

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

МИЛОШ Ј. БОШКОВИЋ

**ПРИМЈЕНА ДОКТРИНЕ ПОЉА
СЛОБОДНЕ ОЦЈЕНЕ У ПРАКСИ
ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА**

докторска дисертација

Београд, 2016

UNIVERSITY OF BELGRADE

FACULTY OF LAW

MILOŠ J. BOŠKOVIĆ

**APPLICATION OF THE MARGIN OF
APPRECIATION DOCTRINE IN THE
JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN
COURT OF HUMAN RIGHTS**

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2016

Подаци о ментору и члановима комисије

Ментор:

Др Миленко Крећа
редовни професор Правног Факултета Универзитета у Београду, у пензији

Чланови комисије:

Др Саша Бован
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Др Бранко Ракић
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Др Ивана Крстић
Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Др Александар Гајић
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

Датум одбране:

ПРИМЈЕНА ДОКТРИНЕ ПОЉА СЛОБОДНЕ ОЦЈЕНЕ У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

РЕЗИМЕ

Докторска дисертација има за предмет анализу развоја, природе, садржине, параметара и даље перспективе доктрине поља слободне оцјене, превасходно кроз дескриптивно-аналитичко истраживање праксе Европског суда за људска права (Суд). Основни циљ овог истраживања је продубити разумијевање овог концепта, који у српској међународноправној науци није на свеобухватан начин обрађен.

Поље слободне оцјене представља једну од најважнијих доктрина тумачења у јуриспруденцији Суда. Државе уговорнице Европске конвенције о људским правима (Конвенција) имају одређену слободу у начину на који ће примјењивати обавезе из Конвенције. Ова слобода се назива поље слободне оцјене (енг. *margin of appreciation*). Полазиште овог истраживања је чињеница да су државе уговорнице Конвенције изразито хетерогене и да је зато било потребно успоставити *sui generis* систем заштите људских права који би балансирао сувереност држава са њиховим обавезама према Конвенцији. Суд је у том смислу у више наврата наглашавао да је „машинерија успостављена Конвенцијом супсидијарна националним системима за заштиту људских права“. Истраживање покушава да смјести доктрину у контекст карактеристичних пракси тумачења Суда и то из перспективе супростављености идеологија пасивног и активног тумачења Конвенције. Начела аутономног, еволутивног и дјелотворног тумачења Конвенције имају изузетно важну улогу приликом утврђивања домашаја примјене доктрине. Поље слободне оцјене се посебно разматра у случајевима који укључују сразмјерност ограничења квалификованих права (чланови 8-11) као и у осталим случајевима када се одмјерава важност права или оправдава њихово ограничење.

Доктрина, настала крајем педесетих година прошлог вијека, води поријекло из традиције контроле законитости управних аката у европским континенталним правним системима. Суд је наприје примјенио доктрину у контексту члана 15, да би данас нашла широку примјену у односу на већину материјалних одредби Конвенције. У дисертацији су илустровани бројни покушаји изналагања дефиниције појма поља слободне оцјене у правној теорији и филозофији. Међутим, сваки од ових покушаја, у најбољем случају, пружа само дјелимично и апстрактно објашњење доктрине.

Како поље слободне оцјене није подложно прецизној дефиницији, његов домашај се једино може одредити испитивањем праксе Суда и у контексту конкретног случаја. Из тог разлога је централни дио дисертације управо посвећен анализи примјене доктрине у односу на релевантне материјалне одредбе Конвенције. Генерално се може закључити да јуриспруденција Стразбура указује да националне власти уживају широку дискрецију у областима по којима постоје значајне разлике међу државама уговорницама. Са друге стране, у областима у којима постоји „европски консензус“ међу државама уговорницама поље слободне оцјене ће вјероватно бити уже. Постојање и опсег поља слободне оцјене ће поред „европског консензуса“ зависити од неколико фактора међу којима је истраживање издвојило природу одређеног права или слободе, тежину интервенције, природу обавезе државе, природу циља који се жели постићи оспореном радњом државе, историјске околности и општи политички контекст, квалитет органа и поступка и рањивост појединца или групе. Међутим ниједан од наведених фактора није одлучујући већ тежина сваког појединачно зависи од њиховог узајамног дејства.

Када је ријеч о примјени доктрине према државама које су твориле некадашњу Југославију (са изузетком Словеније), истраживање је утврдило да постоји тренд сужавања дискреције ових држава без обзира на то што је Суд декларативно узимао у обзир како *специфичан контекст* распада Југославије тако и *транзиционе тешкоће* које су ове државе имале из прелаза из једно у друго економско уређење.

Од свих концепата Конвенције, доктрина поља слободне оцјене је испровоцирала можда и највише коментара теоретичара. Спорења су углавном концентрисана око питања да ли примјена доктрине угрожава универзалност људских права или омогућава културни диверзитет. У сваком случају постоји тренд сужавања поља слободне оцјене између осталог и због све мањег јаза међу државама уговорницама по многим аспектима људских права. Такав тренд је кодификован изричитим уношењем поља слободне оцјене у текст Преамбуле Конвенције путем Протокола бр. 15 уз Конвенцију.

У закључку дисертација уочава да доктрина поља слободне оцјене није радикални правни изум већ представља интерпретативну технику коју у својој пракси користи Суд приликом успостављања „правичног баланса“ између различитих супростављених права и интереса. Без обзира на критике и оспоравања легитимности њене примјене, поље слободне оцјене је постало неизбежно средство које суд у Стразбуру користи приликом тумачења Конвенције.

Кључне ријечи: поље слободне оцјене, Европска конвенција о људским правима, Европски суд за људска права, јуриспруденција, супсидијарност, начела тумачења, пропорционалност, постјугословенске државе

Научна област: **право**

Ужа научна област: **међународно јавно право**

УДК број: **341.231.14(4-672EU)**

APPLICATION OF THE MARGIN OF APPRECIATION DOCTRINE IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

SUMMARY

The research subject of the doctoral dissertation is the analysis of development, nature, content, parameters, and further prospective of the margin of appreciation doctrine primarily through descriptive-analytical research of the case law of the European Court of Human Rights (the Court). The principal objective of the research is to deepen understanding of this concept given that it has not received a comprehensive attention by the Serbian science of international public law.

The margin of appreciation represents one of the most important interpretative doctrines in the jurisprudence of the Court. The contracting parties to the European Convention on Human Rights (the Convention) enjoy a degree of latitude in respect of the manner in which they discharge their obligations under the Convention. The term *margin of appreciation* is used to describe this latitude. The starting point of the research is the fact that there is an extreme heterogeneity among the contracting parties to the Convention which requires establishment of a *sui generis* system for the protection of human rights that would balance the sovereignty with their obligations under the Convention. On that account, the Court has repeatedly pointed out that “the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights“. The research endeavours to consider the doctrine in the context of distinctive practices of interpretation developed by the Court from the perspective of conflict between the ideologies of passive and active interpretation of the Convention. The principles of autonomous, evolutive, and effective interpretation of the Convention have an important role in determining the scope of the doctrine application. The margin of appreciation will be particularly considered in cases involving the proportionality of interferences with qualified rights (Articles 8-11) as well as in other cases where rights have to be balanced or interferences justified.

The doctrine, inaugurated in the end of 1950s, originates from the tradition of review of administrative acts` s legality practiced in the continental legal systems. The very first time the Court used the doctrine is within the context of the Article 15 whereas today it widely applies to the most of the substantive provisions of the Convention. The dissertation illustrates numerous attempts in legal theory and philosophy to define the notion of margin of appreciation. However, all these attempts provide at best only partial and inconclusive explanation of the doctrine.

Given that the margin of appreciation is not susceptible of precise definition its remits can only be determined by examining the case law of the Court as well as within the context of the concrete case. Thus, the analysis of the application of the doctrine pertaining to the relevant substantive provisions of the Convention has come to occupy a central position in the dissertation. The conclusion is that the Strasbourg` s jurisprudence evidences in general that national authorities enjoy a wide margin of discretion in areas which are likely to differ considerably among the contracting states. On the other hand, in areas where there is "European consensus" between the contracting states, it follows that the margin of appreciation would likely be narrower. In addition to the "European consensus", the existence and the scope of the margin of appreciation will depend on several factors some of which are pinpointed by this study such as nature of the right or freedom concerned, gravity of the state intervention, nature of the state` s duties, the nature of the aim pursued by the contested restriction, historical circumstances and general political context, the quality of the decision making organs and procedure, and vulnerability of an individual or of a group. However, none of the said factor is decisive *per se* but their weight depends upon their mutual interaction.

With regard to the doctrine application in relation to the countries which constituted former Yugoslavia (with the exception of Slovenia), the study argues that there is a tendency of narrowing of discretion regardless of the fact that the Court has been rhetorically taking into account both the *specific context* of dissolution of Yugoslavia and the *transition*

hardships which those state have experienced when moving from one economic system to another one.

The margin of appreciation doctrine provoked seemingly the uppermost comments among scholars in comparison to all other concepts of the Convention. Theoretical controversies are centred around the question whether the doctrine endangers the universality of human rights or it rather entails cultural diversity. Nevertheless, there is a tendency of narrowing margin of appreciation *inter alia* due to shrinking gap between the contracting parties in many respects of human rights. This trend has been codified in the Protocol No. 15 to the Convention by explicit reference to the margin of appreciation in the Preamble of the Convention.

In conclusion, the dissertation asserts that the margin of appreciation doctrine is not a radical legal invention yet it acts as an interpretative technique used by the Court in its case law in striking a “fair balance” between the various conflicting rights and interests. Regardless of the critics and theoretical disputes over its legitimacy, the margin of appreciation has become a well-established tool the Strasbourg court uses in interpreting the Convention.

Key words: margin of appreciation, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, jurisprudence, subsidiarity, interpretation principles, proportionality, post-Yugoslav countries

Scientific field: **law**

Specific scientific field: **international public law**

UNC number: **341.231.14(4-672EU)**

САДРЖАЈ

УВОД.....	1
-----------	---

ДИО ПРВИ

Глава прва

1. ЕВРОПСКИ СИСТЕМ ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА УСПОСТАВЉЕН ЕВРОПСКОМ КОНВЕНЦИЈОМ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА

1.1. Кратак осврт на систем Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода	5
1.2. Контекст примјене Конвенције	8
1.3. Правна природа Конвенције као међународно-правног инструмента.....	12
1.4. Надзор над поштовањем обавеза из Конвенције.....	15
1.4.1. Контрола примјене Конвенције прије ступања на снагу Протокола бр. 11	16
1.4.2. Контрола примјене Конвенције након ступања на снагу Протокола бр. 11	18
1.4.2.1. Улога Суда у реформисаном систему Конвенције и природа његовог поступања.....	19
1.5. Начело супсидијарности	24

ДИО ДРУГИ

Глава друга

2. НАЧЕЛА ТУМАЧЕЊА КОЈА ЈЕ РАЗВИО ЕВРОПСКИ СУД ЗА ЉУДСКА ПРАВА

2.1. Тумачење Конвенције и улога Бечке конвенције о праву међународних уговора	32
2.2. Аутономно тумачење Конвенције и аутономни појмови	40
2.3. Еволутивно тумачење.....	47
2.3.1. Еволутивно тумачење и анализа „европског консензуса“	54
2.4. Начело дјелотворности.....	66

Глава трећа

3. НАЧЕЛО ПРОПОРЦИОНАЛНОСТИ

3.1. Појам начела пропорционалности.....	71
3.1.1. Легалност ограничења	77
3.1.2. Легитимност ограничења	80
3.1.3. Нужност ограничења	85
3.1.3.1 Неопходно у демократском друштву	86
3.1.3.2.Нужност ограничења осталих одредби Конвенције	90
3.2. Фактори који утичу на начело пропорционалности	95

ДИО ТРЕЋИ

Глава четврта

4. НАСТАНАК, РАЗВОЈ И ЗНАЧЕЊЕ ДОКТРИНЕ ПОЉА СЛОБОДНЕ ОЦЈЕНЕ

4.1. Назив и дефиниција доктрине	105
4.2. Настанак и развој доктрине	110

4.2.1. Поријекло доктрине „поља слободне оцјене“ у контексту националних држава	111
4.2.2. Настанак и развој доктрине у контексту Конвенције.....	112
4.3. Доктринарни ставови	120
4.4. Однос поља слободне оцјене са осталим начелима тумачења Конвенције	125
4.4.1. Однос поља слободне оцјене и начела супсидијарности.....	126
4.4.2. Однос поља слободне оцјене и начела пропорционалности	128
4.4.3. Однос поља слободне оцјене и начела аутономног и еволутивног тумачења	130

Глава пета

5. ДОКТРИНА ПОЉА СЛОБОДНЕ ОЦЈЕНЕ У ЈУРИСПРУДЕНЦИЈИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

5.1. Поље слободне оцјене и апсолутна права гарантована Конвенцијом	132
5.1.1. Поље слободне оцјене и право на живот	135
5.1.2. Поље слободне оцјене и забрана мучења	139
5.2. Примјена доктрине поља слободне оцјене у односу на чланове 5 и 6 Конвенције.....	143
5.2.1. Примјена доктрине поља слободне оцјене у односу на члан 5	144
5.2.2. Примјена доктрине поља слободне оцјене у односу на члан 6	149
5.3. Примјена доктрине поља слободне оцјене у односу на чланове 8, 9, 10 и 11 Конвенције.....	153
5.3.1. Примјена доктрине поља слободне оцјене у односу на члан 8 Конвенције ...	155
5.3.1.1. Генерални приступ члану 8.....	156
5.3.1.2. Заштита психичког и психолошког интегритета.....	159
5.3.1.3. Заштита података о личности.....	163
5.3.1.4. Друштвени и полни идентитет	169
5.3.1.5. Здрава животна средина и питања радних односа.....	172

5.3.1.6. Брига о малољетницима	176
5.3.1.7. Контрола имиграције и питања протјеривања странаца	180
5.3.1.8. Право на поштовање дома	182
5.3.1.9. Лица лишена слободе	183
5.3.2. Примјена доктрине поља слободне оцјене у односу на члан 9	186
5.3.2.1. Испољавање вјерских убјеђења у различитим контекстима	188
5.3.3. Примјена доктрине поља слободне оцјене у односу на члан 10	195
5.3.3.1. Заштита друштвеног морала	199
5.3.3.2. Заштита националне безбиједности	204
5.3.3.3. Говор мржње	209
5.3.3.4. Углед и права других	216
5.3.3.4.1. Односи између приватних особа и осталих не-државних актера	217
5.3.3.4.2. Заштита угледа и ауторитета државних органа и судства	222
5.3.3.4.3. Политички говор	228
5.3.3.5. Остали облици изражавања	235
5.3.4. Примјена доктрине поља слободне оцјене у односу на члан 11	238
5.3.4.1. Слобода политичког удруживања	239
5.3.4.2. Синдикално удруживање	244
5.3.4.3. Слобода мирног окупљања	247
5.4. Примјена доктрине поља слободне оцјене у односу на члан 14 Конвенције	248
5.4.1. Генерални приступ члану 14	248
5.4.2. Дискриминација на основу пола	252
5.4.3. Дискриминација по основу друштвеног поријекла, рођења или имовине	254
5.4.4. Дискриминација по основу расе или етничке припадности	256
5.4.5. Дискриминација по основу вјерског увјерења	257
5.4.6. Дискриминација по основу држављанства или националног поријекла	258
5.4.7. Дискриминација по основу „других околности“	261
5.5. Примјена доктрине поља слободне оцјене у односу на члан 15 Конвенције	264
5.5.1. Генерални приступ члану 15 Конвенције	264
5.5.2. Постојање јавне опасности која пријети животу нације	266

5.5.3. Пропорционалност мјера предузетих „у најнужнијој мјери коју изискује хитност ситуације“	271
5.6. Примјена доктрине поља слободне оцјене у односу на члан 1 Протокола бр. 1 Конвенције	276
5.6.1. Генерални приступ члану 1 Протокола бр. 1	277
5.6.2. Неометано уживање имовине	280
5.6.3. Одузимање имовине	281
5.6.4. Контрола коришћења имовине	285
5.7. Примјена доктрине поља слободне оцјене у односу на остале чланове Конвенције	286
5.7.1. Доктрина поља слободне оцјене и члан 2 Протокола бр. 1	287
5.7.2. Доктрина поља слободне оцјене и члан 3 Протокола бр. 1	290

ДИО ЧЕТВРТИ

Глава шеста

6. ПРИМЈЕНА ДОКТРИНЕ ПОЉА СЛОБОДНЕ ОЦЈЕНЕ У ОДНОСУ НА ПРАКСУ ЕВРОПСКОГ СУДА У ПРЕДМЕТИМА ПРОТИВ СРБИЈЕ, ХРВАТСКЕ, БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ МАКЕДОНИЈЕ И ЦРНЕ ГОРЕ

6.1. Околности проширења Савјета Европе након пада берлинског зида и измијењена улога Суда	295
6.2. Контекст приступања постјугословенских држава Савјету Европе	302
6.3. Поље слободне оцјене у предметима против Србије, Хрватске, Босне и Херцеговине Македоније и Црне Горе	305
6.3.1. Поље слободне оцјене и права и слободе која су од значаја за демократију и владавину права у постјугословенским државама	311
6.3.1.1. Право на правично суђење	311
6.3.1.2. Право на лични и породични живот	312

6.3.1.3. Слобода изражавања.....	315
6.3.1.4. Принцип недискриминације.....	318
6.3.2. Поље слободне оцјене и право на имовину у постјугословенским државама	325
6.3.2.1. Реституција и експропријација	326
6.3.2.2. Станарско право	331
6.3.2.3. Пензије.....	335
6.3.2.4. Девизна штедња.....	337
6.3.3. Поље слободне оцјене и остала права и слободе у постјугословенским државама	341

ДИО ПЕТИ

Глава седма

7. КРИТИЧКИ ОСВРТ НА ПРИМЈЕНУ ДОКТРИНЕ ПОЉА СЛОБОДНЕ ОЦЈЕНЕ

7.1. Критика доктрине	345
7.1.1. Неодређеност, некохерентност и непринципијелност примјене доктрине	347
7.1.2. Питања легитимности и примјена доктрине.....	351
7.1.3. Опасност по универзалност људских права.....	353
7.2. Афирмативна гледишта на доктрину поља слободне оцјене и оправдања њеног постојања.....	356
7.2.1. Доктрина поља слободне оцјене као средство тумачења	356
7.2.2. Доктрина поља слободне оцјене као израз начела супсидијарности	359
7.2.3. Компензација демократског дефицита	361
7.2.4. Очување плурализма у Европи	362
7.3. Протокол бр. 15 уз Конвенцију	365

ДИО ШЕСТИ

Глава осма

8. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

8.1. Европски систем заштите људских права и доктрина поља слободне оцјене	370
8.2. Значење и природа доктрине	373
8.3. Фактори који утичу на поље слободне оцјене	376
8.4. Поље слободне оцјене у односу на постјугословенске државе.....	383
8.5. Значај и перспектива доктрине	385
БИБЛИОГРАФИЈА	389

УВОД

Од ступања на снагу 1953. године, апарат заштите људских права успостављен Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: Конвенција) постао је нејсвеобухватнији систем заштите људских права на свијету.

Да би овај систем функционисао у европском контексту, органи у Стразбуру су развили одређена начела тумачења Конвенције како би се помирила универзалност људских права и разноликост друштвених, политичких и правних традиција држава чланица Савјета Европе. Једно од таквих начела је и поље слободне оцјене, које се у литератури често назива доктрином. Стога је за разумијевање доктрине било неопходно изложити основне аспекте судске контроле примјене Конвенције и основна начела тумачења Конвенције која Европски суд за људска права (у даљем тексту: Суд) користи у својој пракси.

Доктрина поља слободне оцјене се у основи може описати као метод тумачења на основу којег Суд одлучује о ширини сопствене јурисдикције, а тиме и о ширини овлашћења која ће бити остављена националним властима за дефинисање, тумачење и примјену основних људских права и слобода која гарантује Конвенција. Једноставно објашњење доктрине јесте да она поставља границу између људских права и суверености држава и да има за циљ да помири међународну заштиту људских права и националне интересе и разлике. Доктрина је такође израз пасивистичког поступања Суда, на супрот аутономном и прогресивном утврђивању и развијању заједничких европских стандарда људских права.

Доктрина није поменута нити у самом тексту нити у *travaux préparatoires* Конвенције већ је настала као продукт праксе поступања органа у Стразбуру. Сам концепт поља слободне оцјене заснива се на поштовању начела супсидијаритета. Наиме, првенствена обавеза заштите људских права припада државама уговорницама, и само

онда када оне не испуне ту обавезу, Суд може да преиспита унутрашњи правни систем да би се пружила заштита. Са друге стране начело пропорционалности настоји да ограничи надлежност држава да се мијешају у права појединца. Доктрина поља слободне оцјене увијек долази у обзир када постоји проблем балансирања интереса појединца и општег интереса те је стога њена примјена уско повезана са начелом пропорционалности.

Како је улога Суда да одреди одговарајуће поље слободне оцјене у односу на сваки случај, доктрина пружа значајну флексибилност у примјени општих стандарда на појединачне ситуације. Зато је важно утврдити критеријуме који одређују ширину поља слободне оцјене. У одређеним ситуацијама оно је веома широко док је некада веома ограничено или уопште не постоји. Питање да ли постоји консензус држава око значења одређеног права, представља највјероватније један од главних критеријума који је Европски суд узимао у обзир приликом одређивања ширине поља слободне оцјене. У принципу, примјена доктрине највише зависи од околности случаја, предмета спора и контекста.

Истраживање релевантне судске праксе омогућава јасно уочавање разлике у ширини поља слободне оцјене и учесталости позивања на доктрину поводом одређених чланова Конвенције. Доктрина је настала у контексту члана 15, да би нашла највећу примјену у односу на чланове 8-11 Конвенције. Касније је примјењивана и у односу на остале материјалне одредбе Конвенције, прије свега код члана 1 Протокола бр. 1. Поље слободне оцјене нема практичну примјену у односу на апсолутна права (чланови 2, 3, 4 и 7 Конвенције), док у односу на чланове 5 и 6, има врло ограничену примјену.

Да би се приближило разумијевање доктрине, био је неопходан пионирски напор да се истражи контекст у којем се поље слободне оцјене дозвољава постјугословенским државама без обзира на релативно скромну јуриспруденцију. У овом контексту предмет анализе биле су одлуке Суда у односу на Србију, Хрватску, Македонију,

Босну и Херцеговину и Црну Гору. Ова група држава је одабрана не само због сличне правне традиције која потиче из бивше заједничке државе, већ и због сличних проблема у заштити људских права које ове државе имају као постконфликтна друштва.

Доктрина је веома оспоравана у литератури. Пољу слободне оцјене се највише замјерало да се ради о методу тумачења без чврсте аналитичке основе, јасноће примјене и конзистентности што би требало да одликује једну правну доктрину. Већина аутора је ипак на становишту да је њена предност у флексибилности примјене, нудећи аргументе засноване на демократији, културној различитости и супсидијарној природи поступања Суда. Представљање доктринарних схватања о пољу слободне оцјене пружило је додатни квалитет разумијевању самог предмета истраживања.

Стручна литература у нашем региону поклонила је мало пажње доктрини поља слободне као кључном концепту заштите људских права у Европи. Тек успут су пружена објашњења о значењу доктрине и то у свега неколико стручних чланака. Овом питању поклоњена је велика пажња у свјетској, прије свега европској правној литератури, посебно у задњој деценији. Углавном се описивао начин на који доктрина функционише у контексту појединих чланова Конвенције. Практичан значај рада усмјерен је на стварање јединствене референце у научној литератури ових простора за разумијевање овог контроверзног концепта. Истовремено, у ситуацији кад се одређеним актом законодавне, судске или извршне власти државе ограничавају права гарантована Конвенцијом, извјесна доза опрезности мора постојати и адекватност таквих ограничавајућих мјера мора се процјењивати и у односу на стандарде које је развио Суд. Следствено томе, ово истраживање није намијењено само академској јавности, него и правним практичарима и доносиоцима одлука.

Предмет истраживања првенствено је захтијевао примјену општег дијалектичког метода и правно – догматског метода. Од суштинске важности је било проучити релевантне пресуде и остале одлуке органа у Стразбуру. Овај приступ је изабран јер се доктрина првенствено развијала кроз судску праксу. Дисертација је настојала да се фокусира на водеће пресуде, као одлуке у којима се не понављају претходна мишљења Суда већ имају одређену додатну вриједност. Важан дио процеса израде дисертације било је и разматрање водеће литературе о предмету истраживања, у облику монографија и чланака. Примјена историјског и компаративног метода била је такође од важности због испитивања еволуције и главних обиљежја доктрине у вишедеценијској пракси Суда. Мултидисциплинарни приступ се наметнуо сам по себи јер доктрина није само правни феномен већ је последица усклађивања различитих социолошких, економских, и генерално, културолошких разлика држава уговорница, које некада доводе до разлике у поштовању људских права.

У односу на овако постављен предмет и метод истраживања, главни циљеви дисертације били су свеобухватан приказ битних карактеристика доктрине поља слободне оцјене и њене улоге у јуриспруденцији Суда, као и фактора који је одређују. Дисертација је покушала дати одговор на кључно питање да ли доктрина угрожава универзалност људских права или се ради о покушају њихове ефикасније примјене. У том правцу су дате опште назнаке тенденције даљег развоја доктрине.

ДИО ПРВИ

Глава прва

1. ЕВРОПСКИ СИСТЕМ ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА УСПОСТАВЉЕН ЕВРОПСКОМ КОНВЕНЦИЈОМ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА

1.1. Кратак осврт на систем Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода

Литература о Европској конвенцији о заштити људских права и основних слобода је веома обимна. Подаци о историјском развоју, организацији, библиографији система људских права дефинисаних Конвенцијом, биће коришћени у мјери у којој то захтјева тема ове дисертације.

Европски континент су изузетно уздрмала два свјетска рата. Након другог свјетског рата било је јасно да се заштита људских права не може више остављати на вољи државама, не само у односу на странце него и односу на сопствене грађане, када је међународна заштита људских права у питању. Кораци су предузети како на универзалном, тако и на регионалном плану.

У децембру 1948. године, Генерална скупштина Организације Уједињених Нација усвојила је чувену *Универзалну декларацију о људским правима* која, на жалост, није представљала правно обавезујући документ. Касније су на универзалном нивоу усвојени и други међународно-правно инструменти као нпр. Конвенција против расне дискриминације или два Пакта УН-а о грађанским и политичким правима и о економским, социјалним и културним правима из 1966. године.¹ Поменути, и остали

¹ У документу свјетске конференције о људским правима одржаној 1993. године говори се о „шест главних међународних уговора о људским правима закљученим под окриљем УН. Поред поменутих

међународни инструменти успостављају механизам контроле или путем периодичног извјештавања држава према мање или више независним тијелима, или путем ограничене могућности појединаца да подносе петиције о кршењу права. Ова контролна тијела могу изразити своје мишљење и критиковати кршења људских права али немају надлежност да доносе обавезујуће одлуке.² Ово је још увијек најчешћа ситуација на универзалном нивоу.

Уз универзалне инструменте заштите људских права, развили су се и регионални системи људских права, који обично обезбјеђују веће стандарде заштите људских права. Њихова специфичност је управо у томе да су осјетљивији на сваку врсту различитости међу државама и друштвима која их чине. Европски систем људских права најразвијенији је регионални систем и има три слоја: систем Савјета Европе, систем Организације за европску безбедност и сарадњу и систем Европске уније.

У тренутку стварања Савјета Европе, Универзална декларација је представљала једини међународно-правни текст на снази који се односио на људска права. Савјет Европе (у даљем тексту: СЕ) је на тлу западне Европе створио развијен и иновативан систем регионалне заштите људских права. Све европске државе демократског парламентаризма заснованог на плурализму, постале су, или су имале аспирације да постану чланови те организације. Под окриљем СЕ усвојена је 1950. године Европска конвенција о људским правима и основним слободама ступивши на снагу 1953. године. Конвенција, формулисана по угледу на Универзалну декларацију о људским правима,³ не само да је утврдила каталог људских права, него је успоставила и веома компликован систем контроле њихове заштите. У овом смислу, новину је представљало оснивање два органа, Европске комисије за људска права и Европског

Конвенција, следеће конвенције припадају тој групи: Конвенција о елиминацији свих облика дискриминације над женама; Конвенција против мучења и осталих сурових, нехуманих или деградирајућег поступања и кажњавања; и Конвенција о правима дјетета. Видјети: U.N. Doc. A/CONF: 157/TBV/4, 16 June 1993.

² Више о томе у Војин Димитријевић, Милан Пауновић, Владимир Ђерић, *Људска права*-уџбеник, Београд, 1997, стр. 140.

³ Универзалној декларацији је дато почасно мјесто у преамбули Конвенције.

суда за људска права.⁴ Истовремено, Комитет министара СЕ, као политички орган, старао се о примјени пресуда Суда.

Током више од пет деценија примјене, Конвенција је мијењана и допуњавана са 16 протокола, што материјалног што процесног карактера. Први је усвојен 1952. године, а последњи 2013. године. Контролни механизам Конвенције дубље је реформисан 1994. године, усвајањем Протокола бр. 11, који је ступио на снагу 1998. године. Протокол је успоставио пуну судску контролу, према којој је омогућено појединцима да се директно обрате Суду. Протокол је укинуо Европску комисију за људска права али је она наставила са радом до 1999. године, ради окончања текућих поступака. Каснији протоколи су настојали да прилагоде механизам Конвенције, како би се гарантовала дугорочна ефикасност Суда која је све више угрожена масовним приливом предмета.⁵

Достигнућа Конвенције и њеног врховног судског тијела, Европског суда за људска права, нашироко су призната од стране научника, правника, владиних службеника и заступника људских права. Конвенција је током времена проширила свој домен у правосудном, институционалном и географском смислу. Нешто што је представљало споразум између мале групе западноевропских држава у циљу успостављања гаранција фундаменталних грађанских и политичких права путем механизма опционе судске контроле, током времена је прерасло у веома сложен систем, у чијем центру стоји стални суд са обавезном надлежношћу над свим државама уговорницама којем се могу обратити и појединци.⁶ Након приступања држава бившег совјетског блока и држава бивше Југославије, надлежност Суда се данас простире од Азербејџана до Исланда и од Гибралтара до Владивостока, обухватајући 47 држава у којима живи

⁴ Слични органи су касније основани Америчком конвенцијом за људска права.

⁵ Ријеч је о протоколима бр.14 (усвојен 2004. г. а ступио на снагу 2010.г.), бр. 15 и 16 (који су усвојени 2013.г. и још нису ступили на снагу). Тако нпр. Протокол бр. 14 оптимизује пролаз и обраде представки. Протокол предвиђа стварање судских вијећа за једноставне предмете и нови критеријум прихватљивости представки (постојање „значајне штете“ за апликанта) и уводи за судије нови једнократни мандат од девет година. Више о новинама које су увели најновији протоколи видјети на <http://human-rights-convention.org/the-texts/the-convention-in-2010/>

⁶ Henry Steiner, Philip Alston, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, Clarendon Press (1996), p. 571.

преко 800 милиона становника. Није претјеривање ако се каже да је Конвенција и нарастајућа и разнородна судска пракса коју је изњедрила, трансформисала Европу и њен правни и политички миље, квалификујући Суд као најдјелотворнији међународни трибунал за заштиту људских права.⁷

Овај систем је у значајној мјери утицао на праксе држава у односу на људска права. Признање и углед система, посебно Суда, довео је до драматичних промјена у законодавству држава уговорница. Тако су нпр. Њемачка, Италија, Белгија и Грчка измијениле своје прописе о притвору. Холандија и Швајцарска су измијениле своје законодавство о поступању са странцима. Измјена закона о заштити приватности у Италији из 1974. године, десила се под снажним утицајем Конвенције.⁸ У новије вријеме је тај утицај веома изражен, посебно у односу на земље које су међу последњима приступиле СЕ.

1.2. Контекст примјене Конвенције

Оно што одређује Конвенцију, односно њен *raison d'être*, јесу ујединитељске, интегративне тенденције. Петнаест држава оснивача сматрале су да је Конвенција основна и најважнија гаранција очувања заједничког наслеђа политичких традиција и идеала, слободе и владавине права.⁹ Визија мирољубиве коегзистенције европских народа заснована на поштовању појединца записана је у преамбули Конвенције. У преамбули се каже да сврха Конвенције „постизање већег јединства“ између држава чланица и да је један од начина да се постигне овај циљ „очување и развијање основних људских права и слобода“. Преамбула се такође позива на „дубоку вјеру“ у оне основне слободе које су темељ правде и мира у свијету и које се најбоље чувају

⁷ Thomas Buergenthal, Dinah Shelton and David Stewart, *International Human Rights in a Nutshell (Nutshell Series)*, Spine International Human Rights, 3rd ed. (2002), p.140.

⁸ Jack Donnelly, *International human rights*. Boulder: Westview Press., (1993). pp. 83-85.

⁹ Sir Humphrey Waldock, *The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. The British Year Book of International Law, Vol. 34, 1958, p. 356.

између осталог и „заједничким схватањем и поштовањем људских права“. На крају, преамбула изричито каже да ће државе чланице предузети прве кораке за „скупно остваривање“ извјесних права наведених у Универзалној декларацији о људским правима.¹⁰

Са друге стране, Европски систем за заштиту људских права функционише у шареноликом правном и културном простору европског континента. Заједнице и друштва која сачињавају Савјет Европе, носе са собом различитости али и сличности правних и културних вриједности и категорија.

Било је потребно помирити очигледно контрадикторне аспекте, као што су униформна примјена Конвенције и поштовање различитости држава.

Дубоко су укоријењене културне и историјске разлике између медитеранских земаља и земаља сјеверне Европе, или разлике између држава прожетих традицијама католичке, протестантске, православне или исламске вјероисповјести. Језичке разлике су те које су првенствено стварале јаз између нација.¹¹ Државе западне Европе су успостављене на капиталистичком моделу развоја, док су транзиционе земље централне и источне Европе тек изашле из режима планске економије. Постоје и јасне разлике између политичких система са демократском традицијом и политичких система држава централне и источне Европе које су тек недавно изашле из социјалистичког режима. Ширење Савјета Европе могло је да угрози ионако крхк концепт интеграција због појачане хетерогености држава уговорница. Хетерогеност о којој је ријеч, испољава се и могућношћу свих држава уговорница да уложи резерве и интерпретативне изјаве у односу на сваку поједину одредбу Конвенције у обиму у

¹⁰ У преамбули Конвенције између осталог стоји: „Имајући у виду да је циљ Савјета Европе постизање већег јединства између његових чланица и да је очување и развијање основних људских права и слобода један од начина на који том циљу треба стремити.“ Преамбула Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода („Службени лист СЦГ- Међународни уговори“, бр.9/2003).

¹¹ Више о томе у Luigi Barzini, *The Europeans*, Penguin Books; 1984.

коме неки закон, који је у том тренутку на снази на њеној територији, није сагласан са том одредбом.¹²

Различитости европских држава су дакле вишеструке и бројне и говоре о неинтегрисаној Европи. Неке од њих произилазе дијелом из савремених тенденција, али на овом мјесту довољно је рећи да се ради о битним факторима који условљавају различитости у европским правним системима које свако истраживање Конвенције мора узети у обзир.

Међутим, од посебне важности за тумачење и примјену Конвенције јесте разлика између држава чланица које припадају систему обичајног права (*common law*) и држава које припадају систему континенталног права (*civil law*).¹³ Систем Конвенције је снажније утемељен на традицији континенталног права и писаним законима којима се дефинишу права и њихова ограничења. Како ће се видјети у даљем тексту дисертације, само укључивање доктрине поља слободне оцјене у контекст Конвенције то доказује. У основи, механизам контроле усклађености са Конвенцијом обухвата оцјену дискреције држава, што је релативно стран појам англо-саксонском праву.

Разлика између националних система који дозвољавају *a posteriori* уставно преиспитивање радњи или пропуста политичке гране власти, и оних који у принципу само признају *a priori* уставну контролу, има такође импликације на примјену Конвенције.¹⁴ Још једна линија раздвајања јесте разлика између оних држава које су

¹² Видјети нпр. *Belilos против Швајцарске*, пресуда од 29.04.1988.г.. Резерве и интерпретативне изјаве које уложе стране уговорнице су, у односу на њихову важност, подложне контроли Суда, што има за резултат да одлука о њиховој валидности као и њихово тумачење не зависи од појединачне, субјективне и једностране оцјене државе уговорнице Конвенције. На тај начин Суд постиже да ограничи потенцијално разарајуће ефекте субјективизма држава. Више о томе у Juan Antonio Carrillo Salcedo, *The European Convention of Human Rights*, in Felipe Gomez Isa, Koen de Feyter (eds.), *International Protection of Human Rights: Achievements and Challenges*, University of Deusto Bilbao (2006).

¹³ Daniel J. Elazar, (ed.) (1991), *Federal Systems of the World: A Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements*, Harlow, Essex: Longman.

¹⁴ Исто тако, поред постојања тензије подијељене надлежности у систему Конвенције постоји и подјела између националних система који дозвољавају уставну контролу радњи и пропуста политичке

инкорпорирале Конвенцију у унутрашње право и оних које то нису. Без обзира што све стране уговорнице „преузимају обавезу да се повинују правоснажној пресуди Суда у сваком предмету у коме су странке“, правни ефекти који се дају пресудама, значајно се разликује од државе до државе. Приближно је половина потписница Конвенције инкорпорирала овај међународни уговор у свој унутрашњи правни систем, тиме омогућавајући појединцима директно позивање на одредбе Конвенције. Остале државе испуњавају своје обавезе из Конвенције тако што уважавају пресуде Суда, и у свим случајевима пристају да измијене своје законе, поново отворе судски поступак и плате новчану одштету појединцима чија су конвенцијска права нарушена.¹⁵

Свака од ових концепција природно се рефлектује на различито разумијевање конвенцијских права. Рецимо, формулација одредби о ограничењима личних слобода (чланови 8-11 и члан 2 Протокола бр. 1), као и примјена доктрине поља слободне оцјене више одражава позицију континенталног административног права него што има додирних тачака са неписаном Британском повељом права.¹⁶ Због тога је Британски правни систем сматран усвојеником Конвенције, што се може повезати са чињеницом да су водећи случајеви, који одражавају еволуцију доктрине поља слободне оцјене, били покренути против Велике Британије и резултирали пресудом против ове државе.¹⁷

гране власти (нпр. Њемачка, Швајцарска, Италија) и оних који признају само управну контролу (нпр. Велика Британија).

¹⁵ Видјети Andrew Z. Drzemczewski, *European Human Rights Convention in Domestic Law: A Comparative Study*, Clarendon Press, (1983).

¹⁶ Изричито ограничења грађанских права и слобода постоје у многим уставима држава које долазе из континенталног права (нпр. међу модерним западноевропским уставима то је устав Савезне Републике Њемачке или устав Ирске).

¹⁷ Велика Британија је била виновник три водећа случаја пред судом – *Handyside* из 1976.г., *Sunday Times* из 1979.г. и *Dudgeon* из 1981.г.. Без обзира да ли се ради о случајности или је то могуће резултат начина избора предмета у Комисији, могло би се ипак закључити да велика традиција грађанских слобода у Британији, комбинована са одсуством обимне машинерије управне и судске контроле, провоцира да одређена питања која долазе из Велике Британије, буду ријешена у оквиру система Конвенције. Видјети о томе у Rosario Sapienza, „Sul margine d'apprrezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo“ in *Rivista di diritto Internazionale*, 1991, 571/614, 581, n. 11.

Због свега наведеног, може се закључити да је Конвенција замишљена као најмањи заједнички именилац универзалности људских права унутар европског континента и различитости културних и правних традиција сваке државе чланице СЕ, и да у суштини представља кодификацију европских људских права.¹⁸

1.3. Правна природа Конвенције као међународно-правног инструмента

Конвенција је мултилатерални међународни уговор којим се штите људска права, закључен између држава, а у корист појединаца. Као такав, предмет је регулисања права међународних уговора, односно Бечке конвенције о праву међународних уговора из 1969. године.¹⁹

Основна специфичност Конвенције, из које произилазе и све остале особености, односи се на предмет регулисања. За разлику од осталих међународних уговора, сврха међународних уговора којима се штите људска права јесте да предвиде шта држава не може радити сопственим грађанима. Посебну природу оваквих уговора нагласио је Међународни суд правде у *савјетодавном мишљењу по питању важности појединих резерви на Конвенцију о спречавању и кажњавању геноцида*, када је био става да у оваквој врсти међународног уговора „државе уговорнице немају никакав сопствени интерес; оне само имају, појединачно и заједно, заједнички интерес, наиме остваривање оних великих циљева који су *raison d'être* Конвенције. У складу са тим, кад је у питању ова врста конвенције, не може се говорити о ... савршеној уговорној равнотежи између права и обавеза“.²⁰

¹⁸ Steven Greer, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 2000, p. 5.

¹⁹ Видјети Славољуб Царић, „Утицај европске конвенције и људским правима на међународно право и право Србије“, у: Зоран Радивојевић (ур.), *Уставне и међународноправне гаранције људских права: зборник радова са међународне научне конференције одржане 28.05.2008.г. на Правном факултету у Нишу, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације 2008, с .85-104, стр. 85.*

²⁰ International Court of Justice in its Advisory Opinion of 28th May 1951 *CIJ, Recueil 1951*, pp. 23-24.

Обавезе које државе преузимају када приступе Конвенцији, су примарно обавезе према појединцима који се налазе под њиховом јурисдикцијом, насупрот обавезама према другим државама чланицама. Супсидијарни карактер међународне заштите људских права, који се манифестује у захтјеву да се исцрпе домаћи правни лијекови, односи се на процесно питање надлежности Суда, а не на материјално питање какве обавезе имају државе чланице.

Конвенција је такође организациони уговор, а не само уговор који дефинише начин коегзистенције или сарадње међу државама. Путем овог уговора, државе не измјењују престације већ успостављају објективни режим људских права на који се свако може позвати.²¹ Посебна карактеристика Конвенције је да дефинише правне мјере у случају да дође до повреде права која јамчи. Радикална новина је право појединца да поднесе представку против своје државе, чиме је постигнута равноправност појединца са државама у поступку пред Судом. Државе чланице имају двоструку обавезу: унутрашње право мора бити у складу са Конвенцијом, и мора се исправити свако кршење основних права и слобода која су заштићена Конвенцијом.

Право Конвенције није ни унутрашње ни међународно већ садржи елементе оба. Такво право не примјењује само Суд, него и Комитет министара СЕ и домаћи судови. Право садржано у Конвенцији не производи само обавезе за државе, него дефинише низ права за појединце у области грађанских слобода, тако стварајући нови систем који наизглед замјењује систем сваке државе чланице заједничким европским системом. У овом процесу, Конвенција престаје да буде класичан међународни уговор заснован на принципу узајамности, и постаје нормативни међународни уговор, обухватајући међународне и унутрашње правне структуре. Зато се Конвенција не може тумачити као и сваки двостранообавезни мултилатерални уговор.²²

²¹ Више о томе у Војин Димитријевић, Драгољуб Поповић, Татјана Папић, Весна Петровић, *Међународно право људских права*, Београдски центар за људска права, Београд 2006. стр. 6.

²² Andrew Dremczewski: "The *sui generis* nature of the European Convention on Human Rights", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 29, No. 1, Jan 1980, pp. 54-63.

Посебан карактер Конвенције је такође наглашен и у пракси Суда. Суд је у предмету *Ирска против Уједињеног Краљевства* био становишта да „за разлику од међународних уговора класичне врсте, Конвенција садржи више од простих узајамних обавеза између страна уговорница. Она изнад свега ствара мрежу узајамних, билатералних активности, објективних обавеза које, према тексту Преамбуле, имају користи од „колективне примјене“. „Конвенција чланом 24 дозвољава државама уговорницама да захтијевају праћење поштовања тих обавеза, и није неопходно да оправдају интерес који, на примјер, прозилази из чињенице да је мјера на коју имају примједбу оштетила неког од њених држављана”.²³

Комисија и Суд су у другим случајевима чак ишли и даље у наглашавању посебне природе Конвенције. Када су процијењивали важење неких од ограничења у односу на Турску изјаву о признању надлежности према тадашњем члану 25²⁴ (признавање надлежности Комисије да прима појединачне представке), и Комисија и Суд су одбацили представку по аналогiji на праксу држава према члану 36(3) Статута Међународног суда правде. Док се изјаве о признању надлежности, према овој одредби, сматрају простим узајамним споразумима између држава уговорница, посебна природа Конвенције као „уставног инструмента европског јавног поретка“ послужила је као главни аргумент за проглашење неважећим ових ограничења.²⁵

Скуп материјалних одредби Конвенције сличан је уставном каталогу или националним повељама о људским правима. Многи аутори тврде да је природа Конвенције као „устава за људска права“ временом постала важнија него њена природа међународног уговора.²⁶ Ефикасна примјена и конституционализам

²³ *Ирска против Уједињеног краљевства*, пресуда од 18. 01. 1978. г., став 239.

²⁴ Члан је измијењен у тексту и броју Протоколом бр. 14 (CETS No. 194).

²⁵ *Loizidou против Турске* (прелиминарна разматрања), пресуда од 23.03.1995.г., став 93. Суд није само прогласио неважећим територијална ограничења из Турске декларације према члану 25, него и она из исте декларације према члану 46 Конвенције.

²⁶ О аргументима који говоре у прилог конституционалној природи Конвенције видјети нпр. Alec Stone Sweet, "On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a

Конвенције претпоставља дух сарадње и значајну хомогеност између држава уговорница. Како је напријед наведено, друштвени, политички и правни услови су веома хетерогени у Европи, али кад се говори о људским правима из Конвенције, државе уговорнице морају поштовати заједничке стандарде и с тим у вези морају бити вољне да мијењају унутрашње законе у оној мјери у којој то захтијева Конвенција или пракса суда у Стразбуру. Може се рећи да дух поштовања система Конвенције заиста постоји, и то на основу неколико индикатора. Државе уговорнице, не само да су увијек обнављале прихватање надлежности Конвенције, него су до сада увијек поштовале одлуке Суда. Такође, национална законодавства су се мијењала на начин који је од држава уговорница захтијевао Суд.²⁷

Како ће се у даљем тескту показати, у прилог „уставном“ карактеру Конвенције могу се навести и специфична начела њеног тумачења. Без обзира што је прије свега по својој природи међународни уговор, Конвенција се најчешће тумачи не само као дио међународног права него и као дио уставног права. Поједини аутори чак и заговарају доста контраверзну тезу да, кад је у питању природа и домашај људских права, чињеница да је Конвенција међународни уговор није од важности.²⁸

1.4. Надзор над поштовањем обавеза из Конвенције

Constitutional Court" (2009). Faculty Scholarship Series. Paper 71. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/71. За другачија мишљења видјети Jean-Françoise Flauss, "La Cour Européenne des droits de l'homme est-elle une cour constitutionnelle?" 36 *Revue française de droit constitutionnel* 711 (1999) или Steven Greer, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2006. Постоје и аутори који тврде да концепт поља слободне оцјене одражава деконституционализацију Конвенције. Видјети Wojciech Sadurski, *Partnering with Strasbourg: Constitutionalization of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments*, Sydney Law School, Legal Studies Research Paper No. 08/135, 2008.

²⁷ Регистар Суда редовно објављује „Истраживање активности” Суда који садржи и дио о „Ефектима пресуда или предмета”. Видјети Истраживања за године 1959 – 1991, стр. 50.

²⁸ Више о томе у George Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press (2007). То се наравно не односи на одредбе Конвенције које нису материјалне и које се морају тумачити у складу са канонима међународног права. То објашњава опрезан приступ Суда када се постави питање међународног јавног права. (Видјети нпр. *Банковић и други против Белгије*, одлука о прихватљивости од 12.12.2001.г.).

1.4.1. Контрола примјене Конвенције прије ступања на снагу Протокола бр. 11

Најзначајније обиљежје и карактеристика Конвенције јесте успостављање сложеног институционалног механизма гаранција људских права. Конвенција је у изворном тексту предвидјела постојање три органа: Европске комисије за људска права, Европског суда за људска права²⁹ и Комитета министара СЕ. Овако постављен механизам је утврђивао повреде Конвенције на два начина. Први је подношење представке од стране појединаца, док је у другом случају постојала могућност покретања међудржавног спора ако једна чланица сматра да је друга држава чланица прекршила Конвенцију или протоколе уз њу. Комисија је имала задатак да разматра сваки прекршај Конвенције, који пред њу изнесе једна од уговорних страна, да прима петиције од појединаца или група оштећених повредом Конвенције. Комисија је служила као својеврсни филтер па су до Суда долазили само они предмети које упути Комисија.³⁰ Комисија није била перципирана као суд који пресуђује о томе да ли је држава чланица повриједила људска права зајемчена Конвенцијом, него као орган који посредује у мирном рјешавању спора. Уколико Комисија не успије да спор ријешити, износила га је пред Суд, чије су пресуде обавезне за земље које су признале надлежност тог Суда. Комитет министара, као политичко тијело, имао је за задатак да контролише извршење пресуде. Осим тога, у предметима који нису могли бити упућени Суду зато што држава у питању није прихватила његову надлежност, као и у другим случајевима у којима Комисија и држава чланица није упутила предмет Суду, Комитет министара СЕ имао је квази-судски капацитет да усвоји коначну и обавезујућу резолуцију о томе да ли је дошло до кршења Конвенције од стране државе, која је оптужена пред Комисијом од стране друге државе чланице или

²⁹ Суд је основан је 1959. године са сједиштем у Стразбуру. Организација и овлашћења Суда прописани су Конвенцијом у члановима 19 - 51, а поступак пред тим Судом уређен је Пословником који је ступио на снагу 1. новембра 1998. године. Чланом 47 Конвенције Суд, на захтјев Комитета министара, може давати савјетодавна мишљења о питањима која се односе на тумачење Конвенције и њених протокола.

³⁰ Први чланови Комисије били су државни службеници и посланици националних парламената. Само њих тројица, од 13 чланова, су имали правничко знање.

појединаца који су под њиховом јурисдикцијом (наравно под условом да је држава у питању прихватила надлежност Комисије да прима представке појединаца).³¹ Може се рећи да је надзор Комитета министара више облик убјеђивања и преговарања, него инструмент који реално може натјерати државу на извршење обавезе.³² Имајући у виду да је Конвенција међународни уговор усвојен под покровитељством СЕ, и остали органи ове организације имају важну улогу у праћењу примјене Конвенције.³³

У пракси су све државе чланице на крају прихватале надлежност Комисије и надлежност Суда, што је значило да је већина предмета окончана пред Судом, а не пред Комитетом министара. Тако се Суд етаблирао као носилац механизма гаранција, тиме потврђујући специфичност система заштите људских права успостављеног Конвенцијом, односно да тај систем одликује судско одлучивање.

Факултативни карактер надлежности Суда објашњава атипично присуство Комитета министара, као политичког органа, међу органима који се старају о поштовању правних обавеза које су преузеле уговорне стране Конвенције, са надлежношћу да одлучује о томе да ли у предмету, који је претходно испитивала Комисија, постоји кршење Конвенције од стране тужене државе.

Може се рећи да је Конвенција увела значајне новине у међународно право, упркос свим почетним недостацима.³⁴ Најзначајнију новину је ипак представљала могућност подношења индивидуалне представке, без обзира на то што су само 3 од 10

³¹ Детаљније о поступку пред Комитетом министара видјети Caroline Ravaud, *The Committee of Ministers*, in *THE EUROPEAN SYSTEM FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS* 645 (R. Macdonald et al. eds., 1993).

³² Colin Warbrick, "Federal" Aspects of the European Convention of Human Rights' 10 *Michigan Journal of International Law* (1989) p. 705.

³³ Више о томе Nicolas Bratza and Michael O'Boyle, *The Legacy of the Commission to the New Court Under the Protocol No. 11*, in *THE BIRTH OF EUROPEAN HUMAN RIGHTS LAW: ESSAYS IN HONOUR OF CARL AAGE NØRGAARD* 388 (Michele de Salvia & Mark E. Villiger eds., 1998).

³⁴ Као главни недостаци механизма успостављеног 1950. године наводе се факултативни карактер надлежности Комисије да прима представке појединаца, опциона природа надлежности Суда, потенцијална интервенција међудржавног политичког органа у односу на случајеве који нису упућени Суду, као и недостатак активне легитимације појединца пред Судом.

оригиналних уговорних страна прихватиле такву могућност приликом ратификације.³⁵

1.4.2. Контрола примјене Конвенције након ступања на снагу Протокола бр. 11

Током свог шесдесетогодишњег рада, систем гаранција људских права успостављен Конвенцијом доживио је еволуцију, а каткад и револуционарне промјене. Усвајани протоколи су постепено проширивали садржај права, јачали улогу и положај појединца пред Судом и елиминисали дискрецију држава чланица код прихватања надлежности Суда и права на појединачну петицију. Протокол бр. 11 је у основи ресруктурирао систем, елиминишући Комисију и успостављајући стални Суд са обавезном надлежношћу, као главни наднационални орган заштите људских права. Право појединачне представке сада је учињено аутоматским, а све државе уговорнице обавезне су да прихвате надлежност Суда. Комитет министара задржава своју улогу у надгледању извршавања пресуда Суда, али више није одговоран, као што је раније био, за одлучивање у томе да ли је Конвенција прекршена. Државе за које је утврђено да су кршиле људска права, обавезне су да предузму неопходне мјере како би се кршења ублажила или елиминисала. Ако правни систем неке државе не омогућава потпуни лијек за последице кршења, Суд може наложити плаћање новчане надокнаде оштећеној страни. Поред тога, да би се избјегло понављање кршења и његових последица, од држава се може захтијевати да убудуће измијене своје законодавство и праксу. Тиме судска пракса, својим континуитетом и конзистентношћу, има превентивно дејство, одвраћајући националне власти, суочене с могућим међународним санкцијама, од поступања противног одредбама Конвенције.

³⁵ Комисија је добила надлежност да прима појединачне представке 1955. године, након што је шест држава прихватило право представке. Многим државама су требале деценије да прихвате право на појединачну петицију. Тако је Велика Британија уложила декларацију о прихватању појединачне представке 1966. године, Француска и Грчка 1981. године, док је Турска то урадила тек 1987.г. Видјети у Dinah Shelton, *The Boundaries of Human Rights Jurisdiction in Europe*, Duke Journal of Comparative & International Law (Vol 13:95). fn. 22.

1.4.2.1. Улога Суда у реформисаном систему Конвенције и природа његовог поступања

Након ступања на снагу Протокола бр.11, унутрашњи правни системи су у потпуности подвргнути надзорној машинерији Конвенције. Према овом протоколу, Суд је добио сву формалну моћ и потпуну надлежност да ауторитативно тумачи Конвенцију и истовремено надзире како се она примјењује у унутрашњим порецима. Државе уговорнице могу одбацити по њих неповољно тумачење Суда само измјеном текста Конвенције, што је због ригидности тог поступка готово немогуће.

Према члану 34 Конвенције, Суд може да прима представке од „од сваке особе, невладине организације или групе лица који тврде да су жртве повреде... права...установљених Конвенцијом или протоколима уз њу”.³⁶ Члан 34 не допушта могућност да се подносиоци представки *in abstracto* жале на одредбе домаћег закона само зато што се чини да су у супротности са Конвенцијом³⁷ нити Конвенција дозвољава институт *actio popularis*.³⁸ Поступак пред Судом није значајно измијењен, те Суд користи дотадашњу праксу Комисије и Суда, али сада истовремено испитује и прихватљивост и основаност случаја (меритум).³⁹

Иако су одлуке Суда обавезујуће, оне се односе само на стране у спору, односно немају *erga omnes* ефекат.⁴⁰ Сам Суд је у више наврата нагласио да не постоји директан ефекат одредби Конвенције.⁴¹ Начин на који се одредбе Конвенције и

³⁶ Члан 34 Конвенције.

³⁷ Видјети нпр. *Мопнат против Швајцарске*, пресуда од 21.09.2006.г., ставови 31-32.

³⁸ *Klass и други против Њемачке*, пресуда од 06.09.1978.г., став 33.

³⁹ Више о поступку пред Судом видјети у Милан Пауновић и Славољуб Цариц, *Европски суд за људска права*, Београд 2006.

⁴⁰ Члан 46 Конвенције.

⁴¹ С. Warbrick (1989), *op.cit.*, p. 699.

одлуке Суда спроводе у унутрашњем праву утврђен је националним уставима.⁴² У многим предметима, Суд је нагласио да има последњу ријеч приликом заштите људских права и слобода но то не значи да је дошло преноса суверенитета.⁴³ У реалности се Конвенција све више сматра дијелом унутрашњих правних поредака држава уговорница. Утицај тумачења Суда сеже много више изван појединачног случаја,⁴⁴ што је последњих година довело до одређених отпора према оваквој интерпретативној моћи Суда. Посебно је њемачки федерални уставни суд нагласио да без обзира што ће у свакој ситуацији поштовати водећу улогу суда у Стразбуру, њемачки устав ће остати крајни тест за примјену Конвенције.⁴⁵ Како ће се видјети у даљем тексту, присутан је тренд да поједини водећи аутори отворено сумњају у легитимност Суда да одлучује о људским правима, доносећи одлуке које имају далекосежне последице.⁴⁶ Због тога је Суд често упозораван да мора обратити пажњу на националне разлике и осјетљивости, како би одржао сопствени легитимитет и гаранције добровољног извршења његових пресуда.

У доктрини су зато честе расправе о природи Суда, па се могу чути и различита мишљења, што је логична последица различитих схватања о правној природи Конвенције. Значајан број теоретичара сматра да Суд има обиљежја уставног или квази-уставног суда.⁴⁷ Други опет указују на опасност постојања наднационалног или

⁴² Georg Ress, 'The Effect of Decisions and Judgments of the European Court of Human Rights in the Domestic Legal Order' 40 *Texas International Law Journal* (2005) at p. 374.

⁴³ Нпр. *Бранко Томашић против Хрватске*, пресуда од 15.01.2009.г., ставови 73-74.

⁴⁴ Janneke Gerards, 'Judicial Deliberations in the European Court of Human Rights', in: Nick Huls et al. (eds), *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings. Judicial Deliberations and Beyond* (The Hague, T.M.C Asser Press 2009) p. 407 at p. 410.

⁴⁵ Hans-Jürgen Papier, 'Execution and Effects of the Judgments of the European Court of Human Rights from the Perspective of German National Courts' 27 *Human Rights Law Journal* (2006) p. 1 at 2.

⁴⁶ Видјети нпр. Lord Leonard Hoffmann, 'The Universality of Human Rights', *Judicial Studies Board Annual Lecture*, 19, March 2009.

⁴⁷ Нпр. *Rolv Ryssdall*, један од бивших предсједника Суда је исти описао као „квази-уставни суд за цијелу Европу“. Видјети у R. Ryssdall, *The Coming of Age of the European Convention of Human Rights* 18 *European Human Rights Law Review* (1996) 18, p. 22. Такође видјети Evert Albert Alkema, "The European Convention as a constitution and its Court as a constitutional court", in: P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold & L. Wildhaber (eds.), *Protecting Human Rights: The European Perspective - Studies in memory of Rolv Ryssdal*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2000, pp. 41-63 at 41; Iain Thorburn Cameron, 'Protocol 11 to the European Convention on Human Rights: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court?', 15 *YB Eur L* (1995) 219, at 236 – 237, 243 – 244; Steven Greer, 'Constitutionalizing Adjudication

пан-европског конституционализма заснованог на међународном уговору о људским правима којег тумачи међународни суд. Такав механизам мора бити заснован на начелу супсидијарности а не на конституционализму.⁴⁸ И сам Суд је у поменутом предмету *Loizidou* направио разлику између Међународног суда правде и суда у Стразбуру ријечима да је „контекст у оквиру којег функционише Међународни суд правде значајно различит у односу на онај у којем функционишу институције Конвенције“, прво зато што МСП испитује спорове међу државама широм свијета у било којој области међународног права и уз „позивање на принципе међународног права“ и друго, што улога МСП-а није „искључиво ограничена на непосредне надзорне функције у односу на међународни легислативни уговор какав је Конвенција“.⁴⁹ Унутрашњи правни системи могу на Конвенцију гледати било као на дио уставног поретка било као на међународни уговор, што је у првом случају чини само једним елементом у мозаику различитих уставних одредби, и тумачење се у том контексту може битно разликовати од тумачења заснованог само на Конвенцији.⁵⁰ Последица тога је да домаћи судови не морају у потпуности слиједити образложења Суда, уколико нису у сагласности са унутрашњим правом. Стога се пресуде Суда „пробијају“ у унутрашње правне поретке снагом свог ауторитета.

Без улажења у дубљу анализу природе Суда, може се закључити да исти садржи елементе и уставног и међународног судства, односно да Суд има различите функције.

Тумачење права представља „неодвојиви дио судијске активности“⁵¹. Келзен је писао како „све правне норме захтијевају тумачење јер се морају примјенити“.⁵² Члан 32

under the European Convention on Human Rights ’ , 23 Oxford Journal of Legal Studies (2003) 405; Luzius Wildhaber, ‘A Constitutional Future for the European Court of Human Rights ’ , 23 Human Rts LJ (2002) 161, at 162 – 163.

⁴⁸ Видјети између осталих Lord Hoffmann (2009), *op.cit.*; Jacob Mchangama, *The European Court of Human Rights - A European Constitutional Court?*, Engage Volume 13, Issue 1, March 2012.

⁴⁹ *Loizidou против Турске*, став 84.

⁵⁰ G. Ress (2005), *op. cit.*, p. 376.

⁵¹ Yann Aguila « Cinq questions sur l’interprétation constitutionnelle », RFDC, 1995, n° 21, p.13.

⁵² Ханс Келзен, Чиста теорија права, Правни факултет Универзитета у Београду, 2 издање, 2007.

Конвенције је направио везу између тумачења и примјене права ријечима да се „Надлежност Суда протеже на све предмете који се тичу тумачења и примјене Конвенције и протокола уз њу...“⁵³ Ова одредба нам говори да се у питањима тумачења Конвенције морамо прије свега држати ставова Суда. Зна се да и националне судије тумаче Конвенцију, али је она дала надлежност тумачења само Суду што се огледа у чињеници да су његове одлуке коначне и обавезујуће.⁵⁴ Управо та немогућност да се оповргне тумачење Суда, даје таквом тумачењу карактер аутентичног тумачења.

„Министар смисла“, како су Суд назвали поједини аутори,⁵⁵ користио је своју интерпретативну надлежност како би уоквирио, односно ширио садржину појединих права из Конвенције. Многи су такву праксу окарактерисали као активистички приступ. *Теорија активистичког приступа* подразумева да се због неодређености или недовршености правне норме, право не може примјењивати механички већ захтјева истраживање, па и стварање права у процесу доношења одлуке. Насупрот томе, *пасивистички приступ* (који се у савременој теорији права назива и *судско само-уздржавање*⁵⁶) значи да се процес примјене права мора држати садржине правних норми, то јест судија не смије исправљати нити стварати право. Судија се прије свега мора држати чињеница и извлачити правне последице из њих. Са друге стране, активистички приступ узима у обзир не само правне већ и друге социјалне норме, прије свега моралне. Може се рећи да је Суд усвојио различит степен активизма као генералан приступ у примјени Конвенције. Оба принципа су у великој

⁵³ Члан 32 Конвенције.

⁵⁴ Члан 46 Конвенције.

⁵⁵ François Rigaux, *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 233.

⁵⁶ Видјети нпр. Richard A. Posner, "The Meaning of Judicial Self-Restraint," 59 *Indiana Law Journal* 1 (1983); Paul Mahoney, 'Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: two sides of the same coin' (1990) 11 *Hum.Rts.L.J.* 57, 60. Alain-Didier Olinga et Caroline Picheral, « La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 1995, p. 567-604, p. 569; Dragoljub Popovic, PREVAILING OF JUDICIAL ACTIVISM OVER SELF-RESTRAINT IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Creighton Law Review*, Volume 42, Number 3, April 2009. Alison L. Young, 'In Defence of Due Deference', 72 *Modern Law Review* (2009).

мјери критикована у доктрини⁵⁷ и важно их је поменути због ширег разумијевања процеса тумачења у Стразбуру.

Активизам Суда је нешто ојачао у другој половини седамдесетих година прошлог вијека, што се повезује са примјеном инструмената тумачења у корист људских права, а за последицу је имало њихов прогресивни развој током наредних деценија. Терен за појачан активизам припреман је још крајем педесетих, када је по први пут поменута доктрина поља слободне оцјене, као нека врста дипломатског средства Суда за придобијање повјерења држава.⁵⁸ Сложеност нормативних извора, посебно пораст броја норми међународног права оснажиле су моћ судија као јединих валидних тумача. Такође, међународне судије се данас суочавају са великим бројем међусобно супростављених принципа, које стално морају балансирати.

Важно је још напоменути да се легитимност одлука Суда заснива између осталог и на конзистентности и предвидљивости судске праксе, што је наглашено у многим приликама. Међутим то не значи да Суд функционише на основу доктрине прецедента, односно претходне пресуде за Суд нису правно обавезујуће и он не мора да објашњава и синтетизује претходну праксу да би створио кохерентну јуриспруденцију.⁵⁹ Суд се међутим мора придржавати прецедената због правне сигурности и правилног развоја судске праксе⁶⁰ и може до њих одустати само ако „тумачење Конвенције одражава друштвене промјене и у сагласју је са условима

⁵⁷ Између осталих видјети John Graham Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester University Press, 1995, p. 229. Marc Bossuyt, *Should the Strasbourg Court Exercise More Self-Restraing? On the extension of the jurisdiction of the European Court of Human Rights to Social Security Regulations*, Human Rights Law Journal 2007, vol. 28., G. Letsas (2007), *op.cit.*, p. 15. Laurence R. Helfer and Karen J. Alter, *Legitimacy and Lawmaking: A Tale of Three International Courts*, Theoretical Inquiries in Law 2013, vol. 14.

⁵⁸ Ronald St. John Macdonald, Franz Matscher, Herbert Petzold (ed.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht – Boston - London 1993, p. 123.

⁵⁹ Више о томе видјети у Alastair Mowbray, *An Examination of the European Court of Human Rights' Approach to Overruling its Previous Case Law*, 9 HRLR 179 (2009).

⁶⁰ D. Shelton (2003), *op.cit.*, p. 95.

данашњице“.⁶¹ Судије у *common law* системима настоје да балансирају конзистентност са напретком друштва управо кроз доктрину прецедента.

Ефикасност система Конвенције манифестује се на различите начине. Показатељи успјеха су, између осталог, и ефекти које је овај систем имао на национална законодавства, као и стално увећање броја представки, што је створило значајну и богату судску праксу у односу на људска права, јединствену у међународном праву. Процент извршења пресуда Суда од стране држава чланица је веома висок. Међутим, успјех Суда је двоструко угрожен. Најприје, Суд има тешкоће да се избори са све већим бројем предмета, као последицу приступања великог броја нових држава чланица у кратком времену и јачања свијести о праву на појединачну представку. Друго, приступање држава бившег социјалистичког блока отворило је питање примјене стандарда људских права који су важили за старе државе чланице. Проблем великог броја предмета, донекле је ријешен доношењем реформског Протокола бр. 14 али су остала неријешена многа важна правна питања у вези са тумачењем Конвенције. То су прије свега питања правилне употребе дискреције судија у Стразбуру онда када се Конвенција тумачи на креативан начин. Различита мишљења постоје и о методама тумачења која тренутно користи Суд, посебно јасност и конзистентност употребе тих метода.

1.5. Начело супсидијарности

Начело супсидијарности се сматра централним за разумијевање улоге Суда и представља темељ механизма успостављеног Конвенцијом. Општи циљ супсидијарности у међународном праву је да се одлуке усмјеравају према националном нивоу. Такође, поједини аутори сматрају да супсидијарност даје предност вршењу власти већем или мањем ентитету, у односу на већу или

⁶¹ *Cossey против Уједињеног краљевства*, пресуда од 27.09.1990.г., став 35.

хијерархијски вишу власт.⁶² Супсидијарност у контексту људских права одсликава вертикалну природу обавезе поштовања људских права: примарно, људска права не стварају реципрочне обавезе међу државама, већ јамче појединачну слободу од државе и национална држава је та која је носилац и јемац те обавезе.⁶³

Начелу супсидијарности се приписују различите теоријске и концептуалне функције и елементи. У међународном праву људских права од важности је материјални и процесни приступ начелу.⁶⁴ Процесна супсидијарност дефинише поступке везане за надлежност и односе између различитих ентитета у одређеном институционалном аранжману. Материјална супсидијарност ће имати утицај на тумачење и вагање међусобно супростављених материјалних права и обавеза. Једноставније речено, процесна супсидијарност регулише питање надлежности Суда, док материјална супсидијарност одређује садржину правних обавеза држава. Међународни поступци за заштиту људских права су у процесном смислу облик „секундарне“, „уставне“ или „апелационе“ међународне заштите људских права, и могу се само надовезати на национално судско поступање приликом наводних кршења људских права. Постоји још израза процедуралне супсидијарности, као што је правило о исцрпљивању правних љекова на националном нивоу или, на примјер, процесна обавеза да се пријава кршења људских права у довољној мјери образложи и поткријепи доказима.⁶⁵

Материјална супсидијарност се наслања на саму природу норми о људским правима, које су у често отвореније или принципијелније природе од осталих одредби. Тамо гдје материјални садржај права није у цјелости дефинисан на међународном нивоу, државе имају дискреционо право да изаберу начин на који ће поштовати одређено

⁶² Andreas Føllesdal, *Subsidiarity and Democratic Deliberation*, in *Democracy in the European Union: Integration through Deliberation?* (Erik Oddvar Eriksen & John Erik Fossum eds., 2000).

⁶³ Marko Milanovic, *Norm Conflict in International Law: Wither Human Rights?*, 20 *Duke Journal of Comparative and International Law* (2009), at 70.

⁶⁴ Више о томе у Herbert Petzold, *The Convention and the Principle of Subsidiarity*, in R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (1993), *op.cit.* p. 60.

⁶⁵ Видјети нпр. HRC, Report of the Human Rights Committee, Volume I, Ninety-Seventh till Ninety-Ninth Session 12.-30 July 2010. (2010) para. 98.

право. Тако супсидијарност даје за право међународном правосудном органу да одреди разумност и адекватност тих метода.

Стразбуршки систем заштите људских права такође почива на начелу супсидијарности. Међутим за разлику од нпр. права Европских заједница, Конвенција не тежи да замијени и униформише национална законодавства.⁶⁶ Конвенција „само успоставља стандард и при том оставља држави, да најприје иде и преко овог стандарда, а онда и да изабере правне начине и средства да их примјени., Конвенција се, на основу оваквих карактеристика, може описати као инструмент који хармонизује законе држава уговорница са минималним стандардом заштите“.⁶⁷ Другим ријечима, да би држава одговорила својим обавезама из Конвенције, Конвенција не тражи униформно понашање, него је у свему довољно да се осигура компатибилност државних мјера са Конвенцијом. Прихватањем Конвенције, државе потписнице су се обавезале да поштују и спроводе одлуке које доноси Суд и супсидијарност се „активира“ само уколико држава својим правним средствима не може да пружи ефикасну заштиту права.

Суд је према члану 19 Конвенције надлежан да обезбиједи „поштовање обавеза из Конвенције“.⁶⁸ Такође, поступање Суда је условљено примјеном чланова 1, 35 и 13 Конвенције. Одредба члана 1 да „стране уговорница јамче свакоме у својој надлежности права и слободе из Конвенције“ ствара двоструке обавезе за државе: прво, да њено унутрашње право буде у складу са Конвенцијом, и друго да државе

⁶⁶ J.G. Merrills (1988), *op.cit.* p. 146. Супсидијарност је можда једно од најважнијих начела на којима почива законодавна и административна архитектура ЕУ. Постојећа одредба члана 5 (3) *Лисабонског уговора* предвиђа да: „У складу с начелом супсидијарности, у подручјима која нису у њеној искључивој надлежности, Унија дјелује само ако, и у мјери у којој државе чланице не могу на задовољавајући начин постићи циљеве који су садржани у предложеним мјерама, било на средишњем, регионалном или локалном нивоу, а који се могу, ради опсега или учинка који произлази из предложене мјере, на бољи начин постићи на нивоу Уније“. Супсидијарност се у овом случају фокусира на *дјелотворност* наддржавног ентитета да доноси одлуке, и тиче се како расподеле тако и извршавања надлежности ЕУ. Више о томе у Robert Schütze, *Subsidiarity after Lisbon: Reinforcing the Safeguards of Federalism*, 68 Cambridge Law Journal (2009), 526.

⁶⁷ Dimitrios Evrigenis, *Recent case law of the European Court of Human Rights on articles 8 and 10 of the European Convention on human Rights*, 3 Human Rights Law Journal, at 137 -138 (1982).

⁶⁸ Члан 19 Конвенције.

морају да исправе свако кршење права и слобода заштићених Конвенцијом. Да би Суд био надлежан за испитивање тужбе против државе, неопходно је да је оштећена страна претходно омогућила државним органима да исправе повреду права на коју се жали, тако што је исцрпио све правне љекове које предвиђа домаћи правни систем.⁶⁹ Ради се о традиционалном правилу међународног права, према којем државе имају обавезу да омогуће обештећење прије него се умијеша међународно право али и право да то раде у складу са унутрашњим поретком.⁷⁰ У овом смислу, ради се о начелу које је произишло из начела поштовања суверености држава. И остали услови прихватљивости представки афирмишу принцип да је Суд крајња мјера заштите и да је судска заштита права превасходно задатак националних судова.⁷¹ У том контексту треба посматрати и члан 13 Конвенције који налаже држави да обезбиједи лицима под својом надлежношћу дјелотворно правно средство.⁷²

Начело супсидијарности, како ће се даље показати, ограничава Суд да преузме улогу националних власти чију одлуку испитује. Суд често понавља мантру да „не може преузети улогу“⁷³ нити „заузети мјесто националних власти“.⁷⁴ Такво становиште Суда произлази из реалне чињенице да су државни органи боље постављени, потпуније информисани и, свакако, у повољнијој ситуацији да сагледају све реалне аспекте конкретног случаја. Његова улога није да спроводи дискрецију умјесто држава или да одлучује о томе да ли је рјешење, за које се одлучио надлежни државни орган, у датим околностима најбоље.

⁶⁹ Члан 35 Конвенције.

⁷⁰ Видјети нпр. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, (1998) 5th Ed, OUP: Oxford pp. 496-506.

⁷¹ Услови прихватљивости су дефинисани у члановима 34 и 35 Конвенције.

⁷² Аутономну природу члана 13 Конвенције нагласио је Суд у предмету *Kudla против Пољске*, пресуда од 26.10.2000.г.

⁷³ *Случај „који се односи на одређене аспекте закона о употреби језика у образовању у Белгији (Белгијски лингвистички случај)*, пресуда од 23.07.1968.г., став 35.

⁷⁴ *Observer and Guardian против Уједињеног краљевства*, пресуда од 26.11.1991.г., став 30.

Ова забрана се посебно односи на унутрашње судске поступке. Суд се неће бавити погрешно утврђеним чињеничним стањем или погрешном примјеном материјалног права од стране националног суда или ће замијенити став националног суда сопственим,⁷⁵ осим ако не постоји јасан доказ о арбитрерности.⁷⁶ Умјесто тога Суд само испитује да ли су државни органи приликом ограничења конвенцијских права остали у границима легитимних разлика. Ако Суд закључи да је оспорена мјера у складу са објективно разумним тумачењем Конвенције, он ће се уздржати од поступања чак и ако се не слаже са таквом мјером.⁷⁷ Суд одбија да поступа као жалбени суд или, како се често каже, као суд четврте инстанце, у односу на одлуке које донесу домаћи судови. Генерално се Суд уздржава од тумачења унутрашњих закона и ослања се на оцјену домаћих судова у погледу процјене „кредибилности свједока и важности доказа у питањима која се појаве у одређеном случају“.⁷⁸

Са друге стране, Конвенција поставља одређене стандарде на које државе чланице морају пазити. Суд је у неколико наврата нагласио да надлежност државе да регулише: *...иде руку под руку са Европском супервизијом. Таква супервизија односи се како на циљ мјере која је предмет спора и њене неопходности; она обухвата не само основно законодавство него и одлуку о његовој примјени, чак и када је мјеру донио независни суд.*⁷⁹ Често Суд постаје активнији када влада не истражи наводна нарушавања људских права или не удовољи подносиоцима представке да на суду докажу своје тврдње. У таквим случајевима, који често укључују распрострањено јавно изражавање незадовољства, Суд се „неизбјежно суочава... са тешкоћама које

⁷⁵ *Edwards против Уједињеног краљевства*, пресуда од 25.11.1992.г., став 417.

⁷⁶ *Sisojeva и други против Летоније*, пресуда од 15.01.2007.г., став 89.

⁷⁷ Такву ситуацију на најбољи начин описује судија *Bernhardt* у свом издвојеном мишљењу у предмету *Вингрове против Уједињеног краљевства* (пресуда од 25. 11. 1996.г.). У том предмету Суд је оцјењивао мјеру Британских власти поводом забране филма *Ecstasy* због богохулништва: *Лично нисам увиђао да је видео филм Visions of Ecstasy требао бити забрањен путем одбијања дозволе за емитовање и такво моје увјерење је, између осталог, засновано на мом утиску гледања тог филма. Али суштина националног поља слободне процјене је у томе да када су другачија мишљења могућа и постоје, међународни судија се може умјешати само онда ако се национална одлука не може разумно оправдати.* Многи аутори се слажу са овим мишљењем. Видјети прије свих Р. Mahoney, *op.cit.* p. 78.

⁷⁸ Lord Mackay of Clashfern, *The Margin of Appreciation and the Need for Balance*. In Mahoney, P., Matscher, F., Petzold, H., Wildhaber, L. (eds.) (2000), *op.cit.* p. 841.

⁷⁹ *Handyside против Уједињеног Краљевства*, пресуда од 7.12. 1976.г., став 49..

има било који првостепени суд“.⁸⁰ Суд мора испитати супростављене наводе странака и утврдити релевантне чињенице. Мора створити одговарајућа правила доказивања и одредити терет и стандарде доказивања неопходне да се докаже повреда Конвенције. Такође, мора одлучити шта да ради у случају када влада има искључиви приступ информацијама које могу поткријепити или оборити наводе подносиоца представке, а не достави Суду такве информације.⁸¹

Супсидијарност је ипак један од оних „еластичних концепата“⁸² који даје велику слободу судији за његову примјену. У Европи се прије може се говорити о идеји комплементарности европског система *vis a vis* унутрашњих правних поредака. Дакле, не постоји хијерархијска веза европског система и унутрашњих правних поредака, већ се се ради о идеји да постоје два нивоа заштите независан један од другог.

Супсидијарност у *материјалном смислу* заснива се на увјерењу да је политичка демократија бољи облик владавине који може обезбиједити поштовање људских права.⁸³ Принцип примарне одговорности држава је суштина Конвенције, док се европски систем *ex post facto* не мијеша у санкционисање неиспуњења ове обавезе. Захтјев да Суд *prima facie* мора у одређеној мјери поштовати националне одлуке донешене у оквиру демократске процедуре, оправдан је самом природом европског механизма надзора над поштовањем људских права. Надржавни суд који се налази у

⁸⁰ *Itakayeva против Русије*, пресуда од 9.11.2006.г., став 111.

⁸¹ По први пут је Суд дубље ушао у чињенично стање неког случаја у другој половини деведесетих година прошлог вијека, и то у групи случајева против Турске који су се тicali кршења људских права од стране турских полицијских и војних снага у курдским регионима. Суд (и раније Комисија) је чак слао мисије које су прикупљале чињенице саслушањем свједока и испитивањем локација гдје су се наводна кршења догодила. Суочен са различитим верзијама догађаја и недостатком сарадње владе, Суд је морао на основу чињеничног стања којег је сам утврдио да доноси одређене закључке. Видјети у Laurence R. Helfer, *Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime* The European Journal of International Law Vol. 19 no. 1 с EJIL 2008;., p.143.

⁸² Denys Simon, « L’usage des concepts élastiques dans la jurisprudence internationale : impressionnisme ou réalisme ? », in *Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Köln/Berlin/Bonn, Carl Heymanns Verlag, 1983, pp. 707.

⁸³ Погледати Преамбулу Конвенције.

потпуности ван националних демократских процеса, може се умијешати само тамо гдје је стварно неопходно тј. када сматра да је државни орган поступао изван граница Конвенције. Свако демократско друштво је по својој природи отворено и плуралистичко, па су тако и многа питања које отвара Конвенција неизбјежно предмет различитих мишљења и ставова.⁸⁴ Сврха Конвенције није да увијек даје предност универзалним концептима. Конвенција није инструмент који ће уклапати различите законе појединачних европских земаља у бескомпромисну униформност или закон који ће на апсолутистички начин детаљно регулисати сва питања људског живота. То је уговор који формулише стандарде који су засновани на европском минимуму заштите људских права, а тај минимум услова морају испунити све државе које желе да постану чланице СЕ.⁸⁵ У оквиру ових граница постоји простор за легитимне разлике у којем државе уговорнице могу развијати свој политички, правни, културни, економски и социјални индентитет. Како би у потпуности поштовао идеју демократског друштва, Суд мора исказати поштовање према изабраним националним владама и такође, у мањем обиму, према дискреционим административним радњама. То није последица чињенице да је Суд међународни орган већ се једноставно ради о томе да Суд поступа као и било који други суд.⁸⁶ Због овакве супсидијарне природе Стразбуршког механизма, његове судије не могу игнорисати резултате националног демократског процеса и представљати пан-европске социјалне инжињере.

Постоје, међутим, и другачија мишљења која се могу свести на тврдњу да универзалност људских права захтјева од свих држава да их примјењују на униформан начин без обзира на разлике у традицији и култури.⁸⁷ Супсидијарност, се

⁸⁴ Paul Mahoney, *Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?* Human Rights Law Journal, 1998, Vol. 19, No. 1, p. 3.

⁸⁵ Olivier Jacot-Guillarmod, *Regles, methodes et principes d'interpretation dans la jurisprudence de la Cour europeenne des droits de l'homme* in Pettiti, L.-E., Decaux, E., Imbert, P.-H. (dir.). *La Convention europeenne des droits de l'homme*, Economica, 2e edition, 1999, p. 50.

⁸⁶ Eva Brems, "The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights", (1996) 56 *Zeitschrift fur Auslandschesoffenthichesrecht und volkerrecht* 240, p. 293.

⁸⁷ James A. Sweeney, 'Margins of appreciation : cultural relativity and the European Court of Human Rights in the post-Cold War era' (2005) 54(2) *ICLQ* 459, 370.

према оваквим становиштима, може посматрати једино кроз призму *процесне супсидијарности*.

Дакле, постоји очигледна тензија између супсидијарности у материјалном смислу и универзалности људских права која се може рјешавати само од случаја до случаја. Конвенцијска права и слободе, како што је нпр. слобода изражавања, дефинисани су на такав начин да обухвате и њихово ускраћивање у одређеним околностима, тако да су ограничења истих подједнако као и позитивна права и слободе сама по себи, дио њихове дефиниције. Начело супсидијарности се подједнако односи на оба аспекта Конвенције: стране уговорнице ће најприје заштити људска права, али је на њима и да одлуче која су ограничења потребна како би се заштитио јавни интерес. Из овог разлога, потребно је одређено средство тумачења које ће повући линију између онога што је заиста ствар локалне заједнице и онога што је тако важно да намеће обавезу свим државама без обзира на разлике у традицији и култури. У овом смислу начело супсидијарности води ка постојању поља слободне оцјене,⁸⁸ односно поље слободне оцјене је практична манифестација материјалног аспекта начела супсидијарности.

Извјесно је да ће значај супсидијарности и даље расти усвајањем Протокола бр.15, којим ће се у преамбули Конвенције изричито поменути ово начело.⁸⁹

⁸⁸ Поред поља слободне оцјене *Petzold* је идентификовао и друге манифестације начела супсидијарности на основу којих функционише Суд. Видјети у Н. Petzold (1993), *op.cit.*, pp. 49-59.

⁸⁹ Протокол бр. 15 уз Конвенцију (CETS 213) је усвојен од стране Комитета министара 16.05.2013.г. и отворен за потпис 24.06.2013.г.

ДИО ДРУГИ

Глава друга

2. НАЧЕЛА ТУМАЧЕЊА КОЈА ЈЕ РАЗВИО ЕВРОПСКИ СУД ЗА ЉУДСКА ПРАВА

2.1. Тумачење Конвенције и улога Бечке конвенције о праву међународних уговора

Људска права су често дефинисана на веома уопштен начин што је случај и са Конвенцијом. Стога је важно утврдити одређена правила тумачења јер не постоје у Конвенцији посебне одредбе о томе на који начин је потребно тумачити исту. Суд се, приликом тумачења Конвенције, у великој мјери придржавао правила тумачења уговора прописана Бечком конвенцијом о праву међународних уговора из 1969. године (у даље тексту: Бечка конвенција).⁹⁰ Тако је Суд у пресуди *Golder protiv Уједињеног краљевства* био става да се у тумачењу Конвенције треба водити члановима 31-33 Бечке конвенције. Чињеница да је Бечка конвенција ступила на снагу у вријеме пресуде *Golder*, као и чињеница неретроактивности те Конвенције, није од толике важности, колико чињеница да је Суд сматрао да су чланови 31-33 општеприхваћена начела међународног права.⁹¹

Основно правило за тумачење међународних уговора из члана 31 (1) Бечке конвенције гласи: *Уговор се мора тумачити у доброј вјери, према уобичајеном смислу израза из уговора у њиховом контексту и у свјетлу предмета и сврхе уговора.*

⁹⁰ СФРЈ је оригинална потписница Бечке конвенције о међународним споразумима и уговорима (конвенција је потписана 23.05 1969.г., а ратификована 27.08. 1970. г.). Службени лист СФРЈ, *Међународни уговори и други споразуми*, бр. 30/72.

⁹¹ *Golder против Уједињеног краљевства*, пресуда од 21.02.1975.г.

Дакле текст Конвенције је полазиште сваког тумачења.⁹² Језичко тумачење је тако најочигледнији метод тумачења, који трага за оним значењем одредбе које је она имала у вријеме када је и настала, односно који се фокусира на „уобичајени смисао“ израза употребљених у Конвенцији.⁹³ „Уобичајени смисао“ се често не може одредити без узимања у обзир контекста, а контекст обухвата текст међународног уговора укључујући и преамбулу.⁹⁴ Бечка конвенција у члану 31 (2) прихвата екстензивну концепцију појма „контекст“ и наводи да ће сваки накнадни споразум и свака накнадна пракса између уговорница бити узета у обзир, као и свако мјеродавно правило међународног права примјењиво на односе између страна. Према члану 31 (4) посебан смисао придаје се неком изразу, ако је установљено да је то била намјера странака.

Текстови на енглеском и француском језику сматрају се вјеродостојним текстовима Конвенције. Уколико упоређивање вјеродостојних текстова покаже разлику, усваја се смисао који, узимајући у обзир предмет и сврху уговора, најбоље усклађује те текстове.⁹⁵ Проблем тумачења Конвенције се понекад може ријешити упоређивањем аутентичних верзија Конвенције, то јест верзија на енглеском и француском језику.⁹⁶

⁹² Према *Bestu* „текстуализам узима језик правне норме као примарни или искључиви извор права (а) зато што поједина дефинишућа и надправна начела говоре о томе да само писани текст може наметнути уставне обавезе, или (б) зато што су аутори имали намјеру да се устав тумачи у складу са текстуалним канонима, или (ц) зато што је текст норме најсигурнија смјерница ка намјери оснивача“ Видјети у Paul Brest, 'The Misconcieved Quest for the Original Understanding', (1980) 60 Boston University Law Review 204, 205.

⁹³ Видјети нпр. *Lawless против Ирске*, пресуда од 1.07.1961.г., став 28: „Док у општем контексту члана 15 Конвенције, природно и уобичајено значење ријечи „друге јавне опасности која пријети опстанку нације“ је прилично јасно”.

⁹⁴ Mark E. Villiger, 2009, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden:MartinusNijhoffPublishers. p. 427.

⁹⁵ Члан 33 став 4 Бечке конвенције.

⁹⁶ Суд се значајно ослањао на упоређивање текста на оба језика када наиђе на питање (у предмету на енглеском језику) да ли је право приступа суду имплицитно обухваћено текстом члана 6 Конвенције: „Најасније индикације могу се наћи у француском тексту, у првој реченици. У области 'contestations civiles' (парничне тужбе), свако има право да се поступак који је сам покренуо или је покренут против њега спроведе на одређени начин [...] али исто тако и примарно 'à sequesa cause soitentendue' (да се у овом поступку поступа)“. Видјети *Golder против Уједињеног краљевства*, став 32.

Када се позива на уобичајени смисао, Суд се најчешће позива на поменути члан 31 (1) Бечке конвенције. Поред тога, Суд је користио уобичајено значење одредби Конвенције, позивајући се на уобичајени смисао права заштићених овим одредбама. На примјер, у предмету *Johnston и други против Ирске*, Суд је нашао да право на развод не проистиче из права на брак на начин како је то право дефинисано чланом 12 Конвенције.⁹⁷

Чланом 32 Бечке конвенције, предвиђена су и одређена допунска средства тумачења. Тако је и историјски метод препознат у пракси Суда. Суд тумачи појмове из Конвенције истраживањем историје израде нацрта Конвенције, увидом у припремне радове, како би дошао до оригиналне намјере страна уговорница.⁹⁸ Дobar примјер је пресуда у предмету *Мааоуиа против Француске* којом је Суд дао уже тумачење члана 6 Конвенције у историјском свијетлу израде текста Протокола 7 уз Конвенцију.⁹⁹ Суд је генерално користио припремне радове како би објаснио уско тумачење одређених одредби. У старијим пресудама, Суд се чешће позивао на припремне радове док их данас ријетко користи. Међутим, у једном новијем предмету *Банковић и други против Белгије и осталих*, Суд се позвао на првобитну намјеру страна уговорница. Када је доносило одлуку о томе да ли НАТО бомбардовање Србије спада у надлежност држава уговорница према члану 1, Велико вијеће се у овом случају изјаснило на следећи начин:

„Међутим, обим члана 1, о којем је ријеч у овом предмету, одређује сам обим позитивних обавеза уговорних страна, и као такав, обим и дomet читавог система заштите људских права успостављеног Конвенцијом, за разлику од питања надлежности органа Конвенције да испитају предмет, о чему се расправљало у предмету *Loizidou* (претходни приговори). У сваком случају, изводи из напријед

⁹⁷ *Johnston и други против Ирске*, пресуда од 18.12.1986. г., став 54.

⁹⁸ На примјер, у односу на питање да ли је право на једнак приступ јавним службама заштићено чланом 10 Конвенције, Суд подвлачи да „државе потписнице намјерно нису укључиле такво право: историја израде Протокола број 4 и 7 ово једнозначно показује“. Видјети *Glaseapp против Њемачке*, пресуда од 28. августа 1986. г. став 48.

⁹⁹ *Мааоуиа против Француске*, пресуда од 5.10.2000. г., став 36.

наведених *travaux préparatoires*, представљају јасан показатељ намјераног значења члана 1 Конвенције које се не може занемарити. Суд би желио нагласити да не тумачи члан 1 „једино” у складу са *travaux préparatoires* нити их сматра „одлучујућим”, већ тај припремни материјал ипак представља јасан потврђујући доказ уобичајеног смисла члана 1 Конвенције, какав је већ утврђен од стране Суда (члан 32 Бечке конвенције)¹⁰⁰.

Након година одбацивања тражења првобитне намјере уговорних страна, Суд се у предмету *Банковић* изричито позвао на припремни рад како би одбацио остале методе тумачења.¹⁰¹ Историјске околности у којима је Конвенција закључена и припремни радови су, међутим, у пракси без већег значаја али, како показује претходно поменути случај, нису у потпуности напуштени.

Суд се такође користи и такозваним логичним тумачењем. Логичко тумачење захтјева да уговор треба тумачити као органску, логичну цјелину чији су поједини дјелови у логичној вези.¹⁰² Суд је у пресуди *Soering против Уједињеног краљевства*, нагласио „да Конвенцију треба читати као цјелину”.¹⁰³ У предмету *Winterwerp против Холандије*, Суд је нагласио да „...логика система заштите успостављена Конвенцијом ограничава обим поступања Суда у овом случају”.¹⁰⁴ Суд је у складу са принципима логичког тумачења настојао да прецизира значење одређених одредби, испитујући мјесто таквих одредби у самој Конвенцији и њихову везу са осталим њеним одредбама.¹⁰⁵

¹⁰⁰ *Банковић и други против Белгије и осталих*, одлука о прихватљивости представке од 12.12.2001.г., став 65.

¹⁰¹ „Да су аутори нацрта имали у виду „узрочно-последичну” врсту одговорности, могли су да усвоје формулацију сличну оној из члана 1 Женевских конвенција од 1949 “. Исто, став 40.

¹⁰² Смиља Аврамов и Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, Савремена администрација, 2003, Београд, стр. 514.

¹⁰³ *Soering против Уједињеног краљевства*, пресуда од 07.07.1989.г., став 103. Видјети такође *Klass против Њемачке*, став 68: “[...] Конвенција се мора читати у својој укупности”.

¹⁰⁴ *Winterwerp против Холандије*, пресуда од 24.10.1979.г., став 46.

¹⁰⁵ Више о овоме у George Letsas (2007), *op.cit.*, 68-72.

Бечка конвенција у члану 31, став 3 (ц) предвиђа да ће се приликом тумачења уговора водити рачуна и о „сваком релевантном правилу међународног права које се примјењује у односима између страна-уговорница“, па је тако и Суд у својој пракси примјењивао метод систематског тумачења, односно утврђивао смисао правила које се тумачи на основу везе са другим правилом међународног права.¹⁰⁶ Тако се Суд ослонио на забрану протјеривања или враћања (*non-refoulement*) предвиђену Конвенцијом УН против мучења, да би утврдио сличну обавезу према Конвенцији.¹⁰⁷ Чак, према Суду, није потребно да је држава у питању ратификовала међународни споразум који је коришћен као помоћ при тумачењу.¹⁰⁸

Најважнији метод тумачења који користи Суд је ипак циљно (телеолошко) тумачење. Суд ће тумачити Конвенцију у свијетлу циља и сврхе, да би остварио „стварну и дјелотворну“ заштиту појединаца. Метод телеолошког тумачења је посебно погодан за пружање широког тумачења појединих појмова из Конвенције. Сликвит примјер претходно реченог је пресуда у предмету *Airey против Ирске*, која се бавила питањем да ли се право на бесплатну правну помоћ, под одређеним околностима, може прихватити у парничним поступцима. Право на пружање бесплатне правне помоћи зајамчено је чланом 6 (ст. 3 тачка с) Конвенције, кад се иста односи на кривични поступак. Међутим, питање пружања правне помоћи у грађанским стварима је намјерно изостављено из Конвенције приликом рада на њеном тексту. Поред тога, ратификујући Конвенцију, ирски парламент је направио следећу резерву:

Влада Ирске овим потврђује и ратификује поменути Конвенцију и прихвата у доброј вјери да спроведе све одредбе садржане у Конвенцији, под условом резерве да такве одредбе не тумаче члан 6 ст. 3, тачка ц Конвенције на начин којим се захтјева пружање бесплатне правне помоћи у ширем обиму него што тренутно постоји у Ирској.

¹⁰⁶ С. Аврамов и М. Крећа (2003), *op.cit.*, стр. 515.

¹⁰⁷ *Soering против Уједињеног краљевства*, став 88.

¹⁰⁸ *Demir and Baykara против Турске*, пресуда од 12.11.2008.г., став 78.

Суд је, међутим, у својој пресуди нагласио да „интенција Конвенције није да јамчи права која су илузорна и теоретска него права која практична и дјелотворна“.¹⁰⁹ Суд је тада закључио да право приступа суду не би било дјелотворно ако не би била пружена бесплатна правна помоћ, без обзира на грађанску природу националних поступака.

Са друге стране, нису од важности само предмет и сврха Конвенције као цјелине.¹¹⁰ У предмету *Witold Litwa против Пољске* Суд је тумачио члан 5 ст.1 (е) који омогућава законито лишење слободе да би се спријечило ширење заразних болести, као и законито лишење слободе душевно поремећених лица, алкохоличара или уживалаца дрога или скитница”. Суд се позвао на циљ и сврху члана што је значило да лица из наведених категорија могу бити притворена не само због опасности коју представљају по „јавну безбиједност“ него и у њиховом интересу. Суд је закључио да се израз „алкохоличар“ не може разумјети само према уобичајеном значењу, као неко ко је завистан од алкохола, него мора обухватити и она лица „чији поступци и понашање под утицајем алкохола представљају опасност по јавни поредак или њих саме“. Суд је потврдио овакво тумачење позивањем на припремне радове коришћене приликом израде Конвенције. Суд је проширио обим језичког тумачења члана 5 (ст.1 (е)) упркос томе што је навео да се „изузети од општег правила...не могу широко тумачити“.¹¹¹

Бечка конвенција, међутим, не даје увијек јасна рјешења за све проблеме приликом тумачења међународних уговора, посебно оних којима се јамче људска права. У ствари, сама таква правила нису недвосмислена. Зависно од многих фактора, од којих је перцепција Суда о сопственој улози најважнији, Суд може нагињати ка тумачењу које је фокусирано на „уобичајени смисао“ или обратно, може нагињати ка тумачењу у складу са „предметом и сврхом“. *White* и *Ovey* наглашавају да се у

¹⁰⁹ *Airey против Ирске*, пресуда од 09.10.1979.г., став 24.

¹¹⁰ Alexander Orakhelashvili, *The interpretation of acts and rules in public international law*, Oxford University Press (2008), p. 353.

¹¹¹ *Witold Litwa против Пољске*, пресуда од 04.04.2000.г., ставови 59-63.

процесу тумачења релевантни чланови Бечке конвенције, иако могу дати одређене смјернице, морају читати са одређеном дозом опрезности због посебне природе Конвенције.¹¹²

Постоји и друго оправдање зашто Бечка конвенције, иако важна као почетна позиција, не може бити алфа и омега тумачењу Конвенције од стране Суда. Суд је нагласио бројне посебне одлике система Конвенције како би оправдао прибјегавање одређеним начелима тумачења. Тако је још 1968. године судско вијеће било става да је, *имајући у виду да се ради о легислативном уговору, неопходно тражити тумачење које највише одговара остваривању циља међународног уговора а не оно које ће у највећој мјери ограничити обавезе које су преузеле стране уговорнице.*¹¹³

Имајући у виду претходно, не представља изненађење да је посебна природа Конвенције рефлектована у приступу Суда по питању тумачења. У пресуди *Soering*, Суд је био става да се „приликом тумачења мора узети у обзир посебна природа међународног уговора за колективну примјену људских права и основних слобода (...). Предмет и сврха Конвенције, као инструмента за заштиту појединачних људских права, тиме захтијевају да се њене одредбе тумаче и примјењују тако да заштита буде практична и ефикасна (...). Поред тога, свако тумачење зајамчених права и слобода мора бити у складу са „општим духом Конвенције, инструмента који је направљен да одржава и промовише идеале и вриједности демократског друштва“.¹¹⁴

Док се принципи тумачења Конвенције могу класификовати према различитим критеријумима,¹¹⁵ општеприхваћено становиште је да они не припадају никаквом

¹¹² Robin C.A. White and Clare Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 5th ed., Oxford University Press, Oxford, 2010., p. 65-66.

¹¹³ *Wemhoff против Њемачке*, пресуда од 27.06.1968.г., став 8.

¹¹⁴ *Soering против Уједињеног краљевства*, став 87.

¹¹⁵ Више о томе у Jessica Simor and Ben Emmerson (eds.), *Human Rights Practice* (London: Sweet & Maxwell, (2000), Chapter 1.

посебном поретку.¹¹⁶ Према ријечима *Simora* и *Emersona*, ове принципе не треба посматрати „као изоловане или као хијерархиски систем, него као дио једне сложене активности која има за циљ да обезбиједи да се испуни сврха и циљ Конвенције.¹¹⁷

Могло би се међутим говорити о томе да методи тумачења, као што су језичко, историјско и систематско заједно са доктрином поља слободне оцјене и доктрином четврте инстанце¹¹⁸ припадају такозваном *судском само-уздржавању* приликом тумачења Конвенције. Са друге стране, посебна природа Конвенције, као међународног уговора за заштиту људских права, гдје је нагласак стављен на предмет и сврху Конвенције, навела је Суд да усвоји прогресивни или активистички приступ оличен у принципима аутономног значења, еволутивног и дјелотворног тумачења. Посебна природа Конвенције, међутим, не значи да она може бити тумачена на начин који није у складу са Бечком конвенцијом.¹¹⁹ Активистички приступи тумачењу које заузео Суд, могу се без проблема подвести под оквир Бечке конвенције.¹²⁰

¹¹⁶ Francois Ost, 'The Original Canons of Interpretation of the European Court of Human Rights' in M. Delmas-Marty and C. Chodkiewicz (eds.), *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions* (Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff, 1992), 283_318.

¹¹⁷ J. Simor, B. Emmerson (2000), *op.cit.*, para. 1.026.

¹¹⁸ Суд се често позивао на доктрину четврте инстанце када се ради о праву на правично суђење али је није много користио у односу на остале одредбе Конвенције. Тако многи аутори, који се баве принципима тумачења Конвенције, не помињу ову доктрину као један од принципа тумачења. Прије би се могло говорити да је ова доктрине израз начела супсидијарности Конвенције. Више о овоме у: David Harris, Michael O'Boyle and Colin Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights* (2nd ed, OUP 2009), 202; Robin C.A. White i Clare Ovey, *op.cit.* (2010), 140; D. Popović, *The Emergence of the European Human Rights Law, An Essay on Judicial Creativity* (Eleven International Publishing 2011), 135-137.

¹¹⁹ Приступ Суда тумачењу Конвенције, који се углавном ослања на одредбе Бечке конвенције, може се укратко описати на начин како је то урађено у предмету *Rantsev против Кипра и Русије* (пресуда од 7.01.2010.г.), када је Суд био става да члан 4 Конвенције, који се односи на ropство и принудан рад, такође обухвата и трговину људима на начин како слиједи (ставови 273-275):

„Као међународни уговор, Конвенција се мора тумачити у свијетлу правила тумачења која су наведена у Бечкој конвенцији од 23. маја 1969. године, на основу Права о међународним споразумима и уговорима. По овој Конвенцији, од Суда се захтијева да обезбиједи примјену уобичајеног значења термина у контексту и у свијетлу предмета и сврхе због које је нека одредба донијета. Суд мора узети у обзир чињеницу да је контекст примјене и значење одредаба неког међународног уговора за дјелотворну заштиту појединачних људских права и да се Конвенција мора тумачити као цјелина, на такав начин да се оснажи унутрашња усклађеност и дослиједност значења њених различитих одредаба. Такође, требало би узети у обзир сва релевантна правила и принципе међународног права који су на снази у узајамним односима Држава уговорница, те би и Конвенцију требало, што је више могуће, тумачити у складу са осталим нормама међународног правног поретка чији је она интегрални

2.2. Аутономно тумачење Конвенције и аутономни појмови

Једна од карактеристика тумачења Конвенције јесте и чињеница да Суд појединим изразима овог међународног уговора придаје посебан, аутономан смисао. Тако утврђен смисао је независтан од унутрашњег права држава уговорница и не мора нужно бити у сагласју са значењем које имају индентични или слични изрази у унутрашњем праву. Поједностављено, имовинско право, према праву људских права, није аутоматски имовинско право како је то дефинисано националним правом, него може имати много шири опсег. Исто тако, поједини прекршаји нису аутоматски кривична дјела зато што су као такви дефинисани у националним кривичним законима. Суд је у више наврата изразио свој став да класификације унутрашњег права могу бити релевантне али никако одлучујуће.¹²¹ Два су кључна разлога због чега се наглашава потреба за аутономијом концепата из Конвенције: непостојање униформности правних традиција у различитим државама (која је дјелимично условљена разликом између англосаксонског и континенталног права) и страх од слабљења дјелотворности заштите коју нуди Конвенција.¹²²

Аутономним тумачењем које користи Суд не придаје се „посебан смисао“ одређеном појму како је то предвиђено чланом 31 (4) Бечке конвенције, зато што се не узима у обзир намјера страна него се више ради о иницијативи Суда. Аутономно тумачење Суда може водити резултатима који одступају од „уобичајеног смисла израза у уговору“, како је то дефинисано чланом 31 (1) Бечке конвенције, али то не значи да је у супротности са правилом о тумачењу према „уобичајеном смислу“. ¹²³ Ако је

дио. Коначно, Суд истиче да предмет и сврха ове Конвенције, као инструмента за заштиту људских бића као појединаца, захтијевају да се њене одредбе тумаче и примјењују тако да заштитне мјере које су њоме предвиђене буду практичне и дјелотворне“.

¹²⁰ Frédéric Vanneste, *General international law before human rights courts*. Antwerp: Intersentia. (2010), p. 227.

¹²¹ Видјети нпр. *Pellegrin против Француске*, пресуда од 8.12.1999.г, став 63.

¹²² Martin Kuijer, „The Blindfold of Lady Justice - Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR”, Wolf Legal Publishers 2004.

¹²³ Walter J. Ganshof Van Der Meersch, “Le caractère “autonome” des termes et la “marge d’appréciation” des gouvernements dans l’interprétation de la Convention européenne des Droits de l’Homme” in F. Matscher and H. Petzold (eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension*. Studies in honour of Gérard J.

уобичајено значење израза другачије међу државама које су стране Конвенције, може се закључити да не постоји јасно уобичајено значење појмова коришћених у Конвенцији. За изразе који се различито користе у различитим државама чланицама, међународни суд мора створити међународну дефиницију. Поред тога, уобичајени смисао ће се дати изразима међународног уговора у одређеном „контексту“, што у овом случају јесте контекст међународне заштите људских права. Такав контекст се може значајно разликовати од контекста у којем се појам користи у унутрашњем праву. Важно је, међутим, да је тумачење конзистентно са предметом и сврхом међународног уговора.

Суд се у трагању за аутономним значењем традиционално ослањао на постојање регионалног консензуса или „заједничког имениоца“¹²⁴ о неком питању али у последње вријеме се све више ослања на универзалистички приступ. То значи да Суд аутономним тумачењем може самостално дефинисати неке од кључних израза из Конвенције, било зато што немају заједничко значење у државама чланицама или, што је чешћи случај, да би спријечио државе да на погодан начин заобиђу обавезе из Конвенције, тако што ће држава нпр. одредити да су одређена кривична дјела само административни прекршаји. Са друге стране, учестала употреба аутономног тумачења може урушити начело супсидијарности, односно Суд би се могао наћи у ситуацији да пружа одговоре на питања на која се може одговорити само на локалном нивоу. У сваком случају, независтан карактер аутономних концепата не смије се прецијенити зато што се Суд често, када даје аутономан смисао, ослања на заједнички именилац у правним традицијама држава уговорница.

Једно од очигледних обиљежја аутономних концепата је да представљају производе судског права (*judge made law*) или тачније речено достигнућа судске праксе.¹²⁵ Суд

Wiarda, Köln/Berlin/Bonn/München, Carl Heymanns Verlag, 1988, 205.

¹²⁴ *Engel и други против Холандије*, пресуда од 8. 07. 1976.г., став 82; *Ozturk против Савезне Републике Њемачке*, пресуда од 21.02.1984.г., став 53; *Konig против Савезне Републике Њемачке*, пресуда од 28.06.1978.г., став 89; *Feldbrugge против Холандије*, пресуда од 29.05.1986.г, став 29; *Daumeland против Савезне Републике Њемачке*, пресуда од 29.05 1986.г., став 63.

¹²⁵ Драгољуб Поповић, Аутономни концепти Европског права људских права, Анали Правног

је квалификовао аутономне концепте као оне чија „дефиниција у националном праву има само релативну вриједност и не представља ништа више осим стартне позиције“.¹²⁶ Они морају бити такви да имају аутономно значење у контексту Конвенције а не значење које је засновано на унутрашњем праву“.¹²⁷ Такође, аутономни концепти су подложни еволуцији. Кроз приступ „живог инструмента“, показало се да значење великог броја израза није статично и да се временом може мијењати, као што ће се показати у даљем тексту дисертације.

Још од предмета *Engel и други против Холандије*, који се односио на представку припадника оружаних снага у вези са прекршајима као што је одбијање послушности (које холандски закон квалификује као дисциплинске), аутономни концепти су постали важно средство тумачења Конвенције које Суд често користи. Суд је том приликом најбоље објаснио логику и важност концепта аутономног тумачења:

*Уколико су државе уговорнице биле у могућности да по свом нахођењу класификују прекршај као дисциплински умјесто као кривични, или да гоне аутора „мјешовитог“ прекршаја по дисциплинском а не по кривичном основу, примјена фундаменталних одредби чланова 6 и 7 (чланова који пружају минимална права онима који су кривично гоњени) биће подвргнута њиховој сувереној вољи. Овако широка слобода држава може водити резултатима који су неспојиви са предметом и сврхом Конвенције.*¹²⁸

Приступ који је Суд примјенио у предмету *Engel* спречава државе уговорнице, да бранећи класификацију из унутрашњег права, онемогуће примјену гаранција из члана 6 у поступцима који се односе на управне и дисциплинске прекршаје. Иако државе имају право да праве разлику између кривичног и дисциплинског права, Суд мора бити увјерен да та разлика не умањује циљ и сврху члана 6 Конвенције.¹²⁹

факултета у Београду, година LVII, 4/2009; стр. 122.

¹²⁶ *Chassagnou против Француске*, пресуда од 29.04.1999.г., став 100.

¹²⁷ *R.L. против Холандије*, одлука Комисије од 18.03.1995.г.

¹²⁸ *Engel и други против Холандије*, став 80.

¹²⁹ *Weber против Швајцарске*, пресуда од 22.05. 1990. г., став 30.

Суд је утврдио аутономан смисао великом броју правних термина. *Sudre* сматра да је Суд као *аутономне појмове* формално оквалификовао само осам термина из Конвенције.¹³⁰ Ријеч је о следећим појмовима: „хапшење“¹³¹ (члан 5, ст.2 Конвенције), „грађанска права и обавезе“¹³² (члан 6, ст. 1 Конвенције), „кривична“¹³³ (члан 6, ст. 1 Конвенције), „оптужба“¹³⁴ (члан 6, ст. 1 Конвенције), „свједок“¹³⁵ (члан 6, ст. 3 (д) Конвенције), „казна“¹³⁶ (члан 7, ст. 1 Конвенције), „имовина“¹³⁷ (члан 1, Протокола бр. 1 уз Конвенцију) и „удруживање“¹³⁸ (члан 11 Конвенције).

Осим наведених, међутим, постоји велики број појмова које Суд тумачи на начин који је независтан од њиховог значења у унутрашњем праву, и због чега их многи из тог разлога називају аутономним појмовима или аутономним концептима.¹³⁹ Такви

¹³⁰ Frédéric Sudre, „Le recours aux „notions autonomes“, in Frédéric Sudre (ed.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'home*, Bruylant, 1998, 96-97.

¹³¹ *Van der Leer против Холандије*, пресуда од 21.02. 1990.г., став 27.

¹³² *X против СР Немачке*, одлука Европске комисије за људска права из 1972.г., *Sporrong and Lonnroth против Шведске*, пресуда од 23.09.1982. г.; *Bethhem против Холандије*, пресуда од 23.10.1985.г., *Feldbrugge против Холандије*; *University of Illinois Foundation против Холандије*, одлука Комисије од 2.05. 1988.г.; *Intersplay против Украјине*, пресуда од 23.05.2007.г. итд.

¹³³ *Neumeister против Аустрије*, пресуда од 27.06.1968.г., став 8; *Engel и други против Холандије*, став 81.; *Ozturk против против Савезне Републике Немачке*, став 50; *Campbell and Fell против Уједињеног краљевства*, пресуда од 28.06.1984.г., став 68, *Demicoli против Малте*, пресуда од 27.08.1991.г., ставови 31-33 итд.

¹³⁴ *Konig против Савезне Републике Немачке*, став 88; *Deweer против Белгије*, пресуда од 27.02.1980.г., став 42; *Adolf против Аустрије*, пресуда од 26.03. 1982.г., став 30; *Ravnsborg против Шведске*, пресуда од 23.03.1994.г. итд.

¹³⁵ *Bönisch против Аустрије*, пресуда од 6.05. 1985.г., ставови 31-32; *Kostovski против Холандије*, пресуда од 20.11. 1989.г., став 40; *Asch против Аустрије*, пресуда од 26.04. 1991.г., став 25; *Vodal против Белгије*, пресуда од 22.04. 1992.г., став 33.

¹³⁶ *Welch против Уједињеног краљевства*, пресуда од 9.02. 1995.г., став 27; *Jamil против Француске*, пресуда од 8.06.1995.г., став 30.

¹³⁷ *Gasus Dossier-und Fördertechnik GmbH против Холандије*, пресуда од 23.02 1995.г., став 53; *Matos e Silva, Lda и други против Португала*, пресуда од 16.09. 1996.г., став 75; *Iatridis против Грчке*, пресуда од 25.03.1999.г., став 54; *Pressos Compania Navera S.A. и други против Белгије*, пресуда од 20.11.1995.г.; *Beuler против Италије*, пресуда од 5.01.2000.г.; *Бивши краљ Грчке и други против Грчке*, пресуда од 23.11.2000.г.; *Stec и други против Уједињеног краљевства*, пресуда од 12.04.2006.г.

¹³⁸ *Chassagnou и други против Француске*, став 100; *Djavit An против Турске*, пресуда од 09.07.2003.г.; *Karakurt против Аустрије*, пресуда од 04.04.2002.г..

¹³⁹ *Letsas* каже да су аутономни концепти „технички термини који се употребљавају у националним правним изворима и имају посебно, неуобичајено значење.“ На тај начин, он истиче постојање појаве коју он назива „ексцентричним рјечником права“. Међутим, овај аутор такође тврди да је проблем класификације на националном нивоу од суштинског значаја у случајевима пред Судом у којима аутономни концепти могу да се примјене. У тим случајевима, Суд неизоставно мора изнијети у својим одлукама разлоге због којих сматра да су одређене класификације на националном нивоу погрешне. Видјети у G. Letsas (2007), *op.cit.*, 53.

појмови укључују концепте као што су „дом“¹⁴⁰ и „приватни живот“¹⁴¹ из члана 8 Конвенције, затим „притвор“, „лишење слободе“, „суд“, „осуда“, „душевно поремећене особе“, „скитнице“, и „службено лице“ из члана 5 Конвенције,¹⁴² „суд“ и „државни службеник“¹⁴³ који се односе на члан 6 Конвенције, „ауторитет и непристрасност суда“ из члана 10 (2) Конвенције, „закон“ из чланова 8, 9, 10 и 11 Конвенције,¹⁴⁴ „жртва“ из члана 34 Конвенције,¹⁴⁵ или „оштећена страна“ из члана 41 Конвенције.¹⁴⁶

Може се примјетити да је Суд у погледу чланова 5 и 6 Конвенције, који дефинишу право на правично суђење, чешће примјењивао правило аутономног тумачења. Разлог томе је, вјероватно, што одредбе ових чланова детаљније прописују обавезе него остале материјалне одредбе Конвенције и што је циљ ових одредби веома јасан. Такође се може тврдити да се чланови 5 и 6 тичу уже друштвене групе, то јест притворених лица, док се нпр. чланови 8-11 често баве питањима која утичу на шири дио друштва.¹⁴⁷ Ужи обим питања којима се баве чланови 5 и 6 је подесан за објективније међународно пресуђење а тиме и за аутономно тумачење Конвенције. Може се тврдити да у довољној мјери постоји међународни консензус (бар у Европи) о стандардима које садрже чланови 5 и 6, који на тај начин представљају напреднију форму људских права.

¹⁴⁰ *Khatun и 180 других против Уједињеног краљевства*, одлука о прихваљивости представке од 1.07.1998.г.; *Niemietz против Немачке*, пресуда од 16.12.1992.г., став 30. *Паулић против Хрватске*, пресуда од 22.10.2009.г.

¹⁴¹ *Niemietz против Немачке*, став 29.

¹⁴² Olivier Jacot-Guillarmond, „Règles, méthodes, et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme”, in Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux et Pierre-Henri IMBERT (eds.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaries article par article*, Paris, Economica, 1995, 49.

¹⁴³ *Pellegrin против Француске; Frydlender против Француске*, пресуда од 27.06.2000. г.

¹⁴⁴ Olivier Jacot-Guillarmond, *op.cit.*, p. 49; F. Mather (1993), *op.cit.*, p. 71.

¹⁴⁵ *Siladin против Француске*.

¹⁴⁶ Исто.

¹⁴⁷ Howard Charles Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, (1996) The Hague: Kluwer, p. 187.

Sudre нпр. разликује „органску аутономију“, и „материјалну аутономију“; односно аутономно тумачење у ширем и ужем смислу.¹⁴⁸ Увијек када Суд даје предност униформном тумачењу концепта над остављањем простора за различита тумачења у различитим јурисдикцијама, то се може назвати аутономним тумачењем у органском, ширем смислу, док се у ствари ради о уобичајеном вршењу судијске функције од стране међународног суда. Материјално аутономно тумачење, односно аутономно тумачење у ужем смислу, се односи само на аутономне концепте који имају јасно карактеристично значење у Конвенцији за разлику од значења истог у унутрашњем праву. Најјаснији примјери материјалног тумачења су концепти „грађанских права и слобода“¹⁴⁹ и „кривична оптужба“ из члана 6 (1) Конвенције.¹⁵⁰ У једном од својих најранијих објашњења аутономних концепата, Комисија је устврдила да се изрази „кривична оптужба“ и „грађанска права и обавезе“ не могу протумачити као просто позивање на домаћи закон Високе стране уговорнице у питању, него се односе на аутоман концепт који се мора тумачити независно, без обзира на то што се општа начела Високих страна уговорница морају узети у обзир приликом сваког таквог тумачења.¹⁵¹ Чак и када текст Конвенције садржи позивање на унутрашње право (као нпр. у случају слободе изражавања „у складу са законом“ у члану 8 (2) или ријечи „законито хапшење и затварање“ у неколико одредби члана 5 (1)), Суд то не сматра као потпуно и искључиво позивање на захтјеве унутрашњег права. Владавина права подразумијева да национални правни стандарди, који представљају основу за

¹⁴⁸ Frederic Sudre (1998), *op.cit.*, p. 99.

¹⁴⁹ „Грађанска права и обавезе“ је специфичан аутономни концепт који је Суд успио да искристалише у својој пракси. Начелно, то су права и обавезе грађанскоправне природе, тј. она која спадају у домен приватног, а не јавног права. У досадашњој пракси Суда, утврђено је да су „грађанска права и обавезе“ по правилу права и обавезе која настају у међусобним односима правних и физичких лица у области грађанског или приватног права – облигација, стварног, наследног, привредног, породичног или радног права. Ситуација се компликује када је ријеч о односу физичког или правног лица и државе, у областима које спадају у тзв. јавно право и посебне државне надлежности. Комисија утврдила је да обавеза служења војске или право на алтернативну цивилну службу не спадају у „грађанска права и обавезе“ ријечима да „грађанска права и обавезе не укључују права и обавезе која се односе на суштину јавног права и која се уживају у својству грађана, а не приватних појединаца”.

¹⁵⁰ Слично у Elias Kastanas, *Unité et Diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme*, coll «Organisation internationale et relations internationales» No 38, Bruxelles, Bruylant 1996, 355-438.

¹⁵¹ *Двадесет и једно притворено лице против СР Немачке*, одлука Комисије од 06.04.1968.г., Collection 27, at 97-116, став 4.

ограничавање права и слобода, испуњавају одређене квалитативне услове, као што је приступачност и предвидљивост закона, и непостојање арбитрерности. На тај начин, Суд може да изврши контролу над садржајем националних правних стандарда. У супротном би се десило да се терет дефинисања обима права из Конвенције преноси на Суд, умјесто да државе правдају сопствене радње.

Иако су често предмет расправа међу ауторима, аутономне концепте Конвенције није лако дефинисати. У основним приручницима о праву Конвенције они се обично спомињу али се готово никада се за њих не дају одговарајуће дефиниције.¹⁵² Такође, у јуриспруденцији Суда се не може пронаћи задовољавајуће утемељење правне дефиниције док аутори често замјерају да страсбуршкој пракси недостају дефиниције „општих и апстрактних“ појмова.¹⁵³ Будући да је ово тачно, аутори нису пропустили шансу да покушају да их сами дефинишу.¹⁵⁴ Тако нпр. *Leach* полази од мишљења да су аутономни концепти они „термини из Конвенције“ за које ће „класификација према националном праву представљати фактор у утврђивању Суда да ли је Конвенција примјењива, али неће бити одлучујући фактор.“¹⁵⁵ *Mahoney*, са своје стране, инсистира на чињеници да аутономан концепт осигурава „универзалност међународног стандарда“ и такође наглашава да закони које доносе државе уговорнице обезбјеђују „изворе за дедуцирање заједничког језгра концепта.“¹⁵⁶

Аутономно тумачење је у антипод примјени поља слободне оцјене у тумачењу, зато што има униформишућу, центрипеталну функцију, док поље слободне оцјене има центрифугалну улогу и усмјерено је ка различитости.¹⁵⁷ Питања границе употребе

¹⁵² F. Sudre, *Droit europeen et international des droits de l'homme*, PUF, collection Droit fondamental, Paris, 7e édition, pp. 232–233.

¹⁵³ E. Kastanas, *op.cit.*, 374.

¹⁵⁴ Листа израза за које Суд сматра да имају експлицитно или имплицитно аутономно значење видјети у F. Vanneste (2010) *op.cit.*, pp. 232–235. Видјети такође D. Popović (2009), *op.cit.*; G. Letsas, The Truth in Autonomous Concepts: How to interpret the ECHR, EJIL 2004, Vol. 15, no.2.

¹⁵⁵ Philip Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Oxford – New York 2005, 165.

¹⁵⁶ Paul Mahoney, „The Comparative Method in Judgments of the European Court of Human Rights: Reference Back to National Law“, *Comparative Law Before the Courts* (eds. G. Canivet, M. Andenas, D. Fairgrieve) London 2004, 145–146.

¹⁵⁷ Eva Brems, *Human Rights: Universality and Diversity*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 396.

аутономног тумачења, као што ће се у даљем тексту показати, се разматрају у оквиру поља слободне оцјене, гдје се и рјешавају конфликти који из такве употребе произилазе.

2.3. Еволутивно тумачење

Еволутивно тумачење је оно тумачење које изразу или концепту даје смисао који се мијења током времена.¹⁵⁸ Стандарди Конвенције нису статични, већ одраз друштвених промјена и не могу се подвргнути концепцијама времена када је она израђена или ступила на снагу.¹⁵⁹ Чињеница је да наука напредује и да се морална становишта друштва и технолошке могућности константно мијењају, а нарочито од времена потписивања Конвенције.¹⁶⁰ Еволутивно тумачење Конвенције омогућава да се њене норме прилагоде новим изазовима, који су последица сложеног развоја европских друштава.¹⁶¹ Стога се може закључити да је значај еволутивног тумачења Конвенције велики, како због протеча времена тако и због све веће важности људских права у Европи генерално.¹⁶² У литератури се овај канон тумачења назива

¹⁵⁸ *Feldbrugge против Холандије*, заједничко издвојено мишљење, став 24.

¹⁵⁹ Søren C. Prebensen "Evolutive interpretation of the European Convention of Human Rights", in P. Mahoney et al. eds. op. cit. p. 1123.

¹⁶⁰ Бивши председник Суда *Ryssdal* је то појаснио на следећи начин: „Демократско друштво и вриједности на којима почива су у покрету што би требало да се односи и на Конвенцију ако се тиме не губи контакт са снагама које су јој дале легитимност“. Видјети у: R. Ryssdal, "Rudolf Bernhardt at the European Court of Human Rights", in: U. Beyerlin a.o. (eds.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung* (Festschrift für Rudolf Bernhardt), Berlin: Springer, 1995, p. 2.

¹⁶¹ D. Popović, "Le droit comparé dans l'accomplissement des tâches de la Cour européenne des droits de l'homme", *Liber amicorum Luzius Wildhaber*, 2007, pp. 371.

¹⁶² Rick A. Lawson, Henry G. Schermers, *Leading Cases of the European Court of Human Rights*, Nijmegen: *Ars Aequi Libri*, 1999, p. 426, n. 11.

још и динамичким тумачењем¹⁶³, доктрином „живог инструмента“, или социолошким методом.¹⁶⁴

Ако говоримо језиком Бечке конвенције, еволутивно тумачење је могуће подвести под тумачење у складу са предметом и сврхом Конвенције.¹⁶⁵ Телеолошко тумачење је тако оправдано давањем приоритета аутономном намјесто језичком тумачењу. Еволутивно тумачење је у ствари врста аутономног тумачења у његовом широком, органском смислу, зато што намеће униформно тумачење спорних концепата.¹⁶⁶ *Gerards* сматра да еволутивни приступ значи да се одредбе Конвенције имају тумачити у складу са предметом и сврхом Конвенције како је то дефинисано преамбулом.¹⁶⁷ Оваквим приступом Суд је развио поједина права, било на начин што их је мијењао или проширивао њихов садржај у свијетлу услова данашњице.

