



**УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ**

Мр Маја Настић

**УСТАВНОПРАВНИ ОСНОВ ПРИМЕНЕ ЕВРОПСКЕ
КОНВЕНЦИЈЕ ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА И
ОСНОВНИХ СЛОБОДА У ПОСТУПКУ ПРЕД
НАЦИОНАЛНИМ УСТАВНИМ СУДОВИМА**

ДОКТОРСКА ДИСЕРТАЦИЈА

Ментор:

Проф. др Ирена Пејић

Ниш, 2012

I Аутор	
Име и презиме:	Маја Настић
Датум и место рођења:	28.08.1978. Лесковац
Садашње запослење:	Асистент на Катедри за јавно-правне науке Правни факултет Универзитета у Нишу
II Докторска дисертација	
Наслов	Уставноправни основ примене Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода у поступку пред националним уставним судовима
Број страница:	
Број библиографских података:	
Установа и место где је рад израђен	Правни факултет Универзитета у Нишу
Научна област:	Правне науке, ужа јавно-правна научна област Уставна људска права
Ментор:	Проф. др Ирена Пејић
III Оцена и одбрана	
Датум пријаве теме:	03.06.2010.
Број одлуке и датум прихватања докторске дисертације:	8/18-01-005/10-019 15.07.2010.
Комисија за оцену подобности теме и кандидата:	1. Проф. др Маријана Пајванчић 2. Проф. др Драган Стојановић 3. Проф. др Ирена Пејић
Комисија за оцену и одбрану докторске дисертације:	1. Проф. др Маријана Пајванчић, председник 2. Проф. др Драган Стојановић, члан 3. Проф. др Оливера Вучић, члан 4. Проф. др Ирена Пејић, ментор и члан
Датум одбране докторске дисертације:	11.05.2012.
<p>Научни допринос дисертације: Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, иако изграђена на доктрини међународног права, несумњиво задире у област која је традиционално резервисана за уставно право. Утицај који Европска конвенција има на заштиту права на унутрашњем плану сагледано је кроз деловање органа и институција које су позване да штите основна људска права, пре свега, уставних судова. Улога националних уставних судова, као "чувара устава", али и као заштитника људских права, била је кључна у примени Европске конвенције у унутрашњим уставним системима. Примена Европске конвенције у поступку пред националним уставним судовима показује да се она појављује као чест ослонац у разумевању људских права гарантованих уставом, али да се прожимање ова два система није одразило на слабљење ауторитета националних уставних судова у области људских права. Примена Европске конвенције у националним системима, без обзира на специфичности уставних решења и разрађених система правне заштите, довела је до тога да овај међународни правни акт превазиђе обележја обичног међународног уговора заснованог на реципроцитету, већ да добије обележја нормативног акта и уставни значај у разумевању и остваривању људских права у унутрашњем праву.</p>	

САДРЖАЈ

УВОД.....	1
ПРВИ ДЕО: ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА.....	6
1.1. Развој идеје о људским правима	9
1.2. Уставне гаранције људских права.....	14
1.3. Међународноправне гаранције људских права.....	18
1.4. Људска права и уставна права	21
ДРУГИ ДЕО: ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА У УНУТРАШЊИМ УСТАВНИМ СИСТЕМИМА.....	25
2.1. Европска конвенција-значај и доношење	25
2.2. Права садржана у Европској конвенцији.....	28
2.3. Правна природа Европске конвенције	36
2.4. Однос унутрашњег и међународног права и његови ефекти на Европску конвенцију-теоријски оквир	40
2.5. Однос унутрашњег и међународног права-уставна решења.....	43
2.6. Место Европске конвенције у унутрашњим уставним системима	46
ТРЕЋИ ДЕО: ПРИМЕНА ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ У ПОСТУПКУ ПРЕД НАЦИОНАЛНИМ УСТАВНИМ СУДОВИМА.....	52
3.1. Однос уставних судова и Европске конвенције-општи оквир примене	54
3.1.1. Аустрија	58
3.1.2. Немачка.....	62
3.1.3. Италија	68
3.1.4. Шпанија	73
3.1.5. Француска.....	75

3.1.6. Примена Европске конвенције у поступку пред британским судовима	80
3.2. Европска конвенција у примени пред националним уставним судовима у поступку решавања уставних спорова.....	83
3.2.1. Европска конвенција као предмет контроле	84
3.2.2. Европска конвенција као мерило контроле.....	90
3.3. Одлучивање уставног суда по уставној жалби и могућности примене Европске конвенције.....	94
3.4. Заштитни механизам садржан у Европској конвенцији.....	102
3.5. Европски систем заштите и заштита права у поступку по уставној жалби-сличности и разлике	104
3.5.1. Питање активне процесне легитимације	105
3.5.2. Предмет представке и уставне жалбе	108
3.5.3. Супсидијарна природа представке и уставне жалбе	109
3.5.4. Рок у коме се могу изјавити предствака и уставна жалба	111
ЧЕТВРТИ ДЕО: ОДНОС НАЦИОНАЛНИХ УСТАВНИХ СУДОВА И ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА	
4.1. Европски суд за људска права-састав и начин рада	114
4.2. Дејство пресуда Европског суда за људска права.....	118
4.3. Надзорни механизам	123
4.4. Промене у законодавству настале применом Европске конвенције	125
4.5. Европски суд за људска права као уставни суд <i>sui generis</i>	132
4.6. Однос Европског суда за људска права и националних уставних судова.....	139
4.7. Начела тумачења Европске конвенције	147
4.7.1. Начело супсидијаритета	147

4.7.2. Начело слободe у одлучивању.....	150
4.7.3. Начело пропорционалности у пракси Европског суда за људска права	154
4.7.4. Начело пропорционалности у пракси националних уставних судова.....	156
4.7.5. Начело ограничења права као темељни принцип тумачења права.....	163
4.7.6. Начело ограничења права у Европској конвенцији и пракси Европског суда за људска права.....	169
4.7.7. Хоризонтално дејство права-значење у унутрашњем праву	173
4.7.8. Хоризонтално дејство права у контексту Европске конвенције	178
4.7.9. Начело демократског друштва и начело правне сигурности	181
4.7.10. Еволутивно тумачење.....	184
4.7.11. Остала начела на којима почива Конвенција.....	185
ПЕТИ ДЕО: ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА У УСТАВНОМ СИСТЕМУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ	189
5.1. Правни извори људских права у Србији.....	189
5.2. Уставна начела о људским правима.....	191
5.3. Људска права у Уставу Србије.....	195
5.4. Однос унутрашњег и међународног права у Уставу Србије....	200
5.5. Примена Европске конвенције у поступку пред Уставним судом Србије	201
5.5.1. Апстрактна нормативна контрола.....	202
5.5.2. Превентивна нормативна контрола.....	203
5.5.3. Примена Европске конвенције у поступку нормативне	

контроле	205
5.5.4. Одлучивање Уставног суда по уставној жалби и Европска конвенција	209
5.5.5. Уставна жалба због повреде права на суђење у разумном року.....	213
5.6. Однос Уставног суда Србије и Европска конвенција.....	215
5.7. Европска конвенција и њен утицај на законодавство Републике Србије.....	221
ШЕСТИ ДЕО: ЗАКЉУЧАК	226
БИБЛИОГРАФИЈА.....	232

УВОД

Људска права у најопштијем смислу подразумевају она права која припадају сваком појединцу као људском бићу. Она су урођена и постоје независно од воље било ког појединца или групе људи, а остварују се у односима са другим људима и државном влашћу. Мисао о људским правима има своје зачетке у античком периоду, наставља се ранохришћанским учењем, а на прелазу ка сталешкој држави средњег века у сталешким правима слободе могу се наћи политичко-правни корени основних права. Велики корак напред учињен је доношењем француских и америчких декларација о људским правима, након чега је уследило уставно нормирање људских права. Каталог људских права, први пут препознат у уставима крајем 18. и почетком 19. века, временом се мењао упоредо са променама у другим сферама политичког и друштвеног живота. Стање људских права није унапређивано само употпуњавањем њиховог каталога, већ и усавршавањем механизма заштите. Процес конституционализације, који је текао током грађанске уставности, испунио је захтеве у погледу гаранција људских права и изградио ефикасне механизме њихове заштите. Велики корак напред у систему уставне заштите људских права остварен је увођењем уставног судства.

Други светски рат и трагично искуство са гажењем људских права показало је да гаранције људских права, које постоје у националним оквирима, нису довољне и да могу бити дезавуисане од стране ауторитарних владара те да је стога, неопходно на ширем, међународном плану обезбедити ефикасне гаранције људских права. Тако данас на подручју старог континента постоје два релевантна система заштите људских права. Један, који функционише на националном нивоу, који је старији, настао је доношењем првих писаних устава, да би своје модерно обличје добио доношењем савремених устава након Другог светског рата. Други је међународни систем људских права. У оквиру међународног система можемо говорити о глобалном и регионалном систему заштите. Глобални процес заштите људских права започет је у оквиру Организације Уједињених нација, доношењем њене Повеље, затим Универзалне декларације о правима човека, а настављен је доношењем бројних уговора из области људских права. На европском простору таква идеја реализована је усвајањем Европске конвенције. Европска конвенција је донета у оквиру регионалне организације Савета Европе, под чијим окриљем је започело функционисање врло успешног надзорног механизма оличеног најпре у Европској комисији и Европском суду, а касније у реформисаном Европском суду за људска права. Са упостављањем и развијањем међународних механизма заштите људских права дешавају се промене на унутрашњем плану. Многе државе добијају своје нове уставе са употпуњеним каталогом права, а снажан полет уставног судства у овом периоду одржава се и на систем заштите људских права. Тада, своје уставне судове добијају Немачка, Италија, Шпанија.

У периоду након Другог светског рата пратимо развој европског система заштите људских права, који се одвијао под окриљем Европске конвенције и Европског суда за људска права, и развој националних система уставносудске заштите основних права, под вођством националних уставних судова. Развој ових

система заштите људских права одвијао се и даље се одвија на истом, европском простору и под деловањем истих социјалних, економских и других фактора. Након више од пола века континуираног развоја система заштите људских права на националном плану, са једне стране, и на наднационалном, европском плану, са друге стране, намера нам је да анализирамо однос два система заштите, као и услове и начин примене Европске конвенције у унутрашњим системима с обзиром на постојећи уставноправни основ. Намера нам је да истражимо њихове сличности у погледу функције, суштине, структуре, и њихове разлике, и да се клонимо евентуалних расправа о инфериорности или супериорности једног или другог система.

Европска конвенција обухвата "класична" људска права, која ће у каснијој класификацији у Пактовима о људским правима бити означена као грађанска и политичка права. Првобитно постављени каталог права је више пута допуњаван усвајањем додатних Протокола. Права призната Конвенцијом јесу права која данас препознају сви релевантни уставни акти, и у том смислу Конвенција не доноси никакве новине. Уосталом, то никада није ни био њен циљ. Њоме су обухваћена она права око којих је могао бити постигнут консензус у тренутку доношења и која представљају заједничке минималне стандарде изнад којих се увек може ићи. Европска конвенција најзначајније новине доноси у систему заштите права, постепено успостављајући један од најефикаснијих правозаштитних система. Највећи искорак је учињен увођењем индивидуалне представке, чиме је омогућено појединцу да се обрати међународном суду као потпуно равноправна странка у односу на тужену државу. То је један од првих докумената заснованих на објективним стандардима и на праву појединца да тражи заштиту од злоупотреба државне власти. На тој основи, у пракси Европске конвенције и Европског суда за људска права изграђен је нови систем права, који је укључио заједничке европске вредности у област људских права. Право Европске конвенције није ни домаће, ни међународно, иако садржи елементе и једног и другог. То је право које примењује не само Европски суд за људска права, већ и Комитет министара Савета Европе, али и домаћи судови. Право Конвенције не ствара само обавезе за државе, већ права која се односе на појединце у области грађанских слобода, стварајући нови систем права који супституише појединачни систем сваке државе заједничким европским поретком. То није право у формалном, већ право у суштинском смислу.

Европска конвенција изграђена на доктрини међународног права несумњиво задире у област која је традиционално резервисана за уставно право. У том смислу покушаћемо да дамо одговоре на нека очигледна питања. Најпре, да ли чињеница да су права гарантована Европском конвенцијом као међународним уговором подразумева да се она морају тумачити другачије у односу на еквивалентна права и слободе заштићена националним уставима, као и да ли и у којој мери принцип суверенитета дозвољава тумачење које иде даље у односу на првобитну намеру уговора и који мења суштину обавеза државе у односу на оно на шта су се оне обавезале у почетку.

Европска конвенција не садржи никакве одредбе о свом статусу у унутрашњем праву, нити дефинише природу националног уставног суда и

Европског суда за људска права. Али, Конвенција обавезује високе стране уговорнице да, сваком у својој надлежности обезбеди права и слободу садржане у њој, остављајући свакој држави да определи свој начин интеграције. Анализирање посебне природе Европске конвенције и њене позиције у унутрашњем систему представља неопходну платформу за сагледавање могућности њене примене у поступку пред националним уставним судовима. Наш полазни став јесте да се примена Европске конвенције не може сагледати апстрактно, већ у конкретном контексту укупног правног поретка посматрано од државе до државе. У том смислу, као примери за компарирање узете су државе које имају најдужу и најразвијенију традицију уставног судства, Аустрија, Немачка, Италија, Француска, Шпанија. Британски пример је узет је као типичан пример који одсликава снажну трансформацију на релацији национални суд-Европска конвенција.

Надлежности посматраних уставних судова нису јединствено уређене већ, постоје разлике од државе до државе, што намеће питање да ли се то и у којој мери одражава на примену Европске конвенције. Уставни суд може да функционише као чисто државни суд који врши уставносудску контролу у апстрактном уставном спору, али и да буде отворен за индивидуалне жалбе појединаца. Намера нам је да анализирамо сличности и разлике националног механизма заштите и европског, као и да ли се прожимање два система заштите одразило на слабљење ауторитета националних уставних судова, и да ли су они тиме изгубили право на коначну реч у погледу тумачења људских права.

Уставноправни основ примене Европске конвенције биће посебно анализиран из перспективе домаћег правног система, заснованог на Уставу Републике Србије из 2006. године. Устав Србије садржи обиман каталог људских и мањинских права, посебно наглашавајући да се ове одредбе тумаче у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење. То значи да се приликом тумачења одредби о људским правима морају узети у обзир и ставови Европског суда за људска права. У погледу заштите људских и мањинских права и слобода Устав утврђује судску и уставносудску заштиту, али и право грађана да се обратe међународним институцијама ради заштите својих права и слобода. С обзиром на овако постављени уставни основ биће истражене могућности примене Европске конвенције и ставова Европског суда за људска права у поступању Уставног суда Србије како онда када се налази у својој "насловној" улози чувара устава, тако и у улози чувара људских права.

Структура рада обухвата шест делова: 1) заштита људских права, 2). Европска конвенција у унутрашњим уставним системима, 3). примена Европске конвенције у поступку пред националним уставним судовима, 4). однос националних уставних судова и Европски суд за људска права, 5). Европска конвенција у уставном систему Србије и 6). закључна разматрања.

У првом делу који носи наслов "Заштита људских права" налазе се општа разматрања о људским правима. Након кратког осврта на развој идеје о људским правима, представљене су уставне гаранције људских права у репрезентативним упоредним уставним системима. Разматра се и концепт међународноправних гаранција људских права, као и однос два теоријска концепта: људских права и уставних права. Намера је да се на овај начин обезбеди општи теоријски оквир за даље истраживање и анализирање места Европске конвенције у националним уставним системима.

У оквиру другог дела, "Европска конвенција у унутрашњим уставним системима" у фокусу истраживања је сагледавање правног значаја и правне природе овог акта у унутрашњим уставним системима. Место Европске конвенције у унутрашњим системима посматра се кроз уставну призму односа унутрашњег и међународног права, уз наглашавање посебности које прате њену примену. Посматра се уставни статус Европске конвенције, карактеристичан за Аустрију, као и надзаконски и законски ранг, који преовладава у упоредним уставним системима (Немачка, Француска, Шпанија, Италија, Уједињено Краљевство). У овом делу истражен је и промењен и оснажен утицај Конвенције у појединим уставним системима, који је обележио претходну деценију. Сагледавање природе, значаја Европске конвенција, каталога права који она нуди и места које заузима у унутрашњим уставним системима неопходна је платформа за сагледавање уставноправног основа њене примене у поступку пред националним уставним судовима.

У оквиру трећег дела, сагледава се примена Европске конвенције у поступку пред националним уставним судом у контексту улоге коју овај специјализовани суд заузима у националном уставном систему Немачке, Аустрије, Француске, Италије, Шпаније, као и у *common law* систему Уједињеног Краљевства. Примена Европске конвенције у поступку пред националним уставним судовима анализирана је у поступку решавања уставних спорова, као основне надлежности уставних судова. Европска конвенција је посматрана као предмет могуће контроле пред националним уставним судом, али и као мерило у односу на коју се спроводи контрола сагласности, пре свега, закона. Одлучивање националног уставног суда по уставним жалбама отвара најшире могућности за примену Европске конвенције у унутрашњим уставним системима. У оквиру овог дела представљена су основна обележја европског система заштите људских права, а истражене су и сличности и разлике које постоје између овог, европског система и националног механизма заштите, кроз призму односа индивидуалне представке, која се подноси Европском суду и уставне жалбе, која се подноси уставном суду.

Примена Европске конвенције нужно отвара питање односа два суда: уставног суда и Европског суда за људска права, што је предмет четвртог дела рада. У оквиру овог дела најпре је представљен Европски суд за људска права, његов састав и начин рада, укључујући и надзорни механизам за спровођење одлука овог Суда, те његово све чешће одређење као уставни суд *sui generis*. Основна начела тумачења и примене Европске конвенције, која су развијена у пракси Европског суда за људска права, искоришћена су као оквир за сагледавање

односа два суда. Многи од ових принципа поникли су у националном праву, да би били преузети и даље развијани у пракси Суда у Стразбуру. У том смислу, посебна пажња посвећена је начелу пропорционалности, начелу ограничења права, начелу слободе у одлучивању, као и хоризонталном дејству права. У оквиру овог дела посматра се дејство пресуда у упоредним системима, као и мере које државе предузимају у спровођењу одлука Европског суда. У оквиру мера општег карактера које једна држава предузима у поступку имплементације одлука Европског суда посебно су анализирани промене у актуелном законодавству Немачке, Аустрије, Француске, Италије, Шпаније и Велике Британије.

Пети део рада, "Европска конвенција у уставном систему Републике Србије", посвећен је анализи правних решења садржаних у Уставу Републике Србије у погледу односа унутрашњег и међународног права, као и уставних гаранција људских права у националном поретку Републике Србије, укључујући и уставни оквир у коме се остварују људска права у Србији. Посебан акценат је на примени Европске конвенције у поступку пред Уставним судом Србије. У том циљу, анализирана је примена Европске конвенције у поступку нормативне контроле, посебно оцене сагласности потврђених међународних уговора са Уставом. Међутим, у средишту истраживања је надлежност Уставног суда да одлучује по уставним жалбама грађана, која је употпуњена и анализом појединих случајева из праксе. Сагледава се и утицај који Европска конвенција има на законодавство Републике Србије.

На крају, изнет је општи закључак у погледу уставноправног основа примене Европске конвенције у поступку пред националним уставним судовима. У раду је превасходно коришћен правно-догматски метод, који је употпуњен компаративним и историјско-правним методом. Њихова примена требало би да укаже на могућа правна решења, нарочито у области практичне примене Европске конвенције у домаћем систему уставносудске заштите.

ПРВИ ДЕО: ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА

Људска права у најопштијем смислу подразумевају она права која припадају сваком појединцу као људском бићу. Она су урођена и постоје независно од воље било ког појединца или групе људи, а остварују се у односима са другим људима и државном влашћу, унутар уставноправног и међународноправног поретка. Тиме се њихова структура нужно допуњује различитим позитивним, социолошко-политиколошким садржајима.

Према уобичајеном разумевању основних права у уставноправној теорији указује се на "вишедимензионалитет" основних права, у којима се запажа најмање њихов двоструки карактер. С једне стране, основна права можемо посматрати као индивидуална субјективна права, односно, основна права која обезбеђују правно стање појединца у његовим фундаментима.¹ Са друге стране, основна права се појављују као основни елементи објективног поретка заједнице (objektive Wertentscheidung). Правилно схваћена основна права нису само субјективне слободе, већ и објективне вредности. У објективном смислу, основна права представљају систем вредности заједнице, а држава је за њих одговорна.² Основна права као основни објективни принципи демократског поретка правне државе, укључују појединца у коме он остварује своја субјективна права. Посматрано у целини, уставноправни статус појединца зајамчен и утемељен основним правима појављује се као материјално-правни статус. То је статус, конкретног садржаја, који не стоји неограничено на располагању, ни појединцу, ни државној власти. На тај начин, основним правима утемељује се основни уставноправни статус појединца, чиме је изражено њихово субјективно, индивидуално значење, а на које се надовезују објективни вредносни принципи заједнице садржани у уставу. Као објективни принципи, основна права су интегрални део правног поретка заједнице утичући на све његове елементе, посебно на демократске принципе и принцип правне државе.³ За објективно право у неким језицима постоји посебан израз (engl. *law*), којим се оно одваја од субјективних права која имају физичка и правна лица (engl. *right*). У нашем језику, као ни у француском, ни у немачком, ово разликовање не постоји, већ се у оба случаја користи термин "право" (fr. *droit*, germ. *recht*).

Мисао о људским правима почиње да се развија још у античком периоду, иако тада није могло бити говора о постојању општих и основних права човека; наставља се ранохришћанским учењем о божанском лику човека, а на прелазу ка сталешкој држави средњег века у сталешким правима слободе могу се наћи политичко-правни корени основних права. Природноправне теорије 16. и 17. века

¹ Д. М. Стојановић, *Уставно право* (прва књига), Ниш, 2007, стр. 292

² В. Piertoht, В. Schlink, *Grundrechte Staatsrechte II*, С.F. Müller, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg, 2009, S 26

³ Више о томе Д. М. Стојановић, *op.cit.*, стр. 294

извршиле су преображај од корпоративистичке ка индивидуалној правној мисли. Праву индивидуалистичку црту ова права добијају, тек са америчким и француским декларацијама и уставима.

Конституционализација основних људских права започиње доношењем првих писаних устава, чије је признавање и гарантовање било у основи борбе за писану уставност. Препозната као "вредносно језгро"⁴ сваког устава, људска права су неминовно постала његов значајан део. Данас, готово ниједан важећи устав не пропушта да људским правима посвети одговарајући простор, по правилу, на почетку уставног текста и испред излагања одредби о организацији државне власти. Таквом уставном систематизацијом потврђује се и виша етичка вредност људских права у односу на организацију државне власти. Каталог људских права, први пут препознат у уставима крајем 18. и почетком 19. века временом се мењао, упоредо са променама у другим сферама друштвеног и политичког живота, и то тако што су поред језгра која су чинила либерална права, постепено додавана политичка права, затим и социјално-економска и културна права.

Стање људских права није унапређивано само употпуњавањем њиховог каталога, већ и усавршавањем механизма њихове заштите. Наиме, уставна прокламација основних људских права и слобода која није праћена ефикасним заштитним механизмом, у пракси, не значи много. "Ти механизми морају бити предвиђени у уставу како би били ван домаћаја законодавне власти, односно како не би могли бити укинута или степен њихове заштите не би могао бити умањен обичним законима."⁵ Уставноправно нормирање слобода и права човека, подразумева постојање адекватних инструмената и механизма, којима ће зајамчена права и слободе бити обезбеђена од свих начина њиховог угрожавања. Међутим, све до конституционализације уставног судства, систем уставне заштите људских права и слобода био је непотпун, односно недостајали су ефикасни инструменти заштите људских права и слобода. "Са појавом уставног судства идеје уставне владавине и чврсте уставности као претпостављени или формално демократски принципи добијају потпуни смисао".⁶

Други светски рат и трагично искуство са гажењем људских права показало је да гаранције људских права, које постоје у националним оквирима, нису довољне и да могу бити потпуно дезавуисане од стране ауторитарних владара, те да је стога, неопходно на ширем, међународном нивоу утврдити гаранције људских права. Овај процес започет је у оквиру Организације Уједињених нација, изражен је у њеној Повељи, потврђен у Универзалној декларацији о људским правима, а настављен доношењем бројних уговора из области људских права. На европском простору, таква идеја је реализована доношењем Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода 1950. године. Европска конвенција донета је у оквиру регионалне организације Савета Европе, под чијим окриљем је започело функционисање врло успешног надзорног механизма оличеног најпре у Европској

⁴ Ibidem, стр. 287

⁵ Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд, 1995, стр. 588

⁶ Д. М. Стојановић, "Природа уставног спора и уставносудске функције", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 23, 1983, стр. 323

комисији и Европском суду, а касније у реформисаном Европском суду за људска права.

Истовремено са успостављањем међународних механизма заштите људских права, дешавају се промене на унутрашњем плану. Многе државе добијају своје нове уставе са употпуњеним каталогом људских права и механизмима за њихову заштиту. То се, пре свега, односи на увођење раније поменутог уставног суда. Ова посебна судско-политичка институција, креирана ради заштите принципа уставности и законитости, настала је након Првог светског рата (Устав Аустрије, 1920), али, свој снажан полет доживљава у периоду након Другог светског рата. Тада, своје уставне судове добијају СР Немачка, Италија, а нешто касније и Шпанија. Овај образац је поновљен 90-их година прошлог века, када након распада социјализма све постсоцијалистичке државе препознају неопходност установљавања уставног судства у процесу свог политичког преображаја.

Заштита људских права се може посматрати са два аспекта-унутрашњег и међународног. Унутрашњи систем заштите људских права је старији, институционално боље изграђен, јер су националне институције готово увек институције заштите. Основ овакве заштите чини устав као темељни документ, као *lex fundamentalis* и *lex superior*. Међународна заштита људских права новијег је датума и интензивно је развијана након Другог светског рата. Основ овакве заштите јесу међународни уговори држава, а један од начина реализације права садржаних у овим документима су и међународне институције, пре свега са обележјима судског органа. "Треба најпре потписати међународни споразум којим се прецизно дефинишу и брижљиво набрајају различита индивидуална права. Треба затим да се свака држава обавезе да ће предузети неопходне мере ради спровођења права у питању у своје уставно право. Треба, најзад, да међународни организам управног или судског карактера бди над извршавањем овог уставног права..."⁷

Поштовање људских права спада, дакле, у домен како домаћих, унутрашњих правних система, тако и међународних. Гранична линија између њих се стално помера, услед даљег продирања питања људских права у међународно право. У пропорционалним односима домаћи системи остају главно "бојно поље" за људска права, док међународно право има супсидијарни карактер. "Интернационализација људских права онда служи не тако што ограничава суверенитет држава, већ више уз узајамно договорено ограничавање примене суверенитета."⁸ Интернационализација људских права је константан процес и све је више правила која су укључена у међународне инструменте и која су опште обавезна широм света. Тако, у истом периоду пратимо развој и међусобну интеракцију два система заштите људских права: унутрашњег и међународног.

⁷ Citirano prema: L. Delbez, *Les principes generaux du droit international public*, Paris, 1964, p.1999 u S. Milenković *Unutrašnja nadležnost država i međunarodna zaštita ljudskih prava*, Beograd, 1974, str. 23

⁸ K. Drzewicki, "Internacionalizacija ljudskih prava i njihova juridizacija", u *Uvod u međunarodnu zaštitu ljudskih prava*, (ur. R. Hanski, M. Suksi,) Turku, 1999, str. 65

Међународни режим људских права, може се пак, манифестовати као глобални и регионални. Глобални режим људских права, тежи да буде мост између различитих вредносних система и да изражава заједничке тежње. Регионални системи људских права, попут европских, могу бити у стању да се у већој мери ослоне на постојеће заједничке вредности и на јачу политичку вољу.⁹ Регионални системи заштите људских права имају значајну предност у односу на универзалне, јер је због постојеће блискости држава у политичком, идеолошком, историјском и у другом погледу, било далеко једноставније успоставити "индивидуалну заштиту"¹⁰. Наиме, тамо где између држава постоји већа блискост и поверење, мања је бојазан да ће доћи до злоупотреба петиција и до неоправданог покретања поступка заштите права појединаца. Таква међународна судска заштита данас веома добро функционише на просторима које обухвата организација Савета Европе.

У периоду, након Другог светског рата, пратимо развој европског система заштите људских права, који се одвија под окриљем Европске конвенције и Европског суда за људска права, и истовремено, развој националних система уставносудске заштите основних права, под вођством националних уставних судова. Развој ових система људских права, одвијао се и даље се одвија на истом, европском простору, и под деловањем истих социјалних, политичких, економских, културних фактора. Данас, након педесет година континуираног развоја система заштите људских права на националном нивоу, са једне стране, и на наднационалном, европском нивоу, са друге стране, анализирамо каква је интеракција Европског суда за људска права и националних уставних судова у заштити људских права, те како пракса Европског суда утиче на праксу европских уставних судова и обрнуто.

1.1. Развој идеје о људским правима

У развоју људских права у историјском смислу можемо уочити три етапе. Прва етапа обележена је процесом конституционализације, односно уношењем декларација права и слободе у устав, и односила се на уставно право и уставно правило. Након Другог светског рата, уследила је друга етапа, у којој људска права постају главна и суштинска ствар не само уставног права, већ и међународног права. Ову етапу можемо означити као "интернационализацију конституционализације" или "интернационализацију уставног система", у којој обе гране права, и уставно и међународно, имају повратан утицај једна на другу у постављању нових и универзалних декларација и прописа која се односе на људска права. У новије доба, може се идентификовати трећа фаза у заштити људских права као процес (нео)конституционализације, али са нагласком на интернационализацију људских права, која се развија инкорпорацијом међународних система заштите у оквиру уставних прописа.

⁹ A.von Bogdandy, "Pluralism, direct effect and ultimate say: On relationship between international and domestic constitutional law"; *ICON*, Vol. 6, No. 3 & 4, 2008, pp. 399-401

¹⁰ S. Milenković, *Međunarodni nadzor nad primenom paktova o pravima čoveka*, Beograd, 1984. str.220

Уставна заштита индивидуалних права постоји у развијеним демократијама већ деценијама. У свим државама у којима је прихваћена идеја писаног устава постоји сет уставних одредаба о људским правима и слободама, и адекватни инструменти, и механизми којима ће зајамчена слобода бити обезбеђена од свих начина њиховог угрожавања. Устав више није нешто што функционише ексклузивно у сфери политике; радије је одређен као основна норма (Grundnorm), који детерминише правни систем у целини, посебно статус појединца. Устави тако постају "живи" инструменти, који постоје не само као писани текст, већ као сет судски креираних правила и принципа.¹¹ Иако су људска права неизоставни део сваког уставног документа од настанака првих писаних устава, постојећи каталог људских права се стално иновира, а истовремено се акценат ставља и на развијање и јачање институционалних механизма за заштиту тих права.

Упоредно уставно право показује да је подручје уставних права и слобода у поређењу са другим деловима устава највише оптерећено проблематиком јаза између нормативног (law in books) и стварног (law in action). Уставне декларације јесу део признатих и потврђених модела уставности, али се сада све више ставља нагласак на потрази за гаранцијама ефективне заштите тих истих права. Иако су често такве уставне одредбе усвајане из разлога "остајања у тренду", политичког маркетинга или реторике уставног права, у садашњим условима такав традиционални приступ није одржив и акценат се мора ставити на потрази за ефективном институционалном машинеријом, која би била у функцији заштите људских права. То неминовно води и ослањању на механизме који су успостављени у међународном праву.

Након Другог светског рата, моћне државе, пре свега, победнице у рату, дошле су до сазнања да међународни мир и безбедност зависе од заштите индивидуалних права на унутрашњем плану и да међународни надзор над домаћом праксом у одређеној мери није само легитиман, већ и есенцијални за остваривање тог циља. Исход оваквих промена био је развој идеје да, како се државе опходе према појединцу у својој надлежности, у легитимном интересу је других држава и онемо што се може означити као "међународна заједница". Ова идеја је у међународном праву људских права оличена кроз слоган да појединци имају права на основу тога што су људи. Та права, која људи имају тиме што су људска бића, требало је да послуже као основ за тврдњу, да државе имају обавезу да се на одређени начин понашају према појединцима на основу тога што су чланице међународне заједнице. У основи свега је тврдња да сувереност држава није, ако је икад и била, апсолутна. Тачан обим ових обавеза као и одговарајућа средства за њихово остваривање још увек нису довољно јасна. Критичари често наглашавају да прекупација међународне заједнице за то како се државе понашају према појединцима није била мотивисана ниједним рационалним открићем либералних идеја индивидуалног достојанства. Пре би се могло рећи да је то изазвано политичком оценом да су фашистичке, националистичке и друге тоталитарне

¹¹ L.Garlicki, "Cooperation of courts-The role of supranational jurisdictions in Europe", *International Journal of Constitutional Law*, 2008, Vol. 6, Issue 3-4, p. 509

државе починиле злочине који представљају претњу међународном миру и безбедности. Али, истина је и да су се и САД и СССР, две главне победничке силе, суочиле са озбиљним повредима људских права на својој територији, након Другог светског рата, као и да су Универзална декларација о људским правима, и Пакт о грађанским и политичким правима (ППП), и Пакт о економским, социјалним и културним правима (ПЕСК), били резултат политичке погодбе превасходно између западних земаља, као једна мешавина англо-америчких либералних идеја из 17. века, европских социјалистичких идеја и хладноратовске политике 20. века. Те 1945. године људска права су виђена као средство за промовисање мира између политички различитих држава, а демократија почиње да се појављује као вредност у међународном праву раних 90-их година, есенцијална за осигурање мира, људских права и развоја. Све до тада, потреба за промоцијом ових вредности већ је била изражена у речнику људских права на међународном нивоу због њиховог дугогодишњег моралног значаја. То објашњава "умножавање" међународних људских права у поређењу са неколицином уставних права и чињенице да се она називају правима друге и треће генерације, која немају заштиту као права прве генерације у западноевропским државама, иако су препозната као прихваћени политички циљеви. Стога, не треба изгубити из вида чињеницу да постоји значајна међународна димензија концепта људских права. Иако се, људска права често истичу у односу на националне владе или света у целини, она су првобитно схваћена као услови легитимности држава у односу на друге државе и међународне заједнице. Другим речима, она су представљена као принципи и као одговор на питање којим се принципима међународна заједница треба да руководи у условима када све државе нису либералне и демократске. Са променама глобалне политике, људска права преузимају другачију и разнолику нормативну улогу, стварајући утисак да они чине комплетан морални закон којим треба водити друштво и понашање људи.¹²

Многи уставни који су донети после Другог светског рата имају заједничко језгро, које чине одредбе о људским правима, а које проистичу из Универзалне Декларације о људским правима, Пакта о грађанским и политичким правима и Европске конвенције за заштиту људских права и слобода. Дуги развој националног конституционализма бива тако трансформисан у интернационални конституционализам, који обележавају: 1. владавина права, 2. ограничавање и одвајање државних власти контролама и проверама, 3. демократска самоуправа, 4. људска права, 5. социјална права и 6. глобално светско искуство, и који показује да нема заштите људских права ни одржања мира без међународног права, које би осигуравао реципрочна међународноправна ограничења злоупотреба власти у спољној политици.¹³ Правна конкретизација таквих начела у националним уставима, као и у међународним документима уставног карактера, те њихово узајамно балансирање преко демократског законодавства сасвим оправдано се разликују од државе до државе. Покрет новог конституционализма темељи се на

¹² G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2007, pp. 19-21

¹³ P. Bačić, "Ustav za Evropu (2004) i značaj konstitucionalizacije ljudskih prava", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Rijeci*, br.1-2, 2005, str. 107

тези о неодрживости апсолутизма државе у новом светском поретку. Људска права више не произилазе нужно и само из законодавства, већ је све више оних људских права која свој извор имају у међународном законодавству, све се више људских права утемељује у оно што се означава као космополитско право.¹⁴

Ова нова етапа у заштити људских права највидљивија је на примеру европске интеграције, која је приморала теоретичаре уставног права да напусте перспективе методолошког национализма. Раније су се као основни интерпретативни проблеми у пресеку домаћег и европског права, као доминанте правне парадигме посматрали "устав" и "држава", као два неодвојива термина. Са интензивирањем европске интеграције и економске глобализације, све чешће се у процесу интерпретације говори о "транснационалном", "наднационалном", "конституционализму без државе". То је довело до повећаног интересовања конституционалиста за упоредно право, али тако да се више не пореде само облици владавине већ се испитују различита значења и тумачења основних права. озбиљно испитивање основних права треба, дакле, спровести изнад оквира који су постављени националним уставним и законским текстовима, укључивањем приступа других националних правних култура сличним проблемима, као и аргумената које износе Европски суд за људска права и Европски суд правде. То води стварању заједничке, европске уставне културе, која није производ аритметичког сабирања, већ која настаје у процесу комуникације и рецепцијом дивергентног тумачења различитих правних култура.¹⁵ Као последица таквог развоја више се не поставља питање да ли је поређење у области јавног права легитимно, већ како га треба извести. У том смислу, Peter Häberle позива да се обрати пажња на закључке до којих се дошло у упоредном приватном праву.¹⁶ Судска пракса Европских "уставних судова" (Европског суда правде и Европског суда за људска права) је главни формат у формирању уставног права Европске уније. Ови судови такође користе компаративне аргументе у образложењу својих "уставних" одлука.¹⁷

Међународни систем људских права настао је и развијао се на подлози која укључује домаћи уставни систем људских права. Стога, међународни судови када тумаче одређена људска права узимају у обзир тумачење одговарајућих права у националним уставима. Такво тумачење може да понуди убедљиве аргументе о томе како људска права треба тумачити, а могу дати и емпиријске податке о томе како људска права треба да буду ефикасно примењена. Међународни судови могу да користе овакву уставну праксу по својој вољи, када сматрају да је то потребно и корисно. То позивање на национално тумачење у међународном праву људских права је једна врста транснационалног "дијалога судија". Код регионалних

¹⁴ Upor. P. Bačić, *op.cit.*, str. 105-119; E.O. Eriskne, "Why a charter of fundamental rights in the EU", Arena, working papers, wp 02/37,s tr.2-27 http://www.arena.uio.no/publications/wp02_36htm i M. Ignatieff, *Human rights as Politics and Ideology*, Princenon University Press, 2003, p. 3-53

¹⁵ A. Vespaziani, "Comparison, Translation and the Making of a Common European Constitutional Culture", *German Law Journal*, Vol. 09, No.05, 2008, pp. 548-574

¹⁶ Citirano P. Häberle: "Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungstaat", in *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungstaates* 27 (1992) u A. Vespaziani, *op.cit.*, p. 548

¹⁷ Citirano: P. Häberle, *Europäische Verfassungslehre*, (2002) S 252 Navedeno prema: A. Vespaziani, *op.cit.*, p. 548

институција, попут Европског суда за људска права, могуће је позајмљивање тумачења унутар региона, али и изван њега. Технику позајмљивања треба разликовати од случаја када се Европски систем људских права састоји од више националних тумачења. Европски суд за људска права, већ дуго спроводи еволутивно тумачење Европске конвенције као "живог" инструмента, тако да један део њеног садржаја произилази из постојећег консензуса у погледу стандарда људских права, који постоји међу државама потписницама Конвенције. Европски суд доноси ауторитативна тумачења Конвенције и одлуке које он доноси су обавезујуће за тужене државе. Ипак, када утврђује сагласност са Европском конвенцијом, Европски суд државама даје одређено "поље слободне процене", о чему ће бити речи касније. Европски суд јасно ставља да знања државама чланицама да имају дискреционо право да одаберу правне инструменте којима ће спровести своју обавезу, док год је то у складу са Конвенцијом.

Уставно тумачење може бити неприхватљиво у околностима када се као заједнички стандард појављује тумачење које пружа више заштите од онога што нуде уставни већине држава потписница. Међународни уговори о људским правима често садрже клаузуле "повлашћености појединца". Ове одредбе имају за циљ да обезбеде да међународна заштита људских права има карактер основне, минималне заштите, и да не мора бити највиша заштита. Тако Европска конвенција утврђује да се "ниједна одредба ове Конвенције неће тумачити тако да ограничава односно угрожава људска права и основне слободе који би били признате по законима сваке Високе стране уговорнице или по сваком другом споразуму чија је она страна уговорница"¹⁸. Иако се овом одредбом изричито не помиње устав, део њене функције је да негира да је Конвенција у сукобу са националним уставним правима. Мада, таквом клаузалом се не могу избећи конфликти између права, нарочито ако се имају у виду и негативне и позитивне обавезе, које настају за државе. Европска конвенција указује да баланс између права садржаних у њој и осталих права може бити нарушен тако што понекад, права из Конвенције добијају апсолутни карактер, али често до ограничења тих права долази да би се заштитила друга права. Тиме долазимо до принципа пропорционалности, који је Европски суд развио као неопходан стандард. Али, не дозвољава се домаћем праву и националним уставима да овај баланс редефинишу по својој вољи, јер би онда државе слободно избегавале примену права из Конвенције да би заштитиле интересе појединаца.

Коегзистенција два позитивна правна режима за заштиту основних права ствара и могућности и изазове. Неке државе виде институционалне бенефите у координацији уставног тумачења и међународних судова, иако такав избор може да рефлектује слабост националног система, или интернационалистичку орјентацију домаћег система. Остали одражавају већи степен независности. Али и поред тога ова два система могу да сарађују и да прате тумачење права, али и да прихватају узајамне критике.

¹⁸ Члан 53 Европске конвенције (обезбеђење постојећих људских права)

1.2. Уставне гаранције људских права

Основна права човека сматрају се најважнијим елементом принципа владавине права и правне државе. Иако се сасвим извесно демократија не може сводити само на људска права, чињеница је да без гарантовања људских права не можемо говорити о демократији, а да уставне гаранције људских права обликују демократски поредак једне државе, иако за демократију сва достигнута права човека немају једнако значење. Неким категоријама основних права једина функција је и даље обезбеђивање подручја индивидуалне слободе од захвата носилаца јавне власти. Већина права је добила и објективно значење принципа који су иманентни демократском поретку заједнице. Значењу основних права као субјективних одбрамбених права појединаца кореспондира њихово објективно правно значење: за државну власт основна права су негативне компетенционе норме.¹⁹

Људска права су од доношења првих писаних устава саставни део уставних докумената, јер се и идејно-политичко порекло самог устава може наћи у борбама за признавање основних људских права. Уставом се, по правилу, не дефинишу основна права, али се из самог уставног каталога може закључити којим правима се признаје ранг уставом гарантованих права и какве све то правне последице и погодности са собом носи. Обично је уставни каталог људских права насловљен изразом "основна права", али такво одређење је чисто формално, чак таутолошко и не може да говори о стварним својствима и значењу основних права. Међутим, најзначајније у уставном одређивању основних права јесте везивање одређених последица за одређена уставом гарантована права.²⁰

Уставом се успоставља хијерархија норми, и она је услов уставне интерпретације. Као највиши објективни принципи заједнице и као непосредно применљиво уставно право, основна права успостављају хијерархијски однос између уставног текста и закона, тако да било која законска одредба којом се крши било које право је неважећа *ab initio*. Интерконституционална хијерархија је много сложенија, и она подразумева привилеговани статус за одредбе о правима. У Немачкој, Италији, Шпанији уставни текстови прокламују људска права пре успостављања државних институција и пре дистрибуције државних функција. Модерне уставе карактерише то што се посебна пажња посвећује заштити људских права, поред тога што су у њима садржани каталози основних права. Поред класичних облика судске заштите-кривично, цивилно и управно судовање-европски уставни предвиђају и нове облике судске, укључујући и уставносудске, и вансудске заштите људских права.

Основни закон Немачке започиње Билом о правима (Grundrechtskatalog) да би нагласио да људска права нису само додатак Уставу, већ као што је то изричито

¹⁹ Упор. К. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 13-Auf. Heidelberg 1982*, s.118; Д. М. Стојановић, "Уставно судство и заштита права и слободе човека и грађанина", *Правни живот* 12/1995, стр. 185

²⁰ Д. М. Стојановић, *Основна права човека-људска права и слободе у уставима европских држава*, Ниш, 1989., стр. 51

наглашено у чл. 1 ст. 2 "неповредива и неотуђива људска права чине основу сваке заједнице мира и правде у свету." Каталог основних права садржаних у Основном закону чине суштинско језгро слободног демократског поретка".²¹ На почетку листе стоји људско достојанство, као најосновније право. Након тога следи детаљан каталог посебних права који изричито обавезују све: законодавне, извршне и судске органе федерације и федералних јединица. Многа основна права су гарантована свакоме ("Jeder" или "Jedermann") попут права на живот (чл. 2 ст. 2), слободе мисли и изражавања мишљења (чл. 5 ст. 1), права на слободан развој личности (чл. 2 ст.1). Друга, пре свега, права политичке и економске природе-ограничена су на Немце ("all Deutschen"), као. нпр. слобода удруживања (чл. 9 ст.1), слобода кретања (чл.11 ст.1). У члану 19 Бонски Устав извео је правне последице које се односе на основна права. Најважнија је да се основна права могу једино ограничити законом, који мора да има опште дејство и не сме да додирује људска права у њиховој битној садржини.

Поштовање и заштита неповредивости људских права, и принципа да основна права везују законодавство, извршну и судску власт, као директно применљиво право, основни је елемент немачког права. Њихов значај произилази и из чињенице да устав не дозвољава да ове одредбе буду промењене, оне су обухваћене тзв. "клаузалом вечности" из чл. 79 ст. 3 Основног закона.²² И док нпр. у САД-у, одредбе о основним правима имају традиционалну одбрамбену или негативну функцију, односно функцију заштите појединца од мешања државе, у немачком уставу налазе се одредбе које садрже оно што би могло назвати позитивном димензијом. Наиме, овим одредбама намећу се бројне позитивне обавезе држави у циљу заштите појединаца у односу на друге, односно како би се превазишле организационе, техничке или финансијске препреке у извршавању основних права. Неке од тих обавеза јесу нпр. дужност родитеља да се старају о својој деци (чл. 6), обавезна војна служба (чл. 12 а).

У Немачкој уставноправној доктрини разликовање субјективних и објективних права има и практичан значај. То произилази из члана 93 ст.1 Основног закона, којим се установљава уставна жалба. Она омогућава појединцима, који сматрају да су актима јавне власти повређена њихова уставна права, да се обрате Савезном уставном суду. Такви појединци имају субјективна уставна права у правом смислу те речи. Оваква заштита је често у супротности са "чистим" објективним уставним правом, које може да намеће дужности државним органима, али које не доводи до појединачне тужбе.²³

Устав Аустрије од 1920. године у редакцији од 1929. године садржи свега неколико одредби о људским правима, тако да језгро каталога основних права чини Државни закон о општим правима грађана од 21.12.1867. (Staatsgrundgesetz- StGG),

²¹ P. Schade, *Grundgesetz mit Kommentierung*, Walhala Rechtshilfen, 2003, S 19

²² Члан 79 ст.3 Основног закона Немачке (Grundgesetz) гласи: " Нису дозвољене измене овог Основног закона којима се дира у територије савезне државе на Земље, у принцип учествовања Земаља у доношењу закона или у принципе утврђене у члановима 1 и 20. Извор: *Основни закон (Устав) Савезне Републике Немачке*, Београд, 2003.

²³ R.Alexy, *Theory of Constitutional Rights*, Oxford, 2010, p.359

који је био саставни део монархијског устава) и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода. Уставно право Аустрије не користи појам "основна права", већ употребљава термин "уставом гарантована права". Уставом гарантована права су, субјективна права која су гарантована прописом који има уставни ранг. У погледу персоналног важења ова права су добрим делом зајамчена сваком, али је значајан и број оних права која су резервисана за држављане.

Устав Шпаније (1978) користи више термина за означавање основних права. У Делу I Устава, који носи наслов "Основна права и дужности", утврђује да основе јавног поретка и социјалног мира представљају достојанство личности, неповредивост права која су од ње неодвојива, слободан развој личности, поштовање закона и права других. У оквиру Одсека I Устав говори о основним правима и јавним слободама ("De les derechos fundamentales y de las libertades publicas"), попут права на живот, права на физички и морални интегритет, права на слободу и безбедност, права на част, на личну и породичну интимност и на сопствену слику, слободе мисли, слободе мирног окупљања, право удруживања, гаранција у кривичном поступку, слободе образовања, слободе синдикалног удруживања, права на штрајк. Сваки грађанин може се позвати на заштиту ових слобода и права пред редовним судовима, по поступку заснованом на начелу приоритета и хитности, и путем тужбе d'amparo пред Уставним судом. Одсек II носи назив "Права и дужности грађана" ("De los derechos y deberes de los ciudadanos") и њиме су обухваћена нека од следећих права: право приватне својине и наслеђивања, право на рад и слободан избор занимања, слобода предузетништва, и дужности попут дужност одбране земље, дужност учествовања у финансирању јавних расхода и сл. У погледу заштите ових права не важи посебан поступак судске заштите, она су заштићена само "обичним", а не и "убрзаним" поступком судске заштите. Устав поставља и руководна начела социјалне и привредне политике ("De los principios rectores de la politica social y economica"), која предвиђају да јавне власти обезбеђују социјалну, економску и правну заштиту породице, стварају погодне услове за социјални и економски прогрес, обезбеђују јавни режим социјалног осигурања, унапређују науку и стручно истраживање у општем интересу. У питању су, заправо, налози који устав упућује пре свега, законодавцу, који је потпуно слободан у конкретизацији и разради ових начела, тако да њима заправо није признат ранг основних људских права.

Устав Француске V Републике не садржи уобичајени каталог основних права, нити је овај појам прихваћен у теорији и законодавству. Али се у уставној Преамбули потврђује везаност француског народа за права која су прокламована Декларацијом права човека и грађанина (1789) и допуњена преамбулом Устава из 1946. године. Уместо појма основна права, користи се термин "јавне слободе" (libertés publiques), али превасходно као норме објективног права. Велику улогу у побољшању овакве нормативне ситуације имао је Уставни савет, који је установио да основни принципи Републике садрже таква права као што су: право на личну слободу, право на правну одбрану, принцип судске независности. Истовремено, Уставни савет је, подигао на уставни ниво одређене неписане правне принципе,

који су позајмљени из судске праксе Државног савета као Врховног управног суда.²⁴

Устав Италије (1947), установио је нову демократску парламентарну Републику у којој је посебно наглашена заштита људских права. Томе иде у прилог чињеница да италијански устав, према начину своје промене, спада у групу ригидних устава. Основна права не могу бити оборена од стране парламента, па чак ни уставном ревизијом. Устав Италије већ у чл. 2 наглашава да "Република Италија признаје и јемчи неотуђива људска права, било да се ради о појединцу или заједници у којој појединац остварује своја права." Права и дужности грађана регулисана су у првом делу устава, у оквиру следећих целина: грађански односи (чл.13 -28), друштвено-морални односи (чл. 29-34), економски односи (чл. 35- 47) и политички односи (чл. 48-54) обухватајући око трећину уставног текста. Италијански Уставни суд је, међутим, недавно одбацио теорију да се члан 2 односи само на права која су изричито наведена у члановима који следе и уз подршку правних теоретичара почео да развија "трансцеденталну" и "метаправну" концепцију члана 2.²⁵ Члан 2 је послужио као отворена норма, кроз коју Суд може препознати права која су уставописци изоставили, и тиме је послужио као основа за динамичко схватање уставних права. Тако су право на брак, право на приватност генерисана чланом 2 у судској пракси. Појам "основна права" није примењен ни у Уставу Италије, ни у пракси Уставног суда. Али се у пракси Уставног суда развио појам "неповредива права"²⁶, који обухвата права која су изричито или имплиците гарантована уставом, која се уз то карактеришу тесном повезаношћу са људском личношћу. Изузетно, Уставни суд је неповредива права изводио из међународних уговора, али тако што је Уставом гарантованом праву додавао допунску гаранцију, тако да је међународни уговор овде био у функцији олакшаног тумачења уставног текста. При том, појам неповредива права не подудара се са термином основна права. Сва права која су призната Уставом Италије и она којима Уставни суд није признао карактер неповредивости сматрају се основним правима, док су неповредива само нека основна права

Листа уставних права није исцрпна, али обухвата право на личну слободу (чл. 13 ст.1), неповредивост стана (члан 14 ст.1), слободе и тајности писама и других средстава комуникације (чл. 15 ст.1), право на одбрану (чл. 24 ст.2), право на приступ суду (чл. 24 ст.1), принцип легалитета као основни принцип кривичног права. Устав Италије дозвољава изручење италијанског држављанина који је починио кривично дело у иностранству, само у случају ако је то предвиђено међународним конвенцијама. У оквиру одељка који носи наслов "Друштвено-морални односи" Република признаје право породичне заједнице засноване на браку (члан 29) и уређује однос родитеља и деце, обезбеђује здравствену заштиту свих грађана, гарантује право на образовање. У оквиру одељка "Економски односи" Република Италија штити рад у свим његовим облицима и применама,

²⁴ Упор. Д.М.Стојановић., *op.cit.*, стр. 59 и А. Stone Sweet, *Governing with the judges, constitutional politics in Europe*, Oxford, 2000, p.87

²⁵ А. Stone Sweet, *op.cit.*, p. 100

²⁶ Упор. Д.М.Стојановић, *op.cit.*, стр. 62 и D. Leonardi, "Italy" у *European Civil Liberties* (A.C.Gearty ed.), The Hague, 1997, p. 309

јемчи слободу синдикалног удруживања, јемчи слободу приватних економских делатности, гарантује право својине. У оквиру одељка "Политички односи" Устав Италије гарантује бирачко право свим пунолетним грађанима и грађанкама, право приступања политичким партијама, право петиције, право на приступ јавној функцији и јавној служби. У улози чувара устава, самим тим и права гарантованих у њему, појављује се Уставни суд, који може да "суди" парламенту, тако што ће оборити неуставни закон.

1.3. Међународноправне гаранције људских права

Интернационализација људских права је процес који је посебно интензиван након завршетка Другог светског рата, мада су и раније постојали међународни уговори којима су се државе потписнице обавезивале да поштују нека људска права, као и међународне организације са циљем унапређења људских права (нпр. Међународна организација рада). Интернационализација људских права резултат је логичног напретка у развоју друштва и држава, које су се сагласиле да поштују и штите људска права не само у оквиру својих територија, већ и да буду одговорне и да једна другој и међународној заједници подносе на испитивање поштовање ове обавезе. У оквиру међународних организација, значајан напредак у области људских права остварује се њиховим нормирањем, унапређивањем и заштитом. Нормирање се односи на стварање међународних правила и стандарда, којима се дефинишу људска права, и може се поредити са законодавном делатношћу државе. Унапређење људских права је, делатност међународне организације усмерена на ширење идеје о људским правима, прихватање обавезе државе да штите и поштују људска права и стварање предуслова за уживање људских права. Међународне организације доприносе заштити људских права стварањем органа који надзиру поштовање међународних обавеза државе да штите и поштују људска права.

Под окриљем Уједињених нација, које настају 1945. године као универзална организација, започиње снажан развој међународног регулисања и заштите људских права. Наиме, већ се у првом члану Повеље Уједињених нација наводи да је њен основни циљ унапређивање и подстицање људских права. Генерална скупштина Уједињених нација усвојила је 10.12.1948. године Универзалну декларацију о људским правима, са циљем да у њој обухвати сва основна људска права које признају све државе. У доба хладног рата тема људских права је у великој мери била политизована и ставови држава били су одређени њиховој припадности одређеном сукобљеном блоку. Уз то, постојала је и објективна препрека која се односила на разлике у традицији појединих земаља, и све је то отежавало формулисање и усаглашавање текстова универзалних међународних инструмената. У таквим околностима препознато је да блиско историјско наслеђе, цивилизацијска сродност, компатибилност правних система у оквиру одређених региона могу да олакшају нормативну делатност у области људских права. То је

водило развијању регионалних система заштите људских права, посебно на европском, америчком и афричком континенту.²⁷

У Европи оснива се регионална организација Савета Европе, са циљем заштите и унапређења заједничких вредности држава чланица. Под окриљем Савета Европе усвојен је велики број конвенција и докумената различите правне снаге, а посебно место међу њима заузима Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, која је утемељила специфичан систем заштите људских права, који је касније послужио као узор за низ уговора о људским правима. На америчком континенту основана је Организација америчких држава под чијим окриљем је 1969. године усвојена Америчка конвенција о људским правима, којом су основани и Интерамеричка комисија и Суд за људска права као органи заштите тих права. У Африци, у оквиру Организације афричког јединства 1978. године усвојена је Афричка повеља о правима човека и народа, а њоме је установљена Афричка комисија као орган који се стара о примени и поштовању права на том континенту.²⁸

Престанак хладног рата доводи до побољшања у односима између многих земаља, што је дало позитиван подстрек развоју људских права. Промене у политичким системима некадашњих социјалистичких држава, редефинисање најважнијих уставних институција са појачаним нагласком на људска права, отворили су нове процесе интеграције и нове облике сарадње између држава. Када говоримо о људским правима та сарадња резултирала је, да се из фазе препознавања и дефинисања људских права, пређе у фазу у којој се наглашава неопходност постојања и јачања механизма, који ће обезбедити пуну примену и спровођење у живот норми о људским правима. У поређењу са већином међународних уговора, уговори о људским правима имају јединствен карактер. Они се не односе на узајамне обавезе и нису засновани на узајамној користи суверених држава. Уместо тога, ови уговори свечано прокламују принципе који се тичу поступања према људима који живе у државама потписницама. То се односи на унутрашњи поредак држава и њихово поступање према својим држављанима (односно према свим заштићеним особама). На тај начин, оно што је некада било у искључивој надлежности суверених држава, постало је предмет међународне заштите и контроле.²⁹

Наиме, како су права човека дуго спадала искључиво у унутрашњу надлежност држава, сваки покушај уплитања у то подручје, а посебно међународни надзор на поштовањем људских права, схватан је повредом суверених права. Зато је и разумљиво што међународни поступци за заштиту људских права нису разноврсни и развијени у оној мери у којој су развијени поступци заштите људских права у оквиру унутрашњих правних система. У новије време, од почетка 80-их година прошлог века, када су многи међународни уговори ступили на снагу и кад

²⁷ Више о томе: В.Петровић, *Међународни поступци за заштиту људских права*, Београд, 2001. стр. 17

²⁸ Ibidem

²⁹ А. Mowbray, "The Creativity of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, Vol.5, Issue 1, (2005), pp. 56-59

су почела да раде уговорна тела која се баве поштовањем међународних уговора започело је унапређивање механизма надзора над применом међународних стандарда, а тела и органи који су надлежни да прате примену међународних уговора стичу све веће поверење држава, које су спремније да прихвате његов надзор. То потврђује спремност држава да пристају на надлежност ових тела и да прихватају њихове одлуке.

Међу поступцима за међународни надзор над поштовањем материјално-правних одредаба уговора о правима човека, најчешће се примењује обавеза подношења периодичних извештаја и разматрања тих извештаја пред овлашћеним уговорним телом. Предвиђен је и надзор путем специфичних процедура које се односе на масовно и систематско кршење људских права. Поступак надзора могу покренути државе против других држава, мада су државе биле веома уздржане и поступак против других земаља покретале су само ако су односи између држава ионако лоши, или када су за то имале политички интерес. Са аспекта појединца, као титулара права, најефикаснији поступак надзора над применом међународних уговора, јесте разматрање појединачних представки који оштећена лица подносе када држава уговорница крши одредбе уговора. Ефикасност овог механизма лежи у томе што се као странка појављује лице које је најзаинтересованије за остваривање свог права, и претпоставка је да ће непристрасни и независни органи у таквом поступку донети најбоље решење и омогућити да се одређено право поштује у пуној мери, а да оштећено лице буде обештећено због кршења права.

Ово је највише и најчешће оспоравана надлежност уговорних тела, али истовремено она доноси и праву револуцију на пољу заштите међународних људских права, јер појединца ставља у потпуно равноправан положај у односу на државу. Надлежност универзалних међународних тела да на захтев заинтересованих појединаца утврђују повреде људских права је факултативна и обавезује само оне државе потписнице који су на то посебно пристале, најчешће ратификовањем факултативних протокола (нпр. Пакт о грађанским правима) или давањем посебних изјава (нпр. чл. 14 Конвенције о расној дискриминацији). Још важније ограничење је у томе што одлуке међународних тела нису правно обавезне за државе³⁰. Оно што је било врло комплексно остварити на универзалном плану и у светским оквирима, остварено је на подручјима који су блиски по идеолошким, политичким, историјским и другим особеностима. Уосталом, у регионалним оквирима основа за међународну сарадњу је знатно чвршћа, него у светским размерама, и прожета је већим степеном разумевања и сужавања суверених права у корист регионалних међународних организација и органа.³¹ Најбољи пример тога је, систем заштите људских права, који функционише по основу Европске конвенције за заштиту људских права. У Европи, упоредо са усвајањем Универзалне декларације, почиње да се развија регионални систем заштите људских права. Овај систем развијао се много брже и лакше од оног на

³⁰ Више о томе В. Димитријевић, М. Пауновић, В.Ђерић, *Људска права-уџбеник*, Београд, 1997, стр. 140

³¹ С. Миленковић, *op.cit.*, стр. 42-44

универзалном плану, и тако се временом изградио непревазиђени механизам заштите људских права.

Међународно право људских права, донело је са собом једну нову улогу, сличну оној коју има уставно право, а то је ограничавање онога што би државе могле да ураде грађанима у оквиру својих надлежности. Али, са друге стране, међународно право људских права није лишено суштинске особине, коју има опште међународно право, а то је непостојање довољно ефикасних метода примене. Право људских права уопште узев не обавезује владе противно њиховој вољи, а судови за људска права са овлашћењем да врше судску контролу и са обавезном јурисдикцијом "остају пре изузетак, него правило, нарочито на глобалном нивоу".³² Са друге стране, тамо где се одлуке тела задужених за људска права више поштују, као што је случај са Европским судом за људска права, ови органи "развијају стабилну судску праксу унутар које се принципи тумачења, који се примењују на споразуме о људским правима, разликују од принципа који се примењују на остале споразуме, чиме се омогућава активна улога органа задужених за људска права".³³

У контексту међународног конституционализма једна од основних функција људских права је да попуне празнине у националној заштити људских права, било суштински, било у погледу територијалних ограничења националног устава. Даље, очекује се да људска права поставе границе у опхођењу државе према свом становништву и да уведу додатну обавезу тиме што дозвољавају да се контрола заштите људских права обавља "споља".³⁴

1.4. Људска права и уставна права

Данас, можемо говорити о заштити права која се остварује на међународном нивоу и заштити која се остварује на унутрашњем плану. На тој основи можемо говорити о постојању уставних права и људских права. Термином уставна права, означавамо права, која су заштићена националним уставом. Термином људска права, означавамо међународнопризната права. Уставна права су фундаментална, што произилази из њихове позиције на врху хијерахије правног система, као права која директно везују законодавну, извршну и судску власт. Али, сва права садржана у Уставу често немају једнаку правну вредност, нити су доступна сваком човеку, већ су резервисана за домаће држављане. Међународни документи, пак, одржавају сагласност о томе која су права општа, универзална, људска права и имају посебан значај за утврђивање каталога основних права. Како су многа права заштићена и на националном и на међународном плану, односно истовремено припадају и уставним и људским правима, за њихово означавање предлаже се

³² S. Gardbaum, "Human Rights as International Constitutional Rights", *The European Journal of International Law* 4/2008, p. 763

³³ М. Јовановић, И. Крстић, "Људска права у 21. веку-између кризе и новог почетка", *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 4/2009, стр. 3-13

³⁴ А. Van Aken, "Вагање људских права-уставно тумачење у међународном праву", *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 4/2009, стр. 61

коришћење термина "основна права".³⁵ Ако људска права, са једне стране, и уставна права, са друге стране, замислимо као две кружнице, онда би се основним правима означавала она права која се јављају у пресеку ових кружница. Израз "основна права" (*grundrechte-basic rights*), термин је који везујемо за немачку правну доктрину, али је он прихваћен и развијан и у пракси европских органа за заштиту права и у пракси европских уставних судова. На овај начин се наглашава њихова уставна природа и обезбеђује функционисање интерних, односно правних гаранција.³⁶

Основна права могу се посматрати са консенсуалног, надпозитивног (наддржавног) и институционалног аспекта. Консенсуални аспект ослања се на чињеницу, да основна права произлазе из неког политичког акта, који изражава сагласност свих релевантних политичких актера, односно народа. Тако, национални уставни у либералној традицији схватају се као директно или индиректно произашли из суверености народа, што им обезбеђује легитимитет за спровођење права која садрже. Устав може да своју легитимност "вуче" из пристанка људи који живе у оквиру такве уставне праксе. Овакви извори сагласности могу да обезбеде смернице за тумачење ових права, у оквиру различитих метода тумачења: историјског, еволутивног, граматичког, систематског. Извор сагласности за међународна људска права је још комплекснији, јер се уговори ослањају на изражавање сагласности између држава, као страна уговорница. Као и национални уставни и ови извори сагласности такође дају смернице у тумачењу уговора о људским правима, попут методологије текстуалног или обичног значења, ослањање на припремни рад (*travaux preparatoire*) итд.³⁷ Надпозитивни аспект долази до изражаја код неких основних права, али је посебно значајан у контексту међународних људских права, јер ову категорију међународних уговора разликује од међународних уговора у општем смислу управо то што се првенствено састоје у обавези државе да поштује одређене принципе у поступању са својим грађанима. Институционални аспект основних права требало би да представља не само трећи извор њихове легитимности, већ радије да одражава практична ограничења приликом израде и тумачења права која вуку легитимитет из надпозитивне или консенсуалне основе, или и једног и другог. Институционални аспект може бити оправдан својим доприносом у ефективној заштити ових права.

У оквиру система националних уставних права и унутар међународног система људских права, однос између поменута три аспекта основних права, може бити комплексан и може резултирати различитим тумачењем основних права на међународном, односно, уставном нивоу. Потенцијал за неслагање постоји, пре свега, у консенсуалном и надпозитивном аспекту основних права. Консенсуални аспект, потенцијалног конфликта, произилази из традиционалне дебате о

³⁵ G. Neuman, "Human rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance", *Stanford Law Review*, Vol. 55, 2002-2003, p. 1865

³⁶ Упор. G. Neuman, *op.cit.*, pp. 1863-1900 и И.Пејић, "Уставне гаранције људских права", *Правна ријеч*, бр. 18 (2009), стр.130

³⁷ G. Neuman, *op.cit.*, p. 1865

монистичком и дуалистичком односу унутрашњег и међународног права. Са надпозитивног аспекта, могући конфликти могу произаћи из конкурентног објашњавања права. Наиме, уставна права и међународна људска права могу се заснивати на потпуно другачијој нормативној основи или се могу разилазити у својој концепцији права. Одређене уставне норме, на пример, рефлектују посебну религијску традицију или изражавају вредности које су привржене националном искуству. Са друге стране, глобални режим људских права тежи да буде мост између различитих вредносних система и да изражава заједничке тежње. Потенцијални конфликти могу настати и на институционалном нивоу, односно између уставних и међународних судова. Иако су национални уставни судови и међународни судови за заштиту људских права налик једни другима, међународни судови се од домаћих судова разликују у погледу своје одговорности, која обухвата бројне и различите правне системе. Али, они често имају слабе могућности да исправе недостатке у домаћим системима јер одлуке које доносе не морају бити обавезујуће. Ове институционалне разлике могу резултирати "дивергентним тумачењем међународних људских права и националних уставних права".³⁸ Тумачење основних права може се разилазити на међународном и унутрашњем уставном нивоу, чак у тој мери да је могућ и директан конфликт два система. Неки од ових конфликта одражавају хитну потребу за реформом на националном плану, што је разлог постојања (*raison d'être*) међународног режима људских права.

Разлике које постоје у погледу ова два система права могу се делом објаснити чињеницом, да је међународно право дуго регулисало искључиво хоризонталне односе између суверених држава. Значајна трансформација у овом систему настаје оног тренутка када појединци, а не само државе, добијају права и дужности у међународном праву. Уосталом, систем људских права не обавезује државу мимо њене воље и тиме се одговорност за поштовање међународних права преноси на државу потписницу.

