиво питање абортуса изазива многе контроверзе. И поред тога што су у Ирској одржана три референдума у вези са прекидом трудноће, рестриктивни режим није промењен.²⁷³ Сукоб између феминистичких/либералних вредности с једне, и верских/конзервативнијих вредности с друге стране, постаје све израженији.

IV.1.2. Рад Европске комисије

Као што је већ наведено, прекид трудноће се не налази на листи изузетака који ограничавају на право на живот, експлицитно наведених у члану 2(2). И поред тога, Комисија је већ изразила мишљење да је абортус компатибилан са првим ставом члана 2 (1), како би се заштитили живот и здравље мајке.

Комисија је још 1961. године одбила да преиспита компатибилност *in abstracto* закона о абортусу са чланом 2 Конвенције²⁷⁴. У предмету Бругеман и Шојтен против Немачке²⁷⁵, Комисија је имплицитно усвојила став да потпуна забрана абортуса представља недозвољено мешање у право на приватност у смислу члана 8 Конвенције (права на поштовање приватног и породичног живота). Међутим, Комисија је додала да се „члан 8, став 1 не може тумачити као да су трудноћа и прекид трудноће, у принципу, искључиво у домену приватног живота мајке.”²⁷⁶

“У спору Бругеман и Шојтен против Немачке, Комисија је по први пут прихватила да питање абортуса може бити решавано на основу Конвенције... Комисија је закључила

²⁷³ Постоје анализе које тврде да је пољски председник Лех Качински изгубио изборе 2007. године због уставног амандмана којим живот не би био заштићен од тренутка зачећа.

²⁷⁴ Види *X v. Norway*, appl. no. 867/60, Одлука Комисије од 29.5.1961., Компилација одлука, Том 6, стр. 34 и *X v. Austria*, appl. no 7045/75, Одлука Комисије од 10. децембра 1976., DR 7, стр. 87.

²⁷⁵ *Bruggemann & Sheuten v. Germany*, appl. no.6959/75, Извештај Комисије од 12.7.1977.,DR 10.

²⁷⁶ *Ibid.*

да питање приступа абортусу може да се сматра правом на поштовање приватног живота према члану 8, ставу 1, Конвенције...пошто обухвата „развој и потпуно формирање личности“, што подразумева и „могућност ступања у сексуалне односе“²⁷⁷...Комисија није желела да иде у дубља разматрања, поштујући интересе фетуса: Комисија је сматрала да су одређени интереси фетуса законом заштићени од самог почетка, нарочито право на наслеђивање²⁷⁸; такође је утврдила да се трудноћа не односи нужно само на домен приватног живота²⁷⁹, зато што „кад жена остане у другом стању, њен приватни живот постаје блиско повезан са животом фетуса који расте“.

„Имајући у виду да члан 2 није материјално квалификован и да не садржи клаузулу о изузимању абортуса, овај проблем се углавном решава различитим тумачењима текста члана 2, став 1 – „право на живот сваке особе заштићено је законом“. Ако претпоставимо да приступ абортусу, као што је био случај у предмету Бругеман, под одређеним околностима може да се третира у смислу овог члана, мешање би се оправдало позивањем на право на живот²⁸⁰ фетуса на основу члана 2, ако се утврди да је фетус био живо биће у смислу овог члана. Међутим, у предмету Патон против Уједињеног Краљевства²⁸¹, Комисија је одбацила ово тумачење. Радило се о жалби у вези са женом којој је било дозвољено да абортира из здравствених разлога у десетој недељи трудноће. Комисија је донела одлуку да чланове Конвенције, укључујући члан 2, не треба тумачити као да су директно применљиви на нерођено дете, као и да термин 'свака особа' (који се јавља у неколико чланова Конвенције) генерално треба тумачити да не подразумева и фетус, мада се такво тумачење не може у потпуности искључити²⁸².

²⁷⁷ Ibid, параграф 55.

²⁷⁸ *Bruggemann and Sheuten v. Germany*, appl. no. 6959/75, параграф 60 који се односи на законе који су на снази у државама потписницама и који уважавају интересе фетуса, посебно на наслеђивање.

²⁷⁹ Ibid, параграфи 59-60.

²⁸⁰ Ни Суд у Стразбуру ни Комисија нису до сада разматрали да ли фетус има корист од заштите било ког права садржаног у Конвенцији: у *X v. Norway*, Комисија је одбацила аргумент да могућа права абортираног фетуса потпадају под члан 3.

²⁸¹ *Patton v. United Kingdom*, appl. no. 8416/78.

²⁸² Ibid, параграфи 7-9.

„Међутим, Комисија је потом разматрала да ли би фетус ипак могао да се сматра обликом „живота“ - начелно нижег статуса од особе - ... једно могуће тумачење члана 2 било је да би фетус могао да има неку заштиту“. Оваква нејасна тумачења – која су се заснивала на нерешеном питању степена признавања интереса фетуса у смислу члана 2 – јавила су се и касније, у случајевима после Патона, као напр., у X против Норвешке²⁸³, Отворено саветовалиште и жене Даблина против Ирске²⁸⁴, Босо против Италије²⁸⁵ и Во против Француске²⁸⁶. Суд је у овом последњем случају одбацио као неоснован аргумент подносиоца представке да је пропуст домаћих власти да прекид трудноће прогласе убиством из нехата, које за собом повлачи казну за кривично дело, довео до неодговарајуће заштите живота фетуса, чиме је наводно био прекршен члан 2²⁸⁷.

У предмету Бругеман и Шојмен²⁸⁸, Комисија је уважила да жене које су се жалиле, на основу члана 8 Конвенције, на одлуку Уставног суда којом се ограничава извршење абортуса, могу да буду сматране потенцијалним жртвама које могу да се обрате суду. Међутим, Комисија није сматрала да је неопходно да у овом контексту, одлучује о томе када почиње живот. Комисија је заузела став да није дошло до кршења члана 8 Конвенције зато што „свака регулатива о прекиду нежељене трудноће не представља мешање у право на поштовање приватног живота мајке“, и истовремено нагласила да: „нема доказа да су потписнице Конвенције имале намеру да се приклоне било ком одређеном решењу“.²⁸⁹

У предмету X против Уједињеног Краљевства, Комисија је разматрала тужбу човека који је тврдио да је његовој супрузи било дозвољено да изврши абортус из здравствених разлога. Иако је уважила да се потенцијални отац може сматрати „жртвом“ кршења права на живот (нерођеног детета), Комисија је закључила да се термин „свако“, који се користи у неколико чланова Конвенције, не може применити

²⁸³ X v. Norway, appl. no. 17004/90, параграф 155.

²⁸⁴ Open Door Counselling and Dublin Well Woman v. Ireland, appl. no. 14234/88.

²⁸⁵ Bosso v. Italy, appl. no. 50490/99, Извештаји о пресудама и одлукама 2002-VII.

²⁸⁶ Vo v. France, appl. no. 53924/00.

²⁸⁷ Ibid, параграф 81.

²⁸⁸ Bruggemann and Sheuten v. Germany, appl. no. 6959/75, Извештај Комисије од 12. јула 1977., ДР 10.

²⁸⁹ Vo v. France, appl. no. 53924/00, параграф 76.

на пренаталну фазу. Комисија је додала да општа употреба термина „свака особа“ (“toute personne”) и контекст у којем је термин употребљен у члану 2 Конвенције не подразумева нерођено дете. У погледу термина „живот“ и, посебно, почетка живота, Комисија је уочила да „постоје различита мишљења о томе када живот почиње“ и стога неутрално закључила: „док неки верују да живот почиње од тренутка зачећа, други се изгледа фокусирају на тренутак нидације (угњеждења фетуса у материцу), на тренутак када фетус „оживљава“ или на тренутак рођења“.²⁹⁰

Што се тиче пресуда у случајевима X против Уједињеног Краљевства²⁹¹, X против Норвешке²⁹² и у Босо против Италије²⁹³, Европска комисија и Суд донели су одлуку да би давање фетусу истих права која имају већ рођене особе довело до неоправданог ограничавања права гарантованих чланом 2 особа које су већ рођене. Комисија је одбила да разматра да ли се абортус експлицитно налази на листи дела која би могла за последицу да имају лишење живота, тј. смрт. Према мишљењу Комисије, постоје три опције:

члан 2 уопште не покрива право фетуса или нерођеног детета;

члан 2 признаје право на живот фетуса уз одређена имплицитна ограничења;

Конвенција гарантује апсолутно право на живот фетусу.

Комисија је одбацила последње тумачење зато што није омогућавало да се узме у обзир право жене и потенцијалну смртну опасност по трудницу, ни да се имплицитно каже да ће живот фетуса бити важнији од живота мајке. Штавише, овакво тумачење није узимано у обзир ни у већини држава-чланица које су одобриле абортус, чак и током осамдесетих година прошлог века, и тренд је ишао у правцу легализације абортуса. Према томе, с разлогом се може закључити да термин „свако“ из члана 2 иде у прилог становишту које искључује нерођено дете.

²⁹⁰ X v. United Kingdom, appl. no. 8416/79, параграф 12.

²⁹¹ Ibid, параграф 19.

²⁹² X v. Norway, appl. no. 17004/90, одлука Комисије од 19. маја 1992., ДР 73, стр. 155.

²⁹³ Bosso v Italy, appl. no. 50490/99, ECHR 2002-VII.

Међутим, у предмету X против Норвешке, Комисија није искључила могућност да у неким случајевима фетус може да ужива „одређену заштиту по првој реченици члана 2”²⁹⁴, без обзира на разлижења у мишљењима која државе-потписнице Конвенције имају о овом питању.

Суд је истовремено одбио да прихвати да се право на живот прошири и на фетус, али је уважио право труднице на поштовање њеног приватног живота. Њена права, као особе на коју трудноћа првенствено утиче и која трпи последице за време и после трудноће, превагнула су у односу на права оца детета.

Било је случајева у којима се позивало на члан 6 Конвенције²⁹⁵, нарочито у предмету Рив против Уједињеног Краљевства²⁹⁶. У овом случају, мајка детета рођеног са тешким урођеним манама тврдила је да су ови недостаци могли да буду откривени пре рођења детета. Тужила је у име свог детета, јер њему није било омогућено да подигне тужбу против здравствених установа које су запослиле лекаре који нису уочили деформитете током трудноће. Дете је формално било подносилац представке, а мајка је тврдила да то представља кршење Конвенције и кршење права њеног детета на приступ суду, по члану 6 Конвенције. Уједињено Краљевство, као држава обавезана Европском конвенцијом о људским правима, претходно је одбила да исплати накнаду штете под овим околностима где би се мајка одлучила на абортус да је у трудноћи знала да дете има деформитете. Међутим, мајка је имала могућност да тражи одштету због трошкова неге хендикепираног детета. Комисија је сматрала да је то ограничење приступа суду било у складу са циљем заштите права на живот и да спада у дискреционо право државе. Комисија је одбацила представку као неосновану и при том додала да је ограничење приступу суду од стране државе било:

„у разумној мери пропорционално, с обзиром на то да се захтеви за надокнаду штете односе на сваку противправну радњу која доприноси инвалидитету детета и да све док таква противправна радња има последице за родитеље, може се поднети тужба за

²⁹⁴ X v. Norway, appl. no. 17004/90, одлука о прихватљивости од 19. маја 1992.

²⁹⁵ Овај члан гарантује право на правично суђење.

²⁹⁶ Reeve v. UK, appl. no. 24844/94, одлука о прихватљивости од 30. новембра 1994.

надокнаду штете коју су претрпели родитељи и добити накнада за трошкове старања о детету.”²⁹⁷

IV.1.3. Кључни случајеви у вези са правом на живот нерођеног детета и прекидом трудноће

IV.1.3.1. Во против Француске

Суд је питања у вези са абортусом и правима фетуса и нерођеног детета најдетаљније обрадио у случају Во против Француске²⁹⁸ који је пресуђен 2004. године. Тај случај обједињује готове све што је правна пракса суда у Стразбуру до сада изрекла на ове теме, укључујући свеprisутне и познате дилеме.

У том случају, подносилац представке била је госпођа Тхи-Нхо Во, држављанка Француске вијетнамског порекла, која је у време када се догодио случај који је довео до покретања судског поступка била у шестом месецу трудноће. Она је 27. новембра 1991. године била на рутинској контроли трудноће у лионској Општој болници. Истог дана, друга жена, гђа Тхи Тхан Ван Во, имала је заказано скидање спирале у тој истој болници. Услед трагичне забуне која је настала, јер су обе жене имале исто презиме, лекар који је прегледао жену која је касније тужила пробио јој је материцу, што је довело до цурења плодове воде, и она је морала да се подвргне терапеутском абортусу. Тада је изгубила девојчицу, стару око 20 недеља, тешку 375 грама и дугачку 28 сантиметара.

Госпођа Во започиње своју битку кроз француски правни систем. Она и њен муж поднели су 1991. године кривичну тужбу оптуживши лекара за немарно поступање, да би касније оптужба била преквалификована на убиство из нехата. Апелациони суд је једном ослободио лекара оптужбе, а затим га је ипак осудио за убиство из нехата. Касациони суд, највиша судска инстанца у Француској, преиначио је 30. јуна 1999. године пресуду Апелационог суда, сматрајући да чињенице изнете у овом предмету не пружају основ за оптужбу за убиство из нехата. Тиме је Суд одбио да разматра фетус

²⁹⁷ Ibid.

²⁹⁸ Vo v. France, appl. no. 53924/00.

као људско биће које има право да буде заштићено кривичним законодавством. Одговор осталих француских судова, укључујући и Касациони, је био мање-више сличан – сматрали су да убиство из нехата није извршено, јер фетус није људско биће, па тако није ни заштићено правом. Многи аналитичари су критиковали овај став Касационог суда и његово лаконско резонување, и истицали апсурдност ситуације у којој је лице које проузрокује повреду из нехата кривично одговорно, док оно које скриви смрт фетуса није. Такође се критиковала чињеница да неко ко живи само неколико минута буде признат као жртва и да сходно томе ужива правну заштиту, док је особа која умре *in utero* непризната и игнорисана од стране права.

Госпођа Во се коначно обратила Европском суду за људска права, жалећи се на повреду члана 2 Конвенције, јер поступак доктора одговорног за смрт њеног детета *in utero* није био кажњив као убиство из нехата. Госпођа Во је тврдила да је дете које је зачето није обичан збир ћелија или објекат, већ људско биће. Бранећи логику својих судова, француска влада је с правом пред Судом подвлачила да ни медицина ни метафизика још увек нису одговориле на питање када фетус постаје људско биће.

Суд је одмах признао да се нашао пред веома деликатним правним, али и филозофским, религиозним и етичким проблемом. Суд, као уосталом ни право ни медицина, не постоји ван друштва, у некаквом вакууму, и мора да узме у обзир мишљења лекара, правника, ембриолога, других научника, клерика, етичара, и филозофа. Суд се до овог случаја уздржавао да одговори на апстрактно питање да ли је нерођено дете особа у смислу члана 2 Европске конвенције о људским правима.

С правне тачке гледишта, проблем у овом предмету био је да се утврди да ли „непостојање правног лека у кривичном законодавству Француске којим би се казнило уништење фетуса из нехата представља пропуст државе да заштити законом право на живот у оквиру члана 2 Конвенције“.²⁹⁹

У свом одлучивању, Суд се окренуо другим конвенцијама СЕ, првенствено Овиједо конвенцији о људским правима и биомедицини, која је ступила на снагу 1. децембра 1999. године. Припремни радови за ову Конвенцију су потврдили постојање значајних

²⁹⁹ *Vo v. France*, appl. no. 53924/00, параграф 18.

и суштинских разлика међу државама чланицама СЕ у погледу одговора на питање када почиње живот и дефиниције „људског бића“. Представници неких држава су сматрали да људске ембрионе не треба сматрати људским бићима и да они, сходно томе, уживају мањи степен правне заштите, док су други сматрали да они имају исти морални статус као и људска бића, па сходно томе, уживају и подједнаку правну заштиту. Ипак, Овиједо конвенција истиче да тамо „где закон допушта истраживања на ембриону *in vitro*, требало би да обезбеди адекватну заштиту ембриона“.³⁰⁰

Рад на припреми Овиједо конвенције је подсетио да „напредак у науци не може превагнути над основним људским правима и поштовањем које заслужују сви припадници човечанства“. Закључено је да људски ембрион, „какав год да му је морални или правни статус признат у разним европским државама, заслужује правну заштиту“, али се не прецизира о каквој заштити се ту ради. До изражаја је дошао такође и став да је „поштовање разних филозофских, моралних или правних ставова од велике важности за изградњу Европе“.

Слично томе, Европска група о етици на нивоу ЕУ је утврдила да „не само да је правнички тешко да се тражи усклађивање националних закона по овом питању на нивоу ЕУ, него је због одсуства компромиса, неприкладно наметати један морални код“. Европски суд за људска права је приметио да су уставни судови у Немачкој и Шпанији прихватили да се „право на живот“ односи и на ембрион и на фетус. Суд је коначно закључио да, иако још нерођене особе уживају заштиту у погледу наслеђивања и поклона, то још не значи да имају „право на живот“ какво имају они који су рођени.

После темељног разматрања, Суд је закључио:

„Из рекапитулације судске праксе следи да се у околностима које су до данас испитале институције основане по Конвенцији – тј. у различитим законима о абортусу – нерођено дете не сматра „особом“ која је директно заштићена чланом 2 Конвенције и да уколико нерођено дете има „право на живот“, оно је имплицитно ограничено

³⁰⁰ Члан 18, став 1, Конвенције о заштити људских права и достојанства људског бића у вези са применом биологије и медицине, превод у “Пацијентова права у систему здравства”, група аутора, Институт друштвених наука, Центар за правна истраживања, Београд, 2010, стр. 133.

правима и интересима мајке. Међутим, институције које примењују Европску конвенцију нису искључиле могућност да у одређеним околностима гарантовање права треба проширити на нерођено дете. То је, чини се, била намера Комисије када је заузела став да „члан 8, став 1 не може да се тумачи као да значи да су трудноћа и прекид трудноће, на нивоу принципа, искључиво ствар приватног живота мајке³⁰¹, а и Суда када је донео одлуку у раније поменутом предмету Босо. Такође је јасно из испитивања ових предмета да се о овом питању увек одлучивало уз вагање разних, понекад супротстављених права и слобода које захтевају жена, мајка или отац у односу једно на друго или према нерођеном детету.“³⁰²

У овом случају, трећа страна, Центар за право на репродукцију, проценила је да је „губитак жељеног фетуса представљао повреду нанету мајци. Сходно томе, право на заштиту које је нарушено у овом конкретном предмету припада подносиоцу представке, а не фетусу који је изгубила. Законодавство сваке државе чланице Савета Европе имало је надлежност да разматра, како из угла грађанског, тако и кривичног права, дело које су починили појединци који су ову жену повредили насилним прекидом жељене трудноће.“³⁰³

Суд је затим разматрао да ли правна заштита коју је подносиоцу представке пружила Француска у вези са губитком нерођеног детета задовољава процесне захтеве који су садржани у члану 2 Конвенције. С тим у вези, Суд је закључио:

„ови принципи (из члана 2) важе и за сферу јавног здравства. Позитивне обавезе налажу државама да донесу прописе којима ће се принудити болнице, и приватне и државне, да усвоје одговарајуће мере за заштиту живота пацијената. Такође се налаже да се успостави независан и ефикасан судски систем тако да се може утврдити узрок смрти пацијената који су стављени на бригу медицинским радницима, и у приватном и у државном сектору, и да се они који су за то одговорни могу и позвати на одговорност“.³⁰⁴

³⁰¹ Види предмет *Bruggemann and Scheuten v. Germany*, appl. no. 6959/75, параграф 61.

³⁰² *Vo v. France*, appl. no. 53924/00 параграф 80.

³⁰³ *Ibid*, параграф 66.

³⁰⁴ *Vo v. France*, appl. no. 53924/00, параграф 89.

Као што је наведено, подносилац представке тврдио је да би, сем овога, само кривично-правни лек могао да задовољи услове прописане чланом 2 Конвенције. Међутим, Суд је сматрао да у случају убиства из нехата то није било неопходно, јер овде правни лекови и средства из грађанског или управног права и дисциплинске мере могу да буду довољни.

„Право на кривично гоњење или осуђивање треће стране за кривично дело не може бити независно утврђено³⁰⁵. Суд је у више наврата био мишљења да ефикасни судски систем, како налаже члан 2, може, и у одређеним околностима мора, да укључује правна средства из кривичног права. Међутим, ако до кршења права на живот или на физички интегритет није дошло намерно, позитивна обавеза прописана чланом 2 да се успостави ефикасан судски систем не захтева нужно и примену правног лека из кривичног права у сваком појединачном случају. Када је реч о специфичној области медицинског немара, „позитивна обавеза такође, на пример, може бити испуњена тако што ће правни систем пружити жртвама грађанско-правни лек или засебно или заједно са кривично-правним леком, и тиме омогућити да се установи било каква одговорност лекара и добије одговарајући правни лек из грађанског права, као што је захтев за надокнаду претрпљене штете и за трошкове објављивања пресуде. Такође долази у обзир и примена дисциплинских мера³⁰⁶.

Међутим, ни овог пута Суд није заузео јасан став о статусу фетуса:

„узимајући у обзир све претходно наведено, Суд је убеђен да није пожељно, а ни могуће према садашњем стању ствари, дати апстрактни одговор на питање да ли је нерођено дете особа у смислу члана 2 Конвенције. У овом конкретном предмету, Суд сматра непотребним да испитује да ли је нагли прекид трудноће подносиоца представке обухваћен чланом 2 Европске конвенције, будући да је тужена држава, чак и под претпоставком да је ова одредба применљива на случај, поступила у складу са захтевима који се односе на очување живота у области јавног здравства. У вези са тим питањем, Суд је размотрио да ли правна заштита коју је француска држава пружила

³⁰⁵ Види *Perez v France*, appl. no. 47287/99, параграф 70, ECHR 2004-I.

³⁰⁶ *Vo v. France*, appl. no. 53924/00, параграф 90.

подносиоцу представке у вези са губитком нерођеног детета које је носила задовољава процесне захтеве садржане у члану 2 Конвенције³⁰⁷.”

Будући да су такви правни лекови били доступни подносиоцу представке, Суд је закључио да „... чак и под претпоставком да се члан 2 може применити на овај конкретан предмет..... није било кршења члана 2 Конвенције.“ Иако правно неелегантно, ово решење по својој релативности, заслужује да буде цитирано. Суд тврди, иако доста неуверљиво, да се члан 2 (право на живот) не односи на овај случај. Међутим, он оставља отворена врата и закључује да није дошло до повреде члана који уствари не би ни требало применити. Оваква врста опрезности при одлучивању јасно сведочи о сложености области у којој је Суд донео пресуду.

На основу других случајева из своје праксе, Суд је одбио да изнесе мишљење о правном статусу фетуса и нерођеног детета. Суд је одабрао да пребаци дискусију на један други члан Конвенције и то на право на делотворан приступ Суду. Процесни део члана 2 овде је употребљен да би се заобишла дискусија и да би се избегло заузимање јасног става о овој осетљивој теми. Суд се определио да балансира свој став са правичном равнотежом коју би државе-чланице требало да гарантују између права на живот и заштиту живота жене, и интереса држава. Међутим, Суд не избегава да узме у разматрање ову дискусију нити одбија да преиспита предмете који су везани за вршење абортуса.

Иако члан 2 не укључује изричито питање абортуса, чињеница је да може бити изузетно тешко утврдити у којим тачно околностима се може сматрати да је дошло до кршења гарантованог права, осим екстремног случаја где је жена приморана на прекид трудноће.

IV.1.3.2. Драон против Француске

Да би се анализирао предмет Драон против Француске, потребно је детаљно се осврнути на један други случај из француске праксе, на случај Периш, који се односио на медицинску одговорност и захтев за надокнадом штете због, а разматрали су га, од

³⁰⁷ Vo v. France, appl. no. 53924/00, параграф 85.

1989. до 2010. године, француски трибунали и парламент, Уставни савет, као и Европски суд за људска права. Подносилац представке у овом предмету био је Никола Периш, рођен са тешким телесним манама које су биле последица неблаговремено дијагностификованих малих богиња које је његова мајка добила у току трудноће, преко своје ћерке на почетку трудноће. Мале богиње су генерално безопасне, али могу да буду штетне за ембрион пре навршене 18-те недеље трудноће. Госпођа Периш је имала исте симптоме као и њена ћерка и њен лекар је одлучио да изврши тест да утврди да ли је и она оболела од рубеола. Пошто је решила да прекине трудноћу у случају да је и фетус заражен, подвргнула се лекарским тестовима да би се утврдило да ли је имуна на ову болест. Због несавесног понашања њеног лекара и лабораторије, погрешно је обавештена да је имуна. Зато је одлучила да не прекида трудноћу и касније је родила дете са тешким телесним манама проузрокованим инфекцијом рубеоле у материци. Извршене су две анализе крви. Резултат прве је био негативан, а друге, обављене 15 дана касније, позитиван. Лекар који је водио трудноћу сматрао је да је прва анализа поузданија и закључио да рубеола није пренета на фетус. Ови резултати нису по себи били контрадикторни, јер је могуће да анализе крви особе које није оболела од рубеоле буду позитивне, што само значи да је она раније била заражена богињама, а анализа само показује још увек присутне трагове у крви од те старе заразе, што не указује да је зараза пренета и на фетус. С друге стране, ако је узорак прво био негативан, а после 15 дана позитиван, то значи да је вирус рубеоле и даље присутан и да се развија, и да је потенцијално опасан по фетус. Ако је фетус заражен, дете може да буде рођено слепо, глуво, немо, психички болесно или са срчаним манама.

Никола Периш је рођен 14. јануара 1983. године са неуролошким проблемима, тешким оштећењем слуха на оба уха и ретинопатијом (не види на десно око, на којем има глауком). Ово је, без сумње, била последица рубеола. Будући да би се мајка одлучила на абортус да је знала да има рубеоле пре дозвољеног периода (десета недеља трудноће) или на медицински прекид трудноће да је период од десет недеља био

прекорачен, у јулу 1989. године, брачни пар је у име свог детета тужио лекара, лабораторију и осигуравајуће друштво.³⁰⁸

Првостепени суд у Еврију прогласио је, 13. јануара 1992. године, лабораторију и надлежног лекара одговорним за здравље Николе Периша и пресудио да, заједно са њиховим осигуравајућим друштвом,³⁰⁹ плате одштету Никола Перишу и његовим родитељима. Апелациони суд у Паризу је 17. децембра 1993. године преиначио ову пресуду и укинуо одлуку о накнади штете детету. Прво грађанско веће Касационог суда³¹⁰ доноси одлуку о поништењу претходне пресуде 26. марта 1996. године. Највиши суд у Француској донео је закључак да је немарно понашање лекара навело родитеље на погрешан закључак да мајка детета није заражена рубеолом, и да је то погрешно уверење условило да се она не одлучи на прекид трудноће.

Међутим, 5. фебруара 1999. године, Апелациони суд у Орлеану доноси закључак да стање Никола Периша није последица грешке коју су починили лекар и лабораторија, него да је изазвано инфекцијом рубеоле у материци. Касациони суд, после обновљеног поступка, поништава своју претходну одлуку, и доноси пресуду у корист брачног пара Периш, закључујући да родитељи, будући да им је грешком лекара и лабораторије била ускраћена могућност да прекину трудноћу и избегну рођење хендикепираног детета, могу да траже накнаду за штету нанету рођењем таквог детета³¹¹. Основ одговорности лекара у овом случају је пропуст да се предузму дијагностичке мере саобразно медицинском стандарду.³¹²

Ово је био први пут да је у француској судској пракси јасно установљено право детета рођеног са телесном маном на одштету за његов/њен деформитет. Одлука је наишла на бурне реакције у јавности и разнолике коментаре. Касациони суд је оштро критикован

³⁰⁸ О нежељеном рођењу детета видети у Х. Мујовић-Зорнић, „Нежељено рођење детета као случај штете и одговорност лекара,” Намос, Београд, 2002.

³⁰⁹ У оригиналу: „Responsables de l'état de santé de Nicolas Perruche et les condamne *in solidum* avec leurs assureurs.”

³¹⁰ У оригиналу: „Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors qu'il était constaté que les parents avaient marqué leur volonté, en cas de rubéole, de provoquer une interruption de grossesse et que les fautes commises les avaient faussement induits dans la croyance que la mère était immunisée, en sorte que ces fautes étaient génératrices du dommage subi par l'enfant du fait de la rubéole de sa mère, la cour d'appel a violé le texte susvisé“.

³¹¹ У оригиналу: „Que dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme Perruche avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse et ce afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues“.

³¹² Ј. Радишић, “Медицинско право”, Факултет за пословно право, Номос, Београд, 2004, стр. 175.

због своје одлуке да је чињеница да је неко рођен довољна за наплату одштете. Другим речима, да лабораторија у овом случају није погрешила, дете не би ни било рођено. Последица почињене грешке је дете рођено са тешким телесним манама. Неки су аналитичари прокоментарисали да ова одлука подразумева да животи особа са телесним манама нису вредни живљења. Овакав приступ би био потпуно противан духу и слову Европске конвенције о људским правима, као и касније усвојеној Конвенцији Уједињених нација о заштити лица са инвалидитетом, из 2006. године.

Ово гледиште француски судови су подржавали све до доношења Закона од 4. марта 2002. године, који је одредио у којим случајевима се може тражити одштета. Према овом закону, дете и родитељи могу да траже одштету само у следећим околностима:

- дете може да стекне право на пуну одштету због погрешног поступања лекара које је директно довело до телесне мане детета, што значи да се у том случају одбацује теорија раније насталог деформитета или мане на генетској основи, што је био случај са Никола Перишом. Дете има право на одштету када грешка почињена од стране лекара онемогући нестанак или умањење телесне мане. Што се тиче родитеља, они могу да траже одштету за медицинске грешке које су почињене пре рођења детета. У том случају, почињена грешка медицинског особља мора бити врло озбиљна, а то је грешка неуочавања деформитета. Одштета за економску штету ограничена је на одштету за опште трошкове (напр., ако родитељ мора да да отказ да би се бринуо о детету), а родитељи у неким случајевима могу да добију одштету и на нематеријалној основи.

Државни савет (Conseil d'Etat), највиши управни суд у Француској, навео је у пресуди од 6. децембра 2002. године³¹³ да овај закон није у супротности са Европском конвенцијом о људским правима нити са Међународним пактом о грађанским и политичким правима. У одлуци донетој 22. новембра 2002. године, Касациони суд је заузео исти став³¹⁴.

³¹³ Le Conseil d'Etat, assemblée du contentieux, sur le rapport de la 5ème sous-section, Séance du 22 novembre 2002, lecture du 6 décembre 2002, N° 250167 - M et Mme D. <http://www.conseil-etat.fr/cde/node.php?articleid=901>

³¹⁴ Avis n° 0020006P du 22 novembre 2002, Cour de Cassation.

У предмету Драон против Француске³¹⁵, Суд је размотрио француско законодавство и судску праксу у вези са правима нерођеног детета. У предмету се радило о детету рођеном са озбиљним деформитетима који нису откривени приликом редовних лекарских прегледа. Нови закон забрањује детету да лично поднесе представку због чињенице да је рођено, јер би се мајка готово сигурно одлучила да абортира да је знала за постојање деформитета у току трудноће. Међутим, у Француској, после „случаја Периш“, законодавац је поднео нацрт новог закона који је забрањивао детету да поднесе тужбу због тога што је рођено. Предмет Периш је био сличан овом предмету и француски Суд је дао право детету да тражи одштету.

У овом предмету, подносиоци представке жалили су се на главу 1 Закона бр. 2002-303 од 4. марта 2002. године, о правима пацијента и квалитету здравствених услуга. Тврдили су да је овом одредбом прекршено њихово право на мирно уживање добара и да је прекршен члан 1 Протокола број 1 Европске конвенције који прописује да:

„свако физичко или правно лице има право на мирно уживање својих добара. Нико не сме бити лишен својих добара осим ако то није у јавном интересу и ако подлеже условима које прописује закон као и општи принципи међународног права“.

Суд је закључио да:

„Захтев за накнаду штете који поднесу родитељи детета рођеног са инвалидитетом и дете лично може бити у надлежности управних судова или обичних судова, у зависности од идентитета оптуженог. Ако је тужено лице приватни лекар или приватна медицинска лабораторија, спор се води на обичном суду. С друге стране, ако је тужена државна здравствена установа, као у овом конкретном предмету, спор је у надлежности управних судова.“³¹⁶

„Државни савет је 14. фебруара 1997. године донео пресуду у случају Киарез³¹⁷. Овој жени, која је тада имала 42 године, обављена је амниоцинтеза на њен захтев како би се

http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/avis_cour_15/avis_class_239/2002_396/2002_0020006_399/0020006p_22_276.html.

³¹⁵ Draon v. France, appl. no. 1513/03.

³¹⁶ Ibid, параграф 37.

³¹⁷ Држ. сав., Sect., 14. фебруар 1997. године, Градска болница у Ници против Киарез, Rec. стр. 44.

проверило здравље фетуса који је носила. Иако резултати овог испитивања нису открили никакву аномалију, родила је дете које је имало тризомију 21, обољење које се може открити тестирањем хромозома. Државни савет сматрао је да је првенствено болница у којој је спроведено испитивање одговорна за несавесно вршење дужности, будући да гђа Киарез није била обавештена да резултати амниоцинтезе могу бити подложни већем степену грешке него што је уобичајено због услова у којима је испитивање спроведено.”³¹⁸

„Друго, направљена је разлика између права детета са инвалидитетом на одштету и права на одштету његових родитеља.”³¹⁹ Радишић подсећа да „ извесни судови у САД признају детету право на обештећење због повећаних тегоба... било би нелогично и ненормално да се право на накнаду због повећаних потреба призна родитељима, који су посредно оштећени, а да се не призна детету које трпи непосредну штету.³²⁰

У вези са правом хендикепираног детета на одштету, Државни савет је пресудио:

„Приликом утврђивања да ли постоји директна узрочно последична веза између несавесног вршења дужности од стране болничког центра ... и штете нанете детету М. оболелом од тризомије, у документима поднетим суду није установљено да је болест од које дете болује и која је део његовог генетског склопа последица обављене амниоцинтезе”. С друге стране, у погледу права родитеља на одштету, Државни савет је констатовао:

„Тиме што је тражила да се обави амниоцинтеза, гђа Киарез је јасно показала да жели да избегне ризик од генетског обољења по дете које је зачала, а с обзиром на њене године, тај ризик није био мали.“

Суд је даље констатовао да је под тим околностима несавесно обављање дужности од стране болнице „навело господина и госпођу Киарез на погрешан закључак да зачето дете нема тризомију и да гђа Киарез може нормално да изнесе трудноћу до краја“ и да „овакав медицински немар, услед којег гђа Киарез није имала разлога да тражи другу

³¹⁸ Ibid, параграф 38.

³¹⁹ Ibid, параграф 39.

³²⁰ J. Радишић, *op. cit.*, стр. 176.

амниоцинтезу због могућег абортуса на терапеутским основама [требало би да] представља директан узрок штете која је господину и госпођи Киарез нанета болешћу њиховог детета.“

Државни савет је пресудио да родитељима буде исплаћивана годишња одштета током целог живота детета. Такође је наредио да болница исплати одштету за нематеријалну штету коју је нанела родитељима и за узнемиравање њихових живота³²¹.

„Овим је Државни савет одбацио мишљење да хендикепирано дете има право на одштету само на основу деформитета који није уочен у току трудноће мајке. С друге стране, уважио је да родитељи детета рођеног са телесном маном имају право на одштету и доделио им је одштету не само по основу нематеријалне штете, већ и по основу штете која им је нанета узнемиравањем њихових живота и материјалне штете, уз појашњење да ово друго подразумева посебне издатке који ће родитељи имати због болести свог детета (трошкове везане за стручну негу и образовање, помоћ у кући, пресељење у одговарајућу установу или преуређење садашњег дома због новонастале ситуације, итд.)“³²².

Касациони суд је донео одлуку:

„Пошто је због несавесног пружања медицинских услуга од стране лекара и лабораторије које је госпођа Х ангажовала њој био ускраћен избор да прекине трудноћу како не би родила дете са телесним манама, дете има право да тражи одштету за штету насталу због овог деформитета и проузроковану горе наведеним немаром медицинског особља.“³²³

Дакле, супротно Државном савету, Касациони суд је прихватио да дете рођено са телесним манама може лично да тражи одштету за штету која му је том маном нанета. У овом предмету, узета је у обзир како материјална тако и нематеријална штета коју су претрпели дете и родитељи, укључујући посебне издатке које ће због здравственог стања детета имати током целог његовог живота. Међутим, Касациони суд признаје

³²¹ Draon v. France, appl. no. 1513/03, параграф 40.

³²² Ibid, параграф 41.

³²³ Ibid, параграф 43.

директну узрочно-последичну везу између медицинског немара и болести детета, и штете коју дете трпи због те болести.

Обе линије у француској судској пракси дозвољавају исплату одштете за посебне издатке који ће постојати током целог живота детета због инвалидитета. Међутим, пошто Државни савет сматра да одштета припада родитељима, а Касациони суд сматра да на њу има право дете, могу настати велике разлике у природи или износу такве одштете, у зависности од тога да ли се поштује пракса једног или другог суда.

„Пресуда у предмету Периш изазвала је бројне реакције међу теоретичарима права, али и међу политичарима и удружењима особа са инвалидитетом, као и медицинским особљем (лекарима, гинеколозима-акушерима и техничарима за ехографију). Ова последња група протумачила је пресуду као наметање обавезе њима да дају гаранције, док су осигуравајућа друштва повисила премије за здравствено осигурање³²⁴.

После ове одлуке, Суд је извршио анализу закона од 4. марта 2002. године о правима пацијената и квалитету здравствених услуга, који је прописао:

I. Нико нема право да тврди да му је нанета штета самим тим што је рођен.

Суд је констатовао да ако би се спорни закон применио на предмете започете пре 7. марта 2002. године и који су тог датума још били у току, као што је био случај са овим предметом, мешање своди на лишавање добара у смислу друге реченице првог става члана 1, Протокола број 1, Европске конвенције који гласи:

„свако физичко и правно лице има право на неометано уживање своје имовине. Нико не може бити лишен своје имовине, осим у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и општим начелима међународног права”.

Према томе, Суд је морао да утврди да ли је мешање било оправдано у смислу ове одредбе³²⁵.

³²⁴ Ibid, параграф 46.

³²⁵ Параграфи 65-95 пресуде.

За Суд није било спорно да је мешање које је предмет представке „предвиђено законом“, као што захтева члан 1, Протокола број 1 Конвенције. Суд није имао разлога да сумња да је решеност француског парламента да оконча једну врсту судске праксе са којом се не слаже и да измени правно гледиште о медицинској одговорности, чак ако то значи доношење нових правила која ће се примењивати у постојећим предметима - „у јавном интересу“.

Међутим, у овом конкретном предмету, одредбе Закона од 4. марта 2002. године укинуле су један од главних начина накнаде штете, на основу које су родитељи деча чији инвалидитет није био уочен пре рођења, што је био случај и у овом предмету, могли да траже одштету од болнице која се сматрала одговорном.

IV.1.3.3. Тишјак против Пољске

Савет за људска права Уједињених нација уочио је да рестриктивни режим у Пољској „присиљава жене да се подвргну небезбедном, незаконитом абортусу који може бити ризичан по живот и здравље³²⁶. Став доктора у вези са оваквим кривичним режимом, као и преовлађујуће одбијање вршења абортуса на основу приговора савести, довели су до стварања режима који је у пракси изузетно рестриктиван.³²⁷

У Пољској, омогућавање приступа абортусу генерално се сматра кривичним делом, иако је трудница изузета од кажњавања; абортус је дозвољен само у случају када трудноћа представља велики ризик по здравље мајке (ту спада и ризик од самоубиства), и у случају силовања и тешког инвалидитета фетуса, како је прописано Законом о планирању породице из 1993. године (Заштита људског фетуса и услови под којима је прекид трудноће дозвољен³²⁸. Посебно, према члану 4 (а) 1 (1) овог Закона, абортус је дозвољен ако представља претњу по живот или здравље жене, што морају да потврде две лекарске дијагнозе, без обзира на фазу трудноће. Лекар који изврши прекид трудноће у околностима које нису прописане овим законом, је починио кривично дело за које следи казна затвора до три године.

³²⁶ ICCPR Пољска 29.7. 1999. CCPR/C/79/Add.110 став 11.

³²⁷ Ibid.

³²⁸ Статут 93.17.78 S(4)a1-5. (Пољска) Уставни суд, 28. мај 1997. године К 26/96 у Пт 3 став 1. Видети на <<http://www.federa.org.pl/english/contrib.htm>>

Ова одредба одбацила је вршење абортуса на друштвеној основи (што је раније било могуће) и на захтев. То је на кратко било измењено 1996. године, дозвољавањем абортуса до 12-те недеље трудноће ако „жена живи у тешким животним околностима или се налази у тешкој личној ситуацији“. Ово је, међутим, оспорио Уставни суд по основу пољског устава који прописује да је живот заштићен „у свакој фази“.

Абортус је у Пољској забрањен, осим када је трудноћа ризична по здравље мајке; када пренатални тестови показују да постоји велики ризик да ће фетус бити рођен са тешким и неизлечивим инвалидитетом; када постоји озбиљан основ за сумњу да је трудноћа резултат кривичног дела. Само име закона, које ставља заштиту фетуса пре услова за прекид трудноће, говори о његовој начелној оријентацији, јер је нагласак много више на заштити фетуса него на заштити мајке.

Европски суд је 2007. године разматрао предмет Тишјак против Пољске³²⁹. Подносилац представке била је пољска држављанка Алисја Тишјак. Будући да је годинама имала тешку миопију (диоптрију од скоро -20 на оба ока), Државна лекарска комисија, радећи у оквиру система социјалног осигурања, проценила је да њен инвалидитет спада у средње тешке. Када је у фебруару 2000. године госпођа Тишјак по трећи пут остала у другом стању, одлучила је да потражи савет од неколико лекара, јер се плашила да нова трудноћа може лоше да утиче на њено здравље, тачније на њен вид. Сва три офталмолога које је подносилац представке консултовала закључила су да трудноћа, ако је буде изнела до краја, представља велики ризик за њен вид. Међутим, лекари су одбили да захтевају прекид трудноће на терапеутској основи, иако је подносилац представке то од њих недвосмислено тражила. Њу је прегледао и лекар опште праксе који је у својој дијагнози навео разлоге због којих је трудноћа за ову жену ризична, како због проблема са њеном ретином, тако и због претходне две трудноће које су завршене царским резом. До краја другог месеца трудноће, миопија се већ погоршала на -24 на сваком оку. Госпођи Тишјак заказан је преглед 26. априла 2000. године на гинеколошко-акушерском одељењу државне болнице у Варшави како би се извршио прекид трудноће. Прегледао ју је начелник одељења, који је зачудо закључио да нема медицинског основа за извршење терапеутског абортуса. Госпођи

³²⁹ Tysiac v. Poland, appl. no. 5410/03.

Тишјак био је тиме онемогућен прекид трудноће и она је родила треће дете царским резом у новембру 2000. године. После порођаја, њен вид се, како се и очекивало, драстично погоршао, јер је дошло до крварења ретине. Лекарски конзилијум је утврдио да њено здравствено стање захтева лечење и дневну негу и прогласио је особом са тежим инвалидитетом. Она је поднела кривичну тужбу против лекара, али је истрага прекинута, јер је окружни тужилац зачудо сматрао да не постоји основ за успостављање узрочно-последичне везе између одлуке лекара и погоршаног вида подносиоца представке. Штавише, дотичном лекару није изречена ни дисциплинска мера. Госпођа Тишјак, која сада сама подиже троје деце, се после порођаја води као особа са тежим обликом инвалидитета и, по том основу, прима месечну пензију у висини од 140 евра. Она не види предмете на раздаљини већој од 1,5 метра и плаши се да ће на крају потпуно ослепети.

Госпођа Тишјак је сматрала да је испуњавала законом прописане услове за приступ абортусу у терапеутске сврхе. Тврдила је да чињеница што јој није било дозвољено да прекине трудноћу упркос ризику којем је била изложена представља кршење чланова 8, 3 и 13 Конвенције³³⁰. Поред тога, она се жалила да није постојао никакав процесни нити регулаторни оквир који би омогућио трудници да оствари своје право на такав абортус, чиме је ово право у ствари укинута. На крају, позивајући се на члан 14, она је тврдила да се према њој поступало дискриминаторски због њеног пола и инвалидитета.

По госпођи Тишјак, њено право на дужно поштовање приватног живота и физичког и моралног интегритета било је нарушено како суштински, ускраћивањем могућности да се подвргне терапеутском абортусу, тако и у погледу позитивних обавеза државе, непостојањем озбиљног правног оквира који би гарантовао њена права.

У овом предмету, Суд је био позван да преиспита, са становишта позитивне обавезе државе према члану 8 Конвенције, да ли је држава заштитила ефективно право подносиоца представке на приватни живот у смислу тог члана. Суд је поновио свој добро познати став да прекид трудноће спада у сферу приватног живота јер, кад је жена трудна, њен приватни живот постаје уско повезан са фетусом који се развија.

³³⁰ Члан 13 : Свако коме су повређена права и слободе предвиђени у овој Конвенцији има право на делотворан правни лек пред националним властима, без обзира да ли су повреду извршила лица која су поступала у службеном својству.

Жена која је поднела представку жалила се да јој је било ускраћено право на терапеутски абортус, мада је трудноћа представљала стварни ризик по њено здравље. По мишљењу Суда, када је законодавство једном генерално одлучило да дозволи вршење абортуса, законски оквир не може да се структурира тако да ограничи ову могућност. Било је такође неопходно обезбедити постојање неког облика поступка пред независним и стручним телом које би могло да трудну жену лично испита, а потом да без одлагања и у писаној форми пружи основ за своју одлуку, како би се обезбедила благовременост те одлуке и тиме спречило и ограничило нарушавање здравља жене.

Суд није имао никаквих тешкоћа да закључи да је одсуство ефикасног механизма којим би се утврдило да ли су се стекли услови за извршење законитог абортуса створило ситуацију продужене неизвесности за подносиоца представке, због чега је она претрпела велики стрес и патњу због могућих негативних последица трудноће и рођења детета по њено здравље, ситуације чији је исход био кршење члана 8331.

„Суд увиђа да закон у Пољској, који је релевантан у овом предмету, Закон из 1993. године, иако забрањује вршење абортуса, ипак прави неколико изузетака.... Из тога произлази да у конкретном предмету није задатак Суда да преиспитује да ли Конвенција гарантује право на извршење абортуса.“³³²

Суд је такође потврдио да је појам „приватни живот“ широк, и да подразумева, *inter alia*, аспекте физичког и друштвеног идентитета појединца, укључујући право на личну аутономију, лични развој и на успостављање и развијање односа са другим људским бићима и спољашњим светом. Поред тога, иако Конвенција не гарантује по себи право на медицинску негу, Суд од раније сматра да приватни живот укључује физички и психолошки интегритет особе и да држава такође има позитивну обавезу да својим грађанима обезбеди право на ефективно поштовање њиховог интегритета³³³. Суд уочава да у овом предмету постоји посебна комбинација различитих аспеката приватног живота. Иако су законске регулативе државе у вези са извршењем абортуса

³³¹ Ibid, параграф 114.

³³² Ibid, параграф 114.

³³³ Glass v. United Kingdom, appl. no. 61827/00, параграфи 74-83, ECHR 2004-II.

повезане са традиционалним успостављањем равнотеже између приватности и јавног интереса, оне морају – у случају терапеутског абортуса – да буду процењене у односу на позитивну обавезу државе да заштити физички интегритет будуће мајке.

Закључак Суда је “да се околности случаја подносиоца представке, а нарочито природа њене представке, могу много боље преиспитати са становишта позитивне обавезе тужене државе.”³³⁴

Суд је зато поновио своје познато становиште да, приликом процене овог конкретног предмета, треба имати на уму да сврха Конвенције о људским правима није да гарантује права која су теоретска или имагинарна, већ права која су практично применљива и ефикасна³³⁵. Према тврдњама Пољске федерације за жене и планирање породице, због тога што се абортус суштински сматра кривичним делом, лекари нерадо дају овлашћење за обављање прекида трудноће, нарочито ако не постоје транспарентне и јасно дефинисане процедуре помоћу којих би се могло установити да ли за вршење абортуса у терапеутске сврхе има законског основа у сваком појединачном случају. У испитивању околности овог случаја, Суд мора да води рачуна о општем контексту.

Суд је констатовао да је влада Пољске, у свом петом периодичном извештају Комитету Међународног пакта за грађанска и политичка права, признала, *inter alia*, да је било пропуста у начину на који је Закон из 1993. године био спровођен у пракси.

“Госпођа Тишјак позивала се и на закључак Комитета за укидање дискриминације према женама који је открио пропусте у начину на који је пољски закон примењиван у пракси.”³³⁶

Суд је стога инсистирао да заштита трудницама буде зајемчена. Потреба за таквом врстом јемства постаје још важнија у ситуацији у којој постоји неслагање о томе да ли су у одређеном случају испуњени предуслови за вршење законитог абортуса. До неслагања може доћи између трудне жене и њених лекара или између самих лекара. По

³³⁴ Параграфи 110-113 пресуде.

³³⁵ Види *Airey v. Ireland*, пресуда од 9. октобра 1979. године, Серија А бр. 32, стр. 12-13, параграф 24.

³³⁶ *Tysiac v. Poland* appl. no. 5410/03, параграф 117.

мишљењу Суда, законске мере које су релевантне за такав случај морају, пре свега, да обезбеде потпуно јасну слику о правном положају труднице³³⁷.

Суд је затим констатовао да законска забрана вршења абортуса, заједно са ризиком од кривичне одговорности према члану 156, став 1 Кривичног законика, може да произведе страх код лекара када треба да донесу одлуку о томе да ли су у сваком појединачном случају предуслови за вршење законитог абортуса испуњени или не. Одредбе којима се регулише извршење законитог абортуса требало би да буду тако формулисане да умање овај ефекат застрашивања. Када се једном законодавство одлучи да дозволи абортус, оно не сме да створи правни оквир који ће ограничити стварне могућности за извршење абортуса³³⁸.

Суд је подсетио да концепти законитости и владавине права у демократском друштву налажу да би мере које утичу на основна људска права требало да буду, у одређеним случајевима, подвргнуте некој врсти провере од стране независног тела које је меродавно да преиспита разлоге за спровођење тих мера и релевантне доказе.³³⁹ У околностима које постоје у овом конкретном предмету, таква процедура треба да гарантује трудници барем могућност да буде лично саслушана и да њене тврдње буду размотрене. Меродавно тело би такође требало да приложи написмено разлоге за своју одлуку.

Суд сматра да пољски закон, у вези са предметом подносиоца представке, није садржавао било какав ефикасни механизам којим би се могло утврдити да ли су услови за вршење законитог абортуса били испуњени. Тиме је подносилац представке био изложен продуженој неизвесности. Због свега тога, она је претрпела велики стрес и патњу због могућих негативних последица трудноће и порођаја на њено здравље³⁴⁰.

Занимљиво је размотрити другачије мишљење малтешког судије Борега-Борега о овом предмету. Он је подсетио да „Суд није ни добротворна установа ни замена за национални парламент.“ Сматрао је да је донета пресуда у супротности са праксом

³³⁷ Ibid, параграф 116.

³³⁸ Ibid.

³³⁹ Видети, између осталог, *Rotaru v. Romania*, appl. no. 28341/95, ECHR 2000-V, параграф 55-63.

³⁴⁰ Параграфи 124 и 126.

Суда, како у приступу, тако и по закључцима, јер „државе-чланице Савета Европе немају јединствен став по питању абортуса. Иако су неке врло рестриктивне, а друге врло попустљиве, ипак већина заступа став који је негде на средини“³⁴¹.

Овај судија је сматрао да је став Суда по питању абортуса врло уважавајући у предмету Д. против Ирске: „ово је нарочито случај када је централно питање ново само по себи, и захтева сложено и осетљиво балансирање једнаких права на живот, као и пажљиву анализу вредности и морала својствених некој земљи“³⁴².

Напротив, у случају Пољске, цела дискусија фокусирана је на позитивну обавезу државе на „ефективно поштовање“ приватног живота како би се заштитио појединац од произвољног мешања државних власти. Нигде се не помиње „сложено и осетљиво балансирање једнаких права на живот ... мајке и нерођеног детета“, које се помиње у предмету Д. против Ирске. У овом конкретном предмету, реч је о потпуно другој врсти балансирања: „правична равнотежа која мора да се постигне између интереса појединца и интереса заједнице као целине“. У вези са ирском држављанком, Суд је истакао: „нема никакве сумње да је подносилац представке био дубоко узнемирен, *inter alia*, дијагнозом и њеним последицама. Међутим, та узнемиреност, сама по себи, није довољан разлог да подносилац представке заобиђе обавезу да прво искористи постојеће домаће правне лекове“.

По судији Борега-Борега, изгледа да Суд предлаже да се Пољска, држава-уговорница, придружи оним државама које су усвојиле либералнији приступ питању абортуса³⁴³. Нагласио је да поједине државе допуштају „вршење абортуса на захтев“ до 18-те недеље трудноће и упитао се да ли такав закон Суд жели да види и у Пољској. По њему, „Суд је одлучио да људско биће рођено као последица кршења Европске конвенције о људским правима. По тој логици, постоји једно дете у Пољској, коме је сада шест година, чије је право на рођење у супротности са Конвенцијом“³⁴⁴.

³⁴¹ Параграф 7 мишљења.

³⁴² Параграф 8 мишљења.

³⁴³ Параграф 15 мишљења.

³⁴⁴ Параграф 13 мишљења.

Став Суда у предмету Тишјак, по питању када се може сматрати да су права подносиоца представке према члану 8 угрожена ускраћивањем приступа абортусу, може се тумачити на бар два начина. Прво, изгледа да је до кршења дошло због важности која је дата обезбеђивању стварног поштовања физичког интегритета. Што је још важније, Суд је придао велики значај чињеници да је пољски режим намеравао да трудној жени пружи неку врсту заштите, што је у предмету Тишјак било онемогућено због медицинске опструкције повезане са утицајем Католичке цркве. До тога је дошло, јер се Пољска одрекла свог дискреционог права у области вршења абортуса тако што је увела одређена законска права приступу абортусу које је члан 8 наследио због одбијања да одобри абортус који је наводно био дозвољен, јер је спадао у категорију прихваћених изузетака.³⁴⁵ Зато је спорно да је Суд био спреман да сматра како једино абортус који је потенцијално законит треба да буде омогућен у пракси.

Овај приступ наводно је у складу са јасним ставом Суда да се у овом предмету не ради о томе да ли постоји право на абортус према Европској конвенцији. С друге стране, и поред оваквог јасног одбијања, може се рећи да постоји додатна димензија у одлуци Суда која је попустљивија према давању таквог права на основу чињеница. Овај аргумент има два главна аспекта: први је да је Суд - уважавајући важност „физичког интегритета”, контекст кривичне одговорности за вршење абортуса, тенденцију да жене које су имале право на абортус у оквиру законом прописаних изузетака, то право по правилу нису могле да искористе, и осетљивост овог питања – применио изузетно оштре захтеве добре процедуралне праксе. Овакво тумачење поклапа се са чињеницама из судске пресуде у предмету Тишјак – тешко је увидети како су процедуре у предмету Тишјак могле да буду побољшане како би се предупредила могућност да подносилац представке изгуби вид, или чак како би добила одштету, с обзиром на мишљење медицинских стручњака умешаних у овај случај. Исход је значио је да је Пољска могла да задовољи услове прописане чланом 8 само да је понудила лакши приступ абортусу у аналогним околностима. Другим речима, Пољска би требало да прошири приступ абортусу, а не да своди своју дужност само на утврђивање да ли постоји ефикасна процедура да би се приступ абортусу одобрио или не.

³⁴⁵ N. Prialux, *op. cit.*, стр. 371-2.

Како исправно тврди Приол, утисак је да Суд наговештава како би могао да измени баланс између интереса жена које траже такав абортус и интереса фетуса.³⁴⁶ Други, и много више споран, аспект аргумента јесте да се Суд уопште није процесно бавио добром праксом и да је, уместо тога, крадомице створио право на приступ абортусу по члану 8 Европске конвенције. Овај аргумент је први пут изнео Џејкоб Корнидис, критикујући (званично неформулисано) залагање европских институција за дозволу абортуса; он тврди да овим институцијама аргументи о људским правима служе само као параван за њихово истинско залагање за абортус.³⁴⁷ Међутим, та тврдња није уверљива, јер не објашњава у потпуности одбијање Суда да уважи тврдњу госпође Тишјак да је тиме што јој је ускраћен терапеутски абортус повређен члан 8.³⁴⁸

“Спорно је да је Суд могао да сматра како није дошло до повреде члана 8 само на основу тога што, по мишљењу лекара, случај Тишјак није спадао у изузетке од закона, па тако није ни дошло до повреде њених права према овом члану... Међутим, предмет Тишјак дао је простор Суду да се фокусира на процесне аспекте режима државе; Суд у овом предмету није био суочен са компликованијим питањем уважавања права на приступ абортусу када конкретни случај не спада јасно у изузетке које држава признаје³⁴⁹.

“Можемо закључити да предмет Тишјак иде у прилог схватању да државе које настоје да омогуће вршење абортуса у одређеним околностима имају обавезу прописану чланом 8 Европске конвенције да обезбеде приступ абортусу у пракси, без обзира на тенденцију лекара да нерадо доносе одлуке којима могу угрозити живот фетуса. И то је, само по себи, спорно становиште. Решеност Суда да се доктрина поља слободне процене не проширује на начине на који абортус, који је теоретски доступан, постаје и стварно доступан у пракси, указује на то да Суд није спреман да прихвати да моралне норме Католичке цркве буду главни покретач у доношењу одлука од стране лекара, који због тога генерално оклевају када треба да одлуче да ли да изврше абортус. Предмет Тишјак, дакле, показује да постоји спремност да се интервенише чак и у

³⁴⁶ N. Prialx, op. cit. стр. 375.

³⁴⁷ J. Cornides, op. cit., стр. 130.

³⁴⁸ N. Prialx, op. cit. стр. 372-3.

³⁴⁹ P. D. Fenwick, , op. cit., треће поглавље, стр. 4.

контексту приватних верских уверења.³⁵⁰ Пресуда у предмету Тишјак довела је, са годину дана закашњења, 2009. године, до доношења Закона о правима пацијената и Омбудсману за права пацијената, чија је сврха била да се успоставе механизми за доношење компликованијих одлука од стране здравствених стручњака. Ову одлуку је подржао и Специјални извештач Уједињених нација о праву на здравље током посете Пољској.³⁵¹

Неки аналитичари сматрају да је реакција Пољске у предмету Тишјак - успостављање медицинског Омбудсмана - била крајње неодговарајућа, јер држава готово уопште није одговорила на суштински део представке, а то је да су лекари, признали то или не, на основу савести одбили да дају дијагнозу која би могла госпођу Тишјак да наведе да тражи абортус. Да је Омбудсман подржао тужбу на основу околности које су применљиве у предмету Тишјак, а нова дијагноза медицинских стручњака потврдила претходну, жени у ситуацији у каквој је била госпођа Тишјак не би био одобрен абортус. Дијагноза би можда захтевала висок степен извесности у погледу могућег ризика (у случају госпође Тишјак ризик је био оштећење вида). Правни лек – могућност обраћања Омбудсману – није ефикасан, и тешко да би испунио захтеве прописане чланом 8 Конвенције које налаже Стразбур. ³⁵²

Ово је био први пут да је Европски суд пресудио у корист подносиоца представке у погледу приступа абортусу, мада, како тврди Приол, „Суд је покушао да се дистанцира од суштинског захтева који се односи на сâм приступ абортусу.”³⁵³

„Суд у Стразбуру уважио је представку госпође Тишјак, по којој је спречавање приступа абортусу повреда члана 8 Конвенције. Суд је одбио да узме у разматрање тврдњу госпође Тишјак да је одбијање да јој се омогући приступ абортусу представљало директну повреду члана 8 Конвенције, јер јој на крају абортус није био дозвољен. Она је потом тврдила да је дошло и до неизвршавања позитивне обавезе

³⁵⁰ N. Prialx, оп. цит., стр. 375-6.

³⁵¹ Извештај Специјалног извештача ГС УН о праву сваке особе на највише стандарде физичког и психичког здравља, Комитет за људска права, 14-о заседање, 20. мај 2010. А/HRC/14/20/Add.3.

³⁵² Видети случај *Egmez v. Сургус*, appl. no. 30873/96. Више о овом случају и изузетној могућности да и Омбудсман испуни процесне услове предвиђене чланом 8 Европске конвенције видети у Е. Корљан, „Европски правни стандарди за спречавање мучења од стране полиције”, магистарска теза, Правни факултет, Београд, 2006.

³⁵³ N. Prialx, оп. cit. на стр. 363.

државе, која је прописана чланом 8, да заштити њен физички и психички интегритет у вези са медицинским услугама.”³⁵⁴

Закључак Суда је да држава има посебну дужност да спроведе ефикасну ревизију процедуре,³⁵⁵ нарочито у погледу неслагања између медицинских стручњака³⁵⁶. Суд је сматрао да би та ревизија требало да буде: праведна и непристрасна; да пружи жени прилику да буде лично саслушана, и да њени ставови буду узети у обзир; да буде благовремена, како би се спречило погоршање здравственог стања жене због одуговлачења у вези са извршењем абортуса.“³⁵⁷

Међутим, иако је подржао доношење нацрта закона о правима пацијента, Специјални извештај је изразио забринутост у вези са неколико одредби које се тичу ревизије поступка. Наиме, у вези са саставом Комисије која ће одлучивати по жалби о евентуалном прекиду трудноће (три лекара), Специјални извештај доводи у питање њихову објективност сматрајући да лекари често невољно доводе у питање одлуке својих колега везане за прекид трудноће; даље, у закону се не наводи да ће у обзир бити узето и мишљење жене, иако је тај захтев јасно изражен у пресуди; недостатак одредби које гарантују да су одлуке по жалби благовремено донете, што је од посебне важности за прекид трудноће; и коначно, осигурати да се одлуке доносе у писменом облику, јер се у супротном битно умањује ефикасност овог механизма.³⁵⁸

„...Тамо где је држава јасно ставила до знања да је медицинска процедура доступна, приступ тој процедури треба да буде брз и једноставан. На тај начин, Суд је заузео став да у случајевима где је држава омогућила у извесној мери законит приступ абортусу, у њено поље слободне процене не спада начин на који је вршење абортуса омогућено. Суд није сматрао да је абортус – иако је било простора за то – посебна врста медицинског поступка који Конвенција треба да третира обазриво. Стога је спорна тврдња да је Суд био спреман да констатује само да је прекид трудноће који је потенцијално законит једино и могућ у пракси. Овај приступ је у складу са изричитим

³⁵⁴ P. D. Fenwick, оп. цит., треће поглавље, стр. 5.

³⁵⁵ *Tysiac v. Poland* appl. no. 5410/03, параграф 118.

³⁵⁶ *Ibid.*

³⁵⁷ *Ibid.*, параграфи 119-120.

³⁵⁸ A/HRC/14/20/Add.3, стр.12.

ставом Суда да предмет није у вези са постојањем права на абортус према Конвенцији.“³⁵⁹

Суд, је уважавајући важност „физичког интегритета“ за контекст кривичне одговорности за вршење абортуса, тенденцију да жене које су имале право на прекид трудноће у оквиру законом прописаних изузетака, по правилу то право нису могле да остваре, и осетљивост овог питања – применио изузетно оштре захтеве добре процесне праксе.

IV.1.3.4. Р. Р. против Пољске

У овом случају се радило о жени која је већ имала двоје деце када је поново остала у другом стању – носила је дете за које се сумњало да има озбиљну генетску ману – и којој су лекари који су се противили абортусу намерно одбили да благовремено ураде генетске тестове на које је имала право. Дете је рођено са Гарнеровим синдромом³⁶⁰.

Одмах по пуштању из болнице, где се посумњало на овај генетски поремећај, Р. Р. је 14. марта 2002. године отпутовала до 150 километара удаљене болнице у Кракову. Лекар који ју је прегледао критиковао је што жели да абортира и одбио је да одобри обављање додатних генетских тестова. Такође су јој рекли да болница у начелу одбија да изврши абортус и да у њој абортуси нису вршени у последњих 150 година. Остала је три дана у болници и урађен јој је још један преглед скенером који није дао поуздане резултате. Тврдила је да јој је медицинско особље упућивало понижавајуће коментаре и држало је у болници без пружања икаквих објашњења, а рађени су јој тестови који нису имали везе са актуелним проблемом (на присутност могуће упале код фетуса). Пуштена је из болнице 16. марта 2002. године. У њеној отпусној листи и лекарском налазу писало је да фетус има развојне аномалије. Када се вратила у прву болницу, 3. априла 2002. године, речено јој је да лекар не може да је прегледа, јер је на боловању.

³⁵⁹ *Tysiac v. Poland*, appl. no. 5410/03 параграф 105-6.

³⁶⁰ Гарнеров синдром је генетска болест, од које оболи приближно једно женско дете од 2,500, и у којем оболели нема уобичајена два пара X хромозома. Ова деца су обично нижег раста од друге деце и неплодна. Други здравствени проблеми укључују срчане и бубрежне аномалије, висок крвни притисак, гојазност, дијабетес мелитус, катаракту, проблеме са тироидном жлездом и артритис. Видети више у Н. Туцић, Г. Матић, „О генима и људима”, Центар за примењену психологију, Београд, 2002, и Т. Швоб и сарадници, „Основи опће и хумане генетике”, Школска књига, Загреб, 1990.