Намјера уговорних страна или примјена историјског метода има ограничену улогу када су у питању међународни уговори којима се штите људска права¹⁶⁸ јер би у супротном постали непримјењиви протеком времена.¹⁶⁹ Тиме се практично смањује утицај припремних радова приликом тумачења Конвенције.¹⁷⁰ Алтернативно рјешење

¹⁶³ Већина аутора сматра да су еволутивно и динамичко тумачење синоними. Међутим, према *Helgensen*-у еволутивно тумачење се односи на ситуације гдје Суд даје одговоре на нове чињенице, друштвене промјене, односно на питања која раније нису била предмет поступања Суда, док се динамичко тумачење односи на ситуације гдје Суд тумачи познате чињенице. Видјети Jan E. Helgesen (speech), “What are the limits to the evolutive interpretation of the Convention?”, The European Court of Human Rights Strasbourg, January 28, 2011, p. 2.

¹⁶⁴ Matthijs de Blois, “The Fundamental Freedom of the European Court”, in: R.A. Lawson & M. de Blois (eds.), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe – Essays in Honour of Henry G. Schermers*, The Hague: Martinus Nijhoff, 1994, p. 57.

¹⁶⁵ *Kamminga* нпр. сматра да се принцип „живог инструмента“ може извести из „накнадне праксе држава“ и „релевантних правила међународног права“ у складу са чланом 31 (3) (б) и (ц) Бечке конвенције. Видјети у Menno T. Kamminga, Final report on the impact of international human rights law on general international law. In: M.T. Kamminga,; M. Scheinin, „The impact of human rights law on general international law“, Oxford University Press; (2009), p. 10.

¹⁶⁶ E. Brems (1996), *op.cit.*, pp. 276-277.

¹⁶⁷ J. Gerards (2009), *op.cit.*

¹⁶⁸ G. Letsas (2007), *op.cit.* p. 59.

¹⁶⁹ P. Mahoney (1990), *op.cit.*, p. 65. Слично у Walter J. Ganshof Van Der Meerch, *op.cit.*, p. 202.

¹⁷⁰ R.A. Lawson, “Adieu les travaux! Het afgenomen belang van de travaux préparatoires voor de uitleg van het EVRM”, in: NJCM-Bulletin 1996, pp. 61-74.

би била измјена међународног уговора што се, због ригидности процедуре измјене, не сматра разумним.¹⁷¹

Правно резонување Суда у предмету *Tyler* инаугурисало је приступ Конвенцији као „живом инструменту“ и тиме довело до широке примјене еволутивног тумачења. Суд је закључио да је судско тјелесно кажњавање (три ударца шибом) нанијето малољетном деликвенту, равно понижавајућем кажњавању према члану 3 Конвенције али не и мучењу или нехуманом понижавању и кажњавању из истог члана. Док је тјелесно кажњавање дјеце било прихватљивије у вријеме када је Конвенција усвојена, идеје о таквим облицима кажњавања су другачије схватане у времену које протекло до предмета *Tyler*. Суд је такав став изразио ријечима да је *Конвенција живи инструмент који (...) мора бити тумачен у свијетлу услова данашњице. У постојећем предмету у ком поступа, Суд не може избјећи утицај околности и заједничких стандарда у казненој политици држава чланица Савјета Европе у овој области*“.¹⁷²

Након предмета *Tyler*, Суд је наставио да користи еволутивну доктрину у односу на различит спектар конвенцијских права: забрана мучења (члан 3),¹⁷³ право на правично суђење (члан 6),¹⁷⁴ право на слободу и безбиједност (члан 5),¹⁷⁵ право на приватан и породичан живот (члан 8)¹⁷⁶ и забрана дискриминације (члан 14).¹⁷⁷

¹⁷¹ H. Mosler, “Problems of interpretation in the Case Law of the European Court of Human Rights”, in F. Kalshove, P.J. Kuiper and J.G. Lammers (eds.), *Essays on the development of the international legal order in memory of Haro F. van Panhuys*, Alphen aan rijn, Sijthoff and Noordhoff, 1980, 160.

¹⁷² *Tyler против Уједињеног краљевства*, пресуда од 25.04.1978.г., став 31.

¹⁷³ Поред поменутог предмета *Tyler* видјети и предмет *Soering против Уједињеног краљевства*.

¹⁷⁴ Право на приступ суду укључује и право на бесплатну правну помоћ у парничним предметима. Видјети у том смислу *Airey против Ирске*, став 26. Исто тако, за одређена процесна питања у Француском Државном савјету видјети *Kress против Француске*, пресуда од 07.06.2001.г., став 70, или за привремене мјере у парници видјети *Micallef против Малте*, пресуда од 15.10.2009.г., ставови 78-86.

¹⁷⁵ *Stafford против Уједињеног краљевства*, пресуда од 28.05.2002.г., став 68.

¹⁷⁶ За разматрања о изразу „приватни живот“ видјети *Christine Goodwin против Уједињеног краљевства*, пресуда од 11.07.2002.г.; *Niemietz против Немачке*, став 29; *Halford против Уједињеног краљевства*, пресуда од 25.06.1997.г., ставови 43-46. За израз „породични живот“ видјети *Marckx против Белгије*, пресуда од 13.06.1979.г.; *McMichael против Уједињеног краљевства*, пресуда од 24.02.1995.г. За израз „дом“ видјети *Société Colas Est и други против Француске*, пресуда од 16.04.

Поред овога, бројни су примјери динамичких измјена концепата породице, образовања, присилног рада или слободе синдикалног удруживања.

Суд је приликом разматрања одређених питања указао да неће бити везан ранијим пресудама ако осјети да услови садашњице захтијевају веће стандарде заштите људских права него што су раније постојали. У односу нпр. на члан 3 Конвенције, Суд је у појединим предметима био мишљења, да се мучењем сматрају и она понашања која су се у прошлости сматрала нечовјечним или понижавајућим поступањем.¹⁷⁸ Тако се концепт понижавајућег поступања може тумачити на начин да обухвати расну дискриминацију иако то није било у мислима аутора Конвенције.¹⁷⁹ У предмету *Rees против Уједињеног краљевства*, који се тичао одбијања британских власти да измијене трансродној особи ознаку пола на изводу из књиге рођених, Суд је најавио да у будућности може ревидирати своју праксу, која га је у конкретном случају навела да закључи да понашање власти није противно заштити приватног живота.¹⁸⁰

Смисао израза „породични живот“ из члана 8 Конвенције најсликовитије показује како се Конвенција тумачила како би се узеле у обзир друштвене промјене. На примјер, однос између родитеља и дјеце рођене у ванбрачној заједници је заштићен као породични живот,¹⁸¹ као и стабилни неформални партнерски односи.¹⁸² Суд се, поводом истог члана, ослањао на еволутивно тумачење у више предмета који су се

2002.г.. На исти начин је такозвано „право животне средине“ путем еволутивног тумачења нашло своју примјену у јуриспруденцији Суда. У овом смислу видјети *Hatton и други против Уједињеног краљевства*, пресуда од 8.07.2003.г.

¹⁷⁷ За анализу једнакости између дјеце рођене у браку и оне рођене у ванбрачној заједници видјети предмет *Marckx*. Затим по питању једнакости између хетеросексуалаца и хомосексуалаца видјети предмет *Dudgeon против Уједињеног краљевства*, пресуда од 22.10.1981.г. и за једнакост међу половима видјети *Schuler-Zraggen против Швајцарске*, пресуда од 24.06.1993.г.

¹⁷⁸ *Selmouni против Француске*, пресуда од 28.7.2000.г., став 101. Суд је навео да „сматра да се поједине радње, које су у прошлости класификоване као „нечовјечно или понижавајуће поступање“ насупрот „мучењу“, могу у будућности класификовати и на другачији начин.

¹⁷⁹ Jacobs, White & Ovey (2010), *op.cit.*, p.72.

¹⁸⁰ *Rees против Уједињеног краљевства*, пресуда од 17.10.1986.г., став 47.

¹⁸¹ *Marckx против Белгије*, став 31.

¹⁸² На примјер *Keegan против Ирске*, пресуда од 26.05 1994.г., став 44, *Kroon и други против Холандије*, пресуда од 27.10. 1994.г., став 30.

бавили правима трансексуалаца како би се признао њихов нови полни индентитет.¹⁸³ Схватања Суда по овим питањима су очигледно либералнија у односу на традиционалне ставове према породици и породичном животу који су важали у вријеме рада на Конвенцији, чиме је уважио суштину и реалност односа.¹⁸⁴ Такође, заштита приватности се мора развијати тако да би се обухватила најновија технолошка достигнућа која нису постојала прије педесет година.

Међутим, Суд је показао да по појединим питањима неће допустити да Конвенција бесконачно еволуира. Постоје спољне границе активизма Суда. У предмету *Pretty против Уједињеног краљевства*, Суд се бавио осјетљивим питањем еутаназije или асистираниог самоубиства. Неизлечиво обољела подносиатељка представке је у том предмету сматрала да су прекшени чланови 2 и 3 Конвенције, јер јој држава није гарантовала да њен муж неће бити гоњен ако јој помогне приликом самоубиства. Суд је одлучно одбацио представку уз образложење да „без обзира што Суд мора заузети динамичан и флексибилан приступ тумачењу Конвенције, свако тумачење мора бити у сагласности са фундаменталним циљевима Конвенције. Члан 2 Конвенције представља, на првом мјесту, забрану употребе смртоносне силе или другог понашања које може довести до смрти људског бића и не може бити предмет било каквог захтјева појединца према држави од које тражи да дозволи или омогући такву смрт“.¹⁸⁵ Такође, у предмету *Johnston*, Суд је одбацио мишљење према којем је правна забрана развода у Ирској противна члану 12 (право на брак), тиме одбацивши представке засноване на друштвеним промјенама које су наступиле након усвајања Конвенције. Суд је том приликом нагласио: „Истина је да се Конвенција и њени протоколи морају тумачити у свијетлу услова данашњице. Суд, међутим, не може путем еволутивног тумачења, извести из ових инструмената право које није укључено у исту од самог почетка“.¹⁸⁶ Такође, у предмету *Банковић*, Суд је навео да

¹⁸³ Видјети посебно *Goodwin против Уједињеног краљевства*.

¹⁸⁴ D.J. Harris, M. O'Boyle, and C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London/Dublin/Edinburgh, Butterworths, 1995, 312-313.

¹⁸⁵ *Pretty против Уједињеног краљевства*, пресуда од 29.2.2002.г., став 54.

¹⁸⁶ *Johnston против Ирске*, став 53.

динамичко тумачење неће бити искоришћено да прошири јурисдикциону основу Конвенције.¹⁸⁷

Еволутивно тумачење је углавном прихваћено са одобравањем од стране стручне јавности. Поједини аутори су говорили о еволутивном тумачењу као „веома укоријењењеном у јуриспруденцији Стразбура“ и као „флексибилно, мада ограничено, средство прилагођавања праву Конвенције.“¹⁸⁸ Некадашњи председник Комисије а касније и судија Суду, *Max Sorensen* био је наклоњен еволутивном тумачењу, које по њему, може исправити неке од недостатака Конвенције. Међутим, он сматра да оригинални смисао израза, који се изводи из припремних радова и околности закључења Конвенције, према логици члана 31 Бечке конвенције, не би смио надјачати смисао који је производ измјена у менталитету и праксама годинама након тога.¹⁸⁹ Један од бивших председника Суда, *Wildhaber* је у својим радовима нагласио да је еволутивно тумачење основа за дјелотворност система Конвенције и ауторитет Суда.¹⁹⁰ *Letsas* наглашава да динамичко читање Конвенције обезбјеђује да су права која јамчи практична и дјелотворна.¹⁹¹ Поједини аутори наглашавају да еволутивно тумачење пружа неопходан степен флексибилности праву Конвенције у брзомијењајућој средини.¹⁹² Други су у овом смислу тумачили намјеру уговорних страна да обезбиједи „заштиту појединца од пријетњи будућности као и од пријетњи прошлости“.¹⁹³

¹⁸⁷ *Банковић и други против Белгије*, ставови 64-65.

¹⁸⁸ S.C. Prebensen (2000), *op.cit.*, p. 1123.

¹⁸⁹ Max Sorensen, “Do the rights set forth in the European Convention on human rights in 1950 have the same significance in 1975”, in Proceedings of the 4th International colloquy on the European Convention on Human Rights, 5-8 November 1975, Stasbourg, 1976, p.88-89.

¹⁹⁰ Luzius Wildhaber, *European Court of Human Rights*, 40 CANADIAN YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW 310 (2002).

¹⁹¹ G. Letsas (2009), *op.cit.*, p. 79.

¹⁹² Marton Varju, *Transition as a concept of European human rights law*, EUROPEAN HUMAN RIGHTS LAW REVIEW (EHRLR) 170, 172 (2009).

¹⁹³ C. Ovey, R.C.A. White (2010), *op.cit.*, p. 72.

Критика еволутивног тумачења се углавном своди на угрожавање начела пристанка држава, ако се државе стално подвргавају стандардима на које се нису обавезале.¹⁹⁴ Критике су углавном биле присутне у издвојеним мишљењима која су се касније узимала у обзир од стране самог Суда. На примјер, у издвојеним мишљењима у предметима *Feldbrugge* и *Deumeland* речено је да „еволутивно тумачење омогућава да се варијабилни и мијењајући концепти, који су већ садржани у Конвенцији, могу тумачити у свјетлу услова данашњице, али не допушта да се у Конвенцију уводе потпуно нови концепти или области примјене: ради се о легислативној функцији која припада државама чланицама Савјета Европе“.¹⁹⁵ На апстрактнијем нивоу, принцип еволутивног тумачења поставља питање гдје се тумачење завршава а гдје почиње измјена уговора. Суд је испитујући у предмету *Soering* утицај доцније праксе држава (према члану 31 (3) Бечке конвенције) на тумачење Конвенције, чиме се одступило од текста Конвенције, нашао да се доцнија пракса држава у форми општег укидања смртне казне може сматрати споразумом међу државама чланицама о укидању изузетка предвиђеног чланом 2 (1) и тако уклонио текстуално ограничење обима овог члана у корист еволутивног тумачења члана 3.¹⁹⁶ У предмету *Cruz Varas и други против Шведске*, Суд је био мишљења да се доцнија пракса може сматрати споразумом држава уговорница који се односи на тумачење одредби Конвенције, а не таквом да ствара нова права и обавезе која првобитно нису била обухваћена Конвенцијом.¹⁹⁷ Овакво резонување тешко је помирити са ставом израженом у пресуди *Soering* да доцнија пракса може водити укидању изузетка предвиђеног чланом 2 (1) Конвенције.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Видјети нпр. издвојено мишљење судије *Fitzmaurice*-а, који је у предмету *Golder* рекао да се од држава уговорница не може очекивати да се повинују обавезама које нису артикулисане или дефинисане. У овом предмету је Конвенција тумачена на динамичан начин у смислу да је право на приступ суду заштићено чланом 6.

¹⁹⁵ *Feldbrugge против Холандије*, заједничко одвојено мишљење судије *Matscher*-а и осталих.

¹⁹⁶ *Soering против Уједињеног краљевства*, став 103.

¹⁹⁷ *Cruz Varas и други против Шведске*, пресуда од 20.03.1991.г., став 100.

¹⁹⁸ Pieter Van Dijk and G. J. H. Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International, Third Edition, 1998, pp.78-79.

Постоје такође мишљења да еволутивно тумачење угрожава дослиједност судске праксе, правну сигурност и предвидљивост¹⁹⁹ и да је тешко одредити прави тренутак за еволуцију.²⁰⁰ Постоји веома раширено мишљење да примјена еволутивног тумачења има слабо утемељење у емпиријским подацима што често доводи до критика на рачун површности овог метода.²⁰¹

Еволутивно тумачење је најбоље анализирати кроз однос са утврђивањем консензуса, односно употребом компаративног метода од стране Суда, са којим се налази у симбиотском односу.

2.3.1. Еволутивно тумачење и анализа „европског консензуса“

У одређивању обима обавеза уговорних страна Конвенције, Суд се, између осталог, служи испитивањем постојања „европског консензуса“. Појам консензуса се, у контексту Конвенције, генерално схвата као основа за еволуцију норми Конвенције кроз праксу Суда.²⁰² „Европски консензус“ је у литератури општеприхваћен термин који се користи како би описао испитивање Суда о томе да ли постоји заједничка основа, углавном у праву и пракси држава чланица СЕ.²⁰³ Поједини аутори дефинишу „европски консензус“ као општи споразум већине држава чланица СЕ о одређеним правилима и принципима идентификованим путем компаративног

¹⁹⁹ Hans LM Gribnau, *Legitimacy of the Judiciary*, 6 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW (2002).

²⁰⁰ Luc B. Tremblay, *General legitimacy of judicial review and the fundamental basis of constitutional law* 23 OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES 525, (2003).

²⁰¹ Alastair Mowbray, *The Creativity of the European Court of Human Rights* 5 HUMAN RIGHTS LAW REVIEW, 57, 61 (2005).

²⁰² Anatoly Kovler, Vladimiro Zagrebelsky, Lech Garlicki, Dean Spielmann, Renate Jaeger and Roderick Liddell, “The role of consensus in the System of the European Convention on Human Rights”, in *Dialogue between Judges, European Court of Human Rights, Strasbourg, Council of Europe*, 2008, p. 15.

²⁰³ Већина теоретичара се користи термином „европски консензус“ да би нагласили улогу консензуса у контексту Конвенције. Консензус је иначе увијек играо улогу у међународном праву, било као елемент у развоју обичајног права или као техника одлучивања у међународним организацијама и на дипломатским конференцијама. Консензус је очигледно релевантан и приликом елаборирања легислативних уговора.

истраживања националног и међународног права и праксе.²⁰⁴ Међутим, ови елементи се стално мијењају, па је тумачење у складу са консензусом блиско повезано са еволутивним тумачењем.²⁰⁵ Доктрина консензуса се понекад назива и компаративним методом тумачења Конвенције зато што се заснива на упоређивању правних система и пракси.²⁰⁶

Да би утврдио *европски консензус* Суд спроводи компаративно истраживање примарно правних извора, то јест унутрашњих законодавстава држава чланица СЕ, међународних уговора којима су државе чланице СЕ стране уговорнице,²⁰⁷ аката међународних организација²⁰⁸, па чак и права држава које нису чланице СЕ.²⁰⁹ Суд се у одређеној мјери такође ослања и на неправне изворе као што су европско јавно мњење²¹⁰ или мишљење стручњака.²¹¹ Поједини аутори су покушали да изврше одређене класификације *консензуса*.²¹² Изналажење „консензуса” међу различитим

²⁰⁴ Kanstantsin Dzehtsiarou, *Does Consensus Matter? Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights*, PUBLIC LAW 534, 541-548 (2011).

²⁰⁵ Voy. F. Rigaux, « Interprétation consensuelle et interprétation évolutive », in F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 41-62.

²⁰⁶ E. Brems (1996), *op.cit.*, pp. 276-277; P.G. Carozza, *Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*. Notre Dame Law Review, 1998, Vol 73:5; Christos Rozakis, *The European Judge as Comparativist*, 80 TULANE LAW REVIEW 257, 260-261 (2005).

²⁰⁷ У предмету *Autronic AG против Швајцарске*, (пресуда од 22.05.1990.г, став 60), Суд се нпр. позвао на Европску конвенцију о прекограничној телевизији или нпр. предмет *Engel против Холандије* (став 72), Суд се позвао на Женевску конвенцију о поступању са ратним заробљеницима.

²⁰⁸ Нпр. у предмету *Cosseu* Суд се, расправљајући о правном статусу трансродних особа, између осталог позвао на *Препоруку Парлементарне Скупштине СЕ 1117 (1989) о статусу трансексуалаца*.

²⁰⁹ У предмету *Johnston против Ирске* (став 40), Суд је чак цитирао и пресуду Врховног суда Сједињених држава као прилог сопственом разумијевању појма јавног интереса (у смислу права на несметано уживање својине) у недостатку стандарда у правним системима држава чланица СЕ. Ријеч је о пресуди Врховног суда САД *Hawai Housing Authority против Midkiff* 10` S. Ct 2321 (1984). У предмету *Appelby против Уједињеног краљевства* (пресуда од 06.05.2003.г., ставови 24-31), Суд се ослонио на праксу судова у САД-у и Канади како би одбацио тврдње подносиоца представке ријечима да „joш увијек не постоји никакав консензус који би помогао Суду...“.

²¹⁰ Према терминологији коју Суд користи ради се о „јавном мњењу“, „ставовима друштва“ или „расположењу друштава“.

²¹¹ L.R. Helfer, "Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights ", Cornell Int'l LJ, Vol. 26, 1993, pp. 133-165.

²¹² Судија *Kovler* је разликовао три различите групе консензуса: (i) консензус између свих судија Суда; (ii) консензус међу заједницом правника; (iii) консензус јавног мњења у ширем смислу. Anatoly Kovler, *Dialogue between judges, European Court of Human Rights*, Council of Europe, 2008. *Dzehtsiarou* је набројао четири типа консензуса (i) консензус између већине држава чланица СЕ у односу на одређене вриједности и морална начела утврђен компаративном анализом; (ii) међународни консензус утврђен

унутрашњим и међународним правним системима треба посматрати више као примање к знању одређених општих трендова како би Суд утемељио одређено тумачење Конвенције и на тај начин отклонио сумње у исправност таквог тумачења. Другим ријечима, чињеницу да је већина држава чланица СЕ усвојила слично рјешење, Суд сматра снажним показатељем валидности одређеног тумачења и прилог је исправности осталих аргумената таквог тумачења.

У поменутом предмету *Tyner*, Суд је нагласио да „нема другог избора осим да трпи утицај новина и општеприхваћених стандарда у казненој политици држава чланица Савјета Европе у овој области“, чиме је по први пут употребио „европски консензус“ и то на начин да се позвао на заједнички стандард у законодавствима држава чланица.²¹³

У предмету *Marckx*, Суд се у мањој мјери ослонио на законе држава чланица, а више на два међународна уговора закључена у оквиру СЕ као доказ еволуције и постојања општег става. Овај предмет се бавио белгијским законима који су на неједнак начин третирали ванбрачну дјецу и дјецу рођену у браку (члан 14 у вези са чланом 8 Конвенције). Суд је био става да је „...домаће право велике већине држава чланица СЕ еволуирало и наставља да еволуира, заједно са релевантним међународним инструментима, ка пуном судском признању максиме *mater semper certa est*“. Са жељом да изнађе консензус тамо гдје га није било (јер су ове конвенције у том тренутку ратификовале свега четири државе чланице СЕ²¹⁴), Суд је објаснио да тако мали број држава чланица СЕ које су ратификовале Конвенцију није толико значајан

прегледом међународних уговора; (iii) унутрашњи консензус у одређеној држави; и (iv) консензус стручњака. К. Dzehtsiarou, “European Consensus: a way of reasoning”, 11 *CD Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies* (2009), p.10.

²¹³ *Tyner*, став 32.

²¹⁴ Исто. Ријеч је о Бриселској конвенцији из 1962. године о успостављању материнског посвојења ванбрачне дјеце и Европској конвенцији о правном статусу дјеце рођене у ванбрачној заједници из 1975. године.

колико само постојање међународног уговора који „указује да постоји јасна мјера заједничког основа у овој области међу модерним друштвима“.²¹⁵

Супротно пракси у предмету *Marckx*, упоредна анализа Суда у предмету *Odièvre против Француске* фокусира се само на право и праксу држава чланица без позивања на међународне документе, што је изазвало критику у издвојеним мишљењима. Предмет се тичао права подносиоце представке да сазна информацију о њеној биолошкој породици, што је било у супротности са правом њене мајке да се анонимно породи. Док је већина судија прихватила да „у већини држава уговорница не постоји законодавство које је упоредиво са оним који се примјењује у Француској“, судије које су имале издвојена мишљења, критиковале су овакав приступ, наводећи да „већина пропушта да се позове на различите међународне инструменте који имају одлучујућу улогу у постизању консензуса и који могу да постигну равнотежу међу узјамно супростављеним правима појединаца“. Насупрот предмету *Marckx*, судије које су остале у мањини сматрале су да је препознавање новина или трендова на међународном плану оно што је недостајало у одређивању обима обавезе државе.²¹⁶

Осим „европског консензуса“, Суд је у појединим предметима анализирао и „међународни консензус“. Тако је нпр. у предмету *Godwin* спроведена независна стручна упоредна анализа на нивоу држава уговорница, као и земаља изван европског континента, како би се установио заједнички приступ. Суд је на основу ове студије закључио да не постоји *општи европски приступ* међу државама уговорницама. Међутим, Суд је занемарио ту чињеницу и придао значај „међународном тренду“ у корист све већег друштвеног прихватања трансродних особа.²¹⁷ Другим ријечима, поље слободне оцјене је сужено захваљујући пракси и праву присутној у државама изван европског континента, као што су Јужна Африка,

²¹⁵ *Marckx*, став 41.

²¹⁶ *Odièvre против Француске*, пресуда од 13.02.2003.г., Заједничко издвојено мишљење судије *Wildhaber*-а и осталих.

²¹⁷ *Christine Goodwin против Уједињеног краљевства*.

Канада, већина федералних држава САД и друге. Међутим, у другом предмету који се бавио аустријским монополем емитовања, компарација је била ограничена само на „европске државе које су величином упоредиве са Аустријом“.²¹⁸

У пар предмета Суд се позвао и на „еволуцију друштвених ставова“ као показатељом консензуса. Тако нпр. у предмету *МС против Бугарске*, у којем се указивало на неефикасност закона против силовања и праксе кривичног гоњења истог, Суд је био става да еволуција друштвених ставова према једнакости полова захтијева да је сваки облик принудног полног односа инкриминисан као силовање, укључујући и случајеве у којима жртва не пружа физички отпор, иако многе државе чланице немају овакав приступ.²¹⁹

Суд се позивао на постојање или непостојање европског консензуса у односу на широк спектар права из Конвенције, као нпр. у предметима који су се односили на право на живот,²²⁰ забрану тортуре,²²¹ право на слободу и сигурност,²²² правично суђење,²²³ лична права и слободе предвиђена члановима 8-11,²²⁴ имовинска права,²²⁵ право на образовање²²⁶ и бирачко право.²²⁷ У односу на друга права из Конвенције, Суд се није позивао на *европски консензус* или је то чинио у мањој мјери јер постоји чврсто убјеђење да су иста заснована на трајно успостављеним заједничким вриједностима европског друштва.²²⁸

²¹⁸ *Informationsverein Lentia и други против Аустрије*, пресуда од 24.11.1993.г., став 42.

²¹⁹ *МС против Бугарске*, пресуда од 04.12.2003.г., став 166.

²²⁰ *Vo против Француске*, пресуда од 08.07.2004.г., став 82.

²²¹ *Selmouni против Француске*, ставови 96-100.

²²² *Stafford против Уједињеног краљевства*, ставови 68-69.

²²³ *Micallef против Малте*, став 78.

²²⁴ *Goodwin*, ставови 85-86 или *Unal Tekeli против Турске*, пресуда од 16.11.2004.г., став 6176), *Stoll против Швајцарске*, пресуда од 10.12.2007.г., став 155.

²²⁵ *Mazurek против Француске*, пресуда од 01.02.2000.г., став 31.

²²⁶ *D.H. и други против Чешке Републике*, пресуда од 13.11.2007.г., став 181.

²²⁷ *Hirst против Уједињеног краљевства*, пресуда од 06.10.2005.г., став 81.

²²⁸ D. J. Harris, M.O'Boyle, E. P. Bates, C. M. Buckley, 'Harris, O'Boyle & Warbrick', *Law of the European Convention On Human Rights*, Oxford U.P., 2nd ed., 2009, p. 8.

Када пресуђује случај позивањем на еволутивни карактер Конвенције, Суд прави процјену о тренутку када је промјена у политици, законодавству или друштвеним ставовима достигла довољно широку прихваћеност у европским државама да утиче на смисао Конвенције. Колики број европских држава је потребан да би се постигла „довољно широка прихваћеност“ је питање на које је тешко дати одговор јер Суд, испитујући факторе постојања консензуса, говори језиком општих појмова као што су „велика већина“²²⁹ или „велики број“.²³⁰

„Европски консензус“ је ипак оборива претпоставка у корист рјешења које је усвојено од стране већине држава чланица.²³¹ На примјер, Турска је била последња држава у Европи у којој је било противправно да жена задржи своје дјевојачко презиме након што се уда. Суд је био става да је овај закон кршио члан 14, кад се узме у вези са чланом 8 Конвенције.²³² Међутим, чак и случају да је право тужене државе у супротности преовладавајућим правом и праксом у Европи, то аутоматски не значи да држава у питању крши Конвенцију. Суд је, одлучујући да ли ограничења ступања у брак према швајцарском праву представљају кршење члана 12, примјетио да су слична ограничења укинута у осталим земљама. Међутим, навео да је „чињеница да се на крају постепене еволуције, земља нашла у изолованом положају у односу на појединачни аспект њеног законодавства, нужно не значи да исти аспект вријеђа Конвенцију, посебно у области брака који је у блиској вези са културним и историјским традицијама сваког друштва и његовим дубоко укоријењеним идејама о породичној заједници“.²³³ Разлози који могу оправдати одступања од рјешења која пружа европски консензус су разноврсни почевши од „међународног тренда“,²³⁴ „моралне осјетљивости питања“²³⁵ до „историјских и политичких разлога“²³⁶ и

²²⁹ *Dudgeon против Уједињеног краљевства*, ставови 23-24.

²³⁰ *Johnston против Ирске*, став 30.

²³¹ E. Brems (2001), *op.cit.*, p.420 .

²³² *Ünal Tekeli против Турске*, став 62.

²³³ *F. против Швајцарске*, пресуда од 18.12. 1987.г., став 33.

²³⁴ *Godwin против Уједињеног краљевства*.

²³⁵ *A. V. and C. против Ирске*, пресуда од 16.12.2010.г., став 188.

²³⁶ *Republican Party of Russia против Русије*, пресуда од 12.04.2011.г., став 126.

осталих фактора. Стоји, међутим чињеница да „држава дисидент“²³⁷ има тежак терет доказивања ако намјерава да докаже исправност сопствене позиције.

Суд је такође држао отвореном могућност да у будућности одступи од раније судске праксе ако се постигне довољно широк консензус о одређеном питању између држава чланица. То је нарочито било присутно у предметима у којима се Суд бавио правима трансродних особа. У предмету *Rees*, Суд је утврдио да су неке државе дале могућност избора трансродним особама да измијене свој лични статус, али под различитим условима, док у другим државама такав избор не постоји. Суд је закључио да је у овој области „право у транзиционој фази“.²³⁸ Најављена измјена судске праксе десила се у предмету *Godwin*, када је Суд утврдио да одбијање измјене увјерења о рођењу пост оперативних трансексуалаца представља повреду члана 8 за разлику од предмета *Sheffield, Cossey* и *Rees*, када је одлучио да није дошло до повреде истог члана зато што у то вријеме није постојао „заједнички европски приступ“.²³⁹

Чак и ужи преглед судске праксе, како је то претходно учињено, упућује на закључак да позивање на „европски консензус“ није у довољној мјери конзистентно, извјесно и предвидљиво. Овај недостатак Суд надомјешта позивањем на моралну вриједност људских права.²⁴⁰ Ријеч је најчешће о предметима гдје је људско право у конфликту са циљем заштите морала и етичким схватањима, односно предмети у којима је Суд испитивао измјене перцепције друштва у моралној сфери. У таквим предметима, Суд једноставно каже да не постоји консензус јер не постоји јединствена концепција морала, без анализе праксе држава чланица или међународних и компаративних

²³⁷ Marisa Iglesias Vila, *A Margin of Appreciation Doctrine for the European Convention on Human Rights: In Search of a Balance between Democracy and Rights in the International Sphere*, Yale Law School, Panels on Human Rights: Theoretical Possibilities and Practical Challenges, 2012, p. 17.

²³⁸ *Rees*, став 37, *Cossey*, став 40.

²³⁹ *Sheffield and Horsham против Уједињеног краљевства*, пресуда од 30.07.1998.g, став 57. Упркос чињеници да су 23 од тадашњих 37 држава чланица СЕ дозволиле измјене полног индентитета пост оперативних трансексуалаца у увјерењима о рођењу, то није био доказ „заједничког европског приступа“.

²⁴⁰ G. Letsas (2009), *op.cit.*, p. 74.

правних стандарда по одређеном питању. Очигледан примјер је поменути предмет *Pretty*, када се Суд није упустио у еволутивно тумачење јер постоји морална контроверза по питању еутаназије у различитим државама чланицама СЕ. Исто тако, Суд је у предмету *Dudgeon* признао да, када је у питању морал, постоје разлике у ставовима и јавном мњењу између Сјеверне Ирске и Велике Британије и да су релевантан фактор.²⁴¹ У предмету *Wingrove*, Суд није утврдио кршење члана 10, уз објашњење да је већа слобода дата државама по питањима која могу вријеђати интимна лична убјеђења у сфери морала и религије.²⁴² Као и по питању морала, не постоји јединствена европска концепција заштите од вријеђања религијских убјеђења.²⁴³ Такође у низу предмета који су се бавили питањима хомосексуализма²⁴⁴ и трансексуализма (члан 8),²⁴⁵ као и такозваним правом репродуктивног самоодређења,²⁴⁶ Суд је махом утврђивао да не постоји *европски консензус* по овим питањима и на тај начин рестриктивно тумачио Конвенцију у корист тужене државе.

Дакле, однос између еволутивног тумачења и анализе консензуса није једносмјеран и једнозначан. Суд је углавном користио аргумент консензуса како би иницирао и потврдио еволутивно тумачење. Корелација између консензуса и еволутивног

²⁴¹ *Dudgeon*, став 49.

²⁴² *Wingrove против Уједињеног краљевства*, став 58.

²⁴³ Непостојање *консензуса* послужило је да се допусте институционалне мјере које имају за циљ заштиту већинских вјерских осјећања од слободе изражавања у Великој Британији, Аустрији, Ирској и Турској, упркос чињеници да је Суд ставио до знања да не постоји јасна европска тенденција да се елиминишу забране само на основу вријеђања религије. Видјети посебно предмете *Otto Preminger Institut против Аустрије*, пресуда од 20.09.1994.г.; *Wingrove против Уједињеног краљевства*; *Murphy против Ирске*, пресуда од 10.06.2003.г.; и *I.A. против Турске*, пресуда од 13.09.2005.г.

²⁴⁴ У неким ранијим одлукама Комисије, државама уговорницама је било дозвољено кажњавање хомосексуализма као нпр. у предмету *X. против Њемачке*, одлука Комисије од 17.12.1955.г. (*Yearbook of the ECHR* Vol. I, p. 228); За усвајање дјце од стране хомосексуалаца видјети предмете *ЕВ против Француске*, пресуда од 22.01.2008.г. и *Frette против Француске*, пресуда од 26.02.2002.г.

²⁴⁵ У односу на право трансродних особа на вршење родитељског права видјети *X, Y and Z против Уједињеног краљевства*, пресуда од 22.04.1997.г. или у односу на формално признање новог полног идентитета видјети пресуду *Goodwin*.

²⁴⁶ За контроверзе везане за абортус видјети *RH против Норвешке*, одлука Комисије о прихватљивости од 19.05.1992.г.; *Boso против Италије*, пресуда од 05.09.2002.г.; *Open Door and Dublin Well Woman против Ирске*, пресуда од 29.10.1992.г.; *Brüggenmann and Scheuten против Њемачке*, одлука Комисије о прихватљивости од 19.05.1976.г. Затим о правном статусу ембриона/фетуса видјети *Tysic против Пољске*, пресуда од 20.03.2007.г., *D против Ирске*, пресуда од 27.06.2006.г., *Vo против Француске*. По питању вјештачке оплодње видјети *Evans против Уједињеног краљевства*, пресуда од 10.04.2007.г.

тумачења је у пракси Суда обично објашњења на следећи начин: „постојање консензуса дуго је играло улогу у развоју и еволуцији заштите Конвенције... Консензус је зато коришћен да оправда динамичко тумачење Конвенције“.²⁴⁷ Како постојање консензуса може довести до еволутивног тумачења или сузити маргину процјене, тако одсуство консензуса може довести до *само-ограничења* Суда, допуштањем широке маргине оцјене државама уговорницама. У том случају, *европски консензус* повезује еволутивно тумачење са екстерним околностима које се могу верификовати.²⁴⁸ Свакако да постојање консензуса има важну улогу у тумачењу, али не нужно и одлучујућу.²⁴⁹ Док је много лакше утврдити постојање консензуса у свијетлу праксе држава уговорница (законодавство, судска пракса, административна пракса), одсуство консензуса може се правдати широким спектром различитих разлога (нпр. значајне разлике у пракси, непостојање званичног става по питању која представљају новину итд.).²⁵⁰

Са друге стране, дешава се да еволутивно тумачење претходи стварању консензуса о одређеном питању, односно Суд заузима прогресиван став, тумачећи Конвенцију на еволутиван начин. Веома експлицитно прогресивно становиште заузето је у контексту полне дискриминације: „може се рећи да је напредак у успостављању једнакости полова данас главни циљ држава чланица СЕ. То значи да се увјерљиви разлози морају навести прије него се различито поступање по основу пола може

²⁴⁷ *A., B. and C. против Ирске*, став 234.

²⁴⁸ Kanstantsin Dzehtsiarou, *European Consensus and the Evolutionary Interpretation of the European Convention on Human Rights*, 12 German Law Journal 1730-1745 (2011).

²⁴⁹ Треба напоменути да може постојати неслагање међу судијама по питању постојања консензуса. Видјети издвојено мишљење судије *Malinverni* коме се придружила и судија *Kaladjieva* у предмету *Lautsi*: „у актуелном случају, Велико вијеће се углавном ослањајући на непостојање европског консензуса, позвао на доктрину маргине процјене (видјети став 70). С тим у вези, примјећујем да, осим Италије, само у незнатном броју земаља СЕ (Аустрија, Пољска, одређени региони у Њемачкој (*Länder*) (видјети став 27), постоји изричита одредба о присуству религијских симбола у државним школама. У великој већини осталих држава то питање није посебно регулисано. На основу тога сматрам, да у таквим околностима да се извлаче дефинитивни закључци о европском консензусу“.

²⁵⁰ Dean Spielmann, *Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?*, Centre for European Legal Studies Working Paper, University of Cambridge, Faculty of Law, February 2012, p.22.

сматрати компатибилно са Конвенцијом“.²⁵¹ Такође, поменути предмет *Godwin*, гдје се Суд позвао на националне стандарде широм свијета и Европе али није захтијевао да се „велика већина“ европских држава придржава новог приступа, јесте примјер претходнице еволутивног тумачења „европском консензусу“. Дакле, не постоји линеарна зависност између европског консензуса и еволутивног тумачења.²⁵² У овом случају, терет доказивања да је еволуција потребна стоји на страни Суда. Неки аутори прилазе европском консензусу и еволутивном тумачењу као да се исти у потпуности искључују: Суд се може или приклонити рјешењима усвојеним на националном нивоу, или може прибјећи еволутивном тумачењу.²⁵³

Веома су изражене критике према приступу европског консензуса. Прије свега се оспорава легитимност његове примјене, јер се сматра да се истим врши премошћавање сувереног пристанка држава уговорница да буду обавезане међународним уговором.²⁵⁴ Други сматрају да непостојање јасне дефиниције овог концепта представља пријетњу легитимности како већинског тако и мањинског става.²⁵⁵ Бројни аутори се такође не слажу и са начином на који Суд спроводи анализу консензуса. Критике се углавном односе на површност употребе компаративног метода. Изражена је скепса да Суд детаљно истражује легислативу и

²⁵¹ *Abdulaziz, Cabales, and Balkandali против Уједињеног краљевства*, пресуда од 28.05.1985.г., став 78.

²⁵² K. Dzehtsiarou (2011), *op.cit.*, p. 1740.

²⁵³ G. Letsas (2004), *op.cit.* Слично Eyal Benvenisti, *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards* 31 JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND POLITICS 843, 852 (1999).

²⁵⁴ Да би се превазишао овај проблем, према појединим радикалним мишљењима Суд мора да се одрекне *европског консензуса*, као модела *живог инструмента*, и тумачи текст Конвенције према историјском моделу европског консензуса, који би се фокусирао само на државе уговорнице, то јест да тумачи текст Конвенције према смислу који је имао у вријеме ратификације. Видјети у: S. Ernie Walton, J.D., *Preserving the Convention: Why The UK's Threat to Leave Could Save It*, Council of Europe, Steering Committee for Human Rights (CDDH), (2014), p. 13.

²⁵⁵ Истраживањем праксе Суда, *Brauch* је између осталог установио да стандард „европског консензуса“ никада није био јасно дефинисан. Примјетио је да Суд конфузно дефинисао овај стандард као „општеприхваћено становиште (*common ground*)“, „општеприхваћен европски приступ (*common European approach*)“, „европски и међународни консензус (*European and International consensus*)“, и „сталан међународни тренд (*a continuing international trend*).“ Видјети у: Jeffrey Brauch, *The Dangerous Search for an Elusive Consensus: What the Supreme Court Should Learn from the European Court of Human Rights*, 52. HOW. L. J. 277, 287-88.

праксу европских држава када се ослањао на заједнички стандард.²⁵⁶ То је имало за последицу тврдње да примјена консензуса у образложењима Суда није у довољној мјери заснована на емпиријским подацима.²⁵⁷ Важно је ипак напоменути да, од прије пар година у оквиру Суда, постоји мање одељење за истраживања у којем се израђују студије по питањима компаративног и међународног права која су предмет расправе пред Великим вијећем.²⁵⁸

Такође, многи тврде да употреба „европског консензуса“ дјелује дестимулишуће на активизам у области људских права јер мишљење већине умногоме компликује прогресивну примјену Конвенције од стране судија у Стразбуру. Поједини аутори наглашавају да Суд мора да има улогу спољњег чувара универзалних стандарда а *европски консензус* га онемогућава у томе. „Држава дисидент“ може чак имати и више стандарде заштите људских права од других држава или може сопствени изоловани став заснивати на веома снажним етичким, културним или сличним разлозима. У таквим ситуацијама употреба „европског консензуса“ подрива еволутивно тумачење и углавном омогућава Суду да се „сакрије“ иза става већине.²⁵⁹

Може се ипак закључити да концепт наизмјенично подржава како конзервативна тако и прогресивна образложења Суда. Како не постоје претходно утврђене формуле за утврђивање консензуса, предложена мјера као последица већинског мишљења, је некада у ствари мишљење мањине. Потребно је да „околности представљају

²⁵⁶ Видјети нпр. издвојено мишљење судије *Matscher*-а у предмету *Öztürk против Њемачке*. Такође, међу теоретичарима видјети G. Letsas, (2004), *op.cit.*, p. 299; P. Mahoney, (1990) *op. cit.*, p. 79; R. Macdonald, (1987) *op.cit.*; p.187.

²⁵⁷ A. Mowbray (2005), *op.cit.*

²⁵⁸ Ово одељење тренутно чини пет особа и обично је ријеч о стажистима у Суду. Чест је приговор да ово одјељење нема довољно ни времена ни ресурса да темељно ради на компаративним истраживањима. Непотпуно истраживање заједно са недостатком упоредне анализе може довести до погрешних претпоставки, односно до тога да се утврди непостојећи консензус. Овакви приговори добијају на значају ако се зна да се извјештаји о компаративним истраживањима не објављују због бојазни од критике. Видјети у D. J. Harris, M. O'Boyle, E. P. Bates, C. M. Buckley (2009), *op.cit.*, p. 10.

²⁵⁹ E. Benvenisti, *op. cit.*, p. 852. *Benvenisti* је био мишљења да је Суд, одређујући се за „европски консензус“, пропустио да формулише универзалне стандарде, јер је то у могућности да уради због свог јединственог положаја наднационалног колективног гласа разума и моралности, чиме би испунио своју главну дужност да буде брана тиранији већине. По њему, одлуке Суда више одражавају поштовање начела суверености, супсидијарности и концепта националне демократије.

упечатљив изузетак како би Суд прогласио заједничку праксу или законодавну политику држава чланица противну Конвенцији.²⁶⁰

Са друге стране, постоје ставови према којима Суд у начелу треба се повинује консензусу.²⁶¹ Концепт консензуса доприноси легитимности Суда јер се контроверзна пресуда лакше прихвата ако је заснована на већинском ставу.²⁶² Друштвене промјене у Европи у области људских права намећу трагање за консензусом, који са своје стране нуди широку лезу могућих рјешења. Ако би се концепт консензуса заснивао на поузданом компаративном истраживању, Суд би у своју анализу увео објективни елемент.²⁶³ Аргумент у прилог примјени концепта консензуса је и теза да је Конвенција дериват правних система држава уговорница па је природно да се примјена и тумачење Конвенције, између осталог, заснива и на компаративној анализи националних правних система држава уговорница.²⁶⁴

Може се закључити да је Суд више склон пасивном приступу у одсуству консензуса док се усвајање иновативних рјешења по питањима по којима не постоји консензус, са друге стране, може посматрати као знак судског активизма. Утврђивање постојања консензуса јесте варијабила која је од изузетне важности приликом утврђивања и одмјеравања ширине поља слободне.²⁶⁵

²⁶⁰ P. Mahoney (1998), *op.cit.*, p. 75.

²⁶¹ Видјети нпр. Michael R. Hutchinson, "The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *International and Comparative Law Quarterly*, v. 48, n. 3, pp. 638-650. (1999, 649-649).

²⁶² Stephanos Stavros, "The Guarantees for Accused Persons under Article 6 of the European Convention on Human Rights", *British year book of international law* (1993). p. 346.

²⁶³ W.J. Ganshof Van Der Meersch (1988), *op.cit.* p. 214; Thomas A. O'Donnel, The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, *HUMAN RIGHTS QUARTERLY* 474, 479, (1982); p. 480.

²⁶⁴ Видјети W. J. Ganshof van der Meersch, *Reliance, in the Case-Law of the European Court of Human Rights, on the Domestic Law of the States*. *Human Rights Law Journal*, 1980, Vol. 1, No.1-4, p. 15. Такође, E. Brems, *op.cit.* (1996), pp. 276-277.

²⁶⁵ Kathleen A. Kavanaugh, *Policing the Margins: Rights Protection and the European Court of Human Rights*, *EHRL R* 422, 423 (2006).

2.4. Начело дјелотворности

Практична последица правне природе Конвенције, према којој се њене одредбе не могу строго тумачити у корист националне већ превасходно у корист дјелотворне заштите људских права, јесте начело дјелотворности (*effet utile*). То значи да је садржину људских права потребно широко тумачити док њихова ограничења треба уско тумачити. Суд се дакле фокусира на положај појединца и иде у свом тумачењу изван појавности и формалности.²⁶⁶ Начело дјелотворности је основа за све методе тумачења о којима је претходно било ријечи.²⁶⁷ Суд у Стразбуру, као ствар принципа, има за циљ да уравнотежи дјелотворност заштите људских права и супсидијарност такве заштите. Суд је овакву идеју изразио одређеним формулацијама као што су нпр. *да ограничења права не би требало да угрозе њихову „суштину“*,²⁶⁸ или *да Конвенцију не треба тумачити на начин који би водио неразумним или апсурдним последицама*.²⁶⁹ Потреба за дјелотворношћу прозилази из апстрактности бројних одредби Конвенције. *Merills* с правом примјећује да Стразбуршки органи настоје да одредбама Конвенције дају „највећу могућу тежину и ефекат у складу са уобичајеним смислом и остатком текста, и то на начин да се сваком сваком дијелу тог текста утврди смисао“.²⁷⁰

Тумачење Конвенције у складу са предметом и циљем одредби, како је то превиђено Бечком конвенцијом, отворило је врата оваквом приступу тумачењу Конвенције. Начело дјелотворности јесте уобичајени канон тумачења међународног права, који се примјењује при тумачењу и примјени свих врста међународних уговора.²⁷¹ Бечка

²⁶⁶ У предмету *Le Compte, van Leuven and de Meyere против Белгије* (пресуда од 23. 06.1981, г., став 45), Суд је тврдио да дух Конвенције захтијева да ријеч „спор“ на француском тексту члана 6 (1), „не мора бити тумачена превише технички и да јој треба дати садржинско прије него формално значење“ што је у ствари други начин изражавања начела дјелотворности.

²⁶⁷ G. Letsas (2009), *op.cit.*

²⁶⁸ E. Brems (1996), *op.cit.* pp. 289-290.

²⁶⁹ Исто, р. 304.

²⁷⁰ J. Merrills (1988), *op.cit.* p. 105.

²⁷¹ Hersch Lauterpacht, *Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties*, 26 *British Yearbook of International Law* (1949), 48-85.

конвенција не садржи изричито позивање на начело дјелотворности али Комисија за међународно право признаје његов статус.²⁷²

Суд се у више наврата позивао на начело *effet utile*²⁷³ прије него је усвојио детаљнију формулацију начела у предмету *Airey*. У овом случају, подносиатељка представке је жељела да добије судски развод. Имајући у виду њене скромне приходе и чињеницу да у то вријеме није постојао систем бесплатне правне помоћи у Ирској, она је на крају одлучила да одустане од тужбе јер је вјеровала да се због сложености поступка не може заступати себе без помоћи адвоката. У поступку пред Судом је сматрала да је Ирска прекршила члан 6 (1) Конвенције јер јој није омогућила дјелотворно правно средство пред домаћим судом. Суд је засновао своју одлуку на формулацији, која је од тог времена често цитирана, да Конвенција штити права која нису „теоријска и илузорна“ него „практична и дјелотворна“.²⁷⁴ То значи да није довољно да правна средства постоје, него мора да постоји могућност да се иста стварно и дјелотворно користе. Према мишљењу Суда, то може изискивати признавање економских и социјалних права, а у овом случају и права на бесплатну правну помоћ. Суд је сматрао да између конвенцијских права понекад не постоји јасна разлика јер „иако Конвенција у суштини регулише грађанска и политичка права, многа од ових права

²⁷² „Ако се правилно ограничи и примјењује, максима не позива на „широко“ или „либерално“ тумачење када је ријеч о тумачењу које је изван онога што је изражено или неопходно да се подразумијева у смислу међународног уговора. У складу с тим, Комисија не сматра да постоји било каква потреба да се укључи посебна одредба о томе. Штавише, ако би се то урадило, могло би довести до охрабривања покушаја да се прошири смисао међународних уговора на нелегитиман начин на основу такозваног принципа „дјелотворног тумачења““. Видјети у: International Law Commission: *Reports of the Commission to the General Assembly, II Yearbook of the International Law Commission* (1966), р. 219, став 6. У пракси Интер-Америчког Суда за људска права овај приступ се назива и *pro homine* приступ. Видјети нпр. Издвојена мишљења *García y Ramírez in Raxcaco Reyes v. Guatemala* (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2005d, § 12).

²⁷³ *Белгијски језички случај*, р. 31, став 3; *De wilde Ooms and Versyp* („случај скитница“) *против Белгије*, пресуда од 10.03.1972.г., став 16; *Golder*, став 26, *National Union of Belgian Police против Белгије*, пресуда од 27.10.1975.г., став 44; *Luedicke, Belkacem and Koc против Немачке*, пресуда од 28.11.1978.г., став 42. За рану праксу Комисије по овом питању видјети Jochen A. Frowein: *L'effet utile dans la jurisprudence de la commission Européenne des droits de l'homme entre 1970 et 1985*, Libertès, justice, tolerance – Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan (2004).

²⁷⁴ *Airey против Ирске*, став 24. У осмишљавању ове формулације, Вијеће је можда нашло инспирацију у предмету *Delcourt против Белгије*, пресуда од 17.01.1970.г., став 34.

имају импликације социјалне или економске природе“.²⁷⁵ Стога, начело *effet utile*, може навести Суд да усвоји широко тумачење обима и садржаја права и слобода из Конвенције.

У предмету *Golder* подносиоцу представке је било ускраћено право на браниоца док је био у затвору. Суд је сматрао да се члан 6 мора читати тако да обухвати и право приступа суду. Заштита права предвиђена члановима 5 и 6 би без овога била излишна.²⁷⁶ Потреба да право на правично суђење остане дјелотворно, била је наглашена и у предмету *Salduz против Турске*, када је подносиоц представке тврдио да је прекршен члан 6 (3) (с), јер му није био омогућен приступ браниоцу за вријеме полицијског притвора. Како би одредба о томе да „свако оптужен за кривично дјело има право...да се брани лично или путем браниоца...“, била у довољној мјери „практична и дјелотворна“, Суд је сматрао да приступ браниоцу мора бити обезбијеђен већ приликом првог саслушања осумњиченог од стране полиције (сем уколико се не покаже у свијетлу посебних околности сваког случаја да не постоје јасни разлози да се ово право ограничи).²⁷⁷

Суд је користио начело дјелотворности у великом броју предмета. У односу на члан 8 Конвенције, кроз примјену начела дјеловорности, дошло је до обликовања концепта **позитивних обавеза**, односно да одредбе Конвенције могу садржавати позитивне обавезе за уговорне стране, чак и када се исте не могу одмах видјети из текста одредбе. У поменутом предмету *Marckx*, Суд је усвојио широко тумачење израза „право на поштовање породичног живота“ из члана 8. Иако је првобитни циљ ове одредбе био само да заштити појединца од произвољног мијешања државних органа, Суд је био мишљења да, поред ове негативне обавезе, државе уговорнице могу имати и позитивне обавезе које су инхерентне дјелотворном поштовању породичног живота. Суд је то појаснио на начин да, када држава у свом унутрашњем правном

²⁷⁵ Исто, став 26.

²⁷⁶ *Golder*, став 47. Слично по питању приступа затвореника браниоцу видјети *Artico против Италије*, пресуда од 13.05.1980.g, став 33 или *Campbell and Fell против Уједињеног краљевства*.

²⁷⁷ *Salduz против Турске*, пресуда од 27.11.2008.g., став 55.

систему предвиди правни режим који се примјењује на одређене породичне везе (као нпр. веза између невјенчане мајке и њеног дјетета), она мора поступати тако да омогући онима на које се тај режим односи да воде нормалан породични живот. Ово посебно подразумијева постојање мјера у домаћем закону које ће омогућити интеграцију дјетета у породицу од тренутка његовог рођења.²⁷⁸ У предмету *X and Y против Холандије*, Суд је поновио став да могу постојати позитивне обавезе инхеретне дјелотворном поштовању приватног или породичног живота и ишао корак даље устврдивши да „ове обавезе могу чак обухватити усвајање мјера које ће осигурати поштовање приватног живота, чак и у сфери односа између самих појединаца“.²⁷⁹ Суд се у многим предметима, који су се углавном односили на члан 8, позивао на позитивне обавезе државе.

Суд ријетко прибјегава директном позивању на начело дјелотворности. Тражећи од држава да предузму позитивне и дјелотворне мјере, Суд се у ствари индиректно ослања на начело дјелотворности. Такав приступ је довео до формулације неких нових права која излазе из сфере грађанских и политичких, односно припадају сфери социо-економских права, као што су право на здраву животну средину,²⁸⁰ право на здравствену заштиту²⁸¹ или право на одговарајуће становање.²⁸²

²⁷⁸ *Marckx*, став 31.

²⁷⁹ *X and Y против Холандије*, пресуда од 26.03.1985.г., став 23.

²⁸⁰ Ово право је формулисано у контексту неколико чланова Конвенције. Видјети нпр. у контексту члана 2: *L.C.B. против Уједињеног краљевства*, пресуда од 09.06.1998.г., став 36; *Oneriyildiz против Турске*, пресуда од 30.11.2004.г., *Vudayeva и други против Русије*, пресуда од 22.03.2008.г.. У контексту члана 8 видјети *Moreno Gomez против Шпаније*, пресуда од 16.11.2004.г., став 53; *Borysiewicz против Пољске*, пресуда од 1.07.2008.г., став 48; *Giacomelli против Италије*, пресуда од 02.11.2006.г., став 76; *Natton и други против Уједињеног краљевства*, став 96; *Dees против Мађарске*, пресуда од 9.11.2010.г., став 21. У контексту члана 10 видјети *Vides Aizsardzibas Klubs против Летоније and Tatar против Румуније*, пресуда од 27.01.2009.г. У контексту члана 1 Протокола бр. 1 видјети *Oneriyildiz против Турске*, ставови 134 и 135; *Vudayeva и други против Русије*, ставови 172-182.

²⁸¹ Суд се овим правом бавио у оквиру права на живот (*McCann и други против Уједињеног краљевства*, пресуда од 27. 09.1995.г.), забране тортуре (нпр. *Peers против Грчке*, пресуда од 19.04.2001.г.), права на слободу (*Enhorn против Шведске*, пресуда од 25.01.2005.г.), права на поштовање приватног и породичног живота (*Georgel and Georgeta Stoicescu против Румуније*, пресуда од 26.07. 2011.г.), забране дискриминације (*Guerra и други против Италије*, пресуда од 19.02.1998.г.) итд.

²⁸² Право на одговарајуће становање је расправљано у оквиру члана 1 Протокола бр. 1 (видјети нпр. *Hutten-Czapska против Пољске*, пресуда од 19.06.2006.г.) и у оквиру члана 8 (*Yordanova и други против Бугарске*, пресуда од 24.04.2012.г.).

Суд је, расправљајући о слободи окупљања и удруживање гарантованој чланом 11, нагласио да држава има не само обавезу да омогући слободу окупљања него и да предузме разумне и одговарајуће мјере како би омогућила да се законите демонстрације одвијају на миран начин.²⁸³ Такође, заштита пружена удружењима према члану 11 мора обухватити не само њихово оснивање него и читаво вријеме њиховог постојања.²⁸⁴ Суд је прихватио широк концепт одговорности државе због изручења или протјеривања појединца у државу у којој му пријети опасност од поступања које је у супротности са чланом 3.²⁸⁵ Примјењујући начело дјелотворности у односу на право на слободне изборе, Суд је био става да правила којим се регулишу подобност кандидата за избор у легислативни орган морају бити усклађена са критеријумима успостављеним да спријече арбитрерне одлуке и злоупотребу положаја.²⁸⁶ Обавеза да се штити право на живот подразумијева, према ставу Суда, спровођење дјелотворне службене истраге када појединци изгубе живот услед употребе силе од стране службених лица.²⁸⁷

Суд се у великом броју предмета држао начела дјелотворног тумачења и приликом тумачења процесних одредби из дијела II Конвенције.²⁸⁸ Примјер је флексибилно тумачење члана 34 (раније члан 25), односно појам „жртве повреде права установљених Конвенцијом“. Суд је прихватао представке „потенцијалних жртви“, односно жртви које нису могле представком да укажу на директну повреду права, упркос захтјеву да радња или пропуст мора директно да погоди подносиоца представке.²⁸⁹

²⁸³ *Plattform "Ärzte Für Das Leben" против Аустрије*, пресуда од 21. 06. 1988.г., став 34.

²⁸⁴ *United Communist Party против Турске*, пресуда од 30.01. 1998.г., став 33.

²⁸⁵ *Soering против Уједињеног краљевства*.

²⁸⁶ *Rodkolzina против Летоније*, пресуда од 9.04.2002.г., став 35. Видјети такође *Matthews против Уједињеног краљевства*, пресуда од 18.02.1999.г., став 33, у односу на одговорност за европске као и националне изборе према члану 3 Протокола бр.1.

²⁸⁷ *McCann против Уједињеног краљевства*.

²⁸⁸ Видјети нпр. *Ringelsen против Аустрије*, пресуда од 16.04 1971.г., став 89 или *Figus milone против Италије*, пресуда од 22.09. 1993.г., став 19.

²⁸⁹ *Agrotexim против Грчке*, пресуда од 24.10.1995.г. *Klass и други против Њемачке*, став 34.

Употреба начела дјелотворности није неограничена, што су показали претходно поменути предмети *Pretty* и *Johnston*, када је Суд нагласио да право на живот не подразумејева и право на смрт, односно да право на брак не подразумејева и право на развод.²⁹⁰ Међутим, правило је да Суд, у циљу дјелотворније заштите појединаца, скоро увијек прошири обим и садржај људских права, коришћењем начела дјелотворности.

Глава трећа

3. НАЧЕЛО ПРОПОРЦИОНАЛНОСТИ

3.1. Појам начела пропорционалности

Начело пропорционалности или сразмјерности је можда једно од најважнијих начела тумачења Конвенције јер прожима њено свеукупно тумачење.²⁹¹ Многи од концепата тумачења о којима је претходно било ријечи представљају варијанте анализе пропорционалности. Пропорционалност је аналитичка и методолошка доктрина, а у исто вријеме и правна конструкција.²⁹² Начело пропорционалности функционише у различитим облицима у свим демократским правним системима, као механизам који балансира људска права и слободе и јавни интерес који их ограничава. У контексту Конвенције, ово начело генерално значи постизање правичног баланса између потреба јавног интереса са једне стране и потребе заштите људских права са друге стране или, једноставније речено, постизање оптималне равнотеже између права

²⁹⁰ *Pretty*, став 39 и *Johnston*, став 54.

²⁹¹ Aharon Barak (2012). *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge, U.K: Cambridge University Press. p.184.

²⁹² A. Barak, *Proportionality and Principled Balancing, Law & Ethics of Human Rights*, Vol. 4 [2010], Iss. 1, Art. 1 Human Rights and their Limitations: The Role of Proportionality, Berkeley Electronic Press, p. 5.

појединца и суверености држава уговорница.²⁹³ Исто увијек долази у обзир када се појави дилема да ли је мјера јавне власти, која утиче на неко људско право, у складу са прокламованим циљем те мјере.²⁹⁴

Када Суд утврђује да ли је неко право зајамчено Конвенцијом прекршено, мора спровести двостепени поступак. Најприје Суд утврђује да ли је право уопште било ускраћено, и ако јесте, утврђује да ли је ограничење права било оправдано. Начело пропорционалности је у ширем смислу назив за групу тестова који се користе како би се утврдило да ли је ограничење људских права оправдано. Сразмјерна ограничења права су оправдана док несразмјерна нису.

Ријеч је у суштини о методологији или начину резоновања који се на националном нивоу користи приликом утврђивања повреде уставних права појединаца. Многи аутори сматрају да је доктрина „позајмљена“ од *Њемачког Федералног Уставног Суда*²⁹⁵ мада има и мишљења да се не може правити аналогија примјене пропорционалности у контексту Конвенције и праксе и права у Њемачкој.²⁹⁶ Такође, у пракси *Европског суда правде* примјена начела пропорционалности предњачи међу осталим начелима.²⁹⁷ Суд у Стразбуру нажалост није успио да се на тако систематичан начин упусти у анализу потреба Конвенције у односу на ово начело а

²⁹³ John Joseph Cremona, *The Proportionality Principle in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in U. Beyerlin, M. Bothe, R. Hofmann, E.-U. Petersmann, (Hrsg.). "Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Festchrift für Rudolf Bernhardt". Beitrage zum ausländischen öffentlichen Recht und Volkerrecht, Band 120, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 1995, p. 330.

²⁹⁴ F. Matscher, (1993) *op.cit.*, p. 78.

²⁹⁵ Генерално видјети Alec Stone Sweet and Jud Mathews, 'Proportionality Balancing and Global Constitutionalism' (2008) 47 *Columbia Journal of Transnational Law* 73.

²⁹⁶ Annette Rupp-Sweinty: *Die Doktrin von der margin of appreciation in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, München: Verlag V. Florentz, 1999, p. 21 ili Michael Holoubek: *Grundrechtliche Gewährleistungspflichten: Ein Beitrag zu einer allgemeinen Grundrechtsdogmatik* (Springer, 1997), p. 141.

²⁹⁷ Европски суд правде је у познатој одлуци у предмету *Liselotte Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*, дефинисао начело пропорционалности на следећи начин: „Рестриктивне мере које Европска заједница предузима морају бити у сразмјери са општим интересом Заједнице, при чему, имајући у виду циљ који се жели постићи, оне не смију несразмјерно и недопуштено задирати у субјективна права грађана“ (предмет 44/79, *Liselotte Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*, (1979), ECR стр. 3728).

ни пракса Комисије није дала велики допринос његовом развоју.²⁹⁸ Са друге стране, позивање на начело пропорционалности је присутно у скоро свим пресудама Суда, осим када се установи повреда Конвенције на основу аргумента „законитости“. Према схватању појединих аутора, предмети у којима се Суд по први пут позвао на ово начело су *Lawless против Ирске* (имплицитно) који се тичао одступања од члана 5 а на основу члана 15 Конвенције и *Белгијски лингвистички случај* (експлицитно) у контексту родитељских права на образовање њихове дјеце из члана 2 Протокола 1.²⁹⁹ Са друге стране, постоје мишљења да је у ствари предмет *Handyside* случај у ком се Суд по први пут упустио у образлагање примјене овог начела, а у складу са њемачким схватањима.

Суд сматра да је циљ начела пропорционалности у ширем смислу да се оцијени однос између права појединаца и општег јавног интереса.³⁰⁰ То значи да се мора постићи правичан и аргументован баланс између та два супростављена интереса. Многа питања стоје у центру конфликта појединца и општег добра друштва, као нпр. национална безбиједност, развој градова или путева, наплата пореза, изградња аеродрома, очување природне околине итд. Пропорционалност испитује да ли обезбјеђивање ових ствари ставља превише терета на неког појединца.

Објашњавајући начело пропорционалности у ужем смислу, Суд сматра да се мора постићи сразмјеран баланс између мјере која се примјењује и циља који се том мјером жели постићи (а због које мјере су права појединца ограничена). На примјер, новчана казна изречена новинару, може бити одговарајуће средство заштите права и репутације других чиме се сужавају медијске слободе у складу са чланом 10 (2) Конвенције. Међутим, затворска казна изречена за исто дјело учињено под истим

²⁹⁸ Видјети нпр. *X. против Уједињеног краљевства* (одлука од 18.07.1974.г.), Collection of Decisions 46 p.112-117), када је Комисија само констатовала су питања „баланса и оправданости“ важна.

²⁹⁹ Jonas Cristoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers (2009), Hague, p. 39.

³⁰⁰ Marc-Andre Eissen, *The Principle of Proportionality in the Case – Law of the European Court of Human Rights* in “The European System for the Protection of Human Rights”(R. Macdonald et al. eds., 1993), pp. 125–146.

околностима може представљати ограничење права мимо услова које поставља Конвенција, због престоге (несразмјерне) природе мјере.

На основу прегледа праксе Суда, може се рећи да што је виши ниво захтијеване пропорционалности то је ужа дискрециона слобода државе да ограничи права појединца.³⁰¹ Нпр. начело пропорционалности би требало користити као критеријум за одлуку о томе да ли, док се примјењују мјере којима се ограничавају људска права, државни органи прелазе границу дискреционог права које имају. У многобројним приликама, Суд је нагласио да се мора навести чврсто утемељен разлог за пропорционалност или другим ријечима, постићи „правичан баланс“ између мјера и циља који се жели постићи. Када се тако посматра, начело пропорционалности треба схватити као мјеру која „исправља и ограничава дискреционо право држава“ у случајевима када су права и слободе појединца арбитрерно ограничена или је обим ограничења неодговарајућ и резултат злоупотребе овлашћења државних органа.

Обимна је литература у којој се расправља о начелу пропорционалности у контексту Конвенције и у овом раду је немогуће изнијети чак ни површан преглед мишљења кључних теоретичара у овој области. Може се ипак рећи да постоји разлика у поимању пропорционалности између литературе на енглеском језику³⁰² и литературе на француском језику.³⁰³ Наиме, литература на енглеском језику ово начело углавном

³⁰¹ Пропорционалност у суштини признаје да у једном тренутку држава губи. Терет појединца постаје несразмјерно већи него корист коју држава има. Видјети у Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerpen, Oxford, New York, 2002, p. 14.

³⁰² Видјети нпр. у: Y. Arai-Takahashi, (2002) *op.cit.*; D. Spielmann, (2012), *op.cit.*; Andrew Legg, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford (2012), Poglavlje 7; J. Christoffersen (2009) *op.cit.*; J. J. Cremona (1995), *op.cit.*

³⁰³ Тако нпр. Eissen тврди да се начело пропорционалности провлачи кроз цијелу Конвенцију. Видјети у Marc-Andre Eissen, *Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme, Etudes et documents - Conseil d'Etat* (1988) 275-284, Franz Matscher, *Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle*, in F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, Actes du colloques de l'I.D.E.D.H de Montpellier des 13 et 14 Mars 1998*, Nemesis/Bruylant, Bruxelles, 1998. p. 37; Sébastien van Drooghenbroeck: *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme - prendre l'idée simple au sérieux* (2001), p. 71-165. Слично и у литератури на њемачком језику: Klaus Stern, *Der Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Vol. 1, 2nd ed. München: C. H. Beck, 1984; Annete Rupp-Sweinty (1999), *op.cit.*; Torsten Stein, *Proportionality*

посматра кроз призму ограничавајућих клаузула одредби 8-11 Конвенције, док последња у принципу има ширу перспективу, у смислу да је тест пропорционалности примјенив на све материјалне одредбе Конвенције. У научним радовима разликују се концепције у односу на то који је елемент пропорционалности наглашен. Тако нпр. *Robert Alexy*, чији је теоретски рад о пропорционалности стандардна референца у литератури, сматра начело пропорционалности саставним дијелом права људских права. Према *Alexy*-ју, пропорционалност је начело оптимизације, тако да су права инхерентно условљена потребом да се оптимизује реализација свих важних вриједности. Ако је уплитање у слободу подносиоца представке мање а добит за колективно добро већа, онда подносилац представке нема право.³⁰⁴ Такође, ако је уплитање у право подносиоца представке теже а добробит за колективно добро мања онда је дошло до повреде права. Према *Letsasu* „пропорционалност, ако се разумије као одређење за егалитаристичка права према одређеној влади“, може бити дио моралне теорије људских права.³⁰⁵ *Emiliou* тврди да пропорционалност у себи садржи „главну концепцију правде која јача заштиту појединачног права, како на националном тако и на наднационалном нивоу“. Исти аутор такође признаје „да је појмовно тешко дефинисати јасан значај и садржај овог начела“. ³⁰⁶ Према *Schwartz*-у концепт пропорционалности је заснован на одабиру одговарајуће равнотеже, док је практична примјена начела правде резултат свега овога.³⁰⁷ Када дефинишу начело пропорционалности, *Schmidt-Assman* и *Dreier* кажу да исто значи једину правду приликом успостављања баланса супростављених права, интереса (користи) и циљева.³⁰⁸ Како тврде *Stone Sweet* и *Mathews*, анализа пропорционалности је постала „омиљени поступак за управљање...наводним конфликтом између два права или

Revisited – Überlegungen zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit in internationalen Recht. Weltinnenrecht – Liber Amicorum Jost Delbrück. Berlin: Duncker und Humblot, 2005.

³⁰⁴ Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford University Press, 2002).

³⁰⁵ G. Letsas, *Rescuing Proportionality*, University College London - Faculty of Laws, Rowan Cruft and Massimo Renzo (eds), October 29, 2013, Philosophical Foundations of Human Rights, Oxford University Press, p. 31.

³⁰⁶ Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law- A Comparative Study*. London: Kluwer Law International, 1996, pp. 1-2.

³⁰⁷ Jurgen Schwarze, *European Administrative Law*. London: Sweet & Maxwell/The Office for Official Publications of The European Communities, 2006, p. 679.

³⁰⁸ Eberhard Schmidt-Assman, *Der Rechtsstaat* in J. Isensee, P. Kirchhoff, (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*; Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1987; p. 1034.

између уживања права и легитимног интереса...државе“.³⁰⁹ *Van Dijk* и *van Hoof* говоре о пропорционалности као о „механизму повратне информације“ који се употребљава за пресуђивање случајева у којима се не може поступати на основу прецедената.³¹⁰

Пропорционалност је на првом мјесту вишезначна категорија која се мора испунити различитим садржајем и суштином зависно од специфичног контекста примјене.³¹¹ Потребно је ипак у односу на тумачење Конвенције навести опште елементе начела пропорционалности. Када поступа у предмету, Суд најприје испитује да ли ограничена слобода или право спадају у домен заштите Конвенције (тест обухвата). Друго, испитује да ли је ограничење прописано законом и да ли се њиме остварује легитиман циљ. Коначно, Суд испитује да ли је уплитање неопходно у демократском друштву (тест пропорционалности). У Њемачкој, као и у уставним системима широм Европе, тест пропорционалности се даље дијели у подгрупе питања: да ли је оспорена мјера рационално повезана са остваривањем легитимног циља (тест подобности)? Да ли се мјером ограничавају људска права и слободе више него што је стварно неопходно (тест неопходности)? Да ли је озбиљност уплитања у право подносиоца представке сразмјерна користи која би се добила остваривањем легитимног циља у питању? (пропорционалност у ужем смислу или ткз. „балансирање“).³¹² Пропорционалност, дакле, подразумијева постојање барем три кумулативна услова: легалност ограничења, легитимност ограничења и постојање нужности ограничења.³¹³

³⁰⁹ A.S. Sweet & J. Mathews (2008), *op.cit.*, 72, 73.

³¹⁰ Pieter Van Dijk and G. J. H. Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Boston: Kluwer, 2nd ed, 1990), p. 604.

³¹¹ Jukka Viljanen: *The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law – A Study of the Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights* (2003) p. 271.

³¹² G. Letsas, *The scope and balancing of rights: diagnostic or constitutive? in Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in determining the scope of human rights* (eds. Eva Brems, Janneke Gerards), Cambridge University Press 2013, p. 42.

³¹³ Војин Димитријевић, Драгољуб Поповић, Татјана Папић, Весна Петровић, *Међународно право људских права*, Београдски центар за људска права, Београд, 2008, стр. 132.

3.1.1. Легалност ограничења

Суд најприје утврђује да ли је мјера ограничења права прописана законом/у складу са законом односно спроводи ткз. „тест владавине права“.³¹⁴ Иако се терминологија на енглеском језику разликује у више чланова, француска верзија клаузуле о „легалности“ „*prévues par la loi*“ (предвиђено законом) се провлачи кроз цијелу Конвенцију. У предмету *Silver и други против Уједињеног краљевства*, Суд је назначио да ће све клаузуле о легалности тумачити на исти начин јер би супротно могло „довести до различитих закључака у односу на индентично уплитање у права“.³¹⁵ Суд је нагласио да се израз „закон“ у Конвенцији односи на унутрашње право.³¹⁵ Органи у Стразбуру често наглашавају да домаћи законодавац ужива извјесну слободу и да је на националним властима, прије свега судовима, да тумаче и примјењују домаће право. Суд је принципијелно био става да би нека радња или правни акт државе био законит, мора посједовати одређене карактеристике. Квалитет прописа је од важности и исто мора бити у складу са правном културом СЕ као цјелином, што је у Преамбули Конвенције наведено као „заједничко наслеђе...владавине права“.³¹⁶ Узимају се, дакле, у обзир сви општи правни акти неког унутрашњег правног система, којима се ограничило неко право, и нужно не мора да се односи на закон у строгом смислу ријечи већ може да подразумијева и акте ниже правне снаге.³¹⁷ Имајући у виду да је правни систем Велике Британије заснован на обичајном праву (*common law*), Суд је приликом испитивања легалности водио рачуна и о овој чињеници.³¹⁸ Суд је чак узимао у обзир и судску праксу у предметима који су се тicali држава континенталног система права, гдје се судска

314 Steven Greer, *The Exceptions to Articles 8-11 of the European Convention on Human Rights* (Strasbourg: Council of Europe Publishing, Human Rights Files No 15, 1997), p. 9.

³¹⁵ *Silver и други против Уједињеног краљевства*, пресуда од 25.03.1983.г., ставови 85 и 86.

³¹⁶ *Malone против Уједињеног краљевства*, пресуда од 02.08.1984.г., став 67.

³¹⁷ Видјети *De Wilde, Ooms and Versyp против Белгије*, став 93.

³¹⁸ Суд је био става да ријеч „закон“ у изразу „прописано законом“ обухвата не само писани закон (*statute*) него и неписани закон. Видјети *Sunday Times против Уједињеног краљевства*, пресуда од 26.04.1979.г., став 47 и *Chappell против Уједињеног краљевства*, пресуда од 30.03.1989.г., став 52.

пракса ипак сматра секундарним извором права.³¹⁹ Концепција легалности артикулисана од стране институција у Стразбуру је дакле више материјална него формална.³²⁰

У предметима *Kruslin и Huvig против Француске*³²¹, Суд је идентификовао четири елемента теста легалности: 1) Да ли унутрашњи правни систем санкционише кршење? 2) Да ли је релевантна правна норма на одговарајући начин доступна грађанима? Грађанин би морао да има одговарајуће сазнање о правним прописима у датом случају у одређеним околностима.³²² 3) Да ли је одредба довољно прецизна како би грађани могли разумно предвидјети последице сопствених радњи?³²³ Није нужно да се последице сопствених радњи морају предвидјети са апсолутном сигурношћу јер то може значити и прекомјерну ригидност закона, чиме би се отежала његова примјена и тумачење у пракси. Другим ријечима, *notice* (доступност) и *precision* (предвидљивост) су услови законитости у мјери у којој су исти разумни и одговарајући у одређеном склопу околности. 4) Да ли закон пружа адекватну заштиту од произвољног мијешања јавних власти у одређено материјално право? Закон мора довољно јасно да одреди границе дискреционих овлашћења органа јавне власти и начин на која се иста остварују.³²⁴

³¹⁹ Видјети нпр. *Müller и други против Швајцарске*, пресуда од 24.05.1988.г., став 29, *Salabiaku против Француске*, пресуда од 07.10.1988.г., став 29, и *Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann против Њемачке*, пресуда од 20.11.1989.г., став 30.

³²⁰ Paul P. Craig, 'Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework' [1997] PL 467.

³²¹ *Kruslin против Француске*, пресуда од 24.04.1990.г., ставови 27-36.

³²² Други услов *доступности* инсистира да лице, које ће вјероватно бити погођено нормом, мора имати приступ тој норми. Кршење овог услова било је очигледно у предмету *Silver* који се тицао регулисања преписке затвореника на основу административних смјерница донешених од стране Државног секретара за затворске службе. Суд је био става да већина ограничења преписке затвореника може проистећи из садржаја формалног закона. Међутим, таква ограничења садржана у акту трајне наредбе, који нема природу правног акта и који није службено објављен, није у складу са законом како је то предвиђено чланом 8 (2).

³²³ Трећи услов *сигурности* значи да закон мора бити довољно јасан да би појединци могли да одреде своје будуће понашање. Тако је у предмету *Sunday Times* (став 49), Суд сматрао да појединац мора бити у стању, и ако је потребно уз одговарајући савјет, да предвиди у разумној мјери, имајући у виду околности, последице одређене радње. Такве последице не морају, међутим, да се предвиде са апсолутном сигурношћу.

³²⁴ *Hasan Chaush против Бугарске*, пресуда од 26.10.2000.г.

Међутим, и провјера законитости се примјењује различито у различитим околностима. На примјер, услов прецизности закона мора бити посебно задовољен када је ријеч о тајном снимању телефонских разговора.³²⁵ Слично, закони којим се штити јавни морал не могу бити обликовани са апсолутном прецизношћу јер морају ићи у корак са преовладавајућим друштвеним ставовима.³²⁶ Захтјев предвидљивости, у посебном контексту тајних контрола особља у секторима који утичу на националну безбиједност, не може бити иста као у осталим областима. У таквим случајевима појединац не може прецизно предвидјети какве ће се провјере вршити у овом смислу. У предмету *Malone против Уједињеног краљевства* Суд је навео да у систему који се генерално примјењује на грађане, закон мора бити довољно јасан у својим изразима да би им пружио одговарајућу назнаку у односу на околности у којима, и условима према којима, су јавне власти овлашћене да прибјегну овој врсти тајног, и потенцијално опасног, мијешања у право на поштовање приватног живота и преписке.³²⁷

У закључку, „у складу са законом“ или „прописано законом“ значи да ограничења не само да морају бити јасно артикулисана и везана за предвидљиве исходе, него се морају заснивати на вршењу дискреционих овлашћења која су на одговарајући начин везана уз допуштене правне основе.

Ако ограничење није засновано на „закону“ који задовољава услов „квалитета“ како је то дефинисао Суд, онда ће Суд утврдити да је Конвенција прекршена и неће ни ићи даље у испитивање пропорционалности. Није од значаја ни то што је такво ограничење или спорни пропис имао сврху постизања „леgitимног“ циља или је чак ограничење било „нужно“ за постизање таквог циља.

Суд се у пракси ријетко зауставља само на испитивању легалности мјере већ спроводи детаљнију анализу пропорционалности.

³²⁵ *Kruslin против Француске*, став 33.

³²⁶ *Müller против Швајцарске*, став 29.

³²⁷ *Malone против Уједињеног краљевства*, став 67.

3.1.2. Легитимност³²⁸ ограничења

Није довољно да је ограничење само предвиђено законом (*prévue par la loi*) него исто мора бити и суштински оправдано.³²⁹ Да би мјера била законита мора имати одређени правни основ који се може експлицитно или имплицитно наћи у Конвенцији.³³⁰ Конвенција наводи легитимне циљеве на основу којих држава може суспендовати, ограничити или се на други начин умијешати у уживање зајамчених права и слобода. Такође, кад су у питању и одредбе које не садрже изричита ограничења, легитимне циљеве може идентификовати и јуриспруденција Суда приликом утврђивања обима права и обима допуштеног ограничења.³³¹

Сва права и слободе, осим оних за које се сматра да имају обиљежја апсолутних, могу се ограничити у одређеним околностима. Прво, одређена права подлијежу ономе што се може назвати „изричито дефинисана ограничења”, која или ограничавају садржај права³³² или околности у којима права важе³³³ или пак лица која их уживају.³³⁴ Друго, према члану 15, сва права, осим апсолутних, могу се суспендовати под одређеним условима у ванредним околностима.

³²⁸ Постоји група тероретичара који дефинишу легитимност као атрибут нормe, одлуке или институције коју исти посједују само ако су усвојени или успостављени у складу са одређеном процедуром. Вебер је тврдио да спремност да се повинује правилима проистиче из чињенице да је тако нешто „формално исправно и наметнуто прихваћеним процедурама“. Видјети у Макс Вебер, ПРИВРЕДА И ДРУШТВО, Просвета, Београд, 1976. Видјети такође Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford, 1979. Келзен на примјер није узимао у обзир садржину нормe када се говори о њеној валидности. Он је тврдио да је „правна норма валидна...зато што је створена на одређени начин“. Видјети у Ханс Келзен, *Чиста теорија права*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2 издање, 2007.

³²⁹ В. Димитријевић, Д. Поповић, Т. Папић, В. Петровић (2008), *op. cit.* стр. 135.

³³⁰ А. Barak (2012), *op. cit.* р. 246, 251.

³³¹ М.А. Eissen (1993), *op.cit.* pp. 126-131.

³³² Нпр. чл. 4(3) набраја различите врсте обавезног рада који не представља „принудни или обавезни рад“.

³³³ Нпр. право на слободу према чл. 5 није прекршено законитим притвором „у случају законитог лишења слободе на основу пресуде надлежног суда“.

³³⁴ Нпр. према чл. 16 државе могу странцима наметнути ограничења политичког живота.

Експлицитни правни основ се налази у тексту Конвенције у оквиру такозваних ограничавајућих клаузула чланова 8-11 који прописују веома специфичне легитимне циљеве у складу са којима се права и слободе могу ограничити. Слична ограничења могу се наћи и код права на јавност суђења (члан 6 (1)), затим код слободе кретања и слободе избора боравишта, слободе да се напусти било која земља (члан 2 Протокола бр. 4), као и права на правичан поступак приликом протјеривања странаца (члан 1 Протокола бр. 7). Изузеци од уживања права нису индентични код сваког члана, нити су изузеци колективистички по природи. Нека права, на примјер, могу бити ограничена како би се заштитила права и слободе других,³³⁵ или због заштите угледа других лица,³³⁶ или групе појединаца.³³⁷ У сваком случају већина легитимних циљева су или циљеви за које се може рећи да представљају строго јавни интерес (заштита јавне безбиједности,³³⁸ јавног реда,³³⁹ здравља,³⁴⁰ морала,³⁴¹ и националне безбиједности,³⁴² спречавање криминала³⁴³ и одржавање економске добробити земље³⁴⁴) или су од опште од користи за јавност као и за појединце и могу се идентификовати (очување ауторитета и непристрасности судства,³⁴⁵ заштита интереса правде,³⁴⁶ спречавање добијања обавјештења добијених у повјерењу³⁴⁷ и очување територијалног интегритета).³⁴⁸ Израз „јавни интерес“ је утврђен да оправда мијешање у два права: мирно уживање својине (члан 1 Протокола бр.1) и слободу избора кретања и слободу избора боравишта (члан 2 Протокола бр.4).

³³⁵ Чланови 8, 9, 10, 11 и чл. 2 (2) Протокола бр. 4 Конвенције.

³³⁶ Чл. 10 Конвенције.

³³⁷ Чл. 6 допушта одступање од права на јавност суђења када то налажу интереси малолетника или заштита приватног живота.

³³⁸ Чланови 8, 9, 10, 11 и чл. 2 (2) Протокола бр. 4 Конвенције.

³³⁹ Чланови 6, 9, 10, 11 и чл. 2 (2) Протокола бр. 4 Конвенције.

³⁴⁰ Чланови 6, 9, 10, 11 и чл. 2 (2) Протокола бр. 4 Конвенције.

³⁴¹ Чланови 6, 8, 9, 10, 11 и чл. 2 (2) Протокола бр. 4 Конвенције.

³⁴² Чланови 6, 8, 9, 10, 11, 2 (2) Протокола бр. 4 и члан 1 Протокола бр. 7 Конвенције.

³⁴³ Чланови 8, 10, 11 и чл. 2 (2) Протокола бр. 4 Конвенције.

³⁴⁴ Члан 8 Конвенције.

³⁴⁵ Члан 10 Конвенције.

³⁴⁶ Члан 6 Конвенције.

³⁴⁷ Члан 10 Конвенције.

³⁴⁸ Члан 10 Конвенције.

Може се рећи да су релевантни циљеви дефинисани у различитим члановима на неуједначен начин и држава мора оправдати свако мијешање у одређено право из Конвенције уз позивање на један од специфичних легитимних циљева наведених у члану (другом ставу) који дефинише то право. Не могу дакле постојати инхерентна или подразумијевана ограничења зајамчених права. Свако ограничење мора бити изричито и имати недвосмислену сврху. На примјер, национална безбиједност није поменута као легитимни циљ у члану 9 Конвенције којим се јамчи слобода мисли, савјести и вјероисповјести. Држава, дакле, не може ограничити слободе из члана 9 на тој основи или у циљу заштите неких других вриједности ма колико оне биле важне за државу у питању. Са друге стране, члан 18 Конвенције изричито забрањује ограничавање права у друге сврхе осим оних које су прописане Конвенцијом. Суд мора да пази да ограничења нису уведена као изговор за остваривање неких других, прикривених циљева. На овај члан се најчешће позивало у ситуацијама када се тврди да држава покушава да ограничи способност појединца да учествује у политичком животу.³⁴⁹ Познат је предмет *Tymoshenko против Украјине*, када је Суд утврдио да притвор, одређен за водећу опозициону политичарку, није био нужан и да је био заснован на разлозима који нису наведени у члану 5 Конвенције (наиме, судија је одредио притвор зато што је вријеђала суд током саслушања) али се није упуштао о оцијену да ли је она притворена како би се сузбило њено политичко дјеловање.³⁵⁰

Када су у питању изричите клаузуле ограничења, држава ће моћи лакше да оправда ограничења права и слобода него када су у питању права садржана у другим члановима Конвенције. На примјер, у предметима *Golder* и *Silver*, Суд је сматрао да у принципу државе могу контролисати преписку затвореника, у интересу *спречавања нереди и криминала*.³⁵¹ У предмету *Dudgeon*, Суд је прихватио забрану хомосексуалног понашања малољетницима од 18-21 године у интересу *заштите здравља и морала*.³⁵²

³⁴⁹ Marina Ilminska, Case Watch: Politics, Justice and Article 18. Open society Foundation, 14 may 2013.

³⁵⁰ *Tymoshenko против Украјине*, пресуда од 30.04.2013.г.

³⁵¹ *Golder*, став 45; *Silver*, став 98.

³⁵² *Dudgeon*, став 45.

Члан 15 каже да када стране уговорнице одступају од својих обавеза, одступање је могуће само „у случају рата или друге јавне опасности која пријети опстанку нације” те стога да би оправдала мјере које је предузеле држава, одступање мора служити легитимном циљу који је у овом случају дефинисан као заштита јавности од пријетњи изазваних „ратом или другом јавном опасношћу”. Значење рата је једноставно разумјети док то није случај са изразом „друга јавна опасност”. Пресуда у предмету *Lawless* дефинисала је другу јавну опасност као: „Изузетну ситуацију кризе или опасности која је од утицаја на цијелокупно становништво и представља пријетњу организованом животу заједнице која чини државу.³⁵³ Дефиниција је даље разрађена у *Грчком случају*.³⁵⁴ Да би се задовољио критеријум постојања јавне опасности морају бити задовољени услови које је Комисија у поменутом предмету дефинисала на следећи начин:

- Опасност мора бити стварна или непосредна;
- Њене посљедице се морају односити на цијелу нацију;
- Мора бити угрожено одвијање организованог живота заједнице; и
- Криза или опасност морају бити изузетни, тако да су уобичајене мјере или ограничења дозвољени Конвенцијом, ради одржања јавне сигурности, здравља и реда, очигледно недовољне.

Суд најприје испитује да ли постоји стање јавне опасности, па након тога испитује колико су јавне власти дјеловале „у најнужнијем обиму” како би оствариле легитиман циљ. Проблем је у томе што Суд не може поступати као суд четврте инстанце и дирати у пресуду националног суда. Самим тим, не може ни ваљано оцијенити да ли је опасност заиста и постојала или је држава пренагласила њено постојање како би оправдала мјере дерогације.

³⁵³ *Lawless против Ирске*, став 28.

³⁵⁴ *Данска против Грчке, Норвешка против Грчке, Шведска против Грчке, Холандија против Грчке (Грчки случај)*, 12 Yearbook of the European Convention, Special Edition, 1969. *Greek Case (1969)* 12 Yearbook ECHR 1.

Поставља се питање да ли се права и слободе из Конвенције могу ограничити на основу тзв. „**претпостављених ограничења**“ а да тиме држава не крши Конвенцију.³⁵⁵ Другим ријечима, држава би се могла позвати на ову врсту ограничења како би утицала на уживање одређеног материјалног права без обавезе да пружи оправдање за наметнуто ограничење. Без обзира на тврдње да је имплицитна сврха ограничења изведена из основних начела демократије и владавине права,³⁵⁶ Суд је одбацио концепт инхерентних ограничења, бар у односу на оне чланове Конвенције који изричито садрже основе за ограничења права. То се може закључити из формулације дате у предмету *Golder*, када је Суд направио разлику између права садржаних у члановима 6 и 8 Конвенције, наводећи да код члана 6 постоји простор за ограничења права на приступ суду због тога што исто није изричито дефинисано него изведено, док садржај члана 8 за Суд не оставља никакву сумњу да „строга формулација става 2...не оставља нимало простора за концепт претпостављених ограничења“.³⁵⁷ Концепт инхерентних ограничења је дефинитивно одбачен у предмету *Sunday Times* када је успостављено и правило да се ограничења морају строго тумачити. „Строго тумачење значи да други критеријуми осим оних наведених у самим клаузулама о изузецима не могу представљати основ било каквог ограничења, и ови критеријуми морају бити схваћени на такав начин да се језичко значење не шири изван свог уобичајеног смисла.“³⁵⁸ Одређени теоретичари сматрају да Конвенција не дозвољава претпостављена ограничења³⁵⁹ док други вјерују да се правило строгог тумачења односи само клаузуле ограничења а не и на остале одредбе Конвенције.³⁶⁰ Ако би и имала своју примјену, претпостављена ограничења се могу

³⁵⁵ Поријекло претпостављених ограничења води изњемачке уставне теорије *besonderes Gewaltverhältnis*. Главна последица овог контроверзног приступа је да влада или орган локалне самоуправе могу ограничити уставна права и слободе лицима која потпадају под посебан режим (војска, полиција, затвореници итд.), без позивања на било какав правни основ.

³⁵⁶ А. Barak, *op.cit.*, р. 246. У истом раду видјети више о подразумејеваним ограничењима, рр.134-139.

³⁵⁷ *Golder*, ставови 38 и 44.

³⁵⁸ *Sunday Times*, ставови 194-195.

³⁵⁹ Видјети нпр. мишљење Clare Ovey и Robin White (2010), *op.cit.*; Donna Gomien, David John Harris and Leo Zwaak: *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter* (1996) р. 210.

³⁶⁰ Видјети нпр. J. Christoffersen (2009), *op.cit.*

примјенити у контексту ограничења права појединих категорија лица (*ratione personae*)³⁶¹ као и код постојања два супростављена права.³⁶²

Имајући у виду да су легитимни циљеви у Конвенцији широко дефинисани, легитимност циља је услов који је за државу много лакше задовољити него услов нужности. Стога, овај елемент пропорционалности у пракси не представља проблем и Суд обично прелази на испитивање нужности ограничења.³⁶³

3.1.3. Нужност ограничења

Када се установи да је мјера којом се ограничава право законита и служи остварењу легитимног циља, анализа пропорционалности се генерално може разумјети као испитивање претходно поменути три елемента то јест услова подобности, услова неопходности и пропорционалност у ужем смислу.³⁶⁴ Како је и напријед наведено, оваква анализа се у литератури обично назива њемачки тест пропорционалности³⁶⁵

³⁶¹ Суд дозвољава држави да се позове на статус неког лица као члана одређене групе као један од фактора који треба узети у обзир приликом ограничавања права и слобода тог лица. У односу на притворенике видјети нпр. *De Wilde, Ooms and Versyp* (случај скитница), став 93.; у односу на војно особље Видјети *Engel*, став 59. У овом контексту треба поменути да су према члану 11 Конвенције лица у посебном правном положају припадници оружаних снага, полиције и државне управе. Поред тога, члан 16 Конвенције дозвољава држави да у одређеним ситуацијама ограничи политичку активност странаца.

³⁶² Видјети нпр. предмет *Leyla Sahin против Турске* (пресуда од 10.11.2005.г., став 106) који се тичао забране ношења исламских марама, у ком је Суд нагласио да „у демократским друштвима у којима неколико религија коегзистира у оквиру исте популације, може бити неопходно ограничити слободу исповједања вјере или убјеђења како би се помирили интереси различитих група и обезбиједило да се поштују увјерења свих.

³⁶³ Видјети о томе D.J. Harris (1995), *op.cit.*, 290.

³⁶⁴ Велики број аутора говори у прилог постојања овог трипартитног теста у пракси Суда. Видјети нпр. M.-A. Eissen (1993), *op.cit.*; R. Alexy (2002), *op.cit.*; E. Brems, (ed.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Antwerp/Oxford/Portland, 2008. Evelyn Ellis (ed), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe* Oxford, Portland, Oregon, 1999; Julian Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, 65 CAMBRIDGE L. J. 174, 200 (2006); *A Europe of Rights: The Impact of The ECHR on National Legal Systems*, Helen Keller & Alec Stone Sweet eds., Oxford, 2008.

³⁶⁵ Према јуриспруденцији Федералног Уставног суда Њемачке, начело пропорционалности (*Verhältnismäßigkeit*) се састоји од три елемента: 1. Подобност (*Geeignetheit*): мјера мора бити одговарајућа односно да се њоме може постићи циљ; 2. Нужност (*Erforderlichkeit*): мјера може доћи у обзир само ако би се легитиман циљ могао постићи на мање рестриктиван начин и 3. Пропорционалност у ужем смислу (*Proportionalität*): тежина интервенције мора бити сразмјерна

који, са више или мање систематичности, редовно користе многи уставни судови као и Европски суд правде. У француском управном праву би овакву анализу назвали контролом унутрашње законитости (*légalité interne*) што би поред контроле законитости у ужем смислу (*légalité externe*), значило и контролу садржаја, мотива и сврхе управног акта.³⁶⁶

Међутим, овако структурирана анализа пропорционалности је од малог значаја за поступање суда у Стразбуру јер испитивање услова подобности, услова неопходности и пропорционалности у ужем смислу није строго одвојено. Суд веома ријетко испитује само подобност мјере,³⁶⁷ а није ни одређена јасна веза између средстава и циља. Посебно је ријетко да Суд испитује услов неопходности независно од услова пропорционалности у ужем смислу. Као што ће се видјети у даљем тескту, Суд је генерално у пракси испитивао постојање мање рестриктивних мјера као елемент који се узимао у обзир приликом постизања „правичног баланса“ или одмах прелази на испитивање сразмјерности мјере у ужем смислу након што је утврдио да су мање рестриктивне мјере биле на располагању. Манифестације овог принципа у судској пракси у односу на различите одредбе Конвенције су вишеструке.

3.1.3.1 Неопходно у демократском друштву

важности циља, то јест мора постојати правичан баланс између негативног утицаја мјере на појединца и важности друштвеног добра које се штити том мјером. Видјети ближе N. Emiliou (1996), *op.cit.*, р. 23.

³⁶⁶ Видјети о томе Walter van Gerven: "The Meaning of Proportionality for the Purposes of the ECHR", in E. Ellis, (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, pp.48-49.

³⁶⁷ Видјети нпр. предмет *Sabou and Pircalab против Румуније*, пресуда од 28.09.2004.г., (ставови 46-49), када је Суд примјетио да казна суспензије родитељског права за вријеме трајања затворске казне апсолутно нема никакве везе са родитељском одговорношћу и да аутоматска суспензија родитељског права јесте приговор морала изречена више са циљем кажњавања осуђеника него као мјера заштите дјетета. Оваква мјера представља кршење с обзиром да није послужила остварењу легитимног циља јер није била подобра да се њоме оствари легитиман циљ заштите интереса дјетета. Слично у предметима *Albanese против Италије*, пресуда од 23.03.2006.г., ставови 48-49 (аутоматска суспензија изборних права као последица покретања стечајног поступка) и *Hirst против Уједињеног краљевства*, (аутоматско ограничење права гласа као последица кривичне санкције).

Може се рећи да је Суд најближи примјени њемачког теста када утврђује да ли је мјера којом се ограничава право „нужна у демократском друштву“, односно у контексту чланова 8-11 Конвенције. У том случају, Суд испитује постојање „неодложне друштвене потребе“, затим да ли је ограничење права је спроведено у најмањој могућој мјери имајући у виду алтернативе које стоје на располагању држави, и да ли је постигнут „правичан баланс“ између легитимне сврхе и самог права.³⁶⁸ Ни овом приликом, Суд никада ова питања није поставио истовремено или неким редослиједом.

Неуједначена примјена начела пропорционалности у пракси Суда је рефлектована кроз тумачење појма „неопходно у демократском друштву“ у предмету *Handyside*. Суд је сматрао да захтјев неопходности обухвата три критеријума, наиме да уплитање у право мора бити одговор *неодложној друштвеној потреби*, да мора бити засновано на *релевантним и довољним разлозима* и да мора бити *сразмјерно легитимним циљевима који се желе остварити*.³⁶⁹ Приликом утврђивања да ли таква потреба постоји, мора се обратити пажња на чињенични опис случаја и околности које су владале у одређеном времену у одређеној земљи.³⁷⁰ Радња државе мора такође бити заснована на „прихватљивој процјени релевантних чињеница“.³⁷¹

Поред ових елемената појма неопходности, Суд је у предмету *Silver* запазио да придјев „неопходно“, у значењу члана 10 (2) није синоним за „пријекно потребно“ (у поређењу са члановима 2 (2) и 6 (2), као ни са ријечју „апсолутно неопходно“ и „строго неопходно“ у члану 15 (1), те да формулација „у обиму строго условљеном нужношћу ситуације“ нема флексибилност таквих израза као што су „допустив“, „обичан“ (у члановима 5 (3) и 6 (1)) или „пожељан“ (француски текст првог става члана 1 Протокола бр. 1), „разуман“ (члан 5 (3) и 6 (1)) или „пожељно“. Они ставови

³⁶⁸ Marisa Iglesias Vila (2012), *op.cit.*, p. 24. Слично разумијевање употребе начела сразмјерности видјети у: Michael Fordham and Thomas de la Mare, *Understanding human rights principles* in: Jeffrey Jowell, Jonathan Cooper (eds.), Hart Publishing Oxford, p. 28.

³⁶⁹ *Handyside*, ставови 48-50.

³⁷⁰ *Lingens*, став 43; *Ezelin против Француске*, пресуда од 26.04.1991.g, став 51.

³⁷¹ *Oberschlick против Аустрије*, пресуда од 23.05.1991.g., став 60.

који предвиђају ограничења имају се уско тумачити.³⁷² Може се рећи да Суд није тумачио ријеч неопходно, која се налази у формулацији „неопходно у демократском друштву“, на начин да иста значи да мјера мора бити најмање ограничавајућа у поређењу са осталим мјерама којима се исто тако може постићи исти циљ, мада се Суд упуштао у анализу најмање ограничавајућих мјера, тамо гдје је то било адекватно.³⁷³

Принцип неопходности је у ствари најбоље изражен у народној максими да не треба „клати вола због кило меса“ или у енглеској верзији да „не треба маљем разбијати орах“.³⁷⁴

Када је ријеч о концепту *демократског друштва*, органи у Стразбуру су у бројним приликама покушали да изнађу његове главне карактеристике. Објашњавајући концепт „демократског друштва“, Суд је кроз своју праксу централну важност придавао принципу плурализма ријечима да „демократско друштво“ не може постојати без плурализма, толеранције и слободоумности,³⁷⁵ као ни без права на правично суђење.³⁷⁶ У предмету *United Communist Party и други против Турске*, који се односио на распад политичке странке, оцијењено је да „чланови 8, 9, 10 и 11 Конвенције захтијевају да мијешање у вршење ових права мора бити процијењено мјерилом шта је „неопходно у демократском друштву“.³⁷⁷ Стога је једина врста неопходности која може оправдати уплитање у било које од ових права, она за коју се може тврдити да извире из „демократског друштва“. Демократија се тако чини јединим политичким моделом који прихвата Конвенција, те стога и једини са којим је компатибилна. Слобода изражавања се сматрала „суштинским темељем“

³⁷² *Silver*, став 97.

³⁷³ *Peck против Уједињеног краљевства*, пресуда од 28.01. 2003.г., став 80.

³⁷⁴ E. Brems, Laurens Lavrysen, *Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut': Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights*, *Human Rights Law Review* (2015).

³⁷⁵ *Handyside*, став 49. У предмету *Young, James and Webster* (став 63), Суд додаје да „демократија не значи само да ставови већине морају имати превагу: мора се постићи баланс којим се обезбјеђује праведно и одговарајуће поступање према мањинама и избјегава злоупотреба доминантног положаја.

³⁷⁶ *Delcourt против Белгије*, став 25.

³⁷⁷ *United Communist Party of Turkey и други против Турске*, став 45.

демократског друштва, те се стога легитимне сврхе ограничења предвиђене чланом 10 (2) морају уско тумачити. Веза између демократије и људских права у контексту Конвенције је дуже вријеме у фокусу бројних радова. Међутим, у овој дисертацији нема простора за дубље разматрање овог питања. Институције у Стразбуру су се одлучиле да се фокусирају на неопходност одређеног ограничења у одређеном контексту, што је и разумљиво јер Конвенција предвиђа да је уплитање у право дозвољено само ако је то неопходно за постизање назначеног легитимног циља. Било би неразумно очекивати од Суда да развије дубљу теорију „потреба демократије“ од онога што је већ постоји.³⁷⁸ Можда би било превише рећи да су мјере које нису успјеле да одговоре „правичном балансу“ недемократске, али је Суд развио став да је начело пропорционалности инхерентно концепту демократије.

Са друге стране, појам „демократско друштво“ игра одлучујућу улогу када се тужена држава позива на религијске, етичке или културне специфичности у покушају да убједи Суд да је мјера ограничења права била сразмјерна. У том случају Суд мора да утврди тежину сваког интереса који постоји у одређеном случају. Убједљив примјер је предмет *Otto Preminger Institut protiv Аустрије* када су аустријске власти забраниле емитовање филма због вријеђања вјерских осјећања римокатолика који представљају већинско становништво у региону Тирола. Суд је био мишљења да заплијена филма, иако представља ограничење права на изражавање, није несразмјерна у односу на циљ који се желио постићи, а то је заштита права других.³⁷⁹ Ова, доста контраверзна, пресуда критикована је због непринципијелног одступања од строгости захтјева заштите слободе изражавања. Као што је Суд закључио у другим предметима, слобода изражавања се може разумјети тако да обухвати и слободу критике религијских увјерења,³⁸⁰ осим ако није увредљива и безразложно агресивна према онима који имају таква увјерења, али је на домаћем суду да

³⁷⁸ Conor A. Gearty, “The European Convention on Human Rights and the Protection of Civil Liberties: An Overview” (1993) 52 Cambridge Law Journal 89, 98-99, 116.

³⁷⁹ *Otto Preminger Institut protiv Аустрије*, став 57.

³⁸⁰ Pascal Mbongo, „Le traitement juridictionnel des offenses aux convictions religieuses“, in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 698-699.

процијени да ли је граница пређена. Међутим, у предмету *Dudgeon*, Суд је прихватио аргумент британске владе о специфичности региона сјеверне Ирске, због чега је још на снази законодавство којим се инкриминише хомосексуалност али је Суд, узимајући у обзир обим и карактер ограничења права на поштовање приватног живота, као и природу самог права и постојање европског консензуса по овом питању, закључио да је ограничење несразмјерно циљу који се желио постићи.³⁸¹

3.1.3.2. Нужност ограничења осталих одредби Конвенције

Нешто другачији садржај начело пропорционалности има код осталих одредби Конвенције. Гаранција недискриминације из члана 14 и заштита права на имовину из члана 1 Протокола бр. 1 такође су веома важне области примјене овог начела. Међутим, овдје Суд контролише постојање сразмјерности на мање строг начин,³⁸² било зато што ова права имају шири карактер или се сматра да имају мањи значај или зато што су од утицаја на неку друштвену политику која је од важности за цјелокупно становништво.³⁸³ Тако код члана 14 Суд захтијева да различито поступање мора имати „објективно и разумно оправдање“ и да између легитимног циља и употребљених средстава мора постојати „разуман однос пропорционалности“.³⁸⁴ Постоје мишљења у литератури да се начело пропорционалности у односу на члан 14 бави само односом сразмјерности и циља који се има постићи а не толико легитимношћу циља.³⁸⁵

³⁸¹ *Dudgeon*, став 61.

³⁸² Тако *Van Dijk & Van Hoof* тврде да је захтјев пропорционалности строжији у односу на „неопходно у демократском друштву“, док се нешто блажи тест примјењује на члан 14 и члан 1 Протокола бр. 1, захтијевајући само „разуман однос пропорционалности“. Видјети у *Pieter Van Dijk and G. J. N. Van Hoof* (1998), *op.cit.*, р. 81. Слично, *Gomien, Harris u Zwaak* тврде да је стандард контроле према члану 14 нижи него за остале одредбе Конвенције. Видјети у *D. Gomien, D. Harris & L. Zwaak* (1996), *op.cit.*, р. 354.

³⁸³ J.A. Sweeney, "Margins of appreciation, cultural relativity and the European Court of Human Rights", University of Hull, February 2003. р. 226.

³⁸⁴ *Белгијски лингвистички случај*, став 10.

³⁸⁵ *Leader* каже да се ради о „слабој“ верзији начела пропорционалности. Видјети у *Sheldon Leader, Proportionality and the Justification of Discrimination*, in J. Dine and B. Watt (eds) *Discrimination: Concepts, Limitations and Justifications* (London: Longmans, 1996). pp.115-117.

Суд у односу на члан 1 Протокола бр.1 на сличан начин контролише само да ли постоји сразмјера између предузете мјере и легитимног циља који се њоме има остварити или да ли постоји „правичан баланс“ између општег и појединачног интереса у питању.³⁸⁶ Поред тога, Суд је био става да евентуално постојање алтернативних рјешења не чини закон незаконитим у односу на право на имовину. Такође, није на Суду да процјењује да ли постојећа легислатива представља најбољи начин рјешавања проблема или да ли би законодавна дискреција могла бити искоришћена на другачији начин.³⁸⁷ Државе могу да ограниче право својине, али је у односу на остале одредбе, могућност ограничења формулисана тако да то може урадити у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и другим општим начелима међународног права. Да ли и када постоји јавни интерес, одређује држава и она у том смислу има широко дискреционо овлашћење. Пропорционалност неће постојати ако одмјеравање приватног и јавног интереса није спроведено на разуман начин³⁸⁸ или када појединац сноси исувише велики терет у односу на јавни циљ који треба постићи.³⁸⁹ Тако је нпр. у предмету *Jahn против Њемачке* Суд нашао да је *правичан баланс* драстично нарушен на штету подносилаца представке тиме што им је њемачки законодавац одузео имовину у корист државе, а заузврат није одредио накнаду за одузету имовину, без обзира на изузетне околности које су се односиле на уједињење Њемачке.³⁹⁰ Са друге стране, захтјев пропорционалности је строжији код одузимања имовине у поређењу са осталим случајевима ускраћивања својинских права зарад јавног интереса.³⁹¹

³⁸⁶ *Sporrong and Lönnroth*, став 73.

³⁸⁷ *Mellacher и други против Аустрије*, пресуда од 19.12.1989.г., став 53.

³⁸⁸ *Sporrong and Lönnroth*, став 69.

³⁸⁹ *Sporrong and Lönnroth*, став 73. У пресуди *National Union of Belgian Police против Белгије* каже се да губитак који је претрпио подносилац представке није превелик у односу на легитимни циљ који се имао постићи.

³⁹⁰ *Jahn и други против Њемачке*, пресуда од 22.01.2004.г.

³⁹¹ Више о томе у Frederic Sudre, *La protection de la propriété privée par la Cour européenne des droits de l'homme*, Recueil Sirey Dalloz, 1988, pp. 71-78.

Остале области у којима су Суд и раније Комисија контролисали пропорционалност су члан 15 и такозвана инхерентна или подразумејивана ограничења о којима је већ било ријечи. Такође, приликом утврђивања да ли постоји позитивна обавеза државе, Суд је прихватио да се мора се узети у обзир правичан баланс између општег интереса заједнице и интереса појединца.³⁹²

Члан 15 сам по себи садржи захтјев за контролом пропорционалности зато што радње које држава предузима, одступајући од својих обавеза, морају бити у „најнужнијем обиму који изискује хитност ситуације, с тим да такве мјере не буду у нескладу с њеним другим обавезама према међународном праву“. То једноставно значи да се термин „у најнужнијем обиму“ може поистовјетити са термином „неопходно у демократском друштву“ али разлика постоји у смислу да члан 15 захтијева активнију контролу. Стављање ван снаге обавеза из Конвенције мора, дакле, бити строго пропорционално. У предмету *Handyside*, Суд је направио изричиту разлику између стандарда „у најнужнијем обиму“ из члана 15 и уобичајеног стандарда „неопходности“ или пропорционалности присутног у неким другим члановима Конвенције. У овој пресуди појам „нужности“ (*indispensability*) је доведен у везу са ријечима „у најнужнијем обиму“ (*strictly required*) из члана 15 и „апсолутно неопходно“ (*absolutely necessary*) из члана 2 (2) Конвенције. На тај начин се мјере предузете у „најнужнијем обиму“ могу изједначити са онима предузетим у апсолутној неопходности. Суд је дефинисао значење „апсолутно неопходно“ као ситуацију у којој „се мора користити строжији и убједљивији тест нужности у односу на онај који се обично примјењује када треба утврдити да ли је радња државе неопходна у демократском друштву“.³⁹³ Како *Eissen* примјећује, у случају члана 15, начело пропорционалности је „невјешто“ у поређењу са члановима 8-11 Конвенције.³⁹⁴ Међутим, за разлику од члана 2, строжији стандард нужности у контексту члана 15 није оправдан важношћу права, већ природом стања у ком је стављен ван снаге режим пуног поштовања људских права.

³⁹² *Rees*, став 37; *Sheffield and Horsham*, став 52.

³⁹³ *McCann и други против Уједињеног краљевства*, став 149.

³⁹⁴ М.А. Eissen (1993), *op.cit.*, р. 126.

Органи у Стразбуру су се дослиједно ослањали на концепт „претпостављених ограничења“ да би се утврдио обим дискреционих овлашћења државе у односу на право на приступ суду из члана 6 (1)³⁹⁵ и право гласа из члана 3 Протокола бр.1. У предмету *Ashingdane против Уједињеног краљевства*, Суд је нагласио да ограничења права на приступ суду неће бити у складу са чланом 6(1) ако немају легитиман циљ или ако не постоји разуман однос пропорционалности између примијењених средстава и циља који се настоји постићи.³⁹⁶ Право на приступ суду је нарушено када правила више не служе циљу правне сигурности и правилној администрацији правосуђа и претворе се у препреку за парничара да његов случај буде одлучен у меритуму од стране суда.³⁹⁷ У односу на бирачко право затвореника, Суд је у многим предметима нашао да је оно прекршено јер јавне власти нису успјеле да докажу рационалну везу између његовог ускраћивања и циља који се тиме настоји постићи.³⁹⁸

Суд је по први пут расправљао о питању теста пропорционалности у односу на право на брак и заснивање породице у предмету *Frasik против Пољске*. Суд је нагласио да, за разлику од члана 8 са којим члан 12 има сличности, члан 12 не садржи допуштене основе за ограничења права као члан 8. У складу с тим, Суд неће примјењивати тестове „неопходности“ или „неодложне друштвене потребе“ који се користе у контексту члана 8, него ће утврдити, узевши у обзир маргину процјене, да ли је спорно ограничење арбитрерно или несразмјерно.³⁹⁹ То значи да Суд испитује да ли мјера ограничења заснована на закону и да ли је поштован правичан баланс између интереса појединца и интереса заједнице. Без обзира што Конвенција не садржи допуштене основе ограничења у члану 12, исти итекако могу постојати у унутрашњим законима и односе се како на формалне, тако и материјалне услове за

³⁹⁵ Видјети нпр. *Omar против Француске*, пресуда од 29.07.1998.г., став 34 или *Osman против Уједињеног краљевства*, 28.10.1998, став 47.

³⁹⁶ *Ashingdane против Уједињеног краљевства*, пресуда од 28.05.1985.г., став 57.

³⁹⁷ *Kart против Турске*, пресуда од 24.04.2008, став 79.

³⁹⁸ *Mathieu-Mohin and Clerfayt против Белгије*, пресуда од 02.03.1987.г., став 52. *Hirst*, ставови 76-85.

³⁹⁹ *Frasik против Пољске*, пресуда од 05.01.2010.г., став 90.

склапање брака који се углавном односе на јавност и чин вјенчања примарно у контексту способности за склапање брака, пристанка и препрека за склапање брака.⁴⁰⁰ Интересантан је у овом контексту случај када су британске власти законом забраниле склапање брака на тлу Британије одређеној категорији лица која то раде у циљу избјегавања имиграционих контрола. Суд утврдио повреду члана 12 јер су подносиоци представке живјели у чврстој и трајној заједници, без обзира што су припадали тој категорији лица.⁴⁰¹

Са друге стране, не постоји разлог за било какав тест пропорционалности или праведног баланса ако су у питању апсолутна права или слободе, а то су право на живот (члан 2), забрана мучења (члан 3), забрана ропства и принудног рада (члан 4 став 1), забране казне без закона (члан 7) и у погледу укидања смртне казне (члан 1 Протокола бр. 6). Ради се о правима наведеним у члану 15(2) Конвенције, који не допушта одступања од ових чланова у ванредним ситуацијама.⁴⁰²

Постоје, међутим, мишљења да је Суд често примјењивао тест пропорционалности у односу на члан 3,⁴⁰³ посебно у случајевима примјене силе од стране државних органа и премјештања странаца са територије држава уговорница.⁴⁰⁴ Практична последица подјеле на апсолутна и релативна права јесте да у случају конфликта између њих, држава или Суд морају дати приоритет апсолутним правима док у случају конфликта

⁴⁰⁰ *Rees*, став 50; *F. против Швајцарске*, став 32; *B. and L. против Уједињеног краљевства*, пресуда од 13.09.2005.г., став 34.

⁴⁰¹ *O'Donoghue и други против Уједињеног краљевства*, пресуда од 14.12.2010.г.

⁴⁰² *Drooghenbroeck* закључује да на основу чланова 15 и 17 Конвенције, логика начела пропорционалности упућује да је теоретски нужно признати постојање искључиве области заштите. Више о томе у: S. van Drooghenbroeck (2001), *op.cit.*, pp. 389-406.

⁴⁰³ Видјети нпр. J. Christoffersen (2009), *op.cit.*, p. 81-93. Johan Callewaert, *L'article 3 de le Convention européenne: Une norme relativement absolue or absolument relative?*, *Liber Amicorum Marc-André Eissen* (1995) (Cohen-Jonathan, Flauss and Lambert, Eds.), Johan Callewaert: Is There a Margin of Appreciation in the Application of Articles 2, 3 and 4 of the Convention?, 19 *Human Rights Law Journal* (1998) 6-9, Michael Addo, Nicholas Grief: Some Practical Issues Affecting the Notion of Absolute Rights in Article 3 ECHR, 23 *European Law Review* (1998) 17-30 p. 18, и поменути *van Drooghenbroeck*.

⁴⁰⁴ *Christoffersen* је истраживањем праксе Суда нашао да се начело пропорционалности у контексту члана 3 испитивало код позитивних обавеза заштите појединца као и негативних обавеза у односу на претрес лица, боравак у затворској самици, везивање лисицама, присилно лијечење, присилну исхрану, бријање главе, стављање повеза преко очију и услове притвора. Видјети у J. Christoffersen (2009) *op.cit.*, p.83.

између релативних права може се дати пуни приоритет једном праву већ се мора направити правичан баланс између њих.⁴⁰⁵

Упркос оваквом неуједначеном садржају, начело пропорционаности је постепено постало опште начело у праву Конвенције.⁴⁰⁶ Суд га користи као главну смјерницу приликом тумачења да ли су националне власти, када су усвојиле рестриктивну мјеру, одступиле од своје слободе дискреције или да ли су остале у оквиру те слободе.

Имајући у виду наведено, јасно је да се начело пропорционаности у јуриспруденцији Стразбура не може поистовјетити са захтјевом „неопходности у демократском друштву“ већ има шири опсег. У прилог томе *Eissen* каже да овакав концепт није одржив, јер се може сматрати да је мјера „неопходна“ само зато што се њом може остварити легитиман циљ који је, са друге стране „неразуман“ зато што се мијеша у саму суштину права.⁴⁰⁷

3.2. Фактори који утичу на начело пропорционаности

Приликом процјене да ли је спорна мјера поштује захтјев пропорционаности, неколико фактора се мора узети у обзир.⁴⁰⁸ У предмету *Lingens против Аустрије*, наводи се да ће пропорционалност варирати зависно од околности случаја, затим од права које је предмет поступка и врсте уплитања у право.⁴⁰⁹ Често се међутим дешава

⁴⁰⁵ D. J. Harris, M. O'Boyle, E. P. Bates, C. M. Buckley (2009), *op.cit.*, p. 355.

⁴⁰⁶ P. Van Dijk, G. J. H. Van Hoof, (1998), *op.cit.*, p. 81; J. J. Cremona (1995), *op.cit.*, p. 330.

⁴⁰⁷ M.A. Eissen (1993), *op.cit.*, 126-127, фугнота бр. 6. Своје мишљење је засновао на издвојеним мишљењима судија *Ryssdal* и осталих у предмету *Olsson против Шведске*, пресуда од 24.03.1988.г. (у којој је било ријечи мјерама које су „неопходне и сразмјерне легитимној сврси) и издвојеном мишљењу судије *Matscher*-а у предмету *Oberschlick против Аустрије*.

⁴⁰⁸ Jeremy McBride, *Proportionality and the European Convention on Human Rights*. In Ellis, E. (ed.). *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 1999, p. 24.

⁴⁰⁹ *Lingens против Аустрије*, пресуда од 08.07.1986.г, став 43.

да су пресуде засноване на оцијени пропорционалности штуро образложене у смислу разлога зашто је дат већи значај одређеним факторима.⁴¹⁰

Степен прибјегавања начелу пропорционалности ће најприје зависити од природе самог права па се тако, како је већ наглашено, апсолутна права не могу подврћи анализи пропорционалности. Затим, слиједе права и слободе која су од значаја за владавину права и демократију, као што су право на слободу, право на правично суђење као и права и слободе у односу на које држава може одступити у строго дефинисаним случајевима. Коначно, права као што су право на имовину, забрана дискриминације и изборна права су такве природе да држава има најширу дискрецију приликом њиховог ограничења. Судија *Zupančič* је добро примјетио да се најблажи тест пропорционалности примјењује на економска и социјална права.⁴¹¹ Ако бисмо рангирани инсистирање Суда на поштовању начела пропорционалности исти би се прилично уздржавао када су у питању теме као што су социјалне и економске политике и национална безбједност, док би вршио строжију контролу у предметима који се баве кривичним поступком, интимним аспектима приватног живота или политичком дебатом о питањима од јавног интереса.⁴¹² Са друге стране, поједини аспекти одређеног права ће добити превагу у односу на друге елементе истог права. Тако нпр. Суд поступа са већом пажњом у односу на ограничења члана 8, која се мијешају појединцима у могућност избора начина на који ће водити свој живот, за разлику од других ограничења истог члана. Исто тако, примјетно је да је у пракси Суда политички говор и слобода штампе привилегована у односу на друге облике изражавања, зато што је према мишљењу Суда „изражавање политичких идеја у најширем смислу, нешто са чиме се вриједности које подупиру концепт слободе изражавања највише баве“.⁴¹³ Приликом процјене пропорционалности у контексту

⁴¹⁰ Van Dijk and van Hoof (1998), *op.cit.*, 604.

⁴¹¹ *Burden and Burden против Уједињеног краљевства*, пресуда од 29.04.2008.г.

⁴¹² J. Simor, B. Emmerson (2000), *op.cit.*, para 1.084.

⁴¹³ P. Mahoney, *Universality versus Subsidiarity in the Strasbourg Case Law on Free Speech: Explaining Some Recent Judgements* (1997) 4 EHRLR 364.

чланова 10 и 11, како ће се у даљем тексту показати, биће од значаја и концепти „расхлађујућег ефекта“ и „јавне личности“.

Суд ће сматрати интервенцију несразмјерном ако нарушава *саму суштину права*,⁴¹⁴ односно у зависности од тога да ли у потпуности гуши право или слободу или оставља одређени простор њихово остваривање. Примјер је предмет *Young, James, and Webster против Уједињеног краљевства*, који се тичао негативне слободе удруживања. У овом предмету су подносиоци представке били суочени са пријетњом отпуштања из британских жељезница због тога што су се одбили придружити једном од три синдиката. Суд је у овом случају сматрао да таква мјера задире у „саму суштину“ и „саму садржину“ слободе удруживања тиме у потпуности гушећи ову слободу.⁴¹⁵ Ако је интервенција државе таква да одређени појединац има алтернативне опције на располагању, онда је већа вјероватноћа да ће таква интервенција бити оцијењена као разумна. Треба рећи да ова логика није апсолутна. У неким случајевима, Суд се у великој мјери *само-ограничава* тако да је вољан да прихвати мјере којима се ограничавају права на најрестриктивнији начин и у мјери у којој се потпуно укида право.⁴¹⁶ Није сасвим јасно зашто је концепт „саме суштине права“ издвојен од контроле „правичног баланса“ када једно претпоставља друго.

Одмјеравање важности јавног интереса или легитимног циља са *природом права* јесте суштина процеса балансирања. Суд је у више случајева нашао да држава није прекршила Конвенцију ограничавајући одређена права јер је штитила основне вриједности демократског друштва, наглашавајући да се „као ствар принципа, може сматрати неопходним у појединим демократским друштвима да се санкционише или спријечи сваки облик изражавања који шири, подстиче или оправдава мржњу

⁴¹⁴ *Белгијски лингвистички случај*. Суд с времена на вријеме помене да правни акт никада не смије повриједити садржину права или нарушити саму суштину права али се ова два термина користе као синоними.

⁴¹⁵ *Young, James and Webster против Уједињеног краљевства*, пресуда од 13.08.1981.г., ставови 58-65.

⁴¹⁶ Видјети пресуду у предмету *Wingrove против Уједињеног краљевства*, када је одбијено издавање дозволе за дистрибуцију филма што је *de facto* значило претходну цензуру. Исто тако видјети *Müller против Швајцарске*, када су конфисковане и уништене умјетничке слике.