Без обзира, на општи степен аналогije или дисаналогije, између међународног и уставног права, домаћи билони о правима и међународно право људских права имају исте основне функције постављајући границе шта влада може да чини особама у својој надлежности. Уосталом, оба система суштински су креирана након 1945. године, као одговор на масовно кршење људских права. На тај начин покривене су велике празнине, које су постојале и у домаћем и у међународном праву. Нешто мање очигледна, али врло значајна сличност између два система постоји у њиховом генералном садржају и структури. Оба система, и међународни и унутрашњи, укључују грађанска и политичка права, као што су право на слободу и сигурност, забрана тортуре, забрана ропства, право гласа, право на слободу изражавања. Многи домаћи билони о правима садрже и нека или већину социјалних и економских права садржаних у Пакту о економским, социјалним и културним правима, као што су: право на образовање, избор занимања, боље услове рада. Штавише, оба система, унутрашњи и међународни, деле заједничку структуру права. Стога, нека права се у сваком систему сматрају категоричким или

³⁸ Ibidem

коначним нормама, која не дозвољавају одступања или ограничења. Већина права у сваком систему примењује се директно у односу на владу, а не и на приватне актере, иако права могу да обухватају и подразумевају позитивне обавезе владе, иако многа права индиректно регулишу приватно-правне односе. Ове опште сличности поменута два система чине да оба штите исту ствар, а то су основна права појединаца.

Развој међународних извора људских права и међународних институција, показује потребу да права не само буду уграђена у међународне инструменте, већ и да буду ефикасно заштићена. У том контексту, јасно је да међународно право људских права, преферира ефикасну заштиту на домаћем, унутрашњем плану, јер су и међународни судски органи дизајнирани тако да играју допунску улогу. То се најбоље изражава у захтеву да обраћање међународним судским институцијама може да уследи након што су искоришћена сва домаћа правна средства. Супсидијарна природа ових органа најбоље одсликава природу идеалног односа између међународне и унутрашње заштите људских права као рефлектујуће и синергичне. Међународно право људских права треба да одражава заједничке вредности и фундаменталне принципе, али и да по потреби, буде синергичан партнер домаћем уставном праву.³⁹

Језгро међународног права људских права и домаћег уставног права, изграђено је на језгру индивидуалне слободе и ограничења државних мера. У оба система, посебно у односу на грађанска и политичка права, људска права или грађанске слободе дизајниране су да осигурају да неће доћи до мешања државе, односно да ће до њеног деловања доћи само ако је то неопходно и тако да буде пропорционално и објективно оправдано. Када се све то сведе на основну уставну вредност, онда можемо видети да домаћи и међународни извори људских права, који су можда на први поглед различити, заправо су много сличнији једни другима. Домаћи стандарди могу утицати на међународне концепције права и прихватљивост државне акције и обрнуто. Због тога је врло значајно да домаћи и међународни судови буду обавештени о узајамној пракси у тумачењу обима и садржаја релевантних права. Тако, ако напустимо расправу о инфериорности или супериорности међународног и домаћег права људских права, онда нам то омогућава да се фокусирамо на одговарајућу употребу међународног права људских права у домаћим поступцима. Користећи међународно право људских права као помоћ у уставном тумачењу права развијамо синергију са домаћим правом људских права, чиме се омогућава хармонизација ових органа и остварује ефективна заштита људских права на унутрашњем плану.

³⁹ Више о томе: F. de Londras, "International Human Rights Law and Constitutional Rights: In favour of Sinergy", *International Review of Constitutionalism*, Vol. 9 No.2, 2009, pp. 307-328

ДРУГИ ДЕО

ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА У УНУТРАШЊИМ УСТАВНИМ СИСТЕМИМА

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода усвојена је 4. новембра 1950. године, ступила је на снагу 3. септембра 1953. године и од тог тренутка се континуирано примењује, и истовремено унапређује и у материјалном и процесном смислу. Наиме, како су се временом схватања о људским правима развијала и ширила, то су уз Конвенцију усвајани додатни Протоколи. Велики допринос прилагођавању Конвенције савременим токовима дао је и Европски суд за људска права, својим схватањем Конвенције као живог инструмента. Истовремено, трансформисан је и систем надзора над применом Конвенције и од политичког развио се у правни.

Улога и значај који се Европској конвенцији придаје у унутрашњим уставним системима могуће је сагледати имајући у виду каталог основних права који она садржи, њену правну природу и место које јој припада у хијерархији унутрашњих правних аката.

2.1. Европска конвенција-значај и доношење

Након недаћа у Другом светском рату и невиђених страхота у 20. веку, Европа је решила да предузме значајне кораке у погледу заштите људских права и основних слобода, изван онога што је предвиђено на националном нивоу. Након припремног рада, први конгрес Европског покрета, који је настао на основу приватне иницијативе, одржан је у Хагу, у мају 1948. године. Поред оснивања Европске Парламентарне скупштине, која је била основ будуће уније Европских држава, захтевано је доношење Повеље људских права, која би била заштићена пред Европским судом правде. Иницијални резултат тога је било доношење Статута Савета Европе, око кога су се ујединиле слободне, демократске државе Западне Европе. Савет Европе основан је 1949. године са циљем да омогући ближу сарадњу и веће јединство између европских држава које су прихватиле вредности демократије, поштовање људских права и владавине права. Основан на почетку хладног рата, Савет Европе је представљао зачетак западноевропске политичке организације и имао је улогу својеврсног "чувара" западноевропских либералних вредности у идеолошком сукобу са комунизмом.⁴⁰ Исте, 1949. године, настао је и Нацрт Европске конвенције, који је припремио међународни комитет састављен од правних експерата. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода потписана је 4. новембра 1950. године у Лондону од стране "влада европских земаља које су сличних погледа и имају заједничко наслеђе политичких

⁴⁰ Више о томе В. Ђерић, *Чланство државе у Савету Европе: услови, поступак пријема и надзор над извршењем обавеза*, Београд, 2001, стр. 9-12

традиција, идеале, слободе и владавине права" и "потврђујући изнова своју дубоку веру у оне основне слободе, које су темељ правде и мира у свету."⁴¹

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода настала је на рушевинама Европе, постављајући један здрав и снажан темељ заштите људских права на европском нивоу. Тако се на челу са Европском конвенцијом, паралелно са економском изградњом, одвијала и рестаурација демократских институција, и постепено се изграђивао један свеукупан систем заштите људских права. Европска конвенција замишљена је као "систем раног реаговања" (*early weaking system*) који треба да спречи да државе западну у тоталитаризам, односно да има улогу својеврсног "појаса за спасавање", којим треба обухватити оне повреде основних права које су измакле ригорозној контроли домаћих судова, пре свега, уставних судова, односно, судова који пружају еквивалентну заштиту уставних права. Настала као одговор на масовно кршење људских права, током Другог светског рата, примарни циљ Конвенције је био да осигура колективно обезбеђење уживања основних људских права, пре свега, оних садржаних у Универзалној декларацији о људским правима (1948).

Европски систем заштите права оличен у Европској конвенцији у центру пажње ставља појединца и његова права, за разлику од других сличних уговора који се више баве систематским и масовним кршењима. Конвенцијом је установљено право на појединачну представку, чиме су појединци и организације добили право да оспоравају одлуке својих влада путем поступака у Стразбуру, тако што ће своје предмете изнети Европској комисији за људска права (основаној 1954. године), а потом и Европском суду (основаном 1959. године). Европска конвенција је један од првих докумената заснованих на објективним стандардима и на праву појединца да траже заштиту од злоупотреба државних власти. Право индивидуалне петиције је један од највећих искорака који Европска конвенција уноси у систем заштите људских права. Заштиту пред Европским судом за људска права може тражити било које лице, држављанин било које државе чланице Савета Европе, али и лица која то нису: странци, избеглице, емигранти, азиланти и апатриди. Довољно је да се лице позива на пропуст државе у погледу пружања одговарајуће заштите, односно на кршење одредби Конвенције.⁴²

Давање права на индивидуалну представку је било револуционарно у многим видовима, али је то, пре свега, значајно посматрати са аспекта представе о "независном суверенитету државе у области људских права"⁴³. Људска права су веома дуго била у искључивој надлежности држава и сваки покушај интернационализације овог питања је схватан повредом суверених права. Када је прихваћено да се међународним уговорима регулише област људских права, следећи корак који је требало предузети односио се на успостављање ефективног

⁴¹Преамбула Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода ("Службени лист СЦГ-Међународни уговори", бр.9/2003)

⁴²С.Ђајић, "Заштита људских права и слобода у пракси Европског суда за људска права-индивидуална заштита, тумачење Конвенције и ефикасност европског система", *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр.7-8, 2001, стр. 344

⁴³ Ф. Лич, *Обраћање Европском суду за људска права*, Београд, 2007, стр. 7

надзора над поштовањем поменутих уговора. Признавање могућности држави уговорници да поднесе саопштење уколико сматра да друга уговорница не извршава одредбе међународног уговора, државе су прихватиле "гешка срца", али никако нису могле да прихвате непосредан захтев појединца за међународноправном заштитом. Такав акт државе су виделе као непријатељски акт, акт који омогућава мешање у њихове унутрашње послове и атак на њихову сувереност. Са стварањем повољнијих услова у међународним односима слаби и бојазан од неоправданог покретања поступка заштите од стране појединца. Овакав развој могао је да се оствари најпре "у државама блиским по политичким, идеолошким, историјским и другим погледима, јер је постојало узајамно поверење и разумевање, а самим тим и мање бојазни од злоупотреба петиција појединаца".⁴⁴ Управо такав систем из поменутих разлога је почео да функционише под окриљем Европске конвенције и Савета Европе. Међутим, у оквиру овог система стиче се утисак да сувереност држава чланица Савета Европе није била на великим искушењима. Наиме, појединци, невладине организације могу се обраћати Европском суду, након што су искористили сва унутрашња правна средства, а што се тиче међудржавних интервенција само 13 пута је био покренут поступак против других држава уговорница због непоштовања одредаба Конвенције.

Следећа значајна карактеристика Конвенције јесте у томе, што је каталог грађанских и политичких права садржаних у њој дат у општим терминима. Такав концепт оставља значајан простор за Европски суд за људска права и националне судове да прошире утицај Конвенције на многе области права, за које сматрају да треба да буду обухваћене. Наравно, да ли ће Конвенција имати овај прожимајући ефекат зависи од многобројних фактора, који су јединствени у сваком националном систему у коме се примењује.⁴⁵

У тренутку настајања, Конвенција је представљала минимум стандарда људских права о којима су европске државе могле да се договоре пре више од 50 година, што је био само почетни "замајац" у њеном даљем утицају. Успостављањем Европске комисије и Европског суда за људска права, Конвенцији је "удахнуло" живот и у пракси ових органа она се претвара у "живи" инструмент, који се и дан данас развија. Истовремено, уз Конвенцију су доношени Протоколи, који су у великој мери проширили њену првобитну основу, чиме је она постала незаобилазни инструмент заштите људских права и у 21. веку. Конвенција је настала у доба у коме је доминирала "политика идеологије" и када је у Европи постојала оштра подељеност око основаности либерализма и ауторитарних алтернатива левице и деснице, док је пак, Савет Европе наглашавао потребу сарадње и тежњу ка већем јединству.

Европска конвенција се од 50- их година до краја 80-их година прошлог века примењивала само у земљама Западне Европе. Одлуком да прихвати источноевропске државе које су раскинуле са комунизмом, Савет Европе је ушао у

⁴⁴ С. Миленковић, *op.cit.*, стр. 48

⁴⁵ Т. Buergenthal, "Interaction of National Law and Modern International Agreements: Some Introductory observations", *American Journal of Comparative Law*, Vol. 18, 1970, p. 236

нову фазу свог постојања, што му је улило нову животну снагу. Применом у земљама Централне и Источне Европе, Конвенција започиње свој "други" живот, играјући кључну улогу у повезивању Истока и Запада. Приступање Европској конвенцији и чланству у Савету Европе је било од изузетне важности за земље некадашње социјалистичке орјентације, које заузимају ново место под европским "кровом" желећи да се приближе Европској унији. Наиме, чланство у Европској унији подразумева озбиљну реформу правног система и усклађивање са успостављеним европским стандардима, а први корак на том путу је усклађеност система заштите људских права са стандардима које поставља Европска конвенција и Европски суд за људска права. Ратификација Европске конвенције и приступање Савету Европе, тако је постала нека врста "предворја" Европске уније.

Укључивање држава Источне Европе под окриљем Савета Европе одразило се на вишеструко повећање броја држава чланица. Наиме, од почетних 10 држава, ова међународна организација данас окупља 46 држава, обухватајући подручје од Исланда до Владивостока и популацију од скоро 800 милиона. То ширење Конвенције није се одвијало само у географском смислу, већ се читав систем и институционално изграђивао, а растао је и значај судске праксе Европског суда. То значи да развој Европске конвенције можемо да пратимо у три осе: институционално, географски и јуриспруденцијски. Данас, након више од 55 година примене, њена достигнућа у успостављању и промовисању људских права и демократије широм Европе су неизмерна, а она наставља да значајно доприноси миру и стабилности на старом Континенту. Ефективна примена Европске конвенције и ефикасан рад надзорног апарата претпоставља и захтева дух сарадње и одређени ниво хомогености између држава чланица Савета Европе. То не мора да значи да су правни, политички, економски и социјални услови мање-више униформни у Европи. Напротив, постоје и биће, огромне разлике између ситуације, на пример, у Финској, Шпанији, Италији или Грчкој. Али, област људских права који су покривени Конвенцијом гарантују да државе уговорнице морају да поштују опште стандарде или морају бити вољне да мењају домаћа правила онолико колико то тражи Европска конвенција и Европски суд за људска права⁴⁶.

2.2. Права садржана у Европској конвенцији

Каталог људских права и слобода садржаних у Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода треба разумети у смислу његове функције, а то је предузимање првих корака колективног спровођења права садржаних у Универзалној декларацији. Стога, сврха Европске конвенције је била прописати одређена људска права која су 1948. године прокламовали Уједињени народи у Универзалној декларацији, обавезујућим споразумима, и истовремено предвидети надзор над применом тих одредби. " За сада је пожељно ограничити колективне гаранције на права и слободе које се практикују, након дугог

⁴⁶ Више о томе: S. Greer, *The European Convention on human rights-achievements, problems and prospects*, Cambridge, 2006, pp. 1-2

коришћења и искуства, у свим демократским земљама."⁴⁷ Тако да су језгро Европске конвенције чинила права која су сматрана суштинским за интеграцију европске демократије, а о којима је било могуће постићи договор у погледу њихове формулације и што је још важније о међународном надзору над њиховим спровођењем. Права и слободе која се штите и гарантују Европском конвенцијом налазе се у првом делу и у Протоколима бр.1,4,6,7,12 и 13. Покретање и ток поступка пред Европским судом за људска права ближе се уређује Протоколима бр. 2,3,5,7,8,9,10,11 и 14.

Европском конвенцијом се, већ на самом почетку, у члану 2 штити право на живот, као најелементарније и најочигледније право, и истовремено намеће обавеза државним властима да штите "свачије право на живот" уз забрану хотимичног одузимања живота. Највећи проблем у тумачењу овог права у пракси тиче се питања почетка и краја физичког живота људских бића, а то су пре свега питања везана за абортус и еутаназију. У вези са овим питањима, не постоји консензус ни на унутрашњем, ни на међународном плану, тако да се ни у пракси органа у Стразбуру није могло далеко одмаћи. Стога, имајући у виду осетљивост ових питања, препушта се државама да свака од њих одреди границе почетка и краја људског живота. У вези са чланом 2 треба поменути и промене које су се односиле на укидање смртне казне. Наиме, Протоколом бр. 2 у члану 6 укинута је смртна казна, сем у уско предвиђеним околностима. Протоколом бр 13 укинута је смртна казна у свим околностима и нико се не може осудити на смртну казну или погубити. Право на живот из члана 2 спада у листу права које по члану 15 став 2 Конвенције није дозвољено ограничити ни у каквим околностима.

Члан 3 забрањује мучење, нехуман или понижавајући третман лица и изрицање нехуманих или понижавајућих казни. Овим чланом се штити морални и физички интегритет људских бића, а било који вид злостављања представља "флагрантну негацију човечности".⁴⁸ У пракси Европске комисије је уведена градација суровости у поступању односно кажњавању, почев од нехуманог поступања преко понижавајућег поступања до тортуре.⁴⁹ Јасно је да поступак може бити такав да је на њега могуће применити све ове дефиниције, будући да тортура може бити нехумани и понижавајући поступак, а нехумани поступак такође и понижавајући. Питање да ли је поступак или кажњавање нехумано или понижавајуће мора се ценити према околностима конкретног случаја. Члан 3 је у пракси органа у Стразбуру често био предмет разматрања у вези са поступањем са затвореницима. Члан 3 Европске конвенције укључује једну од темељних вредности демократског друштва и укључен је у листу права која су проглашена неукидивим по члану 15 став 2.

⁴⁷ Савет Европе, Конститутивна скупштина, прва седница, Извештаји 1994 (1949), стр. 1144

⁴⁸ М. Пауновић, *Јуриспруденција Европског суда за људска права*, Београд, 1993, стр. 52

⁴⁹ Појам нехуманог поступања обухвата такво поступање као што је намерно изазивање тешких патњи, менталних или физичких, које су, у датој ситуацији, неоправдане. Нехумано поступање према појединцу или његово кажњавање може се сматрати понижавајућим, уколико се он на груб начин понижава пред другим људима или се приморава да се понаша против воље и савести. Тортура представља највиши ниво намерног, односно свесног предузимања нечовечног третмана, који има за последицу наношење веома озбиљне и сурове било физичке или менталне патње.

Слобода од ропства, ропског положаја, присилног или принудног рада, заштићени су чланом 4 Конвенције. Забрана ропства и ропског положаја, односи се на далекосежне облике надзора над појединцем и на тлачитељске услове које појединац не може да промени и од којих не може да побегне. Присилан или принудни рад, односи се на недобровољност одређеног рада или услуге, који се врши привремено или као допуна других обавеза и грађанских околности. У пракси Европске комисије за људска права, наведени су случајеви који не обухватају присилан или принудан рад, и то су "рад уобичајен у склопу лишења слободе"⁵⁰, служба особа ослобођених војне обавезе због приговора савести, у земљама које такав приговор признају, као и "служба у случају ванредног стања или природне непогоде која прети опстанку или добробити заједнице".⁵¹

Право на слободу и безбедност личности гарантовано је чланом 5 Конвенције и накнадно чланом 1 Протокола број 4, којим се забрањује свако лишење слободе због неиспуњених уговорних обавеза. Члан 5 став 1 Конвенције гарантује свакоме право на слободу и безбедности личности и предвиђа да се нико не може лишити слободе сем у шест наведених случајева, у којима је дат исцрпан списак изузетака од општег правила. То истовремено значи, да државе уговорнице немају дискреционо право да стварају нове врсте оправдања за лишавање слободе или хапшење, већ да морају да поступају у оквирима које утврђује Конвенција. Тако, члан 5 као целина односи се на физичку слободу, односно слободу од самовољног хапшења или лишења слобода, али у пракси Комисије овим чланом се није пружала заштита од мање озбиљних облика ограничавања личне слободе, као што су примена саобраћајних прописа, обавезно пријављивање странаца или грађана, полицијски час. Суд сматра да се појединац не може одрећи права из члана 5 Конвенције, чак и ако се преда властима и пристане да буде лишен слободе. Ово право је исувише важно у демократском друштву да не би било под правном заштитом Конвенције "само зато што је неко дозволио да буде лишен слободе".⁵² Чланом 5 став 5 Конвенције гарантовано је право на накнаду штете свакоме ко је био жртва хапшења или лишења слободе у супротности са чланом 5. У односу на друге норме садржане у Европској конвенцији, специфичност норме из члана 5 је у томе што она изричито упућује на примену националног права. Али, задатак Европског суда за људска права није да тумачи и примењује, односно контролише да ли је национално право правилно примењено, већ је то задатак националних судова. Међутим, материјалноправни услови за лишење слободе морају бити у складу са одредбама Европске конвенције и то је оно што Европски суд контролише. Тако да испитивање законитости лишења слободе у смислу члана 5 став 4 Европске конвенције не значи и испитивање одлуке националних органа у меритуму.

Члан 6 Европске конвенција предвиђа да свако, током одлучивања о његовим/њеним грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против

⁵⁰ *Slučaj De Wilde, Ooms i Versyp* (tzv. *Slučaj "Skitanja"*), appl.no. 2832/66, 2835/66, 2899/66, Presuda od 18. juna 1971, Yearbook of the European Convention on Human Rights, The Hague, 1973, , p.788-

⁵¹ *Case of Iverson v. Norway* (1963) Yearbook of the European Convention on Human Rights VI (1963), p. 278

⁵² *Slučaj "Скитање"*, цитирана пресуда, стр. 36

њега/ње, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона. Ради се, дакле, о основним принципима на којима треба да се заснива кривични и грађански судски поступак. Ове норме утемељене су на идеји владавине права, која значи да свако субјективно право или овлашћење мора да ужива заштиту закона и да сваки спор који настане поводом вршења тог права или овлашћења не сме бити решен арбитрарно, већ у поступку пред надлежним, независним и непристрасним судом који гарантује равноправност странака. Чланом 6 ставом 1 се набрајају различити принципи који сачињавају правично додељивање правде, као што су начело равноправности, независан и непристрасни суд установљен законом, разумни рок, у оквиру кога ће се суђење обавити и јавност суђења. У члану 6 став 2 потврђује се претпоставка невиности. "Терет доказивања лежи на тужиоцу и свака сумња треба да користи оптуженом. Тужилаштво мора да обавести оптуженог о стварима које ће му ставити на терет тако да се он може на одговарајући начин припремити за одбрану и изнети своју одбрану; тужилаштво, такође, мора да прикупи довољно доказа да би се оптужени осудио."⁵³ У члану 6 став 3 предвиђене су процедуралне гаранције у вези са правом на правично суђење, као што су право појединца да одмах и на језику који разуме буде обавештен о појединостима оптужбе, право на одговарајуће време и могућности за припрему одбране, право да се испитују сведоци, право на бесплатно превођење.

Члан 7 став 1 Конвенције штити појединца од одговорности за кривично дело, ако оно, у време када је извршено, законом или међународним правом није предвиђено као кривично дело. Овде национална легислатива има слободу да одлучи који чин или пропуст треба квалификовати и казнити као кривично дело. Европска ревизија у том случају, ограничава се на питање да ли је било која друга одредба Конвенције прекршена тим законом? У овом члану садржана су класична начела кривичног права, *nullum crimen sine lege* и *nulla poena sine lege*. Ставом 2 члана 7 Конвенције се искључује забрана ретроактивних закона, ако је реч о кривичним делима која су у време њиховог извршења била кажњива на основу општих правних начела које признају цивилизовани народи.

Право на поштовање приватног живота, породичног живота, дома и преписке заштићена су чланом 8 Конвенције. "Право на поштовање приватног живота, јесте право на приватну сферу, право човека да живи како жели, заштићен од јавности. Ово право, такође, до извесне мере обухвата, право на успостављање и неговање односа с другим људским бићима, нарочито у емоционалној сфери, ради развијања и задовољавања сопствене личности."⁵⁴ Значење израза "породични живот" је врло тешко прецизно одредити, али је Суд у својим пресудама утврдио одређене критеријуме.⁵⁵ Треба напоменути и да се чланом 8 не прави разлика

⁵³ *Case of Barberà, Messeguè and Jabardo v. Spain*, appl. No 10590/83, Judgment of 6 December 1988, <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc>

⁵⁴ *Case of Van Oosterwijk v. Belgium* (1980), ECHR, Series A 40, app. No. 7654/76, Judgment of 6 November 1980

⁵⁵ Прво, установљавање степена сродства између појединаца у питању и друго, постојање стварног породичног живота између њих. У случају *Marckx v. Belgium*, Суд је сматрао да он обухвата "у

између законите и незаконите породице. Право на поштовање преписке се превасходно односи на комуникацију писањем, али и на телефонске разговоре, преносе информација или идеја путем телекомуникационих средстава. Други став члана 8 Конвенције садржи тзв. изузимајући клаузулу (*exception clause*), којом се износе ограничења, односно услови који се законито могу применити од стране јавних власти држава уговорница, у погледу вршења или уживања права из става 1.

Тесно повезан са правом на поштовање породичног живота јесу право на склапање брака и право на заснивање породице, која су заштићена чланом 12 Конвенције. Мушкарци и жене, одговарајућег узраста, имају право да ступају у брак и заснивају породицу у складу са унутрашњим законима који уређују вршење овог права. Члан 12 упућује на национално право, чиме се прихватају могуће разлике између правних система држава-уговорница, али се не даје решење у предметима где склапање брака подразумева везе са различитим правним системима. Још је сложеније питање, на који начин посматрати национално законодавство које искључиво дозвољава брак између особа различитог пола, као и да ли право на брак подразумева и право на развод и поновно склапање брака.

Слобода мисли, савести и вероисповести, заштићена је чланом 9 Конвенције. Изрази "мисао", "уверење", "савест" и "вероисповест" могу се односити на широк круг интелектуалне и духовне делатности. Као и приликом испитивања евентуалног кршења чланова 8,10 и 11, ако органи успостављени Конвенцијом утврде да се држава мешала у уживање неког од заштићених права, испитује се да ли је дато ограничење "прописано законом" и "потребно у демократском друштву". У погледу остваривања слободе савести, "приговор савести" против служења војног рока често је био присутан у пракси органа Конвенције. Чланом 9 Конвенције обухваћена је и слобода прихватања вере, или уверења, која укључује и слободу неприхватања било какве вере или уверења. Слобода вероисповести може бити ограничена само кроз она ограничења која прописује закон и која су неопходна у демократском друштву у интересу јавне сигурности, ради заштите јавног реда, здравља или морала, или ради заштите права и слобода других.

Право на слободу изражавања као једно од најпознатијих грађанских и политичких права, један од угаоних камена демократије, заштићено је чланом 10 Европске конвенције. Слобода изражавања укључује слободу мишљења и слободу примања и саопштавања идеја, а предуслов је за уживање многих других права и слобода гарантованих Конвенцијом. Имајући у виду овакав значај слободе изражавања, многи случајеви, који су покренути поводом овог члана допринели су успостављању стандарда тумачења основних начела Конвенције. Неки од најважнијих случајева, у вези са чланом 10 односе се, на права листова на слободу изражавања, односно слободу штампе. Целокупна функција штампе је, да објављује обавештења и идеје од јавног интереса, тако да Суд врло пажљиво одмерава интерес штампе да нешто објави у односу на интерес државе да спречи да грађани приме обавештење. "Слободом штампе ставља се грађанству на

најмању руку везу између блиских сродника, нпр. између дедова, баба и унучади, пошто такви рођаци могу да имају важан утицај на породични живот".

располагање једно од најбољих средстава за упознавање с идејама и ставовима политичких првака, као и за стварање мишљења о њима. У општијем смислу, слобода политичке дебате налази се у самој суштини појма демократског друштва, који провејава Конвенцијом. Границе прихватљиве критике су зато шире када је реч о политичару, него када је реч о приватном лицу. За разлику од обичних грађана, политичари се неизбежно и свесно излажу пажљивом надзору новинара и широке публике над сваком својом речју и делом и сходно томе морају показати већи степен толеранције. Чланом 10 став 2 омогућава се заштита угледа других лица и ова се заштита протеже на политичаре, али се у оваквим случајевима потребе ове заштите морају ценити у поређењу са интересима отворене дискусије о политичким темама".⁵⁶ Чланом 10 Конвенције државе се не спречавају да траже дозволу за рад предузећа која се баве емитовањем радијских и телевизијских програма или приказивањем филмова.

Члан 11 Европске конвенције предвиђа да свако има право на слободу мирног окупљања и слободу удруживања са другим, укључујући и право на образовање синдиката и приступање синдикатима ради заштите својих интереса. Право на слободу мирног окупљања је зајамчено свакоме ко намерава да организује мирне демонстрације. Могућност насилних противдемонстрација, или могућност да се екстремисти склони насиљу, придруже демонстрацијама, не могу сами по себи да пониште ово право. У том смислу наглашава се да овај члан подразумева различите позитивне обавезе државе, посебно у законодавству. Држава је дужна да донесе прописе којима омогућава и регулише окупљање, као и да предузме ефективне превентивне мере како би окупљање протекло мирно. У неколико својих пресуда Суд тврди да је члан 11 Европске конвенције *lex specialis* у односу на чланове 9 и 10 Конвенције, и по том основу ако се утврди кршење члана 11, Суд се не упушта у разматрање да ли су прекршени чланови 9 и 10 Конвенције, који представљају *lex generalis*. Члан 11 заједно са члановима 9 и 10 Конвенције, чини заокружену целину у смислу да се омогућује слободно формирање идеја, мисли и њихово слободно изражавање у групи, односно у комуникацији са другима.

Чланови 13 до 18 Конвенције сачињавају Поглавље I, али за разлику од претходних одредби, не садрже независна права и слободе. Стога, они не могу бити предмет одвојене жалбе, већ она дају додатну гаранцију за уживање права и слобода признатих Конвенцијом. Члан 13 Конвенције уводи право на делотворни правни лек: "Свако коме су повређена права и слободе у овој Конвенцији има право на делотворан правни лек пред националним властима, без обзира јесу ли повреду извршила лица која су поступала у службеном својству". Право на делотворан правни лек је акцесорно право, али и аутономно процесно право. Акцесорност овог права значи да на његову повреду може да се позива само у склопу и у вези са повредом неког другог супстанцијалног права из Конвенције. Са друге стране, његова аутономност значи да примена ове одредбе не претпоставља нужно да је претходно почињена повреда неког другог супстанцијалног права из Конвенције.

⁵⁶*Case of Lingens* (appl. No. 9815/82), presuda od 8. jula 1986, <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc>

Чак и када је Суд установио да није постојала повреда неког од права садржаних у чл.2-12, он је обавезан да провери да ли национално право садржи одредбе о делотворном правном средству из члана 13 Конвенције.⁵⁷ Члан 13 налаже да правни лек буде делотворан, али су Комисија и Суд дозволили државама широко поље слободне процене када одлучују о томе да ли је лек делотворан. У пракси органа Конвенције, под правом на делотворно правно средство подразумева се постојање правног средства у било којој форми у унутрашњем правном поретку којим ефективно могу да се штите права и слободе гарантоване Конвенцијом.⁵⁸

Члан 14 односи се на забрану дискриминације. У овом члану није садржана општа клаузула равноправности, као што је случај са чланом 1 Универзалне декларације о правима човека из 1948. године, већ је заштита на основу члана 14 повезана са другим суштинским правима у Конвенцији. Доношењем Протокола број 12 у Европску конвенцију укључена је општа забрана дискриминације. "Свако право које закон предвиђа оствариваће се без дискриминације по било ком основу, на пример, полу, раси, боји коже, језику, вероисповести, политичком и другом уверењу, националном или друштвеном пореклу, повезаности са националном мањином, имовини, рођењу или другом статусу. Јавне власти неће ни према коме вршити дискриминацију по основима као оним поменутих у члану 1."⁵⁹

Чланом 1 Протокола бр. 1 уз Европску конвенцију, штити се право на мирно уживање имовине. Овим чланом обухваћене су следеће гаранције: општа гаранција која се тиче несметаног уживања права својине; гаранција за неометано коришћење права својине и заштита од арбитрерног лишења права својине. Као што је случај са другим суштинским правима зајемченим Конвенцијом, државе могу да ограниче право на имовину, али само у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и другим општим начелима међународног права. Када постоји јавни, односно општи интерес, одређује односна држава и она у том домену има широко дискреционо овлашћење. Европски суд само контролише да ли је постоји пропорционалност између мере коју предузима и легитимног циља који се тиме жели остварити. Држава такође може да "примењује законе које сматра потребним да би регулисала коришћење имовине у складу са општим интересима или да би обезбедила наплату различитих казни, пореза и сл. Овим чланом држави је остављено широко поље слободне процене. Али, лишење права својине ради плаћања пореза, дажбина и казни противно члану 1 може да постоји само ако је арбитрарно и непропорционално."⁶⁰

Право на образовање садржано је у члану 2 Протокола бр. 1. Првом реченицом овог члана налаже се држави да никоме не ускрати право на образовање, што значи да држава не може да се меша у то како ће неко користити ово своје право. У вршењу функција у области образовања и наставе, држави се

⁵⁷ Case of Klass and others v. Germany (appl. no. 5029/71) presuda od 06.09.1978
<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc>

⁵⁸ Slučaj *Rotary*, presuda od 4.5.2000., RJD, 2000-V

⁵⁹ Члан 1 Протокола бр. 12 уз Европску конвенцију

⁶⁰ *Case of Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH v. the Netherlands*. (appl. no. 15375/89), presuda od 23.2.1995. Izvor: <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc>

оставља потпуна слобода да одреди природу и обим своје контроле над образовањем и наставом. У начелу то значи да држава нема обавезу да пружи извесне врсте образовних могућности или да зајамчи свакоме да ће стећи образовање које жели. Ова одредба штити право родитеља да се поштују њихова уверења о образовању њихове деце. За разлику од многих чланова Конвенције, члан 2 Протокола број 1 "негативно" је срочен, што ставља подносиоца представке у тежак положај. Наиме, на појединцу је терет доказивања да је држава поништила право на образовање. Члан 2 став 1 предвиђа и да ће држава у вршењу својих функција у области образовања и наставе, поштовати право родитеља да обезбеде образовање и наставу који су у складу са њиховим верским и филозофским уверењима. Суд је описао обавезе државе и на тај начин што " она мора да се стара да се обавештења и знања из наставног програма преносе на објективан, критичан и плуралистички начин. Држави је забрањено да тежи индоктринацији, која би била противна поштовању верских и филозофских уверења родитеља. Ово је граница која се не сме прекорачити".⁶¹

Члан 3 Протокола број 1 има врло важну улогу у европском систему заштите људских права, јер садржи карактеристично начело стварне политичке демократије. Чланом 3 Протокола број 1 високе стране уговорнице обавезују се да у примереним временским размацама расписују слободне изборе тајним гласањем, под условима који обезбеђује слободно изражавање мишљења народа при избору законодавних тела. У првим годинама примене Европске конвенције сматрало се да из члана 3 Протокола број 1 произилази само обавеза државе да одржава слободне изборе, али да из тога не произилазе бирачко право и право кандидовања, као индивидуална права појединаца.⁶² Прекретницу у том смислу представља одлука Суда донета у предмету *W, X, Y and Z v. Belgium* (appl. No. 6745/76, 6746/76) када је потврђено да је неодрживо рестриктивно тумачење члана 3 Протокола број 1, и да осим што садржи универзално право гласа овај члан садржи и право гласа и право кандидовања на изборима за законодавно тело.

На основу наведеног може се видети да листа заштићених права у Европској конвенцији обухвата "класична" људска права, која ће у каснијој квалификацији у Пактовима о људским правима бити означена као грађанска и политичка права. Европска конвенција се на бави социјално-економским правима, која су заштићена Европском социјалном повељом (1961). Савет Европе је у време доношења Конвенције имао у виду минимум права око којих је постигнут консензус и која су се са успехом могла штитити у датом политичко-економском тренутку.⁶³

⁶¹ *Slučaj Kjeldsen, Busk, Madsen i Pedersen protiv Danske* (1976) Series A No. 23, 1976.

⁶² *Slučaj X v. Federal Republic of Germany*, (app.no. 2728/66), Yearbook of the European Convention on human rights, Vol.10, 1969, p.184; *X v. Belgium* (appl. No. 1038/61), Yearbook of the European Convention on Human Rights, Vol. 4, 1961, p. 324

⁶³ М. Пауновић, *op.cit.*, стр. 19

2.3. Правна природа Европске конвенције

Након што смо указали на значај Европске конвенције и каталога права који је у њој садржан, следеће питање на које ћемо настојати да дамо одговор односиће се на правну природу Конвенције. Природа Европске конвенције биће сагледана са аспекта њених формалних обележја, али са аспекта онога шта она суштински представља и како је у својој пракси доживљава Европски суд за људска права.

Наиме, ако пођемо од тога да су основна обележја међународног уговора да обавезује државу као субјекта међународног права, да постоји воља за реципрочним правним обавезивањем и да се њиме установљавају права и обавезе, који су подвргнути међународном праву⁶⁴, сва ова својства налазимо у Европској конвенцији и на основу тога закључујемо да је у питању међународни уговор. Попут осталих међународних уговора, Европска конвенција је заснована на принципу *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, успостављајући обавезе државама чланицама Конвенције, односно државама које су је ратификовале.⁶⁵ С' обзиром на број потписница Европска конвенција је мултилатерални међународни уговор, а имајући у виду њен предмет сврставамо је у међународне уговоре о људским правима.

Међународни уговори о људским правима се од других уговора међународног права разликују по својој основној сврси, карактеру, обавезама које преузимају државе чланице, систему који је установљен за заштиту права и слобода.⁶⁶ Међународни уговор о људским правима је склопљен између држава, као и други међународни уговори, али у корист индивидуалних корисника (бенефицијара), односно појединаца који живе у надлежности држава уговорница. То значи да су се оваквим уговором државе обавезале да ће поштовати и штитити права која су уговором одређена, а да појединци постају титулари субјективних права које им гарантују све уговорнице. Тиме уговор о људским правима у правом смислу речи представља уговор-закон, односно, њиме државе не размењују престације, већ успостављају објективан режим људских права на који може свако да се позива.⁶⁷

У природи Европске конвенције долазе до изражаја сва посебна својства међународних уговора о људским правима, а посебно у погледу система који је успостављен за заштиту права и слобода гарантованих њоме. Европска конвенција као међународни уговор о људским правима је један од првих докумената заснованих на објективним стандардима и на праву појединца да тражи заштиту од злоупотреба државних власти. Као уговор међународног права, она јесте уговор суверених држава, али и уговор чијим потписивањем држава прихвата дужности које има у односу на појединце, а не у односу на друге државе чланице.

⁶⁴ В. Ђурић, *Устав и међународни уговори*, Београд, 2007, стр. 68-69

⁶⁵ А. Јакшић, *Европска конвенција-коментар*, Београд, 2006, стр. 17

⁶⁶ Ibidem

⁶⁷ Видети о томе: В. Димитријевић и др., *Међународно право људских права*, стр. 65-66

Европска конвенција је представљала први корак у спровођењу права садржаних у Универзалној декларацији о људским правима. Њен циљ односно циљ Савета Европе, под чијим окриљем је донета јесте "постизање већег јединства између његових чланица, а очување и развијање основних људских права и слобода је један од начина на који том циљу треба стремити, потврђујући изнова своју дубоку веру у оне основне слободе, које су темељ правде и мира у свету и која се најбоље одржавају стварном политичком демократијом, са једне стране, и заједничким схватањем и поштовањем људских права од којих оне зависе, са друге стране."⁶⁸ Чврсто ослоњена на принцип универзалности људских права, Европска конвенција има обележје регионалног документа, пре свега, по простору који обухвата. Она не гарантује право Европљана, већ поставља европски регионални систем заштите универзалних права. То је потврђено и у чл. 1 Конвенције⁶⁹, а то се потврђује и у пракси јер велики број представки долази од особа које нису држављани страна уговорница, а који траже и остварују заштиту у оквиру контролне машинерије Европске конвенције.

Сагледавање правне природе Европске конвенције не може бити лимитирано само њеним формалним обележјима. Њена специфичност не односи се само на форму, већ и на суштину онога што представља и тиче се интерпретације права и слободе гарантованих њоме. Наиме, под њеним окриљем и активним ангажовањем "њених" органа, Европске комисије за људска права и Европског суда за људска права, изграђен је посебан правни систем. Право Конвенције, као и право Европске уније, садржи елементе и домаћег и међународног права. То је право које примењује Европски суд за људска права, али и Комитет министара Савета Европе, па чак и национални судови. Право Конвенције не ствара само обавезе за државе, већ и права за појединце, изграђујући се у систем права који супституише појединачни систем државе заједничким европским поретком (*ordre public européen*).⁷⁰ Специфичне карактеристике европског јавног поретка су нереципрочан карактер обавеза из Конвенције, еволутивна, динамична интерпретација Конвенције, посебно тумачење резерви које држава може ставити у односу на Конвенцију, и специфично разликовање између апсолутних права (нпр. из чланова 2 и 3 Конвенције) и осталих права гарантованих Конвенцијом. *Ordre public européen*, као општи јавни поредак држава потписница Конвенције обухвата основне вредности на којима се темељи објективни правни поредак људских права. Он производи двоструко дејство: на нивоу Европске конвенције представља мерило за утврђивање да ли су државе испуниле обавезе које из ње произлазе; на националном нивоу да би се сагледало у којој мери су норме овог поретка инкорпорирани на национални јавни поредак сваке државе.⁷¹

Европска конвенција, обухватајући област људских права и успостављајући ефикасан надзорни систем, несумњиво задире у област која је традиционално

⁶⁸ Из Преамбуле Европске конвенције

⁶⁹ Члан 1 Европске конвенције гласи: "Високе стране уговорнице јемче свакоме у својој надлежности права и слободе одређене у Делу I ове Конвенције. "

⁷⁰ А. Drzemczewski, *European Human Rights Convention in Domestic Law (a comparative study)*, Oxford, 2004, p. 336

⁷¹ Више о томе А. Јакшић, *op.cit.*, стр. 26

резервисана за уставно право и тако се појављује као место сусрета националног и међународног права. Иако изграђена на доктрини међународног уговорног права, Конвенција превазилази традиционалне границе које постоје између међународног и уставног права, представљајући својеврсну мешавину уставних и међународних елемената права.⁷² Данас, у готово свим државама чланицама национални правосудни органи, посебно уставни судови, све чешће истовремено реферишу на Европску конвенцију и одредбе националних устава када одлучују о неком праву или слободи. Унутрашњи устав тиме престаје да се ограничава на унутрашњи документ, уместо тога се "отвара" ка међународном (уставном) праву. Држава се не повлачи пред међународним утицајима, већ се пре уклапа у међународну заједницу и прихвата међународно уставно право као део свог сопственог устава. У том смислу последњих година се оправдано указује на постојање "међународног допунског устава"⁷³, а тај епитет потпуно заслужено могла би да понесе Европска конвенција.

Посебна природа Европске конвенције дошла је до изражаја и у пракси Европског суда за људска права. Тумачећи Европску конвенцију, Европски суд за људска права пошао је од тога да су основна правила међународног права за тумачење међународних уговора садржана у Бечкој конвенцији о уговорном праву из 1969. године⁷⁴ и указао да ће се у свом раду руководити члановима 31-33 ове Конвенције⁷⁵. Члан 31 је кључно правило за тумачење међународних уговора. Сходно овом члану, уговор се мора добронамерно (*bona fidae*) тумачити према уобичајеном смислу, који се мора дати изразима у уговору, у њиховом контексту и светлости његовог предмета и његовог циља. Члан 31 надаље даје назнаке шта је "контекст" међународног уговора, и каже да каснији уговори и пракса такође треба да буду узети у обзир, као и сва применљива правила међународног права. Посебно значење даје се терминима уговора ако је то намера странака. Додатна средства тумачења, посебно припремни радови као и околности у којима је уговор закључен, утврђени чл. 32 Бечке конвенције, могу се применити да се потврди смисао који произилази из примене чл. 31 или да се одреди смисао када је тумачење дато према чл. 31 двосмислено или нејасно, или доводи до резултата који је очигледно неразуман или апсурдан.

Како је Европска конвенција у оригиналној верзији писана енглеским и француским језиком, релевантне су одредбе чл. 33 Бечке конвенције.⁷⁶ Према чл.

⁷² J. Christoffersen: *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the ECHR*, Copenhagen, 2008, p.29

⁷³ Фразу "међународни допунски устав" сковао је Christian Tomuschat када већ далеке 1977. године у односу на Немачко уставно право, смтрајући то изразом "отворености државе" ("offene Staatlichkeit"). С. Tomuschat, *Die Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSStRL)* 36 (1978), 7 (51 et. seq.)

⁷⁴ Vienna Convention on the Law of Treaties, "Službeni list SFRJ-Međunarodni ugovori i drugi sporazumi, br. 30/72.

⁷⁵ Случај *Golder*, пресуда од 21. фебруара 1975, European Court of Human Rights, Council of Europe, 1975, Series A No.18, par.29

⁷⁶1. Ако је један уговор оверен на два или више језика, његов текст је веродостојан на тим језицима, осим ако уговором није одређено или се чланице не договоре да у случају неслагања важи један одређени текст.

33 претпоставља се да су обе аутентичне верзије уговора идентичне. Али ако се оне разликују, и то тако да се дискрепанца између њих не може отклонити тумачењем у складу са чл. 31 и 32 Бечке конвенције, правном појму се даје значење које најближе одговара циљу и сврси међународног уговора. Ако се овим методама не може да дође до хармонизованог резултата у тумачењу правног појма на оба језика, онда се према општим правилима међународног права, Суд може да се одлучи за језичко тумачење у оквирима једног аутентичног језика.⁷⁷

Међутим, правила у Бечкој конвенцији се не чине увек довољним јер не обезбеђују јасна решења свих проблема у тумачењу уговора. Пошто Бечка конвенција не прави разлику између легислативних уговора (*traités-lois*) и контрактуелних уговора (*traité-contrats*), поставља се питање да ли Европска конвенција мора да се нужно тумачи у складу са овим одредбама без обзира на свој *suí generis* карактер. Бечка конвенција, у поменутом члану 31 (1) као основни принцип тумачења одређује принцип *bona fidae*, и принцип да норме, и појмови у међународном уговору треба да се тумаче у складу са уобичајеним значењем које правни појмови имају у контексту уговора. Последица тога је, по правилу, рестриктивно тумачење обима обавеза које су преузеле државе уговорнице. Међутим, Европски суд за људска права није се, већ у својим раним фазама примене Конвенције, ограничио само на језичко и систематско тумачење одредби Конвенције у смислу члана 31(1). Заправо, суштински акценат је стављен на циљно, ефективно, аутономно и динамичко тумачење. То је један од разлога због чега Бечка конвенција не може бити "алфа и омега" судског тумачења Конвенције.⁷⁸

Европски суд у својој богатој јуриспруденцији је указивао и на бројне друге специфичности система Конвенције, који оправдавају прибегавање одређеним принципима приликом тумачења. Суд је још 1968. године навео да "пошто је то уговор –закон, неопходно је потражити тумачење које одговара сврси и циљу уговора, а не оно које ће највише ограничити обавезе које су државе преузеле". Наиме, Европски суд наглашава да "за разлику од већине међународних уговора класичне врсте, Конвенција садржи много више од једноставних реципрочних обавеза између држава уговорница. Она креира, изнад мреже међусобних односа, објективне обавезе које, по речима Преамбуле произилазе из колективне примене".⁷⁹ Суд наглашава да се "у тумачењу Конвенције мора узети у обзир њен посебан карактер као уговора за колективно спровођење људских права и основних

2. Превод уговора на неком другом језику осим језика на којима је текст оверен, сматра се веродостојним текстом само ако то уговор предвиђа или ако су се чланице о томе договориле.

3. Изрази у уговору сматра се да имају смисао у разним веродостојним текстовима.

4. Осим у случају када одређени текст има предност на основу тачке 1, ако упоређивање веродостојних текстова покаже разлику коју применом чланова 31 и 32 није могуће одстранити, усваја се смисао који, водећи рачуна о предмету и циљу уговора, најбоље усклађује ове текстове.

⁷⁷ А. Јакшић, *op.cit.*, стр. 5

⁷⁸ Упор. А. Drzemczewski, *op.cit.*, p. 72 i Van Dijk, van Hof, *op.cit.*, p. 66

⁷⁹ *Case of Ireland v. United Kingdom* (1980) пресуда од 18. 01.1978, European Court human Rights SeriesA no. 25; *Austria v. Italy* (1961), Y. B. 116 at 138 Navedeno prema S. Greer, *op.cit.*, p. 27

слобода".⁸⁰ Свако тумачење гарантованих права и слобода мора бити у складу са "општим духом Конвенције, као инструментом који је гарантован да одржава и промовише идеале и вредности демократског друштва".⁸¹ Суд у Стразбуру је у својој одлуци прекретници од 23. марта 1995. године, означио Конвенцију као "уставни инструмент европског јавног поретка"⁸². Суд примећује да се Преамбула Конвенције односи на "заједничко наслеђе политичке традиције" чије су отелотворење, у првом реду, национални уставни. Кроз основна права која постављају, национални уставни деле исте основне демократске идеале-поштовање људског достојанства и људских слобода. На тој основи, Европски суд настоји да развија униформне европске стандарде.⁸³

2.4. Однос унутрашњег и међународног права и његови ефекти на Европску конвенцију –теоријски оквир

Однос унутрашњег и међународног права, посматран кроз призму теоријског оквира и упоредних уставних решења намеће се као претходно питање на које треба одговорити како би се адекватно сагледао уставноправни основ примене Европске конвенције у поступку пред националним уставним судовима. Иако, врло комплексне природе, Европска конвенција је у својој основи ипак, међународни уговор и њена примена у унутрашњем праву у значајној мери зависи од тога, како је однос унутрашњег и међународног права одређен у односном правном систему.

Питање о основном односу између међународног права и државног (унутрашњег) права је најприсније повезан са учењем о изворима обају поредака и њиховом узајамном односу, са одређивањем предмета или објекта норме обају система и прихватањем њихове једнакости или различитости и са појмом адресата коме се норме међународног и државног права обраћају, тј. субјекта норме и проблемима његовог идентитета. Ти проблеми нису карактеристични само за однос међународног и државног права, већ се појављују и приликом истраживања односа између права и морала, као и уопште сваке релација између двају система норми.⁸⁴

О односу међународног и државног права, изгледа да се на први поглед нуде три могућности. Или су оба система норми потпуно различити и независни један од другог, у ком случају ова два система се не налазе ни у каквом односу, већ паралелно постоје и немају никаквих додирних тачака. Или постоји однос надређености и подређености између двају система; или постоји однос координације успостављен поретком који је подигнут заједно изнад обају координисаних поредака, који их подједнако обухвата као делимичне поретке. Али,

⁸⁰ *Case of Soering, v. The United Kingdom*, (appl. no.14038/88). Judgment of 7.7.1989. Izvor: <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc>

⁸¹ *Videti Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, presuda od 07.12.1976. Serija A, no. 23, p. 27

⁸² *Case of Loizidou v. Turkey*, presuda od 23.03.1995. S. 75

⁸³ Videti L. Wildhaber, "European Court of Human Right", *International Conference The position of Constitutional Courts following into the European Union*, Bled, Slovenia, 2004, p. 33

⁸⁴ X. Келзен, *Проблем суверености и теорија међународног права, прилог једног чистој теорији права*, Београд, 2003, стр. 104

како такав трећи модел не постоји, онда ни ова трећа могућност, према схватању Ханса Келзена, није одржива.

Две основне теорије о односу унутрашњег и међународног права јесу: монистичка и дуалистичка теорија. Родоначелник теорије монизма је, Ханс Келзен, који је однос међународног и унутрашњег права уобличио у светлу своје чисте теорије права. Он сматра, да у односу држава-право, централно место заузима право, које је јединствен и хијерархијски уређен систем на чијем врху се налази међународно право. Постојање норми међународног права данас претпостављених као важећих јесте такво, да би без истовременог допунског важења државних правних поредака постало бесмислен фрагмент. Полазиште Ханса Келзена је да ако, међутим, државно право и међународно право треба да једно друго допуњују, онда на неки начин морају да сачињавају логичко јединство. Стога, строги дуализам међународног и унутрашњег права, по коме су државно право и међународно право, два међусобно различита, независна система норми није могућно. Јединство сазнајног становишта заповеднички захтева монистичко схватање.⁸⁵

Са друге стране, основна претпоставка тзв. дуалистичке конструкције је да су међународно и државно право два принципијелно различита система норми. Извор државног права је воља државе, а извор међународног права заједничка воља, споразум више држава. Унутрашње и међународно право су два потпуно одвојена правна система која се у најбољем случају само додирују, а никако не секу. Разлика између ова два система испољава се у погледу: а). субјеката: појединци, односно физичка и правна лица су адресати норми унутрашњег права, а државе субјекти међународног права; б). извора: у унутрашњем праву материјални извор је воља државе, а у међународном праву то је колективна (заједничка) воља државе; в). предмета: унутрашње право регулише односе између физичких и правних лица, а међународно право односе између држава.⁸⁶

Родоначелник и један од најистакнутијих представника дуалистичке теорије је Хајнрих Трипел (Heinrich Triepel). Јасно је да ова доктрина полази од разлика које су формалне природе и одбацује супстантивна обележја права и њихове функције и циљеве. Међутим, чак и Трипел, идентификује сличности између ова два система, као и међусобне утицаје који постоје и без посебних формалних аката, и тиме делимично релативизира херметичку затвореност и одвојеност међународног и унутрашњег поретка. Дуализам се фокусира на државу и њена обележја како у унутрашњем, тако и међународном поретку. Суверенитет је кључни термин који не губи на правном значају упркос промени коју држава доживљава преласком са унутрашњег на међународни ниво. Са друге стране, Келзен суверенитету оштро супротставља нормативитет, јер би супротна теза довела до негације међународноправног нормативитета и тиме и међународног права. Према Келзеновом гледишту, "дуалистичка" конструкција међународног права могла би бити могућна само у том смислу да разматрање пође или од

⁸⁵ Х. Келзен, *op.cit.*, стр.119

⁸⁶ Б. Јанковић, З. Радивојевић, *Међународно јавно право*, Ниш, 2009, стр. 15

становишта државног правног поретка или од становишта међународног права, при чему ни за једно од оба становишта не може постојати поредак другог.⁸⁷ Наиме, предмет нормирања и једног и другог система је увек само људско понашање. Ни обавезе, ни права државе немају другог садржаја, осим људског понашања, као што су и радње државе само људске радње, које су повезане са јединством правног поретка, које се "урачунавају" држави, персонификацији тог правног поретка. Француска солидаристичка школа Леона Дигија (Leon Duguit) и Жоржа Села (Goerges Scelle), такође налази да је једини субјект и крајњи адресат целокупног права, унутрашњег и међународног, увек појединац. Правни односи су односи између људи и право увек упућује на учеснике тих односа. Фердрос (Verdross), своје учење назива "умереним монизмом". Он, такође говори, о јединству норми, али истиче резерве у погледу апсолутног примата међународног права. Да би такав примат постојао потребно је да све државе такав примат признају својим уставом.⁸⁸

Обе доктрине имају унутрашње систематске недостатке које је пракса држава делимично кориговала и приближила. Иако су настале, да би објасниле или решиле питање сукоба међународног и унутрашњег права, ове доктрине су то питање занемариле тако што су га једноставно негирале. Теоријски недостаци и практична неупотребљивост монизма и дуализма маргинализовали су утицај ових доктрина као могућих нормативних решења. Уосталом, ови концепти развијани су пре више од једног века и поносно су достигнуће епохе када су научници чинили велике напоре да постану аутономни у смислу општег развоја науке у 19. веку. Они су се у великој мери ослањали на правни позитивизам, односно судски конструктивизам. Али, данашње услове и ситуацију не можемо поредити са оном од пре сто и више година, јер је скоро сваки релевантни елемент промењен: еволуција националне државе у процесу глобализације, постепено дотеривање међународног права. Према једном, радикалном гледишту, из наведених разлога, монизам и дуализам треба да престану да постоје као доктринарни и теоретски појмови у дискусији која се тиче односа унутрашњег и међународног права. Монизам изумире, а дуализам би требало да буде превазиђен, и једно од решења види су у развоју теорије правног плурализма.

Концепт правног плурализма не подразумева стриктну поделу између правних система, већ, пре промовише схватање да постоји интеракција између различитих правних система. Основна полазна премиса ове доктрине је у двоструком концепту државе као правног лица. Држава је, међународноправни субјект и друштвени ентитет сличан појединцу у унутрашњем праву и као таква држава има своју вољу која на међународном нивоу не може бити дезинтегрисана. Држава, са друге стране, задржава правну личност и у унутрашњем правном систему. Прихватање обавеза на међународном плану не значи нужно да ће се та правила аутоматски применити у унутрашњем праву, али унутрашњи правни акт не мора бити нужно повезан са сваком међународноправном обавезом посебно, већ је довољно да постоји бланкетна норма у уставу који допушта примену одређених

⁸⁷ X. Келзен, *op.cit.*, стр.119 -123

⁸⁸ Citirano: A.Verdross, *Völkerrecht*, 2. izdanje Beč, 1950, str. 60 u S. Đajić, *Međunarodni i nacionalni sudovi: od sukoba do saradnje*, Novi Sad, 2003, str. 11

извора међународног права. Исто тако, међународноправна норма током интерноправне примене задржава свој међународноправни извор и обележја, и не изједначава се у потпуности са осталим правилима унутрашњег права. Овај концепт има далекосежне последице за разумевање уставног права: "ниједан устав више не поставља нормативни универзум, већ је то пре елемент нормативног плуриверзума".⁸⁹

Један нови облик плуралистичке теорије полази до тога да међународни правни систем није централизован и да се његови подсистеми међусобно разликују, и да поједини подсистеми, пре свега, подсистем међународноправне заштите људских права, могу наићи на сличан приступ у државама различитих правних традиција. Овај подсистем сусреће се са сличним методом имплементације, који тежи директној имплементацији или адопцији, без обзира на то, да ли је у питању монистички или дуалистички систем. Са друге стране, подсистем који се односи на територијална питања у највећем броју случајева наићи ће на индиректну инкорпорацију или трансформацију.⁹⁰

2.5. Однос унутрашњег и међународног права-уставна решења

Однос унутрашњег и међународног права може бити посматран кроз призму уставних решења. Устав, као највиши правни акт у држави, уређује однос ова два правна система. Међународно право може имати различит статус предвиђен уставом. Компаративни преглед устава показује да они могу да садрже само одредбе о међународним уговорима, што би чинило једну групу устава, или да поред тих одредаба садрже и одредбе којима се уређује однос унутрашњег и међународног права. Уставом се однос међународног и унутрашњег права може нормирати на један од следећих начина: а). међународни уговори сматрају се актима највише правне снаге, и имају предност над уставом; б). међународни уговори су по својој правној снази између устава у закона и в). међународни уговори имају једнаку правну снагу као и закони. Положај међународних уговора у односу на домаће правне изворе према националној хијерархији одражава се на успешност и извесност примене међународних говора, али је за њихову ефикасну унутрашњу правну примену, од великог значаја пре свега, примена у поступку пред националним судовима.⁹¹

Немачка припада групи држава које својим уставом изричито регулишу однос међународног и унутрашњег права. "Општа правила међународног права јесу саставни део права савезне државе. Она претходе закону и непосредно стварају права и обавезе за становнике територије савезне државе." Према наведеном члану, члану 25 Основног закона општа правила међународног права (*allgemeinen Regeln des Völkerrechtes*) имају јачу правну снагу од закона и непосредно стварају права и обавезе за појединце у СР Немачкој. Формулација члана 25 наводи на закључак о аутоматској и континуираној инкорпорацији општих правила међународног права у

⁸⁹ Упор. В. von Armin, *op.cit.*, pp.397-413 i S. Đajić, *op.cit.*, str. 9-28

⁹⁰ S. Đajić, *op.cit.*, str. 16-17

⁹¹ Упор. S Đajić, *op.cit.*, str 12 и В. Ђурић, *op.cit.*, стр. 49-50

унутрашње право Савезне Републике Немачке, где односна норма, која има, карактер општег правила међународног права, одмах постаје саставни део унутрашњег права.⁹² Међутим, у односу на међународне уговоре примењују се правила из члана 59 Основног закона, који се појављује као *lex specialis* у односу на члан 25 Основног закона. Члан 59 ст 2. каже да "уговори који регулишу политичке односе савезне државе или се односе на питања из савезне законодавне надлежности закључују се уз сагласност или учествовање надлежних савезних законодавних тела, у форми савезног закона." Цитиране одредбе Основног закона указују на различиту правну снагу међународних уговора и општих правила међународног права. Дакле, међународни уговори потврђени према члану 59 Основног закона имају снагу закона, док општа правила међународног права имају јачу правну снагу од закона. Законски ранг међународних уговора може да значи да сходно правилу *lex posterior derogat legi priori*, каснији закон може дерогирати међународни уговор, што је у судској пракси делимично отклоњено. Наиме, судови су показали спремност да међународне уговоре сматрају специјалним актима, који ће сходно правилу *lex specialis derogat generali*, имати превагу над осталим савезним законима.⁹³

Према одредбама Устава Аустрије, међународни уговори могу имати исту правну снагу као уставне одредбе или савезни закон, што зависи од става Националног савета приликом одобравања међународног уговора. Ако Национални савет, у складу са чл. 44 ст.1 и чл. 50 ст. 3 Устава, каже да конкретни међународни уговор има уставну снагу, он ће имати предност у односу на савезне законе, али и у односу на устав, чији текст може да измени. Сходно члану 9 Устава Аустрије, општеприхваћена правила међународног права сматрају се саставним делом државног савезног права. Законска регулатива или уговори који захтевају санкцију у складу са чл. 50 ст.1 могу пренети посебне савезне надлежности на међународне организације и њихове органе и могу у оквиру међународног права регулисати активности представника страних држава у Аустрији као и активности аустријских представника у иностранству.⁹⁴ Члан 16 Устава Аустрије односи се на имплементацију међународних уговора и предвиђа да су државе обавезне да предузму мере које су неопходне у оквиру њихове аутономне сфере надлежности за примену међународних уговора; уколико држава (покрајина) пропусти да испуни своју обавезу, онда предузимање оваквих мера прелази у надлежност Федерације. Мере предузете од стране Федерације у складу са овом одредбом, као што су доношење закона или уредбе, постају неважеће чим држава предузме одговарајуће мере. Исто тако, у реализацији уговора са страним државама, Федерација има право надзора у питањима која спадају у сферу аутономне

⁹² B. Vitányi, "Some reflections on article 25 on the constitution of the German Federal Republic", *Netherlands International Law Review* (1977), Vol. 24, pp. 578-588

⁹³ Citirano : J.A. Frowein, "Germany", у *The Integration of international and European Community Law into the National legal order* (ur. P.M. Eisemann), Kluwer/London/ Boston, 1996, у S.Ђајић, *op.cit.*, str. 126

⁹⁴ Чл. 9 Устава Аустрије (Izvor: http://www.servat.unibe.ch/icl/au00000_.html)

надлежности држава (покрајина). У том случају, Федерација има иста права у односу на државе као када је у питању савезна управа.⁹⁵

У Француској, сходно члану 55 Устава, уговори или споразуми који су на редован начин ратификовани, односно потврђени, имају од тренутка објављивања, већу снагу од снаге закона, под условом да споразум односно уговор примењује и друга страна. Тако, међународни уговори имају приоритет над домаћим правним прописима, мада "хијерархија правних норми је једна ствар, док је санкционисање те хијерархије нешто сасвим друго".⁹⁶ Наиме, управно и уставно судство у Француској је у пракси пружало отпор примени ове уставне одредбе, често позивајући се на ненадлежност. Међутим, редовни судови, пред којим се води и највећи број поступака, воде рачуна о члану 55 Устава.

Устав Шпаније полази од тзв. интернационалистичког приступа о односу унутрашњег и међународног права, који је пре измена важећег устава био заступљен у пракси судова. Устав изричито предвиђа да се међународни уговор може укинути, изменити или суспендовати само на начин предвиђен уговором или општим правилима међународног права. Тиме је утврђен примат међународних уговора у односу на унутрашње право уз изузетак Устава, а приоритет међународних уговора је утврђен и у пракси Уставног и врховног суда. Пуноважно закључени међународни уговори, пошто буду званично објављени у Шпанији, чине део унутрашњег правног поретка. Њихове одредбе могу бити укинуге, измењене или обустављене само на начин предвиђен самим уговором или сагласно општим правилима међународног права. Посебан статус уживају уговори о заштити људских права који представљају помоћно средство тумачења Устава Шпаније, нарочито одредаба о заштити људских права.⁹⁷

Италијански Устав није изричито регулисао проблем имплементације и хијерархијског позиционирања међународних уговора у домаћем праву. Устав Италије у члану 10 дотиче се односа италијанског правног поретка и међународног права у општем смислу, утврђујући да је италијански правосудни систем у складу са општепризнатим принципима и правилима међународног права. Иако члан 10 ст. 1 Устава Италије обезбеђује аутоматску апсорпцију међународних правних вредности у италијански правни систем, ова одредба ограничава своју примену на област општих принципа међународног права и правила општег обичајног права. Сходно члану 80 Устава, оба дома Парламента ратификују међународне политичке уговоре, док члан 87 Устава предвиђа да председник Републике ратификује међународне уговоре уз овлашћење Парламента, ако је овлашћење потребно.⁹⁸ Општи је став да међународни уговор има исту правну снагу као и закон, којим се међународни уговор имплементира у домаћи правни систем. Ако је реч о уставном

⁹⁵ Чл 16 Устава Аустрије

⁹⁶ Citirano: P. Repteur, *Le droit international et la place du juge français dans l'ordre constitutionnel français*; Colloque SFDI, 1970, u Đajić Sanja, *op.cit.*, str.131

⁹⁷ Upor. S. Đajić, *op.cit.*, str. 137 i R. Bermejo Garcia, V. Bou Franch, C. Valdés Días, J.A. Paja Burgoa, "Spain" u : *The integration of international and European Community law into the national legal order: Study of the Practice in Europe*, (P. M. Eisemann ed.), The Hague, 1996, pp. 215-216

⁹⁸ Videti A. Drzemczewski, *op.cit.*, p. 147

закону, онда ће и уговор имати предност над обичним законом. Уколико је реч о обичном закону, он ће имати слабију правну снагу у односу на устав и уставне законе, али јачу у односу на акте егзекутиве. Ако уговор дође у сукоб са законом у односу на који има исту правну снагу примењиваће се правила: *lex posterior derogat legi priori* и *lex specialis derogat legi generali*.⁹⁹

У уставном систему Велике Британије не постоје формална уставна и законска правила о односу међународног и унутрашњег права. Одређење овог односа налази се у многим пресудама британских судова, при чему се предвиђају различита решења за међународно обичајно и међународно уговорно право. Положај међународних уговора зависи од акта инкорпорације уговора у унутрашње право. Уколико је међународни уговор инкорпориран у форми закона, он ће уживати исту правну снагу попут осталих закона, што значи да је његова каснија дерогација и измена могућа доношењем каснијих закона Парламента. Уговори који нису инкорпорирани у унутрашњи правни поредак могу бити помоћно правно средство тумачења, али не могу изменити каснији пропис или праксу. Једини изузетак односи се на законе којима Парламент инкорпорира комунитарно право.¹⁰⁰

2.6. Место Европске конвенције у унутрашњим уставним системима

Посматрајући уставе држава чланица Савета Европе, може се приметити изостанак одредби који би директно упућивале на статус Европске конвенције у унутрашњим системима. То значи да Европска конвенција ужива статус какав имају међународни уговори у општем смислу. Оно што је, међутим, кључно и што је својствено природи и сврси постојања свих међународних уговора, укључујући и Европску конвенцију, јесте имплементација односно спровођење у живот међународног режима људских права. Наиме, у складу са принципом *Pacta sunt servanda* свака одредба међународног уговора мора бити спроведена у живот на унутрашњем плану, односно унутрашње право мора бити усаглашено са међународним обавезама. Та тзв. интернационализација унутрашњег права може бити извршена на два начина- методом трансформације или директним извршењем уговорних обавеза на унутрашњем плану. Усклађивање унутрашњег права са међународним обавезама методом трансформације подразумева, доношење нових или измену постојећих државних прописа у област која је предмет међународног уговорног регулисања. Метод трансформације је, последица схватања да међународна норма сама по себи не може бити директно извршива на унутрашњем плану. Доктрина директног извршавања уговорних обавеза на унутрашњем плану полази од тога да је самим чином ратификације и објављивања уговор постао саставни део унутрашњег правног поретка и без посебних прописа донетих у ту сврху. Уговори дакле имају карактер *self executing* аката. Овај метод налази места у све већем броју унутрашњих правних поредака. Француска, Аустрија, Швајцарска

⁹⁹ Упор. Т. Treves, М. Frigessi di Rattala, "Italy" у: *The integration of international and European community law into the national legal order*, (P. М. Eisemann ed.), The Hague p. 384-385 i С. Ђајић, *op.cit.*, str.135

¹⁰⁰ Видети С. Ђајић, *op.cit.*, str.137 и В. Ђурић, *op.cit.*, стр.25

су неке од држава у чијем правном поретку се примењује принцип директног извршења међународних обавеза.¹⁰¹ Савремени уговори о људским правима спроводе се у живот на један од поменутих начина. Обично је то метод трансформације, који подразумева обавезу уговорница да донесу посебне прописе за обезбеђење права садржаних у овим актима. Са друге стране, да би међународни уговор био непосредно применљив у унутрашњем праву држава уговорница, одредбе које садржи морају се директно односити на појединце.