Резултате генетског теста добила је тек 9. априла 2002. године, и они су потврдили да дете има Тарнеров синдром. Истог дана поново је поднела захтев за абортус. Лекари у болници су је одбили, зато што је био истекао законски рок за вршење легалног абортуса, тако да је 11. јула 2002. године, родила девојчицу која је имала Тарнеров синдром. Одмах по рођењу детета, госпођу Р. Р. напустио је супруг. Она је поднела представку суду, тражећи да се покрене кривични поступак против лекара који јој нису на време урадили пренаталне тестове. Надлежни суд је 2. фебруара 2004. године пресудио да нема основа за кривично гоњење, са образложењем да лекари нису државни службеници.

У погледу заснованости тврдње да је госпођа Р. Р. била изложена поступцима забрањеним чланом 3 Европске конвенције, у складу са увреженом праксом Суда у Стразбуру, поновљено је да злостављање мора да достигне минимум озбиљности да би се разматрало по том члану Европске конвенције. Процена минималног степена озбиљности је релативна; зависи од свеукупних околности предмета, као што је трајање злостављања, његове последице на физичко и психичко здравље, а, у неким случајевима, и од пола, узраста и здравственог стања жртве³⁶¹. Поступање се сматра „деградирајућим“ када код жртве изазове осећај страха, очаја и инфериорности, због чега се жртва осећа пониженом и омаловаженом³⁶². Поступање према подносиоцу представке Суд је оценио као „нечовечно“, зато што је било, *inter alia*, са умишљајем, трајало је дуго без прекида и изазвало стварну телесну повреду или интензивну физичку и психичку бол³⁶³.

Штавише, не може се искључити да поступци и пропусти надлежних у области здравства могу да буду разматрани, у одређеним околностима, у оквиру члана 3 Конвенције, на основу њиховог пропуста у пружању одговарајућих медицинских услуга.³⁶⁴

Заиста, госпођа Р. Р. је недељама морала да подноси болну неизвесност у вези са здрављем фетуса, сопственом будућношћу и будућношћу своје породице, као и

³⁶¹ Видети, између осталог, *Price v. UK*, appl. no. бр. 33394/96, параграф 24, ECHR 2001-VII.

³⁶² Видети, *Viktorko v. Poland*, appl. no.14612/02, параграф 45.

³⁶³ Видети *Labita v. Italy*, appl. no. 26772/95, параграф 120, ECHR 2000-IV.

³⁶⁴ Види, нпр., *Powell v. United Kingdom*, appl. no. 45305/99, ECHR 2000-V.

подизањем детета које болује од неизлечиве болести. Била је очајна пошто је морала да размишља како ће она и њена породица моћи да обезбеде детету добробит, срећу и одговарајућу дугорочну негу. Надлежни у здравству, који су били задужени за њен случај, нису реаговали на прави начин, нити су узели у обзир њену забринутост. Суд је нагласио да је читавих шест недеља прошло између 20. фебруара 2002. године, када се после првог скенера јавила сумња, по први пут, у вези са стањем фетуса, и 9. априла 2002. године, када је госпођа Р. Р. најзад добила информације које је тражила, и које су биле потврђене генетским тестовима. Нико није обраћао пажњу на временски аспект проблема. Резултате теста добила је када је већ било прекасно да донесе промишљену одлуку да ли да настави трудноћу или да поново тражи законски абортус, пошто је временски рок по одељку 4 (а) става 2 већ истекао³⁶⁵.

Суд се сложио са мишљењем Врховног суда Пољске да је госпођа Р. Р. била изложена понижењу³⁶⁶, те закључио да је њена патња достигла минимални степен озбиљности, и да је, према томе, дошло до повреде члана 3 Европске конвенције.

У погледу наводне повреде члана 8, Суд је поновио свој добро познати став да је благовремени приступ информацијама у вези са стањем неке особе од огромног значаја, нарочито у ситуацијама где брзо долази до промена стања појединца, чиме је смањена њена или његова способност да донесе праву одлуку. Исто тако, у контексту трудноће, ефективни приступ информацијама важним за здравље мајке или фетуса, у случајевима у којима је вршење абортуса законом дозвољено, директно је у вези са уживањем права на личну аутономију.

Суд је подвукао да је у овом случају главни проблем била доступност медицинских процедура, које би подносиоцу представке пружиле потпуну информацију о здрављу фетуса.

Иако Европска конвенција не гарантује само по себи право на бесплатно медицинско лечење или специфичне медицинске услуге, Суд је у многим предметима сматрао да је

³⁶⁵ Параграф 152 пресуде.

³⁶⁶ Параграф 159 пресуде.

члан 8 релевантан за жалбе на недовољну доступност здравствених услуга³⁶⁷. Овај предмет разликује се од других у којима су се подносиоци представке жалили да им је био ускраћен или отежан приступ одређеним здравственим услугама због недостатка средстава или доступности. Суд је већ установио да је било спорно да су постојали било какви објективни разлози што генетски тестови нису били урађени чим се јавила сумња да са фетусом нешто није у реду, него тек пошто је прошло много времена. Тешкоће са којима се суочила госпођа Р. Р. делимично су, чини се, биле проузроковане решеношћу неких лекара да не дају упут, као и одређеном организационом и административном конфузијом у систему здравствене заштите у време када се случај догодио, у вези са процедуром која се примењује у случају да пацијент тражи услуге које су доступне ван области коју је покривао тадашњи Фонд здравственог осигурања, и начином надокнаде трошкова таквих услуга. Сходно томе, доступност поузданих информација о здрављу фетуса није само важна за душевни мир будуће мајке, већ је и нужни предуслов за законом дозвољену могућност прекида трудноће ако је он неопходан.

Суд је истакао да није у његовом домену да преиспитује стручно мишљење лекара³⁶⁸, те да стога неће утврђивати степен озбиљности здравственог стања фетуса на који су лекари сумњали, нити да ли се то стање могло сматрати довољно чврстом основом да подносилац представке стекне право на законски абортус.....Мишљење Суда је да је то потпуно неважно за процену овог предмета, будући да законска обавеза о обезбеђивању приступа пренаталном генетском тестирању проистиче из одредби Закона из 1993. године, без обзира на природу и озбиљност стања.³⁶⁹

Суд је уочио да је Врховни суд Пољске критиковао медицинске стручњаке који су прегледали госпођу Р. Р., као и одуговлачење приликом одлучивања да ли да се она упути на генетско тестирање. Таква процена највишег домаћег правног ауторитета сигурно је, по мишљењу Суда у Стразбуру, значајна за целокупну процену околности случаја. Последица тога била је да госпођа која је поднела представку није могла да добије дијагнозу стања фетуса, која се са потпуном извесношћу види из генетских

³⁶⁷ Видети поглавље IV. 3 овог рада о лекарској грешци и одговорности.

³⁶⁸ Види *Glass v. United Kingdom*, appl. no. 61827/00, и даље у тексту.

³⁶⁹ Параграфи 203 и даље.

тестова, у временском интервалу који би јој омогућио да легално изврши прекид трудноће³⁷⁰.

Поред тога, Суд наглашава да Закон из 1993. године јасно оставља могућност извршења абортуса код неких врста деформитета фетуса. Није било спорно да се неке од тих аномалија могу утврдити само пренаталним генетским тестирањем.

Иако се држава у својој одбрани позивала на право лекара да одбију одређене медицинске услуге на основу савести, као и на члан 9 Европске конвенције који гарантује слободу мисли, савести и вероисповести, Суд подсећа да реч „пракса”, у значењу у којем је употребљена у члану 9, став 1, не подразумева сваки поступак или облик понашања који је заснован на или инспирисан вером или неким уверењем³⁷¹. Став Суда је да су државе-потписнице у обавези да организују систем здравствене заштите на начин који ће обезбедити да активно поступање по слободној савести од стране здравствених стручњака у професионалном контексту, ни на који начин не омета пацијенте да им буду пружене услуге на које имају право.

Што се тиче ослањања тужене државе на инструменте грађанског права у решавању ситуације у којој се наша госпођа која је поднела представку, Суд је још раније закључио, у контексту предмета Тишјак против Пољске, да одредбе грађанског права, онако како их примењују судови у Пољској, нису пружиле подносиоцу представке процесни инструмент којим би она у потпуности одбранила своје право на приватни живот. Грађанско-правни лек био је само ретроактивног и компензаторног карактера. Суд је сматрао да такве мере нису довољне да гарантују одговарајућу заштиту личних права трудне жене у контексту контроверзних мишљења у погледу одређивања приступа законитом абортусу, и да су додатно ослабиле иначе осетљив положај ове жене у датим околностима. С обзиром на природу компензаторног грађанског права, Суд је закључио да нема основа за другачији закључак.

У том смислу, мишљење Суда је да ни консултовање лекара, ни парничне могућности на које се ослањала тужена држава нису представљале одговарајућу и доступну

³⁷⁰ Ibid.

³⁷¹ Види Pichon and Sajou v. France, appl. no. 49853/99, ECHR 2001-X.

процедуру која би подносиоцу представке пружила могућност да оствари своје право да изврши законит абортус у Пољској. Неизвесност која је створена непостојањем законске примене члана 4 (а) 1.2 Закона о планирању породице из 1993. године, и још одређеније, непостојањем одговарајуће и доступне процедуре којом би се обезбедило право на абортус у складу са овом одредбом, довела је до огромне разлике између теоретског права на вршење законитог абортуса у Пољској и његове стварне примене у пракси³⁷².

„Може се сматрати да је дошло до повреде члана 2 Европске конвенције ако је женин живот био доведен у опасност тиме што јој је ускраћен абортус, како у смислу забране која је имала такав исход, тако и у смислу да држава није испунила позитивну обавезу да заштити живот својих грађана³⁷³. Наравно, до оваквих проблема дошло би у не-апстрактном смислу³⁷⁴ у случају, на пример, да трудна жена има здравствене компликације које су опасне по живот, и које се једино могу разрешити абортусом. У предмету Кипар против Турске³⁷⁵, сматрало се да ускраћивање здравствене заштите која је „доступна становништву уопште“ и која је могла да помогне да се спасе живот једне особе, могло да буде третирано као повреда члана 2 Европске конвенције.”³⁷⁶

У представци се ради о трудници која је умрла од улцерозног колитиса; тврди се да лекари наводно нису обавили додатне прегледе, чиме би шансе да се она бори са овом болешћу биле повећане. Подносилац захтева (представку је поднела мајка преминуле жене) тврдио је да лекари то нису учинили зато што је била трудна, и оклевали су да обаве додатна испитивања да не би угрозили фетус.

Када држава утврди да је трудној жени дозвољен абортус, јер јој је живот угрожен због трудноће, могло би се захтевати да овај изузетак од генералне забране абортуса буде јасно дефинисан и третиран као аспект позитивне обавезе по члану 2. То је од изузетне важности у контексту абортуса, нарочито у вези са могућим самоубиством.

³⁷² *Tysiac v. Poland*, appl. no. 5410/03.

³⁷³ Види *LCE v. United Kingdom*, appl. no. 23413/94.

³⁷⁴ Суд не прима апстрактне представке које се односе на генералну примену закона – такве представке третирају се као очигледно неприхватљиве по члану 35 (1).

³⁷⁵ *Cyprus v. Turkey*, appl. no. 25781/94.

³⁷⁶ P. D. Fenwick, *op. cit.*, пето поглавље, стр. 24.

Међународни уговори о људским правима нагласили су проблем смртности мајки као последице самоубиства у екстремним околностима као што је забрана прекида трудноће која је последица силовања. Процесне обавезе, као минимум, налажу да смртни случајеви које су директно проузроковали државни актери морају да буду истражени у судском поступку.³⁷⁷ Могућност улагања приговора треба да буде доступна жени, за коју се сматра да ризикује да изврши самоубиство, јер јој је одбијен захтев за извршење абортуса. Слично питање покренуо је трећи подносилац представке у предмету А, Б, и Ц против Ирске (жена која је боловала од рака и тражила је хемотерапију). Она је тврдила да недостатак јасних смерница у вези са околностима у којима жена може да изврши абортус да би спасла свој живот спада у повреду њених права према члану 2 Европске конвенције.

„Ограничен приступ здравственим услугама и/или здравственој нези после абортуса, што је последица рестриктивног приступа абортусу, може довести до повреде члана 8 Конвенције, и то вероватно у вези са чланом 14.“³⁷⁸

IV.1.3.5. А, Б и Ц против Ирске

Одредбе закона који регулишу абортус у Ирској су једне од најстрожих у Европи, због заштите које нерођеном детету пружа Устав ове државе. Члан 40.3.3 ирског Устава налаже:

„Држава признаје право на живот нерођеном детету и, уз уважавање једнаког права мајке на живот, гарантује својим законима да ће поштовати, и кад год је то могуће, бранити и одбранити то право на основу тих закона.

Овим пододељком не ограничава се слобода путовања између државе Ирске и других држава.

³⁷⁷ Суд је сматрао у предмету *McCann v. United Kingdom* да процедура у вези са истрагом смртних случајева насталих под сумњивим околностима мора да буде ефикасна како би задовољила захтеве члана 2(2). Видети опширније у поглављу IV 5.

³⁷⁸ P. D. Fenwick, *op. cit.*, пето поглавље, стр. 34.

Овим поделељком не ограничава се слобода стицања или доступности, унутар државе, и под условима прописаним законом, информација у вези са услугама које су законом дозвољене у другим државама.”

Ирска је прошла кроз три референдума о овом питању; штавише, извештаји Комитета Парламента и групе за ревизију Устава потврђују ове ставове који су се нашли и у протоколима који прате уговоре ЕУ из Мастрихта и Лисабона у вези са Ирском.

„На овај начин дају се једнака права фетусу и мајци, изузев у случају да је живот мајке доведен у опасност настављањем трудноће.”³⁷⁹ Водећи аналитичари сматрају да овај изузетак нема изричиту законску основу, и постоји само као тумачење Устава. Ономогућавање приступа абортусу због наводног озбиљног ризика по здравље мајке представља вероватно највећи недостатак у заштити жене коју пружа садашње ирско право.

Комитет CEDAW, у Закључној препоруци из 1999. године, у вези са ситуацијом у Ирској по питању права на живот, изразио је забринутост што је „абортус, сем у неколико изузетака, и даље незаконит у Ирској.”

„Комитет УН-а за укидање дискриминације против жена у више наврата је указивао на патњу којој су изложене Ирскиње због ономогућеног приступа абортусу и одговарајућој здравственој заштити наметањем казних мера, као и на физичке, друштвене и менталне последице таквих мера на жене, нарочито на осетљивије девојке и жене“.³⁸⁰

Суд је претходно већ затражио од Ирске, упркос експлицитној одредби њеног Устава³⁸¹, да делимично укине један аспект модела забране који је усвојила – спречавање дотока информација о вршењу абортуса у иностранству, у предмету Отворено саветовалиште против Ирске³⁸². Иако Суд није дубље разматрао контекст абортуса у овом судском спору, проценио је да је важно што је Ирска дозволила

³⁷⁹ Члан 40.3.3, тумачење Државног правобраниоца Х [1992] 1 IR 1 став 118.

³⁸⁰ Комитет за укидање дискриминације против жена, 33. заседање, јул 2005., (CEDAW/C/IRL/4-5) и 21. заседање, јун 1999. (CEDAW/C/IRL/2-3).

³⁸¹ Open Door Counselling and Dublin Well Woman v. Ireland, appl. no. 14234/88, параграфи 67-69.

³⁸² Ibid.

одлазак у иностранство због прекида трудноће, чиме су Иркиње добиле приступ услугама које су у извесном смислу биле легалне“.³⁸³

У овом случају, Суд је одлучио да преиспита да ли је [спречавање дотока информација] оправдано у смислу члана 10, става 2, јер се ради о ограничењу „прописаном законом“ које је неопходно у демократском друштву.³⁸⁴

Суд је одбио да прихвати „да су ограничења о којима је реч имала за циљ спречавање кривичног дела будући да ни пружање информација ни вршење абортуса у иностранству не представљају кривично дело. Међутим, очигледно је да се заштита права на живот нерођеног детета коју обезбеђује ирски закон заснива на дубоким моралним вредностима у погледу природе живота, а приврженост тим вредностима исказала је и већина ирског народа гласајући против легализације абортуса на референдуму одржаном 1983. године... Суд је утврдио да је ово ограничење произашло из легитимног циља заштите морала, а заштита права на живот нерођеног детета у Ирској представља само један аспект тог циља. На основу овог закључка, одлука о томе да ли се термин „други“ односи и на нерођено дете није неопходна.“³⁸⁵

У једном скорашњем предмету, у случају А, Б и Ц против Ирске³⁸⁶, Европски суд донео је још једну пресуду у вези са абортусом у овој земљи, Подносиоци представке биле су три жене старије од 18 година које живе у Ирској: две су Иркиње, а трећа је држављанка Литваније. Све три жене путовале су 2005. године у Енглеску да прекину трудноћу, пошто су непланирано остале у другом стању.

Прва од три жене које су поднеле представку, бивша алкохоличарка која је патила од депресије, одлучила се за абортус како не би угрозила прилику да се поново повеже са својом породицом. Позајмила је новац од зеленаша да би могла да плати абортус у приватној клиници у Енглеској. Друга жена једноставно није била спремна да постане родитељ. Мада се у почетку плашила да можда има ванматеричну трудноћу, до поласка за Енглеску већ је знала да то није случај. Трећа жена, која је боловала од рака

³⁸³ Ibid, параграф 72.

³⁸⁴ Ibid, параграф 55.

³⁸⁵ Ibid, параграф 63.

³⁸⁶ A, B and C v. Ireland, appl. no. 25579/05.

који се повлачио, и не знајући да је трудна, била је подвргнута низу лекарских прегледа који су контраиндиковани за трудноћу. Када је открила да је у другом стању, веровала је да трудноћа може да утиче на поновно ширење рака, те је због тога била забринута за свој живот и здравље. Бринуо ју је и ризик којем је био изложен фетус у случају да изнесе трудноћу до краја, а тврдила је и да није могла да добије јасан лекарски савет шта да ради. Због свега тога одлучила је да абортира у Енглеској.

У Ирској, абортус се сматра кривичним делом. Због предмета који су разматрани у ирским судовима, Врховни суд је закључио, у оквиру пресуде донете у предмету X 1992. године, да је абортус у Ирској законит ако се утврди да трудноћа представља стварни и озбиљан ризик по живот, али не и по здравље, мајке. После референдума одржаног 1992. године, усвојен је Тринаести уставни амандман којим је укинута забрана за путовања у иностранство због абортуса, а дозвољено је и ширење информација о вршењу законитих абортуса у иностранству.

“У Ирској, уставне одредбе у вези са абортусом почивају на кривичном праву: извршење абортуса је кривично дело (Закон о кривичном делу против личности, 1861., глава 58 и 59)³⁸⁷; а жена која „противзаконито“ обави абортус или покуша да прекине трудноћу, као и било која особа која јој у томе помаже, могу бити кривично гоњени (мада, пошто је ирско право подређено Уставу, прави се изузетак када је одржавањем трудноће женин живот доведен у опасност)³⁸⁸, нити је до данас усвојен неки општи принцип нужности на основу којег би се вршење абортуса у екстремним околностима, као што је силовање, сматрало „законитим“, као што је учињено у другим уредбама које имају, или су имале, слично срочене одредбе. Жена која прекине трудноћу може бити осуђена чак на доживотну казну затвора, док они који помажу да се изврши абортус могу бити осуђени на три године затвора. Јасно је да је мало вероватно да би жена, која би покушала да изврши незаконити абортус у Ирској и била осуђена за то кривично дело, морала да одслужи целу затворску казну. И поред тога, у контексту

³⁸⁷ Закон о кривичном делу против личности, 1861 године, у својим члановима 58 и 59, увео је као кривично дело и појам 'омогућавање побачаја', које постоји и у члану 10 Закона о здрављу (планирању породице) из 1979. године.

³⁸⁸ Државни правобранилац v X (n 62) стр.146.

Европске конвенције о људским правима, значајна је и сама чињеница да тако драконска казна за ово дело уопште постоји“.³⁸⁹ 390

Ирска је тврдила, да су, без обзира на забрану абортуса, саветовање и нега после извршеног прекида трудноће обезбеђени и да је њихова земља светски лидер у погледу заштите жена током трудноће.

Од три жене које су поднеле представку, две су сматрале да немају право на абортус у Ирској, с обзиром да ирски закон не дозвољава абортус из здравствених разлога, већ само у случају да је трудноћа опасна по живот мајке, укључујући ризик од самоубиства. Трећа жена је навела да, иако је веровала да трудноћа може довести њен живот у опасност, није постојао закон нити процедура којим би то доказала, и због тога она није имала право на абортус у Ирској.

Све три жене жалиле су се да је цела процедура, због немогућности да абортус обаве у Ирској, била за њих непотребно скупа, компликована и трауматична. Оне су нарочито инсистирале на томе да су ускраћивањем абортуса биле стигматизоване и понижене, као и да су довеле у опасност своје здравље, а у случају треће жене, и сам живот.

Занимљиво је да су три жене тврдили да су им повређена различита права гарантована Конвенцијом. Док су се све три жалиле на повреду члана 3 (забрана мучења, нечовечног и понижавајућег поступања или кажњавања), прве две су се жалиле по основу члана 8 (који гарантује право на поштовање породичног и приватног живота), на ограничења у вези са вршењем законитог прекида трудноће која прописује ирски закон, што је значило да нису могле да имају абортус из разлога очувања здравља. Трећа се жалила, позивајући се на исти члан, да у Ирској не постоје закони који примењују уставну одредбу којом се признаје право будуће мајке на живот. Значајније за овај рад, она се такође позивала и на члан 2 (право на живот) истичући да абортус није доступан у Ирској чак ни у ситуацијама опасним по живот, зато што ирско право не примењује члан 40.3.3 Устава³⁹¹.

³⁸⁹ Видети, нпр. *Dudgeon v. United Kingdom*, appl. no. 7525/76.

³⁹⁰ P. D. Fenwick, op. cit., друго поглавље, стр. 14.

³⁹¹ A, B and C v. Ireland, appl. no. 25579/05, параграф 20.

Подносиоци представке исправно су тврдили да то што жене, ако имају довољно финансијских средстава, могу да путују ван Ирске да би абортирале, обесмишљава сврху рестрикције која постоји у Ирској, као и да је дозвољавање абортуса само у изузетним случајевима несразмерно и претерано. Штавише, ограничење је представљало велико оптерећење за подносиоце представке као жене, што по њима представља повреду члана 14 који забрањује дискриминацију, нарочито за прву жену која је била у тешкој финансијској ситуацији.

Суд се одмах оградио и нагласио „да његова улога није да испитује представке које нису у вези са чињеницама које постоје у овом предмету: оно чиме Суд мора да се бави јесте оспоравано правно гледиште о питању абортуса у Ирској, у мери у којој је оно директно утицало на подносиоце представке, у мери у којој су оне спадале у групу особа које би биле директно погођене таквим гледиштем, или у мери у којој је од њих било тражено да модификују своје понашање или ће у супротном бити кривично гоњене.“ С тим у вези, Суд је одлучио да направи поређење са предметом Отворено саветовалиште, у којем је предмет спора била забрана наметнута невладиној организацији, која је касније поднела представку, да се бави, *inter alia*, пружањем информација женама о вршењу прекида трудноће у иностранству, због чега је Суд, у решавању овог предмета, нужно узео у разматрање последице које оваква забрана генерално може да има за жене“.

Враћајући се на околности конкретног предмета, Суд је закључио да Влада, и поред тога што чињенице нису довољно утврђене и могу се довести у питање, није суштински оспорила чињеницу да су жене које су поднеле представку путовале у Енглеску ради абортуса.³⁹² Такође, узимајући у обзир осетљивост теме у предмету, као и несумњиву личну уздржаност подносилаца представке у вези са откривањем детаља случаја у судском поступку, Суд је уважио да је свака од три жене које су поднеле представку путовала 2005. године у Енглеску ради вршења абортуса.

„На основу тога, Суд установљава да је први подносилац представке путовала у страну земљу да би абортирала из здравствених разлога и добробити, да је друга жена то исто

³⁹² Објективне процене говоре да је у последњих 30 година неких 140000 Иркиња путовало у Велику Британију како би прекинуле трудноћу.

учинила због личне добробити, а трећа углавном због тога што се плашила да је трудноћа опасна по њен живот. Иако уважава значење које појму „социјални разлози“ даје држава, Суд сматра корисним да истакне разлику између здравља (психичког и физичког) и других разлога личне добробити, како би објаснио зашто су жене, подносиоци представке, одлучиле да се подвргну абортусу.”

Суд је установио да, као ни у случају првог и другог подносиоца представке, законска препрека која би онемогућила одлазак у иностранство због абортуса није постојала ни у трећем случају. Трећа жена која је поднела представку није навела никакву другу препреку за свој пут у Енглеску да би извршила абортус, а ништа од онога што је навела као компликације настале после обављеног абортуса не представља претњу по живот. Имајући у виду те околности, не постоје докази о било каквој озбиљнијој опасности по живот подносиоца представке³⁹³. Сходно томе, жалба трећег подносиоца, у којој се позива на повреду члана 2 Европске конвенције, мора бити одбачена као очигледно неоснована, на основу члана 35, става 3 и 4 Конвенције.”³⁹⁴

У вези са жалбом по члану 3, Суд је одбацио представку сва три подносиоца у којој се позивају на повреду овог члана, јер је установио да „психичко и физичко оптерећење које је свака од њих претрпела због путовања у страну земљу ради извршења абортуса ипак није било толико озбиљно да би представљало нехумано или деградирајуће поступање“.

Надаље, у погледу жалбе по члану 8, „Суд је подсетио да се овај члан „не може тумачити у смислу да трудноћа и прекид трудноће спадају искључиво у приватни живот жене, пошто, кад је жена трудна, њен приватни живот постаје уско повезан са животом фетуса који се развија. Право жене на поштовање њеног приватног живота мора да буде сразмерно другим правима и слободама, укључујући права нерођеног детета“.³⁹⁵

„Суд сматра да забрана која је на снази у Ирској на вршење абортуса из здравствених разлога и/или разлога добробити, на коју су се жалиле прве две жене...., као и наводно

³⁹³ LCB v. United Kingdom, appl. no. 23413/94, 1998-III, no. 76, параграф 36.

³⁹⁴ A, B and C v. Ireland, appl. no. 25579/05.

³⁹⁵ Суд се овде позвао на пресуде у предметима Тишјак против Пољске и Во против Француске.

одбијање државе да разлоге треће жене уважи као довољне за вршење легалног абортуса у Ирској, спадају у домен њихових права на приватни живот, а тиме и под члан 8 Европске конвенције.”

Суд је одлучио да не разматра применљивост члана 8 у смислу његовог дела који се односи на породични, већ само на приватни живот.³⁹⁶ Суд је такође закључио да, иако се овај члан не може тумачити као да подразумева право на абортус, забрана абортуса у Ирској спада у право подносиоца представке на поштовање физичког и психичког интегритета, а сходно томе, и у право на приватни живот, па самим тим и под члан 8 Конвенције.

Суд је представку прве две жене преиспитао одвојено од представке треће жене. Установио је да забрана прекида трудноће у случају прве две жене представља мешање у њихово право на поштовање приватног живота, које је било је у складу са законом и за циљ је имало легитимну заштиту јавног морала, онако како је он схваћен у Ирској.

Испитујући да ли је ова забрана била неопходна у једном демократском друштву, а нарочито, да ли је постојала прека друштвена потреба која би је оправдала, Суд је констатовао да између већине држава чланица СЕ постоји консензус којим се допушта шири приступ абортусу него што је то случај у ирском праву. У неких 30 европских земаља, абортус на захтев је дозвољен; приближно 40 земаља дозвољава абортус из здравствених разлога, док је из разлога добробити жена он дозвољен у отприлике 35 земаља. Само три европске државе³⁹⁷ имале су још рестриктивнији приступ абортусу од Ирске, и оне су забрањивале абортус чак и када је трудноћа била опасна по живот жене.

Међутим, Суд је утврдио да неоспорни консензус који постоји између држава чланица СЕ није довољан да би се јасно ограничило широко поље слободне процене државе. Суд је у предмету Во против Француске уважио да питање када живот почиње држава решава у оквиру свог поља слободне процене. Пошто није постојао консензус на европском нивоу у смислу научне и правне дефиниције почетка живота, а имајући у

³⁹⁶ A, B and C v. Ireland, appl. no. 25579/05.

³⁹⁷ Андора, Малта и Сан Марино.

виду да су права фетуса и права мајке нераскидиво повезана, поље слободне процене државе у вези са питањем када почиње живот подразумевало је слично поље слободне процене у успостављању равнотеже између супротстављених интереса фетуса и мајке.

Узимајући у обзир право првог и другог подносиоца представке да путују у иностранство ради извршења абортуса и да у Ирској добију одговарајућу здравствену негу пре и после абортуса, као и да се оспоравана забрана абортуса у Ирској из здравствених разлога или разлога добробити заснивала на дубоким моралним вредностима ирског народа у погледу права на живот нерођеног детета, Суд је закључио да постојећа забрана абортуса у Ирској успоставља правичну равнотежу између права првог и другог подносиоца представке на поштовање њиховог приватног живота, и права гарантованих нерођеном детету, те закључио да у случају првог и другог подносиоца представке, није дошло до повреде члана 8 Европске конвенције.

„Ирска још увек не дозвољава приступ абортусу у тим околностима, што одражава посебну забринутост Суда у предмету Тишјак, у вези са заштитом физичког интегритета, што би чак могло да буде проширено на захтев за омогућавањем терапеутског абортуса у случајевим у којима нема „равнотеже између приватности и јавног интереса.“³⁹⁸ То што је абортус био доступан у Ирској само у врло ограниченом броју случајева било је несразмерно и претерано.³⁹⁹

Суд је констатовао да трећи подносилац представке болује од ретке врсте рака и да се бојала да ће се њено стање погоршати због трудноће, те је сматрао да је утврђивање постојања таквог ризика по њен живот јасно укључивало основне вредности и суштинске аспекте њеног права на поштовање приватног живота.

Суд је даље утврдио да се једини начин утврђивања таквог ризика којем је прибегла држава - обична консултација ове жене са њеним лекаром - показао неефикасним. Неизвесност око читаве процедуре била је толико велика, да је било очигледно да су кривичне одредбе застарелог Закона из 1861. године плашиле и лекаре и пацијенткиње, пошто су и једни и други ризиковали казну за кривично дело ако би се касније

³⁹⁸ *Tysiac v. Poland*, appl. no. 5410/03, параграф 107.

³⁹⁹ *A, B and C v. Ireland*, appl. no. 25579/05.

испоставило да је првобитно мишљење лекара да је абортус решење, јер је трудноћа ризична за женино здравље – противуставно.

Суд такође није сматрао да је то што је трећа жена тражила помоћ од судова (посебно од уставних судова) било ефикасно решење, с обзиром на то да уставни судови нису одговарајућа инстанца за утврђивање да ли је ова жена испуњавала услове за вршење законитог абортуса. Било је такође непримерено тражити од жена да пролазе тако компликоване уставно-правне процедуре, када њихово право на абортус, уколико трудноћа представља претњу по њихов живот, није доведено у питање. У сваком случају, било је нејасно како би судови могли да наметну обавезу лекарима да изврше абортус, имајући у виду недостатак јасних информација које би држава требало да пружи Суду у вези са законски дозвољеним абортусима у Ирској.

Закључено је да ни лекарско мишљење, ни парница, чему је прибегла Ирска, не представљају ефикасне и доступне процедуре које би трећем подносиоцу представке омогућиле да оствари своје право на законит прекид трудноће у тој земљи. Поред тога, није постојало објашњење зашто до тада није било примењено постојеће уставно право. На основу свега тога, закључак Суда је да Ирска није поштовала право трећег подносиоца представке на поштовање приватног живота, јер није применила постојеће уставно право на законит абортус у Ирској. Према томе, дошло је до повреде члана 8 Европске конвенције.⁴⁰⁰

У овом погледу, веома је занимљиво сагласно мишљење судије Лопез-Гера и судије Казадевала, који су се сагласили са одлукама Великог већа у погледу повреде члана 8 Конвенције у случају трећег подносиоца представке, и са одлуком да тај члан није прекршен у случају прва два подносиоца представке. Ове судије су сматрале да није узет у обзир један аспект у овим случајевима који је изузетно битан за доношење одлука у будућим предметима и тумачењима члана 8 Европске конвенције у вези са питањем абортуса, по којем државе треба да имају право на меру слободне процене, по овом члану Конвенције, када се баве питањима везаним за обављање абортуса. По њима, државе би требало да успоставе правичну равнотежу између здравља и

⁴⁰⁰ A, B and C v. Ireland, appl. no. 25579/05.

добробити жене која тражи да изврши абортус и других интереса и принципа које државни органи треба да бране.⁴⁰¹

Они су подсетили да поље слободне процене не даје државама право на апсолутну дискрецију или слободу поступања. У случајевима у којима је неки изузетно битан аспект егзистенције или идентитета појединца доведен у питање, поље слободне процене државе мора да буде сужено. По њиховом мишљењу, то мора да се уради увек када је жени која жели да изврши абортус због сопственог здравља или добробити то право забрањено.

Ове судије је такође забринуло резоновање осталих судија у овом предмету, јер пресуда анализира *in abstracto* регулативу која постоји у ирском праву и њену сврху да се успостави равнотежа између супротстављених интереса. По њиховом мишљењу, пресуда генерално потврђује да „Суд не сматра да забрана вршења абортуса из здравствених разлога или добробити у Ирској ... превазилази оквире поља слободне процене које је ирској држави у том погледу додељено⁴⁰²“. Међутим, проблем који су навели подносиоци представке се односи на специфичну повреду њихових права, а не на генералну усаглашеност оног дела ирског права које се бави питањем абортуса са чланом 8 Европске конвенције. Штавише, приликом доношења пресуде у овом предмету, Суд није формирао закључке на основу степена озбиљности стварног или умишљеног ризика по здравље или добробит сваког појединачног подносиоца представке, нити њихових посебних околности.

Занимљиво је сагласно издвојено мишљење судија Розакиса, Тулкенс, Фуре, Хирвала, Малинвернија и Поалелунгија који су нагласили да: „...задатак Суда у овом предмету није био да налази одговор на тешко питање када живот почиње... Проблем којим се Суд бавио био је да ли, без обзира на то када живот почиње – пре рођења или после – право фетуса на живот може да се доведе у равнотежу са правом на живот његове мајке, или њеним правом на личну аутономију и развој, или постоји могућност да се утврди како права фетуса имају мању тежину од права и интереса мајке“.

⁴⁰¹ Ibid.

⁴⁰² Параграф 241 пресуде.

Судије су се сагласиле да између европских држава постоји несумњиво чврст консензус о томе да, без обзира на одговор који се може дати на научно, верско или филозофско питање почетка живота, право на живот мајке, а закони многих европских земаља ту укључују и њено право на здравље и добробит, сматра се вреднијим од права фетуса на живот. Они су истакли нове аргументе који иду у прилог првенства права мајке: „право фетуса и права живе особе по својој природи су неједнака: с једне стране, имамо права особе која већ учествује, на активан начин, у друштвеној интеракцији, а са друге, имамо права фетуса који је у утроби мајке, чији живот још није дефинитивно одређен докле год траје процес који се завршава рођењем, и који још не учествује у друштвеној интеракцији. Што се тиче Конвенције о људским правима, могло би се рећи да су права садржана у њеном тексту добрим делом прописана да би се појединац заштитио од поступака државе или њених пропуста, и то онда када појединац активно учествује у нормалном, свакодневном животу демократског друштва⁴⁰³“.

По њима, „већина судија је погрешила када је, у ставу 237 пресуде, непримерено повезала питање почетка живота (а самим тим, и права на живот), и меру слободне процене државе по том питању, са мером слободне процене државе у тражењу равнотеже између права на живот фетуса и права на живот мајке или њеног права на здравље и добробит“.

„Што се тиче теста пропорционалности који би Суд требало да правилно да примени у околностима које постоје у овом предмету, треба узети у обзир два елемента која имају велику улогу у утврђивању да ли је мешање у приватни живот два подносиоца представке било оправдано: први елемент је постојање европског консензуса који иде у прилог дозволи вршења абортуса; други су санкције које прописује ирско право за вршење абортуса из здравствених разлога или добробити, јер се тиме крши забрана вршења абортуса на територији Ирске. Сасвим се јасно види да између већине држава-уговорница Савета Европе постоји консензус у вези са дозволом абортуса „на широј основи од оне прописане ирским правом⁴⁰⁴“.

⁴⁰³ Параграф 234 пресуде.

⁴⁰⁴ Параграф 235 пресуде.

„У својој пракси, када установи да између европских држава постоји консензус о питању које се дотиче неког људског права, Суд обично закључи да је тим консензусом значајно сужено поље слободне процене држава, које би било много шире да тог консензуса нема. Овакав приступ у складу је са „хармонизујућом“ улогом судске праксе у вези са Конвенцијом: једна од кључних функција судске праксе управо и јесте да се временом изгради уравнотежена заштита људских права у пракси, која ће бити изнад граница појединачних држава уговорница и која ће омогућити појединцима који су под надлежношћу тих држава да уживају једнаку заштиту својих права, без обзира на то где живе. Међутим, та хармонизујућа улога има и своја ограничења. Међу њима је и ово: у случајевима у којима је јасно да европске државе немају исти став по питању заштите одређеног аспекта људских права, и да постоје велике разлике у начину на који оне штите (или не штите) појединца од поступања државе, и када се наводно кршење Европске конвенције односи на неко релативно право које може да се усагласи – у складу са Конвенцијом – са другим правима и интересима које је такође битно заштитити у демократском друштву, Суд може да установи да државе, због недостатка консензуса на европском нивоу, имају неограничено поље слободне процене, да би могле саме да изврше усаглашавање сукобљених права и интереса. Из тог разлога, Суд се у таквим околностима уздржава од своје хармонизирајуће улоге, јер не жели да буде прво европско тело које „законски решава“ проблем који на нивоу Европе још није решен“.

Међутим, у овом предмету постоји значајан европски консензус. Мишљење ових судија је „...да ће ово бити један од ретких случајева у пракси Суда где Стразбур сматра да такав консензус не ограничава широко поље процене тужене државе; овакав став аргуменује чињеница да су жене које су поднеле представку имале право „да легално путују у иностранство ради извршења абортуса и да су им у Ирској биле доступне одговарајуће информације и здравствена заштита довољна да оправда забрану абортуса из здравствених разлога или добробити која проистиче из дубоких моралних уверења ирског народа у погледу природе живота.

Што се тиче друге премисе, Суд први пут није узео у обзир европски консензус на основу „дубоких моралних уверења“. Чак и ако претпоставимо да су ови дубоки морални ставови још увек врло присутни у свести већине Ираца, могућност да они превагну у односу на европски консензус, који иде у потпуно другом смеру,

представља стварни и опасан преседан у пракси Суда, која још увек не прави разлику између моралних и других уверења када одређује поље слободне процене које државе могу да имају у ситуацији где већ постоји консензус на нивоу Европе.

„Иако генерално омогућавање права на одређени медицински поступак може јасно да буде ван домаћаја Конвенције, у специфичним случајевима право на приступ у таквом поступку може да буде основано, као што је био случај у предмету Диксон.

Прекид трудноће у њеној раној фази добар је пример медицинског поступка који је недозвољен у већини случајева у Пољској и Ирској, али не по основу материјалног стања, а доступан је у осталим европским земљама. Због тога предмет Диксон, и по аналогiji са забраном вештачке оплодње, наводно представља изузетан случај. Овај аргумент може се поткрепити чињеницом да су сиромашне и незаштићене жене, којима је теже да путују у иностранство или да плате абортус – много више погођене овом забраном од других жена.

IV.1.4. Заштита физичког и психичког здравља или аутономије: развој права на прекид трудноће по Европској конвенцији о људским правима

Позитивне обавезе захтевају од државе да уради више од обичног немешања у предмете. Државе треба да усвоје мере којима ће људска права бити заштићена⁴⁰⁵. Оправдање за увођење таквих обавеза, као у предмету Тишјак против Пољске⁴⁰⁶, јесте да Конвенција гарантује права која „нису теоретска ни имагинарна, већ практична и ефикасна“⁴⁰⁷.

Европска конвенција не прописује неки генерални ниво здравствене заштите који би државе-уговорнице требало да обезбеде. Међутим, недавно је дошло до помака у вези са природом позитивних обавеза које би државе требало да испуне, у смислу да су дужне да обезбеде одређене медицинске процедуре у специфичним околностима. У

⁴⁰⁵ Van Kook v. Germany, appl. no. 35968/97, параграф 70.

⁴⁰⁶ Tysiac v. Poland, appl. 5410/03, параграф 115.

⁴⁰⁷ Phan v. Turkey, appl. no. 2277/93, параграф 91.

предмету Диксон⁴⁰⁸, Велико веће је донело одлуку да је до повреде члана 8 дошло ускраћивањем могућности затворенику да изврши вештачку оплодњу, по основу очигледног пропуста да се успостави правична равнотежа између интереса страна умешаних у овај случај. Суд је овако пресудио, али није донео одлуку да ли се ради о позитивној или негативној обавези.⁴⁰⁹ Овај став био је у супротности са закључком Четврте секције Суда у том предмету⁴¹⁰ по томе што би се ускраћивање могућности за вештачку оплодњу довело у везу са наметањем позитивне обавезе коју држава није морала да испуни да би избегла повреду члана 8 Конвенције; констатовано је да је предузето балансирање интереса било у оквиру слободне процене државе⁴¹¹.

IV.1.5. Криминализација прекида трудноће и друга правна ограничења

Криминализација абортуса, која још постоји у неколико европских земаља, негативно утиче на здравље жене, како физичко, тако и ментално, на пост-наталну негу, на њихову слободу одлучивања, аутономију и уопште, на њихов социјално-економски положај.

Комитет УН-а против дискриминације жена (CEDAW) је уочио потенцијално кршење људских права у казним одредбама које у овој области имају „ефекат застрашивања“, јер индиректно спречавају жене да потраже медицинску помоћ у случају нелегално извршеног прекида трудноће, или када је вршење те интервенције у нескладу са законодавним одредбама матичне државе. Комитет је с тим у вези затражио од држава потписница да обезбеде приступ здравственој заштити после обављеног абортуса како би се смањила смртност жена⁴¹².

СЕ је 2008. године објавио посебан извештај под насловом „Приступ безбедном и легалном абортусу у Европи“ који је усвојила Парламентарна скупштина ове

⁴⁰⁸ Dickson v. United Kingdom, appl. no. 44362/04, параграф 41.

⁴⁰⁹ Ibid, параграф 40.

⁴¹⁰ Исто.

⁴¹¹ Dickson v. United Kingdom, appl. no. 44362/04, параграфи 26 и даље.

⁴¹² Видети, нпр. Бразил, 29-30, U.N. Doc. CEDAW/C/BRA/6 (2007); Chile, 20, U.N. Doc. CEDAW/C/CHI/CO/4 (2006).

организације.⁴¹³ У овом извештају, државе чланице су биле позване да декриминализују прекид трудноће и гарантују женама ефективно право на безбедан и легалан абортус.

У једном од најважнијих предмета у овом погледу, Х против Норвешке, Суд је констатовао:

„...таквим одредбама постиже се правична равнотежа између потребе да се обезбеди заштита фетуса с једне стране и интереси жена с друге. Узимајући у обзир услове потребне за прекид трудноће и посебне околности предмета, став Суда је да тужена држава није прекорачила своје право на слободу нахођења у овако осетљивој области⁴¹⁴.

Кривични закони који санкционишу и ограничавају прекид трудноће су парадигматичан пример недозвољених препрека у остваривању права жена на здравље. Штавише, усвајање оваквих закона може бити тумачено и као повреда обавеза државе да поштује, заштити и оствари право на здравље.

Ограничавајући право на доношење одлука о абортусу, ови прописи директно утичу на достојанство и аутономију жена у одлучивању у вези са њиховим сексуалним и репродуктивним здрављем. Такви закони непрекидно узрокују слабо здравље и смртне случајеве који би могли бити спречени, и разне облике инвалидитета.

Многа тела УН-а су разматрала питања везана за остваривање права на здравље, и посебно она која се директно односе на жене. На пример, CEDAW Комитет је у више наврата оштро критиковао рестриктивне законе о абортусу, посебно оне који криминализују прекид трудноће у свим случајевима. Такође је закључено да таква законска регулатива не спречава жене да прекину трудноћу, чак ни на илегалан и небезбедан начин, и Комитет је окарактерисао је рестриктивне законе као повреду права на живот, здравље и приступ информацијама⁴¹⁵. Комитет за права детета је

⁴¹³ Док.11537 рев. 8. април 2008. „Приступ безбедном и легалном абортусу у Европи“, Извештај, Комисија за једнака права жена и мушкараца, Известилац: гђа Гизела Вурм, Аустрија, социјалистичка група <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc08/EDOC11537.pdf>.

⁴¹⁴ Види *X v. Norway*, appl. no.17004/90, Одлука Комисије од 19. маја 1992., ДР 73, стр. 155.

⁴¹⁵ Види CEDAW/C/CH1/CO/4, параграф 19.

такође исказао забринутост у погледу ограничења наметнутих девојкама⁴¹⁶, док је Комитет против мучења закључио да се такви закони морају поново анализирати, јер могу довести до повреда права да се не буде подвргнут нехуманом и нечовечном поступању⁴¹⁷. Комитет за људска права је закључио да с обзиром на равноправност између жена и мушкараца у свим областима, па и у области здравства, сви облици дискриминације у односу на доступност здравствених услуга морају бити елиминисани⁴¹⁸. Бивши извештач УН-а за право на здравље, Пол Хант, је истакао да у оквиру тог права, казнене мере против жена које траже прекид трудноће морају бити укинуте⁴¹⁹.

И у државама где је прекид трудноће криминализован, могу постојати посебни основи за изузеће од те одредбе. Најстрожи системи, где је прекид трудноће криминализован без изузетка, сем у случају да се спаси живот жене, постоје у релативно малом броју земаља. Уопште узев, када се кривични закон користи као средство којим држава регулише понашање и доношење одлука у вези са сексуалним и репродуктивним правима, држава уствари намеће своју вољу, чиме озбиљно угрожава слободе појединаца⁴²⁰. Међутим, постоје и друге законске препреке које у значајној мери отежавају, а често и чине прекид трудноће сасвим недоступним. Приговор савести је једна од препрека које омогућавају лекарском и другом здравственом особљу, укључујући и апотекаре, да одбију да пруже здравствену услугу, као што је прекид трудноће, да дају информације о одговарајућим поступцима, као и да упуте трудницу на установу која те услуге може да пружи⁴²¹. Остала правна ограничења подразумевају: законе који ограничавају финансирање абортуса из буџета⁴²²; обавезе саветовања и одређеног временског периода пре прекида трудноће; захтеве да прекид трудноће одобре најмање 2 лекара; сагласност супруга или родитеља⁴²³; обавезивање

⁴¹⁶ Види CRC/C/15/Add.107, параграф 30 ; CRC/C/CHL/CO/3, параграф 55 ; CRC/C/URY/CO/2, параграф 51.

⁴¹⁷ Види CAT/C/PER/CO/4, para 23; CAT/C/NIC/CO/1, para 16; CAT/C/CR/32/5, para 7.

⁴¹⁸ Види CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, параграфи 20, 28 и 31.

⁴¹⁹ Види E/CN.4/2004/49, para 30.

⁴²⁰ Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of health, A/66/254, стр. 5.

⁴²¹ L. Finer and J. Bueno de Mesquita, "Conscientious Objection : protecting Sexual and Reproductive Health Rights," Colchester, Essex, University of Essex, 2006.

⁴²² J.D. Brook and others, „The Hyde Amendment: A violation of human rights”, Ipas, 2009.

⁴²³ Guttmacher Institute, "Unsafe Abortion in Zambia", In Brief, series No. 3 (2009), стр. 1.

даваоца услуга да пријави случајеве када сумња да је дошло до илегалног прекида трудноће када жена затражи пост-наталну негу⁴²⁴.

Светска здравствена организација (СЗО) је потврдила да се жене одлучују да ли ће легално или илегално прекинути нежељену трудноћу⁴²⁵ у зависности од правних основа. С обзиром да правна ограничења углавном утичу на безбедност самог процеса прекида трудноће, број небезбедно извршених абортуса је већи у земљама где је на снази рестриктиван режим. Број таквих прекида трудноће директно зависи од закона који ту област регулишу, као и од степена њихове рестриктивности. На глобалном нивоу, скоро 13% смртности жена је последица небезбедно извршених прекида трудноће⁴²⁶. Милиони жена и девојака пате од краткорочних и дугорочних последица небезбедно изведених прекида трудноће – сепсе, повреда унутрашњих органа, инфекција, упала и коначно стерилности.

Услови под којима се врше небезбедни прекиди трудноће често обухватају: ограничен приступ информацијама, нарочито оних које се тичу приступа безбедном и легалном прекиду трудноће; прекид трудноће извршен непрофесионално и у нехигијенским условима или од стране медицинског особља, али ван здравствене установе; самостално извршени прекиди трудноће или конзумирање токсичних производа да би се изазвао прекид трудноће. Криминализација абортуса ствара и репродукује ове услове. У системима где је приступ либералнији, жене могу слободно да се обрате здравственој установи и траже услугу на коју имају право, која ће бити пружена под безбедним условима, и где ће имати приступ лековима који обезбеђују рани прекид трудноће.

Криминализација прекида трудноће представља директно мешање државе у сексуална и репродуктивна права, јер жени ограничава контролу над сопственим телом и потенцијално је излажу непотребним здравственим ризицима. Криминализација такође захтева од жена да наставе са одржавањем нежељене или непланиране трудноће и

⁴²⁴ P. Bonnefoy, "One woman's pregnancy rekindles questions about Chile's ban on all abortions", *GlobalPost*, 3 фебруара 2009.

⁴²⁵ WHO, „Unsafe Abortion: Global and Regional Estimates of the Incidence of Unsafe Abortion and Associated Mortality in 2008”, 6. издање, Женева, 2011, стр. 2.

⁴²⁶ Ibid.

обавезује је да роди и када то није њен избор. Међутим, државе су у обавези да осигурају женама несметан приступ свим здравственим услугама после извршеног прекида трудноће, без обзира да ли је он био законит или не.

Државе такође имају обавезу да заштите уживање права на здравље од мешања трећих лица и треба да предузму мере заштите од напада, злостављања или чак убиства оних који пружају те услуге, од стране приватних и других не-државних институција и појединаца који су често верски мотивисани. У земљама где је абортус забрањен, тешкоће проистичу и из недостатка законске регулативе у тој области јавног здравља, што директно утиче на број потенцијално небезбедних прекида трудноће јер, на пример, није могуће обучити медицинско особље да изврши прекид трудноће. Декриминализација прекида трудноће и увођење одговарајуће законске регулативе, као и пружање доступних и безбедних услуга прекида трудноће, је најсигурнији начин да се заштити право жена на здравље.

„До патње жене долази када она мора да изврши абортус илегално и у условима који често нису безбедни или када мора да оде у другу земљу да абортира, што све може довести до стреса и недовољне здравствене неге после прекида трудноће... На пример, приступ одређеним врстама лечења, као што је хемотерапија у лечењу рака, може у пракси да буде укинута због бриге по здравље фетуса”⁴²⁷.

Жене имају право на услуге у случају компликација, укључујући и оне које су последица небезбедно извршених прекида трудноће и побачаја. Таква заштита се мора пружити безусловно, чак и када постоји претња кривичном казном. Жена није обавезна да учествује у било каквом кривичном поступку који би из тога произашао, нити да доставља било какве информације или доказе везане за пружаоце услуга. Овде је од посебног значаја забрана инкриминације - закон не сме да захтева од медицинског особља да пријави жену полицији или судским органима због тражења здравствених услуга после извршеног прекида трудноће.

Апсолутна забрана прекида трудноће лишава жену права на процедуру која јој може, у неким случајевима, спасти живот. Чак и у случајевима када (иначе илегални) абортуси

⁴²⁷ P. D. Fenwick, *op. cit.* прво поглавље, стр. 2.

могу бити извршени безбедно и у хигијенским условима, они могу бити недоступни за неке од најугроженијих делова популације из финансијских разлога. Сиромашне и маргинализоване жене у тим случајевима најчешће прибегавају небезбедном прекиду трудноће. Када постоје изузеци у системима где је абортус криминализован, приступ информацијама у којим случајевима је он дозвољен (на пример, да се спасе живот жене) је често недоступан⁴²⁸. Жене не знају за те изузетке, јер стигма која је везана за абортусе спречава дискусију и даље ширење информација о том питању. Законске препреке доступности информацијама у вези са прекидом трудноће такође постоје, јер кривични закони често укључују одредбе које забрањују ширење тих информација.

Лош квалитет медицинских услуга је један од најозбиљнијих проблема прузрокованих криминализацијом абортуса. У тим случајевима, недостатак законског оквира за пружање медицинских услуга често значи да су прекиди трудноће извршени од стране неадекватно обученог особља, у нехигијенским условима како би се избегла примена закона⁴²⁹. Међутим, када је прекид трудноће извршен од стране квалификованог медицинског особља, под прописаним условима, абортус је један од безбеднијих медицинских захвата⁴³⁰. Дешавало се да је женама одбијано пружање законом дозвољених услуга везаних за њихова репродуктивна права, или им није пружена одговарајућа медицинска помоћ после илегално изведеног прекида трудноће. Као последица стигматизације абортуса, такође се дешавало да медицинско особље пружи нетачну информацију, као да на пример жена има право на само један законски прекид трудноће⁴³¹.

Нарочито су забрињавајуће далекосежне последице стигматизације која прати ову медицинску процедуру. На пример, медицинско особље често одбија обуку и даље усавршавање, што доводи до тога да они међу њима који реше да обављају прекиде трудноће то чине без адекватне обуке, што неспорно утиче на квалитет пружене услуге. Жене које не могу да изнесу трудноћу су често оптужене да је то последица

⁴²⁸ Center for Reproductive Rights, *In Harm's Way the impact of Kenya's restrictive abortion law*, 2010.

⁴²⁹ WHO, „Unsafe abortion: global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2008”, Geneva, стр. 7.

⁴³⁰ WHO, „Safe Abortion: Technical and Policy Guidance for Health Systems”, Geneva, 2003, стр. 14.

⁴³¹ P. Orner and others, „It hurts, but I don't have a choice, I'm not working and I'm sick': decisions and experiences regarding abortion of women living with HIV in Cape Town, South Africa”, *Culture, Health and Sexuality*, 6 June 2011.

ранијих прекида трудноће и то се не везује за неки други здравствени проблем. Дешава се и да жене, у страху од стигматизације, често не траже лекарску помоћ у случају компликација везаних за прекид трудноће. Међутим, не може се пренебрегнути ни утицај социјалних и културних фактора који индиректно утичу на то да стигматизација остане инхерентно везана за прекид трудноће. Признавање сексуалне и репродуктивне аутономије жена је у супротности за устаљеним социјалним нормама тамо где су жене подређене мушкарцима, и као таквима им није дозвољено да самостално доносе одлуке и располажу својим телом.

Криминализација прекида трудноће такође утиче и на ментално здравље жене⁴³². У потрази за прекидом трудноће, жене су често изложене притисцима, што је понекад водило до озбиљних здравствених проблема, укључујући и покушаје самоубиства⁴³³. У земљама где није дозвољен прекид трудноће која је последица силовања, жене које се нађу у таквој ситуацији су принуђене или да изнесу трудноћу до краја или да је илегално прекину. Било коју од опција да изаберу, оне живе у сталном страху од истраге, кривичног гоњења и могуће казне, што може да има озбиљних последица по њихово ментално здравље. Коначно, само жена сноси последице нежељене трудноће, како физичке, тако и менталне и изложене су здравственим ризицима којима мушкарци нису.

IV.1.6. Позитивне обавезе државе

На процену Суда у Стразбуру о потенцијалном мешању државе у позитивне обавезе прописане члановима Конвенције⁴³⁴, и оправдања за такво мешање према ставу 2 чланова 8-11 Конвенције⁴³⁵, може утицати позивање на „поље слободне процене“ државе.⁴³⁶ Суд је нагласио да мора да размотри да ли су мере „мешања“ које предузимају заиста релевантне и довољне, потврђујући релевантност поља слободне процене државе у вези са одређивањем почетка живота у смислу члана 2 у предмету Во

⁴³² WHO, „Mental Health Aspects of Women’s Reproductive Health”, Geneva, 2008., стр. 54.

⁴³³ Ibid, стр. 52.

⁴³⁴ Видети Abdulaziz, Kabales and Balkandali v. United Kingdom (A/94) (1985), параграф 67.

⁴³⁵ Handyside v. Uk, (A/24) (1976) 1 737, параграфи 48-9.

⁴³⁶ Ibid, параграфи 48-9.

против Француске⁴³⁷ и Иванс против Уједињеног Краљевства⁴³⁸.

Позитивне обавезе траже од држава не само да се уздрже од мешања, већ и да усвоје конкретне мере којима ће одређено право бити заштићено. Оправдање за увођење таквих обавеза, поменутих у предмету Тишјак против Пољске, јесте да Конвенција гарантује права која „нису теоретска нити имагинарна, него практична и ефикасна“.⁴³⁹

Када утврђује одређено право, „Суд може да одобри држави одређену меру слободне процене – одређено дискреционо право – која може да утиче на одлуку Суда да не интервенише⁴⁴⁰. „Стразбуршки суд може да одлучи да је боље, због специфичне културне или верске осетљивости предмета, да држава заузме одређени став, а не један европски, међународни суд, чиме се потврђује да држава није прекорачила меру слободне процене. Будући да је право на абортус осетљива тема, доктрина мере слободне процене има потенцијалну важност код утврђивања да ли је ово право поштовано или не”⁴⁴¹.

Што се тиче права на добијање и пружање информација о абортусу, теме која потпада под члан 10 Конвенције који регулише слободу изражавања, фетус је обухваћен термином „свако“ као у предмету Отворено саветовалиште и жене Даблина против Ирске. У овом спору, Суд је одбио да узме у разматрање да ли ограниченом употребом термина „свако“ може да се оправда заштита „права других“ (у овом случају нерођеног детета), као што је наведено у члану 10 (2). „Уживање ових слобода, будући да подразумева обавезе и одговорност, може да подлеже формалностима, условима, ограничењима или казним мерама које прописује закон и које су неопходне у демократском друштву... ради заштите здравља и морала, угледа или права других људи”.

Друго важно питање је доступност других услуга у вези са абортусом, највише могућности да се добију информације о абортусу. У спору Отворено саветовалиште

⁴³⁷ *Vo v. France*, appl. no. 53924/00, параграф 82.

⁴³⁸ *Evans v. UK*, appl. no. 6339/05, параграф 54.

⁴³⁹ *Ihan v. Turkey*, appl. no. 22277/93, параграф 91.

⁴⁴⁰ Види у *Harris, O' Boyle and Warbrick*, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2009, стр. 12 - 14.

⁴⁴¹ *P. D. Fenwick*, *op. cit.* прво поглавље, стр. 3.

против Ирске⁴⁴², слобода изражавања из члана 10 у вези са абортусом, превагнула је у односу на потенцијално легитимну забринутост државе у вези са заштитом живота нерођеног детета. Иако је намерно оставио отворену могућност да интереси који произилазе из члана 2 могу да наметну извесна ограничења у смислу пружања информација о абортусу, Суд у Стразбуру је недвосмислено уважио значај доступности таквих информација, те одлучио “да је држава дужна да се уздржи од потпуне забране о пружању таквих информација, пошто је то супротно члану 10 Европске конвенције”⁴⁴³.

Суд је недавно пресудио у корист слободе изражавања у вези са правом на репродукцију у Португалији (пре него што је слободнији режим био уведен 2007. године) у спору Жене на таласима и други против Португалије⁴⁴⁴. Организације за планирање породице из Холандије и Португалије имале су намеру да покрену дебату о абортусу у Португалији; изнајмљен је брод који је требало да плови до Португалије, на коме би људи могли да дискутују о декриминализацији абортуса и да кроз разне организоване активности сазнају више о планирању породице. Влада Португалије одговорила је на ову иницијативу забраном уласка брода у своје територијалне воде, забраном уведеном министарском уредбом, због наводне сумње да се на броду кријумчаре забрањени лекови; ратни брод послат је у сусрет изнајмљеном броду како би ова забрана била спроведена у дело.

Међутим, ни у предмету X против Норвешке, Суд није био решен да се усредреди на статус фетуса и да ли се право на живот гарантовано чланом 2 односи и на фетус или нерођено дете. Суд је приметио да „...члан 2 садржи два основна елемента: општу обавезу да се право на живот заштити законом, и забрану намерног лишења живота, која је ограничена низом изузетака.“

Суд је сматрао да прва реченица члана 2, став 1, обавезује државу-потписницу не само да се уздржи од намерног и незаконитог одузимања живота, већ и да предузме одговарајуће кораке да би заштитила живот особа које су у њеној надлежности. Ова

⁴⁴² Open Door Counselling and Open Door Counselling and Dublin Well Woman v. Ireland, appl. no. 14234/88

⁴⁴³ Ibid, параграф 77.

⁴⁴⁴ Women on Waves and Others v. Portugal, appl. no. 31276/05.

обавеза подразумева више од дужности да се заштити право на живот увођењем одредби кривичног законодавства у циљу спречавања вршења кривичног дела против неке особе, а уз помоћ апарата за спровођење закона који сузбија и кажњава кршење тих одредби. Она такође може да подразумева, у одређеним јасно дефинисаним околностима, позитивну обавезу власти да предузме превентивне оперативне мере како би заштитила појединца чији живот је у опасности.

У предмету X против Норвешке, занимљиво је да се Суд определио да се позове на релевантне домаће законе који дозвољавају абортус у првих дванаест недеља трудноће уколико постоји ризик по физичко или ментално здравље мајке. После тога, абортус се може извршити само ако би наставак трудноће или рођење детета довели живот жене у опасност или када би се утврдило да ће се родити дете са тако озбиљним деформитетима да би се тиме опет довео у опасност живот мајке.

Суд је одбацио првобитну примедбу државе у вези са грађанском парницом као ефикасним правним леком. И поред тога што није његова улога да указује на најбоље начине на које држава може да испуни своје позитивне обавезе⁴⁴⁵, Суд је констатовао да су законодавна тела многих држава-уговорница прописала услове за остваривање приступа законитом абортусу, и успоставила разне имплементационе и институционалне процедуре.⁴⁴⁶

Сматра се да члан 2 прописује одређене процесне обавезе у вези са отклањањем опасности по живот. „Позитивне обавезе [према члану 2] налажу државама да донесу прописе којима ће приморати болнице, приватне и државне, да усвоје одговарајуће мере у циљу заштите живота пацијената. Оне такође прописују успостављање независног система судства, како би могао да се утврди узрок смрти пацијената који су користили услуге медицинских стручњака, без обзира да ли се ради о приватном или државном сектору, и да би одговорни били изведени пред лице правде.”⁴⁴⁷ Ова обавеза могла би да проистекне у односу на ускраћивање абортуса као облика здравствене заштите, у случајевима у којима трудноћа представља ризик за живот или здравље

⁴⁴⁵ Airey v. Ireland, пресуда од 9. октобра 1977. године, параграф 26, Series A no. 32.

⁴⁴⁶ Tysiac v. Poland, appl. no. 5410/03, параграф 123.

⁴⁴⁷ Byrzykowski v. Poland, appl. no. 11562/05, параграфи 105 – 106.

мајке, укључујући и ризик од извршења самоубиства⁴⁴⁸. По аналогији, у контексту позитивних обавеза према члану 2, обавеза обезбеђивања доступне медицинске неге како би се заштитио живот, могла би да буде проширена тако да укључује и захтев државама да донесу прописе којима ће бити обухваћен и ризик по живот. Таква позитивна обавеза могла би да има форму захтева за усвајањем ефективног правног оквира за заштиту живота трудне жене за коју трудноћа представља животну опасност.”⁴⁴⁹

Суд уочава да појам „поштовање“ није јасно дефинисан, поготово у односу на позитивне обавезе: ако се узму у обзир различите праксе и ситуације са којима су се суочавале државе-уговорнице, захтеви који проистичу из овог појма варираће од случаја до случаја. Сама природа ситуације везане за одлуку о прекиду трудноће је таква да време постаје најважнији фактор. Адекватна процедура стога би требало да обезбеди да се такве одлуке донесу благовремено, како би се умањио или спречио ризик по здравље жене, што може бити случај ако се абортус врши у поодмаклој трудноћи.

Суд закључује да „власти нису поступиле у складу са позитивним обавезама да заштите ефективно право подносиоца представке на приватни живот, и да је дошло до повреде члана 8 Европске конвенције.”⁴⁵⁰

Држава-чланица има позитивну обавезу да створи процесни оквир којим ће трудној жени бити омогућено да искористи своје право на приступ легалном абортусу.⁴⁵¹

IV.1.7. Закључак

Генерално је прихваћено да Суд у Стразбуру до сада није пресудио ни у једном случају да је приступ абортусу дозвољен (или забрањен) по било ком члану Конвенције.

⁴⁴⁸ О мерама за спречавање губитка живота видети у *Tavares v. France*, appl. no. 16593/90.

⁴⁴⁹ P .D. Fenwick , op. cit., пето поглавље, стр. 25.

⁴⁵⁰ *Tysiac v. Poland*, appl. no. 5410/03.

⁴⁵¹ *Ibid*, параграфи 116 – 124.