засновану на нетолеранцији“.⁴¹⁷ Суд је, исто тако, континуирано реafirмисао чињеницу да борба против тероризма представља легитимни циљ националне безбиједности⁴¹⁸ и да су анти-терористичке мјере оправдане како би се спријечили нереди или криминал.⁴¹⁹ *Yourow* вјерује да су интереси националне безбиједности и спречавања криминала најближи „приоритету влада и најдаљи од приоритета заштите права“ тиме што су снажно повезани са сувереношћу држава.⁴²⁰ Истовремено, у одређеном контексту заштита породице у традиционалном значењу може бити важан легитиман циљ који оправдава различит третман.⁴²¹ Економска добробит одређене територије може тако однијети превагу над правом на поштовањем дома.⁴²² Поступајући по представкама везаним за члан 1 Протокола бр. 1, јавни интерес који се наводио као оправдање за уплитање у својинско право углавном се односио на промоцију економског развоја или социјалне правде. Док се овакви интереси могу с правом изједначити са интересима заштите личне сигурности и националне безбиједности или јавног реда, они су по својој природи апстрактни и контраверзни и као тема не толико блиски судијама и генерално правницима. Зато што се мишљења о овим стварима значајно разликују, Суд није вољан да даје категоричне изјаве о сврси права на имовину.⁴²³

⁴¹⁷ *Erbakan против Турске*, пресуда од 06.07.2006.г., став 56. У односу на ограничење слободе удруживања због расистичког говора мржње видјети *Glimmerveen and Haagenbeek против Холандије*, одлука Комисије од 11.10.1979.г. и новију пресуду *Vona против Мађарске*, пресуда од 09.07. 2013.г. Поред тога у многим предметима који су се тicali вјерског говора мржње (нпр. *Hizb Ut-Tahrir и други против Њемачке*, одлука о прихватљивости од 19.06.2012.г.), говора мржње у односу на сексуалну оријентацију (нпр. *Vejdeland и други против Шведске*, пресуда од 09.02.2012.г.), затим историјског ревизионизма или негирања злочина (нпр. *Garaudy против Француске*, одлука о прихватљивости од 24.06. 2003.г.), говора заснованог на тоталитарној доктрини (*The Welfare Party и други против Турске*, пресуда од 13.02.2003.г.), политичког говора (*Otegi Mondragon против Шпаније*, пресуда од 15.03.2011.г.), и анти-уставног/националистичког говора мржње (*Dink против Турске*, пресуда од 14.09.2010.г.), Суд је поступио на сличан начин.

⁴¹⁸ *Zana против Турске*, пресуда од 25.11.1997.г., став 50.

⁴¹⁹ *Incal против Турске*, пресуда од 09.06.1998.г., став. 42.

⁴²⁰ Howard C. Yourow (1996), *op.cit.*, p. 52

⁴²¹ *Karner против Аустрије*, пресуда од 24.07. 2003.г., став 40. Видјети такође *Mata Estevez против Шпаније*, пресуда од 10.05.2001.г.

⁴²² Видјети *Gillow против Уједињеног краљевства*, пресуда од 24.11.1986.г., став 55.

⁴²³ P. Mahoney (1990), *op. cit.*, p. 79.

Са друге стране, забрану дистрибуције часописа војницима Суд је сматрао несразмјерном јер није био убијеђен да садржај чланака представља озбиљну пријетњу војној дисциплини, упркос томе да је одржавање дисциплине важно за војни начин живота.⁴²⁴ *Важност легитимног циља* се вага у односу на штету коју евентуално претрпи појединац. Такође, приликом одмјеравања супростављених интереса и права појединаца, дат је велики простор дискрецији државе и у том случају је важност једног од више појединачних интереса од одлучујућег значаја.⁴²⁵

Осим претходно наведених, још један фактор утиче на пропорционалност а то је *природа и интензитет ограничења*, односно санкција изречених подносиоцу представке. По природи ствари кривичне санкције биће подложније контроли Суда него санкције изречене у парничном или административном поступку. Ситна новчана казна или нека врста укора неће бити довољна да учини, иначе прихватљиво ограничење спорним али ће лишење слободе захтијевати снажно оправдање,⁴²⁶ као и казне упоредиве магнитуде, као што је протјеривање из земље. То наравно не значи да ће грађанске санкције, које су по својој природи мањег интензитета увијек бити сматране разумним.⁴²⁷

У вези са претходним је важна и *природа терета који сноси појединац*, посебно када ограничење наметнуто над неким својинским правом како би се обезбиједио шири јавни интерес. Тако нпр. у предмету *Hentrich против Француске* право прече куповине имовине, како би држава спријечила избјегавање пореза на тој имовини,

⁴²⁴ *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs und Gubi nromus Аустрије*, пресуда од 19.12.1994.г.

⁴²⁵ Примјер је предмет *Plattform "Ärzte für das Leben" против Аустрије* (став 32), који се тицао обавезе заштите демонстрација од контра-демонстрација. „Демонстрације могу сметати или вређати лица која се противе идејама или захтјевима које промовише. Учесници међутим морају бити у могућности да одрже демонстрације без страха да ће бити изложени физичком насиљу од стране њихових противника; Такав страх може одвратити удружења или друге групе које подржавају заједничке идеје или интересе да отворено изразе своје мишљење по веома контроверзним питањима која су од утицаја на цјелокупну заједницу. У демократији право на контра-демонстрације се не може проширити толико да сузбија право на демонстрирање“.

⁴²⁶ *Grigoriades против Грчке*, пресуда од 25.11.1997.г. Тромјесечна казна затвора за увреду војске је сматрана прекомјерном јер инкримисани исказ није дошао до шире јавности.

⁴²⁷ Видјети о несразмјерно досуђеном износу накнаде штете због клевете *Tolstoy Miloslavsky против Уједињеног краљевства*, пресуда од 13.07.1995.г.

сматрало се неоправданим када се то радило без доказа о прекршају подносиоца представке и када је таква санкција изречена са искључивом намјером да представља упозорење за остале ако покушају да избјегну порез.⁴²⁸

Улогу у оцјени пропорционалности такође игра и питање да ли је циљ који се желио остварити могао бити остварен мање (или најмање) ограничавајућим алтернативама. Традиционални принцип неопходности се строго фокусира на поређење мјере која је примјењена и мјере(а) која су могле бити примјењене како би се постигао исти циљ. Тако је нпр. доступност грађанских правних средстава, као правног лијека, значило да је утврђивање кривичне одговорности био несразмјеран одговор јавној одбрани дјела колаборације са нацистима за вријеме 2. свјетског рата.⁴²⁹ Свеобухватним прегледом јуриспруденције Суда, може се примјетити да се принцип мање строжијих алтернатива користи насумично и без неког посебног правила. Испитивање мање строжијих алтернатива је релативно често у случајевима ограничавања политичког говора,⁴³⁰ провјере преписке затвореника,⁴³¹ распада политичких странка,⁴³² ослобођења хомосексуалаца од војне службе због њихове сексуалне оријентације,⁴³³ док се у другим случајевима практично и не спроводи. Чак је Суд од раније био става да је сврха националне мјере „прихватљива сама по себи“ и да „није на Суду да утврђује да ли је могуће реализовати на другачији начин“,⁴³⁴ тако да се може закључити да овакав тест игра мање значајну улогу у тумачењима Суда и примјени начела пропорционалности.

⁴²⁸ *Hentrich против Француске*, пресуда од 22.09.1994.г.

⁴²⁹ *Lehideux против Француске*, пресуда од 23.09.1998.г.

⁴³⁰ *Castells против Шпаније*, пресуда од 23.04. 1992.г., став 46.

⁴³¹ *Campbell*, ставови 48 и 52.

⁴³² *The Socialist Party и други против Турске*, став 51.

⁴³³ *Lustig-Prean and Beckett против Уједињеног краљевства*, пресуда од 27.09.1999.г., ставови 87 и 95-96 и *Smith and Grady против Уједињеног краљевства*, 27.09.1999.г., ставови 90 и 102-103.

⁴³⁴ *Белгијски лингвистички случај*, став 13

Питање које је од изузетне важности за примјену начела пропорционалности јесте на коме лежи терет доказивања, да ли на туженој држави или подносиоцу представке.⁴³⁵ Опште правило доказивања је да страна која тврди да има неко право, сноси терет доказивања чињенице која је битна за настанак или остваривање тог права, што би у овом случају значио да терет доказивања превасходно лежи на подносиоцу представке. Међутим, органи у Стразбуру су користили специфичне термине како би у одређеним случајевима нагласили приоритет људских права. У том случају, појединац треба да покаже да је дошло до уплитања у право заштићено Конвенцијом док држава сноси терет доказивања да је уплитање било законито и оправдано у смислу Конвенције. Као што *Greer* примјећује, захтјев да мора постојати неодложна друштвена потреба, чини могућим да се да приоритет људским правима насупрот колективним интересима, зато што се тако држави намеће терет доказивања ове друштвене потребе.⁴³⁶ Тако је Суд, у одређеним случајевима, захтијевао од тужене државе да покаже да је интервенција била заснована на разлозима који су „релевантни и довољни“⁴³⁷ док у другим случајевима тражи да нужност за ограничењем мора бити „убједљиво утврђена“⁴³⁸, или „убједљива и увјерљива“⁴³⁹ да се „изузети морају уско тумачити“⁴⁴⁰, да интервенција мора бити оправдана „врло озбиљним разлозима“⁴⁴¹, да уплитање у право мора бити оправдано „неодложном

⁴³⁵ S. Greer (2000), *op.cit.*, p. 2. Слично Aileen McHarg, *Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*. The Modern Law Review, 1999, Vol. 62.

⁴³⁶ S. Greer, (2003), *op.cit.*, pp. 409 and 428.

⁴³⁷ *Observer and Guardian против Уједињеног краљевства*, став 72. *Erns и други против Белгије*, пресуда од 15.10.2003.г., став 104; *Krone Verlag GmbH & Co KG (No. 2) против Аустрије*, пресуда од 06.11.2003.г., став 42; *Nikula против Финске*, пресуда од 21.03.2002.г., став 4. Суд је примјенио захтјев релевантних и довољних разлога на члан 5 (3) (*Wemhoff против Њемачке*, став 12), чл. 10, (*Handyside*, став 50), чл. 8 (*Dudgeon*, став 54). Овај услов се не појављује у другим одредбама. За члан 11 видјети дјелимично издвојено мишљење судије *Jambrek* (став 10) и издвојено мишљење судије *Martensa* (став 12) у предметима *Gustafsson против Шведске*, пресуда од 25.04.1996.г., и *The Welfare Party и други против Турске*, ставови 53 и 83.

⁴³⁸ *Société Colas Est против Француске*, пресуда од 16.04.2002.г. став 47; *Tele 1 Privatfernsehgesellschaft MBH против Аустрије*, пресуда од 21.09.2000.г., став 34; *Autronic AG против Швајцарске*, став 61; *Weber против Швајцарске*, став 47.

⁴³⁹ *Welfare Party против Турске*, став 135; *Özdep против Турске*, пресуда од 08.12.1999.г., став 44.

⁴⁴⁰ *The Sunday Times*, став 65. *Société Colas Est*, став 47.

⁴⁴¹ *Dudgeon*, став 52.

друштвеном потребом“,⁴⁴² да разликовање мора бити засновано на „разлозима који имају озбиљну тежину“,⁴⁴³ да јавне власти морају „у довољној мјери навести повреду заштићеног интереса“,⁴⁴⁴ и да се јавна политика води на „најмање оптерећујући начин у односу на људска права“⁴⁴⁵ итд. У осталим одлукама, прибјегло се утврђивању „правичног баланса“ између конвенцијског права и „општег интереса заједнице“ без навођења како би то требало процедурално спровести.⁴⁴⁶ Тако нпр. подносиоци представке у предметима везаним за члан 14 морају показати да су ситуације у којима постоји различит третман упоредиве или исте.⁴⁴⁷ Стандард доказивања се разликује од случаја до случаја и прије свега се односи на доказивање чињеничног стања, а не на промишљање о томе да ли је нека мјера била сразмјерна.

Начело пропорционалности се на сличан начин критикује у литератури као и претходно описани концепти које у тумачењу користи Суд. Поједини аутори сматрају да су стандарди „неодложне друштвене потребе“ и „важних и довољних разлога“ апстрактни, нејасни и без неке чврсте структуре, као и да јуриспруденцији Суда приликом примјене теста нужности недостаје транспарентност. У циљу превазилажења ових недостатака, предлаже се употреба класичног трипартитног теста од стране Суда.⁴⁴⁸ Други су, опет мишљења, да начело пропорционалности има малу дедуктивну вриједност као општи принцип, односно да начело растеже

⁴⁴² *The Observer and The Guardian*, став 71. Услов *неодложне друштвене потребе* је био присутан у члановима 10 (*Handyside*, став 48), члани 8 (*Dudgeon*, став 51) и члану 11 (*The Socialist Party и други против Турске*, пресуда од 25.05.1998.г., став 49).

⁴⁴³ Видјети нпр. *Abdulaziz, Cabales and Balkandali против Уједињеног краљевства*, (дискриминација заснована на полу), *Gaygusuz против Аустрије*, пресуда од 16.09.1996.г., став 42 (дискриминација заснована на националности); *Inze против Аустрије*, пресуда од 28.10.1987.г., став 41 (дискриминација заснована на брачном статусу). Видјети и новији предмет *Andrejeva против Летоније*, пресуда од 18.02.2009.г.

⁴⁴⁴ *Kokkinakis против Грчке*, пресуда од 25.05.1993.г., став 49.

⁴⁴⁵ *Hatton против Уједињеног краљевства*, став 97.

⁴⁴⁶ *Sporrong and Lonnroth*, став 69; *Grande Oriente d'Italia di Palazzo против Италије*, пресуда од 02.08.2001.г., став 25; *Piermont против Француске*, пресуда од 27.04. 1995.г., став 77; *Klass и други*, став 59; *Varfod против Данске*, пресуда од 22.02.1989.г., став 29; *Gaskin против Уједињеног краљевства*, пресуда од 07.07.1989.г., став 40. Преузето из S. Greer, *The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation?*, 3 UCL HUM. RTS. REV. 1, 2 (2010), p. 12.

⁴⁴⁷ *Rasmussen против Данске*, пресуда од 28.11.1984.г., став 40.

⁴⁴⁸ Видјети најновије Janneke Gerards, *How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights*, Oxford Journals, Int J Constitutional Law (2013) 11(2): 466-490.

владавину права до тачке пуцања.⁴⁴⁹ Због оваквих карактеристика, сматра се чак и да се о начелу пропорционалности не може говорити као о правној доктрини већ више о методу правосудне ефикасности. Постоје чак мишљења да све док год начело пропорционалности постоји као средство оправдања за широко поље слободне процјене, јавни интерес ће увијек имати превагу над људским правима.⁴⁵⁰

Са друге стране, апстрактност начела пропорционалности је проблем који се не може ријешити. Простор у ком дјелује начело пропорционалности је толико широк да је скоро немогуће подвести све случајеве под једну формулу. Умјесто примјене стандардног трипартитног теста у циљу ефикасније заштите права прикладније је да се питање пропорционалности рјешава на флексибилан начин и од случаја до случаја, тако да се пажња усмјери не само на супростављене интересе, него и на одговарајуће надлежности држава чланица и Суда. Што је још важније, треба рећи да начело пропорционалности јесте кључни услов за одговарајуће вршење дискреције коју државе уживају приликом ограничавања права зајамчених Конвенцијом. Заштита ових права би без овог била значајно ослабљена у пракси јер је би тада било довољно да држава задовољи услов законитости у остварењу било каквог интереса који би се сматрао „леgitимним“ (који је у демократским друштвима у већини случајева заједнички) и да тиме не крши Конвенцију. Држава је тако спријечена да у оквиру својих дискреционих овлашћења предузме радње или мјере које би појединцима наметнуле неразуман терет, тако да начело пропорционалности представља главни коректив дискреционих овлашћења државе.⁴⁵¹

⁴⁴⁹ J. Viljanen (2003), *op.cit.*, p. 339.

⁴⁵⁰ Stavros Tsakyrakis, 'Proportionality: an assault on human rights?', (2009) 7 International Journal of Constitutional Law 468.

⁴⁵¹ F. Matscher (1993), *op. cit.*, p. 79.

ДИО ТРЕЋИ

Глава четврта

4. НАСТАНАК, РАЗВОЈ И ЗНАЧЕЊЕ ДОКТРИНЕ ПОЉА СЛОБОДНЕ ОЦЈЕНЕ

Конвенција је, приликом усвајања, била замишљена као најмањи заједнички именилац вриједности које његују њене уговорнице. Међутим, различите културне и правне традиције отежавале су утврђивање јединственог европског стандарда заштите људских права. Поље слободне оцјене зато представља механизам интеграције различитих унутрашњих норми у међународни оквир заштите људских права. Овај механизам је од изузетне важности за Суд јер се број држава чланица СЕ знатно увећао током задње двије деценије, као и број и величина етничких заједница у њима. Тиме се консезус о појединим питањима постепено смањивао, и Суд се зато морао потрудити да заштити основна људска права, у исто вријеме водећи рачуна о различитим друштвеним и правним контекстима. Процес интеграција у Европи је по природи дијалектички јер се униформизација некада сукобљава очувањем традиционалних вриједности, односа и ставова. *Macdonald* је сматрао да примјена европског система заштите и униформисање стандарда људских права мора бити поступно јер се цјелокупан правни оквир заснива на крхким основама пристанка држава. Поље слободне оцјене даје неопходну флексибилност да би се избјегли штетни сукоби између Суда и држава уговорница око сфера надлежности. Главни проблем је у ствари помирити униформно тумачење Конвенције са поштовањем правних, културних и друштвених потреба држава чланица Конвенције. У литератури су навођени бројни разлози за оправдање доктрине као нпр. супсидјарност поступања Суда, поштовање плурализма и суверености држава, недостатак ресурса у Суду да прошири своје поступање преко одређеног нивоа, немогућност Суда да спроведе сложене социо-економске анализе, до размишљања да

је Суд превише удаљен од рјешавања веома осјетљивих случајева. Слобода одлучивања се у крајњем показала и као погодно средство за рјешавање проблема нагомиланих предмета и очување ограничених ресурса Суда.⁴⁵²

Упркос озбиљној критици коју доктрина трпи од научних кругова и повремено од појединих судија Суда, иста се временом проширила на области у којима је до прије пар година било незамислива њена примјена. Данас Суд примјењује доктрину у односу на готово све чланове Конвенције.⁴⁵³

4.1. Назив и дефиниција доктрине

Доктрина поља слободне оцјене (у даљем тексту: доктрина или маргина оцјене) инспирисала је обимну академску литературу и то у много већој мјери него што је то случај са било којим другим начелом или доктрином Конвенције.⁴⁵⁴ Академска дебата се углавном фокусирала на описивање сложене структуре доктрине у оквиру Конвенције, индентификујући области примјене и факторе који регулишу њен опсег. Сви аутори се слажу да не постоји једноставна формула којом се може описати начин на који доктрина дјелује. И поред великог броја покушаја да се доктрина објасни,

⁴⁵² D. Spielmann (2012), *op.cit.*, p. 1.

⁴⁵³ Видјети нпр. новије пресуде: у односу на члан 2 Конвенције: *Budayeva против Русије*, или *Vo против Француске* или у односу на члан 3: *M.C. против Бугарске* и *Wilkinson против Уједињеног краљевства*, пресуда од 28.02. 2006.г.

⁴⁵⁴ У списку литературе датом на крају ове дисертације може се видјети колико је тема опсежно обрађивана у научној литератури. Ипак се могу издвојити водеће научне монографије као што су: R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (1993), *op.cit.*; Y Arai-Takahashi (2002), *op.cit.*; i H. C. Yourow (1996), *op.cit.*; A. Rupp-Swienty (1998), *op.cit.*; J.A. Sweeney (2003), *op.cit.*; S. van Drooghenbroeck (2001), *op.cit.*. У новије вријеме посебно видјети: G. Letsas, (2007), *op.cit.*; J. Christoffersen (2009), *op.cit.*; A. Legg (2012), *op.cit.*. Поред тога, о овој теми објављене су бројне научне студије и чланци од којих се могу издвојити: T. O'Donnell (1982), *op.cit.*; E. Brems (1996), *op.cit.*; N. Lavender, 'The Problem of the Margin of Appreciation' (1997) *European Human Rights Law Review* 380; P. Lambert, "Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité", in F. Sudre (ed.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussels, Nemesis, Bruylant, 1998, M.R. Hutchinson (1999), *op.cit.*; S Greer (2000), *op.cit.*; D. Spielmann (2012), *op.cit.*

најпрепознатљивија особина доктрине је њена казуистична, неуједначена и веома непредвидљива природа.⁴⁵⁵

Сам назив доктрине, како ће се показати у даљем тексту, има поријекло у француској управно-судској пракси, односно потиче од француске ријечи *marge d'appréciation*. Дослован превод француског израза на српски језик би гласио граница или маргина процјене. Коришћење дословног превода не би било адекватно за правилно разумијевање доктрине. Странама Конвенције дефинитивно не припада искључиво периферна, маргинална или занемарљива дискреција у примјени Конвенције, зато што у неким случајевима немају чак ни мало дискреције, док у другим случајевима уживају широку дискрецију у процјени да ли је предложено ограничење људских права у складу са Конвенцијом. Ријеч маргина⁴⁵⁶ би сугерисала да се ради о идеји ограничене могућности да се изађе изван неког оквира односно да се одступи од нечега или да се дозволи одређена слобода. У литератури са ових простора, која је мање или више обрађивала тему тумачења Конвенције, коришћени су појмови као што су маргина процјене (просудбе)⁴⁵⁷, маргина дискреције,⁴⁵⁸ слобода процјене,⁴⁵⁹ поље дискреционе оцене,⁴⁶⁰ маргина слободне процјене, простор слободне процене,⁴⁶¹ подручје слободне процјене,⁴⁶² мјера слободне просудбе,⁴⁶³ степен

⁴⁵⁵ S. Greer (2010), *op.cit.*, p. 3.

⁴⁵⁶ У лексиконима страних ријечи и израза *маргина* има значење граница, простор, толеранција, маргина, слободан простор, распон, износ. Појам потиче од латинске ријечи *margo* која значи руб, ивица, граница, простор, толеранција, маргина, слободан простор, распон, износ, односно *marginalis* која значи рубни, граница, простор, толеранција, маргина, слободан простор, распон, износ.

⁴⁵⁷ Синиша Родин, *Право Еуропске уније и правни поредак Републике Хрватске након 20 година хрватског устава*, Опатија Интер--University Centre of Excellence Working paper, WP Н 2/2010, стр. 15.

⁴⁵⁸ Тамара Богдановић, *Заштита права власништва из чланка 1. протокола 1*. Зб. Прав. фак. Риј. (1991) v. 32, бр. 1, 583-598 (2011), стр. 594.

⁴⁵⁹ Дијана Јаковац-Лозић, *Просудбе Еуропског суда за људска права темељене на досезима сувремених доказних средстава у патернитетским поступцима*, Зборник Правног факултета у Загребу, 4 (2011), стр. 1134. Штефица Стажник, *Еуропски суд за људска права и стандарди управносудског поступка, Хрватска и компаративна јавна управа* - број 4 / 2010, стр 4.

⁴⁶⁰ *Усклађеност домаћег права са стандардима Еуропског суда за људска права у односу на члан 8. Европске конвенције о људским правима*, у књизи "Правни капацитет Србије за европске интеграције", Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Београду, Београд, 2006, стр. 64-111., стр. 66.

⁴⁶¹ Видјети нпр. превод публикације *Слобода изражавања: водич за тумачење члана 10 Европске конвенције о људским правима и његовог контекста* / Тобу Мендел. - (2. изд.). - Београд : Савет Европе, Канцеларија у Београду, 2014. стр.7.

толеранције одступања,⁴⁶⁴ „одређена доза дискреције”,⁴⁶⁵ слобода у одлучивању⁴⁶⁶ и други. У највећем броју радова усвојени назив доктрине је поље слободне оцјене⁴⁶⁷ који се и за потребе ове дисертације сматра најприхватљивијим. У овом контексту, поставља се и питање да ли се заиста ради о „доктрини”.⁴⁶⁸ Поједини аутори чак критикују употребу ријечи „доктрина“ у односу на поље слободне оцјене, зато што иста не представља групу принципа са одређеном теоретском кохерентношћу, већ више методолошки приступ или судску технику. Greer нпр. предлаже да би поље слободне оцјене требало замијенити изразом „судска дискреција“ јер по њему доктрини недостаје „минимум теоретске посебности“ да би се користила у различитим околностима и више представља „псеудо-технички начин позивања на дискрецију коју институције у Стразбуру дозвољавају националним органима у одређеним ситуацијама”.⁴⁶⁹ Међутим, у литератури се за одређење поља слободне

⁴⁶² Самир Зупаревић, ЗАБРАНА НОШЕЊА МАРАМА И ДИСКРИМИНАЦИЈА У ЕУРОПСКОМ ПРАВУ, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год. 47, 3/2010., стр. 693.-704. стр. 698.

⁴⁶³ Ана Хорват Вуковић, *Одлука Великог вијећа Еуропског суда за људска права - без дискриминације у образовању ромске дјеце*, Информатор број 5860 од 05. свибња 2010. стр.8.

⁴⁶⁴ Дејан Павловић, (2011). Доктрине Европског суда за људска права. Међународна политика, 62(1144), 66-77.

⁴⁶⁵ Алан Узелац, Заштита људских права у Еуроци, Докторски и специјалистички студиј Еуропског, 2012, Правни факултет Свеучилишта у Загребу, прво предавање, слајд 43.

⁴⁶⁶ Маја Настић, УСТАВНОПРАВНИ ОСНОВ ПРИМЕНЕ ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА И ОСНОВНИХ СЛОБОДА У ПОСТУПКУ ПРЕД НАЦИОНАЛНИМ УСТАВНИМ СУДОВИМА, докторска дисертација, УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ, ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ (2012), стр. 153.

⁴⁶⁷ *Енглеско-српски, српско-енглески ГЛОСАР Европске конвенције о људским правима*, 2006, Human Rights Co-operation and Awareness Division Directorate General of Human Rights Council of Europe 2006, стр. 9. Ivana Radačić, THE MARGIN OF APPRECIATION, CONSENSUS, MORALITY AND THE RIGHTS OF THE VULNERABLE GROUPS, Zb. Prav. fak. Rij. (1991) v. 31, br. 1, 599-616 (2010), стр. 599. Марија Драшкић, ЕВОЛУЦИЈА У ЈУРИСПРУДЕНЦИЈИ ЕВРОПског СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА У ПОГЛЕДУ ТРАНССЕКСУАЛНИХ ОСОБА: ЕВОЛУЦИЈА И У СРБИЈИ, ПЕРСПЕКТИВЕ ИМПЛЕМЕНТАЦИЈЕ ЕВРОПСКИХ СТАНДАРДА У ПРАВНИ СИСТЕМ СРБИЈЕ – КЊИГА 2, Зборник радова, Приредио проф. др Стеван Лилић, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, 2012, стр. 66; Едо Р. Корљан, ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА О ЉУДСКИМ ПРАВИМА И ПРАВО НА ЖИВОТ, докторска дисертација, УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ, 2012, стр. 28.

⁴⁶⁸ Доктрина (лат. *doctrine*) је систем учења, нешто што је колективно учење, одређени принцип, позиција, или политика која се заговара и учи, као што то раде владе или религије. Наука, скуп мишљења неке научне филозофске школе, идеологије, покрета. Систем догми једне цркве. Доктринарство је склоност да се о научним или политичким питањима суди на основу неких апстрактних принципа, не обазирјући се на стварност. Преузето из: Општа енциклопедија, Просвета, Београд, 1986

⁴⁶⁹ S. Greer (2000), *op.cit.*, p. 32.

оцјене у значајној мјери употребљава ријеч „доктрина“ што ће бити учињено и у овој дисертацији.

Поље слободне оцјене је концепт који је Суд развио својом праксом и који у суштини значи да се државама допушта, у одређеном контексту, мања или већа слобода приликом дефинисања садржаја њихових обавеза према Конвенцији. Ријеч је дакле о прозводу судског права путем ког Суд допушта националним властима одређену дискрециону надлежност у испуњавању својих обавеза, истовремено резервишући за себе право доношења коначне пресуде о томе да ли су исте поступале у складу са Конвенцијом. Ако радње државе у одређеном случају иду изван маргине оцјене, такве радње би се сматрале кршењем Конвенције. Један од аутора је нагласио да „постоји консензус правног мишљења о томе да је поље слободне оцјене инструмент судског поријекла путем којег Суд оставља националним властима одређену аутономију у примјени Конвенције“.⁴⁷⁰ Основна премиса на којој доктрина почива јесте да законодавни, извршни и судски органи државе уговорнице у основи поступају у складу са владавином права, идејом плурализма и начелом заштите људских права, и да се њихова оцјена и објашњење националне ситуације, у случајевима који се појаве пред Судом, могу ослонити на ову премису. Тешкоћа није толико у о томе да ли треба допустити поље слободне оцјене, колико у томе како исто примјенити на чињенично стање у појединим случајевима.

Надлежност Суда да допусти држави поље слободне оцјене није изричито заснована на одредбама Конвенције,⁴⁷¹ већ се ради о инхерентној надлежности судских органа да генерално уреде поступак одлучивања и да дјелотворно врше своју функцију. Са друге стране, поље слободне оцјене може се повезати и са својственим правом судова

⁴⁷⁰ J. Callewaert, “Quel avenir pour la marge d’appréciation ?”, in P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold and L. Wildhaber (ed.) (2000), *op.cit.*, pp. 147-166, p. 149.

⁴⁷¹ H. Yourow (1996), *op.cit.* p.14.

да одреде метод „поступања са доказима“ или да објективно оцијене предмет спора.
472

Следеће обиљежје доктрине јесте да је иста израз начела супсидијарности односно да регулише однос између Суда и унутрашњих правних поредака. Систем Конвенције функционише тако да примарна одговорност за заштиту људских права лежи на државама уговорницама. Како је Суд увијек укључен *a posteriori* у предмет, он не може игнорисати радње националних органа у односу на захтјеве Конвенције у конкретном случају. Пружањем слободе одлучивања, Суд у ствари потврђује демократски мандат државама уговорницама да одлучују о одређеним питањима људских права.⁴⁷³ Поље слободне оцјене је одраз поштовања органа у Стразбуру према суверености држава уговорница као и према вриједностима плурализма, посебно када се ради о осјетљивим питањима.⁴⁷⁴ Суд има улогу да прати радње држава вршењем надлежности пресуђивања која има сличности са федералним уставним судовима који спроводе контролу над поступањем демократски изабране извршне или законодавне власти у федералним државама.⁴⁷⁵

Као последица начела супсидијарности, Суд примјеном доктрине ограничава сопствену надлежност, прихватајући да су домаћи органи у бољем положају да разријеше спор.⁴⁷⁶ Међународни судови, па и сам суд у Стразбуру, генерално

⁴⁷² Видјети нпр. члан 58(2) Пословника Међународног суда правде (из 1978.г. а допуњен 2005. године) или члан 63(2) Правилника о поступку и поступању са доказима Међународног кривичног трибунала из 2002. г. (ICC Off. Rec. ICC/ASP/1/3 (2002)). Могућност да се правила доказивања изводе из инхерентних надлежности међународног правосуђа потврђена је и у пресуди Међународног трибунала за бившу Југославију у пресуди *Prosecutor v Jelusic*, ICTY AC Decision of 15 Nov. 2000.

⁴⁷³ A. Legg (2012), *op.cit.*, p.25.

⁴⁷⁴ Françoise Tulkens, Luc Donnay, “L’usage de la marge d’appréciation par la Cour européenne des droits de l’homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature?”, 1 *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* (2006), p. 14.

⁴⁷⁵ Mahoney упоређује улоге Суда у Стразбуру и Врховног суда Сједињених држава. Видјети у Mahoney (1990), *op.cit.*, at 65.

⁴⁷⁶ D. Spielmann, “Consensus et marge d’appréciation nationale”, 29 *Journal des tribunaux* (2012), p. 592-593. p. 592.

избјегавају да замијене националну дискрецију и преиспитују одлуке националних органа *de novo*. Умјесто тога Суд се уздржава од поступања.⁴⁷⁷

Мора се међутим нагласити да поље слободне оцјене које уживају националне власти никада није неограничено. Државе у првом реду морају вршити своја дискрециона овлашћења у доброј вјери.⁴⁷⁸ Суд је у крајњем надлежан да преиспита да ли су одлуке националних власти разумне, односно да ли су радње које је предузела држава у складу са циљем и сврхом Конвенције. То може између осталог обухватити преиспитивање процеса доношења одлука на националном нивоу како у процесном тако и у материјалном смислу. Стога поље слободне оцјене не спречава поступање Суда већ ограничава обим таквог поступања.

Оваква дијалектичка природа доктрине, која је позиционира као помиритеља универзалности људских права и поштовања националних различитости, показује колико је тешко доћи до јединственог појма поља слободне оцјене. Суд стога прилагођава доктрину сваком случају појединачно што ствара потребу да се непосредно истражи њена примјена у јуриспруденцији Суда како би се идентификовали одређени трендови. Стога ће у наредним дјеловима овог рада бити спроведено истраживање праксе Суда у односу на поље слободне оцјене структурирано према релевантним члановима Конвенције. Као увод у овакво истраживање веома је важно размотрити историјско и правно поријекло доктрине, доктринарна схватања и однос са другим начелима тумачења Конвенције.

4.2. Настанак и развој доктрине

⁴⁷⁷ Видјети нпр. *James против Уједињеног краљевства*, када је Суд био става да он „не може замијенити процјену националних власти властитом процјеном“.

⁴⁷⁸ Члан 26 Бечке конвенције.

4.2.1. Поријекло доктрине „поља слободне оцјене“ у контексту националних држава

Доктрину поља слободне оцјене многи виде као једну од главних новина које је са собом донијела пракса Суда. Доктрина нема своје поријекло искључиво у међународном јавном праву него и у административној пракси националних држава.⁴⁷⁹ Принцип поља слободне оцјене је веома познат у управној пракси држава које његују континентални систем права, мада има и мишљења да је доктрина производ обичајног права (*common law*).⁴⁸⁰ Доктрина има непосредне коријене у пракси судске контроле законитости управних аката Француског Државног савјета (*Conceil d'état*).⁴⁸¹ Државни Савјет није контролисао да ли образложење које су пружили управни органи заиста оправдавају предузету мјеру већ да ли су исти, у датим околностима, могли у принципу да је оправдају.⁴⁸² Сам израз „поље слободне оцјене” је превод француског израза *marge d'appréciation* који се користио да опише обим у којем ће суд допустити примјену дискреционих овлашћења (*pouvoir discrétionnaire*) органима који врше управна овлашћења. Израз је у пракси страсбуршких органа (лоше) преведен на енглески језик као „margin of appreciation“.⁴⁸³ Може се ипак рећи да најсофистициранија и најсложенија примјена теорије административне дискреције (*das frei Ermessen* - дословно: слободна оцјена) постоји у Њемачкој али је иста много ужа него доктрина поља слободне оцјене у контексту Конвенције или у контексту ЕУ права.⁴⁸⁴ Концепт административне

⁴⁷⁹ E. Brems (1996), *op.cit.*, p. 240.

⁴⁸⁰ S. van Drooghenbroeck (2001), *op.cit.*, p. 492.

⁴⁸¹ R. St. J. Macdonald (1993), *op.cit.*, p. 83; P. van Dijk, G. J. H. van Hoof (1998), *op.cit.*, p. 84. Guy Braibant (2002), *Административно право Француске*, Београд: ЈП Службени лист СРЈ.

⁴⁸² Francis G. Jacobs, *The European Convention on Human Rights*, Oxford 1975, p. 201.

⁴⁸³ Richard Clayton, Hugh Tomlinson, *The Law of Human Rights*, Second Edition, Oxford, 2009, p. 314. Верзије на осталим језицима такође варирају као нпр. *un margine discrezionale* (на италијанском језику), *una facultad de apreciación* (на шпанском језику), *margines uznania* (на пољском језику) и *een beoordelingsmarge* (на холандском језику).

⁴⁸⁴ Y. Arai-Takahashi, “Administrative Discretion in German Law: Doctrinal Discourse Revisited”, *EPL* 69 (2000), 69–80. Тако простор слободе доношења одлука постоји као концепт у правној науци и пракси Њемачке и то у облику области процјене (*Beurteilungsspielräumen*), надлежности за процјену (*Einchätzungsprärogativen*) и дискреције за процјену (*Ermessensfreiräumen*). Више о томе у F. Jacobs (1975), *op.cit.*

дискреције може се разумјети као елемент недјелјиве дискреције која се врши приликом примјене било које правне норме.⁴⁸⁵ Овај концепт је заснован на разлици између дедуктивне и дискреционе примјене права која је била изражена кроз покрет ткз. слободног права настао почетком двадесетог вијека. Овај покрет је наглашавао немогућност примјене права само путем дедуктивне логике, што се према овом схватању, односи и на дискрецију коју врше правосудни органи.⁴⁸⁶

Овакав „управни призив“ доктрине највише се може примјетити у оним пресудама Суда које су се бавиле примјеном чланова 5, 6 и 8-11 којима се јамче најважније грађанске слободе, када Суд користи поље слободне оцјене у оцјени допуштености ограничења права у складу са Конвенцијом.

4.2.2. Настанак и развој доктрине у контексту Конвенције

Примјена поља слободне оцјене у систему Конвенције, осим назива, нема много тога заједничког са француским моделом, па ни са сличним моделима контроле законитости управних аката у осталим земљама. Док се француска доктрина заснива на особеностима континенталног управног права, доктрина поља слободне оцјене се, у контексту Конвенције, развијала у потпуности аутономно због саме природе Конвенције као међународног уговора супсидијарног унутрашњим правним порецима и природе Суда, чија се улога природно разликује од улоге домаћих судова који контролишу законитост управних аката. Као резултат, доктрина се развијала независно без изричитог позивања на француско „поријекло“.⁴⁸⁷

⁴⁸⁵ René Dejbjerg Pedersen, *Det forvaltningsretlige skøn*, [On administrative discretion], (Jurist og Økonomforbundets Forlag, Copenhagen, 2006), p. 48.

⁴⁸⁶ За новије коментаре о њемачком покрету слободног права видјети: Frank Kantorowicz Carter, “Gustav Radbruch and Hermann Kantorowicz: Two Friends and a Book – Reflections on Gnaeus Flavius’s *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906)”, 7 *German Law Journal* (2006) pp. 657-700.

⁴⁸⁷ R.St.Macdonald (1993), *op.cit.*, p. 187.

По први пут се назив доктрине појавио 1949. године када је употребљен од стране Европског покрета поводом дебате о транснационалним институцијама, процесима и нормама људских права које би требало створити у Европи након другог свјетског рата.⁴⁸⁸

Доктрина поља слободне оцјене је изворно настала у раду Комисије, односно приликом покушаја да се ублажи забринутост држава уговорница да би бескомпромисна међународна контрола људских права могла угрозити интерес очувања националне безбједности, посебно у околностима које пријете животу народа.⁴⁸⁹ Први такав случај био је ткз. *Кипарски случај*, када је Грчка поднијела двије представке Комисији због наводних вишеструких кршења Конвенције од стране Уједињеног краљевства. Британци су се позвали на члан 15 Конвенције који допушта државама чланицама да одступе од одредби Конвенције када јавна опасност пријети опстанку нације. Поставило се питање које су надлежности Комисије када држава, позивајући се на члан 15, одступа од обавеза из Конвенције. Комисија је сматрала да је „надлежна да прогласи стање јавне опасности које би, према члану 15, дало одређеној држави уговорници право да одступи од обавеза из Конвенције. Комисија је такође била става да је надлежна да одлучи о томе да ли је уговорна страна предузела мјере у „мјери коју изискује хитност ситуације”. Без обзира на то што је Комисија у овом предмету поступала као орган који даје препоруке, иста је била става да би „влада требало да има одређену могућност избора приликом процјене која је то најнужнија мјера коју изискује хитност ситуације“.⁴⁹⁰

По први пут се израз поља слободне процјене појавио у извјештају Комисије у предмету *Lawless против Ирске*. Комисија је у том извјештају испитивала сагласност

⁴⁸⁸ S. Greer (2010), *op.cit.*, p. 2.

⁴⁸⁹ E. Benvenisti (1999), *op.cit.*, p. 845.

⁴⁹⁰ *Грчка против Уједињеног краљевства* („Кипарски случај”), 2 Yearbook of the European Convention 174-199, 176, 1958-59. Видјети такође академске чланке о овом питању: Jacques Velu “Le controle des organes prévus par la Convention européenne des droits de l’homme sur le but, le motif et l’objet des mesures d’exception dérogeant à cette Convention, » in Mélanges Henri Rolin, 1964, p. 462, ; Theodor Meron, *Human Rights in Internal Strife: Their International Protection*, (Hersch Lauterpacht Memorial Lectures), 1987; Françoise Leurquin de Visscher, *La dérogation en droit public*, Bruxelles, Bruylant 1991.

ванредних мјера које су предузеле власти Сјеверне Ирске како би спријечиле нападе Ирске Републиканске Армије (ИРА) са чланом 15 Конвенције. Комисија је у свом извјештају назначила да се туженој држави, која је одговорна за заштиту свог становништва када се ради о примјени члана 15, мора допустити „одређена дискреција“ (*une certain latitude/a certain discretion*) – одређено поље слободне оцјене (*marge d'uncertaine appréciation/a certain margin of appreciatio*), како би се утврдило постојање јавне опасности која пријети животу нације (*un danger public menace qui la vie de la nation*). „Поред тога, државе које поступају у околностима члана 15 имају одређену слободу у процјени постојања јавне опасности која пријети држави, уживају и одређени степен слободе у процјени које мјере треба предузети како би се спријечили или ублажили такви ризици. Влада државе је у бољем положају од Комисије да утврди чињенично стање у одређеном случају како би прецизно процијенила различите могућности које се морају узети у обзир у избору мјера које ће се предузети да би се спријечила ситуација која пријети животу нације“.⁴⁹¹ Предсједник Комисије и аутор овог извјештаја, Сер *Humphrey Waldock* је пред Судом у предмету *Lawless* даље тврдио да се *концепт поља слободне оцјене састоји у томе да је примјена надлежности од стране владе у суштини деликатан проблем процјене сложених фактора и одмјеравања конфликтних ставова о томе шта представља јавни интерес. Овај концепт такође подразумева да када су Комисија или Суд задовољни са тим да је процјена владе бар на маргини њених надлежности... онда интерес који јавност, сама по себи, има у ефективној владавини и у одржању реда оправдава и захтијева одлуку у корист законитости процјене владе.*⁴⁹² Ове ријечи сер *Waldock*-а се традиционално сматрају најконцизнијим објашњењем доктрине. Међутим, сама пресуда Суда у овом предмету није поменула поље слободне процјене, мада је нагласила да су ирске власти предузеле разумне радње како би се превазишла ситуација опасности.⁴⁹³

⁴⁹¹ Michele de Salvia, *Controle europeen et principe de subsidiarite: faut-il encore (et toujours) emarger a la marge d'appréciation?* In Mahoney, P., Matscher, F., Petzold, H., Wildhaber, L. (eds.) (2000), pp. 375-376.

⁴⁹² Laurence R. Helfer, Anne-Marie Slaughter, *Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication*. Yale Law Journal, 1997, Vol. 107, p. 316.

⁴⁹³ *Lawless против Ирске*, став 28.

Комисија је употребу поља слободне оцјене проширила и изван граница члана 15. Први такав случај јесте тужба поводом присилног рада забрањеног чланом 4 Конвенције у односу на обавезу да се, према норвешком праву, пружи стоматолошка услуга у слабо насељеном сјеверном региону Норвешке. Позивајући се на извјештај из предмета *Lawless*, Комисија је направила аналогију са стањем опасности из члана 15 у односу на сталан недостатак стоматолога у том региону.⁴⁹⁴

Треба рећи да је Комисија у пар наврата поменула поље слободне оцјене у својим извјештајима али да у тим случајевима није даље ишла у образлагање, посебно значења и последица примјене доктрине, чиме се разводнила аргументација у покушају да се овај концепт појасни.⁴⁹⁵ Комисија није увијек повезивала „значајну мјеру дискреције“ националних органа са изразом поље слободне процјене али су се фразе „дискреција“ и „одређено поље слободне процјене“ употребљавале без разлике.⁴⁹⁶ Правна наука у то вријеме није посветила доктрини довољно пажње.⁴⁹⁷ Комисија се држала опрезног приступа да се одлуке националних органа морају испитивати „не *in abstracto* него у свијетлу посебних околности“ случаја.⁴⁹⁸

Суд за разлику од Комисије, током шездестих година прошлог вијека, у својим пресудама није помињао нити дискрецију нити поље слободне оцјене. Почетком седамдесетих година Суд је остављао одређена питања на дискрецији националним

⁴⁹⁴ *Iversen protiv Норвешке*, одлука од 17.12.1963.г. (1963) 6 Ybk, 278, at 330. Видјети у Y. Arai-Takahashi (2002), *op.cit.*, p. 6.

⁴⁹⁵ Видјети нпр. у погледу члана 10 Конвенције *E. против Аустрије*, одлука Комисије од 05.08.1960.г., (Yearbook 3 p. 310-321) p. 318 или *H. против Белгије*, пресуда од 21.12.1960.г. (Yearbook 3 p. 444-449).

⁴⁹⁶ Нпр. „значајна мјера дискреције“ у контексту одлука о притварању и „одређено поље слободне оцјене“ у односу на приступ суду се помиње у предмету *X. против Savezne Republike Њемачке*, одлука од 01.04.1968.г. (Collection of Decisions 26 p. 33-41). Такође, у предмету *X. против Savezne Republike Њемачке* (одлука од 01.04.1970.г.(Collection of Decisions 37 p. 119-123)) се каже „да ниједна чињеница није изнијета у прилог томе да су власти прекорачиле дискрецију коју имају приликом контроле преписке затвореника“. Видјети у J. Christoffersen (2008), *op.cit.*, p. 237.

⁴⁹⁷ Karel Vasak: *La convention Européenne de Droits de l'Homme*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1964 и Karl Joseph Partsch: *Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention*, Broschiert, 1966 pp. 64-67.

⁴⁹⁸ *X. против Savezne Republike Њемачке*, одлука Комисије од 13.04.1961.г., (Yearbook 4 p. 240-259) p. 252 (члан 5(3)).

властима али без коришћења израза поље слободне оцјене.⁴⁹⁹ Посебно је у том контексту интересантан *Белгијски лингвистички случај*, када се поље слободне оцјене имплицитно проширило на право на образовање зајамчено чланом 2 првог протокола као и на начело недискриминације предвиђено чланом 14. Страсбуршки органи су били суочени са наводно дискриминаторним поступањем између становника који говоре француским језиком и становника који говоре холандским језиком, посебно када се ради о језику на којем се предаје у школама. Комисија је нагласила да прва реченица члана 2 Протокола бр.1 дозвољава државама „одређену дискрецију“ у односу на мјере којима се обезбјеђује уживање зајамчених права“.⁵⁰⁰ Стављајући у први план супсидијарну природу надзора Страсбуршких органа, Суд је такође признао (иако имплицитно) простор за дискрецију у оцјени да ли систем образовања може обухватити прихватљиво или неприхватљиво разликовање према члану 14.⁵⁰¹ У контексту чланова 8-11, ова доктрина је по први пут коришћена у предмету *De Wilde, Ooms & Versyp против Белгије* али се умјесто термина поље слободне оцјене прибјегло термину надлежност за оцјену (*power of appreciation*). У испитивању да ли је контрола преписке скитница које се налазе у притвору „неопходна у демократском друштву“, Суд је примјетио да белгијске власти нису прекорачиле „границу своје надлежности процјене“ коју члан 8(2) оставља државама да оцјене која су ограничења „неопходна“ да се спријече нереди или криминал, да се заштити здравље или морал или да се заштити слобода других.⁵⁰² На сличан начин Суд се позвао на националну „надлежност за процјену“ у предмету *Golder*, који се тицао ограничења права на преписку адвоката и затвореника.⁵⁰³ Доктрина је проширена и на контекст члана 5 у вези са чланом 14 у предмету *Engel*, који се односио на дисциплинске мјере

⁴⁹⁹ Нпр. *Ringeisen против Аустрије*, став 27. У низу случајева који су се односили на синдикално удруживање, поље слободне оцјене је имплицитно проширено на контекст слободе мирног окупљања и удруживања према члану 11 Конвенције. Страсбуршки органи су допустили националним властима „слободан избор средстава“ како би се реализовали интереси синдиката. Видјети нпр. *Унија полицијских синдиката против Белгије*, став 39., затим *Синдикат шведских возача локомотива против Шведске*, пресуда од 06.02.1976.г., став 40 или *Schmid and Dahstrom против Шведске*, пресуда од 06.02.1975.г., став 36.

⁵⁰⁰ *Белгијски лингвистички случај*, став 401.

⁵⁰¹ Исто, ставови 5 и 10.

⁵⁰² *De Wilde, Ooms & Versyp*, став 93.

⁵⁰³ *Golder*, став 45.

изречене холандским војницима. Суд је сматрао да организација војне дисциплине, која је довела до неједнакости приликом спровођења дисциплинског поступка, спада у домен „значајне слободе оцјене“ сваке државе.⁵⁰⁴

Суд је по први пут изричито употребио назив поље слободне оцјене у предмету *Ирска против Уједињеног краљевства*, првом међдржавном спору пред Судом. У овом предмету разматрала се дерогација правдана ванредним околностима које су угрозиле безбиједност државе. Енглеска влада је ограничила личне слободе ирских грађана путем њиховог притварања, да би се сузбила „спирала насиља од стране ИРА-е“. Суд је допустио националним властима „широко поље слободне оцјене“ приликом доношења одлуке о постојању такве опасности као и о природи и обиму дерогација неопходних да би се иста отклонила“.⁵⁰⁵

Иако је доктрина поља слободне оцјене, у поменутиим и свим осталим случајевима у којима су поступали Суд или Комисија, јасно препозната као интегрални дио процеса примјене и тумачења Конвенције, обје институције су дуго одбијале да елаборирају овај концепт на начин који би бацио бар мало свјетла на њену теоријску природу и практичне импликације. Обје институције су се, умјесто тога, ограничавале на констатацију да тужена држава у одређеном случају има већи или мањи степен дискреционе слободе.

Тек је у предмету *Handyside* Суд нешто детаљније објаснио своје становиште у односу на поље слободне оцјене. Случај се односио на мјере енглеских судова којима се забрањује дистрибуција и конфискује школски уџбеник намијењен дјеци од дванаест година. Уџбеник је имао садржај сексуалне природе, који је са моралне тачке гледишта, наводно био непримјерен за дјецу тог узраста. Суштина спора се у крајњем свела на питање да ли је забрана надлежних власти била неопходна у демократском друштву у интересу морала. Суд је у изналажењу одговора на ово

⁵⁰⁴ *Engel*, став 72.

⁵⁰⁵ *Ирска против Уједињеног краљевства*, став 207.

питање био става да „према праву држава уговорница не постоји јединствен концепт морала“ и запитао се да ли је у интересу заштите морала потребно забранити литералне радове као што је поменути уџбеник. У овој ситуацији Суд је избјегао улогу креатора и јемца заједничког пан-европског морала и оцијенио да националне власти имају право на процјену, при том нагласивши супсидијарност „машинерије заштите људских права“ Конвенције у односу на националне системе. Такође је Суд у овој пресуди нагласио да влада једне државе најбоље познаје тренутно свеукупно стање у друштву ријечима: „управо зато што су оне у директном и сталном контакту са виталним снагама својих земаља, државне власти су, у начелу, у бољем положају од међународних судија када треба дати мишљење о тачном садржају таквих захтјева, као и о „потреби“ за „ограничавањем“ или „казном“ која је за њих предвиђена”. У складу с тим, члан 10 став 2 даје одређени степен дискреционе слободе. Ова слобода припада како националном законодавцу (у складу са законом) тако и правосудним и извршним органима који су позвани да тумаче и примјењују позитивно право. Члан 10 став 2, међутим, не предвиђа неограничену дискрецију. Суд, који...има надлежност за спровођење обавеза држава из Конвенције (члан 19), има и надлежност да донесе коначну одлуку о томе да ли је „ограничење“ или „казна“ у складу са слободом изражавања која се јамчи чланом 10. Дискрециона овлашћења дакле иду руку под руку са европским надзором. Такав надзор, који се односи како на циљ оспорене мјере тако и на њену „неопходност“, обухвата не само основну легислативу него и одлуке које служе примјени те легислативе па и оне које донесу независни судови“.⁵⁰⁶ Претходно изнесени ставови биће окосница великог броја пресуда у пракси Суда у којима су се одмјеравали супростављени интереси.

У сваком случају, пресуда у предмету *Handyside* показаће се пресудном за даљу праксу Суда у односу на примјену доктрине поља слободне оцјене. Она је успоставила модел анализе „маргине“, посебно у односу на стандард „неопходно у демократском друштву“ и то у односу на ткз. квалификоване чланове Конвенције, гдје је доктрина доживјела и највећу примјену. Употреба доктрине се временом

⁵⁰⁶ *Handyside*, ставови 48-49.

проширила и на остале чланове Конвенције кад год је било потребно направити равнотежу између два супостављена интереса.

Примјена доктрине се проширила и на поступање других међународних судских и квази судских тијела.⁵⁰⁷ Доктрина је тако присутна у раду Међународног суда правде, Европског комитета за социјална права,⁵⁰⁸ као и у систему Свјетске трговинске организације.⁵⁰⁹ Доктрина се такође примјењује и у пракси Европског суда правде у односу на људска права на сличан начин као и у пракси суда у Стразбуру.⁵¹⁰ Постоји одређена сличност у аргументацији ова два суда када се признаје право држави да има одређени простор у заштити зајамчених права.⁵¹¹ Може се ипак закључити да је доктрина изворно настала и развијала се у пракси страсбуршких органа.

Доктрина, дакле, вуче поријекло из система националног управног права али је истовремено механизам који је већ дуже времена присутан и у међународном правосуђу. Исто тако, Суд је првобитно примјенио доктрину у контексту члана 15, а

⁵⁰⁷ Више о томе видјети у: Yuval Shany, 'Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?' *European Journal of International Law*, Vol. 16, No. 5, 2005, pp. 907–940.

⁵⁰⁸ Више о томе у: Holly Cullen, 'The Collective Complaints System of the European Social Charter: Interpretative Methods of the European Committee of Social Rights', *Human Rights Law Review*, Vol. 9, No. 1, 2009, pp. 61–93, at p. 88.

⁵⁰⁹ Jean-Pierre Cot, "Margin of Appreciation", in R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013. Жалбено вијеће СТО је користило доктрину у контексту оцјене доказа. (Appellate Body Report, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, 5 April 2001, DSR 2001:VII, 3243, para. 161). У контексту СТО, имплицитна употреба националне маргине је нешто другачија. Наиме навођено је „да би било јасније назначити у овој области (санитарни и фитосанитарни ризици) да држава ужива „национално поље слободне оцјене”, које није неограничено али може варирати зависно од интереса који су ту укључени” (Chr. Ruiz Fabri and P. Monnier, à propos des mesures sanitaires et phytosanitaires, *Organe d’appel OMC*, 26 nov 2003 (United States v. Japan), JDI. 3. 2004, p. 1025).

⁵¹⁰ Видјети нпр. *Case C-83/94, Germany v Leifer* [1995] ECR I-3231, at 3250. Европски суд правде је сматрао да државе чланице имају дискрецију да се позову на одступање од легислативе Заједница из разлога безбједности који генерално забрањују увођење једностранних санкција трећим земљама: Зависно од околности, надлежне националне власти имају одређену мјеру дискреције када усвајају мјере које сматрају нужним, како би гарантовале јавну сигурност у држави чланици у смислу како је напријед наведено.

⁵¹¹ Видјети Denys Simon, *Des influences réciproques entre CJCE et CEDH: «Je t’aime, moi non plus?»*, in *Pourvoi*, 2001/1, pp. 31; Nic Shuibhne, *Margin of appreciation: national values, fundamental rights and EC free movement law*, in *European Law Review*, 2009, pp. 230; James Sweeney, «margin of appreciation» in the internal market: lessons from the European Court of Human Rights, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2007, p. 27.

затим и у односу на квалификоване одредбе Конвенције. Током следећих деценија позивање на поље слободне оцјене постало је све чешће, тако да се данас се може сматрати једном од најважнијих доктрина суда у Стразбуру.

4.3. Доктринарни ставови

Упркос претходно описаном развоју и раширеној употреби доктрине⁵¹² она је и даље обавијена велом мистерије. *Merrills* примјећује да је примјена доктрине „испуњена тешкоћама“⁵¹³ док је *Morrison* мишљења да доктрину и није могуће прецизно дефинисати.⁵¹⁴ *Greer* такође сматра да „не постоји једноставна формула која може описати како доктрина функционише“. Бивши предсједник Суда, *Nicolas Bratza* тврди да је доктрина вриједно али сложено средство Суда у дефинисању свог дјелокруга поступања, примјећујући да је иста „варијабилан појам који није подложен прецизној дефиницији“.⁵¹⁵ Суштински и није баш најјасније када се треба позвати на доктрину и које су њене границе и контуре. Може се чак примјетити да је и сам Суд једном приликом изразио скепсу према доктрини са изузетком поједининих издвојених мишљења. Ријеч је о случају када је Суд изразио сумњу у примјену доктрине од стране националних судова.⁵¹⁶

Cohen-Eliya и *Porat* сматрају да поље слободне оцјене, уз начело пропорционалности, представља „доктрину засновану на стандарду“.⁵¹⁷ Поједини теоретичари је описују

⁵¹² Само у 2014. години, поље слободне оцјене је поменуто у 145 пресуда и 51 одлуци Суда. Извор: HUDOC.

⁵¹³ J. G. Merrills (1993), *op.cit.*, p. 151.

⁵¹⁴ Clovis Morrison, Margin of Appreciation in European Human Rights Law, 6 *Revue des Droits de l'homme* (Human Rights J.) 263, 284 (1973).

⁵¹⁵ Josep Casadevall, Egbert Myjer, Michael O'Boyle, Anna Austin (eds.), *Freedom of Expression: Essays in honour of Nicolas Bratza*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, The Netherlands, 2012, p. 37.

⁵¹⁶ *A. и други против Уједињеног краљевства*, пресуда од 19.02.2009.г., став 184: „доктрина поља слободне оцјене се увијек сматрала као средство за дефинисање односа између домаћих органа и Суда. Она не може имати исту примјену између органа државе на унутрашњем нивоу“. На сличан начин је *Greer* изразио мишљење да доктрина „нема директну домаћу примјену“. Видјети у S. Greer (2000), *op.cit.*, p. 34.

⁵¹⁷ Moshe Cohen-Eliya, Iddo Porat, “Proportionality and the Culture of Justification”, (2011) 59 *AJ Comp. L*

као израз начела добре вјере у смислу члана 31 Бечке конвенције, којим се даје простор државама да легитимно поступају у комплексним случајевима.⁵¹⁸ *Kratochvil* повезује доктрину са испуњавањем позитивних обавеза државе ријечима да ће „страсбуршки суд дати поље слободне оцјене држави када утврди које конкретне практичне мјере мора предузети да би испунила своје позитивне обавезе“.⁵¹⁹

Већина дефиниција доктрине ипак се фокусира на простор који се даје државама у примјени Конвенције. Тако *Yourow* описује доктрину као „слободу дјеловања“, маневрисање, дисање, довољан простор или пак као ширину приклањања или грешке коју ће страсбуршки органи допустити националним законодавним, извршним, управним или правосудним органима прије него покушају да утврде кршење Конвенције.⁵²⁰ *Arai-Takashi* говори о „ширини коју влада ужива“ у примјени одредби међународног уговора.⁵²¹ *Benvenisti* слично описује доктрину као „одређену ширину коју свако друштво ужива у рјешавању инхерентних конфиката између права појединаца и националних интереса или између различитих моралних убјеђења“.⁵²² *Greer* се позива на „простор за маневрисање који су институције у Стразбуру вољне да дају националним властима у испуњавању њихових обавеза“, а за доктрину користи израз „опсег“.⁵²³ *Merrills* говори о доктрини као о „области дискреције“.⁵²⁴ *Мажа Настић* сматра да поље слободне оцјене „подразумева да државе имају извесну слободу да, у складу са специфичним друштвеним околностима, тумаче своје међународне обавезе у смислу да унапређују и штите људска права“.⁵²⁵

463, at 468.

⁵¹⁸ Luigi Crema, “Disappearance and New Sightings of Restrictive Interpretation(s)”, (2010) 21 EJIL 681 at 699.

⁵¹⁹ Jan Kratochvil, *The inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights*, Netherlands Quarterly of Human Rights, Volume 29, 2011, pp. 324-357. p. 328.

⁵²⁰ H. Yourow (1996), *op.cit.*, p. 13.

⁵²¹ Y. Arai-Takahashi (2002), *op.cit.*, p. 2.

⁵²² E. Benvenisti (1999), *op.cit.*, at 843.

⁵²³ S. Greer (2000), *op.cit.*, p. 5

⁵²⁴ J. G. Merrills (1993) *op.cit.*, p. 151.

⁵²⁵ Маја Настић (2012), *op.cit.*, str. 153.

Оваква схватања кореспондирају са традиционалним појмом супсидијарности приликом допуштања „одређене, мада не и неограничене слободе која је потребна за правилно функционисање демократија у избору различитих рјешења прилагођених сопственим различитим и еволуирајућим друштвима“.⁵²⁶ Таква слобода је несумњиво неопходна, имајући у виду да Конвенција није чврст закон о људским правима као и то да страсбуршки суд није врховни суд.⁵²⁷ *Waldock* сматра да је доктрина „једна од важнијих заштита коју су осмислиле Комисија и Суд како би помирили ефективно функционисање Конвенције са сувереним надлежностима и одговорностима влада у демократији“.⁵²⁸ Према *Macdonald*-у, „доктрина поља слободне процјене илуструје генерални приступ Европског суда за људска права деликатном задатку балансирања суверености држава чланица и њихових обавеза према Конвенцији“. Исти аутор чак сматра да се „прије ради о начелу образлагања него о начелу тумачења“.⁵²⁹ *Mahoney* тврди да је доктрина израз односа између међународног и унутрашњег правног поретка.⁵³⁰ *Gerards* такође сматра да је поље слободне оцјене згодно средство за „посредовање између задатка Суда да заштити људска права на најдјелотворнији могући начин и потребе да се поштује национална сувереност и пресуде учине прихватљивим за националне власти.“⁵³¹ *Legg* сматра да је доктрина посебно корисна када регулише однос између различитих центара моћи.⁵³²

Исто тако треба рећи да се концепт универзалности не смије занемарити када се говори о пољу слободне оцјене. Чини се да је слобода остављена државама тешко помирљива са универзалношћу људских права. *Greer* је такву ситуацију одсликао ријечима да „иако су конвенцијска права формулисана оскудним и апстрактним

⁵²⁶ P. Mahoney (1997), *op.cit.*, 369.

⁵²⁷ Myjer Mol, 'Submitting a Complaint to the European Court of Human Rights: Eleven Common Misconceptions' in Erdal and Bakirci, Article 3 of the European Convention on Human Rights (OMCT, 2006).

⁵²⁸ Humphrey Waldock, *The Effectiveness of the System Set by the European Convention on Human Rights*, 1 human Rights L.J. 1,9 (1980).

⁵²⁹ R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (1993), *op.cit.*, p. 83.

⁵³⁰ P. Mahoney, *Principles of Judicial Review As Developed by The European Court of Human Rights: Their Relevance in A National Context* In Betten, L. (ed.). *The Human Rights Act 1998 – What It Means*. Kluwer Law International, 1999, p. 82.

⁵³¹ J. Gerards, (2011), *op.cit.*, p.114.

⁵³² A. Legg (2012), *op.cit.*, увод.

универзалним терминима, уопште није јасно да ли постоје објективно валидна тумачења њиховог смисла у сваком релевантном времену и на сваком релевантном мјесту“.⁵³³ *Ostrovski* тврди да поље слободне оцјене „омогућава нормама о људским правима да добију локални укус“ у оквиру граница универзалних норми о људским правима. Он сматра да поље слободне оцјене и универзалност дјелују у симбиози.⁵³⁴

Morrison је мишљења да је поље слободне оцјене у својој суштини доктрина судског само-ограничења, и као таква, неопходно средство за примјену Конвенције.⁵³⁵ Доктрина, према *Rodinu*, омогућава „елегантни излаз из ситуације у којој би суд био присиљен арбитрирати између различитих вриједности и на тај начин изравно задирати у уставне вриједности држава чланица. Наравно, и избор да се такав избор не чини, сам по себи представља вриједносни избор.“⁵³⁶ Истовремено, Суд мора пазити да су основна људска права зајамчена на одговарајућем нивоу и да је избјегнут културни релативизам.⁵³⁷ У овој сфери тензије, поље слободне оцјене је корисно и флексибилно средство како би се одредио интензитет поступања приликом испитивања ограничења основних људских права.

Letsas са своје стране описује два начина употребе доктрине: субстантивни и структурални.⁵³⁸ Субстантивна употреба говори о односу између појединачних слобода и колективних циљева док структурална употреба говори о границама интезитета поступања Суда у односу на његов положај као међународног суда. Он критикује обје употребе, посебно субстантивну, коју описује „или као излишну или такву да тражи додатна појашњења“. *Shany* инсистира на концептуално сличном

⁵³³ S. Greer (2010), *op.cit.*, p. 1.

⁵³⁴ Aron A. Ostrovsky, “What’s So Funny About Peace, Love, and Understanding? How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals”, 1 *Hanse Law Review* (2005), p. 47, 57-58.

⁵³⁵ C. Morrison (1973), *op.cit.*, p. 275.

⁵³⁶ Синиша Родин (2010), *op.cit.*, стр. 15. Видјети такође и дефиницију Хрватског струковног називља: *маргина дискреције* је допуштени простор националне регулаторне аутономије дан државама чланицама под увјетом да се национална мјера или пракса примјењује на недискриминирајући начин те да пролази тест пропорционалности., доступно на: <http://struna.ihjj.hr/pdf-do.php/?id=21849>.

⁵³⁷ Видјети нпр. P. Mahoney (1998), *op.cit.*, p. 12 и A. Ostrovsky (2005), *op.cit.*, p. 57.

⁵³⁸ George Letsas, ‘Two Concepts of the Margin of Appreciation’, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 4, 2006, pp. 705–732, p. 706 and 714.

разликовању између употребе доктрине приликом примјене норме и приликом тумачења норме. Примјена норме је слична *Letsas*-овој структуралној употреби доктрине у складу с којом судови треба да поштују дискрецију држава у испуњавању међународно-правних обавеза на више начина. Тумачење норме односи се на „нормативну флексибилност“ норми које подлијежу доктрини.⁵³⁹ *Greer* такође потенцира употребу доктрине у примјени и тумачењу Конвенције. Он је става да нема потребе за доктрином приликом примјене норми јер је у том случају постојање дискреције држава више него очигледно. Такође, *Greer* прави разлику између следећих употреба доктрине: (а) када Суд мора да балансира између јавног интереса и права појединца, што назива „језгром поља слободне оцјене“; (б) приликом утврђивања и испуњавања позитивних обавеза; и (ц) приликом тумачења апстрактних појмова Конвенције као што су „разумно“ или „у најкраћем времену“. Он тврди да не постоји простор за доктрину када се тражи баланс између супростављених интереса два појединца за разлику од тражења баланса између јавног интереса и права појединца. У оваквој ситуацији национални органи не би требало да имају дискрецију.⁵⁴⁰ Слично *Marisa Iglesias Vila* сматра да постоје двије верзије поља слободне оцјене то јест волунтаристичка и рационалистичка. Волунтаристичка верзија се фокусира на чињеницу да је Суд међународно тијело и да подразумева примјену начела супсидијарности, које је нормативно начело а не само временско или процесно. Друга, рационалистичка верзија се може посматрати као резултат постизања равнотеже између различитих вриједности у питању када се штите права гарантована Конвенцијом.⁵⁴¹

Kratochvil на интересантан начин пореди доктрину са такмичењем у скоку у вис. Суд поставља лествицу на одређену висину коју држава мора прескочити да би се ускладила са Конвенцијом. Уже поље слободне оцјене значи да је лествица високо и да је држава теже може прескочити. Када Суд дозволи широко поље слободне оцјене,

⁵³⁹ S. Yuval (2005), *op.cit.*, p. 914.

⁵⁴⁰ S. Greer (2000), *op.cit.*, p. 15, 30, and 33.

⁵⁴¹ Marisa Iglesias Vila (2012), *op.cit.*, pp. 18-22.

љествица је постављена ниже и скок је лакши за државу. Он наглашава да је проблем предвидјети висину на којој је љествица постављена.⁵⁴²

Маргина се може посматрати и као признање да, чак и када државна политика тренутно није у складу са Конвенцијом, оваква позиција се може мијењати и без директног утицаја Суда. *Хрватин* наглашава да „чак и када је у границама поља слободне оцјене, држава у питању мора осигурати да њене мјере штите и промовишу људска права у највећој могућој мјери“.⁵⁴³ Суд, приликом примјене маргине, са правом признаје да је држава у бољем положају да игра главну улогу у обликовању заштите људских права на унутрашњем плану. Ријеч је о примарној жељи Суда да „подстакне државе да ускладе свој унутрашњи правни систем са стандардима Конвенције“.⁵⁴⁴

На одређеном нивоу апстрактности, карактеристика свих изабраних дефиниција доктрине може се свести на закључак да је иста уско везана за појам супсидијарности. Термини, као што су „област дискреције“, „само-ограничење Суда“, „однос универзалности људских права и културни релативизам“ имају у свом подтексту начело супсидијарности. Доктринарне дефиниције доктрине се разликују у односу на елементе који у њима преовладавају. Као што ће се показати у даљем тексту, присутне су још веће разлике међу теоретичарима и практичарима када је у питању легитимност доктрине.

4.4. Однос поља слободне оцјене са осталим начелима тумачења Конвенције

Да би се боље разумјела улога доктрине у пракси Суда потребно је сагледати однос између поља слободне оцјене и осталих начела тумачења Конвенције. Већ су у претходним дјеловима дисертације дате назнаке тог односа. У релевантној

⁵⁴² J. Kratochvíl (2011), *op.cit.*, p. 330.

⁵⁴³ European Court of Human Rights, 'Dialogue between Judges' (2010), 17.

⁵⁴⁴ J.A. Sweeney (2005), *op.cit.*, 471.

литератури долази до поистовјеђивања различитих начела, па чак и до термилошке конфузије. Потребно је још једном напоменути да сва начела тумачења о којима је било ријечи произилазе из телеолошког принципа тумачења садржаног у члановима 31-33 Бечке конвенције. *White* и *Ovey* тако закључују да методи тумачења Конвенције које користи суд у Стразбуру у суштини представљају „еволутивни приступ заснован на сопственом разумијевању сврхе и циља Конвенције, али који такође одражава његову улогу као међународног суда за људска права свјесног своје супсидијарне улоге у заштити људских права“.⁵⁴⁵ Начела тумачења Конвенције не спадају у неки посебан поредак и немају хијерархијски однос међу собом, мада постоје и другачија мишљења.⁵⁴⁶ Они се могу посматрати као „основни састојци чорбе са којима Суд мијеша релеватне чињенице у конкретном случају“.⁵⁴⁷

4.4.1. Однос поља слободне оцјене и начела супсидијарности

Очигледно је да је поље слободне оцјене у блиској вези са начелом супсидијарности али у научним круговима постоје различита гледања на тај однос.⁵⁴⁸ Најпрецизније тумачење тог односа је, по аутору ове дисертације, дао *Cristoferson* који сматра да је поље слободне оцјене подложно конфузији због „недостатка артикулисане разлике између два различита значења појма то јест дискреције Страна уговорница и

⁵⁴⁵ R.C.A White, C. Ovey (2010), *op.cit.*, p. 81.

⁵⁴⁶ *Greer* тако сматра да постоје начела тумачења Конвенције првог и другог реда. Начела првог реда су начело дјелотворне заштите људских права као и начело законитости или владавине права и начело демократије. По њему је функција осталих начела тумачења, која су подређена поменутиим начелима, пружање подршке примарним начелима. На примјер, начела супсидијарности, позитивних обавеза и недискриминације, посредују између начела „права“, „демократије“ и „приоритета људских права“. Начела пропорционалности и строге и апсолутне неопходности, са друге стране, одређују снагу начела „приоритета људских права“ у оквиру различитих контекста. Начела судске контроле, истовјетности, начела еволутивног, динамичког и аутономног тумачења проистичу из начела „права“, док поље слободне оцјене, строго гледано, подржава начело „демократије“. Видјети у: S. Greer (2010), *op.cit.* p. 8.

⁵⁴⁷ Oskar Holmer, *Decoding the Margin of Appreciation doctrine in its use by the European Court of Human Rights*, JURIDISKA INSTITUTIONEN Stockholms universitet, Stockholm, Vårterminen 2013, p. 10.

⁵⁴⁸ Видјети нпр. Paolo Carozza, 'Subsidiarity as a structural principle of international human rights law' 2003 97 *American Journal of International Law*; Dinah Shelton, 'Subsidiarity and human rights law' 2006 27 1/4 *Human rights law journal* 4; L. Helfer (2008), *op.cit.*, 125-159.

супсидијарности поступања Суда“. Он сматра да дискреција страна уговорница произилази из супсидијарности поступања Суда и обично се подразумијева да супсидијарна природа поступања Суда оставља државама поље слободне оцјене, али се могуће заборавља да уговорне стране уживају одређену дискрецију независно од супсидијарности поступања Суда и као последица норми Конвенције“. „Паралелна употреба израза поље слободне оцјене и начела супсидијарности је изгледа инсталирала у главама многих теоретичара баријеру сагледавању поља слободне оцјене као дијела општег начела супсидијарности. Начело супсидијарности се примјењује много шире од поља слободне оцјене, и ако се доктрина анализира мимо контекста општег начела супсидијарности, врло је вјероватно да ће се поље слободне оцјене погрешно схватити као дубиозан инструмент који се примјењује само у одређеним областима Конвенције, посебно тамо гдје је потребно извршити тест правичног баланса, док се у ствари ради о једном аспекту општег начела“. ⁵⁴⁹

Јасна корелација између доктрине и начела супсидијарности је такође илустрована текстом Протокола бр. 15 уз Конвенцију којим се доктрина коначно кодификује. У том смислу, додат је нови став на крају преамбуле Конвенције у којем се помињу начела супсидијарности и доктрина поља слободне оцјене, онако како су обликовани у пракси Суда. Коментаришући предложени текст преамбуле Конвенције, Комитет експерата о реформи Суда у нацрту прелиминарног извјештаја о Протоколу бр. 15 (члан 1 допунског Протокола), наглашава да је:

Јуриспруденција је јасно ставила до знања да уговорне стране уживају поље слободне оцјене у примјени и имплементацији Конвенције, зависно од околности случаја и конкретних права и слобода. То значи да је систем Конвенције супсидијаран заштити људских права на националном нивоу и да су националне власти у принципу у бољем положају него међународни суд да процијене локалне потребе и услове. Поље слободне оцјене иде руку под руку са системом Конвенције. У овом смислу, улога Суда је да испита да ли су одлуке националних власти

⁵⁴⁹ J. Cristoferson (2009), *op.cit.*, p. 224.

*компатибилне са Конвенцијом, дајући дужну пажњу пољу слободне оцјене које ужива држава.*⁵⁵⁰

Оваквом формулацијом је наглашена снажна веза између начела супсидијарности и доктрине. Овим се такође придаје огроман значај доктрини у односу на остала начела тумачења. Стоји, међутим, критика да су ова два начела издвојена без помињања осталих начела тумачења као што су пропорционалност, принцип *живог инструмента* и начела динамичког и еволутивног тумачења, начело да права морају бити практична и дјелотворна и начело да се суштина права не смије повриједити.

У закључку, јачање начела поља слободне оцјене омогућава већу супсидијарност. Супсидијарност је опште обиљежје поступања Суда и примјењује се једнако на све предмете. Поље слободне оцјене се међутим не признаје државама у свим случајевима и његова амплитуда варира од случаја до случаја. Главно оправдање за употребу ове судијске технике Суд налази у чињеници да су државе у бољем положају да знају како ће задовољити захтјеве Конвенције што, у суштини, представља аргумент супсидијарности.⁵⁵¹ Различите околности могу навести Суд да закључи на овакав начин, посебно када је Суд даје вриједносни суд о одређеним чињеницама а да то не ради на основу јасног критеријума, текста Конвенције или заједничке праксе држава чланица.

4.4.2. Однос поља слободне оцјене и начела пропорционалности

Као што је и претходно објашњено, Суд традиционално дефинише поље слободне оцјене када испитује да ли је оспорена мјера неопходна у демократском друштву. Због тога се поље слободне оцјене често поистовјећује са тестом

⁵⁵⁰ Комитет експерата о реформи Суда (DH-GDR), нацрт извјештаја образложења уз Протокол бр. 15, 31. октобар 2012. г., DH-GDR(2012)R2 Addendum IV.

⁵⁵¹ S. Van Drooghenbroeck (2001), *op.cit.*, pp. 496-500.

пропорционалности.⁵⁵² Поједини аутори су у том смислу сматрали да се поље слободне оцјене односи на легитимност циља ограничења људског права, док се начело пропорционалности односи на средства употребљена за остваривање тог циља.⁵⁵³

Иако постоји јака, узајамно условљена, веза између ова два појма они ипак нису индентични. Тако се принцип пропорционалности у литератури сматра „другом страном поља слободне оцјене“⁵⁵⁴ или „другом страном новчића у односу на поље слободне оцјене“⁵⁵⁵ или пак „корективом или рестриктивом поља слободне оцјене“.⁵⁵⁶ Може се рећи да се оба појма тичу чињеничног и нормативног склопа чије постојање омогућава ограничење основних права. Исто тако се за ова два концепта може рећи да се односе на интезитет судског поступања.⁵⁵⁷ *Barak* је један од аутора који је вршио поређење између поља слободне оцјене и начела пропорционалности (којег он назива зоном пропорционалности).⁵⁵⁸ Овај аутор сматра да појам зоне пропорционалности испитује уставност ограничења људског права са националног становишта. Пропорционалност „утврђује оквир чињеничних и нормативних података чије постојање омогућава законодавцу да изведе валидно ограничење људског права. Доктрина поља слободне оцјене испитује уставност ограничења права са становишта међународне заједнице. Иста утврђује оквир чињеничних и нормативних података чије постојање омогућава међународној заједници да да значајну тежину чињеничном или нормативном одређењу држава уговорница као актера“.⁵⁵⁹ По њему је начело пропорционалности проистекло из начела подјеле власти и због тога се често односи на улогу законодавца приликом усвајања закона којим се ограничавају људска права, нпр. ослањањем на тест мање рестриктивних средстава. Насупрот томе, поље слободне оцјене одражава линију подјеле између

⁵⁵² Видјети између осталог Y. Arai-Takahashi (2002), *op.cit.* p.14.; G. Letsas (2006), *op.cit.*, p. 711.

⁵⁵³ R.C.A White, C. Ovey (2010), *op.cit.*, p. 333.

⁵⁵⁴ Y. Arai-Takahashi (2002), *op.cit.* p. 14.

⁵⁵⁵ D. Spielmann (2012), *op.cit.*, p. 28.

⁵⁵⁶ F. Matscher (1993), *op.cit.*, p. 79.

⁵⁵⁷ R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (1993), *op.cit.*, p. 86.

⁵⁵⁸ A. Barak (2012), *op.cit.*, p. 419.

⁵⁵⁹ Исто, p. 420.

дискреције коју има држава и дискреције међународног судије. По његовим ријечима „поље се не односи на начело подјеле власти него је више изведено из посебног односа права међународних уговора (као што је Конвенција) и унутрашњег права. У складу с тим се концепт поља слободне оцјене примјењује у односима између националног судије и међународног судије док зона пропорционалности није релевантна у истраживању односа између различитих судских инстанци“.⁵⁶⁰

Разлика између доктрине и начела пропорционалности јесте у томе да се поље слободне оцјене не користи за изражавање општег става о ограничењу права већ да се изрази коначан став о томе да ли је повријеђено право у конкретном случају. Због тога се поље слободне оцјене односи на балансирање улога међународних институција у односу на националне институције, док се начело пропорционалности односи на балансирање права појединаца у односу на јавни интерес.

4.4.3. Однос поља слободне оцјене и начела аутономног и еволутивног тумачења

Коначно, како би се испоштовао принцип да заштита људских права мора бити „практична и дјелотворна“, Суд је у своју праксу увео аутономне концепте и еволутивно тумачење. Суд је такође комбиновао концепте аутономног и еволутивног тумачења како би утврдио поље слободне оцјене. Тврдило се да ова начела противрјече једна другима као и доктрини поља слободне оцјене. Тако нпр. *Eva Brems* сматра да је „начело аутономног тумачења противно анализи маргине: када се користи аутономно тумачење не постоји простор за унутрашње поље слободне оцјене. Начело еволутивног тумачења је напротив аналогно са пољем слободне оцјене. Када поље слободне оцјене допушта варијације у тумачењу у простору, еволутивно тумачење допушта варијације тумачења у времену.“⁵⁶¹

⁵⁶⁰ Исто.

⁵⁶¹ E. Brems (2001), *op.cit.*, p. 395.

Еволутивно тумачење подржава постојање поља слободне оцјене јер да не постоји простор за дикрецију држава уговорница не би постојала ни могућност тумачења Конвенције на еволутиван начин. Са друге стране, аутономно тумачење и поље слободне оцјене представљају супротности по истом питању: „што је већа маргина националне оцјене то ће у мањој мјери Суд бити у искушењу да наметне аутономно тумачење одредби ако не постоји консензус по конкретном питању“. Када Суд оправдано жели да усвоји заједничко или већинско становиште, сузиће поље слободне оцјене и усвојити аутономно становиште.⁵⁶² Еволутивно тумачење је повезано са анализом консензуса којим се утврђују услови данашњице као и постојећи ниво заштите људских права у државама уговорницама. Поред легитимизације еволутивног тумачења, европски консензус, као што ће се у даљем раду показати игра кључну улогу, у утврђивању ширине поља слободне оцјене. Штавише, европски консензус се сматра посредником између еволутивног тумачења и поља слободне оцјене.⁵⁶³

Глава пета

5. ДОКТРИНА ПОЉА СЛОБОДНЕ ОЦЈЕНЕ У ЈУРИСПРУДЕНЦИЈИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Одговарајућу анализу параметара у примјени доктрине од стране Суда могуће је искључиво извршити детаљним истраживањем његове праксе у односу на чланове Конвенције којима се гарантују материјална права и слободе. Намјера је да се идентификују обрасци и политике на којима се доктрина заснива, чиме би се донекле разјаснила њена природа и функција. Поље слободне оцјене се користило у

⁵⁶² F. Ost (1992), *op.cit.*, p. 306.

⁵⁶³ Alexander Morawa, *The 'Common European Approach', 'International Trends', and the Evolution of Human Rights Law. A Comment on Goodwin and I v. the United Kingdom*, 3 GERMAN LAW JOURNAL (GLJ) (2002), available at <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=172>

јуриспруденцији Суда у односу на чланове 5 и 6 којим се гарантује право на слободу и сигурност и право на правично суђење као и на чланове 8-11 којим се јамче лична права и слободе. Истовремено, доктрина је примјењивана у контекстима забране дискриминације из члана 14, права на имовину зајамченог чланом 1 Протокола бр. 1, као и у односу на одредбе о дерогацији из члана 15 које су и биле повод настанку овог концепта. Члан 2 Протокола бр. 1 којим се штити право на образовање и члан 3 Протокола бр. 1 којим се јамчи право на слободне изборе, такође су били подвргнути анализи Суда из перспективе поља слободне оцјене. Већина релевантне литературе користи познат аналитички метод у односу на одлуке Суда, и у мањој мјери у односу на одлуке Комисије. Слична анализа ће бити примјењена и у овој дисертацији.

Без обзира што *a priori* не постоји разлика међу члановима Конвенције на које се доктрина може примјенити, иста је изричито коришћена само у вези са одређеним одредбама⁵⁶⁴ док су друге традиционално остале остале изван њене сфере.⁵⁶⁵ Ријеч је прије свега о концепту ткз. апсолутних права од којих држава не може одступити без обзира на околности. Како је право на склапање брака и заснивање породице из члана 12 Конвенције заштићено у складу са „унутрашњим законима који уређују вршење овог права“, то се не може говорити о примјени доктрине у односу на овај члан.⁵⁶⁶ Међутим, у литератури постоје недоумице у вези са односом поља слободне оцјене и појединих права из корпуса ткз. апсолутних права гарантованих Конвенцијом па би било потребно најприје њих разјаснити.

5.1. Поље слободне оцјене и апсолутна права гарантована Конвенцијом

⁵⁶⁴ Велики број аутора је овог мишљења. Видјети између осталих Thomas A. O'Donnel (1982), *op.cit.*, 477; MacDonald (1987), *op.cit.*, at p. 192; R. Clayton, H. Tomlinson, *The law of Human Rights*, Oxford, vol. 1, 2000, p. 276.

⁵⁶⁵ Као што су чланови 2, 3, 4, 7 и већина елемената чланова 5 и 6. Видјети: J. Callewaert (1998), *op.cit.*, 6; и Jeroen Schokkenbroek, *The Basis, Nature and Application of the Margin-of-Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court Rights-General Report* 19 HUMAN RIGHTS LAW JOURNAL. 30, 34 (1998).

⁵⁶⁶ Суд само спроводи контролу над ограничењима права на брак како иста не би довела у питање суштину права.

Извјесна права из Конвенције су апсолутно заштићена, односно не могу се ограничити осим у случајевима које намеће коришћење тих истих права и слобода од стране других. Већ је речено да се у ванредним околностима према члану 15 Конвенције не могу ставити ван снаге право на живот (члан 2), забрана мучења, нечовјечног или понижавајућег поступања (члан 3), забрана ропства или ропског положаја (члан 4) и забрана поновног суђења лицима већ осуђеним или ослобођеним поводом истог кривичног дјела (члан 7).

Нигдје у Конвенцији не постоје изрази као што су „апсолутно право“ или „апсолутна забрана“. Карактеризација забрана у поменутих члановима као апсолутних, потекла је из општег дискурса о људским правима и праксе Суда, али сам Суд није покушао да да дефиницију апсолутног права. Са друге стране, у академској литератури се већином сматрало да одсуство дозвољених ограничења, изузетака или могућности дерогације представља довољан основ за закључак да су ове забране апсолутне. Питање код апсолутних права није да ли су дозвољени мањи или већи изузеци него да ли уопште постоји могућност допуштања изузетака. Одредба члана 15 заиста указује да је постојала намјера аутора Конвенције да одређена права буду, ако не апсолутна, а оно супериорнија у односу на друга. Сам Суд је то потврдио у предмету *Ирска против Уједињеног краљевства* ријечима да: *Конвенција забрањује у апсолутном смислу мучење, нечовјечно или понижавајућег поступање без обзира на понашање жртве. За разлику од већине материјалних одредби Конвенције и протокола бр. 4, члан 3 не оставља простор за изузетке те се стога, према члану 15 (2), не може се ставити ван снаге чак ни у случају јавне опасности која пријети опстанку нације.*⁵⁶⁷ У односу на члан 2, Суд је у предмету *McCaughy* примјетио да ... *као одредба која не само да штити право на живот него и предвиђа околности када лишење живота може бити оправдано, члан 2 се рангира као једна од најфундаменталнијих одредби Конвенције.*⁵⁶⁸

⁵⁶⁷ *Ирска против Уједињеног краљевства*, став 163.

⁵⁶⁸ *McCaughy* против Уједињеног краљевства, став 97.

Постојање концепта апсолутних права у релевантној литератури је природно изазвало дилеме и расправе о хијерархији људских права, односно да ли су поједина људска права важнија од других. Већина студија о људским правима не признаје постојање хијерархије међу правима, углавном због нагласка на недјеливост истих.⁵⁶⁹ Чак поједини аутори поричу постојање међународног права људских права као посебног ентитета.⁵⁷⁰ Са друге стране, постоје аутори који веома гласно заговорају постојање концепта апсолутних права.⁵⁷¹ На овом мјесту се није могуће упустити у детаљнију тероријску елаборацију поводом постојања разлика између апсолутних и релативних (или како их неки називају квалификованих) права, али се свакако може закључити да људска права и слободе, која се не могу ставити ван снаге, уживају посебан положај у систему Конвенције.

Како не постоји могућност да се дерогирају апсолутна права, тако не постоји ни поље слободне оцјене које би такву дерогацију оправдало. Пракса Суда у случајевима забране ропства или ропског положаја (члан 4) и правила *ne bis in idem* (члан 7) је иначе скромна и не садржи позивање на поље слободне процјене. Формулација чланова 2 и 3 не даје најјасније објашњење зашто не постоји простор за дискрецију држава када су у питању ови чланови. Међутим, у односу на ова два члана постоје одређене недоумице у смислу националних правила о праву на абортус односно у контексту тероризма, екстрадиције и забране принудног протјеривања или враћања када је ријеч о члану 3.

⁵⁶⁹ Више о овом питању видјети у: Т. Meron, „On Hierarchy of International Human Rights“, 80 AJIL (1986) 1. Paul Sieghart, *the Lawful Rights of Mankind: An introduction to the International Legal Code of Human Rights* (1985), p. 83. Marck Weller, Andreas L. Paulus „The Structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law?, 8 EJIL (1997) 545.

⁵⁷⁰ Тако на примјер *Brownlie* примјећује да „не постоји такав ентитет као што је међународно право људских права“. Видјети у I. Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fifteenth Anniversary of the United Nations* (1998). pp. 65-66..

⁵⁷¹ Видјети нпр. Alan Gewirth: ARE THERE ANY ABSOLUTE RIGHTS?, 31 *The Philosophical Quarterly* (1981) 1-16 p. 5.

5.1.1. Поље слободне оцјене и право на живот

Право на живот је заштићено чланом 2 (и Протоколом бр. 6) Конвенције, и представља једну од основних одредби Конвенције, која заједно са чланом 3 чини једну од основних вриједности демократских друштава СЕ.⁵⁷² Иако није апсолутно право у истом смислу као и остала апсолутна права, зато што је подвргнуто врло строгим и детаљно прописаним ограничењима и изузецима, право на живот је у истовјетној позицији. Суд није тумачио израз „апсолутно нужно“ у смислу да укључи маргину дискреције државе у предметима који су се тicali овог члана, упркос чињеници да „домаће власти могу тврдити да су ближе одређеном догађају“.⁵⁷³

Позитивна обавеза према члану 2 (1) јесте да се заштити право на живот сваке особе законом али не и да се обезбиди заштита живота сваке особе законом.⁵⁷⁴ Парадоксално, и за разлику од других интереса заштићених Конвенцијом, живот нужно подразумијева и сопствену негацију, то јест смрт. Следствено томе, смрт као таква не представља мијешање у право на живот и од држава се не тражи да правдају смрти сопствених грађана као што се нпр. тражи код ограничења слобода. У предмету *Pretty*, Суд је сматрао да обавеза да се законом заштити право сваке особе на живот не подразумијева обавезу дозволе (или забране) асистираниог самоубиства од стране ментално здравих особа које пролазе кроз велику патњу и које то не могу саме урадити.⁵⁷⁵ Обавеза да се законом заштити живот у најмањем подразумијева право на законом регулисани поступак у односу на криминализацију, одговарајућу истрагу и правно санкционисање скривљеног убиства.⁵⁷⁶

⁵⁷² *Cakici против Турске*, пресуда од 08.07.1999. г.

⁵⁷³ J. Callaewert (1998), *op.cit.*, p. 9.

⁵⁷⁴ S. Greer, *THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS, Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge University Press, 2006. p. 255.

⁵⁷⁵ *Pretty*, ставови 39 и 41. Видјети такође Antje Pedain, 'The Human Rights Dimension of the Diane Pretty Case', *Cambridge Law Journal* 62 (2003), 181_206.

⁵⁷⁶ *McCann*, став 161; *Sabuktekin против Турске*, пресуда од 19.03.2002. г., ставови 97 и 98.

Међутим у више предмета поставило се питање колики је обим права на живот када су у питању унутрашње правне норме које регулишу питање прекида трудноће, односно да ли се право на живот из члана 2 Конвенције протеже на живот фетуса.⁵⁷⁷ Абортус представља посебно спорно питање члана 2, које није у потпуности разријешено од стране институција у Стразбуру. Иако је Комисија разматрала неколико оваквих случајева током осамдесетих и деведесетих година прошлог вијека, Суд све до 2004. године није обрађивао ову тематику.⁵⁷⁸ Ријеч је о случајевима у којима су углавном будући очеви оспоравали либералне законе о абортусу у односу на право фетуса на живот према члану 2. Страсбуршке институције су подржале овакве законе јер успостављају правичну равнотежу, па су, позивајући се на дискрецију државе, одбациле све представке као очигледно неосноване.⁵⁷⁹ Јасно је да је Суд са великом дозом опрезности прилазио овом питању. Тако је у предмету *Open Door Counselling and Dublin Well Women против Ирске* Суд био става да: *националне власти уживају широко поље слободне оцјене по питањима морала, посебно у области...која се тиче питања убијеђења о природи људског живота...када није могуће наћи...униформну концепцију морала, и да су државне власти, у принципу, у бољем положају него међународни судија да дају мишљење о тачном садржају захтјева морала.*⁵⁸⁰ У предмету *Raton против Уједињеног краљевства* закључено је да је „живот фетуса уско повезан са животом бремените жене и да се не може посматрати изоловано“.⁵⁸¹ Члан 2 је у овом контексту довођен у везу са члановима 8 и 10 Конвенције.

Међутим, по први пут је поље слободне оцјене у контексту директне везе са чланом 2 поменуто у предмету *Vo против Француске* када је трудноћа у стадијуму између 20 и

⁵⁷⁷ Видјети нпр. предмете *X против Уједињеног краљевства* (1980), *R.H. против Норвешке* (1992), *Boso против Италије* (2002), а посредно у вези са чланом 8 и чланом 10 у предметима *Bruggemann и Scheuten против Немачке* (1977) односно *Open Door and Dublin Well Woman против Ирске* (1992).

⁵⁷⁸ Gerard Hogan, 'The Right to Life and the Abortion Question under the European Convention on Human Rights' in L. Heffernan with J. Kingston (eds.), *Human Rights: A European Perspective* (Blackrock: Round Hall Press, 1994), pp. 104_116.

⁵⁷⁹ Нпр. *R.H. против Норвешке*, *Boso против Италије* итд.

⁵⁸⁰ *Open Door Counselling and Dublin Well Women*, став 68.

⁵⁸¹ *Raton против Уједињеног краљевства*, одлука Комисије о прихватљивости од 13.05.1980.г., став 19.

24 недјеље била прекинута због немарности лекара. Мајка се жалила на кршење члана 2 на основу чињенице да је лекар ослобођен од стране француског суда од оптужбе за кривично дјело ненамјерног повређивања зато што се сматрало да фетус није људско биће у том стадијуму трудноће. Подносиатељка представке је тврдила да питање момента почетка живота, а тиме и примјене члана 2 има „универзално значење и дефиницију“.⁵⁸² Већина у Великом вијећу Суда пресудила је да није постојало кршење члана 2 зато што је унутрашња правна заштита, коју је подносиатељка представке имала на располагању, била адекватна и да су процедурални услови испуњени тиме што је мајка могла покренути парнични/управни поступак због несрећног случаја. Већина је примјетила да у Конвенцији нема одредби о томе када почиње људски живот, чиме се ускраћује заштита из члана 2. Закључено је да не постоји консензус о томе када правно и научно људски живот почиње, па се државама чланицама мора допустити *поља слободне оцјене* у изналагању сопствених одговора на ово питање.⁵⁸³ Примјећујући овакву различитост ставова у државама, Суд је са одобравањем цитирао следеће мишљење Европске комисије ЕУ: *не само да је правно тешко хармонизовати националне законе на нивоу Заједнице, већ би због недостатка консензуса било неприкладно наметнути само један искључиви морални кодекс*. Имајући у виду недостатак европског консензуса,⁵⁸⁴ Суд је био „убијеђен да није ни пожељно а ни могуће, како ствари стоје, одговорити на апстрактан начин, да ли је нерођено дијете личност у смислу и у сврху члана 2 Конвенције“ и тако нашао да то питање спада у оквир *поља слободне оцјене Француске*.⁵⁸⁵ Оваква формулација наглашава одлучујућу улогу европског консензуса приликом одређивања обима поља слободне оцјене.

⁵⁸² *Vo против Француске*, став 47.

⁵⁸³ Суд је образложио налаз да члан 2 није прекршен следећим ријечима: „Пажња се обратила на разноликост ставова о тренутку када живот почиње, о правним културама и националним стандардима заштите, и држави је у значајној мјери остављена дискреција по овом питању, као што мишљење Европске групе за етику у науци и новим технологијама у Европској комисији, на одговарајући начин каже: *органи Заједнице морају одговорити на оваква етичка питања, узимајући у обзир морал и филозофске разлике које се одражавају путем екстремне различитости правних норми које се примјењују на истраживања људског ембриона*“. Исто, став 82.

⁵⁸⁴ Исто, став 84.

⁵⁸⁵ Исто, став 85.

Овакво мишљење Суда не значи да је Суд одбацио универзалност права на живот, него само да Суд прихвата да артикулација права може на одговарајући начин и легитимно варирати у одређеним околностима. У предмету *Evans против Уједињеног краљевства*, Суд је поновио да се „питање када живот почиње налази у оквиру поља слободне оцјене, за које Суд генерално сматра да државе уживају у овој сфери“.⁵⁸⁶

Истовремено, када се ради о праву на абортус неизбежно долази до одмјеравања важности живота фетуса и важности живота мајке, односно њеног права на личну независност и развој.⁵⁸⁷ У предмету *Vo* није било потребе спекулисати о могућем сукобу између ових права с обзиром на то да су се интереси фетуса и мајке у овом случају поклопили.⁵⁸⁸

Конвенција јасно не одређује када је право на живот стечено јер не постоји референтна тачка у трудноћи када би се са сигурношћу могло рећи да начело „уставних права“ из Конвенције постаје оперативно. Зато, све док су закони о абортусу у државама чланицама резултат истинске демократске дебате, њихов садржај може варирати од државе до државе, и бити у складу са Конвенцијом.⁵⁸⁹

Поред овога, поље слободне оцјене у примјени члана 2 се такође појављује и у контексту позитивне обавезе државе да заштити становништво од природних непогода, што је доказ да се примјена доктрине све више шири не само на поједине чланове Конвенције него и на поједине аспекте одређених чланова. Предмет *Budayeva против Русије* тицао се покретања клизишта у једном насељеном мјесту којом приликом је страдала једна особа док је више њих било повријеђено. Област у

⁵⁸⁶ *Evans против Уједињеног краљевства*, став 54.

⁵⁸⁷ Интересантно је дјелимично издвојено мишљење судија *Rozakis, Tulkens, Hirvela, Malinverni* и *Roalelungi* у предмети *A, B and C против Ирске* (пресуда од 16.12.2010.г.), када су сматрали „да се питање којим се Суд бавио, без обзира на то када живот фетуса почиње, прије или након рођења, он може одмјерити у односу на живот мајке или у односу на њено право на личну аутономију или развој, и да се, могуће, утврди да има мању тежину у односу на последње“.

⁵⁸⁸ *Vo против Француске*, став 86.

⁵⁸⁹ *H против Норвешке*, р. 168.

питању је била подложна покретању клизишта али након што се клизиште претходно покренуло, руске власти нису предузеле ништа да спријече да се то опет понови. Суд је сматрао да „не постоји оправдање за пропусте власти у примјени политика посторног планирања и ублажавања последица ванредних ситуација у ризичној области Турнауз у односу на предвидљиву подложност становништа те области, укључујући све подносиоце представке, ризику од смрти“. Када се захтијева од државе да предузме позитивне мјере, избор средстава у принципу спада у оквир поља слободне оцјене. Суд је такође био мишљења да несразмјеран терет не смије бити наметнут властима без узимања у обзир оперативних избора које оне морају направити у смислу приоритета и ресурса... и то је резултат широког поља слободне оцјене коју држава ужива у сложеној друштвеној или техничкој сфери. Такав обзир има већу тежину приликом ублажавања ванредног стања, као последице метеоролошког догађаја, који је као такав изван људске контроле, за разлику од опасних радњи које изазива сам човјек“.⁵⁹⁰

Остаје нејасно у којој мјери обавеза да се пружи правна заштита животу подразумијева право да се буде заштићен од ризика од друштвених и природних опасности као што су несрећни случајеви, загађење животне средине или угрожено здравље. Принцип демократичности налаже да национални демократски процеси треба да одреде степен, начин, прецизну форму и садржај заштите коју законодавства пружају од таквих ризика. Државе, дакле, имају широко поље слободне оцјене у овом смислу и степен заштите који се даје праву на живот права може такође варирати од државе до државе.

5.1.2. Поље слободне оцјене и забрана мучења

⁵⁹⁰ *Budayeva и други против Русије*, став 135.

Члан 3 Конвенције у апсолутном смислу забрањује мучење или нечовјечно и понижавајуће поступање и кажњавање, како је и сам Суд нагласио.⁵⁹¹ По ријечима *Sudrea* „забрана тортуре је једно од неспорних императивних правила међународног права људских права која одсликава апсолутна права“.⁵⁹²

Државе уговорнице немају поље слободне оцјене када се ради о случајевима који се односе на члан 3 што доказује и сама јуриспруденција Суда.⁵⁹³ Сам Суд, у складу са начелом супсидијаритета, врши процјену ризика од мучења и сличног поступања и његово поступање није ограничено на питање да ли је процјена државе била неразумна или произвољна. Домаће одлуке су „у потпуности подложне контроли“ Суда и није им додијељен било какав облик „смањеног (...) „имунитета“ који пружа поље слободне оцјене“.⁵⁹⁴ Имајући у виду апсолутни карактер члана 3, Суд чак наглашава да његово испитивање у овом смислу мора бити „ригорозно“,⁵⁹⁵ због чега је велики број анализа Суда заснован на независном утврђивању и оцјени чињеничног стања.⁵⁹⁶ У контексту члана 3, Суд узима у обзир чињенице које указују на то да ли је поступање у питању достигло ниво нехуманог или понижавајућег поступања или кажњавања.⁵⁹⁷

Једино питање које се поставља јесте да ли ће одређено поступање представљати тортуру у смислу стандарда постављених чланом 3 и да ли посебне околности, укључујући посебно сврху и основу спорног поступања, могу *prima facie* оправдати

⁵⁹¹ То није признао само Суд него и остали међународни судови. На примјер Међународни кривични трибунал за бившу Југославију у својој пресуди у предмету *Тужилац против Анта Фурунџије*, (пресуда од 10.12.1998.г., case no. IT-95-17/I-T, (1999)), сматрао да: треба напоменути да забрана тортуре, прописана међународним уговорима о људским правима, предвиђа апсолутно право, од кога се никада не смије одступити, чак ни у вријеме ванредног стања (став 144).

⁵⁹² F. Sudre, “Article 3” in Pettiti and others (dirs.), *La Convention européenne des droits de l’homme : commentarie article per article*, Economica, 1995.

⁵⁹³ Видјети нпр. *Tomasi против Француске*, пресуда од 17.08.1992. г., став 115 (имплицитно), *Ribitsch против Аустрије*, пресуда од 4.12.1995. г., став 38, *Assenov и други против Бугарске*, пресуда од 28.10.1998.г. или *Berlinski против Пољске*, пресуда од 20.06.2002.г., став 59.

⁵⁹⁴ J. Callaewert (1998), *op.cit.*, p. 8. , fn. 123.

⁵⁹⁵ *Vilvarqjah и други против Уједињеног краљевства*, пресуда од 30.10.1991.г., став 108.

⁵⁹⁶ J. Callaewert (1998), *op.cit.*, p. 6.

⁵⁹⁷ Видјети нпр. предмете *Tyrrer* и *Soering*.

кршење члана 3. Коришћење аутономних дефиниција, као што је дефиниција мучења, такође у великој мјери спречава било какву дискрецију на страни тужене државе.⁵⁹⁸ Апсолутна природа ове забране, међутим, не спречава Суд да узима у обзир специфичне околности случаја када примјењује члан 3.

Специфичности локалне ситуације, као ни тежина појединих кривичних дјела и тешкоће у борби против истих не могу учинити забрану мучења релативном. Дакле, не постоје изузеци чак ни у вријеме рата, ванредних ситуација или ако је у питању борба против тероризма. Суд је такав став нагласио у предмету *Selmouni против Француске* ријечима да „чак и у најтежим околностима, као што је борба против тероризма и организованог криминала, Конвенција у апсолутном смислу забрањује мучење и нечовјечно и понижавајуће поступање или кажњавање.“⁵⁹⁹ Упркос оваквом ставу, државе су покушавале да измијене приступ Суда члану 3 позивањем на правичан баланс, како би се створио изузетак од правила Конвенције у односу на терористичку активност и могућности протјеривања, односно враћања силом у смислу овог члана.⁶⁰⁰

Суд признаје да се државе суочавају са специфичним тешкоћама у борби против тероризма ријечима да „истрага случајева тероризма без сумње суочава [...] државне власти са посебним проблемима“.⁶⁰¹ Међутим, када је у питању кршење овог апсолутног права, Суд не придаје никакву посебну пажњу случајевима који укључују тероризам. Суд се не устручава да спроведе ригорозну анализу у односу на члан 3, када оцјењује поступање према подносиоцима представке који су осумњичени за терористичку активност или проглашени кривим за такве радње.⁶⁰² Суд заснива свој

⁵⁹⁸ D. Porovic (2009), *op.cit.*, fn. 72.

⁵⁹⁹ *Selmouni против Француске*, ставови 95 и 119. Предмет се односио на саслушавање притвореника који је осумњичен за дјело везано за наркотике. Француска је постала прва држава чланица ЕУ која је прекршила члан 3 у односу на забрану мучења. Видјети и *Labita против Италије*.

⁶⁰⁰ *Chahal против Уједињеног краљевства*, пресуда од 15.11.1996.г.; *Saadi против Италије*, пресуда од 28.02.2008.г.

⁶⁰¹ *Öcalan против Турске*, пресуда од 12.05.2005.г., став 104.

⁶⁰² Илустративан примјер је предмет *Aksoy против Турске*, пресуда од 18.12.1996. г.

приступ члану 3 не само на структурално апсолутном карактеру овог члана⁶⁰³ него и на чињеници да исти „чува једну од основних вриједности демократских друштава која чине СЕ“.⁶⁰⁴

Иако само по себи није противно члану 3 да држава изручи лице за политички прекшај или да депортује странце, постоје изузетне околности када би такве радње представљале кршење члана 3.⁶⁰⁵ Вид заштите члана 3 у ствари представља надоградњу основног начела избјегличког права о забрани протјеривања или враћања силом (принцип *non-refoulement*) предвиђен чланом 33 Женевске конвенције.⁶⁰⁶ Међутим за разлику од Женевске конвенције, пракса суда у Стразбуру у области члана 3, показује да ниједно лице не смије бити протјерано или против његове воље враћено на територију на којој постоји реалан ризик да ће бити подрвргнуто мучењу, нечовјечном или понижавајућем поступању или кажњавању. Апсолутна природа овог правила инаугурисана је у предмету *Soering*. У овом предмету поставило се питање дозвољености екстрадиције подносиоца представке Сједињеним Државама гдје је био оптужен за убиство, и уколико би био осуђен, највјероватније би му се изрекла смртна казна. Суд је том приликом јасно ставио до знања да ће постојати кршење члана 3 ако Висока страна уговорница изручи појединца у ситуацији „када постоји довољно основа за вјеровање да се тај појединац, ако буде изручен, суочава са стварним ризиком да буде подвргнут мучењу или нечовјечном или понижавајућем поступању или кажњавању у држави тражиоцу“.⁶⁰⁷ Овај принцип је након тога проширен на случајеве депортације у предмету *Cruz Varas*.

⁶⁰³ Thomas Spijkerboer, „Subsidiarity and „Arguability“: The European Court of Human Rights“ Case Law on Judicial Review in Asylum Cases“ (2009) *International Journal of Refugee Law* 21, p. 48.

⁶⁰⁴ *Vilvarajah и други против Уједињеног краљевства*, став. 108.

⁶⁰⁵ D. J. Harris, M. O’Boyle, E. P. Bates, C. M. Buckley (2009), *op.cit.*, pp. 79-80.

⁶⁰⁶ У основи принцип *non-refoulement* значи да постоји забрана протјеривања односно враћања силом азиланата на границе територије где би њихов живот или слобода били угрожени због њихове расе, пола, вјере, националности, припадности одређеној друштвеној групи или њихових политичких ставова. Одступања од овог начела ипак постоје. Наиме, уколико се основано може сматрати да азилант угрожава безбиједност државе или ако је исти правноснажном пресудом осуђен за тешко кривично дјело, због чега би представљао опасност за јавни поредак, азилант се неће моћи позвати на *non-refoulement* заштиту. Видјети члан 33 Женевске конвенције.

⁶⁰⁷ *Soering*, став 91.

Пресуда у предмету *Chahal против Уједињеног краљевства* је значајна јер се директно тиче депортације као резултата безбједносног ризика по подносиоца представке који је био осумњичен за тероризам од стране тужене државе. Упркос апсолутној природи забране мучења, држава је сматрала да се у таквим случајевима „различити фактори морају узети у обзир, укључујући и опасност коју лице (...) представља по безбједност нације домаћина“,⁶⁰⁸ тиме желећи да се уведе одмјеравање између права појединца и ризика које то лице представља за друштво као цјелину. Међутим Суд је сматрао да је апсолутна природа члана 3 таква да, приликом утврђивања да ли постоји одговорност државе, нема простора за „балансирање ризика нечовјечног поступања и разлога за протјеривање“.⁶⁰⁹ Одмјеравања права заштићених овим чланом и других права или неког јавног интереса стога није дозвољена.⁶¹⁰

5.2. Примјена доктрине поља слободне оцјене у односу на чланове 5 и 6 Конвенције

Због важности које имају за демократско друштво, чланови 5 и 6, заједно са члановима којима се дефинишу апсолутна права, су формулисани на формалнији начин него остала права из Конвенције и подвргнута су низу строгих ограничења. Другим ријечима, дефиниције ових права остављају много мањи простор за судску дискрецију, чиме је и поље слободне оцјене држава веома сужено ако уопште и постоји. Суд иначе избјегава да употребљава израз поље слободне оцјене када су питању процедуралне обавезе из Конвенције, што је случај са члановима 5 и 6 или чланом 13. Тако *Van Dijk u Van Hoof* кажу да „поље слободне оцјене тешко да игра било какву улогу у односу на детаљне захтјеве предвиђене у члановима 5 и 6 Конвенције. Како и генерално прозилази из праксе Суда, маргина је од мале

⁶⁰⁸ *Chahal*, став 76. Након тога је услједио случај *Al-Nashif против Бугарске* (пресуда од 20.06.2002. г.) који се такође тичао депортације из разлога националне безбједности.

⁶⁰⁹ Исто, ставови 38-41.

⁶¹⁰ S. Greer (2006), *op.cit.*, p. 234.

важности у односу на питања од чисто процедуралног значаја“.⁶¹¹ Пракса Суда у примјени поља слободне оцјене у односу на ове чланове иначе није толико контроверзна и локални услови нису играли значајну улогу у релевантним образложењима Суда.

5.2.1. Примјена доктрине поља слободне оцјене у односу на члан 5

Право на слободу и сигурност предвиђено чланом 5 почива на начелу да „нико не смије бити лишен слободе на произвољан начин“.⁶¹² Исцрпан списак „формалних дефиниционих ограничења“ која се имају уско тумачити, предвиђају групу околности у којима лишење слободе није произвољно, под условом да је спроведено „у складу са законом прописаним поступком“.⁶¹³ Суд начелно ограничава своје тумачење члана 5 на законитост и произвољност. Једноставно се право на слободу и сигурност не могу ограничити осим из разлога наведених у овом члану. *Ashworth* тако каже да нити Конвенција нити јуриспруденција Суда указују на то да права предвиђена чланом 5 могу бити „стављена по страни због јавних политика или других сличних разлога, на основу чињенице да су да таква ограничења пропорционална“.⁶¹⁴ То је тако не само због структурних разлога већ и због тога што се право на слободу сматра важним аспектом демократског друштва⁶¹⁵ и предусловом за владавину права.⁶¹⁶ Поред тога, Суд је дао аутономно значење појединим изразима члана 5 као што је „законит притвор“,⁶¹⁷ којим се ограничава

⁶¹¹ P. Van Dijk, G. J. H. Van Hoof (1990), *op.cit.*, p. 86.

⁶¹² *Bilgin против Турске*, пресуда од 16.11.2000.г., став 149. *Engel против Холандије*, став 58. Видјети и Robert Kolb, ‘The Jurisprudence of the European Court of Human Rights on Detention and Fair Trial in Criminal Matters from 1992 to the End of 1998’, *Human Rights Law Journal* 21 (2000), 348_373.

⁶¹³ *Chahal*, став 127. Видјети нпр. *Assanidze против Грузије*, пресуда од 08.04.2007.г., став 170 или *Џонка против Белгије*, пресуда од 05.02.2002.г., став 42.

⁶¹⁴ Andrew Ashworth, „Security, Terrorism and the Value of Human Rights“ in Benjamin Goold and Liora Lazarus (eds.), *Security and Human Rights* (Oxford: Hart Publishing, 2007) p. 215.

⁶¹⁵ *Winterwerp против Холандије*, став 37.

⁶¹⁶ J. Schokkenbroek (1998), *op.cit.*, p. 30.

⁶¹⁷ *Eriksen против Норвешке*, пресуда од 27.05.1997.г., став 74.

„креативност“ тумачења држава уговорница.⁶¹⁸ Стога доктрина поља слободне оцјене није основа на којој Суд заснива свој приступ члану 5. Зато, када државе хоће да направе одређена ограничења члана 5, могу то једино урадити у ванредним околностима складу са чланом 15 Конвенције, јер права која се односе на правичан поступак немају исту флексибилност као личне слободе и права.⁶¹⁹

Са друге стране, *Arai-Takahashi* сматра да је одређена флексибилност остављена државама када оцјењују околности које су довеле до лишења слободе, зато што су у бољем положају да дају такву процјену.⁶²⁰ *Brems* опет тврди да апстрактна природа неких од израза у овим члановима подразумијева одређену слободу када се тумаче, укључујући изразе као што су лишење слободе (члан 5 став 1)⁶²¹ и израз „без одлагања“ (члан 5, ставови 2 и 3).⁶²² Суд је нагласио да је таква флексибилност ограничена.⁶²³

Било је покушаја да се државе позивају на поље слободне оцјене приликом ограничења права из члана 5 али је Суд чак одбио и да расправља о томе. Тако је Бугарска влада у предмету *Verbanov против Бугарске* тврдила да би државни органи морали у односу на члан 5 да имају поље слободне оцјене у процјени медицинског стања особе за коју се вјеровало да је душевно поремећена, као и у односу на процјену потребе за обавезним прегледом.⁶²⁴ Међутим, Суд није уважио овакву аргументацију. Принципијелно чврст став Суда је у оваквим ситуацијама скоро

⁶¹⁸ George Letsas (2004), *op.cit.*, p. 279.

⁶¹⁹ D. J. Harris, M. O'Boyle, E. P. Bates, C. M. Buckley (2009), *op.cit.*, p. 621.

⁶²⁰ Y. Arai-Takahashi (2002), *op.cit.*, p. 20.

⁶²¹ Члан 5 ст. 1 Конвенције: Свако има право на слободу и безбиједност личности. Нико не може бити лишен слободе осим у случајевима и у складу са законом прописаним поступком.

⁶²² Члан 5 ст. 2 Конвенције: Свако ко је ухапшен биће одмах и на језику који разумије обавијештен о разлозима за његово хапшење и о свакој оптужби против њега. Члан 5 ст. 3 Конвенције: Свако ко је ухапшен или лишен слободе сходно одредбама из става 1.ц овог члана биће без одлагања изведен пред судију или друго службено лице законом одређено да обавља судске функције и имаће право да му се суди у разумном року или да буде пуштен на слободу до суђења. Пуштање на слободу може се условити јемствима да ће се лице појавити на суђењу.

⁶²³ *Brogan и други против Уједињеног краљевства*, пресуда од 29.11.1988.г. став 59.

⁶²⁴ *Verbanov против Бугарске*, пресуда од 05.10.2000.г., став 41.

увијек присутан у јуриспруденцији, осим ако ограничење права на слободу проистиче из изричитих изузетака и заснива се на убједљивим доказима.⁶²⁵

Душевно обољела лица су ипак изузетак од овако строгог приступа Суда у односу на члан 5. Приликом одлучивања да ли ће лице бити притворено као **душевно поремећена особа** националним властима се признаје одређено поље слободне оцјене јер је првенствено на њима да оцијене понуђене доказе у одређеном случају.⁶²⁶ Задатак Суда је да преиспита одлуке власти према Конвенцији. Лице не може бити сматрано душевно поремећеном особом у смислу члана 5 (1) и лишено слободе, осим уколико се задовоље следећа три услова:

- 1) Мора се поуздано показати да је ријеч о душевно поремећеној особи;
- 2) Душевни поремећај мора бити такав или таквог степена да изискује принудно притварање; и
- 3) Ваљаност сталног притвора зависи од трајања таквог поремећаја.⁶²⁷

У овим случајевима, начело супсидијарности је доживјело праву афирмацију и Суд се углавном приклањао примарној надлежности националних судских и медицинских органа да прате испуњавање ова три услова. Спремност Суда да да широко поље слободне оцјене у овим случајевима, заснована је на већој ефикасности домаћих судова приликом утврђивања чињеница и оцјени доказа и тумачењу националног права у околностима које су им знатно ближе него међународном судији. Суд је такав свој приступ објаснио „логиком система заштите Конвенције“

⁶²⁵ Нпр. *Murray против Уједињеног краљевства*, пресуда од 28.10.1994.г., ставови 61-63 или *Fox, Campbell and Hartley против Уједињеног краљевства*, став 34.

⁶²⁶ *Luberti против Италије*, пресуда од 23.02.1984.г., став 27.

⁶²⁷ *Winterwerp*, став 39.

који ограничава поступање Суда.⁶²⁸ Постоје и супротна мишљења према којима домаће власти нису у бољем положају од судија у Стразбуру, јер ове судије могу захтијевати сарадњу домаћих власти.⁶²⁹

Но без обзира на суштинско непостојање маргине оцјене у члану 5, Суд се користио појединим елементима начела пропорционалности кроз различите дјелове члана 5. Тако је нпр. у предмету *Enhorn против Шведске*, Суд сматрао да се принудни притвор особе која је заражена ХИВ вирусом може оправдати чланом 5 (став 1 тачка е), да је тужена држава показала да је притвор подносиоца представке био крајња мјера или да је „понудила примјер мање тежих мјера које су се можда могле примјенити“ али „се испоставило да су биле недовољне да се заштити јавни интерес“.⁶³⁰

У предмету *Brogan против Уједињеног краљевства*, Суд је сматрао да обустава судске контроле притвора у ванредном стању проглашеном на основу члана 15, посебно у случајевима тероризма, потпада под поље слободне оцјене Велике Британије. Штавише, Суд је покушао да успостави сразмјерност између права на слободу и јавног интереса. Наиме, у овом случају је разматрано кршење права да се *без одлагања* изведе пред суд лице лишено слободе и заузет став да „контекст тероризма у Сјеверној Ирској има ефекат продужења времена у којем власти могу, не кршећи члан 5 ст.3, (...), задржати у притвору лице осумњичено за тешка кривична дјела тероризма прије него се приведе суду или другом судском органу“.⁶³¹ Међутим, „ово не значи да истражни органи имају *carte blanche* према члану 5 [...] да остану без дјелотворне контроле“ увијек када сматрају да се ради о тероризму“.⁶³² У овом предмету Суд је нагласио да чак и када није постојала оперативна дерогација из члана 15, то не спречава узимање у обзир посебних околности случаја. У контексту

⁶²⁸ *X против Уједињеног краљевства*, пресуда од 05.11.1981.г., став 43.

⁶²⁹ Y. Arai-Takahashi (2002), *op.cit.*, p. 23.

⁶³⁰ *Enhorn против Шведске*, ставови. 46, 49 и 55.

⁶³¹ *Brogan и други против Уједињеног краљевства*, став 61.

⁶³² *Murray против Уједињеног краљевства*, став 58.

члана 5, на Суду је да одреди колики значај ће се придати таквим околностима и да се увјери да ли је, у постојећем случају, постигнут баланс у складу са примјењивим одредбама овог члана у свијетлу посебних формулација и укупног циља и сврхе овог члана. Овакво образложење Суда у предмету *Brogan* наишло је на критике, јер уводи елемент балансирања у члан 5 и тако кроз мала врата води примјени поља слободне оцјене тамо гдје оно не би смјело да постоји.⁶³³ Ипак је Суд био мишљења да критеријум „без одлагања“ не треба да буде толико флексибилан да наруши *саму суштину права*, тако да је најкраћи период притвора четворице подносилаца представке од шест дана и четири сата, за Суд био предуг.⁶³⁴

Суд се у предмету *N.C. против Италије* послужио аргументом неопходности ријечима да „није довољно да је лишење слободе извршено у складу са унутрашњим законом; мора такође бити неопходно с обзиром на дате околности“.⁶³⁵ У предмету *Ambruszkiewicz против Пољске*, Суд је примјенио тест пропорционалности на притвор према члану 5 (ст.1 т.ц), када је разматрао да ли је такав притвор подносиоца представке апсолутно неопходан да би се обезбиједило његово присуство на суђењу и да ли су друге, мање строжије мјере могле бити довољне у ту сврху.⁶³⁶ Сличан тест је Суд извео у предмету *Ladent против Пољске* у контексту притвора до суђења из чл. 5, када је испитивао важност и довољност разлога за продужење притвора пружених од стране државних органа. Тако је Суд нашао „да се наредба о притвору за подносиоца представке у оваквим околностима не може сматрати пропорционалном мјером како би се постигао декларисани циљ обезбјеђивања правилног одвијања кривичног поступка, посебно имајући на уму природу кривичног

⁶³³ Видјети нпр. мишљење *Campbell*-а који сматра овакво образложење Суда производи „резултат једнак стварању клаузуле попуштања (*accomodation clause*)“: Видјети у Colm Campbell, „Wars on Terror“ and Vicarious Hegemons: The UK, International Law, and the Northern Ireland Conflict“ (2005) *International and Comparative Law Quarterly* 54, p. 321.

⁶³⁴ *Brogan*, став 62.

⁶³⁵ *N.C. против Италије*, пресуда од 18.12.2002.г., став 41.

⁶³⁶ *Ambruszkiewicz против Пољске*, пресуда од 04.05.2006.г., ставови 29-32.

дјела које се подносиоцу представке ставља на терет, а у питању је ситни криминал.⁶³⁷

Став Суда да није дозвољено поље слободне оцјене у односу на члан 5 јасно је исказан је у пресуди *Illoweski против Пољске* у којем се подносилац представке више пута пријављивао за *habeas corpus*. Он је био оптужен за фалсификовање и покушај да добије велики износ кредита лажним представљањем, због чега му је одређен притвор до суђења. Суд је сматрао да сложеност случаја и многобројни захтјеви за пуштање из притвора „никако не могу амнестирати судске власти од спровођења поступка судске контроле одређивања притвора (*habeas corpus*), на шта је уложена жалба на начин који је у складу са чланом 5 (4). Чак и када је притвореник у више наврата стављао захтјеве за пуштање, овај члан не даје властима „маргину дискреције“ нити могућност избора у односу на то који од њих се треба завршити брже а који спорије. Сваки такав поступак треба да траје „убрзано“.⁶³⁸ Овакво поступање је у овом случају довело до кршења члана 5 Конвенције.

Када је у питању члан 5, изричита примјена поља слободне оцјене постојала је само у случајевима притварања душевно поремећених лица. У осталим аспектима члана 5, Суд је, ослањајући се на начела законитости и пропорционалности, разматрао ограничења права на слободу и сигурност, одбијајући да призна државама поље слободне оцјене.

5.2.2. Примјена доктрине поља слободне оцјене у односу на члан 6

Право на правично суђење зајамчено чланом 6 изричито предвиђа право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона. Суд је сматрао да такво право претпоставља право на

⁶³⁷ *Ladent против Пољске*, пресуда од 18.06.2008.г., став 56.

⁶³⁸ *Powiecki против Пољске*, пресуда од 04.10.2001.г., став 78.

једнакост оружја⁶³⁹ и право на приступ суду. Такође, овај члан у следећим ставовима намеће обавезу државама да се у кривичном поступку свако ко је оптужен за кривично дјело сматра невиним све док се не докаже његова кривица на основу закона (члан 6 став 2). Члан 6 (став 3) даље јамчи право да у најкраћем могућем року, на језику који разумије, окривљени буде обавијештен о оптужби, затим право на довољно времена и могућности за припремање одбране, право да се брани лично, путем браниоца или уз правну помоћ државе, право да испитује свједоке и право на тумача.