Европска конвенција, попут других међународних уговора у области људских права, не одређује "како ће поједине државе претворити своје међународне обавезе у остварива права лица у својој надлежности".¹⁰² Она не садржи никакве одредбе о свом статусу у унутрашњем правном систему и формално не захтева од држава уговорница да је инкорпорирају у свој национални правни систем, нити да јој дају одређену позицију у хијерархији извора националног права. Такав став је потврђен и у пракси Европског суда за људска права.¹⁰³ Међутим, Европска конвенција обавезује "високе стране уговорнице да обезбеде сваком у својој надлежности права и слободе одређене у делу I ове Конвенције". То значи да се од држава очекује да покажу резултат на који се позива чл. 1 Конвенције. Држава је дужна да осигура људска права свим лицима под својом јурисдикцијом. То се не односи само на њене држављане, већ на сва лица која се налазе на њеној територији, али и сва она лица која ради остваривања својих права зависе од одлука њених органа. Тако се на повреду права која су заштићена Европском конвенцијом, могу позивати и држављани државе која није прихватила међународне обавезе, које произилазе из ове Конвенције, ако се налазе на територији државе која ју је потписала. Да би лица у надлежности државе могла да користе права која су Конвенцијом гарантована, потребно је да им та права буду доступна, односно да постану део унутрашњег правног поретка државе. Наиме, међународно право у начелу не односи се на права појединца и он се не може позвати пред органима државе на извор међународног права, ако не постоји унутрашња норма која га на то не овлашћује или му то не омогућава. Инкорпорација међународних норми у унутрашње право зависи од уставног поретка државе, и у том смислу, као што је поменуто Европска конвенција дели судбину других међународних уговора.

У држави у којој је правни систем изграђен на основама континенталног система, усвајање уговора донетих на нивоу међународних организација може да ствара извесне потешкоће. То се посебно односи на ситуације када уговор покрива исте области као и постојеће домаће законодавство. Када овакав уговор постане домаћи закон у свом оригиналном изразу, могу настати озбиљни проблеми тумачења и разграничења, а у интересу је правне сигурности да се ови спорови реше пре него Конвенција ступи на снагу и од стране легислативе, а не од стране судова. У таквим случајевима препоручује се посебна трансформација одредби

¹⁰¹ S. Milenković, *Unutrašnja nadležnost država i međunarodna zaštita ljudskih prava*, Beograd, 1974, str.139-140

¹⁰² В.Димитријевић, Д.Поповић, Т.Папић, В.Петровић, *op.cit.*, стр. 79

¹⁰³ *Case of James and others v. United Kingdom*, (appl. no. 8793/79), Judgment of 21.02. 1986. <http://echr.co.int/hudoc>

уговора, јер се тиме штити правна сигурност. Када се усваја међународни уговор таквог значаја, неопходно је да његова примена буде објашњена на свим нивоима, посебно у односу на оне који примењују законе: судове, управне органе и адвокате. Публиковање у службеном гласнику стога није довољно.¹⁰⁴

Потешкоће у прихватању домаћег статуса Конвенције присутне су и услед двосмислености уставног права и постојања принципа, који у многим државама није довољно објашњен, а који каже да међународно право има предност над унутрашњим правом. Томе се мора додати и очигледна чињеница да домаћа имплементација овог јединственог инструмента не мора да укључује или подразумева упућивање на одредбе Европске конвенције, а ту је и дискреционо право државе да одлучује да ли ће укључити одредбе Европске конвенције у своје унутрашње право. То се може објаснити околностима у којима је Европска конвенција донета, када се није могао ни претпоставити њен каснији развој, нити пак изградња читавог једног правног система са свеprisутном улогом Европског суда за људска права. Већина држава које су првобитно потписале Конвенцију нису могле предвидети какав ће она имати утицај на домаће правне системе. Када је Европска конвенција ступила на снагу ниједна од ових држава није имала ефективан систем заштите људских права у савременом смислу. Тако да се систем Европске конвенције развијао у исто време када и национални системи заштите права. Како је између демократије и људских права стављан знак једнакости то је утицало на невероватан успех Европске конвенције, јер је она за државе потписнице нудила "спољашњи" и легитимни нормативни стандард за прелазак у уставну демократију. Приступање им је служило да потврде своје чланство у кругу "добрих" европских држава, претежно западно-европских. Односи између Европске конвенције и националних устава добили су посебан значај након усвајања Повеље основних права, која је саставни део прихваћеног Уговора из Лисабона. Повеља основних права појављује се као посебан каталог основних права на нивоу Европске уније.

Услед непостојања интерних механизма којима би био прецизно уређен статус Европске конвенције у унутрашњем праву, свака држава је одабрала свој начин интеграције Конвенције. То је резултирало да, данас, у упоредном уставном праву постоје неуједначена решења о "статусу" Конвенције. Аустрија је једна од ретких држава у којима Европска конвенција има уставну снагу. Наиме, имајући у виду како Устав Аустрије регулише статус међународних уговора и улогу Националног већа у томе, овде је легислативни орган препознао да се Европска конвенција односи на она права која су традиционално регулисана Уставом и дат јој је статус уставног права (*Verfassungsgesetz*).¹⁰⁵

Аустрија није учествовала у доношењу Европске конвенције, не припада тзв. изворним странама уговорницама, није утицала на формулисање њеног садржаја и није била упозната са детаљима Конвенције. Аустрија је постала

¹⁰⁴ A. Kohl, " The influence of the Human Rights Convention on Austrian Law", *American Journal of Comparative Law*, Vol.18, No.2 (1970) , p. 258

¹⁰⁵ K. Andreas, *op.cit*, p. 239

чланица Савета Европе 1956. године, а Европску конвенцију и Протокол број 1 потписала је 13.12.1957. године. Конвенција је ратификована у оба дома парламента: у Националном већу (Nationalrat) и у Савезном већу (Bundesrat) и након објављивања у службеном листу (Bgbl. Nr. 210/1958) Конвенција постаје део домаћег права. Истовремено, Аустрија је прихватила и надлежност и Европске комисије поводом индивидуалних жалби и обавезну надлежност Европског суда за људска права.¹⁰⁶ Европска конвенција је 1959. године инкорпорирана у унутрашње право, добила унутрашњи уставни ранг, чиме је стекла предност у односу на примарно и секундарно законодавство, а од тог тренутка обавезује све управне и судске органе. Тако, језгро каталога основних права у Аустрији чини Државни закон о општим правима грађана и Европска конвенција. Устав Аустрије од 1920. године у редакцији од 1929. године садржи свега неколико одредби о људским правима, чиме је укључивањем Европске конвенције употпуњен каталог основних права.¹⁰⁷

Надзаконска правна снага Европској конвенцији је призната у Француској. Наиме, према француском праву међународни уговори који су на редован начин ратификовани, односно потврђени, како је то раније наведено, имају од тренутка свог објављивања надзаконску правну снагу. Тако, од дана објављивања у службеном листу, односно од 4. маја 1974. године само-извршиве (директно) применљиве одредбе Конвенције, поседују на основу чл. 55 Устава, хијерархијски вишу позицију у односу на законе.

Европска конвенција у шпанском правном систему, попут француског, рангира се изнад обичних закона. Шпанија је постала чланица Савета Европе 24.11.1977. године и истовремено потписала Европску конвенцију. Конвенција је ратификована у Генералном Кортесу 4.10.1979. године и одмах је ступила на снагу. Пуноважно закључени међународни уговори, пошто буду званично објављени у Шпанији, чине део унутрашњег правног поретка. Њихове одредбе могу бити укинуте, измењене или обустављене само на начин предвиђен самим уговорима или сагласно општим правилима међународног права.¹⁰⁸ Директна примена Европске конвенције настаје тумачењем члана 1 ст.5 Грађанског законика, који предвиђа да су међународни уговори директно примењиви када је пун текст објављен у службеном гласнику. Одредбе Конвенције стога обавезују грађане и органе власти у складу са члановима 1-9 Устава Шпаније.¹⁰⁹ Одредбе Конвенције које се сматрају директно применљивим имају снагу домаћег права од дана када је Конвенција објављена у службеном гласилу.

У највећем броју земаља Европска конвенција, попут осталих међународних уговора, има законску правну снагу. Тако, хијерархијски ранг закона Конвенцији је признат у Немачкој, Италији, али и у готово свим скандинавским земљама, које су

¹⁰⁶ Упор. А. Drzemczewski, *op.cit.*, p. 93 i А. Kohl, *op.cit.*, p. 238

¹⁰⁷ Д. М. Стојановић, "Систем и заштита основних права у уставном поретку Аустрије", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 27 (1987), стр. 215

¹⁰⁸ Чл. 96 ст.1 Устава Шпаније

¹⁰⁹ М. Delmas-Marty, *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions*, Dordrecht, The Netherlands, 1992, p. 174,

је недавно инкорпорирале у унутрашње право. Уколико је држава уређена на федералном принципу, Европска конвенција, по правилу, ужива статус савезног закона, што јој обезбеђује предност у односу на законе федералних јединица. Инкорпорација Конвенције у унутрашње право кроз законе парламента изједначава је у хијерархијском статусу са другим законима, што значи да доследном применом принципа *lex posterior derogat prirori* нови закони могу да представљају потенцијалну претњу за применљивост уговора о људским правима. У пракси то не мора да буде случај и ово правило се примењује само ако је парламент доносећи нови закон изјавио да има намеру да одступи од уговора.

Немачка је учествовала у потписивању Европске конвенције 1950. године, након чега је она потврђена у парламенту 1952. године, а ступила је на снагу 3.9.1953. године. Након потврђивања у федералном парламенту, Европска конвенција је федералним законом (*Zustimmungsgesetz*) трансформисана у складу са чл. 59 ст. 2 Устава, чиме је постала део домаћег законодавства. Тиме је, Конвенцији осигуран статус најмање савезног права, што значи да директно применљиве одредбе овог инструмента имају предност над законодавством земаља (Länder), без обзира када је оно усвојено у односу на инкорпорацију Конвенције у домаће право. Од тренутка када је акт о ратификацији ступио на снагу, односно од 3. септембра 1953. године, оне одредбе Конвенције које се могу непосредно примењивати, нпр. оне које гарантују материјална (суштинска) права појединаца су део немачког права и на њих се може позвати у поступку пред немачким судовима. Једини изузетак односи се на члан 13 Конвенције, који због своје посебне природе, по тумачењу Савезног суда правде (*Bundesgerichtshof*) није само по себи директно применљиво право.¹¹⁰ Директна примена одредби овог инструмента има предност над целокупним законодавством земаља (покрајина), тј. у односу на све раније донете савезне законе, али и у односу на законе које су донети након укључивања Конвенције у домаће право. Наиме, немачки *Bundesverfassungsgericht* је чак одлучио да одредбама Конвенције треба дати приоритет у односу на новије законе, осим ако се не може јасно установити да је законодавац желео супротно.

Италија је била међу изворним чланицама Савета Европе, које су Европску конвенцију потписале 4.11.1950. године. Протокол бр. 1 уз Конвенцију Италија је потписала 20.03.1952. и оба документа су ратификована 26.10.1955. године. Од дана ратификације, Конвенција сачињава интегрални део италијанског правног система и има законски ранг. Наиме, чланом 2 Закона бр. 848 од 4.8.1955. уведена је обавеза поштовања Конвенције и она се може позивати у италијанским судовима на исти начин као Устав, закон или други пропис. Међутим, у пракси, Конвенција није стекла доминантну позицију. Један од разлога је што италијански Уставни суд не може да одлучује о уставним жалбама грађана, већ само врши нормативну контролу, а не постоји ни могућност да појединац оспорава закон пред Уставним судом.¹¹¹

¹¹⁰ A. Drzemczewski, *op.cit.*, p.110

¹¹¹ Ibidem, p. 45

Ситуација са Европском конвенцијом у Уједињеном Краљевству била је врло специфична све до 1998. године. Наиме, иако је Уједињено Краљевство било један од утемељивача Европске конвенције и међу првима ју је потписала, према добро познатој британској правној и уставној пракси, заснованој на концепту парламентарне суверености, одредбе ратификованих међународних уговора немају дејство док их Парламент не пренесе у унутрашње право. Сматрало се да није неопходно да таква законодавна легитимација буде спроведена у односу на Европску конвенцију. У време ратификације Европске конвенције, Влада је претпоставила да је домаће право у пуној сагласности са одредбама Конвенције. У таквим околностима, Европска конвенција све до доношења Закона о људским правима, није била део унутрашњег права. Доношењем Закона о људским правима извршена је имплементација Европске конвенције у домаћи правни систем. Отуда се говорило да Закон о људским правима Европску конвенцију "доноси кући".¹¹² Тиме је представљен иновативни приступ заштити људских права, виђен као "хибридни" модел, који треба да помири два "ривалска принципа": принцип парламентарне суверености и принцип превласти судства.¹¹³

¹¹² P. Goldsmith, "Slobode i odgovornosti: ljudska prava u Ujedinjenom Kraljevstvu", *Izbor sudske prakse*, 11/2003, str. 6

¹¹³ Ibidem

ТРЕЋИ ДЕО

ПРИМЕНА ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ У ПОСТУПКУ ПРЕД НАЦИОНАЛНИМ УСТАВНИМ СУДОВИМА

Основни циљ Европске конвенције као међународног уговора о људским правима је, да заштити појединце од арбитререног мешања власти држава чланица у права и слободе које она гарантује. Неопходна претпоставка за остваривање овог циља јесте да Европска конвенција произведе унутрашњи ефекат, односно да буде у потпуности имплементирана у унутрашње право и да њене одредбе обавезују све гране власти.

Утицај који Европска конвенција има на заштиту права на унутрашњем плану, можемо сагледати кроз деловање органа и институција које су позване да штите основна права, а за сагледавање њеног уставноправног значаја у унутрашњим правним системима посматраћемо утицај који Европска конвенција има на рад уставних судова, односно одговарајућих судских инстанци које су позване да пружају правну заштиту у последњој инстанци. Стога, да би се сагледали ефекти међународноправних норми о људским правима, пре свега оних садржаних у Европској конвенцији, није довољно проучавати само уставне одредбе, већ какав утицај та правила имају на домаће судове и да ли и у којој мери се домаћи судови, као примењивачи закона, ослањају на норме Европске конвенције и ставове Европског суда у свом раду. Према Конфортију,¹¹⁴ примена међународног права од стране судова је "камен темељац" самог међународног права. Он, као и Питер ван Дијк,¹¹⁵ наглашава улогу и ставове правосуђа у одређивању домаћих ефеката међународног права. За Конфортија је много значајаније да ли су судије "либералне" или "конзервативне" од тога да ли је правни систем монистички или дуалистички. Наиме, у пракси је било случајева да су судови показали спремност да дозволе да уговорне одредбе о људским правима имају фактичку предност у односу на домаће законе и пре формалне инкорпорације. Али, има и супротних примера: држава је монистички орјентисана, а Конвенцију третира као страно право без утицаја на домаћи поредак.¹¹⁶

Уставни судови јесу специјални правосудни орган који стоје ван система поделе власти, и на први поглед се можда стиче утисак да они немају много "додирних тачака" са Европском конвенцијом. Међутим, улога националних уставних судова, као "чувара устава", али и као заштитника људских права била је

¹¹⁴ B. Conforti, *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, p.9

¹¹⁵ P. van Dijk, "Domestic Status of Human Rights Treaties and the Attitude of the Judiciary: The Dutch Case", Festschrift Felix Ermacora, (Manfred Nowak, Dorothea Streurer, Hannes Tretter, eds.), 1988., pp. 631-650

¹¹⁶ H. Keler, A. Sweet Stone, "Assessing the Impact of the ECHR on National and Legal System", Izvor: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/88/

кључна у примени Европске конвенције у унутрашњим уставним системима. У том смислу треба имати у виду и улогу уставних судова као искрених браниоца националног правног суверенитета, који инсистирају на својој улози чувања било какве даље трансформације од националног на европски ниво. Овај отпор је посебно био изражен у односу на институције Европске уније, а био је заснован на неповерењу да ће на наднационалном нивоу какав представља Европска унија бити обезбеђен степен заштите принципа владавине права и људских права, бар једнак оном који је постигнут у националним системима. Такво стање је трајало до 80-их година прошлог века, када су немачки и италијански уставни суд прогласили да је заштита права у Европској унији достигла задовољавајући ниво.¹¹⁷ Такво "расположење" се делом преносило и на Европску конвенцију и систем који је на њој израстао, јер се заштита права у Европској унији дуго базирала искључиво на Конвенцији. Последњих десет година ситуација се драстично променила "у корист" Европске конвенције, која је продрла у све поре националног правног система, у чему су кључну улогу имали национални уставни судови.

Европској конвенцији и њеној инкорпорацији у унутрашње правне системе на руку је ишао растући и све присутнији утицај међународног права на националне судове, као део тренда који се рефлектује у повећаном значају међународног права у неколико сфера. Прво, међународни уговори постали су кључни фактор у економској и политичкој сфери у доба глобализације. Друго, постоји тенденција обраћања међународним судовима ради решавања спорова. Треће, вероватно, најзначајније је, то што домаћи судови све чешће упућују на међународне инструменте у области људских права. То је резултирало и усвајањем уставних каталога људских права инспирисаних међународним правом људских права, пре свега, Европском конвенцијом. Овај процес кулминирао је потпуном инкорпорацијом Европске конвенције у британском Закону о људским правима. Осим тога, деловањем Стразбуршких органа покренуте су и убрзане законодавне или административне реформе у државама чланицама.¹¹⁸

Примена Европске конвенције биће сагледана у контексту улоге коју Уставни суд заузима у националном уставном систему, а који је одређен и опсегом надлежности којим овај суд располаже. Примена Европске конвенције у поступку пред националним уставним судовима биће посматрана онда, када национални уставни суд спроводи нормативну контролу, као своју основну надлежност,

¹¹⁷ Наиме, одлуком Solange 1 из 1974. године немачки Савезни уставни суд је утврдио да европско право још није достигло степен заштите основних права који је предвиђен домаћим уставним правом, као што не постоји једнак степен демократске легитимности у доношењу закона, и стога ће суд разматрати секундарно право Заједнице према стандардима који постоје у домаћем Уставу. Solange 2 из 1986. године, насупрот томе, указује да је такав ниво достигнут на нивоу Заједнице, пре свега кроз праксу Европског суда правде, који осигурава ефикасну заштиту људских права, и Савезни уставни суд неће више разматрати секундарно право Заједнице сходно домаћим уставним стандардима. Овакав развој добио је свој одговор и у неколико других држава, где је један број уставних судова прихватио став нешто другачији од оног који је заузео немачки суд. Више о томе: W. Sadurski: "Solange, chapter 3: Constitutional Courts in Central Europe- Democracy –European Union", *European Law Journal*, Vol. 14, No. 1, January 2008, pp. 1-35

¹¹⁸ D. Barak-Erez, "The international law of human rights and constitutional law: a case study of an expanding dialogue", *ICON*, Vol. 2, No.4, 2004, pp. 611-632

посебно контролу уставности међународних уговора, али и онда када одлучује по индивидуалним жалбама грађана. Одлучивање националног уставног суда по уставној жалби појављује се као специфична "тачка везивања" националног заштитног система и система који се успоставља на основу Европске конвенције. То је истовремено и тачка на којој ће бити анализирани сличности и разлике једног и другог система.

3.1. Однос уставних судова и Европске конвенције-општи оквир примене

Уставни судови појављују се као посебне правосудне институције чији је основни смисао и циљ заштита устава.¹¹⁹ Под уставним судством се у ширем и правном смислу подразумева "решавање у судском облику о одређеним уставноправним питањима, а у циљу заштите устава. У ужем смислу, под уставним судовањем се подразумева испитивање уставности закона од стране суда."¹²⁰ Уставни суд није организацијски, ни хијерархијски зависан о неком другом уставном органу, нити му може бити подређен. Круг надлежности уставног суда и његових овлашћења директно извиру из устава, представљајући га јемцем и чуваром устава. Уставно судство као чувар устава и принципа уставности поставља се као противтежа евентуалној арбитрерној вољи носиоца јавних функција и њиховој тежњи да узурпирају власт и погазе уставну норму. На овај начин, уставни суд самим својим постојањем подиже и усавршава демократски поредак стојећи као препрека спровођењу аутократије и анархије. Целокупан рад уставног суда показује да је уставна држава, такорећи, увек на путу. Развија се током времена, упркос неизоставној одредби о правној сигурности, постаје упркос правној тријади правде, правне сигурности и сврховитости, упркос својој статистици и стабилности потребне предвидљивости правне државе.¹²¹

Уставни суд Аустрије, је најстарији уставни суд, јер је ова институција управо поникла у младој аустријској републици која је после Првог светског рата формирала посебан Уставни суд (*Verfassungsgerichtshof*). Аустрија је била прва држава које је после Другог светског рата поново успоставила Уставни суд 1945. године.¹²² Успостављени Уставни суд, будући први орган такве врсте, служио је као узор уставним судовима који су касније, посебно, након Другог светског рата, формиран у земљама Европе. У аустријској федерацији, уставно судовање је јединствено, у законодавству и извршењу. Аустрија има јединствени Уставни суд и јединствени Управни суд, док аустријске земље немају своје посебне ни уставне ни управне судове. Првобитна "намена" Аустријског уставног суда била је улога "чувара аустријске федерације", али је стабилизовањем међусобних односа

¹¹⁹ Више о томе: П. Николић, "Нужност и легитимност уставног судства у демократским системима", *Правни живот* бр. 12/1995, стр. 177-184

¹²⁰ И. Крбек, *Уставно судовање*, Загреб, 1960, стр. 6

¹²¹ Ј. Срнић, "Ustavni sud Republike Hrvatske", *Politička misao*, Vol. 37, 2001, br. 4, str. 126-145

¹²² Више о томе Е. Феликс: " Cour constitutionnelle autrichienne", *Revue internationale de droit comparé*, 1981, Vol.33, No. 2, pp .417-430 и Wilhelm Buerstedde, "La Cour constitutionnelle de la République Fédérale allemande", *Revue internationale de droit comparé*, Année 1957, Vol. 9, No.1, pp. 56-72

федералних јединица и њихових односа са Савезом, прелазила у други план, а све се више афирмисала његова функција "чуvara аустријског устава".¹²³

Немачка усвајањем Основног закона (1949) успоставља Уставни суд по Келзеновом моделу. Савезни уставни суд Немачке био је, први уставни суд послератне Европе са новим уставним надлежностима. Увођење уставног суда била је потпуна новина у новијој историји Немачке. Успостављен 1951. године, Савезни уставни суд је израстао у институцију са изразитим утицајем у уставним стварима. И у Италији се ишло на брзо успостављање уставног суда, чак и пре Немачке, и он је био предвиђен Уставом из 1947. године. Уставни суд Италије се, у почетку, развијао по америчком моделу, али како није био успешан 1956. године замењен је европским моделом. На тој основи Уставни суд израста у снажну институцију италијанског правног система. Шпанија, Португал, Белгија, Француска и остале државе су следиле овај модел и у свакој од њих суд постаје значајна политичка и судска снага, а људска права заузимају значајан део надлежности ових судова. У Француској, као пандан уставном суду појављује се специфично судско-политичко тело у лику Уставног савета. Првобитна сврха Уставног савета била је да осигура, да француски парламент не повреди надлежност владе на доношење уредби. Знатно касније, Уставни савет се трансформисао у моћног заштитника индивидуалних слобода и у значајног политичког чиниоца.¹²⁴

Истакнута карактеристика већине европских устава је приметно широка надлежност коју уставни судови уживају као и отворена могућност да широки круг лица постави уставно питање пред судом. У раду уставних судова, тако, доминирају три врсте поступака: апстрактна нормативна контрола, конкретна нормативна контрола и решавање по уставним жалбама грађана. Апстрактна нормативна контрола је основна надлежност уставног суда. Уставни суд решава апстрактни уставни спор, односно испитује однос једне или више норми устава и једне или више норми неког другог акта за који се тврди да је супротан уставу. "Уставни спор је спор између норми, од којих је једна, по правилу, уставна норма, а друга норма неког другог општег акта који је у супротности са уставном нормом. То је, у ствари, сукоб воља изражених у два правна нормама."¹²⁵ У случајевима апстрактне контроле уставни суд је ангажован у објективном одређењу валидности правне норме или закона. Овај поступак је објективан, јер суд не одлучује о субјективном праву појединца, већ је једина сврха да се утврди шта је смисао Устава. Тако да је суд слободан да размотри сваки аргумент и сваку чињеницу која се тиче било ког аспекта законске или правне норме која је предмет испитивања. Уставна контрола значи моћ уставног судства да ставља ван снаге обично законодавство или управне акте, који су супротни уставу. Као што је Мауро Карпелети приметио, у великом делу западног света, уставна контрола се разуме као неопходна "круна" принципу владавине права. Залагање за ову институцију је постало толико прожимајуће да је готово незамисливо да се донесе устав, а да не

¹²³ О. Вучић, В. Петров, Д. Симић, *Уставни судови бивших југословенских република-теорија, норма, пракса*, Београд, 2010, стр. 43

¹²⁴ Н. Schwartz, *The Struggle for Constitutional justice in Post-Communist Europe*, Chicago, 2000, p.19-22

¹²⁵ Р. Марковић, *Покретање уставног спора о уставности нормативних аката*, Београд, 1973, стр. 17

садржи ову институцију. Уставописци након револуција у источноевропским државама, слично уставописцима, након Другог светског рата, окренули су се судовима који су "наоружани" да врше нормативну контролу, у нади да ће креирати ефикасна ограничења парламентарној већини. Хамилтонова је позната фраза да су уставни судови најмање опасна грана власти. За разлику од законодавства, које контролише "новчаник" (буџет) и извршне власти, која контролише "мач", судови имају неколико формалних овлашћења да спроведу своја правила. Неки судови су врло "видљиве" институције у својим политичким системима, и њихове одлуке су распрострањене у мас медијима и уобичајено добијају пажњу јавности, као нпр. немачки Уставни суд.¹²⁶ Велика већина савремених уставних судова врши само постериорну контролу уставности, тако да не може да испитује уставност закона који још нису ступили на снагу. Изузетак је Уставни савет Француске, који једино може да спроводи претходну контролу уставности.

Апстрактна нормативна контрола поверена уставним судовима овлашћује их да пониште акте власти на основу тога што се овим актима крше уставна правила укључујући и основна права. Национални уставни судови почели су са јаке позиције, са врховним ауторитетом у области уставне контроле на територији државе. Стога је њихов интерес (њихов *raison d' cour*) да тај ауторитет сачувају и ако је могуће да га прошире. У таквој ситуацији уставни судови су заинтересовани да дефинишу аутономију свог правног поретка у којима имају ауторитативну контролу уставности у односу на захвате других правних система и надлежности осталих судова.¹²⁷

Контрола уставности нормативних аката је по својој природи универзална, и нема нормативног акта који би био изузет из ње. Уставни суд Аустрије, као орган контроле, може да, на основу чл. 139, 140 и 140-а Устава Аустрије, испитује целокупну регулативу у смислу њихове уставности или законитост. Ако констатује да је норма у питању супротна уставу или закону, уставни суд је обавезан да је укине. На овај начин, уставни суд поступа као "негативан законодавац". Када укида законе, уставни суд може да одреди тачан датум када закон престаје да важи, и да појасни питање правне снаге других норми заснованих на закону. На овај начин уставни суд се појављује у улози "позитивног законодавца".¹²⁸ Савезни уставни суд Немачке апстрактну нормативну контролу спроводи по захтеву Савезне владе, покрајинске владе или Савезног парламента, и при том, не постоји захтев да неко право покретача поступка треба да буде повређено правним прописима у односу на које се поступак покреће. Предмет контроле је врло широко постављен и то може бити било који закон, подзаконски акт федерације или покрајине, као и декрет. Апстрактна контрола коју Суд спроводи посматра се као објективан процес заштите Устава, независно од субјективних аргумената. Суд је ангажован у објективном одређивању валидности правне норме или закона. Суд поступа као "чувар устава" и његова је улога да се увери да Основни закон није повређен било

¹²⁶ G. Vanberg, *The Politics of Constitutional review in Germany*, Cambridge, 2005, p.39

¹²⁷ F. Schimmelfenning, "Competetion and community: constitutional courts, rhetorical action, and the institutionalization of human rights in the European Union", *Journal of European Public policy*, Vol.13, Issue:8 (2006), p. 1249

¹²⁸ F. Ermacora, *op.cit.*, p. 422

федералним било покрајинским прописима.¹²⁹ Уставни суд Италије, сходно члану 134 Устава, одлучује о споровима о уставној легитимности закона и аката који имају законску вредност, који су одобрени од стране државе или регија. Сходно томе, предмет контроле могу бити само закони државе и региона.

Европски модел конкретне нормативне контроле заснива се на типичној ситуацији да редовни судови, који разматрају случај и посматрају проблем уставности датог правила, обрађају се уставном суду како би он донео одлуку у погледу валидности закона. Постављањем уставног питања, суд мора да покаже да је уставност закона релевантна за решавање спора и да није узгредна. Расуђивање уставног суда у таквим случајевима не разликује се од његовог расуђивања у поступцима апстрактне нормативне контроле. Наиме, уставни суд разматра конкретан случај на апстрактан начин, односно не узима у обзир околности конкретног случаја, већ само пореди садржај закона са уставом *in abstracto*. У поређењу са апстрактном контролом уставности, овај поступак има предност јер се контрола спроводи у контексту актуелног случаја и права питања су припремљена и презентована од стране стручног суда. Према Jürgen Habermas-у, главни разлог конкретне контроле је мање проблематичан од апстрактне контроле, јер је конкретна контрола, баш као и поступак по уставној жалби, инициран поводом индивидуалних случајева и оба су ограничена на примену уставне норме за коју се унапред претпоставља да је валидна.¹³⁰

У погледу значаја судске контроле уставности за заштиту индивидуалних права схватања се крећу од позитивних ентузијастичких, до врло негативних гледишта. Ове две екстремне позиције могу се најбоље идентификовати у респектабилним теоријама Роналда Дворкина и Цереми Валдрона. Dworkin сматра, да су права појединаца боље заштићена тамо где постоји систем судске контроле, јер све већи број случајева пред судовима у односу на систем права који је установљен само легислативним путем. Са друге стране, Jeremy Waldron сматра, да судска контрола пориче индивидуална права. Његов аргумент се односи на демократски легитимитет: постоји хронични легитимацијски дефицит у било ком систему који дозвољава да демократски неодговорне судије свргавају оно што је изабрала демократски изабрана легислатура. Овај аргумент може се прихватити у погледу легитимности судске контроле, али он не може бити аргумент који се тиче заштите људских права.¹³¹

Ако оставимо по страни ова различита теоријска схватања, неспорно је да је "краљица" спорова о којима уставни суд одлучује била и остала општа нормативна контрола, као његова основна надлежности, за разлику од осталих које су "изведене и не чине суштину уставног судства".¹³² Последњих деценија одлучивање уставних

¹²⁹ A. Rincken, "The Federal Constitutional Court and the German Political System" u *Constitutional Court in Comparison: The U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, (R.Rogowski, G. Thomas ,eds.), Berghann Books, 2002, p. 60

¹³⁰ Упор. Н. G.Rupp: "Judicial Review of International Agreements: Federal Republic of German", *American Journal of Comparative Law*, Vol.. 25, 1977, pp. 286- 302 i A. Rincken, *op.cit.*, p. 55-90

¹³¹ W. Sadurski, *op.cit.*, pp 275-299

¹³² О.Вучић, В. Петров, Д. Симовић, *op.cit.*, стр. 116

судова по уставној жалби као да је преузело примат у односу на нормативну контролу. "У ствари, прави се вештачка подела између две функције уставног суда, да штити уставност и законитост, са једне стране, и да штити људска права, са друге стране. Дилема о томе која је надлежност уставног суда данас важнија, контрола уставности и законитости или одлучивање о уставној жалби, је лажна, јер је одлучивање о уставној жалби, такође, нормативна контрола права."¹³³

Са аспекта људских права специјална уставноправна заштита основних права требало би да потврди њихов висок ранг и њихову супериорност у односу на обично законодавство. Ова функција уставног суда није била у врху приоритета и разлога установљивања ове институције, али временом ствари су се мењале, и данас, са правом, уставни суд можемо означити не само чуварем устава, већ и заштитником људских права. Наиме, права човека нису гарантована у оквирима закона, већ су закони валидни и делују само ако су сагласни са уставом и њиме гарантованим правима. Заштита основних права у поступку пред уставним судом остварује се у поступку нормативне контроле и решавању по уставним жалбама грађана. Штитећи основна људска права и слободе у интересу човека као појединца, уставно судство истовремено штити и интересе државе и друштва као целине. Стога, немогуће је говорити о ефектима које Европска конвенција има у унутрашњем правном систему једне државе, ако се не посматра улога уставних односно врховних судова, који су позвани да пружају заштиту права унутар граница државе. Заштита права је примарно орјентисана на националне механизме заштите, али је значајно са тог аспекта посматрати могућност примене Европске конвенције и стандарда које су настали и развијали се у пракси Европског суда за људска права. Осим тога, Савет Европе, инсистира да свака држава чланица прихвати принцип владавине права и уживања људских права свих лица у њеној надлежности, што одсликава и мисију и природу Савета Европе.

3.1.1. Аустрија

Европска конвенција има статус директно применљивог уставног права у Аустрији и формално је изједначена са изворним каталогом основних права садржаним у Основном закону о општим правима грађана из 1867. године. Међутим, уставна снага коју Европска конвенција има у аустријском правном систему дуго није долазила до изражаја у пракси аустријских судова. Разлог томе може да лежи у чињеници да се на први поглед имао утисак да Конвенција не доноси ништа ново, пошто сваки од њених чланова има свој "дупликат" у постојећим одредбама аустријског права. Тако се дошло до закључка, да је аустријско право у сагласности са захтевима из Европске конвенције. У таквој атмосфери, преовладало је мишљење, да испробане и тестиране аустријске правне институције неће бити мењане за релативно неодређене принципе засноване на англо-америчком мишљењу, што је за резултат имало да су редовни судови врло ретко упућивали и још ређе примењивали Европску конвенцију. Тако, нпр. Врховни суд Аустрије је у свега 13 случајева применио Европску конвенцију, а Апелациони суд (Oberlandesgerichte) Беча и Линца применио је у само једном

¹³³ Ibidem., стр 119

случају.¹³⁴ Разлози таквог поступања могу се наћи и у недовољном познавању Конвенције или ненавикнутошћу у погледу њеног примењивања. Наиме, аустријски правни систем је заснован на континенталном систему, који обавезује судије да се строго држе закона, због чега је њима тешко да Европску конвенцију уклопе у схему прецизно дефинисаних закона које примењују. Уосталом, редовни судови се у примени права, пре свега, ослањају на закон, док Конвенција долази у нормативној хијерархији изнад закона. Са друге стране, редовни судови уколико примењујући дати закон сматрају да је он супротан Конвенцији, увек се могу обратити Уставном суду и тражити покретање нормативне контроле. Међутим, у пракси се показало да судови нису показали пуну спремност да се обраћају Уставном суду, већ да су радије примењивали постојеће законе, чак иако су сумњали у њихову сагласност са Европском конвенцијом.

Када је реч о Уставном суду Аустрије (Verfassungsgerichtshof) и он је био врло ригидан у погледу примене Европске конвенције и њеног тумачења насталог у пракси Европског суда за људска права. Такав став најбоље одражава одлука Аустријског Уставног суда у којој се врло јасно и отворено изражава сумња у уставни ранг Европске конвенције: "Имајући у виду чињеницу да Национално веће потврђујући Европску конвенцију, а затим и промулгујући је у службеном гласнику није поменуо "уставни" статус, како то захтева чл. 50 ст.2 у вези са чл. 44 ст. 1 Устава, ни Конвенција, нити било који њен део немају статус уставног права."¹³⁵ Наиме, Устав Аустрије (Bundes Verfassungsgesetz) у поменутом чл. 50 утврђује да политички уговори и други уговори који садрже одредбе којима се мења или допуњује постојећи закони, треба да буду закључени уз сагласност Националног већа. Давањем сагласности на уговор Национално веће може да одлучи да уговор у питању буде имплементиран доношењем закона. Да би уговор добио уставни ранг, неопходно је да такви уговори или одредбе буду јасно означене да су уставног карактера. За постојећу сврху, чл. 44 ст.1 је од посебног значаја, јер предвиђа да за промулгацију уставних закона и амандмана, укључујући и проглашење уговора за уставно право, неопходно да буду донети од стране Националног већа, у присуству најмање једне половине чланова и 2/3 већином (палих гласова). Њихов уставноправни статус биће експлицитно означен. Иако, у време када су Конвенција и Протокол број један били укључени у домаће право, а након тога објављени, Национално веће донело уставни закон, иако је захтев од 2/3 већине и пола присутних посланика, био испуњен, чињеница да није изричито поменуто да је Акт у питању донет као уставни амандман, био је довољан разлог за Уставни суд да Конвенцији не "призна" уставни статус. Ефекат ове одлуке био је умањење позиције Конвенције на статус "обичног" закона.

Након тога, у марту 1964. године, дошло је до измена Савезног Устава у делу који се тиче инкорпорирања уговора у Аустријско право. Релевантни члан који је Конвенцији дао статус уставног закона имао је ретроактивно дејство, односно од тренутка када је Конвенција промулгована у Аустрији. Оваквим

¹³⁴ Извор: Council of Europe document H (65) 7'' Decisions of National Courts relating to the Convention

¹³⁵ J. H. Dawn, "The Effect of Decisions of Regional Human Rights Tribunals on National Courts", *N. Y.U. J. Int'l L & Pol.* 367 (1996), p. 334

изменама Конвенција је осигурала ранг савезног уставног права. Таква промена је видљива и у ставу Уставног суда, који у својој одлуци од 01. октобра 1965. године (случај G6/65) наглашава да је Конвенција први и најистакнутији део уставног поретка, који директно везује законодавну власт, али да то не мора да значи да све њене одредбе у свим случајевима имају директно дејство на уставном нивоу. Када се нпр. 1969. године Уставни суд суочио са тумачењем израза "грађанска права и обавезе" садржаним у чл. 6 Конвенције, он је ове изразе дефинисао на основу концепта грађанскоправне ствари (*Zivilrechtssachen*) која постоји у унутрашњем праву. Уставни суд се радије окренуо унутрашњем праву пре него да узима у обзир дугогодишњу праксу Комисије, у којој је константно понављано да тумачење "грађанских права и обавеза" јесте аутономан концепт, чије разумевање не може бити засновано само на тумачењу онога што је предвиђено у унутрашњем праву¹³⁶.

Међутим, од 70-их година 20. века Уставни суд Аустрије почиње да напушта овакву праксу, тако да поменути случајеви пре представљају изузетак него правило. Тако је поводом одлуке донете септембра 1970. године Уставни суд сматрао да се члан 6 Конвенције не може применити на дисциплинске поступке пред аустријском адвокатском комором и да би такав став оправдао навео је две представке поднете Европској комисији у Стразбуру. Уставни суд је још давне 1973. године поништио одредбе Тиролског закона о продаји некретнина, јер је сматрао да састав Тиролске комисије за продају некретнина не испуњава захтеве "непристрасности и независности" из члана 6 става 1 Европске конвенције. Ова одлука је делом заснована на одлуци коју је донео Европски суд за људска права у односу на Аустрију у случају *Ringeisen* од 16.07.1971. године. Убрзо након тога, у случају од 15.10.1976. године Уставни суд, био је спреман да напусти своју дотадашњу праксу према којој члан 6 Конвенције није био примењиван на случајеве који се односе на кажњавање државних службеника који су прекршили своје личне и професионалне дужности. Како је Суд објаснио: "Сходно одлуци Европског суда за људска права од 8. јуна 1976. године у случају *Engel and others*, ова изјава није више одговарајућа. Суд за људска права сматра да Конвенција захтева да одговарајуће власти дозволе оптуженом да користи гаранције из члана 6 Конвенције у дисциплинском поступку онда када су предвиђене оштре казне."¹³⁷

Пракса Уставног суда у односу на члан 5 и члан 6 је веома развијена, и имала је значајан утицај на Аустријско законодавство. Аустрија је ставила резерве на члан 5 у погледу његове примене на меру лишења слободе поводом управних прекршаја. Уставни суд је проширио ову резерву у односу на процесне гаранције из члана 5 и на целокупан систем административних казни. Касније, под утицајем Суда у Стразбуру, Уставни суд је напустио сувише ригидно тумачење домаћаја примене члана 6 и применио га на случајеве пореске евазије. Али, у случају *Miltner*, који се односио на тумачење члана 6 став 1 Конвенције, дата је предност Уставу Аустрије са образложењем да "упркос покушајима да се касније донети пропис тумачи тако да се испоштују обавезе Аустрије на основу Европске конвенције о људским правима, није било могуће усвојити јуриспруденцију Стразбура када је

¹³⁶ Више о tome A. Drzemczewski, *op.cit.*, pp. 95-98

¹³⁷ 20 Yearbook (1977) 686-91, at 689. Navedeno prema A. Drzemczewski, *op.cit.*, p. 272

она у супротности са уставним текстом."¹³⁸ Овакав пример из праксе треба повезати са суштином права садржаном у члану 6 Европске конвенције. Члан 6 гарантује да свако има право на непристрасни и независни суд заснован на праву. Кривични аспект члана 6 је у сукобу са једном облашћу аустријског права, односно са административним казнама. Наиме, аустријски правни систем, попут традиционалних континенталних система, карактерише разликовање приватног од јавног права, раздвајање правосудне од управне власти и подела надлежности између судова и органа управе. Протумачен у светлу правне традиције, члан 6 је примарно схваћен као гаранција да ће судови одлучивати у свим стварима грађанског и кривичног права, али да то не утиче на јавноправну, односно управноправну сферу. Заправо је члан 6 Европске конвенције био један од најцитиранијих и највише примењиваних чланова у пракси Уставног суда Аустрије.¹³⁹ Уставни суд је своју праксу прилагодио и захтевима из члана 1 Протокола број 1 Конвенције. Он је концепт својине одвојио од историјског тумачења члана 5 Основног закона од 1867. године. Али, у случају сукоба између тумачења Европске конвенције у пракси Европског суда за људска права, било је случајева када је Уставни суд предност давао Уставу Аустрије.

Значајан утицај на радикално промењени приступ Европској конвенцији у пракси аустријских судова вероватно је утицала чињеница да је у једном периоду Аустрија била држава која је највише "осуђивана" од стране Европског суда у Стразбуру. Иако је у почетку аустријска влада сматрала да су стандарди за заштиту људских права већ усклађени са високим европским стандардима, па судови, органи државне управе и грађани нису много обраћали пажњу на Конвенцију, пракса је показала да није тако. До истека мандата Комисије и старог Суда за људска права, односно до 30.10.1998. против Аустрије је пред Европском комисијом поднето 3.276 представки, од чега је одбачена 251 представка, у 78 случајева је одлучивао Европски суд, при чему је у 45 случајева Суд утврдио повреду Конвенције, у 18 случајева није било повреде Конвенције, у 7 је постигнуто пријатељско поравнање, док је 8 случајева скинуто са листе. Комитет министара је одлучивао о 73 представке. У периоду између 1.11.1998. и 31.03.2000. новом Суду је поднето 292 апликација, од којих је 19 проглашено недопуштеним, и донето је 8 пресуда у односу на Аустрију. Највећи број поднетих представки односи се на права гарантована члановима 5 и 6, док је један број представки поднет позивањем на чланове 3,8,10,11 и члан 1 Протокола бр.1, а свега неколико се односе на остале одредбе Конвенције.¹⁴⁰ Постало је очигледно да се приступ Европској конвенцији мора променити. Уосталом, како у Аустрији функционише Уставни суд, као чувар устава, а Конвенција има уставни статус, појединци се могу уставном жалбом обраћати Уставном суду са захтевом да им буду заштићена права која су им гарантована Европском конвенцијом.

¹³⁸ Случај В 267/86 од 14.10.1987., EuGRZ 1988, 166 Извор: Т. Hannes: "The Effect of the ECHR on the Legal and Political Systems of Member States-Austria", у *Fundamental rights in Europe-The ECHR and its member states 1950-2000*, (Blackburn Robert, Polakiewicz Jörg, eds.), Oxford, 2003, p. 122

¹³⁹ Т. Öhlinger, "Austria and Article 6 of the European Convention on Human Rights", *EJIL* (1990), pp. 286-291

¹⁴⁰ Т. Hannes, *op.cit.*, p. 129

Овакав развој догађаја утицао је на то да Европска конвенција добије кључну улогу у аустријском систему. Уосталом, Аустрија је прва држава која је у потпуности инкорпорирала Конвенцију у свој правни поредак, тако да Конвенција има исти правни статус као домаћи бил о правима. То значи да законодавац, попут судова и управних органа, има обавезу да се придржава и да примењује ефективно права и слободе из Конвенције. Посебно је у свему томе истакнута улога Уставног суда који је "присвојио" централну улогу. Несумњиво је да су Европска конвенција и јуриспруденција Европског суда за људска права у значајној мери утицале и обликовале праксу Уставног суда Аустрије. Уставни суд је сада све чешће у прилици да се ослања на Европску конвенцију и ставове Европског суда, што уз свеукупно подизање свести о значају Европске конвенције доприноси и у пракси њеном уставноправном ефекту и даје јој значај који је заслужено припада. Али, има и теоретичара који се критички осврћу на делање Уставног суда и имплементацију стандарда из Конвенције. Наиме, они сматрају да је тај позитиван утицај подриван због чињенице да Уставни суд има тенденцију да реагује на одлуке које Европски суд доноси у односу на Аустрију, уместо да непрестано "скенира" национални правни поредак сходно захтевима из Конвенције. Неспоран је снажан утицај који јуриспруденција Европског суда има на јурисдикцију Уставног суда Аустрије, на законодавство и на основна права и слободе у пракси аустријских судова.¹⁴¹

Свеукупан ефекат Конвенције у Аустријском правном систему је битан, и уставни ранг Конвенције обезбеђује јој додатну димензију. Посебна пажња посвећује се предлозима закона, да би се обезбедила сагласност са Конвенцијом и домаћи судови су у већој мери свесни њеног унутрашњег ефекта.¹⁴² Тако да одредбе Конвенције представљају само-применљиво право са уставним статусом, и она се директно односи на права и обавезе појединаца, такође може бити позвана и поступку по уставној жалби.

3.1.2. Немачка

У Немачкој, како је већ поменуто, Европска конвенција у хијерархији правних аката је у рангу закона, али је њена примена у пракси у великој мери одређена деловањем Савезног уставног суда, као органа са највећим утицајем у области људских права. Савезни уставни суд Немачке, био је први уставни суд послератне Европе са новим надлежностима. Увођење уставног суда била је потпуна новина у новијој уставној историји Немачке. Успостављен 1951. године, Савезни уставни суд, израстао је у институцију са изразитим утицајем у уставним стварима. Када је Уставни суд почео са радом 28.09.1951. године у Карлсруху, његов статус у систему поделе власти, чак и однос са другим високим савезним органима, био је недовољно јасно одређен. У тренутку када је Савезни уставни суд установљен, постојала је значајна конкуренција редовних судова. Постојало је пет врховних судова, али су они, попут осталих државних органа, били у процесу реконструкције и за разлику од новооснованог Уставног суда морали су да

¹⁴¹ T. Hannes, *op.cit*, p. 163

¹⁴² A. Drzemczewski, *op.cit*, p.104

превазиђу прошлост. Послератна клима је ишла на руку Уставном суду и била је то одлична основа за успех Суда. Уставни суд је успео да пронађе свој пут у новом уставном систему и да установи своју структурну независност, прво у односу на извршну власт, а затим и у односу на врховне судове.¹⁴³

Истовремено, Савезни уставни суд је почео да развија концепт директне примене Устава, у чему је кључну улогу имала уставна жалба, као врло ефикасна алатка. У два кључним одлукама Elfes (1975) и Lüth (1958) Уставни суд је проширио примену уставних жалби на све ситуације које доводе до сукоба са општим правом на индивидуалну слободу и да развија концепт основних права које ствара објективни поредак, које су организоване око општих вредности и принципа. Његов приступ у тумачењу основних права (*grundrechte*) имао је за резултат постепену конституционализацију читавог правног система.¹⁴⁴ Истовремено, то се одразило и на позицију Савезног уставног суда, који се спонтано намеће као инстанца највишег степена (*Superrevisioninstanz*), иако Основни закон Немачке не даје такво одређење овог органа. Али, поводом уставних жалби се питање инстанционе контроле поставља по природи ствари, с обзиром на однос Уставног суда према одлукама редовног судства. Такође, у најширем смислу, то јесте, орган који, на изванредан начин, контролише рад свих других органа, па у том смислу треба разумети и поистовећивати Уставни суд са органом који представља универзалну највишу инстанцу. У теорији се може наћи гледиште по коме се уставни суд може означити и као својеврсни "кабинет у сенци" (*Schattenkabinett*), јер су учешће уставног судства осећа и у домену извршне власти, када Уставни суд цени законитост аката владе.¹⁴⁵

¹⁴³ Наиме, одредбе Основног закона о статусу Уставног суда могу се двојачко протумачити. Са једне стране је Уставом широко постављена надлежност овог Суда, а са друге стране Устав је овластио Парламент да регулише организацију Суда и поступак пред њим. Осим тога, нови Суд стављен је у "надлежност" Савезног министарства правде, што је иритирало неколико судија овог Суда, укључујући и његовог првог председника Герман Нörker-Aschoff-а. Као последица тога, судије су храбро устале у одбрану судске аутономије, наговештавајући независност која ће касније доћи до изражаја приликом решавања уставних спорова. Крај било каквој надзорној надлежности Министарства правде је означен у Меморандуму, који је Суд издао, а који је сачинио Gerhard Leibholz. У Меморандуму је истакнута буџетска аутономија Суда, и пуна контрола над целокупном својом администрацијом, укључујући и право именовања службеника. У Меморандуму је још наведено да је Савезни уставни суд врховни уставни орган у рангу са Бундестагом, Бундесратом, Савезним канцеларом и Савезним председником. Његови чланови нису ни у ком смислу службеници нити обичне савезне судије, већ највиши чувари Основног закона, којима је поверено остваривање великих циљева, ништа мањих од оних које имају уставни органи СР Немачке. Чак се може рећи да су дужности Суда још и веће, јер он треба да осигура да остали уставни органи поштују Основни закон. Иако је Меморандум изазвао снажан потрес у Бону, сви захтеви су 1960. године прихваћени у Бонском званичном документу. Тако је данас председник Савезног Уставног суда пети човек у држави. Као највиши чувари Устава остале судије долазе одмах после њега. Високи уставни статус судија је најбоље изражен у изменама Основног закона из 1968. године којима је предвиђено да "функција Савезног уставног суда и његових судија не може бити ослабљена чак ни у стању државне нужде. Видети о томе D.Kommers, *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of German*, Duke University Press, 1997, p. 6

¹⁴⁴ Више о томе L. Garlicki, *op.cit.*, pp. 44-68

¹⁴⁵ О. Вучић, В. Петров, Д. Симовић, *op.cit.*, стр. 22

Немачки Савезни уставни суд је добро познат по томе што је развио детаљну судску праксу о обиму и начину преношења надлежности са немачке државе на међународне и супранационалне организације. Основни принцип од кога полази Савезни уставни суд је, да је преношење ограничених и опозивних надлежности на међународни ниво генерално прихватљив док год те организације имају адекватну заштиту индивидуалних права. Основни приступ који усмерава Основни закон Немачке и праксу Савезног уставног суда је, принцип "отворености ка међународном праву". Овај принцип уграђен је у Основни закон од самог почетка, а "дизајниран" је тако да омогући да Немачка поново постане равноправни члан међународне заједнице. Принцип отворености ка међународном праву никада, међутим, није имао циљ да компромитује принцип демократије у уставном поретку, и не претпоставља да међународни правни пореци треба да буду конституционализовани. Заправо, чини се најкоректније рећи да се ограничења међународне интеграције радије схватају ограниченим функцијама уставног права, пре него као тврдо језгро инхерентних јавних овлашћења и доношења одлука.

Принцип демократије у немачком конституционализму тумачи се као снажно завистан од националних политичких институција, где је народ суверен и у стању да одлучује о питањима политике и структури уставног поретка. Основа за помало скептичан приступ који Савезни уставни суд има ка европским интеграцијама чини се да проистиче из бриге за одржавањем политичког поретка, у коме је одговорност оних који доносе одлуке испреплетана са циљем заштите основних права као суштинских за легитимитет правног поретка. Улога националне демократије у Немачкој уставној доктрини мање је била ствар национализма, а више ствар обезбеђивања демократске одговорности и улоге парламента. Заштита основних права у том погледу служи сличној сврси обезбеђивања одређених друштвених претпоставки у либералном политичком поретку. Сукоб између основних права и међународне сарадње чини се лакшим за решавање, пошто не постоји ништа што искључује међународне организације да уведу систем судске контроле и систем људских права који одговарају највишим стандардима заштите основних права. Тешко је, наравно, узети у обзир различите стандарде основних права у различитим државама које учествују у међународном процесу доношења одлука. Осим тога, Савезни уставни суд у Немачкој, традиционално има значајнију улогу од оне која припада судовима у систему поделе власти. Он се сматра чуварем слободног и демократског уставног поретка. Савезни уставни суд је, нека врста квазилегислативне институције, која врши апстрактно-конкретну контролу и која је чувар основних права. Са друге стране, чини се да уставносудска контрола промовише легитимност међународне сарадње у контексту националног права, као што је вероватно у стању да увек пронађе било какав легитимитет у домаћем правном поретку који би требало да штити, и у том смислу, увек ће постојати ограничења у којој мери домаћи судови могу усвојити и легитимисати међународно право из уставне перспективе.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Više o tome L. Carl, "National Constitutionalism, Openness to International Law and Pragmatic Limits of European Integration-European Law in German Constitutional Law in the German Constitutional Court from EEC to the PJCC", *German Law Journal*, Vol.7, No.11 (2006), pp. 907-945

Савезни уставни суд Немачке, као орган од изузетног ауторитета, има посебну одговорност за спровођење међународног права у националном правном систему. Разлог томе је, што непоштовање међународних уговора, иако они у унутрашњем праву имају ранг закона, а не устава, може да проузрокује последице на међународном нивоу. Таква улога Савезног уставног суда посебно је дошла до изражаја у односу на Европску конвенцију, која доприноси промоцији заједничког европског развоја људских права. У свом каталогу основних права Основни закон штити права која чине језгро међународних људских права. Ове гаранције и прихватање обавеза из међународних уговора, коју предвиђа чл. 59 ст.2, обавезује Немачке органе да буду упућени на Европску конвенцију када тумаче основна права.¹⁴⁷ Наиме, у својој чувеној одлуци донетој још 26.03.1987. године, Савезни уставни суд је навео да приликом тумачења Основног закона, садржај и развој Европске конвенције мора бити узет у обзир докле год не ограничава заштиту људских права онако како то Основни закон предвиђа. Стога, јуриспруденција Европског суда за људска права помаже у тумачењу садржаја и домашаја основних права и принципа владавине права садржаних у немачком Уставу. Закони морају бити тумачени у складу са међународним правним обавезама СР Немачке, чак иако су оне касније прихваћене у односу на међународни уговор, јер се претпоставља да законодавац неће одступити од међународних обавеза СР Немачке, сем ако јасно не каже.¹⁴⁸

Иако, Европска конвенција има статус обичног савезног закона у хијерархији правних прописа, њена правна снага значајно је побољшана применом принципа отворености ка међународном праву (*Völkerrechtsoffenheit* i *Völkerrechtsfreundlichkeit*). Основни закон охрабрује немачке органе власти да се укључује у обавезе које проистичу по основу међународног права и да те обавезе имплементирају на националном нивоу. У исто време, Основни закон указује на неизговорену претпоставку да ће СР Немачка испунити своје међународне обавезе и поступити у складу са њима. На овај начин, Европска конвенција има посебан значај који у ствари иде знатно даље од статуса савезног закона. Савезни уставни суд је утврдио да би Европска конвенција требало да буде консултована када се тумачи Основни закон, иако Европска конвенција садржи само минимум гаранција изнад којих се може ићи, и тако је дошло до обимног усклађивања одредби Европске конвенције и Основног закона.¹⁴⁹ Индиректно, на овај начин Европска конвенција добија квази-уставни статус (*quasi verfassungsrechtlichen rang*).¹⁵⁰

У пракси Савезног уставног суда налазимо само на повремено и несистематско упућивање на Европску конвенцију и праксу Европског суда, али,

¹⁴⁷ H. Jürgen Papier, " Execution and effects of the judgments of the European Court of Human Rights in the German judicial system " u *Dialogue beetwen judges*, Strasbourg, 2006, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/368D4336-5150-4F83-86A1-18957F0F778E/0/Dialogue_between_judges_2006.pdf

¹⁴⁸ J. Abr Frowein, " The Incorporation of the European Convention on Human Rights into the Legal Order of Germany" u *O међународном i народном –есеји u част Vojina Dimitrijevića*, Beograd, 2003, str.209

¹⁴⁹ H. Jürgen Papier, *op.cit.* (http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/368D4336-5150-4F83-86A1-18957F0F778E/0/Dialogue_between_judges_2006.pdf)

¹⁵⁰ D. Ehlers, *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, Berlin, 2009, S 43

управо је Савезни уставни суд одиграо кључну улогу у промењеном схватању Европске конвенције у немачком правном систему. Он је "отворио" немачки устав за међународне стандарде људских права, пошавши од тога да "тумачење Основног закона мора узети у обзир суштину и степен развоја Европске конвенције у мери да то нема за последицу ограниченији или нижи степен заштите основних права према Основном закону", последице коју је Европска конвенција желела да искључи.¹⁵¹ Револуционарни аспект овог новог приступа је то што је сада садржај уставних права одређен уз помоћ норми о људским правима, које у хијерархији долазе испод устава. Међународна норма може ући у процес тумачења само ако је уставна норма довољно отворена и ако нуди суштински хомогену везу са овим принципима.¹⁵² Да би се осигурао одређени степен униформности у тумачењу и примени међународних норми од стране нижих судова (свих судова осим уставног), примениће се члан 100 став 2 Основног закона који каже: " Уколико је у правном поретку спорно да ли је неко правило међународног права саставни део савезног права и да ли као такво производи непосредна права и обавезе за појединца, суд мора прибавити о том питању одлуку Савезног уставног суда." Ако надлежни суд није изразио сумњу у погледу постојања и домања правила међународног права, онда нема потешкоћа да у одређеном случају открије које опште правило да примењује, суд ће, сходно примени одговарајућих правила, донети и одговарајућу одлуку у конкретном случају. Само ако је присутна сумња у погледу постојања правила међународног права, надлежни суд прибегава поступку из члана 100 став 2 Основног закона. Ако се током поступка пред Уставним судом појави питање постојања и домања општег правила међународног права, Уставни суд не може да избегне решавање овог питања.¹⁵³ Ово, међутим, не треба да дозволи да се ограничи опсег заштите права која је већ постављена одредбама Немачког Основног закона, као што и Европска конвенција не може бити употребљена да умањи каталог права који већ постоји на националном плану.

Када говоримо о примени Европске конвенције у поступку пред Немачким судовима, треба имати у виду да Основни закон Немачке не даје посебно овлашћење судовима да примењују међународне уговоре, али да у пракси за то није било препрека. Наиме, немачки правни систем, не познаје услов посебног акта трансформације да би међународни уговор имао непосредно дејство у унутрашњем правном систему. Ограничења непосредног дејства међународних уговора у немачком правном систему, постоје само на основу текста уговора и изражене намере уговорница. Са друге стране, од немачких судова се очекује да одиграју кључну улогу у имплементацији међународних људских права, јер су они показали строгу приврженост заштити уставних права појединаца, стога је за очекивати да са истом енергијом примењују и међународна људска права. Али, пракса судова према неким истраживањима показује другачије резултате. Uerpmann у својој

¹⁵¹ BverfGE 74,358 (370)= EuGRZ 1987, (206)

¹⁵² B.Simma Bruno, D.-Erasmus Khan, M. Zöckler, R. Geiger: "The Role of German Courts in the enforcement of international human rights", у *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, (B. Conforti, F. Francioni, eds.), The Hague, 1997, p. 95

¹⁵³ H.G.Rupp: "International Law as Part of the Law of the land: Some aspects of the Operation of Article 25 of the Basic Law of the Federal Republic of German", *Texas International Law Journal*, Vol.11, (1976), pp. 541- 548

студији посматрајући укупно 682 одлуке које су донете до краја 1991. године закључује да се у свега неколико одлука немачки судови позивају и на међународна људска права.¹⁵⁴ До сличних закључака је дошао и Ulsamer, који је избројао 29 од око 3,000 одлука Савезног суда правде (Bundesgerichtshof) у кривичним стварима у којима је Европска Конвенција поменута или разматрана.¹⁵⁵

У многим одлукама норме међународних људских права су биле само поменуте, али нису биле основ судског образложења. Разлог томе је, што судови доносе одлуке само на основу домаћег права. У домаћем праву, односно у Основном закону Немачке, налази се обиман каталог права, који се у много чему подудара са међународним документима о људским правима, попут Универзалне декларације о људским правима и Пакта о грађанским и политичким правима. То не изненађује, ако се има у виду да је припремни рад Комисије за људска права у Уједињеним нацијама на изради Универзалне Декларације о људским правима, већ био добро познат у Немачкој када је доношен Основни закон. Типичан став многих немачких судова, који је дефинисао Савезни управни суд (BundesVerwaltungsgericht) је, да је упућивање на Европску конвенцију неопходно, ако домаће право не предвиђа довољне гаранције. Тако, нпр. у решењу Првог сената од 15. децембра 1965. године BvR 513/65, наводи се да "претпоставка невиности није уграђена у устав, међутим, одговара генералној правнодржавној пракси и уведена је чланом 6 ст.2 Европске конвенције о људским правима у позитивно право Немачке¹⁵⁶. Емпиријско истраживање спроведено у Немачкој показало је да се највећи број предмета, који се односи на људска права решава на националном нивоу, а да је већина случајева који су изнети пред Суд у Стразбуру проглашена неприхватљивим. Претежна улога националних заштитних механизма је изражена и у малом броју одлука које су Стразбуршки органи донели у односу на Немачку. Тако је у периоду између 1978. и 2008. године у свега 14 случајева утврђена одговорност Немачке за кршење права из Конвенције. Студија је показала да одлуке Европског суда за људска права имају утицаја у одређеним областима, као што су имиграционо право, забрана фотографисања, као и у кривичном поступку.¹⁵⁷

Немачки теоретичари покушавају да схвате разлоге опирања судова да примењују међународне норме о људским правима. Као могући разлози наводе се то што норме међународних људских права нису део наставних планова у правном образовању и практичној обуци судија, затим, да неки судови могу имати потешкоћа у добијању немачких превода докумената о међународним људским правима и одлукама међународних органа, као и да приступ текстовима

¹⁵⁴ Citirano: Uerpmann, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung*, 1993, 24 ff u B. Simma, D.-Erasmus Khan, M. Zöckler, R. Giger, *op.cit.*, p. 73

¹⁵⁵ Citirano:Ulsamer, *Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Strafverfolgungspraxis*, Festschrift Zeidler, 1987, 1799 at 1804 prema Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Markus Zöckler, Rudolf Giger, *op.cit.*, p. 73

¹⁵⁶ Извор: *Изабране одлуке немачког Савезног уставног суда*, (ур. Ш.П.Рос, А. Поповић, Е. Шарчевић), Београд. 2010, стр. 186

¹⁵⁷ C. Gusy, "How can the role of the European Court of Human Rights be enhanced? Recommendations for German Policy Paper", Izvor: <http://www.statematch.org/news/2009/may/echr-policy-paper.pdf>

међународног права понекад може бити отежан, јер нису доступни у свим библиотекама. Најверодостојније објашњење за опирање немачких судова, да разматрају међународне норме људских права, чини се да је *prima facie* познати паралелизам међународних права и права садржаних у домаћим уставним и законским прописима. Када судови, решавајући поводом неког индивидуалног права, могу да се позову на уставне или законске одредбе, они ће то и учинити. Осим тога, немачки судови и немачки правници су убеђени да немачки правни систем успоставља више стандарде заштите индивидуалних права, гарантованих Основним законом, него што то чине међународна људска права. Немачки судови ће упутити на међународна људска права, али само да би оправдали да примена ових права не води другачијем резултату у конкретном случају. Немачке судије су углавном под утиском да основна права, која су наведена у Основном закону, јесу ширира од оних у Конвенцији. Права садржана у члановима 1 до 19 Основног закона су детаљнија од оних у Конвенцији, али се то се не односи на гаранције из члана 5 и члана 6. Зато се у овој области често упућује на праксу Европског суда.¹⁵⁸ Постоје многе одлуке немачких судова у којима се наглашава значај правичног суђења и које се ослањају на члан 6 Европске конвенције. Претпоставка невиности из члана 6 став 2 је био непрекидан проблем у немачкој пракси, и стога су се они ослањали на праксу развијану од стране Суда и Комисије у Стразбуру. Било је случајева у којима су судови дискутовали о члану 8 Конвенције, поводом изручења странаца.¹⁵⁹

Општи је утисак да су се судови "опирали" Европској конвенцији у првим годинама након ратификације, али, како је растао углед и значај овог система заштите људских права, то су судови показивали спремнијим да је прихвате. Иако нема прецизних података о томе колико често се реферише на Европску конвенцију, пракса судова несумњиво показује да је број предмета у којима се упућује на Конвенцију, сада удвостручен у односу на период 80-их година прошлог века. Посебно долази до изражаја спремност Савезног уставног суда Немачке да узме у разматрање Конвенцију када одлучује о људским правима.¹⁶⁰

3.1.3. Италија

Италија је потписала и ратификовала Европску конвенцију убрзо након што је донела нови Устав. Устав Италије, усвојен 1947. године, инкорпорира скоро све принципе постављене Универзалном декларацијом о правима човека и већ на самом почетку утврђује да Република Италија признаје и јемчи неотуђива људска права, било да се ради о појединцу или заједници у којој појединац остварује своја права. Устав Италије је био први који је принципе људских права спровео у пракси. Велику подршку нашао је у правилима Универзалне декларације, која су сматрана општим принципима права, иако она нису правно обавезујућа, али су послужила

¹⁵⁸ B. Simma, D. Erasmus Khan, M. Zöckler, R. Geiger, *op.cit.*, p. 94

¹⁵⁹ J. Abr Frowein, *op.cit.*, str. 211

¹⁶⁰ A. Zimmermann, "The Effect of the ECHR on the Legal and Political Systems of Member States-Germany", u *Fundamental rights in Europe* (Blackburn Robert, Polakiewicz Jörg, eds.), Oxford, 2003, p.354

као модел за интерпретацију нових правила, пре свега оних да држава није апсолутно суверена и да није једини чувар људских права и слобода. У односу на Европску конвенцију ситуација је била нешто другачија. Овде је национална свест долазила испред ефективне међународне заштите људских права. Уосталом, права која су постављена Конвенцијом нису више филозофска начела, нити само жеље, већ су стварна права, гарантована у међународном правном поретку.¹⁶¹

У Италији, сви међународни уговори постају део унутрашњег правног поретка након што су законом имплементирани и тако имплементиране међународне уговоре италијански судови могу да непосредно примењују. Међутим, проблем ефективне имплементације међународних уговора се појавио на материјалном нивоу, углавном због "програмског" или несамоизвршивог карактера норми међународног права или одсуства клаузуле о имплементацији. Врхунац таквог непримењивања међународних уговора је гледиште да се појединци не могу позивати на међународне уговоре пред домаћим судовима, а које су заступали Касациони суд и Уставни суд. Наиме, ови судови су порицали директан ефекат одредби међународних уговора о људским правима, сматрајући да се оне не могу примењивати, јер су непотпуне или су програмског карактера. Тако, Касациони суд Италије је у својој одлуци, од 11.10.1990. године навео да члан 6 Европске конвенције има очигледно програмски карактер и да у најбољем случају може да представља само неку врсту упутства националном законодавцу. Сличан став овај Суд заступа и у односу на члан 5 став 3 Европске конвенције. Полазно становиште изложене теорије је да међународно право креира само права и обавеза за државу потписницу. Ова теорија је, без изузетака, примењивана на све међународне уговоре, укључујући и Европску конвенцију. Међутим, примена ове теорије је апсолутно непримерена у односу на Европску конвенцију, јер Конвенција у више пута поменутом члану 13 утврђује да свако коме су повређена права и слободе, садржана у Конвенцији, има право на делотворни правни лек пред националним властима, што је потпуно супротно полазним премисама поменуте теорије. Највећа препрека примени Европске конвенције је вероватно, тенденција судова да се ослоне на несамоизвршиви карактер Конвенције.¹⁶²

Европска конвенција, како је већ речено у Италији има законски статус, и уколико устав регулише одређену област или поставља другачија правила, Европска конвенција не може имати предност. Европска конвенција могла је имати предност само у односу на законе који су донети пре њеног ратификовања.¹⁶³ Ту се може уочити и значајна разлика у односу на немачки систем, где Европска конвенција такође има законски статус, али где је, за разлику од Италије, потиснут принцип *lex posterior derogat legi priori*. Овакав статус Европске конвенције одразио се на њену примену пред судовима. Италијански судови, заправо, нису потпуно и отворено игнорисали Европску конвенцију, али су је примењивали по свом

¹⁶¹ E. Meriggiola: "The Effect of the ECHR on the Legal and Political Systems of Member States-Italy", u *Fundamental rights in Europe* (Blackburn Robert, Polakiewicz Jörg eds.), Oxford, 2005, p. 476

¹⁶² Videti B. Conforti, "National courts and the International Law of Human Rights", u *Enforcing international human rights in domestic courts*, (B. Conforti, F. Francioni, eds.), The Hague, 1997, pp. 3-14

¹⁶³ D. Leonardi, "Italy" u *European civil liberties and the European Convention on Human Rights*, (Gearty A Conor(eds.) The Hague, 1997, pp.315-320

"инстинкту". Међутим, бројне одлуке које је Европски суд за људска права донео у односу на Италију, показују да се ставови италијанских судова често не поклапају са ставовима Европског суда. Стога су неки теоретичари закључивали да Италија не мари баш за Конвенцију.¹⁶⁴ Ова држава је у једном периоду била најчешћи "брањеник" пред Судом у Стразбуру, иако је очигледно да италијанске власти не могу бити оптужене за масовно кршење људских права, које се дешавало у неким другим државама. Тако је нпр. у периоду од 1980. до 1995. године број предмета у односу на Италију износио 116, од чега је изгубљен 81 случај, односно 70% случаја од укупног броја представки поднетих против Италије.