„Европски суд за људска права још нема развијен правни механизам за признавање „права на приступ абортусу“, и не може се рећи да у потпуности сагледава последице које по заштиту људских права може да има пропуст да се заштити право жена на приступ свим облицима здравствене заштите, нити да у потпуности уважава потребу да право жене на избор у погледу репродукције у контексту трудноће и абортуса буде заштићено.”⁴⁵²

Процењује се да је стопа смртности мајки у источној Европи два пута већа него у западној Европи, а један од главних узрока смртог исхода је вршење абортуса у небезбедним условима. Разлози за овако високе бројке леже у недостатку приступа информацијама, образовања и услуга, као и у рестриктивним законима о абортусу. Тако је у Молдавији током 2003. године узрок 50% смртних случајева мајки био небезбедно обављен абортус. У Украјини, у 1998. години, узрок 35% смртних случајева мајки био је небезбедно обављен абортус, мада је овај проценат пао на 23% у 2002. години. У целој Европи, број небезбедно обављених абортуса варира од 500 000 до 800 000 на годишњем нивоу.⁴⁵³ Известилац је нагласио да, према Акционом плану Међународне конференције о становништву и развоју (ICPD)⁴⁵⁴, „у случајевима када није санкционисан законом, абортус треба да буде безбедно обављен.”⁴⁵⁵

Пошто велики број земаља дозвољава абортус по захтеву, може се рећи да право на абортус постаје генерално признато у Европи, уз неколико изузетака⁴⁵⁶.

Занимљиво је да се скорашњи предмети којима се бавио Европски суд за људска права у вези са абортусом или правом нерођеног детета често заснивају на наводној повреди чланова 3, 8, 10 или других чланова, а не на повреди члана 2, којим се штити право на живот.⁴⁵⁷ У тужбама се истиче патња мајке, а не статус фетуса. Међутим, иако држава има широко поље слободне процене у овој области, она ипак мора да пронађе

⁴⁵² Ibid, прво поглавље, стр. 6.

⁴⁵³ Entre Nous, WHO/UNFPA, Абортус у Европи, издање бр. 59 (2005), стр. 5.

⁴⁵⁴ ICPD, став 8.25.

⁴⁵⁵ Doc. 11992, 5. август 2009, “Петнаест година од Акционог плана Међународне Конференције о становништву и развоју”, Извештај Комитета за друштвена, здравствена и породична питања, Известилац: Гђица Кристи Мак Каферти, Уједињено Краљевство, социјалистичка група.
<http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc09/EDOC11992.pdf>

⁴⁵⁶ Tysiac v. Poland, appl. no. 5410/03.

⁴⁵⁷ Видети поглавље V овог рада.

равнотежу између интереса мајке и њеног права на живот, и интереса морала. Чини се да подносиоци представки имају више изгледа да докажу повреду чланова 3 и 8, него члана 2.

Концептуализација права на репродукцију, које не постоји у Европској конвенцији, прилично је чврсто укореењена у најновијим трендовима у области међународног права људских права.

„Јасно је да је пресуда донета у предмету Тишјак значајна, јер је први пут одлучено да регулатива која се односи на централно питање вршења абортуса (доступност) није у складу са чланом 8 Конвенције. Став Стразбура у вези са ослањањем на поље слободне процене у овом питању иде у прилог идеји о све већем признавању права на приступ абортусу, пошто Стразбур није желео да одлучује да ли статус фетуса спада у члан 2, али је зато одлучио – барем процедурално – да статус фетуса спада у члан 8. То у пракси значи да је све мање дискреционо право државе по Европској конвенцији у овом погледу.”⁴⁵⁸

Питање абортуса може да се доведе у везу са питањем националног суверенитета, поготово у случају Ирске, која својим уставом штити фетус⁴⁵⁹ и која је, заједно са Малтом, успела да се избори за посебне изузетке за свој режим у праву Европске уније.⁴⁶⁰ Поставља се питање да ли би земље као Пољска и Ирска уопште приступиле Европској конвенцији о људским правима да су предвиделе да би Европски суд у својим одлукама могао имплицитно, или експлицитно, да предвиди „право на абортус“.

Постоје коментатори који су критиковали Суд у Стразбуру због недостатка слуха за најтеже облике родне дискриминације у контексту репродукције.⁴⁶¹ У том погледу, Европска конвенција је у раскораку са међународним правом људских права које све више концептуализује облике рестриктивних регулатива због којих доступност здравствене заштите женама поприма све израженије облике дискриминације, и

⁴⁵⁸ P.D. Fenwick, *op. cit.*, друго поглавље, стр. 18, 19.

⁴⁵⁹ Члан 40.3.3 ирског устава. Видети у R. Lawson, „The Irish Abortion Cases: European Limits to National Sovereignty?”, *European Journal of Human Rights*, 1994 1, 167, стр. 177-80.

⁴⁶⁰ Протокол бр.17 додат Уговору о Европској унији. Малта је на сличан начин увела изузетак: Протокол 3 Уговору о Приступању 2003.

⁴⁶¹ Види, нпр, И. Радачић, „Gender Equality Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *The European Journal of International Law*, vol 19, no. 4, 2008, стр. 856-7.

ограничава пуно учешће жена у друштвеним, политичким и економским активностима.⁴⁶²

„Очекује се да Стразбур у потпуности одбаци свој неодређени процесни приступ⁴⁶³ и да донесе одлуку, као што је учињено у предмету Роу против Вејда, да приступ абортусу мора да буде омогућен у државама у којима је сада забрањен по закону или у пракси. Механизми Европске конвенције могу у много већој мери да пруже заштиту женама.“⁴⁶⁴

Као што је приметио судија Борега-Борега у случају Тишјак против Пољске: „Није ствар Суда у овом предмету да преиспитује да ли Конвенција гарантује право на абортус.“

Иако у Европи још увек нема консензуса о правној дефиницији почетка живота, као ни о природи и статусу ембриона и/или фетуса, они полако добијају неку врсту заштите у истраживањима о генетском инжењерингу, вештачкој оплодњи и експериментима на ембриону. Нерођено дете се не сматра особом директно заштићеном чланом 2, и оно је имплицитно ограничено мајчиним правима и интересима.

Слажем се са ауторима који сматрају да би друштва која се суочавају са великим бројем абортуса требало, не доводећи у питање либералне законе о абортусу, да предузимају различите акције у циљу промоције употребе модерне контрацепције.⁴⁶⁵

Нажалост, културна и верска уверења једне средине могу довести до тога да појединац у разним европским државама ужива различит степен заштите.

⁴⁶² R. Cook and E. Howard, „Accommodating Women’s Differences under the Women’s Anti – Discrimination Convention,” 2007.

⁴⁶³ Видети генерално у вези са Пољском у М. Dembour and M. Krzyzanowska-Mierzevska „Ten years on the voluminous and interesting Polish case law” European Human Rights Law Review, (2004) 5, нарочито стр. 528-9 и 543.

⁴⁶⁴ P. D. Fenwick, *op. cit.*, шесто поглавље, стр. 1-3.

⁴⁶⁵ М. Рашевић, „Зашто је идеја о рестрикцији абортуса погрешна”, Правни живот, бр. 10/2008, том II, Београд, стр. 368.

IV.2. Еутаназија

IV.2.1. Увод

Пре него што се упустимо у расправу о правној сложености еутаназије, и то у оквиру „права на живот“ у националним, европским и међународним људским правима и кривичном праву, морају се прво сагледати опсежне расправе, ставови и реторика који постоје у вези са овим питањем. Да би се овај термин дефинисао, прво му треба разумети значење, како у правном, тако и у етимолошком смислу.

Реч еутаназија настала је у грчком језику, у XVII веку. Од префикса *eu*, у значењу „добро“ и речи *thanatos*, „смрт“ (у слободном преводу, лака или добра смрт). Оксфордски речник енглеског језика дефинише еутаназију као „безболно“ убијање пацијента који болује од неизлечиве и изузетно тешке болести, или који је неповратно пао у кому. Према томе, ако се узме изведеница из грчког, ова реч буквално значи „добра смрт“ - што је дефиниција коју многи сматрају етички неисправном.

У медицинском контексту, реч еутаназија први је употребио Франсис Бејкон у XVII-ом веку, да опише лаку, срећну смрт, где је „лекар одговоран да ублажи телесне патње.⁴⁶⁶ Појам патње тако је доведен у везу са еутаназијом. Ова дефиниција може да обухвата и убиство особе која болује од неизлечиве болести ради личне добити (као што је право на наследство), а стручњаци, попут Тома Бошама и Арнолда Дејвидсона⁴⁶⁷, тврде да такав чин спада у убиство *simpliciter*, а не у еутаназију.

Колико је познато, овај термин је, у значењу „чин изазивања благе и лаке смрти“, први пут употребио британски историчар морала В.Е.Х. Леки (W.E.H. Lecky) 1869. године.⁴⁶⁸ Многи филозофи из ранијих периода, како хришћански, тако и пагански,

⁴⁶⁶ Други приступ би био да се појам 'патње' инкорпорира у дефиницију понуђену у Oxford English Dictionary где је патња нужни предуслов за еутаназију; овај приступ може се сагледати и у оквиру других дефиниција, нпр. дефиниције Марвина Кола и Пола Керца (Marvin Khol and Paul Kurtz) „начин или чин изазивања или допуштања безболне смрти ради ослобађања особе од бола и патње“.

⁴⁶⁷ Beauchamp, T. and Davidson, A.: "The Definition of Euthanasia", *Journal of Medicine and Philosophy* 4 (3) 1979, 294–312.

⁴⁶⁸ William Edward Hartpole Lecky (1838-1903), ирски историчар који је објавио дело „A History of European Morals from August to Charlemagne“ (2 тома, 1869).

укључујући Платона у делу „Држава“⁴⁶⁹ и Томаса Мора у „Утопији“⁴⁷⁰, били су заговорници окончања живота оних који болују од неизлечивих болести или болести због којих трпе неподношљиве болове.

У зависности од процедуре, ситуације и особа које извршавају или помажу при извршењу овог чина, еутаназија се дели на активну, где се медицинска терапија даје искључиво са намером да се нечији живот одмах оконча, и на пасивну еутаназију, која подразумева да се особи укида лечење којим се она одржава у животу, што после извесног времена доводи до њене смрти.

Када лекар обезбеђује терапију којом ће се особа лишити живота, а та особа сама узме то средство, ради се о самоубиству уз помоћ лекара, а у случају да лекар, на захтев пацијента да му скрати муке, примени на пацијенту поступак или му да средство којим ће га лишити живота, реч је о потпомогнутом самоубиству.

Еутаназија се може класификовати и на основу степена датог пристанка: тако имамо добровољну еутаназију, када сам пацијент одлучи, у погледу места, ситуације, начина и времена смрти, нпр. тако што лекар, на захтев пацијента му убризга смртоносну инјекцију, што је законито у Белгији и Холандији ако се ради о пацијентима који су на самрти или болују од неизлечиве болести.

Када је пацијент ментално или физички неспособан да донесе одлуку, нпр. ако болује од акутне менталне болести или се налази у „дуготрајном вегетативном стању“, ради се о недобровољној еутаназији⁴⁷¹.

Најзад, у посебној врсти недобровољне еутаназије, лекар окончава патње пацијента тако што му даје врло јака средства, а да пацијент није изразио жељу да умре (иако је ова мера незаконита, често се примењује из самилости и то врло дискретно).⁴⁷²

⁴⁶⁹ (3:405ff)

⁴⁷⁰ (2:7)

⁴⁷¹ Овде спада и тзв. нео-натална еутаназија.

⁴⁷² За детаљан приказ разних врста еутаназије видети у В. Клајн-Татић, „Лекарева помоћ неизлечиво болесном пацијенту – етички и правни проблеми”, Институт друштвених Наука, Центар за правна истраживања, Београд, 2002.

Терминална седација је још један поступак који се често примењује и опште је прихваћен као законит и моралан. У овом случају, лекар даје пацијенту, на његов захтев, лекове који изазивају стање дубоког сна, које на крају доводи до смрти пацијента услед тешке болести од које болује или глади/дехидрације. Када је реч о саосећању и забринутости због патњи кроз које нека особа пролази, треба споменути и категорију убиства из милосрђа⁴⁷³, које често не подразумева и пристанак особе да буде лишена живота, зато што се верује да се чин лишавања живота спроводи из милосрђа, јер је особа толико тешко болесна да не може сама себи да одузме живот. Овај чин је противзаконит у скоро свим земљама, јер искључује фактор пристанка особе која је на овај начин лишена живота.⁴⁷⁴

У правном смислу, еутаназија подразумева намерно окончање живота од стране другог, а на изричит захтев особе која жели да умре. Док се активна еутаназија изједначава са убиством или убиством из нехата у многим законима и повлачи исте казнене мере, пасивна еутаназија, под одређеним околностима, може да буде дозвољена законом.

Модерна дефиниција еутаназије је да је реч о „намерном убијању неке особе ради њеног сопственог добра“, при чему прекидање њене патње представља добро и у корист особе која се лишава живота. Са моралне, медицинске, правне и друштвене тачке гледишта, остаје нерешено питање ко одлучује о томе шта је за некога добро и корисно.

У том контексту значајна је дефиниција коју су дали Омоније, Бењије и Летелије (Aumonier, Beignier, Letellier)⁴⁷⁵, јер уводи много директнији „критеријум савести“: „еутаназија је чин или одсуство чина који за главни циљ има лишавање пацијента живота како би се скратило његово/њено мучење.“

Еутаназија, која означава намерно окончање нечијег живота, у супротности је са многим етичким, моралним, верским и правним принципима. Већина филозофских

⁴⁷³ Термин 'убиство из милосрђа' потиче од средњовековног термина *misericordia*, који је означавао бодж у облику распећа који се користио да се њиме убоде тешко рањени саборац и тиме му се скрате муке.

⁴⁷⁴ Ове и друге дефиниције у вези са 'правом на смрт' могу се наћи у књизи „The Good Euthanasia Guide“, коју је написао Derek Humphry, а доступна је на www.finalexit.org/ergo-store.

⁴⁷⁵ Aumonier N., Beignier B., Letellier P., „L'euthanasie“, Presses universitaires de France, Paris, 2001, стр. 51.

ставова, друштвених норми и система веровања обликована је историјским догађајима и ирационалношћу верских убеђења, попут јудео-хришћанске светости живота. Први пут се ова реч јавља код историчара Светонија који, описујући смрт императора Августа, пише: „док је умирао брзо и без бола на рукама своје жене, Ливије, искусио је 'еутаназију' како је и желео“.

Историчар Н.Д.А Кемп (N. D. A. Kemp)⁴⁷⁶ смешта почетак дебате о еутаназији у 1870. годину, иако расправе на ову тему, као и примена у пракси, датирају још из античке Грчке и Рима. Подржавали су је Сократ, Платон и Сенека старији, мада се не може са сигурношћу тврдити да је Хипократ имао на уму еутаназију када је написао: „нећу преписати смртоносни лек да бих некога задовољио, нити ћу давати савете који могу довести до нечије смрти”(Хипократова заклетва).

Наставник Семјуел Вилијемс (Samuel Williams) започео је савремену дебату о еутаназији када је 1870. године одржао говор који је касније објављен у једнократном издању једног часописа, под насловом Есеји Филозофског клуба у Бирмингему⁴⁷⁷, који је садржавао текстове чланова овог аматерског филозофског друштва. Вилијемс је предлагао да треба користити хлороформ како би се прекратиле муке смртно болесних пацијената:

„У случају неизлечиве и тешке болести, и ако пацијент то жели, требало би да буде дужност лекара да да пацијенту хлороформ или неки други анестетик који може бити и јачи од хлороформа – да би одмах изгубио свест, и умро брзо и безболно; при том треба спровести све мере опреза да се спречи могућа злоупотреба ове дужности; и установити начине којима би се обезбедило, ван сваке сумње, да је средство употребљено на изричит захтев пацијента.“⁴⁷⁸

Лајонел Толемак (Lionel Tollemache) писао је у прилог еутаназији, као и Ани Бесант (Annie Besant), есејисткиња и реформаторка, која је сматрала да је дужност друштва да дозволи да „неко умре добровољно и безболно“ ако досегне тачку да је постао терет за

⁴⁷⁶ N.D.A. Kemp: "Merciful Release: The History of British Euthanasia Movement", Manchester University Press, 2002.

⁴⁷⁷ Ibid.

⁴⁷⁸ S. Williams, „Euthanasia”, Williams and Northgate, London, 1872.

то исто друштво⁴⁷⁹. У то време, лекари нису учествовали у дискусији која се углавном водила у филозофским круговима и била је нераскидиво повезана са премисама хришћанске доктрине о људском животу као светињи.

Први обриси савремених закона који регулишу ову област у Уједињеном Краљевству називају се у јануару 1936. године, када је краљу Џорџу Петом, који је боловао од кардио-респираторних проблема, убризгана смртоносна доза морфијума и кокаина како би се убрзала смрт, и то по одлуци његовог лекара, лорда Досона.⁴⁸⁰ Иако је овај догађај скриван више од 50 година, он се временски поклапао са предлогом закона о легализацији еутаназије у Горњем дому британског парламента.

Два угледна немачка научника, Карл Биндинг (Karl Binding), професор права, и Алфред Хохе (Alfred Hoche), лекар, написала су 1920. године дело „Дозвола да се прекине живот који више није вредан живљења“ (Permission to Destroy Life Unworthy of Life), у коме су заговарали еутаназију као „метод лечења“ из самилости. Биндинг предвиђа законску институционализацију установљавањем правно-лекарске установе која ће одлучивати о смрти, док Хох сматра да лекар има само релативну дужност да одржава живот под свим околностима.⁴⁸¹

У Француској, Мишел де Монтен (Michel de Montaigne) био је први који је у шеснаестом веку у својим радовима писао да еутаназија није 'људско право' него 'лични избор', и да она јесте рационална опција у одређеним околностима. Еутаназија се спомиње и у Дидроовој и Даламберовој Енциклопедији (1765)⁴⁸².

Упоредо са напретком у медицини и технологији, и њиховим огромним утицајем на продужетак људског века, те смањење бола и патње, проширена је и улога лекара у завршној фази живота пацијената. Могло би се тврдити да су и еутаназија и

⁴⁷⁹ Сократ је изнео слично гледиште о племенитости као врлини у својим етичким теоријама.

⁴⁸⁰ J. Lelyveld, „Тајна је откривена: лекар је убрзао смрт Џорџа Петог“, New York Times, 28. новембар 1986. године.

⁴⁸¹ В. Оташевић, С. Пејаковић, „Медицинска етика и деонтологија“, Просвета, Ниш, 2001, стр. 40.

⁴⁸² Есејиста и филозоф Дени Дидро (Denis Diderot) био је један од покретача и тумача Доба просветитељства. Овај покрет из 18. века заснивао се на уверењу да исправно размишљање, рационализам, може довести до правог знања и повести човечанство у напредак и срећу. Био је главни уредник свог капиталног дела, Енциклопедије, коју је саставио са Жан Ронд Даламбером (Jean le Rond d'Alembert): Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, Vol. 10, стр. 717.

самоубиство уз помоћ другог заправо самоубиство, с тим што је у првом случају лекар такође и инструмент - manus ministra – док је у другом случају саучесник.

Разматрање концепта „slippery slope” (тзв. „клизавог терена“), којег често спомињу доносиоци закона и лобисти, од суштинског је значаја за дискурс о моралности.⁴⁸³ Ради се о принципу према којем док има живота, има и наде. Нагласак је на томе да, иако у неким случајевима еутаназија може бити морално оправдана, формално пристајање на овакву праксу вероватно би довело до злоупотребе, односно, ако би друштво у почетку и дозволило еутаназију у одређеним случајевима, касније би се та пракса могла проширити и на случајеве недобровољне еутаназије. Правна машинерија која је првобитно направљена да би убијала оне који су сами себи проблем може једног дана да буде примењена и на оне који су другима проблем.

Други елемент који изазива забринутост јесте могућност да допуштање неких облика неонаталне еутаназије директно доведе до слабљења моралног ткива друштва и све мањег поштовања људског живота. Концепт „клизавог терена” коришћен је у многим судским пресудама и од стране лобија који се залажу за забрану еутаназије, а посебан повод за страх дали су извештаји о примени неонаталне еутаназије у случајевима деце рођене са тешким телесним манама у Холандији⁴⁸⁴, као и језива пракса селективног геноцида (еугеника) коју су спроводили нацисти.⁴⁸⁵

„Излишност увођења легитимног убијања у морални кодекс (у форми правила за вршење активне еутаназије) може, на дуже стазе, да превагне у односу на сврсисходност, као последица правила кодекса која налажу да се људски живот мора

⁴⁸³ Види J.D. Arns: "The right to die on the slippery slope", *Social Theory and Practice* 8, 1982, стр. 285-328, обратити пажњу на аргументе обе стране по овом питању.

⁴⁸⁴ Здравствени центар универзитета у Гронингену објавио је 2004. године „Гронинген протокол“, упутства за поступање у случајевима лишавања живота новорођенчади, којих се болница придржавала приликом лишавања живота 22 новорођенчади са деформитетима између 1997. и 2004. године. Види такође у Verhagen, A.A.; Sol, J.J.; Brouwer, O.F.; Sauer, P.J.: "Deliberate termination of life in newborns in The Netherlands; review of all 22 reported cases between 1997 and 2004", (2005), *Ned Tijdschr Geneesk* 149 (4) стр. 183–8.

⁴⁸⁵ Aktion T4: Шифра коју су нацисти користили за програм убијања хендикепираних особа; скраћеница за Tiergartenstrasse 4: адресу здравствене службе нацистичких власти у Берлину; општа употреба еифемизама и шифара, нпр. живот који није вредан живљења (lebensunwertes Leben); посебан третман (Sonderbehandlung); премештање (Umsiedlung, Aussiedlung).

поштовати ... правила која дозвољавају убијање могу доведу до тога да се људски живот све мање поштује.“⁴⁸⁶

Чини се да се проблеми везани за еутаназију мере принципима „етичности” и „нетичности”, а никада етичком индиферентношћу. Утилитаристи би прибегли упоређивању односа између количине задовољства и боли коју сваки од два могућа пута доноси, користећи се при том Бенетовим Прорачуном нивоа задовољства (Bentham's Hedonic Calculus)⁴⁸⁷, и определили се за еутаназију ако је интензитет бола већи од задовољства. Мил би пошао од свог уверења о „суверености сваког појединца“⁴⁸⁸. Што се тиче Кантове етичке теорије, на основу његовог поимања доброг и лошег, односно исправног и неисправног, не може се са тачношћу утврдити какав би био његов став о еутаназији. Теолошко учење о природном праву⁴⁸⁹ негује веровање у моралне апсолуте и исходе који из њих проистичу, те би, према томе, еутаназија сигурно била сматрана погрешном у свим околностима. Управо ту долази до примене принципа „двоструког ефекта“, који је често предмет правне и медицинске етике. Према овом принципу, олакшавање бола и патње пацијента давањем одређених лекова, често може да доведе до секундарног исхода, односно смрти пацијента. Ситуациона етика је прагматична, а у основи јој је концепт релативизма, при чему се правила и закони игноришу, и гледа се само шта је најбоље за наше најближе у датом тренутку.⁴⁹⁰ Етика врлине произилази из Аристотеловог веровања у постизање

⁴⁸⁶ Beauchamp T., „ A reply to Rachels on active and passive euthanasia,” Beauchamp T, Perlin S, eds. “Ethical issues in death and dying”, Prentice-Hall, New Jersey, 1978, стр. 253.

⁴⁸⁷ Ова врста анализе трошкова и добити често се назива утилитарном калкулацијом, а њени творци су Цереми Бенет (1748-1832) и Џон Стјуарт Мил (1806-1873). У овом случају, приликом процене да ли некоме треба помоћи да умре или не, Бенет би узео у обзир интензитет бола и његово трајање. На колики број људи то директно утиче (домет), да ли би одржавање некога у животу донело друга задовољства (богатство). Сабрао би количину других 'патњи' којима би пацијент био изложен, Бол је непосредан, а могуће користи у будућности су удаљене. нпр. губитак достојанства (чистота) и изгледе да ће се можда за болест наћи лека у будућности (извесност).

⁴⁸⁸ „Ако никоме не наносим штету, могу да радим шта хоћу.” Мил, међутим прави разлику између нижих и виших задовољстава у предмету Томаса Хајда, и закључује да неспособност ума који више не функционише да ужива у животу даје мало разлога за наставак таквог живота. Лорд Бејкер је дао ову грубу, али човечну изјаву: „Ради се о ароганцији здравог човека када мисли да је неко ко је везан за инвалидска колица не може да ужива у животу.“

⁴⁸⁹ Природно право руководи се моралним апсолутима – секундарним правилима која не смеју бити прекршени без обзира на ситуацију. Циљ никада не оправдава средство, те никаква количина патње не може да оправда зло дело (чини добро, избегавај зло). Један од основних принципа је заштитити и сачувати невинне. Стога је секундарни принцип и апсолутно морално начело да се невин човек не сме убити. Чини се да је еутаназија увек погрешна. Не може се наћи оправдање ни за потпомогнуто самоубиство, јер би по истом принципу самоубиство било незаконито.

⁴⁹⁰ “Ситуационисте” може да брине и то што закон који дозвољава еутаназију може да врши притисак и на оне који не желе да умру. Могли би да тврде како је потребно увести чврсте гаранције против злоупотребе еутаназије. Међутим, они ће вероватно заговарати допуштање еутаназије. Ситуациони етичари би рекли да, чак и ако еутаназија није законом дозвољена, треба прекршити правила и помоћи некоме да умре.

'еудемоније'⁴⁹¹ – среће која проистиче из савршено уравнотеженог живота, а уколико те равнотеже нема, особа има право да пожели да оконча живот; Аристотел је подржавао и, по њему, племенити чин лишења неке особе живота за веће добро шире заједнице.⁴⁹²

Већина светских религија и система веровања забрањују самоубиство и потпомогнуто самоубиство, придржавајући се принципа светости људског живота. У неким религијама не постоји став о овом питању, а има и оних који еутаназију дозвољавају под одређеним околностима. Римокатоличка црква оштро се противи еутаназији и изједначава је са убиством. У делу 'Људски живот је светиња' (Humanae Vitae) из 1968. године, записано је следеће:

"2280: свако је одговоран за свој живот пред Богом који му га је и дао. Бог је неприкосновени господар живота. Дужни смо да живот прихватимо са захвалношћу и да га сачувамо Њему у славу и за спасење наших душа. Ми смо корисници, не власници, живота који нам је Бог дао. Није на нама да га прекинемо.“

Пета Божија заповест у Старом завету гласи: „Не убиј.“

Када је ризик од смрти сразмеран олакшању бола, а намера је да се олакшају патње пацијента, католичка црква подржава давање лекова за умањење бола, који могу да доведу и до смртног исхода.

Англиканска (протестантска) црква такође сматра људски живот светињом, али мисли да није увек исправно продужавати некоме живот без претходне процене квалитета његовог/њеног живота, док православна црква у потпуности одбацује еутаназију и сматра је убиством „чак и када је увијена у рухо 'достојанствене смрти.“⁴⁹³ Куран

⁴⁹¹ Еудемонија се бави врлинама.

⁴⁹² Могло би се тврдити да сада кад људи живе дуже и преживљавају болести које раније не би преживели, можда има велике финансијске користи за друштво ако би се они који су непродуктивни убијали путем еутаназије. Међутим, то није у складу са Аристотеловим врлинама попут стрпљења, скромности, смирености, итд.

⁴⁹³ "A Right to Die?" уводник објављен у Orthodox Observer, националном листу Грчке православне цркве Copyright © 2001-2012, OrthodoxyToday.org., као реакција на случајеве Глуксберг и Кинлан из 1996. године. Уз то, „Етика православног хришћанства,“ пише православни теолог Стенли Харакас, „одбацује еутаназију; сматра је посебном врстом убиства ако је извршена без знања и одобрења пацијента, а самоубиством ако је затражи пацијент.“ Stanley Harakas, "Living the Faith", Light and Life Publ. Co., 1993, стр. 25.

изричито забрањује убиство и еутаназију⁴⁹⁴. У хиндуизму, за разлику од западне филозофије исправног и погрешног, нагласак је на последицама наших дела која производе Карму (што посејеш, ти ћеш и пожњети) и на Дарму (дужности и обавезе). Постоје одређене праксе, попут Прауоравеса (самоизгладњивање до смрти) које практикују старије аскете, под одређеним условима и по строгим правилима одређене заједнице.⁴⁹⁵

Први пример еутаназије у јудаизму наводи се још у Библији:

„А једна жена узео камен са врха гомиле, баци га на Абимелекову главу и разби му лобању. А он позва свог штитоношу и рече му: „Извучи мач и убиј ме, да не кажу други мушкарци, „Уби га једна жена.“ И младић исукао мач и прободео га, и он умре.”⁴⁹⁶

Јеврејски еквивалент еутаназије, *mitah yafah* (пријатна смрт), јавља се неколико пута у Талмуду, али се своди на дужност да се минимизирају муке осуђеника на смрт пре погубљења.⁴⁹⁷ У познатије случајеве спада онај на почетку Друге књиге Самуилове, када краљ Давид наређује погубљење војника који је послушао наредбу смртно рањеног краља Саула да га убије, чиме је војников поступак изједначио са убиством.

Еутаназија је изузетно сложена тема, где са једне стране имамо улогу модерних влада, а са друге права грађана, што доводи до многих питања које је тешко разрешити. И док је централна премиса оних који се залажу за легализацију еутаназије право појединца, ако трпи неподношљив бол, да изабере достојанствену смрт, као и време, место и начин на који ће окончати живот, противници еутаназије сматрају да ће власти, ако на

⁴⁹⁴ „Пророк је рекао: „Беше један човек у народу који је био рањен. Постаде нестрпљив (због бола), узео нож и одсече себи руку, али крв не престаде и он умре. Алах је рекао: „Роб мој пожури да себи одузме живот, и зато му забраних да уђе у рај.“ Sahih Bukhari 4.56.669.

⁴⁹⁵ Хиндуистичка традиција објашњава под којим условима може да се спроведе прауоравеса, а којој може да се подвргне онај који више није везан за земаљске ствари:

-Немоћ да човек сам спроводи прочишћење тела;

-Смрт изгледа неминувна или је стање човека тако лоше да више нема никаквих животних задовољстава;

-Одлука је јавно донета;

-Чин се обавља по правилима заједнице.

⁴⁹⁶ Књига о судијама, 9:53-54.

⁴⁹⁷ Sanh. 45a.

то пристану, а иначе имају правну обавезу да штите право на живот, de facto прекршити то право.

Заштита и очување живота у оквиру права на живот, уопштено говорећи рефлектују став о животу као светињи.

Амерички експерт, Џорџ Флечер (George P. Fletcher), професор права на Универзитету Калифорнија, износи следеће у својој књизи „Рedefинисање кривичног права“ (1987):

„...убијање другог људског бића је „наношење штете посебне врсте“ – оно није само напад на правно добро, већ је – према нашим хришћанским, или да будемо још прецизнији, јудео-хришћанским схватањима – кршење природних, штавише светих начела.“

Други амерички аутор, Кадиш (Kadisch), пише да је „живот неопходан да би се могло уживати у свим другим добрима“, и стога има „највећу секуларну вредност.“⁴⁹⁸

У недостатку јасних смерница, држао сам се одређених премиса и тумачења Европске конвенције о људским правима како бих испитао ову проблематику. Подносиоци представки који траже дозволу за потпомогнуто самоубиство све чешће се позивају на члан 8 Европске конвенције (право на поштовање приватног живота). Разлог томе је можда нешто 'мекша' терминологија у члану 8 који говори о 'поштовању', у поређењу са 'апсолутним правом' које се спомиње у другим правима заштићеним Конвенцијом.

IV.2.2. Упоредно право

Иако је у малом броју предмета који су у овој области вођени пред националним судовима, или на Европском суду за људска права у Стразбуру, критикован пропуст државе да заштити људска права појединаца или да спречи њихово кршење тиме што није дозволила потпомогнуто самоубиство⁴⁹⁹ или није ослободила помагача у

⁴⁹⁸ H. Kadish: “Respect for Life and Regard for Rights in Criminal Law“, California Law Review, July 1976, Vol. 64, No. 4, стр. 871-901.

⁴⁹⁹ Врховни суд САД донео је две врло значајне пресуде у вези са потпомогнутим самоубиством. У предмету Вашингтон против Глуксберга (Washington v. Glucksberg,) 521 U.S. 702, 117 S.Ct. 2258, 138 L.Ed.2d 772, 65 (1997), три смртно болесна пацијента, четири лекара и једна неваљана организација тужили су државу Вашингтон за кршење права на правично суђење због пресуде којом се забрањује потпомогнуто самоубиство. Врховни суд је, 26.

самоубиству од кривичног гоњења, још увек не постоји адекватан и свеобухватан преседан који би одредио будућу судску праксу. Стога не изненађује чињеница да је самоубиство уз помоћ лекара, где лекар помаже пацијенту да оконча живот по сопственој жељи (и под строго прописаним условима и критеријумима), легално једино у Белгији, Швајцарској, Холандији, Луксембургу, Колумбији, Албанији и у три америчке државе: Орегону, Монтани и Вашингтону.

Закони о потпомогнутом самоубиству разликују се од земље до земље, јасни су у неким од њих, нејасни у другима, а у многим земљама и не постоје. То што помагање некоме да изврши самоубиство није јасно дефинисано у кривичном закону, не значи да ово дело не подлеже кривичној одговорности. У већини земаља, еутаназија, ако се под њом подразумева „потпомогнуто самоубиство“, јесте кривично дело које се изједначава са убиством или убиством из нехата (са изузетком горепоменутих држава). Због великих могућности злоупотребе, и врло различитих медицинских и правних услова, гаранције да се обезбеди правилно спровођење процеса подразумевају вођење документације и лекарских налаза, у које уопштено говорећи спадају:

- индиректна документација – где се бележи које дозе и којих лекова су дате пацијенту, и шта није урађено у датом тренутку у току боравка пацијента у болници;

- директна документација – где се бележи које дозе лекова су давале пацијенту и из којих разлога.

Поред тога, подстиче се да жеља пацијента за живота (codicil) буде у форми унапред датих инструкција (advance directives) што се користи као дефинитивни доказ да је пацијент дао пристанак, а тиме се помагач у самоубиству и самоубица штите од било какве злоупотребе и кривичне одговорности.

Различити начини извршења самоубиства уз помоћ лекара особа на самрти и/или потпомогнутог самоубиства смртно оболелог пацијента који је свестан, дозвољене су у

јуна 1997. године, једногласно подржао право држава да забране потпомогнуто самоубиство, закључивши да: (1) право на помоћ у вршењу самоубиства не спада у основна права и слободе које штити право на правично суђење, и да је (2) забрана државе Вашингтон потпомогнутог самоубиства рационално донета у складу са легитимним интересима те државе. У предмету Вако против Квила (Vacco v. Quil), 521 U.S. 793, 117 S.Ct. 2293, 138 L.Ed.2d 834 (1997), лекари су оспоравали уставност закона државе Њујорк по којем је помоћ у вршењу самоубиства или покушај самоубиства кривично дело. Врховни суд је закључио да забрана потпомогнутог самоубиства у овој држави не представља кршење одредбе о једнакој заштити грађана, садржане у 14-ом Амандману.

неколико држава. Свака је успоставила сопствена правила и смернице и све, осим Швајцарске, забрањују странцима да у њиховој земљи изврше еутаназију. То су: Швајцарска (још од 1941.), Орегон (од 1994.), Колумбија (од 1997.), Албанија (од 1999.), Холандија (од 2002.), Белгија (од 2002.), Вашингтон (од 2008.), Луксембург (од 2008.) и Монтана (од 2009.).

Тренутно је активна еутаназија легална само у Холандији, Белгији и Луксембургу.

Швајцарска је легализовала 1941. године самоубиство уз помоћ или без помоћи лекара. Иако Швајцарска не забрањује странцима да изврше еутаназију на њеном тлу, морају се навести чврсти разлози за тај чин, како је прописано њеним законима⁵⁰⁰. Уствари, само једна од четири групе које се баве еутаназијом уз помоћ другог лица, Dignitas⁵⁰¹, пружа ту врсту помоћи и странцима (који морају да буду смртно болесни, озбиљно ментално оболели или да пате од неизлечиве клиничке депресије). Извештаји у медијима о томе да Dignitas помаже странцима у овом смислу охрабрили су болеснике из целог света, да дођу у Швајцарску по брзу смрт. Овај феномен је чак добио и име самоубилачки туризам.⁵⁰² Национални савет Швајцарске потврдио је 2001. године закон о потпомогнутом самоубиству, али је добровољна еутаназија остала забрањена. У једној релативно старој одлуци Европског суда о прихватљивости у предмету Видмер против Швајцарске,⁵⁰³ чињеница да швајцарско кривично законодавство није изричито сматрало пасивну еутаназију кривичним делом није по себи представљала кршење члана 2 ни члана 8.

У Холандији, добровољна еутаназија и самоубиство уз помоћ лекара законити су од априла 2002. године, али их судови дозвољавају још од 1984. године. Холандски закон о еутаназији има одредбе које дозвољавају потпомогнуто самоубиство у ретким случајевима неизлечиво ментално оболелих лица, под условом да је особа која жели еутаназију присебна када о томе одлучује. Иако су самоубиство уз помоћ другог лица и

⁵⁰⁰ „Ко год, из себичних разлога, наведе другу особу да изврши самоубиство, или јој у томе помаже, биће осуђен, ако је самоубиство извршено или покушано, на казну притвора у трајању не дужем од пет година или на затворску казну“ (члан 115 швајцарског Кривичног закона), превод аутора.

⁵⁰¹ Dignitas је основао швајцарски адвокат Лудвиг А. Минели 1998. године.

⁵⁰² 2008. године, снимљен је документарни филм под називом Туриста самоубица (Selbstmord-Touristen) у режији Дона Зарицког. Копија филма доступна је у Dignitas-у.

⁵⁰³ Widmer v. Switzerland, appl. no. 20527/92.

еутаназија кривична дела, под одређеним околностима, и уз захтев пацијента, лекар који учествује у њиховој реализацији може бити ослобођен кривичног гоњења, под условом да су испуњени многобројни критеријуми.

Парламент Луксембурга је усвојио, у фебруару 2008. године, Закон о праву на достојанствену смрт. Закон омогућава пацијенту који трпи неподношљиви бол, а ментално је присебан, да затражи лекарску помоћ да оконча живот.

У Белгији, закон од 2002. године дозвољава еутаназију, али не даје дефиницију метода. Закон допушта одраслим особама „чије је здравствено стање безнадежно и који трпе неподношљиву телесну и психичку бол која се не може умањити“ да траже добровољну еутаназију. У закону је наглашено да је еутаназија могућа само под одређеним условима. Белгијски закон не познаје термин „потпомогнуто самоубиство“. Оставља се лекару и пацијенту да одлуче да ли ће смрт бити изазвана убризгавањем смртоносне инјекције или давањем превелике дозе лека. Пацијент мора да има пребивалиште у Белгији, али не нужно и држављанство. У току прве године од ступања закона на снагу, 203 особе окончале су живот еутаназијом уз помоћ лекара.

У Орегону, Белгији и Холандији два лекара и један психолог морају да буду укључени у процес, у случају да се јаве сумње у вези са способношћу пацијента да сâм доноси одлуку. У Швајцарској, закон ову меру не прописује, али бар један лекар мора да буде присутан, јер друштва која се залажу за право на смрт инсистирају да мора бити потврђено од стране лекара да за пацијента нема наде или да је на самрти пре него што му се да смртоносно средство.

Потребно је такође анализирати кључне предмете у вези са правом на живот у Уједињеном Краљевству.

У Енглеској и Велсу, и поред тога што самоубиство није било сматрано кривичним делом по Закону о самоубиству из 1961. године, за пружање помоћи при самоубиству другог лица могло се добити и 14 година затвора. Да би се покренуо поступак на суду, била је потребна дозвола директора Јавног тужилаштва у Лондону (у даљем тексту ДЈТ). У британском законодавству водила се дуга и тешка борба, уз осам нацрта закона и амандмана поднетих Парламенту на усвајање у периоду између 1936. и 2003. године, чији је циљ био да се у законе унесу измене којима би убрзана смрт била дозвољена. Ни један није био усвојен. Усвајање такозваног Џофе нацрта закона (Joffe Bill)

блокирао је Горњи дом британског парламента. У дебати вођеној о овом нацрту дошло је до јасне поделе учесника на оне који су подржавали право на смрт и оне који су се залагали за бољу палијативну негу. Заговорници права на смрт тврдили су да порицање овог права особи која жели да се ослободи неподношљивог бола представља нечовечно и понижавајуће поступање по члану 3 Европске конвенције, кршење права на приватност и породични живот заштићено чланом 8, да доводи до дискриминације будући да је самоубиство легално, те да постојећи закони нарушавају основно право појединца на достојанство.

У шкотским законима самоубиство никада није било незаконито, док питање да ли пружање помоћи некоме да изврши самоубиство представља кривично дело никада није било расправљано на суду. Убијање друге особе на њен захтев сматра се убиством, и пристанак жртве у том случају није од значаја. Особа која помаже другоме да одузме себи живот, било давањем савета или обезбеђивањем средстава или помагањем на други начин да друга особа изврши самоубиство може бити кривично гоњена по више основа. У анкети коју је 2004. године спровело Друштво за добровољну еутаназију⁵⁰⁴, 39% Шкотланђана изјаснило се да је спремно да прекрши закон да помогне своме ближњем да умре, а чак 82% испитаника подржало је предлог да закон треба да буде промењен у корист самоубиства уз лекарску помоћ.^{505 506}

У Ирској, у којој је традиционално јак утицај римокатоличке цркве, самоубиство уз помоћ другог лица сматра се кривичним делом.

У Сједињеним Америчким Државама еутаназија је незаконита у свим државама, а самоубиство уз лекарску помоћ или потпомогнуто самоубиство легално је само у Монтани⁵⁰⁷, Орегону и Вашингтону. Технички се еутаназија и самоубиство уз помоћ

⁵⁰⁴ Снажна невладина организација која се залаже за еутаназију, која се 1980. године одвојила због својих либералних ставова који се нису поклапали са конзервативнијим енглеским колегама.

⁵⁰⁵ Такође види у М. Groenhuijsen, "Euthanasia and the Criminal Justice System", vol. 11.3, *Electronic journal of comparative law*, December 2007, <http://www.ejcl.org/113/article113-33.pdf>;

Derek Humphry: FINAL EXIT - The Practicalities of Self-Deliverance and Assisted Suicide for the Dying.

⁵⁰⁶ По Ирском закону о самоубиству из 1993. године, помагање, дозвољавање или саветовање особе која жели да изврши самоубиство сматра се кривичним делом.

⁵⁰⁷ Правна основа коју су користиле обе стране био је екстремно левичарски, слободоумни Устав донет 1972. године, у време када је покрет за право на приватност бујао на Западу после 60-их. У тексту Устава се позивало на право појединца да задржи своје достојанство и аутономију. „Достојанство људског бића је неповредиво,“ тврдили су писци устава.

лекара разликују по томе ко даје другој особи смртоносну дозу лека да би јој окончао живот или убрзао смрт. Код еутаназије, то је лекар или треће лице, док код потпомогнутог самоубиства особа самој себи одузима живот пошто је размотрила опције и одлучила да то жели да учини. Да би овај ниво потпомогнутог самоубиства постао легалан, било је потребно размотрити, усвојити и допунити неколико предлога закона и реформских аката у протеклих двадесет година.⁵⁰⁸ У предметима Глуксберг и Квил, из 1997. године, Врховни суд САД једногласно је одбацио аргумент да бланко забрана потпомогнутог самоубиства у америчким државама представља кршење Устава САД.⁵⁰⁹

У Јапану, предмет Јамагучи (Yamaguchi) из 1961. године окончан је тако што је Виши суд својом пресудом легализовао добровољну еутаназију уз помоћ лекара.⁵¹⁰ Упркос овом помаку, због уврежених табуа, осећаја стида, културних и верских препрека у вези са самоубиством, скоро да и није било предмета у којима би владајући систем био доведен у питање.⁵¹¹

У Аустралији се покрет за право на смрт развијао још од раних 70-их година прошлог века. Постојање огромних раздаљина које деле лекаре од пацијената у унутрашњости Аустралије, породица које имају обавезу да воде бригу о својим члановима који су на самрти и због тога бивају суочене са многобројним проблемима, довело је до појачаног интересовања за еутаназију. У Северној области Аустралије еутаназија и потпомогнуто

⁵⁰⁸ У чланку из 2004. године објављеном у „Bulletin of the History of Medicine”, историчар са Браун универзитета, Jacob Appel, описао је опширну политичку дебату која се у државама Охајо и Ајови водила око доношења законских аката којим би се легализовало самоубиство уз помоћ лекара. Покрет је предводила друштвена активисткиња Anna Hall. У књизи „A Merciful End”, објављеној 2003. године, канадски историчар Ian Dowbiggen открива улогу коју су водеће јавне личности, попут Klarence Darrow и Jack London, одиграле у заговарању легализације еутаназије. Заговарање еутаназије узело је нови залет у САД током 30-их година прошлог века, да би се драстично смањило, а потом и замрло током и после Другог светског рата. Напори ка озаконивању еутаназије јавили су се поново током 60-их и 70-их година двадесетог века, путем покретања питања у вези са правом на смрт, окончања живота уз помоћ лекара у либералној биоетици, и давања наређења да се „пацијент не оживљава”. Неколико битних судских процеса довело је до побољшања законских права пацијената или њихових старатеља да им се дозволи барем добровољна пасивна еутаназија (смрт уз помоћ лекара).

⁵⁰⁹ Washington v Glucksberg, 521 U.S. 702 (1997); Vacco. Atty-General of New York v Quill, 521 U.S. 793 3 W.L.R. 1598.

⁵¹⁰ Јапан нема званичне законе који регулишу статус еутаназије, а Врховни суд Јапана није донео ни једну пресуду с тим у вези. Заправо, до данас су политику Јапана према еутаназији одредила само два предмета вођена пред локалним судовима. Пресуде у ова два предмета поставиле су правни оквир и услове под којима пасивна и активна еутаназија могу да буду легалне. У обе пресуде лекари су проглашени кривим за кршење тих услова приликом лишавања живота својих пацијената. Пошто налази судова још увек нису потврђени на федералном нивоу, ови преседани нису правно обавезујући.

⁵¹¹ О добровољној еутаназији и потпомогнутом самоубиству мало се говори, што се може учинити чудним западњацима који мисле да знају понешто о култури ритуалног самоубиства у овој земљи (харакири или сепуку).

самоубиство били су легални седам месеци у току 1997. године, када је Савезни парламент укинуо закон који их је легализовао.

IV.2.3. Предмет Прити

Чувени случај Дајен Прити (Diane Pretty)⁵¹² изазвао је бурну дебату међу правницима и у широј јавности и покренуо многа сложена морална, етичка, друштвена, филозофска, верска и правна питања. Госпођа Прити патила је од обољења моторних неурона и желела је да избегне врло болну смрт која је била извесна. Она је изјавила: „Хоћу да умрем брзо и без мучења, у својој кући и окружена својом породицом.“ Расправљајући о случају Прити на националном нивоу, Горњи дом парламента одбацио је њен аргумент да је право на смрт једнако праву на живот, сматрајући да је право на смрт антитеза праву на живот, чиме је одбацио тумачење члана 2 по којем овај члан укључује и право на смрт. Она и њен супруг уложили су жалбу, потом су се безуспешно обраћали разним судовима у Уједињеном Краљевству, да би на крају поднели представку Суду у Стразбуру, захтевајући да се њеном супругу гарантује изузеће од кривичног гоњења ако јој буде помогао да себи одузме живот. Госпођа Прити је на крају преминула у болници, под тачно онаквим условима које је желела да избегне. Једна филмска екипа⁵¹³ снимила је последње тренутке њеног живота и тиме учинила овај случај познатим широкој јавности – како са правне, тако и са људске тачке гледишта. Европски суд донео је историјску одлуку да подржи став Горњег дома, уз образложење да право на живот само по себи не даје право и на смрт, чиме је аутоматски била искључена могућност укидања законске забране потпомогнутог самоубиства:

“Члан 2, ако се не прибегне језичком искривљавању, не може да се тумачи као да преноси дијаметрално супротно право, односно право на смрт; нити може да твори право на самоопредељење у смислу преношења права на појединца да одабере смрт уместо живота. Сходно томе, Суд сматра да никакво право на умирање, било од трећег лица или уз помоћ државних органа, не проистиче из члана 2 Конвенције.“

⁵¹² Pretty v. United Kingdom, appl. no. 2346/02.

⁵¹³ BBC Panorama, 12 May 2002, 10:45pm.

У међувремену, Европски суд за људска права био је опрезан приликом доношења пресуде 2002. године, примењујући „поље слободне процене“⁵¹⁴. При доношењу овакве одлуке, Суд се посебно позвао на Препоруку 1418 (1999) Парламентарне скупштине СЕ, која препоручује да би државе-чланице требало да: ... предузму одговарајуће мере како би обезбедиле да смртно болесна или лица на самрти, уколико сама не одаберу другачије, добију одговарајуће средство за олакшавање болова и палијативну негу, чак иако таква терапија може као последицу да има скраћивање живота пацијента.⁵¹⁵

У предмету Прити против Уједињеног Краљевства Суд је истакао да је у свим предметима који су пред Судом вођени, у вези са чланом 2 Конвенције, нагласак увек био на обавези државе да заштити живот појединца. Госпођа Прити је тврдила да Суд, с обзиром на то да допушта да негативни аспекти члана 11 (право на слободу удруживања) укључују и право да се не буде члан удружења, требало на исти начин да тумачи и члан 2. Суд је одговорио да реч „слобода“ у изразу „слобода удруживања“ подразумева у извесној мери могућност избора у погледу уживања те слободе, што није случај са чланом 2.

Госпођа Прити је даље тврдила да члан 2 штити појединца од треће стране, али не и од њега самог, те да садржи и право на избор да ли појединац жели да настави да живи. Суд се са тим гледиштем није сложио, и донео је закључак да члан 2 не садржи и право да особа бира смрт уместо живота.

Међутим, Суд је уважио могућност да оваква питања могу да дају повода за преиспитивање опсега члана 8 и права на приватни живот који он регулише. Суд је у доношењу одлуке направио један мали искорак. Образлажући одлуку да није дошло до кршења члана 8 (1), Суд је уочио да:

⁵¹⁴ Термин „поље слободне процене“ односи се на маневарски простор који Суд у Стразбуру оставља властима држава чланица у вези са испуњавањем њихових обавеза по Европској конвенцији. Правна основа ове доктрине налази се у судској пракси не само француског *Conseil d'état*, које је користило термин "*marge d'appréciation*", већ и у пракси система управног права у оквиру сваке грађанске надлежности. Најсофистицираније и најсложеније доктрине управне дискреције развијене су у Немачкој, али је немачка теорија управне дискреције (*Ermessensspielraum*) много ужа од поља слободне процене које се користи на Европском суду за људска права и у праву Европске заједнице. На нивоу међународног права, на поље слободне процене се први пут позвало у пракси Европског суда за људска права.

⁵¹⁵ (1999), став 9, у (a) (vii).

„...не негирајући ни на који начин принцип светости живота, разматрање „квалитета живота“ је валидно у смислу члана 8 (1), а са напретком медицинске технологије... многи људи су забринuti да неће бити приморани да дочекају дубоку старост немоћни или у стању тешке физичке или менталне онеспособљености које је у супротности са чврсто укоревеним осећајем личног идентитета.“

Суд је такође приметио да у домаћем праву особа може да искористи „избор да умре“ тако што ће одбити да прима терапију која јој продужује живот.

У предмету Прити, као што је с правом уочио Дан Морис, чињеница да су три суда пресудила против жалбе госпође Прити може се тумачити и као *coup de grâces* за аргументе о праву на помоћ при умирању по европском праву о људским правима.⁵¹⁶ Морис сматра да би у ограниченом броју околности (у овом случају, госпођа Прити је била потпуно ментално присебна и способна да доноси одлуке; знала је да је чека смрт услед угушења када је мишићи буду потпуно издали), оваква врста помоћи могла да буде дозвољена по Конвенцији.

Подршка коју је Суд несумњиво дао не само оној врсти избора чији је циљ да се прекину бесмислена лечења, већ и изборима чији је циљ да се прекине бесмислени живот, чини се да је у супротности са ставом Суда да не жели да негира принципе очувања светиње живота. Када се етички неспорна одлука особе да изабере да одбије терапију која јој продужава живот зато што је бескорисна или тешка упореди са етички спорним избором да се терапија одбије управо зато да би особа окончала живот, јер сматра да њен живот више није вредан живљења, долази се до закључка да Суд, подржавајући овај други избор, индиректно одобрава самоубиство, чиме се подрива незаконитост потпомогнутог самоубиства.

У погледу члана 14, госпођа Прити је тврдила да је била спречена да искористи право које имају други који могу да окончају свој живот без помоћи другог лица зато што немају никакву телесну ману или болест. Суд је признао да, с обзиром на то да се ради о материјалном праву гарантованом Конвенцијом, садржаном у члану 8, члан 14 се

⁵¹⁶ D. Morris, „Assisted Suicide under the European Convention on Human Rights: a Critique,” *European Human Rights Law Review*, Issue 1, SWEET & MAXWELL LTD, 2003.

аутоматски активира, али је закључио да се слично резонување примењује да би се онемогућило самоубиство уз помоћ особа које су физички способне, и да се не прави разлика у закону на оне који јесу и оне који нису физички способни да почине самоубиство. Суд је био мишљења да је гранична линија између ове две категорије често врло танка и да би њено озакоњивање озбиљно подрило заштиту живота коју закон гарантује, а увелико би се повећао и ризик од злоупотреба.⁵¹⁷ Ово питање је уско повезано са расправама о одговорности државе да обезбеди здравствену заштиту на принципу једнакости и правичности.

Држава је тврдила да је настојала да заштити „права и слободе других“ на основу своје обавезе да штити „право на живот“; ако би одобрила захтев госпође Прити, угрозила би живот старих и немоћних особа. Ова тврдња има смисла, јер почива на стварном или субјективно доживљеном страху „да ће особа бити натерана да умре“, или од стране здравственог система (велики трошкови лечења, продужени боравак у болници, мале наде да ће се наћи спасоносни лек у комбинацији са очигледним болом и патњом, или рођака (због финансијске добити, терета који представљају за друштво, породице која о њима не може да брине).

Међутим, у предмету Прити, Европски суд је јасно истакао да је легитимна забрана тужене државе, по члану 2 Конвенције, такозваног „убиства из милосрђа“, онако како га наводи Предлог закона о пацијентима (припомогнуто умирање):

“У свим предметима пред Судом доследно се наглашава обавеза државе да штити живот. Суд није уверен да „право на живот“ гарантовано чланом 2 може да се тумачи као да обухвата негативне аспекте... Он се не бави питањима која имају везе са квалитетом живота или оним што особа одабере да уради са својим животом... нити може да створи право на самоопредељење у смислу преношења права на појединца да одабере смрт уместо живота.“

Суд је, 18. октобра 2001. године, одбио захтев госпође Прити да се ДЈТ обавезе да ће изузети њеног супруга од кривичног гоњења, наводећи да ДЈТ нема овлашћење да

⁵¹⁷ Види критику пресуде, М. Freeman, „Denying Death its Dominion: Thoughts on the Dianne Pretty Case“, 10 Medical Law Review, 2002, стр. 245.

одобрава такве захтеве. Грејлинг, који је помагао адвокатима госпође Прити у вези са неким етичким аспектима, изјавио је да су се судије ослониле на тумачење права гарантованих Конвенцијом које је „најуже, најконзервативније и најнелибералније ... могуће“, тумачење које ће „питања људских права вратити десетине година уназад.”⁵¹⁸

Позивајући се на члан 2 Конвенције, госпођа Прити је изјавила да се ради о праву на самоопредељење у погледу живота или смрти, због чега држава нема обавезу да натера некога да живи живот који не жели. Пошто држава има обавезу да штити право на живот, из тога природно произилази да има обавезу да штити и право на смрт. Ово је занимљиво тумачење, у којем се рефлектују ставови поборника слободне воље и аутономије у погледу избора живота, а сходно томе и смрти.

У вези са личном аутономијом, Суд је навео следеће⁵¹⁹:

„Поштовање људског достојанства и слободе чини суштину Европске конвенције о људским правима. Не негирајући ни на који начин принцип светиње живота који Конвенција штити, Суд сматра да по члану 8 питање квалитета живота добија на значају. У времену све бржег напретка медицинске технологије и продужетка просечног животног века, многи људи су забринути да неће бити приморани да дочекају дубоку старост немоћни или у стању тешке физичке или менталне онеспособљености које је у супротности са чврсто укорењеним осећајем личног идентитета.

Сходно томе, одлука Суда, уз уважавање личне аутономије пацијенткиње и изражене жеље и осећања пацијенткиње и њене породице, да би било у њеном највећем интересу да прекине лечење не представља повреду члана 8 Конвенције.“

После доношења пресуде, Грејлинг је написао:

⁵¹⁸ A.C. Grayling, „A Good Death,” *Guardian (Saturday Review)*, 27 October, 2001. Ово је само један од многих критичних мишљења у овом погледу, видети нпр. J. Satz Nugent, „Walking into the sea of legal Fiction: an examination of the European Court of Human Rights, *Pretty v. United Kingdom and the universal right to die*”, стр. 1-31.

⁵¹⁹ Параграф 65 пресуде.

„Смрт је део живота; то је заправо један од најважнијих догађаја у животу, и зато што може да буде пријатна или непријатна, нагла или благовремена, трагична или прижељкивана, она је од суштинског значаја за природу и квалитет живота особе, онако како је та особа доживи. Ми не доживљавамо искуство смрти, која није ни стање ни делање – стање непостојања које се ни по чему не разликује од стања нерођеног детета. Оно што заиста у великој мери доживљавамо је процес умирања, и као што се надамо да ће наше живљење бити углавном пријатно, то исто желимо да искусимо и кад умиремо – ако умирање не може да буде пријатно, онда макар да није застрашујуће, болно или недостојанствено. „Живот“ у фрази „право на живот“ не подразумева пуко постојање. Живот је постојање у коме има бар минимално квалитета и вредности.“⁵²⁰

Прављење јасне разлике између смрти као краја и умирања као процеса који је саставни део „живљења“ и који треба да повећа „вредност“ живота јесте врло јак аргумент, или барем врло прихватљив у етичком смислу. Међутим, у контексту европског права људских права, он нема већег значаја, јер се право на живот не дефинише у ширем етичком смислу, већ као специфичан правни концепт који има прецизно значење. Закључци Суда у досадашњој пракси и прецизност којом је формулисан текст члана 2 дозвољавају судијама ограничену слободу тумачења.⁵²¹

Нажалост, Грејлингова опсежна разматрања о квалитету живота нису нашла одјека у пресудама које је донео Суд. Европски суд за људска права установио је да је у свим предметима вођеним у вези са чланом 2 Конвенције нагласак увек био на обавези државе да заштити живот, док квалитет живота и или како ће се живети, никада није био предмет разматрања, што је и довело до овако конзервативног тумачења „права на живот“. Слично тумачење постојало је и у предмету Гиан Каур против државе Панџаб (*Gian Kaur v State of Punjab*) који је вођен на Врховном суду Индије 1996. године. Судија је, поводом тумачења члана 21 Устава Индије у вези са тим да ли право на живот укључује и право на смрт, закључио да када би се члан тумачио тако да

⁵²⁰ A.C. Grayling, *op cit*.

⁵²¹ Lord Irvine of Lairg: "Activism and Restraint: Human Rights and the Interpretive Process," *European Human Rights Law Review* 350, 1999, 354-55. О креативној судској улози, види такође у Д. Поповић, "The emergence of the European human rights law", Eleven International Publishing, The Hague, 2010.

подразумева и ово додатно значење, „само право садржано у члану 21 било би обезвређено.“ Право на смрт, ако оно уопште постоји, није истоветно праву на живот, као што ни смрт и живот нису једно исто.⁵²²

Неки од најугледнијих стручњака за ову област оценили су да „... институције у Стразбуру ни дан данас не уважавају принцип по коме је очување „квалитета“ живота релевантан фактор.“⁵²³

Штавише, Европски суд за људска права није сматрао да је бланко забрана потпомогнутог самоубиства која је на снази у Уједињеном Краљевству несразмерна у контексту члана 8: „суд не сматра да се ради о произвољности ако закон одражава важност права на живот тако што забрањује самоубиство уз помоћ другог лица.“

У вези са чланом 8 Европске конвенције, одређена постхумна права или права у вези са смрћу могу се доказивати позивањем на „право на приватни живот“, као што је био случај у предмету Икс против Немачке⁵²⁴, где је Суд закључио да је тиме што је забранила подносиоцу представке да његов пепео после смрти буде расут по његовој земљи, држава прекршила члан 8 Конвенције.

У предмету Прити против Уједињеног Краљевства⁵²⁵, Суд је закључио:

„Подносиоцу представке закон забрањује да искористи своје право да избегне оно што она сматра недостојанственим и болним крајем живота. Суд није спреман да искључи могућност да је дошло до мешања државе у њено право на поштовање приватног живота које је гарантовано чланом 8 (1) Конвенције.“

Изгледа да судије у Стразбуру не желе да подривају врховну и фундаменталну позицију права на живот *vis-a-vis* других права прописаних Конвенцијом, што доводи до уског и рестриктивног приступа у тумачењу члана 2 који је предуслов, а тиме и од највеће важности, за сва друга људска права. Због тога је право на живот тако

⁵²² Краћа верзија текста доступна је у 22 Commonwealth Law Bulletin 749; а текст у целини на вебсајту Врховног суда Индије: <http://supremecourtfindia.nic.in>.

⁵²³ C. Ovey and R.C. White (Jacobs & White), „The European Convention on Human Rights”, Oxford University Press, 2002, стр.56.

⁵²⁴ Европска комисија за људска права, X v. Germany.

⁵²⁵ Параграф 67 пресуде.

формулисано да дозвољава одузимање живота само у врло ограниченом броју околности, нпр. клаузула о употреби смртоносне силе, како је описано у другом ставу одредбе, представља изузетак, а не правило. Да је донео пресуду у корист госпође Прити која је поднела жалбу позивајући се на члан 2 Конвенције, Суд би морао да прошири своју „дугачку“ листу изузетака, а за то очито није спреман.

IV.2.4. Предмет Глас

У вези са евентуалном легализацијом еутаназије, један од кључних и пресудних случајева био је Глас против Уједињеног Краљевства⁵²⁶.

За Суд у Стразбуру „право на живот“ је неоспорно, што практично значи да особа мора да живи, без обзира на патњу коју трпи или на избор у погледу сопственог живота. Међутим, у предмету Глас против Уједињеног Краљевства, у којем се подносилац представке позивао на члан 8 (поштовање приватног живота), Суд је био мишљења да је „приватан живот“ широк појам у који, *inter alia*, спадају аспекти физичког и друштвеног идентитета појединца укључујући право на личну аутономију, лични развој и успостављање и развијање односа са другим људским бићима и спољашњим светом. Суд је уважио да особа има право да развија своју личност и у складу са тим донео пресуду.⁵²⁷

Дејвид Глас (David Glass) рођен је 1986. године са тешким физичким и психичким оштећењима због којих му је била потребна нега 24 сата. Још пре него што се родио, лекари су га отписали као некога „чији живот није вредан живљења“ и да он није „компатибилан са животом“ (стручни израз који се користи да опише нерођено дете које је очигледно било живо када је „дијагноза“ дата). Рођен је превремено, када је његова мајка била у седмом месецу трудноће. Мајци је речено да је дете мртворођено и да ће бити само „биљка“ ако уопште преживи. Лекари зато нису ни покушавали да оживе дете. Захваљујући упорности и одлучности мајке, Дејвид је добио здравствену негу која му је била неопходна, доведен је кући где је, иако тешко хендикепиран, био

⁵²⁶ Glass v United Kingdom, appl. no. 61827/00.

⁵²⁷ S. Livingstone, „Article 14 and the Prevention of Discrimination in the European Convention on Human Rights,” *European Human Rights Law Review*, 25.

окожу лубављу и пажњом укућана. Међутим, од јула 1998. године, Дејвидово здравствено стање се погоршало; примљен је у болницу⁵²⁸ где су га оперисали, али су после операције уследиле компликације. Лекари који су лечили Дејвида закључили су, 20. октобра, да он умире и препоручили да му се да дијаморфин „како би му се олакшале муке“.

Госпођа Глас се није сложила са тим да њен син умире и изразила је забринутост да ће давање дијаморфина угрозити Дејвидове шансе за опоравак. Потом је тражила да одведе Дејвида кући да тамо умре, али су је саветовали да то не чини, јер ће бити ухапшена ако покуша да одведе сина из болнице. Исте вечери лекар је дао Дејвиду дозу дијаморфина упркос противљењу породице која је, верујући да покушавају да тајно изврше еутаназију, покушала да спречи лекаре да уђу у Дејвидову собу. Надлежни у болници позвали су обезбеђење и запретили породици да ће на силу бити одведени одатле. Без пристанка Дејвидове мајке, у његов лекарски налаз уписана је инструкција „не оживљавати“ Наредног дана госпођа Глас је обавештена да се стање њеног сина драстично погоршало и забринула се да је то због терапије дијаморфином. Породица је тражила од лекара да прекину са терапијом дијаморфином, али је др В. рекао да је то могуће само ако престану да Дејвид не буде оживљаван.

Међутим, када је породица покушала да оживи Дејвида, дошло је до туче са лекарима, у току које је госпођа Глас успела да поврати Дејвида у живот. Стање му се побољшало и пуштен је кући 21. октобра 1998. Године, само дан пошто су лекари препоручили да му се „олакшају муке“. Он и данас живи са својом породицом, и, мада тешко хендикепиран, иде у шетње и слави један рођендан за другим.

Британско лекарско друштво није сматрало да су лекари криви за тешку повреду радне дужности или погрешно лечење, те су сходно томе донели одлуку да је терапија била исправна. После многих неуспелих судских процеса, госпођа Глас је уложила представку Европском суду по основу члана 2. Од Суда се тражило да установи да ли је применом националног права и праксе у погледу права родитеља да одбију терапију (или да се супротставе укидању терапије) коју предлажу здравствене власти ако ће

⁵²⁸ Болница Сент Мери је део Клиничког центра у Портсмауту.