У литератури се доста анализира примјена доктрине поља слободне оцјене на члан 6, и генерално се сматра да је поље слободне оцјене остављено националним властима, не само у смислу позитивних обавеза из става 1 члана 6, него и приликом регулације права на суђење и права на приступ суду и доказима. Као и код члана 5, Суд је развио одређене аутономне дефиниције израза као што су „кривична оптужба“, „грађанска права и обавезе“, „трибунал“ или „свједок“, који државама не остављају или остављају веома сужено поље слободне оцјене. Суд је у предмету *Kreuz против Пољске* признао да државе уговорнице имају одређену дискрецију у прецизном одређивању значења „грађанских права и обавеза“ странака у поступку, али је и сматрао да коначну одлуку о усклађености са Конвенцијом у сваком случају доноси Суд.⁶⁴⁰

Поље слободне оцјене се у контексту члана 6 најчешће примјењује како би се нагласила чињеница да *право на приступ суду* није апсолутно што је Суд по први пут нагласио у пресуди *Golder*.⁶⁴¹ У том смислу, Суд признаје да право на приступ суду кореспондира са позитивним обавезама држава, зато што по својој природи, право на приступ суду „тражи регулацију од стране државе која може варирати у времену и

⁶³⁹ Видјети нпр. *Ernst и други против Белгије*, пресуда од 15.07.2003.г.; *Yvon против Француске*, пресуда од 24.04. 2003.г.; *Steel and Morris против Уједињеног краљевства*, пресуда од 15.02.2005.г.

⁶⁴⁰ *Kreuz против Пољске*, пресуда од 19.6.2001.г., став 53.

⁶⁴¹ *Golder*, став 38. Видјети и новије предмете, нпр. *Belev и други против Бугарске*, пресуда од 02.07.2009. г. У предмету *Belev* Суд је био мишљења да право на извршење судских одлука, које је аспект права на суд у смислу члана 6, није апсолутно.

простору према потребама и ресурсима заједнице и појединаца“.⁶⁴² Док ће коначну одлуку о поштовању обавеза из Конвенције донијети Суд, није надлежност Суда да замијени процјену националних власти о најбољој политици у овој области.⁶⁴³ Дакле, државе имају одређено поље слободне оцјене приликом усвајања такве регулативе. Ограничење неће *нарушити саму суштину права* на приступ суду само у случају ако се жели остварити легитиман циљ и ако између средстава за остварење циља и самог циља који се жели постићи постоји разуман однос пропорционалности.⁶⁴⁴ Суд је у предмету *Z и остали против Уједињеног краљевства* нагласио да право на приступ суду „може бити подвргнуто легитимним ограничењима као што су вријеме застаре, трошкови поступка и одредбе о малолетницима и душевно поремећеним лицима.“⁶⁴⁵ Стога члан 6 *prima facie* даје доста простора за балансирање садржаја права на правично суђење са конкурентим јавним интересима као што су претходно поменути легитимни циљеви.

Треба истаћи да национални судови уживају значајну дискрецију у односу на прихватљивост или оцјену доказа, било према имплицитној доктрини поља слободне оцјене, било према доктрини четврте инстанце. Тако је Суд изјавио да члан 6 (3) „оставља националним властима да одлуче о релевантности предложених доказа“ и да је на националним судовима да дају оцијену доказа који су им предложени“.⁶⁴⁶ Ограничење права које је досуђено или одобрено објективном одлуком националног суда након потпуног испитивања чињеничног стања, имаће за свог савезника поље слободне оцјене.⁶⁴⁷ Поље слободне оцјене се у таквим случајевима више подразумејева него што се изричито помиње.⁶⁴⁸ Без обзира на то, веома је важно нагласити чињеницу да је поље слободне оцјене другачије у односу на случајеве који

⁶⁴² Исто. Видјети такође *Ligue Islamique du monde et Organisation mondiale du Secours Islamique islamique против Француске*, пресуда од 15.01. 2009.г., став 49. Овдје се иста аргументација односила на допуштено жалбе.

⁶⁴³ Видјети *mutatis mutandis Klass и други против Немачке*, став 49.

⁶⁴⁴ *Steel and Morris*, став 62; *Bellet против Француске*, пресуда од 04.12.1995.г.; *Аћимовић против Хрватске*, пресуда од 09.10.2002.г., став 29.

⁶⁴⁵ *Z и други против Уједињеног краљевства*, пресуда од 10.05.2001.г.

⁶⁴⁶ *Isgro против Италије*, пресуда од 19.02.1991.г., став 31.

⁶⁴⁷ D. J. Harris, M. O’Boyle, E. P. Bates, C. M. Buckley (2009), *op.cit.*, p.13.

⁶⁴⁸ E. Vrems (1996), *op.cit.*, p. 253.

се баве личним правима и слободама, зато што се Суд овдје више бави процесном правичношћу, па је државама остављена широка дискреција у односу на формалности поступка суђења што говори о „имплементационој дискрецији“ или „имплементационој слободи“.⁶⁴⁹

Полазиште за анализу имплементационе слободе представља пресуда у предмету *Calozza против Италије* који се тичао суђења у одсуству, када власти нису могле да пронађу окривљеног. Суд је том приликом изјавио да „државе уговорнице уживају широку дискрецију када се ради о избору средстава која имају за циљ да њихови правни системи буду усклађени да захтјевима члана 6 (1) у овој области. Задатак Суда није да укаже држави која су то средства него да утврди да ли је постигнут резултат који тражи Конвенција.“⁶⁵⁰ Дакле, фокус је на обавези резултата.⁶⁵¹ Поред овога, остале позитивне дужности које произилазе из члана 6, довеле су до широке дискреције у односу на избор средстава, као нпр. у односу на право на бесплатну правну помоћ⁶⁵², право на довољно времена и могућности за припремање одбране,⁶⁵³ право да се брани лично, путем браниоца или уз правну помоћ државе⁶⁵⁴, да испитује свједоке,⁶⁵⁵ као и односу на право на суђење у разумном року.⁶⁵⁶

⁶⁴⁹ S. Greer (2006), *op.cit.*, p. 251.

⁶⁵⁰ *Calozza против Италије*, пресуда од 12.02.1985.г., став 30.

⁶⁵¹ Обавеза да се постигне одговарајући резултат у смислу члана 6 (1) је наприје формулисана у предмету *De Cubber против Белгије*, пресуда од 26.10.1984.г., став 35.

⁶⁵² Интересантан је предмет *RD против Пољске* (пресуда од 18.12.2001.г., став 41), када се подносилац представке жалио на кршење члана 6 (1) у вези са ст. 3 истог члана, зато што и поред тога што му је пружена бесплатна правна помоћ у првостепеном и другостепеном кривичном суђењу, одбијено му је пружање бесплатне правне помоћи у жалбеном поступку. Пољска влада је тврдила да Апелациони суд, који је обио додјеливање бесплатне правне помоћи, није „ишао изван поља слободне оцјене које је остављено домаћим судовима у таквим стварима“, што Суд није уважио као аргумент.

⁶⁵³ *Hadjianastassiou против Грчке*, пресуда од 16.12.1992. г.

⁶⁵⁴ Видјети нпр. пресуду у предмету *Correia de Matos против Португала* (15.11.2011. г). У овом предмету се подносилац представке, правник по занимању, жалио да је био спријечен да се лично брани јер му је судија додијелио адвоката мимо његове воље. Суд је сматрао да одлука да се дозволи оптуженом да се лично брани или да му се додијели адвокат спада у *поље слободне оцјене* држава уговорница. Домаћи судови имају право да сматрају да интерес правде захтијева принудну додјелу браниоца. У предметном случају, власти нису прекорачиле поље слободне оцјене и закључено је да је одбрана оптуженог спроведена на дјелотворан начин. Видјети слично и *Isgro против Италије*, 1991.г., став 31 и *Croissant против Немачке*, пресуда од 25.09.1987.г., став 27.

⁶⁵⁵ *Doorson против Холандије*, пресуда од 26.03.1996.г.

⁶⁵⁶ *Guisset против Француске*, пресуда од 26.09.2000.г.

Коначно, држава ужива већу могућност дискреције када поступа у грађанским предметима како због детаљније формулације ставова о кривичном поступку тако и због саме природе овог поступка. У односу на доказивање у грађанским поступцима, Суд је имао неизмјењен став да се од домаћих судова не тражи да слиједе посебна правила о доказивању јер је на државама уговорницама и њиховим судовима да таква правила обезбиједе и да иста не буду у супротности са основним процесним гаранцијама члана 6. Штавише, сматра се да се шире поље слободне оцјене у грађанским стварима заснива на претпоставци да доктрина увијек долази у обзир када дефиниција права из Конвенције дозвољава изузетке од тог права, као што је случај са члановима 8-11 Конвенције. У сваком случају не постоје формалне нити теоретске препреке за примјену доктрине у овом смислу. Уопштен и апстрактан језик члана 6 (1) у односу на грађанске поступке, заједно са мноштвом различитих правних традиција у односу на грађански поступак широм европског континента, јесу подстицај за уживање значајног поља слободне оцјене у грађанским стварима.

Како пракса Суда у односу на различите аспекте члана 6 константно расте у новије вријеме, то је за претпоставити да ће у наредном периоду примјена поље слободне оцјене у овом домену бити све чешћа.

5.3. Примјена доктрине поља слободне оцјене у односу на чланове 8, 9, 10 и 11 Конвенције

Чланови 8, 9, 10 и 11 Конвенције јамче четири најосновније личне слободе у демократском друштву: право на поштовање приватног и породичног живота, слободу мисли, савјести и вјероисповести, слободу изражавања и слободу окупљања и удруживања. У овим члановима су садржана квалификована права, односно права која нису апсолутна јер их прате ограничења.⁶⁵⁷ Наиме, сваки од ових чланова је формулисан на сличан начин садржавајући у првом ставу право, односно негативну

⁶⁵⁷ К.А. Kavanaugh (2006), *op.cit.*, p. 425.

обавезу државе да се не мијеша у гарантована права и слободе, док је у другом ставу предвиђено ограничење тог права или слободе. Овако структурирани чланови су одраз традиције континенталног права, гдје се законима пружа заштита права а одмах затим предвиђају и услови ограничења тог истог права. Тако је пружена могућност државама чланицама да у потпуности не дерогирају право већ да га до одређене мјере ограниче у контексту „неопходности у демократском друштву“. Исто тако је у ове чланове уграђен одређени степен супсидијарности јер се из њихове формулације види да се морају узети у обзир и национални стандарди.

Одредба о могућности ограничења права допушта одступање од предвиђеног права ако је дерогација у складу са законом, ако задовољава један од наведених легитимних циљева и ако је неопходна у демократском друштву. У дијелу ове дисертације о начелу пропорционалности било је више ријечи о легалности, легитимности и нужности ограничења, али се на овом мјесту може рећи да су органи у Стразбуру највише пажње посветили нужности ограничења.⁶⁵⁸ Израз „неопходно“ подразумијева тест пропорционалности, јер ограничење права мора бити сразмјерно легитимном циљу који се жели остварити. У свијетлу чињенице да се поље слободне оцјене бави колизијом између појединца и друштва, тумачење израза „неопходно у демократском друштву“ отјеловљује ову тензију. Важност коју Суд придаје изразу „неопходно“, омогућава му да се прилагоди различитостима држава чланица у примјени људских права као и различитостима унутрашњих нормативних избора, док у исто вријеме чува суштинске европске вриједности садржане у људским правима која јамчи Конвенција.⁶⁵⁹ Зато је доктрина поља слободне оцјене најважнија онда када Конвенција дотиче оне душтвене области које производе највеће разлике међу државама уговорницама.

⁶⁵⁸ Y. Arai-Takahashi (2002), *op.cit.*, p. 11.

⁶⁵⁹ Douglas Lee Donoho, *Autonomy, Self-Governance, and the Margin of Appreciation: Developing a Jurisprudence of Diversity within Universal Human Rights*, 15 EMORY INT'L L. REV 391, 451 (2001). at 455.

Доктрина поља слободне оцјене је стога далеко највише коришћена у пракси Суда у односу на чланове 8-11 Конвенције, зато што ови чланови најчешће захтијевају одмјеравање потребе да се заштити конвенцијско право и легитимног циља ограничења. То значи да се маргина оцјене разматра у случајевима кад се примјењује тест пропорционалности који повратно резултира различитом маргином оцјене. Зато су чланови Конвенције који гарантују лична права и слободе најважнији за анализу опсега поља слободне оцјене, јер су пресуде и одлуке које су тичале ових чланова јасније артикулисале разлоге за поље слободне оцјене⁶⁶⁰ и природно позивају на његову примјену.⁶⁶¹ Квалификована права су зато веома плодно тло за расправу о самој доктрини и начелу пропорционалности.

Оно што слиједи је преглед начина на који је Суд тумачио и примјењивао поље слободне оцјене у бројним областима ових чланова. Наравно на једном мјесту није могуће исцрпити све домене примјене доктрине.

5.3.1. Примјена доктрине поља слободне оцјене у односу на члан 8 Конвенције

Члан 8 гарантује четири основне слободе и права то јест право на поштовање приватног и породичног живота, дома и преписке. Јавне власти неће се мијешати у вршење овог права сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других.

Како и сама ријеч „право на поштовање“ говори, члан 8 не садржи само негативне него и позитивне аспекте овог права.⁶⁶² Са једне стране, држава је обавезна да се не мијеша у сферу приватног и породичног живота, дом или преписку. Са друге стране,

⁶⁶⁰ Y. Arai-Takahashi (2002), *op.cit.* p. 11.

⁶⁶¹ D. Spielmann (2012), *op.cit.*, p. 6.

⁶⁶² *Marckx против Белгије*, став 31. Видјети у Y. Arai-Takahashi (2002), *op.cit.* p. 60.

потребно је предузети посебне мјере којима се омогућава дјелотворно уживање ових права. Суд је афирмисао овакву двоструку природу члана 8 ријечима: *иако је у суштини циљ члана 8 да заштити појединца од произвољног мијешања јавних власти, исти приморава државу само да се уздржи од таквог мијешања: поред ове примарне негативне обавезе, могу постојати позитивне обавезе инхерентне дјелотворном поштовању приватног или породичног живота.*⁶⁶³

Овако дефинисан члан 8 обухвата широк распон интереса који се не могу унапријед предвидјети већ се континуирано надограђују и допуњују кроз еволутивно тумачење.⁶⁶⁴ У сваком случају заједнички именоватељ свих ових права јесте заштита приватне сфере појединца.⁶⁶⁵ Зато је кроз дефинисање аутономних појмова, као што су дом ли приватни живот, Суд имао за циљ да ограничи интервенцију државе у овој сфери.

У овом дијелу ће најприје бити дат генерални приступ примјени и тумачењу члана 8, након чега ће услједити преглед примјене поља слободне оцјене у одабраним сферама друштеног живота које члан 8 обухвата.

5.3.1.1. Генерални приступ члану 8

Мора се најприје нагласити да се заштита предвиђена чланом 8 значајно проширила протеклих неколико година. Овакав развој је својствен самој природи ове одредбе чија је главна особина да њена примјена захтијева налажење равнотеже између

⁶⁶³ *Airey против Ирске*, став 32.

⁶⁶⁴ Комисија па ни Суд нису из тог разлога покушавали да дају дефиницију ових појмова. Упореди са Loukis G. Loucaides, "Personality and Privacy under the European Convention of Human Rights" (1990) 61 *British Yearbook of International Law* 175, p. 178.

⁶⁶⁵ L. Wildhaber, *The Right to Respect for Private and Family Life: New Case-Law on Art. 8 of the European Convention on Human Rights*. In Trindade, A. A. C. (ed.). *The Modern World of Human Rights. Essays in Honour of Thomas Buergenthal*. San Jose/Costa Rica: Inter-American Institute of Human Rights, 1996, p. 104.

заштите људских права и поља слободне оцјене држава уговорница.⁶⁶⁶ Ријеч је о једном од најшире дефинисаних чланова Конвенције па није ни чудо што често долази до преклапања са другим њеним члановима, посебно чланом 10.⁶⁶⁷

Аутори Конвенције су свјесно користили појам приватан живот шире од концепта приватности.⁶⁶⁸ У првим пресудама Суд је правио разлику између приватног и породичног живота.⁶⁶⁹ Међутим, током времена је све теже јасно разликовати које активности појединца представљају дио његовог јавног и професионалног живота а које не. Због тога је Суд временом развио шире разумијевање садржаја права на приватан живот.⁶⁷⁰

Право на приватност дакле има двоструку мотивацију.⁶⁷¹ Прва се односи на то да постоји приватна сфера живота у коју се држава не може умијешати. Ова врста мотивације се може сагледати у европском контексту у једној од најранијих дефиниција „приватности“ *Парламентарне скупштине СЕ* као „право да се сопствени живот живи уз минимум мијешања“,⁶⁷² што је касније потврђено у судској пракси. Тако је нпр. Суд у предмету *Niemitz против Њемачке* артикулисао „суштински циљ и сврху члана 8 да заштити појединца од произвољног мијешања јавних власти“. Друга мотивација права на приватност јесте стварање окружења повољног за напредак човјека, за откривање и развој сопствене личности. Таква мотивација је увелико присутна у судској пракси, што је Суд у пресуди *Niemitz* исказао на следећи начин: *Суд не сматра могућим или пожељним да покуша да да исцрпну дефиницију појма „приватни живот“. Међутим, било би сувише рестриктивно ограничити појам на „унутрашњи круг“ у ком појединац може*

⁶⁶⁶ Ivana Roagna, *Protecting the Right to Respect for private life and family life under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg: Council of Europe, 2012. p. 7.

⁶⁶⁷ R.C.A White, C. Ovey (2010), *op.cit.*, p. 334.

⁶⁶⁸ I. Roagna (2012), *op.cit.*, p. 12; D. J. Harris, M. O’Boyle, E. P. Bates, C. M. Buckley (2009), *op.cit.*, p. 364

⁶⁶⁹ *X. против Ирске*, одлука Комисије из 1976. године.

⁶⁷⁰ Nicole A. Moreham, *The Right to Respect for Private Life in the European Convention on Human Rights: A Re-Examination*, EUR. HUM. RTS. L. REV., 2008, p.44, 45.

⁶⁷¹ A. Legg (2012), *op.cit.*, p. 211.

⁶⁷² Resolution No. 428 od 23.01.1970.g. Видјети такође Резолуцију бр. 1165 od 26.06. 1998. г.

*живјети свој живот како пожели и да из њега у потпуности искључи спољни свијет који није обухваћен тим кругом. Поштовање приватног живота исто тако мора у одређеној мјери садржати „право да се успостављају и развијају односи са другим људским бићима“.*⁶⁷³ Ова друга мотивација стварања окружења, у ком појединци могу истражити свој индентитет, односе са другима и уживати у личном напретку, може водити позитивној обавези државе.

Јуриспруденција Суда је овако широко постављено право на приватност тумачила у контексту бројних области живота, које се у овој дисертацији не могу све набројати и анализирати. Анализа ће стога обухватити одабране аспекте права на приватан живот које су од највеће важности за појединца, тако да ће најприје третирати области гдје је интервенција државе у право најозбиљнија. Тако ће се почети са питањима физичког и психолошког интегритета, која, између осталог, обухватају и питања медицинског прегледа, принудне стерилизације или претреса до „голе коже“. Појам приватни живот је примјењен на низ осталих ситуација као што су заштита од претрага и заплијене, приватност телефонских разговора или питање приступа информацијама о личности. Затим слиједе питања полног и друштвеног идентитета која се односе на сексуалност уопште, националност или етничку припадност или заштиту лика и угледа појединца. Поштовање приватности, према пракси Суда, обухвата и самоодређење или аутономију у најширем смислу као што су на примјер професионална питања или здрава животна средина.

Остале области заштите члана 8 су погодније за прецизнију дефиницију. *Породични живот* подразумијева постојање породице што фактички подразумијева „стварно постојање породичних веза“.⁶⁷⁴ Главна питања везана за породичне односе су старатељство, приступ и усвајање дјецe, поступање са ванбрачном дјецом, утицај имиграције на породични живот или сазнање о породичном поријеклу. *Дом* је у пракси Суда генерално дефинисан као аутономан појам мјеста гдје је неко лице

⁶⁷³ *Niemitz против Њемачке*, пресуда од 16.12.1992.г., ставови 29 и 31.

⁶⁷⁴ *Marckx против Белгије*, став 31.

стално настањено и са којим то лице има довољну и сталну повезаност. Приватни и породични живот се у том простору одвија без обзира на то да ли лице посједује простор или је простор бесправно усељен.⁶⁷⁵ Суд је усвојио еволутивно тумачење појма *преписка* због технолошког напретка средстава комуникације па се тако преписком може сматрати писани материјал, укључујући материјал послат поштом као и телефонска комуникација и комуникација путем електронске поште. У овом дијелу истраживање ће се такође бавити одређеним аспектима права затвореника на преписку и породични живот, који су створили посебан приступ у примјени доктрине.

Важно је напоменути да све области које су заштићене чланом 8 нису узајамно искључиве и мјера може истовремено представљати кршење све четири категорије заштите.⁶⁷⁶

5.3.1.2. Заштита психичког и психолошког интегритета

Људско тијело је интимни аспект приватног живота⁶⁷⁷ док је добро стање менталног здравља важан чинилац за могућност уживања права на приватан живот. Мјере које утичу на физички интегритет и ментално здравље морају имати одређен степен тежине да би се квалификовале као мијешање у право на приватан живот,⁶⁷⁸ али је Суд сматрао да и мање повреде физичког интегритета могу представљати кршење права на приватност, ако су спроведене против воље онога над ким се спроводе.⁶⁷⁹ Управо је тежина повреде физичког интегритета оно што раздваја обухват члана 8 од члана 3, јер је потребан тежи степен повреде да би се радило о мучењу или нехуманом поступању. Спровођење медицинских поступака против воље пацијента

⁶⁷⁵ Видјети нпр. пресуде *Gillow против Уједињеног краљевства*, *Prokopovich против Русије* пресуда од 18.11.2004.г., став 36, *Giacomelli против Италије*, пресуда од 02.11.2006.г.

⁶⁷⁶ R.C.A White, C. Ovey (2010), *op.cit.*, pp. 360-361.

⁶⁷⁷ *Y.F против Турске*, пресуда од 22.07.2003.г.

⁶⁷⁸ *Bensaid против Уједињеног краљевства*, пресуда од 06.02.2001.г., ставови 46 и 47.

⁶⁷⁹ *Storck против Немачке*, пресуда од 16.06.2005.г., став 143.

јесте повреда права на приватан живот уколико нису спроведени у складу са законом и ако то није било неопходно у демократском друштву. У већини ових предмета Суд је испитивао пропорционалност мјере.⁶⁸⁰

У раније поменутом предмету *Pretty*, Суд је био мишљења да право на приватан живот не обухвата право на помогање у окончању живота особе која је то тражила због фаталног исхода болести и трпљења великих болова и патње. Подносиатељка представке је тврдила да је право на самоодређење инхерентно члану 8 Конвенције и да ово право укључује право да се одлучи о окончању живота. Суд је био мишљења да питања квалитета живота и људског достојанства треба узети у обзир у контексту члана 8, али је и закључио да је законска забрана асистираниог самоубиства одговорила неодложној друштвеној потреби и да је држава дјеловала у оквиру свог поља слободне оцјене. Суд је, како је раније речено, засновао своју оцјену на непостојању европског консензуса по овом питању.⁶⁸¹

Случај *A., B. and C. против Ирске* јесте један од водећих у историји Суда због чега га је потребно нешто детаљније анализирати у смислу теста пропорционалности и поља слободне оцјене примјењених у случајевима прекида трудноће.⁶⁸² Двије подносиатељке представке (*A* и *B*) су тврдиле да се ирским законом о абортусу, који допушта абортус само из разлога очувања живота труднице али не и због других разлога, крши њихово право на приватност према члану 8 Конвенције. Трећа подносиатељка представке (*C*) је такође сматрала да је прекшен исти члан због пропуста да се у Ирској законом имплементира уставно право на абортус због ризика

⁶⁸⁰ Тако је нпр. у предмету *Y. F против Турске* Суд сматрао да гинеколошки преглед жене осумњичене за тероризам против њене воље није законит нити је био медицински неопходан док је у предмету *Glass против Уједињеног краљевства* (пресуда од 09.03.2004.г.), сматрао да је давање морфијума без пристанка пацијента било законито али не и неопходно у демократском друштву.

⁶⁸¹ Интересантан је и захтјев подносиоца представке у предмету *Haas против Швајцарске* (пресуда од 20.01.2011.г.), да му се дозволи приступ љековима којима би извршио самоубиство због неизљечиве болести. Међутим, Суд је био става да се овдје, за разлику од случаја *Pretty*, не ради о фаталном исходу али се опет позвао на недостатак консензуса и поље слободне оцјене које ужива Швајцарска, да би утврдио да није дошло до кршења члана 8.

⁶⁸² Више о овом случају у *Mallika Singh, A, B, C v. Ireland and the Doctrine of Margin of Appreciation, Working Paper, December 4, 2011, EUROPEAN HUMAN RIGHTS.*

по здравље жене. *A* и *B* су путовале у Енглеску да би прекинуле ненамјерно изазване трудноће, јер су вјеровале да нису имале право на абортус у Ирској због веома строгих закона. По повратку у Ирску, обје подносиоце представке су имале компликације здравственог стања. Трећа подносиоца представке *C* је извршила прекид трудноће због тешке болести, такође у Енглеској, јер је претпостављала да није могла остварити своје право на абортус у Ирској. Прекид трудноће у овом случају није до краја завшен у Енглеској већ по повратку у Ирску, што је такође имало за последицу компликације по њено здравље. Тврдила је да због дестимулишућег ефекта ирског законодавног оквира, није добила одговарајуће информације о утицају трудноће на њено здравље и живот и на тестове канцера у односу на заматак. У својој аргументацији подносиоце представке су признале да држава ужива *одређену дискрецију* у заштити нерођеног дјетета, али су и додале да ова дискреција није неограничена. Даље су навеле да се Суд не може безусловно приклонити интересима државе у заштити нерођеног дјетета и дозволити држави да употреби сва средства да ограничи абортус, не обазирјући се на живот мајке. Закључиле су да је заштита нерођеног дјетета прихватљив циљ само ако се животу мајке да сразмјерна вриједност. Тиме су директно искористиле аргументе засноване на посебним факторима доктрине поља слободне оцјене, то јест важности зајамченог права, тежини интервенције али им је и пракса већине држава ишла на руку. Трећа подносиоца представке *C*, је тврдила да није постојао правни оквир путем којег се могао утврдити ризик по њено здравље и њено право на прекид трудноће.⁶⁸³

Ирска влада се углавном ослонила на моралну и етичку природу проблема, односно „ирски контекст“ проблема и недостатак консензуса о томе када живот почиње у смислу члана 2 Конвенције.⁶⁸⁴ Ирска влада се није сложила са аргументима подносиоцима представки заснованим на европском консензусу о приступу абортусу као и о непостојању законског оквира који би омогућио остварење уставног права

⁶⁸³ Исто.

⁶⁸⁴ Исто, став 185.

треће подносиоце на абортус у случају опасности по живот.⁶⁸⁵ Тако су обе стране имплицитно дошле до закључка да постоје услови за примјену доктрине поља слободне оцјене.

Суд у свом образложењу није одмах поменуо поље слободне оцјене, него је нагласио да су националне власти у бољем положају да процијене, између осталог, и супростављене интересе у питању и моралну и етичку природу проблема и утицај заједничке праксе држава. Права заметка и права мајке су испреплетана, па зато приликом заштите права нерођеног дјетета, држава мора примјенити своје поље слободне оцјене на супростављена права мајке. Суд је препознао да државе уговорнице уживају широку област слободне оцјене у успостављању *правичне равнотеже* између јавног интереса, у овом случају заштите, по ирским законима, права на живот нерођеног детета, и супротстављених права двије подносиоце представке на поштовање њихових приватних живота по члану 8 Конвенције. Суд је поменуо да консензус у европским државама о разлозима на основу којих се може извршити абортус није у овом случају разлог за сужено поље слободне оцјене и не може да буде одлучујући чинилац у испитивању Суда да ли је оспорена забрана прекида трудноће у Ирској из разлога здравља и добробити, успоставила правичну равнотежу између супротстављених права и интереса, упркос еволутивном тумачењу Конвенције. На крају је Суд испитивао границе поља слободне оцјене након што је размотрио релевантно законодавство и пропорционалност и закључио да у односу на прве двије подносиоце представке поље слободне оцјене није прекорачено.

Суд је у односу на трећу подносиоцу представке упозорио Ирску да на одговарајући начин предвиди у својим законима остварење права на абортус у случају опасности порођаја по живот мајке. За разлику од прве двије подносиоце, Суд није оцјењивао случај треће подносиоце из угла поља слободне оцјене већ у смислу позитивних обавеза и начела дјелотворне заштите права.⁶⁸⁶

⁶⁸⁵ Исто, ставови 186-191.

⁶⁸⁶ *A., B. and C. против Ирске*, ставови 172, 177 – 179, 185-191, 230, 231 и 237-247.

Суд је и у предмету *Georgel and Georgeta Stoicescu protiv Румуније*, пресудио да влада није одговорила својој позитивној обавези из члана 8 Конвенције. Суд је, признајући да су власти усвојиле легислативу којом се рјешава питање паса луталица, нагласио да влада није могла да наведе конкретне мјере којима би се отклонила опасност од напада паса луталица без обзира на то што државе „уживају широко поље слободне оцјене у компликованим областима“ као што су јавно здравље и безбиједност.⁶⁸⁷

5.3.1.3. Заштита података о личности

Суд је приликом разматрања члана 8 придавао велику важност заштити личних података. Све до краја деведесетих година прошлог вијека, Суд је избјегавао употребљавати израз „заштита података“ у контексту члана 8, када је описивао ефекте онога што се данас може назвати заштита података о личности.⁶⁸⁸ Заштита личних података се у пракси Суда односила на прикупљање, чување, коришћење и приступ подацима о личности. Када државни органи чувају информације које се односе на приватан живот појединца, то представља мијешање у смисао члана 8. Накнадна употреба похрањене информације нема значај за такав налаз“.⁶⁸⁹ Суд такође узима у обзир посебан контекст у којем је је прибављена информација похрањена, природу информације и начин на који је коришћена.

Многи случајеви који се односе на приватан и породични живот, тичу се обима заштите појединца од **тајне присмотре комуникација** као што су праћење преписке, снимање телефонских разговора, тајно видео снимање, надзор над електронском поштом и коришћењем интернета, као и други начини прикупљања података о

⁶⁸⁷ *Georgel and Georgeta Stoicescu protiv Румуније*, став 59.

⁶⁸⁸ Први пут је Суд употребио израз „заштита података о личности“ у предмету *Z. против Финске*, пресуда од 25.02.1997.г., став 95.

⁶⁸⁹ *Leander против Шведске*, пресуда од 26.03.1987.г., *Корр против Швајцарске*, пресуда од 25.03.1998.г.; *Атанн против Швајцарске*, пресуда од 16.02.2000. г.

личности.⁶⁹⁰ Суд (и раније Комисија) је спроводио веома ригорозну контролу и строг стандард пропорционалности по питању присмотре над појединцем коју врше државни органи. Разлог је рањивост појединца условљена развојем модерних технологија као и осјетљивост права у које се интервенише. То значи да се више мора водити рачуна о заштити права појединца него о легитимности јавног интереса. Строга контрола се нарочито односила на то да је мјера ограничења права „у складу са законом“, односно да је задовољила услов законитости.

Када се ради о тајној присмотри и прикупљању података о личности, начело законитости подразумијева да закон мора бити доступан и предвидљив, и да мора бити детаљно разрађен у том смислу. У предмету *Malone*, који се тичао тајног снимања телефонских разговора, Суд је сматрао да је захтјев предвидљивости нешто строжији када је у питању тајна присмотра. Суд је јасно ставио до знања да је на владама велика одговорност да учине законе довољно јасним како би се грађанима пружиле одговарајуће смјернице у односу на околности у којима, и условима под којима су јавне власти овлашћене да прибјегну таквом тајном, и потенцијално опасном, мијешању у право на приватан живот и преписку. Тајна присмотра генерално „није отворена према контроли од стране појединаца или опште јавности“, али закон мора назначити обим дискреције допуштен властима и начин њеног вршења са „довољном јасноћом, узимајући у обзир легитимни циљ мјере у питању, како би се појединцу пружила одговарајућа заштита од произвољног мијешања“.⁶⁹¹ У предмету *Leander против Шведске*, Суд је одлучивао да ли је тајни поступак

⁶⁹⁰ Видјети нпр. предмете који се односе на тајну присмотру: телефонских разговора: *Malone против Уједињеног краљевства*, *Kruslin против Француске*, *Halford против Уједињеног краљевства*, *A. против Француске*, пресуда од 23.11.1993.г., *P.G. and J.H. против Уједињеног краљевства*, пресуда од 25.09.2001.г., *Van Vondel против Холандије*, пресуда од 25.10.2007.г., *Association “21 December 1989” и други против Румуније*, пресуда од 24.05.2011.г., мобилних телефона: *Zakharov против Русије*, пресуда од 05.10.2006.г., пејцера: *Taylor-Sabori против Уједињеног краљевства*, пресуда од 22.10.2002.г., е-мејл кореспонденције и коришћење интернета: *Sorland против Уједињеног краљевства*, пресуда од 03.04.2007.г., *Khan против Уједињеног краљевства*, пресуда од 12.05.2000.г., тајно озвучење стана: *Vetter против Француске*, пресуда од 31.05.2005.г., *P.G. and J.H. против Уједињеног краљевства* или пак престреса и заплијене: *Sté Colas Est и други против Француске*, пресуда од 16.04.2002.г., став 43 и ставови 48-49.

⁶⁹¹ *Malone*, ставови 67 и 68. Прикривена природа радње присмотре је од кључне важности за успјех присмотре. Видјети и *Klass против Њемачке*, ставови 42-49.

прикупљања информација од стране шведске полиције био у складу са законом. Прикупљене информације су накнадно искоришћене да се спријечи запослење подносиоца представке на радно мјесто које је везано за заштиту националне безбједности. Такође је расправљано о питањима доступности и предвидљивости закона. Услов доступности је задовољен чињеницом да је систем функционисао на основу објављене Уредбе о контроли личности о којој општа јавност не мора да зна толико детаљно. Утврђено је да је шведски систем контроле запослених у складу са законом јер је успостављен прописом као и то да је обим полицијске дискреције приликом приступања и објављивања информације довољно предвидљив и подређен различитим законским и смјерницама извршне власти.⁶⁹²

Што се тиче услова *неопходности у демократском друштву*, тајна присмотра грађана у овом контексту је увијек имала за циљ заштиту националне безбједности или борбу против криминала или нереда. Међутим, Суд је потврдио ризик да систем тајне присмотре у борби против тероризма, шпијунаже или у циљу заштите националне безбједности, може подрити демократију под изговором њене одбране.⁶⁹³ Зато Суд мора бити сигуран да постоје одговарајуће дјелотворне гаранције против злоупотребе.⁶⁹⁴ Приступ Суда овом питању показује да исти перципира приватност не само као право појединца него и као конститутивни елемент цивилног друштва.⁶⁹⁵ Тако је у предмету *Klass против Њемачке*, Суд дао Њемачкој поље слободне оцјене у успостављању система тајне присмотре поште и телекомуникација у борби против тероризма што је било неопходно у демократском друштву у интересу националне сигурности и спречавања криминала. Кључни услов је при том да постоје адекватне и дјелотворне гаранције од злоупотреба.⁶⁹⁶ То у неку руку доводи до преклапања са начелом законитости које обезбјеђује да је закон

⁶⁹² *Leander против Шведске*, ставови 52-57.

⁶⁹³ Human Rights and Ethics: Concepts, Methodologies, Tools, and Applications: Concepts, Methodologies, Tools, and Applications, Management Association, Information Resources IGI Global, Sep 30, 2014, p. 2014.

⁶⁹⁴ R.C.A White, C. Ovey, *The European Convention on Human Rights*, Fourth edition, Oxford University Press, 2006, pp. 233, 237.

⁶⁹⁵ Human Rights and Ethics (2014), *op.cit.*, p. 2014

⁶⁹⁶ *Klass и други против Њемачке*, ставови 46 и 50.

формулисан на такав начин да пружа довољну заштиту путем доступности и предвидљивости, док се овдје Суд више фокусира на пропорционалност процедуралне заштите.⁶⁹⁷

У погледу тога каква је заштита неопходна, Суд је, након што је подвукао како је у начелу пожељна судска контрола присмотре, сматрао да вансудска надзорна контрола од стране парламентарног одбора и комисије коју је формирао одбор, нуди довољне гаранције против злоупотребе.⁶⁹⁸ Суд је то објаснио чињеницом да су оба органа била независна од органа који су обављали присмотру и да су имала довољна овлашћења да могу да врше дјелотворну и сталну контролу. Може се, међутим, тврдити да мора постојати јаснија претпоставка у корист судске контроле у таквим случајевима, и тамо гдје таква контрола не постоји, тужена држава би требало да објасни зашто не постоји.⁶⁹⁹ Гаранције које су потребне да би се осигурала сагласност са чланом 8 могу да буду различите у зависности од околности случаја, као што су природа, опсег и трајање могућих мера, основ који је потребан да би се одредиле такве мјере, власти које су надлежне да допусте, обављају и надзиру такве мјере и форме правног лијека које постоје у унутрашњем праву.⁷⁰⁰

Процедурални стандарди везани за прикупљање података о личности имају релеватност и за **чување и коришћење** података о личности, што једнако задире у приватност.⁷⁰¹ У предмету *S. & Marper против Уједињеног краљевства*, Суд је

⁶⁹⁷ Iain Thorburn Cameron, *National Security and the European Convention on Human Rights*, Iustus, Uppsala/Kluwer, Dordrecht, 2000 pp. 102 and 126-127.

⁶⁹⁸ *Klass*, став 56.

⁶⁹⁹ S. Greer (1997), *op.cit.*, pp. 22-23.

⁷⁰⁰ *Klass*, став 50.

⁷⁰¹ Видјети нпр. предмете *Corpland против Уједињеног краљевства*, став 46 и *S. & Marper против Уједињеног краљевства*, пресуда од 04.12.2008.г. (задржавање информације у базама података). На сличан начин су процедурални аспекти имали одлучујући значај у предметима *Gaskin против Уједињеног краљевства*, став 49, *M.G. против Уједињеног краљевства*, пресуда од 24.09.2002.г., став 30, *Микулић против Хрватске*, пресуда од 07.02.2002.г., став 64, *Leander против Шведске*, став 60, *Brinks против Холандије*, пресуда од 05.04.2005.г., стр. 10-11 и *Turek против Словачке*, пресуда од 14.02.2006.г., ставови 110-115 (приступ подацима о личности), *Z. против Финске*, ставови 95-96, *M.S. против Шведске*, пресуда од 27.08.1997.г., ставови 41 и 42, *Реск против Уједињеног краљевства* (откривање података о личности без пристанка).

сматрао да је „од суштинске важности, у овом контексту, као и код снимања телефонских разговора, прикривене присмотре, и прикривеног обавјештајног рада на прикупљању информација, да постоје детаљна, јасна правила која прописују обим и примјену мјера, као и минимум заштите пружену, између осталог, у односу на трајање, чување, приступ трећих лица, поступке за очување интегритета и тајности података и поступке за њихово уништење, тиме пружајући довољне гаранције од ризика злоупотребе и произвољности“.⁷⁰²

Дакле, ширина поља слободне оцјене у овом дијелу зависи од испуњења процедуралних захтјева и може се сузити као резултат темељног испитивања два захтјева: прво, националне власти морају прописати у закону „адекватне и дјелотворне гаранције од злоупотребе“ и друго, морају обезбиједити довољан степен демократске контроле над спровођењем административне дискреције“.⁷⁰³ У односу на услов неопходности, већ је више пута наглашено да заштита националне безбиједности или борба против криминала представљају такав легитиман циљ који готово увијек подразумијева широко поље слободне оцјене.⁷⁰⁴ Тако је Суд у предмету *Leander*, изнио став, који је поновио у многим предметима, да **националне власти уживају поље слободне оцјене, чији ће обим зависити не само од природе циља који се жели остварити него и од посебне природе ограничења.**

Такође, у овој групи предмета, поље слободне оцјене може зависити и од интегритета теста пропорционалности који спроводи Суд.⁷⁰⁵ Тако нпр. у предмету *Z. против Финске*, подносиатељка представке се жалила да су подаци о њеном медицинском стању откривени и објављени током кривичног поступка. Суд је навео да „у односу на веома интимну и осјетљиву природу података о статусу заражености ХИВ-ом, све мјере државе које омогућавају пружање или откривање такве информације без

⁷⁰² *S. & Marper против Уједињеног краљевства*, став 99.

⁷⁰³ Y. Arai-Takahashi (2002), *op.cit.* p. 74.

⁷⁰⁴ *Klass*, став 49, *Leander против Шведске*, став 59.

⁷⁰⁵ Посебно је овај тест интезиван у предметима који се тичу објелодањивања медицинских података. Видјети нпр. предмете *СС против Шпаније*, пресуда од 06.10.2009.г., или *Avilkina и други против Русије*, пресуда од 06.06.2013.г.

пристанка пацијента, захтијевају најопрезнију контролу Суда, као и заштитне мјере које су потребне да би обезбиједиле дјелотворну заштиту права“.⁷⁰⁶ Суд је прихватио да интерес заштите тајности медицинских података може надмашити интересе истраге, кривичног гоњења и јавности пресуда. Откривање података било је неопходно у сврху судског поступка али објављивање имена подносиоце представке и статуса заражености ХИВ-ом у пресуди жалбеног суда није било оправдано. Суд је тиме примјенио висок стандард пропорционалности, односно захтијевао је да буду примјењене мање строжије мјере. Дакле, без обзира што је поље слободе било широко јер је легитиман циљ који се желио постићи био борба против криминала, ипак је утврђено кршење права на приватност због строжијег теста пропорционалности.

Поред овога, у поменутом предмету *S. & Marper*, утврђено је кршење члана 8 због задржавања на неодређено вријеме у евиденцијама података о отисцима прстију, ћелијских узорака и ДНК профила подносиоца представке и то након кривичних поступака који су се водили против њега, од којих је један окончан ослобађајућом пресудом док је други прекинут. У овом предмету одлучујућу улогу је имало постојање консензуса међу великом већином држава СЕ о томе да је, приликом прикупљања и задржавања ћелијских узорака у кривичним поступцима, то могуће урадити само за лица која су осумњичена за дјела одређене тежине и да је њихово уклањање или уништење потребно извршити одмах или у одређеном времену након ослобађајуће пресуде или одустанка од кривичног поступка, уз мање изузетке.⁷⁰⁷ Због постојања снажног консензуса међу државама уговорницама по овом питању, поље слободне оцјене је сужено, што је на крају довело до закључка да је Енглеска исто прекорачила. Суд је такође нагласио да ће ширина поља слободне оцјене **зависити од бројних фактора и то од природе права у питању и важности истог за појединца, природе интервенције и циља који се том интервенцијом жели остварити.**

⁷⁰⁶ *Z. против Финске*, став 96.

⁷⁰⁷ *S & Marper*, став 108.

5.3.1.4. Друштвени и полни идентитет

У једној од својих пресуда, Суд је навео да обиљежја као што су име,⁷⁰⁸ пол,⁷⁰⁹ религија и сексуална оријентација⁷¹⁰ или етницитет⁷¹¹ представљају суштински аспект права на приватан живот и индентитет појединца.⁷¹² Ту свакако спада и право на лични углед.⁷¹³

Једна од најинтимнијих области у животу сваког појединца свакако јесте сексуални живот па је стога држави остављено веома мало дискреционе слободе. Илустративан је став Суда у више пута помињаном предмету *Dudgeon*, када је разматрао законе у Сјеверној Ирској који су инкриминисали добровољне хомосексуалне активности. Чврст приступ Суда у овом случају је исказан тврдњом да је забрана оваквог понашања „упорно и директно утицала на живот“ подносиоца представке. Иако прописане санкције нијесу примјењене на подносиоца представке, оне су представљале „стварну пријетњу“. Како се спорно законодавство мијешало у „најинтимније аспекте приватног живота“, то се исто мора оправдати „посебно озбиљним разлозима“. Може се рећи да је „**природа активности**“ у овом случају био фактор који је туженој држави знатно ограничио поље слободне оцјене.

Упркос чињеници да је циљ спорног закона био заштита традиционалног друштвеног морала, када се државама толерише велики степен дискреционе слободе, Суд је ипак утврдио да постоји **консензус** међу европским државама у односу на законе којима се забрањује содомија и да такви закони представљају озбиљно кршење приватности.

⁷⁰⁸ *Burghartz против Швајцарске*, пресуда од 22. 02. 1994.г.

⁷⁰⁹ *Van Kück против Њемачке*, пресуда од 12. 07. 2003.г.

⁷¹⁰ Уз више пута поменуте предмете *Dudgeon*, *Rees* видјети и остале, нпр. *L. против Литваније*, пресуда од 11.09.2007.г.

⁷¹¹ *Ciubotaru против Молдавије*, пресуда од 27.04.2010.г.

⁷¹² Исто, став 53.

⁷¹³ *Pfeifer против Аустрије*, пресуда од 15. 11. 2007.г.

Суд је такође нагласио да у односу на вријеме када је закон донијет, тренутно постоји боље разумијевање, и као последица тога, повећана толеранција хомосексуалног понашања. Очигледно је да је Суд **еволутивним тумачењем** снажно поткријепио своју аргументацију. Суд је коначно, из перспективе **пропорционалности** закључио да није постојала *неодложна друштвена потреба* у Сјеверној Ирској да се инкриминише хомосексуално понашање, ријечима да „није пружено довољно оправдање које би се тицало опасности по рањиве дјелове друштва које треба заштити, или које би се тицало утицаја на јавност“. Суд је сматрао „да су над таквим оправдањима за одржавање неизмијењих закона на снази, превагнули штетни ефекти самог постојања тих законских одредби на живот особе хомосексуалне оријентације као што је подносилац представке“.⁷¹⁴

Интезивна контрола од стране Суда, заснована на комбинацији природе активности (најинтимнија сфера приватног живота), постојања заједничког европског консензуса (толерантно понашање велике већине држава чланица) и еволутивног тумачења Конвенције (боље разумијевање и повећана толеранција), довела је до одлуке да ирско законодавство није у складу са чланом 8 Конвенције. Суд је у овом предмету признао да је „на националним властима примарна оцјена неопходности“ али и „да ће ипак Суд дати коначну оцјену да ли су разлози наведени за мијешање релевантни и довољни“, и да код те иницијалне оцјене, државе имају *поље слободне оцјене*.⁷¹⁵

У низу већ раније споменутих предмета, који су се односили на позитивне обавезе држава да законски признају полни индентитет трансродних особа, показало се колико еволутивно тумачење и „заједнички европски приступ“ имају утицај на ширину поља слободне оцјене. У првом таквом предмету *Rees*, подносилац представке, иначе трансродна особа, тражио је да му се призна нови статус. Суд је сматрао би се за сада морало оставити туженој држави да одреди у којој мјери може

⁷¹⁴ *Dudgeon*, ставови 41, 52 и 60.

⁷¹⁵ Исто, ставови 52 и 59.

да испуни преостале захтјеве трансродних особа.⁷¹⁶ Истовремено, у овим случајевима није дошло до кршења члана 8 зато што у то вријеме није постојао „заједнички европски приступ“. Међутим, Суд је предмету *Godwin*, узимајући у обзир поред осталих фактора, све веће сметње за појединце изазване законским непризнавањем њиховог новог пола, закључио да државе више не уживају широко поље слободне оцјене у погледу признавања статуса трансродних особа.⁷¹⁷

Веома активан приступ Суд је заузео и у случајевима отпуста из војске због сексуалне оријентације. Имајући у виду да је у питању „најинтимнији аспект приватног живота“, Суд од држава захтјева да отпуст из војске заснивају на „посебно убједљивим и озбиљним разлозима“. Суд је такође примјенио доктрину мање ограничавајућих алтернатива, захтијевајући од држава да, прије него што прибјегну отпусту из армије, узму у обзир да у односу на ово питање уведу посебне етичке кодексе и дисциплинска правила, јер су се иста показала ефективним у областима расне дискриминације и сексуалног узнемиравања. Овдје је поље слободне оцјене сужено, ако не и потпуно елиминисано, преовлађајућим европским консензусом у државама СЕ, јер је утврђено да су земље које су увеле безусловне законске забране служења хомосексуалаца у оружаним снагама у „незнатној мањини“.⁷¹⁸

У предмету *Ciubotaru против Молдавије*, када је подносиоцу представке ускраћено право да се изјасни као Румун, Суд је признао право на етички индентитет и истакао да границе између позитивне и негативне обавезе државе нису увијек подложне прецизној дефиницији али да су слични принципи који се примјењују на обје врсте обавеза. У оба контекста мора се узети у обзир правичан баланс постигнут између супростављених интереса појединца и заједнице у цјелини, и у оба контекста држави се признаје уживање одређеног поља слободне оцјене. Позитивна обавеза државе је у овом предмету прекршена тиме што подносиоцу представке није омогућено да се

⁷¹⁶ Видјети слично предмете *Sheffield* и *Cossey*.

⁷¹⁷ Видјети такође *I. против Уједињеног краљевства*, пресуда од 11.07.2002.г.

⁷¹⁸ *Lustig-Prean and Beckett против Уједињеног краљевства*, пресуда од 27.09.1999.г., ставови 87, 95 и 97.

испита његова тврдња да припада одређеној етичкој групи у свијетлу приложених објективних доказа.⁷¹⁹

Без обзира што ће се питања заштите *личног угледа* бити детаљније сагледана у контексту односа слободе изражавања и права на приватност, на овом мјесту је интересатно поменути случај *Petrina против Румуније*. Подносилац представке, иначе политичар, тврдио је да му је повријеђено право на приватност тиме што су домаћи судови ослободили новинаре сатиричне новине од оптужби да су неосновано тврдили да је он био сарадник бивше службе безбиједности која је користила репресију и терор над становништвом Румуније. Суд је у контексту кршења права на изражавање сматрао да, без обзира што је ова тема јако важна за румунско друштво и осјетљиво морално и друштвено питање, новински чланак искривљено представља реалност без чињеничне основе. Суд је у овом предмету навео да држава може имати позитивну обавезу да усвоји мјере чак и у односима између појединаца. У овом контексту, Суд је сматрао да ће примјена позитивне обавезе из члана 8 доћи у обзир ако су изјаве у питању изван граница прихватљиве критике у смислу члана 10 Конвенције. Тамо, дакле, гдје се члан 10 завршава почиње члан 8. Такође је Суд био мишљења да није направљен разуман однос пропорционалности између супростављених интереса. Дакле, без обзира на то што Суд у случају супростављених интереса појединаца држави даје шире поље слободне оцјене и без обзира на то што је слобода изражавања нарочито широка када се ради о политичком говору, Суд је у овом предмету сматрао кључним да новинари нису пружили довољну чињеничну основу за своје тврдње.⁷²⁰

5.3.1.5. Здрава животна средина и питања радних односа

⁷¹⁹ *Ciubotaru против Молдавије*, ставови 50 и 59. Видјети и *Paulik против Словачке*, пресуда од 10.10.2006.г. став 43.

⁷²⁰ *Petrina против Румуније*, пресуда од 14.10.2008.г. ставови 35, 39 и 45.

У предметима који се односе на очување здраве животне средине и ризике по здравље људи, поље слободне оцјене се појављује у контексту постизања правичног баланса између права појединца на приватност, породични живот и дом и супростављеног јавног интереса економске добробити. У предмету *Powell and Rayner* подносиоци представке (чији су домови лоцирани близу лондонског аеродрома Хитроу а испод линија авионских рута) су се жалили да је њихово право на приватност или прецизније, њихов квалитет живота и право на уживање дома, угрожено буком коју су правили авиони. Суд је уважио економску важност аеродрома Хитроу, сматрајући да је постојање међународних аеродрома у близини веома насељених урбаних средина, постало нужност за економску добробит земље. Суд је такође уважио мјере које су предузете од стране државе да се умањи нелагодност лица која су угрожена овим активностима, као што су нпр. сертификација буке авиона, праћење нивоа буке итд. Узимајући у обзир све ове околности, Суд је једногласно изнио став да се није могло тврдити да је британска влада изашла изван поља слободне оцјене или да је пореметила правичну равнотежу како се то захтијева према члану 8.⁷²¹

У предмету *Haton и други против Уједињеног краљевства*, који се исто тако тичао питања велике буке на аеродромима, Вијеће је установило повреду члана 8 јер је држава пропустила да постигне правичан баланс између економске добробити Енглеске и дјелотворног уживања права подносилаца представке на поштовање њихових домова и њиховог приватног и породичног живота. Такође, Вијеће је било мишљења да држава над аеродромом Хитроу нема власништво, контролу или моћ управљања, тако да Енглеска није могла бити директно одговорна за „мијешање“ у права подносилаца представке. Међутим, према мишљењу Вијећа, држава је имала *позитивну обавезу* да предузме разумне и одговарајуће мјере како би се ова права заштитила. Вијеће је примјенило најстрожији тест пропорционалност замијерајући држави да је, зарад остваривања својих циљева, морала прибјећи „најмање ограничавајућем начину“ мијешања у људска права, што се могло постићи само

⁷²¹ *Powell and Rayner против Уједињеног краљевства*, пресуда од 21.02.1990.г., став 45.

потпуним испитивањима и изработом студија прије отпочињања оваквих пројеката, како би се постигао прави баланс.⁷²²

Велико вијеће је међутим преиначило пресуду тврдњом да у овом случају држава ужива широко поље слободне оцјене јер је у бољој позицији да одлучује о социјалним и економским питањима.⁷²³ Суд је такође примјетио да ометање сна, на шта су се позвали подносиоци представке, није задирало у аспект приватног живота на начин како се то десило у предмету *Dudgeon*, што би у супротном значило да држава ужива нарочито узак обим поља слободне оцјене државе. Суд се суочио са супростављеним гледиштима да ли је требало примјенити поље слободне оцјене. Са једне стране, тужена држава је тврдила да заслужује широко поље слободне оцјене јер је ријеч о питањима опште политике (влада је сматрала да би укидање ноћних летова имало неповољан утицај по економску добробит земље). Подносиоци представке су са друге стране сматрали да њихово право на сан није могуће остварити због широког поља слободне оцјене. Суд се у великој мјери ослонио на специфичан *контекст случаја* и закључио да, у суштини, власти нису изашле изван поља слободне процене тиме што су пропустиле да постигну правичан баланс између права појединаца који су погођени прописима на поштовање њиховог приватног живота и дома и сукобљених интереса других и заједнице у цјелини, што значи да није постојала повреда члана 8.⁷²⁴

Lopez Ostra против Шпаније је први случај у пракси Суда који се тичао индиректне повреде права на здраву средину. Пропуст националних власти да заштите подносиоце представке од тешког хемијског загађења окарактерисан је као повреда позитивне обавезе државе. Наиме, кућа подносиоца представке била је смјештена тик уз постројење за прераду отпада које је испуштало отровни гас. Оваква свакодневна ситуација натјерала је подносиоце представке да напусте своје домове и преселе се у стан који је плаћала локална власт. Суд је, наводећи да је загађење токсичним гасом

⁷²² *Natton против Уједињеног краљевства*, пресуда од 02.10.2001.г., став 97.

⁷²³ *Natton против Уједињеног краљевства*, пресуда од 08.07.2003.г., став 97.

⁷²⁴ Исто, ставови 103, 123 и 129.

достигло границу „озбиљног хемијског загађења“ преко које се нарушава право на приватан и породични живот, закључио да власти нису постигле правичан баланс између економске добробити града и права подносиоце представке.⁷²⁵

У овој групи случајева распон поља слободне оцјене ће зависити од *природе права појединца и значаја истог за подносиоца представке*, у ситуацији када је потребно постићи правичан баланс између супростављених интереса. Да ли се и у којој мјери ограничава или угрожава јавни интерес зависи од фактора као што су *нарушавајућа природа штете по животну средину и њен опасан утицај, постојећи или потенцијални, на здравље популације*.⁷²⁶ Некада се од појединаца тражи да пруже јаке доказе о томе како нпр. бука и угрожавање животне средине превазилазе јавни интерес. У другим случајевима загађења животне средине и угрожавања здравља становништва, поље слободне оцјене је сужено толико да практично и не постоји. Такође, контрола Суда биће интензивна приликом провјере да ли су државне власти поштовале своје позитивне обавезе. Општа оправдања, као што је економска добробит земље, у највећем броју случајева неће бити довољна да би се дозволила интервенција у право. У таквим ситуацијама Суд користи *најстрожи тест пропорционалности* када државе морају да покажу да нису постојала *мање ограничавајућа средства од примјењених*.

Суд се у неколико предмета суочио са ситуацијом давања отказа на послу због разлога везаних за приватан живот. У предметима *Обст против Њемачке* и *Schüth против Немачке*, који су се тicali отказа запосленим у вјерској институцији због прељубе, Суд је замјерио домаћим судовима да су морали, у одмјеравању интереса запосленог за очувањем радног односа и интереса послодавца за очувањем кредибилности вјерске институције, узети у обзир *посебну природу радног мјеста*.

⁷²⁵ *López Ostra против Шпаније*, пресуда од 09. 12. 1994.г., Хемијско или индустријско загађење има, према виђењу Суда, „директан утицај“ на право на поштовање приватног и породичног живота а у неким случајевима чак и на само право на живот. Поред поменутог *López Ostra*, водећи предмети у овом смислу су још и *Guerra против Италије*, *McGinley and Egan против Уједињеног краљевства*, пресуда од 09.06.1998.г., или *Oneryildiz против Турске*.

⁷²⁶ Y. Arai-Takahashi (2002), *op.cit.*, p. 79.

Суд је у ова два повезана предмета донио различите одлуке, заузимајући став да је у једном предмету посебна природа радног мјеста захтијевала да се подносилац представке понаша на одређени начин док у другом предмету то није био случај.⁷²⁷ Суд је истакао да постоји обавеза државе да усвоји мјере којима би се обезбиједило поштовање приватног живота чак и у односима између самих појединаца и да је поље слободне оцјене у оваквим ситуацијама широко. Суд је приликом одмјеравања маргине оцјене у овом контексту сматрао да је оно шире када не постоји *консензус између држава чланица СЕ* и да зависи од *релативне важности одређеног интереса* као и од *средстава која су најбоља за заштиту тог интереса*.⁷²⁸

У предмету *Özpinar против Турске*, подносиатељка представке била је судија која је била отпуштена због блиског односа са адвокатом чији су клијенти наводно имали користи од одлука које је она доносила. Такође је била оптужена и за стално кашњење на посао као и за неприкладно одијевање. Суд је одмјеравао право на поштовање њеног приватног живота са легитимним циљем повезаним са дужношћу судија да испољавају одмјереност како би очувале независност и ауторитет својих одлука. Суд је сматрао да судије, које се суочавају са разрјешењем заснованим на њиховом приватном животу, морају имати гаранције против произвољности а посебно гаранције расправног поступка пред независним и непристрасним надзорним тијелом. Такве гаранције су биле од веће важности у овом предмету зато што је подносиатељка представке разрјешењем изгубила могућност да се бави правном професијом. Како такве гаранције нијесу пружене у овом случају, Суд је сматрао да поступак државе није био пропорционалан легитимном циљу.⁷²⁹

5.3.1.6. Брига о малољетницима

⁷²⁷ *Obst против Њемачке*, пресуда од 23.09. 2010.г. (став 48) и *Schüth против Њемачке*, пресуда од 23.09. 2010.г. (став 69).

⁷²⁸ *Obst*, ставови 41, 42 и *Schüth*, ставови 55 и 56.

⁷²⁹ *Özpinar против Турске*, пресуда од 19. 10. 2010.г., ставови 77-79.

У случајевима бриге о малољетницима, националне власти су често биле позване да донесу веома тешке и осјетљиве одлуке у корист дјетета и сваком случају је *најбољи интерес дјетета* био од пресудне важности. Суд у том смислу признаје да власти уживају широко поље слободне оцјене у процјени неопходности смјештања дјетета под старање државе.

Ради се углавном о ситуацијама када се родитељу одузима старатељство над дјететом због менталне, физичке или моралне неспособности да се адекватно брине о дјетету. Државе имају обавезу да често преиспитују услове када се држава стара о дјетету и да константно врше процјену ситуације у односу на конкретну породицу.⁷³⁰ Као и у неким напријед наведеним случајевима, Суд такође, само декларативно признаје држави поље слободне оцјене, позивајући се на директан контакт који државе имају са одређеним лицима, што их *prima facie* ставља у бољи положај да утврде да ли је одузимање дјетета у његовом *најбољем интересу*.⁷³¹ Ова почетна дискреција је даље подржана одсуством *европског консензуса* о улози државе у овој области јер ће „Суд узети у обзир чињеницу да перцепција у односу на адекватност интервенције јавних власти у збрињавању дјеце варира од једне до друге Стране уговорнице, зависно од таквих фактора као што су традиција у односу на улогу породице и улогу интервенције државе у породичне односе и доступност ресурса за јавне мјере у овој посебној области“.⁷³²

Распон поља слободне оцјене ће варирати од природе ствари и тежине одређених интереса, као што су, са једне стране, важност заштите дјетета у ситуацији за коју је оцијењено да озбиљно пријети његовом здрављу и развоју, и са друге стране циљ окупљања породице чим то околности дозволе.⁷³³ Постоји и могућност да се одлуке које се доносе у овој области често покажу као иверзибилне: дјеца која су одузета од њихових родитеља могу током времена успоставити нове везе које не би требало

⁷³⁰ *K. and A. против Финске*, пресуда од 14. 01. 2003.г. став 49.

⁷³¹ *Olsson против Шведске*, пресуда од 27.11.1992.г., став 90.

⁷³² *K. and A. против Финске*, став 154.

⁷³³ Исто, став 155.

кварити обновљеним контактом са родитељима.⁷³⁴ Постоји дакле већа потреба од уобичајене за заштитом од арбитрерног мијешања државе.⁷³⁵ Суд стога углавном види своју улогу као неко ко испитује квалитет процеса доношења одлука,⁷³⁶ што подразумијева испитивање да ли су пружени релевантни и довољни разлози⁷³⁷ и да ли су, уколико је било могуће, консултовани родитељи.⁷³⁸ Строжија контрола Суда је, међутим, потребна у односу на даље мјере као што су ограничење посјета, не само због тога што би такве мјере могле угасити породични живот између родитеља и дјетета, него и због тога што је јавни интерес заштите дјете има мању тежину када је дијете на сигурном.⁷³⁹ У екстремним случајевима, као што је одузимање дјетета одмах након рођења без пристанка или чак против воље мајке, националне власти ће морати да наведу изузетно убједљиве разлоге.⁷⁴⁰ У таквим ванредним ситуацијама, Суд ће испитати, не само утицај мјера којима је дијете измјештено из породичне средине на родитеље и на само дјете, него ће такође испитати и могућност најмање ограничавајуће алтернативе.⁷⁴¹

У односу на дјецу која потичу из ванбрачне заједнице, Суд се уз примјену ригорозног испитивања у великој мјери ослонио и на *еволутивно тумачење*. У предмету *Marckx*, Суд је нагласио да је само постојање европских уговора који имају за циљ елиминисање дискриминације „нелегитимне“ дјете, упркос малом броју држава чланица била „јасна мјера заједничког става“ довољна да се прибјегне еволутивном тумачењу.⁷⁴² Седам година касније, у предмету *Johnston*, Суд се ослонио на

⁷³⁴ R.C.A White, C. Ovey, *The European Convention on Human Rights*, Sixth edition, Oxford University Press, 2014, p. 331.

⁷³⁵ *W против Уједињеног краљевства*, пресуда од 08.07.1987.г.

⁷³⁶ Видјети нпр. *Ноккапен против Финске*, пресуда од 23.09.1994.г., став 55 и *Johansen против Норвешке*, став 64.

⁷³⁷ *Ноккапен против Финске*, став 55.

⁷³⁸ *W против Уједињеног краљевства*.

⁷³⁹ *Johansen против Норвешке*, став 64.

⁷⁴⁰ *K. and T. против Финске*, став 168.

⁷⁴¹ Исто, став 166.

⁷⁴² *Marckx*, став 41.

еволутивно тумачење и одбацио другачији третман заснован искључиво на „незаконитости“ дјетета.⁷⁴³

У новије вријеме, због генералног тренда глобализације, увећава се број случајева селидбе дјете у другу државу без пристанка и знања другог родитеља, чему Суд придаје све већу пажњу. Када се ради о прекограничној отмици дјетета од стране једног родитеља, представке су се углавном подносиле због испитивања усаглашености одлука и радњи државе са правом на породични живот. Тако је Суд веома често био у ситуацији да тумачи Конвенцију у свијетлу Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице дјете из 1980. године.⁷⁴⁴ Када цијени сагласност са чланом 8 Конвенције у случају прекограничне отмице дјете, Суд то чини у складу са процесним аспектима Хашке конвенције.⁷⁴⁵ И у овом случају је непостојање консензуса на европском нивоу у вези са бригом о дјети и легитимношћу интервенције довело до признања широког поља слободне оцјене. Међутим то поље је практично сужено озбиљношћу ситуације и интересима у питању. Суд је ишао тако далеко у тумачењу да је испитивао примјену Хашке конвенције у унутрашњем правном поретку, санкционишући њену погрешну примјену.⁷⁴⁶ У овим случајевима Суд је често наглашавао и позитивне обавезе које има држава.⁷⁴⁷ Дошло је такође и до еволутивног развоја праксе органа у Стразбуру јер је Комисија током осамдесетих година давала прилично широко поље слободне оцјене, не утврдивши ниједно кршење Конвенције.⁷⁴⁸ За разлику од Комисије, Суд је на овом пољу створио веома динамичну праксу.

Може се рећи да је поље слободне оцјене шире у вези са потребом да се дијете стави под старање државе а уже када су у питању право контаката и посјеђивања дјетета

⁷⁴³ *Johnston и други против Ирске*, став 74.

⁷⁴⁴ Конвенција о цивилним аспектима међународне отмице дјете, закључена 25 октобра 1980. године. Већина држава чланица СЕ је и чланица ове Конвенције.

⁷⁴⁵ У предмету *Ignaccolo-Zenide против Швајцарске* (пресуда од 25.01.2000.г., став 91), Суд је појаснио да се члан 8 Конвенције мора тумачити у свијетлу Хашке конвенције из 1980. године.

⁷⁴⁶ *Мопору против Румуније и Мађарске*, пресуда од 05. 04. 2005.г. став 91.

⁷⁴⁷ Видјети нпр. *Vianchi против Швајцарске*, пресуда од 22. 06. 2006.г., став 91.

⁷⁴⁸ Комисија је испитала свега шест случајева који су изискивали тумачење Хашке конвенције.

или други правни заштитни механизми неопходни да би се очувало право на породични живот.⁷⁴⁹

5.3.1.7. Контрола имиграције и питања протјеривања странаца

Суд је у великом броју предмета испитивао утицај имиграције и протјеривања странаца на породични живот. Питање је посебно значајно јер је европски континент последњих година постао стјечиште великог броја миграната, па су многе европске државе ограничиле њихова права. Може се генерално рећи да је у областима као што су протјеривање након кривичне осуде, право усељеника да се споје са својим породицама или положај дугогодишњих незаконитих усељеника, Суд признавао примарну надлежност државама да обезбиједи јавни ред на својој територији и формулишу сопствене социјалне и економске политике.⁷⁵⁰ Чињеница је да Конвенција не гарантује право странцима да бораве у одређеној земљи. Стога је Суд, традиционално признавајући контролу имиграције као суштинску ствар унутрашње политике, пружао свакој држави уговорници широко поље слободне оцјене у односу на начин на који се та контрола спроводи.⁷⁵¹

Без обзира што државе декларативно уживају широко поље слободне оцјене, ипак се одлуке држава чланица о контроли улаза, боравка или протјеривању странаца до танчина испитују.⁷⁵² Концепт Конвенције као „живог инструмента“ знатно је допринио да се дискреција држава у овој области временом значајно сужавала. Тако пресуде из деведесетих година показују непредвидљивост поступања Суда. Најочигледнији примјер је различито поступање у два случаја сличног чињеничног

⁷⁴⁹ I. Roagna (2012), *op.cit.*, p. 93.

⁷⁵⁰ *Атшиг против Француске*, пресуда од 25.06.1996.г., став 41: „Државе уговорнице имају непорециво суверено право да контролишу странце и улазак и боравак на њиховој територији“.

⁷⁵¹ Nicola Rogers, ‘Immigration and the European Convention on Human Rights: are new principles emerging?’ (2003) *European Human Rights Law Review*, 1, 53-64 at p.53.

⁷⁵² Видјети нпр. *Moustaquim против Белгије*, пресуда од 18. 02. 1991.г.

стања а односили су на боравак у Француској имиграната из Алжира.⁷⁵³ Значајан напредак је остварен у предмету *Boultif против Швајцарске*, који се тичао одбијања швајцарских власти да обнове боравишну дозволу подносиоцу представке због „спречавања нереда и криминала“, зато што је био осуђиван за тешке крађе. Суд је поставио критеријуме који се морају узети у обзир када се процјењује вјероватноћа да ће се одлуком о протјеривању интервенисати у породични живот, и ако је то случај, да ли је постигнут баланс у односу на легитиман циљ.⁷⁵⁴ У овом предмету нема помена поља слободне оцјене већ је Суд донио одлуку сагледавши сам чињенично стање. Треба рећи да се само прва два критеријума, то јест природа и озбиљност кривичног дјела и протек времена од почињеног дјела, директно тичу интереса државе да заштити друштво, док преостали критеријуми имају за циљ да одмјере утицај протјеривања на имигранта и његову породицу. Суд је у предмету *Упер против Холандије* посебно узео у обзир најбољи интерес и добробит дјеце и озбиљност тешкоћа на које ће вјероватно наићи дјеца подносиоца представке у земљи у коју подносилац треба да буде протјеран, као и укоријењеност друштвених, културних и породичних веза са земљом домаћином и одредишном државом. Један од фактора који може утицати на дискрецију држава у доношењу одлуке о протјеривању јесте и погоршано здравствено стање.⁷⁵⁵

Може се рећи да је Суд увијек био спремнији да заштити породична права у вези са протјеривањем него у вези с уласком странаца. Када се ради о праву имигранта на спајање породице, постоји позитивна обавеза држава да поштују ово право, посебно

⁷⁵³ Упоредити *Boughanemi против Француске*, пресуда од 24.04.1996.г. и *Beldjoudi против Француске*, пресуда 26.03.1992.г. У првом случају није утврђено кршење члана 8 док у другом јесте.

⁷⁵⁴ *Boultif против Швајцарске*, пресуда од 02.08.2001.г., став 48. Како би се испитала пропорционалност мјере протјеривања, имајући у виду тешкоће за супружнике да остану заједно, и посебно, да један од њих или обоје и/или њихова дјеца живе у другој земљи поријекла, Суд оцјењује следеће критеријуме: природа и тежина кривичног дјела које је починио подносилац представке, вријеме које је протекло од извршења дјела и понашање у том периоду; држављанства различитих особа у питању; породичну ситуацију подносиоца представке као што је трајање брака; остали фактори који указују да су брачни другови водили стваран и искрен породичан живот; да ли је брачни друг знао за кривично дело када су започели породични однос; да ли имају дјеце и које су старости као и озбиљност тешкоћа које ће брачни друг вјероватно доживјети у земљи поријекла подносиоца представке.

⁷⁵⁵ *Nasri против Француске*, пресуда од 13. 07. 1995.г.

ако подносилац представке докаже објективну немогућност живљења у држави поријекла. Суд ће у овом контексту посебно уважити разлоге напуштања земље поријекла без других чланова породице, као што су бјежање од рата и/или тражење азила.⁷⁵⁶ Суд је сматрао разумним и захтјеве да постоје независни и стални приходи или да се обезбиједи основни трошкови издржавања чланова породице са којима се тражи поновно спајање.⁷⁵⁷

Широко поље слободне оцјене које уживају националне власти у оцјени да ли је ограничавање боравка особе другог држављанства заиста неопходно у демократском друштву, примарно зависи од *природе циља* који се жели постићи, јер очигледно таква интервенција има огроман утицај на породични живот појединца.

5.3.1.8. Право на поштовање дома

Неповредивост дома је један од традиционалних аспеката члана 8, па је Суд у таквим случајевима заузимао веома строг приступ.⁷⁵⁸ У претходном тексту је већ обрађена дискреција државе у односу на ограничавање појединих елемената права на поштовање дома јер, како је и раније наглашено, области које су заштићене чланом 8 нису узајамно искључиве и истом радњом се може прекршити како ово тако и остала права из члана 8. Такође, Суд је временом проширио нормативни садржај концепта „право на поштовање дома“ па је тако нпр. појединцу пружена заштита и од утицаја спољне средине.⁷⁵⁹ Већ је у том смислу било ријечи у дијелу који се односио на здраву животну средину.

⁷⁵⁶ *Tiquabo-Tekle и други против Холандије*, пресуда од 1. 12 2005.г.

⁷⁵⁷ *Haydarie и други против Холандије*, одлука о прихватљивости од 20. 10. 2005.г.

⁷⁵⁸ Видјети нпр. *Buckleу против Уједињеног краљевства*, пресуда од 29. 09. 1996.г., ставови 74-76.

⁷⁵⁹ Више о овоме видјети у: Daniel García San José, *Environmental protection and the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, 2005.

Када се ради о претресу стана, Суд признаје државама поље слободне оцјене јер државе имају јак легитиман интерес за овакву радњу као што су заштита националне безбиједности или спречавање нереда или криминала. Као и код тајне присмотре појединаца, ријеч је процесним захтјевима, па се захтијева да закон, који даје дискреционо овлашћење за претрес државним органима, обезбијеђује „адекватну и дјелотворну заштиту од злоупотреба“.⁷⁶⁰ У циљу спровођења теста пропорционалности, потребно је да државе пруже „важне и довољне разлоге“ који ће оправдати упад у приватне просторије.⁷⁶¹ Претрес спроведен без судског налога биће подвргнут „посебно пажљивом“ испитивању да ли је, приликом оставривања легитимног циља, претрес строго ограничен у обиму и времену, узимајући у обзир мјере заштите против злоупотреба.⁷⁶²

На основу свих претходно испитаних елемената Суд ће испитати сразмјерност између важности јавног интереса и природе права у питању.⁷⁶³

5.3.1.9. Лица лишена слободе

Комисија је раније сматрала да затворски режим нужно подразумијева *инхерентно ограничење права* затвореника. Међутим, Суд је, како је и напријед назначено, у предмету *Goldier* одбацио концепт подразумијеваних или инхерентних ограничења.

У односу на право затвореника да одржавају контакте са спољним свијетом, Комисија је заправо најбоље формулисала став да „...захтјеви демократског друштва укључују успостављање равнотеже између легитимних интереса јавног реда и сигурности и рехабилитације затвореника“.⁷⁶⁴ Међутим, нужан је одређени степен

⁷⁶⁰ *Funke против Француске*, пресуда од 25. 02 1993.г., став 56.

⁷⁶¹ Видјети нпр. *Creteux против Француске* и *Miaillhe против Француске*, пресуде од 25.02.1993.г. ставови 55-57.

⁷⁶² *Samenzind против Швајцарске*, пресуда од 16. 12. 1997.г., став 45.

⁷⁶³ *Gillow против Уједињеног краљевства*. Видјети у Y. Arai-Takahashi (2002), *op.cit.* p. 81.

⁷⁶⁴ Као нпр. подстицање и помоћ затворенику да води „добар и користан живот“, да одржава „осјећај

контроле контаката затвореника са спољним свијетом, па самим тим и интервенција у право на приватан и породични живот затвореника што *ipso facto* не представља повреду Конвенције. У сваком случају се мора постићи правична равнотежа између супростављених интереса, од чега ће заиста и зависити стваран распон поља слободне оцјене.

У појединим предметима Суд је испитивао законитост ограничења преписке затвореника, па је тако у предмету *Silver* нашао да није испуњен услов *доступности прописа*. Утврђено је да се већина ограничења преписке затвореника могла наћи у тадашњем формалном закону о затворима из 1952. године и затворским правилима из 1964. године али су спорна ограничења била садржана само у административним упутствима за управнике затвора. Административна упутства нису имала природу правног прописа а и нису била ни јавно објављена чиме нису могла бити доступна затвореницима, због чега је Суд утврдио кршење члана 8.⁷⁶⁵ У предмету *Enea против Италије*, Суд је утврдио да закон није довољно јасно прописао ни трајање мјере ни разлоге надзора над преписком затвореника као ни *границе и начин примјене дискреционих овлашћења* надлежних органа.⁷⁶⁶ Суд је обратио пажњу на *непрецизност прописа* на којима је заснована контрола преписке затвореника у низу предмета против Пољске.⁷⁶⁷ У овим случајевима практично се могла контролисати или отворати свака врста преписке без разлике, а провјере преписке уопште нису биле засноване на формалној и образложеној одлуци.⁷⁶⁸ Суд је у једном предмету уважио аргумент државе да је због логистичких проблема у разврставању великог

самопоштовања и осјећај личне одговорности“ и да „се успоставе и одржавају такви односи са особама и агенцијама изван затвора на начин...на који се најбоље могу промовисати интереси његове породице и његова сопствена друштвена рехабилитација“. *Silver и други против Уједињеног краљевства*, извјештај Комисије (Application No. 5947/72 and others, EHRR, Vol.3), став 290.

⁷⁶⁵ *Silver и други против Уједињеног краљевства*, ставови 86 и 87.

⁷⁶⁶ *Enea против Италије*, пресуда од 17.09. 2009.г., став 143.

⁷⁶⁷ Видјети нпр. предмете *Niedbala против Пољске*, пресуда од 4.07. 2000.г. или *Mianowski против Пољске*, пресуда од 16.12. 2003.г.

⁷⁶⁸ *Salara против Пољске*, пресуда од 19.12. 2002.г.

броја пошилики у великом затвору долазило до кашњења у достави пошилике затвореницима, сматрајући такво ограничење пропорционалним.⁷⁶⁹

Суд у сваком случају спроводи независну контролу да ли је радња у питању неопходна у демократском друштву. Јасно је да националне власти морају зато пажљиво одмјерити да ли је ограничење контаката затвореника било које врсте заиста неопходно или корисно. Легитимни циљеви ограничења ће се углавном односити на одржавање јавног реда или спречавање криминала (нпр. спречавање планираног бјекства из затвора), или на заштиту права других (спречавање напада на затворско особље). Такви циљеви се са великом пажњом морају одмјерити у односу на приватан и породични живот појединца.⁷⁷⁰ Тако се у предмету *Dickson против Уједињеног краљевства*, за ограничење приступа затворенице вјештачкој оплодњи утврдило да није легитимно ограничење интереса подносиоца представке да роди дијете.⁷⁷¹

У односу на одржавање контаката са породицом, пропорционалност мјере ограничења се утврђивала у односу на тежину почињеног дјела,⁷⁷² обим интервенције,⁷⁷³ значај права које је предмет спора за затвореника.⁷⁷⁴ Посебно је привилегован контакт затвореника са својим браниоцем и ту Суд спроводи посебно ригорозан тест пропорционалности, односно контролише примјену најмање ограничавајућих мјера.⁷⁷⁵ Широко поље слободне оцјене се у овом смислу даје

⁷⁶⁹ Предмети *Poltoratskiy, Kuznetsov, Nazarenko, Dankevich, Aliev, Khokhlich*, сви против Украјине, пресуде од 29. 04. 2003.г.

⁷⁷⁰ I. Roagna (2012), *op.cit.*, р. 47.

⁷⁷¹ *Dickson против Уједињеног краљевства*, пресуда од 04.12.2007.г.

⁷⁷² *Messina против Италије*, пресуда од 28. 09. 2000.г. Лице оптужено за организовани криминал нашло се под посебним затворским режимом.

⁷⁷³ *Jankauskas против Литваније*, пресуда од 24. 02. 2005.г.

⁷⁷⁴ *Ploski против Пољске*, пресуда од 12. 11. 2002.г. Повреда Конвенције због одбијања да се подносиоцу представке изда привремена дозвола да присуствује сахрани његових родитеља.

⁷⁷⁵ *Campbell and Fell против Уједињеног краљевства*, ставови 46-47 и став 48.

једино у случају мјера против тероризма.⁷⁷⁶ Исти статус привилеговане кореспонденције има и контакт затвореника са својим љекаром изван затвора.⁷⁷⁷

Приликом ограничавања права затвореника на приватан и породични живот, пракса указује да Суд спроводи строжију контролу приликом ограничења права на преписку. Када је у питању одржавање породичних контаката, Суд је флексибилнији и допушта државама нешто шире поље слободне оцјене.

5.3.2. Примјена доктрине поља слободне оцјене у односу на члан 9

Слобода мисли, савјести и вјероисповјести је једна од основних претпоставки демократског друштва.⁷⁷⁸ Вриједност ове слободе произилази из њеног непроцјењивог значаја за појединца као и за друштво као цјелину. Ради се о вјерској, и генерално идеолошкој толеранцији, која је један од извора стабилности и легитимности либералних политичких режима.⁷⁷⁹ Слобода вјероисповјести је, као и слобода мисли и савјести, једно од најстаријих људских права и један од најважнијих ослонаца система Конвенције. Важност ове слободе је толико пута наглашена од стране Суда истицањем да је иста један од темеља демократског друштва. Поред тога, судије у Стразбуру су сматрале вјерске слободе најважнијим елементом који одређује индентитет вјерника и њихову концепцију живота.⁷⁸⁰

⁷⁷⁶ *Erdem против Њемачке*, пресуда од 5. 07. 2001. г.

⁷⁷⁷ *Szuluk против Уједињеног краљевства*, пресуда од 2. 06. 2009. г.

⁷⁷⁸ Члан 9 гласи: 1. Свако има право на слободу мисли, савјести и вјероисповјести; ово право укључује слободу промјене вјере или увјерења и слободу човјека да, било сам или заједно с другима, јавно или приватно, испољава вјеру или увјерење молитвом, проповиједи, обичајима и обредом.

2. Слобода исповиједања вјере или убијеђења може бити подвргнута само оним ограничењима која су прописана законом и неопходна у демократском друштву у интересу јавне безбиједности, ради заштите јавног реда, здравља или морала, или ради заштите права и слобода других.

⁷⁷⁹ Оправдање идеје вјерских слобода и толеранције у односу на историјску перспективу, више је засновано на прагматично-утилитаристичком аспекту него на сопственој интристичкој вриједности. Више о томе у: John Locke, *A Letter Concerning Toleration* (Buffalo, NY, 1990), pp. 68-9, in: Durham, Jr., *WC Perspectives on Religious Liberty: A Comparative Framework*.

⁷⁸⁰ Видјети нпр. предмет *Kokkinakis против Грчке* (став 31) када је Суд нагласио да је ова слобода „у својој религијској димензији један од најважнијих елемената који одређује индентитет вјерника и њихове концепције живота али је такође и непроцјењив добитак за атеисте, агностике, скептике и

Међу многим видовима слобода зајамчених чланом 9 Конвенције (као што је нпр. индивидуалистички и колективистички), значајно је у овом контексту разликовати њихов интерни и екстерни аспект.⁷⁸¹ Када се ради о *интерном аспекту*, ове слободе су апсолутне јер су идеје и убјеђења дубоко укоријењени у свијест појединца и зато не могу нашкодити јавном поретку, те их државне власти не могу подвргнути ограничењима. Поред слобода које су првенствено ствар свијести појединца, члан 9 такође гарантује и право на *испољавање вјере или увјерења* и то на неколико начина. Члан 9 штити приватну сферу свијести појединца али не нужно и свако јавно понашање проузроковано таквом свијешћу. Тако се не може у име ове слободе кршити закон неке земље.⁷⁸² У свом *екстерном виду*, одређена слобода постаје релативна, што је и логично, јер слобода испољавања вјере или убјеђења итекако може утицати на јавни поредак па га чак може и угрозити.⁷⁸³

У овом контексту долази до изражаја доктрина поља слободне оцјене. Суд у начелу пресуђује да државама припада одређено поље слободне оцјене у процјени постојања неопходности ограничења и обима интервенције. Ова дискреција је подвргнута контроли Суда, када се мора задовољити услов да су рестриктивне мјере „у принципу оправдане и пропорционалне“.⁷⁸⁴

Треба напоменути да број случајева у односу на члан 9 током задњих деценија непрекидно расте. То вјероватно указује да је раније вјероватно постојао виши ниво поштовања који је ова гаранција по правилу уживала, будући да су вјерска и филозофска толеранција и поштовање различитости у већини земаља чланица СЕ у

равнодушне. Плурализам, који је неодвојив од демократског друштва и који је тешком муком освојен током вјекова, зависи од ове слободе“.

⁷⁸¹ Више о члану 9 видјети у: Jim Murdoch, *Freedom of thought, conscience and religion: general considerations*, Human Rights Handbooks, No. 9 (June 2007).

⁷⁸² *Pichon and Sajous против Француске*, пресуда од 02.10.2001.г.

⁷⁸³ P. Van Dijk, G. J. H. Van Hoof (1998), *op.cit.*, p. 541.

⁷⁸⁴ Видјети нпр. *Manoussakis и други против Грчке*, пресуда од 26.09.1996.г., став 44.

том времену биле или јесу вриједности које се саме по себи подразумевају.⁷⁸⁵ Са друге стране, овакав тренд се у највећој мјери може објаснити повећаном улогом религије и повезаним питањима у социо-политичкој арени.

У даљем тексту ће се испитати одабране области члана 9 у којима је поље слободне оцјене имало највећу улогу. Као што ће се видјети, одабрани случајеви тичу се само слободе вјероисповјести, не због тога што су остали аспекти члана 9 мање битни већ једноставно због чињенице да се огромна већина предмета овог члана управо односи на слободу вјероисповјести.⁷⁸⁶

5.3.2.1. Испољавање вјерских убјеђења у различитим контекстима

Прва пресуда у којој се Суд бавио кршењем слобода из члана 9 била је *Kokkinakis против Грчке*. Осуда Јеховиног свједока због прозелитизма у Грчкој је квалификована као повреда члана 9 Конвенције. У образложењу пресуде, Суд је убацио став о пољу слободне оцјене који гласи: „Суд је дослиједно био става да извјесно поље слободне оцјене треба да припада државама уговорницама у процјени постојања и обима неопходности мијешања али је ова маргина подређена европској супервизији“.⁷⁸⁷ Оваква фразеологија се често може наћи у предметима који су се тicali слободе говора. Слобода исповједања вјере, која је била предмет разматрања овог случаја, је заиста веома блиска слободи изражавања из члана 10. Штавише, ово је фраза коју Суд користи када хоће да каже да поље слободне оцјене може играти улогу у одређеном контексту, чак иако у овом предмету његова улога није очигледна. Оцјена пропорционалности коју је извео Суд је у ствари играла одлучујућу улогу за исход случаја.⁷⁸⁸ Суд је наине одмјеравао услов *защите права и слобода других* и

⁷⁸⁵ J. Murdoch (2007), *op. cit.*, p. 16.

⁷⁸⁶ Norman Dorsen, Michel Rosenfeld, Andras Sajó, Susanne Baer, *Comparative Constitutionalism. Cases and Materials*. West Publishing Company, 2003, p. 922-923.

⁷⁸⁷ *Kokkinakis против Грчке*, став 47.

⁷⁸⁸ E. Brems (1996), *op.cit.*, p. 245.

понашање подносиоца представке, који је убјеђивао свог комшију да пређе у другу вјеру, што је према грчким судовима представљало прозелитизам који је строго забрањен грчким уставом. Стога осуда подносиоца представке није била оправдана неодложном друштвеном потребом у околностима овог случаја, и у крајњем није била пропорционална.⁷⁸⁹

У случајевима прозелитизма у контексту легитимног циља заштите права и слобода других, државе уживају широко поље слободне оцјене.⁷⁹⁰

Када се помиње *заштита права и слобода других*, то некада може наговјестити сукоб слободне вјероисповјести са осталим правима и слободама из Конвенције, што је био случај у поменутом предмету *Otto-Preminger Institut*. Подносилац представке је најавио приказивање филма, сатиричне трагедије, који није одговарао ставовима већине становништва о Исусу Христу и Дјеви Марији, уз то садржавајући обиљежја светогрђа. Филм је заплијењен од стране аустријских власти у складу са аустријским кривичним законом.

Без обзира што се ради о представци поднесеној по основу кршења члана 10, ипак је случај потребно сагледати из перспективе угрожавања слободне вјероисповјести. У овом предмету је слобода изражавања сукобљена са вјерским осјећањима других те је стога било потребно постигнути правичан баланс између слободне умјетничког изражавања и права других, укључујући право на поштовање вјерских убјеђења. Суд је сматрао да су употребљена средства (одузимање и заплијења филма што је представљало интервенцију у слободу умјетничког изражавања) нису била у несразмјери са жељеним циљом, то јест поштовање права других, па стога националне власти нису прекорачиле поље слободне оцјене.⁷⁹¹ Суд је ипак навео да „они који одаберу слободу да исповједају своју вјеру,...не могу разумно очекивати да

⁷⁸⁹ *Kokkinakis против Грчке*, ставови 47-49.

⁷⁹⁰ Видјети *mutatis mutandis Larissis и други против Грчке*, пресуда од 24.02.1998.г.

⁷⁹¹ Не постоји јединствена концепција услова „заштита права других“ у односу на нападе на вјерска убјеђења. Видјети *Murphy против Ирске*, став 67.

се изузму од критике сваке врсте. Морају толерисати и прихватити негирање њихових убјеђења од стране других...“. Међутим начин на који су вјерска убјеђења и доктрине оспорена и негирана, може бити споран и захтијевати од државе да обезбиједи мирно уживање слободе вјероисповјести зајамчене чланом 9 Конвенције.⁷⁹² Суд се држао става да забрана светогрђа не представља кршење Конвенције јер не постоји *консензус* међу државама чланицама о укидању ове забране.⁷⁹³

Може се исто тако рећи да постоји широко поље слободне оцјене када се слобода вјероисповјести сукобљава и са другим правима и слободама с обзиром да вјерска осјећања носе у себи велики потенцијал да буду сукобљена са другим правима, управо због њихове дубине и осјетљивости.⁷⁹⁴

Дебате о томе гдје се завршава право на слободу изражавања, посебно ако је у питању умјетничко изражавање, а гдје почињу вјерска осјећања, нарочито су интензивирани на европском континенту па и у свијету, након терористичког напада на редакцију сатиричког листа *Charlie Hebdo* у Паризу, који је као повод имао објављивање карикатура посланика Мухамеда.⁷⁹⁵ Простор ове дисертације није довољан да изложи чак ни главне идеје у теорији и пракси о сукобу ове двије слободе. Међутим, за очекивати је да ће се овај догађај највјероватније одразити и на правац будуће праксе Суда у овом контексту.

Један од водећих предмета у контексту *јавног испољавања вјерских убјеђења* јесте *Leyla Sahin против Турске*. Подносиатељка представке се жалила да је обавјештење, које је забрањивало студентима на истамбулском Универзитету ношење хиџаба на

⁷⁹² *Otto-Preminger Institut*, ставови 47, 52 и 56.

⁷⁹³ Видјети нпр. *I.A. против Турске*, став 25 или *Aydin Tatlav против Турске*, пресуда од 02.05.2006.г., став 24.

⁷⁹⁴ Carolyn Evans, *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2001. p.164.

⁷⁹⁵ Убиства су се десила 7. јануара 2015. године када је у редакцији сатиричног часописа „Charlie Hebdo“ убијено 10 његових новинара.

часовима и током испита, било супротно члану 9 Конвенције. Она је тврдила да је ношење хиџаба у складу са начелом секуларизма гарантованог турским уставом.⁷⁹⁶ Држава, је са друге стране тврдила, да је секуларизам главни елемент који подржава либералну демократију у Турској. Држава је тврдила да се хиџаб повезује са екстремним „религијским фундаменталистичким покретима“, те је његово ношење представљало опасност по секуларне вриједности Турске.⁷⁹⁷ Суд је пресудио да је ограничење одређеног начина одијевања пропорционално легитимним циљевима *одржавања јавног реда и заштити права и слобода других*. Суд се позвао на принципе *секуларизма и једнакости* како би дошао до закључка да је забрана ношења хиџаба неопходна у демократском друштву.⁷⁹⁸ Такође се послужио и аргументом недостатка *консензуса*, односно да у Европи није могуће наћи јединствене концепције значаја религије у друштву, као и аргументом *еволутивног тумачења*, да ће се значење или утицај јавног испољавања вјерског убјеђења разликовати у времену и контексту.⁷⁹⁹

У разграничењу обима поља слободне оцјене, Суд је у овом предмету, поред легитимних циљева, узео у обзир и очување грађанског мира и истински вјерски плурализам који је од највећег значаја за опстанак демократског друштва.⁸⁰⁰

Очигледно је да питање истицања вјерских симбола веома спорно, посебно у државним образовним установама.⁸⁰¹ У предмету *Lautsi против Италије*, који је иначе привукао пажњу безмало свјетске јавности, подносиатељка представке је тврдила да је истицање распећа у учионицама италијанске државне школе коју су похађала њена дјеца, представља мијешање које није у складу са правом да образује

⁷⁹⁶ *Leyla Sahin против Турске*, став 85.

⁷⁹⁷ Исто, став 90-3.

⁷⁹⁸ Исто, став 112.

⁷⁹⁹ Исто, став 109.

⁸⁰⁰ Исто, став 110.

⁸⁰¹ У овом контексту видјети нпр. *Dahlab против Швајцарске*, одлука о прихватљивости од 15.02.2001.г.; *Kurtulmus против Турске*, одлука о прихватљивости од 24.01.2006.г.; *Dogru против Француске*, пресуда од 04.12.2008.г.; *Köse и други против Турске*, одлука о прихватљивости од 24.01.2006.г.

своју дјецу (члан 2 Протокола бр.1) а у вези са слободом убјеђења и вјероисповјести. Првостепено вијеће је сматрало да у земљама у којима велика већина становништва припада једној религији, истицање симбола те религије може створити притисак на ученике који не исповједају ту вјеру или оне који су вјерници друге вјероисповјести.⁸⁰² Вијеће је такође сматрало да је образовање дјече веома осјетљива и рањива област у којој је сила државне принуде наметнута умовима којима још недостаје (зависно од нивоа зрелости дјетета) критички капацитет који би им омогућио да задрже дистанцу од поруке која се може извући из повлашћивања које држава показује у вјерским стварима.⁸⁰³ Установљено је да су националне власти уживале широко поље слободне оцјене у односу на сложена и осјетљива питања која су у блиској вези са *културом и историјом* али да присуство распећа у учионицама не представља употребу симбола у специфичним историјским контекстима.⁸⁰⁴ Тим поступком се ограничило право ученика да вјерују или не вјерују. Разумно је повезати распеће са католицизмом (већинском религијом у Италији), чије је истицање у учионицама у сукобу са *образовним плурализмом* које је од суштинске важности за очување демократског друштва, тако да је у овом случају дошло до кршења члана 9 Конвенције.⁸⁰⁵ Вијеће је такође наложило Италији да из школских учионица уклони распећа.

Првостепена пресуда у предмету *Lautsi* покренула је врло важну друштвену расправу о социјалној легитимности хришћанства у европском друштву. У другостепеном поступку су узеле учешће и дале своје мишљење и више чланица СЕ и невладиних организација. О овом предмету написани су и бројни чланци.

Коначан исход случаја *Lautsi* био је повољан по италијанску владу. У својој пресуди из 2011. године, Велико вијеће је утврдило да није било кршења права родитеља да образују своју дјецу као ни слободе вјероисповјести њихове дјече, саглашавајући се

⁸⁰² *Lautsi против Италије*, пресуда од 03.11.2009. г., став 50.

⁸⁰³ Исто, став 48.

⁸⁰⁴ Исто, ставови 50 и 52.

⁸⁰⁵ Исто, став 56.

са тумачењем тужене државе да су распећа у учиницама у суштини *пасивни симболи*.⁸⁰⁶ Вјерујући да, у одсуству кршења људских права, Италија ужива поље слободне оцјене у примјени права из Конвенције, Суд је сматрао својом дужношћу да „поштује одлуке држава чланица у овим стварима, укључујући мјесто гдје се уприличује вјера ако такве одлуке не воде неком облику индоктринације“.⁸⁰⁷ Овакав приступ је даље подржан недостатком *европског консензуса*.⁸⁰⁸

Образложење је контрадикторно у односу на предмет *Aktas против Француске*, када је Суд прихватио аргумент француске владе да истицање вјерских симбола на особи на јавном мјесту наноси штету слободи вјероисповјести других док је у предмету *Lautsi* Суд прихватио аргумент италијанске владе да истицање распећа од стране јавних власти не наноси штету слободи вјероисповјести других који су изложени његовом присуству.⁸⁰⁹ Очигледно је да постоји недоследност коју Суд једноставно разријешава додјеливањем поља слободне оцјене државама. Као што се показало из примјера ношења хиџаба или истицања распећа, државе су уживале шире поље слободне оцјене на основу вјерске неутралности у религиозним стварима у школама а што је у складу са начелима *секуларизма и образовног плурализма*.⁸¹⁰ Секуларизам је тако потврђен као важан елемент демократије, на основу којег се може ограничити слобода вјероисповјести.

Кад је у питању *однос вјерских заједница и државе* Суд је у више наврата поновио да у вршењу својих регулаторних надлежности у овој сфери и својим односима са различитим религијама, вјерама и убјеђењима, држава има обавезу да остане неутрална и непристрасна.⁸¹¹ Неутралност и непристрасност значи да она нема интерес у унутрашњим питањима вјерских организација осим ако не представљају опасност по јавни поредак, здравље, морал или права и слободе других. У предмету

⁸⁰⁶ *Lautsi против Италије*, пресуда од 18.03.2011.г., став 72.

⁸⁰⁷ Исто, став 69.

⁸⁰⁸ Исто, став 70.

⁸⁰⁹ *Aktas против Француске*, одлука о прихватљивости од 30.06.2009.г.

⁸¹⁰ Nilufar Shahpanahi, *Margin of appreciation in context of freedom of religion (Article 9 of the European Convention on Human Rights) in the interpretation of the European Court of Human Rights*, LLM thesis, University of Toronto, 2011, p. 39.

⁸¹¹ *Бесарабијска митрополија и остали против Молдавије*, пресуда од 13.12. 2001.г. став 116.

Врховни свети савјет муслиманске заједнице против Бугарске, Суд је промоцији плурализма дао велику тежину када су у питању обавезе „сукобљених група да толеришу једна другу.“ Чак је наглашена улога државе као промотера толеранције.⁸¹²

У низу предмета Суд је утврдио незаконитост ограничења слобода из члана 9, било због непостојања законског основа⁸¹³ или због нејасно дефинисане дискреције државе.⁸¹⁴

У контексту допуштања одговарајућег признања вјерских обичаја, у предмету *Cha'are Shalom Ve Tsedek против Француске*, извјесно удружење се жалило да су Француске власти одбиле да им издају одобрење за приступ кланицама у односу на ритуално клање према строго религиозном рецепту чланова удружења. Суд је утврдивши да је ограничење било према закону и пропорционално циљу заштите *јавног здравља и јавног поретка*, нагласио да поље слободне оцјене остављено држави, „посебно када је ријеч о успостављању осјетљивих односа између државе и религија“, није било прешироко или несразмјерно. Суд је, у овом и сличним предметима, сматрао да се посебна важност мора придати националном органу који доноси одлуке.⁸¹⁵

У контексту захтјева за регистрацијом вјерске организације од стране државе, Суд је у предмету *Manoussakis и остали против Грчке* истакао да иако је држава „овлашћена да верификује да ли неки покрет или удружење спроводи, наводно тежећи вјерским циљевима, активности које су штетне по становништво“,⁸¹⁶ то не значи да би држава требало да процјењује упоредну легитимност различитих увјерења.⁸¹⁷ Једина ствар коју држава може захтијевати јесу формалне претпоставке

⁸¹² *Врховни свети савјет муслиманске заједнице против Бугарске*, пресуда од 16.12.2004.г., став 96.

⁸¹³ Нпр. *Kuznetsov против Русије*, пресуда од 23.10.2008.г.

⁸¹⁴ Нпр. *Hasan and Čauš против Бугарске*.

⁸¹⁵ *Cha'are Shalom Ve Tsedek против Француске*, пресуда од 27.06.2000.г. став 84, Видјети такође и пресуду *Wingrove*, став 58.

⁸¹⁶ *Manoussakis и други против Грчке*, став 44.

⁸¹⁷ *Hasan and Chaush против Бугарске*, ставови 84–89.

за практиковање вјере предвиђене законом.⁸¹⁸ „У разграничењу обима поља слободне оцјене у овом случају, Суд мора узети у обзир свако питање од значаја, односно потребу да се осигура истински вјерски плурализам, који је инхеретна особина сваког демократског друштва...“⁸¹⁹

У једном од важнијих случајева као што је *Бесарабијска митрополија и други против Молдавије*, Суд је изричито назначио последице контроле пропорционалности. Молдавске власти су одбиле да признају Бесарабијску митрополију, због опружбе да се ради о шизматичком дијелу Молдавске митрополије. Недостатак оваквог признања, према молдавском закону, довело је до тога да је подносилац представке био онемогућен да обавља активности. Испитујући законитост мијешања државе, Суд је нашао да оно што је од значаја у овом случају јесте „потреба за одржавањем истинског религијског плурализма који је инхерентан појму демократског друштва“, чему треба дати велику тежину када се утврђује да ли је мјешање у складу са неодложном друштвеном потребом и да ли је пропорционално. У овом предмету држава је лако утврдила легитиман циљ свог мијешања, то јест *заштита јавног реда и јавне безбједности*, што је објективно веома чврст разлог. Међутим, ова пресуда управо показује како циљ или сврха мијешања није исто што и оцјена његове оправданости, па је Суд сматрао да одбијање да се призна црква подносиатеља представке није пропорционално и није неопходно у демократском друштву.⁸²⁰ Из овога слиједи да у ситуацијама када ограничавајућа мјера подрива плурализам, иста се мора оправдати посебно снажним разлозима.

5.3.3. Примјена доктрине поља слободне оцјене у односу на члан 10

Слобода изражавања сматра се једном од најважнијих вриједности демократског друштва, што је и записано у најважнијим међународним уговорима којима се штите

⁸¹⁸ Исто, став 47.

⁸¹⁹ *Manoussakis*, став 44.

⁸²⁰ *Бесарабијска митрополија и други против Молдавије*, ставови 119 и 130.

људска права. У одговору на питање зашто је ова слобода тако важна, генерално се може рећи да се она сматра посредником у тражењу истине или, како је судија *Holms* у предмету *Abrams* рекао, да је снага идеја највећи тест истине који се најбоље спроводи слободном размјеном идеја.⁸²¹ То значи да концепт демократије тражи да идеје слободно циркулишу, да буду слободно усвајане и изражене. Путем ефективне политичке демократије слобода изражавања обезбјеђује грађанима учешће у власти, било кроз њено бирање или само учешће у њој.⁸²² Слобода изражавања је право само по себи, али и компонента других права и слобода заштићених Конвенцијом, као што је нпр. слобода окупљања.⁸²³ Суд је по први повезао слободу изражавања са демократијом у предмету *Handyside*, рекавши да су карактеристике демократског друштва плурализам, толеранција и отвореност.⁸²⁴ Сврха слободе изражавања према Суду је размијена информација и мишљења. Такође, слобода изражавања може допринијети и развоју појединца⁸²⁵ посебно на пољима културе и умјетности.⁸²⁶

Штампа има изузетан значај у државама утемељеним на владавини права.⁸²⁷ Слобода штампе има посебну улогу чувара демократских тековина с обзиром да контрола функционисања власти у модерној држави мора бити заснована не само успостављању равнотеже између појединих компоненти власти (*checks and balances*) него и на контроли јавности.⁸²⁸ Право на слободу говора је важно заштити због њене моћи да заштити демократију, открије злоупотребе и његује развој у свим дјеловима друштва.

⁸²¹ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

⁸²² J.G. Merrills (1993), *op.cit.*, p. 122.

⁸²³ David Feldman, *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, Second Edition, (Oxford, 2002).

⁸²⁴ *Handyside*, став 49.

⁸²⁵ Видјети нпр. *Lingens против Аустрије*, или *Maronek против Словачке*, пресуда од 19.04.2001.г.

⁸²⁶ P. Mahoney, *Emergence of a European Conception of Freedom of Speech*. In Birks, P. B. H. (ed.). *Pressing Problems in the Law. Criminal Justice & Human Rights*, Vol. 1, Oxford University Press, 1995, p. 149.

⁸²⁷ *Castells против Шпаније* или *Prager and Oberschlick против Аустрије*, пресуда од 26.04. 1995.г.

⁸²⁸ S. C. Prebensen, *The Margin of Appreciation and Articles 9, 10 and 11 of the Convention*. *Human Rights Law Journal*, 1998, Vol. 19, No. 1, p. 14.

Суд генерално има шире тумачење слободе изражавања од националних судова. У једној од својих пресуда је нагласио да се „слобода изражавања односи не само на информације или идеје које се примају добронамјерно или се не сматрају увредљивим или равнодушним, него исто тако, и на оне које вријеђају, шокирају или ометају државу или било који дио становништва“.⁸²⁹ Тако је у једном од новијих предмета *Eon против Француске*, Суд пресудио да Француска није имала право да казни особу која је тадашњег председника Француске дочекала у једном градићу у Француској са веома увредљивим натписом.⁸³⁰ Исти став имају и поједини истакнути теоретичари као што су *White и Ovey* који сматрају да је право на слободу изражавања *веома широко*.⁸³¹

У начелу заштита која се пружа првим ставом члана 10 односи се на сваки облик изражавања без обзира на садржај, и без обзира на то да ли га испољава појединац, група или одређена врста медија (нпр. књиге, радио, телевизија или интернет).

Други став члана 10 међутим признаје да слобода изражавања са собом носи и одговорност тако да се и слободе члана 10, као и код осталих чланова о којима је било ријечи, могу ограничити,⁸³² с тим да је сама слобода правило а њено ограничење изузетак.⁸³³ Ова слобода се не може користити у сврху промовисања насиља и мржње, као и у циљу задирања у личну приватност и безбиједност. Примјер за то су садржаји који се односе се на промоцију расизма, нацистичке идеологије или расне дискриминације.⁸³⁴ *White* и *Ovey* наглашавају да је пракса Суда у ствари

⁸²⁹ *Handyside*, став 49.

⁸³⁰ *Eon против Француске*, пресуда од 14.03.2013.г.

⁸³¹ R.C.A White, C. Ovey (2010), *op.cit.*, p. 426.

⁸³² Члан 10 Конвенције (ст. 2) каже да се слобода изражавања може ограничити...у интересу националне безбиједности, територијалног интегритета или јавне безбиједности, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, заштите угледа или права других, спречавања откривања обавјештења добијених у повјерењу, или ради очувања ауторитета и непристрасности судства.

⁸³³ R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (1993), *op.cit.* p. 98.

⁸³⁴ Monica Macovei, *Водич за примјену члана 10 Европске Конвенције о људским правима*, Приручник из области људских права, бр. 2, Савјет Европе, 2008. стр. 6.

покушај да се нађе одговарајућа равнотежа између овако супростављених интереса.⁸³⁵

Изузеци од ове слободе морају се уско тумачити а потреба за ограничењем мора бити *увјерљиво утврђена*.⁸³⁶ Поље слободне оцјене може варирати зависно од сврхе и природе ограничења и конкретног предмета спора. *Arai-Takahashi* сматра да поље слободне оцјене према члану 10 није могуће одредити на униформан начин. Утврђивање маргине зависи од сложених и различитих варијабли као што су природа легитимног циља који се жели остварити, затим од обима, трајања и ефеката рестриктивне мјере у одређеном случају.⁸³⁷ Даље *Arai-Takahashi* примјећује да слобода изражавања у одређеном смислу има посебну вриједност у односу на друга конвенцијска права: „темељна вриједност слободе изражавања у демократији значи да су органи у Стразбуру генерално спремнији да примјене строжији стандард пропорционалности у односу на друга конвенцијска права“. Чак и када Суд користи ове варијабле, које генерално дају ширу маргину оцјене, он тврди да органи у Стразбуру нису спремни да смање ригорозност поступања, осим када је у питању интерес државе да заштити морал.⁸³⁸

Поред свега наведеног, слобода изражавања за регион Западног Балкана има још једну димензију. Потпуно гарантовање слободе изражавања се захтијева са стране Европске уније као кључни индикатор способности да се постане чланица ЕУ. Али задатак није лак, јер политички утицај, концентрација медија и насиље над новинарима још увијек представљају велике изазове у овом региону.⁸³⁹

Поље слободне оцјене значајно варира зависно о којем контексту слободе изражавања се ради. *Mowbray* примјећује да је Суд разликовао три категорије

⁸³⁵ R.C.A White, C. Ovey (2010), *op.cit.*, p. 426.

⁸³⁶ *Handyside*, став 49.

⁸³⁷ Y. Arai-Takahashi (2002), *op.cit.* pp. 101-102.

⁸³⁸ Исто, pp. 136-137.

⁸³⁹ Видјети релеватне ЕУ извјештаје о непретку земаља Западног Балкана.

изражавања: политичко, умјетничко и комерцијално.⁸⁴⁰ Остали аутори сматрају да се у пракси органа у Стразбуру прави разлика између изјава политичког или умјетничког карактера, затим критике судства и изјава које имају карактер светогрђа.⁸⁴¹

5.3.3.1. Заштита друштвеног морала

У области друштвеног морала, Суд даје туженим државама релативно висок степен дискреционе слободе. Кључни разлог овоме је што међу државама уговорницама Конвенције не постоји јединствено и заједничко схватање онога шта је морално или пристojно и онога што је увредљиво или морално неприхватљиво. Заснивајући строго свој став на начелу пропорционалности, Суд традиционално наглашава да су националне власти *prima facie* у бољем положају да процијене захтјеве морала у одређеном времену и простору и одреде шта је *неопходно* у интересу заштите морала. Суд се обично у оваквим ситуацијама уздржава и поштује одлуке које су донијеле извршне, законодавне или судске власти у унутрашњем демократском поступку⁸⁴² и одбија да се стави у положај јединог ствараоца заједничког европског морала. Када се ради о сукобу слободе изражавања са заштитом морала, Суд се суочио са великим бројем различитих случајева као што су заштита морала малолетника, заштита вјерских осјећања становништва, право на абортус, заштита од обсцених говора или интереса очувања традиционалног схватања односа међу половима.

Класични прецедент у овом контексту је већ толико помињана пресуда *Handyside*. Укратко, подносилац представке у овом предмету је издао књигу намијењену дјечи

⁸⁴⁰ A. Mowbray, *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights*, 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 627.

⁸⁴¹ P. Mahoney, *The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: Its Legitimacy in Theory and Application in Practice*, *Human Rights Law Journal*, 19, 1998, p. 5.

⁸⁴² L. Wildhaber, *The Right to Offend, Shock or Disturb? – Aspects of Freedom of Expression under the European Convention on Human Rights*. *The Irish Jurist*, 2001, Vol. 36, p. 20.

школског узраста. Државне власти су, у увјерењу да књига има непримјерен садржај, заплајенили примјерке исте у просторијама подносиоца представке, а он је касније био осуђен за ширење неморала. У оцијени да ли је мијешање националних власти у слободу изражавања било оправдано, Суд је могао да крене у један од два алтернативна правца. Наиме, према аргументима тужене државе и већине у Комисији, Суд је требао да размотри да ли су енглески судови поступали разумно, у доброј вјери и унутар граница дискреције држава. Са друге стране, алтернативни став мањине у Комисији био је да је задатак Суда требао бити, не само преиначавање пресуде енглеског суда, него и директно испитивање спорног уџбеника, и то само у свијетлу Конвенције.⁸⁴³

Суд је у разматрању случаја, на првом мјесту, нагласио своју супсидијарну улогу а затим се позвао на непостојање консензуса међу европским земљама о моралу. Без обзира што је користио јаке ријечи како слобода изражавања ужива заштиту без обзира што „вријеђа“, „шокира“ или „узнемирава“, Суд није заштитио уџбеник који садржи научне информације о полним односима, дајући тако широко поље слободне оцјене туженој држави.

У оцјени да су енглеске судије имале дискреционо право сматрати да ће уџбеник имати штетно дејство на морал многе дјеце и адолесцената који ће га читати, Суд је придао велику важност чињеницама да је књига намијењена млађима од 18 година, да је подносилац представке имао намјеру да штампа и дистрибуира велике тираже, као и чињеници да би дјеца имала неограничен приступ тој књизи.⁸⁴⁴

Пресуда у овом случају доживјела је снажне критике које су углавном ишле у правцу да је Суд умјесто енглеских судова требао да испита неопходност оспорене мјере, што би можда довело и до другачије пресуде.⁸⁴⁵ Такође ни аргумент европског

⁸⁴³ *Handyside*, став 47.

⁸⁴⁴ *Handyside*, став 52.

⁸⁴⁵ Cora S. Feingold, *The Doctrine of Margin of Appreciation and the European Convention on Human Rights*. Notre Dame Lawyer, 1977, Vol. 53, p. 90.

консезуса није био на мјесту јер је књига већ била објављена и доступна у многим државама чланицама СЕ.⁸⁴⁶ Међутим, ова пресуда јасно одсликава са каквим тензијама је Суд морао да се избори вагајући између универзалности људских права и моралних начела појединих друштава. Поље слободне оцјене је тако Суду пружило сигурно уточиште у ситуацијама када се овакве дилеме појаве, што ће каснија јуриспруденција показати.

Слично је Суд поступио и у предмету *Müller против Швајцарске*, када је једном од подносилаца преставке заплијењен одређени број изложених слика због њихове опсцене природе. Подносиоци преставке су касније били осуђени за објављивање опсценог материјала. Суд се опет позвао на начело супсидијарности и недостатак једнообразног концепта морала на територији страна уговорница. Суд је такође био мишљења да „предметне слике на груб начин осликавају сексуалне односе и да је... широка јавност имала је слободан приступ сликама, пошто организатори нису предвидјели никакву улазницу нити ограничење у погледу година“.⁸⁴⁷ Као и у предмету *Handyside*, и овдје је неограничен приступ дјецe изложби имао одлучујућу улогу у оцјени да је мијешање у право на слободу изражавања тежило легитимном циљу заштите морала.

Суд је у поменутом предмету *Otto-Preminger Institut* био мишљења да су власти тужене државе прекорачиле степен слободне оцјене дајући тиме предност вјерским осјећањима већинског католичког становништа области Тирол у Аустрији над слободом умјетничког изражавања. Међутим, у заједничком издвојеном мишљењу, судије *Palma*, *Pekkanena* и *Makarczyk* су сматрале да „чак иако је исказана потреба за репресивном радњом, мјере морају бити пропорционалне жељеном циљу...морало се тражити мање рестриктивно рјешење“. Запажање је исправно ако се има у виду да је филм пројектован у експерименталном биоскопу са ограниченим приступом публике која је била обавијештена о природи филма те стога свако, чија би вјерска осјећања

⁸⁴⁶ *Handyside*, став 11. Иста књига објављена у неколико држава укључујући Белгију, Француску, Њемачку, Грчку, Италију и Шведску. Видјети у Т. А. О'Donnell (1982), *op.cit*, р. 482.

⁸⁴⁷ *Müller против Швајцарске*, пресуда од 24.05.1998.г., став 36.

била повријеђена, није морао да присуствује пројекцији. У издвојеном мишљењу је направљено поређење са предметом *Muller*, у ком је главни аргумент за широку дискрецију државе био неограничен приступ публике, посебно дјете, што овдје није био случај, па су аустријске власти морале на мање ограничавајући начин спријечити прекршај.⁸⁴⁸

Суд се и у предмету *Wingrove* бавио балансирањем умјетничког изражаја кроз филм и осјетљивошћу религијских осјећања. У овом предмету је Британски одбор за класификацију филмова одбио да изда дозволу за дистрибуцију видео материјала, сматрајући да исти вријеђа хришћанска осјећања. У Енглеској су иначе и даље на снази анахрони закони којима се штити државна религија. Суд је уз сличну аргументацију, као и у претходно описаном предмету, нагласио да употреба ознаке „скарадан“ према британским законима као услова за издавање дозволе за дистрибуцију, спада у поље слободне оцјене Енглеске.⁸⁴⁹ Такође је нагласио да је веће дискреционо право дозвољено државама када регулишу слободу изражавања у стварима које могу вријеђати интимна лична увјерења у области морала или религије.⁸⁵⁰

Суд је испитивао другу врсту сукоба између „морала“ и слободе изражавања у предмету *Open Door and Dublin Well Woman*, када је судским налогом било забрањено подносиоцима представке да трудницама пружају информације о клиникама за абортус ван територије Ирске. Обављање абортуса у Ирској је по ирским законима представљало кривично дјело. У разматрању морала као легитимног циља, Суд је установио да се заштита нерођене дјете ослања на дубоке моралне вриједности Ираца и сматрао да, иако је поље слободне оцјене домаћих власти шире у односу на „морал“, оно ипак није неограничено: домаћи органи немају

⁸⁴⁸ *Otto-Preminger-Institut против Аустрије*, издвојено мишљење судија *Palma, Pekkanena* и *Makarczyka*, ставови 9 и 10.

⁸⁴⁹ *Wingrove*, став 64.

⁸⁵⁰ Видјети сличну аргументацију у предмету *Murphy против Ирске*, када је Суд утврдио да забрана вјерског рекламирања не представља повреду члана 10.

„неспутано и неконтролисано” дискреционо право.⁸⁵¹ Суд је испитујући да ли је мијешање било пропорционално, остао запањен природом забране коју су изrekli ирски судови. Наиме, радило се о сталној и општој забрани женама „без обзира на године или здравствено стање или разлоге због којих су тражили савјетовање у вези прекида трудноће”. Суд је сматрао да је такво органичење било претјерано и несразмјерно. Говорећи о непропорционалној природи мијешања, Суд је примјетио да постоје и други извори информација (часописи, телефонски именици, људи из иностранства), што је све указивало на то да потреба за наметнутим ограничењем није била неодложна.⁸⁵²

Имајући у виду напријед описане случајеве, може се закључити да државне власти уживају широко поље слободне оцјене када интервенишу у слободу изражавања у циљу заштите моралних добара, посебно када се ради о заштити малољетне дјеце.⁸⁵³ Разлог је што није могуће наћи једнообразну концепцију морала у правним и друштвеним порецима држава уговорница и што су домаће власти у бољем положају да оцјењују питања морала. Сам Суд не дефинише чак ни неодређен концепт моралности па то не ради ни на европском нивоу из једноставног разлога што је уопште тешко дефинисати било какав концепт моралности.⁸⁵⁴ У осталим случајевима границе поља слободне оцјене се сужавају осим ако није ријеч о контроверзним моралним схватањима. Опцене публикације које вријеђају друштвени морал, без обзира да ли имају умјетничку, литералну или научну вриједност, тешко се у пракси Суда могу оправдати. У овом контексту само принципи самоиспуњења и развоја сопствене личности могу бити од важности али не и довољни да би се подржала слобода изражавања.⁸⁵⁵

⁸⁵¹ *Open Door and Dublin Well Woman против Ирске*, став 68.

⁸⁵² Исто, ставови 73- 76.

⁸⁵³ Jürgen Kühling, *Die Kommunikationsfreiheit als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht*, Schriften zum europäischen Recht, 60. Duncker & Humblot, Berlin. 1999, 189;

⁸⁵⁴ Irene Laeuchli Bosshard, *Die Meinungsäusserungsfreiheit gemäss Art. 10 EMRK unter Berücksichtigung der neueren Entscheide und der neuen Medien*, Bern, Peter Lang, Frankfurt/New york/Paris (1990).

⁸⁵⁵ S. C. Prebensen (1998), *op.cit.*, p. 16.

У контексту заштите морала, уз који обавезно иде и циљ заштите права и слобода других, религијска убјеђења су била угрожена слободом изражавања и то углавном кинематографским радовима. Расправе о религијским питањима, које могу бити историјске, сатиричне или умјетничке природе, могу повриједити осјећања других чак и у релативно секуларизованим европским друштвима. Док члан 10 оставља, као што ће се у даљем тескту показати, веома мало простора за ограничавање политичког говора или дебата од јавног интереса, државама се генерално даје шири простор за ограничењем изражавања која задиру у најинтимнија лична убјеђења у сфери морала, и посебно у сфери религије. Шта је то што вријећа вјерска осјећања у мјери у којој се не може толерисати, у великој мјери зависи од времена и простора, и зато не постоји јединствен концепт адекватне заштите.⁸⁵⁶ Претпоставка у корист широког поља слободе оцјене обично се правда одсуством европског консензуса и близином домаћих власти ситуацији на терену.

5.3.3.2. Заштита националне безбиједности

Када је ограничење слободе изражавања мотивисано интересом заштите националне безбиједности, државе у принципу уживају релативно широко поље слободне оцјене јер националне власти најбоље могу оцијене када је угрожена национална безбиједност, територијални интегритет и јавна сигурност у складу са сопственим кривичним законима. Заштита националне безбиједности се схвата као безбједоносна заштита демократског уставног система. Када се разлог националне безбиједности користи за ограничење слободе изражавања, углавном је ријеч о ситуацијама чувања повјерљивих информација, подстрекавања на насиље, ванредних опасности или политичких партија које се сматрају штетним и опасним по демократско друштво.⁸⁵⁷ Заштита националне безбиједности скоро се никад не појављује као искључиви циљ

⁸⁵⁶ *Wingrove*, став 58.

⁸⁵⁷ I. Laeuchli Bosshard (1990), *op.cit.*, p. 175.

интервенције него увијек у комбинацији са другим легитимним циљевима, што се посебно односи на заштиту територијалног интегритета.

Суд је веома поштовао интересе националног суверенитета мада никада није утврдио да је дискреција држава уговорница широка када се у циљу заштите националне безбиједности ограничава слобода изражавања.⁸⁵⁸ У овим случајевима се превасходно утврђује да ли су националне власти постигле „правичан баланс“ између слободе изражавања и заштите државе или друштва од озбиљног угрожавања.⁸⁵⁹

Ограничење слободе изражавања у циљу заштите националне безбиједности је по први пут разматрано у три предмета са почетка деведесетих година прошлог вијека. Предмети *Guardian and Observer против Уједињеног краљевства* и *Sunday Times против Уједињеног краљевства* (Бр.2), третирали су заједно као ткз. „Spycatcher“ случај и односили су се на судску забрану објављивања књиге бившег агента британске обавјештајне службе у циљу заштите националне безбиједности. Суд је нашао да за забрану објављивања информације више не постоји ургентан интерес повјерљивости. Суд је такође закључио да потенцијално подривање тужбе јавног тужиоца није био довољан разлог за настављање трајних судских забрана јер је поверљивост садржаја књиге нестала објављивањем књиге у иностранству. Суд је даље закључио да интереси националне безбиједности на које се позивало нису били довољни јер је временом прави циљ судских забрана сведен на одбрану кредибилности британске тајне службе и одвраћања других да објављују сличан материјал.⁸⁶⁰ Изнад свега, наставак забране је спријечио штампу да изврши своје право и дужност да изнесе информацију коју има у свом посједу по питању од легитимног јавног значаја. Стога није утврђена неопходност да се са настави судским забранама.⁸⁶¹

⁸⁵⁸ E. Brems (1996), *op.cit.*, p. 260.

⁸⁵⁹ Y. Arai-Takahashi (2002), *op.cit.* p. 105.; S. C. Prebensen (1998), *op.cit.*, p. 16.

⁸⁶⁰ *Observer and Guardian против Уједињеног краљевства*, ставови 66-70.

⁸⁶¹ *Sunday Times против Уједињеног краљевства* (бр. 2), пресуда од 26.11.1991.г., ставови 52-56.

Сличним аргументима Суд се приклонио и у предмету *Vereniging Weekblad Bluf!* против Холандије када је утврђено да је забрана тежала легитимном циљу заштите националне безбедности. Наиме, холандском часопису је достављен шест година стар повјерљив извјештај безбједоносних служби за који је постојала намјера да се објави. Међутим непосредно прије објављивања сви примерци су заплијењени и однешени из просторија часописа. Суд је сматрао да је држава у најбољем положају да процијени како се може искористити таква информација од стране субверзивних елемената а на штету националне безбједности, којом приликом државе имају широко поље слободне оцјене. Но без обзира на ову констатацију, Суд је резонувао у другом правцу. Узимајући у обзир степен тајности информације, старост информације, чињеницу да је након заплијењене информација већ дистрибуирана и коментарисана од стране медија, Суд је сматрао да заштита информације, као државне тајне, више није била оправдана и повлачење одређеног издања часописа који је садржао такве информације више се није чинило потребним у сврху постизања легитимног циља.⁸⁶²

Пресуде у предметима *Spycatcher* и *Bluf!* предвиђају барем два важна принципа. Први принцип предвиђа да једном када се нађе у јавности, информација о националној безбједности не може бити забрањена, повучена нити могу бити кажњени виновници објављивања такве информације. Други принцип забрањује државама да безусловно дефинишу као повјерљиве све информације из области националне безбједности и, сходно томе, унапријед ограниче приступ таквим информацијама. Сходно томе, апсолутна и безусловна законска забрана обзнањивања свих информација из области националне безбједности, која укида јавну контролу над активностима обавјештајних служби, представљала би кршење члана 10, јер није „неопходна у демократском друштву”.⁸⁶³ Без обзира на реторику широког поља слободне оцјене, оно није било

⁸⁶² *Vereniging Weekblad Bluf!* против Холандије, пресуда од 9.2.1995.г., ставови 37- 46.