Један од разлога који може допринети разумевању слабог коришћења Европске конвенције је, чињеница да су основна људска права већ заштићена у обимном каталогу садржаном у Уставу из 1947. године и стога правила садржана у Конвенцији имају само допунски карактер. Примену Европске конвенције треба посматрати и у контексту италијанског правосудног система, у коме се прави разлика између надлежности суда да утврди права у ужем смислу (*dritti soggettivi*) и да одреди легитиман интерес (*interessi legittimi*). У случајевима повреде приватних интереса (субјективних права) надлежни су обични судови на челу са Врховним судом (*Corte Suprema di Cassazione*). Уколико се лице жали на правило, где је садржан јавни интерес, то је у надлежности управних судова. Сходно томе, одредбе Конвенције не позивају се често у поступку пред управним судовима, јер појединци, када је једном установљено субјективно право морају да се обратe редовним судовима, у споровима који се односе на обавезе које проистичу из различитих уговора, због повраћаја имовине, због деликтне одговорности. У таквим случајевима, субјективно право појединца се мора штитити на исти начин, као и у односу на управне мере. Али, зато пракса редовних судова показује да се одредбе Конвенције примењују не тако ретко у кривичним случајевима. Тако, на пример, у случају од 17.11.1973. године у коме је одлучивао Врховни касациони суд (*Corte Suprema di Cassazione*), наведено је да пропуст судије да саслуша сведока одбране, који би можда помогао да се оповргну докази сведока оптужбе, представља повреду члана 6 став 2 (д) Конвенције, који предвиђа да "свако ко је оптужен за кривично дело има следећа минимална права (...) да испитује сведоке против себе или да постигне да се они испитају и да се обезбеди присуство и саслушање сведока у његову корист под истим условима који важе за оне који сведоче против њега". Слично, у случају од 10. јула 1976., Суд је навео да интереси који су заштићени чланом 5 став 3 Конвенције су узети у обзир у већ постојећем италијанском кривичном поступку. Упркос импресивном броју случајева пред редовним судовима у којима се упућује на Конвенцију, Врховни касациони суд је одбацио став да Конвенција може да има изванредан уставни значај.¹⁶⁵

Када говоримо о пракси Уставног суда Италије у односу на Европску конвенцију, она је врло неуједначена. Уставни суд Италије је у својој одлуци број 17 из 1981. године није нашао да се може ослонити на Европску конвенцију код

¹⁶⁴ A. Bernardi, E. Palazzo E, "Italy", u *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection versus National Restrictions*, (M. Delmas-Marty ed).Dordrecht, 1992, p. 196

¹⁶⁵ A. Drzemszewski, *op.cit.*, pp. 152-153

дефинисања права гарантованих Уставом и засновао је своју одлуку у потпуности на одредбама домаћег права. Пресудом од 1. фебруара 1982. године је потврђено да Европска конвенција има правну снагу обичног закона, као и да одредба члана 5 став 3 Европске конвенције нема карактер само-извршиве одредбе и да не даје јасне критеријуме за процену разумне дужине трајања притвора. Обимна пракса Европског суда у односу на члан 5 Конвенције том приликом није коришћена.¹⁶⁶ Ипак, има и другачијих примера. Дешавало се да Уставни суд упућује и на одредбе Италијанског устава и Европске конвенције, када доноси одлуке. Тако у одлуци од 27.12.1965. (San Michele Case, 89 Foro It.I,8,13 (1966)). Уставни суд је упутио на члан 6 Конвенције, када је потврдио да је право на правично суђење неповредиво право гарантовано у члану 2 Устава. Разлог томе може бити и то што је члан 2 Устава Италије препознаје заштиту неповредивих људских права. У осталим случајевима, Уставни суд није био спреман да прихвати праксу Суда у Стразбуру. Тако, када је суд испитивао уставност Закона бр. 15 од фебруара 1980. године, који се односио на максимални период трајања притвора према антитерористичком законодавству, Суд је потврдио да Европска конвенција има снагу обичног закона. Суд је избегао питање да ли је закон у складу са чланом 5 став 3 Европске конвенције, сматрајући да поменути члан не предвиђа довољно јасне критеријуме за процену разумне дужине трајања притвора.¹⁶⁷

Неповољан положај Европске конвенције и њен свеукупан утицај на рад Уставног суда теоретичари су покушавали да отклоне позивањем на одредбе важећег устава. Тако, једна група теоретичара ослањајући се на члан 10 Устава Италије, који каже да је италијански правосудни систем у складу са општепризнатим принципима и правилима међународног права, сматра да Европска конвенција треба да буде посматрана као део тих принципа, која уживају специјални статус. Друга група теоретичара ослања се на члан 11 Устава Италије, у коме се предвиђа да Италија "пристаје на неопходна ограничења суверенитета како би се осигурали мир и правда међу народима. Подстиче се и даје предност међународним организацијама које за циљ имају очување мира." Ова одредба је првобитно требало да представља уставно овлашћење за придруживање Уједињеним нацијама, а искоришћена је од стране италијанског Уставног суда у односу на правила Европског суда правде, ради давања предности у односу на национално право, а због потребе заштите основних права на уставном нивоу. Са тог аспекта, иста правила се могу применити на Европску конвенцију. По трећем гледишту, упућивање на неприкосновена права која су препозната и гарантована чланом 2 устава, узима се у обзир. Ова клаузула, сматра се, дозвољава уставну заштиту за "нова уставна права", која настану након усвајања Устава из 1947. године. Међу овим правима могу бити она које предвиђа Европска конвенција. У

¹⁶⁶ D. Leonardi, "Italy", u *European civil liberties and European human Rights: A Comparative Study*, (Gearty A Conor (ed.) ,op.cit. p. 317

¹⁶⁷ J.D. Holly, "Effects of Decisions of Regional Human Rights Tribunals on National Courts", *N.Y.U.J. Int'IL & Pol.* 346 (1995-1996), Vol. 28, pp. 346-347

својој пракси Уставни суд Италије, није показао нимало ентузијазма у односу на покушаје да се Европској конвенцији да посебни статус.¹⁶⁸

Известан помак је видљив од краја 90-их година прошлог века, када је Уставни суд почео да посматра Европску конвенцију и праксу Европског суда за људска права у нешто другачијем светлу. Тако, у својој одлуци бр. 388 из 1999. године, Суд прави разлику између извора међународног права у погледу њиховог садржаја, области у којој је уговор закључен, и самог закона којим се међународни уговор претвара у национално право. Том приликом, Уставни суд је навео да када је у питању садржај, који има за циљ заштиту људских права, ова права независно од позиције онога у чему су садржана, треба да уживају уставну заштиту. Од тог тренутка Уставни суд је изворе међународног правног карактера почео да посматра не само са формалне стране већ са суштинског аспекта, што опет одговара концепту основних права заштићених чланом 2 Устава.

Прекретница у примени Европске конвенције настаје након уставне ревизије, извршене 2001. године, Уставним амандманом (*Legge Costituzionale*) бр. 3 од 18.10.2001. Тада је измењен пети део Устава и чланом 117 чини се да је појашњен и побољшан статус Европске конвенције у националном правном систему. Сходно члану 117 став 1 у извршавању својих законодавних овлашћења држава и региони поштоваће Устав и обавезе које произилазе из међународног права и права Европске уније. У оквиру тога, могу се укључити обавезе које произилазе из Европске конвенције. Ово правило подразумева да је приоритет међународног права, укључујући и Европску конвенцију над некомпатибилним домаћим правом обезбеђена на уставном нивоу. Другим речима, на основу члана 117 Устава одредбе Европске конвенције представљају параметар за проверу уставног легитимитета националног законодавства. Из тога следи да у случају конфликта између норми Конвенције и домаћег законодавства, приоритет треба да буде обезбеђен Европској конвенцији.¹⁶⁹ То значи да у случају неслагања Европске конвенције и домаћег закона, судија мора да прекине поступак и да тражи интервенцију Уставног суда.

Када се пред редовним судом постави питање уставности националног закона, који није компатибилан Европској конвенцији, судови су обавезни да домаће право колико год је то могуће тумаче у складу са одредбама Европске конвенције. Тиме се у значајној мери упућује на интерпретативну улогу који имају обичне судије, који сада имају уставну дужност да домаће право тумаче у складу са међународним правом људских права. Ако редовни судови не успеју, они су обавезни да ствар упуте Уставном суду. Уставне судије, ако не могу да сукоб реше доследним тумачењем, морају да провере да ли заштита основних права коју обезбеђује Европски суд за људска права на основу Европске конвенције еквивалентна заштити коју гарантује италијански Устав, да би пронашао адекватан

¹⁶⁸ O. Pollicino: "Constitutional Court at the crossroads between constitutional parochialism and cooperative constitutionalism", *European constitutional law Review*, No.4, 2008, p.372

¹⁶⁹ M. Fascigilione, "Italian practice relating to International Law", *The Italian Yearbook of International Law*, Vol. XIII, 2003, p. 241

баланс између уставне обавезе која произилази из међународног права и поштовања осталих вредности које су уставом заштићене. То значи да је Solange доктрина, која је карактеристична по односу између одређених Европских уставних судова и Европског суда правде, и односа између Европског суда правде и Европског суда за људска права, постала основа за дијалог између италијанског уставног суда и Европског суда за људска права у Стразбуру. Уставни суд, следећи линију из своје поменуте пресуде (у случају 388/1999) следио је тумачење засновано на формалној логици из перспективе извора права према којој сви међународни уговори, укључујући и Европску конвенцију, су корак више у тој хијерархији. Они више немају статус обичног закона, али нису ни на уставном нивоу, тачније они су између устава и обичног закона. Под условом да нису супротни Уставу, они могу водити поништењу свих обичних закона који су њима супротни. То се примењује на све међународне уговоре које је Италија ратификовала.¹⁷⁰

Промењени став Уставног суда Италије према Европској конвенцији најављен је двема одлукама¹⁷¹ донетим октобра 2007. године. У овим одлукама Уставни суд је навео да Европска конвенција и њени принципи могу бити коришћени као мерило контроле унутрашњег законодавства, и посебно прецизирао да тумачење Европске конвенције од стране Суда у Стразбуру мора бити адекватно узето у обзир.¹⁷² На тај начин је разјашњен статус Европске конвенције у домаћем уставном систему, а Уставни суд је коначно почео озбиљно да узима у обзир један од основних принципа италијанског устава: отвореност ка међународном праву.

3.1.4. Шпанија

Европска конвенција у шпанском правном систему рангира се изнад обичних закона, као и у Француској, међутим, овде она представља далеко утицајнији и значајнији инструмент који је имао и има централни значај код тумачења и развијања основних права. Шпанија је једна од најоданијих Стразбуру, а шпански Уставни суд је, један од оних који најчешће и највише цитира одлуке Европског суда за људска права. У пракси Уставног суда Шпаније често се среће и упућивање на праксу уставних судова других држава. То се може разумети ако се има у виду да су творци Устава Шпаније (1978) били под директним утицајем устава других држава. Тако је из немачког Основног закона преузет концепт суштинског садржаја основних права, конструктивно изгласавање неповерења и општа структура Уставног суда. Из Италијанског Устава прихваћен је Генерални правосудни савет и разлика између специјалних и обичних региона. Из Шведског

¹⁷⁰ O. Pollicino, *op.cit.*, p.377

¹⁷¹ Cases 348-349/2007 Giurisprudenza Constitutiozonale, 2007

¹⁷² M.Dani, "Tracking Judicial Dilagoue-The Scope for Prelimiranry Rulings from the Italian Constitutional Court", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 16 (2009). pp. 151-152

Устава преузета је институција Омбудсмана, а из француског Устава претходна контрола уставности међународних уговора.¹⁷³

Приврженост Шпаније Савету Европе и Европској конвенцији за заштиту људских права, може се објаснити и чињеницом да је, након Франкове диктатуре, Шпанија покушавала да поврати свој углед међу демократским државама и да покаже да заиста припада клубу западних демократских земаља. Уосталом, за тако нешто је постојала и солидна подлога у Уставу Шпаније. Сходно члану 10 Устава Шпаније, правила која се односе на основна људска права и слободе, која су препозната у Уставу тумаче се на основу Универзалне декларације о људским правима и међународним уговорима и споразумима које је Шпанија ратификовала. Међу поменутих међународних уговорима и споразумима Европска конвенција заузима примарну позицију, док се одлуке Европског суда за људска права појављују као корисни инструменти за тумачење људских права.¹⁷⁴

Уставни суд Шпаније одлучује по индивидуалним жалбама због повреде основних уставом гарантованих права и у својој досадашњој пракси Уставни суд је више пута цитирао Европску конвенцију. Можемо побројати више од 200 одлука у којима је Уставни суд упућивао на Европску конвенцију или праксу Европског суда за људска права. Најчешће се, у пракси Уставног суда Шпаније, упућује на члан 6 Конвенције, због чињенице да овакав концепт права на правично суђење има своју "паралелу" у чл. 24 Устава Шпаније. У одлуци 64/1994 Уставни суд полази од ставова Европског суда за људска права израђених у случајевима Ciulla, Kostovski и Windisch, да би потврдио да члан 6 ст.3 (ц) Конвенције, где се говори о анонимности сведока, није супротна члану 24 ст.2 Устава Шпаније. У својој одлуци 153/1997 Уставни суд упућује у великој мери на праксу Европског суда у случајевима такве врсте. Како Устав Шпаније не садржи право на жалбу у кривичним стварима, Уставни суд у одлуци 157/1997 усвојио је, да се Протокол бр. 7 уз Европску конвенцију простире и на област примене члана 24. ст. 2 Устава Шпаније. У погледу особа на које се односе гаранције овог права, Уставни суд Шпаније у својој одлуци 99/1985 прихвата, да ово право уживају сва лица укључујући и странце, као што то наводи и члан 6 ст. 1 Конвенције. У одлуци 37/1988 Уставни суд дефинисао је крајњу сврху права на одбрану на начин који је изражен у Artico одлуци.¹⁷⁵

Уставни суд Шпаније је следио јуриспруденцију Европског суда у контексту члана 14 Конвенције од самог почетка. У својој одлуци 21/1981 Уставни суд је, усвојио концепт објективног, разумног оправдања различитог третмана и неопходног прибегавања принципу пропорционалности у процени да ли такво оправдање постоји или не, изричито наводећи да је таква конструкција препозната у пракси Суда у Стразбуру. У погледу слободе синдикалног удруживања, у контексту једнакости, Уставни суд у својој одлуци 53/1982 је на посебан начин

¹⁷³ L. L. Guerra, "Tribunal Constitutional Spain", *International Journal of Constitutional Law*, Vol.3, Issue 4, pp. 567-569

¹⁷⁴ R. E. Gullermo, "Spain", u *Fundamental rights in Europe* (Blackburn R, Polakiewiczeds.), Oxford, 2005, pp. 809-810,

¹⁷⁵ Ibidem

упутио на случај *National Union of Belgian Police* и на *Swedish Train Drivers' Union*, како би дефинисао најрепрезентативнији синдикат. Уставни суд у одлуци 21/1997 засновао је своје аргументе на пресуди *Drozdz and Janousek* и *Loizidou* одлуке, у контексту притвора на мору, одредио обавезе у складу са Конвенцијом, и одредио да се то има примењивати на све државне органе, без обзира на територију на којој делују. У својој одлуци 51/1981 Уставни суд је упутио на члан 9 Конвенције да би довео у везу са слободом наставе са религијским и идеолошким слободама. Уставни суд у својој одлуци 89/1989, упутио је на одлуку *Albert-Le Compete*, наводећи да, основна права из члана 22 Устава нису повређена обавезном регистрацијом професионалних институција.¹⁷⁶ У новијој пракси Суда можемо поменути одлуке Уставног суда бр. 64/2001 (од 17.03.2001.) и 2/2003 (од 19.02.2003.) где је он упутио на забрану двоструког кажњавања из Протокола бр. 7 уз Европску конвенцију, иако Шпанија није ратификовала тај Протокол, тако да је он формално и не обавезује. У пресуди 248/2005 од 10.10.2005. наводи се : "Када спроводи контролу над одлукама нижих судова, Уставни суд у овој области мора да узме у обзир међународне уговоре на основу члана 10 ст.2 Устава Шпаније, чије одредбе представљају значајне херменеутичке критеријуме за утврђивање значаја и домашаја основних слобода и права препознатих у Уставу, и стога се мора узети у обзир код одређивања значења и домашаја одређених основних права садржаних у Уставу".¹⁷⁷

Посматрано у целини, Уставни суд је настојао да уместо да се стриктно придржава Европске конвенције да развије флексибилнији приступ. Тако да некада Уставни суд сугерише танку везу између Европске конвенције и садржаја уставних правила, али је често описује као "критеријум тумачења", који је оријентир у уставној интерпретацији.¹⁷⁸

3.1.5. Француска

Француска је учествовала у доношењу Европске конвенције, али ју је ратификовала тек 1974. године, када је објављена у *Journal Officiel de la République Française*.¹⁷⁹ Иако је, седиште Европског суда у Стразбуру, у Француској, иако је, René Cassin, био један од првих председника Европског суда, француска влада је чекала до маја 1974. године да се коначно прикључи Конвенцији. Очигледно, Француска се осећала као држава у којој је Декларација права човека и грађанина прокламована још 1789. године и да она као "домовина људских права" (*La patrie des droits de l'homme*), нема основа да се прикључује међународној контроли владиног деловања. У земљи која је измислила људска права, по дефиницији је све

¹⁷⁶ Ibidem, p. 822

¹⁷⁷ P. Rodríguez, J. Zapata, "The dynamic effect of the case-law of the European Court of Human Rights and the role of the constitutional courts", *Dialogue between judges*, Council of Europe, 2007, pp.40-45

¹⁷⁸ N. Krich, *op.cit.*, pp. 187-188

¹⁷⁹ R. Harmsen: "The European Convention on Human Rights after Enlargement", *The International Journal of Human Rights*, Vol. 5, No.4, 2001, pp. 18-43

у реду.¹⁸⁰ Национална скупштина и Сенат су 31.12.1973. године одобрили су ратификацију Европске конвенције и њених Протокола предвиђајући, да " ће се овај закон спроводити као закон државе" (Закон бр. 73-1227, Journal Officiel, 3 January 1974, р. 67), Француска је била и једна од последњих великих европских држава која је прихватила индивидуални контролни механизам. Тек октобра 1981, више од 30 година од потписивања Европске конвенције, Французи су закорачили у оно што су Немци прихватили још четврт века раније.

У време када је Француска потписала и ратификовала Европску конвенцију, правни и политички контекст у коме је она требало да се примењује није јој ишао на руку. Рат са Алжиром, државни монопол на радију и телевизији, члан 16 Устава Француске, који упућује на изузетну власт председника Републике, само су неки од елемената тог неповољног миљеа. Стога, Француска је ставила и више резерви на одредбе Конвенције. У односу на чланове 5 и 6 Конвенције, стављена је резерва да би се спречила њихова примена на дисциплинске поступке војних лица. Члан 10 Европске конвенције о слободи изражавања тумачен је у складу са државним монополем у области радија и телевизије. Резерва је стављена и у односу на члан 15 Европске конвенције, који се не може употребити у смислу члана 16 Устава Француске.¹⁸¹

У којој мери је Европска конвенција имплементирана у француски правни поредак посматрамо, пре свега, у односу на Уставни савет Француске. Уставни савет је, једна од најупечатљивијих иновација Устава Пете Републике. Суштински посматрано, разлог постојања ("raison d'être") Уставног савета, био је да држи парламентарно законодавство у оквиру граница прописаних Уставом.¹⁸² У том смислу, контрола уставности нормативних аката- закона, пословника домова парламента и међународних уговора, једна је од основних надлежности Уставног суда. Поред тога, Уставни савет Француске, врши и контролу председничких избора, парламентарних избора и референдума. Одлучивање по индивидуалним жалбама грађана није предвиђено као надлежност ове институције. Али, посредством контроле уставности закона, Уставни савет је у својој јуриспруденцији значајно "проширио скучени уставни каталог слобода и права и унапредио систем заштите људских права, тако да се данас може говорити о модерној, складној, и конзистентној повељи права и слобода, која има своје утемељење у јуриспруденцији Уставног савета".¹⁸³ Уставни савет је умео да многа права која су проистицала само из пређашњих закона уздигне до уставно загарантованих. Уставни савет је, посебно од уставне ревизије из 1974. године, почео да придаје уставну вредност "новим" слободама, нпр. слободи кретања, слободи приватности, слободи мисли, презумцији невиности. Конституционализацијом су обухваћена како класична права, проистекла из либералне традиције 1789, тако и економска и социјална права, проистекла из

¹⁸⁰ C. Tomuschat, "The European Court of Human Rights Overwhelmed by applications: Problems and Possible solutions" u *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Application: Problems and Possible Solutions*, (W. Rüdiger, U. Deutsch, eds) Heidelberg, 2009, p. 3

¹⁸¹ C. Dupré, *op.cit.*, p. 314

¹⁸² Цитирано: W. Zakrzewski, "Ocena ustavnosti zakona", str. 539 у Булајић Светислава, *op.cit.*, str. 39

¹⁸³ C. Булајић, *op.cit.*, стр. 85

преамбуле устава од 1946. године. Тиме је, Уставни савет, мимо своје воље, али због своје улоге постао не само тумач уставног формулисања права, већ један скоро уставотворни ауторитет, због чега је често бивао оштро нападнут.¹⁸⁴

Када говоримо о односу Уставног савета према Европској конвенцији, он је 1975. године направио стратешку грешку, када је изјавио да је Европска конвенција изван његове надлежности.¹⁸⁵ Том приликом, поступак пред Уставним саветом је покренула група од 81 посланика, сматрајући да одредбе Закона о абортусу јесу супротне члану 2 недавно ратификоване Европске конвенције. Дозвољавањем да се уништи људски живот, што је садржано у поменутом закону, према тврдњама апликаната супротно је члану 2 Конвенције, који гарантује право на живот сваке особе. Како је Конвенција инкорпорирана у француско право са статусом изнад закона, то је наведени закон неуставан јер нарушава принцип супрематије уговора над законом. У напетом атмосфери која је пратила овај случај, чак и најватренији реформатори закона о абортусу нису имали сумње у надлежност Уставног савета да испита сагласност закона са Конвенцијом. Међутим, Уставни савет је сасвим неочекивано донео одлуку да не контролише сагласност закона са Европском конвенцијом сматрајући да је контрола "конвенционалности" ван његове надлежности.¹⁸⁶

Уставни савет се тако "одрекао" Европске конвенције и затворио пут њене примене, али је зато широко отворио врата за њену примену у поступку пред другим судовима, пре свега врховним судовима: Касационим судом и Државним саветом. Касациони суд је највиши суд у кривичним и грађанским стварима, а Државни савет је највише тело које решава управне спорове. Ова два врховна суда су постепено почела да уводе Европску конвенцију у својим одлукама са двоструким циљем. Прво, да би се одбранили од цензуре која је рукама Суда у Стразбуру, а друго, да би развили и консолидовали нова овлашћења судске контроле. Поједностављујући комплексан процес током протеклих 15 година, Касациони суд (Cour de cassation) и Државни савет (Conseil d'état), постали су de facto уставни судови. Поменута два суда су ауторитативно изградили, и примењивали, и уставна права и Конвенцију, а то су чинили без контроле Савета и без контроле законодавца. Тај процес је текао споро, и каткад несигурно, али данашњи ефекти тога су, да појединци када се жале да су им повређена права, пре ће се позивати на одредбе Конвенције, него на одредбе Устава, односно, обратити се неком од врховних суда, а не Уставном савету.¹⁸⁷

Као и у свим системима заснованих на традицији европско-континенталног система и судије у Француској су у почетку оклевалe да базирају своје одлуке на међународном праву, посебно на Европској конвенцији. И када су реферисали на

¹⁸⁴ Ж. Муржон, *Људска права*, Београд, 1998, стр. 73

¹⁸⁵ Décision 74-54 DC, Recueil des décisions du Conseil constitutionnel (1975): 19 <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/page-d-accueil.1.html>

¹⁸⁶ C. Dupré, *op.cit.*, p, 316

¹⁸⁷ A. Stone Sweet, "The Constitutional Council and the Transformation of the Republic", Yale Law School, Year 2008, http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1077&context=fss_papers

Европску конвенцију, чинили су то да би показали да француско право не крши одредбе Конвенције. Тако да, уместо директног упућивања на Конвенцију, француске судије радије читају Конвенцију у смислу генералних домаћих принципа или традиције. То је посебно било изражено у пракси Државног савета. Тако, нпр. у случају *Fratoni* (од 13. априла 1966.), који се односио на повлачење пасоша, Државни савет је, упорно упућивао на Декларацију права човека и грађанина из 1789, док члан 2 став 2 Протокола бр. 4 уз Европску конвенцију, само потврђује и употпуњује Декларацију од 1789. Овакав став, према Конвенцији произашао је из чињенице да су судије, адвокати и тужиоци дуго игнорисали Европску конвенцију. Уосталом, право на подношење индивидуалне представке Европском суду за људска права је у Француској признато тек 1981. године, и тек тада је дошло, до повећаног интересовања за Конвенцију и праксу Суда у Стразбуру. Од тог тренутка, француски судови много више пажње почињу да обрађају Европској конвенцији и све чешће упућују на правила у овом систему у својим одлукама. Ипак, треба имати у виду знатно мекши став Касационог суда, који је још 1975. и 1976. године, препознао директну применљивост одредби Конвенције¹⁸⁸.

Најчешће области у којима се француски судови упућују на Конвенцију односе се на члан 8 и члан 6 Конвенције. То су, уосталом и одредбе на којима се заснива већина случајева против Француске. Државни савет био је приморан да промени став након дугог игнорисања одредби Конвенције, након што је Европски суд за људска права донео неколико неповољних одлука позивањем на члан 8 Конвенције. Право на нормалан породични живот је, право које је одавно признато у пракси француских управних судова, без упућивања на Европску конвенцију, а коришћено је да заштити странце од депортације. Када је у случају из 1980. Државни савет први пут упутио на члан 8 Конвенције, он је одбацио то право као валидан аргумент. Једанаест година касније, управни суд је укључио члан 8 у образложење у своје две пресуде: *Belgacem*¹⁸⁹ и *Babas*¹⁹⁰, и то му је омогућило да прошири своја овлашћења у погледу контроле оспорене норме ван онога што представља традиционални домашај. Том приликом, Државни савет је, заправо испитивао пропорционалност наредбе о депортацији.¹⁹¹

Касациони суд је био много спремнији да примењује члан 8 Конвенције од његове кључне одлуке од 24.11.1989. године, када је заузео став да телефонско прислушкивање без одлуке суда је против законито. Спремност Касационог суда да

¹⁸⁸ Cour de Cassation, Crm, 3 Juna 1975, *Respino*, Bull. Civ. I, no. 382, *Gazette du Palais*, 1975, 2, *Sommaire*, p. 234, *Cour de Cassation, Crim.* 30 June 1976, *Glaser-Touvier*

¹⁸⁹ У овом случају, Државни савет је протумачио члан 8 у корист апликанта, Алжирске националности који је живео у Француској од свог рођења и који није имао никакве везе са Алжиром.

¹⁹⁰ У овом случају, управни суд је сматрао да би депортација апликаната била у несразмери са повредом права на породични живот.

¹⁹¹ Upor. F. Ferrand, "La Convention Européenne des droits de l'homme et la Cour de Cassation française", *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 47, No.3, Juillet-septembre, pp. 691-704 i N. Lenoir: "The Constitutional Council and the European Convention of Human Rights: The french Paradox", *Judicial Review in international perspective*, Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley, (A. Mads Andenas, D. Fairgrieve, eds.), The Hague, 2000, pp.145-176

примењује Европску конвенцију посебно је изражен у периоду од 1980. до 1993. када је Касациони суд донео 810 одлука у којима се позива на Европску конвенцију за људска права. Касациони суд је прихватио објективни концепт непристрасности како га је дефинисао у својој пракси Европски суд за људска права.¹⁹²

Данас, француски правни поредак карактеришу снажне форме уставног плурализма: више високих судова који имају аутономну надлежност у погледу развијања и заштите основних права, док се та права могу наћи у више правних извора (писаних, неписаних, француских, европских). У немачком и шпанском систему, уставна жалба представља релативно ефикасан механизам који обезбеђује ауторитет уставног суда. Поступајући поводом индивидуалних жалби, уставни судови су у стању да контролишу како судство тумачи и примењује Европску конвенцију. Уставни судови су тако у могућности да утврде како и на који начин ће се у уставном поретку прихватити јуриспруденција Европског суда за људска права. Међутим, Уставни савет Француске не располаже средством којим би контролисао како Касациони суд и Државни савет примењују Конвенцију. На тај начин, ови судови остварују један својеврсни уставни задатак, одређујући која ће уставна права и права из Конвенције бити у координацији једна са другим. Сталан прилив предмета им омогућава да модификују или ојачају своје позиције на континуираној основи.

Европска конвенција је у великој мери утицала на Уставни савет Француске приликом дефинисања слободe изражавања. Ова слобода односи се не само на слободно изражавање мишљења, већ укључује и забрану цензуре и приступ вишестраним изворима информација. Такво виђење слободe изражавања Европски суд је изнео у својој одлуци *Handyside v. United Kingdom*, а оно је сада потпуно инкорпорирано у пракси Уставног савета.¹⁹³ Европска конвенција се доводи у везу са уставним препознавањем права приватности које није прецизно дефинисано у француским уставним текстовима. Директно под утицајем члана 8 Европске конвенције, Уставни савет је развио нови концепт приватности. На исти начин, Уставни савет је применио слободу ступања у брак, преузету из члана 12 Европске конвенције, као и право на нормалан породични живот, сходно члану 8 Конвенције или достојанство дефинисано у пракси Европског суда у односу на члан 2 и 3 Конвенције. У свим овим случајевима, Уставни савет није директно упућивао на одредбе Европске конвенције или праксу Европског суда за људска права.¹⁹⁴ Европска конвенција је допринела појави нових права. Нова права која је Уставни савет извео из општих одредаба Устава одговарају онима која су садржана у Европској конвенцији. Тако, нпр. право на приватност, које је гарантовано у члану 8, Уставни савет је извео из Декларације права човека и грађана, право да се води

¹⁹² Cass.civl 1 re, 18 janvier 1989, Lexilaser Cassation, Com. 3 Nov. 1992 et 16 mars 1993, D. 1993, J.o.538, n. J-L. Vallens

¹⁹³S. Guy: "The European Convention on human rights as a source of constitutional law: The French experience in comparative perspective", <http://cdn.law.ucla.edu/SiteCollectionDocuments/Centers%20and%20Programs/Sanela%20Diana%20Jenkins%20Human%20Rights%20Colloquium%20Series/Scoffoni,%20The%20European%20Convention%20on%20Human%20Rights%20as%20a%20Source%20of%20Constitutional%20Law,%20Apr.%202.pdf>

¹⁹⁴ Ibidem

нормалан породични живот из Преамбуле Устава из 1946. године и Европске конвенције. Слобода говора, која је јасно изражена у одлукама Суда у Стразбуру, потпуно је инкорпорирана у пракси Уставног савета¹⁹⁵.

Други преломни тренутак дешава се уставном ревизијом спроведеном 2008. године, када је Уставном савету омогућено да спроводи конкретну контролу уставности (*l'exception d'inconstitutionnalité*). Чланом 26 Закона бр. 74 од 2008. године, утврђено је да када се током поступка пред судећим судом појави као спорно питање да ли се одредбом закона, која треба да буде примењена у конкретном случају, крше права и слободе заштићене Уставом, судећи суд се обраћа Државном савету или Касационом суду. Државни савет или Касациони суд, ако оцене да је такво питање довољно озбиљно, обраћају се Уставном савету који треба да оцени уставност оспореног закона. Ако Уставни савет утврди, да је оспорени закон сагласан уставу, судећи судија ће га применити у решавању конкретног спора. Ако Уставни савет прогласи неуставним оспорени закон, судећи судија га не може узети у обзир код решавања конкретног спора. На крају, и појединцима је дозвољено да оспоравају уставност закона поводом конкретних случајева обраћањем Уставном савету преко Државног савета или Касационог суда. Оваква реформа је спроведена делом из разлога "модернизације" правног система, а виђена је као начин да Француска ухвати корак са европским суседима. Поређења ради, у Шпанији и Немачкој, појединци могу да се директно жале уставном судији када редовни судови не упуте предмет уставном суду, или када пропусте да правилно поступе. У Италији, где такође не постоји уставна жалба, ауторитет Уставног суда зависи од његове способности да издејствује однос сарадње са Касационим судом и Државним судом. Сарадња није загарантована, па чак долази повремено и до малих или великих "ратова између судија". Француски Уставни савет сада се суочава са овим италијанским сценаријем. Тако да има мишљења да ће увођење екцепције неуставности, пре нагласити, него што ће умањити уставни плурализам. У сваком случају како ће нови поступак функционисати биће, пре свега, одређено међусудском дипломатијом, него хијерархијским ауторитетом.¹⁹⁶

3.1.6. Примена Европске конвенције у поступку пред британским судовима

Позиција Европске конвенције у британском правном систему је врло специфична због посебних обележја укорених у овај правни систем. Наиме, реч је о прецедентном правном систему, специфичном по одсуству писаног устава, са посебно израженим принципом парламентарне суверености и одсуству судске контроле управних аката. Неписани устав Уједињеног Краљевства у многоме се разликује од правних система других држава уговорница. Иако у Уједињеном Краљевству не постоји уставни суд, примена Европске конвенције у поступку пред

¹⁹⁵ D. de Lamothe Oliver, "Conseil Constitutionnel France", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, Issue 4, 2005, pp. 550-556

¹⁹⁶ A. Stone Sweet, "The Constitutional Council and the Transformation of the Republic", Yale Law School, Year 2008, http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1077&context=fss_papers

британским судовима након доношења Закона о људским правима (1998), одлично одсликава најзначајније промене које се с краја 90-их година, дешавају у перцепцији Европске конвенције, и одлука Европског суда за људска права у националним правним системима, и у поступку пред националним судовима.

До доношења поменутог Закона о људским правима, Европска конвенција како није имала статус домаћег права, није се могла примењивати у поступку пред судовима, нити су грађани могли да се позивају на њене одредбе. То значи да су грађанима Уједињеног Краљевства права гарантована Европском конвенцијом била доступна само у поступку пред Европским судом за људска права, али не и пред домаћим судовима. Ипак, овај инструмент је коришћен у пракси домаћих судова као убедљив аргумент, када су постојале правне празнине у домаћем праву, или када се суд суочава са спорним питањима. Такво деловање суда заснивало се на примени принципа по коме судство, препознајући најважније дејство закона парламента, тумачи законодавство на начин, да избегава сукоб са међународним уговорима ратификованих у Уједињеном Краљевству. Судском интерпретацијом остваривана је повезаност домаћег права и међународног права. На тај начин, судови су били у прилици да упућују на Конвенцију, иако она није сматрана формалним извором права. Случај *Waddington v. Miah* је био први случај у коме су се британски судови заправо ослањали на Европску конвенцију у тумачењу закона. У овом случају, и Апелациони суд, и Дом Лордова закључили су да су у одређеним деловима одредбе члана 34, став 1 Закона о имиграцији (1971) биле двосмислена. У бројним случајевима, судови су упућивали на могућност коришћења Конвенције како би разрешили неодређености у обичајном праву.¹⁹⁷ Тако, у два одлукама (*R. v. Secretary of State for Home Affairs, ex parte Department Phansopkar* и *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Begum*) када је Суд одлучивао поводом жалби госпође *Phansopkar* и госпође *Begum*, чије су земље порекла Индија односно Бангладеш, одлучио је да ове жалбе разматра у смислу Закона о имиграцији из 1971. Позивајући се на чл. 8 Европске конвенције, домаћи суд је одлучио да оне не треба да буду депортоване у своје државе.

Ситуација се радикално променила усвајањем Закона о људским правима. Овај Закон је дао судовима нова овлашћења: да тумаче Британско право доследно у складу са Конвенцијом, да укину радње државних органа који крше гаранције права, па чак и да прогласе законе Парламента инкомпатибилним са правима из Конвенције. У светлу чињенице да Велика Британија нема писани устав, да Парламент остаје суверен и врховни законодавац, Закон о људским правима остаје ништа друго до закон Парламента, који може бити замењен простом законодавном већином. Али, у пракси ствари стоје другачије. Британски судови упућују на Европску конвенцију и одлуке Европског суда за људска права тако учестало и са таквом марљивошћу која се ретко среће у Европи. Намера Владе је била да домаћим судовима да простора у односу на тумачење Суда у Стразбуру, али се чини да је Дом Лордова одбио да користи овај простор, показујући лојалност према одлукама Европског суда. Став је да треба следити јасну и константну праксу

¹⁹⁷ A. Drzemczewski, *op.cit.*, p. 185

Европског суда, јер он има право ексклузивног тумачења и домаћи судови треба да држе корак са праксом Европског суда за људска права.¹⁹⁸

Закон о људским правима је променио постојеће, традиционално схватање у погледу људских права. Закон о људским правима захтева да сви закони буду тумачени што је могуће више у складу са Европском конвенцијом. У том смислу, тражи се од судова да "узму у обзир" праксу Европског суда за људска права. Заправо, овај захтев је преведен у доктрину прецедената, јер како Стразбур обично следи своје сопствене пресуде, онда и Британци то чине. Закон о људским правима, у другом одељку, обавезује суд да, између осталог, узме у обзир праксу Европског суда за људска права, када се сусреће са питањима, која су у вези са правом из Конвенције. Иако је Конвенција, као што је речено, имала и пре доношења Закона о људским правима удео у развоју националног система заштите људских права, судовима није увек било дозвољено да упућују на случајеве из Конвенције. Сада одељак два дозвољава да домаћи судови имају потпуни приступ судској пракси и принципима које је развио Европски суд за људска права, укључујући и раније забрањен принцип пропорционалности. Наравно, судови треба да узму у обзир праксу Суда, али не могу бити приморани да је следе. Национални судови ће можда желети да игноришу одређено правило Суда, а то ће морати и да учини ако се домаће право не може тумачити у светлу Конвенције. Одељак 3 Закона, са друге стране, обавезује судове да тумаче домаће законе, кад год је то могуће, у светлу Европске конвенције. У неким случајевима, домаће право и одлуке националних судова иду и даље од онога што је предвиђено Конвенцијом и предвиђају већи степен заштите, него што је то случај са Конвенцијом. Тако, нпр. у случају *ex parte Venables and Thompson*, Дом Лордова је, отишао даље од одлуке Европског суда у случају *Hussain and Singh*. Исто тако, и у погледу слободе удруживања, дошла је до изражаја активност судова, који су отишли и даље од онога што је садржано у Европској конвенцији и пракси Суда у Стразбуру. Овакав развој је свакако добродошао и не треба га обесхрабрити, јер је и сврха Европске конвенције да не забрањује већи степен заштите права на националном нивоу. У сваком случају, Закон о људским правима доноси конзистентнији и кохерентнији систем заштите људских права, који води развоју људских права која нису била препозната у домаћем праву. Да би се то десило није довољно само судове ослободити уставних и законских "ланаца" и снабдети их инструментима европског и међународног права људских права. Да би примена права успела, неопходно је да све гране власти, укључујући и судије, у потпуности разумеју и цене европске принципе и опште принципе заштите људских права.¹⁹⁹

Доношење Закона о људским правима представљао је, генијални компромис између "максималистичког" и "минималистичког". Иако се, тврдило да на суптилан начин мири заштиту људских права са сувереношћу Парламента, Закон је увео нови вид трансфера политичке власти од извршне и законодавне власти у односу

¹⁹⁸ Упор. D.Jenkins, "Common law declarations of unconstitutionality", *ICON*, Vol. 7, No.2,2009, pp. 183-185 i N. Krich, *op.cit.*, p. 203

¹⁹⁹ S. Foster, "The protection of human rights in domestic law: learning lessons from the European court of Human Rights", *Northern Ireland Legal Quarterly*, Vol. 53, No. 3, 2002, p. 265

на судску власт, и спровео фундаментално реструктурирање британског устава. Тиме је, по тврдњама неких теоретичара, извршена најзначајнија формална подела политичке власти у држави од 1911. године.²⁰⁰ Резултат свега тога је, да се одредбе Конвенције сада се примењују у сваком домаћем суду, укључујући и најнижи. Закон о људским правима дозвољава грађанима који сматрају да су њихова права повређена да затраже заштиту пред Судом у Стразбуру, ако их нису могли остварити пред домаћим судовима. Пре усвајања Закона о људским правима, Конвенција се није могла непосредно примењивати, иако је била утицајан извор инспирације британског права у развоју common law-а и у тумачењу унутрашњег права са међународним елементима. Али, правна доктрина и пракса кажу да домаћи судови не могу дати правоснажност обавезама које су међународно преузете, док не постану део унутрашњег права. Због тога тамо где је домаће законодавство било јасно одређено, оно је морало бити примењено и када је супротно Европској конвенцији. Када је усвојила Закон о људским правима (1998) Велика Британија је била скоро последња држава у Европској заједници, која је интегрисала одредбе Конвенције директно у национални закон и тиме омогућила њену непосредну примену пред свим судовима.

3. 2. Европска конвенција у примени пред националним уставним судовима у поступку решавања уставних спорова

Решавање уставних спорова о уставности нормативних аката је најважнија надлежност уставних судова. Реч је о контроли уставности, а у извесним државама и контроли законитости нормативних аката у складу са уставом. Имајући у виду да међународни уговори ратификацијом постају део јединственог унутрашњег правног система, данас преовлађује став да међународни уговори могу бити основ односно мерило контроле, али и предмет контроле. Да ли ће међународни уговор бити предмет или основ контроле, или и предмет и основ контроле, зависи од начина његовог уношења у унутрашњи правни поредак, односно ранга који му припада у хијерархији правних аката. Ако је међународни уговор "виши" од устава или у рангу устава он не може бити предмет контроле. Уколико је међународни уговор у унутрашњој хијерархији позициониран испод устава, основно питање које се овде може поставити јесте: "Да ли је уопште допуштена контрола сагласности међународних уговора са уставом од стране уставног суда?"²⁰¹ Посматрајући релевантна решења у упоредним системима можемо дати потврдан одговор на постављено питање. Уосталом, ни Ханс Келзен, идејни творац уставног судства, велики присталица монистичке теорије није био противник идеје о контроли уставности међународних уговора. Он сматра да ако је потребно контролисати ваљаност ових аката извесно је да је уставни суд инстанца која би то требало да уради и да за то нема озбиљних правних препрека. Али, Келзен се пита да ли је интересу уговорне способности (Vertragfähigkeit) једне државе да међународни уговори које је она закључила стоје под ризиком касације њеног

²⁰⁰ K.D.Ewing: "The Human Rights Act and Parliamentary Democracy", *Modern Law Review*, Vol. 62, (1999) p. 85

²⁰¹ И. Пејић, "Уставни суд и контрола уставности међународних уговора", *Правни живот*, бр. 14 (2008), стр. стр. 745

уставног суда?²⁰² Европска конвенција, иако међународни уговор *sui generis*, дели судбину свих других међународних уговора, и подлеже општим правилима уставносудске контроле која се примењују у датом систему.

3.2.1. Европска конвенција као предмет контроле

Контрола уставности међународних уговора, јесте врста нормативне контроле, која подразумева оцену сагласности међународног уговора са уставном нормом од стране уставног суда. Контрола уставности међународних уговора показује нека посебна обележја која се разликују од контроле уставности закона и других општих аката. То се односи на круг субјеката који могу покренути овај поступак, време у коме се врши ова контрола, као и на дејство одлуке уставног суда у случају неуставности међународног уговора. Круг субјеката који могу да покрену ову контролу је знатно ужи у односу на круг субјеката који може да покрене "редовни" уставни спор. "Редовна" контрола уставности се првенствено спроводи у виду накнадне контроле, јер "претпоставка нормативне контроле је постојање норме коју треба испитати",²⁰³ док је контролу уставности међународних уговора препоручљиво спроводити у виду претходне, односно, превентивне контроле.²⁰⁴ Одлука коју уставни суд доноси у поступку контроле уставности међународних уговора је, такође, посебне природе, јер уставни суд као посебна правосудна институција не може да поништава или укида одредбе закљученог међународног уговора.

Контрола уставности међународних уговора садржана је у многим уставним текстовима, мада и када није изричито утврђена као надлежност уставног суда, може се спроводити на основу постојећих прописа о надлежности ових органа. Имајући у виду "специфичну" тежину, коју ова контрола са собом носи, препоручљиво је да има експлицитан уставни карактер. Уколико ова врста контроле није регулисана у изворном уставном тексту, онда се уставном ревизијом може попунити та "празнина". Уставни суд Аустрије надлежан је да спроводи контролу уставности међународних уговора почев од 1964. године, односно након уставне ревизије. Тиме је, контрола уставности међународних уговора установљена уставом (чл. 140 а) и уставни суд пресуђује о незаконитости (*Rechtswidrigkeit*), међународних уговора. Поступак контроле је исти као и када се спроводи нормативна контрола. Међутим, уколико уставни суд утврди да постоји несагласност међународног уговора са уставом, такав уговор се не може примењивати у унутрашњем систему, али се таквом одлуком уставног суда међународни уговор не може поништити. Оваква одлука је у извесном смислу декларативне природе. Уставни суд, утврђујући несагласност са уставом, може да одреди рок након чијег истека се уговор више не може примењивати, слично као у

²⁰² Citirano: H. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, Ver u O. Vučić: *Čuvar austrijske federacije (dr. disertacija)*, Beograd, str. 201

²⁰³ BverfGE 1, 396 (410) Navedeno prema O. Vučić, D. M. Stojanović, "Ustavno sudstvo na preseku prava i politike", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, vol.9, br.2 str. 97

²⁰⁴ C.Hönnige, *Verfassungsgericht, Regierung und Opposition, Die Vergleichende Analyse eines Spannungsdreiecks*, Wiesbaden 2007, pp. 102-103

поступку оцене уставности закона. Код међународног уговора утврђен је двогодишњи рок за уговоре закључене према члану 50, док је за важење осталих уговора утврђен максималан рок од годину дана. Ако Уставни суд утврди неуставност или незаконитост међународног уговора који се извршава објављивањем закона или уредбе, примењују се дејства уставних решења садржаних у члану 50 став 2, или оних из члана 65 став 2, којима су утврђене права и обавезе Националног већа и Савезног председника у погледу закључивања међународних уговора и извршења.²⁰⁵ Међутим, како је раније указано, Европска конвенција има уставни статус и каталог права садржан у њој представља својеврсну допуну националног уставног каталога, што јој даје изузетан положај у односу на "обичне" међународне уговоре. Тако је у Аустрији Европска конвенција најчешће била у функцији мерила за оцену уставности закона.

За разлику од Устава Аустрије, Основни закон Немачке нема изричиту одредбу на основу које би уставни суд био надлежан да врши оцену уставности међународних уговора. Међутим, Савезни уставни суд је, овакву врсту контроле спроводио у пракси сматрајући, да његова надлежност произилази из надлежности да контролише сагласност законодавства са Уставом. Надлежност контроле над законодавством произилази из члана 93 (1) ст. 2 Основног закона, који се односи на апстрактну нормативну контролу (*abstrakte Normenkontrolle*),²⁰⁶ члана 93 (1) став 4, који регулише уставну жалбу (*Verfassungsbeschwerde*),²⁰⁷ и члана 101 (2) Основног закона, који се тиче конкретне нормативне контроле (*Konkrete Normenkontrolle*).²⁰⁸ Овакав став, Савезни уставни суд је изнео у одлуци која је донета још 1952. године, сматрајући да је он надлежан не само да испита уставност закона са формалног аспекта, већ и у погледу онога што уговор садржи.²⁰⁹ Наиме, према немачкој доктрини, "уговорно право" (*Vertragsgesetz*), се сходно члану 59 Основног закона трансформише у унутрашње право и припада истој категорији као и закон (*Transformatinstheorie*).²¹⁰ Закон, којим се имплементира међународни уговор у унутрашње право, мора бити потписан од стране Савезног председника уз премапотпис надлежног Савезног министра. Контрола уставности ових закона је

²⁰⁵ Упор. О. Вучић, *op.cit.*, стр. 204 и Ф. Ермасога, *op.cit.*, pp.417-430

²⁰⁶ Члан 93 Основног закона: (1) Савезни уставни суд одлучује: (..)

2. о споровима поводом различитих ставова или сумњи у погледу формалне и стварне усклађености савезног права и земаљског права са овим Основним законом или у погледу усклађености земаљског права са правом савезне државе, и то на захтев савезне владе или земаљског представничког тела;

²⁰⁷ Члан 93 (1) Савезни уставни суд одлучује (..)

4а. о уставним жалбама које може поднети свако ко сматра да су му од стране јавне власти повређена основна права или права која су садржана у члану 20 став 4, чл. 33, 38, 101, 103 и 104.

²⁰⁸ Члан 100 ст. 2 : Уколико је у правном поступку спорно то да ли је неко правило међународног права саставни део савезног права и да ли као такво производи непосредна права и обавезе за појединца (члана 25), суд мора прибавити о том питању одлуку Савезног уставног суда.

²⁰⁹ 1 BVerfGE 396,410: 4 *ibid* 157,162; see n. 4 *supra* Navedeno prema: H. G. Rupp, "Judicial review of International Agreements: Federal Republic of Germany", *American Journal of Comparative Law*, Vol. 25, 1977, p. 290

²¹⁰ Члан 59 ст.2 гласи: " Уговори који регулишу политичке односе савезне државе или се односе на питања из савезне законодавне надлежности закључују се уз сагласност или учествовање надлежних савезних законодавних тела, у форми савезног закона. Сходно важи за међународне управне споразуме, а примењују се правила о савезној управи".

могућа до окончања поступка ратификације, односно до потписивања и промулгације закона о ратификацији. Пре промулгације закон не постоји и контрола мора бити окончана пре тога, али након ратификације у парламенту. Овако конципирана контрола уставности међународних уговора, иако одлуке које се тим поводом доносе јесу обавезујуће за све државне органе, у суштини је ипак саветодавно мишљење. Има чак и оних, који сматрају, да овај поступак не спречава промулгацију уговора и његову ратификацију од стране савезног председника, док је он још увек предмет контроле пред Уставним судом. Међутим, Уставни суд је сматрао, да би такво понашање извршне власти могло бити оцењено као противуставно и да би осујетило судски поступак.²¹¹ Штавише, уколико је ратификација од стране Савезног председника неминовна, а судски поступак још није окончан, Уставни суд може да изда савезном председнику налог о забрани.²¹² Такав налог никада до сада није издат. Овако конципирана контрола уставности међународних уговора има обележје претходне контроле. Такво становиште Уставни суд је заузео из политичких побуда, тј. из бојазни од међународних компликација које би могле да настану уколико би се један уговор, који је већ ступио на снагу, прогласио противуставним.²¹³

Савезни уставни суд Немачке је од чувене одлуке из 1951. године до 1977. године, спровео контролу уставности међународних уговора у свега 9 случајева и сви уговори, са једним мање значајним изузетком, проглашени су уставним, односно, сагласни Основном закону. Први случај у коме је покренут поступак оцене уставности међународних уговора (Уговор о Европској одбрамбеној заједници) је одбачен. Суд је сматрао да је овакав захтев преурањен, јер уговор још није прошао поступак у законодавном телу. Тако да се као први случај у коме је Суд донео мериторну одлуку, сматра уговор Немачке и Француске о области Сар од 23.12.1954. године. Суд је овај уговор подржао, иако је, признао да није у пуној сагласности са Уставом. Суд је био мишљења, да међународни уговори којима се постепено укида окупациони режим нису неуставни ако воде статусу који је ближи Основном закону, него до тада постојећи режим. Следећи случајеви, који су покренути уставном жалбом сходно чл. 93 I 4а, односили су се на три уговора које су Немачка и Швајцарска закључиле у периоду између 1952 и 1953. године. У посматраном периоду (1952-1977) предмет ове контроле углавном су били међудржавни уговори, попут Швајцарско-Немачког уговора који је требало да спречи двоструко опорезивање, или тзв. Основни уговор (Grundlagenvertrag), који су 21.12.1972. потписали представници тзв. Западне и Источне Немачке, у циљу побољшања односа између двеју држава. Уставним жалбама појединаца је покренут поступак контроле уставности тзв. Московског споразума, који је

²¹¹ 36 bVerfGE 1, 15; Friesenhahn, "Hüter der Verfassung?", 6 Zeitschrift für Rechtspolitik 188 (1973) Navedeno prema H.G. Rupp, *op.cit.*, p. 290

²¹² BVerfGG § 32. Navedeno prema H.G. Rupp, "Judicial Review of International Agreements: Federal Republic of German", *American Journal of Comparative Law*, 286, 1977, pp. 286-302

²¹³ Citirano: C. Lassale: "Les limites du contrôle de la constitutionnalité des lois en Allemagne occidentale", *Revue du droit public*, LXIX/1953, str. 106-120 u R. Marković, *Pokretanje ustavnog spora o ustavnosti normativnih akata*, Beograd, 1973, str. 41

закључен са Совјетским Савезом 12.08.1970. као и Споразума из Варшаве, закљученог 7.12.1970. године са Пољском.²¹⁴

Контрола уставности међународних уговора, заснована на раније поменутич члановима Основног закона, може да утиче само на оне уговоре чије одредбе се по својој природи или сврси могу примењивати пред немачким судовима и органима управе. Одредбе међународног уговора, које по својој сврси и природи не могу бити непосредно примењиване, у принципу и не могу да повреду Устав. Како међународне уговоре закључују две или више држава, онда они садрже одредбе које се односе на све уговорне стране, тако да део унутрашњег права постају само оне одредбе које стварају права и дужности за појединце под јурисдикцијом Немачке. То значи, да уговор мора да буде у стању да се непосредно примењује, а не да захтева закон као посредника у примени. То искључује из контроле уговоре попут Kellogg-Bri and Pact и друге уговоре у којима уговорне стране стипулишу одређене намере. Тако да контролом уставности заправо могу бити обухваћени тзв. самоприменљиви уговори. Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода свакако да испуњава овај критеријум самоприменљивог уговора, али у погледу Конвенције, као што можемо видети из праксе Савезног уставног суда таква контрола није била покренута од стране релевантних субјеката. Могућност такве контроле свакако да више не постоји, јер "Савезни уставни суд спроводи својеврсну претходну контролу уставности, сматрајући да накнадна контрола уставности није сврсисходна и да не би могла да доведе до тога да Немачка буде ослобођена преузетих обавеза у међународном праву".²¹⁵ Уосталом, ценећи уставност међународних уговора Савезни уставни суд доноси одлуку о уставности или одлуку о неуставности међународног уговора, а не о преузетим међународним обавезама. Европска конвенција није била предмет контроле пред Савезним уставним судом Немачке, али је коришћена као мерило контроле пред овим Судом.

Међународни уговори нису експлицитно обухваћени контролом уставности коју спроводи Уставни суд Италије. Према слову устава контролом пред уставним судом обухваћени су само закони државе и региона. Ово питање је посебно актуелизовано поводом прописа донетих на нивоу Европске економске заједнице. Том приликом Уставни суд је утврдио да поједини прописи не могу бити предмет контроле и да се то односи на прописе Заједнице. Наиме, Уставни суд је пошао од тога, да је нормативна надлежност органа Заједнице ограничена на подручје економских веза, тако да би било тешко да се појави сумња, а уколико се и појави онда само апстрактно, да неки пропис Заједнице у пољу грађанских, етничко-друштвених и политичких односа, могао да буде у супротности са одредбама Устава Италије. У сваком случају треба искључити да би ограничење суверенитета, која су проистекла из Римских уговора, могла повредом основних начела италијанског уставног уређења или неповредивих права људске личности да

²¹⁴ Извор: Hans G. Rupp, *op.cit.*, pp. 291-293

²¹⁵ И. Пејић, *op.cit.*, стр. 748

прикажу недопустиву надлежност органа Европске економске заједнице.²¹⁶ Претпостављамо да је овакав аргумент прихватљив и применљив и у односу на Европску конвенцију.

У Француској, Уставни савет је овлашћен да врши превентивну контролу уставности међународних уговора. Основ за спровођење ове контроле налази се у члану 54 Устава Француске. Поступак контроле уставности међународних уговора пред Уставним саветом могу покренути председник Републике, премијер Владе или председник једног од домова парламента, пре него је међународни уговор постао део унутрашњег правног система. Уколико Уставни савет изјави да нека међународна обавеза²¹⁷ садржи одредбу супротну уставу, овлашћење за ратификовање, односно потврду може бити дато само после измене устава. То значи, да декларација неуставности води измени устава, а не анулацији уговора. Рок за покретање поступка није прецизно одређен, али се свакако контрола може иницирати након потписивања међународног уговора, а пре његове ратификације у Парламенту. Што се тиче рока у коме Уставни савет треба да одлучи, он није јасно дефинисан, али је Уставни савет у пракси, под утицајем тумачења председника Савета Греу-а прихватио општи рок од месец дана, који је предвиђен за спровођење контроле уставности закона.²¹⁸ Друга процедура је предвиђена чланом 61 Устава и односи се на контролу уставности обичних закона. Наиме, како се ратификација међународних уговора врши законом, ти закони могу сходно поменутом члану 61 бити предати контроли Савета, и тај начин контроле су често користили посланици у парламенту.²¹⁹

Када говоримо о Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода, она је у смислу члана 55 Устава Француске, прописно ратификована и објављена без претходне контроле. Додатни Протоколи, које је Француска ратификовала нису упућени Уставном савету. Изузетак постоји у односу на Протокол број 6 уз Европску конвенцију о људским правима и основним слободама, који се односи на укидање смртне казне. Поступак контроле је покренуо 24. априла 1985. председник Републике Mitterrand, у складу са чланом 54 Устава. Признајући да међународна обавеза није неспојива са дужношћу државе да обезбеди поштовање институција Републике, континуитет живота нације и да гарантује права и слобода грађана, Уставни савет је одлучио да Протокол бр. 6 уз Европску конвенцију не садржи никакве клаузуле у супротности са Уставом.²²⁰

²¹⁶ Друга конференција европских уставних судова и сличних институција које се баве заштитом уставности и законитости, Баден-Баден, 14. до 16. октобра 1974. године, књ. 2, Београд, 1977, стр. 205

²¹⁷ Термин међународна обавеза (engagements internationaux) се у пракси Уставног савета широко тумачи и она укључује све уговоре и споразуме поменуте у члану 3, нпр. уговоре о миру, трговачке уговоре, уговоре и споразуме који се односе на међународне организације, којима се ангажују државна средства, којима се мењају одредбе законске природе, који се односе на лични статус, који садрже уступање, размену или припајање територије. Извор: С. Булајић, *op.cit.*, стр 78

²¹⁸ Ibidem

²¹⁹ G.Burdeau, F. Hamon, M. Troper: *Droit constitutionnel*, Paris, 1995, pp.657-676

²²⁰ Décision n° 85-188 DC du 22 mai 1985 (<http://www.conseil-constitutionnel.fr>)

Устав Шпаније (1978), у члану 95 ст.1 утврђује да закључење неког међународног уговора који садржи одредбе супротне Уставу захтева претходну уставну ревизију. То значи, да међународни уговори морају бити у складу са одредбама Устава. Сходно члану 95. ст. 2 Устава, Влада или било који од домова могу се обратити Уставном суду да се изјасни да ли оваква супротност постоји или не. Контрола уставности међународног уговора, коју спроводи Уставни суд у том случају, односи се на садржај самог уговора, али не и на процесне недостатке. Уставност уговора оцењује се не само у односу на устав у ужем смислу речи, већ у односу на читав уставни блок. Контрола таквог обима спроводи и се и у односу на законе и друге нормативне акте, и логично је да се таква контрола спроводи и у односу на међународне уговоре. Уколико у поступку контроле Уставни суд сматра да одредба међународног уговора није сагласна уставу, постоје четири могућности. Прва, да се измени устав; друга, да се приступи поновном уговарању; трећа, да се, ако то уговор дозвољава, ставе резерве у односу на неуставна правила, и четврта, мада и најмање пожељна, одрицање од закљученог уговора.²²¹ Овако конципирана контрола уставности међународних уговора има обележје превентивне односно претходне контроле уставности. Уставни суд одлучујући у поступку овакве врсте не доноси одлуку (*sentencia*), већ декларацију (*decalaración*), која има *erga omnes* дејство. Овом декларацијом се не спречава, већ само одлаже ратификација међународног уговора, који није у складу са Уставом до спровођења уставне ревизије.²²²

У шпанском уставном систему могуће је спровести и а *posteriori* контролу уставности међународних уговора, или прецизније речено ова контрола се односи на органске законе којима је одобрено закључивање међународних уговора. Наиме, Органски закон о Уставном суду је у члану 27 утврдио да кроз проглашење неуставности из процедуралних разлога Уставни суд гарантује супрематију устава, и тиме су обухваћени статuti аутономних покрајина, закони, нормативни акти са законском снагом, међународни уговори, прописи и одлуке органа аутономних заједница. Поменути Органски закон није установио посебну процедуру која би се примењивала у односу на међународне уговоре, односно органске законе којима се они уносе у унутрашњи систем. То значи да се и у односу на међународне уговоре примењују општа правила о контроли уставности. Легитимисани на подношење тужбе због неуставности су председник владе, Бранилац народа, педест посланика, педесет сенатора, председници колегијалних извршних органа аутономних заједница. Рок у коме се може поднети тужба износи три месеца од дана објављивања уговора у службеном гласилу. Питање оцене уставности може да покрене судија, или суд по сопственој иницијативи, или на захтев странке која сумња у уставност уговора. Проглашење неуставности нулификује оспорене одредбе. Одлуке Уставног суда се објављују у Службеном листу државе и имају снагу пресуђене ствари од дана који следи њиховом објављивању и нису подложне никаквој жалби. Дејство овакве одлуке је посебно узнемиравајуће када се примењује на међународне уговоре, пошто долази до сукоба са нормама

²²¹ Videti o tome C.S.Izguiredo: "Parliamentary Procedure in the Conclusion of International Treaties in Spain", *Spanish Yearbook of International Law*, Vol. V, 1997, pp. 39-40

²²²Упор. В. Петров, *op.cit.*, стр. 297 и О. Вучић, *op.cit.*, стр. 60

међународног права, односно чл. 27 и чл. 46 Бечке конвенције. Иако према одредбама међународног права држава не може да се позива на своје унутрашње право да би оправдала неизвршење уговора, ако закључени уговор представља повреду домаћег правила од фундаменталног значаја, он може бити проглашен неважећим.

Контрола уставности међународних уговора у Шпанији може се спроводити као превентивна и као постериорна контрола. Основ за обе врсте контроле налази се у Уставу Шпаније, али постоје разлике у погледу тога ко може бити покретач поступка, у погледу дејства одлуке Уставног суда и у погледу садржаја саме контроле. У погледу постериорне контроле шири је круг субјеката који је могу покренути. Одлука коју Уставни суд доноси у оба случаја има дејство према свима, али суштинска разлика произилази због тренутка у коме се она спроводи и последица које из тога произилазе. Претходна контрола је првенствено унутрашња (материјална) контрола и она покрива спољашњу или формалну димензију само до степена који је обухваћен унутрашњом контролом. Насупрот томе, неспецифична, накнадна контрола, која се спроводи по члану 79 Органског закона углавном се односи на формалну димензију неуставности уговора.²²³

Контролу уставности међународних уговора у Шпанији са аспекта Европске конвенције, као међународног уговора посебне врсте, треба посматрати у светлу значаја који Конвенција има у шпанском систему. Како је раније наведено Европска конвенција је врло често цитирана у пракси Уставног суда Шпаније и представља његов значајан ослонац када одлучује по уставним жалбама, које имају највећи удео у предметима у раду пред овим Судом. Ситуација је слична и када Уставни суд спроводи контролу уставности, тако да она није предмет, али може бити мерило контроле.

3.2.2. Европска конвенција као мерило контроле

Јуриспруденција релевантних уставних судова показује да је Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода врло често коришћена као мерило контроле, односно, да се у односу на Конвенцију спроводи контрола сагласности закона, али и неких других нижих аката. Најшире могућности стоје на располагању Уставном суду Аустрије, имајући у виду статус који Конвенција ужива у овом правном систему. Тако, контрола уставности, коју спроводи Уставни суд Аустрије у општем смислу обухвата сагласност са свим одредбама уставног права, посебно са оним садржаним у Европској конвенцији.²²⁴ Уставни суд Аустрије је више пута био у прилици да оцењује сагласност закона са готово сваком одредбом Конвенције. Поводом члана 2 Конвенције Уставни суд је одлучивао о томе да ли је употреба смртоносног оружја у складу са правом на живот. Тако у случају 8082/1977, оружје је употребљено да би се спречило бекство

²²³ Видети о томе: A. B. Ramiro, "The Spanish Constitution and International Law", *Spanish Yearbook of International Law*, Vol. IX, 2003, p. 49

²²⁴ R. Faber, "The Austrian Constitutional Court- An Overview", *International Constitutional law*, Vol 1, 1/2008, pp. 49-54 www.icl-journal.com

особа, а не да би се они лишили живота и Уставни суд је сматрао да употреба оваквог оружја не представља повреду члана 2, ако постоји основана сумња да је извршено кривично дело. У другом таквом случају (VfSlg 15046/1997), Уставни суд је нашао, да коришћење оружја представља повреду права на живот услед одсуства пропорционалности између употребљене силе и наведеног интереса, односно хапшења илегалних имиграната. Штавише, Суд је нагласио, да сваки пуцањ представља опасност по живот и да стога мора бити испитан у смислу члана 2 Конвенције.²²⁵ Уставни суд Аустрије позвао се на члан 2 Европске конвенције и онда када је одлучивао о допуштености абортуса. Наиме, Уставни суд је сматрао да аустријски закон, који дозвољава прекид трудноће у прва три месеца јесте сагласан Европској конвенцији, пошавши од тога да Европском конвенцијом право на живот није гарантовано нерођеном детету.

У одлуци VfGH od 14.10.1999. (G 91/98 i G 116/98) Уставни суд је потврдио сагласност члана 3 Закона о репродуктивној медицини са чланом 8 и чланом 12 Конвенције. Уставни суд је нашао да законодавство Аустрије исправно одвојено регулише ин-витро оплодњу и артифицијелну инсеминацију. Руководећи се чланом 10 Конвенције, Уставни суд је става да прописи којима се медијима ограничава праћање парламентарних поступака јесу супротни Конвенцији.²²⁶ Уставни суд је променио у значајној мери своју праксу у односу на гаранције права садржане у члану 1 Протокола бр.1 Европске конвенције, посебно након одлуке Европског суда за људска права *Gaygusuz against Austria*. Уставни суд је тада концепт својине садржан у члану 1 у потпуности одвојио од историјског тумачења члана 5 Закона од 1867. Као последица тога, Уставни суд је укинуо релевантне одредбе Закона о осигурању за случај незапослености (*Arbeitslosenversicherungsgesetz*) јер није сагласан члану 1 Протокола бр.1.²²⁷

Европска конвенција је коришћена и као мерило контроле у поступку пред Савезним уставним судом Немачке, што потврђује богата јуриспруденција овог Суда. Овде је занимљиво поменути случај из 1994. године, када је Суд сматрао да закон који предвиђа да мушкарци, који нису служили у ватрогасној бригади у локалној заједници, морају да плате посебан порез не представља повреду ни члана 4 ст. 2 ни члана 14 Конвенције. Али, након пресуде Европског суда у случају *K.Schmidt v. German*²²⁸, који је био супротног мишљења, Немачки Уставни суд је поништио поменути закон, јер је супротан, између осталог, принципу једнакости полова, садржаном у члану 3 ст.2 Основног закона. Тако нпр. у предмету 1 BvR 1602,1606, 1626/07²²⁹, Суд је цитирао одредбе члана 8 Европске конвенције, наводећи да члан 8 ст.1 Европске конвенције, који се односи на право на породични живот, покрива збир свих личних, социјалних и финансијских односа који чине приватни живот сваког појединца. У одређивању обима ове заштите, очекивања појединаца су оправдана, и морају бити размотрена у контексту овог

²²⁵ Н. Tretter, *op.cit.*, p. 118

²²⁶ Cititrano: VfSlg. 13577/1993 u Н. Tretter, *op.cit.*, p. 118

²²⁷ Одлука Уставног суда од 11. марта 1998, G 363/97

²²⁸ Case of Karlheinz Schmidt v. Germany (applo. No. 13580/88), Presuda od 07.04.1993.