таквом терапијом детету бити скраћен живот, представља повреду члана 2 и других права гарантованих Конвенцијом.

Суд је 18. марта 2003. године, пошто је пажљиво размотрио сваку ставку представке, једногласно донео одлуку о њеној прихватљивости. Суд је закључио да нема довољно основа у представи за позивање на члан 2 Конвенције.⁵²⁹ Наглашавајући свој став о поступању медицинског особља, Суд је изјавио:

„Штавише, чињенице из предмета не спадају у позитивну обавезу тужене државе по члану 2 Конвенције да предузме одговарајуће мере да заштити живот, будући да је медицинско особље предузело у овом случају мере за које је сматрало да су у најбољем интересу првог подносиоца представке и то у критичном моменту.“

На крају, Суд је истакао да његова функција није да доводи у питање стручно мишљење лекара у погледу озбиљности стања подносиоца представке, нити да процењује да ли је предложена терапија била одговарајућа.

Међутим, Суд је закључио да право и пракса у Уједињеном Краљевству не обезбеђују одговарајућу заштиту права на живот деце са хендикепом попут Дејвида. Суд је додао да право Уједињеног Краљевства не гарантује родитељима такве деце и самој деци делотворно право на приступ суду како би одбранили своја права која произилазе из члана 2 и члана 8 Конвенције, и да заузима дискриминаторски став према деци са тешким телесним манама, што је у супротности са чланом 14, као и чланом 2 Конвенције.

Једногласна одлука судија у овом предмету показала је колико су лекари и Клинички центар погрешили када су једнострано донели одлуку у вези са Дејвидовим животом.

⁵²⁹ Мада се могло позвати на члан 2 у смислу пружања одговарајуће неге од стране Центра, Суд је подсетио да када је држава –уговорница на одговарајући начин обезбедила високе професионалне стандарде међу медицинским особљем и заштиту живота пацијената, проблеми као што је погрешна стручна процена (чак ако се установи да постоји) лекара у лечењу одређеног пацијента, нису сами по себи довољан разлог да се држава сматра одговорном с тачке гледишта њених позитивних обавеза по члану 2 Конвенције да заштити живот (види *Powell v. United Kingdom*, appl. no. 45305/99).

Суд је установио да је дошло до повреде члана 8 (право на поштовање приватног живота) Европске конвенције о људским правима.⁵³⁰

У сличним случајевима, када је пацијент негде између живота и смрти, медицинска процена треба да садржи и процену стања свести и процеса постављања дијагнозе.⁵³¹ Тренутно у свету постоје три категорије степена свесности, од најнижег ка највишем: први степен је кома⁵³²; други је стање вегетирања (СВ). Израз трајно стање вегетирања први пут су употребили Џенет и Плум пре 40 година.⁵³³ Трећи степен је тзв. стање минималне свесности (СМС)⁵³⁴. Професор Тарнер-Стоукс је указао да неки пацијенти могу да прелазе из једног стања у друго, а неки могу да пређу из СМС у стање потпуне свесности. Пракса показује да је врло велики број пацијената за које је првобитна дијагноза била да су у СВ, са развојем нових инструмената за мерење ових стања, касније дијагностикован као СМС.

У предмету Херцегфалви против Аустрије (*Herczegfalvy v. Austria*)⁵³⁵, Европски суд је изнео мишљење: „... опште је правило да мера која се предузима зато што је неопходна у терапији не може да се сматра нечовечном или понижавајућом. Међутим, Суд мора бити потпуно уверен да је одређена терапеутска мера заиста била неопходна.“ Стога у одлуци Суда, пошто је претходно извршио процену да је у најбољем интересу пацијента да му се лечење укине или привремено обустави, нема основа за повреду члана 3 Конвенције.

⁵³⁰ *Glass v. United Kingdom*, appl. no. 61827/00.

⁵³¹ Види у et al, *Assessment Scales for Disorders of Consciousness: Evidence-based Recommendations for Clinical Practice and Research*, Arch Phys Med Rehabil Vol 91, December 2010.

⁵³² Скале Глазгов и Ранчо лос Амигос су бихевијорални тестови којима се одређује ниво коматозног стања.

⁵³³ Ово стање карактерише потпуно одсуство бихевијоралних доказа да особа има свест о себи и околини, мада је очувана способност спонтане реакције или реакције на неки подражај... Сви наведени критеријуми морају да буду испуњени да би се установила СВ дијагноза: (1) нема доказа о свести о себи или околини, (2) нема доказа о присутности постојане, сврсисходне, понављајуће или добровољне реакције на визуелни, аудиторни, тактилни надражај, (3) нема доказа да особа разуме шта јој се говори или да разуме изразе лица, (4) повремена свесна стања која се манифестују као смењивање циклуса будног и стања сна (повремено пацијент отвара очи), (*Giacino and Kalmar „Diagnostic and prognostic guidelines for the vegetative and minimally conscious states, Neuropsychological Rehabilitation 15(3/4), 2005, стр. 166-174.*

⁵³⁴ Трећу категорију, стање минималне свесности, СМС, увела је и дефинисала радна група на неуробихевијоралној конференцији у Аспену, као што је објашњено у чланку (*Giacino et al, "The minimally conscious state: definition and diagnostic criteria", Neurology, 68, 2002., стр. 304-307*). Група је дефинисала СМС као „стање озбиљно измењене свести у коме постоји минимум бихевијоралних доказа да је особа свесна себе и околине“. Аспенска група дефинисала је критеријуме за дијагностиковање СМС, како би се разликовало од СВ по „присуству понашања које се повезује са свесним стањем.“

⁵³⁵ Параграф 82.

„Лична аутономија“ постаје све важнији елемент права садржаног у члану 8 (1). Разматрајући предмет Јеховини сведоци Москве против Русије, Европски суд је закључио⁵³⁶:

„Слобода одлучивања особе да ли ће прихватити или одбити одређену лекарску терапију, или ће се определити за алтернативни облик лечења, од суштинске је важности за принципе самоопредељења и личне аутономије. Одрасли пацијент који је потпуно свестан има слободу да одлучи, на пример, да ли ће бити оперисан или лечен на одређени начин, или, рецимо, да ли ће примити трансфузију крви. Међутим, да би та слобода имала смисла, пацијент мора да има право да направи избор који је у складу са његовим/њеним ставовима и уверењима, колико год такав избор изгледао ирационалан, непромишљен или бесмислен другим људима.“

У предмету Глас, и поред произвољне одлуке лекара да пацијенту да дијаморфин који би на крају убрзао његову смрт, сви нивои судова у Енглеској сматрали су да је лекар поступио у најбољем интересу пацијента.

Примена члана 2 Конвенције у вези са лечењем смртно болесног пацијента разматрана је у односу на ситуације у којима ментално присебни пацијент тражи помоћ да умре.⁵³⁷ Нека питања још увек траже одговоре, на пример, да ли би лекари требало да имају овлашћења да окончају живот пацијента како би му се скратиле патње, иако то пацијент или његова породица не желе, или, да ли би лекари требало да обезбеде палијативну негу која ненамерно може да скрати живот пацијенту. Одсуство консензуса у вези са оваквим питањима међу европским државама можда указује, после разматрања питања абортуса, да државама треба да буде дато шире поље слободне процене у овој области.

⁵³⁶ Jehova's Witnesses of Moscow, appl. no. 302/02. Russia.

⁵³⁷ INTERIGHTS Manual for Lawyers – The Right To Life Under The ECHR (Article 2), Euthanasia, стр. 10.

IV.2.5. Пример Холандије – да ли је у питању флагрантна злоупотреба?

Случај Холандије захтева да буде детаљно размотрен. У јуну 2010. године, холандски медији објавили су вест да је те године 2636 људи преминуло путем еутаназије уз помоћ лекара, што је за 13% било више него 2008. године. У једној студији коју је 1997. године објавио медицински часопис „The Lancet”, наведено је да око 8% деце која умру у Холандији, умру од последица еутаназије, што је око 80 деце годишње (види такође Извештај Ремелинк⁵³⁸). Приближно 80% лекара опште праксе било је укључено у вршење еутаназије, од чега је 62% изјавило да су некада испуњавали захтев пацијената, а 30% је вршило еутаназију у претходне две године. Од лекара специјалиста, 44% је већ раније вршило еутаназију, а 90% испитаника изјавило је да су спремни да то учине у одређеним околностима.

Исход негативних медијских извештаја и статистике о еутаназији у Холандији био је спровођење неколико студија и истрага чији су резултати били врло различити и непоздани. Главни статистички налази изнети су у извештају објављеном после

⁵³⁸ Професор J. Remmelink, државни тужилац Високог савета Холандије, који је руководио комисијом: Извештај Ремелинк, од 10. септембра 1991. године. Радило се о првој званичној државној студији о пракси еутаназије у Холандији. Студија у два тома документовано објашњава превалентност недобровољне еутаназије у Холандији и открива да су лекари у великој мери преузели улогу доносиоца одлуке у вези са лишавањем пацијента живота. Подаци указују на то да је злоупотреба еутаназије, упркос постојању судски одобрених смерница за вршење овог дела које су створене да би се заштитили пацијенти, увелико узела маха. Бројке су запањујуће. Према наводима у извештају, у току 1990. године:

2,300 људи је преминуло тако што су лекари прихватили њихов захтев да им се помогне да умру (активна, добровољна еутаназија);

400 људи је умрло тако што су им лекари обезбедили средства да се сами убију (самоубиство уз помоћ лекара)

1,040 људи (у просеку троје дневно) умрло је од недобровољне еутаназије, што значи да су лекари активно убили ове пацијенте *без њиховог знања или пристанка*;

14% пацијената је било потпуно способно да одлучује.

72% никада није дало на знање да жели да им живот буде окончан.

У 8% случајева, лекари су извршили недобровољну еутаназију иако су веровали да још увек постоје алтернативна решења.

Уз то, 8,100 пацијената умрло је тако што су им лекари дали превелику дозу лека за ублажавање болова, не због основне сврхе лека да ублажи бол, већ да би убрзали смрт пацијента. У 61% случајева, (4,941 пацијент), превелика доза лека је намерно дата пацијенту *без његовог/њеног пристанка*.

Ове бројке не укључују хиљаде других случајева, такође наведених у студији, где је терапија за одржавање пацијента у животу била прекинута или повучена без пристанка пацијента и с намером да се изазове његова/њена смрт. Нису укључени ни случајеви недобровољне еутаназије извршене над новорођенчади са манама, деци оболелој од болести опасних по живот или над психијатријским болесницима.

У 45% случајева пацијената на болничком лечењу који су подвргнути недобровољној еутаназији, породице пацијената нису биле обавештене да су живот њихових ближњих намерно окончали лекари.

спровођења врло значајне анкете у Холандији, и они су указивали на извесно побољшање у поштовању процедуралних захтева, али је изнет и закључак да добровољна еутаназија и даље остаје ван делотворне контроле.⁵³⁹ Хенк Јокемсен (Henk Jochemsen) процењује да је у току 1995. године у Холандији приближно деведесеторо хендикепиране деце лишено живота помоћу еутаназије.⁵⁴⁰ Лекари ову новорођенчад сматрају „тешко хендикепираном“, без изгледа за „добар живот“, што неминовно намеће потребу за разматрањем 'стања свести', 'способности одлучивања', 'пристанка' (барем пристанка породице) и 'могућности неког другог облика здравствене неге' пре него што се донесе коначна одлука о прекиду живота.

Извештаји о вршењу неонаталне еутаназије изазвали су оштре реакције холандске политике од стране Комитета УН за права детета⁵⁴¹, као и Комитета за људска права, који је разматрао питање неонаталне еутаназије и донео следеће важне закључке и препоруке:⁵⁴²

„Комитет је био забринут размерама вршења еутаназије и самоубистава уз помоћ другог лица... По Закону о прекиду живота на захтев и о самоубиству уз помоћ другог лица, иако други лекар мора да пружи своје мишљење, лекар може да прекине живот пацијента без независног мишљења судије како би се обезбедило да ова одлука није донета због непримереног утицаја или погрешне процене.“

Комитет за права детета уочио је да је закон о еутаназији применљив и на децу од 12 година и старију, и да захтева више пута поновљен и изричит захтев детета, а пристанак родитеља ако је дете млађе од 16 година. Комитет је бринула контрола над таквим захтевима, јер се она спроводила тек пошто би захтев био испуњен и зато што неке случајеве лекари нису ни пријављивали.

⁵³⁹ H. Jochemsen and J. Keown, „Voluntary euthanasia under control? The latest empirical evidence on euthanasia in The Netherlands, Lindeboom Institute for Medical Ethics, The Netherlands” and University of Cambridge, respectively; *Journal of Medical Ethics* ;25(1), 1999 стр. 16-21.

⁵⁴⁰ H. Jochemsen, „Euthanasie, Lecon des Pays-Bas: la regulation est-elle operante?“, *Laennec*, 48(6), October 2000, стр. 7.

⁵⁴¹ Комитет УН за права детета, 35. заседање, CRC/15/Add.227, 26. фебруар 2004. године и 27. март 2009. године.

⁵⁴² ССРР/С/НЛД/СО/4, 25. август 2009. године, 96. заседање, 13-31 јул 2009. године.

У завршним примедбама, Комитет за права детета је захтевао од Холандије да „размотри проблем примене кривичног закона на прекид живота новорођене деце⁵⁴³.”

Пример Холандије разоткрива једну форму недобровољног прекида живота уз помоћ лекара које се пацијенти највише плаше, нарочито стари људи, пацијенти са телесним манама и немоћни који могу да се нађу у ситуацији да не могу сами да донесу одлуку, чиме се одлука о њиховом животу или смрти препушта лекарима. Друга спорна тачка у вези је са „проценом“ о „изгледима“ или нивоу „уживања у животу“ бебе рођене са тешким деформитетима или одрасле особе. Можда породица и даље жели и воли такво дете, можда тешко повређена или смртно болесна особа и даље очајнички жели да живи. Према томе, све се опет своди на „пристанак“, „лични избор“, „индивидуалну аутономију“, и питања која су у контексту људских права веома важна.

„Достојанствена смрт, било да човек умире сам или у присуству других, сигурно је боља од недостојанствене смрти... Да ли постоји и треба ли да постоји људско право на достојанствену смрт?, пита се Џордан Пауст (Jordan J. Paust) у есеју „Људско право на достојанствену смрт: политички оријентисани есеј“⁵⁴⁴, у којем истражује сложеност постојећих закона у контексту бриге за умируће и домова за негу старих и болесних широм САД.⁵⁴⁵

IV.2.6. Закључак

Иако Конвенција не гарантује само по себи право на одређени ниво здравствене неге, Суд је сматрао да у приватни живот појединца спада и његов физички и психички интегритет, као и да држава има позитивну обавезу да својим грађанима обезбеди право на ефективно поштовање њиховог интегритета.⁵⁴⁶

⁵⁴³ CRC/C/NLD/CO/3 Закључци: Холандија, 27. март 2009. године.

⁵⁴⁴ Human Rights Quarterly 17 (1995), The John Hopkins University Press, 463-487.

⁵⁴⁵ Hospice Care in America, Facts and Figures, National Hospice and Palliative Care Organization (NHPCO), 2011 Edition. У току 2010. године, приближно 1,58 милиона пацијената збринута је у домовима за негу немоћних лица. У ову процену укључено је: 1,029,000 пацијената који су тамо и умрли у 2010. години; 292,759 који су остали на нези у домовима до краја 2010. године („настављачи“); 259,000 пацијената који су пуштени из домова 2010. године, из разлога међу којима су: продужена прогноза дужине живота, жеља за лечењем до излечења и други разлози (познати као „живи отпусти из дома“).

⁵⁴⁶ Glass v. United Kingdom, appl. no. 61827/00, параграфи 74-83.

Заштита која постоји по члану 8 Конвенције врло је важна за самоубиство уз помоћ другог лица. Због јединствене терминологије којом је срочен овај члан и слободе његовог тумачења која из тога произлази, члан 8 је постао моћан инструмент у доношењу пресуда у предметима везаним за еутаназију. Са правне тачке гледишта, члан 8 се разликује од других права садржаних у Конвенцији по томе што ни један други члан не говори о „праву на поштовање“, већ о јасно сроченим правима која не остављају места тумачењима, попут „права на слободу од мучења“.

„Поштовање“ које се спомиње у члану 8 довело је до стварања неколико различитих школа мишљења. Не можемо заборавити речи судије Бертона који је права садржана у члану 8 описао као „најнејасније дефинисана и најпроизвољнија од свих права обухваћених Европском конвенцијом.“⁵⁴⁷ Џејмс Фосет (James Fawcett) додаје да реч поштовање „припада свету манира, а не права.“⁵⁴⁸ Надлежни у Стразбуру тумаче концепт „поштовања“ не само као наметање позитивне обавезе државама, већ и као динамично и прогресивно проширење концепта „приватног живота“. Судска пракса појашњава истинитост ове тврдње тако што демонстрира далекосежни потенцијал и домет које ово право има.

Од овог предмета, надлежни органи у Стразбуру у више наврата су наглашавали важност „личности“ као елемента који је обухваћен поштовањем права на приватност.⁵⁴⁹ У предмету Бота против Италије⁵⁵⁰, приликом доношења пресуде јасно је истакнуто: „гаранција коју пружа члан 8 Конвенције првенствено има улогу да обезбеди развој личности сваког појединца, без спољног мешања.“

У покушају да се дефинише конзистентан, али и хуман, приступ проблематици везаној за самоубиство уз помоћ другог лица, могло би да се наведе неколико 'идеалних' сценарија са правне тачке гледишта:

⁵⁴⁷ In *Wright v. Secretary of State for Health* [2006] EWHC 2886 (Admin).

⁵⁴⁸ J.E.S. Fawcett, "The Application of the European Convention on Human Rights" (2nd ed.), Oxford Clarendon Press, 1987, стр. 211.

⁵⁴⁹ L.G. Loucaides, "Personality and Privacy Under the European Convention on Human Rights", (1990), 61 Yearbook of International Law, стр. 175.

⁵⁵⁰ *Botta v. Italy*, appl. no. 153/1996/772/973.

- а) Доношење закона о еутаназији са чврстим прописима, без икакве могућности флексибилног тумачења осим „читања” тачно онога што у закону пише; ту треба укључити допуну релевантних закона и политика, као што је Закон о самоубиству и закони о абортусу, такође и увести „право на смрт“ (са неопходним ограничењима) у међународне и националне законе о људским правима, као и у пактове;
- б) Створити законску регулативу, али уз постојање одређене флексибилности у зависности од околности;
- в) Наставити са постојећом праксом „тестирања” закона у сваком појединачном предмету који се бави еутаназијом, док преседан не буде дефинисао право;
- г) Забранити еутаназију у сваком облику.

Када је реч о гаранцијама, међу познатим и угледним људима чија лична битка, подношењем петиција или залагањем за измене постојећих закона, да добију право да умру наилази на све већу подршку јавности, налази се и сер Тери Прачет (Sir Terry Pratchett)⁵⁵¹. Његова одлучна кампања и заговарање права на смрт је уистину вредна пажње. Прачет је познати писац који, будући да болује од прогресивне Алцхајмерове болести, сматра да би у његовом случају еутаназија била здраворазумско решење и тражи да се успостави „трибунал за еутаназију“.⁵⁵² Он тражи да „трибунал“ преиспита појединачне случајеве самоубиства уз помоћ другог лица и, иако је тема сувише лична и болна за њега⁵⁵³, његов разуман приступ креирању гаранција заслужује пажњу.

Прачет каже да је временом схватио да особа која је после пажљивог размишљања и вагања за и против донела одлуку да оконча свој живот на неки благ начин, има „уравнотежен ум који је јасан, реалистичан, прагматичан, стоички и бритак.“⁵⁵⁴ Он тврди да се највећа замерка противника самоубиства уз помоћ другог своди на то да стари људи могу да буду незаконито приморани да „траже“ да им се прекине живот.

⁵⁵¹ Тери Прачет, аутор многих бестселера из области научне фантастике; www.terrypratchett.co.uk.

⁵⁵² Тери Прачет у серијалу Ричарда Димблбија: Руковати се са смрћу, ВВС 1, 1. фебруар 2012; интервју се може видети на: www.bbc.co.uk/1/player; делови интервјуа објављени су у новинама The Guardian, 2. фебруара 2010.

⁵⁵³ Због стања које се погоршава из дана у дан изложен је свакодневnoj патњи.

⁵⁵⁴ The Care Not Killing Alliance уверава да нико не треба да размишља о добровољној смрти, јер је нега увек доступна.

Налази објављени у Журналу медицинске етике (Journal of Medical Ethics) не подржавају овакво гледиште. Часопис је 2007. године објавио да не постоје докази да је било злоупотребе у вези са немоћним пацијентима у Орегону, где је самоубиство уз помоћ другог лица тренутно легално.

Што се тиче „трибунала” који предлаже, Прачет наводи да треба да се оснује трибунал који ће установити праве чињенице пре него што се изврши самоубиство уз помоћ другог, а чији ће чланови радити за добробит друштва и подносиоца захтева за еутаназу, тако што ће поуздано утврдити да је особа која тражи еутаназу свесна шта ради, да је добро обавештена о томе шта та одлука подразумева, и да је непоколебљива у својој намери; да пати од неизлечиве и по живот опасне болести и да није под утицајем трећег лица.

Трибунал би се састојао од једног правног стручњака који је у стању да разлучи шта особа заиста жели и да ли постоје притисци са стране, једног лекара који има искуства са сложеним и дуготрајним тешким болестима, и панела чланова трибунала старијих од 45 година, јер су до тада стекли „ретки дар мудрости“. Мудрост и саосећање били би, у овом трибуналу, подједнако важни као и право.

У потресном епитафу над сопственим животом, Прачет каже: „...Волео бих да умрем мирно, слушајући Томаса Талиса на iPod-у, пре него што ме болест опрхва, а надам се да то неће бити тако скоро, јер, када бих знао да могу да умрем у ком год тренутку пожелим, онда би изненада сваки дан био драгоцен као милион фунти. Када бих знао да могу да умрем, живео бих. Мој живот, моја смрт, мој избор.“

Ове дирљиве речи послужиће као увод у разматрање две основне групе аргумената против еутаназу, које би условно могли назвати „религиозним“ и аргументима „пристанка“. Ова друга група је опишљивија и тестирана је у судским предметима у вези са потпомогнутим самоубиством, од којих је јавности најпознатији случај др Џека Кеворкијана (Jack Kevorkian), из САД, познатог и као „доктор смрт”, против кога је покренут кривични поступак, јер је 10 година вршио самоубиство пацијената уз лекарску помоћ. Он се жалио против закона о еутаназу и добио спор, али је ипак осуђен на затворску казну (провео је осам година у затвору) после историјске пресуде 1999. године због убризгавања смртоносне ињекције пацијенту. За неке је био херој, а за друге – монструм.

У аргументе у прилог еутаназији спадају: светиња људског живота⁵⁵⁵, индивидуална аутономија, право на избор, право да се не трпи бол и патња, право да се не буде изложен понижавању, право на достојанство, приватност, и на уживање у животу. Аргумент о економском утицају на све сиромашнији систем здравствене и социјалне заштите не треба узимати у разматрање, мада се велики део противника еутаназије нарочито плаши притисака великих приватних медицинских трустова и фармацеутских компанија, за које „непотребно вештачко одржавање у животу“ није увек економски оправдано.

Став друштва према старим особама и особама са озбиљним физичким или менталним хендикепом је од пресудног значаја, као и питање да ли би ове групе легализовањем еутаназије постале још рањивије. То треба имати на уму, поготово после сазнања о прекиду живота без пристанка новорођенчади са хендикепом у Холандији. Историја није имала много милости за „слабе“, а нацистички режим нам је показао најмрачнију страну људске природе.

Страх од „одстрањивања“ особа зато што нису корисне за породицу или друштво довео је до стварања многих група које се противе еутаназији, али исто толико и оних које се за њу залажу. Група за помоћ хендикепиранима „Not Dead Yet“ (Нисмо још мртви) покренула је сопствену кампању 2010. године и позвала све посланике у парламенту да потпишу „Повељу отпора 2010.“, уз изјаву да ће подржати палијативну негу и пружање услуга за самосталан живот, као и да ће омогућити правну заштиту свим смртно болесним или хендикепираним особама.⁵⁵⁶ Тако се у аргументе против еутаназије

⁵⁵⁵ Овај аргумент је коришћен и од противника еутаназије.

⁵⁵⁶ У јулу 1992. године, Удружење педијатара Холандије објавило је како су израђене формалне смернице за лишавање живота новорођенчади са тешким телесним манама. Др Зиер Верслус, председник Радне групе за неонаталну етику, изјавио је да је „и за родитеље и за ту децу рана смрт боља од живота.“ Др Верслус је указао да је еутаназија саставни део добре лекарске праксе у вези са новорођеним бебама. Лекари су ти који процењују да ли је „квалитет живота“ бебе такав да је боље окончати јој живот.

▪ Холандско министарство правде издало је 15. фебруара 1993. године саопштење у коме предлаже проширење законом одобрених смерница у вези са вршењем еутаназије тако да формално укључују и „активну лекарску интервенцију да се тек рођени живот скрати *без изричитог пристанка*“ (нагласак додат). Лизбет Ренсман, портпарол Министарства, рекла је да ће то бити први корак ка званичном санкционисању еутаназије за оне који не могу сами да је траже, нарочито за психијатријске болеснике и новорођенчад са тешким телесним манама.

▪ Холандски суд је 21. априла 1993. године донео историјску одлуку којом се одобрава еутаназија над психијатријским болесницима. Др Будевин Чабот је из оправданих медицинских разлога, и придржавајући се прописаних смерница, помогао пацијенткињи која је била физички здрава, али у депресији, да се убије. Пацијенткиња, педесетогодишња Хили Бошер, изјавила је да жели да умре после смрти своје двоје деце и распада брака који је уследио.

сврставају и побољшање палијативне неге, увиђање значаја неге пацијената, добробит пацијената и квалитет живота. Оно што се мора успоставити и разумети је такав систем и механизми провере и разграничења надлежности који би гарантовали да су све форме лечења и олакшавања бола узете у обзир пре него што се донесе неповратна одлука о прекиду туђег живота путем самоубиства уз помоћ другог лица.

Извештаји о значајном порасту потпомогнутих самоубистава у Холандији⁵⁵⁷ дају повода за забринутост. Противници еутаназије сматрају да је до пораста дошло због урушавања система палијативне неге после легализације еутаназије.⁵⁵⁸

Питање „избора“, као што је то био случај код абортуса, можда је најјачи аргумент у прилог легализовању еутаназије и потпомогнутог самоубиства. Заговорници тврде да је еутаназија/потпомогнуто самоубиство „врховно грађанско право“, и да спречавање да се психички здравим, а смртно болесним пацијентима који желе себи да скрате муке, пружи „помоћ да мирно умру“ представља суштински непоштовање права на личну аутономију. Они такође тврде да је легализација еутаназије/потпомогнутог самоубиства неопходна „полиса осигурања“ којом ће се обезбедити да нико не мора да умре у страшним боловима или дуго да се мучи. Присталице еутаназије сматрају да еутаназија/потпомогнуто самоубиство није далеко од помагања да се контролише бол, јер се у оба случаја користе јаки лекови а понекад ненамерно дође до брже смрти пацијента због употребе наркотика. Они такође тврде да лекари потајно врше еутаназију или потпомогнуто самоубиство, те је стога легализација неопходна како би се рањиве групе пацијената заштитиле од злоупотреба које постоје у садашњој законски нерегулисаној пракси. Забринути због могућих злоупотреба, поборници еутаназије уверавају да би „заштитне смернице“ заштитиле рањиве пацијенте од неправедне смрти, а пацијентима којима би се еутаназијом заиста скратило мучење би омогућиле мирну и жељену „достојанствену“ смрт. Они додају да је противљење овим

⁵⁵⁷ У току 2009. године, 2,636 људи окончало је живот еутаназијом у Холандији, од чега се у 80% случајева радило о особама које су преминуле код куће пошто су им лекари дали смртоносну дозу лека. У 2008. години, путем еутаназије умрло је 2331 особа, што је пораст од 10% у односу на 2007. годину; у 2003. години забележено је 1,815 случајева.

⁵⁵⁸ Комитет за људска права УН није убеђен да холандски систем може да спречи злоупотребе као што је притисак који се врши на пацијента да изврши самоубиство. Више о палијативној нези у С. Kebers, „ Soins curatifs, soins palliatifs,” editions Racine, Bruxelles, 2005.

мерама углавном верски засновано, што законе који их забрањују чини неуставним, јер крше принцип одвојености државе и цркве.

Противници еутаназије/потпомогнутог самоубиства одговарају да би легализовање ових поступака повело друштво опасним путем где би пре или касније убијање хендикепираних, старих, или депресивних људи постало легално, као и оних који нису ментално способни да траже да им се прекине живот. Заштитне смернице „не штите“, тврде они, и користе искуство Холандије у вези са еутаназијом као доказ да су ове смернице бесмислене. Противници еутаназије затим тврде да се у савременој медицини овај поступак промовише из економских разлога као начин смањења трошкова у здравству, и подсећају да лекови који се користе у вршењу еутаназије не коштају више од 40 америчких долара, док трошкови неге умирућих пацијената могу да премаше цифру од 20 хиљада америчких долара. Могу се чути и коментари да људи који су последњи на листи за лечење обично буду први на листи за самоубиство уз помоћ лекара. Противници такође поричу да је потајна еутаназија широко распрострањена у клиничкој медицини и наводе неколико објављених студија као доказ, те ургирају да збрињавање у домовима и одговарајуће лечење пруже морално прихватљиве одговоре на тешкоће које се понекад јављају у процесу умирања.

Међутим, чак и из истих институција понекад долазе збуњујуће поруке. Парламентарна скупштина СЕ објавила је 1976. године у Резолуцији 613 да је „убеђена како пацијенти на самрти највише желе да умру мирно и достојанствено, по могућству уз утеху и подршку породице и пријатеља“, и додала у Препоруци 779 (1976) да „и продужавање живота не треба само по себи да буде изричити циљ медицинске праксе, која се такође мора бавити и олакшавањем патњи“. Скупштинска Комисија за социјална, здравствена и породична питања је недавно одобрила извештај у којем је од европских држава затражено да размотре декриминализацију еутаназије, што је огроман корак напред за покрет „права на смрт“ који се још увек игнорише.⁵⁵⁹

⁵⁵⁹ Здраворазумско размишљање Комисије види се и из нацрта извештаја швајцарског известиоца Дика Мартија који предлаже следеће:

“Нико нема право да смртно оболелој или особи на самрти наметне обавезу да живи свој живот трпећи непоодношљив бол и патњу, поготово када таква особа упорно изражава жељу да оконча живот.

Поред тога, може се рећи да се и Суд у својој пракси сусрео са огромним притиском да дозволи попустљивије националне законе. У децембру 2009. године⁵⁶⁰, Комитет министара СЕ дао је препоруке државама-чланицама у вези са унапред датим инструкцијама и континуираним пуномоћима, уз напомену да самоопредељење и личне жеље пацијената морају да добију већу тежину.⁵⁶¹

Међутим, та иста Скупштина је недавно направила потпуни заокрет и задала тежак ударац групама које се залажу за легализацију еутаназије и самоубиство уз помоћ другог лица особа на смрти. Доношењем Препоруке 1418 (1999), позвала је Комитет министара да подстакне државе-чланице да подрже забрану намерног прекида живота смртно болесних особа или особа на смрти. Скупштина је усвојила, 25. јануара 2012. године, необавезујућу резолуцију⁵⁶² под називом „Заштита људских права и достојанства узимањем у обзир претходно изражене жеље пацијената у вези са унапред датим инструкцијама, континуираним пуномоћима и налозима за поступање у случајевима тешких болести”.

Захваљујући кампањама које се воде за или против еутаназије, јавност је потпуно подељена по овом питању⁵⁶³: моћни лобији који постоје на обе стране не раде на стварању културе која би омогућила коначно законско регулисање овог питања. Поред тога, сваки случај је за себе, због чега пресуде у оваквим предметима не иду у прилог

Здравствени радник није ни под каквом обавезом да прихвати да учествује у чину еутаназије, нити се такав чин може тумачити као немар према људском животу.

Од влада држава-чланица Савета Европе се тражи да прикупе и анализирају емпиријске доказе о одлукама да се живот оконча; да подстичу јавну расправу о тим доказима; промовишу компаративну анализу тих доказа у оквиру Савета Европе; и да, у светлу доказа и јавне расправе, размотре да ли треба увести законе који би легализовали еутаназију”.

⁵⁶⁰ Препорука CM/Rec(2009)11 Комитета министара државама-чланицама СЕ у вези са принципима који се односе на континуиране пуномоћи и проглашавање особе неспособном да одлучује (усвојена од стране Комитета министара 9. децембра 2009. године, на 1073. састанку заменика министара).

⁵⁶¹ Одличан извор информација о овим континуираним пуномоћима представља издање “Bioethics: advance care directives”, Irish Law Reform Commission, Dublin, 2009.

⁵⁶² Принципи у резолуцији сročени су тако да дају смернице европским државама при креирању закона који се односе на унапред дате инструкције, континуиране пуномоћи и налоге за поступање у случајевима тешких болести.

⁵⁶³ Право оних који желе да живе, особа које се плаше директног утицаја на њихов живот или смрт, нпр. ментално и физички хендикепиране особе, стари људи, пацијенти који болују од тешких болести и трпе неподношљиве болове, и они који желе да живе по сваку цену, за разлику од особа које нису религиозне, прагматичара, и особа које се боре за право да умру достојанствено.

ни „одвртању славине“ ни директном оспоравању права појединца да сâм одлучи да ли жели да оконча живот како би се решио патње.“

Судска пресуда по члану 8 у предмету Тајрер против Уједињеног Краљевства даје полазиште за практичнији приступ у савременој пракси, уз одређену флексибилност и разматрање друштвених норми које се мењају, као и хуманих захтева: „...Конвенција је живи инструмент који...мора да се тумачи у светлу данашњих околности.“⁵⁶⁴

То једино значи да ће лични и појединачни интереси бити уважавани и заштићени правом на приватност, када и ако то захтева друштво, његове прогресивне идеје и ставови који се мењају.⁵⁶⁵

Очекујем да ће начин којим се дефинишу и тумаче правни параметри конвенције временом еволуирати, и да ће европско друштво, упоредо са развојем прогресивне мисли и технолошким напретком, наставити да преиспитује застареле идеје, те да ће померати границе писаних закона. Лоби који заговара еутаназију је све јачи, а када људи буду располагају са више података и информација, биће добро да постоји и опција мирног окончања живота, уместо продужавања живота у најгорим и неподношљивим мукама док траје процес умирања. С друге стране, напредак у медицинској технологији и фармацеутској индустрији, уз побољшан квалитет живота, можда ће код тешко оболелих особа подстаћи жељу за животом, без обзира на његов квалитет, поготово што постоји нада да се неким болестима нађе лек. Неопходан је промишљен и уравнотежен приступ законском регулисању еутаназије, уз широки друштвени ангажман како би се створила друштвено-културна свест о разлозима за и против регулисања ове проблематике. Ово демократско право обухвата, између

⁵⁶⁴ Tytler v. United Kingdom (1978), Европски суд за људска права, серија А.26, став 31.

⁵⁶⁵ У предмету Markx v. Belgium (1979) Европски суд за људска права, серија А бр.31, нпр. Суд и Комисија установили су кршење члана 8 и члана 14 у вези са белгијским законима о противзаконитости еутаназије. Пресуда је донета упркос чињеници да је слична тужба била одбачена 12 година раније у фази процене прихватљивости. Appl. no. 2775/67 (нема извештаја).

осталог, право на слободу од присилног медицинског лечења⁵⁶⁶ и од ситуација или услова којима се вређају етичка начела појединца.⁵⁶⁷

У погледу члана 2 Конвенције, држава требало би да има посебну обавезу да оправда мешање у смислу става 2. На пример, обавеза државе да заштити инетресе старих људи и рањивих група од нежељене смрти је оспоравана у предмету Прити, јер је госпођа Прити желела да умре. С друге стране, налази Суда против аргумената државе могли би да имају лош утицај на друштво, тиме што би се отворила могућност злоупотребе и изложили ризику исти они појединци које је држава обавезна да заштити.

Два кључна фактора при доношењу одлуке од стране пацијента су способност одлучивања и добровољност, при чему се одлука доноси у болници пацијентовим свесним одбијањем да настави да узима терапију или да буде лечен на одређени начин.⁵⁶⁸ У предмету Ре МБ (Медицински третман) (Re MB (Medical Treatment))⁵⁶⁹, британски суд је закључио да ментално присебна жена може, из верских, неких других, рационалних или ирационалних разлога, или без разлога, да изабере да се не лечи, иако то за последицу може имати смрт или тешко телесно оштећење детета које носи, или њену смрт. Лекар, у таквим околностима, може законски бар да покуша да је убеди у супротно.⁵⁷⁰ Било је случајева Јеховиних сведока који су одбијали трансфузију крви или узимање неког лека, доводећи у опасност и себе и нерођено дете; јеврејска вера забрањује узимање било које хране која није кошер (чиме се сужава избор лечења); у исламу, за време рамазанског поста, конзумирање јела и пића у току дана је строго забрањено, а вери привржени муслимани не би узели у то време ни лек ако у себи садржи алкохол макар и у траговима. Иако постоје изузеци у ситуацијама опасним по живот и неким другим околностима, где Куран дозвољава узимање лека и воде (чак и хране), многи следбеници то у пракси игноришу. Хришћанство учи о излечењу помоћу молитве, а Сајентолошка црква забрањује отворено показивање бола или олакшавање бола помоћу лекова.

⁵⁶⁶ X v. Austria, appl. no. 8278/78. Peters v. The Netherlands, appl. no. 21132/93.

⁵⁶⁷ Bruggemann and Scheuten v. Germany, appl. no. 6959/75, 10 D.R. 100, супротно мишљење Џ.Е.С. Фосета и одвојено мишљење Т. Опашија.

⁵⁶⁸ Margret Otłowski, „Voluntary Euthanasia and the Common Law“, Oxford, 1997.

⁵⁶⁹ (Re MB (Medical Treatment) [1997] 2. F.L.R. 426.

⁵⁷⁰ Види такође у St. George's Healthcare NHS Trust v S; R. v Collins and Other Ex p. S [1999] Fam. 26.

У овом контексту важно је споменути мишљење Папе Јована Павла II о продужавању лечења болесника у критичном стању:⁵⁷¹ „болесник може по савести одбити лечење које ће му донети само мучно продужавање живота пуног патње, под условом да није прекинута нормална лекарска нега која се мора пружити сваком болеснику под сличним околностима.“

У предмету Прити, Суд је установио да „постоји јасни ризик од злоупотребе.“⁵⁷² Овај предмет утврђује пут будућој законској регулативи о еутаназии. Суд ће у будућности доносити одлуке везане за ову област не само на основу принципа које је сам поставио, већ и на основу информација о развоју националних законских аката о еутаназии, било рестриктивних или попустљивијих. Треба поменути да је у анкети која је недавно спроведена у Великој Британији, 74% испитаника изјавило да лекарима треба да буде дозвољено да помогну смртно болесним пацијентима да окончају живот.

Које год кораке да предузму владе, међународна тела за људска права и регулаторни органи, морамо прихватити чињеницу да ће се „потпомогнута самоубиства“ и даље дешавати, по свој прилици дискретно (као и до сада). Законска регулатива је само један аспект у пуном разумевању и решавању овог питања, који ће морати да буде ојачан путем креирања политика, смерница, стандардних процедура на свим нивоима друштва: у здравству, социјалној заштити, породици, групама које се боре за људска права, итд. Стална отворена дебата, уз континуирано улагање напора да се формира јавно мњење и да јавност буде обавештена о користи, али и о могућностима злоупотреба овог процеса, помогле би да се уклони стигма са еутаназиие.

У том погледу, треба поново нагласити потребу за успостављањем мера којима би се штитили интереси рањивих пацијената, њихових породица и самих лекара. Тако би се обезбедила правилна, правична и законита примена процедуре која може да укључује обавезно ангажовање два независна лекара, пристанак пацијента у писаној форми и са потписом (може и у облику правно извршне „воље за живота пацијента“⁵⁷³, или

⁵⁷¹ *Evangelium vitae* од 25. марта 1995.

⁵⁷² *Pretty v. United Kingdom*, appl. no. 2346/02, параграф 74.

⁵⁷³ О унапред датим инструкцијам (*advance directives*), које се све чешће користе у европским државама, видети опширније у F. Palermitti и I. Grandgerard – Rance, “Rights of persons at the end of life in European Laws: what consideration for people with progressive cognitive decline?” у “Supporting and caring for people with Dementia throughout End of Life”, *Les Cahiers de la Fondation Mederic Alzheimer, Fondation Mederic Alzheimer*, Number 2, 2006, Paris,

обавезујуће писмене изјаве, дате пошто је претходно извршена процена менталне способности и слободне воље пацијента). Пре него што се узме у разматрање жеља пацијента да умре, потребно је одредити ниво физичког и/или психичког оштећења, интензитет бола и патње, изгледе да се у разумном времену пронађе лек за то обољење и корист за пацијента (олакшавање болова). Право и морал налажу да се сва расположива средства и могућности за тражење лека морају прво исцрпсти, као и сви начини да се ублаже болови и патња пацијента, пре него што се еутаназија узме у обзир. Организације које се баве негом болесника, особље здравствених установа и породице треба да пруже јасне доказе да овакву меру подржавају.

У књизи „У домену живота“ (In Life’s Domain), Роналд Дворкин (Ronald Dworkin) пише да је умирање „посебно значајан догађај у причи нашег живота, попут завршне сцене у представи у којој је све пренаглашено и појачано под посебним осветљењем.“

Верујем да је сазрело време да се и у Србији поведе темељна и научно заснована расправа о овој теми.

IV.3. Медицинске интервенције и право на живот

Питања везана за право на живот су такође и извор многих других дилема које се тичу медицине, а посебно медицинске етике и одговорности. Неке од тих важних тема и недоумица које оне постављају пред друштво у целини, укључујући лекаре и правнике, су већ биле подробно обрађене у деловима овог рада који разматрају питања везана за прекид трудноће и еутаназију.⁵⁷⁴

Следећа велика група питања у овој области се односи на здравствену негу. У више наврата је покушавано да се докаже да члан 2 Европске конвенције захтева од држава да пруже одговарајући степен здравствене неге за лица која су под њеном надлежношћу⁵⁷⁵. Коначно је закључено да се сваки недостатак у пружању здравствене

стр. 44 – 53.

⁵⁷⁴ О лекарској пракси и принципима Конвенције видети опширније у А. Power, “Medical practice and Convention Principles. recent case – law of the European Court of Human Rights,” на конференцији “The ever – growing challenge of medical liability: national and European responses”, одржаној 2. и 3. јуна 2008. године у Стразбуру, у седишту Савета Европе; Council of Europe Publishing, 2009, стр. 151 – 160.

⁵⁷⁵ Interrights Manual for Lawyers, „The right to life under the ECHR (article 2)”, страна 35, 2008.

неге не може сматрати повредом члана 2 и државама је остављено широко поље слободне процене, узимајући у обзир да држава располаже ограниченим људским и материјалним ресурсима⁵⁷⁶.

Занимљиво је да се суд није много бавио самим основом одговорности лекара, који постоји још од Хамурабијевог законика и Римског права, које је успоставило принцип *imperitio culpaе adnumeratur* (неумешност лекара рађа кривицу). Уопште узев, медицинске радње карактерише условна противправност. Оне се могу сматрати противправним само кад су непрописне, кад нису у складу са важећим правилима медицинске науке и праксе или кад су обављене без потребне пажње и под условом да између њих и смрти или погоршања здравља пацијента постоји узрочна веза.⁵⁷⁷

Први случај који је Суд разматрао у овој осетљивој области, Асоцијација X против Велике Британије, датира из 1978. године. Подносиоци представке су се жалили да је државни програм вакцинације који је изазвао смрт извесног броја деце довео до повреде члана 2 Европске конвенције. Тадашња Европска комисија за људска права је утврдила да је дошло до повреде овог члана, и тиме признала да држава у одређеној мери сноси одговорност у погледу пружања здравствене неге.

Може се рећи да је Комисија усвојила један од најважнијих закључака у односу на право на живот, јер је закључила да члан 2 „обавезује државу не само да се уздржи од намерног одузимања живота, него штавише да предузме одговарајуће кораке да га заштити.“

Суд је овој области закључио да би болнице требало да донесу правила и протоколе како би се заштитио живот. Ова обавеза постоји подједнако за државне и приватне здравствене институције. У овом контексту, постоји и обавеза да се успостави ефикаван правосудни систем који ће утврдити узрок смрти која је наступила у болници, као и евентуалну одговорност здравствених радника.

⁵⁷⁶ Ibid.

⁵⁷⁷ Ј. Беричевскиј, наведено према Ј. Радишић, „Медицинско право”, Факултет за пословно право, Номос, Београд, 2004, стр. 169.

Ова обавеза држава обавезаних Конвенцијом се понавља у многим пресудама Суда и успоставља директну, корелативну везу са обавезом држава у погледу смрти у притвору/затвору или код нестанка лица. Суду је требало доста времена да успостави праксу и стандарде у овој области, јер је највероватније избегавао да детаљније разматра питања везана за пружање медицинских услуга у земљама обавезаним Конвенцијом, имајући у виду проток времена који је у овим случајевима од посебног значаја, као и већ поменути чињеницу да у овој области државе уживају значајно поље слободне процене, јер су много ближе односном предмету и људима који су њиме погођени.

Један од најважнијих случајева за ову област је случај Калвели и Ђилио против Италије.⁵⁷⁸ Овај брачни пар се обратио Суду јер је сматрао да је наступила застарелост због одуговлачења процедуре, што надаље онемогућава кривично гоњење лекара који је породило госпођу Ђилио, чије је дете умрло убрзо по рођењу. Дете је преминуло два дана по рођењу услед респираторних проблема и синдрома неуролошке пост-асфикције који су настали због његовог положаја током порођаја. Кривични суд у граду Косенци је утврдио кривицу доктора за убиство из нехата, јер је он знао за ризике које сноси мајка која је била дијабетичар, као и због величине детета. Суд је закључио да лекар није предузео никакве мере предострожности, као што је спољни преглед мајке, да би се утврдило да ли величина бебе дозвољава природни порођај. Ово је било од посебне важности, јер је током порођаја и компликација које су уследиле, болничарима требало неких 6-7 минута да пронађу лекара који је обављао консултације у другом делу болнице, што је значајно смањило шансе детета да преживи. Штавише, због спорости и неефикасности италијанског правосуђа, лекар није био кажњен, јер је наступила застарелост.

Пред Судом у Стразбуру подносиоци представке су изнели став да је застарелост гоњења наступила због лошег функционисања правосудног система, што је неспојиво са чланом 2 Европске конвенције и обавезама које из ње произлазе.⁵⁷⁹ Са своје стране, италијанска влада је понављала добро познати став да члан 2 не намеће обавезу

⁵⁷⁸ Calvelli and Ciglio v. Italy, appl. no. 32967/96.

⁵⁷⁹ Ibid, параграф 43.

државама да кривично гоне здравствено особље за убиство из нехата. По мишљењу Владе, кривична санкција је *extrema ratio*,⁵⁸⁰ и док изгледа као једина одговарајућа казна и одговор на озбиљне нападе на право на живот или лични интегритет (као у случају умишљајног убиства), то се не може рећи за случајеве у којима постоје олакшавајуће околности, као што је убиство из нехата, или оно проузроковано немаром или несрећним случајем.⁵⁸¹

Пошто је поновио своје познате ставове о одговорности болница, како јавних, тако и приватних, те о нужности постојања ефективног правосудног система, Суд је подсетио да „иако Конвенција као таква не гарантује право на кривично гоњење трећих лица...ефикасан правосудни систем какав захтева члан 2 може, и под одређеним околностима мора, да примени и кривично право“.⁵⁸² Без обзира на то, „ефикасан правосудни систем не захтева неопходно постојање кривично-правног лека у сваком случају.“⁵⁸³ Суд је потом утврдио нешто што ће у будућности представљати полазну тачку у оваквим случајевима, а то је становиште да „у специфичној области медицинског нехата, позитивна обавеза коју предвиђа члан 2, може на пример бити испуњена ако правни систем пружи жртвама грађанско-правни лек, сам или заједно са кривично-правним леком, омогућавајући установљавање одговорности умешаних доктора и било који други грађанско-правни поступак, као што је захтев за одштетом или објављивањем пресуде. Примена дисциплинских мера би такође могла доћи у обзир.“⁵⁸⁴

Пошто се суштина представке односила на непостојање кривичне одговорности лекара који је био крив за смрт детета, Суд се окренуо преиспитивању италијанског позитивног права, и закључио да тај правни систем пружа, у начелу, правне лекове који задовољавају захтеве из члана 2 Конвенције. Међутим, Суд је додао да „члан 2 неће бити задовољен ако заштита домаћих судова постоји само теоретски. Таква

⁵⁸⁰ Ibid, параграф 44.

⁵⁸¹ У овом случају, Суд се позвао на Резолуцију број (75)24 Комитета министара о кажњавању за убиство или повреду проузроковану саобраћајном несрећом, ситуације у којима је нехат правило.

⁵⁸² *Calvelli and Ciglio v. Italy*, appl. no. 32967/96, параграф 49.

⁵⁸³ Ibid, параграф 51.

⁵⁸⁴ Ibid, параграф 51.

заштита, изнад свега, мора да делује ефикасно у пракси у оквиру временског периода у којем судови могу да обаве испитивање заснованости сваког појединачног случаја“⁵⁸⁵.

У овом конкретном случају, подносиоци представке су закључили вансудско поравнање са болницом и одрекли се права на даљи грађанско-правни поступак. Суд је закључио да су се подносиоци представке сами одрекли неких од најбољих начина и средстава за утврђивање одговорности лекара за смрт детета. Суд је поновио своје раније изнето мишљење да у случајевима у којима „рођак преминуле особе прихвати накнаду штете при поравнању у грађанско-правном случају због медицинског немара, он или она у начелу више није жртва тог немара“⁵⁸⁶. Суд је зато одлучио да у овом случају није дошло до повреде члана 2 Европске конвенције.

По мишљењу судије Зупанчича, „рећи да нема повреде (члана 2 Конвенције) у овом случају не значи да је медицински нехат некако заштићен од кривичног гоњења“. Са своје стране, судије Розакис, Бонело и Стражницка су сматрале да је, у овом случају, ипак дошло до повреде члана 2. Њихова аргументација је занимљива, јер сматрају да је „кривични поступак, *par excellence*, лек који највише одговара процедуралним захтевима члана 2 зато што „се из праксе Суда у Стразбуру види да позитивна обавеза државе обавезане Конвенцијом налаже да се обезбеде одговарајуће процедуре како би се ефикасно истражили смртни случајеви и утврдило да ли су, и како, одговорне особе умешане у одузимање живота.“ Зато су сматрале да „...је тешко закључити да постојећа пракса Суда изједначава кривично-правне и грађанско-правне поступке“. Ове судије су правилно приметиле да су грађанско-правни поступци у основи намењени задовољавању приватних интереса и материјалних аспеката односа међу људима, те да они не задовољавају захтев за изражавањем јавног неслагања са тешким кривичним делом, као што је одузимање живота и најчешће не гарантују потпуну и исцрпну истрагу о разлогу смрти...“ По њима, ово представља снижење заштите права на живот предвиђене чланом 2, које се своди на „приватизацију“ права на живот.

Водећи аналитичари сматрају да су и грађанска и кривична одговорност лекара условљене штетом, коју услед грешке трпи пацијент или неко трећи. Кривична

⁵⁸⁵ Ibid, параграф 53.

⁵⁸⁶ Ibid, параграф 55.

одговорност изискује знатно погоршање здравља, јер мање погоршање сведочи о незнатној друштвеној опасности и одсуству кривичног дела.⁵⁸⁷ Грађанска одговорност лекара наступа кад се ради о погоршању здравља мањег степена.⁵⁸⁸

Иако се већина судија није сложила са аргументацијом Розакиса, Бонела и Стражицке, мора се признати да она има солидно упориште. Сматрам да је данас у свету све присутнија тенденција за превлашћу кривичног законодавства над грађанско-правним, где се захтеви државе за јачањем мера безбедности, одвраћањем од криминала и све већом репресијом, када до њега дође, све више налазе своје место у политичким програмима, и чак доводе партије на власт. Нажалост, ни приближно слична пажња се не посвећује решавању грађанско-правних спорова или увођењу система медијације која би растеретила судове, те право и удаљени концепт правде приближили људима и учинила их субјектима, а не само објектима. Ипак, у овом случају, имам утисак да је Суд олако изједначио кривично-правна и грађанско-правна средства (чак и управно-правна, јер у многим својим пресудама истиче да би се и санкције овог типа могле узети у обзир и применити). Уз дужно поштовање према „колективној мудрости“ Суда, сматрам да су дисциплинске мере, ма колико биле болне за некога ко је направио грешку или био немаран у области тако важној као што је медицина, најчешће ипак биле недовољне. Суспензија лекара који је крив за смрт детета при порођају или одузимање одређеног дела плате, не пружа заштиту нити задовољење коју би требало да обезбеди правни систем у случајевима овако озбиљних кривичних дела, за која су често запрећене високе затворске казне.

Због свега изнетог, сматрам да је мишљење судија који су остали у мањини у овом случају мишљење које је правно боље засновано, те да више одговара осетљивој области лекарске грешке, немара или нехата. Међутим, истовремено не треба отићи у другу крајност, где се готово сваки акт лекара или другог здравственог особља може гонити како у кривичном тако и у грађанском поступку, ради наплате високих

⁵⁸⁷ М. Дамашка, „Медицинска енциклопедија”, свеска 6, Загреб, MCMLX, стр. 213.

⁵⁸⁸ Ј. Радишић, „Медицинско право”, Факултет за пословно право, Номос, Београд, 2004., стр. 172 – 173.

обештећења. У сваком случају, одговорност лекара и другог здравственог особља је тема све присутнија у јавности, али и у судницама широм Европе и света.⁵⁸⁹

У следећем случају који је од кључног значаја, Пентјакова и други против Молдавије⁵⁹⁰, подносиоци представке, који су због хроничног обољења бубрега морали да буду подвргнути хемодијализи, жалили су се да нису адекватно лечени током дугог низа година. Тврдили су да су им били обезбеђени само најнужнији лекови и третмани за шта су морали да плате, а инвалидски додатак који су на то име примали није био довољан да покрије трошкове лекова и лечења које нису могли да добију у болници. Из тих разлога су трпели јаке болове и били су животно угрожени. Такође су навели да су пацијенти, који су одбили да се овако лече, преминули. Подносиоци представке су сматрали да су власти у Молдавији на тај начин повредиле не само право на живот и право да се не буде подвргнут мучењу, права гарантована члановима 2 и 3 Конвенције, већ да су тако повређена и права гарантована члановима 8, 13 и 14.

Суд се овом приликом по први пут сусрео са случајем размерно сиромашне земље у којој здравствени систем нема средства да обезбеди пацијентима адекватну здравствену негу. Суд је истакао да би било пожељно да се свим пацијентима обезбеди адекватна и квалитетна нега и лечење. Он није ни обезвредио нити потценио тешкоће подносилаца представке, посебно током периода пре реформе здравственог система, када им је пружана само стандардна, минимална медицинска нега. Будући да је Суд већ утврдио да „представка о недовољно високој пензији и осталим социјалним примањима може у начелу бити разматрана из угла члана 3 (који забрањује мучење)⁵⁹¹, Суд је поновио да државе имају широко поље слободне процене у овој области, посебно када се ради о расподели ограничених финансијских средстава. Највише из ових разлога, Суд је закључио да Молдавија није прекорачила своје поље слободне процене, и одбацио представку као неприхватљиву.

⁵⁸⁹ Видети више у Ј. Радишић, „Професионална одговорност медицинских посленика”, Институт друштвених наука у Београду, Центар за правна и политиколошка истраживања, Београд, 1986.

⁵⁹⁰ *Pentiacova v. Moldova*, appl. no. 14462/03.

⁵⁹¹ *Larioshina v. Russia*, одлука о неприхватљивости од 23 априла 2002. године.

Занимљиво је да је овде Суд заузео став којим практично ослобађа државу обавеза према Конвенцији, јер је она сиромашна, и њена економска ситуација не дозвољава да се пацијентима пружи нега каква је потребна. Још је чудније што је оваква одлука донета након пресуде у случају Калашњиков против Русије⁵⁹², где је у случају затвореника који је служио казну у веома лошим материјалним условима затварања, Суд на неки начин нагласио обавезе државе у погледу права лица лишених слободе, чак и када је држава сиромашна или када се налази у економској или финансијској кризи, као што је то одскора случај у већини европских држава. Постоји мноштво мишљења и одлука различитих тела и институција које се баве заштитом људских права, посебно економских и социјалних, и која истичу да, без обзира на финансијску и економску ситуацију, постоји минимум права који у сваком случају мора бити гарантован и заштићен. Остаје отворено питање да ли је Суд овде био недоследан и дискриминисао једну групу рањивих лица (пацијенте) пруживши им нижи степен заштите него другој групи (у овом случају, затвореницима).

Све већи број случајева који се тичу лекарске грешке се односи на друге чланове Конвенције. У случају Ел Масри против Аустрије⁵⁹³, подносилац представке се обратио Европском суду сматрајући да су му током лечења биле ускраћене информације и савети лекара у погледу третмана и да је сходно томе, његова радна способност била битно умањена, те да је остао незапослен и без прихода. Будући да је читава процедура трајала 11 година, он се жалио и на повреду члана 6 Европске конвенције која гарантује право на правично суђење. Мада је приметио да у тих 11 година било дужих периода у којима национално правосуђе било неактивно⁵⁹⁴, Суд је, узимајући у обзир здравствено стање подносиоца представке, као и значај судског поступка за њега, закључио да период од 11 година свакако није испунио услов да се суђење мора обавити у разумном року и закључио да је дошло до повреде члана 6 Конвенције.

⁵⁹² Kalashnikov v. Russia, appl. no. 47095/99.

⁵⁹³ El-Masry v. Austria, appl. no. 61930/00.

⁵⁹⁴ Ibid, параграф 44.

Слично томе, у случају Чакмак и други против Турске⁵⁹⁵, ћерка подносиоца представке је била оперисана како би јој се пресадила коса и део коже лица страдалих у несрећи. Судови у Турској су сматрали да овој сложени случај, који је захтевао консултовање многих медицинских експерата, није обрађен преспоро, већ да је напротив све урађено у разумном року. Без обзира на то што је Суд у Измиру имао периоде неактивности и што је Врховни управни суд чекао пуне две године да уопште узме у разматрање овај случај, Суд је закључио да није дошло до повреде члана 6 Конвенције. Случајеви као што је Марченко против Русије⁵⁹⁶, Лаудон против Немачке⁵⁹⁷, и Мехмет и Суна Јигит против Турске⁵⁹⁸, се слично томе разматрају из угла члана 6 Европске конвенције.

За то има више разлога. Први је то што случајеви пред Судом нису довели до смрти лица, већ у најгорем случају до инвалидности (случај Ел Масри), или су се бавили неиспуњавањем обавезе за суђење у разумном року (случајеви Ел Масри и Лаудон) или питањем правне помоћи (случај Мехмет и Суна Јигит).

Следећи случај који је од велике важности за ову област је случај Шилих против Словеније⁵⁹⁹ и тиче се смрти Грегора Шилиха, чији је отац поднео представку Суду за повреду члана 8 Конвенције. Грегор Шилих се отишао у болницу у Словењ Градецу жалећи се на главобољу и свраб коже. Дијагностификована је уртикарија (једна врста алергијске реакције) и добио је инјекције које су битно погоршале стање јер је био алергичан на лекове који су му дати. Лекар који га је примио је уочио знаке тахикардије и наступио је анафилактички шок, после чега му се изгубио пулс и престало дисање. Када је био прикључен на апарате за дисање, пулс се вратио и почео је нормално да дише. Међутим, он убрзо пада у кому и услед тешког оштећења мозга, умире две недеље касније не долазећи више свести. Недуго затим, његови родитељи подносе кривичну пријаву против лекара због несавесног лечења. Највише су се ослањали на давање две инјекције по пријему у болницу и на изостанак адекватних

⁵⁹⁵ *Çakmak v Turkey*, appl. no. 53672/00.

⁵⁹⁶ *Marcenko v. Russia*, appl. no. 56258/99.

⁵⁹⁷ Appl. no. 29510/04.

⁵⁹⁸ *Mehmet and Suna Jigit v. Turkey*, appl. no. 14635/03.

⁵⁹⁹ Appl. no. 71463/01.

мера лечења када се стање њиховог сина погоршало. 600 Информације о лечењу су послате на мишљење Лекарском друштву које није констатовало никакве пропусте од стране лекара или другог особља. На основу тога, јавни тужилац је одбио тужбу због недостатка доказа. Тада почиње дуга правна борба, у којој се смењују лекарске експертизе, форензички извештаји, укључујући и извештај форензичара из Аустрије, захтев за заштиту законитости, испитивања сведока, жалбе Правосудном савету на дужину поступка, жалбе Уставном суду, грађанско-правни захтеви за накнаду штете, петиција Омбудсману, итд. Шилихови нису имали другог средства него да се коначно обратe и Европском суду. Позивајући се на Бечку конвенцију о уговорном праву из 1969. године и праксу других међународних тела у области заштите права на живот (Комитет Уједињених нација за људска права, Међу-Амерички суд за људска права), Суд је прихватио представку у оном делу који се односи на повреду процедуралног аспекта члана 2 Конвенције, на шта ће се даљна анализа првенствено односити. У погледу материјалног аспекта овог права, представка је проглашена неприхватљивом. Подносиоци представке су се жалили да кривично-правни и грађанско-правни поступак који су иницирали није дозволио брзо и ефикасно утврђивање одговорности за смрт њиховог сина⁶⁰¹, на шта је Влада Словеније одговорила да подносиоци представке нису исцрпили сва домаћа правна средства која су имали на располагању⁶⁰², и оспорила је надлежност Суда *rationae temporis*. Суд је стога поновио да је држава имала обавезу да успостави ефикасан и независан правосудни систем како би утврдила узрок смрти и казнила одговорне за смрт Грегора Шилиха.

Суд је зато закључио да две врсте поступка, кривично-правни и грађанско-правни, нису били спроведени довољно брзо, посебно истакавши своје незадовољство што је само у првостепеном поступку овај случај расправљало чак шест различитих судија. Зато је Суд закључио да су словеначке власти пропустиле да посвете пажњу овом случају коју захтева члан 2 Конвенције. Коначно, Суд закључује да је словеначки правни систем био неефикасан, јер је пропустио да установи разлоге и одговорност за смрт Грегора Шилиха.

⁶⁰⁰ Ibid, параграф 14.

⁶⁰¹ Ibid, параграф 19.

⁶⁰² Ibid, параграф 122.

У случају Г. Х. и други против Италије, неколико држављана Италије је поднело представку Европском суду, јер су, као оболели од таласемије, периодично примали трансфузије крви, којом приликом су заражени ХИВ вирусом и вирусом хепатитиса Ц. Апелациони суд у Риму је осудио Министарство здравља само у погледу инфекције вирусом хепатитиса Б, ХИВ-а и хепатитиса Ц које су наступиле после одређеног датума. Касациони суд је потврдио резоновање Апелационог суда, истичући да је за период пре него што су вируси ХИВ-а и хепатитиса Ц откривени, тестови на ове болести логично нису ни постојали и нија могла бити успостављена узрочно-последична веза између трансфузије крви и поменутих зараза. Европски суд је, пре него што је почео са разматрањем случаја, проучио различите Препоруке Комитета министара Савета Европе, а посебно Препорука (80)5, (81)14, (83)8, (85)12 и (88)4. После дуготрајне анализе, Суд је закључио да је дошло до повреде члана 2 у погледу процедуралне, али не и материјалне обавезе.

У релативно сличном случају, Ојал против Турске⁶⁰³, када се опет радило о особи која је примила трансфузију крви и била заражена ХИВ-ом, Суд се окренуо питањима одговорности државе и болнице. Подносиоци представке су били родитељи заражене особе, која је морала да прими трансфузију крви, јер је превремено рођена. Кривична тужба коју су поднели није довела до утврђивања кривичне одговорности лекара у питању, нити до његове осуде. Са друге стране, накнадни грађански и управни поступци су резултирали судским пресудама које су потврдиле да је болница где је трансфузија извршена одговорна, јер је користила заражену крв, те да је Министарство здравља одговорно за немар здравственог особља у обављању дужности. Ствари су се даље искомпликовале, јер су домаће власти повукле здравствену исправу овог дечака после прве године третмана, тако да он више није могао да прима терапију бесплатно.

Европски суд је разматрао овај случај из угла члана 2 Конвенције, јер су подносиоци представке сматрали да су националне власти биле одговорне за довођење њиховог сина у ситуацију која је опасна по живот, јер су пропустили да обуче, надзиру и контролишу рад медицинског особља које обавља трансфузије крви. Суд се, као и много пута раније, одлучио да понови да државе обавезане Конвенцијом имају

⁶⁰³ Oyal v. Turkey, appl. no. 4864/05.

позитивну обавезу да предузму одговарајуће кораке да заштите животе оних који су у њиховој надлежности; ова обавеза постоји и у сфери јавног здравства. Суд је зачудила одлука турских власти да одузму здравствену исправу, и то одмах пошто им је суд наложио да плате одштету. Све ово је довело породицу у веома тешку финансијску ситуацију, јер су морали да се задуже како би обезбедили континуитет третмана које је коштао 6800 евра месечно. По мишљењу Суда, најприкладније решење је да држава сноси трошкове доживотног лечења дечака, уз плаћање нематеријалне штете. Зато је и закључио да држава није испунила своје позитивне обавезе које проистичу из члана 2, и наредио Турској да дечаку доживотно обезбеди адекватну и бесплатну здравствену негу.