⁸⁶³ Monica Macovei (2008), *op.cit.*, str. 35.

пресудно за доношење одлуке у овим предметима већ се више мјера ограничења правдала степеном ризика који по безбиједност има слобода изражавања.⁸⁶⁴

У нешто новијем предмету *Hadjianastassiou против Грчке*, подносилац представке је био ваздухопловни официр који је осуђен на казну затвора због одавања повјерљиве војне информације о одређеном оружју приватној компанији и био плаћен за то. Без обзира што је сматрао да информације војне природе нису ослобођене заштите коју пружа слобода изражавања, Суд је ипак био става да је откривање државног интереса о одређеној врсти оружја и одговарајуће техничке информације везане за такво оружје, може нанијети значајну штету националној безбиједности. Суд је такође нагласио специфичне „дужности“ припадника оружаних снага, и обавезу подносица представке да чува тајну у вези његових дужности. Суд је одбацио као ирелевантну чињеницу да се информација могла добити из других јавних извора. Утврђено је да *грчки суд није прекорачио границе поља слободне оцјене које је остављено домаћим властима у стварима националне безбиједности*, као и да је постојала *разумна пропорционална веза између употребе средстава и легитимног циља којем се тежило*.⁸⁶⁵ У овом случају Суд није употребио начело пропорционалности као коректив поља слободне оцјене као што то обично ради. У овом предмету оцјена начела пропорционалности изван поља слободне оцјене представља аномалију која је такође присутна у одређеном броју случајева.

Суд се у великом броју предмета бавио забраном пропаганде којом се доводио у питање територијални интегритет Турске у контексту аспирације Курда ка независности од Турске. Рестриктивне мјере које је спроводила Турска влада у овом смислу биле су засноване су на Закону о спречавању тероризма. Међутим, у свим овим предметима, без обзира што је легитиман циљ био заштита територијалног интегритета, Суд је сматрао да није постојао доказ да су подносиоци представке подстрекавали на насиље и тероризам па су и рестриктивне мјере биле

⁸⁶⁴ J. Kühling (1999), *op.cit.*, 184.

⁸⁶⁵ *Hadjianastassiou против Грчке*, став 47.

несразмјерне.⁸⁶⁶ Интересантан је у том смислу предмет *Karatas против Турске*, када је подносилац представке осуђен за објављивање књиге поезије у којој је користио веома агресиван језик и позивао Курде да се одупру турској репресији. Суд је сматрао осуду несразмјерном у смислу коришћеног облика изражавања који подразумева метафорички језик и има ограничену читалачку публику.⁸⁶⁷

Међутим у предмету *Zana против Турске* Суд није утврдио повреду Конвенције. Наиме, подносилац представке, иначе бивши градоначелник града на југо-истоку Турске, био је осуђен на казну затвора због изјаве новинарима (што је касније и објављено у националном дневном листу) којом даје подршку курдској радничкој партији (ПКК), као националном ослободилачком покрету, и изјављује да се противи масакрима али да свако може да греша па је и ПКК у одређеној ситуацији грешком убио жене и децу.⁸⁶⁸ Због свих околности, посебно због ауторитета онога ко је дао изјаву, карактера штампе (национална новина) и напете безбједоносне ситуације у тој области, Суд је био става да су изјаве подносиоца представке могле да погоршају ионако експлозивну ситуацију у региону.⁸⁶⁹ Суд је изричито признао да у оваквим ситуацијама националне власти имају одређено поље слободне оцјене и сматрао да оно није прекорачено осудом подносиоца представке као одговором на неодложну друштвену потребу.⁸⁷⁰

⁸⁶⁶ Видјети предмете *Incal против Турске*, *Sulan против Турске*, пресуда од 08.07.1999.г., *Sürek против Турске* (Вг. 1), пресуда од 08.07.1999.г., *Karataş против Турске*, пресуда од 08.07.1999.г. итд.

⁸⁶⁷ *Karataş против Турске*, став 54.

⁸⁶⁸ *Zana против Турске*, став 57.

⁸⁶⁹ Исто, став 60. Овакав став Суда је критикован у издвојеним мишљењима судије *Bonella* као сувише благонаклон према државама. Суд је по њему морао да примјени тест „јасне и постојеће опасности” коју је дефинисала чувена пресуда Врховног Суда Сједињених држава. Субверзивни говор се према њему може ограничити само ако је „усмјерен на подстрекавање или изазивање непосредне незаконите радње или је вјероватно да ће подстаћи или изазвати такву радњу”. 395 U.S. 444, 447, (1969) (*Brandenburg v. Ohio*). И Суд би, према *Bonelli*, требао да толерише чак и такав говор којим се доводи у питање легитимност владиних структура осим говора чији је садржај веома озбиљан и представља непосредну опасност по државу тако да је интервенција државних органа неизбјежна. Видјети став судије *Bonella* у предмету *Surek против Турске*.

⁸⁷⁰ *Zana против Турске*, ставови 61 и 62.

Ова група предмета против Турске је показала да национални судови, када ограничавају политички говор укључујући и критику националних власти, морају развити осјетљив приступ и уздржати се од коришћења кривичних санкција, посебно када одговор на неоправдану критику може да буде и мање рестриктивна мјера. То не значи да су националне власти беспомоћне у ситуацијама када се суочавају са политичким говором који пријети националној безбиједности. Слобода изражавања у таквим случајевима може бити ограничена чак и кривичним кажњавањем ако мјера има за циљ одржавање јавног реда и заштите од пријетњи националној безбиједности, а при том није мотивисана простом жељом за осветом према критичару. Таква мјера такође мора бити одговарајућа и не смије бити претјерана. Међутим, суштински фактор у оцјени оправданости ограничења слободе изражавања биће чињеница да ли се позива на активно насиље било против приватних лица било против носилаца јавне функције или чак друштва у цјелини или његових дјелова. Ако је то случај, поље слободне оцјене државе биће значајно шире.⁸⁷¹

Приликом одмјеравања супростављених интереса у овом контексту, Суд дакле узима у обзир бројне факторе међу којима су значајни: 1) природа одређеног интереса, односно природа ствари од јавног интереса и интереси који се односе на националну одбрану, војску и војну дисциплину; 2) подстрекавање на насиље; 3) тежину кажњавања; и 4) медиј који је коришћен.

5.3.3.3. Говор мржње

Сложена питања се генерално појављују у сукобу између слободе изражавања и интереса заштите вриједности европског јавног поретка. Међу овим вриједностима, престижно мјесто заузима забрана говора мржње због трагичног искуства Европе у другом свјетском рату и разарајућих последица таквог говора чија су мета расне,

⁸⁷¹ *Ceylan против Турске*, став 34.

етничке, вјерске и друге групе.⁸⁷² Управо из тих разлога европски и амерички систем имају радикално другачије приступе говору мржње. У Сједињеним државама није могуће некога осудити због говора мржње, осим ако изјава провоцира непосредно насиље или представља директну пријетњу.⁸⁷³ У већини европских земаља, говор мржње се и кривично кажњава без обзира да ли подстрекава на насиље или не.

Спољне границе заштите из члана 10 су дефинисане чланом 17 Конвенције, који представља класичну забрану злоупотребе права.⁸⁷⁴ Без обзира што Суд није конзистентно примјењивао члан 17,⁸⁷⁵ ипак се често позива на ову одредбу како би осигурао да се заштита предвиђена чланом 10 не прошири на расистичке⁸⁷⁶ или анти-семитске говоре⁸⁷⁷ или оне који поричу, минимизирају или толеришу Холокауст⁸⁷⁸ или (нео)нацистичке идеје.⁸⁷⁹ Суд је редовно држао да су случајеви који укључују такве врсте израза очигледно неосновани и зато неприхватљиви.⁸⁸⁰

⁸⁷² Детаљније о говору мржње видјети Michael Herz, Peter Molnar, (eds.), *The Content and Context of Hate Speech*, Cambridge University Press, 2012, или Зорица Мршевић, *Злочин мржње, говор мржње и графити мржње - разумевање повезаности, одговори на претње*, Београд 2014, Канцеларија за људска и мањинска права.

⁸⁷³ У Сједињеним државама је већ од шездесетих година прошлог вијека дошло до преокрета у правцу веће заштите од расистичких говора. Видјети детаљније у: Stephan L. Newman, *Liberty, Community, and Censorship: Hate Speech and Freedom of Expression in Canada and the United States*, 32 AMERICAN REVIEW OF CANADIAN STUDIES 369 (2002).

⁸⁷⁴ Овај члан гласи: *Ништа у овој Конвенцији не може се тумачити тако да подразумејева право било које државе, групе или лица да се упусте у неку дјелатност или изврше неки чин који је усмјерен на поништавање било ког од наведених права и слобода или на њихово ограничавање у већој мјери од оне која је предвиђена Конвенцијом.*

⁸⁷⁵ За дубљу анализу видјети: Hannes Cannie & Dirk Voorhoof, "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?", 29 Netherlands Quarterly of Human Rights (No. 1, 2011), pp. 54-83.

⁸⁷⁶ Видјети нпр. *Seurot против Француске*, одлука о неприхватљивости од 18.05.2004.г.; *Norwood против Уједињеног краљевства*, одлука о неприхватљивости од 16.11.2004.г.

⁸⁷⁷ Видјети нпр. *Pavel Ivanov против Русије*, одлука о неприхватљивости од 20.02.2007.г.

⁸⁷⁸ Видјети нпр. *Garaudy против Француске*.

⁸⁷⁹ Видјети нпр. *H., W., P. and K. против Аустрије*, одлука Комисије од 12.10.1989.г.

⁸⁸⁰ Више о томе у: Tarlach McGonagle, *The Council of Europe against online hate speech: Conundrums and challenges*, EXPERT PAPER, MCM(2013)005. Council of Europe Conference of Ministers responsible for Media and Information Society, FREEDOM OF EXPRESSION AND DEMOCRACY IN THE DIGITAL AGE, OPPORTUNITIES, RIGHTS RESPONSIBILITIES, Belgrade, 7-8 November 2013.

Суд је по први пут употребио израз говор мржње 1999. године у групи предмета против Турске.⁸⁸¹ Међутим, већ од раније је Суд одбијао да пружи заштиту *расистичким говорима*. У предмету *Kuhnen против Немачке*, у ком је подносилац представке осуђен због покушаја да обнови национал социјалистичку партију, Комисија је сматрала да је његова осуда оправдана. Иначе у својим прогласима, подносилац представке је пропагирао да се његова организација бори „против капитализма, комунизма, Зионизма, примања великог броја страних радника и уништења животне средине”. Комисија је утврдила да је политика подносиоца представке сасвим јасно садржавала елементе расне и вјерске дискриминације и да је исти покушао да злоупотреби слободу информисања из члана 10.⁸⁸²

Порицању Холокауста, као предмету јавног дискурса, такође је ускраћена заштита члана 10. У предмету *D.I. против Немачке*, подносилац представке, иначе историчар, био је кажњен зато што је на јавним окупљањима негирао постојање гасних комора у концентрационом нацистичком логору Аушвиц. Комисија је утврдила да је представка неприхватљива, наводећи да су изјаве подносиоца представке заговарале расну и вјерску дискриминацију.⁸⁸³

У познатој пресуди *Jersild против Данске*, новинар је био осуђен за саучесништво у ширењу расистичких изјава због тога што је имао тв интервју са групом младих расиста у којем су они имали увредљиве и понижавајуће коментаре на рачун етничких мањина. Без обзира што је Суд утврдио да је циљ владе да се осудом расистичке групе заштите мањине од расне дискриминације био легитиман, није

⁸⁸¹ Ради се о пресудама у предметима од 08.06.1999.г.: *Sürek против Турске* (Бр. 1), став 62; *Sürek и Özdemir против Турске*, став 63; *Sürek против Турске* (Бр. 4), став 60 и *Erdogdu и Ince против Турске*, став 54. Суд је израз „говор мржње” у овим случајевима употребио на начин да „наглашава да дужности и одговорности које прате уживање слободе изражавања од стране професионалаца из медија, подразумевају посебан значај у ситуацијама конфликта или тензија. Посебан опрез је потребан када се даје простор објављивању ставова организација које прибјегавају насиљу против државе како медији не би постали средство за ширење говора мржње и промоцију насиља...”

⁸⁸² *Kuhnen против Savezne Republike Немачке*, 56 EUROPEAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS DECISIONS AND REPORTS 205 (1988).

⁸⁸³ *D.I. против Немачке*, одлука Комисије од 26.06.1996.г. Слично и *Honsik против Аустрије*, одлука Комисије од 18.10.1995.г. и *Ochensberger против Аустрије*, одлука од 02.09.1994.г.

сматрао да су казне медијима неопходне у демократском друштву због заштите права других. Да би оправдао свој налаз, Суд је сматрао да, за разлику од младића који су дали изјаве, циљ подносиоца представке је био да открије „посебне аспекте о теми која је већ тада била од велике важности за јавност“. Суд је зато сматрао да се „није могло објективно сматрати да тв програм има за циљ пропаганду расистичких ставова и идеја“.⁸⁸⁴ У креирању одређеног програма, према Суду, подносилац није желио да оствари расистичке циљеве. Због тога, његова осуда није била неопходна у демократском друштву. Одсуство расистичке намјере у овом случају је играло важну улогу. Ова пресуда Суда се не позива на поље слободне оцјене осим у дијелу гдје Данска влада сматра да су њени судови остали у границама поља слободне оцјене и издвојеном мишљењу одређених судија који су се сагласили са мишљењем данске владе. Међутим, пресуда је важна, као и поменуте одлуке о прихватљивости, као илустрација како Суд балансира сукобљене интересе у контексту расистичког говора.

Слична ситуација са навођењем поља слободне оцјене постојала и у предмету *Lehideux и Isorni против Француске*. Случај се односио на глорификовање генерала Филипа Петена у националним новинама (*Le Monde*). Суд је поновио да се заштита не односи на иступања којима се нападају суштинске вриједности Конвенције.⁸⁸⁵ Суд је нагласио да се „не чини да су подносиоци представке покушали да негирају или ревидирају оно на шта су се осврнули у својој публикацији...У опису Петенове политике као изузетно вјеште, аутори текста су више подржали једну од двије сукобљене теорије у дебати око улоге председника владе у Вишију“, тако да се сматрало да спорна публикација припада групи полемичних публикација које уживају заштиту члана 10. Међутим, издвојена мишљења су нагласила да због упознатости домаћих власти са историјским и тренутним контекстом и због тога што питања расизма и анти-семитизма нису била предмет овог случаја, држава није прекорачила поље слободне оцјене и да је тест неопходности у овом случају био

⁸⁸⁴ *Jersild против Данске*, пресуда од 23.09.1994.г., став 33.

⁸⁸⁵ *Lehideux and Isorni против Француске*, став 53. Видјети и *Jersild против Данске*, став 35.

задовољен.⁸⁸⁶ Насупрот томе, Суд је у одлуци *Garaudi против Француске*, испитујући осуду подносиоца представке за расну клевету и подстрекавање мржње према члану 10, нагласио „доказани расистички циљ“ изјава. У односу на порицање злочина против човјечности, Суд је нагласио да циљ није било историјско истраживање већ рехабилитација национал-социјалистичког режима, и као последица тога, оптуживање самих жртава за фалсификовање историје“.⁸⁸⁷

У сваком од ових случајева Суд је покушавао да утврди намјеру подносиоца представке: да ли жели да информише јавност о стварима од општег интереса. Ако је то циљ, Суд генерално закључује да спорна интервенција у право подносиоца представке није неопходна у демократском друштву. Са друге стране, ако одређене изјаве имају за циљ подстрекавање на насиље или мржњу, „националне власти уживају шире поље слободне оцјене када испитују потребу за интервенцијом у уживање слободе изражавања“.⁸⁸⁸

Након одређене паузе у јуриспруденцији у разматрању говора мржње, појавио се случај који се тичао грађанске пресуде у Француској против *Gilles Soulas* и *Guillaume Faue*, аутора књиге под називом *Колонизација Европе*.⁸⁸⁹ Главни циљ књиге, као што су аутори и истакли, јесте да покаже наводне некомпатибилности између европске и муслиманске цивилизације. Навели су да њихов циљ није био да карикатуришу, вријеђају или клевећу некога, и да је њихова намјера била одбрана неотуђивог права Европљана на свој индентитет. Суд је примјенио традиционални тест пропорционалности, наводећи да су теме из књиге од општег интереса и да књига има полемичну природу која настоји да представи имиграцију као катастрофичну али да ипак у стварима као што су имиграција, државе уживају широко поље слободне оцјене, јер се ради историјском, демографском и културном контексту. Суд је

⁸⁸⁶ Исто, ставови 47, 52, 55 и издвојена мишљења судија *Foighel, Loizou* и *Sir John Freeland*.

⁸⁸⁷ *Garaudy против Француске*.

⁸⁸⁸ *Gündüz против Турске*, пресуда од 04.12.2003.г. став 61.

⁸⁸⁹ Видјети *Uladzislau Belavusau*, 'A Dernier Gri From Strasbourg: An Ever Formidable Challenge of Hate Speech', 16 (3) *European Public Law* 373 (2010).

сматрао да национални судови нису прекорачили поље слободне оцјене из два разлога: разлози које су дати као образложење осуде су релевантни и довољни; такође, природа казне (новчана казна) је одговарајућа јер се подносиоцима представке исто тако могла изрећи и казна затвора.⁸⁹⁰

У контексту политичког говора, у предмету *Féret против Белгије*, белгијски политичар је осуђен за подстрекавање на мржњу, дискриминацију и насиље у расистичким и ксенофобним прогласима политичке партије који су дистрибуирани током изборне кампање. Подносилац представке је осуђен на условну казну затвора и десетогодишњу забрану кандидовања за парламент. Суд је нашао да право подносиоца представке на слободу изражавања није прекршено, између осталог, и због пролазности расистичког и ксенофобног јавног дискурса током изборне кампање и дужности политичара „да се уздрже од употребе или заступања расне дискриминације и прибјегавања рјечима или ставовима који су запаљиви или понижавајући, зато што такво понашање носи са собом ризик од подстицања реакција јавности које су неспојиве са мирном друштвеном климом и могу урушити повјерење у демократске институције“. Суд је и овога пута додијелио држави широко поље слободне оцјене у утврђивању доказа о говору мржње, сматрајући да подстрекавање на мржњу нужно не захтијева прибјегавање акту насиља или другим криминалним радњама. Суд је са одобравањем опет примјетио да је десетогодишња забрана кандидатуре за парламент умјесто кривичне санкције, у складу са праксом Суда да се избјегавају кривичне осуде у случајевима говора мржње.⁸⁹¹

Следеће године Суд је потврдио свој приступ говору мржње политичара у француском контексту у предмету *Le Pen против Француске*.⁸⁹² У временском периоду од 2005. до 2008. године, предсједница радикалне десничарске партије Национални Фронт, г-ђа *Jean-Marie Le Pen*, је новчано кажњена од стране

⁸⁹⁰ *Gilles Soulas and Guillaume Faye против Француске*, пресуда од 10.07.2008.г., ставови 36, 38, 41, 44 и 45.

⁸⁹¹ *Féret против Белгије*, пресуда од 16.07.2009.г., ставови 76, 77 и 80.

⁸⁹² *Le Pen против Француске*, одлука од 20.04.2010.г.

националних судова за подстрекавање мржње према муслиманима у својим интервјуима. Суд је спровео сличан тест пропорционалности као у предметима *Soulas* и *Feret*. Утврдио је међутим да је тврдња Ле Пенове да су француски судови прекршили члан 10 очигледно неоснована и неприхватљива.

Једна од важнијих пресуда везана за говор мржње у Стразбуру појавила се 2012. године у предмету *Vejdeland и други против Шведске*. Ово је први случај гдје Суд бацио свијетло на говор мржње у ширем контексту од ксенофобичних изјава и увео хомофобан говор у оквиру истовјетног теста пропорционалности који је користио у претходним пресудама о говору мржње. Радикална шведска десничарска организација дистрибуирала је хомофобне летке у просторијама школе а којима се указује на завјеру „геј пропагандиста“ у шведском образовном систему, оцијењујући хомосексуално понашање као перверзно, изопачено, и да као такво угрожава дјецу. Члановима организације је суђено за подстицање хомофобне мржње. Суд је сматрао да хомофобни говор треба третирати на исти начин као и ксенофобни говор, остављајући широко поље слободне оцјене држави. Суд је посебно узео у обзир чињеницу да су летци дијељени школској дјечи која су „осјетљива и подложна утицајима“.⁸⁹³

У закључку, да би утврдио шта представља говор мржње Суд ће испитати сврху коју жели постићи подносилац представке, затим сами садржај информације и идеја, контекст њиховог изражавања и контекст у којем су такве информације и идеје ширене. Такође Суд ће приликом утврђивања поља слободне оцјене узети у обзир да ли су разлози ограничења које наводи тужена држава довољни и релевантни и природу санкције која је изречена подносиоцу представке. Када је ограничење слободе изражавања мотивисано говором мржње, Суд је у принципу вољан да да националним властима веома широко поље слободне оцјене и призна да се на овакву манифестацију слободе говора гаранције из Конвенције не примјењују. Управо због балансирања интереса заштите угроженог појединца или групе и заштите слободе

⁸⁹³ *Vejdeland и други против Шведске*, став 56.

изражавања чији је смисао у демократском друштву већ описан, Суд спроводи веома интентивно испитивање спорних мјера државе за које морају дати „врло јаке разлоге“ ограничења.⁸⁹⁴

5.3.3.4. Углед и права других

Када је у питању заштита угледа и права других, углавном се наводе оба ова легитимна циља јер је тешко направити границу између њих. Оба разлога за ограничење се преклапају, посебно када се ради о увредљивом говору који утиче како на углед тако и на права других. Дobar углед већине људи подразумијева осјећај унутрашње вриједности и могућност да се води нормалан живот као друштвено биће.⁸⁹⁵ Може се генерално рећи да заштита угледа посебно забрањује увредљиве изјаве јер је поштовање људског достојанства основа свих материјалних права из Конвенције. Због тога Суд дослиједно признаје границе слободе изражавања у односу на приватност гарантовану чланом 8. Заштита права других тако укључује различите ситуације.⁸⁹⁶

Када се као разлози ограничења слободе изражавања наводи заштита права и угледа других то изгледа није од утицаја на обим поља слободне оцјене. Посебну улогу у случајевима клевете играју околности случаја. У случајевима који се тичу лојалне конкуренције или медија, тема саме дебате јесте важан критеријум.⁸⁹⁷

У заштити угледа, поље слободне оцјене варира зависно између осталог и од статуса одређене особе и околности у којима се одређени говор десио. Са једне стране, може

⁸⁹⁴ *Jersild против Данске*, став 35.

⁸⁹⁵ Видјети Dean Spielmann, Leto Cariolou, ‘The right to Protection of reputation under the European Convention on Human Rights’, in *Law in the Changing Europe, Liber Amicorum Pranas Kūris*,(2008), pp. 411-412. Према овој двојници аутора, изричито признање права на углед десило се у пресуди *Pfeifer против Аустрије*.

⁸⁹⁶ Jochen Abr. Frowein, Wolfgang Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar*, 3. Auflage Taschenbuch, Juli 2009.

⁸⁹⁷ E. Brems (1996), *op.cit.* p. 261.

се направити разлика у односу на то ко је предмет критике (појединци, политичари, или остале јавне личности, влада или правосуђе), а са друге стране у односу на то критикује (нпр. медији или представници народа).

5.3.3.4.1. Односи између приватних особа и осталих не-државних актера

Односи између приватних особа и осталих не-државних актера подразумевају позитивне обавезе државе, и то углавном националних судова. Када је ријеч о говору који улази у приватну сферу појединца, државе уживају широко поље слободне оцјене јер не постоји униформна европска идеја о томе који је најбољи начин одговорити на такав говор.⁸⁹⁸ Док државе морају поштовати право на приватност и слободу изражавања, постоји разлика између нпр. француске традиције заштите личног угледа, као веома интензивне и британске либералне традиције, у којој чак и жута штампа и таблоиди уживају велику слободу. Несумњиво је да члан 10 (2) штити углед сваког појединца па и политичара, чак и када иступају као приватна лица, зависно од тога да ли је предмет расправе политичко или питање од општег интереса. Начелан је став Суда да „дужности и одговорности“ медија добијају на значају када је у питању напад на углед приватних појединаца и подривање „права других“.⁸⁹⁹

Суд врло строго испитује чињенице када је интерес појединца у колизији са интересима расправе у медијима о темама од легитимног јавног интереса, чиме је простор маневрисања држава сведен на минимум. Међутим та слобода није неограничена већ новинари морају дјеловати „у доброј вјери како би пружили тачну и поуздану информацију у складу са новинарском етиком“.⁹⁰⁰

Када су у питању обични грађани, Суд води рачуна да је њихова приватност заштићена због чињенице да у таквим говорима тема није јавни интерес, па зато и не

⁸⁹⁸ *Tolstoy Miloslavsky против Уједињеног краљевства*, став 48.

⁸⁹⁹ *Bladet Tromso and Stensaas против Норвешке*, пресуда од 20.05.1999.г.

⁹⁰⁰ *Godwin*, став 39.

постоји право јавности да зна такве информације. Примјер су два новија предмета против Аустрије⁹⁰¹ када су мајка и дијете тужили двије издавачке куће због објављивања у новинама индентитета дјетета приликом извјештавања о поступку додјеле тог дјетета на старање једном од родитеља. Суд је сматрао „како ни дијете ни његови родитељи нису јавне личности нити су од раније били присутни у јавној сфери, па није било од суштинске важности за разумијевање случаја, откривати индентитет дјетета или најинтимније аспекте његовог живота или објавити слику преко које се оно може препознати“. Стога је Суд закључио да су аустријски судови досуђивањем адекватног износа одштете дјеловали у оквиру поља слободне оцјене у процјени неопходности заштите приватности дјетета.⁹⁰²

За разлику од ситуација гдје је предмет дебате тема од општег интереса, јавност често жели да зна информације о приватном животу јавних личности. Овдје се заштита члана 10 директно сукобљава са правом на приватност зајамчено чланом 8 Конвенције.⁹⁰³

У предмету *Von Hannover против Њемачке* десило се три пута да је принцеза Каролина Вон Ханновер упутила представке Суду због тога што њемачки судови нису спријечили објављивање фотографија које се, како она тврди, тичу њеног приватног живота. У својој пресуди, на основу прве представке, Суд је сматрао да треба правити разлику између информација које се тичу понашања политичара на функцијама и ширења информација о приватном животу појединаца који нису носиоци политичких функција. Суд је такође нагласио да објављивање фотографија о приватном животу принцезе не доприноси дебати о легитимном јавном интересу.

⁹⁰¹ *Kurier Zeitungsverlag und Druckerei GmbH против Аустрије* (бр. 2) и *Krone Verlag GmbH против Аустрије*, пресуда од 19.06.2012.г., став 55. У односу на обичне грађане видјети нпр. *Gurgenidze против Грузије*, пресуда од 17.10.2006.г., *Reklos and Davourlis против Грчке*, пресуда од 15.01.2009.г., *Küchl против Аустрије*, *Rothe против Аустрије* и *Verlagsgruppe News GmbH and Bobi против Аустрије*, пресуде од 04.12.2012.г.

⁹⁰² Исто, став 61.

⁹⁰³ У односу на јавне личности које нису политичари видјети нпр. предмете *Flinkkilä и други против Финске*, пресуда од 06.04.2010.г., *Sapan против Турске*, пресуда од 08.06.2010.г., *Mgn Limited против Уједињеног краљевства*, пресуда од 10.05.2011.г., *Mosley против Уједињеног краљевства*, пресуда од 18.01.2011.г., *Lillo-Stenberg and Saether против Норвешке*, пресуда од 16.01.2014.г.

Штавише, чак и да је постојао јавни интерес, он није могао бити важнији од дјелотворне заштите права на приватност подносиољке представке. Стога њемачки судови, упркос пољу слободне оцјене које државе уживају у овој области, нису добро одмјерили интересе у питању па је дошло до повреде члана 8.⁹⁰⁴

Овај приступ Суда, који је значио побједу заштите приватности јавних личности, је из коријена измијењен пресудом *Von Hannover (Бр. 2)* из 2012. године. Спорне фотографије су приказивале принцезу и његог мужа на одмору у познатом скијалишту док их је пратио текст о лошем здрављу њеног оца, у то вријеме суверена Монака. Овај пут се Суд сагласио са анализом њемачких судова и сматрао да су текст у питању и пратеће фотографије допринијеле дебати о општем интересу.

Суд је посебан дио пресуде посветио пољу слободне оцјене. Избор средстава усаглашавања са чланом 8 у односима између појединаца, у принципу спада у поље слободне оцјене државе, без обзира да ли се ради о позитивним или негативним обавезама. Када се приватност балансира у односу на слободу изражавања исход поступка не смије зависити од тога да ли је представка поднешена на основу члана 8 или на основу члана 10, јер оба права заслужују једнако поштовање. Суд је, уз позивање на начело супсидијарности кад су у питању одлуке судова, био става да када се националне власти позивају на праксу Суда приликом одмјеравања интереса у питању, тешко да би Суд могао да замјени процјену националних власти.

Ова пресуда је врло значајна и због тога што је Суд утврдио пет критеријума за балансирање супростављених интереса из чланова 8 и 10 Конвенције то јест: 1) *да ли информација доприноси дебати од јавног интереса*, 2) *препознатљивост одређене особе*, 3) *претходно понашање одређене особе*, 4) *садржај, облик и последице публикације*, и 5) *околности под којима су направљене фотографије*. У складу са наведеним критеријумима, а на основу поља слободне оцјене и начела пропорционалности, Суд је нашао да њемачки судови нису прекршили своју

⁹⁰⁴ *Von Hannover против Њемачке* (бр.1), пресуда од 24.06.2004.г., ставови 63-64, 76,77 и 79.

позитивну обавезу те није дошло до повреде члана 8.⁹⁰⁵ Пратећи шестогодишњи жалбени поступак у њемачким судовима, *пресудом бр. 3* у овом предмету, Суд је опет потврдио да су њемачки судови направили правичан баланс, и као одговор на тврдњу подносиоце представке да је пратећи текст само изговор да се објави спорна фотографија, сматрао да је иста допринијела дебати од општег интереса.⁹⁰⁶ Овакав приступ је знатно помјерио баланс у корист слободе медија да објављују приватне информације, што је наишло на оштру критику у јавном дискурсу Европе.⁹⁰⁷

У другом предмету *Axel Springer против Њемачке*, издавач познатог дневног листа се жалио због кршења слободе изражавања гдје је на сличан начин као и у претходном примјеру дошло до неприкладног извјештавања о јавној личности. Испитујући одлуке домаћих судова које су изрекле казну подносиоцу представке, Велико вијеће је одлучило да „разлози које је изнијела држава, иако релевантни, нису довољни да се утврди да је мијешање било неопходно у демократском друштву. Упркос пољу слободне оцјене које уживају државе уговорнице, Суд је сматрао да није постојао разуман однос пропорционалности између, са једне стране, ограничења која су наметнули домаћи судови над правом компаније подносиоца представке и са друге стране легитимног циља који се жалио остварити“.⁹⁰⁸ Издвојено мишљење судија у овом предмету се управо заснивало на пољу слободне оцјене јер су сматрали да је домаћи суд добро одмјерио интересе у питању и да Суд не треба да изиграва суд четврте инстанце.⁹⁰⁹

На сличан начин је Суд одмјеравао права и слободе чланова 8 и 10 у предмету *Pfeifer против Аустрије*, када се подносиоц представке жалио да домаћи судови нису

⁹⁰⁵ *Von Hannover против Њемачке* (бр.2), пресуда од 07.02.2012.г., ставови 63-64, 104-107, 108-113 и 126.

⁹⁰⁶ *Von Hannover против Њемачке* (бр.3), пресуда од 19.09.2013.г., став 52.

⁹⁰⁷ Видјети нпр. Alexia Bedat, *Case Law, Strasbourg: Von Hannover v Germany (No.3), Glossing over Privacy*, The International Forum for Responsible Media Blog, 13 October 2013.

⁹⁰⁸ *Axel Springer против Њемачке*, пресуда од 07.02.2012.г., став 110.

⁹⁰⁹ Исто, издвојено мишљење судија López Guerra, Jungwiert, Jaeger, Villiger и Poalelungi.

заштитили његов углед од мијешања треће стране. Наиме, десничарски лист је објавио писмо у ком подносиатељ представке критикује извјесног професора због величања нацизма, након чега је тај професор кривично оптужен и недуго затим починио самоубиство. Десничарски лист је оптужио подносиатеља представке да је крив за професорову смрт. Аустријски судови су ослободили уредника тог листа од оптужби за клевету. Суд је испитујући да ли су аустријски судови довољно заштитили подносиоца представке од претјеране критике утврдио да исти нису направили правичан баланс јер разлози које су навели нису довољни да покажу да слобода изражавања има првенство над заштитом угледа.⁹¹⁰

У прилог одмјеравању интереса приватности и слободе говора је и став Суда у предмету *Artoniene против Литваније* да док санкције за повријеђени углед морају бити строге како би се обезбиједила дјелотворна заштита, накнада штете или новчане казне које су превисоке могу имати демотивишући ефекат (*chilling effect*) на слободу штампе и стога представљати кришење члана 10.⁹¹¹ Са друге стране, имајући у виду поље слободне оцјене које уживају државе, кривична мјера као одговор на клевету не може се сама по себи, сматрати несразмјерном циљу који се жели остварити.⁹¹²

Што се тиче саопштавања информација и идеја о економским питањима или ткз. **комерцијални говор**, националне власти имају значајно поље слободне оцјене, што је рецимо случај са нужношћу ограничавања комерцијалног рекламирања у аудиовизуелним медијима.⁹¹³ Међутим врло је битно разликовати природу говора да би се он класификовао као комерцијални. Тако је нпр. у предмету *Hertel против Швајцарске*, кључно питање било колико је поље слободне оцјене остављено швајцарским властима приликом изрицања санкције подносиоцу представке, који је објавио резултате свог истраживања о штетности по здравље припремања хране у

⁹¹⁰ *Pfeifer против Аустрије*, став 49.

⁹¹¹ *Artoniene против Литваније*, пресуда од 25.11.2008.г., став 47.

⁹¹² *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July против Француске*, пресуда од 22.10.2007.г., став 59.

⁹¹³ *Markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann против Немачке*.

микроталасним пећима, због чега је био тужен од стране удружења произвођача и снабдјевача бијелом техником по основу нелојалне конкуренције. Суд је сматрао да је поље слободне оцјене у овом случају сужено јер подносилац представке није давао чисто комерцијалне изјаве него је учествовао у дебати о питању од јавног интереса.⁹¹⁴ Према образложењу Суда, одлучујући аргумент у одређивању обима поља слободне оцјене било је постојање јавне дебате којој одређена изјава може значајно допринијети. Критеријуми које је Суд примјенио у случају *Hertel* могу се дакле примјенити на разликовање између комерцијалног и некомерцијалног говора.⁹¹⁵ Први критеријум је постојање јавне дебате о неком питању које је такође тема спорног говора. Други критеријум се односи на то да ли спорни говор има потенцијал да значајно допринесе таквој дебати.⁹¹⁶ Ови критеријуми су такође примјењени и у предмету *Barthold против Њемачке*. Суд је примјетио да се случај *Хертел* значајно разликује од двије водеће пресуде у области нелојалне конкуренције *Mark intern Verlag GmbH и Klaus Beermann против Њемачке* и *Jacubowski против Њемачке*,⁹¹⁷ јер је Суд у овим предметима утврдио да се радило о комерцијалном говору те је стога и поље слободне оцјене било шире.⁹¹⁸

5.3.3.4.2. Заштита угледа и ауторитета државних органа и судства

У погледу говора којим се улази у ауторитет судске власти, државе уживају релативно ограничено поље слободне оцјене. Суд не даје претјерано велико поље слободне оцјене ни приликом неутемљене критике полиције или оружаних снага јер ове институције, заједно са судовима, врше значајну улогу у друштву у заштити закона и реда. Јавни службеници у органима власти су подложнији критици него што

⁹¹⁴ *Hertel против Швајцарске*, пресуда од 25.08.1998.г., став 47.

⁹¹⁵ Martin Scheyli, "Die Abgrenzung zwischen ideellen und kommerziellen Informationsgehalten als Bemessungsgrundlage der „margin of appreciation“ im Rahmen von Art. 10 EMRK, EuGRZ 2003, p. 457.

⁹¹⁶ Albrecht Weber, Menschenrechte. Texte und Fallpraxis, München 2004, p. 338. Видјети и *Barthold против Њемачке*, пресуда од 25.03.1985.г.

⁹¹⁷ *Jacubowski против Њемачке*, пресуда од 23.06.1994.г.

⁹¹⁸ *Hertel*, став 47.

је то случај са обичним грађанима јер су њихове радње стално подложне контроли и расправи и отворене према критици.⁹¹⁹ Са друге стране, границе критике службеника, како је Суд и признао у предмету *Janowski против Пољске*, нису толико широке као што је то случај са изабраним функционерима, односно политичарима.⁹²⁰ Разлог томе је што службеници немају могућности да одговоре на критику.⁹²¹ Штавише, „јавни службеници морају уживати подршку јавности у условима слободног и непримјереног узнемиравања, ако се од њих захтијева да буду успјешни у извршењу својих задатака, због чега их је потребно заштити од увредљивих и агресивних вербалних напада док су на дужности“.⁹²² Суд је у случају *Janowski*, узевши у обзир чињеницу да лице није иступало у својству новинара већ у *својству обичног грађанина*, као и чињеницу да је припадницима комуналне полиције упутио *погрдне ријечи* након што су ови затражили од уличних продаваца да се премјесте на другу локацију, утврдио да је санкција која му је изречена оправдана. И код ових случајева Суд ће брижљиво испитати контекст у ком су ријечи изговорене или написане као и циљ са којим су изречене.

Веома деликатно питање су међутим границе националне дискреције када је споран говор уперен против ауторитета судова. Питања од јавног интереса дефинитивно обухватају и функционисање правосудног система, који је од суштинске важности за функционисање свих демократских друштава. Штампана је једно од средстава путем којег политичари и јавност могу верификовати да судије обављају своје нимало лаке задатке на начин који је у складу са циљем на основу којег им је повјерено обављање дужности.⁹²³ Ријеч је дакле о сукобу принципа јавности рада судија са принципом да судије, као чувари правде, морају уживати повјерење јавности и стога им треба пружити заштиту од неоправданих напада. Имајући у виду претходно речено, рекло би се да државе уживају релативно широко поље слободне оцјене, односно да

⁹¹⁹ *Thorgeir Thorgeirson против Исланда*, пресуда од 25.06.1992.г., став 61 (b).

⁹²⁰ *Janowski против Пољске*, пресуда од 21.01.1999.г., став 33.

⁹²¹ *Thorgeir Thorgeirson против Исланда*, став 61 (b).

⁹²² *Janowski против Пољске*, став 33. Видјети и *Nikula против Финске* и *Busuioc против Молдавије*, пресуда од 21.12.2004.г.

⁹²³ *Prager and Oberschlick против Аустрије*, став 34.

испитивање Суда није тако строго.⁹²⁴ Узимајући у обзир важност судства, ипак се може рећи да Суд мора спровести детаљно испитивање и оставити државама уже поље слободне оцјене.

Интезитет испитивања суда може ослабити када се ради о специфичном политичком говору. У предмету *Ahmed и други против Уједињеног краљевства*, Суд је утврдио да су мјере ограничења политичког говора државних службеника локалне власти од стране енглеских судова биле оправдане због „посебног значаја“ дужности и одговорности предвиђених чланом 10, што оправдава остављање националним властима „одређеног“ поља слободне оцјене. Као аргумент у прилог ставу Суда послужила је и чињеница да постоје разлике између националних система организације локалне власти.⁹²⁵

Иако у овом смислу Суд оставља *одређено* поље слободне оцјене, одмјеравање између два поменута принципа тешко би се могло назвати конзистентним и предвидљивим.

Тако је рецимо у пресуди *Sunday Times*, која по много чему представља модел одлуку,⁹²⁶ Суд заузео веома строг приступ. Представка се односила на дјецу рођену са деформитетима што је наводно била последица употребе седатива „талидомида“ који су мајке користиле током трудноће. Више родитеља је покренуло парнице против произвођача тог лијека. Подносилац представке (новинска кућа) објавио је текст о спорном медикаменту, најављујући да ће у наредним издањима објавити текст о томе како је до трагедије дошло. Произвођач лијека је издејствовао налог суда којим је спријечено објављивање најављеног текста уз образложење да би

⁹²⁴ Видјети нпр. мишљење *Addo*-а који говори о „ширем“ пољу слободне оцјене и сматра да се традиционална наклоњеност Суда слободи критике, у овом случају судова, преокренула у корист другог става члана 10. Такође закључује да у теорији и пракси западних либералних демократија постоји укоријењена пракса судова да толеришу критику. Више о томе у: Michael K. Addo, *Are Judges Beyond Criticism Under Article 10 of the European Convention on Human Rights?* International and Comparative Law Quarterly, 1998, Vol47, pp. 427 and 430.

⁹²⁵ *Ahmed и други против Уједињеног краљевства*, пресуда од 02.09.1998.г., ставови 61-63.

⁹²⁶ S. Greer (1997), *op.cit.*, p. 35.

објављивање спорног чланка представљало непоштовање суда. Након детаљног испитивања случаја, Суд је дошао до закључка да забрана објављивања чланка о спорном лијеку није била неопходна у демократском друштву. Став Суда је био заснован на премиси да је за разлику од појма *морала*, око којег се тумачења страна уговорница значајно разликују у времену и простору, концепт *ауторитета судства* много објективнији. Суд је нагласио да пракса и закон држава уговорница открива веома значајну мјеру заједничког стандарда у овој области што је водило закључку да је „очување ауторитета и непристрасности судства” био легитиман циљ енглеског закона о непоштовању суда. Главни аргумент Суда је био да је случај био „ствар од неспорне важности за јавност“ и да су породице и жртве имале „витални интерес“ да се упознају са свим важним чињеницама о случају и могућим исходима.⁹²⁷ Суд се у овој пресуди позвао на консензус држава чланица СЕ, вјероватно зато што је желио да избјегне критике поводом пресуде *Handyside* због прешироко постављеног поља слободне оцјене.⁹²⁸ У издвојеним мишљењима се између осталог тврдило да не постоји консензус око тога шта значи ауторитет судства и да већина судија није засновало своју тврдњу о томе на одређеним законима или судској пракси.⁹²⁹

Другачије је закључено у предмету *Worm против Аустрије*. Аустријски новинар је неколико година радио на истраживању о преварном понашању бившег министра финансија док је био на функцији. Чланак који је новинар објавио заснован је на претпоставци да је бивши министар крив. Новинар је касније осуђен за „недозвољен утицај на кривични поступак“. Интересантно је да Суд не наглашава неизбјежност извјештавања штампе о суђењу високим функционерима која укључују и политичаре, већ наглашава своју супсидијарну улогу и доктрину поља слободне оцјене.⁹³⁰ Једино испитивање које је Суд урадио јесте да ли су разлози за осуду новинара релевантни и довољни и да ли је санкција била несразмјерна. Суд се није бавио тестирањем да ли су

⁹²⁷ *Sunday Times против Уједињеног краљевства* (1979), ставови 59 и 66.

⁹²⁸ E. Vrems (1996), *op.cit.*, pp. 259-260.

⁹²⁹ Више о томе у: Н. Yourow (1996), *op.cit.* pp. 113-117.

⁹³⁰ *Worm против Аустрије*, пресуда од 29.08.1997.г., ставови 38, 47, 49 и 54.

коментари стварно имали утицај на исход поступка него се бавио очувањем суднице као адекватним форумом за рјешавање спорова.⁹³¹

Може се поставити питање зашто је Суд у претходно поменутом случају имао другачије становиште у односу на предмет *Sunday Times*. Постоје одређени детаљи који могу објаснити различит приступ Суда. У случају *Sunday Times* се превасходно радило о претходном цензорству док је у предмету *Worm* новинар био кажњен након објављивања текста. Суд ће бити много строжији када се ради о превентивном цензорству.⁹³² Друга разлика се може односити на то да је Суд у *Sunday Times*-у испитивао мјере којима се штитио ауторитет судства. У предмету *Worm* Суд је имао нешто другачију перспективу. Ограничавајуће мјере су предузете да би штитило право на правично суђење оптуженог и у том случају је национално поље слободне оцјене шире. Имајући у виду далекосежне последице за оптуженог, строжија контрола радњи медија чини се оправданом.⁹³³

Такође, строг приступ није примјењен ни у предмету *Barfod против Данске*, у ком је подносилац представке осуђен због чланка у новинама којим је оптужио двојицу судија поротника због тога што у одређеном судском поступку нису изузети јер су били запослени у локалној власти чиме су прекрили принцип одвојености судске од извршне власти. Суд није прихватио аргумент подносиоца представке да се његове оптужбе морају сагледати као дио политичке расправе.⁹³⁴ Суд је такође утврдио да су дански судови добро одмјерили интересе у питању без обзира што је изречена кривична санкција, нашавши да није прекршен члан 10. Ова пресуда је критикована због недослиједности јер коментарисање функционисања правосудног система у

⁹³¹ J. McBride, "Judges, Politicians and the Limits to Critical Comment", in: *European Law Review* 1998, p. 85.

⁹³² Видјети нпр. *Observer and Guardian против Уједињеног краљевства*, став 60.

⁹³³ Видјети критички осврт на предмет *Worm* у: Ian Cram, "Criminal contempt, Article 10 and the First Amendment – A case for importing aspects of US free speech jurisprudence?", in: *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2000, pp. 245-272 at 270-272.

⁹³⁴ *Barfod против Данске*, став 35

једној земљи (на Грeјланду) и изрицање још и кривичне санкције за то никако нису у складу са претходном праксом Суда у овој области.

У предмету *De Haes and Gijssels против Белгије*, који се тичао парничне пресуде против новинара који су критиковали судије зато што су у бракоразводној парници додijелили старање над дјецом оцу, који је од стране бивше жене и њених родитеља претходно био оптужен за сексуално злостављање своје дјече. Оптужбе против оца, који је иначе био познати нотар, су у међувремену биле одбачене. Судије су повеле парницу против новинара и они су кажњени симболичном казном. Интересантно је да је Суд прихватио да су текстови били написани у контексту јавне расправе о инцесту и о начину на који правосуђе рјешава тај проблем, утврдивши кршење члана 10. Суд је имао много мање основа да утврди да се ради о теми од јавног интереса него у претходном случају јер се случај више тичао личног и професионалног угледа судија него што је одражавао јавни интерес.⁹³⁵

Исто тако у предмету *Prager и Oberschlick против Аустрије*, аустријски судови нису прекорачили поље слободне оцјене тиме што су кривично осудили новинаре за клевету судија. Суд је сматрао да може бити неопходно да се поверење јавности у судство заштити од деструктивних напада који су у суштини неосновани, посебно имајући у виду чињеницу да су судије под заклетвом тајности која их спречава да одговарају на критике. Суд је сматрао да квалификација спорних дјелова текста као вриједносних судова или као чињеничних навода спада у поље слободне оцјене националних власти. Подносиоци представке, по мишљењу Суда, нису били осуђени због критике као такве, већ због претјераности оптужби без чињеничне поткријепљености, што се показало као непотребно прејудицирање.⁹³⁶

Велико вијеће је у предмету *Perna против Италије* сматрало да је објављени чланак новинара који у негативном контексту представља извјесног судију без чињеничне

⁹³⁵ Важност доктрине поља слободне оцјене истакнута је у издвојеном мишљењу судије *Morenilla*.

⁹³⁶ *Prager and Oberschlick против Аустрије*, ставови 34, 36 и 37.

подлоге „био увредљив за човјека, а још више за припадника државне службе јер је подносилац представке импутирао недостатак личног индентитета, достојанства, независног размишљања, логичне повезаности и моралног поштења као и понашање којим се експлицитно показује да се десило занемаривање професионалне дужности“. Стога је утврђено да су власти новчаном казном у парничном поступку на одговарајући начин примјенили своју *надлежност за оцјеном* у осуди подносиоца представке за клевету.⁹³⁷

Без обзира што члан 10 дозвољава ограничења у циљу заштите ауторитета и непристрасности судства, државе уговорнице морају пружити разумне и чврсте разлоге како би ограничили слободу изражавања која се бави судством.⁹³⁸ Суштински је ријеч о питању да ли су изјаве унутар дозвољених граница критике по питањима од јавног интереса која доприносе јавној дебати или се ради само о личној, деструктивној и неоправданој критици. У овом другом случају, Суд, како би очувао повјерење у судство, даје властима широко поље слободне оцјене. Такође, постојање заједничког стандарда у односу на особине судства међу државама уговорницама, доприноси сужавању поља слободне оцјене. Међутим, показало се да у одређеним случајевима Суд балансира овако супростављене интересе на неконзистентан начин.

5.3.3.4.3. Политички говор

Суд је признао пресудну важност слободе изражавања како би се омогућила отворена интелектуална расправа, што је нарочито тачно за политичке ставове јер је политичко изражавање основ демократске државе и њеног друштва. Политички говор, у контексту слободе изражавања, се не односи само на изражавање чињеница и мишљења о понашању и ставовима изабраних или других политичких представника него и о свим темама од јавног интереса. Дужност штампе је да „саопштава

⁹³⁷ *Perna против Италије*, пресуда од 06.05.2003.г., ставови 46 и 48.

⁹³⁸ R.C.A White, C. Ovey, *European Convention on Human Rights* (2002) 285-86, *op.cit.* p. 288.

информације и идеје о политичким питањима на исти начин као и у осталим областима од јавног интереса“, што значи да и јавност има право да прима овакве информације и идеје. Само слобода медија омогућава јавности да формира мишљење о идејама и концептима политичких партија и политичара.⁹³⁹ Штампа има посебну улогу „чуvara јавности“. ⁹⁴⁰ Њен задатак је зато да информише јавност о пропустима и грешкама и потенцијалним незаконитим радњама у политици и друштву. Веома је важно да влада буде контролисана не само од стране законодавне и судске власти већ и путем медија.

Суд по питању политичког говора има потпуно независно поступање у вези са свим околностима случаја. Суд минуциозно испитује садржај говора и његову сврху, контекст у којем је изречен, његову природу и последице, укључујући и могуће санкције.

Доктрина поља слободне оцјене игра малу или чак нема никакву улогу када се разматрају ограничења политичког говора или расправе о јавном интересу. Суд је стално наглашавао да члан 10 Конвенције оставља веома мало простора за оваква ограничења.⁹⁴¹ У саглашавајућем мишљењу судије *Martensa* такав став је најбоље изражен ријечима: „Као и у својим пресудама у предметима *Lingens* и *Oberschlick*, Суд и у овој пресуди јасно ставља до знања да, када је слобода изражавања у питању, не постоји простор за поље слободне оцјене које би се оставило националним судовима да испитују одређене изјаве, него ће сам Суд спровести потпуно испитивање таквих изјава. Штавише, таква контрола је неопходна посебно када је у питању слобода јавне дебате“. ⁹⁴²

⁹³⁹ *Lingens против Аустрије*, ставови 41 и 42.

⁹⁴⁰ *Sunday Times против Уједињеног краљевства* (бр.2), став 50.

⁹⁴¹ Видјети нпр. *Schwabe против Аустрије*, пресуда од 28.8.1992.г., став 34 или *Casado Coca против Шпаније*, пресуда од 24.2.1994.г., став 46.

⁹⁴² Сагласно мишљење судије *Martensa* у предмету *Schwabe против Аустрије*.

Заштита члана 10, како је и напријед назначено, не обухвата само мишљења која нису проблематична него и она које су за државу и грађане шокантна и узнемирујућа. Државама уговорницама је тиме дато уже поље слободне оцјене у ограничењу уобичајеног политичког говора под претпоставком да је критика упућена у доброј вјери, на основу „поузданих чињеница“ и да има за циљ да информише јавност о стварима од јавног интереса. Поменути принципи у овом смислу су утврђени у водећем предмету *Lingens против Аустрије* и касније примјењени у осталим одлукама. Новинар је у овом предмету осуђен због критике упућене аустријском канцелару, а сама критика је садржала и одређене увредљиве ријечи. Суд је утврдио да је граница прихватљиве критике политичара већа него у односу на обичне грађане. Утврдио је да су политичари неминовно и вољно изложени пажљивијој анализи сваке изговорене ријечи и поступка не само од стране новинара већ и од стране цјелокупне јавности, због чега морају показати већи степен толеранције.⁹⁴³ Као што су и показале релевантне одлуке Суда, критика се може само кретати у границама заштите угледа и права других као легитимних циљева.

Због значаја политичког говора у демократском друштву, Суд није вољан да узме у обзир постојање консензуса међу државама уговорницама. *MacDonald* је истакао да се Суд у предмету *Lingens* уздржао од позивања на европски консензус који постоји међу националним законодавствима држава уговорница, иако је овај метод користио у неким претходним случајевима.⁹⁴⁴

У односу на политичку дебату, како је показала пракса, Суд прави строгу разлику између **чињеничних и вриједносних судова**, чак иако њихова дефиниција може бити сложена за формулисање због међусобне испреплетаности. Док је сваки опис чињеница подложен доказивању, вриједносни судови подразумијевају субјективну перцепцију реалности, те се стога њихова истиност не може доказати. Ако би

⁹⁴³ *Handyside*, ставови 42 и 49.

⁹⁴⁴ R. St. J. Macdonald, *Politicians and the Press*. In Matscher, F., Petzold, H. (eds.). *Protecting Human Rights: The European Dimension*. Studies in Honour of Gerard J. Wiarda. Carl Heymanns Verlag, 2nd ed., 1990, p. 367.

национални закон захтијевао такве доказе, то би *ipso facto* значило кршење слободе мишљења.⁹⁴⁵ Означавање говора као чињеничног или вриједносног није увијек објективно очигледно и захтијева одређено истраживање. Овакво истраживање спада у оквир поља слободне оцјене државе, посебно њених судова.⁹⁴⁶ Разликовање између чињеничних навода и вриједносних судова може довести до тога да се под изговором вриједносних судова изражавањем повриједи углед другог. Без обзира што у погледу политичког говора државе скоро да и немају поље слободне оцјене, оне ипак могу ограничити изражавање засновано на вриједносним судовима. Без обзира што може бити ријеч о вриједносном политичком говору он мора имати чињеничну подлогу иначе ће се сматрати неоправданом критиком.⁹⁴⁷ Питање шта се сматра „довољном чињеничном подлогом“, мора се сагледати у контексту цијелог случаја. У пресуди *Lingens* Суд је утврдио повреду члана 10 између осталог и зато што су аустријски судови утврдили да су изрази којима је новинар у питању окарактерисао понашање политичара као што су „најприземнији опортунизам“, „неморално“ и „недостојанствено“ били увредљиви. Суд је међутим сматрао да је новинар засновао свој вриједносни суд на неспорним чињеницама.⁹⁴⁸ Такође, у новинском извјештавању путем интервјуа мора да се направи разлика да ли изјава потиче од новинара или представља нечији цитат, обзиром да би кажњавање новинара за помагање у ширењу изјава које су друга лица дала у интервјуима озбиљно угрозило допринос штампе дискусији о питању од јавног интереса и не би га требало примењивати осим уколико постоје посебно јаки разлози за то.⁹⁴⁹

У одређеним предметима Суд се није држао претходно формулисаног става, чини се оправдано. Тако, у предмету *Oberschlick против Аустрије*, новинар је био осуђен за клевету због објављивања информације против лидера десничарске партије у Аустрији који заступао дискриминисање породица имиграната у односу на плаћање

⁹⁴⁵ *Oberschlick против Аустрије*, став 63.

⁹⁴⁶ *Prager and Oberschlick против Аустрије*, став 36.

⁹⁴⁷ *De Haes and Gijssels против Белгије*, став 47 и *Oberschlick против Аустрије* (бр. 2), пресуда од 01.07.1997.г., став 33.

⁹⁴⁸ *Lingens*, ставови 45 и 46.

⁹⁴⁹ *Pedersen and Baadsgaard против Данске*, пресуда од 17.12.2004.г., став 77.

породичних додатака. Новинар је истом приликом тог политичара назвао идиотом. Суд је сматрао да је овај израз употребљен у усијаној политичкој расправи која је испровоцирана врло провокативним говором. У овом случају није био одлучујући садржај говора колико контекст самог случаја. Суд је сматрао да се није радило о злонамјерном нападу на политичара него о одговору на претходне провокативне изјаве. Иако је сам Суд признао да се вриједносне изјаве могу ограничити уколико нису чињенично засноване, у овом случају је сматрао да је за употребу ријечи идиот подносилац представке имао „објективно разумљиво објашњење“.⁹⁵⁰ Суд је у једном предмету (који се донекле тицао истог политичара) заштитио чак и умјетничко изражавање у ком је извјесни политичар представљен у карикатуралном и сатиричном свијетлу уз образложење да се „умјетничка слика није бавила приватним животом жртве већ његовим положајем у јавности као политичара“.⁹⁵¹

Сличан критеријум Суд је примјенио у предмету *Roseiro Bento против Португала*, али овога пута се радило о парничној осуди политичара због изјава увредљивог садржаја о другом политичару датих током дискусије у градској скупштини. Суд је утврдио да су изјаве у питању обојица дали у својству политичара па је граница прихватљиве критике била већа. Суд је констатовао да оштар политички говор има тенденцију да постане лични по тону, што је дио ризика политичког живота и слободне расправе. Суд је узео у обзир и контекст, односно да су изјаве дате у градској скупштини, као значајном форуму јавне дебате који се може упоредити са Парламентом у погледу интереса друштва да заштити слободу изражавања.⁹⁵² Без обзира што државе имају одређено поље слободне оцјене, португалски судови нису овдје добро одмјерили интересе у питању чиме је повријеђен члан 10.

Приликом испитивања оправданости мијешања у политички говор, Суд такође детаљно испитује и питање да ли санкције изречене подносиоцима представке, с обзиром на њихову тежину и последице, обесхрабрују критику коју би новинар или

⁹⁵⁰ *Oberschlick против Аустрије*, ставови 31-33.

⁹⁵¹ *Vereinigung Bildender Künstler против Аустрије*, пресуда од 25.01.2007.г., став 34.

⁹⁵² *Roseiro Bento против Португала*, пресуда од 18.04.2006.г., ставови 42- 44.

било ко други имао у будућности и тако онемогућио расправу о важним друштвеним питањима (доктрина расхладног ефекта).⁹⁵³ Суд у том случају испитује да ли су националне власти могле да примјене мање ограничавајуће мјере за постизање жељеног циља. Ако је на располагању постојала таква мјера а није искоришћена онда ће поље слободне оцјене бити прекорачено.

Изузетно висок ниво заштите ужива политички говор против изабраних представника грађана, владе или носилаца високих функција. Уколико ограничавају овакав говор, националне власти морају прибјећи најмање ограничавајућим мјерама јер би у супротном санкције имале одвраћајући ефекат. Овакав став је изричито назначен у предмету *Castells против Шпаније* ријечима да су „границе прихватљиве критике шире у односу на владу него у односу на појединце или чак политичаре“. Иначе у овом предмету је баскијски сенатор осуђен због тога што је написао чланак који је критичан по владу. Суд је посебно ставио до знања да се „због свог доминантног положаја, влада мора уздржати од прибјегавања кривичним поступцима, посебно када постоје друга средства као одговор на неоправдане нападе и критике изречене од стране својих противника или медија.“

Санкције, посебно кривичне, су у овој области *a priori* искључене. Поље слободне оцјене држава у изрицању санкција је троструко условљено: санкције морају бити фокусиране на одржавање јавног реда, морају бити примјерене а не претјеране у односу на клеветничке оптужбе и, такође, не би смјеле бити засноване или формулисане у лошој намјери.⁹⁵⁴

Привилегија дата законом одређеним личностима као што је шеф државе, да се у односу на њих ограничава прихватљива критика, није у складу са слободом изражавања „без обзира на интерес који држава може имати у одржавању

⁹⁵³ *Lingens*, став 44.

⁹⁵⁴ *Castells против Шпаније*, став 46 или *Ceylan против Турске*, став 34.

пријатељских односа са лидерима осталих држава, и таква привилегија превазилази неопходност постизања таквог циља”.⁹⁵⁵

Могуће да се ради о изолованом случају али постоји и примјер када је слобода изражавања политичара угрожена од стране медија. Тако је у предмету *Andreas Wabl против Аустрије*, подносилац представке тврдио да му је прекршена слобода изражавања када је, након што су га представили у негативном контексту у једним новинама, оцијенио извјештавање те новине као „нацистичко новинарство“, због чега је осуђен за клевету. Суд је нашао да је национални суд добро избалансирао интересе и да је изјава подносиоца представке клевета. Суд се овдје није толико упуштао у испитивање чињеничног стања, што представља корак уназад у односу на принцип „строге европске контроле“ у оваквим случајевима. Зато се норвешка суткиња и није сложила са ставом већине у овој пресуди. Она је сматрала да када се напада штампа, иста не би требала да буде у привилегованијем положају од политичара, посебно када политичар реагује на напад који је личне природе и не односи се на његове политичке ставове. Посебно је у контексту нацизма сматрала да је у демократском друштву потребно допустити и охрабривати политичку дебату која би спријечила ускрснуће нацизма.⁹⁵⁶

Суд у Стразбуру има конзистентну политику пружања медијима највеће могуће заштите. Тако је нпр. у предмету *Golder* одбачен аргумент тужене државе да је било неопходно присилити новинара да открије своје изворе информација. Примјењујући веома уско поље слободне оцјене, Суд је у овом случају утврдио кршење Конвенције.⁹⁵⁷ Дакле више него било гдје, слобода политичког говора је правило а њено ограничење изузетак.

⁹⁵⁵ *Colombani и други против Француске*, пресуда од 25.07.2002.г., став 68. Видјети и *Pakdemirli против Турске*, пресуда од 22.02.2005.г. и *Otegi Mondragon против Шпаније*.

⁹⁵⁶ *Andreas Wabl против Аустрије*, пресуда од 21.03.2000.г., издвојено мишљење судије H.S. GREVE.

⁹⁵⁷ Више о томе у: Janice Brabyn, *Protection Against Judicially Compelled Disclosure of the Identity of News Gatherers' Confidential Sources in Common Law Jurisdictions*, 69THE MODERN LAW REVIEW LIMITED 895 (2006).

5.3.3.5. Остали облици изражавања

Поред наведених, поље слободне оцјене се испитивало и у другим сферама изражавања зависно од врсте медија, посебне категорије лица или неких других критеријума. У најновије вријеме све врсте говора присутне су највише на **интернету**. Како употреба интернета доноси са собом нове факторе, као што су, између осталог и аутори, публика и жртве, Суд мора испитати садржај и контекст говора на интернету.⁹⁵⁸ Тако је нпр. у предмету *Ovchinnikov против Русије*, Суд утврдио да, иако су одређене информације већ постојале на интернету, ограничавајућа мјера руског суда имала је за циљ заштиту приватности малољетника.⁹⁵⁹ Заштита малољетника од потенцијално штетног садржаја информације је такође био одлучујући фактор у одлуци *Mouvement Raëlien Suisse против Швајцарске*. Дјелујући као трећа страна у овом предмету, једна невладина организација и знатан број судија који су били у мањини, сматрали су да држава мора имати уже поље слободне оцјене када се ради о ширењу информација путем интернета. Уклањање упућивања на линк до одређене интернет стране која је сама остала неизмијењена, може се сматрати несразмјерним.⁹⁶⁰ Већина судија је била у корист широког поља слободне оцјене слично говору о економским стварима или приликом оглашавања.⁹⁶¹

Суд је такође сматрао да државе имају веома широко поље слободне оцјене када доносе законе којима се утврђују казне за кршења ауторских права зато што није у питању политичка дебата или изражавање. У ткз. предмету „Pirate bay“, подносиоци представке су се жалили да су кажњени казном затвора и да им је одређен огроман износ одштете који морају платити након њихове осуде за вођење вебсајта *Pirate*

⁹⁵⁸ Dorian Cuceranu, *Aspects of regulating freedom of expression on the Internet*, Intersentia Antwerpen, 2008, p. 179.

⁹⁵⁹ *Ovchinnikov против Русије*, пресуда од 16.12.2010.г.

⁹⁶⁰ *Mouvement Raëlien Suisse против Швајцарске*, пресуда од 13.07.2012.г. став 47.

⁹⁶¹ Исто, ставови 61 и 62.

bay, који је дозвољавао корисницима да преузимају дигитални материјал заштићен ауторским правима. Суд је сматрао да оваква активност није уживала исти степен заштите као и политички говор, што је значило да државе уживају шире поље слободне оцјене. Шира маргина оцјене је такође оправдана када мора да се постигне равнотежа између супростављених права, као што је у овом случају члан 10 и члан 1 Протокола бр.1. Суд је сматрао да „су природа информације и интерес балансирања такви да пружају држави широко поље слободне оцјене, а када се нађу на једном мјесту као у овом случају, поље слободне оцјене је посебно широко“.⁹⁶² Оваква ријетка комбинација се може назвати „маргином унутар маргине“.⁹⁶³

Можда је и најважније питање у контексту говора на интернету заштита приватности, што је данас у свијету предмет озбиљне дебате.⁹⁶⁴ У предмету *K.U. против Финске*, Суд је нагласио да и поред тога што „корисници телекомуникационих и интернет услуга морају имати гаранцију да ће њихова приватност и слобода изражавања бити поштовани, таква гаранција не може бити апсолутна и мора се сагледати у односу на остале легитимне интересе као што су спречавање нереда или криминала или заштите права и слобода других“.⁹⁶⁵ И у овом предмету је заштита угледа и приватности малољетника била одлучујућа за одлуку Суда, због разних опасности које вријебају ову популацију на интернету.

Интернет није суштински измијенио слободу изражавања па је Суд у оцјени слободе изражавања на интернету примјењивао стандарде о којима је претходно било ријечи. Могуће да ће се у будућности Суд суочити са изазовом да очува већ развијене стандарде поступања у односу на интернет с обзиром на његове посебне

⁹⁶² *Neij and Sunde Kolmissoppi против Шведске*, одлука о прихватљивости од 19.02.2013.г.

⁹⁶³ D. Spielmann, *Whither the Margin of Appreciation?* UCL – Current Legal Problems (CLP) lecture, 20 March 2014, p. 9.

⁹⁶⁴ Видјети нпр. Toby Mendel, Andrew Puddephatt, Ben Wagner, Dixies Hawtin, and Natalia Torres (2012), *Global survey on Internet privacy and freedom of expression*, UNESCO Publishing.

⁹⁶⁵ *K.U. против Финске*, пресуда од 02.12.2008.г., став 49.

карактеристике као што су свеприсутност, непостојање одговорности приликом говора на интернету и његова растућа природа.⁹⁶⁶

Одређене групе људи или **специфичне професије** као што су новинари, државни службеници, припадници оружаних снага или адвокати имају посебну одговорност за изговорену ријеч. Већ је било ријечи о посебној одговорности новинара када се напада појединац у складу са њиховим положајем у демократском друштву. Такође и позив државног службеника има посебне дужности као што је нпр. лојалност уставним принципима.⁹⁶⁷ Међутим, у предмету *VDSO и Gubi против Аустрије*, Суд је утврдио да се право на слободу изражавања односи на војнике исто као и на друге, тако да у том смислу они немају посебне одговорности.⁹⁶⁸ Овдје је зато државама дато широко поље слободне оцјене.

Имајући у виду улогу адвоката у правилном спровођењу правде, они имају посебан статус приликом критике рада судова. Поље слободне оцјене државе када се ограничава говор адвоката пред судом је стога сужено. Посебно је проблематично изрицање затворске казне браниоцу, што у одређеним околностима може имати последице не само на права адвоката у смислу члана 10 већ и на право брањеника на правично суђење у смислу члана 6 Конвенције.⁹⁶⁹

Одмјеравање права на приватност лица која су ухапшена или је против њих покренут кривични поступак у односу на слободу изражавања зависиће од тога да ли је особа позната личност или се ради о питању од јавног интереса. Државе генерално не уживају широко поље слободне оцјене јер се слобода изражавања сукобљава са

⁹⁶⁶ Више у: Wolfgang Benedek, Matthias C. Kettemann, *Freedom of expression and the Internet*, Council of Europe, Jan 15, 2014.

⁹⁶⁷ *Vogt против Немачке*, пресуда од 26.09.1995.г.

⁹⁶⁸ *VDSO and Gubi против Аустрије*.

⁹⁶⁹ *Nikula против Финске*, став 49 и *Steur против Холандије*, пресуда од 28.10.2003.г., став 37.

правом на правично суђење.⁹⁷⁰ Међутим, у одређеним предметима Суд је нашао кршење члана 10 управо из разлога јавног интереса.⁹⁷¹

5.3.4. Примјена доктрине поља слободне оцјене у односу на члан 11

Члан 11 јамчи двије слободе, слободу мирног окупљања и слободу удруживања с другима укључујући и синдикално удруживање. Ријеч је о слободама које су међусобно повезане и неодвојиве.⁹⁷² Ове двије слободе чине темеље функционалних демократија и доприносе како развоју појединца тако и доборобити друштва у цјелини. Као и код слободе изражавања, смисао заштите коју пружа члан 11 јесте да сви чланови друштва имају прилику да изразе своје мишљење и представља облик директне демократије.⁹⁷³ Суд у Стразбуру је у више наврата истицао значај ових слобода. Суд је сматрао да се слободе из члана 11 односе на све облике организовања људи како би се постигао неки допуштен циљ, укључујући ту и политичке странке.⁹⁷⁴ Двојни аспект члана 11 је логички подијелио предмете на групу предмета који се баве политичким аспектом члана 11 као што су нпр. права права на оснивање политичке странке, или права на учествовање у демонстрацијама. Друга група предмета бави се питањима економске природе као што су питања радних односа, чланства у синдикату или правом на штрајк.⁹⁷⁵

⁹⁷⁰ Видјети нпр. предмете: *Sciacca против Италије*, пресуда од 11.01.2005.г., *Khuzhin и други против Русије*, пресуда од 23.10.2008.г., *Giorgi Nikolaishvili против Грузије*, пресуда од 13.01.2009.г., *Toma против Румуније*, пресуда од 24.02.2009.г. *Khmel против Русије*, пресуда од 12.12.2013.г.

⁹⁷¹ Видјети нпр. предмете *Österreichischer Rundfunk против Аустрије*, пресуда од 07.12.2006.г., *Verlagsgruppe News GmbH против Аустрије* (бр. 2), пресуда од 14.12.2006.г., *Eerikäinen и други против Финске*, пресуда од 10.02.2009.г., *Egeland и Hanseid против Норвешке*, пресуда од 16.04.2009.г.

⁹⁷² P. Van Dijk, G. J. H. Van Hoof (1990), *op.cit.*, p. 586.

⁹⁷³ D. J. Harris, M. O'Boyle, E. P. Bates, C. M. Buckley (2009), *op.cit.*, p. 417.

⁹⁷⁴ Војин Димитријевић, ОГРАНИЧЕЊА СЛОБОДЕ УДРУЖИВАЊА И СРОДНИХ ПРАВА ДОЗВОЉЕНИХ МЕЂУНАРОДНИМ ПРАВОМ, у: Уставно ограничење слободе удруживања, зборник радова, уредник Јовица Тркуља, Уставни суд Републике Србије и Венецијанска комисија, 2010. година.

⁹⁷⁵ R.C.A White, C. Ovey (2002), *op.cit.*, p. 298.

Као и друга права и слободе из групе чланова 8-11 ове слободе нису апсолутне јер је државама дато поље слободне оцјене да могу ограничити уживање ових слобода.⁹⁷⁶ Пракса Суда јасно показује да се користи исти аналитички оквир у примјени члана 11 као и у односу на остале квалификоване чланове. Овакав метод подразумијева испитивање да ли је дошло до „мијешања“ у право подносиоца представке гарантовано ставом 1 члана и ако јесте, да ли је мијешање „оправдано“ према ставу 2 (нпр. да ли је прописано законом, да ли је имало легитиман циљ и да ли је било неопходно у демократском друштву).

Слобода мирног окупљања није изискивала оцјену поља слободне оцјене држава јер је ријеч о појединачним ситуацијама гдје је реаговање власти усмјерено на један догађај или скуп и питање да ли се исти има забранити како би се заштитио неки јавни интерес.

Предмети који се искључиво позивају на повреду члана 11 нису толико заступљени у пракси Суда. Разлог може бити испреплетаност са правима зајамченим члановима 8-10 Конвенције, посебно са слободом изражавања, као и снажна традиција политичког и синдикалног активизма у државама уговорницама. Највећи прилив оваквих предмета се у ствари десио након приступања СЕ земаља централне и источне Европе.

5.3.4.1. Слобода политичког удруживања

Најстрожије испитивање чињеница случаја, Суд врши приликом наметања ограничавајућих мјера које утичу на постојање и функционисање политичких

⁹⁷⁶ Члан 11 став 2 предвиђа: *За вршење ових права неће се постављати никаква ограничења, осим оних која су прописана законом и неопходна у демократском друштву у интересу националне безбједности или јавне безбедности, ради спречавања нереди или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других. Овим се чланом не спречава законито ограничавање вршења ових права припадницима оружаних снага, полиције или државне управе.*

партија. Важност политичких партија за правилно функционисање демократије је очигледно. Последица тога је значајно умањено поље слободне оцјене држава приликом ограничавања или санкционисања политичких партија. Суд обично подсјећа у овим случајевима да се одступања од члана 11 морају уско тумачити и правдати „увјерљивим и убједљивим“ разлозима. „Разумност“ радње ограничења ће зависити између осталог и од њене природе и тежине.⁹⁷⁷ Суд задире у најситније детаље случаја и високо поставља стандард разумности ограничења.

Ограничење дјеловања политичких партија може се постићи било одбијањем регистрације новоосноване партије или забраном рада. У оба случаја простор за маневрисање државе је скучен.

Када испитује да ли је одбијање регистрације нове партије условљено неодложном друштвеном потребом Суд узима у обзир (i) да ли постоји вјероватан доказ да је ризик по демократију довољно непосредан; (ii) да ли се одређено дјеловање и говор лидера у предметном случају може приписати одређеној политичкој партији; и (iii) да ли је дјеловање и говор који се могу приписати политичкој партији представља цјелину која је дала јасну слику о моделу друштва који промишља и заступа партија, а који је непомирљив са са концептом „демократског друштва“. У испитивању ових тачака мора се такође узети у обзир и историјски контекст у ком се десило одбијање регистрације партије. Суд ипак даје предност европском консензусу у односу на историјски контекст јер исти „не може сам по себи оправдати потребу за мијешањем, посебно због тога што комунистичке партије засноване на марксистичкој идеологији постоје у великом броју земаља уговорница Конвенције“.⁹⁷⁸

Без обзира што ови критеријуми теоријски државама дају одређено поље слободне оцјене, ипак се исти строго испитују. Суд ће ријетко наћи да је одбијање регистрације

⁹⁷⁷ *Refah Partisi (The Welfare Party) против Турске*, пресуда од 13. 02. 2003.г., став 133.

⁹⁷⁸ *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) a Unrureanu против Румуније*, пресуда од 03.02.2005.г., ставови 48 и 58.

политичке партије у складу са чланом 11.⁹⁷⁹ Према већ чврсто утемељеној пракси Суда, у демократском друштву није неопходно спречавати стварање нових политичких партија на основу њихових статутарно декларисаних циљева. Потребно је утврдити какво је стварно дјеловање партије.⁹⁸⁰ Исто важи и за забране рада политичких партија.⁹⁸¹

Суд је највише искуства имао са забранама политичких партија које по уставу изриче турски Уставни суд.⁹⁸² Тако се у предмету *United Communist Party и други против Турске*, Суд суочио са питањем да ли је распуштање комунистичке партије коју је наредио Уставни суд Турске у складу са обавезама ове државе по Конвенцији. Суд је сматрао да су политичке партије „облик удруживања који је од суштинске важности за функционисање демократије“. Имајући у виду важност демократије у систему Конвенције..., нема сумње да су политичке партије обухваћене заштитом члана 11“. Суд није оспорио дискрецију државама да распуштају оне политичке партије које имају за циљ да подрију „уставне структуре државе“ али је сматрао да се таква одлука може спровести само у складу са обавезама из Конвенције. Приликом утврђивања да ли је оваква драстична мјера забране одређене политичке партије неопходна у демократском друштву Суд је афирмисао да члан 11 треба „сагледати у свијетлу члана 10“. Ова међузависност није случајно утврђена већ је заснована на свеобухватној функцији које ове двије слободе имају у демократском друштву, обезбјеђујући посебно политички плурализам. Имајући у виду важност демократије као суштинске вриједности, Суд је сматрао да приликом „утврђивања да ли постоји

⁹⁷⁹ Видјети нпр. *Presidential Party of Mordovia против Русије* (пресуда од 05.10.2004.г.), гдје је Русија прекршила члан 11 тиме што није дозволила обнављање регистрације политичке партије зато што није формирала одређени број подружница или предмет *Linkov против Републике Чешке* (пресуда од 07.12.2006.г.) када је утврђено да је Чешка прекршила члан 11 тиме што је одбила да региструје политичку партију због тога што је у свом програму имала за циљ да раскине правни континуитет са тоталитарним режимима. Суд је закључио да та партија никада није показала жељу за коришћењем незаконитих и недемократских средстава како би остварила зацртани циљ.

⁹⁸⁰ *Refah Partisi (The Welfare Party) против Турске*, ставови 56-61.

⁹⁸¹ *Socialist Party и други против Турске*, пресуда од 25.05.1998.г., став 48.

⁹⁸² Између 1998. и 2005. године Суд је разматрао 11 предмета који су се бавили забраном или одбијањем регистрације партија у Турској. Суд је утврдио кршење само у предмету *Refah Partisi*. Видјети у: Fransje Molenaar. 'The Development of European Standards on Political Parties and their Regulation', Working Paper Series on the Legal Regulation of Political Parties, No. 4. 2010, p. 34.

неопходност у смислу члана 11 (2), државе уговорнице имају *ограничено поље слободне оцјене* које иде руку под руку са *ригорозном европском супервизијом* како закона тако и одлука које га примјењују, укључујући и одлуке независних судова“.⁹⁸³

У великој већини предмета Суд је примјенио стандарде успостављене у поменутој одлуци и нашао кршење члана 11. Тужене државе су се у овим ситуацијама често позивале на заштиту националне безбиједности или спречавање нереда и заштита права других. Конкретни разлози су се односили нпр. на сузбијање сепаратистичких идеја,⁹⁸⁴ чување података о лидерима и члановима партије у базама података тајних служби,⁹⁸⁵ именовање удружења по имену особе у односу на коју већина становништва има негативну перцепцију,⁹⁸⁶ итд.

Међутим, у случају турске партије благостања (*Refah Partisi*), која је заговарала примјену исламистичких принципа који су супротни секуларним начелима турског устава, Суд је сматрао да само „убједљиви разлози“ могу оправдати овако драстичне мјере. И у овом предмету је наглашено да се политичке партије не могу поуздати у одредбе Конвенције како би ослабиле или негирале идеале и вриједности демократског друштва, што је стандард који је важио за све наредне случајеве у пракси Суда. Велико вијеће је оцијенило да се мора водити рачуна о стварној дјелатности партије, односно о исказима оних који су овлашћени да иступају у њено име. Такође, узето је у обзир колико је политичка странка била близу преузимања власти и у којој мјери слобода удруживања може да се ограничава из превентивних разлога. Таква процјена је врло деликатна и не може се дати без увида у стварне околности у некој држави. Суд је такође испитивао и могуће последице доласка партије на власт и процијенио да би увођењем шеријатског права, за шта се залагала спорна партија, дошло до дискриминације у турском друштву по основу вјере и по

⁹⁸³ *United Communist Party и други против Турске*, ставови 25,27, 42, 43, 44 и46.

⁹⁸⁴ *United Macedonian Organisation Ilinden – Pirin и други против Бугарске*, пресуда од 20.10.2005.г.; *Tourkiki Enosi Xanthis и други против Грчке*, пресуда од 27.03.2008.г..

⁹⁸⁵ *Segerstedt-Wiberg и други против Шведске*, пресуда од 06.06.2006.г.

⁹⁸⁶ *Удружење грађана „Радко и Пауновски“ против БЈР Македоније*, пресуда од 15.01.2009.г.

основу пола. Залажући се за увођење шеријатског права које допушта насиље (цихад), као средство за остваривање циљева, такође је према Суду било неприхватљиво. Стога се Вијеће у великој мјери ослонило на поље слободне оцјене државе у односу на „одговарајуће вријеме за распуштање“ политичке партије и „кључним разлозима“ који су подржали ту одлуку.⁹⁸⁷

Сличне разлоге је некадашња Комисија имала поводом забране неких политичких странака у тадашњој СР Њемачкој за које су судови те државе сматрали да је ријеч о покушају обнове Националсоцијалистичке партије или Комунистичке партије Њемачке.⁹⁸⁸

У новијем предмету *Vona против Мађарске*, Суд се отворено супроставио расизму и мржњи коју шири одређена партија. Суд је сматрао да у ситуацији када дјеловање одређеног удружења представља раширено расистичко застрашивање групе онда се рад таквог удружења може законито забранити а да се тиме не крши Конвенција. Суд је утврдио да је распуштање Удружења мађарске гарде од стране мађарских судова показало оправданим ограничење права у складу са чланом 11 Конвенције. Пресуда је заснована на чињеници да су парамилитарна окупљања у селима са већинским ромским становништвом широм Мађарске и заступање расистичких политика, застрашивали ромско становништво и кршило њихова основна права. Овакво распрострањено расистичко застрашивање „које није у складу са основним вриједностима демократије може оправдати ограничење слободе изражавања чак и у оквиру суженог поља слободне оцјене које држава има у овом случају“.⁹⁸⁹

Не постоји дакле оправдан разлог за спречавање дјеловања политичких група које поштују демократска начела без обзира што критикују друштвени систем или

⁹⁸⁷ *Refah Partisi (The Welfare Party)*, ставови 99, 100, 102, 108, 128, 129 111-115 и 135.

⁹⁸⁸ Видјети нпр. *German Communist Party*, одлука о прихватљивости Комисије од 20.07.1957.г. или *Kühnen против СР Њемачке*, одлука Комисије о прихватљивости од 12.05.1988.г.

⁹⁸⁹ *Vona против Мађарске*, став 69.

уставно уређење државе и траже јавну расправу у политичкој арени.⁹⁹⁰ У таквим ситуацијама Суд пружа најширу могућу заштиту која је у складу и са текстуалним и са телеолошким тумачењем члана 11. Међутим, уколико политичке или друге групе заговарају насиље, дискриминацију или спроводе расистичко застрашивање, без обзира на уско поље слободне оцјене које државе уживају, ограничење слободе удруживања сматраће се оправданим.

5.3.4.2. Синдикално удруживање

Право да се оснива и буде члан синдиката је аспект ширег права на слободу удруживања. Обухвата позитивну обавезу државе да својим законодавством штити право удруживања радника у приватном и државном сектору.⁹⁹¹ Суд је заузео изузетно опрезан приступ по овом питању допуштајући веома широко поље слободне оцјене државама уговорницама да одлуче у којој мјери ће синдикална права бити призната и заштићена националним правом.⁹⁹² Синдикално удруживање није у том обиму важно за функционисање политичке демократије као удруживање политичких група па је и испитивање чињеница случаја које спроводи Суд мањег интезитета. Разлог може бити и природа јавног интереса који се ограничењем жели очувати.

У пресуди *National Union of Belgian Police против Белгије*, Суд није утврдио кршење члана 11 али је успоставио кључне принципе синдикалног удруживања, па се тако овим чланом штити право да се оснује синдикат и да се буде члан синдиката по избору, затим право да се буде саслушан и слободу да се штите професионални интереси чланова кроз синдикалне активности које државе чланице Конвенције, морају не само да дозволе, већ и да омогуће. У овом предмету синдикат се жалио да

⁹⁹⁰ *Partidul Comunistilor (Nepoceristi) a Unrureanu против Румуније*, став 55.

⁹⁹¹ *Gustafsson против Шведске*, став 45.

⁹⁹² *Wilson and National Union of Journalists и други против Уједињеног краљевства*, пресуда од 02.07.2002.г., став 45.

их влада није препознала као једну од најрепрезентативнијих организација која се по закону мора консултовати. Суд је сматрао да је синдикат, осим консултација, имао друга средства дјеловања према влади и да је политика ограничавања броја репрезентативних организација које се морају консултовати ствар дискреције државе.

У предмету *Schmidt and Dahlström против Шведске*, Суд се у свом поступању строго ограничио на право на оснивање и чланство у синдикату, па је сматрао да члан 11 представља „слободу синдикалног удруживања као облик или посебни аспект слободе удруживања“ али не „даје никакав посебни третман члановима синдиката од стране државе као што је право ретроактивности бенефиција“ из радних односа. У заштити синдикалних права која су побројана у пресуди *National Union of Belgian Police*, држави је допуштен слободан избор средстава.⁹⁹³

Разматрајући позитиван (право на придруживање постојећим синдикатима) и негативан (право да се не буде члан неког удружења) аспект слободе синдикалног удруживања, Суд је интезивно испитивао чињенице у ситуацији када је сама суштина права била угрожена. У том случају ће Суд испитивати све релевантне околности случаја, посебно у свијетлу штете коју су претрпјели подносиоци представке, па без обзира на широко постављено поље слободне оцјене, може утврдити повреду Конвенције.⁹⁹⁴ У односу на обавезно чланство у синдикату, Суд дуго није признавао слободу да се не буде члан неког синдикалног удружења све до пресуде *Sigurdur A. Sigurjónsson против Исланда*,⁹⁹⁵ када је признао и да негативни аспект слободе удруживања мора уживати исту заштиту као и позитивни. Међутим, тек у пресуди *Sorensen and Rasmussen против Данске*, Суд је детаљније разрадио распон поља слободне оцјене приликом признања негативног аспекта слободе удруживања. Овдје је Велико вијеће, као снажан аргумент, искористило непостојање европског консензуса сматрајући „да постоји мала подршка у државама уговорницама за одржавање *closed-shop* споразума као и код поменутих европских инструмената, те

⁹⁹³ *National Union of Belgian Police против Белгије*, ставови 36, 39 и 45.

⁹⁹⁴ *Young, James and Webster против Уједињеног краљевства*, став 65.

⁹⁹⁵ *Sigurdur A. Sigurjónsson против Исланда*, пресуда од 30.06.1993.г.

да њихова употреба на тржишту рада није неопходно средство за дјелотворно уживање слободе синдикалног удруживања“ Вијеће је закључило да када домаћи закони дозвољавају ткз. *closed-shop* (обавезно чланство у синдикату) споразуме који су супротни слободи избора појединца, *поље слободне оцјене је сужено*. У том смислу посебна пажња се мора посветити оправдању које пружа влада, обиму повреде права заштићеним чланом 11, као и перцепцији важности ткз. *closed-shop* споразума за дјелотворно уживање слободе синдикалног удруживања.⁹⁹⁶ У овом случају су начело еволутивног тумачења, непостојање европског консензуса као и концепт повреде саме суштине права играли кључну улогу у сужавању поља слободне оцјене.

У једном од новијих пресуда, када се по први пут расправљало о интервенцији у секундарно право на штрајк, односно када радници једног предузећа подржавају штрајк радника другог предузећа, Суд је дао туженој држави широко поље слободне оцјене наводећи као главни аргумент да се није радило о ограничењу „суштине права већ о секундарном или додатном аспекту синдикалног удруживања“.⁹⁹⁷

У односу на службенике јавних служби, припаднике полиције и војске, ограничење права синдикалног удруживања ужива веома широко поље слободне оцјене. Суд овдје углавном испитује „законитост“⁹⁹⁸ и значење и обим израза „припадник државне службе“.⁹⁹⁹

Када разматра питања синдикалног удруживања, Суд даје толико велико поље слободне оцјене да је тешко разликовати стварни садржај права у практичне сврхе.¹⁰⁰⁰ Мора се међутим имати у виду да постоје други међународни инструменти који се баве заштитом синдикалних права, посебно Међународна организација рада и

⁹⁹⁶ *Sorensen and Rasmussen против Данске*, пресуда од 11.01.2006.г., ставови 58 и 75.

⁹⁹⁷ *R.M.T. против Уједињеног краљевства*, пресуда од 08.04.2014.г., став 87.

⁹⁹⁸ Видјети нпр. *Rekényi против Мађарске*, пресуда од 20.05.1999.г.

⁹⁹⁹ Видјети нпр. *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani против Италије* (бр. 2), пресуда од 31.05.2007.г.

¹⁰⁰⁰ R.C.A White, C. Ovey (2010), *op.cit.*, p. 476.

Европска социјална повеља.¹⁰⁰¹ Конвенција зато и није најбоље средство за рјешавање сложених социо-економских питања радног права.¹⁰⁰²

Генерално, када даје поље слободне оцјене у предметима који се баве синдикалним удруживањем, Суд испитује природу и обим ограничења, циљ који се жели постићи ограничењем и супростављена права и интересе других појединаца који могу имати штете од неограниченог уживања тог права. Такође се узима у обзир и степен „заједничког стандарда“ држава чланица СЕ као и међународни консензус рефлектован у одговарајућим међународним инструментима.¹⁰⁰³

5.3.4.3. Слобода мирног окупљања

Сами обухват члана 11 ограничен је придјевом „мирно“, јер власти немају потребу да се позивају на ограничења прописана ставом 2 истог члана ако би разумно вјеровале да планирано окупљање не би било мирно. Зато се слобода окупљања мора условити одобрењем све док се одобрења односе на безбиједност окупљања а не на само право окупљања. Међутим, строгост ограничења, која се односе на миран карактер окупљања, може утицати на само право окупљања и стога може представљати кршење члана 11 ако се не позива на један од изузетака из става 2.

Треба рећи да се слобода окупљања не може обезбиједити само уздржавањем од интервенције јавних власти јер оне могу имати и позитивне обавезе да интервенишу како би спријечиле утицај приватних лица на слободу окупљања и у том смислу ће имати веома широко поље слободне оцјене.¹⁰⁰⁴ Приликом ограничења слободе

¹⁰⁰¹ Lee Swepston, “Human Rights Law and Freedom of Association: Development through ILO Supervision”(1998) 137 International Labour Review 169.

¹⁰⁰² Видјети издвојена мишљења у предмету *Gustafsson против Шведске*.

¹⁰⁰³ *Demir and Baykara против Турске*, став 85.

¹⁰⁰⁴ *Plattform "Ärzte Für das Leben" против Аустрије*. Суд је сматрао да је неспорно да Аустрија није извршила обавезу да спријечи контра-демонстрације против демонстрација којима се протествовало против абортуса.

окупљања Суд изричито захтијева од држава да предузму „разумне и адекватне“ мјере како би омогућиле мирно окупљање.

Јуриспруденција у области мирног окупљања је веома опрезна. У налазима да су представке очигледно неосноване, Комисија је редовно била задовољна чињеницом да одлуке националних власти о веома строгим мјерама којима се спречавају нереде, укључујући и потпуну забрану, спада у њихово поље слободне оцјене.¹⁰⁰⁵ Суд је утврдио да се поље слободне оцјене шири посебно у односу на избор разумних и одговарајућих средстава које власти користе како би обезбиједиле да се законите манифестације могу мирно одржати.¹⁰⁰⁶ У овом смислу органи у Стразбуру примјењују најстрожији тест пропорционалности, сматрајући да се општа забрана демонстрација може оправдати само ако постоји стварна опасност која може имати за последицу нереде који се не могу спријечити другим, *мање строжијим мјерама*.¹⁰⁰⁷ Такође, постизање правичног баланса између супростављених интереса не смије довести до обесхрабтивања људи да искажу своје мишљење.¹⁰⁰⁸

5.4. Примјена доктрине поља слободне оцјене у односу на члан 14 Конвенције

5.4.1. Генерални приступ члану 14

Значај забране дискриминације је препознат у многим међународним уговорима о људским правима који су уздигли ово начело као једно од основних аспеката људског достојанства. Тако су се и органи у Стразбуру доста бавили случајевима недискриминације и то је једна од области у којима је националним властима дато најуже поље слободне оцјене.¹⁰⁰⁹ Побројани основи дискриминације у члану 14 нису

¹⁰⁰⁵ Видјети нпр. *Christians against Racism and Fascism против Уједињеног краљевства*, одлука Комисије од 16.07.1980.г. или *Friedl против Аустрије*, пресуда од 31.01.1995.г.

¹⁰⁰⁶ *Chorherr против Аустрије*, пресуда од 25.08.1993.г. став 31.

¹⁰⁰⁷ *Christian against Racism and Fascism против Уједињеног краљевства*, стр. 150, став 5.

¹⁰⁰⁸ *Ezelin против Француске*, пресуда од 26.04.1991.г.

¹⁰⁰⁹ Y. Arai-Takahashi, *The ECHR and non-discrimination*. Amicus Curiae, 1998 (7). pp. 6-11.

коначни јер, према члану 14 дискриминација је забрањена *по било ком основу, као што су пол, раса, боја коже, језик, вјероисповјест, политичко или друго мишљење, национално или социјално поријекло, припадност националној мањини, имовно стање, рођење или друга околност*, управо због додатка *друга околност* на крају члана.¹⁰¹⁰ Као друге околности најчешће се појављују инвалидитет, старост или сексуална оријентација.

За разлику од члана 26 Међународног пакта о грађанским и политичким правима који забрањује дискриминацију у свим областима које држава регулише, домашај забране из члана 14 Конвенције је ограничен само на материјална права гарантована Конвенцијом. У том смислу, забрана дискриминације има комплементарну и помоћну природу. Честа је ситуација да подносиоци представке наводе повреду неког материјалног права а тиме и повреду материјалног права у вези са чланом 14. Суд релативно често, када утврди повреду материјалног права, не поступа даље по наводу о дискриминацији уколико сматра да то подразумева испитивање суштински истог навода.¹⁰¹¹

Међутим, комплементарни карактер члана 14 мора се квалификовати на два начина. Прво, повреда члана 14 може се утврдити и када није дошло до кршења неког материјалног права.¹⁰¹² Друго, као последица, питање дискриминације се поставља чак и у областима у којима државе нису обавезне да пруже одређену заштиту. Другим ријечима, ако државе заштите одређено право или бенефицију, ова мјера се мора примјенити на недискриминаторан начин. Протоколом бр. 12 уз Конвенцију, који је ступио на снагу 2005. године, проширена је забрана дискриминације на сва

¹⁰¹⁰ Karl Joseph Partsch, 'Discrimination', in *The European System for the Protection of Human Rights*, ed. R St J Macdonald, F Matscher and H Pet/old (1993), p. 575

¹⁰¹¹ ПРИБУЧНИК О ЕВРОПСКОМ АНТИДИСКРИМИНАЦИОНОМ ПРАВУ (HANDBOOK ON EUROPEAN NON-DISCRIMINATION LAW), Агенција Европске уније за фундаментална права (FRA), 2010. Савјет Европе/Европски суд за људска права, 2010. Превод на српски језик помогла Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit, 2014, стр. 66.

¹⁰¹² Видјети став 9 у пресуди *Белгијског лингвистичког случаја*, који каже „... мјера која је сама по себи у складу са захтјевима члана који предвиђа одређено право или слободу може, међутим, повриједити овај члан када се чита у вези са чланом 14 из разлога што је „дискриминаторне природе“. Видјети такође и *Sommerfeld против Немачке*, пресуда од 8. 07. 2003.г.

права зајамчена на националном нивоу, чак и када се не односе на права из Конвенције, с тим да треба имати у виду да је Протоколу приступио ограничен број држава чланица СЕ.

Како члан 14 има комплементарну природу, прво треба размотрити да ли наводно кршење права спада у дјелокруг Конвенције. Да би се примјенио члан 14, право или слобода не мора бити предвиђена Конвенцијом али се бар мора *односити* на материјално право из Конвенције.¹⁰¹³ Поставља се онда питање колико близак однос морају имати забрана дискриминације и материјално право. Комисија је често користила израз „довољне везе“ кад год се постави то питање, што је ипак тешко сматрати објективним тестом.¹⁰¹⁴ Суд је са своје стране сматрао да је довољно да чињенице предмета буду у ширем смислу повезане с подручјима заштићеним Конвенцијом.¹⁰¹⁵ Неки аутори сматрају „да је довољна и најмања веза са другом одредбом како би дошла у обзир примјена члана 14“.¹⁰¹⁶

Конвенција, по тумачењу Суда, забрањује различито поступање с особама или групама у истој ситуацији (непосредна дискриминација) као и истовјетно поступање с особама или групама у различитој ситуацији (посредна дискриминација).¹⁰¹⁷ Свака дискриминација према носиоцима неког права јесте различито поступање али свако различито поступање не представља дискриминацију. Потребно је увјерити Суд да постоје особе с којима се повољније поступило, или би се повољније поступило а да је при томе једина разлика између њих један од основа дискриминације (пол, раса и други).

¹⁰¹³ *X против Холандије*, одлука Комисије од 18.12.1973.г., (16 *Yearbook of the European Convention on Human Rights* 274), р. 296.

¹⁰¹⁴ Видјети нпр. *Family K and W против Холандије*, одлука од 1.07.1985.г., (43 *Decisions and Reports of the European Commission on Human Rights*), 216.

¹⁰¹⁵ Видјети нпр. предмете *Van Raalte против Холандије*, пресуда од 21.02.1997.г., став 33, *Petrovic против Аустрије*, пресуда од 27.03.1998.г., став 22, *E.B. против Француске* или *Carson и други против Уједињеног краљевства*, пресуда од 16.03.2010.г.

¹⁰¹⁶ Stephen Grosz, Jack Beatson and Peter Duffy, *Human Rights: The 1998 Act and the European Convention*, 1st edition, Sweet & Maxwell, 2000. ставови С14-10.

¹⁰¹⁷ Видјети нпр. *Noogendijk против Холандије*, пресуда од 06.01.2005.г.

Суд сматра да је „различно поступање с особама у релевантно сличним ситуацијама ... дискриминишуће ако за њега не постоји *објективно и разумно оправдање*; другим ријечима, ако се њиме не постиже легитиман циљ или ако нема разумног односа пропорционалности између коришћених средстава и циља који се жели постићи“.

Приликом процјене да ли и у коликој мјери разлике у иначе сличним ситуацијама оправдавају различито поступање, државе уживају „одређено“ поље слободне оцјене.¹⁰¹⁸ Обим тог поља зна да варира зависно од околности случаја, предмета и повода спора. У овом смислу један од фактора може бити постојање или непостојање заједничког стандарда у законима држава уговорница.¹⁰¹⁹ Природа ових фактора показује да ће Суд обично детаљно испитати чињенице случаја како би дао одговор на питање да ли је разликовање засновано на објективном и разумном оправдању.¹⁰²⁰ Суд рјеђе прихвата различито поступање када се оно односи на кључна питања личног достојанства, као што је дискриминација на основу расног или етничког поријекла или приватног и породичног живота, а чешће када се оно односи на социјалну политику у ширем смислу, посебно ону са фискалним импликацијама.¹⁰²¹

Радње дискриминације могу бити различите: ускраћивање уласка у ресторан или трговину, примање ниже пензије или плате, вербално вријеђање или насиље, ускраћивање проласка кроз контролну тачку, виша или нижа старосна граница пензионисања, немогућност одабира одређеног звања, немогућност остварења права на наследство, искљученост из државног образовног система, депортација, забрана ношења вјерских симбола, ускраћивање или укидање социјалне накнаде и друге.¹⁰²²

Како члан 14 није аутономан члан, варијације поља слободне оцјене ће у одређеној мјери зависити и од осталих чланова са којима ће бити заједно разматран.¹⁰²³

¹⁰¹⁸ *Белгијски лингвистички случај*, став 10.

¹⁰¹⁹ *Rasmussen против Данске*, став 40.

¹⁰²⁰ R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (1993), *op.cit.* p. 119.

¹⁰²¹ ПРИРУЧНИК О ЕВРОПСКОМ АНТИДИСКРИМИНАЦИОНОМ ПРАВУ (2010), *op.cit.*, стр. 52.

¹⁰²² Исто, стр. 29.

¹⁰²³ Mireille Delmas-Marty, *The Richness of Underlying Legal Reasoning*, in: *The European Convention for the Protection of Human Rights* (M. Delmas-Marty (ed.), 1992) 319, 335.

Када се слобода процјене сматра „ужом“, као што је случај са „сумњивим класификацијама“, како их назива *Schokkenbroek*, Суд поступа строжије. „Сумњива класификација“ обухвата дискриминацију по основу пола, породичног поријекла, расе, националности и вјероисповјести.¹⁰²⁴ У новије вријеме овој групи се додаје и сексуална оријентација.¹⁰²⁵ У овим случајевима држава мора оправдати различито поступање „веома јаким разлозима“, односно постоји „тежи терет доказивања“.¹⁰²⁶ Поред тога, Суд се користи и додатним аргументима, односно постојањем европског консензуса или потребом за еволутивним тумачењем. Сви ови фактори, било одвојено, било у комбинацији, значајно сужавају поље слободне оцјене без обзира што Суд обично помиње „одређено“ поље слободне оцјене.

5.4.2. Дискриминација на основу пола

Rasmussen против Данске јесте први случај полне дискриминације који је разматрао Суд и представља једну од ријетких пресуда која наводи факторе који утичу на поље слободне оцјене због чега има вриједност која превазилази контекст дискриминације. Навод о обиму поља слободне оцјене у овом случају касније је поновљен у бројним приликама. Подносилац представке се у овом предмету жалио да је постојао рок застаре за покретање поступка утврђивања очинства за мушке брачне партнере док исти рок није постојао за женске брачне партнере. Суд је ипак утврдио да постојање законског рока за мужеве служи постизању легитимног циља јер рок застаре није прописан за мајке због тога што се њени „...интереси обично поклапају са интересима дјетета па се мајки и даје старатељство у случајевима развода или раздвајања“. У овако компликованом одмјеравању интереса, Суд се ослонио на поље слободне

¹⁰²⁴ J. Schokkenbroek, *The Prohibition of Discrimination in Article 14 of the Convention and the Margin of Appreciation*. Human Rights Law Journal, 1998, Vol. 19, No. 1, p. 20.

¹⁰²⁵ Oddný Mjöll Arnardóttir, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 141

¹⁰²⁶ D. J. Harris, M. O'Boyle, E. P. Bates, C. M. Buckley (2002), *op.cit.*, p. 481, footnote 6.

оцјене државе и при том се није активније освртао на аргументе државе. Утврдио је да је држава дјеловала у оквиру поља слободне оцјене прије свега имајући у виду непостојање консензуса међу државама уговорницама у овој области.¹⁰²⁷

Пресуда *Abdulaziz, Cabales u Balkandali против Уједињеног краљевства* је, са друге стране, била прва пресуда поводом полне дискриминације у којој се Суд позвао на „веома озбиљне разлоге” чиме је успостављен стандард за све случајеве ове врсте. Подносиоци представке, које су иначе држављанке тужене државе, жалиле су се да је њиховим мужевима недржављанима ускраћена дозвола да остану са њима или да им се придруже у Великој Британији. Подносиоци представки биле су жене које су легално и трајно настањене у Великој Британији. Истовремено, жене мужева који су били у сличној ситуацији нису биле суочене са таквим ограничењима. Занимљиво је у том смислу да је тужена држава сматрала да има широко поље слободне оцјене када су у питању имиграционе политике. Различит третман је правдан статистичким показатељима по којима је вјероватније да ће мушкарци прије тражити посао него што ће то чинити жене. Суд је придао велику важност чињеници да је „једнакост полова данас један од главних циљева држава чланица СЕ” и да веома озбиљни разлози могу оправдати разликовање по основу пола. Суд је, признајући да је заштита тржишта рада легитиман циљ, ипак утврдио да статистички докази нису довољно убједљиви и да могући други различит утицај на тржиште рада није *довољно важан* да би представљао „веома озбиљан разлог”.¹⁰²⁸ Држава се дакле у свом поступању није задржала ни у оквиру „одређеног” поља слободне оцјене које јој је признато. Разлог највише лежи у чињеници да је консезус око родне равноправности врло чврст када су у питању чланице СЕ.

Према оваквом образцу и са сличном аргументацијом, Суд је поступао и у другим предметима који су се бавили дискриминацијом по основу пола. Тако је нпр. домаћи суд у предмету *Schuler-Zraggen против Швајцарске* ускратио инвалидску пензију жени на основу претпоставке да она ионако не би радила ван куће зато што има мало

¹⁰²⁷ *Rasmussen против Данске*, став 41.

¹⁰²⁸ *Abdulaziz, Cabales and Balkandali против Уједињеног краљевства*, ставови 67, 75, 78 и 79.

дијете.¹⁰²⁹ Суд је закључио да нису наведени озбиљни разлози којима би се могао оправдати различит третман, утврдивши повреду члана 14 у вези са чланом 6. Очигледан је и примјер пресуде у предмету *Ünal Tekeli против Турске*, када је домаћи закон обавезивао жену да након удаје преузме супругово презиме. Према је закон жени дозвољавао да уз супружничково задржи и своје дјевојачко презиме, Суд утврдио да се радило дискриминацији на основу пола, с обзиром да домаћи закон не обавезује и мужа да промени своје презиме.¹⁰³⁰ У овом, а и у великом броју сличних предмета, карактеристично је да Суд, подржан снажним европским консензусом, жели да измијени традиционалне концепције о улози полова у јавном и приватном животу, не остављајући ни мало простора за националну дискрецију.

У једном новијем предмету, Суд је ипак дозволио шире поље слободне оцјене у овом контексту. Подносилац представке се жалио да му је, као војном официру мушког пола, ускраћено право да искористи плаћено родитељско одсуство. Велико вијеће је у овом случају признало шире поље слободне оцјене јер се радило о питањима националне безбиједности. Након свеобухватног разматрања разлога које је навела тужена држава, Суд је заузео став да се „опште и аутоматско ограничење које се примјењује на групу људи на основу њиховог пола, има сматрати изван прихватљивог поља слободне оцјене али колико год то поље било *широко* овакво поступање није било у складу са чланом 14“.¹⁰³¹

5.4.3. Дискриминација по основу друштвеног поријекла, рођења или имовине

Ова три подручја могу се сагледати у међусобној повезаности јер се односе на статус приписан појединцу по наслијеђеном друштвеном, економском или биолошком

¹⁰²⁹ *Schuler-Zraggen против Швајцарске*, пресуда од 24.06.1993.г.

¹⁰³⁰ *Ünal Tekeli против Турске*. Видјети слично *Burghartz против Швајцарске*. Карактеристично за ову пресуду је да Суд није нашао за сходно да посебно испитује члан 6 (став 30).

¹⁰³¹ *Konstantin Markin против Русије*, пресуда од 22.03.2012.г., ставови 34 и 148.

својству.¹⁰³² Осим критеријума „рођења“, Суд је разматрао врло мали број предмета који се односе на поменуте основе.¹⁰³³

Када је у питању основ „рођења“, органи у Стразбуру су константно одбацивали позивање држава на национално поље слободне оцјене још од водеће пресуде *Marckx против Белгије*.¹⁰³⁴ У овом случају мајка и њена ванбрачна ћерка су се жалиле на то да је домаће право налагало мајци да предузме извјесне правне кораке како би обезбиједила свој статус мајке. Такође, ћерки нису призната иста наследна права на имовину своје мајке каква уживају „законито“ рођена дјеца. Суд је сматрао да се члан 8 примењује на исти начин на „законите“ и „незаконите“ породице. Суд је, сматрајући подршку и подстицај традиционалне породице легитимним, одбацио оправдања за стављање „незаконитих“ мајки у неравноправан положај у односу на „законите“, када је ријеч о праву да се успостави родбинска веза са њиховом дјецом. Није пружен убједљив доказ који би показао да су „незаконите“ мајке склоније да напусте своју дјецу. Осим члана 8, нађено је да је и члан 1 Протокола 1 у вези са чланом 14 прекршен у односу на ћерку, јер није пружено *објективно и разумно објашњење* зашто би право наслеђивања у овом смислу имала дјеца рођена у браку а не и ванбрачна дјеца. Суд у пресуди није помињао поље слободне оцјене, осим судије *Fitzmaurice* који је то урадио у издвојеном мишљењу. Као што је и раније било ријечи, Суд се вјешто користио аргументима еволутивног тумачења сматрајући да су се ствари измијениле од времена израде Конвенције. Такође се ослонио и на веома климави консензус међу државама уговорницама.¹⁰³⁵

Објективно и разумно оправдање није пружено ни у предмету *Chassagnou и други против Француске*, кад су подносиоци представке били дискримисани по основу

¹⁰³² Видјети: Одбор за привредна, социјална и културна права, „Општи коментар бр. 20: недискриминација привредних, социјалних и културних права“, UN-ов док. E/C.12/GC/20, 10. јун 2009, стр. 24-26, и 35.

¹⁰³³ ПРИРУЧНИК О ЕВРОПСКОМ АНТИДИСКРИМИНАЦИОНОМ ПРАВУ (2010), *op.cit.*, стр.116.

¹⁰³⁴ Видјети такође *Inze против Аустрије*, *Vermeire против Белгије*, пресуда од 29.11.1991.г. или *Mazurek против Француске*.

¹⁰³⁵ *Marckx против Белгије*, став 40, ставови 38, 39, 41, и 65.

имовине јер је постојао различит третман мањих и крупнијих власника земље. Подносиоцима представке наине није дозвољено коришћење властитог земљишта на начин на који су жељели. Прописи унутар појединих регија обавезивали су ситне власнике земље да на своје земљиште пренесу јавна права на лов, док власници крупних посједа нису били обухваћени том обавезом те су могли да користе своју земљу без ограничења. Подносиоци представки су на својој земљи хтјели да забране лов. Суд је сматрао да Француска није пружила убједљиво објашењење како се може удовољити општем интересу наметањем обавезе само мањим власницима земље да пренесу своја ловачка права.¹⁰³⁶ Стога је утврђено кршење члана 1 Протокола 1 у вези са чланом 14.

5.4.4. Дискриминација по основу расе или етничке припадности

Суд је заузео веома строг приступ према дискриминацији заснованој на раси или етничкој припадности ријечима да „било какво различито поступање које се темељи искључиво или претежно на етничком поријеклу особе не може се објективно оправдати у савременом демократском друштву, изграђеном на начелима плурализма и уважавања различитих култура“.¹⁰³⁷

Међутим, упркос важности ове теме, Суд и Комисија су, генерално гледано, избјегавали да разматрају наводе засноване на расној дискриминацији. Међу предметима у којима је нашао кршење члана 14 на основу расне или етничке припадности,¹⁰³⁸ поље слободне оцјене се поменуло само у предмету *Сејдић и Финци против Босне и Херцеговине*.¹⁰³⁹ Многи од таквих навода су „пропали“ због недостатка доказа о *prima facie* дискриминацији, те стога нису ни стигли до фазе

¹⁰³⁶ *Chassagnou и други против Француске*, став 92.

¹⁰³⁷ *Timishev против Русије*, пресуда од 13. 12.2005.г., став 58.

¹⁰³⁸ Није их било превише: *Moldovan и други против Румуније*, пресуда од 12.07.2005.г., *Timishev против Русије и Paraskeva Todorova против Бугарске*, пресуда од 25.03.2010.г.

¹⁰³⁹ *Сејдић и Финци против Босне и Херцеговине*, пресуда од 22. 12. 2009.г., став 42.

поступка у ком ће се обавити строга контрола објективних разлога које наведе држава. Озбиљност оптужби изгледа иде на штету дјелотворне заштите права. Постоји претпоставка у корист државе да она не би прибјегла тако озбиљном облику дискриминације.¹⁰⁴⁰ То има за последицу да је на подносиоцу представке изузетно тежак терет доказивања да је према њему поступано на дискриминаторан начин. Имајући у виду веома блиску везу између терета доказивања и поља слободне оцјене, то доводи до парадоксалне ситуације практичног постојања широког поља слободне оцјене за државе.¹⁰⁴¹

5.4.5. Дискриминација по основу вјерског увјерења

Дискриминација по основу вјерских увјерења такође је једна од области гдје формално не постоји поље слободне оцјене. Суд је тако у предмету *Hofman против Аустрије* испитивао да ли је одлука аустријских судова о повјеравању на старање дјете након развода мужу била оправдана јер је мајка, подносиатељка представке, тврдила да је дискримисана на основу вјерског увјерења. Наиме, мајка дјете је припадала Јеховиним свједоцима који практикују одређене ритуале који умањују способност мајке да заштити интересе дјете. Разматрајући кршење члана 8 у вези са чланом 14, Суд је, иако признавши да је мјера имала за циљ заштиту здравља и права дјете, утврдио да разлике по основу вјероисповјести нису оправдане никаквим легитимним циљевима државе, закључујући да „без обзира на све могуће тврдње које би ишле у прилог супротном закључку, разлика која се у основи темељи на разлици у вјероисповјести једноставно није прихватљива“.¹⁰⁴² У овом предмету Суд ипак није није темељно испитао разумност и пропорционалност мјере. Због чињенице да поље слободне оцјене није поменуто као и због веома строгог тона који провијава овом пресудом, може се закључити да је маргина ужа када постоји дискриминација по

¹⁰⁴⁰ Видјети нпр. *Nachova и други против Бугарске*, пресуда од 06.07.2005.г., став 157.

¹⁰⁴¹ Oddný Mjöll Arnardóttir, *Non-discrimination Under Article 14 ECHR: the Burden of Proof*, *Scandinavian studies in law* (2007); 13-40, p. 37.

¹⁰⁴² *Hofman против Аустрије*, пресуда од 23.06.1993.г., ставови 34 и 36.

основу вјероисповјести.¹⁰⁴³ Исти став је заузет и у пресуди *Cane Catholic Church против Грчке*,¹⁰⁴⁴ као и у неколико сличних случајева.

Међутим, у једном од најновијих предмета, *S.A.S. против Француске*, који је по много чему прецедент, и који ће бити анализиран са многих аспеката, Суд је одступио од донекле апсолутног става да свако разликовање на основу религије није прихватљиво. Наиме, у овом предмету је француски закон из 2010. године безусловно забранио ношење бурки или хиџаба на јавним мјестима. Суд је овдје расправљао чланове 8 и 9 у вези са чланом 14 Конвенције сматрајући да оваква мјера има разумно и објективно оправдање¹⁰⁴⁵ са становишта дискриминације, иако је заснована на вјерској припадности. Међутим, овакав закључак је у ствари последица бројних недослиједности у испитивању пропорционалности ограничења права и слобода из чланова 8 и 9. Француска је ограничење права на исповједање вјере бранила са три аргумента: равноправност полова, људско достојанство и „поштовање минимума захтјева живота у друштву“ или ткз. концепт „живјети заједно“. Концепт „живјети заједно“, као дио „права и слобода других“,¹⁰⁴⁶ је потпуно ново оправдање ограничавајућих мјера у пракси Суда, и уз то, веома уопштено. Суд је у овом случају Француској дао широко поље слободне оцјене упркос константованом недостатку консензуса у Европи по овом питању.¹⁰⁴⁷

5.4.6. Дискриминација по основу држављанства или националног поријекла

¹⁰⁴³ P. Van Dijk, G. J. H. Van Hoof (1990), *op.cit.*, pp. 728-729. Aalt Willem Heringa, *Standards of Review for Discrimination: The Scope of Review by the Courts*, in Titia Loenen and Peter R. Rodrigues (eds.): *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, The Hague: Kluwer Law International, 1999. p. 30.

¹⁰⁴⁴ *Catholic Church против Грчке*, пресуда од 16.12.1997.г.

¹⁰⁴⁵ *S.A.S. против Француске*, пресуда од 01.07.2014.г., став 161.

¹⁰⁴⁶ Исто, став 157.

¹⁰⁴⁷ Исто, став 156.

Националност је, као што је познато, правна конструкција над којом суверене државе имају широку контролу. Концепт националности је често збуњујућ. У неким државама националност се односи на сва лица за која је признато да припадају држави као сувереном ентитету. У другим случајевима концепт је веома сличан расном или етничком индентитету.¹⁰⁴⁸ Суд широко тумачи везу држављанства, не само у смислу законске везе већ и у смислу постојања чињеничне везе (посебно у облику плаћања пореза) са одређеном државом. Суд је покушао да успостави равнотежу између заштите од дискриминације особа које успију да докажу чињеничну везу са државом и интересом те државе, посебно у питањима социјалне сигурности.

Обично се држави даје широко поље слободне оцјене када су у питању мјере економске и социјалне политике. Међутим, „веома снажни разлози“ морају се навести како би Суд установио да је различито поступање засновано искључиво на националности у складу са Конвенцијом. У предмету *Gaugusuz против Аустрије*, аустријска влада је ускратила држављанину Турске, који трајно живи и ради у Аустрији, право на социјалне бенефиције без обзира на чињеницу што је уплаћивао социјално осигурање у Аустрији исто као и аустријски држављани. Суд је сматрао да се одбијање власти да му пружи социјалне бенефиције само на основу чињенице да није аустријски држављанин, а не зато што није задовољио друге законске услове, не може сматрати *објективним и разумним оправдањем*.¹⁰⁴⁹

Слично је Суд резонувао и у предмету *Коиа Poirrez против Француске* када је држава ускратила подносиоцу представке право на инвалиднину зато што није имао француско држављанство као ни држављанство државе с којом постоји споразум о реципроцитету. Суд је поновио формулу о веома снажним разлозима које тужена

¹⁰⁴⁸ Curtis F. J. Doebbler, *The Principle of Non-Discrimination in International Law*, CD Publishing, 2007, p. 45.

¹⁰⁴⁹ *Gaugusuz против Аустрије*, ставови 46-50.

држава није успијела да наведе јер је, као и у претходном случају, дискриминација била заснована само на националности а не на неким другим законским условима.¹⁰⁵⁰

И на крају, у предмету *Luczak против Пољске*, француском држављанину пољског поријекла, који се преселио у Пољску и привређивао на свом сеоском газдинству, такође су ускраћена права из социјалног осигурања само зато што није пољски држављанин. Влада је тврдила да се разликовањем желио остварити легитиман циљ тиме што је сиромашним фармерима дозвољено да уз симболичан допринос имају приступ социјалном осигурању уз услов да имају пољско држављанство прије 2004. године (пољског чланства у ЕУ), што је у највећој мјери финансирано из државног буџета. Суд је придао важност чињеници да је подносилац представке био стално настањен у Пољској и да је, као порески обвезник, доприносио систему социјалног осигурања. Стварање посебне шеме социјалног осигурања за фармере, која је у највећој мјери подржана из јавних фондова, могло би се сматрати остваривањем економске или социјалне стратегије и спада у домен поља слободне оцјене али законодавство које регулише приступ таквој шеми мора бити у складу са чланом 14 Конвенције. Ако се покаже да постоје објективни и разумни разлози за искључивање појединца из такве шеме, онда се прибјегава начелу пропорционалности. Суд је на крају утврдио да влада није понудила убједљиво објашњење на који начин би општи интерес био задовољен искључењем појединца из шеме осигурања у наведеном периоду, чак и узимајући у обзир поље слободне оцјене које државе имају у области социјалног осигурања.¹⁰⁵¹

У односу на право на улазак и останак у одређеној држави, које се битно разликује од питања социјалне сигурности, општеприхваћен је став да се право на једнако поступање не односи на право да се уђе у одређену земљу.¹⁰⁵²

¹⁰⁵⁰ *Koua Poirrez против Француске*, пресуда од 30.09.2003.г. Интересантно је да је тужба најприје предата 1992.г. Европском суду правде који је тужбу одбио уз образложење да различито поступање засновано на националности, није учињено у контексту слободе кретања радника.

¹⁰⁵¹ *Luczak против Пољске*, пресуда од 27.11.2007.г., ставови 43, 49, 52 и 59.

¹⁰⁵² У оваквој ситуацији од важности је Протокол бр. 4 Конвенције који сам прави разлику када се ради о држављанству јер лица која имају држављанство одређене државе не могу бити протјерана из

5.4.7. Дискриминација по основу „других околности“

Како је и напријед наведено, као друге околности најчешће се појављују инвалидитет, старост и сексуална оријентација. Сексуална оријентација се чини најконтроверзнијом међу другим околностима¹⁰⁵³ а поједини аутори је сматрају и „сумњивом класификацијом“.¹⁰⁵⁴ Постоје међутим и случајеви у пракси Суда у којима је разматрана дискриминација по основу хетеросексуалности.¹⁰⁵⁵

Чини се да је предмет *Salgueiro Da Silva Mouta против Португала* први у ком је Суд веома строго гледао на разликовање по основу хомосексуалности. Суд је у овом предмету установио да је одлучујући фактор у додјеливању старатељства над дјететом након развода једном а не другом родитељу, био хомосексуална оријентација, у овом случају оца дјетета. Прихватајући да је заштита здравља и права дјетета легитиман циљ, Суд је ипак био мишљења да се прављење разлике на основу сексуалне оријентације не може толерисати према Конвенцији.¹⁰⁵⁶ Без обзира што у пресуди Суд није поменуо поље слободне оцјене, може се закључити, према тону коришћеном у пресуди, да се у области сексуалне оријентације поље слободне оцјене држава сужава и то све више протеком времена. Главни кривац за овакав развој је сама природа Конвенције као „живог инструмента“, који се мора тумачити у складу с постојећом друштвеном реалношћу.¹⁰⁵⁷ Еволутивно тумачење је највише нашло примјену на пољу сексуалне оријентације и строг приступ Суда чини се логичном последицом развоја праксе у односу на хомосексуалност, почевши од предмета

те земље.

¹⁰⁵³ Суд је сексуалну оријентацију изричито сврстао међу друге околности. Видјети нпр. *Fretté против Француске*, став 32.

¹⁰⁵⁴ J. Schokkenbroek (1998), *op.cit.*, p. 20.

¹⁰⁵⁵ Видјети у овом смислу *HomO против Шведске*, одлука од 21.07. 2006., г.

¹⁰⁵⁶ *Salgueiro Da Silva Mouta против Португала*, пресуда од 21.12.1999.г., ставови 30 и 36.

¹⁰⁵⁷ Видјети дио ове дисертације о еволутивном тумачењу.

Dudgeon. У овим предметима нађено је кршење члана 8 али се није нашло за сходно испитивање питања дискриминације.¹⁰⁵⁸

Може се стога закључити да, када је различит третман заснован на сексуалној оријентацији, посебно у новијем времену, поље слободне оцјене државе је уже.¹⁰⁵⁹ Поред тога, врло је тешко за државу да задовољи услов пропорционалности, односно да покаже да је било неопходно искључити одређене категорије људи из дјело круга примјене одређене законске одредбе како би се постигао легитиман циљ чиме се држави намеће веома тежак терет доказивања.

Но то није био случај у предмету *Fretté против Француске*, када је Суд, чини се на исправан начин, одмјеравао супростављене интересе испитујући да ли је поступак усвајања дјецe у Француској у складу са Конвенцијом. Захтјев подносиоца представке за усвајањем дјецe је одбијен из разлога што његов „избор начина живота“ као и „непостојање стабилног материнског узора“ не даје гаранције да дјетету може обезбиједити адекватан дом. Подносилац представке је тврдио да немогућност усвајања постоји само за хомосексуалце и бисексуалце, без обзира на њихове личне квалитете, док не постоји за особе друге сексуалне оријентације које нису у браку, сматрајући да је дискриминисан на основу сексуалне оријентације. Суд је установио да је одбијање захтјева за усвајањем засновано на хомосексуалности подносиоца представке. Међутим, оваква одлука француских власти, по мишљењу Суда, била је легитимна јер се њом штитило здравље и права дјетета. Суд се приликом додјеле широког поља слободне оцјене ослонио на двоструки консензус, међудржавни и научни. „Како је у овом случају ријеч о осјетљивим питањима која зато дотичу области у којима постоји мало заједничког стандарда међу државама чланицама СЕ и како се, уопштено говорећи, правна регулација налази у прелазној

¹⁰⁵⁸ Видјети нпр. *Norris против Ирске*, пресуда од 26.10.1988.г. или *Modinas против Кипра*, пресуда од 22.04.1993.г.