²²⁹ Izvor: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20080226_1bvr160207en.html

члана Конвенције. У доношењу одлуке у овом случају, Суд је имао у виду и гаранције из члана 10 Европске конвенције. Уставни суд је нагласио, да је задатак грађанских судова да када узима у обзир одредбе Основног закона треба да воде рачуна и о одредбама Европске конвенције, и када тумаче, и примењују одредбе грађанског права, и када врше балансирање различитих интереса заштићених правом.

У Шпанији, Европска конвенција се у поступку пред Уставним судом често појављује као мерило контроле. У том смислу, посебно је илустративна новија пракса овог суда. Наиме, Уставни суд, често када оцењује сагласност закона или другог нормативног акта са Уставом, у образложењу одлуке, када природа ствари дозвољава, ослања се на одредбе Европске конвенције и на праксу Европског суда за људска права. Тако, нпр. у предмету бр. 236/2007, Парламент Наваре, оспорио је уставност дванаест одредби Органског закона бр. 8/2000 од 22.12. и Органског закона бр. 4/2000 од 11.01 2000. године, у погледу права странаца и њихове интеграције у друштво. Парламент Наваре у тужби за оцену уставности наводи да су оспорене одредбе супротне члану 21 Устава Шпаније, али се позива и на правила у релевантним међународним документима: Универзалној декларацији о људским правима, Пакту о грађанским и политичким правима и чл. 9, 11 и 14 Европске конвенције. Уставни суд одлучујући по овој тужби позива се, у образложењу своје одлуке на релевантну праксу Европског суда (case of Sidropoulos од 10. јула 1998, § 40, i case од Cissé § 50).²³⁰ У пресуди 177/2009 од 21.07.2009. Суд је одлучивао о оцени уставности члана 171 ст. 4 и ст. 6 Кривичног закона по захтеву првостепеног суда, који је сматрао да су поменуте одредбе у супротности са чланом 1 ст. 1 и чл. 14 Устава Шпаније, у погледу принципа једнакости, члана 10 ст. 1, чл. 15, чл. 24 ст.1 и чл. 25 ст.1 Устава, који се односи на принцип кривице и коначно чл. 11, чл. 9 ст.3, чл.10 ст.1 и чл.17 Устава у погледу пропорционалности кажњавања. У погледу оба ова принципа Уставни суд је цитирао пресуде Европског суда за људска права.

У примени Европске конвенције пред Уставним судом Италије прекретницу представља 2001. година када је спроведена уставна ревизија. Од тада, у пракси Суда налазимо значајан број предмета, у којима он вршећи нормативну контролу реферише на Европску конвенцију. Новија пракса Суда показује да се Конвенција често користи као основ контроле, и да се Суд позива на одредбе Конвенције, и на релевантну праксу Европског суда за људска права. Тако, када је покренут поступак за оцену уставности чл. 189 Законика о кривичном поступку са италијанским Уставом, у вези са средствима, која се користе ради обезбеђења доказа, и чланова 266-271, који се односе на пресретање разговора, и других видова комуникације,²³¹ Уставни суд (Corte Costituzionale), требало је да разјасни, да ли је тонско и снимање камером на "приватним" локација током кривичне истраге, у супротности са члановима 3 и 14 италијанског Устава, који штите једнакост свих пред судом и законом односно неповредивост стана. Уставни суд се позвао на члан

²³⁰Извор:<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/restrad/Paginas/JCC2362007en.aspx>

²³¹ Corte Costituzionale, 24 April 2002, No.135 Izvor: <http://legxv.camera.it/cartellecomuni/> leg14/RapportoAttivitaCommissioni/commissioni/allegati/14/14_all_2002135sentc.pdf

8 Европске конвенције и члан 14 Пакта о грађанским и политичким правима, који не предвиђају ограничења такве врсте у приватном домицилима. Суд је, такође, приметио да се неповредивост стана и слобода комуникације могу посматрати у оквиру ширег концепта-права на приватни живот, који је гарантован чланом 8 Конвенције, чл. 17 Пакта о грађанским и политичким правима и чланом 7 Повеље основних права Европске уније. Уставни суд упућује на Европску конвенцију и Пакт о грађанским и политичким правима, како би још више појачао свој аргумент о законитости јавног мешања у приватни домицил.²³²

У предмету *Muscas and other v. Commune di Cagliari*,²³³ Касациони суд Италије (*Corti di Cassazione*) није био мишљења да су Закони о планирању и изградњи повредили право својине, које је садржано у члану 1 Протокола бр. 1 уз Европску конвенцију. Европска конвенција дозвољава државама да контролишу коришћење имовине у општем интересу и дозвољава експроприацију у јавном интересу. Када је у питању заштита животне средине и предела и када постоји општи интерес који обезбеђује развој региона, контрола над *ius edificandi* не може се сматрати повредом права својине. У јуриспруденцији Суда у Стразбуру, принцип пропорционалности у односу јавног интереса и приватне својине се често позива. Примена ограничења својине ради заштите средине или пејзажа, сигурно није искључена. Поводом овог случаја поставило се питање директне примене Европске конвенције. У вези са тим, по мишљењу Врховног суда, сваки домаћи суд може да директно примењује одредбе Европске конвенције на конкретан случај, када сматра да је то потребно. Домаћи судови могу да директно примењују одредбе члана 1 Протокола бр. 1 уз Европску конвенцију. Када судија примети несагласност ових одредби са домаћим правом, он мора да да предност самоприменљивим одредбама уговора. Уставни суд Италије у одлуци бр. 217/2010 од 17.06.2010. одлучивао је о уставности чл. 49 ст. 1 Уредбе од 31.12.2992. бр. 546 у односу на чл. 3, 23, 24, 11 и 113 Устава, као и у односу на члан 6 ст. 1 Европске конвенције. У предмету 301/2009 одлучујући о уставности чл. 200 и чл. 322 б Кривичног закона и чл. 321 ст.2 Закона о кривичном поступку у образложењу одлуке позвао се на чл. 7 Европске конвенције и праксу Европског суда за људска права (*Welch v. United Kindgdom, Case 307a/1995*).²³⁴

Европска конвенција у уставном систему Француске, попут осталих ратификованих међународних уговора долази изнад закона, што би требало да значи да Уставни савет може да оцењује сагласност закона са Европском конвенцијом. Али, када се такво питање поставило у чувеном случају из 1975. године,²³⁵ када су апликанти тврдили да је нови и веома споран Закон о абортусу супротан члану 2 Европске конвенције, Уставни савет одбио је да контролише сагласност закона са Европском конвенцијом, сматрајући да је контрола

²³² E. Meriggiola, *op.cit.*, p. 492

²³³ Corte Suprema di Cassazione-Civile, Sezione I, Judgment No. 10542/2002, of 19 July 2002 Izvor : <http://www.alphaice.com/giurisprudenza/?id=1979>

²³⁴ Više o tome "Judicial Decisions "(eds. G.. Cataldi, M. Iovan), *The Italian Yearbook of International Law*, Vol. 13, 2003, pp. 231-237

²³⁵ Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 (<http://www.conseil-constitutionnel.fr>)

"конвенционалности" изван његове надлежности. Наиме, тим поводом уставне судије су упутиле на захтев из члана 55 и указали на разлику између контроле уставности и контроле конвенционалности. Уставни савет је истакао да је контрола уставности изричито предвиђена, а да је контрола конвенционалности изван његове надлежности и да је таква радња другачије природе од уобичајене улоге Уставног савета. Међународни уговори, сматрале су уставне судије, су "релативни и зависни" јер они зависе од реципрочног испуњења уговорних страна, стога не могу бити искоришћени као компаративни стандард на исти начин као и Устав.²³⁶ Осим тога, несагласност закона са међународним уговором не значи да постоји сукоб са уставом и питање несагласности закона са ратификованим међународним уговором није уставноправно питање. Наиме, међународни уговори немају уставни статус, нити су део устава, они су само изнад закона. Али, у контексту заштите људских права у каснијој пракси Уставног савета долази до значајних промена. Иако поводом поменутог случаја, Уставни савет није оцењивао уставност закона у односу на Европску конвенцију, већ само у односу на Декларацију права човека и грађанина из 1789. ипак је имплицитно охрабрио судове да разматрају да ли су одредбе домаћег права компатибилне са Конвенцијом. Уставни савет је својој пракси постепено укључивао нека од најзначајнијих питања о људским правима, захваљујући чему је Уставни савет Француске добио утицај какав до тада француски уставни нису имали. Треба додати и то, да је Уставни савет променио своју праксу у односу на нормативну контролу, и да он редовно врши контролу да ли су домаће одредбе сагласне са Европском конвенцијом од случаја Elections du Val d'Oise (21.10.1988.). Од тада уставне судије су интегрисале Конвенцију у своје уставне критеријуме (bloc de constitutionnalité), и у односу на њу оцењују уставност закона. У поменутом предмету Европски суд за људска права је поводом захтева за поништавање избора спроведених у петом кварту Val d'Oise, спроведених 5. и 12. јуна 1988. године, узео у обзир чланове 55,59 и 61 Устава, али и Закона бр. 73-1227 од 31.12.1973. о одобрењу ратификације Европске конвенције о људским правима и њеним Протоколима 3, 4 и 5, као и релевантне одредбе изборног закона²³⁷.

3.3. Одлучивање уставног суда по уставној жалби и могућности примене Европске конвенције

Уставна жалба због повреде уставом гарантованих права сматра се обликом непосредне уставносудске контроле. Уставна жалба настаје из потребе да правни поредак свестраније и интензивније штити људска права. Она је, међутим, још увек контраверзна функција уставног судства, и не предвиђа се у свим државама у којима постоје уставни судови. Али, у системима у којима је установљена уставна жалба има врло значајну улогу, јер се у овом поступку директно штите индивидуална права. У поступку нормативне контроле ово је такође један, али не и једини циљ заштите. Осим заштите права учесника конкретног спора, који истиче приговор неуставности, овде би требало да се штите и објективне димензије принципа уставности. Иако су у поступку нормативне контроле ефекти заштите

²³⁶ С. Dupré, *op.cit.*, p.317-319

²³⁷ Ibidem

људских права изражени, "несумњиво је да је највећи домет у заштити права грађана и уставности признавања могућности да се сам грађанин-појединац непосредно обрати уставном суду ради заштите својих права или устава".²³⁸ Успостављање уставне жалбе доприноси да носиоци јавних функција буду обазривији и да не прекорачују своја овлашћења, што неминовно јача веру у принцип владавине права".²³⁹ Истовремено, истицањем њиховог уставног ранга уставна жалба доприноси јачању људских права.

У данашњим уставносудским системима, као "репер" заштите уставом гарантованих права узимају се аустријски и немачки систем, мада је матична земља судске заштите уставних права заправо, Швајцарска. Оваква заштита оригинарно се развила у оквиру Швајцарског института државноправне жалбе (*staatrechliche Beschwerde*). Правна основа за овај институт може се наћи у Уставу Швајцарске (1848, 1874), а неке ближе норме заштите садржане су у законима из 1874. и 1893. године.²⁴⁰ До скора уставна жалба је била доступна у малом броју европских држава, и поред поменутог аустријског, и немачког система, постојала је и у Шпанији. Данас, она је уведена у бројним државама Централне и Источне Европе. Повећан степен свесности о питањима људских права у овим државама, настао као реакција на злоупотребе државне власти у ранијим режимима, водио је увођењу и експанзији правних механизма за заштиту уставних права и слобода.²⁴¹

Уставна жалба у Немачкој је специјално правно средство грађана које се може употребити против свих аката државних органа, нормативних и појединачних, којима се вређају основна права. Индивидуално право жалбе ("*Verfassungsbeshwerde*"), уведено је у немачком систему 12.03.1951. доношењем Закона о Савезном уставном суду (*Bundesverfassungsgerichtgesetz, BvGG*), да би ревизијом Основног закона 1969. године добила уставни ранг. Сходно члану 90 тачка 1 Закона о Уставном суду уставну жалбу може поднети "свако, ко тврди да је актом јавне власти повређен у једном од својих основних права или једном од својих у члановима 33, 38, 101 и 104 Уставом садржаних права".²⁴² Сходно, поменутом члану, право подношења уставне жалбе има свако ко тврди да је актом јавне власти повређен. За појединце, способност подношења жалбе је блиска, мада није сасвим идентична, правној способности (*Prozessfähigkeit*).²⁴³ У одлуци *BverfGe*

²³⁸ Р. Марковић, *op.cit.*, стр. 62

²³⁹ R. Barnet, "The Protection of Constitutional Rights in German", *Virginia Law Review*, Vol. 45, No.7, 1959, p. 1155

²⁴⁰ И. Крбек, *op.cit.*, стр. 68

²⁴¹ G. Dannemman, "Constitutional Complaints: The European Perspective", *International and comparative Law Quarterly*, Vol. 43, 1994, pp. 142-153

²⁴² Videti: H.G.Rupp: "Tribunal constitutionnel fédéral allemnad", pp. 449-509 i Schlaich Klaus: "Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux, Tribunal Constitutionnel Fédéral Allemand", u *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 33, No.2, 1981, pp.335-394

²⁴³ Тако у својој одлуци *BverfGe* 1, 87 Суд је нашао да ментално оболела лица не могу поднети жалбу, пошавши од тога да исти критеријуми који такву особу чине ментално болесном утичу и на њену способност подношења уставне жалбе. Мада, суд је експлицитно навео да једно не произилази из другог. Такав став потврђен је и у одлуци *BverfGe* 10,302, у којој је Суд навео да ниједно званично проглашење правне неспособности или менталне болести не може служити да се директно затвори право на уставну жалбу.

3,359 Суд је предузео значајне кораке да прошири право подношења жалбе и на правна лица, ако природа права то дозвољава. Тако је у одлуци BverfGe 23,153 Суд дозволио да банка поднесе жалбу против финансијске регулативе. У одлуци BverfGe 19,129 Суд је, дозволио верској организацији да поднесе жалбу због повреде чл. 4 Устава који гарантује верску слободу. Према, Немачком закону, локалним властима допуштено је да поднесу уставну жалбу директно управљену против законских одредби на основу тога, што им је повређено право на самоуправу из члана 28 Основног закона. У Немачкој, опште је правило да само домаћа правна лица могу поднети уставну жалбу, али је Други Сенат дозволио да стране корпорације јесу овлашћене да поднесу уставну жалбу ако им је повређено право на правично суђење. Први Сенат Савезног уставног суда је у одлуци BverfGe 21, 207 сматрао, да америчка корпорација не може поднети жалбу због прекомерног оштећења из члана 2, нити због одузимања имовине из чл. 14 Устава. За разлику од рестриктивног приступа у односу на страна правна лица, Први Сенат није видео никакве сметње да право подношења уставне жалбе буде признато појединцима страног држављанства, који бораве у Немачкој.²⁴⁴

Кроз поступак подношења уставних жалби, свака особа (или грађанин) може обарати деловање јавне власти. То укључује законодавну, извршну и судску власт, односно уставна жалба се може поднети против сваког акта јавне власти (öffentliche Gewalt).²⁴⁵ На тај начин, подношењем уставне жалбе грађани се жале на државу. Тиме, овај поступак указује, на значај основних права у уставном поретку. Функција уставне жалбе није да ограничи заштиту индивидуалних права, већ да прошири специфичан механизам судске надокнаде и на објективно уставно право", односно да "штити објективно уставно право и да подржава његово тумачење и развој".²⁴⁶ Штитећи своја основна права и спроводећи своје интересе грађанин се бори за остваривање основних принципа Устава. У уставној жалби подносилац мора да покаже да је деловањем јавне власти у садашњем тренутку ограничен у остваривању својих основних права. Као ванредно правно средство уставна жалба може се користити тек након што су исцрпљена друга правна средства. Уставна жалба може се поднети у року од једног месеца, а ако се односи на законе парламента у року од једне године од повреде основног права.

Подношење уставне жалбе у односу на законе праћено је извесним специфичностима и ограничењима. Наиме, ако закон парламента захтева доношење одговарајућег акта управе пре свог ступања на снагу, у таквим околностима жалилац мора најпре да оспорава управни акт пре него нападне закон.²⁴⁷ Појединац може под врло строгим условима да оспори закон директно путем уставне жалбе.

²⁴⁴ Тако у одлуци BverfGe 35,382 арапски студенти жалили су се на њихово искључење са Олимпијских игара након напада на Израелски Олимпијски тим у Минхену 1972. године, и Суд је том приликом навео да се правна заштита предвиђена чл. 19 Устава у потпуности односи и на странце. Видети: M. Singer, "The constitutional court of the German Federal Republic, Jurisdiction over individual complaints", *International and Comparative Law Quarterly*, 1982, p. 345

²⁴⁵ V.Epping, *Grundrechte*, Hannover, 2005, p. 57

²⁴⁶ Ibidem

²⁴⁷ A. Rincken, "The Federal Constitutionl Court and the German Political System", *Constitutional Courts in Comaprison* (Ralf Rogowski, Thomas Gawron ed.), New York, 2002, p.66

Уопштено говорећи, усвајање овакве жалбе условљено је постојањем индивидуалне и директне повреде основних права. Овај предуслов треба да ограничи уставне жалбе у односу на законодавне акте, али и у односу на пресуде. (BverfGE 53,30 (48), Mulheim karlich case; BverfGE 72,1,5, Age Limit Case). Уставна жалба против правног инструмента је прихватљива уколико није потребно доношење извршног акта и ако закон, који се односи на жалиочево право не захтева посебан извршни акт за своје извршење. (BverfGE 1,97, 102 Widow's Child welfare. BverfGE 67,256, (273) Investment Aid II case, BverfGE 72,39 (43). Ова посебна процена није неопходна уколико је подносилац погођен индивидуалним правним актом. То ће бити случај када се путем законодавног инструмента одузима неко право. У том случају, уставна жалба се директно улаже Суду јер не постоји други начин да се закон оспорава.²⁴⁸ Уставна жалба се не може подићи због апстрактне опасности или угрожавања неког права. Уставна жалба нема обележја *actio popularis*, па тиме ни средства за санкционисање и елиминисање неуставности.²⁴⁹ То искључује да се жалбе подносе директно против закона које на подносиоца жалбе могу да утичу само посредно кроз управне или акте судске власти. Тако, члановима 57 и 62 Закона о Савезном уставном суду Немачке, од подносиоца жалбе захтева се да покаже како пропис или закон може да утиче на остваривање основних права без доношења појединачних аката. Немогућност подносиоца жалбе да испуни ове услове чини жалбу неприхватљивом у смислу чл. 19 Закона.²⁵⁰

Када говоримо о примени Европске конвенције у овако конципираном систему уставне заштите основних права, полазимо од раније поменутог члана 59 Основног закона, према коме, међународни уговори у општем смислу, укључујући и Европску конвенцију имају статус савезног закона. Иако је у новијој пракси Савезног уставног суда наглашен уставноправни значај Европске конвенције, она је строго формално говорећи "задржала" свој законски статус. У том смислу се грађани Немачке у уставној жалби не могу позивати на кршење права гарантованих Европском конвенцијом уколико такво право нема своју "паралелу" у основном праву или са њим изједначеним правом садржаним у Основном закону Немачке. "Жалба Уставном суду не може бити заснована на Европској конвенцији" указао је Савезни уставни суд у својој одлуци још од 14.01.1960.године.²⁵¹ Услов за подношење уставне жалбе јесте угрожавања или повреда неког од основних права, која су садржана у Основном закону, у чл. 1 до 19. дакле, само уколико је дошло до угрожавања ових права, испуњени су предуслови за подношење уставне жалбе. То значи да се у Немачкој уставна жалба не може изјавити због повреде Европске конвенције. То звучи као неко ограничење, међутим, "тумачење основних права од стране Савезног уставног суда толико је далекосежно да не може да се замисли да

²⁴⁸ H. Werner, "Access to the German Federal Constitutional Court", u *Constitutional Courts in comparison: the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, (Rogowski Ralph, Gawron Thomas, eds.), New York, 2002, p. 129

²⁴⁹ Р. Марковић, *op.cit.*, стр 74

²⁵⁰ C.Castro: " Rights suitable for protection by constitutional appeal procedures", *The Protecting of fundamental rights by the constitutional court*, Council of Europe Publishing Brioni, Croatia, 23-25 09.1995

²⁵¹ A.Drzemczewski, *op.cit.*, p. 109

не постоји таква ситуација која није заштићена у виду гарантованих основних права."²⁵²

Међутим, уставна жалба може се изјавити због неспровођења одлуке Европског суда за људска права позивањем на принцип владавине права. Наиме, у одлуци Другог Сената Савезног уставног суда 2 BvR 1481/04 од 14.10. 2004. године наглашава се да "везаност за закон и право (чл. 20 ст. 3 Устава) у оквиру методолошко прихватљивог тумачења закона обухвата узимање у обзир гаранција из Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и одлука Европског суда за људска права. Небављење судском одлуком као и њено схематско "извршење" које је у супротности са вишим правом може прекршити основна права у вези са принципом правне државе. У конкретном случају уставна жалба је усвојена јер је одлукама Вишег регионалног суда повређено основно право садржано у чл. 6 Основног закона у вези са принципом владавине права, а због неспровођења одлуке Европског суда."²⁵³

У Аустрији, уставна жалба је усмерена директно против управних аката и закона и њоме је "покривен" рад законодавних и управних, али не и судских органа. Првобитно, у уставном систему Аустрије уставне жалбе су могле бити усмерене само против управних аката. Тек ревизијом, BvG 1975. године, уведено је право подношења индивидуалне жалбе у односу на законе,²⁵⁴ али и остале правне акте, укључујући и акте управне власти на савезном или државном нивоу, који имају нормативни карактер, и у односу на међународне уговоре. Стога, индивидуална жалба се може поднети против закона, прописа, међународних уговора, као и против свих управних аката, али не и односу на одлуке суда²⁵⁵ Тако да овде не постоји уставна контрола у односу на то, како судови примењују основна права или тумаче законе у светлу суштинских основних права. То је, вероватно, и један од најважнијих разлога због чега Аустрија отприлике двоструко више крши права из Европске конвенције у односу на Немачку. Наиме, највећи број ових случајева, односи се на процесна права која се остварују у грађанском или кривичном поступку.²⁵⁶ Са друге стране, Аустријско право је дарежљиво у односу на акте извршне власти који могу бити оспоравани уставном жалбом. Аустријски уставни суд је у скоријој одлуци, чак проширио своју надлежност одлучивања по уставним жалбама и на унутрашње акте, које доноси Влада дајући инструкције управној власти.²⁵⁷ На тај начин, Уставни суд спроводи једну надлежност која се сматра

²⁵² M. Hartvig, "Ustavna žalba u teoriji i praksi", *Ustavno sudstvo u teoriji i praksi (zbornik referata)*, Beograd, 2010, str. 98

²⁵³ Извор: http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/rs20041014_2bvr148104en.html датум приступња 18.11.2010.

²⁵⁴ Право подношења индивидуалне жалбе на основу неуставности (Individualantrag-Bescheidbeschwerde) има своју основу у Савезном Уставу од 1.10.1920. године (BundesVerfassungsgesetz) у чл. 139,140 а и 144.

²⁵⁵ M.Patrono: "The Protection of fundamental rights by constitutional courts-comparative perspective", *Vistoria University of Wellington Law Review*; Извор: <http://www.austlii.edu.au/journals/VUWLR/2000/24.html>

²⁵⁶ G. Danneman, *op.cit.*,pp. 145-146

²⁵⁷ Наиме, у једном таквом акту Министарства унутрашњих послова наређено је да се не издаје виза турским држављанима који долазе у посету својих рођака, јер они очекују да добију дозволу за рад.

неком врстом "изузетне управне надлежности" (Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit).²⁵⁸ Од 1976. године, појединцу је дато право да се сам обрати Уставном суду, онда када сматра да је оштећен, јер се на њега примењује закон који је неуставан, чиме је "формиран самостални институт директне уставносудске заштите основних права".²⁵⁹ Уколико Уставни суд утврди да постоји повреда Уставом гарантованих права, укинуће појединачни акт који је предмет уставног спора. Дејство такве касаторне одлуке односи се и на орган управе чији је акт укинут, јер је сагласно одредбама Закона о Савезном уставном суду, тај орган дужан да правним средствима која му стоје на располагању неодложно успостави правно стање какво одговара правном схватању Уставног суда. (чл. 87 став 2). У Аустрији уставном жалбом се штите "уставом гарантована права", што укључује права садржана у Основном закону од 21.12.1867. године, али и права садржана у Европској конвенцији и додатним Протоколима усвојеним уз њу.²⁶⁰

У Шпанији, заштита основних права путем уставне жалбе (recurso de amparo constitucional) налази своју основу у Уставу (чл. 53) и Органском закону о Уставном суду од 3.10.1979. године. У својству жалиоца могу се појавити и домаћи и страни држављанин. Члан 162 Устава дозвољава да уставну жалбу поднесе и Бранилац народа или јавни тужилац. Разлог томе је становиште да повреда права не утиче само на приватне интересе, већ има негативан утицај на људска права уопште. Сходно чл. 41 Закона о Уставном суду, уставна жалба постоји ради заштите права и слобода, а која могу бити повређена одлукама, правним актима или радњама јавне власти. Термин јавна власт, односи се на државне и аутономне органе, као и на јавне организације територијалног карактера, корпоративне и институционалне природе. Тако да се уставна жалба може поднети у односу на управне акте, судске акте; из жалбеног система искључени су закони, али не одлуке и акти који немају законску снагу (нпр. парламентарна правила). Када Суд усвоји жалбу, он може да прогласи ништавним акт или одлуку којом се ограничава пуно уживање права или слобода, или да жалиоцу поново успостави интегритет његове/њене слободе на основу усвајања одређених мера. Ова могућност указује на велику власт Уставног суда, који не само да може да поништи оспорени акт, већ и да поново успостави стање које је постојало пре предузимања таквих мера. У погледу права која су заштићена путем Recurso de Amparo, примењује се numerus clausus принцип. То су права наведена у чл. 14 до 30 Устава. Recurso de Amparo, примењује се у случају конкретне повреде одређених права и слобода, али не и када постоји повреда недовољно одређених принципа која се изводе из устава. Права која су заштићена уставном жалбом треба тумачити у складу са релевантним међународним конвенцијама и уговорима које Шпанију обавезују. Али, ниједна

Суд је поштао од тога да обавезује дејство овог акта га чини предметом уставне жалбе сходно чл. 139 Устава. Gerhard Dannemann, *op.cit.*, p.146

²⁵⁸T. Öhlinger: "Objet et portée de la protection des droits fondamentaux", *Revue international de droit comparé*, Volume 33, Numero 2, 1981, pp. 543-579

²⁵⁹ Д. М.Стојановић, *Основна права човека-људска права и слободе у европским уставима*, Ниш, 1989, стр. 200

²⁶⁰ Упор. Т. Öhlinger, *op.cit.*, pp. 543-579 i F. Ermacora: "Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux", *Revue international de droit comparé*, Vol. 33, No. 2, 1981, pp. 417-430

норма међународног уговора, који важи у Шпанији, не може сама за себе да буде основ уставне жалбе пошто ван устава не постоје уставна права.²⁶¹

Посматрањем заштите основних права на основу индивидуалне жалбе у Немачкој, Аустрији и Шпанији, може се уочити следеће: у Аустрији заштићена су сва уставом гарантована права, док су у Немачкој и Шпанији то само она основна права у погледу којих Устав изричито допушта такву заштиту. У Аустрији предмет жалбе могу бити све правне норме (закони, прописи, међународни уговори), али су искључени судски акти, у погледу којих је допуштена жалба у Немачкој и Шпанији.²⁶² Ова различитост система индивидуалне жалбе, у Аустрији, са једне стране, и Немачкој и Шпанији, са друге стране, одражава се на ефикасност заштите основних права. Ова заштита је шира тамо где је опсег заштићених права већи и где је више правних средстава који се могу изазвати.

Уставном жалбом заштићена су хетерогена права, али су то права која чине суштину уставног система. У пракси највиших судова она повремено функционишу као нека врста модерне замене за природно право. Уставном жалбом се успоставља лична веза између грађанина и "његовог" уставног судства, јер уставни суд, путем овог контакта, непрекидно сазнаје у којим подручјима грађанина "жуљи ципела", као и које су то појединачне последице које у пракси настају из многоструко компликованих законских прописа, а које се не могу уочити на први поглед. Управо су те њихове предности и разлог због чега долази до "поплаве" уставних жалби и због чега се највећи број предмета из надлежности уставног суда односи управо на поступање по уставним жалбама.

Искуство држава које имају најдужу традицију уставне жалбе је да је то врло ефикасно средство правне заштите основних права и слобода. На то утичу два важна фактора: прво, оно омогућава преиспитивања поступка посебно са циљем да се осигурају уставна права од стране самог суда који је овлашћен да поново успостави право појединца. Друго, она омогућава право на регрес, односно накнаду штете, свакоме ко је погођен актом јавне власти, што је такође са аспекта појединца врло значајно. Уставне жалбе одређују следећа 4 фактора: 1). обезбеђују судску заштиту против повреда уставних права, 2). воде одвојеним поступцима који се односе на уставност аката у питању, 3). могу бити поднете од стране особа које су директно погођене односим актом и 4). суд који одлучује по уставној жалби овлашћен је да "врати" жртви њено или његово право.²⁶³

Колико год да се сматра делотворним правним средством заштите људских права, уставна жалба није општеприхваћена у свим системима. Један од аргумената који говори у прилог томе је чињеница да уставна жалба неминовно отвара проблем односа уставног суда и редовних судова, због тога што основни предуслов

²⁶¹ C. Cascajo: "Rights suitable for protection by constitutional appeal procedures", *The protection of fundamental rights by the constitutional court*, Brioni, European Commission for Democracy through Law, Croatia, 23-25 09.1995

²⁶² M. Patrono: "The Protection of fundamental rights by constitutional courts-comparative perspective", <http://www.austlii.edu.au/au/journals/VUWLR/2004/>

²⁶³ G. Dannemman, *op.cit.*, p. 142

за коришћење овог правног средства исцрпљеност редовног правног пута заштите људских права. Тиме се у поступку по уставној жалби пред уставним судом, у извесном смислу, може вршити преиспитивање одлука редовних судова, што може довести у питање принцип независности и самосталности судске власти. Као контра-аргумент треба навести да уставна жалба против судске пресуде није правни лек, већ посебно правно средство којим се побија уставност закона примењеног приликом доношења судске пресуде, па уставни суд не улази у питање ваљаности пресуде, већ решава да ли је законом повређено неко од основних права. Код уставне жалбе против појединачних правних аката (управни акт, судска пресуда) Уставни суд врши функције сличне управном суду или врховној инстанци редовног судства. То се може оправдати чињеницом да се ради о повреди права грађана која су Уставом гарантована и што је при томе потребно тумачити уставне прописе. Али, ни тада уставна жалба нема карактер жалбе која постоји у редовном институционалном путу за заштиту права, већ је реч о посебном правном средству. У таквим случајевима Уставни суд није везан чињеницама које је открио редовни суд, већ може самостално приступити утврђивању чињеница.²⁶⁴

Други, практични, разлог који не говори у прилог уставној жалби је то што она води претераном оптерећењу уставног суда, што може да ослаби деловање суда у погледу других надлежности. Наиме, иако је уставна жалба замишљена као изузетно и допунско правно средство за којим треба посегнути са добрим разлозима, у пракси грађани често не схватају смисао овог института и користе уставну жалбу рутински као правно средство последњег правног степена. Уставна жалба је значајан правни лек за заштиту индивидуалних права и даје уставним судовима вредан увид у широки опсег проблема који су повезани са остваривањем основних права. Са друге стране, разматрање уставних жалби може захтевати толико времена и људске снаге да се значајни случајеви одлажу или не могу да добију пажњу коју заслужују. Да би се одржала и ојачала улога уставних судова као чувара устава, неопходно је да се створе прихватљиви услови који неће прекомерно спутати подношење уставне жалбе у озбиљним случајевима, већ који ће смањити број неозбиљних жалби и који ће спречити да уставни судови постану допунски жалбени судови. Овакви захтеви треба да буду допуњени одговарајућим механизмима који ће примењивати у случају неприхватљивих и безначајних жалби како би се очувало функционисање уставних судова.²⁶⁵ Тако је, немачки законодавац, утврдио специјалну процедуру, то је тзв. процедура прихватања (чл. 93 Закона о Савезном Уставном суду). Наиме, Уставни суд је ригидно подељен у два Сената, што одаје утисак да постоје два суда јер сваки од њих има своју улогу у одлучивању по индивидуалним жалбама. Члан 15 Закона о Савезном уставном суду, предвиђа да сваки Сенат има одбор, који чине три судије. Задатак ових одбора је да утврде да ли је жалба прихватљива и да ли има елемената да се поступак даље настави. Када одбор од троје судија прихвати жалбу, случај се

²⁶⁴ Р. Марковић, *op.cit.*, стр. 71-72

²⁶⁵ D. Kommers: *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham, London, 1997, p. 14

трансформише у одлуку Сената. Ако одбор одлучи да не прихвати, жалба се одбацује, али одлука о томе мора бити донета једногласно.²⁶⁶

Због свега тога до 90-их година уставна жалба је постојала само у Аустрији, Немачкој и Шпанији. Са распадом социјализма и изградњом нових посткомунистичких држава, заснованих на вредностима либерално-демократског конституционализма, долази до значајног ширења уставне жалбе на европском простору.²⁶⁷

3.4. Заштитни механизам садржан у Европској конвенцији

Европска конвенција се од других сличних међународних уговора о људским правима разликује по механизму заштите који се "активира" у случају повреде права који су у њој садржани. Европска конвенција утврђује два механизма заштите људских права: међудржавне и индивидуалне представке.

Међудржавна представка регулисана је чланом 33 и она подразумева да свака висока страна уговорница може преко Генералног секретара поднети представку Европском суду за људска права против других држава чланица у вези са повредама одредаба из Конвенције и додатних Протокола. Ово право на притужбу представља врло значајно одступање од принципа међународног права који се односе на међудржавне активности. Према овим принципима, држава може покренути активност на међународном плану против неке друге државе, само када је у питању право те државе, или када та држава покрене предмет који се односи на неког њеног држављанина за кога сматра да га је друга држава третирала на начин који је супротан правилима међународног права. То је тзв. дипломатска заштита.²⁶⁸ Према Европској конвенцији, држава може да се јави као подносилац међудржавне представке у два случаја. Први случај, је када држава наступа у своје име и у интересу заштите повређених људских права својих држављана. У овом случају, међудржавна представка се у дејству изједначава са индивидуалном представком. У другом случају, држава подноси међудржавну представку услед инкомпатибилности домаћих закона или административних процедура једне државе са Конвенцијом, при чему није неопходно да је то кршење усмерено против неке одређене особе, а то је, тзв. апстрактна представка. У овом случају, држава подноси представку као *actio popularis*, ради заштите објективног правног поретка формираног Европском конвенцијом и ради заштите европског јавног поретка.²⁶⁹

Да би представка била прихватљива, нису потребни скоро никакви *prima facie* докази, нити држава треба да има неки посебан интерес за покретање поступка. Довољан услов, по члану 1 Конвенције, јесте да је до наводног кршења Конвенције дошло на територији под јурисдикцијом државе против које је

²⁶⁶ Ibidem

²⁶⁷ Више о томе О. Вучић, В.Петров, Д. Симовић, *op.cit.*, стр. 187

²⁶⁸ P. Van Dijk, J.H. van Hoof, *Theory and practice of the European Convention on human rights*, The Hague, 1998, p. 40

²⁶⁹ Ibidem

представка поднета. У пракси, државе показују већу спремност да поднесу међудржавну представку када постоји кршење права у односу на особе које су њихови држављани и са којима они имају посебне везе.²⁷⁰ Услови за подношење индивидуалне представке примењује се *mutatis mutandis* и на поднету међудржавну представку, али са том разликом да међудржавна представка не може бити одбачена у фази испитивања као очигледно неоснована. Такође, по природи ствари није потребно ни испунити услов у погледу тога да се искористе сва правна средства предвиђена унутрашњим правом. Поступак по међудржавној представци окончава се пресудом, која има велики правни и политички значај.

У досадашњој пракси већина случајева покретаних пред Комисијом, били су уперени против држава које у то време нису признавале право на подношење појединачне представке, што је представљало једини начин испитивања њихове одговорности због кршења Конвенције.²⁷¹ Међутим, неке од ових представки биле су мотивисане политичким разлозима,²⁷² али су и државе управо из политичких разлога показивале велику опрезност код евентуалног подношења представки. Узимајући у обзир да је број поднетих међудржавних представки (до априла 1997. поднето укупно 19²⁷³), и број кршења која су се десила у 50 година колико је Конвенција на снази, очито је да се овај заштитни механизам није показао неопходним. Каснијим прихватањем права на подношење индивидуалне представке смањен је, а у последње време и потпуно елиминисан број међудржавних жалби на кршења права гарантованих Конвенцијом.

У фокусу нашег интересовања, када говоримо о покретању поступка пред Европским судом за људска права јесу индивидуалне представке, односно право појединаца и организација да оспоре одлуке својих влада обраћајући се међународним органима ради заштите својих права. О томе су се још раније водиле расправе у различитим органима Уједињених нација задужених за права човека. Томе су се противиле социјалистичке државе, видећи то као мешање у унутрашње ствари држава. Стога, на универзалном плану тешко је било остварити непосредну заштиту права човека. Али је зато знатно више могло бити учињено у регионалним оквирима. Ту се, пре свега, има у виду европско подручје на коме се простире Европска конвенција, мада појединачно право на представку није прихваћено без

²⁷⁰ Тако нпр. Кипар је први пут поднео представку против Турске, која се односила на третман држављана Кипра у време турске инвазије и касније окупације тог острва. Из овог спора су произашле три представке. Аустрија је у предмету *Pfunders* покренула поступак, у вези са кривичном гоњењем шесторице младића у Италији за убиство италијанског цариника у пограничном подручју Алто Адиђе, око којег две државе воде спор. Представка Ирске против Уједињеног Краљевства односила се на третман и закон и који се односи на римокатолике Северне Ирске.

²⁷¹ На пример, случај Данска и други против Турске, представка бр. 9940/82,

²⁷² На пример, у позадини поступка покретаних од стране неких скандинавских земаља против Грчке и Турске стајали су хуманитарни разлози.

²⁷³ Заправо, само шест ситуација из различитих држава представљене су Стразбуру путем међудржавне представке. 1950-их година, Грчка се два пута жалила на понашање Уједињеног Краљевства на Кипру; Аустрија је поднела представку 1960. године у односу на догађаје у време против јужнотиролских активиста у Италији, поред представки скандинавских држава и Холандије које су се односиле на Грчки војни режим.

дискусије у време стварања Нацрта Конвенције.²⁷⁴ Коначно, постигнут је споразум да Суд (односно тада Европска Комисија), може да прима представке од сваке особе, невладине организације или групе лица које тврде да су жртве повреде права установљених Конвенцијом, али само ако држава против које је представка поднета јасно признаје надлежност Суда да прима такве представке. Државе које су путем тзв. "колонијалне клаузуле", прогласиле Европску конвенцију примењивом на једну или више територија под њиховом одговорношћу, могу и за те територије признати надлежност Суда да прими захтеве појединаца.²⁷⁵

Члан 34 Европске конвенције (раније члан 25), коју уводи право на подношење индивидуалне представке несумњиво је најпрогресивнија одредба Конвенције. То је први инструмент у области међународног јавног права који појединца чини субјектом међународног права, чиме су укинута ограничења која су у односу на појединца постојала у традиционалном међународноправном систему заштите људских права и тиме је постигнут велики напредак у заштити људских права. Осим тога, како државе често оклевају приликом подношења међудржавних представки, то подношење индивидуалних представки представља готово једини начин за остваривање циља и сврхе Конвенције у осигуравању права и слобода појединаца у односу на државу.²⁷⁶

3.5. Европски систем заштите и заштита права у поступку по уставној жалби-сличности и разлике

Уставна жалба, која се подноси националном уставном суду попут појединачне представке, која се подноси Европском суду за људска права, ставља појединца у центар правне заштите омогућајући му да у једном равноправном поступку стоји наспрот далеко моћнијем "ривалу" односно држави. Са аспекта обичног грађанина оба правна средства имају изузетан психолошки ефекат и чине да се он осећа равноправним чланом друштва, у коме неће бити обесправљен у односу на државу. Оба средства показују да је и на унутрашњем и на међународном плану држави, односно, међународној заједници стало до појединца.

Основне сличности у погледу индивидуалне представке и уставне жалбе уочавају се у погледу тога ко може бити подносилац представке/уставне жалбе, шта може бити предмет представке/уставне жалбе и који су услови прихватљивости представке/уставне жалбе. У погледу ових елемената преламају се и основне разлике између индивидуалне представке и уставне жалбе.

²⁷⁴ Наиме, постојала су велика размимоилажења у мишљењима унутар Консултативне скупштине, како се тада звала, и Комитета министара. Скупштина се залагала за појединачно право на притужбу које би се могло користити у свим предметима, док је став министара био да такво право може да се користи само под надзором и уз сагласност дате владе. Видети: P. Van Dijk, G. J. van Hoof, *op.cit.*, стр. 41

²⁷⁵ Ibidem

²⁷⁶ Ibidem

3.5.1. Питање активне процесне легитимације

Сходно члану 34 Европске конвенције, подносилац представке може бити свако физичко лице, невладина организација или група лица, што зависи од природе самог права. Наиме, на извесна права могу се позивати само појединци и она се не могу проширивати на организације, као нпр. слобода мисли, савести и вероисповести, право на образовање итд. Физичка лица могу да поднесу представку независно од свог држављанства,²⁷⁷ домицила, старосне доби,²⁷⁸ психичких или физичких ограничења и слично.²⁷⁹ Ово право припада и насцитурусу у погледу уживања извесних права из Конвенције.²⁸⁰ Смрћу физичког лица по појединачној представи не обуставља се аутоматски поступак пред Судом, већ поступак могу да наставе његови/њени наследници или блиски сродници ако за то имају оправдан интерес или ако решење појединачне представке може да буде од општег интереса. Под оправданим интересом за настављање поступка по представи подразумева се постојање директних или индиректних последица на личност наследника или блиских сродника које имају у вези са утврђењем повреде права из Конвенције.²⁸¹

Невладине организације и групе лица, који су означени као подносиоци представке, могу то да чине независно од тога да ли имају страначку способност по свом *lex nacionalis*. Под правним лицима се подразумевају искључиво правна лица приватног права, док правна лица јавног права могу да подносе представку која се не тиче вршења њихових државних функција односно јавних овлашћења. Страначку способност имају и државни универзитети и факултети, државне ТВ и радио станице, цркве и остала религиозна удружења, политичке странке, синдикати.

Док се државе могу жалити на "наводно кршење одредби Конвенције од стране друге високе стране уговорнице", и сходно томе, на национално законодавство или административну праксу *in abstracto*, приликом подношења индивидуалне представке подносилац мора да тврди да је жртва кршења права, одређеног Конвенцијом од стране једне од високих страна уговорница. То искључује могућност подношења *actio popularis*, као и подношење апстрактних представки.²⁸² Подносилац представке мора бити лично угрожен наводним кршењем, односно мора бити жртва повреде права. Према пракси Суда, реч жртва

²⁷⁷ ECHR, Winterwerp, presuda od 24.10.1979., Series A, no.33

²⁷⁸ ECHR, Marcks, presuda od 13.6.1979, Series A, no.31, br.50

²⁷⁹ ECHR, Ahmed, presuda od 17.12.1996, Series, RJD, 1996-VII, br.31

²⁸⁰ Страначка способност насцитуруса јавља се у вези са заштитом права из чл.1 Протокола бр.1 Види: F. Abr Jochen, P. Wofgang, *Europäische menschenrechtskonvention*, EMRK-Kommentar, 2007.

²⁸¹ Commission, Funke, Decision of 6.10.1988, DR 57, str. 5,24

²⁸² Међутим, Комисија је прогласила прихватљивим појединачне представке које су имале делимично апстрактни карактер. Један број представника Северне Ирске поднео је представке против мучења којем су наводно били изложени од стране британских снага у време када су били лишени слободе, док су уз то тврдили да је овакав третман представљао део "систематичне административне схеме која дозвољава и подржава бруталност." Videti: P. Van Dijk, Van Hoof G., *op.cit.*, pp. 43-44

у члану 25 односи се на особу која је директно погођена радњом чињења или нечињења која је у питању.²⁸³ Појединац представку може поднети и против закона које постоје у једној земљи позивајући се на супротност ових одредби унутрашњег права са одредбама Конвенције. Подношење индивидуалне представке овде показује сличност са индивидуалном жалбом која се у Немачкој може поднети против закона, што није својствено другим системима. Међутим, у оба случаја неопходан услов јесте да подносилац мора да докаже свој статус жртве, односно да је директно погођен таквим законом, чиме се спречава подношење *actio popularis*.²⁸⁴ Питање је да ли подносилац, чији интерес постоји у будућности, може да се сматра жртвом у смислу чл. 25. Ранија пракса Комисије показивала је њену спремност да у одређеним предметима прихвати будући интерес. Поред будуће жртве, можемо говорити о индиректној жртви, када појединац доживи личну повреду која ја изазвана кршењем Конвенције против неког другог, али мора имати довољно блиску везу са директном жртвом кршења да би се и сам сматрао жртвом.²⁸⁵ Појам потенцијалне жртве срећемо и у случајевима када појединац подноси представку због тога јер закон крши његова права предвиђен Европском конвенцијом, чак и ако против њега није примењена ниједна конкретна мера. Потенцијалне жртве морају уверити Суд да постоји стварна опасност да они лично буду непосредно погођени тим кршењем.²⁸⁶ Међутим, није неопходно, да је жртва претрпела "штетно" или "погубно поступање" што је битно само у смислу захтева за правичну надокнаду у складу са чланом 41 Конвенције.²⁸⁷

Подношење уставне жалбе може се дозволити сваком ко је носилац уставних права, тако да уживање овог права не мора бити условљено држављанством, а може бити отворено и за правна лица, у мери у којој она могу бити субјект уставних права. Уопштено говорећи, уставну жалбу може поднети само лице које је директно погођено оспореним актом и које има легитиман правни интерес да то учини. У неким правним системима, попут Немачке и Шпаније, како

²⁸³ Videti predstavku 99/55, X v. Federal Republic of Germany, Yearbook I (1955-1957), str. 160 (161)

²⁸⁴ Тако, један аустријски подносилац (бр. представке 7045/75), тврдио је да је закон о побачају у његовој земљи у супротности са члановима 2 и 8 Конвенције. Ова представке није прихваћена јер Комисија није надлежна да разматра in abstracto компатибилност закона са Конвенцијом Дати закон тиче се сваког аустријског држављана, с обзиром на његове ефекте по будућност нације и по морал и правна стандарде нације и себе је именовано за представника који ће поступати у име нерођене деце уопште. Док је у предмету Malone, Комисија закључила да подносилац директно трпи због закона и праксе у Енглеској и Велсу, по коме су тајно праћење и надзор поштанских и телефонских комуникација од стране полиције дозвољени и дешавају се. Његова комуникација је у свим релевантним периодима била подложна таквом надзору, а да он није могао о томе добити било каква сазнања. Сходно томе, он има право да тврди да је жртва независно од тога да ли у којој мери он може да покаже да су те мере на њега примењене". Видети о томе: P. Van Dijk, Van Hoof., *op.cit.*, pp. 46-47

²⁸⁵ Комисија је прихватала представке блиских сродника жртве или било ког трећег лица, уколико дато кршење подједнако изазива штету по то лице и ако постоји лични интерес за окончање тог кршења. При том, и чисто нематеријални интерес је довољан за прихватљивост тврдње подносиоца као индиректне жртве.

²⁸⁶ Videti npr. Open Door i Dublin Woman protiv Irske, br.14234/88 i 14253/88, Serija A; br. 246, 209.10.1992 (1993) 15 EHRR 255, stav 4 i Johnston i ostali protiv Irske, br.9697/82, Serija A, br. 112, 18.12.1986. (1987)) EHRR 203, stav 42.

²⁸⁷ Ф. Лич, *op.cit.*, стр. 130

је већ поменуто, утврђена је исцрпна листа права која се могу заштити уставном жалбом, док се у Аустрији препушта судству да дефинише која су права подобна да буду заштићена уставном жалбом. У сваком случају, полази се од тога да се уставном жалбом штите уставна права, мада се у пракси показало да је врло тешко утврдити прецизну линију разграничења између повреде уставних права и повреде осталих права. При том, сувише уско тумачење може да значајне области права остави без заштите, док општи приступ претвара уставни суд у додатни апелациони суд. Ипак, функција уставне жалбе није да ограничи заштиту индивидуалних права већ да прошири "специфичан механизам судске надокнаде и на објективно уставно право", односно да "штити објективно уставно право и да подржава његово тумачење и развој". Штитећи своја основна права и спроводећи своје интересе грађанин се бори за остваривање основних уставних принципа.²⁸⁸ Међутим, често није довољно само тврдити да је дошло до повреде основног права, већ је неопходно да је таква повреда лична, реална и тренутна. Лична повреда значи да се жалилац обраћа Суду само због повреде неког свог основног права, што искључује могућност да се уставна жалба употреби ради заштите права других. Стварна повреда значи да повреда мора да постоји у време када се подноси, и да не може престати у будућности. Тренутна повреда значи да је она директна последица оспореног акта и да није резултат неког каснијег акта.

Посматрајући како је питање активне процесне легитимације решено код подношења уставне жалбе, стиче се утисак да унутрашњи правни системи строже постављају услове за изјављивање уставне жалбе и да се то одражава на круг лица који имају активну процесну легитимацију, који је ужи него код подношења представки Европском суду. Наравно, држава се не може појавити у улози подносиоца уставне жалбе, као што таква могућност постоји када су у питању међудржавне представке које се подnose Европском суду, али су оне ипак далеко мање заступљене и потпуно су превладане индивидуалним представкама, тако да ова разлика, можемо рећи остаје само на нивоу теоријских могућности. Али се једна друга значајнија разлика може се уочити. Док уставна жалба у унутрашњим уставним системима има наглашени субјективни карактер, односно служи заштити личног интереса жалиоца, појединачна представка која се подноси Европском суду може да има објективни карактер. Наиме, појединачна представка може да се тиче не само личног интереса подносиоца, већ и да буде поднета у јавном интересу. Стога, раније постојећа Европска Комисија је усвојила став да, на основу опште функције коју има по члану 19, а која се односи на то да осигура поштовање обавеза које су високе стране уговорнице преузеле у овој конвенцији, јесте надлежна да разматра *ex officio* да ли је било кршења права, односно да не треба да се ограничити на разматрање кршења права које је подносилац изричито навео.²⁸⁹ Још једна импликација објективног карактера присутна је у ставу Комисије да и када подносилац повуче представку или више не показује интересовање за "свој" предмет, поступак може бити настављен у општем интересу. "Интерес којем служи заштита људских права и основних слобода које гарантује Конвенција сеже даље

²⁸⁸ Н. Werner, *op. cit.*, p.129

²⁸⁹ Видети представку 202/56, X v. Belgium, Yearbook I 81955-1957), str. 190 (192) и обједињене представке Foti, Lentini and Cenerini v. Italy, D&R 14 (1979)

од појединачних интереса датих особа; (...) док, сходно томе, повлачење представке и сагласност одговорне владе за то не могу лишити Комисију надлежности да настави своје разматрање тог предмета."²⁹⁰

3.5.2. Предмет представке и уставне жалбе

Разлика у погледу индивидуалне представке и уставне жалбе долази до изражаја и у погледу предмета, односно аката који се могу оспоравати. Наиме, предмет индивидуалне представке је дат у општим терминима, док се детаљнија правила срећу код подношења уставне жалбе. Генерално посматрано, приликом подношења индивидуалне представке подносилац се позива на повреду или повреду Европске конвенције или Протокола, наводећи одговарајуће доказе за своје тврдње. Како обраћање Европском суду може да уследи тек након што су искоришћена сва расположива правна средства, то је неопходно у представци навести коначну домаћу одлуку, те суд или други орган који је ту одлуку донео. Да ли то онда значи да се индивидуалном представком оспорава одлука домаћег суда, и да ли представка може бити уперена против аката неких других државних органа? То нас већ доводи до питања односа унутрашњег и европског заштитног механизма, и на однос домаћих судова и Европског суда за људска права, о чему ће касније бити речи.

Акти у односу на које је могуће изјавити уставну жалбу су прецизно наведени у унутрашњим правним системима. У погледу аката који се могу оспоравати уставном жалбом, могуће је обухватити рад свих државних органа, и законодавних, и извршних, и судских, или пак, што је случај у Аустрији, из ове "контроле" могу бити изузети судски акти. У Шпанији, уставна жалба се може поднети против одлука, правних аката или радњи органа јавне власти, али су из жалбеног система искључени закони. Предмет уставне жалбе је најшире постављен у Немачкој и уставна жалба се може поднети против било ког акта или пропуста извршне, судске или законодавне власти. Представке морају бити усмерене против државе, не против појединаца или групе појединаца. Одговорност државе односи се на све њене органе, укључујући и оне који су по закону државе независни о влади, као што је правосуђе. Дакле, индивидуална представка може бити уперена против било ког акта односне државе, али како је претходни услов да буду исцрпљена сва расположива правна средства, онда се у највећем броју случајева у представци подносилац позива на коначну одлуку домаћег суда. Односно представка је уперена против појединачних аката, мада је било случајева да се представка директно подноси против закона.

3.5.3. Супсидијарна природа представке и уставне жалбе

Представка која се подноси Европском суду за људска права и уставна жалба су по својој природи супсидијарна правна средства и могу се изјавити након

²⁹⁰ Predmet Gericke protiv Savezne Republike Nemačke, predstavka br. 2294/64, Yearbook VIII (1965.), str. 314 (320)

што су искоришћена сва друга расположива права средства. Наиме, подносилац представке треба да уложи сва могућа правна средства по свим инстанцама, укључујући и сам Уставни суд у правним системима где је постоји уставна жалба или тужба. Тако, обраћање уставном суду и подношење уставне жалбе треба да претходи обраћању Европског суда за људска права, што је врло значајна тачка пресека на којој се може увидети и ефикасност домаћег механизма заштите људских права. Уосталом, рационални разлог за правило о искоришћености унутрашњих правних лекова ће пружити могућност домаћим властима да исправе кршење Конвенције које су починили домаћи државни органи, пре него што то питање доспе до Европског суда за људска права. Правило "исцрпљивања локалних правних лекова" (*épuisement des voies de recours internes*), сматра се општим правилом међународног процесног права. То правило, темељи се на претпоставци, која је изражена у чл. 13 Европске конвенције, да у унутрашњем правном поретку постоји делотворан правни лек који се може применити у случају наводног кршења Конвенције, без обзира на то да ли је Конвенција иначе постала саставни део домаћег законодавства.²⁹¹

Од подносиоца представке очекује се да покаже да се Европском суду обратио, тек након што је, искористио сва расположива правна средства које пружа унутрашњи правни систем односне државе. Тужена држава може да доказује да они нису искоришћени, тако што ће евентуално указати на онај унутрашњи правни лек који је у околностима конкретног предмета требало да буде искоришћен. Али, у том контексту треба имати у виду да је врло важан и квалитет тог правног средстава. То значи, да држава мора да увери Суд у делотворност датог правног лека, као и то да је дати правни лек био на располагању тужиоцу и да је нудио разумне изгледе на успех. Ако држава укаже да расположиви правни лек који је, по њеном мишљењу, требало искористити, није искоришћен подносилац мора да покаже да је тај правни лек искоришћен или да није делотворан или адекватан, односно да постоје разлози који оправдавају зашто није покушано са коришћењем тог правног лека.²⁹²

Тиме, долазимо до правила, које је настало у пракси Стразбуршких органа, а које гласи да се морају исцрпсти само правни лекови који су делотворни и адекватни. Појединац је изузет обавезе исцрпљивања одређених локалних лекова, ако су у околностима његовог предмета ти лекови били неадекватни или неделотворни.²⁹³ Делотворност унутрашњих правних лекова оцењује се према томе, да ли они садрже довољне гаранције да осигурају делотворну правну заштиту од власти. Тако, нпр. обраћање омбудсману, који надзире рад органа управе, али који не може да доноси обавезујуће одлуке не представља делотворан и адекватан правни лек (у смислу чл. 26). У неким правним системима, виши или највиши суд, надлежан је само у погледу правних питања, али не и у погледу чињеничних питања. Ако се представка односи на чињенична питања, онда подносилац нема

²⁹¹ Видети, нпр. *Agdivar protiv Turske*, br. 21893/93, 16.9.1996., (1997), 23 EHRR 143, stav 65.

²⁹² Ф. Лич, *op.cit.*, стр. 136-137

²⁹³ Видети нпр представка 7011/75, *Becker v. Denmark*, D&R 4 (1976), str.215 (232-233), представка 7465/76 X v. Denmark, D& R 7 (1977)

обавезу да се пре тога обрати датом суду. Исто важи и у погледу могућности подношења уставне жалбе на одлуку другог суда. Ако одлука уставног суда поводом уставне жалбе може да има било какав утицај у односу на коју је поднета представка Суду, она мора бити искоришћена. То је нпр. случај у Немачкој. У неким правним системима, попут италијанског, не постоји могућност да појединци подносе уставне жалбе уставном суду. Једини начин на који појединац може да комуницира са уставним судом је преко редовног суда, а редовни суд одлучује да ли ће питање уставности покренути пред Уставним судом. У таквим случајевима, појединац мора да покрене питање уставности у поступку пред редовним судом. Ако то није учинио не може да тврди да није имао приступа Уставном суду.²⁹⁴

Посматрајући природу уставне жалбе у унутрашњем праву, можемо рећи да се ради о ванредном правном средству. Устав, као највиши закон државе мора бити поштован и примењен од стране свих судова. Стога, подношење уставне жалбе је последње прибежиште, појединац се обраћа Уставном суду ако су сви остали покушаји да се спречи повреда основног права остали неуспешни. Исцрпљеност правних лекова је један од најзначајнијих захтева који у значајној мери смањују обим рада уставног суда, а опет обраћање грађана домаћем уставном суду и захтев да сви унутрашњи правни лекови буду искоришћени је захтев који смањује обим рада Европског суда за људска права. Исцрпљеност правних лекова значи да странка заиста треба да преузме активну улогу и да искористи сва правна средства, која јој стоје на располагању, а не да се само формално креће кроз правосудни систем. Странка која мисли да је њено основно право повређено мора да скрене пажњу суду на то. То не значи да странка мора експлицитно да упути на своје основно право или чак на одређену одредбу Устава, али мора да укаже на суштину ствари. Ако је случај у току, а жалилац је већ добио одлуку у којој се пориче његов првобитни захтев нпр. у виду међупресуде, уставна жалба се може прихватити ако жалилац тврди да се на тај начин повређују његова основна права или ако се чини неразумним да се захтева да буду у потпуности искоришћени сви правни лекови, јер жалилац трпи озбиљну и неотклоњиву последицу, или је ствар од општег значаја. Са друге стране, исцрпљеност свих правних лекова треба тражити ако правно или чињенично стање није довољно разјашњено.²⁹⁵

У већини правних система не постоји обичан правни лек против законодавних аката. Ако такви акти директно погађају појединца, они се могу оспоравати у поступку по уставној жалби, без претходног исцрпљивања осталих средстава. Уставни суд тада може да одлучи о уставности закона, који још није протумачен од стране судова који су за то надлежни. Да би се то избегло што је могуће више, Савезни уставни суд Немачке захтева да се жалиоцима учине доступним сва расположива правна средства укључујући и могућност да се тражи деклараторна одлука пре подношења уставне жалбе против законодавних аката. Ове одлуке засноване су на општем принципу супсидијарности уставне жалбе.²⁹⁶

²⁹⁴ Videti predstavku br. 6452/74, *Sacchi v. Italy*, D&R 5 (1976), str. 43 (51)

²⁹⁵ D. Kommers, *op.cit.*, p. 429

²⁹⁶ *Ibidem*

Слично решење чини се да је прихваћено и на нивоу Европске конвенције. Наиме, неки теоретичари заступају гледиште да правило о исцрпљивању свих правних лекова се не примењује када се представка подноси директно против правила одређене државе. Тако нпр. Castber²⁹⁷, Jacobs²⁹⁸, Danelius²⁹⁹, сматрају да правило о искоришћености правних лекова не може да се сматра опште прихватљивим у односу на представке које се односе на компатибилност законодавних мера са Конвенцијом. То се потврђује и у пракси Стразбуршких органа. У својој одлуци од јануара 1968. године о прихватљивости Грчког случаја,³⁰⁰ Комисија је навела да када се говори о условима прихватљивости представке у смислу чланова 26 и 27, став 3 Конвенције, која се односи на искоришћености свих расположивих средстава, према опште прихваћеном правилу међународног права не примењује се у случају када је предмет представке компатибилност законодавних мера и управне праксе у Грчкој са Конвенцијом. Али, није довољно да подносилац представке само тврди да законодавне мере или управна пракса нису у складу са Конвенцијом, већ је потребно и да приложи потребне доказе. У пракси, може бити тешко да се покаже постојање управне праксе, док са друге стране, није проблематично установити постојање одговарајућих законодавних мера.³⁰¹

3.5.4. Рок у коме се могу изјавити представка и уставна жалба

Европски суд за људска права може узети предмет у поступак, тек када буду исцрпљени сви унутрашњи правни лекови, у року од 6 месеци, од дана када је поводом њега донета правноснажна одлука. Сврха овог временског ограничења је да спречи, да власти и друга лица дужи временски период буду у стању неизвесности, а и да би се омогућило установљење чињеница у предмету, што би, временом било све теже и теже, и тиме би испитивање питања отворених по Конвенцији постало проблематично.³⁰²

Рок почиње да тече један дан по доношењу коначне одлуке у поступку пред домаћим судовима. То обично значи дан изрицања пресуде. Међутим, ако пресуда није изречена јавно, рок тече од датума када је подносилац представке или његов заступник обавештен о одлуци. Ако образложење одлуке уследи после дана објављивања саме одлуке или обавештавања подносиоца представке о њој, рок почиње да тече од тог потоњег датума, уколико су разлози за доношење одлуке важни са становишта примене Конвенције. Ако нема домаћих правних лекова, представку Суду треба поднети у року од 6 месеци од догађаја или одлуке на коју се жале, или у року од 6 месеци пошто је, подносилац представке сазнао за њих.

²⁹⁷ F. Catsberg, T. Opsahl, T. Ouchterlony, *The European Convention on Human Rights*, Sijthoff, 1974, p.46

²⁹⁸ F. Jacobs.: *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 1975, p. 237

²⁹⁹ D. Hans, "Conditions of Admissibility in the Jurisprudence of the European Commission of Human Rights", *Revue des droits de l' home*, (1969), p. 287

³⁰⁰ Представка бр. 3321/67; 3322/67; 3323/67 и 3344/67.

³⁰¹ L. Mikaelson, *European protection of human rights*, 1980, The Netherlands, pp. 122-123

³⁰² Van Dijk, Van Hoof, *op.cit.*, p. 143

Такав приступ Суд ће применити где год је од самог почетка јасно да подносилац представке није имао на располагању ниједан делотворни правни лек. Слично томе, када се подносилац представке жали због одсуства одговарајућих правних лекова против одређене радње за коју наводи да представља кршење Конвенције, рок од шест месеци тече од датума када је та радња извршена. Уколико је разлог за покретање поступка пред Европским судом читав низ догађаја, најсигурније је представку поднети у року од 6 месеци од првог инцидента. Ако су, међутим, ти догађаји повезани, представка се може поднети у року од шест месеци од последњег догађаја у серији. Ако подносилац представке користи правни лек за који се испостави да је неделотворан, рок од шест месеци може тећи од доношења коначне одлуке донете по делотворном правном леку, или од дана када се догодио сам инцидент, ако није било делотворних правних лекова.

Овде се показује да постоји блиска повезаност између захтева да буду искоришћени сви делотворни правни лекови у унутрашњем праву и шестомесечног рока, а подносиоца то може ставити у врло тежак положај. Наиме, ако прво уложи правни лек у унутрашњем праву, за који се касније испостави, да није делотворан, излаже се ризику да његова представка неће бити примљена због прекорачења рока од шест месеци. Ако се пак одмах обрати Европском суду, постоји ризик да таква представка неће бити прихваћена јер нису искоришћена сва средства у домаћем праву. У таквим околностима, подносиоцу је боље да понесе представку Суду и да истовремено тражи дати правни лек. Тако ће у сваком случају испоштовати временски рок, а ако се у међувремену донесе одлука домаћег државног органа, подносилац може поново поднети представку.³⁰³ Уколико се ствар, због које се подносилац представке жали, наставља рок не почиње да тече све док кршење не престане да има трајно дејство. Продужено кршење постоји ако се подносилац жали на трајно постојање одређених закона. Европски суд за људска права не може да разматра ниједну представку која је већ поднета некој другој међународној инстанци ради испитивања, односно решавања и која не садржи ниједан битан нови податак (члан 35, став 2, тачка б). Међутим, да би представка по овом основу била неприхватљива њен садржај мора у суштини бити исти и мора је поднети исти подносилац.

Временско ограничење примењује се и у односу на уставне жалбе. Оно треба да осигура да случај буде решен у разумном року и да штити поверење друге стране. Наиме, пошто је уставна жалба ванредни правни лек против коначне одлуке, онда је још јачи императив да се заштити друга страна у иницијалном конфликту. Из тих разлога, временско ограничење не треба да буде сувише дуго, али мора подносиоцу оставити довољно времена да сам напише жалбу или да пронађе адвоката, који би га заступао. Обично се сматра да је период од једног до два месеца довољан, а ако су у питању уставне жалбе против законодавних аката онда тај рок треба продужити и на шест месеци до једне године. Тај дужи рок може се оправдати на следећи начин: са једне стране, тешко је научити нови закон и његов тачан садржај и последице које из тога произилазе, а са друге стране, не

³⁰³ Ibidem

постоји потреба за заштитом, јер нико није сигуран да законодавни акт неће бити оспорен у будућности и евентуално бити проглашен неуставним.³⁰⁴

³⁰⁴ D. Kommers, *op. cit.*, p. 14

ЧЕТВРТИ ДЕО

ОДНОС НАЦИОНАЛНИХ УСТАВНИХ СУДОВА И ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Примена Европске конвенције у поступцима пред националним уставним судовима неминовно отвара врло значајно, истовремено и врло комплексно, питање односа два суда: националног уставног суда и Европског суда за људска права. Питање односа два суда добија на специфичној тежини у околностима када се Европски суд за људска права, због своје улоге у заштити људских права, све чешће и са све више оправдања квалификује као уставни суд *suī generis*. У том смислу најпре ће бити речи о саставу и начину рада Европског суда за људска права, дејству одлука које доноси и надзорном механизму који се примењује у односу на одлуке овог Суда.

Однос Европског суда за људска права и националних уставних судова, можемо посматрати имајући у виду и промене у законодавству које су се дешавале, и које се дешавају у националним правним системима подстакнуте или директно изазване одлукама Европског суда и интерпретацијом Европске конвенције у пракси националних уставних судова

Однос два суда биће посматран кроз призму основних принципа тумачења људских права, садржаних у Европској конвенцији, чиме се открива танана повезаност два суда на истом задатку. Многи од ових принципа, које је развио и у својој јуриспруденцији уобличио Европски суд, примарно су проистекла из релевантних националних система, пре свега Немачког као најутицајнијег и најсвеобухватнијег, а затим су даље из европског модела преношени и развијани у националним правним системима држава чланица Савета Европе.

4.1. Европски суд за људска права-састав и начин рада

Европски суд за људска права установљен је 21. јануара 1959. године, након што је осам земаља уговорница доставило декларације којима признају обавезну надлежност Суда. Први предмети пред Судом нашли су се две године касније, а следећи тек након пет година. У тим првим годинама рада Суда број предмета је био врло скроман, али се постепено повећавао током предстојећих година. Тренд раста је посебно изражен крајем 80-их година прошлог века, када је дошло и до значајног повећања држава потписница Европске конвенције³⁰⁵. Са порастом броја

³⁰⁵ Док су 60-их година Стразбуршки органи примао око 5 представки годишње, односно 16 представки током 70-их година, и око 46 представки током 80-их година, са проширењем Савета Европе на подручје Источне Европе долази до "експлозије" представки. Наиме, 1998. године примљено је 18,200 предмета, током 2000. године је поднето 30069 представки, 2005. године 41510 представки, да би у 2006. години тај број износио невероватних 50,500 представки.