Истраживања наводе да се у Француској дневно догоди неких 900 „озбиљних, нежељених“ догађаја, од којих је 380 могло да буде избегнуто, јер се ради о лекарским грешкама.⁶⁰⁴ То су показали резултати студије о нежељеним догађајима везаним за пружање здравствених услуга, који указују на повезаност ових инцидената са „супстандардном медицинском праксом, губитком времена, прекидима у нези тамо где је континуитет од великог значаја, разним одступањима од протокола, правила или препорука“.⁶⁰⁵ Студија такође подвлачи слабу комуникацију међу здравственим особљем, као и недостатак надзора.

Пред Судом су се наша и питања везана за медицинску негу и у случајевима појединаца, најчешће избеглица или азиланата, који су тешко оболели и зато траже да не буду враћени у земљу порекла, јер им тамо не би могла бити обезбеђена одговарајућа нега. Ова питања се најчешће нису разматрала са становишта могуће повреде члана 2, већ члана 3 који забрањује мучење и нечовечно и понижавајуће поступање или кажњавање. Исто се може рећи и за присилно храњење затвореника који штрајкују глађу, мада би се ту могло говорити и о могућој животној угрожености. У случају Илхан против Турске⁶⁰⁶, где су војна лица успорила одвожење овог лица у болницу за неких 36 сати, мада су му претходно нанели тешке телесне повреде, Суд је нашао да је дошло до повреде члана 3, али не и члана 2 Конвенције.

⁶⁰⁴ Le Point, 25. октобар 2010. године, стр. 22.

⁶⁰⁵ Ibid.

⁶⁰⁶ Ilhan v. Turkey, appl. no. 22277/93.

У једном од главних случајева које је Суд разматрао, и који су обележили његову досадашњу праксу у овој области је случај Ангелова против Бугарске⁶⁰⁷. Суд је овде морао да размотри питање непружања благовремене лекарске помоћи лицу које је задржано у полицијском притвору. Уместо да су одмах затражили амбулантна кола или возило прве помоћи, полицајци су прво позвали своје колеге које су особу ухапсиле, да би се ти полицајци вратили у полицијску станицу и тек потом одвезли повређеног у болницу. Читава процедура је одложила пружање неопходне здравствене помоћи за скоро два сата, кашњење које је могло бити избегнуто позивом болници и захтевом да се одмах упуте амбулантна кола. Овај застој је имао фаталну последицу, јер је довео до смрти лица у полицијском притвору. Суд је, очекивано, овај случај разматрао из угла наводне повреде члана 2. Као што је истакнуто раније, у случају да не дође до смрти лица, био би примењен члан 3. Још од случаја Томази против Француске, када је ово лице корзиканског порекла ушло у полицијски притвор у добром здравственом стању, а из њега изашло са бројним повредама, на држави је да докаже како је до тих повреда дошло.

IV.4. Присилни нестанци лица

IV.4.1. Дефиниција

Под присилним нестанком лица подразумева се нестанак лица за које породица не зна где се налази и/или које је на основу поузданих информација пријављено као нестало у току неког оружаног сукоба – међународног или интерног – или у току насиља и немира на локалном нивоу, као и под било којим околностима које захтевају интервенцију неутралног и независног тела.⁶⁰⁸ Присилан нестанак лица повлачи за собом кршење многих грађанских, политичких, економских и социјалних права, укључујући: право на живот, право на заштиту физичког интегритета, право на уважавање особе као личности пред законом, право на личну слободу и безбедност, право на породични живот, право на здравље, итд.

⁶⁰⁷ Appl. no. 38361/97.

⁶⁰⁸ Missing persons, a handbook for parliamentarians, ICRC, 2009. <<http://www.ipu.org/PDF/publications/missing09-e.pdf>>.

Основан почетком седамдесетих година XIX века, Међународни комитет Црвеног крста је готово одмах установио Централну службу тражења која се и данас бави активностима везаним за тражење несталих широм света, и захваљујући којој ратни заробљеници и цивили који су жртве оружаних сукоба, природних катастрофа и других ванредних ситуација могу да ступе у контакт са члановима породице.⁶⁰⁹ То је посебно важно за особе које су нестале током оружаних сукоба. Постоје, међутим, и другачији нестанци. Ту спадају отмице, које су биле карактеристичне за поднебље Јужне Америке, поготово током 70-их и 80-их година прошлог века, али су се у међувремену прошириле и на друге делове света. Приликом отмице, појединци обучени у цивилну одећу, често наоружани, на силу одводе неког политичког противника у непознатом правцу. Жртве отмице најчешће бивају подвргнуте мучењу, и на крају буду убијене. Оне, пак, нису једине жртве. Жртве су и чланови њихових породица који месецима или годинама живе у неизвесности, не знајући шта се десило са њиховим најближима. Ако крену да траже одговоре шта се са њиховим ближњима десило, породице несталих неретко бивају изложене притиску власти или управо оних оружаних група које су за нестанак одговорне.⁶¹⁰ Патњу због нестанка вољених још више појачавају разни психолошки, социјални, економски или правни проблеми којима се често не поклања довољно пажње. Пошто починиоци злочина имају користи од тога да не открију шта се са жртвом десило, тешко је утврдити да ли се жртва држи у заточеништву или је убијена.

Од недавно се у међународном праву често спомиње једно ново право, „право на истину“, с обзиром да је постигнута сагласност да постоји право да се сазна судбина несталих.

Међународно право располаже великим бројем инструмената којима се регулише проблематика присилних нестанака лица. Ту спада и Декларација УН-а о заштити

⁶⁰⁹ <<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/interview/centra-tracing-agency-interview-070410.htm>>.

⁶¹⁰ News Fiacat, International Instruments: Tools for Action! <http://www.fiacat.org/IMG/pdf/Fiacat-info_69_supplement-VA.pdf>.

особа од присилних нестанака, усвојена 1992. године⁶¹¹, која прописује да се отмица и присилно притварање лица сматрају угрожавањем права на живот. ⁶¹²

У преамбули Декларације даје се дефиниција присилних нестанака: „под присилним нестанком подразумева се ситуација у којој је особа ухапшена, притворена или отета против своје воље или је на било који начин лишена слободе од стране службеника разних нивоа или огранака државних власти, организованих група или приватних лица која поступају у име, или уз подршку, директну или индиректну, уз пристанак или прећутно одобравање државних власти. Органи или појединци који су за нестанак особе одговорни одбијају да открију шта се са несталим десило и где се налази, или одбијају да признају да је особа лишена слободе, чиме се несталом ускраћује правна заштита.“ Овај инструмент третира присилни нестанак као изузетно тежак облик кршења људских права који за собом повлачи кршење читавог низа других права. То је у тексту преамбуле и потврђено изјавом да се „присилни нестанак особа не може оправдати ни под каквим околностима, укључујући ратну претњу, ратно стање, унутрашњу политичку нестабилност или неку другу непосредну опасност.”⁶¹³

Постоје и многе друге дефиниције овог феномена. На пример, у Закону БиХ о несталим особама, усвојеном непосредно по окончању рата, наводи се следеће: „под присилним нестанком подразумева се ситуација у којој је особа ухапшена, притворена или отета од стране, или уз овлашћење, подршку или прећутно одобравање државе или политичке организације, при чему одговорни за нестанак особе одбијају да открију шта се са несталим десило и где се налази, или да признају да је особа лишена слободе, чиме се несталом ускраћује правна заштита на дужи временски период.”⁶¹⁴ У Анексу 7 Дејтонског мировног споразума, у члану 5, такође постоји део који се односи на нестале особе: „стране ће прибавити информације, кроз механизме тражења Међународне организације Црвеног крста, о свим несталим особама. Стране ће такође у потпуности сарађивати са Црвеним крстом у настојању да се одреди идентитет, околности и судбина несталих особа.“

⁶¹¹ Члан 1.

⁶¹² На пример, Радна група Уједињених нација за питања присилног нестанка људи регистровала је 50 000 случајева несталих од 1980. године до данас.

⁶¹³ Члан 7.

⁶¹⁴ Члан 172, став 2 (h).

Amnesty International, једна од водећих светских невладиних организација за заштиту људских права, уложила је значајан труд да утврди који елементи чине овај злочин и закључила да се нестанак особе састоји од следећих елемената: (1) ради се о лишавању слободе неке особе; (2) које је спроведено од стране припадника власти или уз њихов пристанак; (3) које прати одсуство информација или одбијање да се призна да је особа лишена слободе или да се открију околности нестанка и судбина несталога; (4) чиме се несталој особи ускраћује правна заштита.⁶¹⁵

Без обзира на дефиниције, судови за људска права и друга међународна тела задужена за надзор над заштитом људских права морају да се у својим одлукама руководе опипљивим доказима и нерадо потврђују да је дошло до кршења права на живот уколико околности нестанка неке особе не могу јасно да се утврде. Из тог разлога су жртве присилних нестанака, пре него што је усвојена Конвенција Уједињених нација 2006. године, морале да траже помоћ од разних тела у оквиру Уједињених нација задужених за заштиту њихових права. Комитет УН за људска права тражио је још 1982. године, у свом Општем коментару о праву на живот, да државе-чланице раде на спречавању случајева нестанака, и установио је да многи случајеви те врсте у Јужној Америци представљају повреду члана 6 Конвенције.

У такве случајеве спада и предмет Баутиста против Колумбије (*Bautista v. Colombia*), познати случај отмице девојке из њене куће у Боготи 1987. године. Очевици су изјавили да су осморица наоружаних мушкараца у цивилу угурала девојку у цип. Иако је њена отмица одмах пријављена локалним властима, ништа није било предузето.⁶¹⁶ Међутим, 1990. године, породица гђице Баутиста сазнала је да је у Гвабеталу била сахрањена неидентификована жена која је по опису могла да буде отета Нидија Баутиста. Истражни одсек Државног тужилаштва наредио је ексхумацију тела. Нидијина сестра препознала је делове одеће, ташну и минђушу своје сестре, а касније је и тим форензичара потврдио у свом извештају да се ради о несталој девојци.⁶¹⁷ Против двојице припадника обавештајне службе који су били одговорни за њен нестанак и смрт предузете су само дисциплинске мере. Комитет је утврдио да је дошло

⁶¹⁵ C. Ovey and R. White, *op. cit.* стр. 59, 60.

⁶¹⁶ M., Nowak, *op. cit.*, стр. 132.

⁶¹⁷ Холандски институт за људска права. <<http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/CCPRcase.nsf/>

до повреде члана 6 ICCPR-а и закључио да су изречени дисциплински и управно-правни лекови несразмерно слаби у односу на тежину прекршених људских права у овом предмету.⁶¹⁸

Други познати случај нестанка је предмет Блејер Кинтерос против Уругваја (*Bleier Quinteros v. Uruguay*). Овде се радило о бившем члану Комунистичке партије који је ухапшен 1975. године, а потом дуго подвргаван мучењу и држан у притвору без права на комуникацију са спољашњим светом само због тога што је по пореклу био Јеврејин. На основу навода многих очевидаца о мучењима којима је био изложен, његова породица је веровала да је мртав. Власти су порицале било какву одговорност, и чак су тврдиле да Блејер Кинтерос није у затвору, јер га и оне наводно траже због његових активности. На основу документованих налаза, и имајући у виду да власти нису спровеле истрагу, Комитет је дошао до закључка да у овом предмету има основа за оцену да су уругвајске власти починиле повреду члана 6 ICCPR којим се штити право на живот.⁶¹⁹

Уз Декларацију, која је очигледно правно необавезујући инструмент, и Међународни пакт о грађанским и политичким правима, следећи темељни инструмент закључен у оквиру борбе УН-а против нестанка лица представља Међународна конвенција о заштити свих лица од присилног нестанка (ICCPED) из 2006. године.⁶²⁰ Текст Конвенције усвојила је ГС УН, а потписивање је почело 6. фебруара 2007. године. Конвенција је ступила на снагу 23. децембра 2010. године. До априла 2012. године број држава-потписница попеће се на 90, док је 30 држава Конвенцију ратификовало. Међународна конвенција је први универзални документ којим се забрањује пракса присилног нестанка особа под било којим околностима.⁶²¹

У Конвенцији се под присилним нестанком особа сматра „хапшење, притварање отмица или било који други облик лишења слободе који врше припадници државне власти или групе и појединци по овлашћењу, уз пристанак или немешање државе, при

⁶¹⁸ М., Nowak, *op. cit.*, стр. 133.

⁶¹⁹ *Ibid*, стр. 130.

⁶²⁰ <<http://www2.ohchr.org/english/law/disappearance-convention.htm>>. or <<http://www2.ohchr.org/english/law/pdf/disappearance-convention.pdf>>.

⁶²¹ *Ibid*.

чему одговорни за нестанак особе одбијају да открију шта се са несталим десило и где се налази, или да признају да је особа лишена слободе, чиме се несталом ускраћује правна заштита на дужи временски период.”⁶²²

Конвенција налаже државама-потписницама да присилни нестанак лица сматрају кривичним делом које подлеже казнама кривичног законодавства.⁶²³ Она их такође обавезује на примену рока застарелости који ће ићи у прилог жртвама, који ће бити дужег трајања и бити сразмеран изузетној тежини овог кривичног дела, а примењиваће се од тренутка његовог извршења.⁶²⁴

Конвенција такође обавезује државе-потписнице да предузму превентивне мере у смислу пружања чвршћих гаранција у вези са држањем особа у притвору.⁶²⁵ Поред тога, уведе се и право жртава да буду информисане,⁶²⁶ право да знају истину у вези са околностима присилног нестанка,⁶²⁷ и право на репарацију. ⁶²⁸

По Конвенцији, државе имају обавезу да предузму мере, прописане кривичним правом, како би спречиле и казиле усвајање или одузимање деце рођене у заточеништву или чији родитељи су жртве присилног нестанка.⁶²⁹ Успостављен је и Комитет за присилне нестанке, ново надзорно тело са истражним овлашћењима. Поред дужности које традиционално обављају тела надлежна за спровођење УН конвенција (нпр. анализирање извештаја које подносе државе-потписнице и појединачних или међу-државних комуникација, подношење извештаја Генералној скупштини УН, итд.), овај комитет који броји десет чланова има изразито превентивну функцију и задужен је за подношење хитних апела и обављање инспекција на терену у критичним ситуацијама.⁶³⁰

⁶²² Члан 2.

⁶²³ Члан 7.

⁶²⁴ Члан 8.

⁶²⁵ Члан 7.

⁶²⁶ Члан 18.

⁶²⁷ Члан 24(2).

⁶²⁸ Члан 24(4).

⁶²⁹ Члан 25.

⁶³⁰ ICRC, Guiding Principles. <<http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/model-law-missing-0209-eng-.pdf>>.

Комитет може да скрене пажњу Генералном секретару УН на распрострањене и систематски спровођене присилне нестанке лица.⁶³¹ Комитет ће радити у пробном периоду од четири године, за које време треба да буде извршена темељна реформа тела Уједињених нација која спроводе конвенције закључене у оквиру ове организације. ⁶³²

Статут Хашког трибунала не садржи одредбу о присилним нестанцима. То је вероватно разлог зашто Трибунал није изрекао казнене мере за овај злочин, иако се присилни нестанак спомиње у бар два предмета којима се суд бавио: једном као злочин против човечности ('и друга нечовечна поступања')⁶³³, а други пут као чин геноцида⁶³⁴ ('озбиљно нарушавање душевног здравља припадника неке групе'). ⁶³⁵

У Римском статуту Међународног кривичног суда присилни нестанци лица спомињу се у члану 7 (1) (i), и сматрају се злочином против човечности. Члан 7 проширује дефиницију овог злочина (i): „под присилним нестанком подразумева се хапшење, притварање или отмица особа од стране или са допуштењем, потпором, пристанком државе или политичке организације, пропраћено одбијањем да се призна такво одузимање слободе или ускраћивањем информација о судбини или боравишту тих особа“.

Међутим, многи су критиковали дефиницију присилних нестанака из Римског статута, међу којима је била и Радна група за присилне и недобровољне нестанке УН - а.⁶³⁶ Ова Радна група је у више наврата препоручила државама-чланицама⁶³⁷ да ову дефиницију тумаче у складу са прихватљивијом и комплетнијом дефиницијом садржаном у члану 2 ICCPED-а. Ова радна група такође препоручује допуну постојећих закона, у складу са Конвенцијом и Декларацијом, увођењем одредбе о присилном нестанку као посебном злочину, како би за њега могла да буде изречена казна ако се утврди да није реч о злочину против човечности.

⁶³¹ Ibid.

⁶³² Ibid.

⁶³³ Видети пресуду Судског већа у предмету Купрешкић и други, став 566, и пресуду у предмету Квочка и други, став 208.

⁶³⁴ <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/16session/A-HRC-16-48-Add1.pdf>>.

⁶³⁵ Такође у контексту Сребренице: пресуда Благојевићу и Јокићу, 17. јануар 2005. године, став 653.

⁶³⁶ Доступно на: http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/docs/disappearance_gc.doc.

⁶³⁷ Нпр. Босни и Херцеговини.

Радна група подсећа да је у првом ставу члана 18 Декларације о заштити особа од присилних нестанака прописано: „за особе које су починиле, или се тврди да су починиле, кривична дела у смислу члана 4, став 1, не важе олакшице које произилазе из закона о амнестији, нити сличне мере којим би ове особе могле бити изузете од кривичног гоњења или санкција.“ У Општем коментару на члан 18 Декларације,⁶³⁸

Радна група је нарочито истакла да „државе треба да се уздрже од доношења и спровођења таквог закона о амнестији којим би починиоци присилног нестанка лица били изузети од кривичног поступка или санкција, и који би онемогућавао правилно спровођење и примену других одредби садржаних у Декларацији“.⁶³⁹ Ово тело је недавно, у Општем коментару на однос између права на правду и присилних нестанака⁶⁴⁰, изразило мишљење да „право на правду не може бити ограничено када присилни нестанак лица представља злочин против човечности“.⁶⁴¹ У том смислу, препорука Радне групе је да треба допунити кривичне законе тако да искључују могућност амнестије за тешка кривична дела по међународном праву, укључујући кривично дело присилног нестанка лица, у складу са међународним обичајним правом и чланом 18 Декларације.“⁶⁴² Радна група сматра присилни нестанак кривичним делом у континуитету за које следи казнена мера на основу *ex post* законских регулатива, без нарушавања принципа не-ретроактивности, докле год судбина или кретање нестале особе нису разјашњени.“⁶⁴³

У последње време, Европски суд за људска права често се бави разматрањима да ли је дошло до повреде члана 2 у случајевима нестанка појединаца пошто су притворени или стављени под контролу органа власти. Ови случајеви могу се грубо поделити на две групе: случајеве где постоји документација и други докази да је лице било у притвору пре нестанка, и случајеве у којима таква документација и докази не постоје.

⁶³⁸ Извештај Радне групе за присилне или недобровољне нестанке за 2005. годину. Документ E/CN.4/2006/56.

⁶³⁹ Став 1.

⁶⁴⁰ Working group on forced disappearances.

⁶⁴¹ Став 8.

⁶⁴² <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/16session/A-HRC-16-48-Add1.pdf>>.

⁶⁴³ Ibid.

Суд у првој групи случајева често потврђује да је дошло до повреде како материјалних, тако и процесних услова прописаних чланом 2. Повреда материјалних услова прописаних чланом 2 заснива се на принципу према коме, ако постоји довољно поузданих доказа да је лице нестало док је било под надзором државних органа, власти морају да пруже прихватљиво објашњење у вези са судбином жртве, и да ли је тело пронађено или није. Повреда процесних услова прописаних чланом 2 логично проистиче из пропуста државе да испуни горе наведене критеријуме. Што се тиче друге групе случајева, Суд може једино да установи да је дошло до повреде процесних услова прописаних чланом 2, пошто је практично немогуће утврдити одговорност државних органа за наводну смрт особе која је нестала (нпр. предмет Танрикулу против Турске из 1999. године). С тим у вези, треба напоменути да је Суд у предмету Кипар против Турске из 2001. године закључио да је постојала континуирана повреда процесних услова прописаних чланом 2, јер влада Турске годинама није спроводила истрагу о судбини хиљада људи које је турска војска држала у притвору на северном Кипру и који су током времена нестали.⁶⁴⁴

IV.4.2. Лица нестала после притварања

У случајевима у којима су постојали докази да је лице нестало после притварања, Суд је сматрао да у пропусту државе да истражи шта се са притвореником десило има основа за повреду члана 2, уколико постоји довољно посредних доказа на основу којих се може тврдити ван разумне сумње да је та особа преминула у притвору.

Треба узети у обзир неколико фактора приликом утврђивања да ли се особа може сматрати мртвом. Један од главних критеријума сигурно је дужина временског периода у току којег није било никаквих информација у вези са жртвом. У друге факторе спадају: сазнање да је особа притворена или ухапшена (или барем да је била под контролом припадника државних органа када је последњи пут виђена); постојање услова опасних по живот у тренутку када је особа притворена; одсуство било каквих позданих информација о томе шта се са притвореником дешава; одсуство разумног

⁶⁴⁴ D. Gomien, Short guide to the European Convention on Human Rights, 3rd edition, Council of Europe Publishing, May 2005, first edition in 1991.

објашњења од стране Владе о томе шта се са притвореником десило. Уколико у предмету постоје ови фактори, Суд може основано да претпостави да је та особа мртва. У великом броју случајева ради се о комбинацији наведених фактора. На пример, ако временски период који је прошао од како нема вести о несталом притворенику није одлучујући фактор у предмету, али је и даље довољно важан да би се узео у обзир, што више времена пролази без вести о несталом, то је већа вероватноћа да је преминуо. Временски период такође може да утиче на тежину коју имају други докази, пре него што се изнесе претпоставка о смрти несталог лица (нпр. ако се зна да је подвргавање мучењу честа појава у одређеном локалитету).

Тако је у предмету Базоркина против Русије⁶⁴⁵ неколико важних елемената било узето у обзир приликом одлучивања да ли се нестали о коме се ништа није знало већ шест година може сматрати мртвим и да ли се власти могу сматрати кривим за његову смрт. Прво, Влада није порекла да је нестали био приведен и притворен за време контра-терористичке акције. Друго, на основу видео снимка и изјава бројних очевидаца прикупљених у току кривичне истраге потврђено је да је несталог притвореника испитивао припадник војске вишег ранга који је тада изјавио да га треба погубити, што се с правом може сматрати ситуацијом која представља озбиљну претњу по живот несталог. Надаље, од тада више није било никаквих вести о њему. Коначно, доказни материјал коришћен да би се доказало супротно није био уверљив (испоставило се да ни један од двојице сведока који су тврдили да су несталог притвореника касније видели, није познавао; они су изјавили да су наводно само на кратко, и из даљине, видели некога ко је личио на њега). Нико из његове породице, од колега студената, нити од других особа које су притворене истог дана није се са њим ни видео, ни чуо. Поред тога, његово име није пронађено у притворским досијеима. При томе, није пружено никакво логично објашњење о томе шта се са њим десило, а званично дате верзије да је побегао или да је убијен из заседе испоставиле су се током истраге као нетачне. На основу свега тога, Суд је закључио да се ова особа мора сматрати мртвом после неодређеног времена проведеног у притвору; будући да власти нису пружиле никакво оправдање у вези са употребом смртоносног оружја од стране њихових службеника, закључак је да је Влада одговорна за смрт несталог лица.

⁶⁴⁵ Bazorkina v. Russia, appl. no. 69481/01.

Постоје и други примери који илуструју примену ових принципа.

У првом предмету ове врсте, Курт против Турске,⁶⁴⁶ син подносиоца представке последњи пут је виђен окружен војницима током безбедносне операције. У наредне четири и по године није било никаквих информација о томе где се налази или шта се са њим десило. Приликом разматрања да ли постоји довољно конкретних доказа на основу којих би се могло закључити да је син подносиоца представке убијен од стране органа власти, Суд је навео да цео случај почива само на претпоставкама које је мајка несталог лица извела на основу околности под којима је њен син притворен, поткрепљених уопштеном анализом праксе коју органи власти наводно званично толеришу, односно нестајања лица и са њима повезаним лошим поступањем према притвореницима и погубљењима мимо одлуке суда. Приложене аргументе Суд је сматрао недовољним да би се могло поуздано утврдити да је син подносиоца представке заиста убијен у притвору, и закључио да у овом предмету није дошло до повреде члана 2 Конвенције. За неке је оваква одлука Суда била разочаравајућа, будући да су и Комисија и Суд сматрали, с обзиром на околности овог случаја, да „страх мајке несталог младића, која је подносилац представке, да је њен син можда умро у притвору, није сасвим неоснован“. У каснијим предметима Суд је био спремнији да испита случајеве нестанка особа пошто су биле претходно ухапшене и притворене: када није било доказа да је неко био мучен или убијен, предмет је разматран по члану 5, који штити од произвољног хапшења и лишења слободе. Суд је сматрао да је „дошло до посебно тешког кршења права на слободу и личну сигурност која се гарантује по члану 5, што изазива озбиљну бојазан за добробит Узеира Курта.“⁶⁴⁷ Суд је такође изразио мишљење да је његова мајка претрпела дуготрајну бојазан због сазнања да је њен син притворен, и то уз „потпуно непостојање званичних информација о томе каква је његова каснија судбина.“ Суд је сматрао да је она због тога жртва на основу члана 3 Конвенције.⁶⁴⁸

⁶⁴⁶ Kurt v. Turkey, appl. no. 24276/94.

⁶⁴⁷ Kurt v. Turkey, appl. no. 24276/94, параграф 129.

⁶⁴⁸ Ibid, параграф 134.

У предмету Чакичи против Турске⁶⁴⁹ подносиоци представке тврдили су да је њихов рођак нестао пошто је одведен у притвор. Држава је то оспоравала, тврдећи да он није био притворен, већ да је убијен у оружаном сукобу између снага безбедности и терориста на југоистоку Турске, што је установљено идентификацијом његових личних докумената. Држава није поднела званични извештај о томе да је заиста код убијеног терористе пронађена лична карта на основу које је закључено да се ради о том несталом лицу, нити је пружила доказе о идентификацији и изручењу тела да буде сахрањено. Комисија је утврдила, да постоје поуздани и убедљиви докази да је нестало лице било у притвору. Уз то, притворски извештаји за релевантни период били су врло сумњиви и нису садржавали прецизне и потпуне податке у вези са особама које су могле бити притворене у том периоду. Поред тога, један притвореник је посведочио да је био у притвору заједно са несталим притвореником дуже од две недеље, да је он био у лошем стању и да је имао трагове скорене крви на одећи, као и да му је рекао да су га мучили. Суд је донео закључак да је нестали притвореник био жртва притварања које надлежни органи не признају, да је злостављан, и да се „врло озбиљни закључци“ могу извести из тврдње државе да је код убијеног терористе пронађена лична карта несталог лица, на основу чега је Суд утврдио „ван разумне сумње“ да је жртва преминула после хапшења и притварања од стране снага безбедности. С обзиром да се жртва мора сматрати мртвом после притварања које држава пориче, држава се сматра одговорном за њену смрт по члану 2 Конвенције.

У предмету Кипар против Турске⁶⁵⁰ турске власти никада нису објасниле шта се десило са 1500 кипарских Грка који су последњи пут виђени живи у турском притвору и о којима се ништа није знало годинама по престанку ратних дејстава. Суд је узео у обзир да је до њиховог нестанка дошло под околностима које се могу сматрати опасним по живот због високе стопе смртности цивила и припадника војске у току војних операција. Међутим, и поред тога што су у каснијим признањима изнете тврдње да је турска војска предала затворенике из грчког дела Кипра борцима из турског дела, после чега су затвореници били погубљени, Суд није могао са сигурношћу да установи да су нестала лица убили надлежни органи тужене државе.

⁶⁴⁹ Çakici v. Turkey, appl. no. 23657/94.

⁶⁵⁰ Cyprus v. Turkey, appl. no. 25781/94.

У предмету Орхан против Турске⁶⁵¹, сведоци су видели, како припадници државних органа одводе жртве у непознатом правцу. У овом предмету, за разлику од чињеничног стања у предмету Курт против Турске, постојали су докази да су власти раније издале потерницу за жртвама, у региону за који се није могла искључити могућност „да лишење слободе таквих особа може да доведе њихов живот у опасност“, посебно ако се има у виду да је ефикасност у заштити живота коју би кривично право требало да гарантује била ослабљена због присутног уверења да припадници снага безбедности не сносе одговорност за своја дела. Недостатак одговорности је нарочито био видан у овом случају, пошто се испоставило да су припадници полиције знали врло мало о војним операцијама, због чега нису ни могли да их контролишу. На основу свих података, Суд је морао да закључи да се нестала лица могу сматрати мртвим после боравка у притвору који снаге безбедности поричу.

У предмету Ипек против Турске⁶⁵², о несталим лицима се ништа није знало скоро девет и по година, и Суд је морао да претпостави да су мртви. Иако је чињенично утврђено да су нестала лица била одведена у једну војну установу, влада у вези са тим није дала никакво објашњење, на основу чега је Суд закључио да је држава одговорна за њихову смрт.

У предмету Акташ против Турске⁶⁵³, прегледом жртве *post-mortem* установљено је да је она била доброг здравственог стања када је одведена у притвор, а да је касније задобила тешке телесне повреде. Накнадни докази указивали су на смрт дављењем. С обзиром на такве околности случаја, Суд је закључио да је жртва умрла насилном смрћу за време боравка у полицијском притвору.

У предмету Имакајева против Русије⁶⁵⁴, Суд је изнео претпоставку да је нестало лице било лишено слободе под околностима које се могу сматрати опасним по живот, будући да се о њему ништа није знало скоро четири године. Поред тога, ни тужилаштво ни органи за спровођење закона нису предузели никакве кораке које су били дужни да предузму у првих неколико дана или недеља по лишавању лица

⁶⁵¹ Orhan v. Turkey, appl. no. 25656/94.

⁶⁵² Ipek v. Turkey, appl. no. 25760/94.

⁶⁵³ Aktaş v. Turkey, appl. no. 24351/94.

⁶⁵⁴ Imakayeva v. Russia, appl. no. 7615/02.

слободе, а њихов став пошто су обавештени о његовом задржавању у притвору само је додатно наводио на закључак да је жртва нестала после лишења слободе. Званични став државе и добро аргументована жалба подносиоца представке пружали су основ за сумњу да је држава барем прећутно одобравала ситуацију. Штавише, овакво понашање државних органа доводило је у сумњу и објективност спроведене истраге.

У каснијим предметима, можда под утицајем дешавања у међународном праву у овој области, Суд се показао спремнијим да испитује по члану 2 предмете у којима је боравиште неког лица постало непознато након хапшења и лишавања слободе, али је Суд у одређеној мери остао опрезан када је реч о примени члана 3 на блиске рођаке „несталог лица“.⁶⁵⁵

У предмету Ертак против Турске⁶⁵⁶ Суд је утврдио да постоји довољно доказа да се закључи ван разумне сумње да је, након што је ухапшен и одведен у притвор, Мехмет Ертак подвргнут тешком злостављању које надлежни органи не признају и да је умро док је био у притвору снага безбедности. Због тога је Суд направио разлику између овог предмета и предмета Курт „у којем је Суд притужбе подносиоца представке које су се односиле на нестанак њеног сина испитао у односу на члан 5. У предмету Курт, иако је син подносиоца представке одведен у затвор, није било других доказа о поступању коме је он након тога био подвргнут и о његовој каснијој судбини.“ Суд је нагласио да „надлежни органи имају дужност да одговарају за појединце који су под њиховом контролом“ и да „није дато објашњење у вези са тим шта се десило са Махмутом Ераком након хапшења. Сходно томе, Суд сматра да у околностима овог предмета Влада сноси одговорност за смрт Мехмета Ертака, коју су изазвали овлашћени државни службеници након његовог хапшења – по том основу дошло је до повреде члана 2.“⁶⁵⁷ Уочавајући низ пропуста приликом спровођења истраге, Суд је закључио да је „тужена држава пропустила да испуни своју обавезу да спроведе

⁶⁵⁵ Ово питање је покренуто у предмету Тимурташ против Турске, где је Суд поново утврдио да је подносилац представке (отац несталог лица) претрпео такво поступање, између осталог зато што су „одређени припадници снага безбедности такође показали безосећајно непоштовање према забринутости подносиоца представке, тако што су му неистинито у лице порицали да је његов син одведен у притвор.“ Видети параграф 97 пресуде.

⁶⁵⁶ Ertak v. Turkey, appl. no. 20764/92.

⁶⁵⁷ Ertak v. Turkey, appl. no. 20764/92, параграфи 131-133.

адекватну и делотворну истрагу околности нестанка сина подносиоца представке. Због тога је и по том основу дошло до повреде члана 2.“ 658

У предмету Тимурташ против Турске,⁶⁵⁹ прошло је шест и по година од тренутка када су сина подносиоца представке ухватили жандарми и одвели у притвор без икаквих информација о његовом накнадном месту боравка или судбини. Комисија се поново суочила са низом препрека у поступку утврђивања чињеница: пет од једанаест сведока са којима су хтели да разговарају, укључујући и тужиоца, нису дошли на разговор, а ни Влада није обезбедила све потребне доказе. Због ових проблема, Комисија је формално утврдила постојање кршења Конвенције⁶⁶⁰, износећи мишљење да Влада није адекватно сарађивала у истрази.⁶⁶¹ Ово одсуство сарадње такође је наведено као аргумент против Владе у пресуди Суда.⁶⁶²

У својој пресуди, Суд је говорио о сличним, мада не и истоветним, приступима случајевима „несталих лица“ по члановима 3, 5 и 2 Конвенције: Суд је претходно изразио мишљење да, када се појединац одведе у притвор у добром здрављу и приликом пуштања на слободу се открије да је повређен, дужност је државе да пружи уверљиво објашњење о томе како су повреде настале, а ако то не учини постављају се питања везана за члан 3 Конвенције. У истом духу члан 5 прописује обавезу државама да разјасне питања око боравишта било ког лица које је одведено у притвор и тако стављено под контролу надлежних органа. Да ли ће пропуст надлежних органа да дају уверљиво објашњење о судбини притвореника, уколико се не нађе тело, такође покренути питања по члану 2 Конвенције, зависи од околности конкретног предмета, а посебно од постојања довољно доказа на основу индиција, на основу конкретних елемената, из којих се може закључити по прописаним стандардима за доказни поступак да се мора претпоставити да је лице лишено слободе умрло у притвору.⁶⁶³

⁶⁵⁸ Ibid, параграфи 135.

⁶⁵⁹ *Timurtaş v. Turkey*, appl. no. 23531/94.

⁶⁶⁰ Члан 28 (1) (а) (сада члан 38 (1) (а)) Конвенције,

⁶⁶¹ *Timurtaş v. Turkey*, appl. no. 23531/94, параграф 39.

⁶⁶² Ibid, параграф 63-70.

⁶⁶³ *Timurtaş v. Turkey*, appl. no. 23531/94.

Пошто надлежни органи нису дали објашњење смртог случаја, овај случај приписан је држави и утврђено је да је дошло до кршења материјалних услова прописаних чланом 2.664 Суд је био спреман, у овом предмету, да процени вероватноћу смрти жртве у светлу опште ситуације у југоисточној Турској у то време. То судску праксу Суда приближава пракси Међуамеричког суда за људска права, на коју је Суду експлицитно скренуо пажњу, путем *amicus curiae* извештаја, Центар за правду и међународно право, невладина организација за људска права која ради у Централној и Јужној Америци.⁶⁶⁵

Утврђено је да је било и кршења процесних услова прописаних чланом 2.666 Суд је навео да „летаргија коју су показали истражни органи снажно истиче значај ажурне судске интервенције прописане чланом 5, став 3 и став 4 Конвенције која... може довести до откривања и спречавања мера којима се угрожава живот и које представљају кршење темељних гаранција садржаних у члану 2.“⁶⁶⁷

Није изненађујуће што је Европски суд установио низ стандарда који јасно дефинишу обавезу државе у случају нестанка лица. Најочигледнији међу њима је делотворна истрага. У том смислу значајно је мишљење судије Џона Хедигана (John Hedigan)⁶⁶⁸ у вези са неопходношћу спровођења квалитетне истраге неразјашњених или сумњивих смртних случајева: „Таква истрага... је од суштинског значаја, јер надлежни органи често држе у притвору лица која сматрају својим смртним непријатељима и која су спремна на све.“ Истинитост ове изјаве потврђују бројни предмети које је Европски суд за људска права морао да решава у овој области.

У предмету Таш против Турске⁶⁶⁹, жртва је очигледно била одведена у притвор, а потом у војну болницу због лечења прострелне ране. Касније је пребачена у другу болницу, где је у лекарском налазу записано да је била лечена од повреде колена. Државни органи признали су да је лице након тога враћено у притвор, али наводно нису имали никакав извештај о томе где је одведено у притвор, и тврдили су да је

⁶⁶⁴ Ibid, параграфи 81-86.

⁶⁶⁵ Види *Timurtaş v. Turkey*, appl.no. 23531/94, параграфи 79-80.

⁶⁶⁶ Ibid, параграф 89-90.

⁶⁶⁷ Ibid, параграф 90.

⁶⁶⁸ J. Hedigan, “The European Convention on Human Rights and Counter-Terrorism”, *Fordham, international Law Journal*, Vol 28, стр.392.

⁶⁶⁹ *Tas v. Turkey*, appl. no. 24396/94.

касније одатле побегло. Међутим, пошто је извештај о притворениковом бекству био непотпун, а потписници извештаја нису могли да буду идентификовани, Суд је сматрао да није пружено задовољавајуће објашњење за оно што се десило. Узимајући у обзир време које је протекло од притворениковог нестанка, као и политичку ситуацију у том делу Турске, Суд је закључио да се мора претпоставити да је он преминуо након што су га снаге безбедности у југоисточној Турској одвеле у притвор.

У овом случају, јавни тужилац је одлагао спровођење истраге на захтев подносиоца представке. Након истраге је закључено да није могуће утврдити идентитет службених лица која су потписала жандармеријски извештај у којем се тврдило да је притвореник побегао. Подносилац представке се жалио да су његовог сина убили припадници снага безбедности и да је био подвргнут мучењу; да је нестао током боравка у притвору, и да није спроведена адекватна истрага о целом случају. Међутим, пошто је постојала основана сумња да је дошло до повреде члана 2 и члана 5, надлежни органи су имали обавезу да спроведу делотворну кривичну истрагу о околностима нестанка притвореног лица. Закључено је да таква није спроведена. Сходно томе, подносиоцу представке био је ускраћен ефикасан правни лек у погледу нестанка сина као и приступ било ком правном леку, укључујући право на одштету.

Суд је навео: „дужност надлежних органа да брину о лицу које се налази у притвору добија посебно на важности када то лице умре у притвору. Да ли ће пропуст надлежних органа да дају уверљиво објашњење о судбини притвореника, уколико се не нађе тело, такође покренути питања по члану 2 Конвенције, зависи од околности конкретног предмета, а посебно од постојања довољно доказа на основу индиција, на основу конкретних елемената, из којих се може закључити ван сваке сумње да је лице лишено слободе умрло у притвору.”

Суд је нагласио да у време када се овај случај догодио није спроведена никаква истрага. Суд је сматрао да је истрага која је спроведена о нестанку сина подносиоца представке била спора, немарна и неефикасна и да тиме представља кршење процесних обавеза које држава има у вези са заштитом права на живот. Према томе, и по том основу дошло је до повреде члана 2 Европске конвенције о људским правима.

Суд је донео „... врло важне закључке на основу чињенице да не постоје документа из којих се може закључити где је Мухзин Таш притворен, и из неспособности Владе да

пружи задовољавајуће објашњење у вези са његовим нестанком“⁶⁷⁰, због чега се мора претпоставити да је он умро након што су га снаге безбедности одвеле у притвор. Јасно је да је турска држава одговорна за смрт овог притвореника, а утврђено је да је по истом основу дошло и до повреде члана 2.

У ставу 266 пресуде Суда у предмету Орхан против Турске, Суд се враћа на питање везано за терет доказа: „Важно је напоменути да приликом вођења поступка по Конвенцији, као што је случај у овом предмету, строга примена принципа *affirmanti incumbit probatio* (онај ко нешто тврди мора ту тврдњу и да докаже) није увек могућа. Суд је раније био мишљења да је за ефикасно функционисање система појединачног подношења представки од пресудне важности да држава треба да обезбеди све неопходне услове за правилно и делотворно преиспитивање представки. Типично је за поступање у предметима ове врсте, где појединац тужи надлежне органе државе за кршење његових права гарантованих Конвенцијом, да у неким случајевима само тужена држава има приступ информацијама на основу којих се изнете тврдње могу потврдити или одбацити. Пропуст Владе да пружи информације које поседује без ваљаног објашњења може не само да доведе у сумњу оправданост тврдњи коју подносилац представке износи у тужби, већ такође може да створи негативан утисак како тужена држава не жели да сарађује и да се не придржава обавеза прописаних у члану 38, став 1 (а) Конвенције. Исти принцип важи и за одлагање тужене државе да пружи информацију која може да утиче на утврђивање чињеница у конкретном предмету.“

Даље, у пресуди у предмету Ипек против Турске, у параграфу 165, Суд је навео: „У ситуацијама у којима надлежни органи имају, у целости или делимично, највише увида у догађаје који су до одређеног случаја довели, као што је случај са појединцима који се налазе у притвору и под старањем су државе, евентуалне повреде нанете током боравка у притвору или смрт притвореника даће јак повод за сумњу. Заправо, терет доказивања је на надлежним органима да пруже задовољавајуће и убедљиво објашњење за оно што се десило у притвору.⁶⁷¹

⁶⁷⁰ Параграф 66.

⁶⁷¹ *Salman v. Turkey*, appl. no. 21986/93, параграф 100, ECHR 2000-VII.

Будући да је држава најмеродавнија да расветли шта се десило са жртвом у околностима када је она нестала после лишења слободе, Суд ће узети у обзир одсуство сарадње од стране државних органа. У предмету Тимурташ против Турске, прошло је шест и по година од тренутка када су Абдулвахапа Тимурташа, сина подносиоца представке, ухватили жандарми и одвели у притвор без икаквих информација о његовом накнадном месту боравка или судбини. Комисија је утврдила да су га у притвор одвели овлашћени државни службеници, а власти су га тражиле и због његових наводних активности у Комунистичкој партији Турске.

Комисија је такође била „узнемирена због разних неправилности пронађених у регистру лица лишених слободе и навела да је раније имала прилику да сумња у тачност тих регистара који су предати у другим предметима везаним за дешавања у југоисточној Турској. У основу неправилности које је Комисија утврдила у овим регистрима, закључила је да се на њих у овом предмету не може ослонити да би се доказало да Абдулвахап Тимурташ није одведен у притвор.“⁶⁷² Суд је навео да у вези са „нестанком“ Абдулвахапа Тимурташа жандарми нису били испитивани две године, а није било доказа ни да су надлежни тужиоци покушали да прегледају књиге у којима се води евиденција о притвореним лицима или сама места где су притвореници држани, нити су од жандармерије тражили да објасни своје поступање на дан хапшења Тимурташа. Суд је закључио да је истрага била „спора, немарна, површна и да није шредстављала озбиљан покушај да се утврди шта се догодило са сином подносиоца представке. ⁶⁷³“ Суд је изнео и следеће:

„Суд се приликом процене доказа генерално држао стандарда доказивања „ван разумне сумње“.⁶⁷⁴ Међутим, такво доказивање може да следи из истовременог постојања довољно јаких и јасних закључака или сличних неоспорених претпоставки у доказном поступку. У ситуацијама у којима надлежни органи имају, у целости или делимично, највише увида у догађаје који су до одређеног случаја довели, као што је случај са појединцима који се налазе у притвору и под старањем су државе, евентуалне повреде нанете током боравка у притвору или смрт притвореника даће јак повод за сумњу.

⁶⁷² Параграф 44.

⁶⁷³ Параграф 86.

⁶⁷⁴ Ireland v. UK, од 18. јануара 1978. године, серија А бр. 25, параграф 161.

Заправо, под теретом доказа може се испоставити да су надлежни органи дужни да пруже задовољавајуће и убедљиво објашњење за оно што се десило у притвору”.⁶⁷⁵

У предмету Чичек против Турске⁶⁷⁶, подносилац представке је тврдила да су њена два сина и унук нестали у околностима за које је била одговорна турска држава. У вези са могућношћу да су они мртви, подносилац представке је навела да су њени синови нестали у околностима које се могу сматрати претњом по живот, јер су после хапшења у току једне војне операције, последњи пут виђени у рукама војника. Она је сматрала да је држава одговорна за судбину њених синова, поготово што Влада није пружила никакво задовољавајуће објашњење у вези са њиховим нестанком и да је тиме дошло до повреде члана 2 Конвенције. Влада је то оспорила и остала при ставу да подносилац представке, мајка несталих лица, није поднела доказе да су њене синове притвориле снаге безбедности.

Мора се прихватити чињеница да што више времена пролази без икаквих информација о притворенику, то је већа вероватноћа да је та особа мртва. Према томе, проток времена може у одређеној мери утицати на значај који имају други елементи у доказном поступку, и то пре него што се нестала особа може сматрати мртвом. С тим у вези, Суд сматра да околности у овом предмету превазилазе нерегуларно притварање лица, што представља повреду члана 5 Конвенције. Овакво тумачење је у складу са делотворном заштитом права на живот која је гарантована чланом 2, и која представља једну од фундаменталних одредби Конвенције.⁶⁷⁷ „Из горе наведених разлога, и имајући у виду чињеницу да није било никаквих информација у вези са боравиштем синова подносиоца представке у периоду од шест и по година, Суд закључује да се Тахсин и Али Чичек морају сматрати мртвим пошто су претходно били одведени у притвор од стране снага безбедности које то одбијају да признају.“ Због тога је Суд такође закључио да је дошло до повреде члана 2 Конвенције.

⁶⁷⁵ *Timurtaş v. Turkey*, appl. no. 23531/94, параграфи 99-100.

⁶⁷⁶ *Çiçek v. Turkey*, appl. no. 25704/94.

⁶⁷⁷ Bertrand, Mathieu, “The right to life in European constitutional and international case-law,” Council of Europe Publishing, Strasbourg 2006, стр. 11.

Подносилац представке је затим тврдио да би одлуке Суда донете у предметима Томаси против Француске⁶⁷⁸ и Рибич против Аустрије⁶⁷⁹, ако се по аналогији примене у овом предмету, наметнуле позитивну обавезу туженој држави да води рачуна о свакој особи која се налази у притвору. Уколико држава не пружи никакво, или бар задовољавајуће, објашњење о томе зашто не може да докаже да је нестали притвореник жив, и то пошто је прошао одређени временски период, може се сматрати да је држава пропустила да испуни обавезу по члану 2 Конвенције да заштити право на живот лица у притвору.

У својим писменим коментарима, Центар за правду и међународно право представио је анализу судске праксе Међуамеричке комисије и Суда за људска права у вези са присилним нестанцима, између осталог, и у односу на право на живот. Међуамерички суд је у више наврата нагласио да присилни нестани лица често укључују и повреду права на живот⁶⁸⁰. У међу-америчком систему, кршење права на живот до којег је дошло због присилног нестанка лица може се доказивати на два начина. Прво, може се утврдити да су доступне чињенице о конкретном случају подударне постојећем моделу нестанка који се обично завршавају смрћу жртве. Друго, чињенице у вези са изолованим случајевима присилних нестанка могу се и одвојено доказивати, независно од контекста уобичајеног за нестанке лица. Оба ова метода користе се да би се утврдило да је држава имала контролу над судбином жртве што, са протоком времена, наводи на закључак да је дошло до кршења права на живот.

Да ли ће пропуст надлежних органа да дају уверљиво објашњење о судбини притвореника, уколико се не нађе тело, такође покренути питања по члану 2 Конвенције, зависи од околности конкретног предмета, а посебно од постојања довољно доказа на основу конкретних елемената, из којих се може закључити ван сваке сумње да је лице лишено слободе умрло у притвору.

⁶⁷⁸ Tomasi v. France, серија А, бр. 241-А.

⁶⁷⁹ Ribitsch v. Austria, серија А, бр. 36.

⁶⁸⁰ Предмет Velasquez Rodriguez, пресуда од 29. јула 1988, серија Ц бр. 4, параграф 157, предмет Godines Kruz, пресуда од 20. јануара 1989. године, серија Ц бр. 5, параграф 165; предмет Blake, пресуда од 24. јануара 1998. године, параграф 66.

Суд је у скорија два предмета пресудио да мањкавости које нарушавају делотворност кривично-правне заштите у југоисточном региону Турске у периоду у којем су се наведени случајеви дешавали такође омогућавају или чак подстичу неодговорно понашање снага безбедности.

У светлу свега наведеног, Суд је закључио да је истрага која је спроведена у вези са нестанком сина подносиоца представке била неадекватна и да према томе представља пропуст Турске да испуни своје процесне обавезе у вези са заштитом права на живот.

IV.4.3. Екстра-територијална надлежност државе

У предмету Кипар против Турске⁶⁸¹, радило се о ситуацији која је постојала на територији северног Кипра још од времена војних операција турске војске 1974. године и касније *de facto* поделе територије Кипра на два дела. Кипар је тврдио да, упркос проглашењу Турске републике Северни Кипар (ТРСК) у новембру 1983. године, тај ентитет је нелегалан по међународном праву и стога Турска сноси сву одговорност за низ случајева кршења Конвенције у том делу територије. Турска је тврдила да је ТРСК политички независна од државе Турске, због чега Турска не може бити одговорна за дела почињена на територији ТРСК.

Европски суд за људска права потврдио је у септембру 2009. године раније донету пресуду у којој је Анкара прекршила право на живот одређеног броја мушкараца и жена тиме што није спровела истрагу о њиховом нестанку. Турској је наложено да плати одштету за деветоро Кипрана који су нестали за време инвазије 1974. године. Судије су сматрале да је дошло до трајног кршења права, зато што турске власти нису спровеле делотворну истрагу о судбини тих несталих лица.⁶⁸²

Други важан случај у овом контексту је предмет Андреас Манитарас и други против Турске.⁶⁸³ Јанис Манитарас је остао да живи на северном Кипру са још једном мањом

⁶⁸¹http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/DD99396C-3853-448C-AFB4-67240B1B48AE/0/FICHES_Extraterritorial_Jurisdiction_EN.pdf

⁶⁸² Court hits Turkey with fine over missing Cypriots, CoE, 21/09/2009. <<http://home.coe.int/Wires/WiresLectureE.asp?WiresID=131068>>.

⁶⁸³ Andreas Manitaras and Others v. Turkey, appl. no...

групом кипарских Грка и после завршетка инвазије на овај део острва. У фебруару 1998. године, на претресу у једном хотелу у Никозији, дао је исказ пред делегацијом Европске комисије за људска права у поступку у предмету Кипар против Турске. У априлу 1999. године нађен је мртав у својој кући. И поред тога што су званичне власти тврдиле да је умро природном смрћу од последица инфекције миокарда, његови рођаци, који су поднели представку, тврдили су да је он убијен. Суд је подсетио да је у предмету Кипар против Турске утврђено да је Турска имала потпуну контролу над целом територијом северног Кипра, и да се стога одговорност Турске не ограничава само на дела која су починили њени војници или службени представници на северу Кипра, већ и да је одговорна за дела која су починиле локалне власти које су тамо опстале захваљујући турској војсци и другим врстама помоћи из Турске. Из тога се могло закључити да се надлежност Турске протезала на читав низ права гарантованих Конвенцијом за чије кршење је она одговорна. Област у којој су наводна дела почињена налазила се на територији такозване ТРСК. Према томе, Јанис Манитарас био је под јурисдикцијом и контролом Турске, па је због тога она за њега одговорна.

У предмету Бехрами и Бехрами против Француске⁶⁸⁴, у време догађаја који су предмет спора Косовска Митровица била је у сектору Косова за који је била одговорна мултинационална бригада предвођена француским војницима; радило се о једној од укупно четири бригаде које су сачињавале међународне безбедносне снаге (КФОР), успостављене Резолуцијом 1244 Савета безбедности Уједињених нација у јуну 1999. године. У марту 2000. године, један дечак се играо са својим друговима у тој области, када су детонирали неексплодирану касетну бомбу бачену током бомбардовања од стране НАТО-а 1999. године. Бомба је усмртила једно дете и нанела тешке повреде другом детету. Када је одбијен захтев за покретањем кривичног поступка у вези са овим инцидентом, рођаци деце поднели су тужбу Суду у којој су тврдили да је до смрти и повређивања деце дошло због пропуста француских војника из састава КФОР-а да маркирају и/или дезактивирају неексплодиране касетне бомбе за које је КФОР знао да су постојале у овој области. Суд је био мишљења да у овом конкретном случају није толико важно да ли је Француска имала екстра-територијалну надлежност на

⁶⁸⁴ Behrami and Behrami v. Turkey, appl.no. 71412/01, обједињен са Saramati v. France, Germany and Norway, appl. no. 78166/01.

Косову, већ, и што је много битније, да ли је овај Суд надлежан да на основу Конвенције преиспитује учешће Француске у присуству цивилних и безбедносних снага које врше контролу над Косовом.⁶⁸⁵ Суд је утврдио да је за надзор над деактивирањем бомби на Косову био задужен УНМИК. Уједињене нације имају правну личност која се разликује од појединачних држава-чланица, и нису уговорна страна по Конвенцији. Пошто је ефикасност рада УНМИК-а и КФОР-а у великој мери зависила од помоћи и подршке држава-чланица, Конвенција се у овом случају није могла тумачити тако да се Суд бави пропустима и поступањима држава-чланица. То би представљало мешање Суда у вршење основне мисије УН, а то је очување мира. Суд је закључио да није неопходно преиспитивати његову надлежност за разматрање тужби против Француске у вези са њеним екстра-територијалним поступањем или пропустима.

Једини критеријум за утврђивање приписивости поступка органа/агента стављеног на располагање међународној организацији јесте одређивање ко има ефективну контролу над одређеним поступком,⁶⁸⁶ став потврђен и од доктрине.⁶⁸⁷ Опште је правило да државе не носе одговорност за поступке међународне организације само на основу чланства у организацији, јер таква организација има свој посебни правни субјективитет. Нажалост, захваљујући одлуци Европског суда која дозвољава државама да не носе одговорност за поступке својих снага, јер се њихови поступци приписују УН, послата је неприхватљива порука државама.⁶⁸⁸

Ове пресуде употпуњавају подужу листу најкритикованијих пресуда Европског суда.⁶⁸⁹ Доктрина је ову пресуду дочекала са много више резерви него претходне пресуде Европског суда у сложеној проблематици екстра-територијалне надлежности, и претпостављам да је утицала на споро, али неизбежно мењање јуриспруденције. Пример за то представља случај британских војника у Ираку.

⁶⁸⁵ Видети параграфе 71-72 пресуде.

⁶⁸⁶ Т. Папић, „Одговорност међународних организација-питање приписивости противправног акта”, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2010, стр. 194.

⁶⁸⁷ Ibid.

⁶⁸⁸ Ibid, стр. 208.

⁶⁸⁹ Видети између осталог М. Милановић, Т. Папић, „As bad as its gets: The European Court’s Behrami and Saramati Decision and the Law of International Responsibility”, 58 International and Comparative Law Quarterly 267, 2009.

У случају Ал Скеини и остали против Уједињеног Краљевства⁶⁹⁰, подносиоци представке тврдили су да је Уједињено Краљевство прекршило право на живот шесторо Ирачана, у време када је ова држава, као окупациона сила, била надлежна за одржавање безбедности у југоисточном Ираку. Британске трупе су, од 1. маја 2003. године, преузеле надлежност за очување безбедности и пружање подршке локалној управи у Басри. У дужности британских војника спадало је: патролирање, привођења, анти-терористичке операције, полицијски надзор над цивилним демонстрацијама, заштита основне инфраструктуре и објеката, као и заштита полицијских станица.

Подносиоци представке тврдили су да су њихови рођаци наводно били под јурисдикцијом Уједињеног Краљевства по члану 1 Конвенције (обавеза поштовања људских права) када су били убијени за време једне акције британских оружаних снага. Рођаци убијених Ирачана су се жалили на повреду члана 2, јер није била спроведена пуна и независна истрага о околностима смрти сваке појединачне жртве.

Приликом разматрања овог случаја Суд се позвао на ранију праксу према којој обавеза да се заштити живот особе захтева спровођење делотворне истраге ако су жртве убијене применом силе од стране овлашћених службеника тужене државе.

Суд је уважио конкретне проблеме са којима су истражни органи били суочени због чињенице да је у то време Уједињено Краљевство било окупациона сила у страном и непријатељски настројеном окружењу, и то непосредно по окончању ратних дејстава и инвазије. У те проблеме спадао је потпуни слом цивилне инфраструктуре, због чега је на терену постојао мањак патолога и објеката где би се могла спровести аутопсија; велике језичке и културне препреке и разлике које су постојале између окупационих сила и локалне популације; и разне опасности које су вребале у практично свакој акцији која је у Ираку била спровођена у то време. Имајући све то у виду, обавезе поштовања процедуралних услова према члану 2 морале су бити сагледане реално, што значи да су сви проблеми са којима су истражитељи били суочени морали да буду узети у обзир.

⁶⁹⁰ Al-Skeini and Others v. United Kingdom, appl. no. 55721/07.

Упркос томе, због чињенице да је Уједињено Краљевство тада било окупациона сила, свака истрага у вези са делима која су наводно починили британски војници, да би била делотворна, морала је да буде спроведена од стране истражног органа који је био, или се сматрало да јесте, оперативно независан од ланца војне команде.

У овом предмету постављало се питање да ли су војници, сваки пут када су пуцали, то чинили законито. По члану 2 Конвенције било је потребно спровести истрагу како би се утврдиле околности у којима је дошло до размене ватре, као и то да ли су били предузети одговарајући кораци да се заштите цивили у непосредној близини. Због тога је било неопходно да, што је пре могуће пошто се догађај десио, припадници војске буду испитани као сведоци, а нарочито наводни извршиоци дела, од стране стручног и независног истражног тела. Исто тако, требало је по сваку цену пронаћи Ирачане који су били очевици догађаја и убедити их да се неће изложити ризику ако буду сведочили, а да ће њихов исказ бити озбиљно узет у разматрање, као и да ће се на основу њега без одлагања предузети даљи неопходни кораци. Било је очигледно да истрага о пуцњави није била спроведена онако како то захтева члан 2, зато што се читав истражни процес свео на ланац војне команде и узимање изјава од војника који су били умешани у случај.

Суд је у закључку утврдио да је у вези са одсуством делотворне истраге о околностима смрти рођака првог, другог, трећег, четвртог и петог подносиоца представке, дошло до повреде члана 2 Конвенције. Изгледа да је овај случај већ сада постао водећи случај за екстратериторијалну надлежност држава у овој области. Многи стручњаци сматрају да се овим случајем и логиком која обавезује државу Суд веома удаљио од свог резервисаног става израженог у случају Банковић 2001. године. Судија Бонело, који је већ био цитиран у погледу абортуса, је у свом мишљењу признао да није импресиониран ставовима британске владе, која је ишла толико далеко да је негирала своју обавезаност Европском конвенцијом у Ираку, јер би се то могло сматрати „империјализмом људских права.” Судија Бонело је веровао да би они који извозе рат (у овом случају Британци) требало да слично томе паралелно извозе и гаранције против ужаса рата.

IV.4.4. **Оглашавање неког лица умрлим**

Постоје легитимни разлози зашто се неко лице може огласити умрлим. Данашњи свет је мобилнији него икада пре, јер људи много више путују и дуже бораве у страним земљама, али је и ризик од терористичких напада, природних катастрофа и несрећа изазваних људским фактором већи него пре.

Парламентарна скупштина СЕ и Комитет министара су пре више од 40 година усвојили Препоруку. бр. 646 (1971) о поступању у случајевима улажења у траг несталим лицима и Препоруку бр. Р (79) 6 у вези са потрагом за несталим лицима. Поред тога, Европски суд за људска права развио је значајну правну праксу у овој области. Нажалост, у данашњој Европи људи и даље нестају током оружаних сукоба. Случајеве нестанка имамо и после дужег боравка неког лица у иностранству или као последицу цунамија, земљотреса или трагедија изазваних људским фактором.

СЕ је осетио да постоји потреба да се додатно усклади законодавство у земљама чланицама по питању претпоставке о смрти несталих лица. У том смислу, Комитет министара СЕ је усвојио у децембру 2009. године Препоруку (2009) бр.12 о принципима у вези са несталим лицима и претпоставком да је неко преминуо. Ово је тек други по реду међународни правни инструмент који се бави аспектима грађанског права који се односе на нестала лица, али не и аспектима кривичног права везаним за лица нестала у оружаним сукобима, на пример, одговорношћу и/или некажњавањем за најфлагрантније злочине, укључујући ратне злочине и злочине против човечности као што су присилни нестанци. Поред тога, препорука се не односи на потрагу, праћење, медицинско-правне аспекте, итд., зато што се тим аспектима баве међународно кривично право и међународно хуманитарно право.

Сви знамо за ситуације у којима је смрт врло извесна или се нестанак лица не може објаснити ни једним другим разлогом осим смрћу. Многи људи нестају, али се само ретки никада не врате. Имајући ту чињеницу у виду, препорука се односи на лица која се могу прогласити умрлим зато што нема знакова да су још увек жива. Препорука је усвојена како би се решила ситуација када мора да прође одређени период пре подношења захтева судским или управним органима да се лице прогласи умрлим.

У овом контексту постоји ризик од преваре: постоје случајеви где су људи користили ову ситуацију да наплате високе новчане износе од осигурања и проведу остатак живота на неком тропском острву. Сврха препоруке је да се владама држава чланица помогне у решавању оваквих случајева и проглашавању лица умрлим тако што ће се узети у обзир да се мора успоставити правична равнотежа између интереса несталих лица и других који имају легитимни интерес да се она сматрају умрлима, поготово у погледу имовинских и наследних права као што су пензија, животно осигурање, итд.

IV.4.5. Закључак

У овој осетљивој области, поред несталих лица, и чланове њихових породица такође треба сматрати жртвама. Понекад се информације о несталом лицу ускраћују или се њима манипулише како би се извршио притисак на непријатеља, или припадници непријатељске популације психолошки ослабили, или како би се потпиривала мржња према супротстављеној страни и довело до националне острашћености. Породице жртва могу да траже помоћ у различитим фазама кривичног поступка и користе своје право да знају шта се са њиховим рођацима десило. На пример, истражна фаза може да буде одговарајући канал за чланове породице да добију информације о несталом лицу. Органи надлежни за истрагу и испитивање обично имају овлашћења да прикупе информације и доказе за судски поступак. Рођаци жртва могу да траже помоћ и информације од истражних органа како би се уверили да се њихова бојазан на одговарајући начин узима у обзир у току истраге.⁶⁹¹

Правилно поступање у случајевима несталих лица захтева сарадњу и уступање информација између различитих тела и институција. Међународни судови формирани на *ad hoc* основи или разне комисије за истину и помирење које се баве прикупљањем и класификацијом информација и доказа би требало да своје налазе учине доступнима како у вођењу судског поступка, тако и приликом тражења несталих особа. Исто тако, форензички налази које имају међународни судови треба да буду коришћени као доказни материјал у кривичном поступку и за пружање информација о несталим

⁶⁹¹ С тим у вези видети V. Nesiiah, “Overcoming tensions between family and judicial procedures”, *International Review of the Red Cross*, Geneva, стр. 824–826.

особама. На крају, државне органе треба подстицати и подржавати да се на прави начин баве питањима несталих лица и да поступају у складу са захтевима међународног хуманитарног права.⁶⁹² Комитет за људска права је, на пример, у пресуди у предмету Кинтерос јасно истакао да „члан 4 (2) Опционог протокола прописује обавезу држава-потписница да имају дужност да у доброј намери истраже сва наводна кршења Пакта, посебно ако такве тврдње поткрепљују докази које је доставио аутор представке, и да доставе Комитету све расположиве информације. У случајевима у којима је аутор представке доставио Комитету тврдње које су поткрепљене изјавама сведока, као што је случај у овом предмету, и где даље расветљавање околности случаја зависи од информација којима једино располаже држава-потписница, Комитет може сматрати такве тврдње оправданим, у одсуству задовољавајућих доказа и објашњења достављених од стране државе-потписнице која би тврдила супротно.“⁶⁹³

Као што је Радна група за нестала лица уочила у свом Општем коментару у погледу члана 19 Декларације, државе-потписнице имају обавезу да усвоје законске и друге мере којима би се жртвама омогућило да траже обештећење на судовима или од посебних административних тела која су овлашћена да га дају. Жртве и њихове породице такође имају право на обештећење за претрпљену душевну бол за време од када је жртва нестала, као и у случају смрти несталог лица.⁶⁹⁴ Висина одштете треба да буде „одговарајућа“, односно сразмерна тежини кршења људских права (нпр. временски период који је прошао од нестанка лица, услови у којима је лице боравило у притвору, итд.) и душевној боли коју је претрпела жртва или њена породица. Новчано обештећење мора да буде омогућено за сваку штету која је резултат присилног нестанка, као што је телесна или душевна бол, изгубљена добит, материјална штета и губитак примања, нарушени углед и трошкови правне и стручне помоћи. Државе такође имају обавезу да обезбеде спровођење поступка у случају претпоставке о смрти несталог лица или сличних поступака којима би се гарантовало право на обештећење члановима породице.

⁶⁹² M. Crettol and A.-M. La Rosa, „The missing and transitional justice: the right to know and the fight against impunity”, *International Review of the Red Cross*, Volume 88, Number 862, June 2006, стр.