¹⁰⁵⁹ *Karner против Аустрије*, став 4; *Kozak против Пољске*, пресуда од 02.03.2010.г.; став 92; *X против Аустрије*, пресуда од 19.02.2013.г., став 99 и *Vallianatos против Грчке*, пресуда од 07.11.2013.г., став 77.

фази, свакој држави се мора оставити широко поље слободне оцјене“. Такође, и „научна заједница...је подијељена око могућих последица усвајања дјетета од стране једног или више хомосексуалних родитеља“.¹⁰⁶⁰ Формулацијом да је правна регулација у овој области у прелазној фази, Суд је себи дао простора да измијени свој став у будућности не сагледавајући довољно важност интереса заштите здравља и права дјете.

У предмету *Glor против Швајцарске*, Суд је посветио посебан дио одмјеравању ширине поља слободне оцјене према члану 14. Закључио је да је поље слободне оцјене значајно смањено у случају различитог поступања заснованог на инвалидитету. Затим је спроведена веома детаљна анализа која је испитивала да ли су друге мјере могле бити примјењене да се постигне исти циљ а да се тиме не угрози право у већој мјери,¹⁰⁶¹ чим је на веома строг начин испитивано начело пропорционалности. Такође, Суд је узео у обзир и рањивост лица са инвалидитетом, па је сматрао да „ако се ограничење основних права спроводи над *посебно рањивом групом у друштву* која је раније трпјела значајну дискриминацију, као што су ментално поремећене особе, у том случају је поље слободне оцјене државе значајно мање и морају постојати веома снажни разлози за конкретно ограничење“.¹⁰⁶²

Старосна дискриминација јавља се у контексту различитих права из Конвенције иако није обухваћена неким посебним правом. Признато је међутим, да „старост“ спада у категорију „других околности“.¹⁰⁶³ Поље слободне оцјене у односу на старосну дискриминацију увелико зависи од природе везаног права, односно да ли се ради о ограничењу којим се угрожава људско достојанство или се спроводи нека шира друштвена политика.

¹⁰⁶⁰ *Fretté против Француске*, ставови 32, 37, 38, 41 и 42.

¹⁰⁶¹ *Glor против Швајцарске*, пресуда од 30.04.2009.г., ставови 84 и 94.

¹⁰⁶² *Alajos Kiss против Мађарске*, пресуда од 20.05.2010.г., став 42. Видјети и *Horváth and Kiss против Мађарске*, пресуда од 29.01.2013.г.

¹⁰⁶³ *Schwizgebel против Швајцарске*, пресуда од 10.06.2010.г.

5.5. Примјена доктрине поља слободне оцјене у односу на члан 15 Конвенције

5.5.1. Генерални приступ члану 15 Конвенције

Члан 15 Конвенције је један од важнијих њених чланова јер за државе, осим обавеза, предвиђа и право које је, поред осталог, мотивисало државе да приступе Конвенцији уз минимум резерви. Члан 15 даје право државама уговорницама да предузму мјере којима се суспендују одређене обавезе из Конвенције како би успјешно сузбила *јавну опасност која пријети опстанку нације*.¹⁰⁶⁴ Да би постојала таква опасност, морају се испунити одређени критеријуми које утврдила Комисија у тзв. *Грчком случају*. Ванредно стање заправо значи стање озбиљне опасности која угрожава постојање државе док се допуштењем дерогирања заправо актуелизује стари принцип стања нужде или изузетних околности, који допушта држави да, у свакој ситуацији, осигура континуитет државе.

Међутим, овако широко постављено право државе сужено је бројним изузецима. Најприје држава не може предузети мјеру којом се дерогирају чланови 2. (право на живот), 3. (забрана мучења), 4.ст. 1. (забрана ропства) и 7 (начело *nulla poena sine lege*).¹⁰⁶⁵

Такве мјере се могу предузети само у „у најнужнијој мјери коју изискује хитност ситуације“ и морају бити у складу са „другим обавезама према међународном праву“. Израз „у најнужнијој мјери“ подразумијева поштовање начела пропорционалности, односно да мјере морају бити пропорционалне не само материјалном аспекту

¹⁰⁶⁴ Јавна опасност може бити: политичка криза или рат, унутрашњи немири или озбиљна пријетња јавној безбједности као што су герилски или терористички напади, природне катастрофе и економска криза. Видјети у Y. Arai-Takahashi (2002), *op.cit.*, стр. 176.

¹⁰⁶⁵ Питање да ли су ови чланови Конвенције добили статус *ius cogens*-а није још увијек добило јасан одговор. Преовлађајуће мишљење је међутим да се ипак не ради о нормама *ius cogens*-а. Т. Meron (1986), *op.cit.*, pp. 15-16.

ванредног стања него и у смислу трајања.¹⁰⁶⁶ Такође, овај израз се може тумачити тако да држава мора предузети мјере које имају најмање дејства на уживање људских права, односно примјену најстрожијег теста пропорционалности.¹⁰⁶⁷

Држава такође мора обавијестити генералног секретара СЕ о мјерама које предузела као и о разлозима, трајању и престанку таквих мјера. Све ограничавајуће мјере морају се предузети у доброј вјери и имати привремен карактер.¹⁰⁶⁸ Суд се у поступању у предметима члана 15 суочава са чињеницом да дерогација подразумијева радње које би се у нормалним ситуацијама сматрале кршењем Конвенције, те стога приступа утврђивању чињеница са великом пажњом. Са друге стране, треба државама дати већу слободу да, у ситуацијама које заиста пријете опстанку државе, предузму мјере којима се успоставља редовно стање у унутрашњем поретку, који само у таквом стању, може гарантовати људска права.¹⁰⁶⁹

Доктрина поља слободне оцјене је по први пут примјењена и елаборирана управо у случајевима члана 15, без обзира на то што је њихов број веома мали.¹⁰⁷⁰ То и заправо није изненађење имајући у виду политички осјетљиву природу одлуке да се одступи од Конвенције па би због тога требало допустити држави одређени простор дјеловања.¹⁰⁷¹ Често се у пресудама поводом члана 15 наглашавало да су државе боље позициониране од органа у Стразбуру да просуде да ли су поменути критеријуми испуњени.¹⁰⁷² Током времена овакво оправдање се све више користило

¹⁰⁶⁶ Oren Gross, Fionnuala Ni Aolain, *From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights*. *Human Rights Quarterly*, 2001, Vol. 23, p. 644.

¹⁰⁶⁷ Joan F. Hartman, *Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies*. *Harvard International Law Journal*, 1981, Vol. 22, No. 1, p. 17.

¹⁰⁶⁸ R. St. J. Macdonald, *Derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights*. *Columbia Journal of Transnational Law*, 1997, Vol. 36, p. 226. Такође видјети Jean Allain, „Derogation from the European Convention on Human Rights in the Light of “Other Obligations under International Law”” (2005) *European Human Rights Law Review* 5, p. 480.

¹⁰⁶⁹ Michael O’Boyle, *The Margin of Appreciation and Derogation under Article 15: Ritual Incantation or Principle?* *Human Rights Law Journal*, 1998, Vol. 19, No. 1, p. 24.

¹⁰⁷⁰ *Кипарски случај*, став 136.

¹⁰⁷¹ М. О’Boyle (1998), *op.cit.*, p. 23.

¹⁰⁷² Више о томе у М. О’Boyle (1998), *op.cit.*

како би се држави допустила шира дискреција у одабиру политика које би регулисале потенцијално опасне активности као што су подстрекивање на насиље или расистички говор, на начин што би се узеле у обзир јединствене околности и друштвене прилике сваке државе.¹⁰⁷³ Јуруспруденција члана 15 је иначе у великој мјери еволуирала из представки поднешених против двије земље, Енглеске и Турске,¹⁰⁷⁴ зато што су се исте највише суочавале са нападима сепаратистичких покрета, те су зато проглашавале дерогације као одговор на јавну опасност изазвану терористичким активностима.

Органи у Стразбуру су, у контексту члана 15, држави признавали двоструко поље слободне оцјене и то приликом постојања „јавне опасности која пријети животу нације „ и приликом утврђивања да ли су мјере предузете „у најнужнијој мјери коју изискује хитност ситуације“.

5.5.2. Постојање јавне опасности која пријети животу нације

Националне власти имају широко поље слободне оцјене приликом утврђивања да ли постоји пријетња по живот нације. Чак поједини аутори иду тако далеко да тврде да је поље слободне оцјене најшире у овој области.¹⁰⁷⁵

У већ раније поменутом спору између Грчке и Велике Британије око мјера које је последња предузела да сузбије грађанске немире на Кипру, Комисија је закључила да су институције у Стразбуру надлежне да одлуче о оправданости дерогације као и о томе да ли су мјере предузете у „најнужнијем обиму“. „Влада има право на одређену

¹⁰⁷³ E. Benvenisti (1999), *op.cit.*

¹⁰⁷⁴ Велика Британија је имала трајну дерогацију везану за Сјеверну Ирску још од 1971.г. Као резултат тога, Сјеверна Ирска је била у ванредном стању које је трајало 30 година. Турска се најчешће позивала на члан 15 у времену од 1970 до 1987.г. (дерогација је повучена 1990.г.).

¹⁰⁷⁵ R. MacDonald, *The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*. Collected Courses of the Academy of European Law, 1990, Vols. I-II.

дискрецију” (*une certaine marge d’appréciation*), додала је том приликом Комисија.¹⁰⁷⁶ У међувремену је спор око Кипра ријешен прије него је Комитет министара имао прилику да разматра случај али је је приступ задржан и у наредним случајевима.

Комисија је у предмету *Lawless против Ирске* сматрала да „узимајући у обзир велику одговорност коју влада има према свом народу да га заштити од пријетњи животу нације, очигледно је да одређена дискреција – одређено поље слободне оцјене - мора бити остављено држави“. Случај се односио на притварање припадника ИРА-е а да им при том није обезбјеђен приступ суду, што је било правдано ванредним стањем уведеним према члану 15. У међувремену је Суд био става да је ирска влада „разумно закључила“ да постоји пријетња животу нације.¹⁰⁷⁷ Без обзира што експлицитно није поменуто поље слободне оцјене, оваква формулација се сматрала увођењем анализе маргине оцјене у одлуке Суда.¹⁰⁷⁸

Поједини аутори вјерују да услови који доводе до ванредног стања могу бити подвргнути објективном испитивању од стране Суда па и строжијој анализи чињеница.¹⁰⁷⁹ Уобичајени смисао услова за постојање опасности чине се јасним и недвосмисленим, што би Суду омогућило да спроведе сопствено истраживање чињеница. То би истовремено ограничило дискрецију тужене државе у процјени „опасне ситуације“ јер се Суд не би ослањао искључиво на аргументе које му подастре влада.¹⁰⁸⁰ Истог мишљења је била и мањина чланова Комисије у предмету *Lawless*. Они су одбацили постојање поља слободне оцјене, сматрајући да оцјена постојања јавне опасности треба да буде заснована само на постојећим чињеницама а не на субјективним предвиђањима о томе шта се може десити у будућности.¹⁰⁸¹ У

¹⁰⁷⁶ *Кипарски случај*, стр. 172-197 и стр. 176.

¹⁰⁷⁷ *Lawless против Ирске*, ставови 28 и 90.

¹⁰⁷⁸ М. О’Boyle (1998), *op.cit.*

¹⁰⁷⁹ Timothy H. Jones, „The Devaluation of Human Rights under the European Convention“ (1995) *Public Law* 430.

¹⁰⁸⁰ Richard Smith, *The Margin of Appreciation and Human Rights Protection in the ‘War on Terror’: Have the Rules Changed before the European Court of Human Rights?*, (2011) *Essex Human Rights Law Review* 124, p.127.

¹⁰⁸¹ *Lawless против Ирске*, став 32.

стварности су, међутим, органи у Стразбуру били веома опрезни у пресуђивању против тужене државе по питању да ли услови који постоје у држави уговорници представљају пријетњу по нацију.¹⁰⁸²

Органи Конвенције, осим у *Грчком случају*, до данас нису установили кршење Конвенције у односу на постојање опасности која пријети опстанку нације. Случај се тичао жалбе неколико скандинавских земаља на пуковнички режим у Грчкој који је желио да позивањем на члан 15 заобиђе обавезе из неколико одредби Конвенције, као што су слобода изражавања, слобода окупљања и право на правично суђење. Комисија се у овом случају (случај никада није дошао до Суда) изричито позвала на поље слободне оцјене у односу на постојање јавне опасности, након што се грчка влада у своју одбрану позвала на поље оцјене. Комисија је сматрала „да је у актуелном случају терет на туженој влади да покаже да су услови који оправдавају мјере дерогације према члану 15, задовољени и настављају бити задовољени. Дужна пажња је посвећена пољу слободне оцјене које, према сталној јуриспруденцији Комисије, влада има у просуђивању ситуације у Грчкој од момента када је дошла нова власт 21. априла 1967. године.“¹⁰⁸³ Суспензија уставне владавине права коју је извршила грчка влада, очигледно није била „ни на маргини“ надлежности према члану 15, како је у овој пресуди нагласио *Waldock*.¹⁰⁸⁴ Дакле, терет доказивања је, приликом утврђивања постојања јавне опасности, био на туженој држави. Утврђивање услова постојања јавне опасности говори колико је Комисија детаљно испитала чињенице случаја. Комисија је тако остала равнодушна у односу на претходну праксу случаја *Lawless* и утврдила да је грчка влада прекршила Конвенцију. Међутим, *Gross* и *Ni Aolain* тврде да је одлука да се не призна одлука грчких власти о проглашењу ванредног стања има више везе са недемократском природом режима која је донио такву одлуку него са објективном анализом.¹⁰⁸⁵

¹⁰⁸² Fionnuala Ní Aoláin, „The Emergence of Diversity: Differences in Human Rights Jurisprudence“ (1995-1996) *Fordham International Law Journal* 19, p. 101.

¹⁰⁸³ *Грчки случај*.

¹⁰⁸⁴ Н. Yourow (1996), *op.cit.* p. 18.

¹⁰⁸⁵ О. Gross, F. N. Aolain (2001), *op.cit.*, pp. 273-276.

Да је тако, показало се већ у следећем предмету *Ирска против Уједињеног краљевства*, када је овако строг приступ у потпуности ублажен ријечима да је „најприје на свакој држави уговорници, која има одговорност за „живот сопствене нације“, да одлучи да ли је тај живот угрожен јавном опасношћу, и ако јесте, колико далеко треба ићи да би се превазишла та опасност. Суд је потом употребивши, сада већ чувену фразу да „из разлога директног и сталног контакта са неодложном потребом тренутка“, онтолошки закључио да су „националне власти у начелу у бољем положају него међународни судија да одлуче о постојању такве опасности и о обиму дерогације неопходне за њено превазилажење“. У овој ствари државе уживају широко поље слободне оцјене“. Овдје се, међутим, стране нису спорице око постојања јавне опасности (које су опет изазване активностима ИРА-е на територији Сјеверне Ирске), већ се Ирска жалила да одређене мјере британске владе нису биле оправдане у датој ситуацији. Какво значење има „недложна потреба тренутка“ је доста једноставно разумјети јер је ријеч о потреби да се превазиђе ситуација постојања опасности. Суд је такође нагласио да државе не уживају неограничено поље слободне оцјене јер је дискреција држава праћена „европском супервизијом“.¹⁰⁸⁶

У предмету *Brannigan and McBride*, као и у претходним случајевима, влада је такође прогласила ванредно стање због терористичких кампања ИРА-е. Подносиоци представке су на основу британских анти-терористичких закона били притворени и саслушавани неколико дана без судског налога.¹⁰⁸⁷ Они су сматрали да им је прекршено право из члана 5 да „без одлагања буду изведени пред судију“. Подносиоци представке су, између осталог, тврдили да се држави не може допустити широко поље слободне оцјене када је ванредно стање трајало релативно дуг период времена. Овај фактор времена је водио новом питању да ли држава може користити ванредно стање „без временског ограничења“, као начин да одступи од

¹⁰⁸⁶ *Ирска против Уједињеног краљевства*, став 207.

¹⁰⁸⁷ Закони су поменути у обавјештењу о ванредном стању које је достављено СЕ 1988.г.

својих обавеза по Конвенцији? *Gross* наглашава да би поље слободне оцјене државе требало бити обрнуто пропорционално трајању ванредног стања.¹⁰⁸⁸ Суд је био тај који је морао да разјасни ову кофузију али је у својој пресуди игнорисао проблем временског трајања ванредног стања и реафирмисао позицију из претходних пресуда да држава има широко поље слободна оцјене у овом смислу.¹⁰⁸⁹

У предмету *Aksoy против Турске* подносилац представке се жалио да је мучен и притворен без суђења а на основу претпоставке државе да је терориста и члан ПКК. Повреда члана 3 Конвенције одмах је утврђена. Међутим, турске власти су тврдиле да је право из члана 5 прекршено али и оправдано правом државе уговорнице да одступи од права из Конвенције у вријеме ванредног стања. Суд у овој пресуди није измијенио начин пресуђивања и опет је оправдао дерогацију државе уговорнице као начин да се отклони пријетња „животу нације“ и да бољи положај државе произилази из чињенице да су државе у „директном и сталном контакту неодложном потребом тренутка“.¹⁰⁹⁰

Јасно је да у ситуацији проглашења постојања јавне опасности држава има широко поље слободне оцјене. Посебно ће се Суд приклонити ставу влада када су у питању дуготрајне кампање насиља као што су терористички акти или у крајњем, ратно стање.¹⁰⁹¹ Вјероватно би се исто односило и на ситуације природних катастрофа или унутрашњих немира било које врсте јер је постојање опасности очигледно. Међутим када су у питању неки гранични случајеви који нису толико очигледни као што је нпр. политичка криза у земљи, питање је да ли би држава уживала широко поље слободне оцјене. Без обзира што су многи критиковали овакав став Суда као изразито

¹⁰⁸⁸ Oren Gross, „Once More unto the Breach”: The Systematic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies”, (1998) *Yale Journal of International Law* 23, p. 437.

¹⁰⁸⁹ Tamar Zhordania, *The problems relating to the margin of appreciation doctrine under the European Convention on Human Rights*, Europa-Kolleg Hamburg, Institute for European Integration, 2011, Study paper No 5/12, p. 13.

¹⁰⁹⁰ *Aksoy против Турске*, став 68.

¹⁰⁹¹ R. St. J. Macdonald (1997), *op.cit.*, p. 234.

пасиван јер се постојање опасности мора чињенично утврдити,¹⁰⁹² ипак је он оправдан јер је у суштини ријеч о политичкој процјени.

5.5.3. Пропорционалност мјера предузетих „у најнужнијој мјери коју изискује хитност ситуације“.

Након што испита постојање јавне опасности, Суд испитује да ли су мјере предузете у „најнужнијем“ обиму како би се постигао легитиман циљ. Другим ријечима, држава мора обезбиједити да су мјере које предузима сразмјерне условима јавне опасности. Познато је да држава у ванредним ситуацијама примјењује мјере из психолошких, политичких или других разлога, а које објективно нису „најнужније“ за сузбијање дате опасности.

Бивша Комисија за људска права је већ у случају *Ирска против Уједињеног Краљевства* дошла до закључка, да се држава не може позивати на стање јавне опасности да би оправдала сваку мјеру коју је предузела у смислу спречавања те опасности. Мора постојати „нека веза“ између ванредног стања са једне стране и изабраних мјера којим би исто се превазишло. Без обзира на ову констатацију, у овом предмету није детаљно испитивана пропорционалност, посебно у смислу примјене мање строжијих мјера. Суд је такође, ослонивши се на аргумент своје супсидијарне улоге, релативизовао важност пропорционалности ријечима да се одлука мора донијети не само на основу „ретроспективног испитивања дјелотворности ових мјера него и услова и околности које су преовлађивале у вријеме када су мјере првобитно усвојене а затим и примјењене“. Без обзира што се радило о веома озбиљним повредама члана 5 (ставови 2, 3 и 4) Конвенције, Суд је на основу свега нашао да тужена држава није прекорачила поље слободне оцјене у односу на „најнужнији обим“ мјере.¹⁰⁹³ Овдје је Суд путем поља слободне оцјене у потпуности заобишао

¹⁰⁹² Видјети нпр. Y. Arai-Takahashi (2002), *op.cit.*, p. 181.

¹⁰⁹³ *Ирска против Уједињеног краљевства*, Извјештај Комисије од 25.01.1976.г. Yearbook 512, стр. 588,

детално утврђивање пропорционалности мјере што ће постати образац и у неким од наредних случајева дерогација.

Постојање јавне опасности у предмету *Branningan and McBride* је било неспорно (осим њеног временског трајања)¹⁰⁹⁴ али је много деликатније било испитати адекватност мјера које је Британија предузела у односу на ситуацију. Суд је сматрао да су границе поља слободне оцјене у односу на избор и обим мјера предузетих у сузбијању опасне ситуације *условљене природом права која су дерогацијом ограничена, околностима које су довеле до ванредне ситуације и њеним трајањем*¹⁰⁹⁵ и признао веома широко поље слободне оцјене у оцјени да ли су мјере у питању „најнужније“.¹⁰⁹⁶ Држање у седмодневном притвору је правдано сложеном и темељном истрагом терористичких активности, као и потребом да се заштити независност правосуђа која би била угрожена ако би судије требало да одобравају продужења притвора.¹⁰⁹⁷ Суд је поновио ранији став да није у могућности да замијени *a posteriori* државу у одређивању мјера него само да испита њихову разумност, узевши у обзир вријеме када су предузете. Стога је Суд, узимајући у обзир поље слободне оцјене британског анти-терористичког закона који је искључио судски налог за хапшење и притвор, вјеровао да је било разумно искључити интервенцију суда у контексту какав је био у Сјеверној Ирској, гдје је правосуђе мало и „рањиво на терористичке нападе“.¹⁰⁹⁸

У посебним мишљењима неколико судија се осврнуло на пар проблематичних аспеката ове пресуде. Тако је судија *Martens* био мишљења да није довољно испитан легитиман циљ док је судија *Matscher* тврдио да исти није ни постојао и нагласио и да би дерогација морала имати привремену природу. Судија *Martens* је такође

ставови 220, 207 и 214.

¹⁰⁹⁴ Једна од организација позвана да учествује као трећа страна у овом предмету је, чини се исправно, сматрала да поље слободне оцјене мора бити уже када ванредно стање постане трајно. *Branningan and McBride против Уједињеног краљевства*, пресуда од 26.05.1993.г., став 42.

¹⁰⁹⁵ *McBride and Branningan*, став 43.

¹⁰⁹⁶ Исто, став 66.

¹⁰⁹⁷ Исто став 58 заједно са ставом 15.

¹⁰⁹⁸ Исто, став 59.

сматрао да су мјере државе морале бити мање ограничавајуће и да зато нису испуниле услов строге нужности.¹⁰⁹⁹

Може се рећи да је пресуда у предмету *Aksoy* корак напријед. Без обзира што је још једном потврдио да држава ужива широко поље слободне оцјене када се ради о постојању јавне опасности, Суд је ипак признао да су турске власти изашле из свог поља слободне оцјене и утврдио да је притвор подносиоца представке у трајању од 14 дана без приступа судском органу није у складу са образложењем одређивања притвора. Вријеме трајања притвора је било непотребно дуго и изложило подносиоца представке не само интервенцији у личну слободу него и ризику од мучења. Поред тога, турске власти нису пружиле доказ да је укључивање суда било непотребно у датој ситуацији. Из разлога што је подносилац представке био остављен на „милост и немилост онима који су га држали у притвору“, закључено је да је поље слободне оцјене прекорачено.¹¹⁰⁰

Суд је у предметима *Brannigan* и *Aksoy* испитивао систем гаранција који постоји у држави како би утврдио да ли исти у одређеној мјери може надомјестити негативне последице ванредног стања. У ова два случаја дошло се до различитих резултата. У предмету *Brannigan* утврђено је да су анти-терористички закони у Британији пружали гаранције у односу на арбитражност полиције приликом хапшења и притварања без судског налога (посебно у односу на примјену *habeas corpus*-а) док у случају *Aksoy*, турски систем заштите притворених, заснован на закону који дерогира Конвенцију, није био довољан за Суд и стога није био у складу са чланом 5.

У једном од новијих случајева *A и други против Велике Британије*, Британија је прогласила одступање од Конвенције према члану 15 а на основу ткз. концепта „рата против терора“.¹¹⁰¹ Обавјештење о одступању је нагласило сталност пријетње која

¹⁰⁹⁹ Исто, сагласна мишљења судија *Martens* и *Matchera*.

¹¹⁰⁰ *Aksoy против Турске*, ставови 64, 78, 83 и 84.

¹¹⁰¹ Још од терористичких напада на куле близнакиње у Њујорку 11. септембра 2001. године, на сцену је ступила реторика ткз. „рата против терора“ која се приписује тадашњем председнику САД-а Џорџу

посебно долази од страних држављана који живе у Британији, што је представљало ризик по националну безбиједност. Суд је нашао да мјере нису биле предузете „у најнужнијем обиму који изискује хитност ситуације“. За разлику од претходно поменутих пресуда, Суд је обратио пажњу на пропорционалност мјере и утврдио да мјере нису дјелотворно одговориле безбједоносном ризику и да су наметнуле „једној групи терориста несразмјеран и дискриминаторни терет притвора на неодређено вријеме“. У овом случају одлука извршних власти о одређивању притвора без подизања оптужнице је укинута након детаљног образложења од стране другостепеног тијела (Дома Лордова). Влада се посебно позвала на поље слободне оцјене тврдњом да је Дом лордова требао допустити извршној власти много веће поље слободне оцјене у односу на питање да ли је притвор неопходан. Поред тога што је поновио да је маргина оцјене према члану 15 широка у односу на само постојање кризе и мјера које су неопходне да би се иста отклонила, Суд је нагласио да је поље слободне оцјене „одувијек представљало средство за дефинисање односа између домаћих власти и Суда и не може имати исту примјену на односе између органа државе на унутрашњем нивоу“. Суд је такође одбацио и покушај британске владе да уведе испитивање пропорционалности у члан 5 Конвенције.¹¹⁰² Може се закључити да се није десило ништа ново у приступу Суда случајевима члана 15 јер се чини да је Суд одустао од свог, традиционално пасивног приступа члану 15, због обимног образложења укидајуће одлуке Дома лордова, који је такође утврдио да су мјере биле неоправдане.¹¹⁰³

На основу прегледа праксе Комисије и Суда може се генерално закључити да државе имају значајно поље слободне оцјене када је у питању члан 15.¹¹⁰⁴ Оваква слобода дата државама чини се да представља каснију рефлексiju латинске максиме „salus

Бушу, према којој је у борби против тероризма дозвољено користити сва средства. Велика Британија је прогласила одступање према члану 15 у односу на проширена овлашћења хапшења и притварања на основу закона о антитероризму, криминалу и безбиједности из 2001. године. Ово одступање је укинута 14.03.2005.г.

¹¹⁰² *A и други против Уједињеног краљевства*, став 10. Видјети и ставове 148, 183, 184 и 190.

¹¹⁰³ Mark Elliott, „Torture, Deportation and Extra-Judicial Detention: Instruments of the “War on Terror”“ (2009) Cambridge Law Journal 68, p. 245.

¹¹⁰⁴ T.A. O'Donnell (1982), *op.cit.*

populi suprema lex est“.¹¹⁰⁵ Поред критеријума за испитивање пропорционалности мјера формулисаних у пресуди *Branningan*, такође је од важности и постојање адекватног система заштите од злоупотреба јавних власти јер његово непостојање или нефункционисање (као у случају *Aksoy*) може довести до негативне оцјене Суда приликом испитивања захтјева „најнужнијег обима“ мјере.

Без обзира што је у последњим пресудама Суд покушао донекле да исправи недостатке претходних одлука, члан 15 остаје можда један од најпроблематичнијих аспеката доктрине. Велико је питање да ли би толико поље требало да постоји у оваквим ситуацијама, посебно у односу на процјену да су мјере предузете у „најнужнијем обиму који изискује хитност ситуације“, што је строжији стандард пропорционалности него „неопходно у демократском друштву“ из става 2 чланова 8-11 Конвенције. *Gross* и *Ni Aoláin* вјерују да је у циљу дјелотворне заштите људских права потребно спровести највеће могуће испитивање у тренутку када државе више не морају да се придржавају уобичајеног сета људских права из Конвенције.¹¹⁰⁶ Мора се имати у виду да држава мора да спроводи различите политике и да некада, зарад испуњења политичких циљева, жртвује људска права. Поред тога, ситуација кризе има за последицу политички и емоционално стресне ситуације, што може довести до погрешне процјене од стране националних власти. Зато је можда и најбоље препустити оцјену чињеничног стања наднационалним инситуцијама које би требало да дају промишљено, избалансирано и објективно мишљење.¹¹⁰⁷ Ови аутори такође сматрају да ако на држави није терет да покаже зашто је одступила од обавеза из Конвенције и зашто су њене мјере „најнужније“, Суд никада неће моћи примјенити начело пропорционалности на прави начин, што може довести до нелегитимно широког поља слободне оцјене које уживају државе.¹¹⁰⁸

¹¹⁰⁵ M. O'Boyle (1998), *op.cit.*

¹¹⁰⁶ O. Gross, F. N. Aolain, (2001), *op.cit.*, p. 636.

¹¹⁰⁷ Исто, pp. 638-639.

¹¹⁰⁸ Fionnuala Ni Aolain (1995-1996), *op.cit.*, p. 116.

Ипак се мора нагласити да Суд мора бити опрезан приликом оцјене постојања јавне опасности и одмјеравања адекватности предузетих мјера, што за резултат има шире поље слободне оцјене. Разлози су према према *Gross* и *Ní Aoláin*-у следећи: 1) признавање тешкоћа у покушају да се ресконструишу услови са којима се влада суочила приликом кризе у одређеном времену, признавајући потребу за брзом акцијом у одговору на опасност која оставља мало времена за размишљање; 2) размишљања о легитимности самог Суда као наднационалног тијела које жели да се умијеша у саму срж националне суверености. Питања која се постављају у вези са ванредним ситуацијама иду у само срце независности државе. Овакви случајеви постављају изузетно осјетљива политичка питања која траже разумијевање и балансирање веома експлозивних ванправних питања као што су социо-економски, културни, политички и историјски контекст разних сукоба; и 3) правилно функционисање система Конвенције зависи од сарадње са државама у одсуству значајнијег механизма примјене. Ови разлози водили су трострукој формули о томе да су националне владе у „бољем положају“ да оцијене ситуацију и посебне потребе нације, носећи „примарну одговорност“ за заштиту људских права док су њихове радње и одлуке подвргнуте европској супервизији.¹¹⁰⁹

Јасно је да природа избора политика које државе спроводе у најширем смислу у контексту ванредног стања утицало на праксу Стразбура. Не треба сметнути са ума ни догађаје данашњег времена, када се сматра да су се границе члана 15 прошириле што у крајњем води захтјевима да се измијени приступ члану 15 из разлога што је „прелаз из стања нормалности у ванредно стање, као глобални тренд од 11. септембра 2001. године, постао трајан“.¹¹¹⁰

5.6. Примјена доктрине поља слободне оцјене у односу на члан 1 Протокола бр. 1 Конвенције

¹¹⁰⁹ O. Gross, F. N. Aolain, (2001), *op.cit.*, p. 637.

¹¹¹⁰ K.A. Kavanaugh (2006), *op.cit.*, p. 422-444.

5.6.1. Генерални приступ члану 1 Протокола бр. 1

Право на имовину је једино економско право зајамчено Конвенцијом и због тога није изненађење да није укључено у првобитни текст Конвенције.¹¹¹¹ Текст члана 1 Протокола бр. 1 (у даљем тексту: чл.1 Пр.бр.1)¹¹¹² је резултат компромиса, што се може закључити из чињенице да је израз „неометано уживање имовине“ замјенио појам „право на имовину“ који има снажније значење.¹¹¹³ Од свих права из Конвенције, ово право је ограничено на највећи могући начин, одражавајући свијест да либералне демократске државе могу имати легитиман основ да интервенишу у својинска права у циљу нпр. економске добробити, планирања или регулације.¹¹¹⁴ Корисници гаранција овог члана су и појединци и привредни субјекти.¹¹¹⁵

И поред тога што је формулисан на другачији начин, структура чл.1 Пр.бр.1 је слична структури чланова 8-11 Конвенције. Најприје се генерално гарантује право на уживање имовине. Ограничења могу бити оправдана у складу са условима прописаним овим чланом а односе се на „јавни интерес“ и „општи интерес“. Управо тест пропорционалности прожима испитивање ограничења из овог члана и захтијева балансирање интереса појединца и колективног интереса. Прописан је и услов да нико не може бити лишен имовине осим „под условима предвиђеним законом“ па је разматрање законитости ограничења исто тако од важности као и у члановима 8-

¹¹¹¹ Више о томе видјети у Аида Гргић, Звонимир Матага, Матија Лонгар и Ана Вилфан (2009) *Право на имовину према Европској конвенцији о људским правима*. Београд: Савет Европе, Канцеларија у Београду. Jochen A. Frowein, *The Protection of Property*. In Macdonald, R. St. J., Matscher, F., Petzold, H. (eds.). *The European System for the Protection of Human Rights*. Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 515.

¹¹¹² Protocol No.1 213 UNTS 262, ETS 9, усвојен је 1952.г. а ступио на снагу 1954.г.

¹¹¹³ Први протокол уз Европску конвенцију користи термин којим се штити право на мирно уживање у својим добрима (енг. *possessions*, фр. *biens*). Европски суд је, позивајући се на припремне радове, утврдио да, признајући свакоме да ужива у својим добрима, члан 1. у суштини гарантује „право на имовину“ (енг. *right of property*). Видјети *Marckx против Белгије*, став 63.

¹¹¹⁴ R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (1993), *op.cit.* pp. 139-156.

¹¹¹⁵ Члан 1 Протокола бр. 1 једини је члан Конвенције који експлицитно помиње „правна лица“. Сваки подносилац представке, било да је физичко или правно лице, мора доказати постојање права на предметну имовину како би стекао статус „жртве“ у смислу Конвенције.

11.¹¹¹⁶ Члан изричито даје овлашћење за одузимање имовине које мора бити у складу са унутрашњим правом, општим принципима међународног права и јавним интересом. Такође је назначено да јавне власти могу контролисати употребу имовине било у општем интересу или посебно, приликом наплате пореза или других дажбина или казни.

Суд је стално понављао да члан обухвата три различита правила.¹¹¹⁷ Прво, свако има право на неометано уживање своје имовине. Ово правило се примјењује у случају интервенције у коришћење или уживање имовине које нема за циљ одузимање те имовине и контролу над њеним коришћењем.¹¹¹⁸

Друго, лишење имовине мора да испуни одређене услове. Друго правило се примењује како би се утврдило да ли се ради о формалној експропријацији – одузимању имовине, односно преносу власништва или је право на имовину постало толико бескорисно да се може сматрати одузетим.¹¹¹⁹

И коначно, стране уговорнице су овлашћене да контролишу коришћење имовине у циљу остварења *општег интереса*.¹¹²⁰ Не ради се о посебно издвојеним правилима јер се друго и треће правило морају тумачити у свијетлу првог стандарда неометаног уживања својине.

Када се утврди да подносилац представке има интерес који се може класификовати као својина, генерални приступ Суда је да поступно испитује меритум интервенције

¹¹¹⁶ За дискусију о легалности у контексту овог члана видјети нпр. *Илић против Србије*, пресуда од 09.10.2007.г., *Boscaada Kimisis Teodoku Rum Ortodoks Kilisesi Vafki против Турске*, пресуда од 03.03.2009.г.

¹¹¹⁷ *Sporrong and Lönnroth против Шведске*, став 61, *Jahn и други против Њемачке*, став 78, *Hutten-Czapska против Пољске*, став 157.

¹¹¹⁸ Карактеристичан је у овом смислу предмет *Iatridis против Грчке*.

¹¹¹⁹ Зорица Китановић, ПРАВО НА ИМОВИНУ У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА, Годишње саветовање судија Републике Србије на Златибору 2012, стр. 2. Видјети нпр. пресуде *Бивши Грчки краљ и други против Грчке*, *Sporrong and Lönnroth, Paramichalopoulos и други против Грчке*, пресуда од 24.06.1993.г., *Brumarescu против Румуније*, пресуда од 28.10.1999.г.

¹¹²⁰ Нпр. *Sporrong and Lönnroth, Pine Valley Developements Ltd против Ирске*, пресуда од 29.11.1991.г. и *Mellacher и други против Аустрије*.

јавних власти у право на имовину у односу на четири аспекта, без обзира које од правила долази у обзир. Најприје се разматра да ли је дошло до одузимања имовине или се ради о контроли над коришћењем имовине. Само уколико се не ради о одузимању или контроли имовине Суд разматра, као посебно питање, да ли је ријеч о другој врсти интервенције у неометано уживање својине.¹¹²¹ Таква интервенција ће међутим бити незаконита само ако није у општем интересу.

Затим се испитује да ли је интервенција заснована на унутрашњем закону. Ако је задовољен услов законитости, поставља се даље питање да ли је спорна мјера предузета у циљу остварења јавног, односно општег интереса. Ако је и овај услов испуњен, анализа се фокусира на то да ли је мјера пропорционална жељеном циљу. Стране уговорнице уживају одређено поље слободне оцјене у оцјени да ли у постојећем случају постоји јавни односно општи интерес, који сам по себи може да оправда мијешање у право појединца као и да одреди параметре интервенције да би се сачувао „разуман однос пропорционалности“ у односу на жељени циљ.¹¹²² Суд је у новијим предметима користио исту методологију поступања у односу на одузимање, контролу коришћења имовине као и код осталих интервенција у право на имовину, тако да се питања која ће Суд постављати у свакој од ових околности у суштини баве истим стварима.¹¹²³

Очигледно је да Суд углавном користи исту методологију приликом заштите права на имовину као и код представки заснованих на члановима 8-11 Конвенције. Међутим, појам јавног или општег интереса је веома широк и обухвата различите политичке, економске и социјалне аспекте који се различито третирају од државе до државе. Сходно томе, Суд ће у теорији дати поље слободне оцјене државама у утврђивању јавног интереса али би требало да детаљно испита чињенице на које се

¹¹²¹ Могу постојати такве околности случаја да детаљна категоризација на овакав начин није одговарајућа. Видјети нпр. *Soloduk protiv Rusije*, пресуда од 12.07.2005.г., став 29.

¹¹²² Yves Winisdoerffer, *Margin of Appreciation and Article 1 of Protocol No. 1*. Human Rights Law Journal, 1998, Vol. 19, No. 1, p. 18.

¹¹²³ R.C.A White, C. Ovey (2010), *op.cit.*, p. 479.

позвала држава. Није било покушаја да се дефинише било јавни било општи интерес у овом контексту. Но без обзира на то што Суд често користи тест правичног баланса, смисао одредбе члана 1 практично значи да подносилац представке мора показати да је ограничење наметнуто законодавством неразумно ако хоће да успије у поступку.¹¹²⁴

Треба још додати да аутономни појмови као што су „јавни интерес“ или „својина“, немају општеприхваћено и јасно значење тако да остављају држави одређено поље слободне оцјене у њиховом тумачењу.¹¹²⁵ Међутим, апстрактан карактер ових појмова није разлог зашто државе уживају одређено поље слободне оцјене већ то што Суд у многим приликама жели да да сопствено аутономно тумачење које је у односу супротности са пољем слободне оцјене, како је раније речено. То је случај са термином „possessions“ који представља шири појам физичких добара или права својине у класичном смислу.¹¹²⁶ То значи да због аутономног тумачења појма „possessions“, држава има уже поље слободне оцјене док код дефинисања јавног интереса држава има одређено поље слободне оцјене.¹¹²⁷

5.6.2. Неометано уживање имовине

Прво правило је опште природе и обухвата све ситуације које представљају мијешање у имовинска права појединца. Међутим, како су и одузимање имовине и контрола њеног коришћења широко постављени у пракси Суда, примјена овог правила није била тако честа како се могло очекивати.

¹¹²⁴ Y. Winisdoerffer (1998), *op.cit.*, p. 18; R.St.J. Macdonald (1990), *op.cit.*, p. 145.

¹¹²⁵ Видјети нпр. у односу на „possessions“ Ton Hartlief, „The Right to Own Property Under the ECHR“, *The Right to Property – The Influence of Article 1 Protocol No. 1 ECHR on Several Fields of Domestic Law* (eds. J. P. Loof, H. Ploeger, A. van der Steur) Maastricht 2000, 31–32.

¹¹²⁶ *Gasus Dossier und Fördertechnik GmbH против Холандије*, став 53.

¹¹²⁷ Видјети Council of Europe/The Lisbon Network, “The Margin of Appreciation,” available at http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/Themis/ECHR/Paper2_en.asp

Веома битан предмет у овом контексту је *Sporrong and Lonnroth против Шведске*, када су општинске власти донијеле одлуку о експропријацији земљишта подносиоца представки која никада није извршена, а дуже вријеме (укупно 12 година) је земљиште било оптерећено дозволом за експропријацију. Суд је сматрао да оваква ситуација није утицала на право коришћења и располагања имовином али је нашао да је иста у пракси знатно смањила могућност вршења овог права и утицала на саму суштину права на својину, те права на мирно уживање имовине. Суд је сматрао да приликом планирања развоја великих градова државе имају широко поље слободне оцјене. Приликом одмјеравања општег интереса друштва и заштите права појединца, Суд је утврдио да потребна правична равнотежа неће бити постигнута када одређено лице трпи прекомјеран индивидуалан терет.¹¹²⁸ Суд је дакле искористио поље слободне оцјене да утврди да ли су мјере биле неопходне у општем интересу, како би оцијенио да ли је постигнута разумна равнотежа између средства и циља који се истим жели остварити.¹¹²⁹

5.6.3. Одузимање имовине

Одузимањем имовине гасе се сва имовинска права власника. У том случају Суд се не бави искључиво формалним преносом власништава или експропријацијом већ истражује да ли је дошло до *de facto* експропријације.¹¹³⁰

У овом контексту, Суд испитује да ли је одузимање имовине извршено у *јавном интересу*. При том ће државе уживати широко поље слободне оцјене јер су органи државе у бољем положају него међународни судија да процијене „шта је у јавном интересу“. Суд редовно својом праксом која је разматрала чл.1 Пр.бр.1 увјерава државе да ће се поштовати процјену њихових законодаваца о томе шта је *јавни интерес* осим ако је утврђен „очигледно без разумног основа“.

¹¹²⁸ *Sporrong and Lonnroth*, ставови 69-74.

¹¹²⁹ Y. Arai-Takahashi (2002), *op.cit.*, p. 155.

¹¹³⁰ *Papamichalopoulos и други против Грчке*, пресуда од 31.10.1995.г.

Овакав став Суда је потпуно оправдан имајући у виду колико је широк и апстрактан појам јавног интереса. Уклапање појединачних интереса у општу социјалну или економску политику није ствар неке логичке операције већ ствар око које се мишљења могу значајно разликовати, што је дио демократског процеса у свакој земљи. Стога ни Суд никада није усвојио јединствен концепт „јавног интереса“ већ се исти разматра од случаја до случаја.

У предмету *James и други против Уједињеног краљевства*, Суд је сматрао да одузимање имовине у име и за рачун појединца не може бити у јавном интересу. Међутим зависно од околности, принудни пренос власништва са једног лица на друго може садржати у себи јавни интерес. Легитиман циљ таквог преноса власништва у овом предмету је, према Суду, био унапређење социјалне правде у заједници.¹¹³¹

У свим следећим случајевима Суд је оставио државама широко поље слободне оцјене у дефинисању јавног интереса. До сада није било случаја да је подносилац представке негирао постојање јавног интереса чак и када је Суд био сумњичав. Тако је у предмету *Former King of Greece и други против Грчке* Суд изразио сумњу да је експропријација имовине бившег краља Грчке имала легитиман циљ заштите републиканског уређења јер се експропријација десила неких двадесетак година након преласка из монархистичког у републиканско уређење,¹¹³² али је ипак навео да ове сумње не могу отклонити легитимност спорне мјере. Поред овога, влада је тврдила да је легитимни интерес био и заштита шуме и археолошких налазишта на спорном земљишту, што није доказано у овом предмету.¹¹³³

¹¹³¹ *James и други против Уједињеног краљевства*, став 46 и ставови 40-45.

¹¹³² *Former King of Greece против Грчке*, став 85. Видјети и *Phocas против Француске*, пресуда од 03.04.1996.г. став 55.

¹¹³³ Исто, став 88.

Легитиман интерес приликом утврђивања јавног интереса може бити различит као нпр.¹¹³⁴ борба против избјегавања пореза,¹¹³⁵ промовисање социјалне правде,¹¹³⁶ или регулисање пољопривреде или шумарства.¹¹³⁷

Осим дискреције приликом утврђивања јавног интереса, широко поље оцјене је дато и приликом оцјене да ли је мјера пропорционална легитимном циљу.¹¹³⁸ Према *Winisdoerffer*-у, у својим првим пресудама¹¹³⁹ Суд је сматрао да су државе биле једине које су могле да просуде неопходност интервенције али је касније уведено начело пропорционалности.¹¹⁴⁰

Према пракси Суда, интервенција у право на имовину мора очувати правичан баланс између општег интереса заједнице и основних права појединца. У пресуди *James и други* је дефинисан образац за примјену начела пропорционалности у односу на чл.1 Пр.бр.1. Правичан баланс значи да између средства и циља мора постојати „разуман однос пропорционалности“. Разуман однос пропорционалности биће нарушен ако је појединац принуђен да сноси „прекомјеран индивидуалан терет“¹¹⁴¹ или „несразмјеран и претјеран терет“.¹¹⁴² Суд такође сматра да мјера мора бити одговарајућа за постизање циља и да није несразмјерна у односу на исти.

Суд у односу на право на имовину не прибјегава строгом испитивању пропорционалности (као што је нпр. принцип мање ограничавајућих средстава), остављајући државама значајно поље слободне оцјене у спровођењу економских и социјалних политика. Тако је нпр. у предмету *Tre Traktörer Aktiebolag против Шведске* Суд сматрао да без обзира на то што су државни органи „могли предузети

¹¹³⁴ Преузето из S. Greer (2000), *op.cit.*, р. 13.

¹¹³⁵ *Hentrich против Француске*, став 39.

¹¹³⁶ *James*, став 47.

¹¹³⁷ *Håkansson and Sturesson против Шведске*, пресуда од 21.02.1990.г., став 44; *The Holy Monasteries против Грчке*, пресуда од 09.12.1994.г., став 69.

¹¹³⁸ Преузето из S. Greer (2000), *op.cit.*, р. 13.

¹¹³⁹ *Marcx против Белгије*, став 64.

¹¹⁴⁰ Y. Winisdoerffer (1998), *op.cit.*, р. 20.

¹¹⁴¹ *James*, став 50.

¹¹⁴² *The former King of Greece и други против Грчке*, ставови 89-90.

мање оштрије мјере...узимајући у обзир легитиман циљ шведске социјалне политике...утврдио да је тужена држава направила правичан баланс између економских интереса подносиоца представке и општег интереса шведског друштва¹¹⁴³. Исто тако је Суд сматрао да није на њему да процјењује да ли је одређени закон најбоље рјешење проблема.¹¹⁴⁴ Умјесто тога, Суд примјењује нешто блажи *тест рационалног основа* који значи да одређени акт треба да буде рационално повезан са легитимним разлогом који влада наводи као оправдање.¹¹⁴⁵

У оцјени пропорционалности врло је битно и да ли је законодавац предвидио накнаду. У предмету *James* Суд је тумачио чл.1 Пр.бр.1 у смислу да исти интегрише принцип да одузимање имовине у јавном интересу претпоставља накнаду, јер не постоји консензус међу државама чланицама. То значи да постоји веома широко поље слободне оцјене приликом интервенције у право на имовину ако је разумна одштета исплаћена,¹¹⁴⁶ иако вриједност износа одштете може варирати. Висина накнаде¹¹⁴⁷ и остали услови које предвиђа закон су од значаја у оцјени да ли спорна мјера поштује принцип правичног баланса и да иста појединцу не намеће несразмјерно велики терет. Како би накнада код примјене начела пропорционалности била одговарајућа потребно је да је иста буде исплаћена у року односно да је иста дјелотворна.

Питање је наравно шта представља адекватну накнаду. Опет је ријеч о једном аспстрактном питању зависном од времена и околности у ком се поставља као и од специфичних економских, политичких и социјалних фактора. Потребно је да постоји *разуман однос* између износа накнаде и вриједности имовине. Право на имовину не гарантује пуни износ одштете у свим околностима. „Легитимни циљеви јавног

¹¹⁴³ *Tre Traktörer Aktiebolag против Шведске*, пресуда од 07.07.1989.г., став 62.

¹¹⁴⁴ *Mellacher и други против Аустрије*, став 53.

¹¹⁴⁵ Тест „разумног односа“ је продукт праксе Врховног суда Сједињених држава. Видјети детаљније Kathleen M. Sullivan, Gerald Gunther, *Constitutional Law*, Foundation Press, New York, NY. 16th Ed. Chapter 9 (2007).

¹¹⁴⁶ Y. Winisdoerffer (1998), *op.cit.*, p. 20.

¹¹⁴⁷ Висина одштете може да варира у зависности од имовине и околности у којима је извршено одузимање. Стога се стандарди код одштете могу разликовати у зависности по ком основу је одузета имовина (национализација, откуп, експропријација).

интереса могу условити мањи износ накнаде од тржишне вриједности. Улога Суда је само да се увјери да ли је избор начина обештећења изван поља слободне оцјене у овој области“.¹¹⁴⁸ У сваком случају, износ накнаде у редовним околностима мора одговарати тржишној вриједности одузете имовине¹¹⁴⁹

5.6.4. Контрола коришћења имовине

Мјера државних органа долази под ово правило уколико је њен главни циљ да контролише коришћење имовине, било у општем интересу било „да обезбиједи плаћање пореза или других доприноса или новчаних казни”.

Може се рећи да и код контроле коришћења имовине, држава ужива значајно поље слободне оцјене како у погледу утврђивања *опитег циља* тако и приликом примјене начела пропорционалности. Тако је у предмету *Agosi против Уједињеног краљевства*, Суд закључио да „приликом утврђивања да ли постоји правичан баланс, признаје да државе уживају широко поље слободне оцјене у односу на избор средстава извршења и приликом утврђивања да ли су последице извршења оправдане у општем интересу и у сврху постизања циљева конкретног закона“.¹¹⁵⁰ Суд дакле само испитује да ли је циљ био легитиман у општем интересу.¹¹⁵¹ Циљеви се у овом смислу односе на¹¹⁵² на заштиту морала,¹¹⁵³ регулацију продаје алкохола,¹¹⁵⁴ урбано и просторно планирање,¹¹⁵⁵ заштиту животне средине,¹¹⁵⁶ политику становања¹¹⁵⁷ и контролу криминала.¹¹⁵⁸ У предмету *Öneryildiz против Турске*, Суд је прихватио да вршење дискреције обухвата мноштво локалних фактора када је ријеч о избору и

¹¹⁴⁸ *James*, ставови 54 и 57.

¹¹⁴⁹ J. A. Frowein (1993), *op.cit.*, p. 515.

¹¹⁵⁰ *Agosi против Уједињеног краљевства*, пресуда од 24.10.1986.г., став 52.

¹¹⁵¹ Y. Winisdoerffer (1998), *op.cit.*, p. 15.

¹¹⁵² Преузето из S. Greer (2000), *op.cit.*, p. 13.

¹¹⁵³ *Handyside*, став 62.

¹¹⁵⁴ *Tre Traktörer AB против Шведске*, став 57.

¹¹⁵⁵ *Allan Jacobson против Шведске*, пресуда од 25.10.1989.г., став 57.

¹¹⁵⁶ *Pine Valley против Ирске*, став 57.

¹¹⁵⁷ *Mellacher и други против Аустрије*, став 47.

¹¹⁵⁸ *Vendittelli против Италије*, пресуда од 18.07. 1994.г., став 38.

средствима спровођења политика урбаног и просторног планирања као и резултирајуће мјере.¹¹⁵⁹

У односу на треће правило, Суд ће утврдити да ли постоји правичан баланс узевши у обзир околности сваког случаја с тим да ће се посебна пажња обратити на на избјегавање произвољности, могућност ослањања на друге алтернативе за постизање одређеног циља, доступност заштитних механизма и последице интервенције по оне који су њоме погођени.¹¹⁶⁰

Поље слободне оцјене у контексту пропорционалности је толико широко да је Суд ријетко утврђивао кршење члана 1 Пр.бр.1 на основу пропуста у примјени начела пропорционалности, из једноставног разлога што је интервенција у коришћење имовине сама по себи мање значајна од одузимања имовине. Поред тога, контрола коришћења имовине захтијева законодавну активност, а Суд у том смислу не замјењује националне власти.

Огроман број представки пријетио је да преплави Суд након уједињења Њемачке и распада источног блока. У свим тим предметима једно од главних тачака спорења била је и јесте реституција имовине која је одузета током комунистичке владавине. Као што ће се видјети у наредном дијелу ове дисертације, Суд је сматрао да се право на имовину не може тумачити на начин да гарантује повраћај имовине бившим власницима.

5.7. Примјена доктрине поља слободне оцјене у односу на остале чланове Конвенције

¹¹⁵⁹ *Öneriyildiz против Турске*, став 128.

¹¹⁶⁰ *Hentrich против Француске*, ставови 45-49.

Доктрина поља слободне оцјене се у теорији може примјењивати у односу на све материјалне одредбе Конвенције. У пракси Суда доктрина је нашла нешто значајнију примјену и код чланова 2 и 3 Протокола бр. 1 којима се гарантује право на образовање, односно право на слободне изборе. Ови чланови намећу држави позитивне обавезе.

5.7.1. Доктрина поља слободне оцјене и члан 2 Протокола бр. 1

Као и право на имовину, укључивање права на образовање у Конвенцију показало се контроверзним и компликованим.¹¹⁶¹ Чак и када је било договорено да се ово право обухвати Конвенцијом, стављен је велики број резерви.¹¹⁶²

Члан 2 Протокола бр. 1¹¹⁶³ (у даљем тексту: Чл. 2. Пр. бр.1) је формулисан на негативан начин али га ипак треба тумачити да јамчи право на образовање.¹¹⁶⁴ Такође, право на образовање треба разумјети као право да се не ускрати приступ већ успостављеном образовном систему¹¹⁶⁵ а не као право на пружање посебне врсте образовања или посебног нивоа образовања.¹¹⁶⁶ Концепт образовања је постављен широко јер већину права уживају ученици и студенти али и родитељи имају посебно право да се обезбиједи образовање њихове дјеце у складу с њиховим вјерским и филозофским увјерењима. Главни фокус јуриспруденције било је основно образовање али се права такође односе на средње и високо образовање,¹¹⁶⁷ па чак и на професионално образовање.¹¹⁶⁸

¹¹⁶¹ R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (1993), *op.cit.* p. 531.

¹¹⁶² Видјети ажурирани списак резервација на <http://conventions.coe.int>.

¹¹⁶³ Овај члан гласи: Нико не може бити лишен права на образовање. У вршењу свих својих функција у области образовања и наставе држава поштује право родитеља да обезбиједи образовање и наставу који су у складу с њиховим вјерским и филозофским увјерењима.

¹¹⁶⁴ *Белгијски лингвистички случај*, став 3 дијела под насловом „Тумачење које је усвојио Суд“.

¹¹⁶⁵ Wildhaber сматра да чл.2 Пр.бр.1 гарантује појединачно право на образовање. L. Wildhaber “Right to Education and parental rights” in R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (1993), *op.cit.* p. 531. p. 456.

¹¹⁶⁶ *Белгијски лингвистички случај*, став 3 дијела под насловом „Тумачење које је усвојио Суд“.

¹¹⁶⁷ *Kök против Турске*, пресуда од 19.10.2006.г.

¹¹⁶⁸ *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen против Данске*, пресуда од 07.12.1976.г., став 54. Видјети

Позитивне обавезе су инхерентне формулацији члана 2. Пр. бр.1. „Самом својом природом овај члан захтијева регулацију државе која може варирати у времену и простору, према потребама и ресурсима заједнице и појединаца“.¹¹⁶⁹ Такође, у предмету *Valsanis против Грчке*, Суд је назначио да је обавеза из друге реченице овог члана подразумејева „одређене позитивне обавезе на страни држава“.¹¹⁷⁰

Веома често се у представкама указује на различито поступање у односу на право на образовање, што доводи до примјене и анти-дискриминационе одредбе члана 14.

Право на образовање није апсолутно већ је такође подложно ограничењима. Државе уживају „одређено поље слободне оцјене“¹¹⁷¹ приликом регулисања права на образовање, мада је таква слобода држава у пракси значајно већа јер „сама природа права захтијева регулацију државе“. Ствар је дакле државе колико ће средстава уложити у систем образовања¹¹⁷², какве ће наставне програме доносити,¹¹⁷³ колика ће бити школарина,¹¹⁷⁴ колико ће се студената уписати¹¹⁷⁵ итд. Такође, држава није обавезна да оснива посебне школе¹¹⁷⁶ или одређене врсте образовања одраслих¹¹⁷⁷ нити да оснива школе које наставу изводе на одређеном језику¹¹⁷⁸ или у складу са одређеним вјерским увјерењем.¹¹⁷⁹

У поменутом предмету *Leyla Sahin*, Суд је начелно описао примјену пропорционалности у односу на чл.2 Пр.бр.1. Како би се обезбиједило да се право не

такође *Valsamis против Грчке*, пресуда од 18.12.1996.г., став 25.

¹¹⁶⁹ *Белгијски лингвистички случај*, став 5.

¹¹⁷⁰ *Valsamis против Грчке*, став 27.

¹¹⁷¹ *Leyla Sahin против Турске*, став 154.

¹¹⁷² *Белгијски лингвистички случај*, став 3.

¹¹⁷³ *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen против Данске*, став 53.

¹¹⁷⁴ *Ропотаруов против Бугарске*, пресуда од 21.06.2011.г.

¹¹⁷⁵ *Tarantino против Италије*, пресуда од 02.04.2013.г.

¹¹⁷⁶ *W and D.M. and H. I. против Уједињеног краљевства*, пресуда од 06.03.1984.г.

¹¹⁷⁷ *X против Белгије*, пресуда од 29.09.1975.г.

¹¹⁷⁸ *Белгијски лингвистички случај*.

¹¹⁷⁹ *X против Уједињеног краљевства*, пресуда од 02.05.1978.г.; *Appellrrgang против Њемачке*, пресуда од 06.10. 2009.г.

ограничава у толикој мјери да се наруши сама суштина права лишавајући га дјелотворне заштите, Суд се мора увјерити да су ограничења предвидљива за оне на које се односе и да се њима жели остварити легитиман циљ. Међутим, за разлику од чланова 8-11, Суд у односу на чл.2 Пр.бр.1 није везан списком легитимних циљева чије ограничење може бити неопходно у демократском друштву. У овом случају важи генерално тумачење да Конвенција подразумијева правичан баланс између заштите општег интереса и поштовања основних људских права појединца.¹¹⁸⁰ Поред тога, ограничење ће се сматрати оправданим уколико постоји разуман однос пропорционалности између употребљених средстава и циља који се жели остварити. Дакле, примјењује се слабији стандард пропорционалности. Суд је у овом предмету прихватио да је легитиман циљ ограничења био „очување секуларног карактера образовних институција и да је подносиатељка представке разумно могла предвидјети последице свог избора да носи хиџаб, па је одлучено да забрана ношења хиџаба „није нарушила сам суштину права подносиатељке представке на образовање“.¹¹⁸¹

Чл. 2 Пр. бр.1 примјењује се и на област високог образовања и његов је инхерентни дио.¹¹⁸² Суд је међутим става да се поље слободне процјене у овој области више шири што је већи степен образовања, односно маргина је обрнуто пропорционална важности таквог образовања за широке народне масе. Стога на нивоу универзитетског образовања, који је тренутно ствар избора за многе људе, виши износи школарине за странце и школарина генерално, није нешто што је неубичајено и може се, у постојећим околностима, сматрати потпуно оправданим. Супротно важи за основно образовање, које пружа основну писменост, интеграцију у друштво и прва искуства у друштвеним односима, и зато је обавезно у већини земаља.¹¹⁸³

¹¹⁸⁰ *Белгијски лингвистички случај*, став 5.

¹¹⁸¹ *Leyla Sahin*, ставови 154 и 161.

¹¹⁸² Принцип је потврђен у пресуди *Leyla Sahin*, ставови 134-42

¹¹⁸³ *Ропотаруов против Бугарске*, став 56.

Када је ријеч о дискриминацији у погледу пружања образовања, углавном је основ представки била дискриминација по основу језика¹¹⁸⁴ расе или националности¹¹⁸⁵. У случајевима који су се тicali смјештаја Рома у посебне школе, Суд је испитивао право на образовање у вези са чланом 14 Конвенције. Тако је нпр. у предмету *D.H. и други против Чешке Републике*,¹¹⁸⁶ Суд сматрао да је различито поступање било засновано на раси што захтијева најстрожу контролу, док је у предмету *Ориуш и други против Хрватске* утврђено да је различито поступање засновано на неадекватности познавања језика, што је за последицу имало шире поље слободне оцјене. Ова дискреција омогућава оснивање посебних школских одјељења за дјецу која имају тешкоће у развоју или спровођење посебних образовних програма који би били намијењени таквој дјечи.¹¹⁸⁷ Зато различита пракса у односу на ромску дјецу због непознавања хрватског језика није довела до кршења члана 14.¹¹⁸⁸ У предмету *Horváth and Kiss против Мађарске*, Суд је избјегао да утврди кршење Конвенције због дискриминације по основу етничког поријекла већ је различито поступање у односу на право на образовање засновано на „рањивости“ заједнице као што је ромска.¹¹⁸⁹

5.7.2. Доктрина поља слободне оцјене и члан 3 Протокола бр. 1

Слободни избори и слобода изражавања, а посебно слобода политичке дебате представљају основ сваке демократије.¹¹⁹⁰ Попут права предвиђених члановима 5 и 6 Конвенције, члан 3 Протокола број 1 (у даљем тексту: чл. 3 Пр.бр.1) намеће позитивну обавезу држави да створи институционалну инфраструктуру која

¹¹⁸⁴ *Белгијски лингвистички случај.*

¹¹⁸⁵ *Ропотагуов против Бугарске.*

¹¹⁸⁶ *D.H. и други против Чешке Републике.*

¹¹⁸⁷ The margin of appreciation, Judicial Professions, The Lisbon network, доступно на: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/ECHR/Paper2_en.asp.

¹¹⁸⁸ *Ориуш и други против Хрватске*, пресуда од 17.07.2008.г.

¹¹⁸⁹ *Horváth and Kiss против Мађарске.*

¹¹⁹⁰ *Mathieu-Mohin and Clerfayt против Белгије*, став 47.

обезбјеђује уживање одређених права.¹¹⁹¹ За разлику од чланова 5 и 6, ова одредба Протокола међутим не даје право појединцима као таквим. Такав став су органи у Стразбуру временом измијенили. „У односу на природу права предвиђених чл.3 Пр.бр.1, став Комисије је еволуирао. Од идеје „институционалног“ права на одржавање слободних избора, Комисија се помјерила ка концепту „универзалног права гласа“ што је имало за последицу ослањање на концепт субјективног права учешћа на изборима – право гласа и право кандидовања на изборима. Суд је такође на позицијама овог последњег“,¹¹⁹² разликујући активно од пасивног бирачког права, односно права да се учествује на изборима као гласач и права да се кандидује на изборима.

Навођење поља слободне оцјене које државе уживају јесте константа у случајевима који се тичу права на слободне изборе.¹¹⁹³ Суд се редовно позивао на постојање и величину поља слободне оцјене у односу на избор критеријума за ограничење бирачког права¹¹⁹⁴ и права кандидовања на изборима,¹¹⁹⁵ затим у односу на изборне системе¹¹⁹⁶, изборне цензусе¹¹⁹⁷ и код јавног финансирања.¹¹⁹⁸ Државе имају широко поље слободне оцјене да у својим унутрашњим правним порецима успоставе услове за остваривање бирачког права и права да се кандидује на изборима, а који нису искључени чланом 3 Пр.бр.1.¹¹⁹⁹

¹¹⁹¹ Исто, став 50 који гласи: „примарна обавеза у овој области није уздржавање или немијешање, већ обавеза државе да усвоји позитивне мјере како би „одржала“ демократске изборе.

¹¹⁹² Исто, став 51.

¹¹⁹³ Yannick Lécuyer, *The right to free elections*, Council of Europe, Dec 1, 2014, p. 90.

¹¹⁹⁴ Видјети нпр. *Aziz против Кипра*, пресуда од 22.06.2004.г., *Hirst против Уједињеног краљевства* (бр. 2), *Sitaropoulos and Giakoumopoulos против Грчке*, пресуда од 15.03.2012.г., *Shindler против Уједињеног краљевства*, пресуда од 07. 05. 2013.г.

¹¹⁹⁵ *Podkolzina против Летоније*, *Sukhovetskyu против Украјине*, пресуда од 28.03.2006.г., *Paksas против Литваније*, пресуда од 06.01.2011.г.

¹¹⁹⁶ Видјети нпр. *Yumak and Sadak против Турске*, пресуда од 08.07.2008.г., *Grosaru против Румуније*, пресуда од 02.03.2010.г., *Saccomanno и други против Италије*, одлука о прихватљивости од 13.04.2012.г.

¹¹⁹⁷ *Magnago and Südtiroler Volkspartei против Италије*, одлука Комисије од 15.04.1996.г., *Federación nacionalista Canaria против Шпаније*, пресуда од 07.06.2001.г., *Partija "Jaunie Demokrāti" and Partija "Mūsu Zeme" против Летоније*, пресуда од 29.11.2007.г., *Yumak and Sadak против Турске*.

¹¹⁹⁸ Видјети нпр. *Özgürlük Ve Dayanışma Partisi (ÖDP) против Турске*, пресуда од 10.05.2012.г.

¹¹⁹⁹ *Mathieu-Mohin and Clerfayt*, став 52.

Суд је, признајући распон поља слободне оцјене изазвао велику дебату у предмету *Hirst против Уједињеног краљевства*, нагласио везу између поља слободне оцјене и супсидијарности ријечима *да постоје бројни начини организовања и вођења изборног система и бројне разлике, између осталог, и у историјском развоју, културној разноврсности и политичкој мисли у Европи, због чега је на свакој држави уговорници да обликује сопствену демократску визију.*¹²⁰⁰

Код права предвиђених чл.3. Пр. бр. 1, (као усталом и код чл. 2. Пр. бр. 1), долази до примјене концепта *подразумијеваних ограничења* и стога се, према Суду, у овој области државама уговорницама мора дати широко поље слободне оцјене.¹²⁰¹ То је природна последица чињенице да чл.3.Пр.бр.1 није ограничен посебно наведеним „леgitимним циљевима“ као што је то случај са члановима 8-11 Конвенције. Стога државе уговорнице имају слободу да се ослоне на циљ који није наведен да би се оправдало ограничење, под условом да је у посебним околностима случаја такав циљ усклађен са начелом владавине права и општим циљевима Конвенције. То такође значи да Суд не примјењује традиционалне тестове „неопходности“ и „неодложне друштвене потребе“, који се користе у контексту чланова 8-11. Приликом испитивања усклађености са обавезама из чл.3.Пр.бр.1, Суд се углавном фокусира на два критеријума: да ли је постојала произвољност или недостатак пропорционалности и да ли се ограничење умијешало у слободно изражавање воље народа, што у крајњем процјењује сам Суд.¹²⁰²

Такође, као и код претходног члана Конвенције, ограничење не смије нарушити саму суштину права и одузети му дјелотворност. Ограничење мора задовољити легитиман циљ и да средства за његово задовољење нису несразмјерна.¹²⁰³ Таква ограничења посебно не могу осујетити слободно изражавање грађана у избору законодавне власти.

¹²⁰⁰ *Hirst против Уједињеног краљевства*, став 61.

¹²⁰¹ Видјети нпр. *Mathews против Уједињеног краљевства* и *Labita против Италије*, став 201

¹²⁰² *Yumak and Sadak против Турске*, став 109.

¹²⁰³ *Mathieu-Mohin and Clerfayt*, став 52.

Од свих критеријума који су се појављивали у пракси Суда, а на основу којих су државе ограничавале активно бирачко право (нпр. због националног поријекла, резиденцијалног услова или хендикепираности особе), одузимање бирачког права затвореницима изазвало је највише контроверзи. Тако је у једном од водећих предмета *Hirst*, када је затвореницима било забрањено да гласају на парламентарним и општинским изборима, Суд сматрао да се опште, аутоматско и недискриминаторно одузимање бирачког права свим затвореницима без обзира на дужину казне, природу и тежину почињеног дјела и њихове појединачне ситуације, налази изван било каквог прихватљивог поља слободне оцјене без обзира колико широко оно било. Суд је у прилог својој тези навео да „остаје чињеница да у мањини држава уговорница постоји апсолутна забрана осуђеним затвореницима да гласају или у којима не постоји законска одредба о праву затвореника да гласају. ...чак и да се заједнички европски приступ проблему не може препознати, то само по себи није одлучујуће“.¹²⁰⁴ Суд је (невјешто) искористио аргумент европског консензуса да практично сузи поље слободне оцјене у овом случају. У предмету *Scoppola против Италије*, Суд је признао широку дискрецију држави у регулисању бирачког права затвореника у односу на врсту прекршаја који има за последицу губитак тог права и у односу на то да ли је губитак права заснован на судском налогу у сваком појединачном случају или ће произићи из опште примјене закона.¹²⁰⁵

Пасивна права уживају мању заштиту од активних изборних права. То је од стране Суда формулисано на следећи начин: „...док тест који се односи на „активни“ аспект чл.3 Пр.бр.1 обично укључује ширу процјену пропорционалности законских одредби којима се изузима одређена особа или група лица из права на гласање, тест Суда је у односу на „пасивни“ аспект ове одредбе строго ограничен на провјеру одсуства произвољности у унутрашњим процедурама које воде онемогућавању појединца да

¹²⁰⁴ *Hirst* (бр. 2), ставови 62 и 82 и *Melnychenko против Украјине*, пресуда од 18.10.2004.г., став 56.

¹²⁰⁵ *Scoppola против Италије* (бр. 3), пресуда од 22.05. 2012.г., став 99. У овој пресуди Суд је одустао од става изреченог у пресуди *Frodl против Аустрије* (пресуда од 08.04.2010.г.), када је сматрао да одлука о одузимању одређених права затвореницима мора бити донешена од стране судије.

се кандидује...¹²⁰⁶ На сличан начин као и код активног бирачког права, ограничења права кандидовања на изборима такође морају бити у складу са легитимним циљем а и средства за њихово остварење морају бити сразмјерна. У складу с тим, државе уживају веома велико поље слободне оцјене у одређивању критеријума за стицање пасивног бирачког права, што је и природно, јер су по правилу, критеријуми стицања пасивног бирачког права увијек били нешто строжији него што је то случај са критеријумима за стицање активног бирачког права.

Кад год се пружи прилика Суд подвлачи потребу да се изборно законодавство испита у свијетлу историјског развоја, културне различитости и политичке мисли одређене земље. То значи да особине које се у једном систему сматрају неприхватљивим могу бити оправдане у другом.¹²⁰⁷ Суд је у оваквим случајевима често наглашавао да „државе имају широку слободу да успоставе уставна правила о положају посланика, укључујући критеријуме за њихову немогућност кандидовања. Иако имају заједничко поријекло у потреби да осигура независност изабраних представника и слобода бирача, ови критеријуми варирају у складу са историјским и политичким факторима сваке државе; многобројност ситуација у уставима и изборном законодавству великог броја држава чланица СЕ показује разноврсност приступа у овој области. За сврхе примјене члана 3, свако изборно законодавство мора бити оцијењено у свијетлу политичке еволуције одређене државе“¹²⁰⁸.

¹²⁰⁶ *Ždanoka против Летоније*, пресуда од 16.03.2006.г., став 115.

¹²⁰⁷ *Podkolzina против Летоније*, став 33.

¹²⁰⁸ *Mathieu-Mohin and Clerfayt*, став 54 и *Podkolzina*, став 33.

ДИО ЧЕТВРТИ

Глава шеста

6. ПРИМЈЕНА ДОКТРИНЕ ПОЉА СЛОБОДНЕ ОЦЈЕНЕ У ОДНОСУ НА ПРАКСУ ЕВРОПСКОГ СУДА У ПРЕДМЕТИМА ПРОТИВ СРБИЈЕ, ХРВАТСКЕ, БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ МАКЕДОНИЈЕ И ЦРНЕ ГОРЕ

6.1. Околности проширења Савјета Европе након пада берлинског зида и измијењена улога Суда

Број држава чланица система Савјета Европе значајно се увећао током задњих деценија. Основан 1949. године као најстарија европска политичка организација од стране 10 држава оснивача, Савјет Европе је данас нарастао на 47 држава чланица, превазилазећи Европску унију (ЕУ) у географском обухвату. Када се погледају датуми приступања држава из средње и источне Европе, постаје очигледно да су скоро све оне приступиле након пада берлинског зида током деведесетих година прошлога вијека.¹²⁰⁹ Ријеч је о најзначајнијем периоду проширења јер се велики број бивших комунистичких земаља, припадница тзв. источног блока, придружио концепту демократског друштва каквог су до тада његовале тзв. западне либералне демократије. Такође, последњи круг проширења СЕ је уједно и највећи, када су се придружиле три групе земаља, наиме централно европске државе под доминантним совјетским утицајем,¹²¹⁰ Русија и бивше совјетске републике¹²¹¹ и државе са Балкана,¹²¹² укључујући Монако и Андору. Проширење СЕ је тако довело до значајног повећања различитости и хетерогености међу конституентима СЕ.

¹²⁰⁹ Преглед чланства у Савјету Европе доступан на <http://www.coe.int/en/web/about-us/our-member-states>

¹²¹⁰ Мађарска, Пољска, Румунија, Бугарска, Чешка Република и Словачка.

¹²¹¹ Естонија, Летонија, Литванија, Молдавија, Украјина, Грузија, Азербејџан и Јерменија.

¹²¹² Албанија, Бивша Југословенска Република Македонија, Босна и Херцеговина, Црна Гора, Словенија и Србија.

Насупрот клубу западноевропских држава сличних свјетоназора које дијеле сличне правне и политичке културе и традиције, што је био случај са 10 држава оснивача па и са 23 чланице прије деведесетих година, СЕ сада сачињава 47 држава чланица које испољавају огромне и јединствене различитости.

Конвенција, као основни инструмент на којем је заснован систем Савјета Европе, ратификована је од стране свих држава чланица са изузетком појединих протокола уз њу.¹²¹³

Тешко да у овој дисертацији има простора за било какву социо-политичку анализу ситуације након распада источног блока али је важно донекле скренути пажњу на контекст који је био од утицаја на рад Европског суда за људска права. Постајала је бојазан да ће експанзија система Конвенције довести до погоршања постојећих проблема.¹²¹⁴ Новоприслијеле државе су у том времену ипак изашле из миљеа диктаторских режима са веома слабир инстиуцијама и отпором према људским правима. Наведени фактори су, поред осталог, утицали на способност држава централне и источне Европе да заштите људска права као и на повјерење њихових грађана у такву заштиту. Такође се намеће и питање да ли систем људских права, скројен за ограничени број држава западне Европе, може штитити људска права изван тог контекста.¹²¹⁵ Поједини теоретичари сматрају да су различите културе и средине већ биле заступљене у СЕ обухватајући између осталог и системе континенталног и обичајног права. *Eva Brems* међутим сматра „да су земље источне Европе имале независан развој последњих 50 година. Неке од ових земаља су искусиле утицаје који су потпуно страни западној Европи (неке државе су нпр. биле дио Отоманског царства). То је неизбјежно имало дубок утицај на њихова друштва, структуре, вриједносне судове итд.“¹²¹⁶

¹²¹³ Преглед датума потписивања и ратификација Конвенције доступан на <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSir.asp?NT=005&CM=&DF=&CL=ENG>.

¹²¹⁴ Видјети детаљније у: J. A. Sweeney (2005), *op.cit.*, pp. 459-474.

¹²¹⁵ David Seymour, "The extension of the European Convention on Human Rights to Central and Eastern Europe: Prospects and Risks", (1993) 8 Conn. J. Int'l L 243, p. 244.

¹²¹⁶ Исто, p. 308.

Имајући у виду претходно, као и чињеницу да је поље слободне оцјене оцјене веће у недостатку консензуса по одређеном питању, намеће се логичан закључак да би проширење СЕ, посебно у овако великом обиму, имало за последицу смањење могућности налажења европског консензуса чиме би се прошириле границе поља слободне оцјене. Међутим, овдје је прије ријеч о шпекулативном нагађању него о индентификовању одређеног емпиријског тренда. Мултиплициран диверзитет унутар СЕ у стварности изненађујуће није довео до тога да Суд интезивније прибјегава доктрини поља слободне оцјене.¹²¹⁷

Истовремено, приступање великог броја нових држава чланица, са значајно другачијим традицијама и културама, имало је за последицу и праву поплаву предмета пред Судом који су се махом односили на рјешавање најосновнијих, тешких и видних кршења људских права. Суд се у таквој ситуацији нашао у другачијем положају. У првим годинама свог рада органи у Стразбуру нису имали прилику да се суоче са најтежим кршењима људских права него су функционисали на маргинама проблематике људских права, успостављајући стандарде који су додуше били узбудљиви за академске правнике али који никада нису ишли толико далеко да би радикално утицали или мијењали унутрашње правне системе.¹²¹⁸ Суд више није „усмјеравао“ унутрашње системе него се нашао у ситуацији да их обликује.¹²¹⁹ Овакав развој је довео до настанка ткз. „пилот пресуда“ којима је Суд утврђивао системска и распрострањена кршења и налагао државама да предузму свеобухватне радње како би иста отклониле.¹²²⁰ *Oppedal* тврди да је систем пилот пресуда значајно сузио поље слободне оцјене дато државама.¹²²¹

¹²¹⁷ Wojciech Sadurski (2009), *op.cit.*, p. 341.

¹²¹⁸ Видјети претходне дјелове ове дисертације. Суд је у том времену разматрао нпр. питања обавезе државних органа да консултују синдикате, приступ подацима из медицинских картона или статус ванбрачне дјеце као и многобројна друга питања.

¹²¹⁹ Wojciech Sadurski (2009), *op.cit.*, p. 341.

¹²²⁰ Резолуцијом Комитета министара Савета Европе од 12. маја 2004. године Суду је наложено разматрање ефикасности правних средстава на националном плану, у циљу избјегавања такозваних репетитивних спорова. Иначе, репетитивним споровима, који се у жаргону често називају и клонираним споровима, сматрају се спорови који су у погледу предмета јако слични и који често

На дневном реду Суда су се тако нашли многи веома значајни случајеви из држава источне Европе, у смислу тежине кршења и системске природе оспорених недостатака.¹²²² Многи теоретичари из западне Европе су сматрали да би овакав развој могао довести до ткз. *двоструког колосјека* заштите људских права у Европи, према којем би за „старе“ државе чланице остали да важе стандарди који су већ успостављени, док би за „нове“ државе чланице стандарди били блажи.¹²²³ *Brems* је тако била забринута да Суд, користећи доктрину поља слободне оцјене, неће инсистирати на истим стандардима за нове државе како би се прилагодио културним разликама, тиме „преузимајући ризик да се успори напредак нових држава на пољу људских права“.¹²²⁴ Чак се постављало питање повјерења у судије које долазе из нових држава чланица (посебно у британским круговима) и преиспитивале њихове способности као експонената најсофистицираније јуриспруденције у области људских права. Сматрало се да би такве судије могле да поступају у правцу неприхватљивог сужавања унутрашњег поља слободне оцјене у одлукама Суда.¹²²⁵

Веза између проширења СЕ и сужавања поља слободне оцјене примјећена је од стране судије *Martens* у сагласном мишљењу у предмету *Brannigan*: „Став Суда из

указују на одређени недостатак правног система државе у питању. У циљу избјегавања одлучивања по свим представкама са сличним предметом спора које су доспјеле или се очекује да ће доспјети у Суд, овај орган је прибјегао доношењу пресуда којима се по стандардној процедури одлучује о основаности представке, али уз указивање на одређени системски недостатак. Тако, поједини аутори сматрају да су пилот пресуде природни и формализовани наставак праксе Суда да се ослања на своје раније одлуке и да предлаже опште мјере, јер већ предлог општих мјера претпоставља већи број потенцијалних жртава и апликаната (Сања Ђајић, Међународно правосуђе, ЈП „Службени гласник“, Београд, 2012; стр.173).

¹²²¹ Kjartan Orpedal *Institutional Development through Crisis? An Analysis of the European Court of Human Rights' Pilot Judgement Procedure addressing Systemic Human Rights Issues*, University of Bergen, Department of Comparative Politics, Master Thesis, (2011) p. 94. Закључак је донио на основу узорка од 13 пилот пресуда које је проучавао.

¹²²² Како сматрају *Stone Sweet* и *Keller*, са проширењем на исток и Балкан, Суд се сада суочава са проблемом „масивног непоступања држава у обезбјеђивању чак и минималне заштите најосновнијих права укључујући забрану тортуре предвиђену чланом 3 Конвенције“. Alec Stone Sweet & Helen Keller, “The Reception of the ECHR in National Legal Orders” in Keller & Stone Sweet, *A Europe of Rights* 3-28 at 13.

¹²²³ Исто, p. 8.

¹²²⁴ *Brems* (1996), *op.cit.* p. 310.

¹²²⁵ Robert Harmsen, “The European Convention of Human Rights after Enlargement”, *International Journal of Human Rights* 5 (2001): 18-43 at 23 .

1978. године у односу на поље слободне оцјене према члану 15, је вјероватно је био под утицајем става већине од тадашњих десет држава чланица СЕ, за које се може претпоставити да су друштва која...су била демократије дуго времена... Од времена приступања држава источне и централне Европе, таква претпоставка је изгубила на значају.¹²²⁶

Суд је са своје стране афирмисао примјену доктрине поља слободне оцјене у односу на транзиционе, посткомунистичке земље ријечима да се „Оваква логика [у овом случају широког поља слободне оцјене] примјењује на такве фундаменталне промјене система земље као што је транзиција од тоталитарног режима ка демократском облику владавине и реформи државне политичке, правне и економске структуре, феномене који неизбежно укључују доношење далекосежне економске и социјалне легислативе“.¹²²⁷

Самим тим што је држава пролазила кроз период транзиције,¹²²⁸ она је макар реторички добијала широко поље слободне оцјене приликом уплитања у неко право или слободу. У смислу права на имовину, Суд је такав приступ изразио ријечима да „се овај принцип још снажније примјењује када су закони донешени у контексту промјена политичког и економског режима, посебно током почетног транзиционог периода који је нужно обиљежен поремећајима и несигурностима“.¹²²⁹ Суд је слично запажање изнио и приликом испитивања „ванредног контекста уједињења Њемачке“.¹²³⁰

¹²²⁶ *Brannigan and MacBride против Уједињеног краљевства*, сагласно мишљење судије Martensa, став 3.

¹²²⁷ *Broniowski против Пољске*, пресуда од 22.06.2004.г., став 149.

¹²²⁸ Транзиција се може огледати у изградњи и заштити нових институција или реобликовању старих структура. Исправљање неправди из прошлости или кажњавање дјела почињених у вријеме бившег режима су додатни аспекти транзиције. Видјети у: М.Р. Golding, *Transitional Regimes and the Rule of Law*, 1996 9(4) Ratio Juris 387-95., р. 390.

¹²²⁹ Видјети нпр. *Jahn и други против Њемачке*, став, став 116; *Корескуј против Словачке*, став 35, и *Суљагић против Босне и Херцеговине*, пресуда од 03.11.2009.г., став 42.

¹²³⁰ *Maltzan и други против Њемачке*, пресуда од 02.03.2005.г., ставови 77 и 111-112 и *Jahn и други против Њемачке*.

Међутим, поље слободне оцјене не постаје аутоматски шире када се земља затекне у ситуацији транзиције већ величину маргине више обликује специфични транзициони контекст одређеног случаја. Често Суд признаје транзицију као оправдан разлог (легитиман циљ) у примјени начела пропорционалности на одређено ограничење или приликом одређивања обима поља слободне оцјене али то није једини одлучујући фактор. То је и логично јер прихватање легитимног циља на који се позива тужена држава не прејудицира исход случаја. Мора се имати у виду и да аргумент транзиције временом губи на значају. У новијим случајевима, Суд је имао чврст став да се околности демократске транзиције не могу наводити као оправдање за мјере које су донешене релативно касно у транзиционом процесу и да транзиција у источноевропским земљама има свој рок трајања.¹²³¹ Мора се, према Суду, водити рачуна и о начелима стабилности и предвидљивости заштите људских права.

Међутим, све напријед наведене бојазни западноевропских теоретичара нису се показале оправданим. Прво, емпиријски тренд у последње двије деценије парадоксално показује опште сужавање поља слободне оцјене у предметима пред Судом.¹²³² Друго, у времену након пада берлинског зида десиле су се најзначајније реформе Страсбуршког система заштите људских права, што је дијелом била и последица самог проширења, тако да исти није ни налик ономе од прије деведесетих година прошлог вијека. Наиме, Протоколом бр. 11 укинута је Комисија и успостављен сталан Суд, али се најважнија промјена тиче обавезног прихватања појединачних представки и надлежности Суда од стране држава чланица СЕ. Треће, већа свијест грађана о постојању и могућностима овог вида заштите права као и измијењене околности (степен глобализације, бржи проток информација итд.) током задње двије деценије такође представља значајну варијаблу. Званична је оцјена да се Европа суочава са највећом кризом људских права у протекле двије деценије с

¹²³¹ *Vajnai против Мађарске*, пресуда од 08.07.2008.г, ставови 49 и 57 и *Adamson против Летоније*, пресуда од 24.06.2008., и став 131.

¹²³² За овакву оцјену видјети нпр. Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (Princeton: Princeton University Press, 2008) 71.

обзиром на то да незапосленост и сиромаштво у многим земљама подстичу екстремизам и сукобе.¹²³³

Четврто, тврдња да се пракса Суда у највећем броју свела на разматрање рудиментарних и основних кршења људских права најблаже речено није чињенично утемељена јер је таквих случајева било и прије деведесетих година само њихов број није био толики, поред осталог, и због претходно наведених разлога. Многи водећи предмети су управо настали на случајевима из источноевропских земаља обogaћујући у значајној мјери праксу Суда. Такође, многе судије које долазе из ових земаља су својим запажањима и коментарима дале огроман допринос унапређењу резонувања у Суду и биле цитиране на многим мјестима па и у релевантној западноевропској литератури.

И најважније, снисходљив став према новим државама чланицама може само у мањој мјери бити оправдан јер су многе од тих држава имале тоталитарне режиме свега пар деценија своје историје док је свеукупна европска традиција и култура тих земаља несумњива. Свака различитост носи са собом нови квалитет а не нужно и конфликтност. Чак би се могло тврдити да су неке од источноевропских држава дале већи допринос европском индентитету него поједине „старе“ државе чланице. Истовремено, разлике између „стариx“ и „нових“ држава чланица СЕ нису тако велике како су се покушале представити. Већа је разлика између нпр. Велике Британије, као земље обичајног права и Њемачке, као типичног представника континенталног права него између Пољске и Њемачке или рецимо Србије и Аустрије. Такође, постоје значајне разлике и међу новопридошлим државама па се не

¹²³³ Извјештај Генералног секретара Савјета Европе *Thorbjørn Jagland*-а од 16.04.2014. године. У овом свеобухватном извештају о стању људских права, демократији и владавини права он је упозорио да се у Европи и даље дешавају озбиљна кршења људских права укључујући корупцију, трговину људима, расизам и дискриминацију. Према извештају, у 39 од 47 чланица Савета Европе, националне мањине су изложене дискриминацији, у 30 постоје проблеми у вези са притвором, укључујући претрпаност затвора, а у 26 је изражен проблем корупције. Све чланице Савјета Европе су позване да у потпуности примјењују Европску конвенцију о људским правима, да спријече „ерозију основних права“ и предузму даље реформе у складу са Конвенцијом. Доступно на <http://www.euractiv.rs/ljudska-prava/7167-savet-evrope-ozbiljna-kriza-ljudskih-prava-u-evropi->

може говорити о истом степену демократског развоја бивших совјетских република и земаља централне Европе.

У закључку, задњи круг проширења СЕ није довео до деградирања стандарда заштите људских права у Европи већ би се прије могло говорити о стварању разноврснијих стандарда заштите у чему доктрина поља слободне оцјене има одлучујућу улогу.

6.2. Контекст приступања постјугословенских држава Савјету Европе

Претходно речено се у цијелости може примјенити и на контекст приступања држава са Балкана систему СЕ. Међутим поред проблема комунистичке заоставштине, ове земље су се суочиле и са разарајућим последицама грађанског рата који је током деведесетих година прошлог вијека буктио на просторима бивше југословенске државе.

Предмет анализе овог дијела дисертације је прије свега поступање Суда према државама бивше Југославије из једноставног разлога што су те државе до скоро дијелиле исти правни и политички простор и чији становници говоре готово истим језиком, што је подеснији оквир за анализу. Следствено томе, фокус овог дијела неће бити поступање Суда у односу на Албанију. Словенија је већ дужи период чланица Европске уније а контекст европских интеграција је значајан за унапређење заштите људских права у приступним државама какве су државе бивше Југославије, имајући у виду да активности СЕ почивају и на тзв. политичком условљавању односно Копенхашким критеријумима ЕУ.¹²³⁴

¹²³⁴ Европски савјет одржан у Копенхагену 1993.г. одредио је услове чланства у ЕУ према којима, између осталог, држава мора постићи „стабилност институција које гарантују демократију, владавину права, људска права и поштовање и заштиту мањинских права...“, Опширније у: Милош Бошковић, „Усвајање *acquis communautaire* као предуслов за придруживање и чланство у ЕУ са посебним освртом на земље западног Балкана“, магистарска теза, Правни Факултет Универзитета у Београду, 2010.

Уставни развој бивше Југославије, од њеног настанка, обиљежен је занемаривањем положаја појединца као носиоца грађанских, политичких и других права и слобода. На унутрашњем плану Југославија је донекле имала обиљежја система уставног правосуђа и судске праксе која је била налик правосуђима западноевропских земаља.¹²³⁵ Устав из 1963. године успоставио је судске структуре које ће се касније претворити у уставне судове нових држава, након распада јединствене државе. Исти устав је предвидио и веома широк обим грађанских и политичких права и социоекономских права као и механизам њихове заштите. Нарочито су била фаворизована људска права која репрезентују социјалистички систем вриједности као што је право на рад, здравствену заштиту, образовање и сл. Наравно, постојала су и значајна ограничења тих права у складу са тадашњим комунистичким режимом.¹²³⁶ На међународном плану Југославија је била једна од оргиналних потписница УН Универзалне декларације о људским правим из 1948. године. Такође је ратификовала Међународни пакт о грађанским и политичким правима као и Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима.¹²³⁷ Треба међутим нагласити да бивша Југославија никада није тежила интеграцији у систем СЕ.

У стварности деведесетих година започела је свеопшта етнификација свих интереса и битних сегмената јавног и политичког живота. Са отпочињањем процеса политичке плурализације 1989. године долази и до ослобођања до тада потиснутих манифестација посебности етичких заједница и ширих могућности изражавања проблема. Претходни комунистички монопол смјењује пробуђени етнонационалистички идеолошки монопол.¹²³⁸ Ратови међу нацијама које су твориле бившу југословенску државу пореметио је одређене историјске линије континуитета

¹²³⁵ Mathew M. Getter, 'Yugoslavia and the European Economic Community: Is a Merger Feasible?', University of Pennsylvania Journal of International Business Law 11 (4) (1990) 789/810.

¹²³⁶ Члан 40 овог Устава је прописивао да се предвиђене слободе не могу користити на начин да угрожавају темеље социјалистичког и демократског уређења успостављеног Уставом.

¹²³⁷ СФРЈ је ратификовала ове инструменте 02.06.1971. године.

¹²³⁸ Душан Јањић, ДРУШТВЕНИ И ПОЛИТИЧКИ РАЗЛОЗИ ЗА ДЕМОКРАТСКУ МАЊИНСКУ ПОЛИТИКУ И УСВАЈАЊЕ УСТАВНОГ ЗАКОНА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ О СЛОБОДАМА И ПРАВИМА МАЊИНСКИХ ЗАЈЕДНИЦА И ЊИХОВИХ ПРИПАДНИКА, ФОРУМ ЗА ЕТНИЧКЕ ОДНОСЕ И КОМИТЕТ ПРАВНИКА ЗА ЉУДСКА ПРАВА (YUCOM), Београд, март 2002.г., стр. 6. и 7.

чиме је створена нова реалност. Обиљежје ратова деведестих су етноцентризам и ауторитарни популизам који сами по себи подразумевају масовно кршење људских права.¹²³⁹ Нова реалност и нове геополитичке околности водиле су преиспитивању већ успостављених вриједности, што се може одредити односом процеса стварања националне државе и демократског преображаја. Социо-економска права тако уступају мјесто политичким правима и слободама. Основна тенденција почетком деведесетих година јесте истицање колективних људских права и формализовање индивидуалних. У том контексту, може се пратити генеза односа национализма и демократије (изградња националне државе у односу према изградњи цивилног друштва).¹²⁴⁰

Придруживање држава са Балкана систему СЕ је у највећој мјери било условљено завршетком грађанског рата и праћено сталним етничким тензијама. Балканске државе су се придружиле се следећим редоследом: Словенија (14.05.1993.г.),¹²⁴¹ Албанија (13.07.1995.г.),¹²⁴² Бивша Југословенска Република Македонија (09.11.1995.г.),¹²⁴³ Хрватска (6.11.1996.г.),¹²⁴⁴ Босна и Херцеговина (24.04.2002.г.).¹²⁴⁵ Након демократских промјена у јесен 2000. године, Савезна Република Југославија је конкурисала за чланство у СЕ. Државна заједница Србија и Црна Гора приступила је СЕ 03.04.2003. године. Након усвајања декларације о независности Црне Горе од 3. јуна 2006. године, Комитет министара СЕ је усвојио декларацију о наставку чланства Србије као сукцесора државне заједнице.¹²⁴⁶ Коначно, Црна Гора је 11. 05. 2007. године постала пуноправна чланица СЕ.¹²⁴⁷

¹²³⁹ АЛБЕРТ БИНГ, Хрватска и људска права 1990. - 1992. - оквир за истраживање (етноцентризам, ауторитарни популизам, људска права и демократија), ЧСП, бр. 1., 1.-308., Загреб 2008., стр.197.

¹²⁴⁰ Исто.

¹²⁴¹ Датум ратификације Конвенције 28/6/1994.

¹²⁴² Датум ратификације Конвенције 2/10/1996.

¹²⁴³ Датум ратификације Конвенције 10/4/1997.

¹²⁴⁴ Датум ратификације Конвенције 5/11/1997

¹²⁴⁵ Датум ратификације Конвенције 12/7/2002.

¹²⁴⁶ Извор: Канцеларија Савета Европе у Србији. Доступно на: http://www.coe.org.rs/def/tdoc_sr/serbia_and_coe/?conid=26. Датум ратификације Конвенције 3/3/2004

¹²⁴⁷ Датум ратификације Конвенције 3/3/2004. Датуми ратификација доступни на <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSir.asp?NT=005&CM=&DF=&CL=ENG>

Све ове државе су имале снажан мотив да се придруже СЕ, не само због реформи и престижа, већ и због тога што је чланство у СЕ важан предуслов за будуће чланство у ЕУ. Према овим државама, се, након пријема у чланство, спроводио мониторинг над испуњавањем преузетих обавеза од стране Комитета министара и Парламентарне скупштине СЕ. Обавезе су се углавном односиле на сарадњу са Хашким трибуналом, ратификовање конвенција и протокола СЕ, спровођење законодавних и институционалних реформи, достизање стандарда у заштити људских и мањинских, реформи правосуђа и полиције и слично. Поред Конвенције, демократски *acquis* СЕ садржан је у читавом низу докумената, од којих нека имају *ius cogens* статус и непосредно утичу на институције и функционисање демократије у државама чланицама, док друга имају статус препорука.¹²⁴⁸ Треба међутим напоменути да је пријем у СЕ много флексибилнији него што је то случај са ЕУ, између осталог и због тога што је у оквиру СЕ преовладала свијест да је боље имати проблематичну земљу унутра него ван. У том смислу је политички притисак за достизање стандарда политичке демократије и заштите људских права био дјелотворнији. Насупрот томе, једном када се уђе у ЕУ, мало средстава стоји на располагању да се у том правцу дисциплинује држава.¹²⁴⁹

6.3. Поље слободне оцјене у предметима против Србије, Хрватске, Босне и Херцеговине Македоније и Црне Горе

Све наведене околности утицале су на то да је Суд, у односу на случајеве који су долазили са Балкана, поступао из перспективе концепта транзиције, који је успостављен пресудом у предмету *Broniowski*. Суд је, узевши у обзир „катастрофалне ефекте рата који је вођен од 1992. до 1995. године и актуелне реформе државне

¹²⁴⁸ Детаљније у *Developing Democracy in Europe: An analytical Summary of the Council of Europe's acquis*, Council of Europe, 2004, 11–12. Најзначајније изворе за демократски *acquis* Савјета Европе чине: конвенције, уговори и повеље (преко 200 њих); препоруке Комитета министара, препоруке, резолуције и мишљења Парламентарне скупштине, извјештаји најважнијих експертских тијела СЕ, прије свега Венецијанске комисије и GRECO (Group of States Against Corruption), као и резолуције Комитета и мишљења мониторинг тијела за конвенције СЕ.

¹²⁴⁹ Wojciech Sadurski, (2009), *op.cit.*, p. 341.

политичке, правне и економске структуре“, прихватио да је држава, усвајајући одређену мјеру, остала у оквиру свог поља слободне оцјене.¹²⁵⁰ Признајући да држава ужива значајно шире поље слободне оцјене у регулисању социјалне политике, Суд је сматрао да се исти принцип примјењује и у *специфичном контексту* распада бивше Југославије.¹²⁵¹

Специфичан контекст посебно је значајан за земље на чијој територији се водио рат што је имало за последицу специфичне аранжмане уређења државе. У пресуди *Сејдић и Финци* цитирало се мишљење Венецијанске комисије према којем, између осталог, стоји да је „Босна и Херцеговина земља у транзицији која се суочава са озбиљним економским проблемима и жељом да буде дио европских интеграција... Разумљиво је да је у пост-конфликтној ситуацији постојало (и постоји) недовољно повјерење између етничких група, како би се омогућила владавина само на основу већинског принципа“.¹²⁵² Врло битне олакшавајуће околности за земље Балкана (уосталом као и за остале земље источне Европе), јесу тешкоће које су власти имале приликом свеобухватних реформи и преласка са социјалистичког на режим демократске државе.¹²⁵³

Представке које су стизале са Балкана нису се, интересантно, толико односиле на непосредну заоставштину ратних дешавања, већ више на неспособност домаћих правосудних система да обезбиједи да се судски поступци одвијају ефикасно и дјелотворно (повреда права на правично суђење из члана 6 Конвенције). Затим слиједи представке које су се тичале права на имовину из чл. 1 Пр.бр.1. Коначно, грађанска и политичка права из Конвенције (чланови 8-11 Конвенције), чије се поштовање сматра показатељима напретка демократских процеса у савременом друштву, такође су у великом броју била предмет поступања Суда.

¹²⁵⁰ *Суљагић против Босне и Херцеговине*, став 52.

¹²⁵¹ *Петар Шево против Хрватске*, одлука о прихватљивости од 14.06.2001.г.

¹²⁵² *Сејдић и Финци против Босне и Херцеговине*, став 22. Видјети документ Венецијанске комисије CDL-AD(2005)004 of 11 March 2005.

¹²⁵³ *Статилео против Хрватске*, пресуда од 10.07.2014.г., став 141.

Табела 1: Кршења Конвенције према члановима од стране БиХ, Хрватске, Црне Горе, Србије и БЈР Македоније од тренутка приступања Конвенцији

Држава	Укупан број пресуда	Пресуде у којима је утврђено бар једно кршење	Пресуде у којима није утврђено кршење	Мирно поравнање/Скандинавске листе пресуда	Остале пресуде ¹²⁵⁴	Право на живот – Одумаживање живота	Непостојање дјелотворне истраге	Забрана мучења ¹²⁵⁵	Нечовјечно или понижавајуће поступање	Непостојање дјелотворне истраге	Право на слободу и безбједност	Право на правично суђење ²	Дужина трајања поступка	Неизвршење	Нема казне без закона	Право на поштовање приватног и породичног живота	Слобода изражавања	Слобода окупљања и удруживања	Право на брачни живот	Право на делотворан правни лек	Забрана дискриминације	Заштита права на имовину	Небисинидем	Остали чланови Конвенције
					2	2	3	3	3	5	6	6	6	7	8	10	11	12	13	14	П1-1	П7-4		
Босна и Херцеговина	40	35	5				1	1		6	10	1	14	1	1					1	3	26		4
Хрватска	290	240	21	26	3	2	6		11	7	20	81	93	3		29	1	1	1	32	4	19	2	
Црна Гора	18	17	1						1		1	3	4	4		1	2			2		4		
Србија	115	101	8		6		2		3	4	6	25	23	26		12	6			17	2	37		
БЈР Македонија	109	99	6	3	1	1		2	1	6	14	28	59	5		2		1		9		6		
Укупно	572	492	41	29	10	3	8	3	17	17	47	147	180	52	1	45	9	2	1	61	9	92	2	4

Подаци преузети 03.03.2015.г. са:

http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2014_ENG.pdf

Напомена: Суд није разматрао предмете у односу на ову групу земаља у којима се искључиво позивало на члан 4 (забрана ropства/принудног рада), члан 9 (слобода мисли, савјести и вјероисповјести), чл.2 Пр. бр.1 (право на образовање), и чл.3.Пр.бр.1 (право на слободне изборе)

Суд је у односу на ову групу предмета индентификовао поље слободне оцјене на начин који је описан у претходном дијелу ове дисертације. Није се одступило од општег правила да је поље слободне оцјене уже када су питању политичка права и

¹²⁵⁴ Остале пресуде: правично задовољење, ревизија, прелиминарне примједбе и непостојање надлежности.

¹²⁵⁵ Подаци у колони могу обухватити и условна кршења.

слободе а шире у односу на социо-економска права. Међутим, без обзира на реторику Суда, потребно је истражити колико су балканске државе остајале у оквиру датог им, ужег или ширег, поља слободне оцјене. Циљ је да се добије реална слика стварне величине маргине оцјене. Зато је најприје потребно утврдити колики је број предмета у којима је аргумент поља слободне оцјене присутан, и у односу на које чланове Конвенције. Затим је потребно, у овој групи случајева, утврдити однос између утврђених и неутврђених кршења Конвенције по појединим члановима. Ситуација је у том смислу следећа:

Графикон бр. 1:¹²⁵⁶



¹²⁵⁶ Подаци су преузети из базе HUDOC на дан 03.03.2015. године.

Предмети против Црне Горе у којима Суд помиње поље слободне оцјене



Предмети против Србије у којима Суд помиње поље слободне оцјене



Предмети против Македоније у којима Суд помиње поље слободне оцјене



Напомена: У Графикону нису наведени предмети у којима се само влада позвала на поље слободне оцјене или само поједине судије у својим издвојеним мишљењима.

Имајући у виду податке из горње табеле и графикана, може се закључити да постоји значајна судска пракса у односу на ову групу земаља, која је довољна за анализу колико је поље слободне оцјене остављено групи држава са Балкана. Примјетно је да највећи број предмета отпада на Хрватску, што је и природно с обзиром да је, заједно са Македонијом, раније од осталих приступила СЕ. Суд наводи поље слободне оцјене у 67 пресуда у односу на Хрватску. Такође је маргина оцјене поменута и у 26 одлука о неприхватљивости. У односу на Србију маргина оцјене се помиње у 14 пресуда и четири одлуке о неприхватљивости. Затим слиједе БЈР Македонија са 10 пресуда и четири одлуке о неприхватљивости и БиХ са седам пресуда и једном одлуком о неприхватљивости. Као најмлађа уговорница Конвенције, Црна Горе има свега четири овакве пресуде и двије одлуке о неприхватљивости.

Гледајући заједно пресуде и одлуке о неприхватљивости, може се закључити да се поље слободне оцјене највише наводило у контексту чл. 1 Пр. бр. 1 (42), члана 6 (41), члана 8 (26), члана 14 (14), члана 10 (6), члана 2 (2), члана 3 (1) и члана 5 (1). Иначе, одлуке о неприхватљивости су уврштене у овај збир јер дају потпунију слику о томе колико Суд дозвољава државама да „дишу“ по појединим члановима.

Узимајући у обзир однос броја утврђених и неутврђених¹²⁵⁷ кршења Конвенције по релевантним члановима, може се генерално закључити да државе са Балкана у пракси Суда нису имале много простора за ограничењем одређених права. Наиме, тај однос је 86:43 у корист утврђених кршења Конвенције.¹²⁵⁸ У циљу анализе резонавања Суда у конкретним предметима у којима је примјењивао доктрину, исти ће бити подијељени у двије групе: једна се односи на **права и слободе која су од значаја за демократију и владавину права**, док се друга група предмета односи на **право на имовину**.

¹²⁵⁷ Укључујући и одлуке о неприхватљивости.

¹²⁵⁸ Или ако би се процентуално могло изразити поље слободне оцјене, оно би износило 33.3 %. Међутим, овај податак је доста релативан јер је поље слободне оцјене квалитативан а не математички концепт.

6.3.1. Поље слободне оцјене и права и слободе која су од значаја за демократију и владавину права у постјугословенским државама

У овом дијелу разматраће се група случајева која се односи на право на правично суђење, право на лични и породични живот, слободу изражавања и начело недискриминације.

6.3.1.1. Право на правично суђење

Као што се види из Табеле бр. 1, у односу на изабрану групу постјугословенских држава велики број пресуда се односи на кршење члана 6 Конвенције.¹²⁵⁹ Истовремено, маргина оцјене је највише навођена у овим предметима. Како је и раније наглашено, поље слободне оцјене је другачије у односу на случајеве који се баве личним правима и слободама, јер је државама остављена широка дискреција у односу на формалности поступка суђења, односно ријеч је о ткз. „имплементационој дискрецији.“ Не постоје специфичности балканских земаља у односу на већ успостављене обрасце примјене доктрине, јер локални услови никада нису имали значајнију улогу у овом смислу. У складу са својом претходном праксом, и овдје се Суд у највећем броју случајева позвао на поље слободне оцјене у контексту *права на приступ суду*.

У пресуди *Кутић против Хрватске*, подносиоци представке тужили су државу због немогућности приступа суду и неразумно дугог судског поступка јер нису могли добити накнаду због штете на кући која је минирана 1991.г. Наиме, закон који је то регулисао укинут је 1996. г. због чега су сви судски поступци су прекинути. Суд је уважио околност да значајан број тужби против државе због потраживања великих

¹²⁵⁹ Ситуација је слична и са остатком уговорница Конвенције. Доступно на http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2014_ENG.pdf

износа новца, може захтијевати даљу регулацију од стране државе, и у овом смислу држава ужива одређено поље слободне оцјене. У овом случају, поступак је био прекинут више од шест година а у међувремену није донешен нови закон који би омогућио подносиоцима представке да поднесу парничну тужбу.¹²⁶⁰ Због овако дугог периода немогућности подношења тужбе, Суд је утврдио кршење члана 6 Конвенције. Суд је у односу на Хрватску утврдио велики број кршења права на приступ суду због законских мјера које су то онемогућавале.¹²⁶¹

Без обзира што право на приступ суду „по самој својој природи захтијева регулацију државе“ и „у том смислу државе уговорнице уживају одређено поље слободне оцјене“¹²⁶², Суд у пракси готово да и није дозвољавао државама са Балкана било какав простор у том смислу, имајући у виду да је у скоро сви случајевима утврђено кршење (видјети *Графикон 1*). Само је у предмету *Лончар против БиХ*, Суд уважио, између осталог, и поље слободне оцјене које држава има у регулисању права на приступ Суду, и утврдио да члан 6 није прекршен. Исто тако, Суд је у предмету *Добрић против Србије*, сматрао да је суд у Србији имао легитиман циљ и да је постојао разуман однос пропорционалности између средстава и циља.¹²⁶³ Међутим ова два изузетка не могу оповргнути закључак да доктрина маргине није играла значајнију улогу у овој групи предмета.

6.3.1.2. Право на лични и породични живот

Суд се у овој групи предмета позвао на поље слободне оцјене у контексту принудног иселења из стана,¹²⁶⁴ изрицања дисциплинске мјере затворнику,¹²⁶⁵ одузимања

¹²⁶⁰ *Кутић против Хрватске*, пресуда од 01.03.2002.г., ставови 31 и 32.

¹²⁶¹ Видјети нпр. предмете *Маринковић против Хрватске*, пресуда од 21.10.2004.г., *Драговић против Хрватске*, пресуда од 28.10.2004.г., *Драгићевић против Хрватске*, пресуда од 09.12.2004.г. итд.

¹²⁶² Видјети нпр. предмет *Аћимић против Хрватске*, пресуда од 09.10.2003.г., став 29.

¹²⁶³ *Добрић против Србије*, пресуда од 21.06.2011.г., став 54.

¹²⁶⁴ *Пиберник против Хрватске*, пресуда од 04.03.2004.г., *Цвијетић против Хрватске*, пресуда од 26.02.2004.г., *Блечић против Хрватске*, пресуда од 08.03.2006.г., *Ћосић против Хрватске*, пресуда од

пословне способности,¹²⁶⁶ отмице дјетета од стране једног од родитеља,¹²⁶⁷ мјере тајног надзора,¹²⁶⁸ психијатријског третмана затвореника,¹²⁶⁹ права приступа дјетету и повјеравање дјецe на старање,¹²⁷⁰ утврђивање очинства,¹²⁷¹ обавезе да се истражи и казни силовање¹²⁷² и заштите репутације.¹²⁷³

И овдје је примјетан тренд проширења примјене члана 8 на велики број ситуација. Предмети који су долазили с ових простора томе су свакако дали свој допринос. Тако је нпр. у предмету *Микулић против Хрватске*, Суд проширио примјену члана 8 и на поступке утврђивања очинства. Наиме, случај се тичао пропуста хрватских судова да одлуче о тужби за утврђивање очинства подносиоце представке, чиме су је оставили у продуженој неизвјесности у вези њеног личног индентитета. Суд је у овом предмету признао Хрватској поље слободне оцјене, сматрајући да се „систем попут хрватског у ком не постоје средства којима би се наводни отац присилио да поступи према наредби суда за извршење ДНК тестирања, може у начелу сматрати усклађеним с обавезама из члана 8, узимајући у обзир слободу оцјене државе“. Суд је до таквог закључка дошао на основу непостојања европског консензуса поводом проблема који се јавља када наводни отац одбија поступати према судским наредбама да се подвргне тестовима који су потребни како би се утврдиле чињенице. Ипак, узимајући у обзир да није испоштовано начело пропорционалности тиме што, у ситуацијама немогућности приморавања наводног оца на ДНК тестирање, није

15.01.2009.г., *Паулић против Хрватске*, *Орлић против Хрватске*, пресуда од 21.06.2011.г., *Бједов против Хрватске*, пресуда од 29.05.2012.г., *Брезец против Хрватске*, пресуда од 18.07.2013.г.

¹²⁶⁵ *Штитић против Хрватске*, пресуда од 08.11.2007.г.

¹²⁶⁶ *М.С. против Хрватске*, пресуда од 25.04.2013.г., *Ивиновић против Хрватске*, пресуда од 18.09.2014.г.

¹²⁶⁷ *Караџић против Хрватске*, пресуда од 15.12.2005.г.

¹²⁶⁸ *Драгојевић против Хрватске*, пресуда од 15.01.2015.г.

¹²⁶⁹ *Доленец против Хрватске*, пресуда од 26.11.2009.г..

¹²⁷⁰ *Глухаковић против Хрватске*, пресуда од 12.04.2011.г., *Мијушковић против Црне Горе*, пресуда од 21.09.2010.г., *Томић против Србије*, пресуда од 26.06.2007.г., *Дамњановић против Србије*, пресуда од 18.11.2008.г., *В.А.М. против Србије*, пресуда од 13.03.2007.г., *Вельков против Србије*, пресуда од 19.04.2011.г.

¹²⁷¹ *Микулић против Хрватске*, *Јевремовић против Србије*, пресуда од 17.07.2007.г., *Крушковић против Хрватске*, пресуда од 21.06.2011.г.

¹²⁷² *Д.Ј. против Хрватске*, пресуда од 24.07.2012.г.

¹²⁷³ *Поповски против БЈР Македоније*, пресуда од 31.10.2013.г.

обезбијеђена алтернативна процесна мјера, као и чињеницу да се у овим поступцима мора водити рачуна о најбољем интересу дјетета, Суд је утврдио кршење члана 8.¹²⁷⁴

У односу на предмете који су се тicali неизвршења судске одлуке о повјеравању дјецe на чување и васпитање, Суд је користио претходно успостављен образац да када контакт са родитељем може представљати пријетњу по најбољи интерес дјетета, онда је на националним властима да успоставе правичан баланс. Без обзира што је уважавао поље слободне оцјене које држава има у овим ситуацијама, Суд је ипак по правилу налазио повреду члана 8.¹²⁷⁵

Суд је у предмету *Штитић против Хрватске* сматрао да власти нису прекорачиле поље слободне оцјене због изрицања дисциплинске мјере затворенику. Суд је сматрао да је мјера била пропорционална и неопходна због тога што је изречена у односу на утврђивање кривице затвореника за веома озбиљан дисциплински прекршај, који се чак може сматрати кривичним дјелом (посједовање наркотика), и да је трајала ограничено вријеме (три мјесеца). Жалба подносиоца представке је уз то испитана од стране судског органа. Подносилац представке такође није пружио ни један аргумент у прилог тврдњи да мјера није била адекватно пропорционална. И коначно, изречена казна није била већег обима.¹²⁷⁶

У предметима који се тичу одузимања пословне способности, Суд редовно заузима став да би „у тако сложеним стварима као што је утврђивање менталне способности, власти требало да уживају широко поље слободне оцјене“ јер „ће се послужити директним контактом са одређеним лицем, и стога бити у посебно бољем положају да утврде такве ствари“.¹²⁷⁷ У предмету *M.S. против Хрватске*, Суд је сматрао „да приликом одлучивања да ли је поступак за одузимање пословне способности био пропорционалан, националним властима треба признати одређено поље слободне

¹²⁷⁴ *Микулић против Хрватске*, ставови 64-66.

¹²⁷⁵ *Томић против Србије*, став 105.

¹²⁷⁶ *Штитић против Хрватске*, став 73.

¹²⁷⁷ Видјети нпр. *Shtukaturov против Русије*, пресуда од 27.03.2008.г., став 87.

оцјене“ . Судско поступање у овим предметима је строжије, узимајући у обзир да овакве мјере имају нежељене ефекте на личну аутономију.¹²⁷⁸ Поље ће варирати зависно од природе ствари и важности одређеног интереса, односно од квалитета процеса доношења одлука. Ако тај процес има озбиљне недостатке, налази домаћих власти су отворенији за критику.¹²⁷⁹

Суд је у предмету *D.J. против Хрватске* примјенио принцип установљен у предмету *M.C. против Бугарске* да, без обзира што је ријеч о односу између самих појединаца, у чијој регулацији држава ужива поље слободне оцјене, држава такође има позитивну обавезу да истражи и казни тешка кривична дјела као што је силовање.¹²⁸⁰ Позитивне обавезе су често присутне у предметима везаним за члан 8. Суд је у низу предмета принудног иселења из стана, поновио принцип да држава ужива одређено поље слободне оцјене приликом утврђивања да ли постоји позитивна обавеза.¹²⁸¹ У односу на заштиту угледа, Суд је у једном предмету уврдио да македонски судови нису испунили позитивну обавезу да дјелотворно кривично гоне клевету, без обзира што држава у сфери односа самих појединаца ужива поље слободне оцјене.¹²⁸²

Евидентно је да у случајевима члана 8 Суд није у толикој мјери придавао важност локалним условима и непостојању консензуса на европском нивоу о питањима од дубоког друштвеног и културног значаја, али се ипак може рећи да је аргументација Суда у односу на доктрину поља слободне оцјене у складу са већ успостављеном праксом.

6.3.1.3. Слобода изражавања

¹²⁷⁸ *M.C. против Хрватске*, став 97.

¹²⁷⁹ *Ивиновић против Хрватске*, став 37.

¹²⁸⁰ *D.J. против Хрватске*, став 84.

¹²⁸¹ Видјети нпр. *Пиберник против Хрватске*, став 65.

¹²⁸² *Поповски против Македоније*, ставови 89 и 91.

Напредак демократског развоја земље највише се огледа у степену заштите слободе изражавања. Међутим, пракса у односу на постјугословенске земље није толико богата, и није утврђен велики број кршења Конвенције, имајући у виду чињеницу да је члан 10 најчешће кршен од стране нових држава уговорница након деведесетих година.¹²⁸³

У веома малом броју ових случајева у којима се Суд позвао на доктрину, подносиоци представки су тврдили да је њихово право на слободу изражавања прекршено када су санкционисани за увреду друге особе. На Суду је било да одлучи да ли су увреде или коментари подносиоца представке прешли границе прихватљиве критике и тиме били подложни оправданом ограничењу из члана 10 (2).

У свим предметима из ове групе, Суд је примјењивао добро познати тест „неопходности у демократском друштву“, према којем Суд утврђује да ли је спорна интервенција у складу са неодложном друштвеном потребом. Државе уговорнице имају одређено поље слободне оцјене у процјени да ли таква потреба постоји али исто иде руку под руку са европским надзором, обухватајући законодавство и одлуке којима се примјењује то законодавство, чак и оне које донесе независтан суд.

У предметима који су тicali слободе штампе, поље слободне оцјене државе је ограничено интересима демократског друштва у обезбјеђивању слободе штампе.¹²⁸⁴ Суд је тако у предмету *Бодрожић и Вујин против Србије* разматрао новчану казну изречену новинарима локалног листа у кривичном поступку због критике јавне личности. У свом испитивању, Суд се првенствено ограничио на испуњеност услова да ли је ограничење неопходно у демократском друштву (када државе уживају поље слободне оцјене), пошто је нашао да су у конкретном случају друга два услова (прописаност у закону и легитимни циљ) били испуњени. У свом тексту новинар је имплицитно упоредио извјесног адвоката са плавушом и на ироничан начин снажно

¹²⁸³ Tamar Zhordania (2011), *op.cit.*, p. 22.

¹²⁸⁴ Видјети нпр. *Vogt против Немачке*, став 52.

критиковао његов ранији ангажман. Суд је примјетио да се текст као цјелина не може разумјети као лична увреда адвоката, већ прије као опште неслагање са поступањем домаћих судова који су кажњавали новинарску слободу изражавања, што је Суд посматрао као ствар од јавног интереса. Стога је закључено да није постојала неодложна друштвена потреба за ограничењем слободе изражавања нити су разлози наведени од стране домаћих судова релевантни и довољни да оправдају такву интервенцију. Такође је Суд сматрао да је новчана казна била несразмјерна јер ју је било могуће замијенити казном затвора.¹²⁸⁵

У предмету *Europapress holding d.o.o. против Хрватске*, предмет спора био је парнични поступак против подносиоца представке у случају клевете и досуђивање накнаде штете због изношења у новинском чланку да је познати политичар, у то вријеме министар финансија, уперео пиштољ у новинара. И у овом предмету, Суд је, по већ познатој формули оцјењивао законитост мјере, неопходност интервенције, да ли су разлози државе за интервенцију „довољни и релевантни“, да ли се радило о чињеничним или вриједносним оцјенама приликом примјене начела пропорционалности, као и о природи и тежини изречене казне. Суд је нагласио да члан 10 Конвенције не јамчи потпуно неограничену слободу изражавања, чак и када је ријеч о извјештавању о садржајима од озбиљног јавног интереса о особама у политици. Због озбиљности навода новинара о неумјесној шали политичара према новинарки, када је наводно уперео пиштољ према њој и говорио да ће је убити, истинитост информације се прије објављивања морала верификовати на одговарајући начин, што није урађено. Стога је Суд, испитавши чињенично стање и поступање домаћег суда, нашао да су образложења домаћих судова „релевантна и довољна“ те да накнада штете коју је компанија, подносиатељ представке, морала платити није била несразмјерна легитимном циљу који се желио постићи. Мијешање је стога било „неопходно у демократском друштву“, тако да није дошло до повреде права из члана 10 Конвенције.¹²⁸⁶

¹²⁸⁵ *Бодрожић и Вујин против Србије*, пресуда од 23.06.2009.г., ставови 30, 32, 38 и 40.

¹²⁸⁶ *Europapress holding d.o.o. против Хрватске*, пресуда од 22.10.2009.г., ставови 58, 67-69 и 74.

Слично је Суд у пресуди *Копривица против Црне Горе*, замјерио подносиоцу представке (новинару) да није на одговарајући начин верификовао информацију за коју се испоставило да је нетачна. Међутим, Суд је утврдио кршење Конвенције, јер је домаћи суд обавезао подносиоца представке да по основу накнаде штете због клевете плати износ који је био 25 пута већи од његових мјесечних примања.¹²⁸⁷

У предмету *Стојановић против Хрватске*, Суд се бавио клеветом против хрватског министра здравља од стране извјесног љекара и утврдио повреду члана 10, наводећи посебно као аргумент, да се обим одговорности за клевету не може ширити изван ријечи које сама особа изговара, нити да појединац може бити одговоран за изјаве или наводе других особа о њиховим ријечима, без обзира да ли је то уредник или новинар неког листа.¹²⁸⁸

Када је у питању легитиман циљ заштите ауторитета правосуђа, Суд је такође примјенио тест неопходности односу на ситуацију када је подносилац представке у свом жалбеном поднеску увриједио судију, због чега је новчано кажњен. Суд је нашао да је казна није била несразмјерна легитимном циљу заштите ауторитета правосуђа.¹²⁸⁹

Такође се и у овом дијелу може закључити да се Суд држао претходне праксе и чврсто штитио слободу изражавања. Међутим, може се примјетити да је Суд дао за право држави да ограничи слободу изражавања ако претходно није провјерена нетачна објављена информација или је ријеч о непоштовању суда.

6.3.1.4. Принцип недискриминације

¹²⁸⁷ *Копривица против Црне Горе*, пресуда од 22.11.2011.г.

¹²⁸⁸ *Стојановић против Хрватске*, пресуда од 19.09.2013.г., став 39.

¹²⁸⁹ *Жугић против Хрватске*, пресуда од 31.05.2011.г. Исти исход се десио и у предмету *Ковач против Хрватске*, (одлука о неприхватљивости од 23.08.2011.г.), када је подносилац представке у жалбеном поднеску исказао непоштовање суда.

Предмети ове групе у којима је Суд користио доктрину су се тicali дискриминације по основу етничког поријекла,¹²⁹⁰ вјероисповјести,¹²⁹¹ образовања,¹²⁹² имовине¹²⁹³ и статуса усвојитељке.¹²⁹⁴

И ови предмети су се рјешавали према већ устаљеном резонувању да је различит третман дискриминаторан уколико нема „објективно и разумно оправдање“, односно ако се њим не остварује легитиман циљ или ако не постоји „разуман однос пропорционалности између употребљених средстава и циља који се има остварити“. Државе уговорнице у том смислу уживају одређено поље слободне оцјене у процјени да ли и у којој мјери, разлике, у иначе сличним ситуацијама, оправдавају различит третман.

Пресуда у предмету *Сејдић и Финци против Босне и Херцеговине*, сматра се једном од најзначајнијих „транзиционих пресуда“ до сада¹²⁹⁵ ако не због чега другог, а оно због тога што је Суд по први пут установио кршење члана 1 Протокола бр. 12.¹²⁹⁶ Свакако најзначајнија пресуда са ових простора тicala се немогућности да се подносиоци представке, као припадници ромске, односно јеврејске националне мањине, кандидују за чланове Дома народа Парламентарне скупштине и Предсједништва БиХ, а на основу одредаба Устава БиХ, које предвиђају да се у ове државне органе могу кандидовати само припадници хрватског, бошњачког или српског народа. Пресуда је по много чему веома важна али ће у контексту поља

¹²⁹⁰ *Сејдић и Финци против Босне и Херцеговине*, *Зорнић против Босне и Херцеговине*, пресуда од 15.07.2014.г.

¹²⁹¹ *Костески против БЈР Македоније*, пресуда од 13.04.2006.г., *Савез цркава Ријеч живота и други против Хрватске*, пресуда од 09.12.2010.г.

¹²⁹² *Ориуш и други против Хрватске*, пресуда од 16.03.2010.г.

¹²⁹³ *Вучковић и други против Србије*, пресуда од 28.08.2012.г., *Струњак и други против Хрватске*, одлука о неприхватљивости од 05.10.2000.г.