поднетих представки истовремено је растао и број донетих одлука Суда, што је имало врло позитивне ефекте на ауторитет Суда и допринело изградњи читавог једног система. Додатни подстицај томе дала је реформа заштитног система садржаног у Европској конвенцији. Наиме, усвајањем Протокола бр. 11 и његовим ступањем на снагу новембра 1998. године, Европски суд за људска права је установљен као стални орган Конвенције који има обавезну надлежност за све земље чланице Савета Европе. Преузимајући послове које су до тада биле у надлежности Европске комисије за људска права и "старог" Европског суда, "нови" Европски суд је постао стожер европског заштитног система. Оваквим реформама створени су услови за директно обраћање Суду, што је једним делом утицало на повећан број предмета у раду.

Седиште Европског суда је у седишту Савета Европе у Стразбуру, али он може, ако сматра потребним, да своје послове обавља на територији држава чланица. Суд се састоји од оноликог броја судија колико има држава уговорница Конвенције. Судије треба да имају високи морални углед и да имају потребне квалификације за обављање високих судијских функција, односно да буду признати правни стручњаци, а очекује се да своју дужност обављају часно, независно и непристрасно. Свака држава има право да предложи три кандидата, а коначан избор обавља Парламентарна скупштина. Судије не морају да буду држављани држава које су их предложили и нису дужни да следе њихова упутства или наредбе. Судијама истиче мандат када наврше седамдесет година. О евентуалном разрешењу судије одлучују друге судије на Општој седници двотрећинском већином гласова, чиме је овај поступак у значајној мери деполитизован.³⁰⁶

На челу Суда је председник, који се као и потпредседници, председници Већа, секретар Суда и његов заменик, бира на Општој седници Суда. Општа седница Суда нема судску улогу. Суд је подељен у четири одељења, приликом чијег састављања се води рачуна да буде уравнотежан са географског и родног становишта, а узимају се у обзир и различити унутрашњи правни системи. Састав одељења се утврђује за период од три године. У оквиру одељења се формирају одбори. Одбори су састављени од по три судије и формирају се на период од 12 месеци. Одбори су преузели надлежност бивше Комисије за људска права и у претходном поступку, пре поступка пред већима, испитују допуштеност представки. Одбори могу једногласном одлуком да прогласе представку неприхватљивом. Ако одлука о прихватљивости представке није донета једногласно у одбору, о томе одлучује веће. Веће чини седам судија, при чему су председник односног одељења и национални судија, који не мора бити из тог одељења, *ex officio* чланови, док преостале судије одређује председник одељења наизменично из судија тог одељења.³⁰⁷

³⁰⁶ Више о томе: М. Пауновић, С. Царић: *Европски суд за људска права-надлежност и поступак*, Београд, 2007, стр. 40

³⁰⁷ Упор. М. Пауновић, С. Царић, *op.it.*, стр. 40-41 и Ф. Лич, *op.cit.*, стр. 12-13

Посебну улогу у поступку има Велико веће. У састав Великог већа улазе председник и потпредседници Суда, председници већа и друге судије изабране у складу са Пословником Суда. Велико веће одлучује поводом међудржавних спорова и индивидуалних представки, ако се поводом предмета који веће разматра покрене неко озбиљно питање од значаја за тумачење Конвенције или Протокола уз њу, или ако решење питања пред већем може да доведе до резултата који није у сагласности са неком претходно донетом пресудом Суда. Велико веће може да иступа и у улози другостепене инстанце. Наиме, сходно чл. 43 Конвенције, у року од три месеца од дана доношења пресуде већа, свака странка може, у посебним случајевима, да захтева да се предмет изнесе пред Велико веће. Колегијум од пет судија Великог већа прихватиће захтев ако се предмет тиче неког значајног питања везаног за тумачење Конвенције или озбиљног питања од опште важности. Ако колегијум прихвати захтев, Велико веће одлучује о предмету пресудом.

Протокол бр. 14 бис уз Европску конвенцију, који је усвојен на 119. састанку министара спољних послова држава чланица Савета Европе, уводи измене у конципираној "машинерији" Суда са циљем бржег процесуирања представки. Овим Протоколом уводи се новина у виду поступања судије појединца. Наиме, ради разматрања случајева који су изнети пред њега, Суд суди као судија појединац, у одборима од три судије, у већима од седам судија и у Великом већу од седамнаест судија. Судија појединац може прогласити индивидуалну представку недопуштеном или је избрисати са листе предмета, када се таква одлука може донети без даљег разматрања. Ова одлука је коначна. Ако судија појединац не прогласи представку недопуштеном или је не скине са листе предмета, тај судија ће је проследити одбору или Већу на даље разматрање. Одбор може једногласно прогласити представку недопуштеном или је скинути са листе својих предмета, када се таква одлука може донети без даљег разматрања; или је прогласити допуштеном и истовремено донети пресуду о основаности, ако је главно питање у предмету, у вези са тумачењем или применом Конвенције или Протокола уз њу.³⁰⁸

Суд доноси одлуке већином гласова присутних судија. Ако је резултат гласања нерешен, гласа се поново, а ако резултат поново буде нерешен, председник има одлучујући глас. Одлуке и пресуде Великог већа и већа усвајају се већином гласова судија који су њихови чланови. Уздржавање од гласања није дозвољено при коначном гласању поводом прихватљивости и о суштини предмета.³⁰⁹ Суд доноси одлуке без присуства јавности. Његово одлучивање остаје тајно.³¹⁰ Све одлуке састављају се на енглеском или француском језику, сем ако Суд не одлучи да се одлуке саставе на оба службена језика и објављују се у службеним издањима Суда. У одлуци већа наводи се да ли је донета једногласно или већином гласова, а прати је образложење. Пресуда постаје правноснажна када странке изјаве да предмет неће износити пред Велико веће, ако се три месеца након доношења пресуде не тражи да буде изнета на Велико веће или када колегијум одбије захтев

³⁰⁸ Чл. 4 Протокола бр. 14 бис

³⁰⁹ Правило 23 Пословника о раду Европског суда за људска права

³¹⁰ Правило 22 Пословника о раду Европског суда за људска права

за обраћање Великом већу. Пресуда Великог већа је правноснажна. Странка може тражити тумачење пресуда у року од годину дана по њеном изрицању.³¹¹

Европски суд за људска права доноси одлуке, пресуде и саветодавна мишљења. Пресудом се мериторно одлучује: представка се прихвата или се проглашава неприхватљивом. За државу су обавезујуће коначне пресуде и оне их морају извршити. Одлуке могу бити различите природе. Одлукама о допуштености и недопуштености представке решавају се, пре свега, питања од значаја за вођење поступка, а не питања која се тичу примене материјалног права, те је и питање њиховог извршења непотребно³¹². Могућност изрицања привремених мера није предвиђена самом Конвенцијом, али правило 39 Пословника о раду Суда утврђује да Веће, или, евентуално председник већа, може на захтев странке или другог заинтересованог лица, или по сопственом нахођењу, одредити привремене мере, за које сматра да их треба усвојити у интересу странака или правилног одвијања поступка.

Европски суд за људска права на захтев Комитета министара даје саветодавна мишљења поводом правних питања која се тичу тумачења Конвенције и Протокола уз њу. Саветодавна мишљења се не могу бавити питањима која се односе на садржај и домаћај права и слобода установљених у делу I Конвенције, као и о било којим другим питањем које би Суд или Комитет министара могли да разматрају у вези са поступцима који се могу покренути у складу са Конвенцијом. У захтеву за давање саветодавног мишљења наводи се питање поводом кога се тражи мишљење Суда, а уз захтев се прилажу и сва писмена која би могла да расветле сва питања која се могу појавити тим поводом. Суд поводом оваквог захтева најпре одлучује да ли питање спада у његову надлежност, а своје мишљење о томе износи у образложеној одлуци. Саветодавна мишљења усвајају се већином гласова Великог већа, а сваки судија може да приложи издвојено мишљење или може дати изјаву о неслагању.

Европска конвенција у чл. 38 утврђује пријатељско поравнање као један од начина окончања поступка пред Европским судом. Наиме, ако Суд прогласи представку прихватљивом, он ће предложити одговорној држави склапање пријатељског поравнања. Проглашавање представке прихватљивом Суд предочава да постоје озбиљни проблеми у правном систему који указују на повреду Конвенције. Обе стране сада имају потребно време да дођу до пријатељског поравнања. Да би се оно и постигло потребно је да одговорна држава изрази спремност да закључи поравнање тако што ће платити одређену своту новца или изменити одређене процедуре или изменити законодавство. Тужене државе се не одлучују лако на овај корак, јер тиме посредно, а некад и директно признају повреду Конвенције. Али, са аспекта Суда пријатељско поравнање је врло пожељно јер утиче на смањење броја предмета у раду, мада Суд може наставити са испитивањем представке ако је то потребно ради поштовања људских права и ако

³¹¹ Правило 79 Пословника о раду Европског суда

³¹² С. Ђајић, *op.cit.*, стр. 81

сматра да околности то налажу. Закључено пријатељско поравнање има исту правну снагу као донета пресуда, и надзорна улога Комитета министара је иста као и када је донета пресуда. Суд такође може прихватити и једнострану изјаву одговорне државе, иако подносилац представке није сагласан са предложеним условима, ако је Суд мишљења да је таква изјава адекватна-нпр. ако држава прихвата да је дошло до повреде права и да ће предузети мере да спречи да се то дешава у будућности, и да ће обештетити подносиоца представке. Надзор над извршавањем пријатељског поравнања такође припада Комитету министара, и ако држава не испуни обавезу по том основу, апликант се може поново обратити Суду.³¹³ До окончања поступка пред Судом долази када подносилац представке сам повуче представку. Наиме, подносилац представке може самостално да одлучује о судбини свог захтева, али у одређеној мери. Тако, ако Суд сматра да је реч о питању које захтева даље истраживање може одбити да скине случај са листе случајева. Такође, Суд може вратити предмет на листу ако то захтевају специјалне околности. Суд може брисати представку и у случају пасивности подносиоца представке, који је изгубио интерес за даље вођење поступка.

4.2. Дејство пресуда Европског суда за људска права

Европски суд за људска права, како је већ указано, може доносити пресуде, одлуке, саветодавна мишљења, али за државе у спору посебан значај имају пресуде. У том смислу биће указано на дејство које пресуде Европског суда имају на државе уговорнице, односно државне органе који функционишу под њеним окриљем.

Пресудом Европски суд утврђује да ли је држава у односу на коју је поднета представка повредила Европску конвенцију у конкретном случају. Уколико Европски суд након опсежних разматрања утврди да такве повреде нема, то ће бити потврда да је односна држава поштовала права садржана у Конвенцији у конкретном случају у коме је Суд одлучивао. Ситуација је знатно комплекснија када Европски суд утврди повреду права из Конвенције, јер по том основу произилазе значајне обавезе за односну државу. Са аспекта Европске конвенције оваква разлика између пресуда није релевантна, јер сходно чл. 46 " високе стране уговорнице преузимају обавезу да се повинују правноснажној пресуди Суда у сваком предмету у коме су странке" независно од садржине мериторне пресуде.

Већина одлука Европског суда у којима је утврђена повреда права из Конвенције садржи два елемента: став да је повређено индивидуално право и сатисфакциону компоненту. Уколико утврди повреду Конвенције или Протокола уз њу, а унутрашње право Високе стране уговорнице у питању омогућава само делимичну одштету, Суд ће, ако је то потреба пружити правично задовољење оштећеној страни.³¹⁴ У чл. 41 није утврђено како ће се пружити правично задовољење, али одговор је настао у пракси Суда. Суд може досудити одређени

³¹³ Упор. G. Ress: "The Effect of Decisions and Judgments of the European Court of Human Rights in the Domestic Legal Order", *Texas International Law Journal*, pp. 358 и М. Пауновић, С. Царић, *op.cit.*, стр. 88-89

³¹⁴ Чл. 41 Европске конвенције

новчани износ, али може изрећи и неке неновчане мере у корист подносиоца представке. Сврха досуђивања новчане накнаде на име правичног задовољења јесте да се обезбеди одштета само за штету коју су претрпеле заинтересоване стране у мери у којој такви догађаји представљају последицу кршења која се на други начин не може отклонити и исправити.³¹⁵ Основни критеријум за досуђивање надокнаде материјалне, али и нематеријалне штете, јесте постојање узрочне везе између утврђене повреде Конвенције или Протокола и настале штете. Неновчане мере које Суд може изрећи у корист оштећене странке јесу декларативна изјава о постојању повреде Конвенције и изрека да држава треба да изврши *restitutio in integrum*. Суд је у великом броју пресуда сматрао да утврђивање кршења Конвенције представља довољно правично задовољење за подносиоца представке.³¹⁶ Изрицање ове мере је посебно погодно за спречавање потенцијалних повреда Конвенција које још увек нису изазвале знатну штету. *Restitutio in integrum* односи се на обавезу државе да обезбеди оштећеној страни повраћај у пређашње стање које је постојало пре повреде права из Конвенције. Ова мера је присутна у пракси Суда тек почев од 1995. године и случаја *Papamichaopoulos*, када је Суд одлучио да "држава има вратити подносиоцу представке, у року од 6 месеци, земљиште у питању... укључујући и зграде на њему".³¹⁷

Пресуда у којој је Суд утврдио да је дошло до кршења одредби Конвенције намеће туженој држави обавезу да оштећеној страни исплати своте досуђене у виду правичног задовољења, али и да, под надзором Комитета министара изабере опште и/или појединачне мере које треба да буду усвојене у њеном унутрашњем правном поретку, како би окончала повреду коју је Суд утврдио и како би се у највећој мери отклонила и исправила последица овог кршења. Правично задовољење које је држава дужна да плати подносиоцу представке на име претрпљене повреде права из Конвенције је најједноставније спровести у пракси. Ситуација је овде потпуно јасна: Европски суд је досудио одређени новчани износ, валуту у којој се плаћа, корисника, рок и место плаћања, као и начин обрачуна камате у случају задоцњења у њеној исплати. Ови услови су једнострано одређени и нису подложни измени. Поред тога, на основу пресуде Европског суда којом је утврђена повреда права из Европске конвенције, за државе могу настати следеће обавезе: обавеза да оконча кршење права у односу на подносиоца представке, затим обавеза да подносиоцу представке обезбеди повраћај у пређашње стање, али и да предузме мере којима ће спречити будуће повреде у односу на друге појединце који могу бити погођени повредама. Међутим, Суд није надлежан да поништи национално законодавство или одлуке које су у супротности са Европском конвенцијом, нити је у позицији да издаје наредбе државама уговорницама³¹⁸.

³¹⁵ G. Ress, *op.cit.*, p.374-375

³¹⁶ Videti presudu u predmetu K.-F. protiv Nemačke (od 27.11.1997.) u kojoj je Sud jednoglasno zaključio da ova presuda, samo po sebi, predstavlja adekvatno pravično zadovoljenje u pogledu bilo kakve nematerijalne štete.

³¹⁷ *Papamichaopoulos and Others v. Greece* (Art. 50), Judgment of 31 October 1995

³¹⁸ B. M. van Emmerik, H. P. van Kempen (eds.): *The execution of Starsbourg and Geneva Human rights decisions in the national legal order*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 3-4

Уколико правично задовољење није довољно како би се отклониле све последице права из Конвенције, односно уколико појединац и даље трпи штетне последице, предузимају се индивидуалне мере. Такве мере могу бити поновно отварање поступка пред домаћим органима, брисање из кривичне евиденције, давање боравишта, укидање судске забране, пуштање из притвора, поништење одлуке о протеривању. Која ће мера бити предузета зависи од карактера повреде и околности конкретног случаја. Када је реч о предузимању индивидуалних мера и плаћању правичне накнаде, оштећено лице има право да се обрати Секретаријату Комитета министара и да се жали на предузете или предложене мере.

Поред индивидуалних мера, може постојати потреба за предузимањем општих мера. Примена општих мера, треба да спречи нове сличне повреде, које могу настати у будућности, а као такве могу се навести увођење новог законодавства, промене у пракси домаћих судова, упутства надлежним државним органима, образовање или обука службених лица. Примена општих мера, такође је одређена природом конкретног случаја и повреде права. Наиме, ако је до повреде права из Конвенције дошло услед недостатака у унутрашњем законодавству, или погрешног тумачења законодавства, или погрешног тумачења Конвенције, општа мера коју треба предузети огледала би се у изменама и допунама уставних аката, односно закона и подзаконских прописа. Уколико до повреде права из Конвенције долази услед непостојања одговарајућег прописа у унутрашњем правном поретку, онда се општа мера односи на доношење неопходног прописа. Нешто је компликованија ситуација са неадекватном праксом судских или управних органа, која мора бити на одговарајући начин промењена. У таквим случајевима позитивни ефекти се могу постићи и превођењем и објављивањем пресуда Европског суда за људска права и обезбеђивањем њихове доступности. У оним земљама у којима постоје јасни докази да Европска конвенција и пресуде Европског суда имају непосредан утицај у оквиру уставних овлашћења надлежних судских органа, објављивање пресуде и њено достављање на разне адресе обично су довољни да убеди Комитет министара да ће се догодити нужне промене у судској пракси.³¹⁹

Одлуке које доноси Европски суд за људска права имају *inter partes* дејство, што значи да обавезују стране у спору, односно државу у односу на коју је донета и подносиоца представке. Примарни адресат одлука Европског суда, јесте држава у односу на коју је утврђена повреда права и која има примарну обавезу да ту повреду отклони. Као секундарни адресат (бенефицијар), појављују се физичка и правна лица, којима је призната процесна способност пред Европским судом и која тиме могу да стекну овлашћења из судске одлуке. Европска конвенција, како је већ речено, обавезује државе уговорнице да се придржавају одлука Европског суда у случајевима у којима су учесници у поступку, али не садржи одредбе које се односе на ауторитет одлука органа Конвенције у домаћем праву. Ипак, Европски суд за људска права није суд четврте инстанце (*quatrième instance*), нити Касациони суд (*cour de cassation*), јер му недостаје надлежност да укине или да поништи

³¹⁹ Videti npr. saopštenje za štampu Vrhovnog suda Norveške posle presude Evropskog suda u predmetu Bergens Tidende protiv Norveške: rezolucija Komiteta ministara Res DH (2002) 69, 11.7.2002. Navedeno prema F.Lič, *op.cit.*, str. 103

одлуке домаћих судова. Иако, државе уговорнице, треба да осигурају да њихово домаће законодавство буде компатибилно са Конвенцијом и да, уколико је потребно, изврше одговарајућа прилагођавања, пошто Конвенција обавезује и законодавну и судску и извршну власт³²⁰, чини се, да не постоји правна обавеза да се оваквој одлуци да обавезујуће дејство у домаћем праву. Пресуде Европског суда за људска права су, "суштински деклараторне природе"³²¹ и у целини гледано, држава о којој је реч треба да одабере, под надзором Комитета министара, средства која ће употребити у свом унутрашњем правном поретку да би испунила обавезу коју је преузела по чл. 46 Конвенције.

Деклараторни карактер пресуда Европског суда за људска права, значи да се њима не могу поништавати одлуке националних судова и других државних органа, али надзорни механизам на челу са Комитетом министара обезбеђује да такве одлуке буду спроведене од стране држава на које се односе. Пресуде обавезују односну државу на предузимање одговарајућих мера ради њиховог спровођења, али немају касационо дејство у односу на оне акте за које Европски суд нашао да представљају повреду Конвенције. Мериторне пресуде у којима је утврђена повреда права од стране односне државе није извршна као домаћа пресуда. Из Конвенције не произилази обавеза за државе да одлуке Европског суда учине извршним у домаћем правном систему. У неким правним системима пресуда Европског суда може постати део унутрашњег правног система и бити извршена као домаћа пресуда. То је случај са Холандијом, али то зависи од домаћег правног система и ситуација са Холандијом је јединствена. Као што је позната Конвенција има у Аустрији уставни статус, али то не значи да се одлуке Европског суда директно примењују у домаћем праву нити да се одлуке националних судова или закони који доводе до повреде права из Конвенције могу директно укинути по том основу. Савезни уставни суд Немачке је става, да одлуке Европског суда деле ранг и значај који има сам текст Конвенције. " Код узимања у обзир одлука Европског суда државни органи морају уважавати њихов утицај на национално правно уређење и примену права. Ово важи посебно за случајеве у којима се код релевантног националног права ради о избалансираном делу унутрашњег права које жели да узајамно уравни тежи различите позиције основних права."³²² Обавезујуће дејство одлука Суда за људска права протеже се на све државне органе и обавезује их начелно да у оквиру својих надлежности и без кршења закона и права (чл. 20 ст. 3 Устава) окончају трајно кршење Конвенције и да успоставе стање које је у складу са Конвенцијом. Начин на који се остварује обавезујуће дејство зависи од подручја надлежности државних органа као и од слободног простора који се оставља код примене права.³²³

³²⁰ Citirano S.K.Martens, "Commentary", u: *Compliance with judgements of international courts* (ur. M.K. Bulterman, M. Kuijer), Hague, 1996, str. 72 prema S.Đajić, *op.cit.*, str. 96

³²¹ Assanidze protiv Gruzije, appl.no.. 71503/01, Presuda od 8.4.2004. stav 202

³²² BVerfGE 111, 307 (Berücksichtigung der EMRK), Izabrane odluke Saveznog ustavnog suda Nemačke, str. 596

³²³ Решење Другог сената од 14.октобра 2004. године, 2 BvR 1481/04, Извор: *Изабране одлуке Савезног уставног суда*, стр. 548

У традиционалном концепту међународног права држави се оставља слобода да одреди начин извршења међународних обавеза које су предвиђене одлуком међународног суда. Када Суд у Стразбуру утврди повреду Конвенције, одговорна држава је обавезна да одмах прекине са тим. Практична последица пресуде у којој је Суд утврдио да је дошло до повреде Конвенције јесте наметање правне обавезе односној држави да то кршење оконча и да исправи последице на начин који ће у највећој могућој мери омогућити успостављање ситуације која је постојала пре кршења права. Уколико *restitutio in integrum* није могуће спровести у пракси "под надзором Комитета министара, држава слободно бира средство извршења својих обавеза из члана 46 Конвенције, под условом да та средства нису у сукобу са образложењем пресуда Суда."³²⁴ Обавезе које произилазе из пресуда Европског суда за државе уговорнице јесу "обавезе резултата". Државе уговорнице уживају одређену слободу избора у погледу испуњавања својих обавеза из члана 46 став 1 Конвенције. Сматрајући да то спада у надлежност Комитета министара, који надзире извршење пресуда, Суд се уздржавао да даје било какве налоге или изјаве. Суд сматра да није у његовој надлежности да даје такву врсту упутстава или пак врсту наредби.³²⁵ Мада, било је у пресуда у којима су се могли препознати наговештаји таквих упутстава. Тако, нпр. у пресуди против Грчке, која се односила на повлачење лиценце за филм, Суд је наговестио, да је најбоље да се подносиоцу представке изда нова лиценца.³²⁶ Поводом предмета *Papmichalopoulos v. Greece*, Суд је почео да размишља о директним наредбама, али се ипак, уздржао, јер је сматрао, да је Комитет министара тај, који одлучује које индивидуалне или опште мере одговорна држава треба да предузме у складу са одлуком.

Међутим, Европски суд је у том смислу начинио радикалан заокрет последњих година и почев од 2003. године, у његовим пресудама могу се наћи прецизнија упутства о мерама које држава треба да предузме. Тако у предмету *Alfatli v. Turkey*, и у предмету *Maestri v. Italy*, Суд је у образложењу, сходно члану 41 навео прецизнија упутства онога што држава треба да предузме у складу са пресудом. Још прецизнија упутства налазимо у случајевима *Assandizé v. Georgia* (бр. 71503/01) и *Ilaşcu v. Moldova and Russia*, где је Суд навео, да подносиоци представке, који су незаконито притворени, имају се одмах пустити. Тим поводом, поставило се питање да ли је Суд прекорачио своја овлашћења из Конвенције издавањем овако прецизних упутстава. По преовлађујућем гледишту, Суд је правилно поступио сходно својим инхерентним овлашћењима да издаје овакве наредбе када је јасно да одговорна држава нема слободу одлучивања у датом случају.³²⁷

Дејство одлуке коју доноси Европски суд за људска права опредељено је и врстом акта којим је дато право из Конвенције повређено. Ако је то управни акт, ситуација је, могло би се рећи, најједноставнија, јер се управни акти релативно

³²⁴ Scozzari & Guinta v. Italy, appl. no. 39221/98, 41963/08, Presuda od 13. jula 2000., ECHR Reports 2000, para.249

³²⁵ X & Y v. Netherlands, appl. no. 8978/80, Presuda od 26. 03.1985. Eur.Ct.H.R. (ser.A) at 12 (1985)

³²⁶ Iatridis v. Greece, appl. no. 31107/96, presuda od 25.03.1999. 2000-XI Eur. Ct.H.R. (ser.A) at 12 (1985)

³²⁷ G. Ress, *op.cit.*, p 372

лако могу ставити ван снаге и заменити новим, одговарајућим актом. Када је то закон, онда је неопходна сагласност законодавца, што је нешто сложенија ситуација. Када говоримо о пресуди која је у супротности са Конвенцијом, то је такође комплексно питање, јер се њиховим поништавањем подрива доктрина *res iudicata* и независност судства. Упркос овим проблемима, представка која се подноси Европском суду може се посматрати као супсидијарни правни лек, тако да и одлуке које из тога произилазе морају бити поштоване и од стране правосудних органа. У супротном, државе би могле да следе одлуке Европског суда само надокнадом штете, а то би значило да се заштита предвиђена Конвенцијом доводи на ниво фарсе³²⁸.

4.3. Надзорни механизам

Високе стране уговорнице потписивањем Европске конвенције, како је речено, преузимају обавезу да се повинују правноснажној пресуди Суда у сваком предмету у коме су стране. Извршење пресуда нагледа Комитет министара. То је орган Савета Европе, састављен од министара иностраних послова држава чланица. Наиме, када је у својој пресуди Европски суд утврдио повреду Конвенције или Протокола уз њу и где је досудио правично задовољење оштећеној страни, Комитет министара позива високу страну уговорницу о којој је реч да га обавести о мерама које је предузела или које намерава да предузме на основу донете пресуде. " Под надзором Комитета министара, држава слободно бира средства извршења својих обавеза из чл. 46 Конвенције, под условом да та средства нису у сукобу са образложењем пресуде Суда."³²⁹

Комитет министара, у функцији надзора над извршењем пресуде Суда, разматра да ли је правично задовољење, које је Суд досудио исплаћено, укључујући према случају и затезну камату. Комитет министара, такође, разматра да ли су, ако је потребно, и узимајући у обзир дискреционо право високе стране уговорнице да бира средства неопходна за поштовање пресуде, да ли су предузете појединачне мере за обезбеђење престанка повреде права и да ли је оштећена страна доведена колико је могуће, у исту ситуацију у којој се налазила пре повреде, и да ли су усвојене опште мере које ће спречити нове повреде сличне оној или онима које су утврђене или окончавају наставак повреде права.³³⁰ Надзор траје све док односна држава не достави информацију о исплати правичне накнаде који је Суд досудио и о примени појединачних мера. У погледу општих мера које треба преузети, ако дотична уговорна страна обавести Комитет министара да још није у могућности да такве мере предузме, случај ће поново бити на дневном реду седнице Комитета министара, која ће се одржати најкасније за шест месеци, осим уколико Комитет не одлучи другачије; исто правило ће се примењивати када овај

³²⁸ E. Voss, "Civil liberties in the Council of Europe-Germany", u *European civil liberties and the European Convention on Human Rights*, Gearty A. Conor (eds The Hague, Kluwer Law International, 1997, p. 160

³²⁹ Scozzari & Guinta v. Italy, (appl. no. 39221/98, 41963/98), Presuda od 13. jula 2000., para.249

³³⁰ Правила Комитета министара за надзор извршавања пресуда и услова пријатељских поравнања правило бр. 6 Izvor: http://www.zastupnik.gov.rs/dokumenti/pravila_km_za_izvravanje.pdf

рок протекне, као и за сваки наредни период.³³¹ Правила Комитета министара допуштају и да се оштећена страна писмено обраћа у вези са исплатом накнаде или предузимање појединачних мера.

Када Комитет министара сматра да висока страна уговорница одбија да поступи у складу са коначном пресудом, може јој упутити формалну ноту. Уколико пресуда и даље није извршена Комитет министара, на основу одлуке двотрећинске већине представника који имају право учествовања у раду Комитета, упутиће питање Суду да ли је држава у питању извршила своју обавезу. Одлука о упућивању Суду у вези са овим питањем доноси се у форми привремене резолуције. Треба имати у виду да се поступак у случају повреде обавеза покреће у изузетним околностима, и да ће Комитет министара пробати да "политичким притиском" издејствује извршење пресуде. Комитет министара може организовати састанке " на високом нивоу", предузимати дипломатске иницијативе, доносити *interim* резолуције, којима се утврђује временски оквир за спровођење пресуда. У случају да држава одбија да се повинује пресуди Суда, стално се доносе нове резолуције у којима се користе и претње суспензијом чланства у Савету Европе или се и друге чланице позивају да предузму мере против државе прекршиоца која одбија да спроведе одлуку Суда.³³²

Посебну улогу у процесу надзора над Конвенцијом има државни заступник пред Европским судом за људска права. У ту сврху, Канцеларија заступника има обавезу да објављује преведене пресуде Суда које се тичу државе коју они заступају пред Судом. Заступник има и превентивну функцију у циљу поштовања Конвенције, а она се своди на унапређивање свести о људским правима и дужностима њиховог поштовања. Он има задатак и да прати пресуде Европског суда за људска права донете против других држава уговорница Конвенције.

Комитет министара спроводи надзор над извршењем пријатељских поравнања. Када се оваква одлука достави Комитету, он позива високу страну уговорницу да га обавести о испуњењу споразума. Све док висока страна уговорница о којој је реч не достави информацију о испуњењу споразумног решења утврђених одлуком Суда, предмет ће бити на дневном реду сваке седнице Комитета министара посвећене људским правима. У току надгледања извршења пресуде или пријатељског решења, Комитет министара може донети привремене резолуције, пре свега због прибављања информација о току извршења или, тамо где је то потребно, да би изразио забринутост и/или доставио предлоге везане за извршење.³³³ Пошто утврди да је висока страна уговорница предузела све неопходне мере како би поступила у складу са пресудом или да је пријатељско поравнање извршено, Комитет министара ће усвојити резолуцију којом ће закључити да је надзор успешно спроведен.

³³¹ Правило бр 7

³³² М.Пауновић, С.Царић, *op.cit.*, 98 стр

³³³ Правило 16

4.4. Промене у законодавству настале применом Европске конвенције за заштиту људских права

У оквиру мера општег карактера које једна држава предузима у поступку имплементације одлука Европског суда за људска права посебно треба указати на промене у актуелном законодавству односне државе. Оваква промена може бити подстакнута и одлукама које национални уставни суд доноси у контексту примене Европске конвенције. Наиме, када се Европска конвенција појављује као мерило контроле уставности, то за последицу може имати проглашење законских одредби неуставним, након чега је нужна њихова измена или доношење нових закона, који ће бити усклађени са захтевима из Европске конвенције. Али, овакво деловање Уставног суда долази, по правилу, а *posteriori*, када је одговарајући закон већ донет и када се примењује извесно време. Међутим, чини се да је далеко целисходније решење да се провера усаглашености закона са захтевима из Европске конвенције, спроведе док је закон још у настајању. Тако да Европска конвенција своју примену налази не само у деловању правосудних органа, који су први позвани да штите људска права, већ она постаје саставни део у дебатама које су воде у парламенту поводом предлога закона.

Провера усаглашености предлога закона, постојећих закона и управне праксе са стандардима наведеним у Европској конвенцији о људским правима, предмет је Препоруке Комитета министара РЕС (2004) 5, која је усвојена 12. маја 2004. године на 114-ом заседању Комитета министара. У овој Препоруци се наглашава да Европска конвенција мора остати есенцијална референтна тачка за заштиту људских права у Европи, уз подсећање да је надзорни механизам Конвенције допунског карактера и права и слободе из Конвенције треба да буду заштићена, пре свега, на националном нивоу. Узимајући у обзир разноликост традиција и праксе у земљама чланицама Савета Европе, у погледу провере усаглашености, препоручује се да земље чланице, узимајући у обзир примере добре праксе:

1). осигурају да постоје одговарајући и делотворни механизми за систематску проверу усаглашености предлога закона са Конвенцијом, у светлу прецедентног права Суда за људска права;

2). осигурају да постоје одговарајући и делотворни механизми за проверу, кад год је то неопходно, усаглашености постојећих закона и управне праксе, укључујући како је то изражено у прописима, налоге и циркуларе;

3). осигурају адаптацију, што је брже могуће, закона и управне праксе да би се спречило кршење Конвенције.

Комитет министара, пре свега, препоручује земљама чланицама да установе систематску проверу усаглашености предлога закона са Конвенцијом, нарочито оних који могу да угрозе права и слободе, која она штити. Усвајањем закона за који је проверено да је у складу са Конвенцијом држава смањује ризик да кршење Конвенције има своје порекло у том закону и да Суд установи такво кршење.

Проверу усаглашености требало би спровести и у односу на важеће законе. Таква провера се показује нарочито важном за законе који се дотичу области, за које искуство показују да постоји нарочити ризик од кршења људских права, као што су полицијске активности, кривични процеси, услови притвора, права странаца итд. Након провере, када је то потребно, земље чланице треба да предузму неопходне кораке ради измене закона, а како би били усаглашени са Конвенцијом. Често је, међутим, довољно усвојити и измене у прецедентном праву и у пракси да би се осигурала ова усаглашеност. У неким земљама чланицама усаглашеност се може осигурати кроз непримењивање законодавних мера, које крше Конвенцију.

Најчешће промене у законодавству, које су изазване "доместификацијом" Европске конвенције, односе се на: процесне гаранције, кривично право, законодавство које се тиче установа за издржавање казне затвора, али и у организацији судства, пре свега, да би се смањила дужина поступка. Утицај који Европска конвенција има на законодавство држава потписница ни у ком случају није занемарљив. Парламентарци широм Европе све чешће консултују како Европску конвенцију, тако и праксу Европског суда за људска права, када доносе или мењају законе и управна правила, иако, строго формално правно посматрано нису на то обавезни. Законодавни органи су вероватно у већој мери свесни значаја Конвенције, јер су чланови националних парламената истовремено и чланови Парламентарне скупштине Савета Европе, чланови многих међувладиних радних тела, док судије углавном раде "изоловано". Уосталом, примена принципа људских права путем законодавства у општем смислу има већи утицај на национално право, него када се примењују "на парче" на основу судских одлука. Приликом приступања Конвенцији од влада држава потписница се тражи да преконтролишу своје законодавство и да ако је потребно ускладе своје законе са Конвенцијом. Било је више примера где су државе експресно мењале свој законе и усклађивале их са Конвенцијом, пре него што су стављале резерве на оне делове Конвенције, које су у нескладу са домаћим законима. До промена у законодавству долази и у току примене Европске конвенције, како би се постојеће законодавство ускладило са европским стандардима постављеним у пракси Европског суда за људска права. О променама до којих је довела примена Европске конвенције, како пред националним судовима, тако и пред Европским судом за људска права, показују и примери посматраних земаља потписница Конвенције.³³⁴

Аустријско законодавство је под континуираним утицајем Европске конвенције и Стразбуршких органа у различитим областима. Иако се наводи да аустријска влада није показала посебну спремност када је требало испунити обавезе из Конвенције, и да је предузимала минимум онога што је потребно, ипак утицај који је Европска конвенција имала на законодавство Аустрије далеко је од тога да се може назвати занемарљивим. Наиме, бројни закони у Аустрији су иновирани и измењени под утицајем Европске конвенције или њеног тумачења насталог у пракси Европског суда, иако то није посебно наглашено и потенцирано. То потврђује пример измена Закона о странцима (*Fremdengesetz*). Наиме, изменама

³³⁴Upor. J. Jensen, "The impact of the European convention for the protection of human rights on national law", *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 52, 1983, p. 760 i H.Laurence, *op.cit.*, pp.150-151

овог закона је заправо имплементирана пракса Европског суда за људска права у односу на члан 3, који забрањује изручење странаца у државама у којим постоји ризик да буду подвргнути нехуманом и понижавајућем третману, кажњавању или смртној казни. Иако, аустријски закон не упућује на релевантне чланове Конвенције, таква напомена се може наћи у образложењу Извештаја (Explanatory report). Закон о употреби оружја (Waffengebrauchgesetz) из 1969. године делом рефлектује ставове Конвенције из чланова 2 и 3, посебно у смислу пропорционалности, у вези са употребом оружја. Закон о полицији (Sicherheitspolizeigesetz), регулише задатке и овлашћења полиције у области безбедности. У овај закон укључене су одредбе које се односе на употребу неопходне силе, а разлози се могу наћи у члану 3 и постојећој судској пракси. Стога, закон руководећи се принципом пропорционалности предност даје праву на живот и неповредивости физичког интегритета у односу на друга права. Обраћањем на случај *Engel and others v. Netherlands* (presuda od 8.6.1972., Series A 22), ранији Савезни војни дисциплински закон је допуњен на основу захтева да ограничења личне слободе заснована на дисциплинском праву потпадају под домашај члана 5.³³⁵

Пресуда у предмету *Fischer v. Austria* (presuda od 26. aprila 1995, Series A 312) довела је тога, да законодавац измени Закон о Управном суду (Verwaltungsgerichtshofgesetz), како би показао да усмено саслушање мора у сваком случају бити одржано у Управном суду, јер то произилази из члана 6. Да би се избегао проблем који је постављен пред Стразбуршким органима у односу на члан 6 Конвенције, 1988. године, успостављени су независни управни судови (Unabhängige Verwaltungssenat-UVS). Они су организовани као независни и непристрасни судови у складу са чланом 6 Конвенције. Успостављање ових судова било је виђено као повлачење резерви које је Аустрија ставила на члан 5. Увођење ових судова постало је неопходно и у односу на праксу Суда, јер "грађанска права и обавезе" морају бити схваћена у ширем смислу тако да укључују и традиционалне управне мере које морају бити предузете од стране независних власти. Упоредо са креирањем ових судова, свеобухватна измена Закона о управном поступку је спроведена 1990. Циљ је био организовати поступак пред судовима у складу са чл. 5 и 6 Конвенције. Измене Закона о кривичном поступку 1972. усвојене су као реакција на жалбе које су Стразбуру упућене због повреде права на једнакост оружја у кривичном поступку. Изменом је предвиђено јавно саслушање осумњиченог пре евентуалног притварања, и пред судом. Закон о надокнади штете у кривичном поступку, којим је предвиђено да лице које је претрпело материјалну штету због кривичне осуде или затварања, има право да истакне такав захтев пред непристрасним и независним судом. У светлу чл. 6 усвојен је Закон о правној помоћи, који предвиђа да оптужени има право на бесплатну правну помоћ када је то у интересу права и право на адекватну одбрану. Уследиле су и измене Кривичног закона и закона о кривичном поступку. Закон о међународној сарадњи у полицијским стварима (PolizeiKooperationsgesetz), предвиђа да лични подаци не могу бити прослеђени као део правне помоћи, уколико стране власти, које траже податке, не гарантују неопходну заштиту приватне сфере односне особе у смислу

³³⁵ Н. Tretter, *op.cit.*, p. 108

значења које произилази из члана 8. Унете су и измене у одредбама о заштити сведока у Законик о кривичном поступку³³⁶.

Немачка Савезна влада и посланици у парламенту у више наврата су упућивали на Европску конвенцију када су подносили предлоге закона. Најзначајније промене које су се десиле у немачком законодавству под утицајем Европске конвенције, односе се на, кривично право и кривични поступак. Тако је, нпр. 1964. године, немачки Законик о кривичном поступку допуњен новим чланом 33 а, који је проширио права оптуженог у погледу права на саслушање. У истом циљу, извршене су измене у Законик о кривичном поступку у погледу дужине трајања притвора. Тако је члановима 121 и 122 Законика о кривичном поступку предвиђено да притвор може најдуже да траје 6 месеци. Свако задржавање које прекорачује ово ограничење треба да буде одобрено од стране вишег суда и мора се преиспитати сваких 6 месеци. Немачка влада представљајући ову одредбу је изричито изјавила да је један од циљева њеног усвајања да се испуне захтеви из члана 5 став 3 Конвенције.³³⁷ Изменама закона из 1971. године, особама које су била у притвору, а нису касније биле осуђене, дато је право на компензацију сходно члану 6 ст. 2 Конвенције.³³⁸ Област у којој се показало потребним да се измени закон, а имајући у виду стандарде у пракси Европског суда за људска права, тичала се дужине трајања кривичног и парничног поступка. Иако дужина трајања поступка у највећој мери зависи од околности конкретног случаја, а не од закона, иако у случају *Wemhoff*, Европски суд није сматрао да је Немачка повредила правило из члана 5 ст. 3 у Европске конвенције, до измена кривичног и парничног закона дошло је раних 60-их година прошлог века. Суђење у разумном року из члана 6 ст.1 Конвенције имало је велики утицај на Немачко право. Иако право на суђење у разумном року није експлицитно гарантовано Основним законом Немачке, оно посредно произилази из неповредивости достојанства из члана 1 и принципа правна државе из члана 20. Значајне измене је претрпео и Закон о парничном поступку, а све у циљу рационализације самог поступка.

У Француској, утицај Европске конвенције на законодавни поступак је еволуирало од потпуног игнорисања до постојања опште свести о томе. Ипак, Европска конвенција не разматра се систематски од стране посланика, током законодавног поступка, нити је укључена у уводно излагање закона (*expose des motifs*). Чак се дешавало током парламентарних дебата да посланици не разликују Европски суд за људска права од Европског суда правде. Са друге стране, Влада понекад разматра Европску конвенцију и неки министри повремено скрећу пажњу на Конвенцију у примени закона. Недостатак отвореног упућивања законодавца на Европску конвенцију и на њено коришћење, ствара потешкоће у погледу оцењивања њеног утицаја на француско законодавство. Али, могу се поменути закони приликом чијег доношења је Европска конвенција узета у обзир. У кривичној материји, Министарство правде је покушало да одреди домашај одредби

³³⁶ Ibidem, p. 110

³³⁷ A. Bleckmann, "Völkerrechtliche Praxis der Bundesrepublik Deutschland im Jahre 1960", *ZaöRV* 23, 1963, S.329 (http://www.zaoerv.de/23_1963/23_1963_1_b_329_404.pdf)

³³⁸ A. Zimmermann, "Germany", *Fundamental rights in Europe* (Robert Blackburn, Jörg Polakiewicz eds.), pp.344-345

Конвенције и пресуда Европског суда за људска права, када је припремало измене кривичног законика и Законика о кривичном поступку. Тако Закон бр. 80-104 од 23.12.1980. године посебно илустрuje вољу да се ојача формални квалитет права и овај закон доноси многе новине које су стандард у европском праву. Овај кривични закон испуњава захтев за ефективном заштитом свих грађана пред законом, како је то дефинисао Европски суд у предмету *X. and Y v. Netherlands* (од 26. марта 1985). Али, у области права странаца, упркос пракси Европског суда и одлукама донетим у односу на Француску, Парламент није обратио пажњу на Конвенцију. Тако, у Закону из 1989. о условима уласка и пребивања странаца на француској територији, само неколико индиректних упута је учињено у односу на Европску конвенцију. Закон из 1993. године о контроли имиграције експлицитно је упућивао на Европску конвенцију, али на неке мање значајне ствари.³³⁹ Француски парламент је ради усклађивања свог законодавства са стандардима Европске конвенције и праксом Суда у Стразбуру усвојио сет аката о телефонском прислушкивању и правичности поступка. Закон бр. 91-646 од 10. јула 1991. године, усвојен је као последица одлуке *Kruslin and Huvig*, у односу на редовне поступке и као одлуке *Malone v. United Kingdom* у односу на управне поступке. Имајући у виду бројне одлуке донете против Француске због претеране дужине поступка, Закон од 8. фебруара 1995. године о судској организацији у кривичном, грађанском и управном поступку је виђен као покушај да се испуни захтев за суђењем у разумном року.³⁴⁰

Како је раније наведено, Европска конвенција дуго није имала адекватан третман у поступцима пред Касационим или Уставним судом Италије, који су често истицали да се одредбе Конвенције не могу непосредно примењивати и да оне пре свега обавезују законодавца. Када је реч о италијанском законодавству, иако на прави поглед није видљива веза између Европске конвенције и реформе права, она је присутна у великој мери. Дубоке реформе спроведене су у области кривичног поступка и јавне администрације, али су неке области италијанског права одлучно остале ван домашаја Европске конвенције. Област италијанског права која може бити подвргнута снажној критици односи се на суђење у одсуству, иако је Европски суд поводом таквих случајева одбијао директне одговоре препуштајући то унутрашњем праву. Италијански законик о кривичном поступку је више пута мењан, али суђење у одсуству и даље постоји и често се у пракси примењује. Област италијанског права, који је такође, тешко ускладити са Европском конвенцијом, односи се на систем превентивних мера и злоупотребе која се дешава у њиховој примени. Систем превентивних мера, конципиран је тако да одобрава примену разних мера са циљем да спречи даље вршење кривичних дела, сакривање доказа и опструкцију истраге. Ове мере се често користе када се ради о кривичним делима мафије и оне нису биле у фокусу Стразбура.³⁴¹ Законик о кривичном поступку, који је ступио на снагу 1988. године, донео је низ правила који се односе на акузаторно вођење поступка и на јавност расправе. Поступак се у

³³⁹ Упор. C. Dupre, *op.cit.*, p.133

³⁴⁰ R Koering-Joulin, P.Wachsmann, "France", *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restriction* (M.Delmas Marty, ed.), Dordrecht, 1992., p.146

³⁴¹ D. Leonardi, *op.cit.*, p. 334

писаној форми обавља у фази прелиминарне истраге, и усмено током претреса, заснованог на унакрсном испитивању, што је типична одлука англо-саксонског система. Парламентарна комисија је радила на овом закону пуне две године, ослањајући се на принципе које су у вези са тим развијени у пракси Европске конвенције и Конвенције УН о грађанским и политичким правима³⁴².

Једна од значајних промена која је уведена у италијански правосудни систем под "притиском" захтева из Европске конвенције, односи на право на суђење у разумном року из члана 6. Упркос чињеници, да је Италија много пута повредила ову норму и да је постојало обиље праксе Европске комисије и Европског суда за људска права, Италијански судови нису били у стању да се прилагоде овом параметру Конвенције. Тек је, Уставним амандманом (*Legge Costituzionale*) бр. 2 од 23.11.1999. године експлицитно имплементиран принцип правичног суђења, док је Законом бр.89 од 24. марта 2001. године (познат као Пинто закон) представљен правни лек који може користити свако ко је претрпео штету због претеране дужине поступка. Члан 2 Закона бр. 89/2001 предвиђа право на правично задовољење због материјалне и нематеријалне штете која произилази из члана 6 став 1 Европске конвенције. Принцип разумног рока у погледу дужине трајања поступка, о коме говори Пинто закон треба да буде тумачен тако да принцип "разумног рока" у погледу дужине трајања поступка мора бити размотрен *in abstracto*, али и у оквиру значења које има чл. 6 ст. 1 Европске конвенције. Иако стандарди које поставља Европски суд за људска права не обавезују домаћег судију директно, они се морају узети у обзир када се тумачи Закон бр 89/2001. Херменеутички процес у коме би били игнорисани принципи које афирмише Европски суд, били би у супротности са сврхом Закона бр. 89/2001. Иако, закон не предвиђа "комплетну инкорпорацију" судске праксе Европског суда у Италијански правни систем, овај Закон мора бити тумачен на начин да обезбеђује ефективну заштиту права на суђење у разумном року и права на правично задовољење, када је дошло до повреде тог права. Касациони суд сматра да Стразбуршки критеријуми морају бити размотрени када се тумачи Закон, али да не обавезују судије.³⁴³ Тако, у својој пресуди од 26. јула 2002. године, Касациони суд (*Corte di Cassazione*) је поништио одлуку Апелационог суда Перуђе наводећи да: "Механизам Европске конвенције има супсидијарни карактер у односу на домаћи систем заштите људских права. Дужност је сваке државе чланице да обезбеди да њен унутрашњи механизам обезбеђује ефективна правна средства, и да омогућује свим људским бићима да уживају права и слободе из Конвенције."³⁴⁴

У Великој Британији, генерално посматрано, доношење Закона о људским правима имало је значајан утицај на развој правног система. Овде је утицај и значај Европске конвенције далеко јасније дефинисан него у другим посматраним системима. Усвајање Закона о људским правима довело је до "тектонских" промена у британском законодавном поступку. Једна од промена је да су владина одељења

³⁴² E. Meriggiola, *op.cit.*, p. 484

³⁴³ G.C. Bruno, "Relationship between municipal and International Law", *Italian Yearbook of international law*, Vol. XII, 2002, pp. 263-283

³⁴⁴ *Ibidem*

постала много осетљивија по питању људских права. Иако, људска права нису била дезавуисана у законодавном процесу пре доношења поменутог закона, али то није спровођено систематски као што се сада спроводи. Наиме, данас када Влада представља предлог закона Парламенту, одговоран министар мора пре другог читања да састави писану изјаву у погледу импликација на права из Конвенције. То је тзв. "изјава о компатибилности", којом министри морају саопштити Парламенту да ли сматрају да је предлог закона или другог акта компатибилан са Конвенцијом. Изјава о компатибилности се не даје олако. Она шаље јаке сигнале судовима, који ће им користити када буду тумачили закон. Али, она је такође важан механизам за обезбеђивање примене Конвенције, директно и транспарентно, у оквиру укупног законодавног устројства. Од децембра 1998. сваки Владин предлог закона садржи одредбе о томе. Мада, имајући у виду да је пракса Европског суда у сталном развоју, некада може бити тешко са сигурношћу утврдити да ли је законодавство компатибилно са Конвенцијом или не. Даље, целокупно законодавство мора се тумачити и примењивати на начин што је могуће више сагласно са правима из Конвенције. Ипак, уколико се основно законодавство (укључујући и законе о парламенту) не може примењивати на начин компатибилан са Конвенцијом, оно остаје валидно и ефективно, иако виши судови могу прогласити да је таква одредба несагласна са правима из Конвенције. Насупрот томе, подзаконски акти који се не могу тумачити или примењивати на начин који је сагласан са правима из Конвенције, ништави су и не могу се примењивати, сем ако није донет на основу закона који је и сам несагласан Конвенцији. У том случају, виши суд може донети декларацију о неспојивости (инкомпатибилности). Јасно је да овакве одредбе имају велики утицај на законодавни процес.³⁴⁵

Други, кључан елемент реформе законодавства у Великој Британији, односи се на парламентарни надзор компатибилности закона са Европском конвенцијом. Ову специфичну врсту надзора обавља посебан парламентарни одбор, односно Заједнички одбор за људска права. Одбор је изразио намеру и спремност да разматра компатибилност свих законских предлога са Конвенцијом. Одбор је добро позициониран и има могућности да захтева евиденцију аката чије је доношење било пројектовано, да поставља питања министру који припреми одређени предлог закона и да о свему томе саставља извештаје. Овакви извештаји могу бити од велике помоћи судовима у одређеним околностима, посебно код избора пропорционалности мере коју ће суд одредити у конкретном случају.³⁴⁶

Ипак, и пре доношења Закона о људским правима, британско право није било потпуно имуно од онога што се дешавало на плану европског система заштите права. Тако је у више наврата дошло до измена у позитивном британском праву под утицајем Европске конвенције и њене интерпретације од стране Европског суда за људска права. Промене су извршене у области затворских правила (након пресуде у случају *Knechtel u Golder*), имиграциони поступак је побољшан (након случаја *Alam i Khan*), техника саслушања са притвореницима у Северној Ирској је

³⁴⁵ Више о томе D. Feldman, "The Impact of Human Rights on the UK Legislative Process", *Statute Law Review*, 2004, Vol. 25, Issue 2, pp. 91-115

³⁴⁶ L. P. Goldsmith, *op.cit.*, str. 7-8

напуштена, измењен је Закон о менталном здрављу у светлу ставова Европског суда за људска права.³⁴⁷

4.5. Европски суд за људска права као уставни суд *sui generis*

Европски суд за људска права одлучујући о питањима људских права у веома разноликом и временом све бројнијем Савету Европе, имао је врло комплексну позицију, која се најбоље може сагледати кроз историјску ретроспективу. Наиме, када је 1955. године Европска конвенција ступила на снагу, Ирска је била једина држава у тадашњем Савету Европе, која је имала значајније искуство у судској заштити основних права. Устави Француске, Холандије, Белгије, Луксембурга, Уједињеног Краљевства нису садржали таква права или су пак негирали судству надлежност контроле законитости. Немачки и италијански Уставни суд били су у настајању и још увек нису били оперативни. То значи да је протеклих деценија Суд био приморан да креира "сет аргументационих техника и судских дискурса"³⁴⁸ који би били прихватљиви за све државе чланице и који би били компатибилни са мноштвом различитих правних система и правних традиција. Европски суд је морао вешто да се креће између онога што је циљ Европске конвенције, а то је ефикасна заштита људских права, и потребе да се поштује национална традиција и национална осетљивост. Суд је морао да свој пут утире између потребе да се штите појединци, када су њихова права повређена, и потребе да у својим одлукама обезбеди довољно јасно и прецизно тумачење Конвенције. Уопште узев, Европски суд се изванредно држао средњег курса између ових конфликтних потреба и обавеза.³⁴⁹

Оваквим својим деловањем Европски суд је значајно допринео побољшању своје позиције, преузевши изузетно активну улогу и показавши велику креативност у тумачењу Конвенција, али на тактичан и ненаметљив начин како би приволео државе да прихвате његову праксу и његово тумачење. Данас, образложење пресуда Суда је најауторитативније тумачење Конвенције, које несумњиво директно утиче на национално право држава уговорница. Имајући у виду овакву улогу у заштити људских права, Европски суд се значајно приближио Уставном суду. Томе је, у великој мери допринео Европски суд својом активном улогом у тумачењу Европске конвенције и ослањањем на неке традиционалне принципе на којима се темеље људска права, али и развијањем неких нових принципа. Трансформација Европског суда праћена је променама у схватању Европске конвенције, која се сада у перцепција држава доживљава као "инструмент европског јавног поретка".³⁵⁰

³⁴⁷ A. Drczemwski, *op.cit.*, p. 187

³⁴⁸ J.Gerards, H. Senden: "The structure of fundamental rights and the European Court of Human Rights", *ICON*, Vol. 7, No.4, p. 619

³⁴⁹ *Ibidem*

³⁵⁰ G. Ress, "Aspekte der Entfaltung des Europäischen Menschenrechtsschutzes", u *Jahrbuch der Juristischen Gesellschaft* Bremen, 2003, S 17

Проверавајући тезу о Европском суду за људска права као својеврсном уставном суду, можемо поћи од тога да ниједан уставни суд не може да оствари значајнији утицај у ширем правном и друштвеном окружењу ако не поседује следећа обележја: надлежност тумачења права на меродаван (ауторитативан) начин, одрживи број предмета у раду и најмање могуће гломазан концепт прецедената³⁵¹. У том смислу проверићемо да ли су ови услови испуњени на страни Европског суда за људска права.

У погледу првог услова који се односи на надлежност тумачења права, свакако да Европски суд онако како је првобитно установљен није имао сличности са врховним или Уставним судом. Право појединаца да се директно обрате Суду није постојала, а и улога Суда је била ограничена због вероватноће да Европска комисија може наћи да предмет није прихватљив и тиме он уопште није могао доспети пред Суд. Ступањем на снагу Протокола бр. 11 потпуно је реформисан правозаштитни систем Конвенције. Европска комисија је престала да постоји, а на њено место ступа нови Суд са знатно ојачаном позицијом. Од ступања на снагу овог Протокола (1998) национални правни системи држава чланица бивају у потпуности изложени надзорној машинерији Европског суда. Европски суд преузима улогу јединог ауторитативног тумача Конвенције, који надгледа како се Европска конвенција примењује у националним правним системима. У прошлости, Европска комисија и Европски суд за људска права деловали су у некој врсти изолације, без адекватне повезаности са националним судским системима заштите људских права. Међутим, сада је Суд свестан своје везе са ширим институционалним системом, чије је део, као што и остале институције морају бити свесне централне улоге које Суд у том систему заузима. Европски суд није "посредник" већ прави суд, коме су поверене широке надлежности у погледу провере поштовања Конвенције. Када говоримо у броју предмета у раду, данас је то отишло у потпуно другу крајност у односу на почетне године рада и као што је поменуто у 2006. години тај број је износио невероватних 50,500 поднетих представки. Са толиким бројем представки и толиким бројем предмета у раду Европски суд за људска права има најактивнију улогу у заштити права у свету. Иако Европски суд не сматра себе везаним својим ранијим пресудама, он се у свом раду руководио ставом да " у интересу правне сигурности, предвидљивости и једнакости пред законом не треба, без ваљаног разлога, занемарити одлуке које је донео у претходним случајевима".³⁵² Циљ таквог поступања је покушај да легитимизује свој законодавни рад, да структурира аргументе апликаната и држава и да убеди државе у исправност свога става. Суд препознаје постојање сопствених прецедената, али и спремност да их напусти како би исправио ранију "грешку" или

³⁵¹ A. Sweet Stone, "On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court", [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1070&context=fss_papers&sei-redir=1#search=%22Constitutionalisation %20Convention %3A%20European%20Court%20Human%20Rights%20as%20Constitutional%20Court%20Alec%20Stone %20Sweet%2A%22](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1070&context=fss_papers&sei-redir=1#search=%22Constitutionalisation%20Convention%3A%20European%20Court%20Human%20Rights%20as%20Constitutional%20Court%20Alec%20Stone%20Sweet%2A%22)

³⁵² Беард против Уједињеног Краљевства

да би "осигурао да тумачење Конвенције одражава друштвене промене и како би своје деловање ускладио са данашњим условима".³⁵³

Уставна димензија у раду Европског суда може се препознати и ако се сагледа суштинско дејство његових пресуда. Иако је раније било речи о томе да пресуде које овај Суд доноси имају *inter partes* дејство и да обавезују само стране у спору, мора се имати у виду да се ове пресуде пажљиво анализирају и у државама које нису биле учеснице у поступку. Тако, пресуде Европског суда могу се искористити од стране националних органа како би утврдило конкретније значење права и слобода из Европске конвенције. То одговара и ставу Европског суда који је изрекао још у случају *Ireland v. United Kingdom*: "Пресуде Суда не служе само да би се решили случајеви који пред њега дођу, већ и да се на општи начин осветле, обезбеде и развију правила која се налазе у Европској конвенцији и на тај начин допринесу поштовању одредаба Конвенције, као обавеза које су преузеле њене државе уговорнице".³⁵⁴ Ипак, пресудама Европског суда не може се признати *erga omnes* дејство, али можемо говорити о тзв. оријентационом дејству (*orientation effect*). То значи, да пресуде служе као оријентир другим државама уговорницама, које ће настојати да ускладе своју праксу са расуђивањем Суда.³⁵⁵

Имајући у виду све наведено, можемо рећи да Европски суд поседује формални ауторитет, који је неопходан да се стекне доминантна позиција у односу на развој система Конвенције. Уколико на "улазној" страни имамо најгрубље повреде Конвенције као повод за обраћање Европском суду, на "излазној" страни, можемо очекивати да ће такве повреде бити исправљене кроз праксу Суда, која постаје својеврсни водич у доношењу одлука у оним државама које су одабрале да побољшају ефикасност норми из Конвенције. На тај начин, Конвенција деловањем Европског суда има утицај који превазилази границе појединачног случаја, у тој мери да државни органи-законодавац, извршна власт и судије узимају у обзир праксу Суда у доношењу својих одлука. Међутим, ако државе игноришу интерпретацију Европске конвенције која долази од Европског суда, таквим поступањем оне покрећу надзорни механизам, изазивајући политику спровођења и поштовања, што наликује уставној политици коју Уставни судови спроводе у националним оквирима. Осим тога, Суд у Стразбуру конструише права на динамичан начин у светлу промењених околности. Попут других Уставних судова, Европски суд обавља своју " пророчну функцију": природа и домашај права из Конвенције се идентификују, појашњавају и проширују у изјавама Суда, у складу са промењеним околностима.

Међутим, говорећи о природи Европског суда за људска права треба поменути да не постоји консензус у погледу његове уставне природе, и да се такво поимање оцењује сувише храбрим и неадекватним уз навођење аргумента који поткрепљују такав став. Основна примедба која се може ставити је чињеница, да

³⁵³ *Cossey v. United Kingdom* (appl.no. 10843/84), Пресуда 27. 09.1990. *Seriја A*, Vol. 184, para. 35

³⁵⁴ S.Đajić, *op.cit.*, str.215

³⁵⁵ G. Ress, "The Effect of Decisions and Judgments of the European Court of Human Rights in the Domestic Legal Order", *Texas International Law Journey*, Vol. 40, 2004-2005, p.374

Европска конвенција није устав, већ међународни уговор. Уставом, као највишим правним актом, конституише се правни систем једне државе, утврђују се органи власти у оквиру новог система, укључујући и Уставни суд, и врши расподела надлежности између органа власти, док се међународним уговором уређују односи између његових потписница, односно страна уговорница. Али, суштински посматрано, Европска конвенција садржи материјалне норме, норме које регулишу област основних људских права, али и норме процесног карактера, које регулишу процедуру за праћење и спровођење тих норми, која се дешава пред Европским судом. Уколико пођемо од тога да модерни конституционализам захтева наметање ограничења у надлежности владе, поштовање владавине права и заштиту основних права, онда се таква обележја несумњиво могу препознати у Европској конвенцији и поретку који је настао под њеним окриљем.³⁵⁶

Међутим, ако се Европски суд у погледу заштите права коју спроводи приближава националним уставним судовима, намеће се питање да ли Европски суд попут националних уставних судова може да спроводи нормативну контролу, односно, да оцењује компатибилност националног законодавства са стандардима Конвенције. Одредбе које Европска конвенција садржи у том смислу не могу нам дати прецизан одговор. Наиме, Конвенција утврђује да се Европски суд за људска права установљава, да би се обезбедило поштовање обавеза из Конвенције и Протокола уз њу које су прихватиле стране уговорнице. Ако имамо у виду да се поступак покреће индивидуалном или међудржавном представком није искључено њихово подношење из разлога што се сматра да законодавство одређене државе уговорнице не одговара стандардима Конвенције. У том смислу, Суд се прогласио да није надлежан да испитује *in abstracto* компатибилност националног законодавства са Конвенцијом.³⁵⁷ Суд је прихватио, да се појединци могу жалити због тога што закон сам по себи представља повреду њихових права, односно, да су директно погођени тим законом или да постоји ризик да буду тиме директно погођени. У том смислу, Суд може испитати сагласност националног закона са Конвенцијом и можемо рећи да тада Суд спроводи својеврсну конкретну контролу "уставности". Тако је, Европски суд у одсуству конкретних индивидуалних мера испитивао повреду права у односу на закон, односно да ли само постојање закона представља повреду права.³⁵⁸ Исто тако, ако постоји позитивна обавеза државе да обезбеди одређено право кроз одговарајуће законодавство, онда само одсуство таквих правила може да води подношењу представке.

Европски суд, за разлику од класичног Келзеновог судије, нема право нулификације правних аката који одступају од стандарда који су правом Конвенције засновани. Одлуке Европског суда немају касационо дејство у

³⁵⁶ Videti o tome: A. Sweet Stone, op.cit. http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1070&context=fss_papers&seiredir=1#search=%22Constitutionalisation%20Convention%3A%20European%20Court%20Human%20Rights%20as%20Constitutional%20Court%20Alec%20Stone%20Sweet%2A%22

³⁵⁷ Marckh Judgment of 13 June 1979, Series A, Vol, 31, p. 25, § 58

³⁵⁸ нпр. Klass and other judgment of September 1978, Series A vol. 28; Dudgeon judgement of 22 October 1981 Series A Vol. 45; Informationsverein Lentia and other judgemnts of 24 November 1993, Series A vol. 276, Norris judgment, loc.cit, Modinos judgment of 22 Aprila 1994, Series A Vol 29)

унутрашњем правном поретку једне државе, као што је то случај са одлукама националног уставног суда. То нас онда може навести да закључимо, да су Суд у Стразбуру и правни систем заснован на Конвенцији остају окренути више појединцу и индивидуалној правди. Али, како је већ речено, у оквиру општих мера које држава предузима ради спровођења пресуда Европског суда јесу и измене у законодавству, а све у циљу усклађивања са стандардима који постоје под окриљем Европске конвенције. О томе какви су ефекти оваквог деловања Суда најбоље говоре промене које су државе предузеле у свом националном законодавству под дејством пресуда Европског суда, о чему је било речи раније. Уосталом, под утицајем Европске конвенције и Европског суда дошло је до истинске трансформације уставних принципа у многим државама чланицама. То се посебно односи на судску контролу законодавства и на пуну контролу управних аката. У време када је Конвенција усвојена судска контрола управних аката није ни била близу тога да буде општеприхваћена у Европи. Али, постепено под утицајем Европске конвенције долази до спорих, али кључних промена у националним системима.³⁵⁹

Европски суд за људска права је, највећи међународни суд и центар европског система заштите људских права, који обухвата 46 држава. Суд нема посебну правну личност, он није орган Савета Европе, али се сматра "заједничким органом држава уговорница".³⁶⁰ Оваква правна конструкција чини га врло различитим у односу на друге међународне судове, нпр. Међународни суд правде у Хагу, који је орган Уједињених нација, или Европски суд правде, који је орган Европске уније и специфичан међународни суд. Европски суд за људска права, за разлику од опционе надлежности Међународног суда правде, има обавезну надлежност, која се односи и на међудржавне представке и индивидуалне представке. Ниједна држава не може избећи покретање поступка пред Европским судом за људска права и неку врсту међународне контроле. То је, вероватно, једно од највећих достигнућа овог система. Улога коју Европски суд за људска права има не може се изједначити са оном улогом коју има Европски суд правде у Луксембургу, чије се одлуке директно примењују и имају предност у односу на све домаће законе, чак и у случају *leges posteriores*. Међутим, не треба занемарити револуционарну улогу Европског суда за људска права у процесу глобализације међународних људских права, које је дуго било отпорно на било коју форму обавезне међународне пресуде.³⁶¹

Данас, Европски суд за људска права се појављује као судско тело које треба да исправи недостатке у заштити људских права, које су настале у националним системима једне од 46 држава чланица Савета Европе, на подручју које обухвата

³⁵⁹J. Frowein, "The transformation of constitutional law through the European Convention on Human Rights," *Dialogue between judges*, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/430DA534-F265-4407-9717-C43F3ADCA183/0/Dialogue_between_judges_2007.pdf

³⁶⁰ G.Ress, "Die Organisationsstruktur Internationaler Gerichte, Insbesondere des Neun Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte" u *Liber Americorum Professor Ignay Seidl-Hohenveldern* (Gerhard Hafner), 1998, S 541

³⁶¹ G.Ress, "The Effect of Decisions and Judgments of the European Court of Human Rights in the Domestic Legal Order", *Texas International Law Journey*, Vol. 40, 2004-2005, p.363

преко 800 милиона становника. Значајно повећање држава чланица Савета Европе и енорман раст поднетих представки довели су до тога да ефективност европског система заштите људских права буде доведена у питање. Суочен са многоструким повећањем прилива предмета, Суд је на добром путу да постане "жртва" сопственог успеха. Стога, неизбежно се поставило питање реформе система Европске конвенције и у ком правцу она треба да буде спроведена. Заговорници једног става полазе од тога да је потребно фокусирати се на тзв. "индивидуалну" природу Конвенције. Они полазе од тога да је право на појединачну представку централни део Стразбуршког надзорног система и да Европски суд треба да саслуша сваки случај и сваког ко тврди да је жртва Конвенције.³⁶² Заступници другог гледишта полазе од "уставне" улоге Европске конвенције и инсистирају на "филтрирању" представки. То филтрирање значило би да Европски суд разматра само оне представке поводом којих се могу донети одлуке које могу помоћи развој и изградњу европског јавног поретка. То би значило да би Европски суд био ослобођен решавања рутинских предмета о којима је већ одлучивао и поводом којих је успоставио одређене принципе. Тиме би Европском суду било остављено довољно времена да се бави оним предметима, поводом којих се могу установити нови принципи и којима би се унапредио европски систем заштите људских права. Оваквим поступањем би посебно дошла до изражаја уставна улога Европског суда.³⁶³

Један од значајних корака ка профилисању уставносудске функције Европског суда за људска права је, отворена могућност доношења тзв. системских пресуда. Наиме, у оквиру пакета мера којима се јемчи ефикасност механизма Конвенције Комитет министара донео је 12.05.2004. године Резолуцију (DH Res (2004)3), о пресудама које указују на постојање системског проблема. Комитет министара је изразио заинтересованост да се држави, о којој је реч, помогне да идентификује основне проблеме и предузме неопходне мере. Стога, Комитет министара позива Суд да у пресудама у којима се утврђује је да дошло до кршења Европске конвенције идентификује системски проблем који лежи у основи тог кршења, као и извор тог проблема, посебно онда када постоји вероватноћа да Суду буде поднето мноштво представки у вези са тим проблемом. На тај начин би се помогло државама да нађу одговарајуће решење, а Комитету министара да надзире извршење пресуда. Циљ ове реформе је да се одговори на два главна изазова. Први, односи се на терет "скрининга", који Суд спроводи у бројним случајевима, а други, који се односи на доношење пресуда и процену правичног задовољења у рутинским или случајевима који се понављају.