⁶⁹³ Став 13.3.

⁶⁹⁴ E/CN.4/1998/43, став 72.

Поред овог права, право на правно задовољење за дело присилног нестанка лица укључује „средства и начине за што потпунију рехабилитацију“, у које спадају медицинска и психолошка помоћ, правна и друштвена рехабилитација, рехабилитација после било какве телесне повреде или психичке трауме, гаранције да се исто више никада неће поновити, поновно успостављање личних права, породичног живота, враћање држављанства, запослења и имовине, повратак у место боравка и други облици реституције, задовољења или репарације којима се могу уклонити последице присилног нестанка. Неки су указивали на проблем који се јавља услед чињенице да су у прошлости чланови породице по закону имали право на породичну пензију само ако је нестало лице проглашено мртвим. Многе породице тражиле су пензију иако судбина и боравиште несталог лица нису били утврђени. Репарација не треба да буде условљена постојањем умрлице.⁶⁹⁵

Репарација не мора бити само у новцу. Члан 19 Декларације о заштити свих особа од присилног нестанка прописује да „жртве присилног нестанка и њихове породице имају право на правно задовољење и на адекватно обештећење, укључујући средства за што потпунију рехабилитацију. У случају смрти жртве која је уследила после присилног нестанка, чланови њене породице имају право на обештећење.“ Такође треба направити национални програм за репарацију рођацима жртава присилног нестанка који ће укључивати накнаду, реституцију, рехабилитацију, задовољење и гаранције да се слично неће поновити. Програми репарације треба да узму у обзир и родну перспективу, с обзиром да су чланови породице жртава углавном жене.

Нарочито је важно да породице жртава добијају информације о току истраге што је редовније могуће као и о резултатима истраге и почетку судског процеса.“ Уз то, Радна група препоручује да се ангажује специјално особље које ће бити задужено да се састаје са породицама жртава и да их редовно информира о томе како њихов случај напредује. Слично томе, треба проширити програме пружања психолошке помоћи и ојачати их тамо где већ постоје. Психолошка помоћ не треба да буде ограничена само на кратак период пред појављивање особа пред судом. Познато је да је оваква помоћ суштински важна пре сведочења, у току суђења, али и извесно време пошто је судски

⁶⁹⁵ <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/16session/A-HRC-16-48-Add1.pdf>>.

процес окончан. Такви програми треба да укључују и родну перспективу и посвете посебну пажњу специфичним траумама које доживљава породица нестале особе.⁶⁹⁶ Потребно је успоставити и делотворан систем бесплатне правне помоћи како би се породицама несталих лица обезбедила правна помоћ ако сами не могу да је плате.

Радна група дала је и неке опште препоруке које још нису стандард по Европској конвенцији, али су неке од њих занимљиве за бољу примену права у вези са несталим лицима и злочином присилног нестанка, а у њима се и већа пажња посвећује жртвама и њиховим породицама: „канцеларије тужилаштва и судова на свим нивоима треба да имају доследна правила у вези са контактима са јавношћу, а посебно у вези са контактима са породицама несталих лица; такође би требало обезбедити бољу обуку државних службеника који се баве питањима везаним за присилне нестанке како би били што боље информисани о овим питањима и како би пружали бољи квалитет услуге жртвама; и најзад, посебно треба унапредити програм заштите сведока и проширити га на ниво државе, а сличне програме успоставити и на локалном нивоу.“⁶⁹⁷

Потребно је предузети кораке у вези са правном ситуацијом несталих лица и њихових породица, у областима као што су социјална заштита, финансијска питања, породично право и својинска права.⁶⁹⁸ Међутим, Суд је нагласио да „предмет Курт ... не установљава никакав генерални принцип да члан породице несталог лица самим тим јесте жртва поступања које је супротно члану 3.“ Заправо, „да ли је неки члан породице таква жртва зависиће од постојања посебних фактора који патњи подносиоца представке дају такву димензију и карактер који је разликују од емоционалне боли која се може сматрати неизбежном код рођака жртве озбиљног кршења неког људског права.“ У том случају, Суд је сматрао да подносилац представке (брат несталог лица) није био погођен на тај начин.⁶⁹⁹

⁶⁹⁶ Ibid.

⁶⁹⁷ Ibid.

⁶⁹⁸ <<http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/model-law-missing-0209-eng-.pdf>>.

⁶⁹⁹ Cakici v. Turkey, appl. no. 23657/94, параграфи 98-99.

IV.5. Употреба смртоносне силе од стране државних службеника

Дужност државе да заштити право на живот из члана 2, комбинована са њеном дужношћу из члана 1 да „осигура свакоме у оквиру својих надлежности права и слободе одређене у ... Конвенцији“, намеће позитивну дужност држави да спроведе истраге о смртима које су се можда догодиле кршењем члана 2, посебно тамо где су резултат употребе силе од стране државних службеника, као и негативну обавезу која се састоји у захтеву да се не прибегне претераној сили.⁷⁰⁰

Европска конвенција се не осврће посебно на произвољно и незаконито лишавање живота. Из члана 2 (2) изричито произлази да није свако насиље, учињено од стране државних власти, незаконито, пошто овај став наводи посебне околности под којима одузимање живота неће бити противно Конвенцији, „када оно проистиче из употребе силе која није већа од апсолутно неопходне“. У смислу односа између државе и појединаца, члан 2 обухвата два различита гледишта, „са једне стране, постоји индивидуално право да се нечији живот не напада; и са друге, јавне власти имају стварну дужност да не нападају живот појединаца“.⁷⁰¹ Даље, закон не сме само да регулише мешања у право на живот већ мора позитивно да „заштити“ од деловања која немају оправдања по Конвенцији. Одређене радње које имају као последицу смрт лица неће се сматрати повредама права на живот – под условом да испуњавају одређене критеријуме. Таква дејства морају бити усмерена према једном од набројаних циљева:

- да одбрани лице (било које лице) од незаконитог насиља (члан 2 (2) (а));
- да изврши законито хапшење (члан 2 (2) (б));
- да спречи бекство лица које је законито притворено (члан 2 (2) (б));
- да угуши неред или побуну у, за ту сврху, законито предузетој акцији (члан 2 (2) (ц)).

Праг „апсолутно неопходног“, наведен у члану 2.2, је различит. У том погледу употреба израза „апсолутно неопходан“ у члану 2.2 показује да строжије и убедљивије

⁷⁰⁰ S. Bourgon, “Journal of International Criminal Justice”, 1, Oxford University Press, 2003, стр. 252.

⁷⁰¹ B. Mathieu, op. cit., стр. 12.

испитивање неопходности мора бити употребљено од оног уобичајено применљивог када се одређује да ли је деловање државе „неопходно у демократском друштву“ у оквиру става 2 чланова 8 до 11 Конвенције. Употребљена сила мора бити строго сразмерна постизању циљева наведених у тачкама 2 (а), (б) и (ц) члана 2.⁷⁰²

Употреба силе мора бити оправдана, пропорционална и неопходна да би била „апсолутно неопходна“.⁷⁰³

Правна заштита права на живот је ојачана законитом и стручном употребом силе од стране полиције, а ослабљена незаконитим и самовољним деловањем полиције.⁷⁰⁴ Иако је најосновније од свих људских права, праву на живот није дата потпуна заштита уговорним правом, док је право да се не буде предмет мучења апсолутно.⁷⁰⁵ Предмет и сврха Конвенције, као инструмента заштите појединачног људског бића, захтевају да се члан 2 тумачи и примењује тако да његова заштита буде изводљива и делотворна.⁷⁰⁶

Значајно је да употреба силе ради заштите имовине није укључена у списак дозвољених изузетака, иако је првобитно била укључена у израду одговарајућег члана Међународног пакта о грађанским и политичким правима (ICCPR) ⁷⁰⁷, али се сусрела са јаким супротстављањем и избачена је из текста. Пошто су Пакт и Конвенција израђени малтене истовремено, то се не може сматрати случајним. Ово сугерише да се смртосна сила не може легитимно користити за заштиту имовине, осим ако и живот није угрожен.

Када се тумачи члан 6 Међународног пакта о грађанским и политичким правима, Комитет за људска права је сачинио два Општа коментара. Комитет је размотрио већи број случајева који се тичу права на живот у вези са употребом силе од стране полиције и других тела установљених да би обезбедили поштовање уговорних обавеза. Када се одређује начело неопходности, битно је питати „неопходно у коју сврху?“ У

⁷⁰² D. Korff, *op.cit.*, 2006.

⁷⁰³ Ibid, стр.70.

⁷⁰⁴ Ralph Crawshaw, књига 3, тема 4, 1999., стр.67.

⁷⁰⁵ Ibid., стр. 67.

⁷⁰⁶ Soering v. United Kingdom, параграф 87.

⁷⁰⁷ Члан 6.

случају Камарго/Гереро (Camargo/Guerrero) против Колумбије, Комитет за људска права је одговорио на ово питање означавајући циљеве који би требало да указују да је акција полиције била неопходна за своју сопствену одбрану или одбрану других, или неопходна да се изврши хапшење или спречи бекство лица. Међутим, нема оправдања за лишење живота од стране државе, тек за потребе одбране имовине или националне безбедности.⁷⁰⁸

Основни принципи УН-а о употреби силе и ватреног оружја од стране припадника органа реда су инструмент усвојен на Осмом конгресу УН о спречавању злочина и поступању са преступницима 1990, укључујући Кодекс понашања за припаднике органа реда. Они садрже 26 детаљних начела упућених владама и органима реда.⁷⁰⁹

Принцип 2 захтева да државе чланице УН развију широк опсег средстава и да опреме полицијске службенике различитим врстама оружја и муниције да би то омогућило различиту употребу силе и ватреног оружја. Принцип 4 захтева развој и примену не-смртоносног онеспособљавајућег оружја да би се смањио ризик од угрожавања особа. Према принципу 19, од припадника органа реда се захтева да заврше посебну обуку о употреби ватреног оружја пре него што добију овлашћење да га носе.⁷¹⁰ Иако одредбе овог инструмента УН нису правно обавезујуће, оне обезбеђују извор препорука за тела овлашћена да их тумаче одредбе и да доносе правно - обавезујуће одлуке.⁷¹¹ Европски суд за људска права се позвао на Основне принципе УН у случају Мек Кен, наглашавајући одредбу Основног принципа 9 који наводи да „намерна употреба ватреног оружја може бити примењена само када је строго неизбежна у циљу заштите живота.“

Ова питања су се прво детаљно обрадила од стране Суда у случају Мек Кен и остали против Уједињеног Краљевства. Овај случај представља једну од најбоље образложених одлука органа Савета Европе.⁷¹² Случај се бавио усмрћивањем тројице

⁷⁰⁸ Op.cit., стр. 77.

⁷⁰⁹ Op. cit., стр. 83.

⁷¹⁰ Op. cit., стр. 84.

⁷¹¹ Op. cit., стр. 91.

⁷¹² A. Reiter-Korkmaz, „McCann et autres c. Le Royaume Uni”, Revue trimestrielle des droits de l’homme, 1996., стр. 264.

осумњичених терориста Ирске републиканске армије (ИРА) на Гибралтару⁷¹³, извршеним од стране британских специјалних снага који су били послати да их пресретну и ухапсе. Према доступним подацима, терористи су планирали постављање аутомобила-бомбе и вероватно је требало да употребе скривени детонатор.⁷¹⁴ Тим је пуцао и убио осумњичене, што је у то време правдано тиме да су посегнули за оним за шта су војници сматрали да су детонатори.⁷¹⁵ Један од водећих аналитичара сматра да је овај случај претеча афирмативне јуриспруденције Суда у погледу права на живот.⁷¹⁶

Случај је касније прослеђен Комисији, која се поделила у односу 11 према шест у корист Владе УК, али је одлучила да проследи случај Суду. Ово је било први пут да је Комисија тако учинила у случају који се односи на члан 2. Подносиоци представке су навели да процесни захтеви члана 2 нису задовољени истражним поступком због комбинације недостатака (није спроведена независна полицијска истрага о било ком аспекту операције која је водила ка пуцњави)⁷¹⁷. Међутим, Суд није пронашао да су ови недостаци довољни за кршење члана 2, пошто је подносиоцима била обезбеђена правна помоћ и могућност да испитају и унакрсно испитају кључне сведоке.

Суд је прихватио да војници не би требало да буду окривљени, јер су веровали да је пуцање било потпуно неопходно да би спречили терористе да детонирају бомбу. Међутим, Суд је такође је размотрио целокупну безбедносну операцију. Три члана ИРА су били познати британским безбедносним снагама и они су их могли ухапсити одмах по уласку на Гибралтар, уместо да им дају прилику да поставе аутомобил-бомбу. Посматрајући укупно лоше планирање операције, Суд је зато закључио да употреба смртоносне силе није била потпуно неопходна⁷¹⁸ и да је убиство представљало кршење члана 2, врло танком већином од 10 гласова према 9. Зато је овај случај сматран од стране многих коментатора посебно спорном одлуком Европског суда.

⁷¹³ Ирска републиканска армија тражи уједињење Северне Ирске са Републиком Ирском.

⁷¹⁴ *McCann and others v. United Kingdom*, appl. no. 18984/91, параграф 13.

⁷¹⁵ C. Ovey and R. White, *op. cit.*, стр. 57.

⁷¹⁶ F. Ni Aolain, „Truth telling, accountability and the right to life in Northern Ireland”, *European Human Rights Law Review*, 2002., стр. 572-590.

⁷¹⁷ Параграф 157 пресуде.

⁷¹⁸ *Ibid*, параграф 146.

Мишљење деветорице судија је било врло убедљиво, јер су се њихови аргументи усредсредили на дужност Уједињеног Краљевства, напомињући да власти „нису могле да ризикују“ да терористи успеју у својој бомбашкој мисији⁷¹⁹. Напоменули су доказ из истраге који је потврдио да је даљински уређај био предвиђен. „Зато је мањина осећала да је одговорност била на властима да делују на основу те претпоставке, узимајући у обзир страшне последице погрешног потцењивања опасности“⁷²⁰. Такође су сматрали да је влада Уједињеног Краљевства имала супротстављене обавезе и да заштити живот осумњичених терориста, као и недужних живота становништва Гибралтара. Иако је мањина осећала да су права потоњих превагнула у односу на права првих, у тим околностима, према једном мишљењу: „случај поштује право на живот терориста, тиме испуњавајући једно од најважнијих поставки међународног права људских права: чување права оних који се доживљавају као „најмање вредни“ у друштву“⁷²¹.

Јасно је да је Суд засновао свој налаз у случају Мек Кан проналазећи неодговарајуће планирање од стране власти, те да Суд поставља држави терет уређивања ствари тако да се појави минимум ризика по живот у било којим анти-терористичким активностима које предузима. У снажном супротстављеном мишљењу деветорице судија Суда (предвођених председником Суда), мањина је сматрала да влади није недостајала одговарајућа брига у контроли и организацији операције хапшења и да употреба смртоносне силе, ма колико била за жаљење, није прекорачила оно што је било „апсолутно неопходно“, те да терористи не би требало да имају тактичку предност. Аутори овог мишљења су, међутим, истакли крајњу озбиљност обавезе за државу да штити право на живот. Суд је једногласно утврдио да у спровођењу анти-терористичких дејстава терет одговорности лежи на држави да обезбеди да је, само потпуно неопходна смртоносна сила заиста употребљена. Значај ових против-терористичких операција мора бити од пресудног значаја, јер ће власти често имати у

⁷¹⁹ Мишљење мањине, параграфи 8,9.

⁷²⁰ J., Sarah, „Denouement of the Deaths on the Rock: the Right to Life of Terrorists“, NQHR, 1 / 1996 , стр.18.

⁷²¹ Ibid, 21, 22.

свом притвору оне који се сматрају њиховим смртним непријатељима и који не презају ни од чега.⁷²²

Међутим, да недостаци у домаћем праву о употреби смртоносне силе могу, сами за себе, да доведу до повреде члана 2, било је потврђено у случају Макарацис против Грчке.⁷²³ Полиција је покушала да заустави подносиоца представке пошто је он прошао кроз црвено светло у центру Атине. Подносилац је био ненаоружан, међутим није се зауставио, већ је убрзао и пробио је пет полицијских блокада на путу када су полицајци почели да пуцају на његов аутомобил. Коначно, он се зауставио на бензинској станици, али је закључао врата и одбио да изађе. Полицајци су наставили да пуцају, наносећи му неколико прострелних рана.

Кривични поступак је поведен против седморице официра, који је окончан њиховим ослобађањем, пошто суд није био у стању да утврди изван разумне сумње да су ти официри били они који су запуцали, нити су сви официри, који су учествовали у инциденту, били идентификовани. Суд је сматрао да је неуспех домаћих власти да идентификују све полицајце који су учествовали у инциденту „упадљив пропуст“ коме је приписана „значајна тежина“.

Супротно случају Мек Кан, Суд је проучио обуку и упутства дата припадницима органа реда у овом контексту. У то време, употреба ватреног оружја у Грчкој је још увек била регулисана застарелим и мањкавим законима из доба Другог светског рата, који су навели широк спектар ситуација у којима би један полицијски службеник могао да употреби ватрено оружје, а да не буде одговоран за последице. Суд је био на становишту да: „...члан 2 не даје одрешене руке. Нерегулисана и самовољна акција државних службеника није у складу са делотворним поштовањем људских права. То значи да, иако су одобрена националним законом, полицијска дејства морају бити њиме довољно регулисана, у оквиру система одговарајућих и делотворних заштита од својевољности и злоупотребе силе... полицијаци не би требало да буду остављени у вакууму када извршавају своје дужности, да ли у склопу припремљене операције или у спонтаном гоњењу особе која се доживљава као опасна; правни и управни оквир треба

⁷²² J. Hedigan, *op. cit.*, стр. 302.

⁷²³ Makaratzis v. Greece, *appl. no.* 50385/99.

да одреди ограничене околности у којима службеници за спровођење закона могу да употребе силу и ватрено оружје, у светлу међународних стандарда који су у том погледу развијени...“⁷²⁴ Управо је пропуштање да се обезбеди такав оквир довело до хаотичне пуцњаве у овом случају.

Стога је господин Макарацис био жртва повреде члана 2 Конвенције по овом основу – иако је преживео.⁷²⁵ Пресуда разјашњава да (озбиљни) недостаци у регулаторном оквиру за, и одсуство „одговарајуће обуке и упутстава“⁷²⁶, у употреби ватреног оружја од стране полиције могу да представљају кршење обавезе по члану 2 Конвенције да се заштити право на живот „по закону“.

Општи стандард за извођење доказа примењен од стране Суда у погледу наведеног кршења Конвенције јесте „доказ ван разумне сумње“: у начелу, подносилац представке мора да докаже, по овом стандарду, да се повреда догодила.⁷²⁷ Другим речима, у погледу тврђења да је убиство било супротно члану 2, терет је на подносиоцу да докаже то тврђење, и он мора да поднесе „убедљив доказ“ пре него што такво тврђење може бити прихваћено.

Када је установљено да је особа убијена од стране службеника државе, та држава сноси терет да докаже да су њене акције биле „апсолутно неопходне“ у смислу члана 2. Као што је судија Браца (Bratza) истакао у свом делимично одвојеном мишљењу у случају Ацдаш (Ağdaş): „испитивање не треба да пружи довољно доказа да се задовољи Суд да је употреба силе била више него потпуно нужна; већ, да ли је доказ такав да увери Суд да употреба силе није била више него апсолутно неопходна у самоодбрани.“⁷²⁸

⁷²⁴ Случај *Makaratzis v. Greece*, appl. no. 50385/99 параграфи 58-59, са позивањем на случај Хилда Хафштајнсдотир против Исланда (*Hilda Hafsteinsdóttir v. Iceland*), Општи коментар бр.6 Комитета за људска права у погледу члана 6 Међународног пакта о грађанским и политичким правима и “Принципи употребе силе и ватреног оружја“ УН. Хафштајнсдотир је случај под чланом 5, који снажно истиче потребу заштите од самовољног полицијског хапшења. Позивање Суда на тај случај чини јасним да иста потреба проистиче из члана 2, против самовољног овлашћења полиције да употреби ватрено оружје. Друга два позивања поново подвлаче растућу вољу Суда да примењује Конвенцију у складу са ширим међународним стандардима

⁷²⁵ *Makaratzis v. Greece*, параграф 72.

⁷²⁶ *Ibid*, параграф 70.

⁷²⁷ Видети тзв. Грчки случај, извештај Комисије од 5. новембра 1969., параграф 30.

⁷²⁸ *Ağdaş v. Turkey*, appl. no. 34592/97, делимично издвојено мишљење судије Браце, који је сматрао да је већина у Суду погрешно применила први стандард.

Тамо где су правни поступци пред домаћим судовима били започети пре него што је случај разматран од стране Европског суда за људска права, овај потоњи се ослања на чињеничне налазе тих домаћих судова. Као што је Суд навео у случају Авшар против Турске: „Суд је осетљив на супсидијарну природу своје улоге и мора бити опрезан у преузимању улоге првостепеног суда када се због околности одређеног случаја то може избећи...Није задатак Суда да своју сопствену оцену чињеница замени оном учињеном од стране домаћег суда и као опште правило на тим судовима је да оцене доказе пред њима....Мада Суд није везан налазима домаћих судова, у нормалним околностима он захтева уверљиве елементе да би се удаљио од чињеничног налаза до којег су дошли ти судови.“⁷²⁹

Међутим, има случајева у којима су озбиљни недостаци у истрагама тужене државе о догађајима били уочени и где је главни елемент тврђења подносиоца представке био да су ти недостаци били такви да су домаће поступке учиниле неефикасним. Државе које су укључене у претходно планирање анти-терористичких операција имају дужност да примене „одговарајућу бригу“ у планирању, организацији и контроли таквих операција, да покушају да сачувају животе, не само људи који могу да падну као жртве терориста, већ и самих терориста.

„Држава може имати позитивну обавезу да заштити појединце од других појединаца који прете насиљем, иако свака таква позитивна обавеза мора бити тумачена тако да не намеће немогућ или несразмеран терет властима. „Помињање „употребе силе“ у члану 2 није ограничено на употребу оружја или физичке силе, већ се проширује на таква могућа смртоносна деловања као што је употреба војног возила да би се срушила барикада.“⁷³⁰

IV.5.1. Делотворност истраге

Независан и делотворан надзор органа за спровођење закона је једна од кључних мера за обезбеђење демократског рада полиције, али и услов Европске конвенције, као и

⁷²⁹ Avsar v. Turkey, appl. no. 25657/94, параграф 283.

⁷³⁰ McShane v. United Kingdom, appl. no. 43290/98.

других међународних стандарда. Суд ће често пронаћи повреду члана 2 због неефикасне истраге или потпуног одсуства истраге од стране власти. Суштинска сврха такве истраге јест да обезбеди делотворну примену домаћих закона који штите право на живот и да осигура одговорност оних који су одговорни за незакониту смрт. Обавеза власти да предузму такву истрагу је једнострана обавеза, која проистиче из чињенице да је власт свесна да се догодила незаконита смрт.

Да ли званична истрага задовољава стандарде Европске конвенције о људским правима је потпуно одвојено питање од оног да ли је држава повредила само право на живот. Суд је развио многе стандарде којима се просуђује да ли је истрага, коју је спровела држава потписница, у складу са Европском конвенцијом о људским правима.

У већини представки за кршење процедуралних аспеката члана 2, Суд се усредсредило на делотворност истрага које су спроведене са циљем кривичног гоњења оних који су одговорни за незаконита убиства. Међутим, Суд је такође на становишту да у одређеним околностима грађански или управни лекови могу да обезбеде одговарајућу заштиту тамо где одговорност може бити установљена и обештећење пружено таквим каналима (Калвели и Ћилио против Италије, лекарски нехат) и Пол и Одри Едвардс против Уједињеног Краљевства (немар јавних власти). Кашњење у плаћању било које надокнаде досуђене кроз грађански или управни поступак такође може допринети установљењу процедуралног кршења члана 2 (Енерјилдиз против Турске).

IV.5.2. Циљ става (2) члана 2

Почетна усредсређеност члана 2 је на забрани одузимања живота од стране државних службеника. Како је наведено, прва суштинска обавеза на основу члана 2 је битно негативна.

У овој области, већина случајева наведеног кршења члана 2 који су се појавили пред Судом укључивала је употребу силе у склопу борбе против тероризма. Ови случајеви често су обухватили мали број држава (углавном Турску, Уједињено Краљевство, Руску Федерацију) у којим је смртоносна сила била употребљена у склопу операција против чланова организација које користе насиље да постигну политичке циљеве, као што су Ирска републиканска армија, Радничка партија Курдистана или чеченски

сепаратисти. Члан 2 је свакако применљив на губитак живота у овом контексту. У случају Мек Кан, Суд је потврдио да би анти-терористичке операције требало да буду смишљене и надзиране како би се минимизирало, у највећој могућој мери, прибегавање смртоносној сили. Зато је супротно члану 2 ако закон или пракса државе дозволе полицији политику „пуцај како би убио“ наводне терористе. Други случајеви укључују инциденте који проистичу из уобичајених полицијских контрола у којима се примећује извештајан број недостатака у оперативном планирању и контроли, управним прописима о употреби ватреног оружја или у конкретној одлуци да се употреби потенцијално смртоносна сила. Крајња опрезност је потребна приликом употребе силе која може да доведе до смрти.

Степен и врста употребљене силе могу, између осталих чинилаца, бити значајни у оцењивању да ли се акција државних службеника у наношењу повреде без изазивања смрти може сматрати неспојивом са предметом и сврхом члана 2, тј. да ли употреба смртоносне силе, која конкретно не доводи до смрти, може довести до повреде члана 2.

У случајевима Исајева, Јусупова и Базајева против Русије⁷³¹ и Исајева против Русије који се бавио ваздушним бомбардовањем цивила у Чеченији од стране руских снага безбедности, Суд је потврдио да је члан 2 применљив не само на понашање које доводи до смрти, већ такође и на случај у коме жртва преживи, али се, због употребе смртоносне силе, рачуна као покушај убиства. Тамо где није могуће показати да је употребљена сила била такве природе или степена да би се појавило питање које спада под члан 2, чињенице могу да се подведу под члан 3.

Слично, у случају Илхан против Турске⁷³², где је подносилац представке претрпео оштећење мозга после удarca кундаком у главу, који су нанели жандарми, повреда која није довела до смрти није била у складу са предметом и сврхом члана 2, већ је разматрана по члану 3.

Будући да је предмет и сврха уговора о људским правима заштита људских бића, члан 2 мора бити тумачен и примењиван тако да ту заштиту учини „изводљивом и делотворном“.

⁷³¹ Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia, application nos. 57947/00, 57948/00, 57949/00.

⁷³² Ilhan v. Turkey, appl. no. 22277/93.

IV.5.3. Стандард и терет доказивања који се захтевају да би се установила одговорност државе за незаконито убиство

Члан 2 обезбеђује заштиту од незаконитог лишења живота. Тешкоћа са којом се суочава подносилац представке често лежи у доказивању да је држава одговорна за смрт, јер Суд захтева да се то мора установити од стране подносиоца стандардом доказивања „изван разумне сумње“ да је сила већа од „апсолутно неопходне“. Док се ово чини пре као висок стандард који подносилац треба да достигне, у пракси се примењује флексибилнији приступ. Као што је већ назначено, Суд се не бави кривичном одговорношћу, будући да је ова одговорност „различита од међународно-правне одговорности државе по Конвенцији, која произлази из дела њених органа, агената и службеника, која се не меша са домаћим питањима појединачне кривичне одговорности која подлеже испитивању у националним кривичним судовима. Суд се не бави проналажењем било којих доказа о кривици или невиности у том смислу.”⁷³³

У вези са наводима о плану за умишљајно убиство, судска пракса показује да се захтева такав “убедљив доказ“. У случају Мек Кан и остали против Уједињеног Краљевства, Суд указује да „би било потребно имати убедљив доказ“ пре него што закључи да је такав план постојао и да подносилац представке није успео да обезбеди такав доказ. Два кључна питања у овој области су: стандард доказа (у овом случају, „убедљив доказ“) и терет доказивања (који лежи на подносиоцу представке).

Међутим, у пракси „достигнуће захтеваног стандарда доказивања може потицати из коегзистенције довољно снажних, јасних и сагласних закључака или непобитних чињеница“, чија доказна снага мора бити оцењена у светлу околности појединачног случаја“, као што је указано у случају Каја против Турске. Неки случајеви приказују употребу доказног стандарда.

У случају Јаса против Турске⁷³⁴, на особу која је примила неколико претњи смрћу је на крају пуцано и убијена је, као и многа друга лица која су разносила про-курдске

⁷³³ Као што је Суд навео у случају *Avsar v. Turkey*, appl. no. 25657/94.

⁷³⁴ *Yasa v Turkey*, appl. no. 22495/93.

новине. Међутим, ни један директни доказ, који би показивао „изван разумне сумње“ да су снаге безбедности биле укључене у смрт, није постојао. Суд није имао на располагању материјал који би му омогућио да идентификује претпостављене починиоце са довољном прецизношћу и зато се није могло сматрати да је држава одговорна за убиство.

Слично томе, у случају Танрикулу против Турске⁷³⁵, супруга преминулог није била сведок убиства свог мужа, али је стигла на лице места догађаја брзо пошто је чула испале хице и сведочила је да је осам припадника снага безбедности било присутно и да нису предузели никакву акцију гоњења особа које су пуцале. Без обзира на то, и Комисија и Суд су сматрали да је било недовољно доказа да би закључили да је жртва убијена на начин који би повлачио одговорност државе.

Мада је терет доказивања да су државни службеници одговорни за кршење права на живот уопштено на подносиоцу представке, у пракси је овај захтев некако флексибилан, у случајевима када у целини или већим делом, искључиво власти знају шта се десило (у случају особа које су контролисане или задржане од стране службеника државе или особа које су пронађене мртве у области која је под искључивом контролом државе), појавиће се снажне претпоставке по основу повреда и смрти које се десе. Тако се одговорност доказивања чињеница помера са подносиоца представке на одговорну владу. Ова обавеза државе да обезбеди одговарајућу оцену чињеница је „нарочито строга“ у смислу члана 2 у случају смрти.

Тако, обавеза пружања уверљивог објашњења може да потпомогне да се утврди кршење суштинског права на живот. Ово захтева независну истрагу о посебним околностима случаја. Другим речима, могло би се пронаћи кршење и суштинске и процедуралне обавезе која произлази из члана 2.

⁷³⁵ Tanrikulu v. Turkey, appl. no. 23763/94.

IV.5.4. Потреба да се изврши истрага ex post facto: процесни аспект члана 2

Захтев за делотворном истрагом тежи успостављању одговорности службених лица. Тамо где су она употребила смртоносну силу против појединца неопходно је – и за родбину и за поверење јавности у спровођење правде и у приврженост државе владавини права – да лишење живота од стране државног службеника буде предмет објективног надзора. Недостатак ефикасне истраге ће, сам по себи, представљати кршење члана 2 Конвенције.

Суд је уочио да би забрана незаконитог или самовољног лишења живота била бесмислена без наметања строгог захтева процесне истраге који би помогао обезбеђењу делотворности домаћег права које штити живот. То је такозвани процесни аспект члана 2. Такав захтев је сасвим другачији од суштинског захтева да се смртоносна сила не употребљава уколико није апсолутно неопходна: може доћи до кршења једног без кршења другог захтева. Тако је у случају Мек Кан, Суд нашао повреду суштинског захтева, али не и повреду процесног захтева. Обрнуто, у случају Каја против Турске⁷³⁶, Суд није пронашао повреду суштинских захтева члана 2, већ повреду процедуралних захтева које овај члан намеће.

Суштинска сврха такве истраге јесте да обезбеди делотворну примену домаћих закона који штите право на живот и да, у случајевима који укључују државне службенике или тела, осигура њихову одговорност. Облик истраге може да се разликује, али који год облик да је употребљен, власти морају деловати по сопственој иницијативи, једном када им ствар постане позната. Не би се смело такву иницијативу препустити родбини, било у погледу подношења формалне жалбе било преузимања одговорности за вођење било ког истражног поступка.

Да би се једна истрага сматрала делотворном за циљеве члана 2, она мора да задовољи више критеријума.

⁷³⁶ *Kaya v. Turkey*, appl. no. 22535/93.

IV.5.5. Лица која су одговорна за истрагу и која је воде морају бити независна од оних лица која су била умешана у догађаје

Делотворна истрага о наводном незаконитом убиству извршеном од стране државе захтева да лица која су одговорна за истрагу и која је воде буду независна од лица која су била умешана у догађај.⁷³⁷ То претпоставља не само непостојање хијерархијске или институционалне везе, већ и практичне независности.⁷³⁸ Постоји мноштво случајева који детаљно разрађују овај захтев.

У случају Рамсахиаи против Холандије, „истраге амстердамске/амстеландске полиције, пошто их је преузело Државно одељење за кривичне истраге, нису могле довољно да уклоне недостатак независности.⁷³⁹

У случају Хју Џордан против Уједињеног Краљевства, истрага о убиству извршеном од стране полицајца је била вођена и спроведена од стране полицајца, припадника истих полицијских снага. Упркос чињеници да је истрага надзирана од стране независне полицијске контроле, то није било довољно да се отклони недостатак у погледу независности.

У случају Гулеџ против Турске, двојица истражитеља именованих да воде истрагу о смрти особе убијене од стране жандарма, били су хијерархијски изнад полицајца чије су понашање требало да истраже. Истражитељи нису довели у питање верзију догађаја коју су им доставили подређени и пропустили су да испитају кључне сведоке, укључујући једног очевица који је стајао поред жртве, када је она била погођена делом метка што је изазвало смрт. Жандармерија никада није доставила имена војника који су учествовали у инциденту. Суд је закључио да истрага није вођена од стране независних власти и зато је дошло до повреде члана 2.

⁷³⁷ Güleç v. Turkey, appl. no. 21593/93, параграфи 81-82; Öğür v. Turkey, appl. no. 21954/93, параграфи 91-92; и Anguelova v. Bulgaria, appl. no., параграфи 138.

⁷³⁸ Ergi v. Turkey, appl. no. 23818/94, параграф 83-84; Hugh Jordan v. the United Kingdom, appl. no. 24746/94, параграф 120; Kelly and Others v. the United Kingdom appl. no. 30054/96, параграф 114; и McKerr v. the United Kingdom, appl. no. 28883/95, параграф 112.

⁷³⁹ Ramsahai v. The Netherlands, appl. no. 52391/99, параграф 340.

У случају Мек Шејн против Уједињеног Краљевства, војник чије су радње биле под истрагом, поступао је по наређењима полиције, која је затим водила истрагу о смртном исходу. Ово јасно баца сумњу на независност истраге. Коначно, у случају Финјукејн против Уједињеног Краљевства, упркос неколико званичних испитивања, полицијске истраге и претреса, Суд је стао на становиште да је пропуштено да се обави брза и делотворна истрага, као што захтева члан 2, о наводима да су полицијске снаге биле у дослуху са паравојном групом која је преузела одговорност за смрт.

а. Захтев за кривичним поступком

У случају Андронику и Константину против Кипра,⁷⁴⁰ полицајац из специјалне полицијске јединице убио је пар младих људи током операције спасавања. Током почетне истраге, оптуженом полицајцу је речено да се уздржи од даљег мешања у прикупљања доказа и да његово испитивање није било кривично – правне природе, већ чисто административно. По мишљењу Суда, „делотворни лек“ у таквим околностима је требало да буде започињање кривичног поступка против умешаних полицајаца. Породица није имала могућност да добије пресуду од стране кривичног суда да је преминули био незаконито убијен, тако да је Суд закључио да без обзира који истражни орган предузме истрагу, он мора имати моћ да установи кривично-правну одговорност. Од значаја је да је у овом случају Суд нагласио да “мора да направи своју сопствену процену да ли чињенице установљене од стране Комисије утврђују повреду члана 2 Конвенције”.⁷⁴¹

б. Истрага мора бити у стању да одреди узрок смрти

Цитирајући Протокол из Минесоте (the Minnesota Protocol)⁷⁴², Суд је навео у случају Хју Џордан против Уједињеног Краљевства да је сврха такве истраге да идентификује жртву; да сачува доказни материјал који се односи на смрт; да помогне у могућем гоњењу одговорних; да идентификује могуће сведоке и да прибави изјаве у погледу смртог случаја; да одреди узрок, начин, место и време смрти, као и образац или

⁷⁴⁰ Andronicou and Constantinou v. Cyprus, appl. no. 86/1996/705/897.

⁷⁴¹ J. Callewaert, “Is there a margin of appreciation in the application of Articles 2, 3 and 4 of the Convention?”, Human Rights Law Journal, vol. 19, no. 1, 1998., стр. 6-9.

⁷⁴² Упутство УН о ванправним, самовољним и преким погубљењима.

праксу поступања који су могли да доведу до смрти; да разликује природну смрт, несрећни случај, самоубиство и убиство; да идентификује и ухвати особу умешану у смрт; да приведе осумњиченог извршиоца пред надлежни суд установљен законом.

Да је сврха испитивања да се утврди узрок смрти, истакнуто је такође у случају *Салман против Турске*.⁷⁴³ Суд је истакао да је требало да „буде обављена обдукција која обезбеђује потпун и тачан извештај о могућим знацима малтретирања и повређивања и стварну анализу клиничких налаза, укључујући узрок смрти“. Пресуда у случају *Каја против Турске* такође истиче да би укључени званични извештај о догађајима требало да буде поткрепљен независним доказом и да закључци истражних органа не могу бити засновани на недоказаним хипотезама. Било који недостатак у истрази који подрива њену способност да установи узрок смрти крши стандарде члана 2.

ц. Разумни докази би требало да буде прикупљени

Суд признаје да специфични стандарди у овој области не могу да буду утврђени због посебности сваког случаја. Међутим, он описује истражње радње које су биле или могле бити предузете у делотворној истрази. На пример, у случају *Каја против Турске*, Суд је напоменуо да истражно тело треба да сакупи довољно доказа да поткрепи полицијску верзију догађаја; да спроведе прикупљање доказа на лицу места; да изведе независну реконструкцију догађаја; обави тест отисака прстију; састави извештај о аутопсији;⁷⁴⁴ обави на лицу места *post-mortem* испитивање и вештачење; спроведе балистичка испитивања (број метака, раздаљина код пуцања); да испита сведоке убиства; испита чланове снага безбедности умешаних у инцидент; да провери да ли подаци о притвору одговарају званичној верзији.

Делотворна истрага мора такође да буде у стању да принуди сведоке да сведоче, посебно оне који су били директно укључени у инцидент. Као што је напоменуто у случају *Мек Шејн против Уједињеног Краљевства*, „делотворност истраге је била подривена немогућношћу принуђивања сведока из редова снага безбедности да сведоче.“

⁷⁴³ *Salman v. Turkey*, appl. no. 21986/93, параграф 105.

⁷⁴⁴ *Ibid*, параграф 89.

У случају Каја, суд је такође напоменуо да, када се смрти догоде у области познатој по честом терористичком насиљу, обавеза делотворне истраге остаје и даље. „Ни претежност оружаних сукоба ни учесталост смртних случајева, не може да замени обавезу, по члану 2, да се обезбеди делотворна, независна истрага о смртима.“⁷⁴⁵

Држава може имати много других обавеза, вештачење доказа је једно од њих. У случају Гул против Турске⁷⁴⁶, „...није било покушаја да се пронађе метак који је наводно испаљен од стране Мехмет Гула на полицајце, што је представљало оправдање да на њега пуцају. Није било одговарајућег записника о наводно два пронађена револвера и две потрошене чауре у стану, што се такође односило на правдање полиције за своје акције. Ниједна фотографија оружја није снимљена. Док је испитивање обављено на оружју Браунинг како би се показало да је скоро пуцано, није било испитивања руку Мехмета Гула ради проналажења трагова који би га повезали са револвером, нити су испитани отисци на револверу. Влада је изнела да даља испитивања нису била потребна с обзиром да је узрок смрти био јасан. Сврха посмртне истраге, међутим, је да такође расветли околности које окружују смрт, што укључује потпуни и тачан извештај о могућим знацима малтретирања и повређивања и објективну анализу клиничких налаза. У том смислу, Протокол о начину за вршење обдукције (the Model Autopsy Protocol) који је додат Приручнику о делотворном спречавању и истраживању ванправних, самовољних и преких погубљења који је усвојен од стране УН-а 1991. године, истиче потребу, у потенцијално спорним случајевима, за систематичним и свеобухватним истраживањем и извештавањем ради спречавања изостављања или губитка важних детаља.

д. Уколико је узрок смрти сила коју је употребио државни службеник, да ли је та сила била „оправдана“

Употреба смртоносне силе од стране службеника државе мора бити предмет истраге способне да одреди да ли је употребљена сила била оправдана с обзиром на околности.⁷⁴⁷ Истражна тела такође морају бити у стању да одреде да ли је употреба

⁷⁴⁵ *Kaya v. Turkey*, appl. no. 22535/93, параграф 91.

⁷⁴⁶ *Gul v. Turkey*, appl. no. 22676/93.

⁷⁴⁷ *Kaya v. Turkey*, appl. no. 22535/93.

силе била незаконита.⁷⁴⁸ Јасно је да обавеза државе да заштити право на живот не може бити тумачена тако да она захтева да свако незаконито убиство резултира кривичном осудом – нити се може очекивати да сви случајеви убистава могу бити решени. Међутим, Суд је је стао на становиште да држава заиста има обавезу да гарантује да свака истрага о незаконитом убиству мора бити у стању да води ка утврђивању да је употребљена сила била оправдана (или не) у датим околностима, и до идентификације и кажњавања оних који су одговорни.

е. Одговорна лица морају бити идентификована и кажњена

Истрага мора да буде делотворна и у смислу да њени резултати могу да идентификују државног службеника који је крив и да воде ка његовом или њеном кажњавању.⁷⁴⁹ „Ово није обавеза резултата, већ средстава,“ према одлуци у случају Огур против Турске. Испитивање мора да буде у стању да доведе до кажњавања преступника. Било који недостатак у истрази који подрива њену способност да утврди одговорност особе (или особа), не достиже стандард који захтева члан 2.

IV.5.6. Истрага мора бити брза и разумно експедитивна

Следеће мерило делотворности је брзина власти у истраживању употребе смртоносне силе. Брзо деловање власти је суштинско за одржавање поверења јавности у њену приврженост владавини права и спречавању постојања привида било каквог дослуха при вршењу незаконитих дела.

Тамо где су покренути поступци више пута одложени, није могуће да се испуни захтев експедитивности и Суд је указао да, ако се дуга одлагања сматрају оправданим у интересу процесне коректности за породице преминулих, може се поставити питање да ли је систем испитивања структурно способан да обезбеди и брзину и приступ забринутим породицама.

⁷⁴⁸ Mc Shane v. United Kingdom, appl. no. 43290/98, параграф 121.

⁷⁴⁹ Ogur v. Turkey, appl. no. 21594/93, параграф 88; и McShane v. United Kingdom, appl. no. 43920/98, параграф 96.

У случају Мек Шејн против Уједињеног Краљевства, највише изјава је узето током две недеље после убиства жртве и предмет је послат тужиоцу тек неких једанаест месеци после инцидента. Коначни извештај је поднет скоро деветнаест и по месеци после инцидента. Дугачки периоди неактивности су били необјашњиви и Суд је закључио да истрага није вођена разумном брзином.

У случају Кели и остали против Уједињеног Краљевства, осам година је прошло пре отварања истраге. Било је много додатних одлагања, и мада су нека од њих била тражена од стране самих подносилаца, Суд је био на становишту да, у овом случају, истрага није испунила захтев за експедитивношћу.

Коначно, у случају Пол и Одри Едвардс против Уједињеног Краљевства⁷⁵⁰, одлука да се спроведе истрага о смрти затвореника је донета осам месеци после његове смрти. Поступак је отворен десет месеци касније. Извештај је коначно поднет три и по године после смрти. Суд је стао на становиште да је истрага, која је била сложена, укључивала испитивање више од 150 сведока и односила се на бројне јавне службе, захтевала значајно време. Мада је време које је протекло пре него што је истрага окончана било дуго, то није био неразуман период у датим околностима и није дошло до повреде члана 2.

IV.5.7. Истрага мора да се спроведе темељно

Истрага о незаконитом убиству мора бити вођена на тај начин да обезбеди да су сви аспекти убиства потпуно истражени. Тамо где су државни службеници уплетени у убиство, истражитељи су дужни да потпуно истраже такве наводе. Није довољно једноставно питати за њихову верзију догађаја. Сви сведоци, без обзира да ли подржавају или сеprotиве званичној верзији догађаја, морају бити испитани ради утврђивања истине.

У случају Мек Кан и остали против Уједињеног Краљевства, вођен је претрес о убиству тројице осумњичених терориста у ком су подносиоци представке били

⁷⁵⁰ Paul and Audrey Edwards v. United Kingdom, appl. no. 46477/99.

заступљени. Значајан број сведока, укључујући чланове војног и полицијског особља који су били укључени у планирање и извођење анти-терористичке операције, био је саслушан и они су били предмет испитивања и унакрсног испитивања од стране адвоката који су заступали породицу, водећи суд да закључи да није било повреде члана 2.

У случају Ерги против Турске⁷⁵¹, жртва је убијена током заседе коју су поставиле безбедносне снаге током покушаја да се ухвате терористи. Тужилац је зато олако закључио да су терористи били одговорни за убиство, иако није узео било коју изјаву од чланова жртвине породице, сељана или војног особља. По овој ствари се годинама није поступало. Никаква пажња није придата питању да ли су безбедносне снаге спровеле своју операцију на правилан начин, што доводи до повреде члана 2.

У случају Каја против Турске, тужилац је претпоставио да је преминули био терориста који је умро у сукобу са снагама безбедности. Тужилац никада није проверавао верзију војника о догађајима, наиме, да су морали да боре са терористима. Ниједан покушај није учињен да се утврди да ли је било испалених чаура у области где се одиграла борба. То је довело да пропусти да се задовоље захтеви члана 2.

У случају Килич против Турске⁷⁵², истрага о смрти брата подносиоца представке је трајала само један месец. Обавеза да се обави истрага по члану 2 је била повређена због ограниченог обима и кратког трајања.

У случају Чакичи против Турске⁷⁵³, брат подносиоца представке је нестао пошто је био стављен у полицијски притвор. Никакви напори нису предузети да се обезбеди било који доказ, осим упита за приступ притворским евиденцијама, мада је породица жртве скренула пажњу властима на ствар и обавестила је да су постојала три очевица његовог задржавања. Суд је утврдио да је дошло до повреде члана 2.

У случају Танрикулу против Турске⁷⁵⁴, врло површно претраживање места злочина је извршено један сат после убиства и потрага за два могућа очевица је била неуспешна.

⁷⁵¹ Ergi v. Turkey, appl. no. 23818/94.

⁷⁵² Kiliç v. Turkey, appl. no. 22492/93.

⁷⁵³ Çakıcı v. Turkey, appl. no. 23657/94.

⁷⁵⁴ Tanrikulu v. Turkey, appl. no. 23763/94.

Два лекара су обавила неодговарајућа посмртна испитивања. Није било никаквог доказа о томе да су предузети било који истражни кораци од стране полиције или о истражним дејствима јавног тужиоца, више од годину дана од како се инцидент догодио и само нешто више од месец дана пошто је Влади скренута пажња на представку.

Доказе треба тражити од свих сведока обе стране. У случају Гул против Турске⁷⁵⁵, Суд је осудио истрагу пошто је кривични суд саслушао доказе три оптужена официра, који су дали кратке изјаве. Суд није позвао остале сведоке. Суд је затражио два стручна мишљења (од поручника жандармерије и од полицијских стручњака) која су садржавала процену догађаја засновану на претпоставци да је процена полицајаца била правилна, али која није била заснована на било којим налазима техничког вештачења.

IV.5.8. Јавност истраге

Следеће мерило делотворности јесте да мора постојати довољан елемент јавности у истрази или њеним резултатима, како би се обезбедила одговорност у пракси као и у теорији. Међутим, у свим случајевима, родбина жртве мора бити укључена у поступак, у обиму који је потребан да се заштитили његови или њени оправдани интереси, који могу бити у директном сукобу са интересима полицијских или безбедносних снага које су уплетене у догађаје.⁷⁵⁶ Природа и ниво (јавног) надзора који задовољава минимални праг делотворности истраге, зависи од оклости појединачног случаја.⁷⁵⁷

Отвореност истраге је такође одлика члана 2, иако отвореност не значи увек да поступак мора да буде отворен јавности. У случају Рамсахаи⁷⁵⁸, Велико веће је закључило да је било довољно да је подносиоцима представке био одобрен потпуни приступ досијеу истраге, да ефективно учествују у саслушању и да им је била дата образложена одлука. Тако је постојала мала вероватноћа да би било која власт, укључена у случај, могла да сакрије одговарајуће информације од њих.

⁷⁵⁵ Gul v. Turkey, appl. no. 22676/93.

⁷⁵⁶ McShane v. United Kingdom, appl. no. 43290/98, параграф 98.

⁷⁵⁷ Видети, *mutatis mutandis*, Tanrikulu v. Turkey, appl. no. 23763/94, параграфи 101-110, и Kaşa v. Turkey, appl. no. 22535/93, параграфи 89-91.

⁷⁵⁸ Ramsahai v. The Netherlands, appl. no. 52391/99, параграф 354.

Зато је важно – заједно и за родбину и за поверење јавности у спровођење правде и у приврженост државе владавини права – да лишење живота од стране државног службеника буде предмет отвореног и објективног надзора.⁷⁵⁹

Истрага не треба да буде спроведена у једном јединственом поступку. У случају Шенеген против Уједињеног Краљевства, проналажење чињеница, кривична истрага и гоњење су били спроведени или дељени између неколико надлежних власти, али ова чињеница сама по себи није била довољна да би засновала налаз да је члан 2 повређен. Оно што је важно јесте да су истраге које су спроведене обезбедиле неопходну заштиту за породицу на доступан и делотворан начин. На многим нивоима, ово ће захтевати давање родбини приступа одређеним деловима поступка и такође одређеним документима да би се обезбедило њихово делотворно учешће. У односу на јавност полицијских истрага, Суд је нашао да откривање или објављивање полицијских извештаја и истражног материјала може да укључује осетљива питања са могућим штетним дејством на приватни живот појединаца или на друге истраге. Према томе, то није аутоматски захтев члана 2. Потребан приступ јавности или жртвине родбине може им бити обезбеђен у другим фазама доступних поступака. Домаћа решења, зато, морају створити одговарајућу равнотежу, када се тражи да узму у обзир друге оправдане интересе, као што су национална безбедност или заштита материјала битног за друге истраге, обезбеђујући да су заштите из члана 2 доступне и делотворне.

У случају Огур против Турске⁷⁶⁰, током управне истраге, блиска родбина жртве није имала приступ досијеу случаја или било ком делу поступка. У случају Гул против Турске⁷⁶¹, подносилац представке и његова породица нису били обавештени да је кривични поступак био у току и није им била пружена могућност да саопште суду своју различиту верзију догађаја. У оба случаја, пронађена је повреда члана 2.

У вези са учешћем жртвине родбине, члан 2 захтева да они морају да буду обавештени и да им буде дата могућност да учествују када је то одговарајуће. Суд сматра да право породице преминулог, чија је смрт под истрагом, да учествује у поступку, захтева да прихваћени поступак обезбеди потребну заштиту њихових интереса, који могу бити у

⁷⁵⁹ Видети, *mutatis mutandis*, McCann v United Kingdom, appl. no. 18984/91, параграф 161.

⁷⁶⁰ Ogur v. Turkey, appl. no. 21594/93.

⁷⁶¹ Gul v. Turkey, appl. no. 22676/93.

директном сукобу са интересима полиције или снага безбедности уплетених у догађаје. Међутим, суд не сматра да члан 2 намеће обавезу истражним органима да задовоље сваки захтев, учињен од стране родбине у току истраге, за појединачном истражном мером.

У случају Кели и остали против Уједињеног Краљевства⁷⁶², никоме од породица жртава није био дозвољен приступ изјавама сведока, пре њиховог појављивања на претресу. Суд је био на становишту да се то мора сматрати стављањем породица у неповољнији положај у односу на припрему и способност да учествују у постављању питања, за разлику од положаја полиције и војске које су имале изворе да обезбеде правно заступање и које су имале приступ информацијама о инциденту из својих записника и од особља.

Међутим, у случају Рамсахаи против Холандије⁷⁶³, Велико веће није сматрало као аутоматски захтев из члана 2, да жртвином преживелом најближем рођаку буде дозвољено да приступи истрази, јер је то ишло заједно. Нити је члан 2 наметнуо обавезу истражним органима да испуне сваки захтев за појединачном истражном мером, постављен од стране родбине током истраге. Даље, жалбени поступци не морају да буду отворени за јавност и не захтева се да одлука жалбеног суда буде објављена. У овом случају, чињеница да је подносиоцима представке био дозвољен потпуни приступ досијеу истраге, да им је омогућено да ефективно учествују на саслушању у апелационом поступку и да им је обезбеђена образложена одлука, уверило је Суд да је захтев за јавношћу био задовољен у обиму довољном да отклони опасност било каквог недозвољеног заташкавања од стране туженог органа власти.

Подносиоци представке у случају Мек Кан су изнели да члан 2 намеће позитивну обавезу држави да обезбеди „делотоворан *ex post facto* поступак за утврђивање чињеница око убиства извршеног од стране државног службеника, кроз независан судски поступак, којем родбина мора имати потпуни приступ“.⁷⁶⁴ Одређени недостаци у поступку, назначени од стране подносилаца представке и пријатеља суда (*amici curiae*), нису, по мишљењу Суда „битно омели спровођење темељног, неубичајеног и

⁷⁶² Kelly and others v. United Kingdom, appl. no. 30054/96.

⁷⁶³ Ramsahai v. The Netherlands, appl.no. 52391/99.

⁷⁶⁴ McCann v. United Kingdom, параграф 157.

пажљивог испитивања околности убиства.”⁷⁶⁵ Зато у случају Мек Кан није било кршења овог захтева.

IV.5.9. Особе које су притворене у добром здравственом стању и касније нађене мртве

Држава има обавезу да заштити појединце који су њеном притвору или под њеном контролом као особе које су у нарочито рањивом положају у односу на државу. Тамо где је особа стављена у притвор у добром здравственом стању, али је касније нађена мртва, на државној власти је дужност да обезбеди уверљиво објашњење о догађајима који су довели до њене смрти. Пропуст да се такво објашњење обезбеди значиће да се државни органи власти држе одговорним за смрт.⁷⁶⁶ Таква смрт захтева посебан приступ, пошто је јасно да може бити веома тешко добити детаље са лица места и заиста узрок и начин усмрћивања. Држава би морала да предузме сваку неопходну акцију да се позабави институционалним грешкама и појединачним делима или пропустима који доприносе усмрћивању. Међутим, породица жртве је зависна од било ког обавештења од стране државе.⁷⁶⁷

Пропуст државних органа да обезбеде прихватљиво објашњење ће покренути питања која превазилазе питање незаконитог лишења слободе у смислу члана 5 Европске конвенције о људским правима.

У случају Салман, Суд је рекао да „обавеза да се обави истрага, да се утврде чињенице и да се обезбеди одговорност за смрт у притвору „није ограничена на случајеве у којима је очигледно да је убиство узроковано од стране државног службеника“: држава увек мора да истражи када је особа умрла у притвору. „Као што је генерално случај у полицијским и војним операцијама, од држава се захтева да воде рачуна о појединцима који су задржани. Суд је пронашао да је дошло до повреде члана 2, када је задржано лице убијено у експлозији док је показивало снагама безбедности место где се

⁷⁶⁵ Ibid, параграф 163.

⁷⁶⁶ Kelly and Others v. United Kingdom, appl. no. 30057/96., параграф 92.

⁷⁶⁷ K. Thompson and C. Giffard, „Reporting Killings as Human Rights Violations”, Human Rights Centre, University of Essex, 2002.

налазило складиште муниције⁷⁶⁸ и тамо где је младић био тучен и шутиран на смрт од стране душевно болесног притвореника са историјом психијатријских проблема којег су власти⁷⁶⁹ сместиле у исту ћелију (Пол и Одри Едвардс против Уједињеног Краљевства (2002)).⁷⁷⁰

Суд је установио да је стандард доказивања, када Суд оцењује доказ, стандард „изван сваке сумње“.⁷⁷¹ Суд је нашао да се Влада не сматра одговорном за смрт Ацита Салмана (Agit Salman) и застој срца током његовог задржавања. У овом погледу је било битних пропуста: није било правилног вештачења фотографија тела, никаквог сецирања или хистопатолошке анализе повреда које су се десиле, итд. Недостаци у аутопсијском испитивању су тако „у основи подрили сваки покушај да се одреди одговорност полиције за убиство Ацита Салмана“.⁷⁷² Суд је закључио да су власти пропустиле да обаве делотворну истрагу.⁷⁷³

У случају Великова против Бугарске, задржано лице је умрло, након приближно дванаест часова од како је био ухапшено од стране полиције, од акутног губитка крви као резултата задобијених повреда. Влада је навела да је лице могло задобити повреде пре свог хапшења. Суд је нашао да је било очигледних начина да се добију докази о времену задобијања повреда, али је истражитељ пропустио да такве доказе прикупи. Суд је тако нашао да је дошло до повреде члана 2.

Међутим, „Суд није пронашао повреду члана 2 где су два мушкарца на отпусту из затвора, у полуотвореном режиму, убила сина подносиоца представке. Суд је сматрао да је систем у оквиру ког је појединцима дозвољено одсуство, садржао низ заштитних мера са намером да обезбеди друштву довољну заштиту тако да се за сам систем не може сматрати да је неусаглашен са чланом 2. Суд тако није сматрао да су мере које су

⁷⁶⁸ Demirey v. Turkey, appl. no. 27308/95.

⁷⁶⁹ Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom, appl. no. 46477/99.

⁷⁷⁰ D. Gomien, op. cit.

⁷⁷¹ Ibid, стр. 6.

⁷⁷² Salman v. Turkey, appl. no. 22277/93, параграф 107.

⁷⁷³ Ibid, параграфи 108-109.

власти предузеле изазавале било који пропуст у заштити живота сина подносиоца (Мастроматео против Италије).“⁷⁷⁴

IV.5.10. Особе које су пронађене мртве у области под искључивом контролом државних органа

Исти тест се примењује на ситуације у којима су појединци пронађени мртви у области која је под искључивом контролом државних органа и где се може претпоставити да се информације о предметним догађајима налазе у потпуности или у великом обиму у искључивој контроли органа власти. У том случају, такође, обавеза је на држави да обезбеди задовољавајуће и убедљиво објашњење како су се смрт или повреда десиле.⁷⁷⁵

У случају Естамиров и остали против Русије, који се односи на убиство целе чеченске породице од стране руских снага које су контролисале регион, Суд је напоменуо да истрага о смрти никада није биле довршена и да одговорне особе нису биле пронађене. Такође се показало да је истрага тражила друга објашњења о убицама родбине подносиоца представке, као што је њихова могућа повезаност са незаконитим активностима или лични сукоб, иако то ничим није било поткрепљено. Влада штавише није дала другачију оцену смрти родбине подносиоца представке и пропустила је да пружи било које друго задовољавајуће објашњење догађаја.

Власти не могу да оставе иницијативи родбине преминулог улагање формалне жалбе или да предузме покретање истражних поступака.⁷⁷⁶

IV.5.11. Нерешена убиства и наводи о дослуху

Слична питања појављују се у случајевима нерешених убиства. Она могу да поставе питање да ли су државни службеници били одговорни за убиства и да ли постоји

⁷⁷⁴ D. Gomien, *ibid.*

⁷⁷⁵ *Salman v. Turkey*, appl. no. 21986/93, параграфи 99-100; и *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, appl. no. 24740/94, параграф 103.

⁷⁷⁶ *Ilhan v. Turkey*, appl. no. 22277/93, параграф 63.

дослух између убица и државних службеника. У свим таквим случајевима, процесни аспект члана 2 је нарочито важан.

У случају Кашијев и Акајева против Русије⁷⁷⁷, подносиоци представке су напустили Грозни, због борби између снага Руске Федерације и чеченских бораца. После њиховог повратка, открили су тела својих рођака, са прострелним ранама и знацима батињања. Предметна област је била, у време наступања смрти, под контролом снага Руске федерације. Подносиоци представке су такође предочили доказ да је један од рођака подносилаца представке, виђен како је задржан од стране федералних снага и да је било много убистава по кратком поступку, извршених од стране војника, у области у то време. Оптужили су Владу за две ствари, одговорност за убиства својих рођака и за пропуштање обављања прописне истраге тих убистава. Влада је изнела да су околности око смрти биле нејасне и наговестила да су рођаци подносилаца представке могли бити убијени од стране чеченских бораца или од стране пљачкаша или на други начин, те да су можда сами учествовали у оружаном отпору и да су убијени у акцији. Суд је затражио од Владе да му достави копију комплетног досијеа кривичне истраге о случају, али је само две трећине досијеа било уступљено при чему је Влада тврдила да су остали документи били небитни. Ово је имало велику тежину у судској оцени случаја: „...Суд сматра да је притисак постојао на одговорној држави да снабде суд свом неопходном документацијом која се односи на ту истрагу. Да ли су одређена документа значајна или не, то не може бити једнострано одлучено од стране тужене државе.... Суд сходно налази да може да изведе одређени закључак из понашања Владе у том погледу.“⁷⁷⁸

Суд је нашао да је кривична истрага била заснована на претпоставци да су убиства била извршена од стране руских припадника војске и заиста је идентификовала једног могућег осумњиченог, да је домаћи суд досудио штету једном од подносилаца представке пошто је тај део Грозног био под строгим контролом федералних снага, да су само њени припадници могли да обављају проверу идентитета и да је родбина подносилаца представке била убијена током провере идентитета. Суд је нашао да је

⁷⁷⁷ Kashiyev and Akayeva v. Russia, appl. nos. 57942/00, 57945/00.

⁷⁷⁸ Kashiyev and Akayeva v. Russia, appl. nos. 57942/00, 57945/00.

утврђено да су рођаци подносилаца представке били убијени од стране припадника државних органа и да се њихове смрти могу приписати држави, која није обезбедила било какво објашњење или оправдање за убиства. Одговорност за смрт родбине подносилаца представке је тако приписана Руској Федерацији.⁷⁷⁹

По питању сагласности са процесним захтевима члана 2, Суд је био критичар деловања или пре, недејствовања државе. Истрага је била одлагана и настављана осам пута и премештана из једне у другу канцеларију тужиоца најмање четири пута, без јасног објашњења и без обавештавања подносиоца представке. Зато је Суд закључио да су власти пропустиле да обаве делотворну кривичну истрагу о околностима убиства, кршећи процесни захтев члана 2.⁷⁸⁰ Као и у случају Салман, пропуст да се спроведе правилна кривична истрага „довео је до прибегавања грађанским правним лековима, бескорисним у датим околностима.“⁷⁸¹

Слична питања су се појавила у случају Килич против Турске, који се бавио убиством овог новинара. Овде је Суд пронашао повреду и суштинских и процесних захтева члана 2. Повреда суштинских захтева произашла је из чињенице да је жртва затражила заштиту власти, која је била свесна или је требало да буде свесна „стварног и непосредног“ ризика који је за њега наступио незаконитим нападом, али која није обезбедила било какву заштиту, иако је, по мишљењу Суда, „[један] велики распон превентивних мера био доступан“.⁷⁸² Штавише, власти су биле свесне или су морале бити свесне, „могућности да је овај ризик проистекао из активности појединаца или група које су деловале са знањем или уз прећутно одобравање елемената у снагама безбедности.“⁷⁸³

Да сумирамо, уколико постоје недостаци у истрази о посебном, појединачном случају, ово ће водити проналажењу повреде процесног аспекта члана 2. Али, уколико постоји системски недостатак система да правилно истражи и да се бави одређеним убиством, то представља пропуштање испуњења суштинског захтева тог члана такође, зато што

⁷⁷⁹ Ibid, параграф 147.

⁷⁸⁰ Kashiyev and Akayeva v. Russia, appl. no. 57942/00, 57945/00

⁷⁸¹ Ibid, параграфи 165-166.

⁷⁸² Kiliç v. Turkey, appl. no. 22492/93, параграф 76.

⁷⁸³ Ibid, параграф 68.

„закон“ више „не штити“ право на живот у таквим случајевима. Уколико један посебан случај спада у категорију у којој систем не успева да заштити, готово је сигурно да процесни захтеви у том случају, такође, нису задовољени.

У случају Шанаган против Уједињеног Краљевства⁷⁸⁴, ова особа је устрељена од стране Лојалистичке терористичке организације 1991. године. Претрес је отворен после четири и по године, али је његов домет био ограничен на утврђивање непосредног узрока смрти (другим речима, да је пуцањ повредио грудни кош): претрес није могао да испита ширу позадину случаја или акције полиције и снага безбедности. Пред Судом, подносилац представке је навео да је смрт његовог сина била резултат дослуха снага безбедности са лојалистичком паравојском и да је он био жртва обрасца убијања у коме су особе које су доживљавање као чланови ИРА-е или њени симпатизери, били циљани са знањем и учешћем власти.⁷⁸⁵

У случају Кијс и остали против Турске⁷⁸⁶, брат подносиоца представке је био убијен од стране турских снага безбедности у нејасним и спорним околностима, наводно где није било претње по њихове животе и где никаква делотворна истрага није вођена од стране власти о смрти његовог брата. У параграфу 86 своје пресуде, Суд је навео: „да би се појавила позитивна обавеза, мора се установити да су власти знале или требало да знају, у то време, да постоји стваран и непосредан ризик по живот од неидентификованог појединца или појединаца и да су оне пропустиле да предузму мере у оквиру својих моћи које су могле, разумно просуђујући, бити очекиване ради избегавања ризика.“ Суд је додао: „сама чињеница да су власти биле обавештене о необјашњивом нестанку произвело је *ipso facto* обавезу по члану 2 Конвенције да се спроведе делотворна истрага“.