¹²⁹⁴ *Топчић-Росенберг против Хрватске*, пресуда од 14.11.2013.г.

¹²⁹⁵ Michael Hamilton, *Transition, political loyalties and the order of the state*, in: *Transitional Jurisprudence and the ECHR: Justice, Politics and Rights* (eds. Antoine Buyse, Michael Hamilton), Cambridge University Press, 2011. p. 168.

¹²⁹⁶ Члан 1 Протокола бр. 12. подразумијева забрану дискриминације у односу на било које право које је гарантовано унутрашњим правним нормама.

слободне оцјене бити анализирана у мјери у којој то дозвољава простор ове дисертације.

Подносиоци представке су тврдили да су уставним аранжманом директно дискриминисани јер је устав омогућио различито поступање засновано искључиво на етничкој припадности или раси.¹²⁹⁷ Суд, примјећујући да ће „обим поља слободне оцјене у овој сфери варирати према околностима, предмету спора и његовој позадини“,¹²⁹⁸ није поменуо поље слободне оцјене у остатку пресуде. Скрећући пажњу на ову чињеницу, судија *Мијовић* је, у свом дјелимично издвојеном и сагласном мишљењу (ком се придружио судија *Најијев*), рекао да „би због праксе Суда, било интересантно видјети колико би далеко Суд ишао у тумачењу поља слободне оцјене остављеног држави у овом случају“.¹²⁹⁹

Велико вијеће је између осталог утврдило, да је постојало кршење члана 14 у вези са чланом чланом 3 Протокола бр. 1 у односу на услове прописане уставом за улазак у Дом народа. Суд је признао да је сврха спорних уставних одредби била да осигура „веома крхко примирје“.¹³⁰⁰ Но без обзира на то, нагласио је да када је ријеч о питањима расе или етничке припадности, „појам објективног и разумног оправдања мора бити тумачен у најужем могућем смислу“.¹³⁰¹

Узимајући у обзир осјетљива питања у овом случају, изгледа невјероватно да се Суд ставио у положај националних власти у оцјени да су социо-политички услови зрели за уставну реформу. Судија *Bonnelo* је то најбоље одсликао ријечима „Сумњам да је Суд у бољем положају од националних власти да процијени који је прави тренутак консолидације претходних ломова, престанка историјских анимозитета и хармонизације генерацијских раздора. Сматрам да захтјеви овакве врсте, вјероватно

¹²⁹⁷ *Сејдић и Финци*, став 32.

¹²⁹⁸ Исто, став 42.

¹²⁹⁹ Исто, Дјелимично сагласно и дјелимично издвојено мишљење судије Мијовића, којем се придружио судија *Најијев*.

¹³⁰⁰ Исто, став 45.

¹³⁰¹ Исто, став 44.

засновани на самообмањујућем прижељкивајућем размишљању, показују мало или нимало поштовања за неисцрпне изворе непријатељства. Суд то ради да спријечи своје размишљање у правцу историја у којима мржња потврђује културу“.¹³⁰² Суд је у прилог својој тези навео аргумент да „без обзира што напредак није увијек дослиједан и да изазови остају“,¹³⁰³ и утврдио да „постоје значајни позитивни развоји у БиХ од времена Дејтонског споразума“ у смислу нормализације безбједоносне ситуације, у чему се позвао на мишљење Венецијанске комисије.¹³⁰⁴

Овај случај је показао да Суд неће дати поље слободне оцјене када је сврха различитог третмана да се осигура друштвена и политичка стабилност. Пресуда је привукла пажњу многих тероретичара који су углавном истицали недослиједност са претходном праксом Суда.¹³⁰⁵ Тако нпр. *Christopher McCrudden* и *Brendan O’Leary* сматрају да је ова пресуда значајно измијенила приступ у поступању према консоцијалним¹³⁰⁶ аранжманима, који је Суд заузео у два белгијска случаја.¹³⁰⁷ Суд је био вољан да, ослањајући се на закључке Венецијанске комисије, а насупрот белгијским случајевима, одлучи да су постојале и друге алтернативе којима би се, према Суду, постигли исти циљеви као и спорним мјерама а без нежељених ефеката по људска права. Такође, за разлику од белгијских случајева, Суд је спровео интензивну и строгу контролу чињеница. Тешко је прихватити да су права два подносиоца представке да се кандидују на изборима у овим околностима била тако

¹³⁰² Исто, издвојено мишљење судије *Bonnella*.

¹³⁰³ Исто, став 48.

¹³⁰⁴ Исто, став 47.

¹³⁰⁵ Видјети нпр. Lindey E. Wakely, ‘From Constituent Peoples to Constituents: Europe Solidifies Fundamental Political Rights for Minority Groups in *Sejdić v Bosnia*’, 36 *N Carolina J Int’l L and Commercial Reg* (2010) 233; Marko Milanovic, ‘Case Note’, 104 *American Journal of International Law* (2010) 636; i Edin Hodžić, Nenad Stojanović, *New/Old Constitutional Engineering? Challenges and Implications of the European Court of Human Rights Decision in the Case of Sejdić and Finci v BiH* (2011).

¹³⁰⁶ Израз „консоцијација“ у литератури политичких наука има значење успостављања институција које имају за циљ да спријече националне, етничке или језичке сукобе. На репертоару опција које су имали на располагању национални и међународни преговарачи у циљу рјешавања сукоба између дубоко подијељених група, консоцијација је била најчешћи избор последњих двадесетак година. Видјети у Christine Bell, *Peace Agreements and Human Rights*, Oxford University Press, 2000. Европске државе које су усвојиле демократске консоцијалне аранжмане након 1945.г. су Холандија, Швајцарска, Alto Adige (Јужни Тирол), Кипар, БиХ, Македонија и Сјеверна Ирска. Видјети Rupert Taylor (ed.), *Consociational Theory: McGarry and O’Leary and the Northern Ireland Conflict* (2009), Routledge; 1 edition p. 6.

¹³⁰⁷ *Белгијски лингвистички случај* (1968) и *Mathieu-Mohin против Белгије* (1987).

значајна да изазову тако одлучно мијешање Суда. Истовремено, мало је значаја придато легитимности мјере у босанском случају (очување мира), за разлику од белгијских случајева. На веома строг начин је примјењено начело пропорционалности тако што се Суд ослонио на мишљење Венецијанске комисије у свом закључку да „постоје механизми подјеле власти који аутоматски не воде потпуном искључењу представника осталих заједница“¹³⁰⁸ и стога држава није показала да постоје алтернативна средства за постизање истог циља.¹³⁰⁹ Дилема када се и у којим околностима, националне транзиционе полититике, којима се учвршћује мир и демократска консолидација, ометају захтјевима међународног права људских права, најбоље је изразио судија *Bonnelo* у свом издвојеном мишљењу, када је тврдио да је Суд „канонизовао“ одређена права из Конвенције истовремено „одбацујући“ вриједности мира и помирења. Ове вриједности су по њему „бар једнако непроцјењиве“.¹³¹⁰

Други аутори сматрају да је праведније било случај сагледати из перспективе ублажавања системских последица по рањиве групе, које су практично небитне за очување мира, него из перспективе околности двојице подносиоца представки да се кандидују на изборима.¹³¹¹

Суд је такође заузео веома интензиван приступ у односу на чл.3 Пр.бр.1 јер ставови Суда у овом предмету нису сасвим у складу са закључцима у предмету *Ždanoka*.¹³¹² Наиме, Суд је у том предмету сматрао да „спорно ограничење...мора бити оцијењено са снажним обзиром према оваквом специфичном историјско-политичком контексту, и као последица тога, широком пољу слободне оцјене које држава ужива у овом

¹³⁰⁸ *Сејдић и Финци*, став 48.

¹³⁰⁹ Видјети Christopher McCrudden and Brendan O’Leary, *Courts and Consociations, or How Human Rights Courts May De-stabilize Power-sharing Settlements*, *The European Journal of International Law* Vol. 24 no. 2 (2013).

¹³¹⁰ *Сејдић и Финци*, Издвојено мишљење судије *Bonnelo*-а.

¹³¹¹ Charilaos Nikolaidis, *The Right to Equality in European Human Rights Law: The Quest for Substance in the Jurisprudence of the European Courts*, Abingdon, Oxon ; New York, NY : Routledge, 2014. p. 81.

¹³¹² Michael Hamilton (2011), *op.cit.*, p.177.

смислу“.¹³¹³ Суд је утврдио да је предмет *Зорић против Босне и Херцеговине* индентичан предмету *Сејдић и Финци* и ријешио га на основу исте аргументације.

Може се генерално закључити да је доктрина поља слободне оцјене оваквим пресудама значајно ослабљена у односу на претходну праксу Суда.

У два предмета поводом дискриминације **по основу вјероисповјести**, Суд у једном није установио кршење. Наиме, у предмету *Костески против БЈР Македоније*, Суд је сматрао да је дисциплинска казна због одсуства са посла неопходна у демократском друштву и сразмјерна циљу заштите права других.¹³¹⁴ Наиме, подносилац представке је одсуствовао са посла због вјерског празника, али Суд није био убијеђен да се ради о истинском вјернику. Такође је Суд сматрао да није неразумно сматрати одсуство без одобрења дисциплинским предметом спора јер се одређено оправдање мора захтијевати како би се избјегле негативне последице по послодавца. Предмет *Савез Цркава Ријеч Живота други против Хрватске* тицао се дискриминације реформистичких хришћанских цркава зато што им, за разлику од других вјерских заједница, није одобрено да пружају вјерско образовање у јавним школама и признање бракова склопљених под њиховим окриљем на начин што су власти одбиле да закључе споразум којим би се регулисао њихов правни статус. Суд је утврдио кршење члана 14 јер овакво поступање није имало „објективно и разумно оправдање“.¹³¹⁵

Један од случајева са ових простора, који је такође имао обиљежја преседана, јесте *Ориуш и други против Хрватске*. У овом предмету је утврђено да су ромска дјеца дискриминисана издвајањем у посебне разреде основне школе. У својој првој пресуди у овом случају, Суд је сматрао да распоређивање ромских ученика у посебне разреде не представља дискриминацију, већ да је то последица непознавања хрватског језика због чега ромска дјеца не могу пратити наставу заједно и једнаким

¹³¹³ *Џданока против Летоније*, став 121.

¹³¹⁴ *Костески против БЈР Македоније*, став 39.

¹³¹⁵ *Савез Цркава Ријеч Живота други против Хрватске*, став 92.

темпом као неромска дјеца.¹³¹⁶ Суд је у овом случају одступио од своје раније праксе у предмету *D.H. против Чешке*, те се вратио схватању да је намјера конститутивни елемент дискриминације. Такође није споменут ни концепт посредне дискриминације. Међутим, Велико вијеће је поступило другачије и утврдило да се ради о дискриминацији, те да се проблем непознавања језика могао ријешити на други начин а не раздвајањем дјеце. Суд је узео у обзир посебан положај ромске популације као *рањиве групе* и у том смислу назначио да „постоји растући међународни консензус међу државама чланица СЕ о признавању специјалних потреба мањина и обавезе да се заштити њихова сигурност, индентитет и животни стил, не само због очувања интереса самих мањина, него и због очувања културне различитости друштва као цјелине“. Суд се такође ослонио на концепт посредне дискриминације.

Суд је искористио доктрину поља слободне оцјене у прилог својој аргументацији, наводећи, поред опште примјене доктрине у сфери члана 14, и став да заштита појединца од дискреције државе зависи и од тога да ли је држава, приликом успостављања регулаторног оквира, остала у границама поља слободне оцјене. Наводећи да школско образовање за ромску дјецу није довољно праћено заштитним мјерама које би обезбиједиле да држава, у вршењу свог поља слободне оцјене у сфери образовања, мора да има довољно обзира према њиховим потребама као припадницима рањиве групе. Кршење Конвенције је услиједило због недостатка јасне и специфичне правне основе за стављање дјеце која нису знала хрватски језик у посебне разреде, те због недостатка транспарентности и јасних критеријума за премјештај ромских у мијешане разреде.¹³¹⁷

Одлука је донијета тијесном већином (9:8 гласова), уз снажно противљење судија у мањини израженом у заједничком одвојеном мишљењу. Прије свега су сматрали да се овдје није генерално разматрао положај мањине, него се радило о конкретним

¹³¹⁶ *Ориуш и други против Хрватске* (2008).

¹³¹⁷ *Ориуш и други против Хрватске* (2010), ставови 147- 182.

питањима образовања подносица представке у школама због недовољног знања хрватског језика. Сматрали су такође да је ријеч о социјалној сфери у којој држава има широко поље слободне оцјене. Поред осталог су закључили да није јасно одређено шта треба урадити са ученицима који припадају мањинама као што је ромска, који не знају језик на којем се одвија настава, ставивши тако државе у тешку ситуацију.¹³¹⁸

Предмет *Топчић-Росенберг против Хрватске*, у ком се Суд позвао на поље слободне оцјене, занимљив је због основа дискриминације. Суд је утврдио да је дошло до дискриминације подносиоце представке јер јој је ускраћено право на породилско одсуство након усвојења дјетета. Наиме, подносиоца представке је усвојила је трогодишње дијете али је захтјев за породилским одсуством одбијен с образложењем да је коришћење истог допуштено само биолошким родитељима. Суд је одбио овакву аргументацију сматрајући да усвојиоце треба третирати једнако као и биолошке родитеље.

Може се рећи да је примјена доктрине поља слободне оцјене у предметима из ове групе најбогатија у области члана 14. Неке од поменутих пресуда су успоставиле стандард у важним питањима тумачења Конвенције која су важна и за друге државе уговорнице. Оно што је примјетно јесте да постоје одступања у примјени доктрине у одређеним областима, гдје је традиционално државама остављано широко поље слободне оцјене, посебно имајући у виду специфичан друштвено-историјски контекст.

6.3.2. Поље слободне оцјене и право на имовину у постјугословенским државама

¹³¹⁸ Исто, Заједничко дјелимично издвојено мишљење судија *Jungwiert*, Вајића, *Kovler*, *Gyulumyan*, *Jaeger*, *Myjer*, *Berro-Lefèvre* и Вучинића.

Број предмета у којима се тражи заштита права на имовину је експоненцијално порастао током последње двије деценије. Право на имовину је издвојено у посебан дио јер се управо у овим предметима најбоље виде последице транзиције од социјалистичког ка демократском друштву, као и последице постконфликтне транзиције. Раније је већ речено да концепт „транзиције“, макар декларативно, проширује обим поља слободне оцјене.

У контексту постјугословенских држава, заштита права на имовину у Стразбуру се углавном тражила у односу на повраћај и накнаду права на имовину правним лицима и грађанима, повраћај станарских права, питање пензија, питање старе девизне штедње итд. Као што се може видјети из Графикана 1, Суд се најчешће позивао на поље слободне оцјене у предметима чл.1 Пр.бр.1. Такође се може примјетити да је, у односу на остале чланове Конвенције, највише простора дато држави за ограничење права на имовину, узевши однос утврђених и неутврђених кршења Конвенције.

Генерално је у свим овим случајевима држави дато широко поље слободне оцјене јер се ради о различитим питањима од моралног, правног, политичког и економског значаја. Такође, чињеница да се у највећем броју случајева радило о реформским или транзиционим захватима државе који су утицали на имовинска права појединца, имала је значајну улогу приликом балансирања између јавног/општег интереса и интереса појединца.

6.3.2.1. Реституција и експропријација

Реституција имовине национализоване од стране комунистичког режима је директна последица социјалистичких времена, која се покушавала ријешити и пред органима у Стразбуру. Међутим, мора се имати у виду да се одредбе Конвенције и протокола уз њу могу примењивати само на догађаје који су настали након ступања на снагу

Конвенције у односу на државу потписницу,¹³¹⁹ изузев у случају када је повреда права гарантованог Конвенцијом настала прије њеног ступања на правну снагу у односу на дотичну државу, а континуирано траје и у периоду након тога. То значи да су државе уговорнице, које одлуче да покрену поступак реституције након ратификовања Конвенције, обавезне да је спроведу на начин који је компатибилан са захтјевима Конвенције.¹³²⁰ У бившој Југославији имовина је након 1945. године одузimana на основу прописа о аграрној реформи, национализацији, секвестрацији, актима о подржављењу и другим прописима, и преношена у општенародну, државну, друштвену или задружну својину.¹³²¹ Након распада земље и преласка на тржишну привреду, нове државе су доносиле законе којима се одузета имовина, превасходно земљиште, враћала примарно у природу.¹³²²

Суд је у односу на посткомунистичке земље поставио одређене принципе у том смислу. Право на имовину не може тумачити тако да намеће генералну обавезу државама да врате одузету имовину. Суд у погледу реституције дозвољава широко поље слободне оцјене приликом лишења одређених категорија бивших власника права на реституцију, како у односу на категорију права која се реституишу, тако и приликом утврђивања реституционе накнаде и њене висине.¹³²³ Закони којима се дефинише повраћај имовине, према Суду обухватају вишеструка промишљања у смислу друштвених и економских политика, што даје државама широку дискрецију у процјени проблема од јавног значаја који захтијевају посебне мјере.¹³²⁴ Но када је општи интерес у питању, јавне власти имају дужност да дјелују правовремено, на одговарајући и конзистентан начин.¹³²⁵ То значи да државе имају позитивну обавезу

¹³¹⁹ Члан 59. став 3. Конвенције.

¹³²⁰ *Кореску против Словачке*, став 35.

¹³²¹ Постоји обимна литература о овом питању. Видјети нпр. Д. Стојановић, *Стварно право*, Београд 1978, стр. 80.

¹³²² Видјети Душан Ракитић, *Анализа основних елемената општег законског решења реституције у Србији из перспективе праксе европског суда за људска права*, *Анали Правног факултета у Београду*, година ЛИХ, 2/2011, стр. 222.

¹³²³ *Jantner против Словачке*, пресуда од 4.03.2003.g., став 34, *Кореску против Словачке*, став 25, *Рăduraru против Румуније*, пресуда од 01.12.2005.g., став 89.

¹³²⁴ *Бивши краљ Грчке против Грчке*, став 87 и *Кореску против Словачке*, став 37.

¹³²⁵ *Vasilescu против Румуније*, пресуда од 22.05.1998.g., став 51; *Beyeler против Италије*, став

да нормирају у овом контексту, и штавише, њихова надлежност за дискрецију је стога ограничена.¹³²⁶

Приступ Суда није био другачији ни у односу на случајеве реституције у постјугословенским државама, без обзира што је Суд ово питање разматрао у свега пар предмета. Предмет *Pavlinović против Хрватске*, тицао се ништавости купопродајног уговора којим су подносиоци представке (носиоци станарског права) откупили стан у ком су живјели, а који је био одузет за вријеме комунистичке владавине.¹³²⁷ Суд се позвао на принципе који су у оваквим случајевима успостављени у предмету *Velikovi и други против Бугарске*, према којима „законодавство које предвиђа да држава врати имовину коју је присвојила без накнаде за вријеме комунистичког режима, има важан циљ који је у јавном интересу: накнаду штете жртвама арбитрерних лишења и поновно успостављање правде и владавине права. Чињеница да је такво законодавство често давало за право претходним власницима да потражују поврат своје имовине, чак и од приватних појединаца, када год је право власништва последњих било нарушено кршењем закона, није учинила његов приступ незаконитим као таквим, узимајући у обзир својствени контекст прелаза из тоталитарног у демократско друштво и *широку слободу оцјене* коју су власти уживале у овим питањима”.¹³²⁸ Пропорционалност таквог законодавства мора се цијенити на основу следећих чинилаца (i) може ли се предмет јасно сврстати у оквир легитимних циљева закона о накнади, узимајући у обзир чињеничну и правну основу права власништва подносиоца представке и налазе домаћих судова у пресудама којима га проглашавају ништавим (злоупотреба овлашћења, значајна незаконитост или мањи пропусти администрације), и (ii) невољу коју су претрпјели подносиоци представке и примјереност стварно добијене накнаде или накнаде коју су могли добити уз уобичајено прибјегавање поступцима и

110; *Sovtransavto Holding против Украјине*, пресуда од 25.07.2002.g., ставови 97-98, *Broniowski против Пољске*, став 151.

¹³²⁶ Council of Europe/The Lisbon Network, “The Margin of Appreciation.

¹³²⁷ *Павлиновић против Хрватске*, одлука о неприхватљивости од 03.09.2009.g. Видјети и *Томашић против Хрватске*, одлука о неприхватљивости од 19.11.2009.g.

¹³²⁸ *Velikovi и други против Бугарске*, пресуда од 15.03.2007.g., ставови 170-172.

могућностима доступних подносиоцима представке у односно вријеме, укључујући...могућности подносилаца захтјева да себи обезбиједи нови дом."¹³²⁹

Концепт *транзиције* је доминирао тестом неопходности и у предмету *Трго против Хрватске*, признањем Суда да је поље слободне оцјене националних власти широко јер се исте суочавају са „изузетно тешким задатком приликом постизања равнотеже између права различитих особа“ које су погођене процесом реформи које се спроводе током прелаза из социјалистичког режима на демократску државу. Случај се тичао одбијања хрватских судова да признају својинско право подносиоцу представке над земљиштем стеченим одржајем. Међутим, у овом предмету је утврђено кршење чл.1.Пр.бр.1. јер се подносилац представке разумно ослонио на законодавство, које му је давало право власништва на основу одржаја, а које је касније укинато као неуставно и, с обзиром на изостанак било какве штете у односу на права других особа, није могао сносити посљедице грешке коју је починила сама држава, донијевши такав неуставан пропис.¹³³⁰ Реституција је такође била предмет расправе у предмету *Викентијевик против БЈР Македоније*, у ком се подносилац представке жалио да је укидање одлуке, којом се њему врши повраћај имовине више година након њеног доношења, представљало повреду права на имовину. Суд није утврдио кршење, нашавши, између осталог, да је „према систему успостављеном Конвенцијом, на националним властима да направе прву процјену о постојању проблема од јавног интереса, предузимајући мјере одузимања имовине, и у том смислу државе уживају одређено поље слободне оцјене. Мјера укидања одлуке о реституцији није била несразмјерна према подносиоцу представке али је Суд упозорио на друготрајност реституционог поступка који је у том тренутку и даље трајао.¹³³¹ У предмету *Епархија Будимљанско Никшићка и други против Црне Горе*, у ком се расправљало о праву православне цркве на реституцију одузете земље након другог свјетског рата, Суд се није осврнуо на аргумент тужене владе да „држава ужива широко поље слободне процјене у одлучивању да ли да из поступка реституције

¹³²⁹ Исто, став 190.

¹³³⁰ *Трго против Хрватске*, пресуда од 11.06.2009.г., ставови 63 и 67.

¹³³¹ *Викентијевик против БЈР Македоније*, пресуда од 06.02.2014.г., ставови 75 и 76.

искључи одређене категорије правних субјеката”.¹³³² Такође није узео у обзир ни став треће стране, Републике Србије, да је „чињеница да је законодавац у Црној Гори касније није донио посебан закон који би се односио на вјерске заједнице, имала за последицу да је захтјев за реституцију подносилаца представке остао је неријешен више од седам година”, што се није могло „сматрати да је у оквиру поља слободне процјене тужене државе, већ прије грешком правосуђа”. Није ни било потребе за разматрањем ових аргумената, јер је Суд прогласио о представку неоснованом зато што код подносица представке нису постојала „легитимна очекивања” у смислу чл.1.Пр.бр.1, па нису ни нису имали потраживање које је било довољно утврђено да би било извршиво (тима ни „имовину”), због чега се Суд огласио ненадлежним *ratione materiae*.¹³³³

И у случајевима **експропријације**, односно одузимања имовине уз накнаду ради остварења неког јавног интереса, законодавац има широко поље слободне оцјене приликом одређивања конкретног „јавног интереса”.¹³³⁴ Поље слободне оцјене у тим ситуацијама је ограничено само тестом разумности а такође и уживалац права не смије бити превише оптерећен мјером.¹³³⁵ Тако је нпр. Суд у предмету *Вајагић против Хрватске* утврдио, позвавши се између осталог и на широко поље слободне оцјене у одређивању јавног интереса, да хрватска влада није пружила убједљиве доказе за пропуст домаћих органа да толики низ година не одреде крајњи износ компензационе накнаде, што је ставило превелик терет на подносиоце представке.¹³³⁶ Предмет *Арсовски против БЈР Македоније* тичао се експропријације земљишта за рачун приватне компаније која је жељела да на њему црпи минералну воду. Суд је тестирао пропорционалност експропријације и закључио да ни у једном тренутку није објашњено зашто би интерес државе у експлоатацији минералне воде у јавном

¹³³² *Епархија Будимљанско Никшићка и други против Црне Горе*, одлука о неприхватљивости од 09.10.2012.г., став 51.

¹³³³ Исто, ставови 71,75 и 76.

¹³³⁴ Образац успостављен пресудом *James и други против Уједињеног краљевства*, став 32.

¹³³⁵ Anne Peters, *Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention*. 1st ed. Munich: Verlag C. H. Beck, 2003, pp. 194-195.

¹³³⁶ *Вајагић против Хрватске*, пресуда од 20.07.2006.г., ставови 41 и 45.

интересу захтијевало експропријацију у интересу приватног ентитета. Такође је утврђено да износ накнаде није узео у обзир постојање извора минералне воде на земљишту, што би могло донијети приход подносиоцу представке, без обзира што се ради о ресурсу који припада држави. Наведено је пореметило правичан баланс и наметнуло превелик терет подносиоцима представке.¹³³⁷ У једном, такође новијем предмету, подносиатеља представке се жалила да није могла одмах добити цјелокупни износ обештећења који јој је био досуђен, већ у ратама. Суд је, узимајући у обзир број реституционих и/или захтјева за накнаду и могући утицај додијељеног износа накнаде на економски систем тужене државе са једне стране, и поље слободне оцјене државе у односу на економску политику са друге стране, сматрао да је релеватно законодавство, којим се накнада исплаћивала у ратама, постигло правичан баланс између општег интереса и интереса појединца.¹³³⁸

Када је ријеч о експропријацији само дјелова одређеног земљишта, Суд је у предмету *Бистровић против Хрватске* поновио ранији став да, имајући у виду поље слободне оцјене према чл.1. Пр. бр. 1, не постоји индикација која би водила закључку да је одбијање власти да утврде посебно обештећење за остатак земљишта које није експроприсано, може довести до кршења чл.1.Пр.бр.1. Међутим, Суд је ипак у овом предмету утврдио кршење јер није постојао правичан баланс између интереса у питању, због тога што власти нису успјеле да утврде све релеванте факторе везане за накнаду (судски вјештак није излазио на лице мјеста а дао налаз).¹³³⁹

6.3.2.2. Станарско право

¹³³⁷ *Арсовски против БЈР Македоније*, пресуда од 15.01.2013.г. ставови 60, 61 и 62.

¹³³⁸ *Калуђеровић-Брајовић против Црне Горе*, одлука о неприхватљивости од 11.02.2014.г., став 48. У односу на поље слободне оцјене приликом исплате експроприационе накнаде видјети и предмет *Вуковић против Хрватске*, одлука о неприхватљивости од 25.11.2014.г.

¹³³⁹ *Бистровић против Хрватске*, пресуда од 31.05.2007.г., ставови 40 и 44.

Обиљежје постјугословенске ере јесу и спорови који су се бавили станарским правом. Практично су сви станови у бившој Југославији били под режимом „друштвеног власништва”, концептом који је био посебно развијен у овој држави. Станове су обично градила предузећа у друштвеном власништву или други јавни органи, у сврху додјеле својим запосленима који су постајали „носиоци станарског права”. Напуштањем концепта „друштвеног власништва”, у постјугословенским државама дошло је до суштинске национализације станова у друштвеном власништву али су и донијети прописи којима се регулише откуп таквих станова под повољним условима од стране носиоца станарских права. Проблем је представљао и то, што је као последица ратних дешавања деведесетих, у контексту станарског права, често долазило до дискриминације избјеглих из ратом захваћених подручја.¹³⁴⁰

Станарско право ужива заштиту по чл.1.Пр.бр.1. Конвенције чак и када до откупа стана није дошло.¹³⁴¹ У овим случајевима важи принцип да државе уживају широко поље слободне оцјене приликом одмјеравања интереса заштите имовинског права и захтјева јавног интереса. У предмету *Gashi против Хрватске*, подносилац представке се жалио да су му домаће власти поништиле уговор о повољном откупу стана са општином. Примјењујући поменути принцип, Суд је оцијенио да хрватске власти нису направиле правичан баланс поништењем уговора, узевши у обзир следеће факторе: 1) ријеч је о друштвеној имовини па стога није било потребе да се постигне деликатан баланс између два приватна интереса, 2) подносилац представке није био у неком привилегованом положају нити је поступао незаконито (без обзира што хрватски суд утврдио да није носилац станарског права) јер му је скроман стан (као нужни смјештај) додијељен од друштвеног предузећа, што је било уобичајено у тадашњој Југославији и у том стану је подносилац живио са својом породицом још од 1988.г.; 3) поништење уговора на основу тога што је општина, а не предузеће,

¹³⁴⁰ Видјети Резолуцију Парламентарне скупштине СЕ *Resolution 1798 (210)*, којом се тражи да се станарска права у „бившим комунистичким системима признају и заштите као „домови” и „као власништво”, те да се одсуство носиоца станарских права који су били присиљени да напусте домове „уважи као оправдано”. Уз то, „право на повратак не смије бити предмет својевољних или незаконитих временских ограничења”.

¹³⁴¹ *Маго и други против Босне и Херцеговине*, пресуда од 3.05.2012.г., став 95.

морало да уступи стан није било оправдано јер је општина, закључивши уговор, продала стан и тиме признала право на њему: 4) Државно правобранилаштво је дало сагласност на уговор, па није могло тражити његов поништај; 5) није размотрена никаква накнада за одузимање имовине нити тежак положај породице у том тренутку.¹³⁴² Суд је на тај начин веома широко тумачио станарско право.

У предмету *Статилео против Хрватске*, Суд је оцјењивао пропорционалност хрватског закона из 1996.г. којим се увело ткз. „привилеговано закупопримство“ за бивше носиоце станарског права у приватним становима над којима је, за вријеме комунистичког режима, ограничено власништво. Наиме, према том закону, такви закупопримци уживају низ привилегија попут обавезе закуподавца да са њима склопи уговор о закупу на неодређено вријеме, плаћања привилеговане закупнине чији износ утврђује држава и који је знатно нижи него од тржишне закупнине, те боље заштите у случају отказа закупа. Суд наглашава да не види који су то захтјеви општег интереса који би могли оправдати тако свеобухватна ограничења власничких права, те додаје како је држава на власнике станова ставила несразмјеран и претјерани појединачни терет стамбеног збрињавања бивших носиоца станарског права. Констатујући да „у области као што је становање, државе нужно имају широку слободу оцјене, не само у погледу постојања проблема мјера обезбјеђења контроле појединачног власништва које су у јавном интересу, већ и у погледу избора мјера и њиховог спровођења”, Суд је, узевши у обзир и „транзициони“ аспект проблема, ипак утврдио кршење чл.1.Пр.бр.1.¹³⁴³

У предмету *Ђокић против Босне и Херцеговине*, подносилац представке је безуспјешно покушавао да се упише као власник стана којег је, као носилац станарског права, откупио у Сарајеву 1992.г. а потом га напустио након избијања рата у БиХ. Суд је сматрао да власти у БиХ нису постигле правичан баланс мјером ускраћивања уписа власништва из следећих разлога: 1) није било индикација да је

¹³⁴² *Gashi против Хрватске*, пресуда од 13.12.2007.г., ставови 36-42.

¹³⁴³ *Статилео против Хрватске*, ставови 140, 141 и 143.

подносилац представке, као припадник снага Војске Југославије, учествовао у војним операцијама у БиХ нити у било каквим ратним злочинима; 2) Већина војних станова у БиХ је додијељена ратним ветеранима, ратним инвалидима и породицама погинулих припадника Армије БиХ, при чему се није навела њихова стамбена ситуација нити примања; 3) Подносиоцу представке није додијељен стан у Србији нити има станарско право у тој земљи; 4) Додијељена накнада за одузети стан није ни близу тржишне цијене; и 5) Чињеница да подносилац представке није ни избјеглица ни расељено лице на која су примјењива *Пинхеирова* начела,¹³⁴⁴ није од значаја, јер су претходно наведени разлози довољни да се утврди повреда Конвенције.¹³⁴⁵ У предмету сличног чињеничног стања, *Алексић против Босне и Херцеговине*, примјењен је један од ових критеријума и утврђено да припадници бивше ЈНА који су имали станарско право или откупљен војни стан у БиХ, немају право на поврат тог стана ако им је у Србији или другој држави, бившој републици СФРЈ, признато право на додјелу војног стана или им је одобрен стамбени кредит суфинансиран од државе, без обзира на то да ли им је стан и физички додијељен.¹³⁴⁶

Независно од станарског права, Суд је у предмету *Радановић против Хрватске* разматрао начин повраћаја имовине, која је углавном припадала националним мањинама и дата на привремено коришћење од стране хрватске владе након рата. Наиме, стан подносиоца представке у Хрватској дат је на привремено коришћење трећој особи због чега је она покренула поступке за исељење. Међутим, домаће власти нису могле обезбиједити алтернативни смјештај за корисника стана, те зато нису ни покренуле правне поступке за његово исељење због чега подносиоца представке није могла да дође до државине стана више од шест година. Суд је сматрао да држави треба допустити широко поље слободне оцјене приликом постизања равнотеже између права на имовину власника стана и социјалних права

¹³⁴⁴ *Пинхеирова начела* о стамбеном смјештају и повраћају имовине избјеглицама и расељеним особама, која је 2005. године утврдио Центар за стамбена права и исељења (СОНРЕ), као савјетодавна агенција УН-а.

¹³⁴⁵ *Бокић против Босне и Херцеговине*, пресуда од 27.05.2010.г., ставови 60-64.

¹³⁴⁶ *Алексић против Босне и Херцеговине*, одлука о неприхватљивости од 03.02.2015.г.

корисника стана. Међутим, исто тако је сматрао да је подносиатељка представке била принуђена да преко шест година сноси терет који је требало да сноси хрватска држава у смислу обезбјеђења привременог смјештаја кориснику стана, чиме је поремећен баланс између општег и интереса појединца.¹³⁴⁷

6.3.2.3. Пензије

Пензије такође имају сва обиљежја права на имовину у смислу чл.1.Пр.бр. 1, под условом да је право на пензију стечено на основу права државе потписнице.¹³⁴⁸ То важи за случајеве када су уплаћени доприноси за пензијско осигурање,¹³⁴⁹ као и ситуацијама када су послодавци преузели генералну обавезу да исплаћују пензије под одређеним условима.¹³⁵⁰ Међутим, право на пензију одређене висине није гарантовано овим чланом.¹³⁵¹

Правом на пензију, као и правом државе чланице да пензије ускраћују или снижавају, Суд се бавио у приличном броју својих пресуда.¹³⁵² Суд обично није разматрао такве интервенције државе као одузимање или контролу имовине већ више у смислу прве реченице чл.1. Пр.бр.1. Како је већ и раније наведено, државе уговорнице генерално уживају широко поље слободне оцјене када су у питању социјалне бенефиције. Свака интервенција у право на пензију мора бити заснована на закону и мора водити остварењу легитимног циља и постизању правичног баланса између интереса појединца и јавног интереса. У смислу последњег, Суд разматра питања као што су: у којој мјери интервенција умањује право на пензију, да ли губитак права на пензију представља исход поступка у ком је претендент на то право саслушан, да ли је такав

¹³⁴⁷ *Радановић против Хрватске*, пресуда од 21.12.2006.г, ставови 49 и 50.

¹³⁴⁸ *Valkov и други против Бугарске*, пресуда од 25.10.2011.г., став 84.

¹³⁴⁹ *Gaygusuz против Аустрије*.

¹³⁵⁰ *Azinas против Кипра*, пресуда од 20.06.2002.г.

¹³⁵¹ *Kjartan Ásmundsson против Исланда*, пресуда од 12.10.2004.г. став 39 и *Wieczorek против Пољске*, пресуда од 08.12.2009.г., став 57.

¹³⁵² Видјети Весна Ракић-Водинелић, *Европски суд и пензије*, *Пешичаник*, 27.2.2015.

губитак аутоматска последица кривичне осуде,¹³⁵³ да ли губитак тог права оставља лице без средстава за издржавање¹³⁵⁴ и да ли је подносилац представке обавезан да врати новац.¹³⁵⁵ Такође, не смије се грађанима наметнути превелик и несразмјеран терет.

Као једна од последица распада државе, питање војних пензија у постјугословенским државама довело је до знатног броја представки пред Судом у Стразбуру. У предмету *Јанковић против Хрватске*, Суд је успоставио критеријум за пресуђивање одређеног броја сличних предмета који су се тicali смањења ових пензија у Хрватској. Поред принципа да државе уживају широко поље слободне оцјене приликом регулисања социјалних политика овом приликом узет је у обзир и *специфичан контекст* распада Југославије. Наиме, доприноси за војне пензије уплаћивани у савезни фонд у Београду који, због непостојања сукцесионог споразума, није био подијељен међу државама сукцесорима. Суд је био мишљења да смањење пензија припадницима бивше ЈНА од стране хрватских власти јесте метод интеграције ових пензија у општи пензиони систем Хрватске. Суд примјећује да су хрватске власти прихватиле да плаћају пензију бившим официрима ЈНА и ускладиле их са осталим пензијама с тим што су ове војне пензије биле нешто више него просјечна пензија у Хрватској. Чињеница да је пензија официра хрватске армије значајно већа, према мишљењу Суда, такође спада у поље слободне оцјене државе и њене слободе да пружа привилегије оним грађанима за које сматра да је то прикладно.¹³⁵⁶

¹³⁵³ *Banfield против Уједињеног краљевства*, пресуда од 18.10.2005.г.

¹³⁵⁴ *Azinas против Кипра*.

¹³⁵⁵ *Wieczorek против Пољске*.

¹³⁵⁶ *Јанковић против Хрватске*, одлука о неприхватљивости од 12.10.2000.г. Видјети такође *Лазаревић против Хрватске*, одлука о неприхватљивости од 07.12.2000.г., *Трухли против Хрватске*, одлука о неприхватљивости од 12.12.2000.г., *Рајковић против Хрватске*, одлука о неприхватљивости од 03.05.2001.г., *Јовић против Хрватске*, одлука о неприхватљивости од 22.05.2001.г., *Сево против Хрватске*, одлука о неприхватљивости од 14.06.2001.г., *Гаудер против Хрватске*, одлука о неприхватљивости од 21.06.2001.г. *Хаџић против Хрватске*, одлука о неприхватљивости од 13.09.2001.г. У случају БиХ видјети *Кудумија против Босне и Херцеговине и Србије и Јордан Ременовић и Смајо Машовић против Босне и Херцеговине*, одлуке о неприхватљивости од 04.06.2013.г.

У предмету који се тичао обуставе исплате пензије бившем официру ЈНА током 2003 и 2004. године због промјене мјеста пребивалишта, Суд је цијенио законитост мјере. Позивајући се између осталог и на широко поље слободне оцјене у погледу доношења закона којима се прописују опште мјере економских и социјалних стратегија и у погледу тумачења тих закона од стране домаћих судова, Суд је сматрао да су хрватске власти повриједиле начело законитости јер промјена мјеста пребивалишта у мјеродавном домаћем праву није била у довољној мјери предвидљива последица.¹³⁵⁷

У предмету *Лакићевић против Црне Горе и Србије*, пензионисани адвокати су наставили да раде према скраћеном радном времену али им је, према новом законодавству, обустављена исплата пензија све док не престану са професионалним ангажманом. Суд је, прије свега, испитивао пропорционалност мјере и нашао да је ускраћивање за пуни износ пензије значајно утицао на подносиоце представке јер их је лишило знатног дијела бруто мјесечног прихода. Такође, поједини подносиоци су морали да изврше поврат одређених исплата. Суд је стога закључио да су подносиоци представке сносили превелик и несразмјеран терет који се, без обзира на широко поље слободне оцјене које државе уживају у области социјалне легислативе, не може оправдати легитимним јавним интересом очувања буџетске стабилности и унапређења социјалне политике.¹³⁵⁸ Слично је Суд резонувао и у предмету *Грудић против Србије*, с тим да је оцјењивао законитост мјере обуставе инвалидске пензије лицима са Косова, на основу чињенице да је Косово под међународном управом, и утврдио да обустава пензије није била у складу са домаћим правом.¹³⁵⁹

6.3.2.4. Девизна штедња

¹³⁵⁷ *Дамјанац против Хрватске*, пресуда од 24.10.2013.г., ставови 90 и 104.

¹³⁵⁸ *Лакићевић и други против Црне Горе и Србије*, пресуда од 13.12.2011.г., ставови 70-72. Постизање правичног баланса Суд је оцјењивао и у предмету *Марија Божић против Хрватске*, пресуда од 24.04.2014.г. када законито остварена пензија није исплаћивана једанаест година.

¹³⁵⁹ *Грудић против Србије*, пресуда од 17.04.2012.г.

Депозити у банкама такође представљају имовинско право у смислу Конвенције. Међутим, обавеза државе да заштити имовинска права не обухвата обавезу да гарантује за вриједност новца положеног у банкама.¹³⁶⁰ Суд је питањима депозита у банкама приступао са становишта ограничења или контроле имовине. Ограничење могућности појединца да приступи свом банковном рачуну представља мијешање у имовинско право које мора бити законито, имати легитиман циљ и постићи правичан баланс између јавног интереса и интереса појединца у питању. Када је ријеч о постизању баланса, привремена ограничења приступа рачуну или повлачења новца са рачуна је лакше оправдати него мјере које трајно забрањују имаоцу рачуна располагање депозитом. И у овом смислу државе уживају широко поље слободне оцјене.

Једна од значајних последица како бившег социјалистичког режима тако и дисолуције Југославије, јесте питање повраћаја девизне штедње уложене прије распада државе. Предмет поступања у Стразбуру били су закони новонасталих држава којима се регулисало питање повраћаја ткз. „старе девизне штедње“.¹³⁶¹ По овом основу суду у Стразбуру стигао је огроман број представки, што је исти натјерало да прибјегне пилот пресудама. Тако се пресуда *Суљагић против БиХ* бавила мањкавостима исплате старе девизне штедње положене прије распада Југославије (као што су: неадекватни обрачун камате, велика кашњења у исплати, непостојање накнаде нематеријалне штете). Наиме, држављанин БиХ је седамдесетих и осамдесетих година прошлог вијека, новац стечен радом у иностранству положио за вријеме СФРЈ на девизни рачун у једној тузланској банци. Банка је током деведесетих година најприје национализована а потом и приватизована. Због многих разлога није било могуће подићи девизну штедњу. Током 2006. године држава

¹³⁶⁰ *Rudzinska против Пољске*, одлука о прихватљивости од 07.09.1999.г. и *Gayduk против Украјине*, одлука о прихватљивости од 02.07.2002.г.

¹³⁶¹ У свим државама сукцесорима, девизе депоноване прије распада СФРЈ уобичајено се називају „старом“ девизном штедњом. *Алишић и други*, став 12.

доноси закон којим се регулише то питање. Суд се у анализи тог закона фокусирао на питање да ли је исти постигао правичан баланс између општег интереса и заштите права појединца. Утврђено је да је сам закон у складу с Конвенцијом, имајући у виду катастрофалне последице рата и текуће економске реформе па је исплата штедње у ратама стога у оквирима поља слободне оцјене државе.¹³⁶² Међутим, када је ријеч о примјени закона и кашњења у исплати, Суд је сматрао да „без обзира на чињеницу да исплата старе девизне штедње, као наслијеђени проблем из доба СФРЈ, представља велико оптерећење за земље сукцесоре, владавина права, као један од основних и свепрожимајућих принципа Конвенције, подразумева да Високе стране уговорнице имају обавезу да дослиједно спроводе законе које су саме усвојиле”,¹³⁶³ и утврдио повреду чл.1.Пр.бр.1. Иако ово није први пут да се Суд бави старом девизном штедњом,¹³⁶⁴ у овом случају се Суд определио за пилот пресуду због постојања системског проблема.

Слично је Суд резонувао у односу на исплату старе девизне штедње на рате и у предмету *Молнар Габор против Србије*, ставом да „имајући у виду суморну реалност српске економије у датом времену и широко поље слободне оцјене које државе уживају у односу на питања која укључују економску политику, исплата штедње у ратама је постигла правичан баланс између општег интереса заједнице и утемељног захтјева подносица представке за исплату првобитне штедње, као и права осталих у истој ситуацији као и он“.¹³⁶⁵

Прва пресуда у којој су, као солидарно одговорне, тужене све државе наследнице СФРЈ (осим Црне Горе) зато што три држављанина БиХ нису могли доћи до својих девизних уштеђевина орочених у Љубљанској банци Сарајево (са сједиштем у

¹³⁶² *Суљагић против Босне и Херцеговине*, став 52.

¹³⁶³ Исто, став 56.

¹³⁶⁴ Видјети нпр. *Ковачић и други против Словеније*, пресуда од 03.10.2008.г. или *Јеличић против Босне и Херцеговине*, пресуда од 31.10.2006.г.

¹³⁶⁵ *Молнар Габор против Србије*, пресуда од 08.12.2009.г., став 50. Видјети и *Симић против Србије*, одлука о неприхватљивости од 14.12.2010.г., Истим аргументом се Суд послужио и у предмету *Илић против Србије*, одлука о неприхватљивости од 14.09.2010.г., став 32. У овом случају се радило о добро познатој пирамидалној шеми из деведесетих година прошлог вијека (Дафимент банка).

Словенији) и филијали Инвестбанке у Тузли (са сједиштем у Србији). Пресуда је иначе изазвала велику пажњу јавности у региону. Преговори између држава сукцесора по овом питању и начинима и условима његовог рјешавања још нису завршени. Без упуштања у сложена питања одговорности бивше југословенске државе за исплату штедње, сукцесије и власништва над филијалама банака у БИХ обрађених у пресуди и детаљнијег описа чињеничног стања, на овом мјесту треба рећи да је Суд прије свега испитивао одговорност Словеније и Србије. Суд је био вољан да прихвати да је легитимни интерес свих држава у овом случају био тај да су, након распада СФРЈ и оружаног сукоба, тужене државе морале да предузму мјере заштите свог банкарског система и генерално, националне економије.¹³⁶⁶ Обје владе су се позивале на чињеницу да је кашњење у исплатама наступило услед њихове обавезе да преговарају о овом питању са другим државама сукцесорима према међународном праву.¹³⁶⁷ Међутим, Суд је сматрао да преговори о сукцесији нису спречавали државе сукцесоре да предузму мјере како би се заштитили интереси штедиша.¹³⁶⁸ Суд је на крају закључио да без обзира што се одређена кашњења у исплати оваквих дугова могу приписати ванредним околностима, и насупрот широком пољу слободне оцјене које уживају тужене државе у овој области, континуирана немогућност подносилаца представке да слободно располажу својим улозима преко двадесет година представља несразмјерну мјеру што је и довело до повреде чл.1.Пр.бр.1.¹³⁶⁹ И овдје се Суд определијелио за пилот пресуду због постојања системског проблема.¹³⁷⁰ Србији и Словенији је наложено да у року од годину дана успоставе неопходна системска рјешења, укључујући доношење закона, како би подносиоци представке и друга лица у истом положају могли да поврате стару девизну штедњу под истим условима као и њихови држављани који су имали такву штедњу у домаћим филијалама словеначких и српских банака.

¹³⁶⁶ Алишић и други против Босне и Херцеговине, Хрватске, Србије, Словеније и бивше југословенске Републике Македоније, пресуда од 16.07.2014.г., став 107.

¹³⁶⁷ Исто, став 120. Такође, обје државе су се позвале на принцип „територијалности“ приликом подјеле дугова што је Суд одбацио наглашивши принцип „једнаких дјелова“. Ставови 120 и 121.

¹³⁶⁸ Исто, став 123.

¹³⁶⁹ Исто, став 124.

¹³⁷⁰ Тиме је предупријеђено више од 1850 сличних представки које је Суду поднијело више од 8000 лица а такође се предупријеђене на хиљаде потенцијалних представки.

6.3.3. Поље слободне оцјене и остала права и слободе у постјугословенским државама

Суд се позвао на поље слободне оцјене и када је разматрао кршења чланова 2, 3, 5 и 11 Конвенције у предметима против држава региона. Због малог броја ових предмета, који нису изазивали нека контроверзна питања, исти ће бити размотрени под посебним насловом. Ријеч је о случајевима у којима је поље слободне оцјене веома сужено или готово непостојеће што је у складу са традиционалним приступом Суда.

У предмету *Саио Горгиев против БЈР Македоније*, који се тицао нехотичног рањавања конобара од стране полицијског службеника који није био на дужности, Суд се послужио пољем слободне оцјене како би нагласио позитивну обавезу државе. Суд је сматрао да позитивна обавеза државе у овом случају не смије наметнути превелики терет властима, имајући посебно у виду непредвидљивост људског понашања и оперативне изборе у односу на приоритете и ресурсе. Избор средстава у односу на члан 2 Конвенције је, у начелу, нешто што спада у поље слободне оцјене државе уговорнице. Чак и када држава не предузме одређену мјеру предвиђену домаћим правом, она и даље може испунити своју позитивну обавезу ако предузме друге мјере.¹³⁷¹ У овом случају Суд је утврдио кршење члана 2 јер се радња полицајца у питању могла приписати држави. Слично је Суд резонувао и у предмету *Коцески против БЈР Македоније*, када је на градилишту дјевојчица несрећним случајем изгубила живот. Међутим, Суд је утврдио да није било пропуста државе у дјелотворном судском исходу поводом ове смрти.¹³⁷²

У предмету *Бегановић против Хрватске*, подносилац представке је тужио државу да га није заштитила од насиља пошто није дјелотворно кривично гонила одговорне за

¹³⁷¹ *Саио Горгиев против БЈР Македоније*, пресуда од 19.04.2012.г., став 44.

¹³⁷² *Коцески против БЈР Македоније*, одлука о неприхватљивости од 22.10.2013.г., став 28.

његово пребијање. Суд је утврдио да је држава одговорна за кршење процедуралних обавеза из члана 3 Конвенције јер није пружила заштиту од тешког насиља зато што су кривично правни механизми у овом случају били мањкави. Суд је поновио принцип да, у границама одређеним Конвенцијом, избор средстава у поштовању члана 3, у сфери односа међу самим појединцима, је у принципу ствар која спада у унутрашње поље слободне оцјене, под условом да су кривично-правни механизми доступни жртви.¹³⁷³

Када се ради о члану 5, Суд такође није одступио од пређашње употребе доктрине у односу на душевно поремећене особе, сматрајући да одлука о присилном притварању таквих лица спада у одређено поље слободне оцјене државе. Да ли је опоравак од менталне болести која оправдава задржавање, завршен и коначан или је једноставно евидентан, не може се у свим случајевима мјерити са апсолутном сигурношћу. Због тога је понашање пацијента у времену проведеном ван психијатријске установе, одлучујуће за овакву оцјену. Захтјев за сталним психијатријским надзором не може сам по себи оправдати континуирани притвор.¹³⁷⁴ Случај се тичао периодичног судског разматрања присилног задржавања лица у психијатријског болници, када су македонски судови одбијали захтјеве болнице за условним ослобађањем подносиоца представке, упорно се ослањајући на полицијске извјештаје умјесто на болничке налазе. Суд је зато утврдио да је овакво задржавање било несразмјерно душевном стању подносиоца представке те је дошло до повреде члана 5 Конвенције.

Суд је и код члана 11 Конвенције, примјенио принципе успостављене претходном праксом, укључујући неопходност заштите плурализма и уско поље слободне оцјене које државе уживају приликом покушаја да се оправда одлука о забрани неког удружења. У предмету *Удружење грађана „Радко Паунковски“ против БЈР Македоније*, Суд се позвао на поље слободне оцјене приликом утврђивања постојања неодложне друштвене потребе за интервенцијом државе у право подносилаца

¹³⁷³ *Бегановић против Хрватске*, пресуда од 25.06.2009.г., став 80.

¹³⁷⁴ *Трајче Стојановски против БЈР Македоније*, пресуда од 22.10.2009.г., став 34.

представке на слободу удруживања. У овом предмету је разматрана забрана удружења које је негирало постојање македонске нације и названо по особи према којој већина становништва има негативан став. Наведени разлог забране је подстицање на националну или вјерску мржњу и нетолеранцију и ускраћивање слободе изражавања националне припадности македонском народу.

Суд је у прилог тврдњи да није постојала неодложна друштвена потреба за забраном удружења навео неколико разлога. Удружење није окарактерисано као „терористичко“ а није ни закључено да ће се његови чланови користити незаконитим или недемократским средствима да остваре циљеве. Државне власти нису објасниле зашто би негирање македонске нације довело до насиља или до насилног рушења уставног поретка. Суд је прихватио да би само име удружења могло да доведе до тензија али то само по себи не може представљати опасност по јавни ред. Суд је цијенио само декларисане циљеве удружења и начине њиховог остварења, утврдивши да су допуштени, при том не улазећи у исправност идеја удружења. Стога разлози нису били релевантни и довољни да оправдају мјеру забране удружења.¹³⁷⁵

Суд је у овом предмету био веома опрезан у разликовању између онога што сматра дозвољеним политичким говором и говором мржње. У другом предмету, такође везаном за Македонију, када се разматрала повреда члана 11 заједно са чланом 10, Суд је ипак сматрао затворску казну за политички говор, који је изазвао међуетничке сукобе, сразмјерном мјером. Без обзира на поље слободне оцјене које држава има приликом забране мирних окупљања, сама чињеница да исти нису били мирни, оправдала је све следеће поступке државе.¹³⁷⁶

Као што се може примјетити, транзициони елементи (не рачунајући међу етничке тензије приликом одлучивања о повредама члана 11) нису били од утицаја у овим предметима. Но без обзира на ту чињеницу, Суд традиционално има врло строгу

¹³⁷⁵ *Удружење грађана „Радко Паунковски“ против БЈР Македоније*, ставови 72-78.

¹³⁷⁶ *Османи и други против БЈР Македоније*, одлука о неприхватљивости од 11.10.2001.г.

контролу повреде ових чланова дајући државама и декларативно и суштински уже поље слободне оцјене.

ДИО ПЕТИ

Глава седма

7. КРИТИЧКИ ОСВРТ НА ПРИМЈЕНУ ДОКТРИНЕ ПОЉА СЛОБОДНЕ ОЦЈЕНЕ

Концепт или доктрина поља слободне оцјене је вјероватно један од најкотроверзнијих инструмента који се користио приликом тумачења или примјене Конвенције.¹³⁷⁷ *R.S.J. Macdonald* је рекао да „поље слободне оцјене прожима све важне ствари које се појављују пред Судом без обзира да ли се наводи у пресудама или не“.¹³⁷⁸ Имајући у виду да је ријеч о производу судског права, није изненађење да доктрина није дефинисана у одлукама Суда, од којих свака има специфичну чињеничну подлогу. Концепт је сложен и зато постоји широк дијапазон мишљења о функцији и природи доктрине, чији је екстрем захтјев за њеним укидањем. Већина теоретичара ипак сматра да је потребно обезбиједити већу јасноћу, кохерентност и конзистентност у примјени доктрине али је мало њих предлагало како то постићи. Вриједносни суд о доктрини зависио је углавном од чињенице да ли теоретичар припада струји активног или пасивног тумачења Конвенције. Интенција овог дијела дисертације је прије свега да изложи основна доктринарна схватања по овом питању.

7.1. Критика доктрине

Логично је почети од најрадикалнијег залагања за потпуним укидањем доктрине којег је је судија *De Meyer* изрекао у свом дјелимично издвојеном мишљењу у предмету *Z. против Финске*. Наиме, судија је рекао следеће: „У постојећем случају

¹³⁷⁷ S. van Drooghenbroeck (2001), *op.cit.*, p. 527.

¹³⁷⁸ R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (1993), *op.cit.*

Суд се поново ослања на „поље слободне оцјене“ националних власти. Вјерујем да је дошло вријеме да Суд одбаци овај концепт у својим образложењима. Већ се увелико касни са напуштањем ове *отрцане фразе* и одрицањем од релативизма до којег иста доводи. Могуће је предвидјети поље слободне оцјене у одређеним областима. Потпуно је природно, на примјер, да суд одреди казну - у оквиру сета казни које прописује закон – према својој процјени тежине случаја. Али када се ради о људским правима, нема простора за поље слободне оцјене које би омогућило државама да одлучују шта је прихватљиво а шта не. По том питању граница мора бити у највећој мјери јасна и прецизна. Суд, а не свака држава засебно, мора пресудити и ставови Суда морају се примјенити на свакога унутар јурисдикције сваке државе. Испразне фразе о пољу слободне оцјене државе, које се већ предуго понављају, су беспотребна околишања која служе само да неразумљиво покажу да државе могу урадити све оно што Суд не сматра неспојиво са људским правима. Такву терминологију, која је у принципу погрешна колико и бесмислена у пракси, треба без одлагања напустити“.

¹³⁷⁹ Ријеч је о врло уопштеној критици која одражава смисао онога што ће услиједити у даљем тексту.

Након израза „отрцана фраза“ услиједили су у литератури слични атрибути за доктрину као што су „заразна болест“,¹³⁸⁰ „лингвистичко помодарство“,¹³⁸¹ „тројански коњ“,¹³⁸² „веома малиган појам“,¹³⁸³ „несретни галицизам“,¹³⁸⁴ „правна фикција“¹³⁸⁵ и други. Поједини аутори предлагали су чак и преименовање доктрине.

¹³⁷⁹ *Z против Финске* (1997), дјелимично издвојено мишљење судије *De Meyer*-а. Видјети такође сличне коментаре истог судије у фуснонти његовог сагласног мишљења у предмету *Ahmed и други против Уједињеног краљевства*, пресуда од 2.9.1998.г

¹³⁸⁰ P. Van Dijk, G. J. H. Van Hoof (1990), *op.cit.*, p. 585.

¹³⁸¹ Pierre Lambert, *La Cour européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de quelques critiques ... au fil du temps* (En marge du cinquantième anniversaire de son installation. *trimestrielle Revue des droits de l'Homme*, no. 81, 2010, p. 5 to 18

¹³⁸² Ignacio de la Rasilla del Moral (2006), *op.cit.*, p. 611.

¹³⁸³ P. Mahoney (1998), *op.cit.*, p.1.

¹³⁸⁴ Lord L. Hoffmann (2009), *op.cit.*, p. 14.

¹³⁸⁵ Christian Børge Sørensen, *Læren om Statens Skjønsmargin etter Emk og Betydningen for Norsk Domstolskontroll Med Forvaltningen in Blandhol, S., "Rettspragmatismen i Fredrik Stangs, Ragnar Knophs og Gunnar Astrup Hoels forfatterskap", Tidsskrift for rettsvitenskap. 2004. p. 140.*

Greer је сматрао да постојећи назив доктрине збуњује и предложио нови израз „национална, извршна, управна и судска дискреција”.¹³⁸⁶ Поред судија и теоретичара, доктрину су стигли да критикују чак и поједини државници, па је тако британски премијер Дејвид Камерон у свом говору из 2012. године тврдио да се маргина оцјене сузила и „да се није обратила довољна пажња на демократске одлуке националних парламената”.¹³⁸⁷

Доктрина се у литератури критикује на два нивоа, било као генерална критика саме доктрине било као критика њене примјене у одређеним околностима. У претходним дјеловима ове дисертације указивано је на одређен степен непринципијелности употребе доктрине у појединим случајевима, као прилог великом броју научних радова који доктрину критикују на овај начин.¹³⁸⁸

Како би се обезбиједила објективност налаза, важно је поменути главне правце генералног нивоа критике доктрине. Може се у начелу рећи да постоје три таква правца. Један се односи на неодређеност, некохерентност и непринципијелност примјене доктрине док се други правац односи на преиспитивање легитимности доктрине. Коначно, указује се и на опасност коју доктрина представља по универзалност људских права.

7.1.1. Неодређеност, некохерентност и непринципијелност примјене доктрине

Доктрина је највише критикована због непринципијелног и нејасног начина примјене. Заговорници правне сигурности су замјерали доктрини да иде на руку двосмислености норми. Тиме се ствара опасност да се стандарди Конвенције могу

¹³⁸⁶ S. Greer (2000), *op.cit.*, p. 32.

¹³⁸⁷ David Cameron, Cameron's speech on the European court of human rights in full, (The Guardian) “<http://www.guardian.co.uk/law/2012/jan/25/cameron-speech-european-court-human-rights-full>”, as of 2013-03-22.

¹³⁸⁸ Поред релевантне литературе наведене у овој дисертацији погледати нпр. запажања судије *Loucaides*-а на основу свог искуства у раду као судија суда у Стразбуру (доступно на: <http://www.errc.org/cikk.php?page=8&cikk=3613>). Он посебно критикује праксу пасивног тумачења. Видјети и R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (1993), *op.cit.*, pp. 83-124.

примјењивати на различит начин у наизглед сличним случајевима, што може водити асиметричним стандардима људских права.¹³⁸⁹ Најчешће цитирана максима која одражава ову бојазан јесу ријечи лорда *Lestera* да је „концепт поља слободне оцјене постао клизав и неухватљив као јегуља. Суд се увијек користи маргином оцјене као замјеном за кохерентну правну анализу одређених питања“. Лорд *Lester* такође сматра да доктрина служи страсбуршким судијама да избјегну контроверзне пресуде.¹³⁹⁰

Jeffrey Brauch је слично сматрао да „доктрина нема смисао, бар не као правни стандард. То је једно од средстава из реторичког арсенала Суда којим рационализује резултат који жели постићи. Недостају основни концепти владавине права. Правни тест није јасан. „Одмјеравање“ је неодређено па нико не зна колику ће Суд тежину дати нпр. моралним питањима у држави или процјени националне безбиједности. Маргина која је једног дана широка, другог дана може бити „одређена“ или непостојећа. Одлуке нису предвидљиве. Појединци и владе не могу планирати своје радње или правне структуре ослањајући се на становиште Суда по одређеном питању. Стандарди се не примјењују на једнак начин него насумично. Категорије Суда су неодређене и не примјењују се увијек, а његова анализа је оскудна. Захваљујући оваквој неодређености Суд се не држи владавине права.“ *Brauch* такође сматра да је проблем са формулацијом доктрине данас у томе што кључни придјиви као што су „одређено“, „релевантно и довољно“, „пропорционално“, и „прихватљиво“, никада нису адекватно дефинисани него ће њихово значење варирати од случаја до случаја. *Brauch* је нарочито критиковао ослањање на европски консензус указујући на „ненаучан и несистематичан“ приступ у овом смислу. Чиниоци које је за одређивање обима поља слободне оцјене у својој пракси идентификовао Суд „свакако нису обећавајући материјал који ће обликовати доктрину.“ Аутор је такође предложио напуштање доктрине и повратак другим

¹³⁸⁹ Dominic McGoldrick, *The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights* (Clarendon Press, Oxford 1991).

¹³⁹⁰ Anthony Lester, "Universality vs. Subsidiarity: A reply" (1998) 1 EHRLR 73, 75.

методима тумачења као што су историјски метод или тумачење оригиналне намјере твораца Конвенције.¹³⁹¹

MacDonald сматра да ако је једини разлог за пасивност Суда то што националне власти уживају поље слободне оцјене, онда се он неће правдати другим разлозима, што чини доктрину „средством за избјегавање одговорности за артикулисање образложења...одлука“.¹³⁹² *Letsas* сматра да је доктрина у одређеним случајевима сувишна док у другим изискује додатна појашњења.¹³⁹³ Разумност просуђивања Суда у великој мјери зависи од примјене начела пропорционалности, па исти аутор тврди да су случајеви у којима Суд није користио ово начело треба посматрати као његов пропуст да пружи образложење своје одлуке.

Schokkenbrock је у овом смислу нагласио да би „било веома пожељно када би Суд усвојио кохерентнији приступ, јасно наводећи у својим пресудама принципе којима се водио доносећи одлуку да примјени поље слободне оцјене и одреди његову величину“. Исти аутор је посебно апеловао на „више принципијелности и транспарентности“ и изричиту „примјену принципа поља слободне оцјене“ која би „на првом мјесту подстакла Суд да буде везан таквим принципима у следећим случајевима“.¹³⁹⁴

Yourow тврди да су контуре доктрине „превише неодређене, да је суштински дио доктрине превише недокучив и да се може користити, како за постизање заштите људских права тако и у прилог тврдњама државе, а без користи по развијање суштинске доктриналне конзистентности“.¹³⁹⁵

¹³⁹¹ Jeffrey A. Brauch, *The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law* (2005), pp. 126 and 137-147.

¹³⁹² R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (1993), *op.cit.*, p. 85.

¹³⁹³ L. George (2006), *op.cit.*, p. 714.

¹³⁹⁴ J. Schokkenbrock (1998), *op.cit.*, p. 36.

¹³⁹⁵ H. Yourow (1996), *op.cit.* p.195.

Са друге стране, Суд је критикован што се у својој пракси позива на доктрину готово аутоматски. *Kratochvíl* је мишљења да је употреба доктрине претјерана, што је видљиво на много начина у јуриспруденцији Суда. „Инфлација“ употребе доктрине праћена је ризиком да доктрина изгуби своју вриједност. Различити аспекти у којима он сматра да је инфлација очигледна, имају јединствену карактеристику, а то је да се на доктрину позива чак и када не постоји неки смислени разлог. Он тврди да је Суд у више наврата наводио маргину оцјене на начин који нема никакву везу са разлозима на основу којих је случај пресуђен и да је маргина понекад поменута али да тада није имала никакву видљиву улогу у анализи Суда. Још један од примјера погрешне употребе доктрине које он наводи јесте навика Суда да се позива на „одређено поље слободне оцјене“ без одређивања његове величине, што ствара забуну. Такође критикује навођење маргине само у закључцима пресуда али не и у анализи случаја, што наводно указује или на бескорисно позивање на доктрину или на недостатак транспарентности у процесу доношења одлука Суда.¹³⁹⁶ Судија *Rozakis* је овакву врсту критике формулисао у издвојеном мишљењу на следећи начин: „Мислим да би у случајевима као што је овај, Суд требао пажљиво да размотри примјењивост концепта поља слободне оцјене, избјегне аутоматско позивање на њега и правилно ограничи његову примјену на случајеве гдје стварна потреба за примјеном истог боље служи интересима правде и заштити људских права“.¹³⁹⁷

Већ су се могле примјетити одређене недоследности у примјени доктрине у случајевима презентираним у овој дисертацији. Не треба ићи даље па видјети да су у истом предмету првостепена и другостепена вијећа Суда на потпуно различит начин примјењивали доктрину, што је доводило и до суштински различитих исхода.

Поменуте академске критике указују да примјена доктрине подстиче неједнаку, субјективистичку и релативистичку примјену међународног права, тиме умањујући

¹³⁹⁶ J. Kratochvíl, (2011), *op.cit.*, pp. 326 -342.

¹³⁹⁷ *Egeland and Hanseid против Норвешке*, сагласно мишљење судије *Rozakis*-а. Видјети такође Christos L. Rozakis, “Through the Looking Glass: An “insider’s” view of the margin of appreciation”, , in *La Conscience des Droits: Mélanges en honneur de Jean-Paul Costa*, , Paris, pp. 527-537.

ауторитет правних норми и очекивање да ће сви случајеви бити једнако третирани. Такво стање, према овом дискурсу мишљења, озбиљно угрожава способност Конвенције да штити људска права, истовремено доводећи у питање независност и способност доношена одлука органа у Стразбуру.¹³⁹⁸

7.1.2. Питања легитимности и примјена доктрине

Претходна критика о неконзистентној примјени доктрине је блиско повезана са критиком да се у одређеним случајевима Суд превише приклања националним одлукама. То суштински значи да се терет доказивања пребацује на подносиоца представке. Чињеница да доктрина нема изричиту правну основу у тексту Конвенције појачава страх да Суд неће моћи да се одупре дискрецији држава. Свакако да дискреција држава мора бити правична и непристрасна како не би била у супротности са законским стандардима, тако да потенцијална злоупотреба дискреције у ствари представља главни изазов легитимној примјени доктрине.¹³⁹⁹ *Harris, O'Boyle* и *Warbrick* су писали да „када се доктрина примјењује тако широко да се чини да држава има бланко чек или да се толеришу сумњиве праксе и одлуке, онда се може сматрати да је Суд абдицирао од својих надлежности“.¹⁴⁰⁰

Према овим схватањима, ријеч је о озбиљном пропусту Суда да узме у обзир важност учешћа грађана у колективном доношењу одлука, што представља суштински атрибут демократије. Иако је ријеч о приклањању легитимности демократских влада, то би представљало опасност за заштиту права мањинских група у друштву. Када постоји конфликт између демократске већине и мањинских група, он се обично завршава наметањем ограничења на штету мањинске групе зато што националне политике увијек штите вриједности већине. Јасно је да би тако нешто „било

¹³⁹⁸ Видјети нпр. C.S. Feingold, (1977), *op.cit.* p. 106.

¹³⁹⁹ Onder Bakircioglu, *The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases*, 8 German Law Journal 711-734 (2007), p. 712.

¹⁴⁰⁰ D. J. Harris, M. O'Boyle, E. P. Bates, C. M. Buckley (2009), *op.cit.*, 202.

нелегитимно јер је супротно фундаменталним вриједностима саме демократије“. Политичка или друштвена мањина била би лишена оруђа да исправи такво поступање кроз демократске политичке процедуре. Суд би се, према таквом сценарију, одрекао свог положаја спољњег јемца против „тираније већине“.¹⁴⁰¹ Суд не би био у могућности да рјешава конфликти између већине и мањине и друштву и тако исправља системске недостатке демократије. Такође, принцип консензуса, ако се повеже са пољем слободне оцјене, озбиљно доводи у питање вриједности мањине. Зато примјена поља слободне оцјене, приликом одмјеравања интереса већине и мањине, треба да буде ограничена и људска права треба ограничити ако се њима крше права других али не на основу опредјељења већине.¹⁴⁰² Суд није у најбољем положају да процијени да ли „консензус“ по одређеном питању стварно постоји у одређеној земљи. Није увијек ријеч о сукобу већине и мањине, већ о томе да се мишљење по одређеном питању може разликовати у самој држави од онога које иста држава заступа пред Судом. Непостојање начина који би помогли Суду да процијени културну ситуацију у земљи слаби концепт поља слободне оцјене.¹⁴⁰³

У овом контексту чак постоје схватања да је поље слободне оцјене патент који је измислила буржоазија у свом науку да гомила богатство.¹⁴⁰⁴ Поставило се у теорији и питање да ли је оправдано давати поље слободне оцјене аутократским режимима којима је својствен демократски дефицит.¹⁴⁰⁵

Неодређеност и апстрактност нормативног значења, чиме се стварају услови за правну несигурност, доводе и до крњења легитимности Суда. Претјерано ослањање на пасивистички приступ може довести до навике неодговорности и одрицања од

¹⁴⁰¹ Steven Wheatley, “Minorities under the ECHR and the Construction of a ‘Democratic Society’”, (2007) PL 770, pp. 780 and 791.

¹⁴⁰² Ivana Radačić (2010), *op.cit.*, pp. 610-611.

¹⁴⁰³ Tamar Zhordania (2011), *op.cit.*, p.26.

¹⁴⁰⁴ Lauri Mälksoo, *Concluding Observations. Russia and European Human-Rights Law: Margins of the Margin of Appreciation, Review of Central and East European Law*, Volume 37, Issue 2-3, (2012), pp 359 – 369.

¹⁴⁰⁵ S. Greer (2003), *op.cit.*, p. 420.

надзорне улоге суда у Стразбуру. Примјер за то су многи контроверзни случајеви гдје је изгледало да поље слободне оцјене представља „пожарни излаз“ за Суд.

Са друге стране, изражена је забринутост, посебно у Великој Британији, да је „срастање“ метода тумачења, као што су поље слободне оцјене, европски консензус и еволутивно тумачење, довело до ере активизма Суда. Према таквим схватањима, Суд је, у одређеном броју водећих случајева, прекорачио своје надлежности и одступио од првобитне намјере аутора и текста Конвенције. То је довело до рекордне количине критика у Великој Британији, па су медији у тој земљи често извјештавали да је заштита конвенцијских права представљала уточиште за криминалце и за лица која то не заслужују.¹⁴⁰⁶

7.1.3. Опасност по универзалност људских права

Остала критичка становишта се фокусирају на чињеницу да релативна слобода у примјени поља слободне оцјене може озбиљно угрозити основни постулат универзалности заштите људских права. Коментар судије *De Meyer*-а са почетка овог дијела управо одражава овакав став. Реторика људских права иначе снажно наглашава универзализам насупрот културном релативизму¹⁴⁰⁷ и садржи снажну моралну и етичку димензију. Ријеч је о идеји да постоји суштинско „добро“ које је супериорније и превазилази културне разлике. Међународни судови, са друге стране, увијек теже да легитимишу своје одлуке што често подразумева узимање у обзир

¹⁴⁰⁶ Jonathan Fisher, *Rescuing human rights*, The Henry Jackson Society: Project for Democratic Geopolitics is a crosspartisan, British think-tank. March 2012, p. 33.

¹⁴⁰⁷ Културни релативизам људских права се дефинише као „став према коме локалне културне традиције (укључујући вјерске, политичке и правне праксе) на правилан начин одређују постојање обима грађанских и политичких права која уживају појединци у одређеном друштву. Видјети у Fernando R. Tesón, *International Human Rights and Cultural Relativism*, in *International Law of Human Rights* / ed. by Michael K. Addo, Ashgate/Dartmouth, 73-102 (2006).

културних разлика које, чини се, разводњавају суштински моралну позицију.¹⁴⁰⁸ Управо на овој дихотомији се развијају критички ставови у односу на доктрину.

Једна од најснажнијих критика поља слободне оцјене јесте њено повлађивање релативистичким схватањима људских права. Све је почело од случаја *Handyside*, који је испровоцирао мноштво критика јер је Суд признао један облик европске моралне различитости.

Eyal Benvenisti се у литератури најчешће цитира као веома жесток заступник става да је поље слободне оцјене у ствари приклањање релативизму. Он наиме сматра да „јуриспрудентни резултати Суда и осталих међународних тијела носе са собом обећање постављања универзалних стандарда заштите и промоције људских права. Ове универзалне аспирације су у великој мјери угрожене доктрином поља слободне оцјене...Поље слободне оцјене са начелним признањем моралног релативизма је у нескладу са концептом универзалности људских права“. Он даље каже да „не улази у већ добро утабану општу дебату о универзализму насупрот релативизму у јуриспруденцији људских права“, него се умјесто тога фокусира на институционална оправдања поља слободне оцјене, посебно на разлоге који се тичу „особених недостатака демократских система“.¹⁴⁰⁹

James Sweeney такође наводи аргументе према којима поље слободне оцјене има „уочену склоност ка културном релативизму“.¹⁴¹⁰ Међутим циљ овог аутора је да оповргне таква схватања тврдећи да је поље слободне оцјене засновано на институционалној супсидијарности. Лорд *Lester* је изразио забринутост у овом смислу ријечима да „опасност од наставка примјене доктрине поља слободне оцјене, лишене било каквог стандарда, посебно у проширеном саставу СЕ, је таква да може постати погубан извор „варијабилне“ геометрије људских права, урушавајући *acquis*

¹⁴⁰⁸ A. A. Ostrovsky (2005), *op.cit.*, p. 57.

¹⁴⁰⁹ E. Benvenisti (1999), *op.cit.*, pp. 843-844, 874.

¹⁴¹⁰ J.A. Sweeney (2005), *op.cit.*

постојеће јуриспруденције, неоправдано се приклањајући локалним условима, традицијама и праксама“.¹⁴¹¹

Eva Brems сматра да би осим критеријума „суштине права“ и „европског консензуса“, Суд, у контексту универзалности, требало да одбаци остале критеријуме које користи у анализи поља слободне оцјене. Дубина јаза између западних и осталих земаља, према њој, води јачању радикалног културног релативизма којем поље слободне оцјене не може удовољавати. Аргумент консензуса, који са собом носи ризик да културна већина угњетава културну мањину, јесте оправдан у европском контексту због сличних политичких, правних, културних и социо-економских услова у државама чланицама. Компаративна анализа еволуције правних система сличних карактеристика (*ограничени критеријум консензуса*), у сваком случају, може бити корисна да се избјегне један од главних ризика које са собом носи културни релативизам, а ријеч је о конзервативној тенденцији.

Иста ауторка је уочила и контрадикцију између приступа консензуса и културног релативизма, која се огледа у ситуацији када нека држава у свом законодавству или пракси одступа од европског стандарда, правдајући одступање културним разлозима. Приступ културног релативизма би правдао изоловани положај такве државе ако иста аргументовано нагласи особености њене културне традиције. Насупрот томе, према принципу консензуса изолована позиција државе је сумњива. У таквој ситуацији држава, умјесто да оснажи кредибилност таквог аргумента, она га слаби, посебно ако су остале државе чланице имале исту праксу и законодавство али су их у међувремену измијениле, јер ће Суд наметнути већинско становиште.¹⁴¹²

Доктрина такође поставља питање да ли Суд покушава да успостави универзално и аутономно право или Конвенција одражава збир националних права. Државе уговорнице се разликују између себе између осталог и због културних разлога. Чак су

¹⁴¹¹ A. Lester (1998), *op.cit.*, p. 76.

¹⁴¹² E. Brems (1996), *op.cit.*, p. 308 and 311.

поједини аутори тврдили да претјерана употреба овог механизма у супротности са идејом о постојању хармоничног правног оквира међу државама чланицама.¹⁴¹³

7.2. Афирмативна гледишта на доктрину поља слободне оцјене и оправдања њеног постојања

Велика већина теоретичара се ипак слаже да је доктрина постојано, и у сваком смислу, легитимно средство за тумачење Конвенције. Ови аутори заснивају свој став на више разлога али не нужно наводећи те разлоге на кумулативан и исцрпан начин. Тако се наводе аргументи да је доктрина просто средство тумачења односно да се њоме штити легитимна културна различитост па до аргумената да се њоме жели заштити легитиман демократски процес који одражава националне услове итд. Други аутори опет сматрају да тешкоћа није у томе да се оправда доктрина колико „одлучити прецизно када и како је примјенити на одређено чињенично стање“.¹⁴¹⁴

Већ је и у претходном дијелу дисертације доста било ријечи о функцији и природи доктрине које оправдавају њену примјену. Афирмативни ставови у односу на доктрину су у ствари и покушај одговора на претходно изложене главне правце критике.

7.2.1. Доктрина поља слободне оцјене као средство тумачења

Суд у Стразбуру има крајњу уставну надлежност да утврди шта које право значи без обзира да ли се тај поступак описује као „дефинисање“ апстрактних права, или прецизније утврђивање њиховог обухвата или „балансирање“ између два права. Може се рећи да је у односу на овај кључни задатак Суда доктрина у ствари просто

¹⁴¹³ J. Gerards (2011), *op.cit.*, p. 104.

¹⁴¹⁴ D. J. Harris, M. O'Boyle, E. P. Bates, C. M. Buckley (2009), *op.cit.*, p. 14.

средство тумачења. Са друге стране, доктрина се посматра више као „начело оправдања него као начело тумачења“.¹⁴¹⁵ Сви зрели правни системи нужно развијају средства и доктрине тумачења и утврђивања супростављених интереса у балансирању права појединца и воље већине. Називи таквих доктрина могу се разликовати али се тешко могу сматрати радикалним правним изумом. Баш као што се закони или уставни, писани или неписани, често описују као „живо дрво“, доктрина је нужно и здраворазумско средство у којем сложена питања историје и права треба да буду појашњена и пресуђена. Да су људска права толико апсолутна и објективна, могли би их тумачити научници и технократе а не само правници. Зато су правници ти којима је дато да рјешавају тешка и сложена питања.¹⁴¹⁶

Greer сматра да је доктрина интегрални дио и суштина система начела тумачења Конвенције. Доктрина никада не може бити стављена под контролу какву неки теоретичари прижељкују зато што тумачење Конвенције није објективна ствар. У супротном, тумачење норми би било претјерано формализовано. Други ријечима, некада ће постојати велике разлике у мишљењима о томе шта конвенцијско право значи и како га треба примјенити. Највише чему се може надати јесте да се доктрина уоквири у неке прихватљиве границе и то углавном због њене подређености основним уставним начелима Конвенције.¹⁴¹⁷

Иначе *Shany* сматра да све институције, укључујући међународне судове, имају одређене склоности које утичу на начин на који тумаче и примјењују међународно право. Одлука у једном или другом правцу (нпр. за и против суверенитета) јесте, прије свега, политичка одлука која се не може прихватити здраво за готово.¹⁴¹⁸ Другим ријечима, визија међународних судова као „непристрасних чувара међународног права“ и држава као субјеката, који су склони да избјегавају

¹⁴¹⁵ R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (1993), *op.cit.*, p. 83.

¹⁴¹⁶ Bill Sundhu, The Legal Doctrine of Margin of Appreciation, доступно на http://www.billsundhu.ca/essays/margin_of_appreciation/.

¹⁴¹⁷ S. Greer, (2010), *op.cit.*, p. 14.

¹⁴¹⁸ S. Yuval (2005), *op.cit.*, p. 924.

одговорност за кршење међународног права, може се довести у питање другачијом визијом свјетског поретка која сматра државе аутентичним и легитимним спроводиоцима закона а универзализам као облик империјализма.¹⁴¹⁹ Осим тога, стварање правних обавеза путем судски створеног права је веома спорно.¹⁴²⁰

Људска права су генерално област која по својој природи не може бити формулисана на прецизан начин. Стога, *Brems* сматра да људска права дозвољавају варијације у тумачењу у времену (као што је еволутивно тумачење) и простору. Поље слободне оцјене се односи на варијације у значењу у простору, и не случајно, оно налази свој израз кроз такве неодређене и уопштене појмове Конвенције.¹⁴²¹

Такође се тврди да поље слободне оцјене помаже Суду у извршавању његовог сложеног задатка приликом утврђивања смисла *интерпретативних концепата* (као нпр. принципи консензуса и еволутивног тумачења) и њиховог међудјеловања у конкретним случајевима. У том смислу, када је доктрина постављена у спектру између чисто дескриптивне и чисто евалувативне улоге, више инклинира ка евалувативној улози. Због тога се доктрина често пореди са концептом пропорционалности њемачког права или принципом разумности из енглеског права.¹⁴²² Иначе су принципи тумачења међу собом, како је и раније у дисертацији наглашено, у очигледној тензији, па тако аутономно тумачење ограничава тумачење на интерне елементе система Конвенције док је еволутивно тумачење изричито окренуто екстерној еволуцији друштва. На сличан начин аутономно тумачење одузима поље слободне оцјене државама чланицама док доктрина може зауставити еволуцију и ширење заједничких стандарда кроз еволутивно тумачење. Који ће канон

¹⁴¹⁹ P. Carozza, (2003), *op.cit.*, p. 64.

¹⁴²⁰ Видјети нпр. издвојено мишљење судије *Fitzmaurice*-а у случају *Golder против Уједињеног краљевства*. Такође видјети Y. Arai-Takahashi (2002), *op.cit.* p. 201 и P. Mahoney (1997), *op.cit.*, p. 60. Док је одређени степен судски створеног права неизбежан, често је питање избора политике да ли га је потребно подстицати. Видјети у Y. Arai-Takahashi (2002), *op.cit.*, p. 202.

¹⁴²¹ E. Brems (2001), *op.cit.*, p. 396.

¹⁴²² Yutaka Arai Takahashi, Disharmony in the process of harmonisation? – The analytical account of the Strasbourg Court's variable geometry of decision-making policy based on the margin of appreciation doctrine in Theory and practice of harmonization (eds. Mads Henry Andenæs, Mads Tønnesson Andenæs, Camilla Baasch Andersen) Edward Elgar Publishing, Inc. (2011), 95 -115. p. 97.

тумачења превагнути у одређеном контексту може бити одлучујуће за исход случаја.¹⁴²³ *Olivier de Schutter* зато сматра да „средства за тумачење дозвољавају Европском суду за људска права да води све битке и на начин на који он жели“.¹⁴²⁴

Без обзира које начело или средство тумачења Суд тренутно користи или осмисли у будућности, исто нужно мора бити у складу са основним постулатима политичке теорије на којој је Конвенција заснована, а то је демократија као најбољи систем владавине за обезбјеђење поштовања људских права. Такав смисао произилази из преамбуле Конвенције и опште је прихваћен као једно од значења Конвенције у свијетлу члана 31 Бечке Конвенције.

7.2.2. Доктрина поља слободне оцјене као израз начела супсидијарности

Још од самог настанка доктрина је правдана супсидијарним карактером система заштите људских права успостављеног Конвенцијом. Ријеч је о аргументу према којем су националне власти боље у примјени права него међународни суд. Међународни судови одлучују у конкретним споровима, што их у великој мјери ограничава, док се чини да су националне власти у бољој позицији да усвајају опште политике и да предвиђају последице својих одлука. Домаћи органи су такође физички ближе друштвима на која се међународна легислатива примјењује и боље су упознате са локалним условима. Такође се тврди да, када међународни суд предаје дио своје надлежности одлучивања државама, што доктрина и ради, међународни суд штеди вријеме и финансијска средства.¹⁴²⁵

¹⁴²³ P. G. Carozza, (1999), *op.cit.*, p. 1221.

¹⁴²⁴ Olivier de Schutter, “L’interprétation de la Convention européenne des Droits de l’homme: un essai en démolition”, *Revue de droit international, de sciences politiques et diplomatiques* (Genève), juillet 1992, pp. 87-127. 92.

¹⁴²⁵ S. Yuval (2005), *op.cit.*, pp. 918-919.

Paolo Carozza објашњава поље слободне оцјене као одраз начела супсидијарности следећим ријечима „... није никакво чудо пронаћи, током развоја права људских права, појаву и других доктрина и идеја, које бар дијелимично функционишу аналогно у односу на супсидијарност, и истичу преовлађујућу дијалектику између универзалних норми људских права и легитимних захтјева за плурализмом. Доктрина „поља слободне оцјене“ коју је први развио Европски суд за људска права, је најбољи примјер тога“.¹⁴²⁶

Spielman тврди да, уз своју нормативну функцију,¹⁴²⁷ доктрина има за циљ да оствари оно што се може назвати системским циљем. Она преноси велики дио надлежности за контролу радњи или пропуста националних власти националним судовима, стављајући их у природну и примарну улогу заштите људских права. То није ни дар ни уступак, него више подстицај за домаћег судију да поступи по Конвенцији, примјењујући на тај начин начело супсидијарности.¹⁴²⁸ То је изазивало приговоре да се Суд понаша као суд четврте инстанце, јер обично поштује примјењено право и утврђено чињенично стање од стране националних судова.¹⁴²⁹

Начело супсидијарности великим својим дијелом одражава поље слободне оцјене као *преторијанску технологију* коју је развио Суд да прати усклађеност националних мјера са Конвенцијом, узимајући у обзир близину тужене државе одређеној ситуацији.¹⁴³⁰ Како примјећује *Frédéric Sudre*, поље слободне оцјене остављено

¹⁴²⁶ P.G. Carozza, (2003), *op.cit.*, p. 40.

¹⁴²⁷ *Letsas* је разликовао нормативно и процедурално првенство националних органа у односу на међународне. Процедурално првенство у односу на Конвенцију је изражено у члановима 1 до 35. Нормативно првенство се односи на легитимност таквог првенства што је Суд често наглашавао ријечима да су државе чланице „у бољем положају него међународни судија...“. Видјети у G. Letsas, *A Study on the Interpretation of the European Convention on Human Rights* (PhD thesis, UCL 2005). Исти аутор је у каснијим радовима измијенио назив процедуралне и нормативне супсидијарности у структуралну и супстанцијалну, али је суштина остала иста.

¹⁴²⁸ D. Spielmann (2014), *op.cit.*, pp. 11-12.

¹⁴²⁹ R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (1993), *op.cit.* p. 50.

¹⁴³⁰ Beatrice Delzangles, «Variation des relations entre le système européen de protection des droits de l'homme et les systèmes nationaux : l'inconstance du principe de subsidiarité », in *Jeu des influences croisées du droit français, du droit européen et du droit des autres pays européens. Actes des journées juridiques franco-polonaises organisées à l'Université de Jagellonne (Cracovie) les 22 et 23 octobre 2010*, Mare&Martin, à paraître. p. 3.

државама, одражава функционалну, али и идеолошку димензију начела супсидијарности. Са једне стране, оно препознаје да националне власти имају боље разумијевање локалних околности и услова примјене Конвенције, што им омогућава да организују своје правне системе и да одреде природу и обим мјера неопходних за спровођење права предвиђених међународним уговорима. Са друге стране, омогућавајући Суду да се прилагоди „чињеницама и праву“ ситуације у туженој држави, поље слободне оцјене омогућава плурализам и обезбјеђује разноликост унутар система Конвенције.¹⁴³¹

Сва наведена схватања указују да у суштини поље слободне оцјене представља природан резултат подјеле надлежности између националних и међународних тијела. Другим ријечима, доктрина има функцију да рационализује вертикални однос између судија у Стразбуру и релевантних власти на националном или локалном нивоу.¹⁴³² Појам поља слободне оцјене, као одраз начела супсидијарности, служи као амортизер „неоправданог“ активизма међународног судства, симболизујући вољу Суда да има заједничко „власништво“ судских задатака са националним властима, тиме постепено омогућавајући „нормативну интернализацију“ стандарда Конвенције од стране домаћих судова.¹⁴³³ На тај начин Суд јача своју легитимност међу самим државама чланицама. Због тога *Gerards* сматра поље слободне оцјене атрактивним средством за „преговоре између задатка Суда да штити људска права на најдјелотворнији могући начин и потребе да се поштује национална сувереност, чиме би пресуде биле прихватљиве за националне власти“.¹⁴³⁴ Тиме, осим правне, доктрина има и политичку димензију.

7.2.3. Компензација демократског дефицита

¹⁴³¹ Frédéric Sudre et autres, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF., 5^e éd. mise à jour, 2009, pp. 73 et 74.

¹⁴³² G. Letsas (2006), *op.cit.*, p. 720.

¹⁴³³ Y. Arai-Takahashi (2011), *op.cit.*, p. 97.

¹⁴³⁴ J. Gerards, (2011), *op.cit.*, p. 114.

Уско повезано са претходним аргументом супсидијарности јесте схватање да је поље слободне оцјене израз демократског дефицита у раду судова па и међународних.¹⁴³⁵ Важне смјернице у односу на друштвене услове унутар држава би требало да дају изабрани представници саме државе које ће национални судови контролисати.¹⁴³⁶ Лакше је држати одговорним изабране националне представнике, него судије у Стразбуру. Примјер оваквог става је образложење које је дао *Waldock* у предмету *Lawless*, када је сматрао да „интереси које јавност има од дјелотворне владе и од одржавања реда, оправдава и захтијева одлуку у корист законитости процјене владе“.

У својим издвојеним мишљењима у предмету *Karatas против Турске*, група судија је примјетила да „демократски легитимитет мјера које предузму демократски изабране владе захтијева одређени степен судског само-уздржавања.¹⁴³⁷ Међутим, овдје се с правом поставило питање оправдања „судског само-уздржавања“ јер, како је већ наглашено, заштита основних људских права неизбјежно је повезана за заштитом мањина у друштву. Како је законодавац везан демократским принципом већине, мање ће моћи да јамчи ефективну заштиту мањина у судским одлукама које су искључиво засноване на законским текстовима.¹⁴³⁸

7.2.4. Очување плурализма у Европи

Највише наглашено образложење доктрине јесте да универзалност не значи потпуну униформност. Стога доктрина дозвољава државама чланицама да ускладе своје обавезе према Конвенцији са социо-економским, политичким и културним условима који владају у њиховим земљама. Ако је циљ да Конвенција постоји као дјелотворно

¹⁴³⁵ P. Mahoney (1990), *op.cit.*, p. 81; E. Brems (1996), *op.cit.*, p. 297.

¹⁴³⁶ S. Yuval (2005), *op.cit.*, p. 918-919.

¹⁴³⁷ *Karatas против Турске*, заједничко издвојено мишљење судија *Wildhaber, Pastor Ridruejo, Costa и Vaka*.

¹⁴³⁸ Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt: Suhrkamp (1994), p. 521.

средство за стварање универзалног пан-европског стандарда људских права, мора се узети у обзир мноштво постојећих разлика и културна различитост међу европским нацијама. Суд признаје плурализму високо мјесто у очувању „европског уставног мозаика“,¹⁴³⁹ па тако *White u Ovey* сматрају да поље слободне оцјене функционише и као „средство да се заштити вриједност плурализма, која је централна у систему Европске конвенције“.¹⁴⁴⁰ *Greer* објашњава примјену наизглед неусклађених концепата слободе држава и универзалности на следећи начин: „Иако су конвенцијска права формулисана сиромашним и апстрактним универзалним језиком, уопште није јасно да ли постоје објективно валидна тумачења онога шта она значе у свим релевантним временима и свим релевантним мјестима“.¹⁴⁴¹

Тензију између универзализма, као израза интеграционих процеса, и партикуларизма, као израза суверености држава у контексту стразбуршког система заштите људских права, објаснио је *Merrills* ријечима да „Стразбуршки систем није успостављен да замијени владе или уништи њихов ауторитет, те се јасно многа питања морају оставити националној регулативи. Исто тако је јасно да уколико Суд и остале институције не би спроводиле одређену контролу кроз своје одлуке, главни циљ Конвенције – а то је достизање ефективног и униформног стандарда за заштиту људских права у Европи - би био осујећен“.¹⁴⁴² Може се дакле сматрати да поље слободне оцјене, као слобода у тумачењу дата локалним чиниоцима, служи више као рафинирано концептуално средство, него као политички обојена реторика културног релативизма.

Поједини аутори тврде да се поље слободне оцјене чак ослања и обогаћује шири концепт универзалности. Поље слободне оцјене тако помаже Суду да, у ситуацији конфликта између мањине и већине у друштву, утврди да ли постоји пријетња универзалном (или европском) праву. Доктрина допушта уплив културног

¹⁴³⁹ Peter Häberle, *Europäische Verfassungslehre*, 5. Auflage, Baden-Baden (2008), pp. 209.

¹⁴⁴⁰ Jacobs, *White and Ovey* (2010), *op.cit.*, p. 333.

¹⁴⁴¹ S. Greer (2010), *op.cit.*, p. 1.

¹⁴⁴² J. G. Merrills (1993), *op.cit.*, p. 151.

релативизма у Конвенцију али само до одређене границе. Суд користи поље слободне оцјене да се прилагоди различитостима између држава у њиховом тумачењу људских права али, у исто вријеме, чувајући суштинске „европске“ вриједности које оне одражавају.¹⁴⁴³

Концепти „суштине“ права или „најважнијих“ права послужили су појединим теоретичарима да наизглед ријеше дихотомију између универзалности и релативизма. *Brems* сматра да Суд треба да сузи обим поља слободне оцјене када су у питању суштински аспекти једног права. Зато што сва права садрже језгро и периферију, удаљавањем од језгра отвара се већи простор за различитости. Из ове перспективе, универзалност људских права се ремети контекстуалном различитошћу у тумачењу у односу на језгро права, али и не када се исто односи на периферне елементе права.¹⁴⁴⁴ Поље слободне оцјене служи судовима за људска права да нађу компромис између суштинске моралности (универзализам) и легитимишуће флексибилности (релативизам). Допуштајући поље слободне оцјене, Суд увјерава државу да ће се вјеровати њеној концепцији људских права, и допустиће уклапање те концепције у шири концепт фундаменталних права, али само до тренутка када настане јасан конфликт између њих. На овај начин поље слободне оцјене и универзализам дјелују у симбиози.¹⁴⁴⁵

Ostrovsky сматра да маргина „дозвољава нормама о људским правима да имају локални ускус“ унутар граница универзалних норми о људским правима. Исти аутор наглашава да, када се размишља о пољу слободне оцјене у европском контексту, процјена да ли је неко понашање заштићено људским правом, стоји негдје између национализма и универзализма, у некој врсти *регионалног контекста*. Обриси овог *регионализма* постају видљиви у случајевима гдје се турско оправдање забране

¹⁴⁴³ D. L. Donoho (2011), *op.cit.*

¹⁴⁴⁴ Eva Brems, “The Margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights”, pp 81-110, in David P. Forsythe and Patrice C. McMahon, eds., *Human Rights and Diversity: Area Studies Revisited* (University of Nebraska Press, 2003).

¹⁴⁴⁵ A. Ostrovsky (2005), *op.cit.*, p. 58.

ношења мараме преко лица (заштита саме државе), значајно разликује од француског образложења (заштита републиканског секуларизма).¹⁴⁴⁶

Према *лорду Hoffman*-у, суд у Стразбуру је у ограниченој мјери признао чињеницу да су људска права универзална на нивоу апстрактности а да су национална на нивоу примјене. Суд то чини „путем доктрине поља слободне оцјене, несретног галицизма, којима се државама чланицама дозвољава одређени простор да се разликују у примјени истог апстрактног права“.¹⁴⁴⁷

Овај дио се може закључити запажањем *Andrew Legg*-а да израз и реализација универзалних људских права зависе од социјалних фактора, и још више од правних фактора, који се нужно разликују у времену и од мјеста до мјеста. Адекватна одбрана доктрине поља слободне оцјене од оптужби за морални релативизам је, по њему, нормативно оправдање доктрине. Униформност правних система не смије се форсирати јер би то прије могло да доведе до пропуста у примјени права него до њихове заштите. Сад друге стране, он сматра да није у сваком случају потребно дати предност држави, већ се треба ослонити на примјену неког униформнијег правног рјешења заснованог, рецимо, на заједничком тренду међу државама.¹⁴⁴⁸

Поље слободне оцјене се не може посматрати као средство подривања универзализма људских права, него као начин јачања дијалога између унутрашњег и међународног поретка. Ако се доктрина поља слободне оцјене правилно и објективно примјењује као вишенамјенска техника, она има потенцијал да уравни тежи заштиту људских права са једне стране, и уставни плурализам националних држава с друге стране, док дефинитивно јача прогресивну конвергенцију по том питању.

7.3. Протокол бр. 15 уз Конвенцију

¹⁴⁴⁶ Исто, pp. 47 and 57.

¹⁴⁴⁷ Lord Hoffmann (2009), *op.cit.*, p. 14.

¹⁴⁴⁸ A. Legg (2012), *op.cit.*, p. 45 and 47.

Протоколом бр. 15 уз Конвенцију (у даљем тексту: Протокол) уноси се у Преамбулу Конвенције одредба која се изричито односи на начело супсидијарности и поље слободне оцјене. Протокол је усвојен од стране Парламентарне скупштине СЕ и отворен за потпис државама уговорницама Конвенције у јуну 2013. године. Протокол ће ступити на снагу када га све државе уговорнице потпишу и ратификују.¹⁴⁴⁹

Члан 1 Протокола гласи: „Додаје се нова реченица на крају преамбуле Конвенције, која гласи: „Потврђујући да Високе стране уговорнице, у складу са начелом супсидијарности, сnose главну одговорност за обезбјеђивање права и слобода гарантованих Конвенцијом и Протоколима уз њу, и да у ту сврху уживају поље слободне оцјене које је подвргнуто контролној надлежности Европског суда за људска права, који је основан овом Конвенцијом”.¹⁴⁵⁰

Поставља се питање да ли ће изричито позивање на начело супсидијарности и поље слободне оцјене у Преамбули унијети радикалну новину у систем Конвенције.

Важно је поменути да је текст Протокола произишао из закључака низа конференција које су се редом одржавале у Интерлакену 2010. године,¹⁴⁵¹ Измиру 2011. године¹⁴⁵² и Брајтону 2012. године.¹⁴⁵³ На Брајтонској конференцији о будућности Европског суда за људска права, договорено је да се поље слободне оцјене унесе у текст Конвенције

¹⁴⁴⁹ На дан 02.04.2015.г. Протокол су потписале и ратификовале 11 држава: Белгија, Република Чешка, Естонија, Ирска, Лихтенштајн, Молдавија, Монако, Црна Гора, Норвешка, Сан Марино и Словачка. Протокол је потписало 40 држава уговорница. Протокол нису потписале ни ратификовале Босна и Херцеговина, Хрватска, Грчка, Мађарска, Летонија, Малта и Русија.

¹⁴⁵⁰ Осим Преамбуле, Протоколом се мијењају следећи чланови Конвенције: Чланом 2 Протокола замјењује се горња старосна граница кандидата за судије Суда, који на датум до којег је Парламентарна скупштина затражила листу кандидата, мора имати мање од 65 година. Чланом 3 Протокола се одузима право странака у спору да се успротиве одрицању надлежности вијећа у корист Великог вијећа. Чланом 4 Протокола се скраћује и рок правним субјектима за подношење појединачних представки Суду са шест на четири мјесеца. Чланом 5 Протокола мијења се члан 35 Конвенције, на начин да се уводи могућност одбацивања представке уколико случај није претходно с дужном пажњом размотрио домаћи суд.

¹⁴⁵¹ Текст декларације са конференције у Интерлакену, Швајцарска, доступан на http://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_FinalDeclaration_ENG.pdf

¹⁴⁵² Текст декларације са конференције у Измиру, Турска, доступан на http://www.echr.coe.int/Documents/2011_Izmir_FinalDeclaration_ENG.pdf

¹⁴⁵³ Текст декларације са конференције у Брајтону, Велика Британија, доступан на http://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf

и утврђен садржај текста Протокола, па је услиједило превођење политичког консензуса у прецизан језик међународних уговора. Када је ријеч о пољу слободне оцјене, Брајтонска декларација гласи: *Пракса Суда чини јасним да државе уговорнице уживају поље слободне оцјене у примјени и начину спровођења Конвенције, зависно од околности случаја и права и слобода о којима је ријеч. Ово значи да је систем Конвенције супсидијаран у односу на заштиту људских права на нивоу државе и да су власти на националном нивоу начелно у бољем положају да процијене тамошње потребе и прилике. Поље слободне оцјене иде заједно руку под руку са надзором по систему Конвенције. У том погледу, улога Суда се састоји у томе да размотри да ли су одлуке донијете од стране власти на националном нивоу у складу са Конвенцијом, са дужним поштовањем према пољу слободне оцјене државе. Конференција стога: а) Поздравља напредак који је остварио Суд у својој пракси као што је развијање начела супсидијарности и поља слободне оцјене и охрабрује Суд да овим начелима да истакнути положај и да их примјењује дослиједно у својим пресудама; б) Закључује да би, из разлога транспарентности и доступности, Преамбула Конвенције требало да садржи упућивање на начело супсидијарности и доктрину поља слободне оцјене на онај начин на који их је развила судска пракса и позива Комитет министара да усвоји потребно средство за измјену до краја 2013. године, такође подсјећајући на приврженост држава уговорница потпуном испуњењу обавезе обезбјеђивања права и слобода одређених Конвенцијом.*¹⁴⁵⁴

Прије и за вријеме Брајтонске конференције, Суд није био убјеђен да се ради о корисној измјени Конвенције. Тадашњи предсједник Суда *Sep Nicolas Bratza* је рекао делегатима конференције да је маргина „варијабилан појам који није подложен прецизној дефиницији“ и да је Суд имао „тешкоћу у сагледавању потребе или мудрости за покушај њеног озакоњења у Конвенцији“. Слично је Суд интервенисао и током израде текста Протокола од стране Координационог одбора за људска права (CDDH), када је сматрао да је поље слободне оцјене сложен појам који се не може

¹⁴⁵⁴ Тачке 11 и 12 Брајтонске декларације.

изразити у пар ријечи, и да би бар требало нагласити његову природу као творевине Суда.

Садашњи предсједник Суда *Spielman* је мишљења да, имајући у виду Протокол, поље слободне оцјене више неће бити само творевина праксе Суда. При том је исто уведено у Конвенцију на мала врата. Јасно је да није била намјера Високих страна уговорница да „озаконе“ поље слободне оцјене, као већ веома познато средство европског права људских права.¹⁴⁵⁵ Таква намјера је видљива из образложења Протокола.¹⁴⁵⁶

Преовлађујуће је мишљење да Протокол у суштини не уводи никакво ново обиљежје јуриспруденције у Стразбуру, него је више ријеч о рафинирању или преформулацији постојећих доктрина, на шта су утицале поменуте декларације држава чланица, посебно када је ријеч о нужности јачања супсидијарне природе Конвенције.¹⁴⁵⁷ У овом смислу *Spielman* је сматрао да „се може доћи у искушење тврдити да је измјена [према Протоколу 15] ограниченог значаја – проста бесједничка фраза или облик декорације. Али такво нешто би било погрешно... Ако ме сјећање добро служи, према Бечкој конвенцији, преамбула међународног уговора је његов интегрални дио и зато важна за његово тумачење“.¹⁴⁵⁸

Исти аутор, осим измјене преамбуле Конвенције, сматра важном и измјену члана 35, став 3(б) Конвенције, која је уведена Протоколом бр. 14 из 2010. године, а што је урађено чланом 5 Протокола. Наиме, члан 35 став 3(б) предвиђа да ће „Суд прогласити недопуштеном сваку појединачну представку поднесену на основу члана

¹⁴⁵⁵ Преузето из D. Spielmann (2014), *op.cit.*, pp. 7 - 8.

¹⁴⁵⁶ Council of Europe, ‘Explanatory Note to Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms’ CETS No. 213, para 7, available at www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_explanatory_report_ENG.pdf

¹⁴⁵⁷ Robert Spano, *Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity*, *Human Rights Law Review*, 2014, 0, 1–16, p.5.

¹⁴⁵⁸ D. Spiemann, ‘Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?’ *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*, Heidelberg, 13 December 2013, at 8.

34 ако: а) представку сматра неспојивом са одредбама Конвенције и додатним протоколима, очигледно неоснованом или злоупотребом права на подношење представке; или б) сматра да подносилац представке није претрпио значајну штету, осим ако интереси поштовања људских права зајамчених Конвенцијом и додатним протоколима траже испитивање основаности представке, те под условом да се на тој основи не одбаци ни један случај који није прописно размотрен пред домаћим судом.¹⁴⁵⁹ *Spiellman* сматра да се бар до одређене мјере овај други услов односи на поље слободне оцјене, подстичући испитивање случаја од стране домаћих судова у свијетлу принципа Конвенције. Са Протоколом неће бити потребно испунити други услов, јер су државе уговорнице заузеле став да је први услов довољно свеобухватан да штити од ускраћивања правосуђа.

Свакако да ће ова ситуација имати даље импликације на развој доктрине. Међутим, Суд ће морати да се суочи са новим изазовом да одговори на кључне критике и покуша да побољша начин на који примјењује поље слободне оцјене, које ће по свему судећи постати дио текста Конвенције.¹⁴⁶⁰

¹⁴⁵⁹ Члан 35, ст. 3 (б) Конвенције према Протоколу бр. 14 уз Конвенцију.

¹⁴⁶⁰ Martin Kora, *The algorithm of the margin of appreciation doctrine in light of the Protocol no. 15 amending the European Convention on Human Rights*. *International and Comparative Law Review*, 2014, Vol. 14., No. 1, 35–51., p. 39.

ДИО ШЕСТИ

Глава осма

8. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

8.1. Европски систем заштите људских права и доктрина поља слободне оцјене

Појава Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода означила је нову еру у заштити људских права, јер је успоставила јединствени механизам њихове наднационалне заштите. Појединац је по први пут у међународном праву могао тражити дјелотворну заштиту својих права.

Тумачење Конвенције од самих почетака се суочило са различитошћу унутрашњих правних, политичких и уопште друштвених система који су различито поимали садржај људских права. *Sui generis* природа Конвенција као „инструмента европског јавног поретка којим се штите људска права“ имала је несумњив утицај на њено тумачење, и навела Суд да „одступи од класичне теорије међународног права према којој, у случају сумње, тумачење у корист суверенитета држава уговорница има предност“.¹⁴⁶¹ Суд је морао да помири технику тумачења класичног међународног права и технику тумачења међународних уговора којим се појединцима пружају одређена права. Када испитује да ли је држава уговорница повриједила право зајамчено Конвенцијом, Суд мора стално балансирати између демократије и људских права у Европи. Та аксиолошка двојност, својствена Конвенцији, обиљежила је цјелокупну јуриспруденцију Суда. Поред тога, Конвенција садржи веома генерална и апстрактна одређења људских права и слобода која (можда и више него код неких других одредби међународног права) усложњавају напор тумачења, што је довело до

¹⁴⁶¹ F. Matscher, *Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle*, in F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloques de l'I.D.E.D.H de Montpellier des 13 et 14 Mars 1998, Nemesis/Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 20.

снажног развоја интерпретативне функције органа у Стразбуру. У многим случајевима Суд је тумачио Конвенцију широко и иновативно.

Природа Конвенције условила је и двојну природу Суда, као уставног суда за Европу и међународног суда, што је такође обликовало образложења пресуда. Наиме, када је у питању поље слободне оцјене, Суд је функционисао на основу двије претпоставке, да је Конвенција израз европског јавног поретка (што је чини документом уставне природе) и да је Суд класичан међународни суд који има ограничену надлежност поступања, употребљавајући методологије и концепте који се веома разликују од оних у унутрашњим правним системима. Обиљежен овом двојношћу индентитета, Суд је морао резонovati на основу обје претпоставке, покушавајући да задовољи оба полазишта.

Логично је да је систем Конвенције, којег карактерише вишеструкост преклапајућих јурисдикција и институционални плурализам, заснован на начелу супсидијарности, које своје филозофске коријене вуче из теорије федерализма. Начело супсидијарности има за циљ да обезбиједи дјелотворну примјену међународног правног поретка људских права у Стразбуру и успостави баланс у односима држава уговорница и Суда, предвиђајући да интервенција националних власти долази прва а да је интервенција Суда супсидијарна. Суд је увео начело супсидијарности већ у своје прве пресуде и признао да државе имају одређену дискрецију у примјени права зајамчених Конвенцијом. Начело произилази из одбијања Суда да дјелује као жалбени или касациони суд. Његова улога би стога требало да се ограничи на испитивање усклађености држава уговорница са обавезама заштите људских права које су преузеле приступањем Конвенцији, што значи да мора поштовати аутономију њихових правних система. То би, строго гледано, значило да се не смије упуштати у оцјену чињеничног стања на основу ког је национални суд донио одређену одлуку, нити да оцјењује доказе или тумачи унутрашње право. Међутим, колико год да је Суд наглашавао своју супсидијарну улогу исто тако је наглашавао и свој задатак надзора над правилном примјеном Конвенције, упозоравајући државе да њихова

привилегија дискреције није неограничена. Супсидијарност функционише и као ограничење надлежности међународног суда, али и као ограничење надлежности домаћих органа у односу на међународни суд.

Имајући у виду претходно, може се закључити да поље слободне оцјене представља израз начела супсидијарности и то искључиво оног његовог дијела који се односи на ограничење надлежности Суда у односу на државе уговорнице (ткз. принцип *судског само-уздржавања*). Насупрот тенденцији судског само-уздржавања, судски активизам карактерише се широким тумачењем постојећег текста Конвенције или извођењем из текста Конвенције права која нису њоме изричито предвиђена, а све у циљу обезбјеђивања дјелотворног уживања права од стране појединаца. Карактеристично је у овом смислу давање аутономног значења одређеним појмовима из Конвенције како би се превазишло њихово различито тумачење у унутрашњим правним системима. У контексту активистичког приступа, Суд је у бројним пресудама поновио став да је Конвенција „живи инструмент“, што је значило да Суд није обавезан да тумачи Конвенцију на основу околности које су владале у вријеме њене израде. Штавише, Суд није у обавези да се држи своје праксе по одређеном питању ако одређене друштвене, културне и економске субструктуре, које су подупирале одређени став Суда, више не постоје. Међутим, увијек када Суд настоји да помјери границе своје праксе или одступи од претходне праксе, он брижљиво испитује какав је став европских држава по одређеном питању. Само у ситуацији када Суд утврди да постоји, било снажан национални консензус о прихватању одређеног правног режима или његово широко прихватање, или барем јасан и неспоран тренд, он ће приступити утврђивању новог јуриспрудентног принципа. У супротном, ако Суд дође до сазнања да се ради о питању о ком се европске државе уопште нису изјашњавале или ако се снажно противе одређеном рјешењу, Суд се уздржава од одлучивања којим се намеће одступање од националних становишта, и бива принуђен да буде први који ће „озаконити“ став по том осјетљивом питању.

Сва поменута средства и методи херменеутичког тумачења у суштини само одражавају улогу коју има Суд, а то је уједначавање стандарда заштите људских права и уважавање асиметричности унутрашњих система држава уговорница, због чега су ови методи у сталној тензији, ограничавајући или подстичући ослањање на било који од њих. У таквом контексту функционише и докрина поља слободне оцјене. Било какво истраживање концепта поља слободне оцјене, стога, мора узети у обзир начела Конвенције и методе тумачења које користи Суд у поступку њене примјене, па и ширу перспективу супростављености идеологија активног и пасивног тумачења Конвенције. Сматра се да Суд има активистички приступ ако се користи једним од карактеристичних метода тумачења као што су аутономно и еволутивно тумачење, или када примјењује начело дјелотворности. Са друге стране, заступници идеје пасивизма Суда обично преферирају текстуални метод и доктрину поља слободне оцјене.

8.2. Значење и природа доктрине

Доктрина поља слободне оцјене је настала крајем педесетих година прошлог вијека као концепт који има поријекло у француском административном праву. Као искључиви продукт судске праксе, доктрина се може генерално дефинисати *као метод путем којег Суд (раније и Комисија), у одређеним случајевима, утврђују да су националне власти, посебно судови, у бољем положају него међународни судија да оцјене које мјере треба предузети, како би се успоставио баланс између супростављених права и интереса.* Очигледно је да је примјена начела супсидијарности је у ствари водила настанку поља слободне оцјене и то како због техничких разлога (доктрина даје одређену слободу међународном судији) тако и због политичких (осјетљивост држава на одређене теме које се тичу националних јавних политика).

Када је ријеч о *природи* поља слободне оцјене, не би се могло са сигурношћу тврдити да она представља доктрину или средство тумачења већ више резултат поступка тумачења ког дефинишу правила о тумачењу међународних уговора утврђена Бечком конвенцијом. Такође би се могао прихватити став већине теоретичара да је ријеч о методу тумачења, ако би се поље слободне оцјене сматрало ширим концептом, чија је једна од функција тумачење. У сваком случају, може се закључити да се поље слободне оцјене примјењује уз остале методе тумачења Конвенције, да би се одредиле обавезе држава уговорница према материјалним одредбама Конвенције и њених протокола.

Доктрина има за *циљ* да тумачи и разматра чињенична и правна питања у одређеном случају, што јасно одражава њену супсидијарну природу. Улога Суда је да утврди да ли су ефекти националног тумачења и примјене чињеничног стања у сагласности са Конвенцијом. Други циљ доктрине је испитивање начина (или дискреције) на који државе уговорнице примјењују Конвенцију. Када Суд одлучује да ли је поље слободне оцјене уже или шире, он у ствари шири или сужава дискрецију која већ постоји код држава уговорница. Накнадно појачана или ослабљена супсидијарност поступања Суда је само последица проширене или ограничене дискреције држава уговорница.

Поље слободне оцјене треба посматрати из контекста специфичног поступка примјене Конвенције. Овај поступак се прије може сматрати аргументативним него силогистичким моделом. То се може примјетити из начина на који Суд покушава да успостави равнотежу аргумената за и против, кумулативно сагледавајући све факторе који су важни за случај и његов контекст, као и примјењена начела и методе тумачења. У том процесу одмјеравања супростављености разних врста, као главно правило се примјењује начело пропорционалности односно тест „правичног баланса“. Може се у ствари тврдити, а што пракса и показује, да поље слободне оцјене долази у обзир увијек када је потребно избалансирати различите интересе, односно када Суд мора да пресуди случај одмјеравајући интерес подносиоца

представке у односу на општи интерес или интерес других појединаца. У принципу, поље слободне оцјене је релевантно за многобројне елементе Конвенције у односу на које се примјењује тест пропорционалности.

Пропорционалност у контексту Конвенције најчешће долази до изражаја када се испитује да ли је ограничење људског права „неопходно у демократском друштву“ (чланови 8-11), али је присутна и код других врста ограничења. Начело се користи да би се испитала мјера коју су предузеле државне власти у смислу њене законитости, адекватности, нужности и пропорционалности у ужем смислу. Суд строгим редослиједом испитује да ли је ограничење било у складу са законом, затим постојање легитимног циља, и на крају испитује нужност мјере у контексту демократског друштва. Уколико утврди да је, или легалност или легитимност ограничавајуће мјере повријеђена, Суд даље не испитује случај. Важно је истаћи да Суд даје различит обим поља слободне оцјене када је у питању усклађеност са сваким од ова три критеријума. Поље слободне оцјене најмању улогу има у односу на питања процесне природе, односно да ли је национална процедура у сагласју са Конвенцијом, као на примјер одредбе чланова 5 и 6 или чланова који садрже услов да ограничења морају бити „прописана законом“/ у складу са законом“ (други ставови чланова 8-11). Мали значај легитимног циља се може објаснити чињеницом да већина држава њиме оправдава своје поступање и да Суд повезује материјалну анализу таквог оправдања са тестом пропорционалности мјере. Највећи значај доктрина има приликом испитивања нужности мјере.

Пропорционалност, као веома распрострањен принцип уставног и међународног судства, перципира се се у контексту Конвенције у ужем значењу као тест „правичног баланса“. Начело пропорционалности захтијева од Суда да суштински испита оспорену мјеру како у односу на чињенично стање тако и у односу на примјењено национално право. Насупрот томе, поље слободне оцјене има тенденцију да се ослања на дискрецију државе без потпуног испитивања мјере. У складу с тиме, доктрина поља слободне оцјене и начело пропорционалност налазе се у односу концептуалног

међудејства, тако да ће степен поља слободне оцјене утицати на интезитет примјене пропорционалности и обрнуто. Што је шире поље слободне оцјене то је мање је интезивна примјена пропорционалности, док строжија примјена начела пропорционалности утиче да поље слободне оцјене буде уже. Дакле, ако Суд утврди да мјера није била пропорционална то води закључку да је тужена држава прекорачила поље слободне оцјене. Пракса исто тако показује да је Суд у великом броју предмета спровео испитивање пропорционалности мјере а да се није позивао на поље слободне оцјене. Са друге стране, у појединим предметима Суд је само поменуо поље слободне оцјене, не образлажући даље његову улогу, иако је исход случаја у потпуности зависио од испитивања пропорционалности, чиме се наново поставља питање конзистентног приступа. Суштински ипак не постоји разлика између ситуације када Суд не уводи поље слободне оцјене у анализу пропорционалности и ситуације када је исто укључено у такву анализу, јер ће исход бити истовјетан.

У одређеним ситуацијама Суд се уопште не позива на поље слободне оцјене због тога што је евидентна природа кршења (или правилног поступања), па се претпоставља да је држава очигледно поступала изван (или у оквиру) овог поља.

8.3. Фактори који утичу на поље слободне оцјене

Јуриспруденција Стразбура наглашава да постоје бојни и различити разлози који су битни у одређивању дозвољеног спектра у ком националне власти могу поступати према доктрини. У том смислу не постоје чврста правила или критеријуми, зато што обим поља може варирати од случаја до случаја и зависи, у највећој мјери, од конкретних чињеница. Многи теоретичари су покушавали да одреде те факторе и њихово међудејство, служећи се чак и псеудо-математичким формулама¹⁴⁶² и

¹⁴⁶² A. Legg (2012), *op.cit.*, p. 22.

алгоритмима.¹⁴⁶³ Суд је на првом мјесту обично истицао околности, предмет спора и контекст. Такође ће узети у обзир и факторе који нису тако блиско повезани са одређеним случајем. Веома богата судска пракса указује на више варијабли које најчешће утичу на обим поља слободне оцјене. Без амбиције да се направи свеобухватна листа, било би корисно поменути неколико таквих фактора.

1) Природа (предмет) одређеног права или слободе

Као што и сама пракса показује, у овом смислу је Суд успоставио хијерархију заштићених права. На једној страни постоје *права апсолутне и квази-апсолутне природе* (чланови 2, 3 и 4 Конвенције), гдје универзални стандарди иду тако дубоко да судска пракса никада не користи доктрину поља слободне оцјене. Постоје истина одређени изузеци, као што су питања прекида трудноће или заштита становништва од природних непогода, када је у питању право на живот или контекст тероризма, есктрадиције и забране принудног протјеривања или враћања када је у питању забрана мучења. Са друге стране, остала права су одувијек сматрана мање униформно структурирана на европском нивоу, због чега је Суд спреман да допусти државама „уже“, „широко“, „значајно“ или „веома широко“ поље слободне оцјене. Ипак, у односу на чланове 5 и 6, доктрина има доста ограничену улогу јер се ради о правима која су суштинска и предуслов за остварење осталих права, те је стога могућност њиховог ограничења подвргнута строгим и детаљно формулисаним условима. Изузеци се односе на притварање душевно поремећених лица (члан 5) и приступ правосуђу (члан 6), када државе уживају одређено поље слободне оцјене. Чланови 8-11 Конвенције пружају гаранције које су предуслов *демократског друштва* али које су истовремено подложне ограничењима, што их чини идеалним тереном за примјену поља слободне оцјене. Због важности за демократију, претпоставка је да ће Суд строжије поступати у односу на њихова ограничења. Слично је и са правом на слободне изборе (чл.3.Пр.бр.1). Право на имовину (чл.1.Пр.бр.1) и право на образовање (чл.2.Пр.бр.1), као једина *социо-економска*

¹⁴⁶³ М. Кора (2015), *op.cit.*

права која јамчи Конвенција, са друге стране претпостављају већи ниво толеранције ограничења.

2) Тежина интервенције

Имајући у виду да је заштита права појединца основна сврха Конвенције, обим поља слободне оцјене ће у великој мјери зависити од тежине интервенције државе у права и слободе. Што је интервенција тежа то ће за државу бити теже да пружи „релевантне и довољне“ разлоге за њено оправдање. Уопштено говорећи, кривичне санкције се сматрају тежим од свих осталих санкција чиме су подрвргнуте строжијој контроли од стране Суда. Такође, Суд је много пута нагласио да интервенција државе не може да иде тако далеко да повриједи саму „суштину“ права. Какво значење има концепт „суштине права“ Суд не дефинише, али се може претпоставити да се ради о случајевима када се право у потпуности негира (нпр. забрана регистрације политичке партије) или се у толикој мјери ограничава да је његово уживање изгубило смисао (нпр. поједина законска ограничења права на приступ правосуђу).

3) Природа обавезе државе

Судска пракса такође показује да се шире поље слободне оцјене допушта у односу на ткз. *позитивне обавезе* које по логици од држава захтијевају да предузму одређену радњу како би се обезбиједило вршење одређеног права. Истовремено, строжија контрола може се примјенити у односу на *негативну дужност* државе да се уздржи од мијешања у исто право. Код позитивних обавеза испитивање пропорционалности се искључиво своди на испитивање односа употребљених средстава и циља који се жели постићи. Међутим теорија позитивних и негативних обавеза се некада доводи у питање, па и сам Суд често наглашава да не постоје строге границе између негативних и позитивних дужности државе. Сматра се да се поље слободне оцјене не односи на позитивне обавезе државе него на начин на које се оне спроводе. Тако нпр.

када се држава обавезе да испуни обавезу која није предвиђена Конвенцијом (нпр. увођење јавног система образовања), поступање државе биће у складу са Конвенцијом ако такву обавезу испуни на недискриминаторан начин. У осталим случајевима се испоставило да овај фактор нема већу теоретску, а посебну практичну тежину.

4) Природа циља који се жели постићи оспореном радњом државе

Већ сам текст појединих чланова Конвенције набраја неке од „леgitимних циљева“, и чини се да поједини од тих циљева могу бити убједљивији него остали. Већ је у претходним дјеловима дисертације подробно приказано како маргина може варирати у односу на легитимне циљеве. Генерално гледано, велика је вјероватноћа да ће маргина бити *ужа* када су у питању "основне вриједности и суштински аспекти приватног живота".

Са друге стране, маргина може бити *шира* ако државе ограничавају права у интересу *националне безбједности и јавне сигурности*. Ставови држава по питањима која се тичу *морала, етичких питања или вјерских осјећања* могу се знатно разликовати међу државама те непостојање консензуса води широком пољу слободне оцјене. Међутим, када су у питању морал и религија, у неким пресудама се десило да аргумент консензуса нема никакву тежину. У области слободе изражавања контрола је врло строга али ће поље слободне оцјене зависити од друштвеног положаја особе или институције која се критикује, природе изражавања и посебних врста ограничења слободе изражавања. Тако нпр. ако је легитиман циљ *заштита угледа и права других*, одлучујућу улогу има друштвени положај особе која се критикује: што је особа која тражи заштиту „ближа јавности“, то је ограниченија могућност државе да пружи заштиту, или ако је предмет критике владина институција, поље слободне оцјене практично да и не постоји. Критика правосуђа подвргнута је строжијој контроли у циљу „очувања ауторитета правосуђа“.