Прва таква пресуда донета је 22.06.2004. године. Наиме, Велико веће Европског суда у предмету *Broniowski v. Poland*, утврдило је повреду имовинског

³⁶² H. Laurence: "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, 2008, p.127

³⁶³ L. Wildhaber: "The place of the European Court of Human Rights in the European Constitutional landscape", XIIth Congress-Conference of the European Constitutional Courts <http://www.confcoconsteu.org/reports/Report%20ECHR-EN.pdf>

права зајемченог у чл. 1 Протокола бр. 1. Суд је закључио да је повреда проистекла из системског проблема лоше примене домаћих правних прописа и праксе изазваног пропустом да се установи делотворан механизам примене "права на замену" са последицом да се не само подносиоцу представке, у овом случају г. Брионовском, већ и читавом низу појединаца, ускраћивало или се још увек ускраћује мирно уживање имовине зајемчено чл. 1 Протокола бр.1.уз Европску конвенцију. Овај случај тиче се надокнаде за пољске грађане који су расељени после Другог светског рата. Европски суд је утврдио повреду чл. 1 Протокола бр. 1 као резултат неуспеха да се подносиоцу представке надокнади штета због имовине коју су он и његова породица изгубили након што су били приморани да се преселе у Западну Пољску. Европски суд је обавезао тужену државу да одговарајућим правним мерама и административном праксом обезбеди примену дотичног имовинског права и за остале потражиоце или да им обезбеди еквивалентно задовољење, у складу са начелима заштите имовинских права по чл. 1 Протокола бр. 1. Доношењем ове једне пресуде Суда решено је 167 случајева и дато је решење за око 80,000 потенцијалних подносиоца представки. Иако у самој пресуди није нигде означено да је она пилот пресуда, она има све њене карактеристике. Прво, чињенично стање открива постојање недостатака у релевантном правном поретку, што има за последицу да се негирају права "класе" појединаца из Европске конвенције. Друго, ови недостаци у правном систему могу довести до подношења великог броја представки. Треће, указивање на потребу предузимања општих мера и давање одређених смерница какве би то мере требало да буду. Четврто, назначено је да такве мере треба да имају ретроактивно дејство и пето, у пресуди се може наћи одлука којом се прекида са разматрањем свих поднетих представки који произилазе из истог узрока.³⁶⁴

Европски суд је и пре пилот пресуде у случају Брониовски истицао постојање системских проблема у равни унутрашњег права, који доводе до повреде Европске конвенције. Међутим, Суд то није чинио у изреци пресуде. Друга пилот пресуда, донета је, такође, у Пољском предмету. То је, пресуда у случају Хутен-Чапска против Пољске³⁶⁵, а такође, се односила на примену чл. 1 Протокола бр.1 уз Европску конвенције. У овом предмету, подносилац представке тврдио је како у мирном уживању имања ометен услед рестриктивних законских одредби о станаринама. На овај начин, Европски суд за људска права је јасно указао да извршење пресуде захтева опште мере на националном плану, да те мере морају узети у обзир велики број људи који су оштећени и да исправе системске недостатке на основу којих је утврђена повреда Конвенције. Циљ доношења пресуде овакве врсте јесте да се помогне у налажењу најбржег и најделотворнијег решења проблема у националном правном поретку и да се тако пружи помоћ државама уговорницама да испуне своју улогу у систему Конвенције и да такве проблеме решавају на домаћем нивоу.

³⁶⁴ C.Paraskeva, "Human Rights Protection Begins at Home: The Pilot Judgment Procedure, Developed by the European Court of Human Rights", *Human rights Law Commentary*, Vol. 3, 2007, http://www.londonmet.ac.uk/library/k51079_3.pdf

³⁶⁵ Hutten-Czapska v. Poland (GC), 19..6.2006.

Установљавање технике пилот-пресуде је довело до тога, да се поступање Европског суда, чак и од стране самих судија овог Суда, значи "уставном димензијом" (constitutional dimension) судског поступања.³⁶⁶ Употреба овог израза оправдава се чињеницом да се код пилот-пресуде Европски суд "упушта у процену функционисања унутрашњег правног поретка државе чланице и то чини са становишта једног вишег реда, какав представља међународни уговор, оличен у Европској конвенцији."³⁶⁷ Европски суд, поводом оваквих пресуда, спроводи својеврсну контролу норми унутрашњег правног поретка и налаже њихову измену, односно усклађивање са Европском конвенцијом. У том контексту можда је адекватније употребити немачки термин Normenkontrolle, односно још прецизније, konkrete Normenkontrolle.

4.6. Однос Европског суда за људска права и националних уставних судова

Окарактерисањем Европског суда за људска права као уставног суда *suī generis* додатно компликује природу његовог односа са националним уставним судом. Ако Европски суд означимо уставним судом, чак и уставним судом посебне врсте, поставља се питање да ли то имплицира некакав хијерархијски однос у коме је Европски суд "непосредно виши" суд у односу на националне уставне судове, или то не мења значајније природу њиховог односа.

Платформа за разумевање односа Европског суда за људска права и националних уставних судова постављена је Европском конвенцијом. Наиме, већ у свом првом члану Конвенција утврђује примарну одговорност државе и њених органа у погледу заштите и поштовања основних права постављених Конвенцијом. Из тога произилази да ће Европски суд бити позван да "интервенише" само када је јасно да су национални судови на челу са Уставним судом, односно другим одговарајућим судом, пропустили да то учине. Тиме је улога Европског суда профилисана као супсидијарна, и он се активира онда када је заказао примарни, односно национални систем заштите људских права. На тој основи успоставља се тесна повезаност два система; европског и националног, али тако да европски систем настао под окриљем Европске конвенције почива на претпоставци да постоји јака и ефикасна заштита права на унутрашњем нивоу. Главни и превасходни циљ система који је постављен Европском конвенцијом јесте да се у свакој држави успостави ситуација у којој ће права и слободе бити заштићена у поступку пред националним (уставним) судом, а да представка пред Европским судом буде коришћена као *ultimum remedium*. Успостављање својеврсног баланса између унутрашње и међународне заштите људских права је један од основних елемената европског система заштите права. Међутим, последњих година тај баланс је поремећен на штету међународне компоненте. Превише је случајева који су долазили у Стразбур, а који би требало да буду решени унутар националног система.

³⁶⁶ L. Garlicki, *op.cit.*, p. 186

³⁶⁷ Д. Поповић, "Пилот пресуде Европског суда за људска права", *Билтен Врховног суда Србије* бр. 1/2009, стр. 235

Имајући у виду, да су и национални уставни судови и Европски суд за људска права на истом задатку, односно, да штите основна права која су често идентична по свом садржају, и по називу који се користи за њихово означавање у Конвенцији, и у националним уставима, неизбежно се намеће постојање одређених тензија у односима између два суда. Рекли бисмо да сличне тензије постоје на националном плану, у односима између уставних и редовних суда. Уставни судови се неретко на националном плану доживљавају као "новајлије", које долазе на терен који су већ заузели врховни судови и који их могу доживљавати као неког ко ремети добро установљењу праксу судске гране власти. Један од значајних фактора који доприноси појачаној тензији у односу између два суда произилази из улоге модерних уставних суда. Јуридикализација устава, која се дешава у пракси уставних суда, где устав постаје правни инструмент који се директно примењује пред судовима, отежава повлачење јасне границе између уставног права и "обичног" права, што има за резултат да се функционисање уставних суда и редовних суда готово преплиће.³⁶⁸ Да ли се и у којој мери ова ситуација преноси и на однос националних уставних суда и Европског суда за људска права? Да ли Европски суд покушава да "узурпира" оно што је у надлежности уставних суда, а који су морали да се "изборе" за такву позицију на унутрашњем плану?

Неспорно је да се систем заштите људских права од настанка модерне државе одвија на националном плану, а да је међународни систем, укључујући и регионални систем заштите људских права настао под окриљем Савета Европе, новијег датума. Међутим, систем уставносудске заштите људских права на унутрашњем плану је такође новијег датума и нагло се развија након Другог светског рата, односно у време када је европски систем заштите започео свој развој. То значи да је развој ова оба система текао паралелно и да су уставни судови од самог почетка требало да буду навикнути на европски систем заштите људских права и Европски суд, као његовог главног носиоца. Али, Европски суд је свој рад започео врло скромно и ненаметљиво, тако да уставни судови нису у томе видели неку нарочиту "претњу". Стога, национални уставни судови фокусирали су се на своје позиције у унутрашњем праву и успостављању свог ауторитета у вечито ривалском односу са врховним судом. У међувремену, европски систем је значајно ојачао и добио потпуно другачије обресе од онога што је био на почетку: од скромне институције која кадкад одлучује по жалби на одлуке Европске комисије, Европски суд за људска права израста у својеврсни Уставни суд, који тражи да се његове одлуке поштују и да се њима повинују и национални уставни судови. Национални уставни судови, до тада потпуно индиферентни према Европском суду за људска права, почињу да препознају његову измењену улогу и његов значај и покушавају да одреде своју позицију у новонасталој ситуацији.

У погледу међусобног односа Европског суда за људска права и националних уставних суда могу се навести бар три могућа сценарија. Два се могу описати као сценарији сарадње у којима су позиције Европског суда и националних суда сличне и у коме они заједничким деловањем остварују ефикасну заштиту људских права на јединственом европском простору. Први корак

³⁶⁸ L.Garlicki, "Constitutional courts versus supreme courts", *ICON*, Volume 5, No.1, 2007, pp. 45-46,

у једном сценарију потиче од Европског суда, а такву интерпретацију следе национални судови. Овај сценарио је типичан за нове демократије, чија се правна транзиција одвијала под покровитељством Европског суда и Европске конвенције. У другом сценарију, инспирација у погледу тумачења и схватања одређених права долази од националних судова, а такво тумачење прихвата и у своју праксу укључује Европски суд. Један од таквих примера сарадње је случај *Pretty v. United Kingdom*, који се односио на проблем саучесништва и где је Европски суд следио приступ који је прихваћен у тада највишој судској инстанци, Дому Лордова. То се, међутим, не дешава тако често јер су готово сва права из Европске конвенције "покривена" праксом Европског суда за људска права. Трећи, најмање пожељан сценарио, подразумева да се Европски суд доживљава као "конкурентски" суд од стране националних судова и да се пружа отпор одлукама које он доноси. Европски суд се тада доживљава као нешто што је државама наметнуто као "страно тело", које је тешко инкорпорирати у постојећу правну традицију и структуру. У таквим околностима, национални судови желе да унутрашњи систем заштите од спољашње интервенције. Међутим, такав однос може произилазити из неадекватних решења у домаћем праву. Наиме, постојећа решења у националном праву могу онемогућити домаћи суд да следи праксу Европског суда за људска права. У таквим околностима сукоб се преноси на однос Европског суда и домаћег законодавца.³⁶⁹

Одлучујућа околност која би требало да профилише однос два суда и сарадњу која између њих треба да постоји је чињеница да европски систем функционише на принципу супсидијарности. То значи, да су национални (уставни) судови у прилици да реагују и отклоне штетне последице и спрече "мешање" Европског суда. То би било од двоструке користи: на унутрашњем плану, Уставни суд би још више ојачао свој ауторитет; на међународном плану, смањио би се прилив предмета у Европском суду. Уосталом, уставне гаранције људских права су изграђиване постепено и на чврстој основи који су чинили домаћи судови, а опет и једним делом по узору на стандарде који постоје у међународном праву људских права, чији је неизоставни и врло важан део Европска конвенција. Исто тако, ни Европски суд, како је већ поменуто, није био "аутистичан" у односу на националне системе заштите људских права, већ је систем права заснован на Европској конвенцији текао под утицајем националних система заштите људских права. То нас доводи до феномена позајмљивања из међународног у домаће, и из домаћег у међународно, као опште прихваћеног феномена. Тиме се систем права заснован на Европској конвенцији ослања на националне системе заштите људских права, истовремено вршећи и снажан повратан утицај. На тај начин, Европска конвенција, остварује двоструку мисију: делује у правцу позајмљивања међународног права и националних правних система, као и у правцу уједињавања норми међународног права, што је супротно тенденцији "фрагментације" међународног права.

У контексту разматрања односа два суда треба имати у виду чињеницу, да јачање међународних механизма заштите људских права не повлачи за собом

³⁶⁹ Више о томе L.Garlicki: "Cooperation of courts: The role of supranational jurisdictions in Europe", *International Journal of Constitutional law*, Vol.6, Issue.3-4, 2008, pp 509-530

слабљење националних механизма заштите, нити их чини сувишним у било ком тренутку у било којој држави. Несумњиво је, да заштита основних права буде примарно оријентисана на националне механизме заштите, јер Стразбуршки систем и није конципиран као првостепени. Уосталом, и Европска конвенција, и Европски суд залажу се за адекватну заштиту права на унутрашњем плану, чиме се национални судови јасно препознају као партнери у заштити основних права. Многе жалбе се могу успешно размотрити и решити на унутрашњем плану, тако да не оптерећују непотребно Суд у Стразбуру, што је од посебног значаја у условима повећаног броја држава чланица Савета Европе. На тај начин, национални системи имају функцију "филтера". То је значајно и са аспекта државне суверености, јер неразумно је захтевати од државе да се оправда Суду у Стразбуру, а да пре тога њене институције нису имале прилике да суде о аргументима, који чине основу за подношење представке. Али, да би заштита на националном плану била ефикасна врло је важно да домаће правозащитне институције поштују достигнуте стандарде заштите људских права на међународном праву, односно стандарде које је у својој пракси поставио Европски суд.

Кључна тачка на којој се може сагледати однос два суда, подразумева да се одговори на питање да ли и у којој мери судови, пре свега, уставни судови користе међународне уговоре о људским правима да би побољшали "своја" људска права. Када спроводе нормативну контролу, као своју основну надлежност, уставни судови задужени су да осигурају да национални закони буду у складу са националним уставом, а често и са закљученим и потврђеним међународним уговорима. Тако су одредбе међународних уговора од значаја када уставне судије тумаче норму националног права. Каква је улога међународних уговора о људским правима у поступцима пред националним уставним судовима, када се они појављују у улози "заштитника људских права"? Много пута до сада када су били у прилици да бирају између међународног и домаћег текста, национални уставни судови су се у образложењу својих одлука ослањали на домаће право. Та чињеница може да делује разочаравајуће, али се то може разумети ако се има у виду да, домаће судије и адвокати често нису упознати са тим правилима, односно да им пракса Суда у Стразбуру није довољно блиска и позната. Узрок томе је техничке природе. Наиме, да би домаћи судови и домаћи правници били упознати са одлукама и пресудама Европског суда врло је значајно да ти текстови буду преведени на језик односне државе, чиме се обезбеђује њихова доступност свима, и државним органима и обичним грађанима. Овде треба поменути и један својеврстан "лингвистички" парадокс. Наиме, службени језици Суда јесу енглески и француски, што би требало да претпоставља да су оне доступне и поменутиим државама и да их једноставно употребити од стране националних судови. Међутим, пракса судови у поменутиим државама то није потврдила.

Ослањање на међународно право људских права може бити од изузетне користи националним уставним судовима. То им може помоћи да ојачају своје позиције у односу на судове и друге државне органе. Судови могу цитирати одредбе међународних уговора о људским правима када желе да постигну резултат, који није прихватљив за друге гране власти, а који ће на овај начин бити прихваћен као легитиман. Уставни судови могу да користе међународно право људских права

како би проширили уставни каталог права и повећали степен заштите онда када остале домаће институције то пропуштају да учине из нпр. политичких разлога.³⁷⁰ Истраживања показују и да национални уставни судови у Европи користе међународно људска права да одрже или повећају своју јурисдикацију у односу на друге европске судове. (Schimmelfenning, 2006) Аргумент који говори у прилог томе је да судови стратешки граде легитимитет и јурисдикцију, показујући кроз своје пресуде да су у стању да обезбеде виши ниво заштите од других судова. Иако су основна права кодификована у уставима, уставни судови су у стању да користе међународно право људских права да би проширили и оправдали тумачење ових права која показују повећан ниво заштите него други судови. У неким случајевима национални уставни судови везују се за међународне обавезе своје државе да би осигурали да домаћи систем буде у складу са међународним обавезама.³⁷¹ За развијање националних система заштите људских права и унапређење односа Европског суда за људска права и националних уставних судова врло је значајно систематско ослањање националних судова на праксу Суда у Стразбуру. То ће охрабрити домаће судове да примењују норме Конвенције. У том контексту треба скренути пажњу на чл. 60 Конвенције, који утврђује да ништа у овој Конвенцији не треба протумачити као ограничење или укидање било ког основног права или слободе која може бити осигурана правом високих страна уговорница.

Континуирано развијање и неговање дијалога између Европског суда, са једне стране, и националних уставних судова, са друге стране, неопходно је у циљу унапређења односа два суда и унапређења система заштите људских права. Треба почети са неформалним дијалогом судија, који има велику предност јер се остварује лични контакт и размењује се искуство. Неформалне дискусије могу да омогуће националним судијама да се упознају са процесом израде пресуда на наднационалном нивоу, али и да објасне срж проблема, који је настао у националном систему и како да нову праксу национални систем може најбоље да "упије". Дијалог овакве врсте је од уставног значаја у европском правном поретку, јер се на овај начин остварује систем "кочнице и равнотеже" (checks and balances), који је неопходно спровести.³⁷²

Најкритичнија тачка у контексту овог дијалога јесте третман одлука националних судова, које према мишљењу Европског суда за људска права не задовољавају захтеве из Европске конвенције. Проблем могу решити једино национални судови, јер сходно принципу поделе власти само судови могу да прегледају одлуке суда. Унутар националног правног система судови могу да поново разматрају одлуке само ако су на то овлашћени процесним правилима. Како је обраћање Европском суду могуће тек након што су искоришћени сви редовни

³⁷⁰ Више о томе: K.Barret, "Constitutional Courts and International Human Rights Law: Why Do National Constitutional Courts Cite International Human Rights Law?", Paper presented at the annual meeting of the ISA' a 50 th Annual Convention "Exploring the Past, anticipating the Future". www.allacademic.com/meta/p314152_index.html

³⁷¹ Ibidem

³⁷² A. Dbe: "Is the Convention ours?" *Seminar to mark the official opening of the judicial year, European Court of human rights*, 29 January 2010 www.echr.coe.int/NR/.../20100129_Speech_Lady_Arden_Seminar.pdf

правни лекови, то претпоставља постојање коначне одлуке суда. Уколико Европски суд утврди да таква одлука крши Конвенцију, долази до конфликта два принципа, са једне стране, државе чланице преко својих органа, у овом случају правосудних, треба да "поправе" штету, а са друге стране стоји принцип правне сигурности. Принцип правне сигурности као део принципа владавине права захтева да после одређеног тренутка донете одлуке више не могу бити доведене у питање. Ако пођемо од тога је прихватљиво да се "поправка" повреде која је учињена одлуком домаћег суда може поправити једино у оквиру који нуди домаћи правни систем, онда се само по себи као могућност намеће поновно отварање поступка пред домаћим судом, у одређеној мери и под одређеним условима.³⁷³

Поновно отварање поступка пред домаћим судом може бити један од најефикаснијих начина за отклањање последица повреде права гарантованих Европском конвенцијом. Иако, Конвенција не садржи ниједну одредбу којом се уводи обавеза државама уговорницама да у свом домаћем праву предвиде преиспитивање или поновно отварање поступка, Комитет министара је од 2000. године започео амбициозни програм како би убедио националне владе да овласте своје судове да поново отворе судски поступак следећи одлуку Европског суда. Наиме, Комитет министара у својој Препоруци R (2000) 2 од 19.01.2000. позива државе уговорнице да осигурају да на националном нивоу постоје адекватне могућности за постизање *restitutio in integrum*, у мери, у којој је то могуће. Као одговор на ову иницијативу, све већи број држава усваја посебно законодавство којим предвиђа могућност таквог преиспитивања или отварања поступка, пре свега у области кривичног права. До 2006. године овакви правни лекови су били доступни у 80% држава чланица управо у кривичним поступцима, док је у око половини држава предвиђено поновно отварање поступка у грађанским и управним стварима. Поновно отварање поступка у неким државама (Чешка, Данска, Финска, Исланд, Шпанија, Шведска, Украјина), је оправдано посебним околностима или новим чињеницама и доказима, док је у другим државама (бар у њих 26), то омогућено путем *lex specialis*-а. *Lex specialis* се, углавном примењује на кривичне случајеве. У Француској, Уставни савет у фебруару 2004. године, одлучио је да проглашена повреда Европске конвенције у управном спору не овлашћује аутоматски управне судове да поново размотре управне поступке, и указао на разлике у француском кривичном процесном праву, које предвиђа могућност поновног отварања поступка. Из одлуке Француског Уставног савета произилази, да "овлашћење" за поновно отварање поступка даје законодавац, и да у недостатку законских одредби о поновном отварању поступка домаћи судови не могу "поправити" повреду Европске конвенције. У Немачкој, парламент је 1998. године, изменио закон о кривичном поступку додајући, скоро пола века након ратификације Европске конвенције, члан 359 ст. 6 у Закону о кривичном поступку. Сходно овој одредби, судови опште надлежности морају да поново размотре кривичну одлуку уколико је Европски суд за људска права утврдио повреду Европске конвенције и ако је одлука заснована на тој повреди. Поновно отварање поступка се дозвољава само поводом повреде Европске конвенције, која утиче на

³⁷³ M.Hartwig, *op.cit.*, p.881

исход одлуке. Јасно је и да у осталим областима-управном или грађанском праву-поновно отварање поступка је искључено, јер то законодавац није предвидео.³⁷⁴ Аустријски закон о кривичном поступку дозвољава понављање кривичног поступка након доношења одлуке Европском суда. "Ако Европски суд за људска права пресудом утврди кршење Конвенције или једног од Протокола, који је проузроковано одлуком кривичног суда, поступак по овом питању мора бити поновљен."³⁷⁵ Понављање поступка је допуштено по захтеву стране или државног правобраниоца.

Поновно отварање поступка или преиспитивање предмета могло би да представља проблем трећим лицима, нарочито када су та трећа лица стекла право у доброј вери. Али, овај проблем се ионако појављује када се примењују уобичајена правна правила о преиспитивању предмета или поновном отварању поступка, која су иначе садржана у домаћем законодавству. Решења која се у домаћем праву примењују у таквим случајевима треба, *mutatis mutandis*, примењивати и на случајеве када до поновног отварања поступка долази на основу одлуке Европског суда. У случајевима када долази до поновног отварања поступка национални судови су у обавези да поштују одлуку Европског суда за људска права и не би смели да понове повреду коју је Европски суд утврдио. Одлуке Европског суда имају материјалну правну снагу (*material legal force, materielle Rechtskraft*), и треба имати у виду ограничења која произилазе из такве правне снаге. Ако је, на пример, национални суд применио одређену одредбу на првом суђењу, за коју је утврђено да је инкомпатибилна са Конвенцијом, није искључено да се примени друга одредба. У поновно отвореном поступку, национални суд мора имати у виду и промену чињеничног стања, која је у међувремену наступила.³⁷⁶ Понекад је поновно отварање поступка једина солуција да се исправи повреда Европске конвенције, али то је само препорука државама и није обавезујући акт. Међутим, државе које не познају могућност поновног отварања поступка не могу бити ослобођене обавеза да изврше пресуде које је донео Европски суд за људска права.

Олакшаној комуникацији два суда може да допринесе и сам Европски суд тако што ће доносити јасне одлуке, које су разумљиве националним органима и које обезбеђују убедљиво тумачење Европске конвенције. Национални судови и други државни органи често су у недоумици у погледу прецизног домањаја и значења Конвенције и често морају да дају своје тумачење Конвенције. Европски суд у својим одлукама настоји да се фокусира на карактеристике индивидуалног случаја и посебности које га прате, али и да дефинише опште закључке, који би били својврстан водич за националне судове. Ако се Европски суд снажно фокусира на карактеристике индивидуалног случаја онда то могу учинити и националне власти да би избегле обавезе из Конвенције у неком другом случају. Дефинисање домањаја права у многоме ће олакшати тумачење Конвенције од стране домаћих органа. Суд је таквим приступом обезбедио униформне дефиниције неких врло осетљивих материјалних појмова, као што су "породични живот" или

³⁷⁴ Упор. Н. Laurence, *op.cit.* p. 150 i Mathias Hartwig, *op.cit.*, p.883

³⁷⁵ С. Ђајић, *op.cit.*, стр. 198

³⁷⁶ М. Hartwig, *op.cit.*, p.887

"приватни живот". Суд је показао да су овакве униформне дефиниције неопходне како би се избегла могућност да заштита коју Конвенција пружа искључиво зависи од дефинисања тих појмова у 46 држава чланица Савета Европе.³⁷⁷

У контексту разматрања односа два суда, Европског и националног уставног суда, неизбежно се намеће и још један параметар који треба имати у виду. Ако пођемо од тога да национални уставни судови својим деловањем у унутрашњем правном систему доприносе остваривању функције и сврхе Европске конвенције и ако тиме европски грађани у земљама потписницама Европске конвенције уживају пуну заштиту садржаних у Конвенцији на националном плану, да ли то онда чини европски систем заштите права сувишним? Да ли Европска конвенција додаје нешто суштински другачије од онога што већ постоји на унутрашњем плану? Европска конвенција и систем заштите људских права који се остварује под њеним окриљем има улогу да попуњава важне недостатке који постоје у домаћим "биловима" о људским правима. На тај начин се домаћи каталог права употпуњује међународним механизмима заштите људских права. У том смислу свакако не можемо говорити о дуплирању функција, јер у домаћем систему изостаје *de facto* или *de iure* уставна заштита људских права. То се односи на државе у којима не постоји уставни каталог људских права, као што је био случај са Уједињеним Краљевством пре доношења Закона о људским правима, или са Аустријом, пре него је Европској конвенцији потврђен уставни статус, или у многим другим државама у којима не постоји ефикасна заштита уставних права.

Несумњива предност европског система, као и међународног права људских права је значајан степен екстериторијалне примене. Наиме, европским системом се могу користити и недржављани унутар територије на чијем подручју се Европска конвенција примењује. На тај начин се правни систем Конвенције развија као систем са знатно широм основом, у коме више долази до изражаја права човека, а не право грађанина. Тако, Европски суд пружа заштиту оним правима чији је значај препознат у Европи, али то није само право Европљана, већ право свих који се налазе на том простору. Нема сумње да се у многим државама основна права, која су заштићена Уставом, сматрају људским правима, мада имамо и примере других држава у којима бил о правима штити права држављана, а не људска права. Али, иако постоји подударност европског и националног система у погледу заштићених права, у том случају се Европски суд за људска права појављује у улози својеврсног "појаса за спасавање", којим треба обухватити све оне повреде које су измакле ригорозној контроли и надзору домаћих судова, на челу са уставним односно врховним судом.

Неспорне су предности европског заштитног система, али за давање коначне оцене, треба имати у виду и основне недостатке овог система. Наиме, систем Европске конвенције чини се релативно slabим за озбиљна и систематска кршења људских права, укључујући и његову немогућност да реагује брзо и

³⁷⁷ J. Gerrards, H. Senden, "The structure of fundamental rights and the European Court of Human Rights", *ICON*, Vo.7, No.4, p. 626

ефективно у ургентним ситуацијама. Органи Конвенције немају овлашћење да наредe обавезујуће претходне мере државама потписницама. Државе уговорнице могу да дерогирају примену Конвенције на основу чл. 15 и да оваква ограничења задрже за дужи период, мада органи Конвенције имају могућности да одлуке да ли је то компатибилно са захтевима из Конвенције. Домашај заштићених права није исти у свим државама. Разлог томе је што права гарантована Протоколима уз Конвенцију нису ратификована у свим државама и постоји велики број резерви које су државе уговорнице ставиле.³⁷⁸

4.7. Начела тумачења Европске конвенције

Однос Европског суда за људска права и националних уставних судова може бити посматран кроз призму основних начела тумачења и примене Европске конвенције. За посматрање односа двају суда од посебног значаја су начело супсидијарности, начело слободе у одлучивању, начело пропорционалности, начело ограничења права. Ова начела тичу се темељних принципа на којима почива систем заштите права како на међународном, тако и на унутрашњем плану. Иако принцип хоризонталног дејства није изричито поменут у Европској конвенцији, нити су потпуно јасни обриси овог принципа развијени у пракси Европског суда за људска права, овај принцип није могао бити изостављен имајући у виду актуелност овог питања на плану упоредног уставног права. Поред поменутих принципа разумевању права која су садржана у Европској конвенцији доприносе и следећи принципи: начело демократског друштва, начело правне сигурности, начело позитивних обавеза, начело ефикасности, начело забране злоупотребе права, еволутивно тумачење, начело практичних и делотворних права, аутономна интерпретација Конвенције.

4.7.1. Начело супсидијаритета

Један од основних принципа којим је постављен однос Европског суда за људска права и националног уставног суда је начело супсидијаритета. Ово начело појављује се као камен темељац система Европске конвенције, а произилази из премисе да су институције у Стразбуру допунске и супсидијарне у односу на институције, које функцију заштите права остварују у националном правном систему. Основу за принцип супсидијарности можемо наћи у чл. 1 Конвенције. Овом одредбом се наглашава да првенствену одговорност за примену и спровођење зајемчених права и слобода сnose национале власти. На државама је да гарантују и примењују права наведена у Конвенцији у односу на појединце у њиховој надлежности. Услов за активирање система заштите по Европској конвенцији је да су претходно искоришћена сва правна средства која постоје на унутрашњем плану. Ово правило има две димензије: вертикалну и хоризонталну. Вертикална димензија захтева да подносилац представке мора свој случај изложити свим надлежним

³⁷⁸Upor. P.Leuprecht, *op.cit.*, pp.319-320, i L.Wildhaber, "European Court of Human Rights," International Conference *The position of constitutional courts following integration into the European Union*, Bled, 2004, p.31

институцијама од прве до последње. Хоризонтална димензија, захтева да подносилац користи правно средство коректно, посебно у погледу временског ограничења. Само тако ће домаћи судови бити у прилици да реагују на наводну повреду права.³⁷⁹ "Државе су ослобођене од давања одговора пред једним међународним телом за своје акте пре него што су имале прилику да размотре ту ствар кроз њихов властити правни систем."³⁸⁰ Тиме се јасно ставља до знања да је држава та која првенствено одговара за гарантовање и заштиту права садржаних у Конвенцији. Управо је и циљ чл. 35 ст.1, који прописује правило о исцрпљивању унутрашњих правних лекова, да државама уговорницама пружи могућност да исправе стање настало кршењем одредаба пре него што се на то кршење укаже у представи која ће бити упућена Суду.³⁸¹ Ово правило засновано је на претпоставци, која се огледа у чл. 13 Конвенције, са којим је тесно повезана, да постоји делотворан правни лек у домаћем систему. Постојање таквих правних лекова мора бити у довољној мери вероватно не само са теоријског, већ и са практичног аспекта, јер, у супротном, она нису доступна ни делотворна.³⁸²

Држава која тврди да нису исцрпљени сви правни лекови дужна је да покаже суду да је у релевантном времену постојао делотворни правни лек и у теоријском и у практичном смислу, односно да је тај правни лек био доступан, да је помоћу њега било могућно обезбедити исправу у вези са жалбом подносиоца представке и да је тај правни лек морао пружити разумне изгледе на успех.³⁸³ Иако се може показати да сваки од тих правних лекова није сам по себи делотворан, укупни збир свих правних лекова који стоје на располагању може испунити критеријуме прописане Конвенцијом. Када је задатак тог терета доказивања испуњен, онда је подносилац представке дужан да докаже, да су појединачни правни лекови или њихов укупан збир на који је држава указивала већ били исцрпљени, или да су из неког разлога били неадекватни и неделотворни у конкретним околностима предмета, или пак да су постојале специјалне околности које га ослобађају тог захтева.³⁸⁴ Коначно, Суд је још раније изнео мишљење да се правило о исцрпљивању унутрашњих правних лекова мора примењивати уз изванредан степен флексибилности и без претераног формализма.³⁸⁵ Приликом утврђивања да ли се правило доследно примењује, неопходно је узети у обзир околности сваког појединачног случаја. То, између осталог, значи да Суд мора да узме у обзир не само постојање формално правних лекова у правном систему државе уговорнице, већ и свеукупно право и политичко окружење у коме тај

³⁷⁹ M.E.Villiger, "The Principle of subsidiarity in the European Convention on Human Rights", u *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law - Liber Amicorum Lucius Caflisch*, (ed. Marcelo Kohen), Leiden, 2007, p. 626

³⁸⁰ Slučaj Akdivar v. Turkey, Presuda od 16.09.1996, European Court of Human Rights, Council of Europe, 1996, став 165.

³⁸¹ Videti Selmon v. France, 25803/94 st. 74, ECHR 1999-V; Kudla v. Poland br. 30210/96, st. 152 ECHR 2000-IX

³⁸² V. Berlinger v. Slovenia, br.42320/98, od 2.10.2001.; Venillo v. France, presuda od 20.02.1991. Serija 1 br. 198, sr.11-12, став 27

³⁸³ Slučaj Akdivar v. Turkey, Presuda od 16.09.1996, European Court of Human Rights, Council of Europe, 1996, став 68

³⁸⁴ Horvat v. Croatia, br. 51585/99, st. 39, ECHR 2001-VIII

³⁸⁵ Cardot v. France, presuda od 19. marta 1991, Serija A, br. 200, str. 18, st. 34

систем функционише, као и све друге околности које се односе на подносиоца представке.

Примена принципа супсидијарности ставља пред Европски суд задатак да утврђује да ли су правни лекови који постоје у унутрашњем праву (нпр. тужба за управни спор, захтев за одштету у парничном поступку, уставна жалба), сагледани понаособ или заједно, могу или не могу бити сматрани делотворним правним леком у смислу чл. 35 Конвенције. Чак, и када један правни лек, засебно узет, не испуњава у потпуности захтеве "делотворности" укупни збир свих правних лекова који су зајамчени на основу унутрашњег права може испуњавати тај захтев. Зато је неопходно да се у сваком предмету утврди да ли су правни лекови који су стајали на располагање странкама у спору "делотворни" у том смислу, да ли спречавају наводно кршење или даљи наставак тог кршења, или пак у смислу што обезбеђују одговарајуће правно задовољење и исправку сваког кршења које се већ догодило. Конвенција зато пружа алтернативу: правни лек је делотворан ако се може искористити или за убрзање одлука судова који се тим предметом баве, или у том смислу да странци у спору обезбеди адекватно правно задовољење за одлагања која су се већ догодила.³⁸⁶ Делотворност неког правног лека у смислу члана 13 не зависи од извесности повољног исхода за подносиоца представке. Такође, власти из те одредбе не морају неминовно да буду судске власти; али ако нису, њихова овлашћења и гаранције коју пружају релевантне су за утврђивање да ли је правни лек о коме одлучују делотворан. Према општеприхваћеним правилима међународног права, могу постојати посебне околности које ослобађају подносиоца представке обавезе да исцрпи унутрашње правне лекове које му стоје на располагању. Међутим, постојање пуке сумње у изгледи за успех одређеног правног лека који није очигледно узалудан не представља ваљан разлог за пропуст да се искористе унутрашњи правни лекови.³⁸⁷

Оваквим својим поступањем Европски суд не жели да преузме место националних парламената или националних судова. Насупрот томе, он захтева да се успостави и учврсти домаћи правосудни систем коме ће се појединац обратити када су му/јој повређена права. Домаће власти су у директном и сталном контакту са виталним снагама својих земаља, и у бољем су положају од међународних судија да дају мишљење о тачној садржини таквих захтева, као и о "неопходности", "рестрикцији" или "казни" која је за њих предвиђена.³⁸⁸ Важан аспект овог начела је чињеница да механизам заштите који се успоставља Конвенцијом допуњава националне системе којима се штите људска права. Функција Конвенције остаје да обезбеди "минимални европски стандард"³⁸⁹.

³⁸⁶ Лукенда против Словеније (представка бр. 23032/02) Пресуда од 6. 10.2005.

³⁸⁷ *Sardinias Albov v. Italy*, br. 56271/00, ECHR 2004-I; *Brusco v. Italy*. Br.69789/01, ECHR 2001-IX

³⁸⁸ *Slučaj Handyside-presuda od 07.12.1976. Yearbook of the European Convention of Human Right 1976, Tha Hague, 1977, pp. 506-512*

³⁸⁹ *Handyside v. United Kingdom, presuda od 7. decembra 1976, Serija A; br. 25, pp. 90-91,*

4.7.2. Начело слободe у одлучивању

Начело слободe у одлучивању ("margin of appreciation") има велики значај у истраживању и анализи односа Европског суда за људска права и националних уставних судова. Ово начело надовезује се на начело супсидијаритета, а 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. Овај принцип је настао у пракси Европског суда са циљем да помири потребу поштовања Конвенције и различите друштвене, моралне и друге околности које постоје у различитим државама. Полазна основа на коме се овај принцип базира јесте да је држава уговорница у бољој позицији да процени које мере треба предузете како би се обезбедило поштовање Европске конвенције, него што је то Европски суд за људска права. Националне власти путем свог директног и сталног контакта са виталним снагама свог друштва, генерално говорећи, у бољој су позицији да узму у обзир огроман број локалних фактора и да тако оцене локалне потребе и услове.

Принцип слободe у одлучивању је први пут дошао до изражаја у предмету Грчка против Уједињеног Краљства³⁹⁰, али је Суд у пресуди *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (1976) образложио начин размишљања који дозвољава такву слободну процену³⁹¹. У представци, коју је поднео Комисији 13. априла 1972. године, Handyside се жалио на мере које је влада Велике Британије предузела, између осталог, и на повреду права на слободу изражавања према чл. 10 Конвенције и права на мирно уживање имовине заштићеног чланом 1 Протокола бр.1. Европски суд је, најпре размотрио, да ли су мере које су представљале мешање у право на слободу изражавања Handyside-а, биле у складу са ставом 2 чл. 10 Европске конвенције³⁹². Суд је утврдио, да су мере биле "прописане законом", а следеће питање на које је требало одговорити је да ли су мере имале легитиман циљ у складу са Конвенцијом. У овом случају, "заштита морала" је једини циљ, који је у смислу чл. 10 Конвенције, релевантан у овом случају. Предузете мере такође су морале бити "неопходне у демократском друштву". Европски суд је, напоменуо да не би било могуће утврдити схватање морала заједничко европским земљама и да су државе због тога имале широко поље слободне процене када утврђују шта је "неопходно" да би се заштитио морал. Међутим, њихова овлашћења нису неограничена и мере које предузимају су предмет контроле Европског суда.

Степен слободне процене који уживају национални судови у контексту права садржаних у Конвенцији зависи, најпре, од тога које право је у питању и како је регулисано. Када одредбе Конвенције садрже врло детаљна правила, степен

³⁹⁰ Представка 175/56, Yearbook II (1958-1959), str. 174

³⁹¹ Van Dijk, Van Hoof, *op.cit.*, str. 76

³⁹² Овим ставом је утврђено да се слобода изражавања може подвргнути формалностима, условима, ограничењима или казнама прописаним законом и неопходним у демократском друштву у интересу националне безбедности, територијалног интегритета или јавне безбедности, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, заштите угледа или права других, спречавања откривања обавештења добијених у поверењу, или ради очувања ауторитета и непристрасности судства.

слободне процене готово да нема никакву улогу, као нпр. код чланова 5 (право на слободу и безбедност) и 6 (право на правично суђење). Веза са овом доктрином у судској пракси не може се наћи у односу на члан 2 (право на живот) и члан 3 (забрана мучења).³⁹³ Са друге стране, њена примена је била веома значајна у утврђивању главних контура ограничења садржаних у чл. 8-11, који се односе на право на поштовање приватног и породичног живота, дома и преписке, слободе мисли, савести, вероисповести, слободе изражавања, слободе окупљања и удруживања.³⁹⁴ Држави је остављено доста широко поље слободне процене када су у питању мере које треба предузети у контексту чл. 15 Конвенције (одступање у ванредним околностима), као и поводом права на мирно уживање имовина из чл.1 Протокола бр.1.

Док се поље примене ове доктрине може донекле одредити кроз постојећу судску праксу, то не важи за распон степена слободне процене који Суд даје државним властима, јер он може варирати од предмета до предмета. Иако се не могу идентификовати јасна и чврста правила која одређују распон степена слободне процене, у пракси Суда се могу препознати неки фактори који утичу на то. Тако, постојање заједничких елемената у законским текстовима и у судској пракси у државама уговорницама, може довести до ужег дефинисања степена слободне процене и до строжије анализе Суда у оцењивању да ли су закон и пракса одговорне државе у сагласности са Конвенцијом. Са друге стране, тамо где се релевантни закони и пракса у великој мери разликују од државе до државе, степен слободне процене може бити већи. Суд, понекад, може вршити и упоредну анализу националних закона и праксе, или да се позива на друге међународне инструменте.

На распон степена слободне процене утиче и природа права или активности датог појединца. Тако, државе имају веће дискреционо право у погледу ограничења која се односе на имовинска права у поређењу са ограничењима која се односе на слободу изражавања. Али, и у погледу слободе изражавања, распон степена слободне процене варира зависно од природе активности на које се ограничење односи. Виши ниво анализе се генерално примењује тамо где примењена мера ограничава слободну и јавну дебату о питањима која су од интереса јавности, као што су дискусија о политичким питањима, у поређењу са ограничењима која се односе на комерцијална питања.³⁹⁵

Природа циља, којем се тежи оспореном мером о околностима или контекст те мере, још један је значајан фактор који утиче на степен слободне процене. Простор за слободну процену је обично већи у предметима где се оспорена мера посматра у контексту ванредне ситуације, или ситуације која тражи хитну интервенцију власти. Још један релевантан фактор је да ли се дати предмет тиче опште политике (социјалне, економске, политике заштите околине, политике урбаног развоја државе итд.). Суд прихвата да национално законодавство ужива

³⁹³ Van Dijk, Van Hoof, *op.cit.*, p. 79

³⁹⁴ М. Пауновић, *op.cit.*, стр. 182

³⁹⁵ *Ibidem*

шири простор слободне процене, посебно у предметима који се тичу имовинских права.

Суд је поводом предмета *Wingrove v. United Kingdom*³⁹⁶, објаснио начин на који ширина слободне процене зависи од контекста, и пре свега, од природе изражавања о којој је реч, као и оправдању ограничења. Мада по члану 10 став 2 Конвенције постоји мало простора за ограничење политичког говора или дебате о питањима од јавног интереса, високе стране уговорнице обично имају шире поље слободне процене када уређују слободу изражавања у односу на питања која би могла да увреде интимна лична уверења у сфери морала или, посебно, религије. Штавише, у области морала, можда чак и у вишем степену, не постоји никакав једнообразни европски концепт "захтева за заштиту права других" у погледу напада на њихова верска уверења. Оно што би вероватно могло да представља суштинску увреду за људе одређених верских уверења значајно ће се разликовати од времена до времена и од места до места, посебно у доба које се карактерише појавом све већег броја вера и вероисповести. Због свог непосредног и сталног контакта са виталним снагама у својим земљама, државне власти су, у начелу, у бољем положају од међународног судије да изнесу мишљење о тачном садржају тих захтева у погледу права других, као и у погледу неопходности ограничења које има за циљ да се од таквог материјала заштите они чија би најдубља осећања и уверења могла да буду озбиљно погођена.

Увођењем "поља слободне процене", Европски суд јасно показује да се не могу занемарити националне посебности. Државама уговорницама се признаје право да саме изаберу ниво и садржај праксе људских права који им највише одговара. Ипак, поље слободне процене није неограничено и не може бити коришћено на штету делотворне заштите права и слобода из Конвенције. Европски суд остаје крајњи арбитар и задржава право да реагује у случају процене да ли је конкретна држава прекорачила своја овлашћења и угрозила права гарантована Конвенцијом. Суд је одговоран да обезбеди да државе поштују своју обавезу и овлашћен је да донесе коначну одлуку о томе да ли је неко "ограничење" или "казна" у складу са гарантијама из Конвенције. Поље слободне процене се одвија упоредо са европским надзором. Тај надзор, односи се како на циљ оспорене мере, тако и на њену неопходност, обухватајући основно законодавство, али и одлуку којом се то законодавство примењује. Према томе, поље слободне процене није негација надзорне улоге Суда, будући он сам доноси коначну одлуку о томе када ће преиспитати оцену националних власти. То је концепт који омогућава да се под окриљем Савета Европе окупи велики број различитих држава, али и да се штите основне вредности које Конвенција садржи.

Примена доктрине слободне процене омогућује Суду да води рачуна о примарној улози националних органа у заштити основних права. Стога не чуди да ова доктрина налази примену када се од Суда тражи да да мишљење о пропорционалности одређене домаће мере. С обзиром на, супсидијарну позицију Суда, разумљиво је да се у одређеној мери поштује мишљење националних органа,

³⁹⁶ Appl. no 17479/90, presuda od 25. novembra 1996

мада је Суд тај, који даје коначну реч у погледу тумачења Конвенције. Сходно члану 32 надлежност Суда се простире на све случајеве који се односе на тумачење и примену Конвенције. Поставља се питање да ли то онда значи да су државе изгубиле право да дефинишу обим и значење Конвенције. Европски суд за људска права није се никада изјаснио о овом осетљивом питању. Радије се претпоставља да Европски суд у крајњем случају одлучује о значењу Конвенције и одређује домашај њене примене. То је посебно дошло до изражаја код аутономне интерпретације различитих појмова из Конвенције, какви су "грађанска права и слободе", "својина", "кривична оптужба". Суд је, такође, обезбедио јединствене дефиниције осетљивих појмова какви су "приватни живот" или "породични живот". Суд је, у бројим пресудама објаснио да су ове аутономне и униформне дефиниције неопходне како би се избегло да заштита коју Конвенција пружа зависи од дефиниције ових појмова у 46 држава чланица Савета Европе. На још принципијелнијем и фундаменталнијем нивоу може се рећи да права која уживају грађани било које државе чланице морају бити иста. Наравно, морају се поштовати културне разлике и није увек пожељно борити се за потпуну униформност у заштити основних права. Штавише, да би се избегао културни релативизам и да би се гарантовала права на одређеном нивоу, пожељно је да се узму у обзир националне разлике у традицији, култури када се одлучује о оправданости конкретног мешања у одређено право. Можда неочекивано, али Суд врло често користи доктрину слободне процене када дефинише појам неапсолутних права.

Доктрина слободне процене налази своју примену онда када се од Суда тражи мишљење о пропорционалности одређене мере предузете пред националним органима. То објашњава зашто неки теоретичари виде директну повезаност принципа пропорционалности и поља слободне процене. Тако се принцип пропорционалности назива "другом страном поља слободне процене"³⁹⁷ или пак, "корективом и рестриктивом поља слободне процене".³⁹⁸ Али, поље слободне процене не користи се да изрази општи став о ограничењу права већ да изрази коначан став о томе да ли је повређено право у датом случају. Многи теоретичари поље слободне процене посматрају као функцију наднационалног судског система, који је дизајниран да успостави баланс између суверености држава уговорница са потребом да се заштите права садржана у Европској конвенцији.³⁹⁹ Наиме, поље слободне процене намеће ограничења судској контроли због чињенице да је Европска конвенција међународни уговор, тако да је Европски суд у спровођењу контроле у односу на одлуке домаћих органа много више ограничен него што је то национални Уставни суд када оцењује сагласност са утврђеним билмом о правима.⁴⁰⁰

³⁹⁷ A. Takahashi Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen-Oxford-New York, 2001, p. 14

³⁹⁸ F. Matscher ; "Methods of interpretation of the convention " u *The European System for the Protection of Human Rights* (MacDonalnd, Matscher and Petzold (eds), 1993, p. 79

³⁹⁹ Више о томе: L. Helfer, A. Slaughter, "Towards a Theory of Effective supranational Adjudication", *Yale Law Journal*, Vol. 107, (1997), pp. 316-317

⁴⁰⁰ G. Letsas, *op.cit.*, p. 90

4.7.3. Начело пропорционалности у пракси Европског суда за људска права

Начело пропорционалности је један од врло значајних принципа на коме се темељи систем заштите људских права. Пропорционалност, који у својој суштини подразумева проналажење одговарајућег баланса између различитих супротстављених интереса, није посебно поменут у тексту Европске конвенције, нити у Протоколима донетим уз њу, али неспорно је да прожима тумачење Конвенције. Штавише, принцип пропорционалности је препознат као један од централних принципа који руководи примену права и слобода садржаних у овим инструментима. "Тражење правичне равнотеже између захтева заједнице и основних права појединаца" је према речима Европског суда "урођено систему Конвенције".⁴⁰¹ Она је витални део целе структуре и долази до изражаја у пракси Суда, у којој је овај принцип је и развијан. Европска комисија за људска права је сматрала да су баланс и оправданост релевантна питања, али, њена пракса није пружала увид у развој овог принципа. Суд је, пак, са своје стране имплицитно применио принцип пропорционалности већ у својој првој пресуди *Lawless v. Ireland*⁴⁰², која се односила на одступања од члана 5 на основу члана 15 Конвенције. Наиме, члан 15 став 1 Конвенције овлашћује високе стране уговорнице да предузму мере којима се одступа од њених обавеза, и то у најнужнијој мери коју изискује хитност ситуације, с тим да те мере не буду у нескладу са њеним другим обавезама према међународном праву.⁴⁰³ Примена принципа пропорционалности изричито је наведена у Белгијском лингвистичком случају, када је Суд, у контексту члана 2 Протокола бр. 1, у вези са правима родитеља на образовање деце, навео да "домаћа регулатива никада не сме да повреди суштину права на образовање нити да буде у супротности са другим правима садржаним у Конвенцији". Уопште узев, Суд је рекао да Европска конвенција "подразумева баланс између заштите општег интереса Заједнице и поштовања основних људских права".

Принцип пропорционалности најављен Белгијским лингвистичким случајем (1968), добио је тада мало пажње у правној доктрини, али је Суд наставио да га примењује и током 70-их година прошлог века у предметима *Handyside v. the United Kingdom*, *Sunday Times v. the United Kingdom*. У предмету *Sporrong and Lonnroth v. Sweden*, Суд је навео да је трагање за правичном равнотежом инхерентно целој Конвенцији. У овом случају, који се односио на повреду права из члана 1 Протокола бр. 1, Европски суд је истакао да је потребно успоставити равнотежу између потребе заштите општег интереса друштва са једне стране и

⁴⁰¹ Видети нпр. пресуда од 29. новембра 1988, *Brogan and Others*, A-145 B, стр. 27; случај *Soering v. United Kingdom*, пресуду од 7. јула 1989. *Publications of the ECHR Court, Series A, Judgments and Decisions*, Vol. 161 (1989)

⁴⁰² *Case of Lawless v. Ireland* (app. No. 332/57), пресуда од 1 July 1961

⁴⁰³ У овом предмету *Lawless* је био ухапшен јер је био припадник ИРА-е. Суд је приметио да у вези члана 5, став 1 б, лишење слободе г. *Lawless*-а по налогу министра због сумње да је био укључен у активности штетне по очување јавног реда и мира и државну сигурност не може се сматрати за меру предузету у циљу осигурања извршења било које обавезе прописане законом, јер ова клаузула не говори о хапшењу или лишењу слободе у циљу спречавања кривичних дела против реда и мира или сигурности, него о осигурању извршења посебних законом прописаних обавеза. Суд је, такође, навео да у случају потребе ова обавеза мора постојати пре затварања којим би требало санкционисати кршење те обавезе.

потребе заштите основних права појединаца са друге стране. У предмету Јан и други против Немачке, по мишљењу Суда, да би се деловао сагласно начелу сразмерности, немачки законодавац није могао лишити подносиоце представке њихове имовине за добробит државе, а да не донесе одлуку у складу са којом би њима била пружена одговарајућа добробит. Имајући на уму све чиниоце, Суд закључује да чак иако се околности карактеристичне за поновно уједињење Немачке морају сматрати изузетним, одсуство било какве накнаде за то што је држава узела имовину подносилаца представке ремети, на штету подносилаца, правичну равнотежу која мора бити успостављена између заштите имовине и захтева општег интереса. Према томе, овде је прекршен члан 1 Протокола бр. 1.

Може се закључити да су кључне области, у којима се примењује овај принцип, одредбе у којима се дозвољава опозивање или ограничење људских права, попут оних садржаних у члановима 8-11, или гаранције недискриминације из члана 14 или заштите својинских права из члана 1 Протокола бр.1. У односу на чл. 8 и право на поштовање приватног и породичног живота пропорционалност у ограничењу права значи следеће: а). неопходно у демократском друштву не значи уједно и нужно, нити, пак, пожељно, разумно или допуштено; б). државе чланице уживају извесно дискреционо овлашћење у погледу онога што се сматра "неопходним у демократском друштву", али Европски суд има коначну реч да ли је такво ограничење у складу са одредбама Конвенције; в). синтагма "неопходно у демократском друштву" значи и компатибилност мере са одредбама Конвенције; г). ограничења из става 2 имају се уско тумачити.⁴⁰⁴ Као што је случај са другим суштинским правима зајамченим Конвенцијом, државе могу да ограниче право на имовину, али само у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и другим општим начелима међународног права. Када постоји јавни, односно општи интерес, одређује односна држава и она у том домену има широко дискреционо овлашћење. Европски суд само контролише да ли постоји пропорционалност између мере коју предузима и легитимног циља који се тиме жели остварити. Пропорционалност мере подразумева да је мера подобна да оствари жељени циљ, али и да држава пронађе правичну сразмеру између предузете мере и постављеног општег циља. Пропорционалност неће постојати када вагање приватног и јавног интереса није спроведено на разуман начин⁴⁰⁵ или пак, када је на појединца пао исувише велик терет у односу на јавни циљ који треба постићи.⁴⁰⁶

Имајући у виду различиту природу поменутих права, тест пропорционалности који Суд спроводи није увек примењиван на једнообразан начин. Док у погледу права из чл. 8-11 Европске конвенције Европски суд тест пропорционалности строго примењује у контексту захтева "неопходно у демократском друштву" права, дотле се флексибилнија верзија примењује код ограничења имовинских права. Овде принцип пропорционалности захтева да постоји "разуман однос пропорционалности између употребљених средстава и

⁴⁰⁴ Критеријуми за пропорционалност мере ограничења права из члана 8 постављени су још у случају *Silver and others v. United Kingdom* (пресуда од 25.03.1983, Series A, no. 61, br. 97)

⁴⁰⁵ ECHR, *James and others*, presuda od 21.2.1986.

⁴⁰⁶ ECHR, *Lallement*, presuda od 11.4.2002. br. 18

циља чијој се реализацији тежи" или "правична равнотежа" између општих и појединачних интереса који су у питању.⁴⁰⁷ Критеријум "разумног односа пропорционалности између употребљених средстава и циља чијој се реализацији тежи" користи се и у контексту члана 14 за установљавање да ли има дискриминације супротне овој одредби. Тест пропорционалности се не примењује у односу на апсолутна права гарантована Конвенцијом, која не трпе никаква ограничења. 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). Конвенција не предвиђа никаква ограничења права на закључење брака и заснивање породице, али она могу произаћи из меродавног националног права и односе се како на формалне, тако и на материјалне услове на закључење брака. Међутим, дискреционо право држава чланица не сме да се врши у том обиму да се суштина права на брак и материјални услови за закључење брака претворе у брачне забране. У вези са тим, Европски суд може да контролише пропорционалност унутрашњег законодавства којим се ограничава право на закључење брака или заснивање породице.

У пракси Суда у Стразбуру, можемо наћи и неколико контраверзних одлука, које нису у складу са општом линијом тумачења под начелом пропорционалности, почев од оних који су учињени под легитимним циљем заштите морала или религијских осећања. Случајеви као што су *Müller and others v. Switzerland* (24.05.1978.) и *Otto-Preminger-Institut v. Austria* (20.9.1994.), су међу одлукама које подлежу оштрој критици у научној јавности. У оба случаја, суд је утврдио да није било кршења члана 10 (слобода изражавања), иако би супротан исход био у складу са успостављеном линијом строге контроле слободе изражавања у постојећој пракси. Поље слободне процене које је додељено националним властима у овим случајевима је било знатно шире од нормалног и баланс је био померен ка јавном интересу. Проблем који се овде манифестује односи се на случајеве када Суд прихвата да националне власти чине неразумна ограничења под окриљем заштите демократије. Таква ограничења могу спречити нормалан демократски ток и критику према структурама моћи⁴⁰⁸.

4.7.4. Начело пропорционалности у пракси националних уставних судова

Немачко управно и уставно право се често сматрају главном инспирацијом Европског суда приликом креирања принципа пропорционалности у тумачењу Европске конвенције. Концепт пропорционалност се у Немачкој примењује од краја 50-их година прошлог века, када је тек установљени Савезни уставни суд био у прилици да прегледа законе, којима се ограничавају основна права, али и одлуке управних и судских органа, када примењују такве законе. Овај концепт је старији од сада важећег Немачког Устава и развијан је у пракси немачких управних судова, пре свега Пруског *Oberverwaltungsgericht*, још крајем 19. века. Принцип

⁴⁰⁷ Van Dijk, Van Hoof, *op.cit.*, p. 81 (engl)

⁴⁰⁸ Више о томе: V. Jukka, "Approach of the European Court of Human Rights towards Extremism in Europe: New standrads or Dynamic Interpretation? The Question of Pluralism n the Strasbourg", VII the works Congress of the International association of Constitutional Law, [http://www.enelsyn.gr7en8workshops7workshop15\(en\)htm](http://www.enelsyn.gr7en8workshops7workshop15(en)htm).

пропорционалности тада је примењиван у односу на полицијске мере поводом повреде индивидуалних слобода у случајевима када је закон давао полицији дискреционо право или где су активности полиције биле дефинисане на прилично нејасан начин. Принцип пропорционалности коришћен је као додатно ограничење за полицијске акције. Наиме, за предузете акције била је потребна дозвољена сврха, али се спроводила анализа да ли се исти циљ могао постићи мање наметљивим, односно мање инванзивним мерама. Савезни уставни суд Немачке, установљен Основним законом, убрзо је започео примену овог концепта у уставно право и у погледу закона којима се ограничавају основна права.

Прва одлука у којој је поменути принцип пропорционалности односи се на изборни закон Северне Рајне Вестфалије.⁴⁰⁹ Том приликом Уставни суд није објаснио зашто Основни закон захтева да ограничење буде сразмерно, нити је прецизирао како овај принцип функционише. Прво детаљно објашњење овог принципа, онога шта он садржи и чему служи, дато је у одлуци која се односила на слободу професије из члана 12 Основног закона.⁴¹⁰ Суд је препознао применљивост овог принципа на све случајеве где су повређена основна права поводом случаја који се односио на право физичког интегритета из члана 2 ст. 2 Устава. Касније, Суд је објаснио и основ примене овог принципа и навео да он следи из принципа правне државе (*Rechtsstaatprinzip*), гарантоване чланом 20 Основног закона, али и из суштине основних права, која су израз општег захтева грађана за слободом у односу на државу и која могу бити ограничена од стране јавне власти само онолико колико је то апсолутно неопходно да би се заштитио јавни интерес. Ипак, Савезни уставни суд никада није елаборирао како овај принцип произилази из принципа владавине права или суштине основних права. Разлог томе може бити што у првим годинама позивања на овај принцип Уставни суд није био свестан истакнуте улоге коју ће овај принцип играти у будућности, тако да се само позивао на њега без посебног објашњавања његове суштине. Касније, када су се околности промениле, овај принцип је већ био успостављен и дуго примењиван да се чинило непотребним да се посебно образлаже.⁴¹¹ То, међутим, није представљало сметњу да принцип пропорционалности задобије статус уставног принципа у немачком правном поретку.

Немачки Основни закон садржи неколико осигурања, која се примењују у погледу ограничења основних права, од којих су најважнија правила из члана 19 Основног закона, којим су постављена материјална и формална правила за садржајно одређивање и ограничење основних права и која везују и законодавца. Само легитиман циљ може да оправда ограничење права, након чега следи тростепени тест пропорционалности. У првом степену, немачки суд пита се да ли је сврха права погодна (*Eignung*) да се постигне задати циљ. У следећој фази питање је да ли је закон неопходан како би се постигао циљ и да ли се може најмање рестриктивном (*Erforderlichkeit*) мером постићи циљ. Трећи корак је "cost-benefit"

⁴⁰⁹ BVerfGE 3,383, at 399 (1954)

⁴¹⁰ BVerfGE 7,377 (1958) Pharmacy case

⁴¹¹ Више о томе D.Grimm: "Proportionality in Canadian and German constitutional jurisprudence", *University of Toronto Law Journal*, Spring 2007, Vol. 57, Issue 2, pp. 385-387

анализа, која подразумева балансирање између интереса основних права и добра у чијем се интересу право ограничава. У Немачкој се то обично означава као пропорционалност у ужем смислу, али и као прикладност или разуман захтев (Zumutbarkeit).⁴¹² Овакав, "тростепени" приступ установљен је у пракси Савезног уставног суда и значи да, имајући у виду сва три поменута елемента, државне мере морају бити одговарајуће за постизање одређеног циља, затим да нема другог инструмента којим орган располаже и који је мање рестриктиван, и да не постоји диспропорција у погледу ограничења на која се односи. Речима Савезног уставног суда то би значило да "интервенција мора бити одговарајућа и неопходна за постизање њеног циља. Она не може да наметне претерано оптерећење појединцу у питању, и мора бити разумна у погледу утицаја који има на појединца."⁴¹³

Дакле, са аспекта немачког уставног и управног права, принцип пропорционалности (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) састоји се од три независна и међусобно повезана подпринципа: принципа подобности, принципа неопходности и принципа пропорционалности у ужем смислу. Принцип подобности (целисходности), значи да мере које утичу на индивидуална права морају бити погодне ради олакшања и постизања циљева којима се тежи. Принцип неопходности, значи да одговарајуће мере морају бити неопходне у смислу да не постоји ниједна друга одговарајућа мера на располагању, која је мање рестриктивна од заштићеног права. Принцип пропорционалности у ужем смислу (принцип балансирања), значи да одговарајуће и неопходне мере не смеју пореметити правичну равнотежу и/ или уништити суштину права.⁴¹⁴

Треба напоменути да последња два елемента пропорционалности-неопходност и пропорционалност у ужем смислу подразумевају одмеравање инструмената, као и циљева, тако да, ако постоје две или више мера, или инструмената, које су погодне да следе дати циљ и интерес који треба заштити, један у односу на други се одмеравају у светлу других заштићених интереса, да би се видело да то не представља претерано оптерећење за друге интересе. Принцип пропорционалности у немачком праву игра значајну улогу у области људских права, када се законодавне активности прегледају од стране Савезног уставног суда и у области дискреционог права управе углавном на иницијативу Савезног управног суда. У односу на законодавца, Уставни суд сматра, да кад год је надлежан да доноси законе о уставној слободи, као што су личне слободе, његова надлежност је ограничена принципом пропорционалности. У погледу управних

⁴¹² J.Church, C.Schulze, H.Strydom: *Human Rights from a Comparative and International Law Perspective*, University of South Africa, 2007, p.112

⁴¹³ N.Emilio: *The Principle of Proportionality in European Law - A Comparative Study*, London, Kluwer Law International, 1996, p.39

⁴¹⁴ Schwarze: *European Administrative Law* (1992) p. 687, Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law - A Comparative Study* (1996) pp. 24-26, Fordham and de la Mare: *Identifying the Principles of Proportionality, Understanding Human Rights Principles* (2001) (Jowell and Cooper, Eds.), and Wong: *Towards the Nutcracker Principle: Reconsidering the Objections to Proportionality*, *Public Law* (2000) 92-109 p. 93. Navedeno prema. J.Christofferson Jonas, *op.cit.*, p. 70

аката, принцип пропорционалности се углавном користи у односу на дискрециона овлашћења.

Тумачење уставних права у светлу принципа пропорционалност, према схватању Robert Alexy,⁴¹⁵ који је дао правнотеоријску обраду овог принципа, значи да уставна права треба третирати као захтеве оптимизације, односно као принципе, а не само као правила. Као што то оптимизација захтева, принципи су норме које захтевају нешто што ће бити реализовано у највећој могућној мери, с обзиром на чињеничне и правне могућности. Принцип подобности (целисходности) и принцип неопходности односе на оптимизацију онога што је фактички могуће. Принцип пропорционалности у ужем смислу проблеме оптимизације сагледава у односу на правне могућности. Правне могућности се суштински односе на дефинисање компететивних принципа и могу се описати на следећи начин: што је већи степен незадовољства или штете у односу на један принцип, то је већи значај да се испуне други принципи. Ово правило се може назвати правилом балансирања. Феномен балансирања у уставном праву води многим проблемима и има много приговора. Један од њих је да то није рационалан процес, односно да се тиме дозвољава неограничена субјективност. Тако, Jürgen Habermas сматра, да "нема рационалног стандарда за балансирање."⁴¹⁶ Habermas, сматра, да балансирање налазимо у одлукама суда у којима се одређује шта је исправно, а шта погрешно, и у оправдавању онога шта је коректно (адекватно), шта није коректно. Вагање вредности има за резултат пресуду, али не оправдава резултат. Alexy наглашава да ако су балансирање и вагање инкомпатибилне са коректношћу, објективношћу и оправданошћу, онда томе нема места у уставном праву.

Да би се сазнала сврха балансирања треба проћи у саму структуру балансирања. Овде разликујемо три етапе. У првој етапи утврђујемо степен незадовољства, односно имамо у виду подесност дате мере. Након тога, следи друга фаза, у којој се утврђује значај задовољавања компететивних принципа. И коначно, у трећој фази, утврђује се значај задовољавања једног принципа на уштрб другог. Ако није било могуће донети рационалну одлуку, прво у погледу интензитета мешања, друго, у погледу степена значаја и треће у погледу њиховог међусобног односа, онда према схватању Alexy примедбе Habermasa су оправдане. Да би се показало шта значи рационалност одлука у погледу интензитета мешања и степена значаја, то се може илустровати на примеру једне одлуке Немачког Савезног уставног суда која се односи на здравствена упозорења. Суд је дужност произвођача дувана, да ставе здравствена упозорења о штетности пушења на својим производима, сматрао нечим што у незнатној или малој мери утиче на слободу професије (Berufsausübungsfreiheit). Насупрот томе, потпуна забрана производње дуванских производа би представљала озбиљно ометање. Како су

⁴¹⁵ Његов рад наводи се као "један од најоштроумнијих, аналитички најрафиниранијих и најутицајнијих општих описа уставних права које постоје" и као најважнији и најутицајнији рад из уставне теорије написан у последњих педесет година". Наведено према M.Kumm, "Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice", *International Journal of Constitutional Law* 27/2004, p. 596

⁴¹⁶ Цитирано: J. Habermas, "Between Facts and Norms", William Rehg. Trans., Polity Press 1996, p.259 према R. Alexy, *Theory of Constitutional Rights*, p. 405

здравствени ризици због пушења велики, ти разлози оправдавају мешање (интерференцију) већег интензитета. Ако би ризик био мањи, онда би и степен мешања био такође мањи.⁴¹⁷

У теорији Robert Alexy-ја, две главне претпоставке заузимају централно место: прво, да постоји разлика између правила и принципа, и друго, да принципи представљају програм за постизање оптималних резултата, односно да се они морају остваривати у највећој могућој мери, узимајући, при том у обзир фактичка и правна ограничења. Правила могу, али не морају да се примењују, али се принципи у већој или мањој мери остварују и захтевају оптималне резултате у зависности од фактичких и правних могућности. Правна методологија традиционално прави разлику између супсумције, с једне стране, и одмеравања или вагања, са друге стране. Док се супсумција користи када је реч о правилима, одмеравање се користи када је реч о принципима. Права, било да се односе на колективно добро или на циљеве формулисане у уставу (*Staatzielbestimmungem*), као што је заштита животне средине схватају се као принципи. Пропорционалност се стога не односи само на вагање индивидуалних права. Ово се мора имати на уму, пошто је првобитна и још увек најчешћа примена принципа пропорционалности јесте у одлукама о људским правима, где се легитиман или јавни интерес може искористити да се ограничи људска права или где се људско право једне особе одмерава у односу на право друге особе.⁴¹⁸

Имајући у виду наведене теоријске ставове Roberta Alexy-ја и раније наведену праксу Европског суда за људска права, може се рећи да принцип пропорционалности онако како је схваћен у пракси Европског суда није сасвим еквивалентан принципу пропорционалности у немачком управном и уставном праву. Правилно разумевање принципа пропорционалности у контексту европског система заштите људских права подразумева да се узму у обзир елементи који су специфични за Европску конвенцију, као што су интеракција са другим правним аргументима и увођењем принципа у пракси Суда. Најпре, мора се имати у виду да је директна интервенција за примену принципа пропорционалности тек недавно пронађена у међународним уговорима. У време доношења Европске конвенције упућивање на принцип пропорционалности није могло да постоји, и примена овог принципа у Конвенцији је у почетку била заснована на њеној интерпретацији у пракси Комисије и Суда. Упркос значају овог принципа, Суд никада није посебно био одређен у погледу разлога који су довели до увођења овог принципа у смислу посебних одредби Конвенције. Може се спекулисати да је Европски суд нашао да је боље да овај принцип уводи корак по корак, или да је пак, пошао од тога да је примена овог принципа природна за државе чланице тако да Суд његову примену не мора посебно да образлаже⁴¹⁹.