У случају Начова и остали против Бугарске⁷⁸⁷, подносиоци представке су се жалили Суду поводом убиства двоје својих рођака, обојице узраста од 21 године, од стране војног полицајца који је покушавао да их ухапси, пошто су обојица били војни

⁷⁸⁴ Shanaghan v. United Kingdom, appl. no. 37715/97.

⁷⁸⁵ Невладине организације Amnesty International, Human Rights Watch и British Irish Rights Watch, као и Специјални извештач УН за независност судија и адвоката, изразили су забринутост о овом, нарочито у вези са убиством Патрика Финјукејна (Patrick Finucane), северно-ирског адвоката, у случају у коме је наведен дослух.

⁷⁸⁶ Keys v. Turkey, appl. no. 22535/93.

⁷⁸⁷ Nachova and Others v. Bulgaria, appl. no. 43577/98, 43579/98.

обвезници. Раније 1996. године они су били ухапшени за поновљена одсуствовања без дозволе и добили су девет и по месеци затвора, само за бекство и одлазак кући. Ниједан није био наоружан. Када су четворица војних полицајаца покушала да их ухапсе, они су покушали да побегну; после упозорења да ће на њих бити пуцано уколико се не предају, та два мушкарца су убијена. Кривична истрага о смрти је закључила да је полицајац који је пуцао на двојицу мушкараца следио Правила војне полиције, пошто је пуцао на њих зато што се они нису предали, па је постојала опасност да могу да побегну. Нико други није био повређен. На тим основама власти су одбиле да гоне војне полицајце.

Подносиоци представке су навели да су њихови рођаци убијени кршењем члана 2 Конвенције, као резултат мањкавог закона и праксе, који су дозвољавали употребу смртоносне силе без апсолутне неопходности. Такође су се жалили да су власти пропустиле да воде делотворну истрагу о смртима. Суд се једногласно сложио. Ова пресуда је од великог значаја, између осталог и зато што доводи по први пут у везу принцип недискриминације са правом на живот.⁷⁸⁸

Други случај у коме је Суд осетио да употребљена силе не би могла бити оправдана или није била „разумно неопходна“ већ несразмерна у датим околностима, је био случај Гул против Турске. Тим полицајаца, који је учествовао у претрази куће, покуцао је на врата стана где је г. Гул живео са својом женом и троје деце. Док је Мехмет Гул био иза врата током откључавања браве, тројица полицајца су запуцала и убила га. Суд је нашао да је он умро од последице прострелних рана које су му нанете када су тројица полицајаца отворила ватру на врата иза којих је стајао, једним дугачким, непрекидним рафалом. Суд је навео: „У таквим околностима, пуцање са најмање 50 до 55 хитаца на врата није било оправдано било којим разумним веровањем полицајаца да су њихови животи угрожени од стране станара стана. Нити је пуцање могло бити правдано било каквом бригом да се обезбеди улазак у стан, пошто је оно довело у опасност животе свих који су били у непосредној близини врата. Отварање ватре аутоматским оружјем на невидљиву мету, у стамбеном блоку насељеном невиним

⁷⁸⁸ D. Rosenberg, “Enfin... le juge européen sanctionne les violations du principe de non-discrimination raciale en relation avec le droit à la vie”, Revue trimestrielle des droits de l’homme, 61/2005, стр. 171-201.

цивилима, женама и децом је било, како је Суд нашао, потпуно несразмерно⁷⁸⁹. Суд је закључио да та несразмерна употреба силе није била „апсолутно неопходна“.

Ситуација оружаног сукоба и неумољиве обавезе државе по члану 2 су даље истакнуте у случају Исајева против Русије.⁷⁹⁰ Подносиоци представке жалили су се на неселективно бомбардовање од стране руских војних авиона, убијајући и рањавајући цивиле. Кривична истрага о бомбардовању, која је потврдила верзију подносилаца представке о догађајима, била је обустављена и поново отворена неколико пута и коначно завршена 2004. године, јер се утврдило да су дејства војних пилота била оправдана и сразмерна датим околностима, пошто су они били нападнути са земље. Суд није нашао, чак и ако се претпостави да је војска нападала оправдани циљ, да је операција била планирана и извршена са потребном бригом за животе цивила, као што је и употреба неселективног оружја била у очевидној супротности са тим циљем и није се могла сматрати сагласном са стандардом највеће могуће обзирности неопходне у операцији ове врсте.

У најскоријем случају Финогенов и остали против Русије⁷⁹¹, Суд се бавио припремама операције спасавања талаца и недостатком делотворне истраге у врло добро познатом случају узимања 900 талаца, од стране групе чеченских терориста, у московском позоришту „Дубравка“, 2002. године. Подносиоци представке су били или бивши таоци или родбина оних талаца који су погинули током операције спасавања. Током неколико дана, таоци су држани на нишану и позориште је било минирано. Ујутро 26.10.2002. године, руске снаге безбедности су убациле непознати успављујући гас у главну дворану кроз вентилациони систем зграде. Када су скоро сви терористи изгубили свест под утицајем гаса, специјални одред је провалио у зграду и убио већину њих. Таоци су затим евакуисани из зграде и превезени до болница, амбулантним колима или градским аутобусима. Међутим, неких 125 талаца је умрло или на месту догађаја, током превоза или у болници. Кривична истрага о догађајима је отворена, али је касније одлучено да се са њом не настави. Касније кривично и грађанске тужбе у погледу накнаде нематеријалне штете подносилаца представке биле су одбачене.

⁷⁸⁹ Gul v. Turkey, appl. no. 22676/93, параграф 82.

⁷⁹⁰ Isayeva v. Russia, appl. no. 57947/00.

⁷⁹¹ Finogenov v. Russia, appl. no. 18299/03.

Суд је једногласно утврдио повреде члана 2 у смислу његовог суштинског и процесног аспекта. Он је стао на становиште да је члан 2 био применљив зато што је сматрао да се званични стручни извештај (који је закључио да није било „директне узрочне везе“ између смрти и употребе гаса) није могао сматрати поузданим. Разматрајући суштински аспект члана 2, Суд није нашао повреду која се тиче употребе гаса, пошто први дани преговарања нису донели никакав видљиви успех, положај талаца се погоршавао и постојао је стварни, озбиљан и непосредан ризик од масовног убиства људи. Међутим, пронашао је да је операција спасавања повредила позитивне обавезе из члана 2, сумњајући нарочито, да ли су власти предузеле све неопходне мере да се ефекти гаса на таоце сведу на најмању могућу меру, да се таоци брзо извуку и да им се обезбеди неопходна медицинска помоћ.

Што се тиче процесног аспекта члана 2, Суд је нашао да је истрага о операцији спасавања очигледно била непотпуна, јер није била ни темељна нити независна. На пример, истрага је у основи искључила било какву могућност немара на страни власти. Многи докази, битни за питање могућег немара, никада нису утврђени. Хемијска формула гаса никада није откривена истражитељима, нити је икада утврђено када је донета одлука да се гас употреби или колико времена је било на располагању да се измере његови споредни ефекти. То је било немогуће да се установи из радних докумената, пошто су, према влади, сви били уништени.

Случај је недавно овако коментарисан:⁷⁹² „.....ово ће бити нови водећи случај по члану 2., заједно са случајем Мек Кан, због неколико елемената. На пример, упркос потпуно незадовољавајућој сарадњи Русије са Судом у утврђивању чињеница (нпр. сви документи руског тима који је водио операцију су уништени; Русија није одговорила на специфична питања Суда о чињеницама; Русија никада није открила који је гас тачно употребила и тако даље), Суд је био спреман да буде изузетно флексибилан о чињеничним питањима. Заиста, Суд је скоро ушао у режим међународног хуманитарног права (‘IHL-mode’), сасвим недвосмислено одлучујући да не доводи у питање одлуку руских власти да употребе силу генерално како би покорили терористе

⁷⁹² Марко Милановић, предавач на Универзитету у Нотингему, на веб сајту “European Journal of International Law”.

и њихову посебну одлуку да употребе опојни гас”. Будући да се претпоставља да ће Руска Федерација уложити жалбу Великом већу Европског суда, евентуални развој догађаја остаје да се прати. Суд је изразио озбиљну сумњу у то да ли је напад био довољно детаљно планиран.

IV.5.12. Закључак

Члан 2 захтева темељно, марљиво, делотворно и свеобухватно испитивање, вођено на брз и експедитиван начин, у ком родбина жртве може да учествује, које је вођено од стране тела независног од лица која су уплетена у догађаје и на начин који гарантује довољан јавни надзор. Подносилац представке и/или његова блиска родбина би требало да буду укључени у обиму који је неопходан да заштити њихове легитимне интересе. Истрага мора да буде способна да одреди узрок смрти и у случајевима када је физичка сила употребљена, да ли је она била оправдана. Истрага мора да води ка идентификовању и кажњавању одговорних појединаца. Обавеза истраге „није обавеза резултата, већ средстава“, тако да би истрага требало да помогне да осигура одговорност званичника и обезбеди да они не могу деловати некажњено. Није на Суду да детаљно одреди које би процедуре требало применити, али су одређене карактеристике те истраге неопходне за одржавање поверења јавности у владавину права и помажу да се спречи дослух или толеранција незаконитог понашања. Разумни докази морају да буду прикупљени, као што су *inter alia* изјаве очевидаца; испитивања барута и отисака прстију; обдукцијски извештај; испитивања вештака; балистичка испитивања; провера да ли притворски записник одговара званичној верзији.

Властима је дат задатак да вођење истрага мора бити независно, напр. да нема хијерархијске, институционалне или практичне везе са званичницима чије се понашање истражује. Једном када ствар дође до знања власти, она мора да делује по сопственој иницијативи. Додатно, истражни орган би требало да има снагу да натера сведоке да сведоче, и да доноси правно обавезујуће одлуке. Од посебног је значаја спремност суда да посегне за стандардима о употреби силе развијеним у оквиру других организација, као што је УН.

Напоследку, требало би имати у виду развој скорашње праксе Суда у погледу екстратериторијалне надлежности.

IV.6. Еколошке несреће и право на живот

Концепт права животне средине често се повезује са појмовима загађења, климатских промена и угрожених врста. Иако се права животне средине и људска права често посматрају као две одвојене области, она су блиско повезана.⁷⁹³ Тачно је да се права животне средине тичу горе поменутих питања, али такође обухватају и право на чист ваздух, воду и здраву животну околину.

У свету савременог права и судске праксе, права везана за животну средину представљају релативно нов појам. Актуелна питања у овој области, нарочито климатске промене и загађење, стварају могућности за конфликте између права животне средине и права и слобода појединаца. Људска права, на крају крајева, захтевају постојање функционалног екосистема и здраве животне средине, али заштита одређених права појединаца може значити нарушавање права групе као целине. Као пример ове дилеме може се узети сукоб између права појединца да одлучи о томе колико ће деце имати и заједничке потребе за здравом животном средином коју деле сви.⁷⁹⁴ У области права животне средине, одговорност мултинационалних корпорација, којом су се уговори о људским правима до сада бавили у релативно мањој мери, од кључног је значаја. Права животне средине у највећој мери усредсређена су на појам животне околине у којој могу да живе не само садашње већ и будуће генерације.⁷⁹⁵

IV.6.1. Животна средина и људска права

Ако право животне средине посматрамо са тачке гледишта људских права и у обзир узмемо и релевантну праксу Европског суда за људска права, видећемо да суд у Стразбуру сматра да одређена права зајамчена Конвенцијом садрже елементе права животне средине, мада се људска права и права животне средине разликују не само по теоретским полазним основама, већ и по обиму заштите коју пружају. Европска

⁷⁹³ M. Dejeante-Pons, "Le droit de l'homme a l'environnement et la CEDH", Melanges M.A. Eissen, ed. Bruylant, 1995, стр. 79.

⁷⁹⁴ G. Hardin, "The Tragedy of the Commons", Science, свеска 162, бр. 3859, 1968, стр. 1243–1248.

⁷⁹⁵ OAS – Organization of American States: Democracy for peace, security, and development; www.oas.org.

конвенција о људским правима – као и многи други основни инструменти за заштиту људских права – не обухватају изричито права животне средине, али се дубоко укоренењени стандарди у погледу људских права могу користити и за заштиту интереса животне средине.⁷⁹⁶

Права животне средине се у контексту људских права могу посматрати са две различите тачке гледишта. Прва се у већој мери усредсређује на појединце и заједнице, као и на то како стање животне средине непосредно утиче на добробит, здравље и живот тих људи у оквиру животне средине. Она се често назива правом на здраву или одговарајућу животну средину, што је већ само по себи људско право.⁷⁹⁷ Право на здраву животну средину се данас налази у корпусу права солидарности, тзв. права треће генерације.⁷⁹⁸ Ова тачка гледишта такође се најчешће везује за добробит појединаца и заједница унутар конкретне животне околине, насупрот добробити људске врсте као целине.

Први приступ је традиционални приступ људским правима какав налазимо у пракси Европског суда за људска права, мада је овај суд истакао да ниједна одредба Конвенције није посебно дизајнирана да пружи општу заштиту животної средини.⁷⁹⁹

Други приступ правима животне средине ширег је обима, и у већој мери се усредсређује на интегритет животне средине као ентитета, где остваривање интереса животне средине више не захтева непосредан утицај на добробит људи и често се може извести из других људских права, укључујући право на живот, право на поштовање приватног и породичног живота и право својине, као и многа друга права. Ова друга перспектива у већој је мери скопчана са одређивањем друштвено прихваћених циљева у погледу животне средине него што се бави пружањем конкретних гаранција појединцима и групама. Она је такође много распрострањенија у међународним инстанцама за људска права, јер су та права зајамчена многим инструментима за заштиту људских права. Ова друга тачка гледишта такође служи за остваривање

⁷⁹⁶ К. Cook, "Environmental Rights as Human Rights," Sweet & Maxwell LTD 2002, стр. 196.

⁷⁹⁷ United Nations Environment Programme, "High Level Expert Meeting on the New Future of Human Rights and Environment: Moving the Global Agenda Forward."

⁷⁹⁸ И. Крстић, „Право на здраву животну средину у корпусу људских права”, Правни живот, бр. 9/2005, Београд, том I, стр. 620.

⁷⁹⁹ И. Крстић, *ibid*, стр. 609.

општијих, заједничких циљева и интереса у областима као што су климатске промене, и најчешће се у већој мери усредсређује на спровођење прописа регулаторних тела него на права појединаца.⁸⁰⁰

Међутим, ова два горе наведена приступа могу се и преклапати. На пример, озбиљно загађење могло би представљати непосредну претњу по здравље људи и истовремено утицати и на животну средину у ширем смислу, мада загађење не мора увек нужно представљати и непосредну претњу по добробит људи, у зависности од тога колико је место на коме се оно јавља удаљено од људских насеља. Са друге стране, загађење може непосредно или посредно изазвати изумирање односно нестанак многих популација, врста и станишта. Из овога се види да се, у контексту људских права, прва тачка гледишта, у којој се јавља непосредна претња по здравље људи, сматра важнијом од друге, где је загађење удаљено од људских насеља. У пракси Европског суда за људска права, ако питање везано за заштиту животне средине на неки начин не утиче на људе, може се основано претпоставити да суд вероватно неће донети одлуку да је дошло до повреде људских права зајамчених Конвенцијом.⁸⁰¹

Права животне средине нису изричито наведена у правним изворима које користи Европски суд за људска права. Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима из 1966. године садржи више одредби којима се наглашава интерес људског рода за постојање чисте и здраве животне средине. Члан 7, тачка б Пакта тиче се права на хигијенско-техничку заштиту на раду, чланом 11 уређује се право на адекватан животни стандард, док се чланом 12 штити право сваког лица на најбоље психичко и ментално здравље које може да постигне, укључујући и побољшање свих видова хигијене средине и индустријске хигијене. Чланови 6 и 17 Међународног пакта о грађанским и политичким правима баве се правом на живот, које би по неким ауторима могло да подразумева и претње по сигурност животне средине.⁸⁰²

Национално и међународно право животне средине релативно је нова област права. Међународно право животне средине почело је да се развија од усвајања Стокхолмске

⁸⁰⁰ К. Cook, *op. cit.*, стр. 197.

⁸⁰¹ *Ibid*, стр. 197.

⁸⁰² *Ibid*, стр. 198.

декларације Конференције Уједињених нација о човековој околини 1972. године. Двадесет година касније, 1992. године, Уједињене нације су на Конференцији о заштити животне средине и развоју, одржаној у Рио де Жанеиру, потврдиле претходну Декларацију, изразивши намеру да на темељу Стокхолмске декларације успоставе праведно глобално партнерство путем стварања нових облика сарадње између држава, кључних сектора друштва и појединаца.⁸⁰³

Када је реч о међународним инструментима заштите животне средине, они су у већој мери усредсређени на обавезе држава и појединаца у погледу заштите животне средине него на саме појединце. Архуска конвенција усвојена у оквиру Економске комисије Уједињених нација за Европу (UNECE) новији је инструмент који се највише бави процедуралним правима и праву на приступ информацијама. Са своје стране, члан 37 Европске повеље о основним правима помиње заштиту животне средине, али се овом одредбом у највећој мери понављају начела као што је укључивање интереса заштите животне средине у политике ЕУ, која су већ прописана Уговором о ЕЗ.⁸⁰⁴

Животној средини је неопходна заштита, а у појединим случајевима непоштовање минималних стандарда адекватне животне средине може имати озбиљне последице по здравље људи. Несрећа у Бопалу пример је крајњег немара једне компаније. Фабрика пестицида фирме Јунион карбајд (Union Carbide) у индијском граду Бопалу је 1984. године почела да испушта гас; њему је било изложено пола милиона људи. Преко 7.000 људи умрло је у року од неколико дана, док је још 20.000 умрло током наредних 25 година од непосредних последица изливања ових отровних једињења. До данас неких 100.000 преживелих осећа тегобе изазване овим гасом. Више година пре несреће ова компанија упозоравана је на то да њено постројење није безбедно и да му прети опасност, па ипак је у њему ускладиштила огромне количине метил-изоцијаната, изузетно нестабилног и опасног једињења. Компанија Јунион карбајд престала је да послује у Индији, оставивши напуштену фабрику и бурад са хемикалијама у њој, чиме је изазвала још једну несрећу: наиме, хемијска једињења процурела су у земљу и

⁸⁰³ Преамбула Декларације из Рија.

⁸⁰⁴ К. Cook, *op. cit.*, стр. 198.

загадила подземне воде. Данас више хиљада људи пати од озбиљних болести.⁸⁰⁵ Случај Бопал јасно показује како занемаривање интереса животне средине може да представља претњу основним људским правима.⁸⁰⁶

IV.6.2. Која су друга права, осим права на живот, заштићена конвенцијом у случају еколошких несрећа?

У сврху дискусије о преклапању људских права и интереса животне средине, права зајамчена Конвенцијом која су проширена тако да обухватају и права животне средине, укључују право на живот из члана 2, право на поштовање приватног и породичног живота из члана 8, слободу и безбедност личности из члана 5, забрану мучења из члана 3, као и заштиту имовине из члана 1 Протокола број 1. Појединци који се позивају на било коју од горе наведених одредби морају да пруже убедљиве доказе о томе да је дошло до повреде њихових права. Конвенцијом није допуштена *actio popularis*, представка којом би један појединац или више њих могли да затраже задовољење у име веће групе. Представке за повреду Конвенције уважавају се само *a posteriori* (тек пошто је дошло до повреде одређене одредбе), осим ако подносилац представке не учини вероватном могућност да дође до повреде одредбе која се тиче лично њега.⁸⁰⁷

Поједина људска права појединаца са елементима права животне средине обухваћена су Конвенцијом и праксом Европског суда, додуше углавном из перспективе члана 8, који се тиче права на заштиту од озбиљног загађења која утиче на дом или породични

⁸⁰⁵ Индијска влада се 1989. године нагодила са Јунион карбајдом за суму од 470 милиона долара, али притом није постигнут договор са преживелима. Добијена сума неадекватна је имајући у виду велики број људи погођених овом несрећом, као и озбиљност и трајање њихових медицинских, економских и друштвених проблема. Уз то, нагодбом су обухваћени људи који су били непосредно погођени цурењем гаса децембра 1984, али не и људи којима је касније признато да су њихове тегобе последица каснијег загађења воде.

Спор пред судом се за сада показао неуспешним, али мештани Бопала не одричу се своје борбе за правду. Грађанска парница недавно је поново покренута пред Савезним судом у САД. Оштећени захтевају свеобухватно чишћење затрованог терена, као и компензацију и медицинско праћење преживелих људи отрованих загађеном водом. Кривични поступак покренут је пред судом у Индији 7. децембра 1984. после хапшења директора Јунион карбајда Ворена Андерсона (Wagen Anderson), који је затим побегао из Индије одмах пошто је уз кауцију пуштен на слободу. Упркос томе што је суд више пута захтевао његово присуство на суђењу, никада се није вратио. Суд у Бопалу је 2002. године издао налог за његово изручење из САД; налог је поново издат у августу 2009, али га индијска влада још увек није активирала.

⁸⁰⁶ Amnesty International, "INDIA: Bhopal 25 years on: It's time to keep the promises!" <http://www.amnesty.ca/writeathon/?page_id=891>.

⁸⁰⁷ L. Loucaides, *op. cit.*, стр. 250.

живот појединца. Предмет Лопес Остра против Шпаније пример је повреде ове одредбе. У овом случају подносилац представке жалио се на загађење које је производило постројење за прераду индустријског отпада од коже које је испуштало гасове и непријатне мирисе и загађивало околину, чиме је стварало здравствене проблеме житељима околних насеља. Конкретно, ћерка подносиоца представке патила је од мучнине, повраћања и анорексије изазваних, по мишљењу педијатра, овим загађењем.⁸⁰⁸

Суд је утврдио да је дошло до повреде члана 8 тиме што Шпанија није успоставила правичну равнотежу између интереса економске добробити града у коме живи подносилац представке – постојања постројења за прераду отпада – и његовог несметаног уживања права на поштовање дома и приватног и породичног живота.

У предмету Фадејева против Русије можемо наћи још један пример индустријског загађења. Представка се односила на рад велике челичане у непосредној близини дома жене која је поднела представку, чиме су били угрожени њено здравље и добробит, као и на то што јој власти нису обезбедиле други стан удаљенији од тог постројења.⁸⁰⁹

Суд је констатовао да држава није понудила подносиоцу представке делотворно решење или помоћ да се одсели из опасне зоне, иако је услед стања у близини постројења био неопходан посебан третман људи који живе у непосредној околини. Мада је постројење својим радом кршило домаће стандарде о заштити животне средине, држава није ни утврдила нити применила делотворне мере којима би било могуће свести индустријско загађење на прихватљиву меру. Суд је стога констатовао да је дошло до повреде члана 8.⁸¹⁰

У предмету Ђакомели против Италије, жена која је поднела представку жалила се на штетне гасове које је испуштало постројење за прераду „посебног отпада, укључујући

⁸⁰⁸ Lopes Ostra v. Spain, appl. no. 16798/90, параграф 7.

⁸⁰⁹ Fadeyeva v. Russia., appl. no. 55723/00, параграф 11.

⁸¹⁰ Op. cit., став 67.

и опасни отпад“⁸¹¹ смештено на око 30 метара од њеног дома. Она је сматрала да то постројење представља ризик по њено здравље и дом.⁸¹²

Суд је констатовао да државни органи нису поштовали домаће прописе о заштити животне средине, будући да је студија о утицају на животну средину израђена седам година пошто је постројење почело са радом, мада је законом прописано да таква студија мора бити израђена пре пуштања у рад. Иако су домаћи судови наложили престанак рада постројења до његовог усклађивања са прописима о заштити животне средине, управни органи га нису затворили. Суд је констатовао да је дошло до повреде члана 8, будући да је право подносиоца представке на поштовање дома више година озбиљно угрожавано опасним радњама обављаним у овом постројењу.⁸¹³

Предметом Пауел и Рејнер (Powell and Rayner) против Уједињеног Краљевства установљен је битан преседан за друге предмете у којима се јавља загађење буком. Подносиоци представке, који су живели у близини аеродрома Хитроу, сматрали су да је дозвољени ниво буке у тој области неприхватљив, као и да су мере које су државни органи предузели за смањење те буке недовољне.⁸¹⁴

Европски суд за људска права сматрао је да је постојање великих аеродрома посредством којих се одвија међународни авио-саобраћај у близини густо насељених области неопходно за економску добробит држава. Пошто је аеродром Хитроу један од најфреквентнијих на свету, његово постојање оправдано је чак иако се његове негативне последице по животну средину не могу у потпуности отклонити. Суд је пресудио да није дошло до повреде члана 8 Европске конвенције о људским правима.⁸¹⁵ Штавише, ради се о првом случају у којем се Европски суд бавио овим питањем.⁸¹⁶

⁸¹¹ *Giacomelli v. Italy*, appl. no. 59909/00, параграф 11.

⁸¹² *Ibid*, параграф 69.

⁸¹³ *Ibid*, параграф 68.

⁸¹⁴ *Powell and Rayner v. United Kingdom*, appl. no. 9310/81, параграф 8.

⁸¹⁵ *Ibid*, параграф 46.

⁸¹⁶ J. P. Marguenaud, “Inventaire raisonne des arrêts de la Cour europeenne des droits de l’homme relatifs a l’environnement,” *Revue europeenne de droit de l’environnement*, 1/1998, стр. 5-19.

Овај предмет је од нарочитог значаја, будући да је реч о првом случају у коме су Комисија и Суд изричито прихватили то да право на поштовање приватног и породичног живота из члана 8 може бити повређено услед проблема везаних за животну средину, као што је бука.⁸¹⁷ У овом случају Суд је навео да „...свакако није дужност Комисије нити Суда да уместо државних органа или било кога другог процењују шта може представљати најбољу политику у овој сложеној друштвеној и техничкој области. Ово је област у којој се мора прихватити да стране уговорнице уживају широка дискрециона права.“⁸¹⁸

Заштита права зајамчених Конвенцијом може се проширити на животну средину поштовањем ограничења одговарајућих права и слобода појединаца у случајевима где су таква ограничења усмерена на заштиту животне средине ради остваривања интереса шире заједнице. „Разлози који су довели до проширења правне заштите животне средине.....истовремено су и они из којих је неопходно усвојити ограничења одговарајућих права зајамчених Конвенцијом.“⁸¹⁹

Хатон против Уједињеног Краљевства још један је релевантан предмет везан за буку. Подносиоци представке, који су сви живели у близини аеродрома Хитроу, жалили су се да је ниво буке у околини њихових кућа повећан услед примене мера о ноћним летовима које је држава усвојила 1993. године. Подносиоци су тврдили да имају здравствених тегоба изазваних тиме што им авиони који лете ноћу редовно узнемиравају сан.⁸²⁰

Мада Суд није могао да донесе закључак о томе да ли су мере из 1993. године заиста и довеле до повећања нивоа буке током ноћи, констатовао је да је са становишта економског интереса оправдано одржавање пуног обима авио-саобраћаја и ноћу, да је само мали проценат становника трпео повећану буку, да цене некретнина у том крају

⁸¹⁷ L. Loucaides, *op. cit.*, стр. 253.

⁸¹⁸ *Ibid*, стр. 263.

⁸¹⁹ *Ibid*, стр. 260.

⁸²⁰ *Hutton v. the United Kingdom*, appl. no. 36022/97, параграф 11.

нису пале, као и да би подносиоци захтева могли да се преселе на другу локацију без финансијских губитака. Суд је пресудио да није дошло до повреде члана 8.821

Ташкин и други против Турске још један је битан предмет у коме се као разлог за повреду члана 8 наводи индустријско загађење. Подносиоци представке захтевали су укидање дозволе за експлоатацију руде којом је било допуштено коришћење цијанида за екстракцију злата, наводећи опасности поступка синдикације који је примењивала фирма која је експлоатисала руду, ризике по здравље и ризик од загађења подземних извора воде и уништења локалног екосистема.⁸²²

Суд је констатовао да је Врховни управни суд поништио одлуку о издавању дозволе пошто је размотрио све супротстављене интересе и закључио да дозвола није била у интересу јавности. Међутим, руднику злата је наложено да престане са радом тек десет месеци од дана доношења пресуде и четири месеца од дана достављања пресуде надлежним органима. Стога је закључено да су кашњењем у извршењу пресуде обесмишљена зајамчена права подносилаца представке, чиме је прекршен члан 8.823

Иако постоји жеља за заштитом животне средине у оквиру надлежности Европског суда за људска права, важно је имати у виду ограничења која су се јавила у недавној судској пракси везаној за ово питање. Подносиоци представки у вези са загађењем по члану 8 морају да докажу да је реч о сметњама које су довољно озбиљне да негативно утичу на приватни живот, дом или породицу, али које не морају нужно бити штетне и по здравље. На први поглед се чини да ће се поштовање међународних здравствених стандарда и стандарда заштите животне средине сматрати битним доказом за

⁸²¹ Од предмета у којима се као елемент јавља бука из суседства битан је Морено Гомес (Moreno Gomez) против Шпаније. У овом случају жена која је поднела представку жалила се на сталну буку коју током ноћи стварају ноћни клубови у близини њеног дома наводећи да јој је та бука дуго и озбиљно нарушавала сан. Суд је сматрао да је право подносиоца захтева на поштовање дома озбиљно угрожено, јер државни органи нису успели да реше проблем нарушавања јавног реда током ноћи, чија је јачина прелазила дозвољене границе, и то током више година. Суд је пресудио да је дошло до повреде члана 8.

У другом предмету, Дес (Dées) против Мађарске, подносилац представке сматрао је да снажна бука, вибрације и загађење које је производио густ и нерегулисан саобраћај у улици у којој је живео представљају повреду члана 8. Суд је констатовао да је г. Дес, упркос напорима државних органа да ограниче и реорганизују саобраћај у улици у којој је живео, претрпео непосредне и озбиљне непријатности услед дуготрајне изложености превисоком нивоу буке. Он стога није могао да ужива своје право на дом и породични живот, те је дошло до повреде члана 8.

⁸²² Taskin v. Turkey, appl. no. 46117/99, параграф 17.

⁸²³ Ibid, параграф 103.

констатацију да у конкретном случају нема недозвољених сметњи у погледу члана 8.⁸²⁴

Чланом 8 се такође штити право на информисање о опасностима везаним за животну средину. То право је на прави начин демонстрирано у предмету Гуера и други против Италије, у коме су подносиоци представке живели на километар од фабрике хемикалија која је производила ђубриво. После несреће изазване кваром у фабрици, једном је 150 људи примљено у болницу са акутним тровањем арсеником, јер је више тона отровних једињења испуштено у животну околину. Подносиоци представке жалили су се да је због одсуства практичних мера за смањење нивоа загађења, као и због значајне опасности од могућих несрећа у раду фабрике, било повређено њихово право на поштовање живота и физичког интегритета.⁸²⁵

Суд је подсетио на то да озбиљно загађење животне средине може негативно да утиче на добробит појединаца и да их онемогући у уживању права на дом. Подносиоци представке су све до престанка производње ђубрива, 1994. године, чекали да добију неопходне информације на основу којих би могли да процене ризике са којима би се они и њихове породице суочили ако би наставили да живе у граду изложеном опасности у случају несреће у фабрици. Суд је пресудио да је дошло до повреде члана 8 од стране Италије, јер нису пружене кључне информације о могућим ризицима, али је такође сматрао да није било неопходно представку разматрати у вези са чланом 2. Из овога се највероватније може закључити да постоји аверзија Суда према разматрању члана 2 у контексту заштите животне средине.⁸²⁶

Међутим, двоје судија супротног мишљења сматрало је да је право на живот у овом случају релевантно. Судије Волш (Walsh) и Јамбрек (Jambrek) навеле су да је „можда... дошло време да судска пракса Суда у погледу члана 2... почне да се развија, да се у оквиру ње развију одговарајућа имплицитна права, артикулишу ситуације у којима постоји стварна и озбиљна опасност по живот, односно по различите аспекте права на

⁸²⁴ K. Cook, *op. cit.*, стр. 214.

⁸²⁵ *Guerra and others v. Italy*, appl. no. 14967/89, параграф 57.

⁸²⁶ *Ibid*, параграф 61.

живот.“⁸²⁷ Па ипак, ако опасност по животну средину истовремено представља и претњу по право на живот, чини се да не постоји разлог да Европски суд за људска права у будућности не донесе пресуду по члану 2 која се односи на ризик по људски живот везан за питање животне средине.⁸²⁸

Није лако разумети у којој мери право на живот из члана 2 Европске конвенције о људским правима штити појединце и читаве заједнице од ризика везаних за животну средину. Предмет Гуера из 1996, као и предмет Л, М и Р против Швајцарске, могу послужити као добри примери за нејасноће у погледу овог права.⁸²⁹

У потоњем предмету подносиоци представке жалили су се да превоз нуклеарног отпада, односно, конкретније, могућност да се током таквог превоза догоди несрећа, представља претњу по њихово право на живот. Комисија је изјавила да је уверена да швајцарски државни органи примењују превентивне мере у обиму којим се омогућава поштовање обавеза из члана 2. Ови органи немају обавезу да обезбеде додатну појединачну заштиту за становнике области кроз које се обавља превоз.⁸³⁰

У наведеним предметима помињано је и то да вредност животне средине превазилази значај појединих економских чинилаца. У бар шест предмета, власници, односно оператери, жалили су се да нису у могућности да уживају зајамчено право на правично суђење како би оспорили управне одлуке којима им се ограничавају овлашћења у циљу заштите животне средине.⁸³¹

⁸²⁷ К. Cook, *op. cit.*, стр. 207.

⁸²⁸ *Ibid*, стр. 207.

⁸²⁹ *Ibid*, стр. 199.

⁸³⁰ К. Cook, *op. cit.*, стр. 207.

⁸³¹ У предмету Скерби (Skärby) против Шведске, подносиоцима представке било је забрањено да изграде објекат на одређеној локацији на земљишту у свом власништву које се налази унутар парка природе. У предмету Фредин (Fredin) против ради се о власнику шљункаре чија је дозвола за рад укинута у складу са законом о очувању природе. У предмету Жуфр де ла Прадел (Geouffre de la Pradelle) против Француске подносилац представке оспорио је уредбу о категоризацији сликовите природне локације којом је био онемогућен да изгради микро-хидроелектрану на реци која протиче кроз његово имање. У предмету Фишер (Fischer) против Аустрије реч је о отровном плоду подносиоца коме су релевантни органи одузели дозволу за рад депоније која је изазвала опасан загађење подземних вода од којих је зависило снабдевање водом града од 500.000 становника. Пресуда у предмету Матош е Силва Лда. (Matos e Silva Lda.) и други против Португалије везана је за план о оснивању природног резервата којим су у великој мери и озбиљно ограничени услови под којима друштво које је власник земљишта то земљиште може да користи.

Предмет Мангурас против Шпаније представља добар пример негативних последица по животну средину. Г. Мангурас је пре подношења представке био капетан брода „Престиж“⁸³² из кога је у новембру 2002. године, при пловидби уз шпанску обалу, у Атлантски океан испуштено 70.000 тона мазута које је превозио. Покренут је кривични поступак, а подносилац представке притворен је уз кауцију од 3 милиона евра. Г. Мангурас је у притвору провео 83 дана, а пуштен је пошто је друштво које је осигурало власника брода платило кауцију. Подносилац представке жалио се на несразмерно висок износ кауције, као и на то да је тај износ утврђен без осврта на његово лично стање.⁸³³

Суд је нашао да се нове чињенице морају узимати у обзир при тумачењу одредби члана 5, став 3, као што је све већа оправдана забринутост и у Европи и широм света у погледу престапа везаних за питања заштите животне средине, и тенденција да се национално кривично право користи за спровођење обавеза заштите животне средине прописаних европским и међународним правом. Суд је закључио да, узевши у обзир изузетно озбиљну природу случаја подносиоца представке, као и огромну штету учињену животној средини услед загађења мора, ретко када виђеног у том обиму, уопште не представља изненађење то што су судски органи кауцију утврдили у тако високом износу у складу са учињеном штетом да би осигурали доступност одговорних лица органима гоњења. Суд није утврдио повреду члана 5, става 3.⁸³⁴

Међутим, право појединца на животну средину одређеног квалитета може бити ограничено потребама заједнице или шире јавности. У одређеној мери, битније је

⁸³² Manguras v. Spain, appl. no. 12050/04, параграф 14.

⁸³³ Ibid, параграф 17.

⁸³⁴ У предмету Милева и други против Бугарске подносиоци представке жалили су се на превелику буку коју су стварали канцеларија, компјутерска играоница и компјутерски клуб смештени у становима непосредно поред њихових. Иако су донете две одлуке којима је забрањен рад поменутих клубовима, оне нису спроведене. Стога су подносиоци представке четири године трпели буку и сметње којима је нарушен њихов приватни и породични живот, чиме је дошло до повреде члана 8.

У предмету Дубецка и други против Украјине, подносиоци су се позвали на кршење члана 8, јер су трпели здравствене проблеме, а и кућа и животни простор су им били оштећени, услед рада рудника угља и фабрике лоциране близу њихове куће.

Суд је утврдио да је рад рудника и фабрике допринео здравственим проблемима подносилаца представке и оштећењу њихове куће, као и да они нису имали средстава да се сами преселе, будући да је вредност њихових кућа драстично опала због загађења у тој области. Државни органи су били свесни негативних ефеката рудника и фабрике по животну средину, али нити су раселили подносиоце представке нити су нашли друго решење за својење загађења на ниво који не би био штетан за житеље области у околини тих индустријских постројења. Суд је стога пресудио да је дошло до повреде члана 8, и утврдио обавезу украјинске владе да предузме одговарајуће мере ради решавања стања у коме су се нашли подносиоци представке.

питање успостављања правилне равнотеже између права појединаца и економске добробити државе, односно општијих/колективних интереса.⁸³⁵

IV.6.3. Заштита права на живот у пракси Европског суда за људска права

Питања заштите животне средине нису изричито обухваћена Европском конвенцијом о људским правима. У време израде Конвенције, пре више од 60 година, животна средина није представљала једну од конкретних вредности коју је требало заштитити. Традиционално поимање људских права није обухватало бригу о заштити или решавању проблема атмосфере, екосистема или животне средине уопште.⁸³⁶

Данас, међутим, због растуће забринутости за питања животне средине коју изазива све већи број претњи по њено очување, све су чешћи предмети који се покрећу пред Судом везани за ова питања. Ови предмети помогли су да се повећа ниво свести о квалитету и заштити животне средине, као и да се препозна значај тих питања.

Чланом 2, којим се јемчи право на живот, државе се обавезују да штите живот и прописује се њихова дужност да, у одређеним околностима, спрече губитак живота који се може предвидети. Комисија и Суд су се суочили са изазовима када је реч о разматрању мера које је могуће предузети да би се обезбедила сигурност животне средине. Међутим, Суд је настојао да свој приступ учини пријемчивијим за претње по живот људи изазване опасностима по животну средину.⁸³⁷

Суд у Стразбуру захтева убедљиве доказе о блиској и непосредној претњи да би решио да предузме радње којима се таква претња може отклонити. У предмету Гунаридис против Грчке, који се односи на штету по животну средину коју може изазвати изградња новог пута,⁸³⁸ Европска комисија за људска права сматрала је да подносиоци

⁸³⁵ L. Loucaides, *op. cit.*, стр. 261.

⁸³⁶ *Ibid*, стр. 249.

⁸³⁷ *Ibid*, стр. 207.

⁸³⁸ Комисија, која је одбила представку, навела је да пуко позивање на могућу штету по животну средину услед изградње новог пута није довољно да би се тврдило да су подносиоци представке заиста жртве повреда одредби Конвенције. Један од разлога из којих је представка одбијена била је и мера у којој су се подносиоци позивали на будући фактор ризика, а да притом нису пружили довољно доказа за његово постојање.

представке морају да докажу, и то тако да се њихове детаљно изнете тврдње могу одбранити, да би могућност потенцијалне штете на њих утицала непосредно и у таквој мери да то представља повреду Конвенције, а не само општи ризик.⁸³⁹

У предмету Тауира против Француске,⁸⁴⁰ подносиоци представке тврдили су да су нуклеарне пробе које је Француска 1995. године спровела у Тихом океану угрозиле њихово право на живот, приватан живот и својину. Слично као и у већ наведеним предметима, Комисија је утврдила да не постоје довољни докази да се закључи да су француске нуклеарне пробе непосредно утицале на здравље подносилаца представке. У предмету везаном за утицај нуклеарне електране на право на живот, Суд је навео да подносиоци представке тврде „не у толикој мери да постоји конкретна и блиска опасност у погледу њих самих колико да постоји општа опасност везана за све нуклеарне електране.“ Европски суд за људска права констатовао је да подносиоци представке „нису доказали да их је рад електране лично изложио опасности која не само што је озбиљна већ и конкретна и, изнад свега, блиска.“⁸⁴¹ Судије супротног мишљења навеле су да је иронија у томе што је практично немогуће доказати блиску опасност када је реч о постројењима која су по својој самој природи опасна.⁸⁴²

До сличног закључка дошло се и у предмету ЛЦБ против Уједињеног Краљевства. Жена која је поднела представку, ћерка британског војника који је учествовао у нуклеарним пробама 1957. и 1958. године, оболела је од тешког облика леукемије. Она је у представци тврдила да је дошло до повреде права на живот из члана 2 и нечовечног поступања из члана 3, тврдећи да јој родитељи нису били обавештени о томе да је њен отац изложен радијацији док је учествовао у нуклеарним пробама. Она је заступала став да је била изложена ризику од генетских последица и да је њена болест већ непосредна последица радијације којој је њен отац био изложен, као и да би било лакше дијагностицирати њену болест и одредити адекватну терапију да је унапред поседовала ове информације. Међутим, Комисија је одбила ову представку, наводећи да нема доказа да би се њено стање побољшало, или уопште променило, да су ове

⁸³⁹ L. Loucaides, *op. cit.* стр. 250.

⁸⁴⁰ Noel Narvii Tauira and others v. France, appl. no. 28204/95, параграф 4.

⁸⁴¹ J. McAdam, "Climate Change Displacement and International Law: Complementary Protection Standards," University of New South Wales, мај 2011, стр. 51.

⁸⁴² Судија Петити (Pettiti), коме су се придружили Гелцикли (Gölcüklü), Волш (Walsh) и Русо (Russo).

информације биле доступне њеним родитељима било пре, било после њеног рођења. Суд је такође утврдио да изложеност њеног оца радијацији није била узрок њене болести.⁸⁴³

У овом случају Суд није постављао питање о применљивости члана 2, већ је разматрао информације доступне државним органима у вези са тим да ли је отац особе која је поднела представку био изложен високим дозама радијације које би могле представљати опасност по здравље. Да је то утврђено, од државних органа би се очекивало да обавесте родитеље о овом ризику, као и да евентуално предузму посебне мере у погледу њихове ћерке.⁸⁴⁴ Суд је утврдио да се чланом 2, став 1 државним органима налаже не само да се уздрже од намерног или незаконитог одузимања живота, већ да би они, што је најбитније, требало да предузму одговарајуће кораке како би заштитили животе свих који су под њиховом надлежношћу. Суд је разматрао да ли је држава учинила све што је могла да би спречила угрожавање живота подносиоца представке у конкретним околностима, и утврдио да није дошло до повреде члана 2.⁸⁴⁵

У предмету Векел против Немачке, подносилац представке жалио се на наводну повреду чланова 2 и 8 услед недовољне заштите непушача путем усвајања релевантних прописа. Овим предметом постављено је питање да ли је држава Немачка дужна, у складу са чланом 2 или чланом 8 Европске конвенције о људским правима, да донесе прописе којима се забрањује пушење на јавном месту у циљу заштите непушача.⁸⁴⁶ Пошто је одбацила ову представку, Комисија се „позвала на дискреционо право страна уговорница у погледу избора средстава намењених испуњењу одредби Конвенције...“ Интереси непушача-подносиоца представке морали су да буду процењени у односу на интересе пушача који би желели да наставе да пуше. Такође, узевши у обзир ризик од пасивног пушења који постоји на другим местима, није могло бити утврђено да је здравље подносиоца пријаве нарушено зато што се налазио у друштву пушача. То што

⁸⁴³ L. Loucaides, *op. cit.*, стр. 251.

⁸⁴⁴ *Ibid*, стр. 259.

⁸⁴⁵ LCB v. United Kingdom.

⁸⁴⁶ Parliament UK, “Bills drawn to the special attention of each Houses,” <<http://www.publications.parliament.uk/pa/jt200506/jtselect/jtrights/96/9604.htm>>.

Немачка није забранила рекламирање дуванских производа није довело до повреде права подносиоца представке зајамчених члановима 2 и 8.⁸⁴⁷

Све већи број међународних инструмената усвојених ради заштите животне средине јасно показује да се значај заштићене средине повећава. Међутим, овим се такође ствара забуна и конфликт између надлежности успостављених овим међународним инструментима које су међусобно конкурентне. Надлежности различитих међународних судова и трибунала могу се преклапати пошто се у последњих неколико година појавио велики број нових правосудних и квазиправосудних тела. Присуство ових тела може изазвати проблеме, као што су могућност избора тела које највише одговара учесницима у поступку (тзв. *forum shopping*), вођење паралелних или сукцесивних поступака и сукоб судских пракси. Недостатак кохезије између корпуса међународних судова и трибунала као јединственог правосудног система представља озбиљан изазов судској пракси у погледу права животне средине.

Имајући у виду постојање паралелних правосудних тела, питање конкурентских надлежности могло би се решити преношењем појединачних предмета везаних за права животне средине телима која су најприкладнија у конкретном случају. „Принцип међународног приватног права о застоју поступка на основу начела *forum non conveniens* у случају где постоји прикладнији алтернативни форум за решавање спора у паралелном поступку може се, уз неопходна прилагођавања, усвојити за различите поступке по међународном праву о истој ствари.“⁸⁴⁸

Појединим одредбама Конвенције могу бити забрањени паралелни поступци пред различитим међународним судовима у погледу истог случаја, чиме се може избећи могућа недоследност пресуда. Према члану 35 Конвенције, Суд „не поступа по појединачној представци која је у суштини истоветна с представком коју је Суд већ разматрао, или која је већ поднета некој другој међународној инстанци ради испитивања, односно решавања а не садржи нове релевантне чињенице.“⁸⁴⁹

⁸⁴⁷ L. Loucaides, *op. cit.*, стр. 264.

⁸⁴⁸ L. Loucaides, *op. cit.*, стр. 265.

⁸⁴⁹ *Ibid*, стр. 265.

Када је Француска 1995. године одлучила да настави нуклеарне пробе на Тихом океану, против ње су покренута два поступка пред Комитетом УН за људска права, који поступа у складу са Међународним пактом о грађанским и политичким правима, и Европском комисијом, у складу са Европском конвенцијом. У оба случаја тврдило се да пробе представљају претњу по право подносиоца представке на живот и породични живот. Представке су одбацили и Комисија и Комитет УН, пошто подносиоци нису били у стању да докажу да постоји истинска и остварива претња да дође до повреде њихових права.⁸⁵⁰

Чини се да су се путеви људских права и права животне средине срели, и да би даље могли да наставе у истом смеру. Права животне средине имплицитно су садржана у људским правима. Заштита права на живот (и здравље, дом и својину) захтева одговарајући правни оквир, који не одступа значајно од ових основних права нити омета њихово остваривање. Скорија судска пракса показала је да су државе и владе одговорне за обезбеђивање окружења које не угрожава животе (нити здравље, безбедност и својину) појединаца и заједница. Појам права животне средине у широкој је употреби у судовима за људска права широм света.⁸⁵¹

IV.6.4. Два кључна судска предмета у вези са животном средином и људским правима

Заштита интереса животне средине представља нов концепт, али судска пракса Европског суда за људска права већ садржи један број предмета везаних за животну средину. Енерјилдиз против Турске и Будајева против Русије два су кључна предмета везана за животу средину када је реч о расправи о негативним ефектима на животну средину и људска права, а нарочито право на живот зајамчено чланом 2.

Подносилац представке у предмету Енерјилдиз против Турске⁸⁵² живео је са дванаест рођака у округу Шимран у фавели Казим Карабекир у Имранији, делу Истамбула. Надлежност над депонијом кућног отпада у фавели и одговорност за ту депонију имало

⁸⁵⁰ Ibid, стр. 266.

⁸⁵¹ Ibid, стр. 266.

⁸⁵² Oneryildiz v. Turkey, appl. no. 48939/99.

је градско веће, и, у крајњој инстанци, ресорно министарство. Градско веће је 1989. године прогласило за депонију део кварта на коме су већ постојали нехигијенски објекти. Године 1991. стручњаци које је ангажовало веће израдили су извештај према коме је депонија представљала претњу по здравље људи и животну средину. У извештају је наведено да би читава депонија могла да експлодира ако би се метан помешао са ваздухом. Ипак, државни органи намерно су игнорисали тај извештај.⁸⁵³ На дан 28. априла 1993. године на депонији је заиста дошло до експлозије метана која је изазвала лавину отпадног материјала у којој је затрпано десетак нехигијенских објеката изграђених без дозволе, укључујући и објекат који је припадао подносиоцу представке. У овој несрећи погинуло је 39 људи, укључујући и девет блиских рођака подносиоца представке.

Тужилаштво је пред судом покренуло поступке против градоначелника Истамбула и Имраније. Као што ће се и видети из пресуде, важно је било имати дозволу министарства унутрашњих послова за покретање истраге против једног или више градоначелника који су занемаривањем својих дужности довели до овог инцидента.⁸⁵⁴

Суд је утврдио да је повређено право на заштиту живота зајамчено чланом 2 Конвенције, поновивши свој став о применљивости члана 2: „...чланом 2, став 1, тачка 1 Конвенције прописује се дужност државе да се не само уздржава од намерног и незаконитог одузимања живота, већ се и јамчи право на живот уопште и, у одређеним добро дефинисаним околностима, прописује обавезу држава да предузму адекватне кораке ради заштите живота грађана у својој надлежности.“⁸⁵⁵

Суд је такође закључио да се „...може претпоставити да повреда права на живот постоји, када је реч о питањима животне средине, не само у сферама које наводе државни органи, већ и у другим областима у којима може настати озбиљан ризик по право на живот или његове различите аспекте. У том смислу треба поновити да правац у коме се онедавно развијају европски стандарди у овој области само потврђује да

⁸⁵³ Савет Европе, “Importance of Human Life,” 16/09/2009.
<<http://home.coe.int/Wires/WiresLectureE.asp?WiresID=130892>>.

⁸⁵⁴ Савет Европе, “Importance of Human Life,” 16/09/2009.
<<http://home.coe.int/Wires/WiresLectureE.asp?WiresID=130892>>.

⁸⁵⁵ L. Loucaides, *op. cit.*, стр 256.

постоји већа свест о дужностима које национални државни органи имају у погледу животне средине, нарочито када је реч о постројењима за складиштење отпада и ризицима скопчаним са управљањем њима.“⁸⁵⁶

Суд се позвао на више докумената које је СЕ усвојио у области животне средине и индустријских активности државних органа, као што су Резолуција 587 Парламентарне скупштине из 1975. године о проблемима везаним за одлагање градског и индустријског отпада, Препорука 1225 из 1993. године о управљању отпадом и његовој преради, рециклирању и маркетингу, Резолуција 1087 из 1996. године о последицама несреће у Чернобилу, као и Препорука Савета министара бр. Р (96) 12 из 1999. године о расподели овлашћења и одговорности између органа централне, локалне и регионалне власти у погледу животне средине. Суд је такође у обзир узео и Конвенцију о грађанској одговорности за штету насталу услед радњи опасних по животну средину (СЕТС по. 150) и Конвенцију о заштити животне средине путем кривичног права (СЕТС по. 172), које је потписало девет, односно тринаест,^{857,858} држава и које још нису ступиле на снагу.⁸⁵⁹

Суд је стао на становиште да, када се разматра да ли су националне власти испуниле своје позитивне обавезе из члана 2, не би требало правити разлику између радњи, емисија и немарног поступања државе. Како би оценио напор који је уложила држава у циљу испуњавања својих обавеза, Суд је размотрио постојање превентивне регулативе коју су усвојили државни органи, да ли је поштовано право јавности на приступ информацијама о могућим ризицима, као и процесну обавезу успостављања правосудног система заснованог на ефикасном истражном поступку. Овај систем мора да осигура да се кривичне санкције изричу у случајевима у којима је реч о губитку живота услед опасних активности ако се оправданост таквих санкција утврди током истраге.⁸⁶⁰

⁸⁵⁶ Ibid, стр. 257.

⁸⁵⁷ Кипар, Финска, Грчка, Исланд, Италија, Лихтенштајн, Луксембург, Холандија и Португалија.

⁸⁵⁸ Овај инструмент ће ступити на снагу када га ратификују три државе, од којих две морају бити чланице Савета Европе. Будући да је отворена за потписивање још 1998. године, и да није добила довољан број ратификација, поставља се питање хоће ли икад ступити на снагу.

⁸⁵⁹ L. Loucaides, op. cit., стр. 257.

⁸⁶⁰ L. Loucaides, op. cit., стр. 257.

Суд је утврдио да је дошло до повреде члана 2. Државни органи житељима фавеле нису пружили информације о ризицима са којима су се суочавали тиме што су живели у њој; чак и да то јесу учинили, и даље би били одговорни, јер нису предузели неопходне практичне мере да се избегне ризик по људски живот. Регулаторни оквир се показао нефункционалним, јер је депонији било дозвољено да остане отворена и ради у одсуству усклађеног система надзора. Урбанистичка политика такође се показала неадекватном и без сумње је одиграла улогу у следу догађаја који је довео до ове несреће.

Суд је утврдио да је дошло до повреде члана 1 Протокола бр. 1,861 којим се јамчи право на неометано уживање имовине. Велико веће стало је на становиште да је поступање управних органа, који нису предузели све мере неопходне да се избегне ризик од експлозије метана, а самим тим и од лавине до које је том приликом дошло, такође било противно обавези пружања „практичне и делотворне“⁸⁶² заштите права зајамченог чланом 1 Протокола бр. 1.863

У конкретним околностима овог случаја, ни у кривичноправном поступку нити у погледу управноправних радњи, нису поштоване процесне обавезе из члана 2, нити су се државни органи показали способним да на адекватан начин пруже прикладан правни лек у циљу решења проблема које је навео подносилац представке.⁸⁶⁴

Државни органи Турске имали су сазнања да постоји истински ризик по живот људи који су живели у близини депоније, те су у складу са чланом 2 Конвенције имали обавезу да предузму оперативне мере у циљу заштите житеља те области. Будући да то нису учинили, прекршили су одредбу члана 2.

⁸⁶¹ Oneryildiz v. Turkey, appl. no. 48939/99, параграф 119.

⁸⁶² Ibid, параграф 69.

⁸⁶³ Суд је био мишљења да је ова ситуација представљала јасну повреду права подносиоца представке на неометано уживање „имовине“ и да би је требало сматрати „мешањем“ које сасвим извесно није оправдано у складу са чланом 1 Протокола бр. 1, будући да је немарним нечињењем државних органа које је за последицу имало лишавање подносиоца представке имовине у датом предмету прекршено турско управно и кривично право.

Подносилац представке тврдио је да је су га домаћи правни лекови које је користио изневерили. Услед њихове неефикасности дошло је до повреде члана 13 Конвенције.

⁸⁶⁴ Oneryildiz v. Turkey, appl. no. 48939/99, параграф 76.

У другом кључном предмету, Будајева против Русије,⁸⁶⁵ подносиоци представке живели су у граду Тирнаузу који се налази у планинској области у непосредној близини планине Елбрус у руској републици Кабардино-Балкарији. Ову област сваке године задесе клизишта, и то обично лети. Пошто се неколико великих клизишта покренуло у периоду од 18. до 25. јула 2000, у њима је погинуло осморо људи, међу којима је био и супруг госпође Будајеве. Њен млађи син задобио је озбиљне повреде мозга и кичме. Сви подносиоци представки тврдили су да су им домови и имовина уништени.⁸⁶⁶

Суд је поновио да државе имају позитивну обавезу да предузму одговарајуће кораке ради заштите живота лица у својој надлежности, као и дужност да формирају правни и административни оквир постављен тако да се њиме ефикасно могу отклонити претње по право на живот. Суд је констатовао да су државни органи у више наврата упозоравани на опасност од покретања озбиљног клизишта и могуће штете коју би оно нанело. Међутим, становници угрожене области о томе нису били обавештени. Није било издато наређење за евакуацију, у планинама нису постављене привремене осматрачнице, а нису предузете било какве мере којима би се осигурала безбедност житеља те области. Суд није нашао никакво оправдање за то што државни органи нису спровели мере помоћи у условима ванредних ситуација. Такође, није спроведена ни адекватна истрага о узроцима смрти супруга госпође Будајев. Утврђено је да је дошло не само до материјалне повреде члана 2, већ и до процедуралне повреде.⁸⁶⁷

Вреди цитирати и навод Суда да „у данашње време, када су природне несреће све чешће, овим случајем наглашава се чињеница да држава има позитивну обавезу да обезбеди постојање сигурносних мера ради заштите живота појединаца, и то нарочито у областима изложеним ризику. Такође је наведено да „држава има већа дискрециона права када одлучује о томе које ће мере предузети у циљу заштите приватне својине од

⁸⁶⁵ Budayeva v. Russia, appl. nos. 15339/02, 21166/02, 11673/02, 15343/02.

⁸⁶⁶ Ibid.

⁸⁶⁷ ECHR, Case-law flash, јануар-април 2008.

природних опасности него при доношењу одлука о мерама неопходним ради заштите живота.“⁸⁶⁸

Подносиоци представке доследно су тврдили – а државни органи и потврдили – да житељи погођени овом несрећом нису ни на који начин упозорени пре него што је 18. јуна 2000. године лавина блата са клизишта стигла до њиховог града. Уз то, изјавама сведока које су подносиоци доставили уз представку потврђена је тврдња да 19. јула 2000. године није било никакве назнаке да ће било какво наређење за евакуацију бити донето.⁸⁶⁹

Суд је утврдио да је дошло до повреде члана 2, јер није било оправдања за то што државни органи нису применили мере просторног планирања и помоћи у условима ванредних ситуација у области града Тирнауза изложеној могућој опасности у погледу предвидивог ризика по животе свих његових житеља, укључујући и све подносиоце представки. Уз то, суд је утврдио да су озбиљни пропусти у обављању административних процедура спречили примену тих мера и изазвали смрт Владимира Будајева и повреде његове супруге, која је поднела представку, као и чланова њихове породице.⁸⁷⁰

Из наведених предмета може се видети да држава, у случајевима у којима је свесна постојања еколошке претње по људска права, без обзира на разлог за њено постојање, има позитивну обавезу чињења, пошто би нечињење државних органа додатно погоршало ситуацију. Ово је нарочито значајно у контексту климатских промена, где често није лако утврдити узрочно-последичну везу између активности (или одсуства активности) државних органа или приватних актера који испуштају гасове стаклене баште у атмосферу и утицаја тих радњи на људска права.⁸⁷¹

⁸⁶⁸ Ibid.

⁸⁶⁹ *Budayeva v. Russia*, appl. nos. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 и 15343/02, параграф 3.

⁸⁷⁰ Ibid, параграф 116.

⁸⁷¹ Аустралијска комисија за људска права, “Human Rights and Climate Change.” <http://www.hreoc.gov.au/about/media/papers/hrandclimate_change.html>.

IV.6.5. Закључак

Након земљотреса и цунамија који су марта 2011. године погодили Јапан, низ кварова на опреми довео је до топљења језгра реактора у нуклеарној електрани Фукушима Дајичи. Последице ове несреће биле су катастрофалне по Јапан, али су имале и далекосежни утицај на цео свет.⁸⁷² Јапан је једна од пет највећих светских економских сила, те је овај земљотрес оставио последице не само по јапанску, већ и по светску економију. Јачина земљотреса била је чак 9 степени по Рихтеру: инфраструктура је уништена на великом подручју, а изазвана је и нуклеарна катастрофа у Фукушими. Нуклеарни отпад из електране испуштен је у атмосферу и излио се у океан, где је утицао на морске организме и плодове мора.

Нуклеарна катастрофа у Фукушими и њен глобални утицај слични су несрећи која се 1986. године догодила у Чернобилу. Катастрофа у Чернобилу не само што је погодила област западног Совјетског Савеза, где се несрећа и десила, већ је утицала и на читаву Европу. Они који су били изложени радијацији озбиљно су оболели, док су се њихова деца рађала са деформитетима. Инциденца рака штитне жлезде код неких популација деце четири је пута већа.⁸⁷³

У предмету Будајева против Русије суд је пресудио да, како природне несреће постају све учесталије, држава има позитивну обавезу да предузме мере безбедности како би заштитила живот појединаца, нарочито у ризичним областима. На шта се све те позитивне обавезе односе и шта подразумевају, нарочито када је реч о природним несрећама катастрофалних размера или несрећама изазваним човековим деловањем, питање је које још увек није јасно одређено.⁸⁷⁴

Такође је важно споменути да у неким случајевима када се држава бави остваривањем својих циљева који се односе на животну средину може доћи до задирања и у друга

⁸⁷² О праву жртава природних несрећа да приме хуманитарну помоћ, видети више у R. Hardcastle and A. Chua, „Victims of Natural Disasters : The right to Receive Humanitarian Assistance”, *The International Journal of Human Rights*, vol.1, No. 4 (Winter 1997), стр. 35-49.

⁸⁷³ Проблеми које узроковала катастрофа у Чернобилу нису ограничени само на Украјину и Белорусију. Данас, после чак 26 година од ове несреће, у Шкотској и даље постоји 369 фарми које су до те мере контаминирани да не могу да продају овце које одгаје.

⁸⁷⁴ *Budayeva v. Russia*, appl. no. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 и 15343/02, параграф 116.

права зајамчена Конвенцијом, као што је право заштите својине гарантовано чланом 1 Протокола 1. У предмету Амер против Белгије⁸⁷⁵, реч је о дефорестацији и урбаном развоју. Жена која је поднела представку била је власница куће коју су њени родитељи саградили на пошумљеном земљишту на коме градња није била дозвољена. Против ње је покренут поступак због куће саграђене противно прописима којима се уређују шуме, па је суд пресудио да мора да врати земљиште у првобитно стање. Кућа је принудно срушена. Жена која је поднела представку тврдила је да јој је повређено право на приватан живот.

Суд је по први пут пресудио да, иако није у потпуности заштићена Конвенцијом, природна средина сама по себи представља вредност за коју су и друштво и државни органи веома заинтересовани. Економски разлози, па чак ни право на својину, не могу однети превагу над питањима животне средине, а нарочито када је држава донела пропис којим се уређује та област. Из тог разлога су државни органи били дужни да реагују како би заштитили животну средину. Суд није утврдио да је дошло до повреде члана 1 Протокола 1.

Ипак, веома је висок праг потенцијалне штете који се мора прећи да би се подносилац представке успешно позвао на повреду права зајамчених Конвенцијом.⁸⁷⁶ То је једино право гарантовано Конвенцијом у коме се „привредна стабилност државе“ изричито наводи као основа за ограничавање права.⁸⁷⁷

Као што је већ речено, постоје два начина решавања проблема животне средине: проширење важења права појединаца на област животне средине, а која проистичу из опасности које могу да уследе штети учињеној животној средини, и прихватање ограничења права и слобода појединаца зајамчених Конвенцијом како би се животна средина сачувала зарад општег добра. Судска пракса ће наставити да се развија како би могла делотворно да заштити животну средину у окружењу у коме се потребе за заштитом средине непрекидно мењају. Да би се животна средина заштитила важно је имати, са једне стране, појединце посвећене заштити своје средине и својих права, и, са

⁸⁷⁵ *Hamer v. Belgium*, appl. no. 21861/03.

⁸⁷⁶ *K. Cook*, op. cit. стр. 199.

⁸⁷⁷ *Ibid*, стр. 200.

друге, државу која ће уложити у очување природе и остваривање сигурне животне средине.⁸⁷⁸

Европски суд за људска права у више недавних предмета потврдио је право на заштиту од загађења средине, укључујући загађење опасним материјама, пасивним пушењем, па чак и буком. У већини случајева пресуде су донете *ex post facto* пошто је дошло до повреде нечијих права и пошто је суд размотрио представку подносиоца.⁸⁷⁹

Праву на сигурну и здраву животну средину може се приступити и проактивно. Ово право се често коси са правима појединаца, у случајевима када права заједнице однесу превагу над правима појединца.⁸⁸⁰ Овај приступ може се наћи у недавно донетим прописима којима се забрањује пушење у одређеним срединама где удисање дима који производи мали број пушача може утицати на здравље и добробит многих. Ова тачка гледишта на коју је стао Суд служи остваривању општијих, колективних интереса и усредсређује се у већој мери на регулаторно спровођење прописа него на права појединаца. И права појединаца везана за животну средину и заједничких интереса представљају важне појмове, те је неопходно остварити равнотежу између њих.⁸⁸¹

Сигурна животна средина је данас једна од важних вредности за друштво у целини; непосредно оправдање за то је жеља да се добробит појединаца заштити релевантним прописима. Заштита животне средине додатно ће бити побољшана заштитом права појединаца зајамчених Конвенцијом. „Још прогресивнији корак у истом смеру представљало би усвајање тумачења права на живот које је довољно широко постављено да се њиме обухвати и позитивна дужност државе о којој је реч да сваком лицу у својој надлежности обезбеди здраву животну средину. Коначно, дужност заштите живота појединаца прописана Конвенцијом била би лишена значајног дела своје садржине и значења ако не би обухватала и дужност пружања заштите од

⁸⁷⁸ L. Loucaides, *op. cit.* стр. 267.

⁸⁷⁹ *Ibid.*, стр. 266.