У *социо-економским политикама* и, генерално техничким питањима, која захтијевају сложену процјену чињеничног стања, Суд придаје важност дискреционим овлашћењима надлежних државних органа и у том смислу широко поље слободне оцјене је готово неизбјежно. Суд је посебно показивао велику толеранцију према ограничењима права на имовину.

Важност одређеног националног интереса потребно је уравнотежити са *природом интереса или права појединца* угроженог оспореном мјером. Ширина поља слободне оцјене треба да одрази резултат ове формуле балансирања. Примјер за то је забрана дискриминације, када су одређени основи различитог поступања неприхватљиви (нпр. пол, вјероисповјест, националност), и у овим случајевима поље слободне оцјене практично и да не постоји.

5) Историјске околности и општи политички контекст

Поље слободне оцјене је по први пут и примјењено у контексту ванредних околности из члана 15 Конвенције. Разумна је претпоставка да ће се већа слобода у ограничењу права и слобода дати у случају рата или друге јавне опасности, него у условима мира или генерално уобичајеним условима. Може се направити разлика између новијих историјско-политичких околности које су од утицаја на цјелокупно друштво, када може постојати шире поље слободне оцјене, што није случај са дубоко укоријењеном традицијом која ипак има ограничену важност за савремено друштво.¹⁴⁶⁴ У новијим пресудама, Суд је истицао да је поље слободне оцјене шире за земље које су у процесу транзиције, посебно у односу на радње које се односе на исправљање неправди или грешака учињених у прошлости.

¹⁴⁶⁴ Е. Brems (2003), *op. cit.*, p. 103.

6) Постојање заједничког културног и правног контекста (европски консензус)

Постојање европског консензуса је можда један од водећих фактора који утичу на распон поља слободне оцјене. Мада овај фактор дјелује у садејству са осталим факторима, може се генерално закључити да постојање варијација међу државама уговорницама по одређеном питању има за последицу да држава ужива ширу маргину, док сличност рјешења у одређеној ствари утиче на сужавање маргине. Другим ријечима, постојање консензуса нарушава равнотежу у корист будућих подносиоца представки. У принципу, степен слободе које државе уживају у примјени Конвенције је обрнуто пропорционално степену конвергенције њихових националних пракси у одређеном случају. Чињеница да је регулисање одређеног понашања строжије у некој држави у односу на друге не значи да је то само по себи у супротности са Конвенцијом. Држава која остане у мањини има већи терет доказивања постојања посебних националних или локалних карактеристика и околности које оправдавају одступање од праксе већине држава уговорница. Принцип консензуса се може посматрати као израз опрезности Суда и средство ограничавања његовог активизма.

7) Квалитет органа и поступка

Уколико је мјера ограничења права донијета од стране независног тијела, суда или уставног суда, Суд ће вјероватније прихватити да је дјеловање остало у оквирима маргине. Такође, квалитет образложења, као и поштовање права подносиоца представке да учествује у поступку, утицаће да Суд прихвати националну одлуку.

8) Рањивост појединца или групе

Један од фактора, који је током последњих године постао веома важан, јесте рањивост појединца или групе. Све се више придаје пажња заштити друштвених група које су највише маргинализоване у друштву као што су жене, мањине, избјеглице, лица са инвалидитетом итд. Контрола Суда биће строжија а поље слободне оцјене уже ако се ограничило право појединца који припада рањивој групи.

Показало се у јуриспруденцији органа у Стразбуру, да ниједан од претходно описаних фактора није сам по себи сматран одлучујућим за одређивање величине поља слободне оцјене. Свака од варијабли има релативну вриједност. Више фактора се некада може испоставити важним и указивати на једну тенденцију (нпр. на широко поље слободне оцјене), док у одређеним случајевима то неће бити случај што може учврстити контраравнотежу једних у односу на друге. Тако је нпр. апсолутна забрана ропства предвиђена, готово на индентичан начин, у свим унутрашњим правним системима, па се зато поље слободне оцјене никада и не појављује приликом разматрања члана 4 Конвенције. Са друге стране, судска пракса у односу на одређена права и интересе која нису толико дефинисана на међународном нивоу (као нпр. сексуалне или религијске слободе), може послужити као илустрација релативне тежине различитих фактора и њихове међузависности. У таквим ситуацијама, Суд има тежак задатак изналажења компромиса између оштро супростављених фактора, то јест мора створити „балансирано“ поље слободне оцјене. Европске државе се разликују између осталог и према религијским структурама и моралним вриједностима а такве разлике су присутне чак и унутар самих држава. Не смије се заборавити да су током задње двије деценије те разлике постале драматичније због географског проширења система Конвенције и због еволуције улоге ислама у неким државама уговорницама. Веома је тешко идентификовати заједнички приступ проблемима као што су породични живот, сексуална оријентација, абортус или еутаназија.

Узајамно дејство фактора поља слободне оцјене отежава предвиђање како ће Суд одлучити о ширини поља у одређеном предмету, посебно када варијабле упућују у

различите правце. У таквим случајевима, одлука о томе колика ће се тежина дати појединим факторима, који ће метод тумачења превагнути и, у коначном, колика је величина поља слободне оцјене, зависи и од самих судија које сједе у поступајућем вијећу. Не може се рећи да ће неке судије, у свакој ситуацији, заузети само активистички или само пасивистички приступ.

Важно је такође напоменути да изрази „одређено“, „уже“, „широко“, „значајно“ и други атрибути поља слободне оцјене сами по себи не говоре много о границама истог. Они више представљају општу индикацију граница националне дискреције у одређеном случају или одређеној категорији случаја у односу на материјалне одредбе Конвенције. Интересантно је у том смислу схватање појединих аутора, који овакве атрибуте сматрају индикацијом висине на којој је постављена лествица коју треба прескочити. Очигледно израз „уже“ значи да је лествица постављена високо, а „шире“ да је лествицу лакше прескочити, што у крајњем зависи од саме државе. Другим ријечима, што је шире поље слободне оцјене, то већи терет доказивања пада на појединца и обрнуто. Примјена доктрине не води дакле увијек до пресуде којом се утврђује кршење Конвенције.

8.4. Поље слободне оцјене у односу на постјугословенске државе

Босна и Херцеговина, Црна Гора, Хрватска, Македонија и Србија су међу последњима постале чланице СЕ. Стога јуриспруденција Суда у односу на ове земље генерално и није толико богата, па и када је у питању примјена поља слободне оцјене. У сваком случају се већ сада могу извести одређени закључци везани за поступање Суда у односу на ову групу земаља.

Најприје треба поменути да је Суд узимао у обзир *специфичан контекст* распада бивше Југославије. Посебне историјске околности државама у старту дају шире поље слободне оцјене. Још један фактор који је олакшавао позицију постјугословенских

држава јесте и *концепт транзиције*, односно прелаза са социјалистичког на тржишно привређивање. Концепт транзиције је већ био разрађен у поступању Суда у односу на новопридошле земље централне и источне Европе, и на исти начин примјењен на постјугословенске државе. Важно је истаћи да ће поштовање људских права и слобода бити снажан фактор условљавања у процесу приступања ЕУ, те ће се ова група земаља (осим Хрватске која је у међувремену постала члан ЕУ), суочити да много строжијим стандардима него рецимо државе чланице ЕУ, што се може одразити и на поступање Суда.

Суд је имао од раније устаљен приступ када је сагледавао представке против постјугословенских држава, то јест да је поље слободне оцјене уже када су питању политичка права и слободе а шире у односу на социо-економска права.

Када је ријеч о правима и слободама која су од значаја за *демократију и владавину права*, може се закључити да је Суд користио раније образце примјене поља слободне оцјене. Међутим, у осјетљивим предметима који постављају стандарде и за остале државе уговорнице (када уосталом поље слободне оцјене има и најзначајнију улогу), долазило је до значајних одступања од раније праксе јер није уважен политичко-историјски контекст ситуације, као важан фактор у овом смислу.

Са друге стране, питања *реституције, станарских права, војних пензија и старе девизне штедње* су настала као директна последица комунистичке заоставштине и контекста распада Југославије. Може се рећи да је у одређеној мјери постојало разумијевање Суда за различите врсте тешкоћа које су имале постјугословенске земаље у исправљању неправди из прошлости. Међутим, без обзира што је поље слободне оцјене генерално широко у односу на имовинска права, Суд је у овом смислу утврдио значајан број повреда чл.1.Пр. бр.1. Конвенције.

Без обзира на низ олакшавајућих фактора, постоји тренд сужавања поља слободне оцјене у пракси Суда према постјугословенским државама. Овакав закључак се може

и емпиријски поткријепити податком о односу броја утврђених и неутврђених кршења Конвенција у ситуацијама када Суд у образложењима својих одлука, као један од аргумената, наводи поље слободне оцјене.

8.5. Значај и перспектива доктрине

Без обзира на честу примјену поља слободне оцјене и огроман број научних радова, доктрина, због своје дифузне природе, представља концепт који је тешко дефинисати.

Важно обиљежје развоја доктрине јесте да је током времена почела да добија у јуриспруденцији Старзбура различите функције. Поред тога што је у основи представљала приклањање дискрецији држава, Суд је почео да је користи како би на флексибилан начин дефинисао своју улогу на раскрсници надлежности између своје јурисдикције и суверених надлежности држава. Такође, једна од функција овог концепта јесте и поштовање избора која друштва направе у демократском процесу. Стога је главни проблем доктрине, а уједно и њена предност, флексибилност приликом усклађивања специфичности држава уговорница у односу на наднационалне стандарде људских права.

Може се такође тврдити да је поштовање плурализма главни разлог постојања доктрине. Филозофија на којој је настала Конвенција претпоставља плурализам ставова и толеранцију. Толеранција значи да се чињеница да је могуће имати ставове и вриједности који нису заједнички са већином не може доводити у питање. Улога државе је фокусирана прије свега на обезбјеђење мирољубиве коегзистенције различитих система вриједности. Са друге стране, култура Европе је мултиструктурална, и чине је обриси 2500 година ствараног индентитета. Европа је одређена различитошћу и идеолошким плурализмом. Због тога је *pluralism européen* и узрок и последица поља слободне оцјене.

Важност доктрине јесте у дефинисању обима заштите одређеног конвенцијског права. Примјена поља слободне оцјене или пропорционалности обликује распон права и слобода из Конвенције и помаже бољем разумијевању еволуције и промјена у одлучивању Суда. Са друге стране, правни плурализам, који доктрина тежи да очува, има за последицу да само појединац није критеријум за одређивање обима заштите него и одговарајући социо-културолошки контекст. Важно је напоменути да Конвенција не тежи да ствара правни простор. Систем Конвенције је више оријентисан ка стварању одређених минималних стандарда заштите људских права који одражавају биће Европе, и у потпуном су складу са хетерогеношћу и плурализмом у Европи.

Треба рећи и то да се некада овај концепт појављује као површна замјена за суштинско образложење одлуке коју је донио Суд или чак да оправда непостојање јасног става Суда у контроверзним случајевима. Поље слободне оцјене чини се потпуно оправданим у случајевима који су строго условљени чињеничним елементима. Међутим, када је ријеч о контроверзним питањима у одређеном друштву, поље слободне оцјене требало би пажљиво примјењивати јер владе нису неутралне него се воде сопственим интересима.

Посматрано из перспективе мултифункционалности доктрине, може се ипак закључити да она представља веома корисно средство у тумачењу Конвенције. Упркос бројним, и некада веома озбиљним критикама, може се у најкраћем рећи да је вриједност доктрине у даљем развоју еволутивности и динамизма Конвенције, доприносу бољем разумијевању процеса балансирања интереса и права, да је израз потребе за политичким и културним прагматизмом, да представља признавање националних и наднационалних сфера надлежности и подстицај за државе уговорнице да развијају своје концепције људских права. Са друге стране, важно је контролисати примјену доктрине поља слободне оцјене како не би постала изговор за произвољност и несигурност у дјеловању Суда. Обимна досадашња пракса донекле

омогућава дефинисање одређене методологије и стандарда у примјени доктрине. Међутим, како је флексибилност друго име доктрине, готово је немогуће од ње тражити предвидљивост. Конкретне околности и контекст сваког случаја ће увијек бити од пресудне важности за одређивање маргине.

Може се примјетити да поља слободне оцјене нема директну примјену у унутрашњим правним системима. Домаћи судови ће морати да одреде обим дискреције националних власти у односу на права из Конвенције у складу са начелима дјелотворне заштите и пропорционалности. Позивање на законодавство и праксу у другим државама може бити од користи али не и одлучујуће.

Последње двије деценије примјетан је тренд сужавања поља слободне оцјене, између осталог, и због растућег консензуса међу државама уговорницама по многим питањима људских права. То је довело до страха, нарочито утицајнијих држава уговорница, од претјераног уласка у њихову суверену сферу одлучивања. Могуће да је то био један од разлога што је од деведесетих година наовамо, критика поља слободне оцјене нагло утихнула. На иницијативу Велике Британије дошло је до усвајања Брајтонске декларације и Протокола бр. 15 уз Конвенцију, што у свијетлу постојеће кризе и растућег критицизма Суда, може значити нову фазу у развоју праксе Стразбура карактерисану смањењем активизма Суда у поређењу са временом последњих 30 година.

Међутим тешко је замислити да ће Суд дјеловати само пасивистички јер би то значило стангнацију цјелокупног система, његову кризу као и подривање смисла његовог постојања. Стога се Суд налази пред озбиљним изазовом. Могућност даљег развијања конвенцијских стандарда захтијева повјерење и политичку вољу на страни држава уговорница Конвенције. Од мудрости суда у Стразбуру ће зависити да ли ће моћи да задржи свој ауторитет, од кога усталом зависи и ефикасност читавог система, да на динамичан начин развија своју праксу. Сужавање поља слободне оцјене не би требало тумачити као намјеру Суда да ограничи слободу државама

уговорницама, већ као његову намјеру да их више укључи у процес доношења одлука. Томе у прилог говори и разлог структурне природе, то јест масовни прилив предмета у задњим годинама, што је довело до значајних заостатака у њиховом рјешавању. Стога би Суд ширењем своје надлежности ишао против сопствених интереса.

Постоји велики број питања примјене доктрине поља слободне оцјене у пракси суда у Стразбуру, од којих су многа остала изван домашаја ове дисертације. Чињеница је да доктрина представља велико и изазовно подручје за даља истраживања. Теоријско објашњење концепта поља слободне оцјене је важно, можда и пресудно за шире истраживање праксе Суда. С обзиром на претходно речено, праћење и анализа примјене доктрине би морало да буде приоритет државама уговорницама Конвенције. Посебно се то односи на државе региона које, као најновије чланице, можда нису у довољној мјери обратиле пажњу на овај сегмент поступања Суда, и генерално на питања тумачења Конвенције. Сходно томе, савремене правне студије са ових простора требале би у значајнијој мјери да се посвете истраживању овог концепта тумачења Конвенције.

БИБЛИОГРАФИЈА

МОНОГРАФИЈЕ

Аврамов, С., Крећа, М., *Међународно јавно право*, Савремена администрација, 2003, Београд.

Аврамов, С., Крећа, М., *Међународно јавно право*, 22. издање, Правни факултет Универзитета Београд, Службени гласник, 2009.

Adams, M., Bomhoff, J., Huls, N., & (eds.), *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings: Judicial Deliberations and Beyond*, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2009.

Akandji-Kombe, J-F., *Positive obligations under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, 2007.

Alexy, R., *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford University Press, 2002).

Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt: Suhrkamp (1994).

Arai-Takahashi, Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerpen, Oxford, New York, 2002.

Arnardottir, O.M., *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 2003.

Barak, A., (2012). *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge, U.K: Cambridge University Press.

Barinka, R., *Evropská úmluva o lidských právech a doktrína margin of appreciation. Disertační práce*. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2006.

Barzini, L., *The Europeans*, Penguin Books; 1984.

Bell, C., *Peace Agreements and Human Rights*, Oxford University Press, 2000.

Бјековић, С., Пајовић, С., Џафић, А.Б., Радовић, М., Ђукић, В., Марковић, М., Миловић, Р., Вучинић, Н., у сарадњи са експертима Савјета Европе, *Компатибилност црногорског права са одредбама Европске конвенције о људским правима*, Савјет Европе, 2004.

Bosshard, I.L., *Die Meinungsäusserungsfreiheit gemäss Art. 10 EMRK unter Berücksichtigung der neueren Entscheide und der neuen Medien*, Bern, Peter Lang, Frankfurt/New York/Paris (1990).

Бошковић, М., „Усвајање *acquis communautaire* као предуслов за придруживање и чланство у ЕУ“, магистарска теза, Правни Факултет Универзитета у Београду, 2010.

Браибант, Г., (2002), *Административно право Француске*, Београд: ЈП Службени лист СРЈ.

Brems, E., *Human Rights: Universality and Diversity*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 396.

Brems, E., (ed.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Antwerp/Oxford/Portland, 2008.

Brownlie, I., *Principles of Public International Law*, (1998) 5th Ed, OUP: Oxford.

Brownlie, I., *The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fifteenth Anniversary of the United Nations* (1998).

Broude, T., & Yuval, S., (eds). 2008. *The Shifting Allocation of Authority in International Law: Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity*. Oxford & Portland, Or.: Hart Publishing.

Buergenthal, T., Shelton D., Stewart, D., *International Human Rights in a Nutshell* (Nutshell Series), Spine International Human Rights, 3rd ed. (2002).

Van Dijk, P., Van Hoof, G. J. H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Boston: Kluwer, Second Edition and Third Edition, 1990, 1998.

Vasak, K., *La convention Européenne de Droits de l'Homme*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1964.

Vanneste, F., *General international law before human rights courts*. Antwerp: Intersentia. (2010).

Вучинић, Н., „Међународни правни стандарди и заштита основних људских права и слобода“, Подгорица, 1994. год.

Вебер, М., ПРИВРЕДА И ДРУШТВО, Просвета, Београд, 1976.

Villiger, M.E., 2009. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

Gomien, D., Harris, D.J., Zwaak, L, *Law and Practice of the European Convention on*

Human Rights and the European Social Charter (1996).

Гргић, А., Матага, З., Лонгар, М, Вилфан, А., (2009), *Право на имовину према Европској конвенцији о људским правима*. Београд: Савјет Европе, Канцеларија у Београду.

Greer, S., *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 2000.

Greer, S., *THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS, Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge University Press, 2006.

Grosz, S., Beatson, J., Duffy, P., *Human Rights: The 1998 Act and the European Convention*, 1st edition, Sweet & Maxwell, 2000.

Дворкин, Р., СУШТИНА ИНДИВИДУАЛНИХ ЉУДСКИХ ПРАВА, ЈП Службени лист СРЈ Београд и ЦИД Подгорица, 2001.

Drooghenbroeck, S.V., *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme - prendre l'idée simple au sérieux* (2001).

Delmas-Marty, M., *The European Convention for the Protection of Human Rights International Protection Versus National Restrictions* (Martinus Nijhoff Publishers), 1992.

De Visscher, L., *Dérogation en Droit Public*, Bruxelles, Bruylant, 1991.

Димитријевић, В. Пауновић, М. Ђерић, В., *Људска права-учбеник*, Београд, 1997.

Димитријевић, В., Поповић, Д., Папић, Т., Петровић, В., *Међународно право људских права*, Београдски центар за људска права, Београд 2006.

Димитријевић, В., Поповић, Д., Папић, Т., Петровић, В., *Међународно право људских права*, Београдски центар за људска права, Београд, 2008.

Doebbler, C.F.J., *The Principle of Non-Discrimination in International Law*, CD Publishing, 2007.

Donnelly, J., *International human rights*. Boulder: Westview Press., (1993).

Dorsen, N., Rosenfeld, M., Sajo, A., Baer, S., *Comparative Constitutionalism. Cases and Materials*. West Publishing Company, 2003.

Drzemczewski, A.Z., *European Human Rights Convention in Domestic Law: A Comparative Study*, Clarendon Press, (1983).

- Ђајић, С., *Међународно правосуђе*, ЈП „Службени гласник“, Београд, 2012.
- Evans, C., *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2001.
- Ellis, E., (ed), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, Portland, Oregon, 1999.
- Elazar, D.J., (ed.) (1991), *Federal Systems of the World: A Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements*, Harlow, Essex: Longman.
- Emiliou, N., *The Principle of Proportionality in European Law - A Comparative Study*. London: Kluwer Law International, 1996.
- Етински, Р., МЕЂУНАРОДНО ЈАВНО ПРАВО, Београд, Службени гласник, 2010.
- Jacobs, F.G., *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 1975.
- Јањић, Д., *Друштвени и политички разлози за демократску мањинску политику и усвајање уставног закона републике Србије о слободама и правима мањинских заједница и њихових припадника*, Форум за етничке односе и комитет правника за људска права (YUCOM), Београд, март 2002.
- Kastanas, E., *Unité et Diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme*, coll «Organisation internationale et relations internationales » No 38, Bruxelles, Bruylant 1996.
- Keller, H., Sweet, A.S. (eds.), *A Europe of Rights: The Impact of The ECHR on National Legal Systems*, Oxford, 2008.
- Келзен, Х., *Чиста теорија права*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2 издање, 2007.
- Корљан, Е.Р., *Европска конвенција о људским правима и право на живот, докторска дисертација*, Универзитет у Београду, Правни Факултет, 2012.
- Кошутић, Б., Ракић, Б., Милисављевић, Б., *Увод у право европских интеграција*, 2. изд., Београд : Правни факултет, 2013, Београд.
- Крећа, М., Ђорђевић, С., Етински, Р., Чулаковић, И., Ристић, М., ГРАЂА МЕЂУНАРОДНОГ ЈАВНОГ ПРАВА I-III , Дневник Нови Сад, 1988.
- Крећа, М., Ристић, М., *ИЗВОРИ МЕЂУНАРОДНОГ ЈАВНОГ ПРАВА*, Савремена администрација, Београд, 1979.

Kuijer, M., „The Blindfold of Lady Justice - Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR”, Wolf Legal Publishers 2004.

Kühling, J., *Die Kommunikationsfreiheit als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht*, Schriften zum europäischen Recht, 60. Duncker & Humblot, Berlin. 1999.

Lawson, R.A., Schermers, H.G., *Leading Cases of the European Court of Human Rights*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1999.

Leach, Ph., *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Oxford – New York 2005.

Legg, A., “The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality“, Oxford University Press, Oxford (2012).

Leurquin de Visscher, F., *La dérogation en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1991.

Letsas, G., *A Study on the Interpretation of the European Convention on Human Rights* (PhD thesis, UCL 2005).

Letsas, G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press (2007).

Macdonald, R.St., Matscher, F., Petzold, H., (ed.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht – Boston - London 1993.

Mendel, T., Puddephatt, A., Wagner, B., Hawtin, D., Torres, N., (2012), *Global survey on Internet privacy and freedom of expression*, UNESCO Publishing.

Meron, T., (1987), *Human Rights in Internal Strife: Their International Protection*, (Sir Hersch Lauterpacht Memorial Lectures) Cambridge University, 1986.

Merrills, J.G., *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester University Press, 1995.

Милинковић, Б., Медијске слободе, права и ограничења, „Медија центар“, Београд, 1996.

Mowbray, A. *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights*, 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 2012.

Мршевић, З., *Злочин мржње, говор мржње и графити мржње - разумевање повезаности, одговори на претње*, Београд 2014, Канцеларија за људска и мањинска права.

McGoldrick, D., *The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights* (Clarendon Press, Oxford 1991).

Настић, М., *Уставноправни основ примене европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода у поступку пред националним уставним судовима, докторска дисертација, Универзитет у Нишу, Правни Факултет* (2012).

Nikolaidis, C., *The Right to Equality in European Human Rights Law: The Quest for Substance in the Jurisprudence of the European Courts*, Abingdon, Oxon ; New York, NY : Routledge, 2014.

Nolte, G., *General Principles of German and European Administrative Law – A Comparison in Historical Perspective*, Modern Law Review Limited, Blackwell Publishing, Oxford, 1994.

Oppedal, K., *Institutional Development through Crisis? An Analysis of the European Court of Human Rights' Pilot Judgement Procedure addressing Systemic Human Rights Issues*, University of Bergen, Department of Comparative Politics, Master Thesis, (2011).

Orakhelashvili, A., *The interpretation of acts and rules in public international law*, Oxford University Press (2008).

Partsch, K.J., *Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention*, Broschiert, 1966.

Пауновић, М., Цариц, С., *Европски суд за људска права*, Београд 2006.

Пауновић, М., *Јуриспруденција Европског суда за људска права*, Београд, 1993. год.

Pedersen, R.D., *Det forvaltningsretlige skøn*, (Jurist og Økonomforbundets Forlag, Copenhagen, 2006).

Peters, A., *Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention*. 1st ed. Munich: Verlag C. H. Beck, 2003.

Raz, J., *The Authority of Law*, Oxford, 1979.

Raz, J., *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1986.

Rigaux, F., *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997.

Rupp-Sweinty, A., *Die Doktrin von der margin of appreciation in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, München: Verlag V. Florentz, 1999.

Simor, J., Ben Emmerson, B., *Human Rights Practice* (London: Sweet & Maxwell, (2000).

Stein, T., *Proportionality Revisited – Überlegungen zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit in internationalen Recht. Weltinnenrecht – Liber Amicorum Jost Delbrück*. Berlin: Duncker und Humblot, 2005.

Steiner, H., Alston, Ph., *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, Clarendon Press (1996).

Stern, K., *Der Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Vol. 1, 2nd ed. München: C. H. Beck, 1984.

Стојановић, Д., *Стварно право*, Београд 1978.

Sudre, F. (ed.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'home*, Bruylant, 1998.

Sudre, F., *Droit europeen et international des droits de l'homme*, PUF, collection Droit fondamental, Paris, 7e édition.

Sudre, F., et autres, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF., 5^e éd. mise à jour, 2009.

Sullivan, K.M., Gunther, G., *Constitutional Law*, Foundation Press, New York, NY. 16th Ed. (2007).

Shahpanahi, N., *Margin of appreciation in context of freedom of religion (Article 9 of the European Convention on Human Rights) in the interpretation of the European Court of Human Rights*, LLM thesis, University of Toronto, 2011.

Schwarze, J., *European Administrative Law*. London: Sweet & Maxwell/The Office for Official. Publications of The European Communities, 2006.

Sweeney, J.A., "Margins of appreciation, cultural relativity and the European Court of Human Rights", University of Hull, February 2003.

Taylor, R. (ed.), *Consociational Theory: McGarry and O'Leary and the Northern Ireland Conflict*, Routledge; 1 edition (2009).

Trechsel, St. *Liberty and Security of Person: The Rules on Imprisonment*, Oxford University Press, 2006.

Thorton, R., 'European Court of Human Rights: Consent to IVF treatment', in: *International journal of Constitutional Law* 2008.

Tushnet, M., "Weak Courts, Strong Rights: Judicial Reviw and Social Welfare Rights in

Comparative Constitutional Law“, (Princeton: Princeton University Press, 2008).

Feldman, D., “Civil Liberties and Human Rights in England and Wales“, Second Edition, (Oxford, 2002).

Forsythe, D.P., (ed.), *Human Rights in the New Europe: Problems and Progress*, (1994) University of Nebraska Press: London.

Frowein, J.A., Peukert, W., *Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar*, 3. Auflage Taschenbuch, Juli 2009.

Häberle, P., *Europäische Verfassungslehre*, 5. Auflage, Baden-Baden (2008).

Harris, D.J. O’Boyle, M., Warbrick, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, London/Dublin/Edinburgh, Butterworths (1995).

Harris, D.J., O’Boyle, M., Warbrick, C., *Law of the European Convention on Human Rights* (2nd ed, OUP 2009).

Herz, M., Molnar, P., (eds.), *The Content and Context of Hate Speech*, Cambridge University Press, 2012.

Hodžić, E., Stojanović, N., *New/Old Constitutional Engineering? Challenges and Implications of the European Court of Human Rights Decision in the Case of Sejdić and Finci v BiH*, Analitika, Center for social research (2011).

Holoubek, M., *Grundrechtliche Gewährleistungspflichten: Ein Beitrag zu einer allgemeinen Grundrechtsdogmatik* (Springer, 1997).

Cameron, I.T., *National Security and the European Convention on Human Rights*, Iustus, Uppsala/Kluwer, Dordrecht, 2000.

Casadevall, J., Myjer, E., O’Boyle, M., Austin, A., (eds.), *Freedom of Expression: Essays in honour of Nicolas Bratza*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, The Netherlands, 2012.

Clayton, R., Tomlinson, H., *The Law of Human Rights*, Second Edition, Oxford, 2009.

Cristoffersen, J., *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers (2009), Hague.

Cuceranu, D., *Aspects of regulating freedom of expression on the Internet*, Intersentia Antwerpen, 2008.

Yourow, H.C., *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, (1996) The Hague: Kluwer.

Weber, A., *Menschenrechte. Texte und Fallpraxis*, München 2004.

White, R.C.A., Ovey, C., *The European Convention on Human Rights*, Fourth edition, Oxford University Press, 2006.

White, R.C.A., Ovey, C., *The European Convention on Human Rights*, 5th ed., Oxford University Press, Oxford, 2010.

White, R.C.A., Ovey, C., *The European Convention on Human Rights*, Sixth edition, Oxford University Press, 2014.

ОДАБРАНИ ЧЛАНЦИ

Aguila, Y., « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », RFDC, 1995, n° 21.

Addo, M., Grief, M., Some Practical Issues Affecting the Notion of Absolute Rights in Article 3 ECHR, 23 *European Law Review* (1998) 17-30.

Addo, M.K., *Are Judges Beyond Criticism Under Article 10 of the European Convention on Human Rights?* International and Comparative Law Quarterly, 1998, Vol 47.

Allain, J., "Derogation from the European Convention on Human Rights in the Light of "Other Obligations under International Law", (2005) *European Human Rights Law Review* 5.

Alkema, E.A., "The European Convention as a constitution and its Court as a constitutional court", in: P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold & L. Wildhaber (eds.), *Protecting Human Rights: The European Perspective - Studies in memory of Rolv Ryssdal*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2000.

Anrò, I., *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo* in *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario* / a cura di Alberto Oddenino ... [et al.], Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, 7-28.

Arai-Takahashi, Y., *The ECHR and non-discrimination*. Amicus Curiae, 1998 (7).

Arai-Takahashi, Y., "Administrative Discretion in German Law: Doctrinal Discourse Revisited", EPL 69 (2000), 69–80.

Arai Takahashi, Y., *Disharmony in the process of harmonisation? – The analytical account of the Strasbourg Court's variable geometry of decision-making policy based on the margin of appreciation doctrine in Theory and practice of harmonization* (eds. Mads Henry Andenæs, Mads Tønnesson Andenæs, Camilla Baasch Andersen) Edward Elgar Publishing, Inc. (2011), 95 -115.

Arnardóttir, O.M., (2007) *Non-discrimination Under Article 14 ECHR: the Burden of Proof*, Scandinavian studies in law; 13-40.

Ashworth, A., „Security, Terrorism and the Value of Human Rights“ in Benjamin Goold and Liora Lazarus (eds.), *Security and Human Rights* (Oxford: Hart Publishing, 2007).

Bakircioglu, O., *The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases*, 8 German Law Journal 711-734 (2007).

Barak, A., *Proportionality and Principled Balancing, Law & Ethics of Human Rights*, Vol. 4 [2010], Iss. 1, Art. 1 Human Rights and their Limitations: The Role of Proportionality, Berkeley Electronic Press.

Belavusau, U., 'A Dernier Gri From Strasbourg: An Ever Formidable Challenge of Hate Speech', 16 (3) European Public Law 373 (2010).

Bedat, A., Case Law, Strasbourg: Von Hannover v Germany (No.3), *Glossing over Privacy, The International Forum for Responsible Media Blog, 13 October 2013*.

Benvenisti, E., *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards* 31 JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND POLITICS 843, 852 (1999).

Benedek, W., Kettemann, M.C., *Freedom of expression and the Internet*, Council of Europe, Jan 15, 2014.

Бинг, А., Хрватска и људска права 1990. - 1992. - оквир за истраживање (етноцентризам, ауторитарни популизам, људска права и демократија), ЧСП, бр. 1., 1.-308., Загреб 2008.

Богдановић, Т., *Заштита права власништва из чланка 1. протокола 1. Зб. Прав. фак. Пуј. (1991) в. 32, бр. 1, 583-598* (2011).

Bossuyt, M., *Should the Strasbourg Court Exercise More Self-Restraing? On the extension of the jurisdiction of the European Court of Human Rights to Social Security Regulations*, Human Rights Law Journal 2007, vol. 28.

Brabyn, J., *Protection Against Judicially Compelled Disclosure of the Identity of News Gatherers' Confidential Sources in Common Law Jurisdictions*, 69THE MODERN LAW REVIEW LIMITED 895 (2006).

Brauch, J.A., *The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law*, Columbia Journal of European Law, Vol. 11, No. 1, 2004–2005.

Bratza, N., O'Boyle, M., *The Legacy of the Commission to the New Court Under the Protocol No. 11*, in THE BIRTH OF EUROPEAN HUMAN RIGHTS LAW: ESSAYS IN HONOUR OF CARL AAGE NØRGAARD 388 (Michele de Salvia & Mark E. Villiger eds., 1998).

Brauch, J., "The Dangerous Search for an Elusive Consensus: What the Supreme Court Should Learn from the European Court of Human Rights", 52. HOW. L. J. 277.

Brems, E., "The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights", (1996) 56 *Zeitschrift für Ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 240.

Brest, P., 'The Misconcieved Quest for the Original Understanding', (1980) 60 Boston University Law Review 204, 205.

Brems, E., "The Margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights", pp 81-110, in David P. Forsythe and Patrice C. McMahon, eds., *Human Rights and Diversity: Area Studies Revisited* (University of Nebraska Press, 2003).

Brems, E., Lavrysen, L., *Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut': Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights*, Human Rights Law Review (2015).

Van Gerven, W., "The Meaning of Proportionality for the Purposes of the ECHR", in E. Ellis, (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*.

Varju, M., *Transition as a concept of European human rights law*, EUROPEAN HUMAN RIGHTS LAW REVIEW (EHRLR) 170, 172 (2009).

Velu, J., "Le controle des organes prévus par la Convention européenne des droits de l'homme sur le but, le motif et l'objet des mesures d'exception dérogeant à cette Convention, » in *Mélanges Henri Rolin*, 1964.

Vila, M.I., *A Margin of Appreciation Doctrine for the European Convention on Human Rights: In Search of a Balance between Democracy and Rights in the International Sphere*, Yale Law School, Panels on Human Rights: Theoretical Possibilities and Practical Challenges, 2012.

Viljanen, J., *The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law – A Study of the Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights* (2003).

Водинелић, В.В. (1992), *Сукоб личних права и слободе мишљења*, Правни живот, вол. 41, бр. 11-12.

Вуковић, А.Х., *Одлука Великог вијећа Еуропског суда за људска права - без дискриминације у образовању ромске дјеце*, Информатор број 5860 од 05. свибња 2010.

Ganshof Van Der Meersch, W.J., “Le caractère “autonome” des termes et la “marge d’appréciation” des gouvernements dans l’interprétation de la Convention européenne des Droits de l’Homme” in F. Matscher and H. Petzold (eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension*. Studies in honour of Gérard J. Wiarda, Köln/Berlin/Bonn/München, Carl Heymanns Verlag, 1988.

Ganshof van der Meersch, W. J., *Reliance, in the Case-Law of the European Court of Human Rights, on the Domestic Law of the States*. Human Rights Law Journal, 1980, Vol. 1, No.1-4.

Gearty, C.A., “The European Convention on Human Rights and the Protection of Civil Liberties: An Overview” (1993) 52 Cambridge Law Journal 89.

Gerards, J., ‘Judicial Deliberations in the European Court of Human Rights’, in: Nick Huls et al. (eds), *The Legitimacy of Highest Courts’ Rulings. Judicial Deliberations and Beyond* (The Hague, T.M.C Asser Press 2009).

Gerards, J., *How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights*, Oxford Journals, Int J Constitutional Law (2013) 11(2): 466-490.

Getter, M.M., ‘Yugoslavia and the European Economic Community: Is a Merger Feasible?’, *University of Pennsylvania Journal of International Business Law* 11 (4) (1990) 789/810.

Gewirth, A., ARE THERE ANY ABSOLUTE RIGHTS?, 31 *The Philosophical Quarterly* (1981) 1-16.

Golding M.P., *Transitional Regimes and the Rule of Law*, 1996 9(4) Ratio Juris 387-95.

Gribnau, H.L.M., *Legitimacy of the Judiciary*, 6 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW (2002).

Greer, S., ‘Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights’, 23 *Oxford Journal of Legal Studies* (2003) 405.

Greer, S., *The Exceptions to Articles 8-11 of the European Convention on Human Rights* (Strasbourg: Council of Europe Publishing, Human Rights Files No 15, 1997).

Greer, S., *The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation?*, 3 UCL HUM. RTS. REV. 1, 2 (2010).

Gross, O., Ni Aolain, F., *From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights*. Human Rights Quarterly, 2001, Vol. 23.

Gross, O., „Once More unto the Breach”: The Systematic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies”, (1998) Yale Journal of International Law 23.

de Blois, M., “The Fundamental Freedom of the European Court”, in: R.A. Lawson & M. de Blois (eds.), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe – Essays in Honour of Henry G. Schermers*, The Hague: Martinus Nijhoff, 1994.

de Schutter, O., “L'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'homme: un essai en démolition”, *Revue de droit international, de sciences politiques et diplomatiques* (Genève), juillet 1992.

Developing Democracy in Europe: An analytical Summary of the Council of Europe's acquis, Council of Europe, 2004.

Delzangles, B., «Variation des relations entre le système européen de protection des droits de l'homme et les systèmes nationaux : l'inconstance du principe de subsidiarité », in *Jeu des influences croisées du droit français, du droit européen et du droit des autres pays européens. Actes des journées juridiques franco-polonaises organisées à l'Université de Jagellonne (Cracovie) les 22 et 23 octobre 2010*, Mare&Martin, à paraître.

Delmas-Marty, M., *The Richness of Underlying Legal Reasoning*, in: *The European Convention for the Protection of Human Rights* (M. Delmas-Marty (ed.), 1992) 319, 335.

Del Mortal, R., *The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin of Appreciation Doctrine*, *German Law Journal*, vol. 7, no. 6/ 1 June 2006.

De Salvia, M., *Controle europeen et principe de subsidiarite: faut-il encore (et toujours) emarger a la marge d'appréciation?* In Mahoney, P., Matscher, F., Petzold, H., Wildhaber, L. (eds.) (2000).

Dzehtsiarou, K., *Does Consensus Matter? Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights*, *PUBLIC LAW* 534, 541-548 (2011).

Dzehtsiarou, K., "European Consensus: a way of reasoning", 11 *CD Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies* (2009).

Dzehtsiarou, K., *European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights*, 12 *German Law Journal* 1730-1745 (2011).

Димитријевић, В., ОГРАНИЧЕЊА СЛОБОДЕ УДРУЖИВАЊА И СРОДНИХ ПРАВА ДОЗВОЉЕНИХ МЕЂУНАРОДНИМ ПРАВОМ, у: Уставно ограничење слободе удруживања, зборник радова, уредник Јовица Тркуља, Уставни суд Републике Србије и Венецијанска комисија, 2010. година.

Donoho, D.L., *Autonomy, Self-Governance, and the Margin of Appreciation: Developing a Jurisprudence of Diversity within Universal Human Rights*, 15 *EMORY INT'L L. REV* 391, 451 (2001).

Драшкић, М., *Усклађеност домаћег права са стандардима Европског суда за људска права у односу на члан 8. Европске конвенције о људским правима*, у књизи "Правни капацитет Србије за европске интеграције", Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Београду, Београд, 2006, стр. 64-111.

Драшкић, М., *Еволуција у јуриспруденцији европског суда за људска права у погледу транссексуалних особа: еволуција и у Србији, перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије – књига 2*, Зборник радова, Приредио проф. др Стеван Лилић, Правни факултет Универзитета у Београду Центар за издаваштво и информисање, 2012.

Dremczewski, A., "The *sui generis* nature of the European Convention on Human Rights", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 29, No. 1, Jan 1980.

Eberhard, S-A., *Der Rechtsstaat* in J. Isensee, P. Kirchhoff, (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*; Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1987.

Eissen, M-A., *Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme*, *Etudes et documents - Conseil d'Etat* (1988).

Eissen, M-A., *The Principle of Proportionality in the Case – Law of the European Court of Human Rights* in "The European System for the Protection of Human Rights"(R. Macdonald et al. eds., 1993).

Evrigenis, D., "Recent case law of the European Court of Human Rights on articles 8 and 10 of the European Convention on human Rights", 3 *Human Rights Law Journal*, at 137 - 138 (1982).

Elliott, M., "Torture, Deportation and Extra-Judicial Detention: Instruments of the "War on Terror"", (2009) *Cambridge Law Journal* 68.

Zhordania, T., "The problems relating to the margin of appreciation doctrine under the European Convention on Human Rights", Europa-Kolleg Hamburg, Institute for European Integration, 2011, Study paper No 5/12.

Зупаревић, С., ЗАБРАНА НОШЕЊА МАРАМА И ДИСКРИМИНАЦИЈА У ЕУРОПСКОМ ПРАВУ, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год. 47, 3/2010.

Пminska, М., Case Watch: Politics, Justice and Article 18. Open society Foundation, 14 may 2013.

Јаковац-Лозић, Д., *Просудбе Еуропског суда за људска права темељене на досезима сувремених доказних средстава у патернитетским поступцима*, Зборник Правног факултета у Загребу, 4 (2011).

Јанча, Д., „Заштита људских права у оквиру Европског савета“, Југословенска ревија за међународно право бр. 1–2/89, Београд.

Jacobs, F.G., "The 'Limitation Clauses' of the European Convention on Human Rights" in A. de Mestral, *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law* (Cowansville: Les Éditions Yvon Blais Inc., 1986) 21-40;

Jacot-Guillarmod, O. „*Regles, methodes et principes d'interpretation dans la jurisprudence de la Cour europeenne des droits de l'homme*“. in Pettiti, L.-E., Decaux, E., Imbert, P.-H. (dir.). *La Convention europeenne des droits de l'homme*, Economica, 2e edition, 1999.

Jacot-Guillarmod, O., "Règles, méthodes, et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'home", in Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux et Pierre-Henri IMBERT (eds.), *La Convention européenne des droits de l'home. Commentaries article par article*, Paris, Economica, 1995.

Jones, T.H., "The Devaluation of Human Rights under the European Convention" (1995) *Public Law* 430.

Kamminga, M.T., *Final report on the impact of international human rights law on general international law*. in: M.T. Kamminga,; M. Scheinin, "The impact of human rights law on general international law"; Oxford University Press; (2009).

Kavanaugh, K.A., "Policing the Margins: Rights Protection and the European Court of Human Rights", EHRL R 422, 423 (2006).

Kirchner, S., "Abortion and the Right to Life under Art. 2 of the European Convention on Human Rights." *IUP Journal of Environment & Health Care Law* 9 (2010).

Китановић, З., ПРАВО НА ИМОВИНУ У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА

ЉУДСКА ПРАВА, Годишње саветовање судија Републике Србије на Златибору 2012.

Kolb, R., 'The Jurisprudence of the European Court of Human Rights on Detention and Fair Trial in Criminal Matters from 1992 to the End of 1998', *Human Rights Law Journal* 21 (2000), 348_373.

Kovler, A., Zagrebelsky, V., Garlicki, L., Spielmann, D., Jaeger, R., Liddell, R., "The role of consensus in the System of the European Convention on Human Rights", in *Dialogue between Judges, European Court of Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe, 2008, p. 15.

Kovler, A., *Dialogue between judges, European Court of Human Rights*, Council of Europe, 2008.

Kopa, M., *The algorithm of the margin of appreciation doctrine in light of the Protocol no. 15 amending the European Convention on Human Rights. International and Comparative Law Review*, 2014, Vol. 14., No. 1, 35–51.

Kratochvíl, J., *The inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights*, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Volume 29, 2011.

Крећа, М., Комплексност међународног права“, у *Анали огранка САНУ у Новом Саду*, бр. 5/2009.

Lambert, P., *La Cour européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de quelques critiques ... au fil du temps* (En marge du cinquantième anniversaire de son installation. *trimestrielle Revue des droits de l'Homme* , no. 81, 2010.

Lauterpacht, H., *Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties*, 26 *British Yearbook of International Law* (1949), 48-85.

Frowein, J.A., *L` effet utile dans la jurisprudence de la commission Europé des droit de l'home entre 1970 et 1985*, *Libertès, justice, tolerance – Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan* (2004).

Lavender, N., 'The Problem of the Margin of Appreciation' (1997) *European Human Rights Law Review* 380.

Lambert, P., "Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité", in F. Sudre (ed.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussels, Nemesis, Bruylant, 1998.

Lawson, R.A., "Adieu les travaux! Het afgenomen belang van de travaux préparatoires voor de uitleg van het EVRM", in: *NJCM-Bulletin* 1996.

Leader, S., *Proportionality and the Justification of Discrimination*, in J. Dine and B. Watt (eds) *Discrimination: Concepts, Limitations and Justifications* (London: Longmans, 1996).

Letsas, G., *The Truth in Autonomous Concepts: How to interpret the ECHR*, EJIL 2004, Vol. 15, no.2.

Letsas, G., 'Two Concepts of the Margin of Appreciation', *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 4, 2006, pp. 705–732.

Letsas, G., *Rescuing Proportionality*, in University College London - Faculty of Laws, Rowan Cruft and Massimo Renzo (eds), October 29, 2013. *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford University Press.

Letsas, G., *The scope and balancing of rights: diagnostic or constitutive? in Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in determining the scope of human rights* (eds. Eva Brems, Janneke Gerards), Cambridge University Press 2013.

Lécuyer, Y., *The right to free elections*, Council of Europe, Dec 1, 2014.

Locke, J., *A Letter Concerning Toleration* (Buffalo, NY, 1990), pp. 68-9, in: Durham, Jr., *WC Perspectives on Religious Liberty: A Comparative Framework*.

Loucaides, L.G., "Personality and Privacy under the European Convention of Human Rights" (1990) 61 *British Yearbook of International Law* 175.

Mälksoo, L., *Concluding Observations. Russia and European Human-Rights Law: Margins of the Margin of Appreciation*, *Review of Central and East European Law*, Volume 37, Issue 2-3, (2012).

Macdonald, R. St. J., *Politicians and the Press*. In Matscher, F., Petzold, H. (eds.). *Protecting Human Rights: The European Dimension*. Studies in Honour of Gerard J. Wiarda. Carl Heymanns Verlag, 2nd ed., 1990.

Macdonald, R. St. J., *Derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights*. *Columbia Journal of Transnational Law*, 1997, Vol. 36.

MacDonald, R. St. J., *The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*. *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1990, Vols. I-II.

Masovei, M., *Водич за примјену члана 10 Европске Конвенције о људским правима*, Приручник из области људских права, бр. 2, Савјет Европе, 2008.

Matscher, F. *Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle*, in F. Sudre (dir.),

L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, Actes du colloques de l'I.D.E.D.H de Montpellier des 13 et 14 Mars 1998, Nemesis/Bruylant, Bruxelles, 1998.

Mahoney, P., *The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: Its Legitimacy in Theory and Application in Practice*, Human Rights Law Journal. 19, 1998.

Mahoney, P., 'Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: two sides of the same coin' (1990) 11 Hum.Rts.L.J. 57.

Mahoney, P., *Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?* Human Rights Law Journal, 1998, Vol. 19, No. 1.

Mahoney, P., „The Comparative Method in Judgments of the European Court of Human Rights: Reference Back to National Law“, *Comparative Law Before the Courts* (eds. G. Canivet, M. Andenas, D. Fairgrieve) London 2004.

Mahoney, P., *Universality versus Subsidiarity in the Strasbourg Case Law on Free Speech: Explaining Some Recent Judgements* (1997) 4 EHRLR 364.

Mahoney, P., *Principles of Judicial Review As Developed by The European Court of Human Rights: Their Relevance in A National Context* In Betten, L. (ed.). *The Human Rights Act 1998 – What It Means*. Kluwer Law International, 1999.

Mahoney, P., 'Emergence of a European Conception of Freedom of Speech'. In Birks, P. B. H. (ed.). *Pressing Problems in the Law. Criminal Justice & Human Rights*, Vol. 1, Oxford University Press, 1995.

Mbongo, P., "Le traitement juridictionneonnel des offenses aux convictions religieuses", in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007.

Мендел, Т., *Слобода изражавања: водич за тумачење члана 10 Европске конвенције о људским правима и његовог контекста* (2. изд.). - Београд: Савет Европе, Канцеларија у Београду, 2014.

Meron, T., "On Hierarchy of International Human Rights", 80 AJIL (1986) 1.

Milanovic, M., *Norm Conflict in Interantional Law: Wither Human Rights?*, 20 Duke Journal of Comparative and International Law (2009).

Milanovic, M., 'Case Note', 104 American Journal of International Law (2010).

Милисављевић, Б., *Право на имовину у пракси Европског суда за људска права*, Зборник удружења за међународно кривично право, 2011.

Mol, M., et al., 'Submitting a Complaint to the European Court of Human Rights: Eleven Common Misconceptions' in Erdal and Bakirci, Article 3 of the European Convention on Human Rights (OMCT, 2006).

Molenaar, F., 'The Development of European Standards on Political Parties and their Regulation', Working Paper Series on the Legal Regulation of Political Parties, No. 4. 2010.

Moreham, N.A., 'The Right to Respect for Private Life in the European Convention on Human Rights: A Re-Examination', EUR. HUM. RTS. L. REV., 2008.

Mosler, H., "Problems of interpretation in the Case Law of the European Court of Human Rights", in F. Kalshove, P.J. Kuyper and J.G. Lammers (eds.), Essays on the development of the international legal order in memory of Haro F. van Panhuys, Alphen aan rijn, Sijthoff and Noordhoff, 1980.

McBride, J., *Proportionality and the European Convention on Human Rights*. In Ellis, E. (ed.). The Principle of Proportionality in the Laws of Europe. Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 1999.

McBride, J., "Judges, Politicians and the Limits to Critical Comment", in: *European Law Review* 1998.

McGonagle, T., The Council of Europe against online hate speech: Conundrums and challenges, EXPERT PAPER, MCM(2013)005. Council of Europe Conference of Ministers responsible for Media and Information Society, FREEDOM OF EXPRESSION AND DEMOCRACY IN THE DIGITAL AGE, OPPORTUNITIES, RIGHTS RESPONSIBILITIES, Belgrade, 7-8 November 2013.

McCrudden, C., O'Leary, B., *Courts and Consociations, or How Human Rights Courts May De-stabilize Power-sharing Settlements*, The European Journal of International Law Vol. 24 no. 2 (2013).

McHarg, A., *Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*. The Modern Law Review, 1999, Vol. 62.

Mchangama, J., 'The European Court of Human Rights - A European Constitutional Court?', Engage Volume 13, Issue 1, March 2012.

Morrison, C., *Margin of Appreciation in European Human Rights Law*, 6 Revue des Droits de l'homme (Human Rights J.) 263, 284 (1973).

Morawa, A., *The 'Common European Approach', 'International Trends', and the Evolution of Human Rights Law. A Comment on Goodwin and I v. the United Kingdom*, 3 GERMAN

LAW JOURNAL (GLJ) (2002), available at <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=172>

Mowbray, A., *An Examination of the European Court of Human Rights' Approach to Overruling its Previous Case Law*, 9 HRLR 179 (2009).

Mowbray, A., *The Creativity of the European Court of Human Rights* 5 HUMAN RIGHTS LAW REVIEW, 57, 61 (2005).

Newman, S.L., *Liberty, Community, and Censorship: Hate Speech and Freedom of Expression in Canada and the United States*, 32 AMERICAN REVIEW OF CANADIAN STUDIES 369 (2002).

Ní Aoláin, F., "The Emergence of Diversity: Differences in Human Rights Jurisprudence" (1995-1996) *Fordham International Law Journal* 19.

Обрадовић, К., Пауновић, М., (ур.), *Право људских права - нове теме*, 1996.

Ovey C., "The Margin of Appreciation and Article 8 of the Convention" (1998) 19 *Human Rights Law Journal* 10-12.

O'Donnel, T.A., "The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", HUMAN RIGHTS QUARTERLY 474, 479, (1982).

O'Boyle, M., "The Margin of Appreciation and Derogation under Article 15: Ritual Incantation or Principle?" *Human Rights Law Journal*, 1998, Vol. 19, No. 1.

Olinga, A.-D., Picheral, C., « La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 1995.

Ost, F., 'The Original Canons of Interpretation of the European Court of Human Rights' in M. Delmas-Marty and C. Chodkiewicz (eds.), *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions* (Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff, 1992), 283_318.

Ostrovsky, A., "What's So Funny About Peace, Love, and Understanding? How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals", 1 *Hanse Law Review* (2005).

Павловић, Д., (2011). Доктрине Европског суда за људска права. *Међународна политика*, 62(1144), 66-77.

Papier, H.-J., 'Execution and Effects of the Judgments of the European Court of Human Rights from the Perspective of German National Courts' 27 Human Rights Law Journal (2006).

Partsch, K.J., 'Discrimination', in *The European System for the Protection of Human Rights*, ed. R St J Macdonald, F Matscher and H Pet/old (1993).

Pedain, A., 'The Human Rights Dimension of the Diane Pretty Case', Cambridge Law Journal 62 (2003), 181_206.

Prepeluh, U., "Die Entwicklung der Margin of Appreciation-Doktrin im Hinblick auf die Pressefreiheit" [The Development of the Margin of Appreciation Doctrine with regard to the freedom of the press]. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht [Heidelberg Journal of International Law]* 61 (2001).

Petzold, H., *The Convention and the Principle of Subsidiarity*, in R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (1993).

Popovic, D., PREVAILING OF JUDICIAL ACTIVISM OVER SELF-RESTRAINT IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Creighton Law Review, Volume 42, Number 3, April 2009.

Popović, D., *The Emergence of the European Human Rights Law, An Essay on Judicial Creativity* (Eleven International Publishing 2011).

Поповић, Д., *Аутономни концепти Европског права људских права*, Анали Правног факултета у Београду, година LVII, 4/2009.

Popović, D., "Le droit comparé dans l'accomplissement des tâches de la Cour européenne des droits de l'homme", *Liber amicorum Luzius Wildhaber*, 2007.

Posner, R.A., *The Meaning of Judicial Self-Restraint*, Indiana L Law Journal, 59 Indiana Law Journal 1 (1983).

Prebensen, S.C., "Evolutive interpretation of the European Convention of Human Rights", in P. Mahoney et al. eds., *Protecting Human Rights: The European Perspective*, Köln: Heymanns 2000.

Prebensen, S. C., *The Margin of Appreciation and Articles 9, 10 and 11 of the Convention*. Human Rights Law Journal, 1998, Vol. 19, No. 1.

Priault, N., 'Testing the Margin of Appreciation: Therapeutic Abortion, Reproductive 'Rights' and the Intriguing Case of Tysięc v. Poland', in *European Journal of Health Law*, 2008.

ПРИРУЧНИК О ЕВРОПСКОМ АНТИ-ДИСКРИМИНАЦИОНОМ ПРАВУ (HANDBOOK ON EUROPEAN NON-DISCRIMINATION LAW), Агенција Европске уније за фундаментална права (FRA), 2010. Савјет Европе/Европски суд за људска права, 2010.

Ravaud, C., *The Committee of Ministers, in THE EUROPEAN SYSTEM FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS* 645 (R. Macdonald et al. eds., 1993).

Radačić, I., *The Margin of Appreciation, Consensus, Morality And The Rights Of The Vulnerable Groups*, Zb. Prav. fak. Rij. (1991) v. 31, br. 1, 599-616 (2010).

Ракић, Б., *Европски суд правде између људских права и борбе против тероризма - однос међународног и европског права*, Анали Правног факултета у Београду, 2009, vol. 57, br. 2, стр. 155-185.

Ракић-Водинелић, В., *Европски суд и пензије*, Пешчаник, 27.2.2015.

Ракитић, Д., *Анализа основних елемената општег законског решења реституције у Србији из перспективе праксе европског суда за људска права*, Анали Правног факултета у Београду, година LIX, 2/2011.

Rivers, J., *Proportionality and Variable Intensity of Review*, 65 CAMBRIDGE L. J. 174, 200 (2006);

Rigaux, V.F., « *Interprétation consensuelle et interprétation évolutive* », in F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

Ress, G., 'The Effect of Decisions and Judgments of the European Court of Human Rights in the Domestic Legal Order' 40 Texas International Law Journal (2005).

Roagna, I., "Protecting the Right to Respect for private life and family life under the European Convention on Human Rights, Strasbourg: Council of Europe, 2012.

Rogers, N., 'Immigration and the European Convention on Human Rights: are new principles emerging?' (2003) European Human Rights Law Review, 1, 53-64.

Родин, С., *Право Еуропске уније и правни поредак Републике Хрватске након 20 година хрватског устава*, Опатија Inter--University Centre of Excellence Working paper, WP H 2/2010.

Rozakis, C., *The European Judge as Comparativist*, 80 TULANE LAW REVIEW 257, 260-261 (2005).

Rozakis, C., "Through the Looking Glass: An "insider's" view of the margin of

appreciation”, , in *La Conscience des Droits: Mélanges en honneur de Jean-Paul Costa*, , Paris.

Ryssdall, R. *The Coming of Age of the European Convention of Human Rights* 18 *European Human Rights Law Review* (1996) 18.

Ryssdal, R., “Rudolf Bernhardt at the European Court of Human Rights”, in: U. Beyerlin a.o. (eds.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung (Festschrift für Rudolf Bernhardt)*, Berlin: Springer, 1995.

Sadurski, W., *Partnering with Strasbourg: Constitutionalization of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments*, Sydney Law School, Legal Studies Research Paper No. 08/135, 2008.

Salcedo, J.A.C., *The European Convention of Human Rights*, in Felipe Gomez Isa, Koen de Feyter (eds.), *International Protection of Human Rights: Achievements and Challenges*, University of Deusto Bilbao (2006).

San José, D.G., “Environmental protection and the European Convention on Human Rights”, Council of Europe Publishing, 2005.

Sapienza, R., “Sul margine d`apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell`uomo“ in *Rivista di diritto Internazionale*, 1991, 571/614, 581.

Seymour, D., "The extension of the European Convention on Human Rights to Central and Eastern Europe: Prospects and Risks", (1993) 8 *Conn. J. Int'l L* 243

Sieghart, P., "The Lawful Rights of Mankind: An introduction to the International Legal Code of Human Rights", *Michigan Law Review*, 1985.

Simon, D., «L`usage des concepts élastiques dans la jurisprudence internationale : impressionnisme ou réalisme ? », in *Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Köln/Berlin/Bonn, Carl Heymanns Verlag, 1983.

Simon, D., *Des influences réciproques entre CJCE et CEDH: «Je t`aime, moi non plus»?*, in *Pourvoi*, 2001/1.

Singh, M., *A, B, C v. Ireland and the Doctrine of Margin of Appreciation*, Working Paper, December 4, 2011, EUROPEAN HUMAN RIGHTS.

Singh, R., 'Is there a role for the "margin of appreciation" in national law after the Human Rights Act?' [1999] *EHRLR* 15.

Smith, R., ‘The Margin of Appreciation and Human Rights Protection in the ‘War on

Terror': Have the Rules Changed before the European Court of Human Rights?, (2011) Essex Human Rights Law Review 124.

Sorensen, M., "Do the rights set forth in the European Convention on human rights in 1950 have the same significance in 1975", in Proceedings of the 4th International colloquy on the European Convention on Human Rights, 5-8 November 1975, Strasbourg, 1976.

Sørensen, C.B., *Læren om Statens Skjønnsmargin etter Emk og Betydningen for Norsk Domstolskontroll Med Forvaltningen in Blandhol, S., "Rettspragmatismen i Fredrik Stangs, Ragnar Knophs og Gunnar Astrup Hoels forfatterskap", Tidsskrift for rettsvitenskap. 2004.*

Sottiaux, S. and Schyff G.v.d., *Methods of International Human Rights Adjudication: Towards a More Structured Decision-Making Process for the European Court of Human Rights*, 31 HASTINGS INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW REVIEW 115 (2008).

Spano, R., *Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity*, Human Rights Law Review, 2014.

Spielmann, D., *Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?*, Centre for European Legal Studies Working Paper, University of Cambridge, Faculty of Law, February 2012.

Spielmann, D., "Consensus et marge d'appréciation nationale", 29 Journal des tribunaux (2012).

Spielmann, D., Cariolou, L, 'The right to Protection of reputation under the European Convention on Human Rights', in Law in the Changing Europe, Liber Amicorum Pranas Kūris (2008).

Spielmann, D., Whither the Margin of Appreciation? UCL – Current Legal Problems (CLP) lecture, 20 March 2014.

Spijkerboer, T., „Subsidiarity and „Arguability“: The European Court of Human Rights“ Case Law on Judicial Review in Asylum Cases“ (2009) *International Journal of Refugee Law* 21.

Stavros, S., 'The Guarantees for Accused Persons under Article 6 of the European Convention on Human Rights, British year book of international law (1993).

Стажњик, Ш., *Еуропски суд за људска права и стандарди управносудског поступка, Хрватска и компаративна јавна управа - број 4 / 2010.*

Shelton, D., *The Boundaries of Human Rights Jurisdiction in Europe*, Duke Journal of Comparative & International Law (Vol 13:95).

Scheyli, M., "Die Abgrenzung zwischen ideellen und kommerziellen Informationsgehalten als Bemessungsgrundlage der „margin of appreciation“ im Rahmen von Art. 10 EMRK", *EuGRZ* 2003.

Schütze, R., *Subsidiarity after Lisbon: Reinforcing the Safeguards of Federalism*, 68 Cambridge Law Journal (2009), 526.

Sudre, F., *La protection de la propriété privée par la Cour européenne des droits de l'homme*, Recueil Sirey Dalloz, 1988.

Sudre, F., "Article 3" in Pettiti and others (dirs.), *La Convention européenne des droits de l'homme : commentarie article per article*", *Economica*, 1995.

Shany, Y., 'Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?' *European Journal of International Law*, Vol. 16, No. 5, 2005.

Schokkenbroek, J., *The Basis, Nature and Application of the Margin-of-Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court Rights-General Report 19 HUMAN RIGHTS LAW JOURNAL*. 30, 34 (1998).

Schokkenbroek, J., "The Prohibition of Discrimination in Article 14 of the Convention and the Margin of Appreciation", *Human Rights Law Journal*, 1998, Vol. 19, No. 1.

Shuibhne, N., *Margin of appreciation: national values, fundamental rights and EC free movement law*, in *European Law Review*, 2009.

Sundhu, B., "The Legal Doctrine of Margin of Appreciation", доступно на http://www.billsundhu.ca/essays/margin_of_appreciation/.

Sweeney, J.A., 'Margins of appreciation : cultural relativity and the European Court of Human Rights in the post-Cold War era' (2005) 54(2) ICLQ 459, 370.

Sweeney, J., *Margin of appreciation» in the internal market: lessons from the European Court of Human Rights*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2007.

Sweepston, L., "Human Rights Law and Freedom of Association: Development through ILO Supervision"(1998) 137 International Labour Review 169.

Sweet, A. S., "On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court" (2009). Faculty Scholarship Series. Paper 71. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/71.

Sweet, A.S., Mathews, J., 'Proportionality Balancing and Global Constitutionalism' (2008) 47 *Columbia Journal of Transnational Law* 73.

Sweet, A.S., Keller, H., "The Reception of the ECHR in National Legal Orders" in Keller & Stone Sweet, *A Europe of Rights* 3-28.

Tesón, R., *International Human Rights and Cultural Relativism*, in *International Law of Human Rights* / ed. by Michael K. Addo, Ashgate/Dartmouth, 73-102 (2006).

Tremblay, L.B., *General legitimacy of judicial review and the fundamental basis of constitutional law* 23 *OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES* 525, (2003).

Tsakyrakis, S., 'Proportionality: an assault on human rights?', (2009) 7 *International Journal of Constitutional Law* 468.

Tulkens, F., Donnay, L., "L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature?", 1 *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* (2006).

Узелац, А., *Заштита људских права у Еуропи*, Докторски и специјалистички студиј Еуропског, 2012, Правни факултет Свеучилишта у Загребу, прво предавање.

Feingold, C.S., *The Doctrine of Margin of Appreciation and the European Convention on Human Rights*. Notre Dame Lawyer, 1977, Vol. 53.

Flinterman, C., "Derogation from the Rights and Freedoms in Case of a Public Emergency": In: Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn, and Leo Zwaak, eds. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. 4th ed. Antwerpen, Oxford: Intersentia, 2006.

Fisher, J., *Rescuing human rights*, The Henry Jackson Society: Project for Democratic Geopolitics is a crosspartisan, British think-tank. March 2012.

Flauss, J-F., "La Cour Européenne des droits de l'homme est-elle une cour constitutionnelle?" 36 *Revue française de droit constitutionnel* 711 (1999).

Fordham, M., De la Mare, T., *Understanding human rights principles* in: Jeffrey Jowell, Jonathan Cooper (eds.), Hart Publishing Oxford.

Føllesdal, A., *Subsidiarity and Democratic Deliberation*, in *Democracy in the European Union: Integration through Deliberation?* (Erik Oddvar Eriksen & John Erik Fossum eds., 2000).

Frowein, J.A., *The Protection of Property*. In Macdonald, R. St. J., Matscher, F., Petzold, H. (eds.). *The European System for the Protection of Human Rights*. Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

Hamilton, M., *Transition, political loyalties and the order of the state*, in: *Transitional Jurisprudence and the ECHR: Justice, Politics and Rights* (eds. Antoine Buyse, Michael Hamilton), Cambridge University Press, 2011.

Harmsen, R., "The European Convention of Human Rights After Enlargement", *International Journal of Human Rights* 5 (2001): 18-43.

Hartlief, T., „The Right to Own Property Under the ECHR“, *The Right to Property – The Influence of Article 1 Protocol No. 1 ECHR on Several Fields of Domestic Law* (eds. J. P. Loof, H. Ploeger, A. van der Steur) Maastricht 2000.

Hartman, J.F., *Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies*. Harvard International Law Journal, 1981, Vol. 22, No. 1.

Helgesen, J.E., (speech), "What are the limits to the evolutive interpretation of the Convention?", The European Court of Human Rights Strasbourg, January 28, 2011.

Helfer, L.R., Slaughter, A-M., *Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication*, Yale Law Journal, 1997, Vol. 107.

Helfer, L.R., Alter, K.J., *Legitimacy and Lawmaking: A Tale of Three International Courts*, *Theoretical Inquiries in Law* 2013, vol. 14.

Helfer, L.R., *Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime* *The European Journal of International Law* Vol. 19 no. 1 c EJIL 2008.

Helfer, L.R., "Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights ", *Cornell Int'l LJ*, Vol. 26, 1993.

Heringa, A, W., *Standards of Review for Discrimination: The Scope of Review by the Courts*, in Titia Loenen and Peter R. Rodrigues (eds.): *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, The Hague: Kluwer Law International, 1999.

Hogan, G., 'The Right to Life and the Abortion Question under the European Convention on Human Rights' in L. Heffernan with J. Kingston (eds.), *Human Rights: A European Perspective* (Blackrock: Round Hall Press, 1994), pp. 104_116.

Holmer, O., 'Decoding the Margin of Appreciation doctrine in its use by the European Court of Human Rights', *JURIDISKA INSTITUTIONEN* Stockholms universitet, Stockholm, Vårterminen 2013.

Hoffmann, L., 'The Universality of Human Rights', Judicial Studies Board Annual Lecture, 19, March 2009.

Human Rights and Ethics: Concepts, Methodologies, Tools, and Applications: Concepts, Methodologies, Tools, and Applications, Management Association, Information Resources IGI Global, Sep 30, 2014.

Hutchinson, M.R., "The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *International and Comparative Law Quarterly*, v. 48, n. 3, pp. 638-650. (1999, 649-649).

Callewaert, J., *L'article 3 de la Convention européenne: Une norme relativement absolue or absolument relative?*, *Liber Amicorum Marc-André Eissen* (1995) (Cohen-Jonathan, Flauss and Lambert, Eds.).

Callewaert, J., *Is There a Margin of Appreciation in the Application of Articles 2, 3 and 4 of the Convention?*, 19 *Human Rights Law Journal* (1998).

Callewaert, J., "Quel avenir pour la marge d'appréciation ?", in P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold and L. Wildhaber (ed.) (2000).

Campbell, C., "Wars on Terror" and Vicarious Hegemons: The UK, International Law, and the Northern Ireland Conflict" (2005) *International and Comparative Law Quarterly* 54.

Cameron, I.T., 'Protocol 11 to the European Convention on Human Rights: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court?' , 15 *YB Eur L* (1995) 219, at 236 – 237, 243 – 244.

Cameron, D., Cameron's speech on the European court of human rights in full, (The Guardian) "<http://www.guardian.co.uk/law/2012/jan/25/cameron-speech-european-court-human-rights-full>", as of 2013-03-22.

Cannie, H., Voorhoof, D., "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?", 29 *Netherlands Quarterly of Human Rights* (No. 1, 2011).

Царић, С., „Утицај европске конвенције и људским правима на међународно право и право Србије“, у: Зоран Радивојевић (ур.), *Уставне и међународноправне гаранције људских права: зборник радова са међународне научне конференције одржане 28.05.2008.г. на Правном факултету у Нишу*, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације 2008, стр. 85-104.

Carozza, P.G., *Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*. Notre Dame Law Review, 1998, Vol 73:5.

Carozza, P., 'Subsidiarity as a structural principle of international human rights law' 2003 97 American Journal of International Law; Dinah Shelton, 'Subsidiarity and human rights law' 2006 27 1/4 Human rights law journal 4.

Council of Europe/The Lisbon Network, "The Margin of Appreciation," available at http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/Themis/ECHR/Paper2_en.asp

Çakmak, C., "The Problem Relating to the Margin of Appreciation Doctrine under the European Convention on Human Rights", *Uluslararası Hukuk ve Politika Cilt 2*, No: 5 ss.18-29, 2006.

Carter, F.K., "Gustav Radbruch and Hermann Kantorowicz: Two Friends and a Book – Reflections on Gnaeus Flavius's *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906)", 7 *German Law Journal* (2006).

Clashfern, M., *The Margin of Appreciation and the Need for Balance*. In Mahoney, P., Matscher, F., Petzold, H., Wildhaber, L. (eds.) (2000).

Cot, J-P., "Margin of Appreciation", in R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

Cohen-Eliya, M., Porat, I., "Proportionality and the Culture of Justification", (2011) 59 *AJI Comp. L* 463.

Craig, P., 'Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework' [1997] *PL* 467.

Cram, I., "Criminal contempt, Article 10 and the First Amendment –A case for importing aspects of US free speech jurisprudence?", in: *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2000, pp. 245-272.

Crema, L., "Disappearance and New Sightings of Restrictive Interpretation(s)", (2010) 21 *EJIL* 681.

Cremona, J.J., *The Proportionality Principle in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in U. Beyerlin, M. Bothe, R. Hofmann, E.-U. Petersmann, (Hrsg.). "Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Festschrift für Rudolf Bernhardt". *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Band 120, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 1995.

Cullen, H., 'The Collective Complaints System of the European Social Charter:

Interpretative Methods of the European Committee of Social Rights', *Human Rights Law Review*, Vol. 9, No. 1, 2009, pp. 61–93.

Cullen, H., *Freedom Of Association as a Political Right*, 24 *EUROPEAN LAW REVIEW* 30 (1999).

Чок, В. (1995), „Право на слободу изражавања, јавно информисање и говор мржње“, *Правни живот*, вол. 44, бр. 9.

Wakely, L. E., 'From Constituent Peoples to Constituents: Europe Solidifies Fundamental Political Rights for Minority Groups in *Sejdić v Bosnia*', 36 *N Carolina J Int'l L and Commercial Reg* (2010) 233.

Waldock, H., *The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. The British Year Book of International Law, Vol. 34, 1958.

Waldock, H., "The Effectiveness of the System Set by the European Convention on Human Rights", 1 *Human Rights L.J.* 1,9 (1980).

Walton, S.E., *Preserving the Convention: Why The UK's Threat to Leave Could Save It*, Council of Europe, Steering Committee for Human Rights (CDDH), (2014).

Warbrick, C., 'Federal' Aspects of the European Convention of Human Rights', 10 *Michigan Journal of International Law* (1989).

Weller, M., Paulus, A.L., 'The Structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law? ', 8 *EJIL* (1997) 545.

Wildhaber, L., 'A Constitutional Future for the European Court of Human Rights ' , 23 *Human Rts LJ* (2002) 161.

Wildhaber, L., *European Court of Human Rights*, 40 *CANADIAN YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW* 310 (2002).

Wildhaber, L., *The Right to Respect for Private and Family Life: New Case-Law on Art. 8 of the European Convention on Human Rights*. In Trindade, A. A. C. (ed.). *The Modern World of Human Rights. Essays in Honour of Thomas Buergenthal*. San Jose/Costa Rica: Inter-American Institute of Human Rights, 1996.

Wildhaber, L., *The Right to Offend, Shock or Disturb? – Aspects of Freedom of Expression under the European Convention on Human Rights*. *The Irish Jurist*, 2001, Vol. 36.

Wildhaber, L., "Right to Education and parental rights" in R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (1993).

Winisdoerffer, Y., *Margin of Appreciation and Article 1 of Protocol No. 1*. Human Rights Law Journal, 1998, Vol. 19, No. 1.

Wheatley, S., “Minorities under the ECHR and the Construction of a ‘Democratic Society’”, (2007) *PL* 770.

Young, A.L., ‘In Defence of Due Deference’, 72 *Modern Law Review* (2009).

ДОКУМЕНТИ САВЈЕТА ЕВРОПЕ

Извјештај Генералног секретара Савјета Европе *Thorbjørn Jagland*-а од 16.04.2014. године.

Комитет експерата о реформи Суда (DH-GDR), нацрт извјештаја образложења уз Протокол бр. 15, 31. октобар 2012. г., DH-GDR(2012)R2 Addendum IV.

Overview of comparative statistics concerning judgments and violations for the period 1959-2014, European Court of Human Rights, February 2015, available at http://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592014_ENG.pdf

Parliamentary Assembly Resolution 428 (1970) containing a declaration on mass communication media and human rights

Parliamentary Assembly Resolution 1165 (1998) on right to privacy.

Parliamentary Assembly Resolution 1708 (2010) *on solving property issues of refugees and internally displaced persons*.

Council of Europe, ‘Explanatory Note to Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms’ CETS No. 213, para 7, available at www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_explanatory_report_ENG.pdf

ОСТАЛИ ИЗВОРИ

Appellate Body Report, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, 5 April 2001, DSR 2001.

Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919).

International Court of Justice, Advisory Opinion of 28th May 1951 CIJ, *Recueil* 1951.

International Law Commission: *Reports of the Commission to the General Assembly, II Yearbook of the International Law Commission* (1966).

International Criminal Court, Rules of Procedure and Evidence, R. 70, Sept. 10, 2002, ICC-ASP/1/3.

Liselotte Hauer v. Land Rheinland-Pfalz, (1979), 44/79, ECR.

Одбор за привредна, социјална и културна права, „Општи коментар бр. 20: недискриминација привредних, социјалних и културних права“, УН-ов док. E/C.12/GC/20, 10. јун 2009.

Raxcaco Reyes v. Guatemala, INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2005d.

Rules of Court of the International Court of Justice 1978 (as amended on 29 September 2005).

Prosecutor v Jelusic, ICTY AC Decision of 15 Nov. 2000.

Prosecutor v Furundžija, ICTY AC Decision of 10 Dec. 1998.

Case C-83/94, Germany v Leifer [1995] ECR I-3231.

HRC, Report of the Human Rights Committee, Volume I, Ninety-Seventh till Ninety-Ninth Session 12.-30 July 2010. (2010).

US Supreme Court, *Hawai Houisng Authority protiv Midkiff* 10` S. Ct 2321 (1984).

UN Principles on Housing and Property Restitution for Refugees and Displaced Persons E/CN.4/Sub.2/2005/17.

U.N. Doc. A/CONF: 157/TBB/4, 16 June 1993.

World Trade Organisation, Chr. Ruiz Fabri et P. Monnier, à propos des mesures sanitaires et phytosanitaires, Organe d'appel OMC, 26 nov. 2003 (États –Unis c. Japon), JDI. 3. 2004.

ЈУРИСПРУДЕНЦИЈА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Предмети се воде према датуму пресуде или одлуке. За додатне информације видјети HUDOC он-лине базу података, <http://hudoc.echr.coe.int/>

X. против Њемачке, одлука Комисије од 17.12.1955.г. (Yearbook of the ECHR Vol. I, p. 228).

German Communist Party против Њемачке, одлука о прихватљивости Комисије од 20.07.1957.г.

E. против Аустрије, одлука Комисије од 05.08.1960.г., (Yearbook 3 p. 310-321).

X. против Савезне Републике Њемачке, одлука Комисије од 13.04.1961.г. (Yearbook 4 p. 240-259)

H. против Белгије, пресуда од 21.12.1960.г. (Yearbook 3 p. 444-449).

Lawless против Ирске, пресуда од 1.07.1961.г.

Iversen против Норвешке, одлука од 17.12.1963 (1963) 6 Ybk, 278, at 330.

X. против Савезне Републике Њемачке, одлука од 01.04.1968.г. (Collection of Decisions 26 p. 33-41).

Двадесет и једно притворено лице против СР Њемачке, одлука Комисије од 06.04.1968.г., Collection 27.

Wemhoff против Њемачке, пресуда од 27.06.1968.г.

Neumeister против Аустрије, пресуда од 27.06.1968.г.

Случај „који се односи на одређене аспекте закона о употреби језика у образовању у Белгији“ (Белгијски лингвистички случај), пресуда од 23.07.1968.г.

Данска против Грчке, Норвешка против Грчке, Шведска против Грчке, Холандија против Грчке (Грчки случај), 12 Yearbook of the European Convention, Special Edition, 1969. *Greek Case* (1969) 12 Yearbook ECHR 1.

Delcourt против Белгије, пресуда од 17.01.1970.г.

X. против Савезне Републике Њемачке, одлука од 01.04.1970.г. (Collection of Decisions 37 p. 119-123).

Ringelsen против Аустрије, пресуда од 16.04.1971.г.

De wilde Ooms and Versyp („случај скитница“) *против Белгије*, пресуда од 10.03.1972.г.

X. против Холандије, одлука Комисије од 18.12.1973.г. (16 Yearbook of the European Convention on Human Plights 274).

X. против Уједињеног краљевства, одлука од 18.07.1974.г.

Schmid and Dahstrom против Шведске, пресуда од 06.02.1975.г.

Golder против Уједињеног краљевства, пресуда од 21.02.1975.г.

X. против Белгије, пресуда од 29.09.1975.г.

National Union of Belgian Police против Белгије, пресуда од 27.10.1975.г.

Ирска против Уједињеног краљевства, Извјештај Комисије од 25.01.1976.г.

Синдикат шведских возача локомотива против Шведске, пресуда од 06.02.1976.г.

Brüggemann and Scheuten против Њемачке, одлука Комисије о прихватљивости од 19.05.1976.г.

Engel и други против Холандије, пресуда од 8. 07. 1976.г.

Handyside против Уједињеног краљевства, пресуда од 7.12. 1976.г.

Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen против Данске, пресуда од 07.12.1976.г.

X. против Ирске, одлука Комисије из 1976. г.

Ирска против Уједињеног краљевства, пресуда од 18. 01. 1978. г.

Tyrrer против Уједињеног краљевства, пресуда од 25.04.1978.г.

X. против Уједињеног краљевства, пресуда од 02.05.1978.г.

Konig против Савезне Републике Њемачке, пресуда од 28.06.1978.г.

Klass и други против Њемачке, пресуда од 06.09.1978.г.

Luedicke, Belkacem and Koc против Њемачке, пресуда од 28.11.1978.г.

Sunday Times против Уједињеног краљевства, пресуда од 26.04.1979.г.

Marckx против Белгије, пресуда од 13.06.1979.г.

Airey против Ирске, пресуда од 09.10.1979.г.

Glimmerveen and Haagenbeek против Холандије, одлука Комисије од 11.10.1979.г.

Winterwerp против Холандије, пресуда од 24.10.1979.г.

Deweert против Белгије, пресуда од 27.02.1980.г.

Raton против Уједињеног краљевства, одлука Комисије о прихватљивости од 13.05.1980.г.

Christians against Racism and Fascisms против Уједињеног краљевства, одлука Комисије од 16.07.1980.г.

Le Compte, van Leuven and de Mevere против Белгије, пресуда од 23. 06.1981.г.

Young, James and Webster против Уједињеног краљевства, пресуда од 13.08.1981.г.

Dudgeon против Уједињеног краљевства, пресуда од 22.10.1981.г.

X против Уједињеног краљевства, пресуда од 05.11.1981.г.

Adolf против Аустрије, пресуда од 26.03. 1982.г.

Sporrong and Lonnroth против Шведске, пресуда од 23.09.1982.г.

Silver и други против Уједињеног краљевства, пресуда од 25.03.1983.г.

Oztürk против Савезне Републике Њемачке, пресуда од 21.02.1984.г.

Luberti против Италије, пресуда од 23.02.1984.г.

Öztürk против Њемачке, пресуда од 21.02.1984.г.

W and D.M. and H.I. против Уједињеног краљевства, пресуда од 06.03.1984.г.

Campbell and Fell против Уједињеног краљевства, пресуда од 28.06.1984.г.

Malone против Уједињеног краљевства, пресуда од 02.08.1984.г.

De Cubber против Белгије, пресуда од 26.10.1984.г.

Rasmussen против Данске, пресуда од 28.11.1984.г.

Colozza против Италије, пресуда од 12.02.1985.г.

Barthold против Њемачке, пресуда од 25.03.1985.г.

X and Y против Холандије, пресуда од 26.03 1985.г.

Bönisch против Аустрије, пресуда од 6.05 1985.г.

Ashingdane против Уједињеног краљевства, пресуда од 28.05.1985.г.

Abdulaziz, Cabales, and Balkandali против Уједињеног краљевства, пресуда од 28.05.1985.г.

Family K and W против Холандије 1 1278/84, одлука од 1.07.1985.г.

Bethem против Холандије, пресуда од 23.10. 1985.г.

Deumeland против Савезне Републике Њемачке, пресуда од 29.05 1986.г.

Feldbrugge против Холандије, пресуда од 29.05.1986.г.

Lingens против Аустрије, пресуда од 08.07.1986.г.

Glaserapp против Њемачке, пресуда од 28. 08. 1986. г.

Rees против Уједињеног краљевства, пресуда од 17.10.1986.г.

Agosi против Уједињеног краљевства, пресуда од 24.10.1986

Gillow против Уједињеног краљевства, пресуда од 24.11.1986.г.

Johnston и други против Ирске, пресуда од 18.12.1986. г.

Mathieu-Mohin and Clerfayt против Белгије, пресуда од 02.03.1987.г.

Leander против Шведске, пресуда од 26.03.1987.г.

W против Уједињеног краљевства, пресуда од 08.07.1987.г.

Croissant против Њемачке, пресуда од 25.09.1987.г.

Inze против Аустрије, пресуда од 28.10.1987.г.

F. против Швајцарске, пресуда од 18.12. 1987.г.

Olsson против Шведске, пресуда од 24.03.1988.г.

Belilos против Швајцарске, пресуда од 29.04.1988.г.

University of Illinois Foundation против Холандије, одлука Комисије од 2.05. 1988.г.

Kühnen против СР Њемачке, одлука Комисије о прихватљивости од 12.05.1988.г.

Müller и други против Швајцарске, пресуда од 24.05.1988.г.

Plattform "Ärzte Für Das Leben" против Аустрије, пресуда од 21. 06. 1988.г.

Salabiaku против Француске, пресуда од 07.10.1988.г.

Norris против Ирске, пресуда од 26.10.1988.г.

Brogan и остали против Уједињеног краљевства, пресуда од 29.11.1988.г.

Kuhnen против Савезне Републике Њемачке, 56 EUROPEAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS DECISIONS AND REPORTS 205 (1988).

Barfod против Данске, пресуда од 22.02.1989.г.

Chappell против Уједињеног краљевства, пресуда од 30.03.1989.г.

Gaskin против Уједињеног краљевства, пресуда од 07.07.1989.г.

Soering против Уједињеног краљевства, пресуда од 07.07.1989.г.

Tre Traktörer Aktiebolag против Шведске, пресуда од 07.07.1989.г.

H., W., P. and K. против Аустрије, одлука Комисије од 12.10.1989.г.

Allan Jacobson против Шведске, пресуда од 25.10.1989.г.,

Kostovski против Холандије, пресуда од 20.11. 1989.г.

Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann против Њемачке, пресуда од 20.11.1989.г.

Mellacher и други против Аустрије, пресуда од 19.12.1989.г.

Van der Leer против Холандије, пресуда од 21.02. 1990.г.

Powell and Rayner против Уједињеног краљевства, пресуда од 21.02.1990.г.

Håkansson and Sturesson против Шведске, пресуда од 21.02.1990.г.

Kruslin против Француске, пресуда од 24.04. 1990.г.

Ezelin против Француске, пресуда од 26.04.1991.г.

Autronic AG против Швајцарске, пресуда од 22.05.1990.г.

Weber против Швајцарске, пресуда од 22.05. 1990.г.

Cossey против Уједињеног краљевства, пресуда од 27.09.1990.г.

Moustaquim против Белгије, пресуда од 18. 02. 1991.г.

Isgro против Италије, пресуда од 19.02.1991.г.

Cruz Varas и други против Шведске, пресуда од 20.03.1991.г.

Ezelin против Француске, пресуда од 26.04.1991.г.

Asch против Аустрије, пресуда од 26.04. 1991.г.

Oberschlick против Аустрије, пресуда од 23.05.1991.г.

Demicoli против Малте, пресуда од 27.08.1991.г.

Vilvarajah и други против Уједињеног краљевства, пресуда од 30.10.1991.г.

Observer and Guardian против Уједињеног краљевства, пресуда од 26.11.1991.г.

Sunday Times против Уједињеног краљевства (Бр. 2), пресуда од 26.11.1991.г.

Pine Valley Developements Ltd против Ирске , пресуда од 29.11.1991.г.

Vermeire против Белгије, пресуда од 29.11.1991.г.

Casado Coca против Шпаније, пресуда од 24.2.1994.г.

Beldjoudi против Француске, пресуда од 26.03.1992.г.

Castells против Шпаније, пресуда од 23.04. 1992.г.

Vodal против Белгије, пресуда од 22.04. 1992.г.

RH против Норвешке, одлука Комисије о прихватљивости од 19.05.1992.г.

Thorgeir Thorgeirson против Исланда, пресуда од 25.06.1992.г.

Tomasi против Француске, пресуда од 17.08.1992. г.

Schwabe против Аустрије, пресуда од 28.8.1992.г.

Open Door and Dublin Well Woman против Ирске, пресуда од 29.10.1992.г.

Edwards против Уједињеног краљевства, пресуда од 25.11.1992.г.

Olsson против Шведске, пресуда од 27.11.1992.г.

Niemietz против Њемачке, пресуда од 16.12. 1992.г.

Hadjianastassiou против Грчке, пресуда од 16.12.1992.г.

Niemitz против Њемачке, пресуда од 16.12.1992.г.

Funke против Француске, пресуда од 25. 02 1993.г.

Cremieux против Француске и Mialhe против Француске, пресуде од 25.02.1993.г.

Modinas против Кипра, пресуда од 22.04.1993.г.

Kokkinakis против Грчке, пресуда од 25.05.1993.г.

Brannigan and McBride против Уједињеног краљевства, пресуда од 26.05.1993.г.

Hofman против Аустрије, пресуда од 23.06.1993.г.

Paramichalopoulos и други против Грчке, пресуда од 24.06.1993.г.

Schuler-Zraggen против Швајцарске, пресуда од 24.06.1993.г.

Sigurdur A. Sigurjónsson против Исланда, пресуда од 30.06.1993.г.

Chorherr против Аустрије, пресуда од 25.08.1993.г.

Figus milone против Италије, пресуда од 22.09. 1993.г.

A. против Француске, пресуда од 23.11.1993.г.

Informationsverein Lentia и други против Аустрије, пресуда од 24.11.1993.г.

Burghartz против Швајцарске, пресуда од 22. 02. 1994.г.

Ravnsborg против Шведске, пресуда од 23.03.1994.г.

Keegan против Ирске , пресуда од 26.05 1994.г.

Jacubowski против Њемачке, пресуда од 23.06.1994.г.

Venditelli против Италије, пресуда од 18.07. 1994.г.

Ochensberger против Аустрије, oduka од 02.09.1994.г.

Otto Preminger Institut против Аустрије, пресуда од 20.09.1994.г.

Hentrich против Француске, пресуда од 22.09.1994.г.

Jersild против Данске, пресуда од 23.09.1994.г.

Hokkanen против Финске, пресуда од 23.09.1994.г.

Kroon i ostali против Холандије, пресуда од 27.10. 1994.г.

Murray против Уједињеног краљевства, пресуда од 28.10.1994.г.

López Ostra против Шпаније, пресуда од 09. 12. 1994.г.

The Holy Monasteries против Грчке, пресуда од 09.12.1994.г.

Vereinigung Demokratischer Soldaten Osterreichs und Gubi против Аустрије, пресуда од 19.12.1994.г.

Friedl против Аустрије, пресуда од 31.01.1995.г.

Welch против Уједињеног краљевства, пресуда од 9.02. 1995.г.

Vereniging Weekblad Bluf! против Холандије, пресуда од 9.2.1995.г.

Gasus Dossier-und Fördertechnik GmbH против Холандије, пресуда од 23.02.1995.г.

McMichael против Уједињеног краљевства, пресуда од 24.02.1995.г.

R.L. против Холандије, одлука Комисије од 18.03.1995.г.

Loizidou против Турске (прелиминарна разматрања), пресуда од 23.03.1995.г.

Prager and Oberschlick против Аустрије, пресуда од 26.04.1995.г.

Piermont против Француске, пресуда од 27.04.1995.г.

Jamil против Француске, пресуда од 8.06.1995.г.

Tolstoy Miloslavsky против Уједињеног краљевства, пресуда од 13.07.1995.г.

Nasri против Француске, пресуда од 13.07.1995.г.

Vogt против Немачке, пресуда од 26.09.1995.г.

McCann и други против Уједињеног краљевства, пресуда од 27.09.1995.г.

Honsik против Аустрије, одлука Комисије од 18.10.1995.г.

Agrotexim против Грчке, пресуда од 24.10.1995.г.

Paratichaloroulois и други против Грчке, пресуда од 31.10.1995.г.

Pressos Compania Navera S.A. и други против Белгије, пресуда од 20.11.1995.г.

Bellet против Француске, пресуда од 04.12.1995.г.

Ribitsch против Аустрије, пресуда од 4.12.1995.г.

Doorson против Холандије, пресуда од 26.03.1996.г.

Phocas против Француске, пресуда од 03.04.1996.г.

Magnago and Südtiroler Volkspartei против Италије, одлука Комисије од 15.04.1996.г.

Boughanemi против Француске, пресуда од 24.04.1996.г.

Gustafsson против Шведске, пресуда од 25.04.1996.г.

Amuur против Француске, пресуда од 25.06.1996.г.

D.I. против Немачке, одлука Комисије од 26.06.1996.г.

Matos e Silva, Lda и други против Португала, пресуда од 16.09.1996.г.

Gaygusuz против Аустрије, пресуда од 16.09.1996.г.

Manoussakis и други против Грчке, пресуда од 26.09.1996.г.

Buckleу против Уједињеног краљевства, пресуда од 29.09.1996.г.

Chahal против Уједињеног краљевства, пресуда од 15.11.1996.г.

Wingrove против Уједињеног краљевства, пресуда од 25.11.1996.г.

Aksoy против Турске, пресуда од 18.12.1996.г.

Valsamis против Грчке, пресуда од 18.12.1996.г.

Van Raalte против Холандије, пресуда од 21.02.1997.г.

De Haes and Gijssels против Белгије, пресуда од 24.02.1997.г.

Z. против Финске, пресуда од 25.02.1997.г.

X, Y and Z против Уједињеног краљевства, пресуда од 22.04.1997.г.

Eriksen против Норвешке, пресуда од 27.05.1997.г.

Halford против Уједињеног краљевства, пресуда од 25.06.1997.г.

M.S. против Шведске, пресуда од 27.08.1997.г.

Worm против Аустрије, пресуда од 29.08.1997.г.

Grigoriades против Грчке, пресуда од 25.11.1997.г.

Zana против Турске, пресуда од 25.11.1997.г.

Camenzind против Швајцарске, пресуда од 16.12.1997.г.

Catholic Church против Грчке, пресуда од 16.12.1997.г.

United Communist Party против Турске, 30.01.1998.г.

Guerra и други против Италије, пресуда од 19.02.1998.г.

Larissis и други против Грчке, пресуда од 24.02.1998.г.

Korр против Швајцарске, пресуда од 25.03.1998.г.

Petrovic против Аустрије, пресуда од 27.03.1998.г.

Vasilescu против Румуније, пресуда од 22.05.1998.г.

Müller против Швајцарске, пресуда од 24.05.1998.г.

The Socialist Party и други против Турске, пресуда од 25.05.1998.г.

L.C.B. против Уједињеног краљевства, пресуда од 09.06.1998.г.

Incal против Турске, пресуда од 09.06.1998.г.

McGinley and Egan против Уједињеног краљевства, пресуда од 09.06.1998.г.

Khatun и 180 drugih против Уједињеног краљевства, одлука о прихватљивости од 1.07.1998.г.

Omar против Француске, пресуда од 29.07.1998.г.

Sheffield and Horsham против Уједињеног краљевства, пресуда од 30.07.1998.г.

Hertel против Швајцарске, пресуда од 25.08.1998.г.

Ahmed и други против Уједињеног краљевства, пресуда од 02.09.1998.г.

Lehideux против Француске, пресуда од 23.09.1998.г.

Assenov и други против Бугарске, пресуда од 28.10.1998.г.

Osman против Уједињеног краљевства, пресуда од 28.10.1998.г.

Janowski против Пољске, пресуда од 21.01.1999.г.

Matthews против Уједињеног краљевства, пресуда од 18.02.1999.г.

Iatridis против Грчке, пресуда од 25.03.1999.г.

Chassagnou против Француске, пресуда од 29.04.1999.г.

Bladet Tromso and Stensaas против Норвешке, пресуда од 20.05.1999.г.

Rekvényi против Мађарске, пресуда од 20.05.1999.г.

Cakici против Турске, пресуда од 08.07. 1999.г.

Cylan против Турске, пресуда од 08.07.1999.г.

Sürek против Турске (Бр. 1), пресуда од 08.07.1999.г.

Karataş против Турске, пресуда од 08.07.1999.г.

Rudzinska против Пољске, одлука о прихватљивости од 07.09.1999.г.

Lustig-Prean and Beckett против Уједињеног краљевства, пресуда од 27.09.1999.г.

Smith and Grady против Уједињеног краљевства, 27.09.1999.г.

Lustig-Prean and Beckett против Уједињеног краљевства, пресуда од 27.09.1999.г.

Brumarescu против Румуније, пресуда од 28.10.1999.г.

Pellegrin против Француске, пресуда од 8.12.1999.г.

Özder против Турске, пресуда од 08.12.1999.г.

Salgueiro Da Silva Mouta против Португала, пресуда од 21.12.1999.г.

Beyeler против Италије, пресуда од 5.01.2000.г.

Ignaccolo-Zenide против Швајцарске, пресуда од 25.01.2000.г.

Mazurek против Француске, пресуда од 01.02.2000.г.

Amann против Швајцарске, пресуда од 16.02.2000.г.

Andreas Wabl против Аустрије, пресуда од 21.03.2000.г.

Witold Litwa против Пољске, пресуда од 04.04.2000.г.

Labita против Италије, пресуда од 6. 04.2000.г.

Khan против Уједињеног краљевства, пресуда од 12.05.2000.г.

Frydlender против Француске, пресуда од 27.06.2000.г.

Cha'are Shalom Ve Tsedek против Француске, пресуде од 27.06.2000.г.

Niedbala против Пољске, пресуда од 04.07.2000.г.

Selmouni против Француске, пресуда од 28.7.2000.г.

Tele 1 Privatfernsehgesellschaft MBH против Аустрије, пресуда од 21.09.2000.г.

Guisset против Француске, пресуда од 26.09.2000.г.

Messina против Италије, пресуда од 28. 09. 2000.г.

Maaoiua против Француске, пресуда од 5.10.2000. г.

Verbanov против Бугарске, пресуда од 05.10.2000.г.

Strunjak и други против Хрватске, одлука о неприхватљивости од 05.10.2000.г.

Janković против Хрватске, одлука о неприхватљивости од 12.10.2000.г.

Kudla против Пољске, пресуда од 26.10.2000.г.

Hasan Chaush против Бугарске, пресуда од 26.10.2000.г.

Sevtar Veznedaroglu против Турске, пресуда од 04.11.2000.г.

Bilgin против Турске, пресуда од 16.11.2000.г.

Bivši kralj Грчке и други против Грчке, пресуда од 23.11.2000.г.

Bensaid против Уједињеног краљевства, пресуда од 06.02.2001.г.

Dahlab против Швајцарске, одлука о прихватљивости од 15.02.2001.г.

Peers против Грчке, пресуда од 19.04.2001.г.

Maronek против Словачке, пресуда од 19.04.2001.г.

Z и други против Уједињеног краљевства, пресуда од 10.05.2001.г.

Mata Estevez против Шпаније, пресуда од 10.05.2001.г.

Kress против Француске, пресуда од 07.06.2001.г.

Federación nacionalista Canaria против Шпаније, пресуда од 07.06.2001.г.

Петар Шево против Хрватске, одлука о прихватљивости од 14.06.2001.г.

Kreuz против Пољске, пресуда од 19.6.2001.г.

Erdem против Њемачке, пресуда од 5. 07. 2001.г.

Grande Oriente d'Italia di Palazzo против Италије, пресуда од 02.08.2001.г.

Boultif против Швајцарске, пресуда од 02.08.2001.г.

P.G. and J.H. против Уједињеног краљевства, пресуда од 25.09.2001.г.

Pichon and Sajous против Француске, пресуда од 02.10.2001.г.

Natton против Уједињеног краљевства, пресуда од 02.10.2001.г.

Howiecki против Пољске, пресуда од 04.10.2001.г.

Османи и други против БЈР Македоније, одлука о неприхватљивости од 11.10.2001.г.

Банковић и други против Белгије и осталих, одлука о прихватљивости представке од 12.12.2001.г.

Бесарабијска митрополија и други против Молдавије, пресуда од 13.12. 2001.г.

Џонка против Белгије, пресуда од 05.02.2002.г.

Микулић против Хрватске, пресуда од 07.02.2002.г.

Frette против Француске, пресуда од 26.02.2002.г.

Pretty против Уједињеног краљевства, пресуда од 29.02.2002.г.

Кутих против Хрватске, пресуда од 01.03.2002.г.

Nikula против Финске, пресуда од 21.03.2002.г.

Karakurt против Аустрије, пресуда од 04.04.2002.г.

Podkolzina против Летоније, пресуда од 9.04.2002.г.

Société Colas Est и други против Француске, пресуда од 16.04. 2002.г.

Stafford против Уједињеног краљевства, пресуда од 28.05.2002.г.

Al-Nashif против Бугарске, пресуда од 20.06.2002.г.

Berlinski против Пољске, пресуда од 20.06.2002.г.

Azinas против Кипра, пресуда од 20.06.2002.г.

Wilson and National Union of Journalists и други против Уједињеног краљевства, пресуда од 02.07.2002.г.

Gayduk против Украјине, одлука о прихватљивости од 02.07.2002.г.

Christine Goodwin против Уједињеног краљевства, пресуда од 11.07.2002.г.

I. против Уједињеног краљевства, пресуда од 11.07.2002.г.

Sovtransavto Holding против Украјине, пресуда од 25.07.2002.г.

Colombani и други против Француске, пресуда од 25.07.2002.г.

Voso против Италије, пресуда од 05.09.2002.г.

M.G. против Уједињеног краљевства, пресуда од 24.09.2002.г.

Аћимовић против Хрватске, пресуда од 09.10.2002.г.

Taylor-Sabori против Уједињеног краљевства, пресуда од 22.10.2002.г.

Ploski против Пољске, пресуда од 12. 11. 2002.г.

N.C. против Италије, пресуда од 18.12.2002.г.

Salara против Пољске, пресуда од 19.12. 2002.г.

K. and A. против Финске, пресуда од 14. 01. 2003.г.

Peck против Уједињеног краљевства, пресуда од 28.01. 2003.г.

Odièvre против Француске, пресуда од 13.02.2003.г.

Refah Partisi (The Welfare Party) против Турске, пресуда од 13. 02. 2003.г.

Jantner против Словачке, пресуда од 4.03.2003.г.

Yvon против Француске, пресуда од 24.04. 2003.г.

Poltoratskiy, Kuznetsov, Nazarenko, Dankevich, Aliev, Khokhlich, сви против Украјине, пресуде од 29. 04. 2003.г.

Appelby против Уједињеног краљевства, пресуда од 06.05.2003.г.

Perna против Италије, пресуда од 06.05.2003.г.

Murphy против Ирске, пресуда од 10.06.2003.г.

Garaudy против Француске, одлука о прихватљивости од 24.06. 2003.г.

Hattoni други против Уједињеног краљевства, пресуда од 8.07.2003.г.

Sommerfeld против Њемачке, пресуда од 8. 07. 2003.г.

Djavit An против Турске, пресуда од 09.07.2003.г.

Van Kück против Њемачке, пресуда од 12.07.2003.г.

Ernst и други против Белгије, пресуда од 15.07.2003.г.

Y.F. против Турске, пресуда од 22.07.2003.г.

Karner против Аустрије, пресуда од 24.07. 2003.г.

Koua Poirrez против Француске, пресуда од 30.09.2003.г.

Аћимић против Хрватске, пресуда од 09.10.2003.г.

Steur против Холандије, пресуда од 28.10.2003.г.

Krone Verlag GmbH & Co KG (Бр. 2) против Аустрије, пресуда од 06.11.2003.г.

Gündüz против Турске, пресуда од 04.12.2003.г.

МС против Бугарске, пресуда од 04.12.2003.г.

Mianowski против Пољске, пресуда од 16.12. 2003.г.

Jahn i ostali против Њемачке, пресуда од 22.01.2004.г.

Цвијетић против Хрватске, пресуда од 26.02.2004.г.

Пиберник против Хрватске, пресуда од 04.03.2004.г.

Glass против Уједињеног краљевства, пресуда од 09.03.2004.г.

Seurot против Француске, одлука о неприхватљивости од 18.05.2004.г.

Aziz против Кипра, пресуда од 22.06.2004.г.

Broniowski против Пољске, пресуда од 22.06.2004.г.

Von Hannover против Њемачке (br.1), пресуда од 24.06.2004.г.

Vo против Француске, пресуда од 08.07.2004.г.

Sabou and Pircalab против Румуније, пресуда од 28.09.2004.г.

Presidential Party of Mordovia против Русије, пресуда од 05.10.2004.г.

Кјартан Асмундссон против Исланда, пресуда од 12.10.2004.г.

Melnuchenko против Украјине, пресуда од 18.10.2004.г.

Маринковић против Хрватске, пресуда од 21.10.2004.г.

Драговић против Хрватске, пресуда од 28.10.2004.г.

Unal Tekeli против Турске, пресуда од 16.11.2004.г.

Moreno Gomez против Шпаније, пресуда од 16.11.2004.г.

Norwood против Уједињеног краљевства, одлука о неприхватљивости од 16.11.2004.г.

Prokopovich protiv Русије пресуда од 18.11.2004.г.
Oneriyildiz protiv Турске, пресуда од 30.11. 2004.г.
Драгићевић против Хрватске, пресуда од 09.12.2004.г.
Врховни свети савјет муслиманске заједнице против Бугарске, пресуда од 16.12.2004.г.
Pedersen and Baadsgard protiv Данске, пресуда од 17.12.2004.г.
Busuioc protiv Молдавије, пресуда од 21.12.2004.г.
Hoogendijk protiv Холандије, пресуда од 06.01.2005.г.
Sciacca protiv Италије, пресуда од 11.01.2005.г.
Enhorn protiv Шведске, пресуда од 25.01.2005.г.
Partidul Comunistilor (Nepeseristi) a Ungureanu protiv Румуније, пресуда од 03.02.2005.г.
Steel and Morris protiv Уједињеног краљевства, пресуда од 15.02.2005.г.
Pakdemirli protiv Турске, пресуда од 22.02.2005.г.
Jankauskas protiv Литваније, пресуда од 24. 02. 2005.г.
Maltzan и други против Њемачке, пресуда од 02.03.2005.г.
Brinks protiv Холандије, пресуда од 05.04.2005.г.
Monory protiv Румуније и Мађарске, пресуда од 05. 04. 2005.г.
Öcalan protiv Турске, пресуда од 12.05.2005.г.
Vetter protiv Француске, пресуда од 31.05.2005.г.
Storck protiv Њемачке, пресуда од 16.06.2005.г.
Nachova и други против Бугарске, пресуда од 06.07.2005.г.
Soloduyk protiv Русије, пресуда од 12.07.2005.г.
Moldovan и други против Румуније, пресуда од 12.07.2005.г.
V. and L. protiv Уједињеног краљевства, пресуда од 13.09.2005.г.
I.A. protiv Турске, пресуда од 13.09.2005.г.
Hirst protiv Уједињеног краљевства, пресуда од 06.10.2005.г.
Banfield protiv Уједињеног краљевства, пресуда од 18.10.2005.г.
Haydarie и други против Холандије, одлука о прихватљивости од 20. 10. 2005.г.
United Macedonian Organisation Ilinden – Pirin и други против Бугарске, пресуда од 20.10.2005.г.
Leyla Sahin protiv Турске, пресуда од 10.11.2005.г.
Păduraru protiv Румуније, пресуда од 01.12.2005.г.
Tiquabo-Tekle и други против Холандије, пресуда од 1. 12 2005.г.
Timishev protiv Русије, пресуда од 13. 12.2005.г.
Караџић против Хрватске, пресуда од 15.12.2005.г.

Sorensen and Rasmussen protiv Данске, пресуда од 11.01.2006.г.
Kurtulmus protiv Турске, одлука о прихватљивости од 24.01.2006.г.
Turek protiv Словачке, пресуда од 14.02.2006.г.
Wilkinson protiv Уједињеног краљевства, пресуда од 28.02. 2006.г.
Блечић против Хрватске, пресуда од 08.03.2006.г.
Ždanoka protiv Летоније, пресуда од 16.03.2006.г.
Sukhovetskyu protiv Украјине, пресуда од 28.03.2006.г.
Stec и други против Уједињеног краљевства, пресуда од 12.04.2006.г.
Костески против БЈР Македоније, пресуда од 13.04.2006.г.
Roseiro Bento protiv Португала, пресуда од 18.04.2006.г.
Aydin Tatlav protiv Турске, пресуда од 02.05.2006.г.
Ambroszkiewicz protiv Пољске, пресуда од 04.05.2006.г.
Segerstedt-Wiberg и други против Шведске, пресуда од 06.06.2006.г.
Hutten-Czarska protiv Пољске, пресуда од 19.06.2006.г.
Bianchi protiv Швајцарске, 22. 06. 2006.г.
D protiv Ирске , пресуда од 27.06.2006.г.
Erbakan protiv Турске, пресуда од 06.07.2006.г.
Vajazuh protiv Хрватске, пресуда од 20.07.2006.г.
НотО против Шведске, одлука од 21.07. 2006.г.
Monnat protiv Швајцарске, пресуда од 21.09.2006.г.
Zakharov protiv Русије, пресуда од 05.10.2006.г.
Paulik protiv Словачке, пресуда од 10.10.2006.г.
Kök protiv Турске, пресуда од 19.10.2006.г.
Јеличић против Босне и Херцеговине, пресуда од 31.10.2006.г.
Giacomelli protiv Италије, пресуда од 02.11.2006.г.
Imakayeva protiv Русије, пресуда од 9.11.2006.г.
Österreichischer Rundfunk protiv Аустрије, пресуда од 07.12.2006.г.
Linkov protiv Републике Чешке, пресуда од 07.12.2006.г.
Verlagsgruppe News GmbH protiv Аустрије (бр. 2), пресуда од 14.12.2006.г.
Radanović protiv Хрватске, пресуда од 21.12.2006.г.
Sisojeva и други против Летоније, пресуда од 15.01.2007.г.
Vereinigung Bildender Künstler protiv Аустрије, пресуда од 25.01.2007.г.
Pavel Ivanov protiv Русије, одлука о неприхватљивости од 20.02.2007.г.

V.A.M. против Србије, пресуда од 13.03.2007.г.
Velikovi и други против Бугарске, пресуда од 15.03.2007.г.
Tysiāc против Пољске, пресуда од 20.03.2007.г.
Copland против Уједињеног краљевства, пресуда од 03.04.2007.г.
Assanidze против Грузије, пресуда од 08.04.2007.г.
Evans против Уједињеног краљевства, пресуда од 10.04.2007.г.
Intersplav против Украјине, пресуда од 23.05.2007.г.
Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani против Италије (бр. 2), пресуда од 31.05.2007.г.
Бистровић против Хрватске, пресуда од 31.05.2007.г.
Томић против Србије, пресуда од 26.06.2007.г.
Јевремовић против Србије, пресуда од 17.07.2007.г.
L. против Литваније, пресуда од 11.09.2007.г.
Ковачић и други против Словеније, пресуда од 03.10.2008.г.
Илић против Србије, пресуда од 09.10.2007.г.
Lindon, Otchakovsky-Laurens and July против Француске, пресуда од 22.10.2007.г.
Van Vondel против Холандије, пресуда од 25.10.2007.г.
Штимић против Хрватске, пресуда од 08.11.2007.г.
D.H. и други против Чешке Републике, пресуда од 13.11.2007.г.
Pfeifer против Аустрије, пресуда од 15. 11. 2007.г.
Liczak против Пољске, пресуда од 27.11.2007.г.
Partija "Jaunie Demokrāti" and Partija "Mūsu Zeme" против Летоније, пресуда од 29.11.2007.г.
Dickson против Уједињеног краљевства, пресуда од 04.12.2007.г.
Gashi против Хрватске, пресуда од 13.12.2007.г.
ЕВ против Француске, пресуда од 22.01.2008.г.
Budayeva и други против Русије, пресуда од 22.03.2008.г.
Tourkiki Enosi Xanthis и други против Грчке, пресуда од 27.03.2008.г.
Shtukaturov против Русије, пресуда од 27.03.2008.г.
Kart против Турске, пресуда од 24.04.2008.г.
Burden and Burden против Уједињеног краљевства, пресуда од 29.04.2008.г.
Ladent против Пољске, пресуда од 18.06.2008.г.
Adamson против Летоније, пресуда од 24.06.2008.г.
Borysiewicz против Пољске, пресуда од 1.07.2008.г.
Yutak and Sadak против Турске, пресуда од 08.07.2008.г.
Vajnai против Мађарске, пресуда од 08.07.2008.г.

Gilles Soulas and Guillaume Faye против Француске, пресуда од 10.07.2008.г.
Ориуи и други против Хрватске, пресуда од 17.07.2008.г.
Вучковић и други против Србије, пресуда од 28.08.2012.г.
Petrina против Румуније, пресуда од 14.10.2008.г.
Kuznetsov против Русије, пресуда од 23.10.2008.г.
Khuzhin и други против Русије, пресуда од 23.10.2008.г.
Demir and Baykara против Турске, пресуда од 12.11.2008.г.
Дамјановић против Србије, пресуда од 18.11.2008.г.
Artoniene против Литваније, пресуда од 25.11.2008.г.
Salduz против Турске, пресуда од 27.11.2008.г.
К.У. против Финске, пресуда од 02.12.2008.г.
S. & Margret против Уједињеног краљевства, пресуда од 04.12.2008.г.
Dogru против Француске, пресуда од 04.12.2008.г.
Giorgi Nikolaishvili против Грузије, пресуда од 13.01.2009.г.
Бранко Томашић против Хрватске, пресуда од 15.01.2009.г.
Reklos and Davourlis против Грчке, пресуда од 15.01.2009.г.
Удружење грађана „Радко и Пауновски“ против БЈР Македоније, пресуда од 15.01.2009.г.
Ђосић против Хрватске, пресуда од 15.01.2009.г.
Ligue Islamique du monde et Organisation mondiale du Secours Islamique islamique против Француске, пресуда од 15.01. 2009.г.
Aizsardzības Klubs против Летоније и Tātar против Румуније, пресуде од 27.01.2009.г.
Eerikäinen и други против Финске, пресуда од 10.02.2009.г.
Andrejeva против Летоније, пресуда од 18.02.2009.г.
А. и други против Уједињеног краљевства, пресуда од 19.02.2009.г.
Toma против Румуније, пресуда од 24.02.2009.г.
Bozcaada Kimisis Teodoku Rum Ortodoks Kilisesi Vafki против Турске, пресуда од 03.03.2009.г.
Egeland and Hanseid против Норвешке, пресуда од 16.04.2009.г.
Glor против Швајцарске, пресуда од 30.04.2009.г.,
Szulik против Уједињеног краљевства, пресуда од 2. 06. 2009. г.
Трго против Хрватске, пресуда од 11.06.2009.г.
Бодрожић и Вујин против Србије, пресуда од 23.06.2009.г.
Бегановић против Хрватске, пресуда од 25.06.2009.г.

Aktas против Француске, одлука о прихватљивости од 30.06.2009.г.

Belev i drugi против Бугарске, пресуда од 02.07.2009.г.

Féret против Белгије, пресуда од 16.07.2009.г.

Павлиновић против Хрватске, одлука о неприхватљивости од 03.09.2009.г.

Enea против Италије, пресуда од 17.09. 2009.г.

СС против Шпаније, пресуда од 06.10.2009.г.

Appellrrgang против Њемачке, пресуда од 06.10. 2009.г.

Micallef против Малте, пресуда од 15.10.2009.г.

Euroarpress holding d.o.o. против Хрватске, пресуда од 22.10.2009.г.

Трајче Стојановски против БЈР Македоније, пресуда од 22.10.2009.г.

Паулић против Хрватске, пресуда од 22.10. 2009.г.

Lautsi против Италије, пресуда од 03.11.2009. г.

Суљагић против Босне и Херцеговине, пресуда од 03.11.2009.г.

Томашић против Хрватске, одлука о неприхватљивости од 19.11.2009.г.

Долонец против Хрватске, пресуда од 26.11.2009.г.

Molnar Gabor против Србије, пресуда од 08.12.2009.г.

Wieczorek против Пољске, пресуда од 08.12.2009.г.

Сејдић и Финци против Босне и Херцеговине, пресуда од 22. 12. 2009.г.

Frasik против Пољске, пресуда од 05.01.2010.г.

Rantsev против Кипра и Русије, пресуда од 7.01.2010.г.

Козак против Пољске, пресуда од 02.03.2010.г.

Grosaru против Румуније, пресуда од 02.03.2010.г.

Ориуци и други против Хрватске, пресуда од 16.03.2010.г.

Carson и други против Уједињеног краљевства, пресуда од 16.03.2010.г.

Paraskeva Todorova против Бугарске, пресуда од 25.03.2010.г.

Flinkkilä и други против Финске, пресуда од 06.04.2010.г.

Frodl против Аустрије, пресуда од 08.04.2010.г.

Le Pen против Француске, одлука од 20.04.2010.г.

Ciubotaru против Молдавије, пресуда од 27.04.2010.г.

Alajos Kiss против Мађарске, пресуда од 20.05.2010.г.

Ђокић против Босне и Херцеговине, пресуда од 27.05.2010.г.

Sarap против Турске, пресуда од 08.06.2010.г.

Schwizgebel против Швајцарске, пресуда од 10.06.2010.г.

Dink против Турске, пресуда од 14.09.2010.г.

Илић против Србије, одлука о неприхватљивости од 14.09.2010.г.

Мијушковић против Црне Горе, пресуда од 21.09.2010.г.

Mgn Limited против Уједињеног краљевства, пресуда од 10.05.2011.г.

Савез цркава Ријеч живота и други против Хрватске, пресуда од 09.12.2010.г.

Özpinar против Турске, пресуда од 19. 10. 2010.г.

Obst против Њемачке, пресуда од 23.09. 2010.г.

Schüth против Њемачке, пресуда од 23.09. 2010.г.

Dees против Мађарске, пресуда од 9.11.2010.г.

Симић против Србије, одлука о неприхватљивости од 14.12.2010.г.

O'Donoghue и други против Уједињеног краљевства, пресуда од 14.12.2010.г.

Ovchinnikov против Русије, пресуда од 16.12.2010.г.

A. V. and C. против Ирске, пресуда од 16.12.2010.г.

Paksas против Литваније, пресуда од 06.01.2011.г.

Mosley против Уједињеног краљевства, пресуда од 18.01.2011.г.

Naas против Швајцарске, пресуда од 20.01.2011.г.

Otegi Mondragon против Шпаније, пресуда од 15.03.2011.г.

Lautsi против Италије, пресуда од 18.03.2011.г.

Republican Party of Russia против Русије, пресуда од 12.04.2011.г.

Глушаковић против Хрватске, пресуда од 12.04.2011.г.

Вељков против Србије, пресуда од 19.04.2011.г.

Association "21 December 1989" и други против Румуније, пресуда од 24.05.2011.г.

Жугић против Хрватске, пресуда од 31.05.2011.г.

Ropotaruov против Бугарске, пресуда од 21.06.2011.г.

Крушиковић против Хрватске, пресуда од 21.06.2011.г.

Орлић против Хрватске, пресуда од 21.06.2011.г.

Добрић против Србије, пресуда од 21.06.2011.г.

Georgel and Georgeta Stoicescu против Румуније, пресуда од 26.07. 2011.г.

Valkov и други против Бугарске, пресуда од 25.10.2011.г.

Correia de Matos против Португала, пресуда од 15.11.2011.г.

Копривица против Црне Горе, пресуда од 22.11.2011.г.

Лакићевић и други против Црне Горе и Србије, пресуда од 13.12.2011.г.

Von Hannover против Њемачке (бр.2), пресуда од 07.02.2012.г.

Axel Springer против Њемачке, пресуда од 07.02.2012.г.

Vejdeland u drugi protiv Шведске, пресуда од 09.02.2012.г.

Sitaropoulos and Giakoumopoulos против Грчке, пресуда од 15.03.2012.г.

Konstantin Markin против Русије, пресуда од 22.03.2012.г.

Saccomanno u други против Италије, одлука о прихватљивости од 13.04.2012.г.

Грудић против Србије, пресуда од 17.04.2012.г.

Сашо Горгиев против БЈР Македоније, пресуда од 19.04.2012.г.

Yordanova u други против Бугарске, пресуда од 24.04.2012.г.

Маго u други против Босне и Херцеговине, пресуда од 3.05.2012.г.

Özgürlük Ve Dayanışma Partisi (ÖDP) против Турске, пресуда од 10.05.2012.г.

Scorpola против Италије (бр. 3), пресуда од 22.05. 2012.г.

Бједов против Хрватске, пресуда од 29.05.2012.г.

Kurier Zeitungsverlag und Druckerei GmbH против Аустрије (бр. 2) и *Krone Verlag GmbH против Аустрије*, пресуде од 19.06.2012.г.

Hizb Ut-Tahrir u други против Немачке, одлука о прихватљивости од 19.06.2012.г.

Mouvement Raëlien Suisse против Швајцарске, пресуда од 13.07.2012.г.

D.J. против Хрватске, пресуда од 24.07.2012.г.

Епархија Будимљанско Никшићка u други против Црне Горе, одлука о неприхватљивости од 09.10.2012.г.

Küchl против Аустрије, *Rothe против Аустрије* и *Verlagsgruppe News GmbH and Bobi против Аустрије*, пресуде од 04.12.2012.г.

Арсовски против БЈР Македоније, пресуда од 15.01.2013.г.

Horváth and Kiss против Мађарске, пресуда од 29.01.2013.г.

X против Аустрије, пресуда од 19.02.2013.г.

Neij and Sunde Kolmissoppri против Шведске, одлука о прихватљивости од 19.02.2013.г.

Eon против Француске, пресуда од 14.03.2013.г.

Tarantino против Италије, пресуда од 02.04.2013.г.

M.S. против Хрватске, пресуда од 25.04.2013.г.

Tymoshenko против Украјине, пресуда од 30.04.2013.

Shindler против Уједињеног краљевства, пресуда од 07.05. 2013.г.

Кудумија против Босне и Херцеговине и Србије и Јордан Ременовић и Смајо Машиовић против Босне и Херцеговине, одлуке о неприхватљивости од 04.06.2013.г.

Avilkina u други против Русије, пресуда од 06.06.2013.г.

Vona против Мађарске, пресуда од 09.07. 2013.г.

Brezec против Хрватске, пресуда од 18.07.2013.г.

Von Hannover против Немачке (бр.3), пресуда од 19.09.2013.г.

Стојановић против Хрватске, пресуда од 19.09.2013.г.

Косески против БЈР Македоније, одлука о неприхватљивости од 22.10.2013.г.

Дамјанац против Хрватске, пресуда од 24.10.2013.г.

Поповски против БЈР Македоније, пресуда од 31.10.2013.г.

Vallianatos против Грчке, пресуда од 07.11.2013.г.

Топчић-Росенберг против Хрватске, пресуда од 14.11.2013.г.

Khmel против Русије, пресуда од 12.12.2013.г.

Lillo-Stenberg and Saether против Норвеишке, пресуда од 16.01.2014.г.

Викентијевић против БЈР Македоније, пресуда од 06.02.2014.г.

Калуђеровић-Брајовић против Црне Горе, одлука о неприхватљивости од 11.02.2014.г.

R.M.T. против Уједињеног краљевства, пресуда од 08.04.2014.г.

Марија Божић против Хрватске, пресуда од 24.04.2014.г.

S.A.S. против Француске, пресуда од 01.07.2014.г.

Статилео против Хрватске, пресуда од 10.07.2014.г.

Зорнић против Босне и Херцеговине, пресуда од 15.07.2014.г.

Алишић u други против Босне и Херцеговине, Хрватске, Србије, Словеније и БЈР Македоније, пресуда од 16.07.2014.г.

Ивиновић против Хрватске, пресуда од 18.09.2014.г.

Вуковић против Хрватске, одлука о неприхватљивости од 25.11.2014.г.

Драгојевић против Хрватске, пресуда од 15.01.2015.г.

Алексић против Босне и Херцеговине, одлука о неприхватљивости од 03.02.2015.г.

БИОГРАФИЈА – ОСНОВНИ ПОДАЦИ

Општи подаци

Датум и мјесто рођења: 12. септембар 1978. године у Подгорици

Образовање: магистар правних наука

Брачни статус: ожењен, отац двоје дјеце

Радна биографија

2002. – 2005. година: Приправник у Подручном органу за прекршаје у Подгорици

2005. – 2008. година: Правни савјетник у Министарству за европске интеграције - Одјеку за хармонизацију националног законодавства са легислативом ЕУ, односно Сектору за придруживање ЕУ

2008.- 2011. година: Правни савјетник у Програму за владавину права и људска права а потом и лидер тима на пројекту „Праћење суђења у Црној Гори“ у Мисији ОЕБС-а у Црној Гори

2011. – 2012. година: Правни савјетник Америчке амбасаде у Црној Гори

2012. – 2014. година: Координатор пројекта у сектору здравства у Регионалној канцеларији Свјетске здравствене организације

Од јануара 2015. године: Консултант Делегације Европске уније у Црној Гори у областима демократије и управе, владавине права и основних права, као и у области регионалне и међународне сарадње.

Течно говори енглески језик, а служи се и француским језиком.

Професионалне и стручне активности

Бивши члан многобројних државних делегација и радних група које су се бавиле стратешким и легислативним активностима у области европских интеграција Црне Горе. Прошао велики број обука у земљи и иностранству. Такође је објавио одређен број радова на тему права Европске уније и људских права и био предавач на многим догађајима за потребе обуке црногорске администрације и судства.

Прилог 1.

Изјава о ауторству

Потписани-а _____ Милош Бошковић _____
број индекса _____

Изјављујем

да је докторска дисертација под насловом
„Примјена доктрине поља слободне оцјене у пракси Европског суда за људска
права“

- 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, ___ 24.02.2016. године ___

Прилог 2.

Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада

Име и презиме аутора ____ Милош Бошковић _____

Број индекса _____

Студијски програм ____ Докторске академске студије права _____

Наслов рада ____ „Примјена доктрине поља слободне оцјене у пракси
Европског суда за људска права“ ____

Ментор _____ Проф. др Миленко Крећа _____

Потписани/а _____ Милош Бошковић _____

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, ____ 24.02.2016. године ____

Прилог 3.

Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

„Примјена доктрине поља слободне оцјене у пракси Европског суда за људска права“

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/ла.

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, _____ 24.02.2016. године _____