⁸⁸⁰ Развој међународног права заштите околине има као свој циљ општи интерес човечанства. Видети опширније у А. Kiss, “*Droit international de l’environnement*”, Pedone, 1989., стр. 17.

⁸⁸¹ L. Loucaides, *op. cit.*, стр. 267.

природних појава које негативно утичу на здравље људи и које су или производ људских активности или се, ако се предвиде, могу спречити људским дељањем.”⁸⁸²

⁸⁸² L. Loucaies, *op. cit.*, стр. 267.

V. ГРАНИЧНИ СЛУЧАЈЕВИ – ПРАВО НА ЖИВОТ И НЕКО ДРУГО ПРАВО

Постоји читав низ случајева где подносиоци представке Европском суду нису поменули повреду права на живот, иако се радило о проблемима који се тичу, посредно или непосредно, тог права, као што је прокреација, приступ информацијама о пореклу, о биолошким родитељима и/или идентитету. Та права су често била боље заштићена другим правним инструментима, или другим одредбама Конвенције.

Један од њих је Конвенција о правима детета, закључена у оквиру Уједињених нација 1989. године коју је до данас ратификовала 191 земља-чланица ове организације. Једино Сомалија и Сједињене Америчке Државе то нису учиниле. Међутим, Сједињене Америчке Државе су ратификовале оба протокола уз овај инструмент (Опциони протокол о продаји деце и Опциони протокол о деци у оружаном сукобу), што правно даље компликује примену ове Конвенције у односу на ову земљу.

Ова Конвенција у свом члану 7 предвиђа да свако има право да зна свој идентитет. Према тумачењу Комитета за права детета, ова одредба гарантује приступ свим информацијама о пореклу. И док је такво тумачење прихватљиво, јер омогућава деци да добију информације о свом идентитету, Европски суд се у својој пракси суочио са знатно сложенијим случајевима који су се односили на приступ информацијама о пореклу одраслих особа, на које се Конвенција УН-а не односи.

Од посебног значаја је случај Одијевр против Француске.⁸⁸³ У Француској постоји могућност да се жена породи анонимно, и да у матичним књигама њено име буде изостављено. Ово се најчешће дешава када жена одлучи да дете да на усвојење одмах по рођењу. Такве одлуке се доносе у већини случајева због тешких материјалних услова и немогућности жене да издржава дете. Госпођа Одијевр, која је усвојена као дете, нашла се у таквој ситуацији, и обратила се француским судовима за захтевом да сазна идентитет своје биолошке мајке. Судови су одбили њен захтев, имајући у виду да је анониман порођај у складу са законом. Потом се обратила и Европском суду,

⁸⁸³ Odièvre v. France, appl. no. 42326/98.

позивајући се на повреду члана 8. Велико веће је пресудило да није дошло до повреде члана 8 Европске конвенције, јер је Француска пронашла равнотежу између интереса госпође Одијевр и интереса њене биолошке мајке која је није желела да открије свој идентитет и чије је право на приватност такође морао да заштити. Ова пресуда је до данас једна од најкритикованијих одлука Европског суда. Занимљиво је да је од 17 судија, 10 сматрало да није, а 7 да је дошло до повреде члана 8 Европске конвенције.

Слично томе, у случају Јаги против Швајцарске,⁸⁸⁴ Суд се бавио веома занимљивим случајем у којем је подносиоцу захтева било онемогућено да добије ДНК анализу посмртних остатака особе за коју је веровао да му је била биолошки отац.

Још пре него што се господин Јаги родио (1940. године), држава је 1939. године захтевала од лица за које се претпостављало да је његов биолошки отац да призна очинство и плаћа издржавање. Међутим, суд у Женеви доноси одлуку 1948. године којом се тај захтев одбија.

Приликом уписа у матичну књигу рођених, мајка господина Јагија је изјавила да је отац детета особа А. Х. Међутим, А. Х. је упорно одбијао да се подвргне тесту очинства, иако је одржавао сталан контакт са подносиоцем представке, тада још дететом. Породица особе А. Х. је такође одбијала Јагијеве тврдње о очинству. Потом, 1997. године, господин Јаги тражи од Женевског института за судску медицину да буде подвргнут приватном тесту којим би се сродство потврдило. Захтев је међутим био одбијен, да би 1999. године, Јаги тражио ревизију одлуке из 1948. године, захтевајући да се ДНК анализа изврши на посмртним остацима А. Х. Тај захтев је такође одбијен од надлежних судских инстанци, да би крајем 1999. године, швајцарски Савезни суд донео коначну одлуку којом се захтев одбија уз доста интересантну опаску - да је Јаги, тада већ шездесетогодишњак, успео да развије своју личност и поред неизвесности у вези са идентитетом свог биолошког оца.

У овом случају, Европски суд је прихватио сасвим очигледну чињеницу да сазнање о пореклу и прецима представља нечији животни интерес, који је заштићен Конвенцијом, јер је утврђивање истине о биолошком пореклу веома важно за лични

⁸⁸⁴ Jaggi v. Switzerland, appl. no. 58757/00.

идентитет те особе. Суд је ипак закључио да трећа страна не мора да буде подвргнута медицинским анализама, укључујући и ДНК тестирање. Због тога, Суд је морао да вага супротстављене интересе, тј. право подносиоца представке да сазна идентитет својих родитеља (у овом случају, оца) и права трећих лица да осигурају поштовање преминуле особе, затим недодирљивост посмртних остатака, као и начело правне сигурности.

Суд је закључио да се интерес подносиоца представке да открије своје претке није умањило са годинама. Такво тражење истине би се могло сматрати моралним и психичким мучењем, чак и када о томе нема лекарске потврде.⁸⁸⁵ Надаље, када се супротставила ДНК тесту, породица преминулог А. Х. се није позвала ни на какве религијске или филозофске разлоге, који би тако нешто забрањивали. Штавише, породица није ни плаћала закуп гробнице, већ је то радио господин Јаги.

На крају је Суд приметио да приватни живот преминуле особе не може бити нарушен захтевом за ДНК анализом, јер је такав захтев поднет после њене смрти. У погледу захтева за гарантовањем правне сигурности, заштита овог интереса не може сама по себи да представља основ за негирање права на утврђивање идентитета. Због свега наведеног, Суд је закључио да је дошло до повреде члана 8 Европске конвенције. Још једном се значи радило о повреди неког другог права, а не права на живот.

Случај Диксон против Велике Британије⁸⁸⁶ је још један од случајева који су од значаја за ову тему, јер се Европски суд по први пут суочио са питањем приступа особе на одслужењу затворске казне вештачкој оплодњи. Господин Диксон и његова супруга, која је на слободи, су се жалили на повреду права гарантованих чланом 8 и чланом 12 (право на брак и оснивање породице), јер им није био омогућен приступ вештачкој оплодњи. Велико веће је закључило да је члан 8 применљив у овом случају, јер се односи на наводну повреду права подносилаца представке на приватан и породични живот, који подразумева и право на поштовање њихове одлуке да постану родитељи.⁸⁸⁷ Велико веће је такође потврдило већ добро познати став Суда да

⁸⁸⁵ Врло је занимљива чињеница да се ни господин Јаги ни Суд нису позвали на члан 3 Европске конвенције.

⁸⁸⁶ *Dickson v. United Kingdom*, appl. no. 44362/04.

⁸⁸⁷ *Ibid*, параграф 62.

затвореници уживају сва своја права, осим оних која представљају неминовну последицу затварања. Такође је потврђено познато становиште Суда да било какво ограничење у погледу уживања тих права мора бити оправдано у сваком појединачном случају.⁸⁸⁸

Британска влада је изнела три главна разлога за доношење одлуке којом се затвореним лицима не дозвољава приступ вештачкој оплодњи. Први је да је једна од неминовних последица затварања управо губитак прилике да се постане родитељ. Друго, Влада је истакла да би могућност затвореника осуђених за тешка кривична дела да зачну децу негативно утицала на јавност и поверење у затворски систем, односно казнену политику и њен одвраћајући ефекат.⁸⁸⁹ Коначно, британска Влада је закључила да би дугорочно одсуство родитеља негативно утицало на развој детета, као и на друштво у целини.

Велико веће Европског суда је одбило прво образложење, закључивши да онемогућавање родитељства није неизбежна последица затварања. Надаље, Суд сматра да омогућавање вештачке оплодње не би било проблематично у погледу безбедности, и да не би представљало значајну административно или финансијско бремене за државу. Што се тиче разлога везаног за важност поверења друштва у казнену политику, Суд је навео да се права гарантована Конвенцијом не могу негирати само на основу могућег неповољног утицаја на јавно мњење, истичући напредак казнене политике нарочито у погледу рехабилитационих елемената лишавања слободе, односно прилике за рехабилитацију осуђених лица.⁸⁹⁰ Суд се на крају сложио са ставом британске Владе о могућим негативним последицама одсуства родитеља на децу и њихове добробити у оваквим случајевима.⁸⁹¹

По мишљењу аутора овог рада, док је анализа Суда прва два навода британских власти ваљана, она је трећем унеколико разочаравајућа. Тврдња да одсуство једног родитеља може имати негативне последице по дете, а поготово на друштво у целини, трпи многе изузетке. Ситуације у којима дете одраста само са једним родитељем су врло честе –

⁸⁸⁸ Ibid, параграф 22.

⁸⁸⁹ Ibid, параграф 75.

⁸⁹⁰ Ibid, параграф 75.

⁸⁹¹ Ibid, параграф 76.

удовице и удовци сами подижу децу, а и деца разведених родитеља такође често одрастају уз само једног родитеља. У прилог тврдњи да и један родитељ може сам да подиже децу, а да то не остави негативне последице по дете, а посебно друштво у целини, говоре и све чешћи случајеви усвојења деце од стране једне особе. Ревидирана Европска конвенција о усвајању деце из 2008. године, које је ступила на снагу 1. септембра 2011. године у односу на три земље које су је ратификовале (Шпанија, Норвешка и Украјина) изричито наводи да би домаће законодавство требало да дозволи самохраним родитељима усвајање деце.⁸⁹²

И коначно, ако би се прихватило да дуже одсуство родитеља може имати негативне последице по дете, или друштво у целини, поставља се питање дугорочног одсуства једног родитеља из било ког другог разлога. Одсуства активних војника и официра који одлазе не дуге мисије – одлазак британских војника у Ирак или Авганистан је добар пример одсуства која би могла (а не морају) имати негативан утицај на децу. Што се тиче одржавања везе са дететом, затвореник који виђа своје дете сваког викенда је у бољој ситуацији да утиче и доприноси његовом развоју него војник годинама на ратишту. Зато налазим да је Суд морао наћи боље аргументе у овом случају, ослањајући се на промењену реалност савремених породица које често нису традиционалне заједнице хетеросексуалних парова у којима су улоге оца и мајке добро знане и унапред одређене.

Без обзира на извесне мањкавости изнетих аргумената, Суд је ипак закључио да британска политика у овом случају није нашла равнотежу између супротстављених индивидуалних и јавних интереса, као и да је изостављена анализа из угла пропорционалности⁸⁹³, што је допринело да Суд одлучи да није задовољен тест слободне процене државе.⁸⁹⁴

Може се претпоставити да подносиоци представке нису тврдили да је дошло до повреде права на живот нерођеног детета (у овом случају и незачетог), као и њиховог права да постану родитељи, због већ познатог и описаног става Суда у том погледу

⁸⁹² Члан 7 (1) (б), CETS No. 202.

⁸⁹³ Dickson v. United Kingdom, appl. no. 44362/04, параграф 82.

⁸⁹⁴ Ibid, параграф 85.

који нерођено дете не сматра заштићеним чланом 2. Занимљиво је да је Суд уочио да се у неких 30 земаља чланица Савета Европе дозвољавају брачне посете затвореницима, што није био случај у Великој Британији. Ипак, Суд није ишао тако далеко да тврди да би државе требало да омогуће такве посете. Велико веће је донело одлуку да је дошло до повреде члана 8 већином од 12 гласова према 5.

По мишљењу аутора овог рада, важно питање, осим већ поменутог права на живот, би било питање потенцијалног дискриминаторног карактера ове политике у Великој Британији, и евентуалне повреде члана 14 Европске конвенције, које није разматрано у овом случају.

VI. ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

Изненађујуће је да тема права на живот до сада није била обрађена једним свеобухватним радом у нашој правној науци, упркос чињеници да се ради о примарном праву сваког људског бића, које је одувек заокупљало пажњу не само правника, већ и лекара, криминолога, филозофа, мислилаца, клерика, итд. Ипак се ради о праву које није безусловно заштићено, јер члан 2 не искључује смртну казну кад она уследи као последица извршења судске пресуде. Други став овог члана прецизно предвиђа неке изузетне ситуације у којима се лишавање живота не сматра противправним.

Суд је разматрао неколико основних група случајева. Једну представљају случајеви смрти које наступе као последица употребе силе. У овим случајевима, Европски Суд је често био принуђен да се бави и питањима организације полиције и планирања и контроле полицијских акција. Слично томе, кад неко умре у притвору или затвору, држава мора да пружи разумно објашњење како је до смртог исхода дошло.

Другу велику групу представљају случајеви нестанка људи. Државе имају обавезу да предузму специфичне и ефикасне мере како би детаљно истражиле сваки случај нестанка лица.

Сложене правне и етичке дилеме у вези са прекидом трудноће и правима нерођеног детета су заслужиле посебан осврт, јер Европска конвенција не дефинише ко је “свако” чији би живот требало да буде заштићен. Док једни сматрају да живот почиње зачећем, други сматрају да почиње тек чином рођења. Овде је Суд био веома опрезан и одбио је да одлучи да ли се члан 2 Европске конвенције о људским правима примењује на живот фетуса.

Следећа група случајева се односи на еутаназију, која је у неким европским државама одскора озакоњена (истина, под строгим условима). Будући да еутаназија не спада у изузетке предвиђене чланом 2, ставом 2 Европске конвенције о људским правима, Суд је био принуђен да испита постоји ли “право на смрт” и установио да ниједан европски правни систем не пружа некакво генерално право појединцима да изврше самоубиство. Суд је поновио свој познати став да постоји обавеза државе да заштити живот и закључио да се право на живот не може тумачити у својој негацији, тј. као право на

прекид живота или право на смрт. Овде се ради о веома критикованој одлуци Европског суда која је изазвала бројне правне дискусије и коментаре, али и о теми која се пред наше друштво и право још није поставила у свој својој сложености. Једна од потенцијалних вредности овог рада би могла да буде управо подсећање на главне аргументе присталица и противника еутаназије.

Последња врста случајева која се до сада појавила пред Судом су они у којима је лишење живота наступило као последица других фактора, као што су еколошке катастрофе и лекарске грешке.

Рад је такође анализирао позитивне обавезе држава у овим случајевима.

Због разноврсности случајева које може да обухвати, питање права на живот се често поставља пред највише националне (врховне или уставне), као и пред међународне судове. У области у којој државе традиционално уживају велику слободу у одлучивању, коришћење упоредно-правног метода је посебно важно.

Европска конвенција би могла да се сматра делом друштвеног уговора који је још Русо описао. Суд у Стразбуру сматра члан 2 једном од најважнијих одредби Конвенције. Обавезе државе, према члану 2, састоје се од три основна аспекта: обавезе да се уздржи од незаконитог лишавања живота, обавезе да спроведе истрагу у случају смрти настале под сумњивим или посебним околностима, и позитивне обавезе државе да предузме кораке како би спречила губитак живота који се може избећи.⁸⁹⁵

Пресуде у предметима који се тичу права на живот чине једну од најобимнијих и најдинамичнијих група пресуда у целокупној судској пракси Конвенције за људска права, мада до 1995. године Суд није имао ни једну одлуку у погледу члана 2.

У Конвенцији не постоји хијерархија права, што значи да Конвенција не би дала предност једном праву у односу на друго уколико су два права у сукобу. Иако Европска конвенција и њен члан 2 гарантују право на живот, Конвенција се мора посматрати као целина, јер и права у њој садржана не делују изоловано једна од других. Случајеви који се односе на једно питање, штавише, често су подведени под

⁸⁹⁵ C. Ovey and R. White, *op. cit.*, стр.56.

различите чланове – као што је случај са вршењем абортуса, помоћи приликом самоубиства и погрешним лечењем, између осталог – и у таквим случајевима, приступ Суда може се једино разумети позивањем на његове одлуке по свим релевантним члановима.

Суд је нагласио у пресуди Великог већа у предмету Мек Кан и остали против Уједињеног Краљевства:

“Члан 2 спада у једну од основних одредби Конвенције – одредбу која, у мирнодопско време, не признаје дерогацију по члану 15. Заједно са чланом 3 Конвенције [забрана мучења], он такође оличава једну од основних вредности демократских друштава која чине Савет Европе.”⁸⁹⁶

Због тога, „његове одредбе морају бити строго тумачене.”⁸⁹⁷

Члан 2 садржи два основна елемента, која су изражена у његова два става: општу обавезу да се право на живот заштити „законом“ (став 1) и забрану лишења живота, која је ограничена низом изузетака (став 2). Ово је слично структури чланова 8-11 Конвенције. Европска комисија и Суд за људска права су извели из ове структуре одређене важне концепте и тестове, *inter alia* да члан 2 намеће „позитивну обавезу“ државама да истраже смртне случајеве који су могли настати кршењем овог члана.

Члан 2 штити свачије право на живот, осим права на живот животиња и права на постојање правних лица.

Конвенција не разјашњава шта „живот“ јесте, нити када заштита из члана 2 Конвенције почиње или се завршава. Заправо, у одсуству европске (и светске) сагласности на правном и научном нивоу по том питању, Комисија док је постојала није била вољна, као ни Суд данас, да постави прецизне стандарде у том смислу.

Суд је уверен да нити је пожељно, па чак ни могуће, како ствари стоје, „апстрактно одговорити на питање да ли је нерођено дете особа за потребе члана 2 Конвенције (*personne* у тексту на француском језику)“. Комисија и Суд тако оцењују питања која

⁸⁹⁶ *McCann and others v. United Kingdom*, параграф 147.

⁸⁹⁷ *Ibid*, параграф 147.

се односе на почетак живота од случаја до случаја, остављајући значајну слободу државама.

Рад на овој теми није могао пренебрегнути дискусију о смртној казни, укинутој у Европи (сем у Белорусији), али присутној у многим другим деловима света. Чини се да, што је режим ауторитарнији, то је мање изгледно да ће се одрећи ове казне. Зато је нужно размотрити смртну казну у упоредном праву, јер ниједна кривична санкција није изазвала такве расправе у погледу оправданости свога постојања као што је то случај са смртном казном.

Други светски рат охрабрио је многе да уведу забрану ове казне за већину кривичних дела. Упоредно-правна анализа овог процеса указује да се понегде још увек може умрети, јер је писарница затворена, или због потпуно минорних кривичних дела. Данас је 139 земаља укинуло смртну казну у праву или у пракси, често захваљујући сложенем садејству локалних правосудних система, регионалних система заштите људских права, као и утицају других држава.⁸⁹⁸

Будући да религије имају значајно место у овој области, било је неопходно осврнути се на њихове главне поставке.

Са своје стране, важна криминолошка истраживања показују велику непропорционалност у погледу изрицања смртне пресуде углавном припадницима друштвених мањина и нижих друштвено-економских класа.

Враћајући се великим темама овог рада, установљено је да скоро четвртина светског становништва живи у таквим правним системима где је прекид трудноће дозвољен само у случају инцеста, силовања или да би се спасао живот жене.

Комисија је још 1961. године одбила да преиспита компатибилност *in abstracto* закона о абортусу са чланом 2 Конвенције. У предмету Бругерман и Шојтен против Немачке, Комисија је додала да се „члан 8, став 1 не може тумачити као да су трудноћа и прекид трудноће, у принципу, искључиво у домену приватног живота мајке.” и потом разматрала да ли би фетус ипак могао да се сматра обликом „живота“. Оваква нејасна

⁸⁹⁸ S. Lehrfreund, *op. cit.*, стр. 171 – 194.

тумачења – која су се заснивала на нерешеном питању степена признавања интереса фетуса у смислу члана 2 – јавила су се и касније, у случајевима после Патона, као нпр., у Х против Норвешке, Отворено саветовалиште и жене Даблина против Ирске и Босо против Италије.

Суд је питања у вези са абортусом и правима фетуса и нерођеног детета најдетаљније обрадио у случају Во против Француске. Тај случај обједињује готове све што је правна пракса суда у Стразбуру до сада изрекла на ову тему, укључујући свеприсутне и познате дилеме.

Суд је одмах признао да се нашао пред веома деликатним правним, али и филозофским, религиозним и етичким проблемом. Суд, као уосталом ни право ни медицина, не постоји ван друштва, у некаквом вакууму, и мора да узме у обзир мишљења лекара, правника, ембриолога, других научника, клерика, етичара и филозофа. После темељног разматрања, Суд је закључио: „из рекапитулације судске праксе следи да се у околностима које су до данас испитале институције основане по Конвенцији – тј. у различитим законима о абортусу – нерођено дете не сматра „особом“ која је директно заштићена чланом 2 Конвенције и да уколико нерођено дете има „право на живот“, оно је имплицитно ограничено правима и интересима мајке”.

Суд је такође потврдио да је појам „приватни живот“ широк, и да подразумева, *inter alia*, аспекте физичког и друштвеног идентитета појединца, укључујући право на личну аутономију, лични развој и на успостављање и развијање односа са другим људским бићима и спољашњим светом. Поред тога, иако Конвенција не гарантује по себи право на медицинску негу, Суд од раније сматра да приватни живот укључује физички и психолошки интегритет особе и да држава такође има позитивну обавезу да својим грађанима обезбеди право на ефективно поштовање њиховог интегритета. Како исправно тврди Приол, утисак је да Суд наговештава како би могао да измени баланс између интереса жена које траже такав абортус и интереса фетуса.⁸⁹⁹

Иако Европска конвенција не гарантује само по себи право на бесплатно медицинско лечење или специфичне медицинске услуге, Суд је у многим предметима сматрао да је

⁸⁹⁹ Prialx, *op. cit.*, стр. 375.

члан 8 релевантан за представке које се односе на недовољну доступност здравствених услуга. Суд истиче да није у његовом домену да преиспитује стручно мишљење лекара⁹⁰⁰. Државе-потписница су у обавези да организују систем здравствене заштите на начин који ће обезбедити да активно поступање по слободној савести од стране здравствених радника ни на који начин не омета пацијенте да им буду пружене услуге на које имају право по постојећем закону.

Апсолутна забрана абортуса, која још постоји у неколико европских земаља, негативно утиче на здравље жене, како физичко, тако и ментално, на пост-наталну негу, на њихову слободу одлучивања, аутономију и уопште, на њихов социјално-економски положај. Међутим, Европски суд за људска права још увек нема развијен правни механизам којим гарантује право на приступ абортусу.

Занимљиво је да се скорашњи предмети којима се бавио Европски суд за људска права у вези са абортусом или правом нерођеног детета често заснивају на наводној повреди чланова 3, 8, 10 или других чланова, а не на повреди члана 2, којим се штити право на живот. У тужбама се истиче патња мајке, а не статус фетуса. Међутим, иако држава има широко поље слободне процене у овој области, њено деловање је ипак ограничено, јер мора да пронађе равнотежу између својих интереса и интереса мајке и њеног права на живот. Има много истине у тврдњи да филозофи и научници могу да наставе да расправљају о томе када почиње живот, али закон мора да дефинише оно што намерава да штити.

Следећа велика група питања у овој области се односи на здравствену негу. У више наврата је покушавано да се докаже да члан 2 Европске конвенције захтева од држава да пруже одговарајући степен здравствене неге за лица која су под њеном надлежношћу⁹⁰¹. Коначно је закључено да се сваки недостатак у пружању здравствене неге не може сматрати повредом члана 2, узимајући у обзир да држава располаже ограниченим људским и материјалним ресурсима⁹⁰².

⁹⁰⁰ Види *Glass v. United Kingdom*, appl. no. 61827/00.

⁹⁰¹ *Interrights Manual for Lawyers*, The right to life under the ECHR (article 2), страна 35, 2008.

⁹⁰² *Ibid.*

Суд је овој области закључио да би болнице, како државне тако и приватне, требало да донесу правила и протоколе како би се заштитио живот. У овом контексту, постоји и обавеза да се успостави ефективан правосудни систем који ће утврдити узрок смрти која је наступила у болници као и евентуалну одговорност здравствених радника.

Суд је потом утврдио да „у специфичној области медицинског нехата, позитивна обавеза коју предвиђа члан 2, може на пример бити испуњена ако правни систем пружи жртвама грађанско-правни лек, сам или заједно са кривично-правним леком, омогућавајући установљавање одговорности умешаних доктора.

По мишљењу неких судија, „кривични поступак, *par excellence*, лек који највише одговара процедуралним захтевима члана 2“ зато што „се из праксе Суда у Стразбуру види да позитивна обавеза државе обавезане Конвенцијом налаже да се обезбеде одговарајуће процедуре како би се ефикасно истражили смртни случајеви и утврдило да ли су, и како, одговорне особе умешане у одузимање живота.“ Ове судије су правилно приметиле да су грађанско-правни поступци у основи намењени задовољавању приватних интереса и материјалних аспеката односа међу људима, те да они не задовољавају захтев за изражавањем јавног неслагања са тешким кривичним делом, као што је одузимање живота, и најчешће не гарантују потпуну и исцрпну истрагу о разлогу смрти. Ово гледиште има солидно упориште у позитивном праву.

Суд се сусрео са случајем размерно сиромашне земље у којој здравствени систем нема средстава да обезбеди адекватну негу пацијентима. Суд је истакао да би било пожељно да се таква нега обезбеди свим пацијентима, али је поновио да државе имају широко поље слободне процене у овој области, посебно када се ради о расподели ограничених финансијских средстава. Занимљиво је да је овде Суд заузео став којим практично ослобађа сиромашну државу обавеза према Конвенцији. Без обзира на финансијску и економску ситуацију, постоји минимум права који у сваком случају мора бити гарантован и заштићен, а право на живот, као основно право, би морало да буде међу њима.

Може се закључити да се у једном дугом периоду медицинска грешка разматрала из угла члана 6 Европске конвенције, најчешће зато што случајеви пред Судом нису довели до смрти лица, већ у најгорем случају до инвалидности, или неиспуњавања обавезе за суђењем у разумном року, или су се бавили питањем правне помоћи.

Једна тако груба повреда људских права као што је присилни нестанак лица повлачи за собом кршење многих грађанских, политичких, економских и социјалних права, укључујући право на живот, право на заштиту физичког интегритета, право на уважавање особе као личности пред законом, право на личну слободу и безбедност, право на породични живот, право на здравље, итд. Од недавно се у међународном праву често спомиње једно ново право, „право на истину“, с обзиром да је постигнута сагласност да постоји право да се зна судбина несталих.

У случајевима у којима су постојали докази да је лице нестало после притварања, Суд је сматрао да у пропусту државе да истражи шта се са притвореником десило има основа за повреду члана 2, уколико постоји довољно посредних доказа на основу којих се може установити ван разумне сумње да је та особа преминула у притвору. Један од главних критеријума сигурно је дужина временског периода у току којег није било никаквих информација у вези са жртвом. У друге факторе спадају: сазнање да је особа притворена или ухапшена (или барем да је била под контролом припадника државних органа када је последњи пут виђена); постојање услова опасних по живот у тренутку када је особа притворена; одсуство било каквих поузданих информација о томе шта се са притвореником дешава; одсуство разумног објашњења од стране власти о томе шта се са притвореником десило. Уколико у предмету постоје ови фактори, Суд основано може да претпостави да је подносилац представке мртав. У каснијим предметима, можда под утицајем дешавања у међународном праву у овој области, Суд се показао спремнијим да испитује по члану 2 предмете у којима је боравиште неког лица постало непознато након лишавања слободе.

Није изненађујуће што је Европски суд установио низ стандарда који јасно дефинишу обавезу државе у случају нестанка лица. Најочигледнији међу њима је делотворна истрага. У том смислу значајно је мишљење судије Џона Хедигана (John Hedigan) у вези са неопходношћу спровођења квалитетне истраге неразјашњених или сумњивих смртних случајева, посебно лица осумњичених за тероризам.

Треба имати на уму да је присилни нестанак често злочин дужег трајања – злочин који траје све док се не утврди боравиште или судбина несталог лица. Постоје и неке опште препоруке које још нису стандард по Европској конвенцији. Може се очекивати да ће ови разумни стандарди наћи своје место у будућим одлукама Суда.

У време израде Конвенције, пре више од 60 година, животна средина није представљала једну од конкретних вредности коју је требало заштитити. Иако се права животне средине и људска права често посматрају као две одвојене области, блиско су повезана. Уживање људских права, коначно, захтева постојање функционалног екосистема и здраве животне средине. Суд у Стразбуру сматра да одређена права зајамчена Конвенцијом садрже елементе права животне средине, мада се људска права и права животне средине разликују не само по теоретским полазним основама, већ и по обиму заштите коју пружају. Дубоко укорењени стандарди у погледу људских права се могу користити и за заштиту интереса животне средине.

Поједина људска права са елементима права животне средине обухваћена су Конвенцијом и праксом Европског суда, додуше углавном из перспективе члана 8, који се тиче права на заштиту од озбиљног загађења које утиче на дом или породични живот појединца. Међутим, судије Волш (Walsh) и Јамбрек (Jambrek) су навеле да је „можда... дошло време да судска пракса Суда у погледу члана 2... почне да се развија, да се у оквиру ње развију одговарајућа имплицитна права, артикулишу ситуације у којима постоји стварна и озбиљна опасност по живот, односно по различите аспекте права на живот.“⁹⁰³ Па ипак, ако опасност по животну средину истовремено представља и претњу по право на живот, чини се да не постоји разлог да Европски суд за људска права у будућности не донесе пресуду по члану 2 која се односи на ризик по људски живот везан за питање животне средине.

Чини се да су се путеви људских права и права животне средине срили, и да би даље могли да наставе у истом смеру. У том смислу, правац у коме се однедавно развијају европски стандарди у овој области само потврђује да постоји већа свест о дужностима које национални државни органи имају у погледу животне средине.⁹⁰⁴

Суд је стао на становиште да, када се разматра да ли су у овој области националне власти испуниле своје позитивне обавезе из члана 2, не би требало правити разлику између радњи, емисија и немарног поступања државе. Ипак, веома је висок праг потенцијалне штете који се мора прећи да би се подносилац представке успешно

⁹⁰³ K. Cook, *op. cit.*, стр. 207.

⁹⁰⁴ L. Loucaides, *op. cit.*, стр. 257.

позвао на повреду права зајамчених Конвенцијом. То је једино право гарантовано Конвенцијом у коме се привредна стабилност државе изричито наводи као основ за ограничавање права.

Уопште узев, постоји читав низ случајева где подносиоци представке Европском суду нису поменули повреду права на живот, иако се радило о проблемима који се тичу, посредно или непосредно, тог права, као што су прокреација, приступ информацијама о пореклу, о биолошким родитељима и/или идентитету. У овом случају, Европски суд је прихватио сасвим очигледну чињеницу да сазнање о пореклу и прецима представља нечији животни интерес, који је заштићен Конвенцијом, јер је утврђивање истине веома важно за лични идентитет те особе.

У правном смислу, еутаназија подразумева намерно окончање живота од стране другог, а на изричит захтев особе која жели да умре. Док се активна еутаназија изједначава са убиством или убиством из нехата у многим законима и повлачи исте казнене мере, пасивна еутаназија, под одређеним околностима, може да буде дозвољена законом.

Еутаназија, која означава намерно окончање нечијег живота, у супротности је са многим етичким, моралним, верским и правним принципима. Већина филозофских ставова, друштвених норми и система веровања обликована је историјским догађајима и ирационалношћу верских убеђења, попут јудео-хришћанске светости живота. Зато бројна европска законодавства еутаназију сматрају привилегованим убиством, које није изједначено са обичним.

У недостатку јасних смерница, држао сам се одређених премиса и тумачења Европске конвенције о људским правима како бих испитао ову проблематику. На пример, подносиоци представки који траже дозволу за потпомогнуто самоубиство све чешће се позивају на члан 8 Европске конвенције. Разлог томе је можда нешто 'мекша' терминологија у члану 8 који говори о 'поштовању', у поређењу са 'апсолутним правом' које се спомиње у другим правима регулисаним Конвенцијом, као и у упоредном праву.

Иако је у малом броју предмета који су у овој области вођени пред националним судовима или у Стразбуру критикован пропуст државе да заштити људска права појединаца или да спречи њихово кршење тиме што није дозволила потпомогнуто

самоубиство или није ослободила помагача у самоубиству кривичног гоњења, још увек не постоји адекватан преседан који би дефинисао будућу судску праксу. Стога не изненађује чињеница да је самоубиство уз помоћ лекара, где лекар помаже пацијенту да оконча живот по сопственој жељи (и под строго прописаним условима и критеријумима), ретко легално. Историјски случај Дајен Прити изазвао је бурну дебату међу правницима и у широј јавности и покренуо многа сложена морална, етичка, друштвена, филозофска, правна и верска питања. Суд је донео одлуку да право на живот само по себи не подразумева и право и на смрт.

Слажем се са ауторима који сматрају да је ово тумачење најуже, најконзервативније и најнелибералније могуће.⁹⁰⁵ Међутим, Суд је уважио могућност да оваква питања могу да дају повода за преиспитивање опсега члана 8 и права на приватни живот који он регулише.

Неки од најугледнијих стручњака оценили су да „...институције у Стразбуру ни данас не уважавају принцип по коме је очување „квалитета“ живота релевантан фактор,⁹⁰⁶ те да не желе да подривају врховну и фундаменталну позицију права на живот *vis-a-vis* других права прописаних Конвенцијом, што доводи до уског и рестриктивног приступа у тумачењу члана 2 који је предуслов, а тиме и од највеће важности, за сва друга људска права. Да је донео пресуду у корист госпође Прити која је поднела жалбу позивајући се на члан 2 Конвенције, Суд би морао да прошири своју „дугачку“ листу изузетака, што по свему судећи нема намеру да уради.

У покушају да се дефинише конзистентан, али и хуман, приступ проблематици везаној за самоубиство уз помоћ другог лица, могло би да се наведе неколико 'идеалних' сценарија са правне тачке гледишта. То треба имати на уму, поготово после сазнања о прекиду живота новорођенчади са хендикепом у Холандији. Историја није имала много милости за слабе, а нацистички режим нам је показао најмрачнију страну људске цивилизације. Противници еутаназије/потпомогнутог самоубиства сматрају да би легализовање ових поступака повело друштво опасним путем где би пре или касније убијање хендикепираних, старих, или депресивних људи постало легално.

⁹⁰⁵ A.C. Grayling, *op. cit.*

⁹⁰⁶ C. Ovey and R.C. White *op. cit.*, стр.56.

Могу се чути и коментари да људи који су последњи на листи за лечење обично буду први на листи за самоубиство уз помоћ лекара. Противници такође поричу да је потајна еутаназија широко распрострањена у клиничкој медицини.

Захваљујући кампањама које се воде за или против еутаназије, европска јавност је потпуно подељена по овом питању⁹⁰⁷: моћни лобији који постоје на обе стране не раде на стварању друштвене атмосфере која би коначно законски регулисала ова питања. Ипак треба имати у виду да је „...Конвенција жив инструмент који...мора да се тумачи у светлу данашњих околности.“⁹⁰⁸ То значи да ће лични и појединачни интереси бити уважавани и заштићени правом на приватност, када и ако то захтева грађански живот, његове прогресивне идеје и ставови који се мењају.

Очекујем да ће начин на који се Конвенција тумачи временом еволуирати, и да ће европско друштво наставити да преиспитује своје концепте у овој области. С друге стране, напредак у медицинској технологији и фармацеутској индустрији, уз побољшан квалитет живота, можда ће код тешко оболелих особа подстаћи жељу за животом, без обзира на његов квалитет, поготово што постоји нада да се неким болестима нађе лек. Неопходан је промишљен и уравнотежен приступ законском регулисању еутаназије.

Уверен сам да ће Суд у будућности доносити одлуке везане за ову област не само на основу принципа које је сам поставио, већ и на основу информација о развоју националних законодавстава о еутаназији, било рестриктивних или попустљивијих. Треба поменути да је у анкети која је недавно спроведена у Великој Британији, 74% испитаника изјавило да би лекарима требало да буде дозвољено да помогну смртно болесним пацијентима да окончају живот.

Које год кораке да предузму владе, међународна тела за људска права и регулаторни органи, морамо прихватити чињеницу да ће се „потпомогнута самоубиства“ и даље дешавати, по свој прилици дискретно (као и до сада). Законска регулатива је само један аспект у пуном разумевању и решавању овог питања, који ће морати да буде ојачан

⁹⁰⁷ Право оних који желе да живе, особа које се плаше директног утицаја на њихов живот или смрт, нпр. ментално и физички хендикепиране особе, стари људи, пацијенти који болују од тешких болести и трпе неподношљиве болове, и они који желе да живе по сваку цену, за разлику од особа које нису религиозне, прагматичара, и особа које се боре за право да умру достојанствено.

⁹⁰⁸ *Tyger v. United Kingdom*, (1978), Европски суд за људска права, серија А.26, став 31.

путем креирања политика, смерница, стандардних процедура на свим нивоима друштва: у здравству, социјалној заштити, породици, групама које се боре за људска права, итд. Отворена дебата, уз континуирано улагање напора да се јавност образује и буде обавештена о користи, али и о могућностима злоупотребе овог процеса, помогла би скидању стигме са еутаназije.

Верујем да је сазрело време да се и у Србији поведе темељна расправа о овој теми, али и другим темама везаним за право на живот, првенствено о нестанима лица и употреби смртоносне силе од стране државних органа. Питање одговорности за лекарске грешке је такође једна од тема са којима ће се судска пракса све чешће сусретати. Као што је судија Пауер закључила, “питања која се налазе између медицине и права, и посебно људских права, су сложена и фасцинантна. Како ће државе уговорнице на њих одговорити, под будним оком стразбуршког суда, зависи не само од тога какви су Европљани данас, већ и какви би желели да постану сутра”.⁹⁰⁹

Однос према праву на живот, врховном и основном праву, али тако често кршеном и релативизованом, сведочи о односу према историји човечанства, али и о његовој будућности. Историја Европе је препуна неславних периода, од инквизиције, колонијализма, фашизма и комунизма, током којих је ово право било негирано. Без обзира на то што су одлуке Европског суда за људска права несавршене, понекад правнички неелегантне или једноставно логички мањкаве, оне доприносе свеевропском консензусу о важности заштите права на живот. Еволутивна пракса овог суда заслужује да се помно прати, без обзира што Суд још увек није обрадио многе теме, коа што је нпр. насиље у спорту и повреда права на живот у овој области⁹¹⁰, као и у области нуклеарне енергије, теме коју је обрађивао Комитет за људска права УН.

Зато праћење јуриспруденције Европског суда у овој области, теми готово енциклопедијске природе, представља важан задатак за будућност.

⁹⁰⁹ А. Power, *op. cit.*, стр. 160.

⁹¹⁰ Видети о овој теми у Н. Делић, „Кривично дело насилничког понашања на спортској приредби или јавном скупу”, Правни живот 9/2011, том I, Београд, стр. 239.

VII. БИБЛИОГРАФИЈА

Литература на српском језику-монографије, уџбеници, зборници, тезе

- Димитријевић, В, Пауновић, М, у сарадњи са Ђерић, В, “Људска права”, Београдски центар за људска права, Београд, 1997
- Касезе, А., “Међународно кривично право”, Београдски центар за људска права, Београд 2005
- Клајн-Татић, В., “Лекарева помоћ неизлечиво болесном пацијенту-етички и правни проблеми”, Институт друштвених наука, Центар за правна истраживања, Београд, 2002
- Корљан, Е., „Европски правни стандарди за спречавање мучења од стране полиције”, магистарска теза, Правни факултет, Београд, 2006
- Обрадовић К., (приређивач), “Хуманитарно право-савремена теорија и пракса”, Београдски центар за људска права, Београд, 1997
- Пауновић М., (ур.), “Право људских права”, Београдски центар за људска права, Београд, 1996
- Права на живот и слободу, Изабране пресуде Европског суда за људска права, Фонд за хуманитарно право, Београд, 1998
- Радишић, Ј., “Медицинско право”, 2004, Београд
- Радишић, Ј., „Професионална одговорност медицинских посленика”, Институт друштвених наука у Београду, Центар за правна и политиколошка истраживања, Београд, 1986.
- З. Стојановић, “Коментар Кривичног законика”, Сл. гласник, Београд, 2006
- З. Стојановић, „Међународно кривично право”, Правна књига, Београд, 2012
- И. Јанковић, “Смрт у присуству власти”, Истраживачко-издавачки центар ССО Србије, Београд, 1985
- Чековић-Вулетић, С, Ђорђевић, Н, Кандић-Поповић, З, В. Кеџман, В. Клајн-Татић, Љ. Круљ, Х. Мујовић-Зорнић, Ј. Радишић, “Медицинско право”, Универзитет у Београду, Институт друштвених наука, Центар за правна истраживања, Београд, 1998
- Ћирић Ј., Сепи Р., Шупут Д., Здравствени закони, Сл. гласник, Београд, 2006
- Б. Лоренц, „Психологија и филозофија религије,” Геца Кон, Београд, година издања непозната

- Р. Драгичевић-Дичић, И. Јанковић, “Спречавање и кажњавање мучења и других облика злостављања“, Београдски центар за људска права, Београд, 2011, стр. 36
- Х. Мујовић-Зорнић, „Нежељено рођење детета као случај штете и одговорност лекара,“ Номос, Београд, 2002
- Н. Туцић, Г. Матић, „О генима и људима“, Центар за примењену психологију, Београд, 2002
- В. Оташевић, С. Пејаковић, “Медицинска етика и деонтологија”, Просвета, Ниш, 2001
- Т. Папић, „Одговорност међународних организација-питање приписивости противправног акта”, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2010

Литература на енглеском језику- монографије, уџбеници, зборници, тезе

- Bertrand, M., Europeans and their rights-The Right to Life in European constitutional and conventional case law, 2006, Council of Europe Publishing, Strasbourg
- Death Penalty-Beyond abolition, Robert Badinter, Hugo Adam Bedau, Peter Hodgkinson, Roger Hood, Anne Ferrazzini and Michel Forst, Eric Prokosch, H.C. Hruger, Anatoli Pristavkine, Caroline Ravaud, Sir Nigel Rodley, Renate Wohlwend, Yoshihiro Yasuda, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2004
- Ethical eye: Euthanasia- Volume I, Ethical and human aspects, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2003
- Ethical eye: Euthanasia- Volume II, Ethical and human aspects, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2000
- Harris, D., O’Boyle, M., Colin, W., Law of the European Convention on Human Rights, London, Dublin, Edinburgh: Butterworths, 1995 and 2009
- Jacobs, White and Ovey, The European Convention on human rights. Oxford University Press, Fifth edition, 2010
- Kessler, D., The Rights of the Dying, Vermillion, London, 1997
- Nowak, M., “UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary”, Kehl am Rein, NP Engel, 1993 and 2005
- The abolition of the death penalty in international law, 2nd edition, Shabas, William A. Cambridge, Cambridge University Press, 1997
- The death penalty-Abolition in Europe, R. Hood, E. Prokosch, P. Hodgkinson, R.

Wohlwend, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1999

- The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European convention on Human Rights, Human Rights Files No. 17, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2000
- Otlowski, M., Voluntary euthanasia and the common law, Oxford, Clarendon, 1997
- D. Korff, "The right to life", Human Rights handbooks no, 8, Council of Europe, Strasbourg, 2006
- J. O'Byrne, "Human Rights: An Introduction," Pearson Education Limited, Malaysia, 2003
- Peters, R., "Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the 16th to the 21st Century," Cambridge: Cambridge University Press, 2005
- M. Baderin, „International human rights and Islamic law“, Oxford University Press, 2005
- A. Mortensen, "Abolition of the death penalty," University of Bergen, Master's Thesis, 2008
- D. P. Fenwick, "Recognition of violations of Women's Human Rights under the European Convention on Human Rights in the context of restrictive abortion regimes," Master's thesis, Durham University, 2011
- S. Sheldon, "Beyond Control: Medical Power and Abortion Law", Pluto Press, 1997
- E. Jackson, "Regulating reproduction: law, technology and autonomy", Oxford, Hart, 2001
- R. Dworkin, "Life's Dominion: An argument about abortion and euthanasia," Harper Collins, 1993
- L. Finer and J. Bueno de Mesquita, "Conscientious Objection : protecting Sexual and Reproductive Health Rights," Colchester, Essex, University of Essex, 2006
- J.D. Brook and others, „The Hyde Amendment: A violation of human rights”, Ipas, 2009
- William Edward Hartpole Lecky, „A History of European Morals from August to Charlemagne“, 1869
- N.D.A. Kemp: "Merciful Release: The History of British Euthanasia Movement", Manchester University Press, 2002
- S. Williams, „Euthanasia”, Williams and Northgate, London, 1872
- Д. Поповић, "The emergence of the European human rights law", Eleven International Publishing, The Hague, 2010
- Stanley Harakas, "Living the Faith", Light and Life Publ. Co., 1993, стр. 25

- K. Thompson and C. Giffard, „Reporting Killings as Human Rights Violations”, Human Rights Centre, University of Essex, 2002
- Interrights Manual for Lawyers, The right to life under the ECHR (article 2), London, 2008

Литература на француском језику-монографије, зборници

- Aumonier N., Beignier B., Letellier P., „L'euthanasie”, Presses universitaires de France, Paris, 2001
- A. Kiss, “Droit international de l'environnement”, Pedone, 1989
- C. Kebers, „ Soins curatifs, soins palliatifs,” editions Racine, Bruxelles, 2005

Чланци

Чланци на српском језику

- З. Стојановић, „Природно право на живот и кривично право”, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, vol. 36, бр.1, 1998, стр. 5
- З. Стојановић, „Природно право на живот и кривично право”, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, vol. 36, бр.1, 1998, стр. 5
- Д. Илић, “Смртна казна и превенција”, Правни живот, бр. 9/2000, том I, Београд, стр. 123.
- Ж. Фајфрић, „Религија и смртна казна”, Правни живот, бр. 9/2002, том I, Београд, 2002, стр. 65. М. Шкулић, “Командна одговорност”, Архив за правне и друштвене науке, 4/2002, Београд, стр. 503
- И. Крстић, „Право на здраву животну средину у корпусу људских права”, Правни живот, бр. 9/2005, Београд, том I, стр. 620
- М. Рашевић, „Зашто је идеја о рестрикцији абортуса погрешна”, Правни живот, бр. 10/2008, том II, Београд, стр. 368
- Н. Мрвић-Петровић, „Утицај културе на регулисање забране повреде права на живот”, Правни живот, бр. 9/2000, том I, Београд, стр. 13-14
- Н. Јованчевић, „Право на живот и његова заштита у међународном кривичном праву”, Правни живот, бр. 9/2002, Београд, стр. 3
- Н. Делић, „Кривично дело насилничког понашања на спортској приредби или јавном скупу”, Правни живот 9/2011, том I, Београд, стр. 239

- Ђ. Јовашевић, “Кривична одговорност и кажњивост за злочин против човечности”, Правни живот, бр. 9/2011, том I, Београд, стр. 233.
- А. Игњатовић, “Међународна правна заштита живота људи у оружаним сукобима”, Правни живот, бр. 9/2005, том I, Београд, стр. 46

Чланци на енглеском језику

- A duty to investigate under the European Convention of Human Rights, Mahoney, P. Liber amicorum Hector Fix-Zamudio, San José, Costarica, 1998, 1011-1024
- A legislative history of the right to life in the Inter-American legal system, Colon-Collazo, J., The right to life in international law, edited by BG Ramcharan, Dordrecht, Boston, Lancaster, Martinus Nijhoff, 1985, p.33-41
- Assisted suicide under the European Convention on Human Rights; a critique, Morris Dan, European human rights law review, Issue 1 (2003), p. 65-91
- B. Dunér, H. Geurtsen, “The Death Penalty and War”, International Journal of Human Rights, Vol. 6/4 (зима 2002.), Routledge, стр.18.
- Joseph, S., Denouement of the deaths on the rock :The right to life of terrorists, The Netherlands Quarterly of Human Rights, v. 14, no.1, p.5-22, 1996
- Encyclical letter Evangelium Vitae addressed by the Supreme pontiff John Paul II to the bishops, priests and deacons men and women religious lay faithful and all people of good will on the value and inviolability of human life, Jean Paul II, Vatican; Libreria ed. Vaticana, 1995
- J. Keown, “European Court of Human Rights: death in Strasbourg – assisted suicide, the Pretty case and the European Convention of Human Rights, International journal of constitutional law, vol 1, no. 4, October 2004
- Garrett Hardin, The Tragedy of the Commons, *Science*, Vol. 162, No. 3859, December 1968
- Human rights in the teaching of the Church: from John XXIII to John Paul II ; collection of texts of the Magisterium of the Catholic Church from « Mater et Magistrae » to « Centesimus Annus » (1691-1991), Filbeck, Giorgio, Vatican City, Libreria Editrice Vaticana, 1994
- Shelton, D., International law on protection of the foetus, Abortion and protection of the human foetus : legal problems in a cross cultural perspective, edited by George F. Come and Stanislaw Frankowski, Dordrecht, Boston, Lancaseter, Nijhoff, 1987, p. 1-13

- Crawshaw, R ,International standards on the right to life and the use of force by police, International Journal of Human Rights, vol. 3, No. 4, p 67-91, London, Franck Cass, 1999
- Sanderson, M.A, Pretty v. United Kingdom, App : No. 2346/02, American journal of international law, Vol. 96, No. 4, Oct. 2002, p.943-949
- The case-law of the European Court on Human Rights as regards the right to life and the prohibition against torture and forced labour: articles 2, 3 and 4 of the Convention, Danelius, H ; Salvia ; M. de (ed.) :The birth of European human rights law; liber amicorum Carl Aage Norgaard Bd. 20, p.53-59, Baden-Baden, Nomos, 1998
- Ramcharan, B.G., The drafting history of Article 2 of the European Convention on Human Rights, ., Dordrecht ; Boston ; Lancaster ;; Martinus Nijhoff, 1985, p. 57-61
- Ni Aolain, Fionnuala; The evolving jurisprudence of the European Convention concerning the right to life, The Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 19, No.1 (March 2001), p. 21-22
- Rummel, J. Mahoney, Paul (e.) : Metscher ; Franz (ed. ; Petzold, Herbert (ed.) ; Wildhaber, Luzius (ed.) The legal positions on euthanasia in the Netherlands in the light of Article 2 of the ECHR, Protection des droits de l’homme ; la perspective européenne, melanges à la mémoire de Rolv Rysdal Kol, ; Berlin ; Bonn ; Munchen, Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 1157-1171
- Ramcharan, B.G. (ed.), “The right to life in international law”, Dordrecht, Boston-Lancaster, Martinus Nijhoff, 1985
- Amarasekara, K., The vacuosness of right in the euthanasia debate, International journal of human rights, Vol. 6, No. 1 (Spring 2002), p.19-44
- Ni Aolain, F., Truth telling, accountability and the right to life in Northern Ireland, European Human Rights law review, issue 5 (2002), p.572-590
- Nugent, J., „Walking into the sea of legal fiction : an examination of the European Court of Human Rights, Pretty v. United Kingdom, and the universal right to die”; Journal of transnational law and policy, vol. 013 (no.1), Fall 2003, p.183-21
- Doswald-Beck, L., Sylvain, V., International Humanitarian Law and the Human Rights Law, International Review of the Red Cross, Geneva, March-April 1993, N° 293, ctp. 94-119
- Milanović, M., “State Responsibility for Genocide”, 17 European Journal of International Law 533, 2006
- Milanović, M., Papić, T, “As Bad as Its Gets: The European Court’s Behrami and

- Saramati Decision and the Law of International Responsibility,” 58 International and Comparative Law Quarterly 267, 2009
- Nowak, M., “The Activities of the UN Human Rights Committee from 1 August 1992 through 31 July 1995”, 16 Human Rights Law Journal 377, 1995
 - M. L. Radelet and T. L. Lacock, “Recent developments: Do executions lower homicide rates? The views of leading Criminologists,” 99 Journal of Criminal Law and Criminology 489 Northwestern University School of Law, 2009
 - M. L. Radelet and R. L. Akers, „Deterrence and the Death Penalty: The Views of the Experts”, 87 J. Criminal Law and Criminology 1, 10/1996
 - M. L. Radelet and T. Lacock, „The Views of Leading Criminologists,” Journal of Criminal Law and Criminology, 99/2009., стр. 489-508
 - R. Berk. “New Claims About Executions and General Deterrence: Déjà Vu All over Again?”, Journal of empirical legal studies, 2005, стр. 303
 - J. Fagan, “Death and Deterrence Redux: Science, Law and Causal Reasoning on Capital Punishment,” 4 Ohio State Journal of Criminal Law, 2006, стр. 255
 - J. M. Gher and C. Zampas, “Abortion as a Human Right : International and Regional Standards,” 2008, 8 Human Rights Law Review, стр. 249
 - R. Cook and B. Dickens, “Human Rights Dynamic of Abortion Law Reform,” 2003, Human Rights Quarterly 1, стр. 25
 - N. Priaulx, “Testing the Margin of Appreciation: Therapeutic Abortion, Reproductive “Rights” and the intriguing case of Tysiac v. Poland,” 15 European Journal of Human Rights, 2008, стр. 361
 - A.Plomer, “A Foetal Right to Life? The Case of Vo v. France,” 5 Human Rights Law Review, 2005, стр. 311
 - J. Cornides, “Human Rights Pitted Against Man,” 12 International Journal of Human Rights, 107, 2008, стр. 115-121
 - И. Радачић, „Gender Equality Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, The European Journal of International Law, vol 19, no. 4, 2008, стр. 856-7
 - M. Dembour and M. Krzyzanowska-Mierzewska „Ten years on the voluminous and interesting Polish case law" European Human Rights Law Review, (2004) 5, стр. 528-9 и 543
 - R. Lawson, „The Irish Abortion Cases: European Limits to National Sovereignty?”, European Journal of Human Rights, 1994 1, 167, стр. 177-80

- J.D. Arras: "The right to die on the slippery slope", *Social Theory and Practice* 8, 1982, strp. 285-328
- Verhagen, AA.; Sol, JJ.; Brouwer, OF.; Sauer, PJ.: "Deliberate termination of life in newborns in The Netherlands; review of all 22 reported cases between 1997 and 2004", (2005), *Ned Tijdschr Geneesk* 149 (4) ,strp. 183–8
- Beauchamp T., „ A reply to Rachels on active and passive euthanasia,” Beauchamp T, Perlin S, eds. "Ethical issues in death and dying", Prentice-Hall, New Jersey, 1978, strp. 253
- S. Livingstone, „Article 14 and the Prevention of Discrimination in the European Convention on Human Rights,” *European Human Rights Law Review*, 25
- Giacino and Kalmar „Diagnostic and prognostic guidelines for the vegetative and minimally conscious states, *Neuropsychological Rehabilitation* 15(3/4), 2005, strp. 166-174
- Giacino et al, "The minimally conscious state: definition and diagnostic criteria", *Neurology*, 68, 2002., strp. 304-307
- H. Jochemsen and J. Keown, „Voluntary euthanasia under control? The latest empirical evidence on euthanasia in The Netherlands, Lindeboom Institute for Medical Ethics, The Netherlands” and University of Cambridge, respectively; *Journal of Medical Ethics* ;25(1), 1999 strp. 16-21
- H. Jochemsen, „Euthanasie, Lecon des Pays-Bas: la regulation est-elle operante?“, *Laennec*, 48(6), October 2000, strp. 7
- J.E.S. Fawcett, "The Application of the European Convention on Human Rights" (2nd ed.), Oxford Clarendon Press, 1987, strp. 211
- L.G. Loucaides, „ Personality and Privacy Under the European Convention on Human Rights”, (1990), *61 Yearbook of International Law*, strp. 175
- J. Hedigan, "The European Convention on Human Rights and Counter-Terrorism", *Fordham, international Law Journal*, Vol 28, strp.392
- V. Nesiah, "Overcoming tensions between family and judicial procedures", *International Review of the Red Cross*, Geneva, strp. 824–826
- M. Crettol and A.-M. La Rosa, „The missing and transitional justice: the right to know and the fight against impunity", *International Review of the Red Cross*, Volume 88, Number 862, June 2006
- S. Bourgon, "Journal of International Criminal Justice", 1, Oxford University Press, 2003,

стр. 252

- J. Callewaert, “Is there a margin of appreciation in the application of Articles 2, 3 and 4 of the Convention?”, Human Rights Law Journal, vol. 19, no. 1, 1998., стр. 6-9
- R. Hardcastle and A. Chua, „Victims of Natural Disasters : The right to Receive Humanitarian Assistance”, The International Journal of Human Rights, vol.1, No. 4 (Winter 1997), стр. 35-49
- F. Palermitti and I. Grandgerard – Rance, “ Rights of persons at the end of life in European Laws: what consideration for people with progressive cognitive decline?”, y “Supporting and caring for people with Dementia throughout End of Life”, Les Cahiers de la Fondation Mederic Alzheimer
- H. Kadish: “Respect for Life and Regard for Rights in Criminal Law“, California Law Review, July 1976, Vol. 64, No. 4, стр. 871-901
- M. Groenhuijsen, “Euthanasia and the Criminal Justice System”, vol. 11.3, Electronic journal of comparative law, December 2007, <http://www.ejcl.org/113/article113-33.pdf>
- M. Freeman, „Denying Death its Dominion: Thoughts on the Dianne Pretty Case”, 10 Medical Law Review, 2002, стр. 245
- A.C. Grayling, „A Good Death,” Guardian (Saturday Review), 27 October, 2001
- Lord Irvine of Lairg:”Activism and Restraint: Human Rights and the Interpretive Process,” European Human Rights Law Review 350, 1999, 354-55
- D. L. Johnson, “The International Tribunal for Rwanda“, International Review of Penal Law, 1-2/1996, Eres, Toulouse, стр. 211-233
- Saul Lehrfreund, “International Legal Trends and the Mandatory Death Penalty in the Commonwealth Caribbean”, Oxford University Commonwealth Law Journal, 2001, стр. 171 – 194
- Kate, Cook, “Environmental Rights as Human Rights,” Sweet & Maxwell LTD 2002
- Jane, McAdam, UNHCR, “Climate Change Displacement and International Law: Complementary Protection Standards,” University of New South Wales, May 2011

Чланци на француском језику

- Al-Midani, M.A., “Les droits de l’homme et islam”, Universite de Strasbourg, 2010
- Rigaux, F., Conseil d’Etat, 2 juillet 2001 : Avis sur les propositions de loi relative à l’euthanasie et aux soins palliatifs : Observations L’avis du Conseil d’Etat belge sur la dépenalisation de l’euthanasie et le droit aux soins palliatifs, Revue trimestrielle des

- droits de l'homme, 12e année, no. 45, (janvier 2001), p. 259-285
- Reiter-Korkmaz, A., Cour européenne des droits de l'homme, 9 octobre 1997 (Andronicou et Constantinou c. Chypre) : usage de la force meurtrière lors d'une opération de sauvetage d'une jeune fille kidnappée, Revue trimestrielle des droits de l'homme, vol .10, no. 39, 1999, p. 541-573
 - Rosenberg D., Enfin...le juge européen sanctionne les violations du principe de non-discrimination raciale en relation avec le droit à la vie (arrêt Nachova et autres c. Bulgarie du 26 février 2004), Revue trimestrielle des droits de l'homme, 16e année, no 61, p.171-201
 - Mock, Habspetter, Euthanasie et suicide assisté en Suisse-état des lieux et perspectives, Revue trimestrielle des droits de l'homme, 15e année, no. 57, (janvier 2004), p. 51-60
 - Klein, P, "Responsabilité pour les faits commis dans le cadre d'opérations de paix et étendue du pouvoir de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme: quelques considérations critiques sur l'arrêt Behrami et Saramati," 53 Annuaire Français de Droit International 43, 2007
 - Girault, C., La Cour EDH ne reconnaît pas l'existence d'un droit à la mort, , La semaine juridique, édition générale, no. 15-16 (9 avril 2003) p. 676-682
 - Tran, H. ,La législation grecque relative à l'usage de la force meurtrière par la police qualifiée d'obsoleète et incomplète, Makaratzis c. Grèce, 20 décembre 2004, Europe des libertés, 4e année, no. 16 (juin 2005), p. 20
 - Laurent, C., Oneryildiz c. la Turquie (Cour européenne des droits de l'homme, anc. 1ère section, 18 juin 2002),: observation, , Revue trimestrielle des droits de l'homme, 14e année, no. 53, (janvier 2004), p. 261-297
 - Reiter-Korkmaz, A, „McCann et autres c. Le Royaume Uni", Revue trimestrielle des droits de l'homme, 1996., стр. 264
 - Dejeante-Pons, M., "Le droit de l' homme a l'environnement et la CEDH", Melanges M.A. Eissen, ed. Bruylant, 1995, стр. 79
 - Marguenaud, J. P., "Inventaire raisonne des arrêts de la Cour europeenne des droits de l'homme relatifs a l'environnement," Revue europeenne de droit de l'environnement, 1/1998, стр. 5-19

Међународни уговори

- Европска конвенција о људским правима и основним слободама (1950), Сл.лист

СЦГ - Међународни уговори, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 (испр.)

- Конвенција о спречавању и кажњавању злочина геноцида (1948), Сл.весник Президијума Народне скупштине ФНРЈ бр. 2/5
- Међународни пакт о грађанским и политичким правима, (1966), Сл.лист СФРЈ (Међународни уговори) бр. 7/7

Биографија

Едо Корљан је рођен у Београду 1961. године, где је завршио основну и средњу школу. Дипломирао је на Правном факултету у Београду 1986. године са просечном оценом 8,16 и магистрирао са одликом 2006. године са темом „Европски правни стандарди за спречавање мучења од стране полиције“.

Корљан има богато професионално искуство. У периоду од 1986-1992. године, радио је у Управи за странце ССУП-а на признавању избегличког статуса. 1992. године одлази у Камбоџу и у Уједињенима нацијама ради на побољшању пасошке, царинске и безбедносне контроле на међународном аеродрому у Пном Пену.

Из Камбоџе одлази за Јерусалим, где до 1996. године ради у Агенцији Уједињених нација за палестинске избеглице. Потом одлази у Ирак, у Канцеларију Уједињених нација за координацију хуманитарне помоћи.

Почетком 1998. године долази у Савет Европе, и до 2006. године ради у Европском комитету за спречавање мучења, на посетама установама лишења слободе. Крајем 2006. године, учествује у организовању првих посета тела Уједињених нација за спречавање мучења државама, и писању правилника и упутства за рад.

По повратку у Стразбур 2008. године, секретар је Комитета за правну сарадњу, у оквиру којег је закључено преко 60 конвенција. Последњих пет година је активно укључен у писање правних инструмената о несталим и правно неспособним лицима, о независности судија, и о улози тужилаца ван кривичне области. Тренутно је шеф Одељења за развој јавног и приватног права Савета Европе.

Говори и пише енглески и француски језик. Објавио је научне радове, есеје и коментаре у „Југословенској ревији за међународно право“, „Хроници међународног удружења судија породичног права“, Зборнику Европске комисије за избеглице, у листовима „Данас“ и „Политика“.

Организатор је, учесник и говорник на многим међународним конференцијама и скуповима. Држао је предавања на неколико правних факултета на простору бивше Југославије, на Полицијској академији у Београду, на међународним универзитетима Шилер и Сиракјуз у Стразбуру. Има звање вишег научног истраживача на Женевској школи за дипломатију и међународне односе.

Прилог 1.

ИЗЈАВА О АУТОРСТВУ

Потписани-а Едо Р. Корљан

број индекса _____

Изјављујем

да је докторска дисертација под насловом

Европска конвенција о људским правима и право на живот

- резултат сопственог истраживачког рада,
- да предложена дисертација у целини ни у деловима није била предложена за добијање било које дипломе према студијским програмима других високошколских установа,
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио интелектуалну својину других лица.

Потпис докторанда

У Београду, 8. јуна 2012

Едо Р. Корљан с.р.

Прилог 2.

**ИЗЈАВА О ИСТОВЕТНОСТИ ШТАМПАНЕ И ЕЛЕКТРОНСКЕ ВЕРЗИЈЕ
ДОКТОРСКОГ РАДА**

Име и презиме аутора Едо Р. Корљан

Број индекса _____

Студијски програм _____

Наслов рада Европска конвенција о људским правима и право на живот

Ментор проф.др. Зоран Стојановић

Потписан Едо.Р.Корљан

Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла за објављивање на порталу **Дигиталног репозиторијума Универзитета у Београду**.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског звања доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

Потпис докторанда

У Београду, 8. јуна 2012

Едо Р.Корљан с.р.

Прилог 3.

ИЗЈАВА О КОРИШЋЕЊУ

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

Европска конвенција о људским правима и право на живот

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију похрањену у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио.

1. Ауторство
2. Ауторство - некомерцијално
3. Ауторство – некомерцијално – без прераде
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима
5. Ауторство – без прераде
6. Ауторство – делити под истим условима

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци, кратак опис лиценци дат је на полеђини листа).

Потпис докторанда

У Београду, 8. јуна 2012

Едо Р. Корљан с.р.

1. Ауторство - Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце, чак и у комерцијалне сврхе. Ово је најслободнија од свих лиценци.
2. Ауторство – некомерцијално. Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела.
3. Ауторство - некомерцијално – без прераде. Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела. У односу на све остале лиценце, овом лиценцом се ограничава највећи обим права коришћења дела.
4. Ауторство - некомерцијално – делити под истим условима. Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада.
5. Ауторство – без прераде. Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела.
6. Ауторство - делити под истим условима. Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада. Слична је софтверским лиценцама, односно лиценцама отвореног кода.