⁴¹⁷ R. Alexy: "Balancing, constitutional review, and representation", *I-CON*, Volume 3, Number 4, 2005, pp. 572-581

⁴¹⁸ R. Alexy, *op.cit.*, pp. 572-581. i van Aken Ane, "Вагање људских права-уставно тумачење у међународном праву", *Анали Правног Факултета у Београду*, бр. 4/2009, стр.50-69

⁴¹⁹ C. Jonas: *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the ECHR balance*, The Hague 2009, p. 70

Принцип пропорционалности налазимо и у пракси других правосудних институција Европе. У француском праву, пропорционалност, мада је то номенклатура коју Државни савет ретко користи, не сматра се принципом јавног права. То не значи да је концепт управљања односа између грађана и јавне власти, односно ограничење државног мешања у индивидуална права, непознат у француској традицији. У ствари, овај концепт се користи у различитим формама и у различитим ситуацијама. Док је у Немачкој овај концепт заснован на "Rechtsstaat" принципу и у тесној вези са заштитом основних права и слобода, француско управно право узима другачију полазну тачку која је потребна за одлуке управних органа да би биле предузете у складу са законом, односно како је то прописаном принципом законитости (*principe de légalité*). Овај принцип се мора схватити као законитост која долази од споља (*Légalité externe*), што значи да судско преиспитивање има мало везе са суштином одлуке и њеним материјалноправним аспектом. Тек током 20. века, Државни савет је показао спремност да своју контролу прошири и на унутрашњу законитост (*légalité interne*), укључујући преглед садржаја, мотива и сврхе управног акта. Али, како је већ речено, постоје различите категорије контроле, у зависности од тога да ли се она спроводи у ситуацији када управа поступа или не поступа на основу својих дискреционих овлашћења. У Француској доктрини, принцип пропорционалности је најпре, развијан у радовима Eisenmann-а и Braibant-а, након Другог светског рата и односи се на питање, да ли је управни акт погодан да достигне одређени резултат и да ли је то неопходно. Овај принцип је даље развијан 70-их година прошлог века, и примењиван је у одређеним околностима које укључују потпунију контролу, као у случају полицијских мера или ванредне ситуације. Због различитости ситуација у којима је примењен овај концепт остаје "прилично неодређен појам са значењем које нема јасне границе." Свакако, једна од најважнијих области у којима је примењује принцип пропорционалности је област права и слободе, посебно у области рада полиције и заштите јавног поретка. Тако је, нпр. у случају Benjamin, Државни савет сматрао, да декрет који је издао градоначелник, а којим се забрањује конференција, јер постоји могућност немира, није испунила захтеве пропорционалности. Таква могућност није у тој мери била озбиљна да је требало забранити конференцију, већ је уместо тога, требало појачати полицијске мере. Другим речима, однос између ограничења личне слободе и штете која би могла настати је несразмеран.⁴²⁰

Врло посебна примена принципа пропорционалности, толико да неки аутори сматрају да је то другачији концепт јесте теорија "bilan-coût-avantages" (предност вредносног биланса, превод. М.Н.), која је повезана са разлогом експропријације "utilité publique" (од јавног значаја). Кључна одлука коју је Државни савет донео је у случају *Ville Nouvelle Est*, који се односи на изградњу нових факултета Универзитета у Лилу, а која је захтевала рушење 88 тек изграђених кућа. Државни савет је пресудио да операција може бити проглашена законитом и од јавног значаја ("utilité publique") ако повреда права приватне

⁴²⁰ Видети о томе W. van Gerven: "The Meaning of Proportionality for the Purposes of the ECHR", u *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, (Evelyn Ellis, ed.) Oxford, Portland, Oregon, 1999, pp.48-49

својине, финансијски издаци и вероватно недостаци социјалне природе нису претерани с обзиром на интерес који он представља. У својој каснијој одлуци *Stéciv. St. Marie de l'Assomption* Државни савет је проширио доктрину *bilan-coût-avantages*, тако да она укључује и балансирање између јавних интереса.⁴²¹

Принцип пропорционалности налази своју примену и у пракси Уставног савета. Почети примене овог принципа у пракси Уставног савета датирају из 1971. када је Савет одлучујући о материјалној уставности закона парламента, прогласио исти неуставним, јер ограничава слободу удруживања. У каснијим одлукама одредбе закона су укидане, јер су предвиђале санкцију, која је у многим случајевима показивала диспропорциони карактер, или се санкција диспропорционо манифестовала у односу на чињенице које су требале да такве мере подрже.⁴²²

На основу изнетог могу се уочити и значајне разлике у немачком и француском концепту принципа пропорционалности. У немачком праву принцип пропорционалности је познат као концепт чији су обим, елементи и функционисање прилично добро одређени у пракси виших судова. То се посебно односи на праксу Уставног суда у погледу ваљаности закона који се тиче ограничења основних права и слобода грађана. Пропорционалност је средство за балансирање сукобљених вредности, да би се помириле у пракси колико год је то могуће. То је интегрални део концепта *Rechtsstat* и демократије и примењује се на све јавноправне акте, законодавне или управне природе, као и у приватним односима. Француско право има више прагматичан приступ. Пропорционалност није општи принцип јавног права, и сигурно није добро дефинисан у пракси судова. Он се користи у форми неодређеног принципа у неколико области права да би се постигла регуларност управних мета, и у мањој мери, код испитивања уставности законодавних аката. Употреба пропорционалности у управном праву је порасла са прихватањем и ширењем контроле *légalité interne* и све веће интервенције у бројним областима друштвеног живота, не само у економском сектору. Традиционална уздржаност Државног савета да контролише *opportunité* управних мера, која је постепено попуштала направила је места за опширније балансирање интереса. Очигледно ове разлике произилазе из дубљих разлика у менталитету и уставним структурама. Немачко правно резонување је принципијелно и категорично, док је француско више прагматично.⁴²³

Примена принципа пропорционалности у шпанској теорији везује се за интервенцију законодавца у основна права. Норме које ограничавају основна права морале би да испуне критеријум подесности, односно подобности за постизање циља коме се тежи, неопходности или избора најблажег средства ограничења и сразмерности у ужем смислу или постојања оптималног односа између средстава и циља ограничења. Начело пропорционалности налази своју примену у пракси, а

⁴²¹ Ibidem

⁴²² Упор. J.McBride, "Proportionality and the European Convention on Human Rights", pp. 23-27 i Walter Van Grevin, op.cit, pp. 37-43 u *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe* (Evelyn Ellis ed.), Oxford, Portland, Oregon, 1999

⁴²³ Ibidem

своју теоријску основу вуче из члана 1 ст.1 Устава Шпаније, у коме је садржан принцип правне државе, и чл. 9 ст.2, који обавезује јавне власти да унапређују услове да слобода и једнакост појединца и група буду стварни и ефективни и да уклањају сметње које ускраћују или отежавају њихово пуно коришћење.⁴²⁴

Принцип пропорционалности представља кључни елемент савремене правне мисли о људским правима, који обједињује природно и позитивно право. Принцип пропорционалности појављује се као концепт који је настао у правној доктрини, и који пре постоји као неписано правило, као општи принцип права који се препознаје у пракси судова. То овај принцип чини изузетно комплексним, јер он укључује хиљаде одлука донетих у различитим политичким контекстима и правним системима. Истовремено, пропорционално засновани концепт права данас представља, једну од функција која дефинише глобални конституционализам, ако се може рећи да он постоји. Принцип пропорционалности свакако примарно није настао у пракси Европског суда за људска права, који је и сам био донекле инспираним немачким моделом, али га је даље прилагодио правном систему Конвенције. Данас је, може се рећи, принцип пропорционалности нашао широку примену у државама чланицама Савета Европе, управо посредством одлука Европског суда за људска права. Тиме се, остварује већ поменути феномен позајмљивања из унутрашњег у међународног и из међународног и унутрашњег права, који обележава тренутну фазу у развоју људских права. До краја 90-их година прошлог века, принцип пропорционалности бива прихваћен у скоро сваком ефикасном систему уставне правде.

4.7.5. Начело ограничења права као темељни принцип тумачења права

Начело ограничења права надовезује се на принцип пропорционалности. Наиме, у људском друштву ниједна слобода, ниједно право не може бити неограничено, ако ни због чега другог онда због тога што исте слободе и иста права припадају сваком човеку. Неограничено коришћење једног права, односно слободе може водити негирању права и слободе других, а може бити и у колизији са интересима друштва у целини. Стога, скоро да и не постоји право које је апсолутно и није подвргнуто неким ограничењима. Полазиште концепта ограничења основних права је да се претпостављају две ствари: право и његова граница, при чему се између њих успоставља одређени однос, однос ограничења. О овом односу постоје две теорије. Према екстерној теорији⁴²⁵, са једне стране имамо *право по себи*, које није ограничено, а са друге стране, оно што преостане када се примени ограничење, а то је *ограничено право*. Према екстерној теорији, права у највећој мери постоје као ограничена права, али се права могу замислити и без ограничења. Тако да према овој теорији није неопходно постојање односа између концепта права и концепта ограничења. Овај однос проистиче из захтева екстерне природе, у смислу да се право схвата у односу на права других појединаца или других

⁴²⁴ Више о томе Д.М.Стојановић, *Основна права човека-људска права и слободе у уставима европских држава*, Ниш, 1989, стр. 170

⁴²⁵ Citirano: V. W. Siebert, "Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs" u *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, (G. Dahm et.al), Berlin 1935, p. 195. u R. Alexy, *op.cit.*, p. 179

индивидуалних права и заједничких интереса. Према интерној теорији⁴²⁶, не постоје две ствари, право и његово ограничење, већ само једна, а то је право које има одређени садржај. Идеја ограничења је замењена идејом обима. Сумње у погледу обима права нису сумње у погледу тога колико она могу бити ограничена, већ сумње у погледу њиховог садржаја. Ако се уместо "обима" жели да говори о "ограничењу" права, онда се може употребити термин "иманентне границе".⁴²⁷ Која ће од ових теорија бити прихватљивија зависи од тога да ли се уставноправно норма види као правило или као принцип, односно да ли полазимо од тога да основно право има дефинитивну или *prima facie* позицију. Ако право има дефинитивну позицију онда прихватимо екстерну теорију, ако има *prima facie* позицију онда полазимо од интерне теорије.

Разликовање интерних и екстерних ограничења можемо сагледати и из другог угла. Интерна (унутрашња) ограничења права, односе се на значење и обим уставног права. Овакво ограничење апострофира да ли је уставно право у односној ситуацији на првом месту, као нпр. да ли уставно право на слободу говора укључује и да се постави бомба испод председничког аутомобила као изражајни чин политичког неслагања? Одговор је, наравно, негативан, што нас води тзв. унутрашњем ограничењу слободе изражавања. У односној ситуацији на првом месту није уставно право на слободу изражавања и стога не постоји потреба да се оправда његово вршење. Екстерна ограничења јесу, пак, уставно допустива ограничења права која се примењују у датој ситуацији. Оваква ограничења се могу објаснити као ограничења која долазе од стране владе, односно државе када она следи оно што би се могло назвати циљ јавне политике⁴²⁸.

На основу наведеног произилази даље разликовање поменутих ограничења. Интерна ограничења су аутоматска и инхерентна. Једном одређена она се увек примењују, и постају у извесном смислу саставни део права. То значи да се ова ограничења примењују независно од политичке воље и политичке институције нису те које могу да бирају да ли ће интерна ограничења примењивати или неће. Насупрот томе, екстерна ограничења се означавају као зависна и условна. Да ли ће бити примењена у датом случају, на првом месту зависи од избора државе да афирмише конфликтни јавни интерес, који је у стању да надјача право у питању.

Када разматрамо ова теоријска схватања о ограничењу права, не треба изгубити из вида да иако су у далеком мањем броју заступљена постоје и она основна права која се не могу ограничити ни под којим условима. Дакле, основно право не мора да има спољашње ограничење, што потврђују и релевантни уставни и међународни документи о људским правима. Ова права називају се апсолутна или неприкосновена права, јер се сматра да би свако њихово ограничавање или опозивање представљало напад на систем вредности на коме почива зграда

⁴²⁶ Citirano B. W. Siebert, "Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung", Marburg 1934, 85 ff; K. Larenz, "Rechtsperson und subjektives Rech" u, *Grundlagen der neuen Rechtswissenschaft*, (G. Dahm et. al ed.), Berlin 1935, 230 ff. u R. Alexy, *op.cit.*, p. 179

⁴²⁷ Ibidem

⁴²⁸ Више о томе S.Gardbaum, *op.cit.*, pp. 766-768

људских права.⁴²⁹ Листа ових права није јединствено утврђена, већ која ће права имати статус апсолутно заштићених права одређује се изричитом уставном одредбом односно одредбом међународног уговора о људским правима. Немогућност ограничења или укидања ових права посебно долази до изражаја онда када се држава налази у ванредном или ратном стању, и када се ни под каквим условима и околностима апсолутна права не могу ограничити нити дерогирати. Карактер апсолутних права сходно Пакту о грађанским и политичким правима имају право на живот (чл. 6), забрана мучења, свирепог, нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања, подвргавање медицинским и научним опитима без пристанка (чл. 7), забрана ропства (чл. 8), забрана дужничког ропства (чл. 11), *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* (чл.15), слобода мишљења, савести и вероисповести (чл. 18) и у погледу наведених права није допуштено одступање ни онда када опстанак нације угрози изванредна јавна опасност. Европска конвенција у чл. 15 регулише да, ни у доба рата или друге јавне опасности која прети опстанку нације, нису допуштена одступања од права на живот, забране мучења, забране ропства и принудног рада. Апсолутна права се могу препознати по формулацији самог права. У том смислу илустративне су одредбе чл. 4 ст.1 Основног закона Немачке који каже да су неприкосновене слобода вере, савести, религиозног и идеолошког уверења.

Када говоримо о ограничењима основних права, у теорији су позната и тзв. инхерентна и факултативна ограничења. Инхерентна или како се још називају уграђена ограничења, најлакше се препознају, када су у питању права која не могу уживати сви људи, већ само држављани дате државе. Тако, Основни закон Немачке ова права препознаје у чл. 9, јер утврђује да сви Немци имају право да оснивају удружења и друштва, односно у чл. 12 који каже да сви Немци имају право на слободан избор занимања и места за стручну обуку. Тиме су, као титулари права изричито одређени само држављани Немачке, који наведена права уживају у пуном обиму. Уграђена ограничења препознају се и код права на личну слободу. Наиме, у свим релеватним уставним и међународним документима о људским правима право на личну слободу је препознато као једно од основних права које се гарантује свима, али се истовремено наводе допуштени основи за лишење слободе, нпр. због оправдане сумње да је лице извршило кривично дело, или када се то сматра оправдано потребним да би се предупредило извршење кривичног дела или бекство по његовом извршењу. Када је реч о тзв. факултативним ограничењима, треба имати у виду да нека права могу бити формулисана на тај начин, да је након садржине права прописано када и под којим условима се она могу ограничити. Али, то не подразумева аутоматско ограничење, већ држава може из дозвољених разлога и на дозвољени начин та права ограничити ако се у датим околностима то сматра неопходно потребним. Тиме се, постиже флексибилност у примени ових права и њихово уживање се прилагођава другим факторима који утичу на живот заједнице.⁴³⁰

⁴²⁹ В.Димитријевић, Д.Поповић,Т.Папић, В. Петровић, *op.cit.*, стр. 128

⁴³⁰ Ibidem

Полазећи од неминовности и неизбежности ограничења основних права у теорији, наводе се и нека општа правила која том приликом треба следити и поштовати. Дакле, ограничење се мора спроводити на конзистентан начин, тако да не буду угрожени темељни принципи на којима почива једна држава, која претендује да буде обележена као правна држава. Неограничена могућност ограничења основних права може бити извор највећих злоупотреба државних органа и може водити њиховом поништавању.

Прво правило, како то наводи Robert Alexy, јесте да норма која ограничава основно, уставом гарантовано право мора бити уставна, у смислу њене компатибилности са уставом. Ако је неуставна таква норма може водити чак и повреди права и не може да поставља ограничења. Са аспекта уставности правимо разлику између норми којима се успоставља надлежност државе, са једне стране, и наређења и забрана, које су упућене грађанима, са друге стране. У смислу ограничења права најважније су норме којима се успоставља надлежност државе да нешто предузме. При том, степен "моћи" државног органа мора бити у корелацији са степеном субординације норми које су креиране на основу те власти. Али, власт постављања надлежности мора бити рестриктивно постављена, јер су њене "границе" норме које овлашћују државу на поступање. Њихова ограничавајућа природа је стога само могућа и индиректна и заснована на природи норми које могу бити донете на основу те надлежности.⁴³¹

Како основна права имају уставни статус, она могу бити ограничена само уставним или нормама донетим на основу устава, што би било друго правило. Уставна ограничења могу бити директна (constitutionally immediate) и посредна (constitutionally mediate). Такву поделу налазимо и код Gardbaum-a, који као заједничку одлику раније поменутих интерних и екстерних ограничења, наводи то што она могу бити изричита или се могу подразумевати. Изричито интерно ограничење права налазимо у нпр. чл. 9 ст. 3 Основног закона Немачке који гласи: "Забрањена су удружења чији су циљеви или делатности у супротности са кривичним законима, са уставним поретком или са идејом о међународној мирољубивој коегзистенцији." Са друге стране, пример изричитог екстерног ограничења садржан је у члану 13 ст.2 Основног закона, којим су одређене околности под којима право на неповредивост дома може бити ограничена.⁴³² Посредна уставна ограничења су ограничења на које Устав овлашћује неког да их постави. Типичан пример оваквих ограничења јесу она која можемо наћи у нпр. чл. 8 ст.2 Основног закона, који прописује да се право мирног окупљања законом или на основу закона може ограничити за сва окупљања на отвореном простору.

⁴³¹ Citirano P. Lerche, *Übermaß und verfassungsrecht*, (Cologne, Berlin, Munich nad Bonn), 1961, p. 106 u R. Alexy, *op.cit.*, p. 182

⁴³² Чл. 13 ст.3 Основног закона гласи: " Уколико одређене чињенице потврде сумњу да је неко починио законом појединачно прописано нарочито тешко кривично дело, онда се на основу судског налога, а у циљу истраге, могу поставити техничка средства за акустични надзор стана, за који се сумња да у њему борави окривљени, а све уколико би истраживање чињеничног стања на други начин било знатно отежано или неуспешно. Ова мера мора бити временски ограничена (..)"

Уставне норме којима се уводи могућност ограничења права често се утврђују уз придржај закона или упућивањем на законске резерве. Закони којима се ограничавају основна права могу се доносити по посебној процедури и имати својство квалификованих закона. То може да значи да је законодавац овлашћен да поставља границе права, што може да укључује и његову слободу у постављању основних права.⁴³³ Међутим, да се уставна ограничења не би трансформисала у законска, "власт" законодавца у утврђивању ограничења мора бити рестриктивно постављена, тако да се законско ограничење предузима на основу изричите уставне норме под стриктно прописаним претпоставкама и само за одређене циљеве. Ако такве квалификације изостају и ако се законодавство генерално овлашћује на ограничење основних права, онда би то био обичан придржај закона. Наиме, у уставима се често могу наћи одредбе које указују на могућност ограничења једног права законом или на основу закона, које треба да буду предузете на основу наведених правила, а у сваком случају би било недопустиво ограничење основних права од стране извршне или судске власти.⁴³⁴ Ограничење је допуштиво једино ако компететивни принцип у односу на принцип у коме је садржано право има већи значај у околностима датог случаја. То подразумева проналажење одговарајућег баланса између различитих супротстављених интереса, што представља суштину принципа пропорционалности. Пропорционалност се тако појављује као треће правило које треба поштовати у ограничењу основних права. Правило број четири гласи: Ограничења основних права не смеју да додирну у суштину права у питању. Иако ово правило налазимо у бројним уставним документима, његову прецизну садржину тешко је утврдити. У сваком случају, крајњу "контролу" поштовања наведених принципа спроводи Уставни суд, најчешће по индивидуалним захтевима појединца-уставним жалбама, чиме је у прилици да у светлу околности конкретног случаја процењује, између осталог, да ли је нарушена бит права или није.

Поменута правила у погледу ограничења основних права препознају у целости или делимично скоро сви релевантни уставни документи, али су најпотпунија општа правила о ограничењу основних права садржана у Основном закону Немачке. Наиме, у чл. 19 Основног закона Немачке, постављена су формална и материјална правила за садржајно одређивање и ограничење основних права. Члан 19 ст. 1 Основног закона, одређује да основ ограничења основних права и слобода, мора бити садржан у самом уставу, тј. Основном закону. Основна права и слободе се могу ограничити законом или на основу закона, али да тај закон има општу важност, а не да важи за појединачни случај. Осим тога, у закону се мора одредити конкретно основно право или слобода и члан Основног закона на који се позива, при чему се ни у ком случају не сме задирати у битне елементе (*Wesensgehalt*) основног права или слободе.⁴³⁵ Овако конципиран принцип ограничења основних права оправдава се директним позивањем на принцип правне државе (*Rechtsstaat*). Овај принцип, уопште узев, дозвољава да слободе и права буду ограничена само у складу са законом и поставља границе ограничења

⁴³³ Д.М.Стојановић, *op.cit.*, стр. 164-165

⁴³⁴ *Ibidem*

⁴³⁵ D.P.Currie: *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, The University of Chicago Press, 1994, p. 18

надлежним органима, који не могу ићи даље од онога што је прописано Основним законом. Чак и када је законодавац посебно овлашћен да ограничи основна права, ограничење мора бити разумно.⁴³⁶ Овде се препознају три елемента, као суштинска обележја принципа пропорционалности. Прво, ограничење мора бити прилагођено ("geeignet"), тако да се постигне легитимна сврха; друго, мора бити неопходно ("erforderlich") ради остваривања датог циља и треће, терет који се намеће не сме бити претеран ("unzumutbar"). Исход тога је, интензивно преиспитивање оправданости мера ограничења по интересе који су заштићени Основним законом, чак и када је законодавац изричито овлашћен да их донесе.⁴³⁷ Овде би се радило о одређивању граница ограничења основних права (Lehre über die Schranken-Schranken).⁴³⁸ Када говоримо о Немачкој, треба поменути да је она специфична по тзв. индивидуалној суспензији основних права. Наиме, чланом 20 Основног закона каже се да онај ко у борби против слободног и основног демократског поретка злоупотреби слободу мишљења, слободу наставе, слободу окупљања, слободу удруживања, тајност писама, поште и телекомуникације, право својине или право на азил, губи основна права и слободе. Одлуку о губитку, и обиму губитка основних права, и слобода доноси Савезни уставни суд.

У шпанском уставном праву прихваћено је учење о иманентним границама одобравања основних права који је развијен у немачкој теорији и пракси. Ово учење је од значаја када говоримо о ограничењу основних права која су одобрена без придржаја закона. Овде је значајно напоменути и став Уставног суда Шпаније, који је прецизирајући појам "битна садржина" основних права најпре указао на уставу иманентне границе основних права. "Устав у неким случајевима сам поставља границе основним правима. У другим случајевима граница основног права произилази само на посредан или индиректан начин из устава, уколико је то оправдано неопходношћу да се заштите и очувају не само друга уставна права, већ и остала уставом заштићена добра."⁴³⁹

Устав Шпаније успоставља систематику граница основних права. Тако, члан 53 ст.1 Устав Шпаније, утврђује да права и слободе грађана, садржана у другој глави Устава (чл. 14-38), јесу обавезна за све јавне власти. Једино се законом који у сваком случају мора поштовати њихову битну садржину, може регулисати вршење ових права и слобода, што представља преузимање сличне одредбе из Немачког Основног закона. Разрада основних права и политичких слобода може се вршити само органским законима, за чије усвајање, измену или укидање је потребна апсолутна већина Конгреса. У Уставу се могу наћи одредбе које постављају конкретне границе за нека основна права. Тако у члану 20, којим се признају и штите права на слободно изражавање и заступање мисли, идеја и мишљења, књижевно, уметничко, научно и техничко стварање, обављање настаје и

⁴³⁶ Videti 30 BverfGE 1, 20 (1970); Denninger in 1 AK-GG, vor. Art.(1), Rdnr. 12 Navedeno prema D. Currie, *op.cit.*, p. 20

⁴³⁷ Ibidem

⁴³⁸ Д.М. Стојановић., *op.cit.*, стр. 168

⁴³⁹ Ibidem., стр. 170

слободно саопштавање или примање истините информације, предвиђа да ове слободе имају своје границе у поштовању права признатих у том делу Устава, у одредбама закона које их разрађују и, посебно, у праву на част, интимност, сопствену слику и заштити омладине и деце. У члану 21 Устава признаје се право на мирно окупљање и без оружја. За вршење овог права није потребна дозвола, али се о скуповима на јавним местима и о манифестацијама претходно обавештавају власти и оне их могу забранити само ако постоје оправдани разлози угрожавања јавног поретка, уз опасност по лица или добра. Читав низ основних права је одобрен уз придржај закона, као нпр. право приватне својине и наслеђа, право на закључење брака, право слободног изласка и уласка у земљу.

У Уставу Италије изостају општа правила о ограничењу основних права, већ се само наводе нека конкретна ограничења права. Тако, у члану 42 Устав утврђује, да у случајевима предвиђеним законом, уз одштету, приватна својина може бити одузета у интересу општег добра. Закон одређује норме и ограничења легитимног и тестаментарног наслеђивања. У члану 48 ст. 4 Устав Италије предвиђа да бирачко право не може бити ограничено, осим у случају да је грађанин законски неспособан за гласање, у случају неопозиве кривичне пресуде или у случају моралне недостојности предвиђене законом.

4.7.6. Начело ограничења права у Европској конвенцији и пракси Европског суда за људска права

Европска конвенција садржи правила о ограничењу основних права која су у њој садржана. Ова правила су детаљније разрађена у јуриспруденцији Европског суда за људска права, где се показује да су природа и обим тих ограничења често одлучујућег значаја код утврђивања да ли је дошло до повреде права. Тиме овај принцип посебно добија на значењу .

Најпре, треба нагласити да Европска конвенција разликује апсолутна и неапсолутна права.⁴⁴⁰ Статус апсолутних права уживају она права и слободе која се не могу ставити ван снаге, у смислу да не постоји одступање које је дозвољено, укључујући и време рата или друге опште опасности. Сходно члану 15 ст. 2 Конвенције, овакав статус имају право на живот, забрана мучења и другог нехуманог и деградирајућег поступања, забрана ропства и забрана ретроактивног дејства кривичног закона, право да се не буде суђен и кажњен два пута у истој ствари. Европска конвенција, такође, ван онога што предвиђа члан 15, не дозвољава ограничења у односу на чл. 6 ст. 2 Конвенције (претпоставка невиности), чл. 1 Протокола бр. 4 (забрана казне затвора за дуг), чл. 3 Протокола бр. 4 (забрана протеривања сопствених држављана) и чл. 4 Протокола бр. 4 (забрана групног протеривања странаца), јер су ови чланови формулисани у апсолутним терминима.

⁴⁴⁰ Van Dijk, Van Hoof, *op.cit.*, p. 719

У смислу могућности ограничења основних права у Европској конвенцији посебно су илустративне одредбе чл. 8-11. Права заштићена у поменутиим члановима структурирана су тако, да је у првом ставу зајемчено одређено право или слобода, док се у другом ставу утврђује могућност ограничења уживања права у питању. Тако, члан 8 гарантује сваком право на поштовање приватног и породичног живота, дома и преписке, дозвољавајући мешање јавне власти у вршење овог права само у складу са законом и ако је то 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. Сходно члану 11, свако има право на слободу мирног окупљања и слободу удруживања са другима, и за вршење ових права неће се постављати никаква ограничења, осим оних која су прописана законом и неопходна у демократском друштву у интересу националне или јавне безбедности, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других.

Нека ограничења, пак, могу да произилазе из начина на који је неко право формулисано, тако да су одређена ограничења инхерентна у формулацији самог права, или зато што је изричито наведено да одређени случајеви нису покривени дотичним правом. Такво ограничење налазимо, нпр. у члану 1 Протокола бр.1, који сваком физичком и правном лицу гарантује право на неометано уживање своје имовине. Нико не може бити лишен своје имовине, осим у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и општим начелима међународног права. Исто тако, чланом 2 Протокола број 4 гарантована је слобода кретања сваком ко се законито налази на територији једне државе, и која укључује и слободу сваког да напусти било коју земљу укључујући и сопствену. Никаква ограничења се не могу поставити у односу на вршење ових права сем оних која су у складу са законом и која су неопходна у демократском друштву у интересу националне безбедности или јавне сигурности, ради очувања јавног поретка, за спречавање криминала, за заштиту здравља или морала или ради заштите права и слобода других. Наведена права могу се у извесним областима подвргнути ограничењима која су уведена у складу са законом и оправдана јавним интересом у демократском друштву.

Европска конвенција садржи и нека општа правила која се тичу "коришћења" права садржаних у њој, укључујући и правила о њиховом ограничењу. Наиме, у члану 17, који носи назив забрана злоупотреба права, експлицитно се утврђује да ништа у овој Конвенцији не може се тумачити тако да подразумева да право било које државе, групе или лица да се упусте у неку делатност или изврше неки чин који је усмерен на поништавање било ког од наведених права и слобода или на њихово ограничавање у већој мери од оне која је предвиђена Конвенцијом. Ако се право подвргне било каквим другим ограничењима, ван оних које предвиђа сама норма која садржи право, постојаће повреда члана 17 Европске конвенције.

Од посебног значаја је и члан 18 Европске конвенције, који се надовезује на забрану злоупотребе права исказану у претходном члану, и који утврђује да ограничења наведених права и слобода која су дозвољена овом Конвенцијом неће

се примењивати ни у које друге сврхе сем оних због којих су прописана. Овај члан односи се на сва ограничења која су садржана у члановима 8-11 Конвенције, члану 2 Протокола бр. 4 и члану 1 Протокола бр. 7, као и на општа ограничења која проистичу из чланова 15,16 и 17. Границе коришћења ограничења права садржане у чл. 18 налазе своју примену и у погледу сагледавања оних права или слобода чија формулација у Конвенцији оставља простор за ограничење. Што се тиче примене члана 18 у погледу инхерентних ограничења, претходно питање на које треба одговорити је: да ли су "инхерентна" ограничења уопште дозвољена према Конвенцији, и уколико јесу у којој мери. Уколико су дозвољена и ако се сматрају законитим, онда примена таквих ограничења треба да буде размотрена у смислу сагласности са чланом 18, јер се онда она морају сматрати "дозвољеним према Конвенцији" у смислу тог члана.⁴⁴¹ Тиме, Европска конвенција не оставља много "маневарског" простора за високе стране уговорнице. Наиме, свака држава уговорница може да ограничи својим унутрашњим прописима права садржана у Европској конвенцији, али јој се не допушта велика слобода и утврђују се услови под којима је могуће ограничење права. Дозвољена ограничења права из Конвенције најчешће су условљена законитошћу, легитимношћу и оправданошћу.

Услов законитости изражен је у захтеву да ограничење права мора бити "прописано законом" (*prescribed by law*), како је наведено у чл. 9 ст.2, чл. 10 ст.2, чл.11 ст. 2 Конвенције или "у складу са законом" (*in accordance with law*), како се то наводи у чл. 8 ст.2, чл. 2 ст.3 и 4 Протокола бр.4 и члану 1 став 2 Протокола бр 7. То значи да земље уговорнице које желе да примене меру ограничења, то могу учинити једино путем закона. Поводом различитих наведених термина енглеске верзије текста Конвенције, Европски суд полази од тога да тим разликама не треба придавати значај и да у суштини оба упућују на задовољавајући законски основ, тим пре што у француској верзији постоји само израз "предвиђено законом" (*prévues par la loi*).⁴⁴² Европски суд полази од тога да услов законитости значи да држава ограничење права може да уведе само општом правном нормом која у њеном уставном поретку има висок ранг. Европски суд не тражи да акти о ограничењу буду и закони у смислу највиших аката које законодавац може донети. Израз " у складу са законом" не односи се превасходно на упућивање на унутрашње законе, него се тиче и "квалитета закона". У том смислу захтева се компатибилност са начелом владавине права, које је изричито поменуто у Конвенцији.⁴⁴³ Суд води рачуна и о постојању правних система у којима обичаји играју важну улогу, попут Уједињеног Краљевства. По мишљењу Суда из израза "прописан законом" проистичу два захтева. Први, закон мора бити на одговарајући начин доступан. Грађанин мора бити у стању да добије индицију да је то адекватно у околностима у којима се примењују законска правила на дати случај. Други, норма се не може третирати као "закон" ако није формулисана прецизно у довољној мери да би омогућила грађанину да уреди своје понашање. Грађанин мора бити у стању, ако је потребно и уз одговарајући савет да предвиди у степену који је у датим околностима разуман, последице које би могле донети радње о којој је реч. Те

⁴⁴¹ Van Dijk, Van Hoof, *op.cit.*, pp. 714-715

⁴⁴² М.Пауновић, *op.cit.*, стр. 176

⁴⁴³ Slučaj Malone, p. 32, par. 67 Navedeno prema M. Paunović, *op.cit.*, p. 176

последнице се не морају предвидети са апсолутном сигурношћу. Иако је сигурност крајње пожељна, она не може са собом донети прекомерну ригидност и закон мора бити у стању да држи корак са околностима које се непрестано мењају. Према томе, многи закони неминовно су заодевени у формулације, које су у већој или мањој мери нејасне и чије тумачење и примена представљају ствар праксе.⁴⁴⁴ Да би домаћи закон испунио услов законитости, он мора пружити меру правне заштите од произвољног мешања јавних власти у права заштићена Конвенцијом. Закон мора довољно јасно да укаже на обим дискреционих права надлежних власти и на начин на који се та права остварују.⁴⁴⁵

Ограничења, поред тога што су усвојена законом, морају бити и суштински оправдана, легитимна. Европска конвенција као дозвољене сврхе ограничења наводи заштиту националне безбедности, територијалног интегритета, јавне безбедности, здравља и морала, економске добробити земље, тајности обавештења добијених у поверењу, ауторитета и непристрасности судства, права и слободе других лица, као и спречавање нереда и криминала. Економска добробит земље је по Европској конвенцији дозвољен разлог само за ограничење права на поштовање приватног и породичног живота (чл. 8 ст. 2), а могућност ограничења ради очувања ауторитета и непристрасности судства важи једино за слободу изражавања (чл. 10 ст.2). Члан 18 Европске конвенције изричито забрањује ограничавање права у друге сврхе, осим оних које су прописане Конвенцијом. У права се не може дирати с образложењем ради заштите вредности које нису изричито наведене у норми којом се право регулише, ма колико оне високо стајале у очима законодавца и јавности у датој држави. Тако, на пример, у случају *Sidropoulos and others v. Greece* (appl.no 26695/95(1998)) Грчке власти су одбиле да региструју једно удружење које је започело заштиту македонске мањине у Грчкој. Изузеци од слободе изражавања у чл. 11 ст. 2 морају се рестриктивно тумачити тако да "подржавање национално-културних традиција и историјских и културних симбола није легитимна основа за ограничење слободе удруживања из члана 11".

Начело легитимитета подразумева, да Европски суд за људска права треба да пази да ограничења нису уведена са неким прикривеним стварним циљем, који није одмах видљив из закона и његовог образложења. Ограничење мора бити неопходно и држава је дужна да покаже да је постојала озбиљна и стварна потреба за њим. Ограничење није неопходно ако постоје и блаже, али погодне мере које могу послужити истој сврси. Тако је у односу на члан 5 Европски суд за људска права закључио да " није довољно утврдити да постоји један од основа за лишење слободе, већ лишење слободе мора такође да је неопходно. Лишење слободе неће бити неопходно ако власт не може да покаже да су друге мере које не обухватају лишење слободе, као нпр. одвођење лице кући, била на располагању али се утврдило да су недовољне. "⁴⁴⁶

⁴⁴⁴ *Sunday Times v. the United Kingdom* No. 1, presuda od 26.04.1979. Series A br. 30, stav 49

⁴⁴⁵ *Hasan Chaush v. Bulgaria*, appl. no. 30985/96, Presuda od 26.10.2000.

⁴⁴⁶ *Witold Litwa v. Poland*, App.no. 26629/95 (2000) st. 78

Често се као додатни специфични услов захтева да ограничење буде "неопходно у демократском друштву". Суд државама допушта широко поље слободне процене у погледу онога шта је неопходно у демократском друштву, али је за себе задржао право да подвргне испитивању такву процену државе. То је углавном питање равнотеже и сразмере: уколико се легитимни интерес о коме је реч може заштити помоћу мање оштрих мера од оних које су наметнуте, мешање је несразмерно и самим тим није ни "неопходно".⁴⁴⁷

Европска конвенција садржи општу одредбу којом регулише одступање од права и слобода у ванредним околностима. Наиме, чланом 15 Конвенције прописано је да у доба рата или друге јавне опасности које прете опстанку нације свака висока страна уговорница може предузети мере које одступају од њених обавеза по Конвенцији и то у најнужнијој мери коју захтева хитност ситуације, с тим да такве мере не буду у складу са њеним другим обавезама према међународном праву. Раније је поменуто која права имају статус апсолутних права и која су "имуна" на одступања и у доба ванредних околности. Али, одступање од осталих права гарантованих Конвенцијом допуштено је под рестриктивним условима и уз поштовање принципа пропорционалности, а коначну контролу тога врши Европски суд. Конвенција, такође, обавезује државе уговорнице да уколико користе своје право да одступе од одредби Конвенције да о томе обавесте генералног секретара Савета Европе о мерама које предузима и разлосима за њих, као и када такве мере престану да делује и када одредбе Конвенције поново почну да се у примењују у потпуности.

4.7.7. Хоризонтално дејство права-значење у унутрашњем праву

У контексту заштите индивидуалних права која се остварује како на унутрашњем, тако и на међународном нивоу, једно од најзначајнијих и врло актуелних питања је домашај примене одредби о индивидуалним правима, посебно у приватноправној сфери. Ово питање је тренутно једно од најважнијих и највише расправљаних у упоредном уставном праву. Како је концепт хоризонталног дејства права изворно настао у унутрашњем уставном праву, то ћемо, најпре, сагледати смисао и значај овог принципа на унутрашњем плану, а затим и његов значај и примену у контексту европског система заштите људских права. Тиме се још једном потврђује повезаност унутрашњег и система заштите људских права заснованог на Европској конвенцији.

Доктрина хоризонталног дејства права, позната као *Drittwirkung* (*third party applicability*), значи да основна права имају дејство на односе који се успостављају између појединаца.⁴⁴⁸ При том, хоризонтално дејство треба разликовати од утицаја

⁴⁴⁷ М. Matulović, "Europa, hrvatski ustav i teorija ljudskih prava: (silna) promjena hrvatskog ustava kao rezultat utjecaja prakse Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu na praksu Ustavnog suda Republike Hrvatske u zaštiti ljudskih prava", Izvor: www.boell.hr/downloads/matulovic

⁴⁴⁸ Citirano: Ch. Starck, *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*, München, 1999, p.166 u J. Krzeminska-Vamvaka, "Horizontal effect of the fundamental rights and freedoms-much ado about nothing? German, Polish and EU theories compared after *Viking Line*", NYU School of Law, The Jean Monnet Working Paper 11/09, p. 9 www.JeanMonnetProgram.org.

који основна права имају на приватно право, који је и знатно шири концепт. Наиме, свака повреда основног права која долази од стране норме приватног права није случај хоризонталног дејства.⁴⁴⁹ Ова доктрина настала је и посебно развијена у пракси Савезног уставног суда Немачке. Уставни суд Немачке је уставну жалбу Erica Lütha⁴⁵⁰ искористио да разјасни однос уставног и приватног права, диференцирањем "вертикалног" и "хоризонталног" ефекта основних права. Ако уставна права регулишу само понашање државних актера у односу на приватне појединце, онда говоримо о вертикалном ефекту основних права; уколико, пак, она регулишу односе између приватних лица, онда говоримо о хоризонталном дејству. У том смислу, уставна права су примарно права која грађани имају у односу на државу; то су права која ограничавају органе власти и овлашћују појединце да се бране од власти када она пређе ове границе. Уставни суд је, међутим, додао да се функција основних права овде не завршава, него да основна права истовремено изражавају објективне вредности и чине највише принципе целокупног правног система. Уставна права, сматра Уставни суд, чине објективни систем вредности, који се разликује од чисто "субјективног" или "одбрамбеног" права појединца у односу на државу. Овај вредносни систем, који у свом средишту, има људско достојанство и слободан развој личности у друштвеној заједници, мора се посматрати као основна уставна одлука која се односи на целокупан правни систем. Он утиче на све сфере друштва, укључујући и приватно право, тако да ниједно правило приватног права не сме да буде у сукобу са њим, и сва ова правила протумачена су у складу са тим духом. Савезни уставни суд даље је навео да устав захтева да судије редовних судова проверавају сагласност приватног права са основним правима и да приватно право тумаче у складу са уставним правом. У приватном праву уставна права имају ефекат који се у континенталној пракси означава као индиректан ефекат, пошто је судија обавезан да реконструише закон у светлу одредби о људским правима. Ако игнорише утицај уставног права, онда суд опште надлежности по мишљењу Савезног уставног суда крши уставно право.⁴⁵¹

⁴⁴⁹ Citirano: A. Bleckmann, *Staatsrecht II. Die Grundrechte*, 4 th rdn. Köln, 1997, p. 221 u Krzeminska-Vamvaka Joanna, op.cit., p.9

⁴⁵⁰ У јавном говору одржаном 1950. године поводом отварања немачке филмске недеље у Хамбургу, тадашњи председник хамбуршког Press Club-а Ерик Лит (Eric Lüth) упозорио је власнике биоскопа да не приказују изванредан филм који је снимио Veit Harlan који је иначе у време Хитлеровог режима снимио антисемитски филм "Jud Süß". На то је продуцентска фирма поднела редовном суду тужбу против Лита, а тај суд је уважио разлоге тужбе против Лита- да је Литово иступање садржало позив на бојкот и да је због тога нанело штету пословним интересима фирме- па га је осудило на накнаду штете. Лит је затим поднео уставну жалбу Савезном уставном суду против пресуде хамбуршког суда. Савезни уставни суд је сматрао да се хамбуршки суд огрешио о уставно право појединца да слободно изрази и да говором шири своје мишљење (члан 5 Основног закона), као и да је погрешно проценио однос овог уставног права према одговарајућим грађанскоправним правилима о заштити приватних интереса. Према мишљењу Савезног уставног суда, околности овог случаја биле су такве да је предност требало дати уставном праву појединца да слободно изрази своје мишљење над приватним материјалним интересима филмске компаније, па је Суд, сходно томе, поништио одлуку хамбуршког суда као неуставну.

⁴⁵¹ A.Sweet Stone, *Governing with the judges, constitutional politics in Europe*, Oxford, 2000, p.118 и S. Gardbaum, "Horizontal Effect of Constitutional Rights", *Michigan law Review*, Vol. 102, No.3 (Dec, 2003), pp. 387-459

Хоризонтални приступ, заснован је на супротним аргументима. Наиме, полази се од тога, да уставноправне одредбе намећу уставне дужности приватним актерима, као и влади, и да регулишу међусобне односе између приватноправних актера, који могу један другог тужити због повреде ових дужности. Ова хоризонтална позиција изричито одбацује поделу на јавно и приватно у уставном праву. Уставна права и уставне вредности могу бити угрожене од изузетно моћних приватних актера и институција, као и од државних органа, док вертикална позиција аутоматски привилегује такве. Штавише, пошто вертикална позиција не спречава да приватни актери буду обухваћени законом или обичајним правом (*common law*), није јасно зашто је аутономија посебно угрожена уставним прописима. Са друге стране, вертикални приступ има у својој основи поделу на јавно и приватно право у погледу домаћаја основних права, при чему је приватноправна сфера, која регулише односе између приватног права, слободна од уставног регулисања. Ограничење домаћаја уставних права на јавноправну сферу, оставља грађанима да, сходно принципу аутономије воље, уреде приватноправне односе, чинећи их слободним од униформног и принудног режима који стварују уставне норме.⁴⁵²

Ово тумачење је створило бројне проблеме. Један од њих је да су традиционалне границе између уставног права и "обичног" права замагљене. Али, Савезни уставни суд наглашава да нема једноставних формула за прилагођавање приватног права постојећем уставном праву и да се то постиже од случаја до случаја на основу захтева за балансирање и пропорционалност. Пошто по речима Суда, Устав тежи да успостави равнотежу између међусобно контрадикторних и рестриктивних тенденција уставног права и закона уопште, судије морају да вагају вредности које ће бити заштићене једне у односу на друге, и да предност дају најзначајнијим интересима у питању, одржавајући максимални интегритет подређених интереса.⁴⁵³

У вези са тим, у Немачкој су се појавиле три теорије о конструкцији хоризонталног ефекта: индиректна (посредна), директна (непосредна) и она које је посредована правима у односу на државу. Према теорији индиректног хоризонталног ефекта (*mittelbare Drittwirkung*), чије су главне присталице Dürig⁴⁵⁴ и Савезни уставни суд,⁴⁵⁵ основна права могу имати утицај на тумачење општих одредаба и двосмислених термина у приватном праву. Дакле, утицај уставних права на тумачење приватног права, посматра се као "вредносна одлука", "објективна норма", "уставноправна вредност", другим речима као објективни принцип у наведеном смислу. Овај утицај се може реализовати, пре свега у конкретизацији приватноправних општих клаузула, али се може примењивати у тумачењу сваке приватноправне норме, а у одређеним случајевима, може се проширити и на оправдање одлуке у односу на дословно значење права. Упркос

⁴⁵² S. Gardbaum, *op.cit.*, pp. 387-459

⁴⁵³ A. Sweet Stone, *op.cit.*, p.118

⁴⁵⁴ Citirano: G. Dürig u T. Maunz i G. Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, 5 th edn. (Munisch, 1983), art.1, para.130; HH. Rupp, 'Zum "Mepphisto-Beschluß" des Bundesverfassungsgerichts', DVBl 1972, 67. preма Alexy Robert, *op.cit.*, p. 355

⁴⁵⁵ Он је индиректно хоризонтално дејство прихватио већ у кључној Lüth одлуци.

овом уставноправном утицају, норме приватног права остају норме којима се успостављају приватна права и дужности.

Теорија директног хоризонталног ефекта (*unmittelbare Drittwirkung*), чије су главне присталице Nipperdey⁴⁵⁶ и први Сенат Савезног суда за радне спорове⁴⁵⁷, такође прихвата да "су уставноправне норме у класичном смислу субјективна јавна права упућена једино у односу на државу". У теорији индиректног хоризонталног дејства, утицај уставноправних норми на приватно право претпоставља се да проистиче из њиховог карактера као објективног, обавезујућег уставног права. У теорији директног хоризонталног дејства објективни принципи не утичу само на однос између грађана, који су захваћени тумачењем приватноправних норми, већ субјективна приватна права директно произилазе из њих. Према теорији директног хоризонталног дејства основна права не захтевају никакву трансформацију у систем приватног права. Она постају независни узроци деловања као захтеви или заштита заснована директно на одредбама устава. Како Nipperdey каже "правни ефекат уставних права је пре директно нормативни, који модификује постојеће приватноправне норме, или креира нове, без обзира да ли се односе на обавезно или диспозитивно право, опште принципе или посебне норме, без обзира да ли су забране, наређења, субјективна права, заштитна права или разлози који оправдавају. У том смислу, уставна права претпостављају да имају апсолутно дејство.

Према трећој теорији, односи између грађана јесу последица тога да је држава везана уставним правима као субјективним јавним правима. Schwabe је представио екстремну верзију ове теорије. Он заступа гледиште да је држава учесник у потенцијалној повреди уставноправних интереса других грађана преко приватног права, јер је она ставила на располагање приватноправни систем и дала му правно дејство. Држава мора да прихвати повреду, јер су одговорност ње саме, чак иако су предузете од стране приватних лица. Проблем хоризонталног ефекта може се решити кроз заснивање уставних права као државно орјентисаних права у оквиру негативног статуса. Међутим, теорија државне одговорности за приватноправне повреду права није одржива, иако слабост ове теорије не подрива општу конструкцију хоризонталног ефекта.⁴⁵⁸

Чињеница да су уставноправне норме објективни принципи значи да је држава дужна да их разматра како у законодавству, тако и у области приватног права, као и код доношења пресуда у области приватног права. Теорија

⁴⁵⁶ Citirano: L. Ennecerus i H.C. Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, i, 15 th. Edn (Tübingen, 1959), 91 ff; H.C. Nipperdey, 'Frie Entfaltung der Persönlichkeit', in K. A. Betterman i H.C. Nipperdey (eds), *Die Grundrechte*, vol. 4.2 (Berlin, 1962), 747 ff, prema Alexy Robert, *op.cit.*, p. 356

⁴⁵⁷ Он је ову доктрину установио у случају који се односио на забрану политичког говора на радном месту. Суд је навео да је значајан број основних уставних права нису само гаранција слободе у односу на државну власт, већ су и принципи организовања за читаво друштво, и у којој мери ће то бити одређено је природном самог права да може имати непосредно, односно директно дејство у правним односима грађана једних у односу на друге. Слобода изражавања, као основно право, биће у великој мери неефективно, ако су појединци и други који имају економску и социјалну моћ су у позицији да на основу моћи којој располажу да ограниче ово право по својој вољи.

⁴⁵⁸ R. Alexy, *op.cit.*, pp. 354- 360

индиректног и теорија директног хоризонталног дејства првенствено су уперене ка судијама, док је трећа теорија хоризонталног дејства, која се остварује посредством права против државе, уперена на законодавство и судство. То одговара природи уставних права, која се, са једне стране могу сматрати објективним поретком, а са друге стране, уставна права могу бити посматрана као субјективна права. То значи, да је судија дужан да узме у обзир уставни вредносни поредак када тумачи и примењује приватно право, али ако и када крши ову дужности не мора да значи да ће неопходно кршити уставна права у виду субјективних права. Мора постојати нека веза, ако такве везе нема онда суду није дозвољено да утврди да пресуда приватног права представља повреду уставног права тужиоца, што произилази из члана 5 става 1 Основног закона. У том случају, Уставни суд ће морати да одбаци уставну жалбу као недопустиву.⁴⁵⁹ Ако грађански суд повреди уставно право грађана садржајем својих одлука, онда права која су повређена морају бити права грађана у односу на судство, односно у односу на државу. То значи да се може поћи од тога да ова права нису ништа друго до одбрамбена права у односу на државу, односно права негативног статуса. Одлука Lüth, показује да конструкција одбрамбених права представља валидну тачку, али и она има слабости. Прва слабост је што се она може примењивати само тамо где постоје наредбе и забране, али не и тамо где титулар уставног права изражава противљење или подразумева дозволу упућену другим бенефицијарима. У предмету Blinkfuer Суд је то разјаснио. У овом случају издавачка кућа Springer је подстицала трговце новина и магацина да бојкотију Blinkfuer магацине, и истовремено запретила трговинским санкцијама онима који то не следе. Савезни грађански суд је одбио тужбу Blinkfuer-а, сматрајући да позив на бојкот није правно недозвољен и да нема везе са уставним правом на слободу штампе. Оно што је овај суд учинио је, заправо одбијање државе да једном издавачу да правну заштиту у односу на деловање другог издавача, односно приватног лица. Али, поступајући по уставној жалби, Савезни уставни суд је био потпуно другачијег мишљења. Он је поништио одлуку Савезног грађанског суда пошавши од тога да је повређено право жалиоца из члана 5 ст. 1 Основног закона. Повреда уставног права која произилази из члана 5 ст.1 Основног закона није повреда негативног правног статуса. То је повреда позитивног статуса у односу на државу, која треба да штити од мешања других приватних лица.

У том смислу могу се прихватити и директан и индиректан хоризонтални ефекат, и сваки од њих има своје предности и своје недостатке. Осим тога, чињеница је да уставни принципи не постављају једно прецизно решење у сваком случају. Постоје бројни приватноправни случајеви у којима је могуће више од једног решења. У Немачкој, уставна права имају индиректно хоризонтално дејство због свог утицаја, али она директно управљају и не контролишу приватноправне спорове између појединаца. Судови су дужни да узму у обзир уставне вредности када пресуђују чисто приватне спорове, али нису обавезни да обезбеде пуну сагласност релевантног приватног права са уставним правом, јер се она и не примењују директно у датом предмету. Целокупно приватно право у Немачкој је индиректно предмет субјективних права садржаних у Основном закону. Немачка, као и остале грађанске државе, прави разлику између јавног и приватног права у

⁴⁵⁹ Ibidem

много већем степену него што се то чини у common law системима. Приватно право кодификовано је у бројним законима субјективног карактера, и у тој сфери пресуђују различити, хијерархијски уређени грађански судови, који се веома разликују од два јавноправна суда: Савезног управног суда и Савезног уставног суда. Даље, Немачки грађански законик из 1896. године је од тренутка свог доношења виђен као круна правног система, као коначан и ауторитативан документ са престижом сличним који има Устав у САД-у. У контексту ове карактеристике немачке правне културе, питање домашаја уставних права је разматрано кроз призму да ли се Основни закон односи на Грађански законик и остало приватно право или је пре ограничен на област јавног права, које регулише односе између државе и појединца.⁴⁶⁰

У Аустрији, Уставни суд инсистира да гаранције основних права представљају искључиво права у односу на државу, то нису права која се тичу односа између појединаца и тиме се одбацује теорија *Drittwirkung*. Према овој класично либералној концепцији, Уставни суд подржава концепт основних права, који је постојао у време када је донет Закон из 1867 (*StGG*). Основна права се тумаче искључиво на начин да штите грађане у односу на државу, имају карактер одбрамбених права (*Amwehrrechte*) и овде није препознат директан ефекат основних права у односима између појединаца. Такође, овде треба напоменути и да Уставни суд Аустрије није надлежан да испитује одлуке грађанских судова. Из тих разлога Уставни суд Аустрије није у стању да на задовољавајући начин брине и о евентуалним ефектима које основна права могу да имају на грађанско право.⁴⁶¹

4.7.8. Хоризонтално дејство права у контексту Европске конвенције

Могућност хоризонталног дејства права (*Drittwirkung-a*) мора бити сагледана у контексту права која су заштићена Европском конвенцијом. Са аспекта пуне ефективности гарантованих права, хоризонтални ефекат не може бити стављен ван концепта заштите људских права који је утврђен Конвенцијом. Одговорност државе по Европској конвенцији разликује се од општих принципа одговорности државе по правилима општег међународног јавног права. Ова одговорност је донекле објективна и не почива на кривици државе. Принципијелно, према општим правилима међународног јавног права, држава уговорница не може да буде одговорна за све радње и пропусте који се дешавају у оквиру њене јурисдикције. Она није одговорна за поступке појединаца, међународних организација које обављају делатност на њеној територији, невладиних организација, политичких странака и слично. Проширење одговорности државе по Европској конвенцији иде у неколико праваца. Прво, држава не може да се ослободи својих обавеза по основу Конвенције, тиме што ће делегирати вршење атрибута суверене власти на појединце или лица приватног права. Друго, држава је дужна да обезбеди да су радње које врши међународна организација, чије је седиште на њеној територији у складу са одредбама Конвенције. Наиме, пренос

⁴⁶⁰ Више о томе S.Gardbaum, *op.cit.*, pp.54-55

⁴⁶¹ T. Öhlinger : "Objet et portee de la protection des droits fondamentaux", *Revue international de droit compare*, Annee 1981, Volume 33, Numero 2, pp.543- 579

овлашћења вршења суверених аката власти на међународну заједницу ослобађа државу чланицу одговорности, само ако она осигура да су њени акти у складу са обавезама по Конвенцији. Такође, држава може да буде одговорна за радње и пропусте појединаца, ако су ти акти и пропусти противни Конвенцији, чак и онда када не би постојала њена одговорност према општим правилима међународног права.⁴⁶²

Али, овде треба имати у виду да појединац може поднети представку Европском суду у Стразбуру само због кршења Конвенције од стране државе уговорнице, и представка је уперена против ње. Представка која би била уперена против појединаца неприхватљива је из разлога инкомпатибилности са Конвенцијом *ratione personae*. Појединац може поднети представку због наводног кршења његових/њених основних права од стране другог појединца, само ако се нека држава може сматрати одговорним за то кршење. Дакле, у најбољем случају, мада пракса Стразбуршких органа није најјаснија по том питању, признаје се индиректни *Drittwirkung* и то у оним предметима где се из одредби Конвенције, у питању су чланови 3,10 и 11 извлаче права за појединце, која такође морају бити спроведена у погледу трећих приватних лица на основу позитивних обавеза држава уговорница да предузму мере да би омогућиле уживање таквих права.

У том контексту значајно је посматрати статус Конвенције у домаћем праву. Ако национални судови државе уговорнице могу директно да примењују права и слободе гарантоване Конвенцијом, а које су самоизвршиве, у таквим државама појединци могу у односу на друге појединце да се позивају на релевантне одредбе Конвенције у оној мери у којој њихови судови признају хоризонтално дејство основних права. Али, ако се у датој држави појединци могу позивати директно на Конвенцију, то не значи да се аутоматски Конвенција примењује у правним односима између приватних лица. Уосталом, члан 1 Конвенције намеће обавезу државама да обезбеде права и слободе на релацији појединац-јавна власт, а не појединац-појединац. Мада, тешко је доћи до неког потпуно поузданог закључка ако се има у виду да када је Конвенција писана проблем *Drittwirkung*-а није узет у обзир. Али, иако *Drittwirkung* није експлицитно наговештен Конвенцијом, то не спречава државе да у својим правним системима примене *Drittwirkung* на односна права и слободе у мери у којој је то могуће. Одобравање власти или чак прећутно подстицање власти високе стране уговорнице када је реч о актима приватних појединаца који крше права других појединаца зајемчена Конвенцијом, а у њиховој су надлежности, могу указати на одговорност државе по основу Конвенције.⁴⁶³ Држава може бити сматрана одговорном чак и када њени представници делују *ultra vires* или супротно упутствима које су добили.⁴⁶⁴

У контексту сагледавања хоризонталног ефекта, треба имати у виду да неке државе Савета Европе не праве разлику између јавног и приватног права, или да је таква подела мање битна, што има за последицу да не постоји разликовање правне

⁴⁶² А. Јакшић, *op.cit.*, стр. 436-437

⁴⁶³ Videti *Cyprus v. Turkey* br. 28781/94, ECHR 2001-IV, st. 81

⁴⁶⁴ Videti *Ireland v. UK*, presuda od 18.01.1978. Serija A, br. 25, str. 64, st. 159

одговорности лица према томе да ли иступају у име државног органа или другог појединца или приватне организације. Исто тако, идеја заштите права појединаца у односу на социјалне групе или приватне држаоце моћи сигурно није нова, јер једна од основних функција државе одувек је била да балансира различите основне интересе и вредности друштва. Али, оно што се чини различитим у односу на *Drittwirkung* теорију је што су домаћи судови у бројним приликама приморани да прибегну уставним или квази-уставним нормама да би интервенисали у интерпретационим односима када су угрожена права и слободе појединаца. И оно што је од посебног интереса је чињеница да домаћи судови-бар у оним државама у којима Европска конвенција има домаћи статус- могу бити припремљени на то да одређена права и слободе, која су гарантована Конвенцијом, буду позвана у односу на друга приватна лица и појединце јер је односно питање покривено овим међународним инструментом, такве природе да се односи на обавезе државе које се простиру не целокупну правну активност у оквиру унутрашњег правног система. Оваква креативна употреба Конвенције не треба да буде одбачена, јер она већ има над-уставни статус у Холандији и део је уставног права у Аустрији, а делом и у Италији. Чак и у државама у којима Конвенција нема статус домаћег закона, судови могу и треба да обезбеде ефективну примену права и слобода гарантованих Конвенцијом упућивање на њене материјалноправне одредбе у односима између појединаца када чисто домаћи критеријуми могу назначити решење које може бити у супротности са развојем у Стразбуру.⁴⁶⁵

"Хоризонтално" ширење Европске конвенције у домаћим правним структурама држава чланица се највероватније може појавити тамо где су судови спремни да прихвате њене одредбе било као извор унутрашњег права или као директно применљиве одредбе међународног права. У таквим случајевима питање да ли је или није држава дала изјаву у смислу члана 25 и/или члана 46 није од значаја. Иако се може расправљати да творци Конвенције нису имали намеру да овај инструмент има дејство према трећим лицима, она не забрањује државама уговорницама да дозволе овакву њену интерпретацију у свом унутрашњем систему. Расправљало се и сасвим супротно, на пример, да могућност подношења правих радњи против приватних лица као и јавне власти може бити "ефективни правни лек" предвиђен чланом 13. Може се навести и члан 17 Конвенције који може да појединцима намеће посебне обавезе: дужност да не нарушавају права и слободе које су постављене Конвенцијом или да ограниче ова права у већој мери него што је то предвиђено овим инструментом.⁴⁶⁶

4.7.9. Начело демократског друштва и начело правне сигурности

Начело демократског друштва је једно од кључних на којима се заснива Конвенција и представља суштинску одлику европског поретка. Демократија је без сумње основна карактеристика европског јавног поретка. Наиме, на самом почетку Конвенције, односно у њеној Преамбули државе потписнице потврђују своју дубоку веру у оне основне слободе које су темељ правде и мира у свету и које се

⁴⁶⁵ A.Drzemczewski, *op.cit.*, pp. 201-202

⁴⁶⁶ *Ibidem*, pp. 204-205

најбоље одражавају стварном политичком демократијом, са једне стране, и заједничким схватањем и поштовањем људских права од којих оне зависе, са друге стране. У Преамбули се потврђује да европске земље имају заједничко наслеђе политичке традиције, идеала, слободе и владавине права. У том заједничком наслеђу налазе се вредности Европске конвенције како је то указао Европски суд у својој пракси⁴⁶⁷ истакавши да је Европска конвенција дизајнирана како би се одржали и промовисали идеали и вредности демократског друштва. Начело демократског друштва је један од услова који мора бити испуњен у случају ограничења права садржаних у члану 8-11 Конвенције. Карактеристичан принцип демократије, како је раније речено, садржан је у чл.3 Протокола број 1, који обавезује високе стране уговорнице да у примереним временским размацима одржавају слободне изборе са тајним гласањем. То подразумева обавезу држава уговорница да спроводе регуларне и периодичне изборе на којима ће грађани слободно изразити политичку вољу. Овим се, међутим, не ствара било каква обавеза увођења одређеног изборног система, пропорционалног или већинског.⁴⁶⁸ Суд државама уговорницама признаје широк степен слободне процене, имајући у виду да се њихово законодавство по том питању разликује од места до места и од времена до времена. У смислу чл. 3 Протокола бр. 1 сваки изборни систем мора бити разматран у светлу политичке еволуције дотичне земље, јер особености које су неприхватљиве у једном изборном систему могу бити оправдане у другом, све док односни систем обезбеђује слободно изражавање мишљења при избору законодавних тела. Примену чл. 3 Протокола бр.1 Европски суд је ограничио на легислативне органе, али тај појам треба тумачити у светлу уставне структуре саме државе. У том смислу Суд не искључује могућност примене овог члана и на председничке изборе, уколико је улога шефа државе таква да се и он може означити легислативним органом. Примена овог члана могућа је и у погледу избора за регионална представничка тела, ако се она могу у уставној структури односне државе означити као законодавни органи.

Концепт демократије који произилази из Европске конвенције и праксе Суда, заснован је на либерално представничкој демократији. Демократија је представничка у својој природи. Заштићена политичка права су право гласа и право кандидовања за легислатуру. Државе чланице немају никаквог избора у том смислу. Оне морају да установе изабрано представничко тело и да одржавају периодичне изборе. Модели партиципативне демократије се не појављују у тексту Конвенције. Такође, Конвенција не упућује на институције непосредне демократије и поменуто бирачко право, које се гарантује у чл. 3 Протокола бр. 1, не примењује се на референдум, плебисцит или опозив. То, међутим, не значи да државе не могу да је примењују у таквим случајевима, али се не могу позвати на кршење права из Конвенције у таквим околностима. Овакав концепт је либералан из три разлога. Први, демократија мора бити компатибилна са људским правима која су постављена Конвенцијом. Ова права могу бити ограничена или квалификована, али ни у ком случају не могу бити једноставно игнорисана. Демократска већина не

⁴⁶⁷ Видети пресуду Европског суда Kjeldsen, Busk Masen i Pedersen protiv Danske, од 7. децембра 1976. године, серија А, број 23, стр. 27.

⁴⁶⁸ Видети нпр. случај Matheu-Mohin i Clerfayt v. Belgium, decision of 22 October 1985, Series A no.113

може да обори права садржана у Конвенцији, али може да уведе ограничења права која ће бити законом прописана, легитимна и сразмерна. Друго, опсег права заштићених Конвенцијом је на неки начин ограничен. Конвенцијом су обухваћена традиционална грађанска и политичка права-живот, забрана мучења, забрана ропства, слобода, правично суђење, брак, забрана дискриминације. Треће, Суд је истакао да његов концепт демократског друштва подразумева плурализам, толеранцију и слободоумност⁴⁶⁹.

Демократија је са Европском конвенцијом постала норма коју државе морају поштовати да би биле достојне чланице међународне заједнице. Демократија тиме, превазилази значај само општег начела, и не односи се само на стицање и поседовање власти, већ подразумева низ конкретних правила. Искуство демократских држава у разним областима везаним за стварање услова за поштовање људских права у новије време назива се добром праксом, која може да послужи као узор државама са мањим демократским искуством.⁴⁷⁰

Једна од важних карактеристика демократије на којима инсистира Европски суд јесте судијска независност. У оквиру објективног теста мора се одредити да ли, без обзира на лично држање судије, постоје чињенице које се могу довести у сумњу његову непристрасност. Посебну пажњу треба посветити унутрашњој организацији, иако сама чињеница да се државни службеници постављају на основу свог професионалног искуства не доводи у сумњу независност и непристрасност суда. У извесној мери битан је утисак који се оставља, односно оно што је овде важно је поверење које судови морају имати у очима јавности у демократском друштву, укључујући и странке у поступку. Према томе, сваки судија за кога постоји легитиман разлог сумње у погледу његове непристрасности, дужан је да се повуче. Код одлучивања да ли је у неком случају било основе за тврдњу да је одређени судија био пристрастан битно, али не и одлучујуће, је мишљење стране у поступку. Лична непристрасност судије мора се претпоставити уколико нема супротних доказа.⁴⁷¹

Једно од средстава којим се може очувати поверење у судове јесте јавни карактер судског поступка. Имајући увид у вршење правде, јавност обезбеђује правично суђење, гаранцију која представља једну од основних начела демократског друштва, у смислу Конвенције. Иако се све државе чланице Савета Европе придржавају начела јавности судског поступка, њихови законодавни системи и судска пракса показују различитост у погледу подручја примене и начина примене и када је у питању одржавање расправе и приликом изрицања пресуде. Формални аспект питања је од секундарног аспекта у поређењу са сврхом која подразумева јавност расправе. Имајући у виду изузетно место које право на

⁴⁶⁹ Videti o tome Rory O' Connell, "The Right to Democracy u Problems of Democracy" (eds. N. Bechter & Gabriele De Angelis, <http://www.inter-disciplinary.net/probing-the-boundaires>)

⁴⁷⁰ В. Димитријевић, Д. Поповић, Т. Папић, В. Петровић, *op.cit.*, стр. 70

⁴⁷¹ Ж.Дитертр, *Изводи из најзначајнијих одлука Европског суда за људска права*, Београд, 2006, стр. 155

правично суђење има у демократском друштву, Суд се бави стварним стањем поступка по овом питању.⁴⁷²

Право на живот, забрана мучења, слобода мисли, савести и вероисповести, слобода изражавања представљају један од основних темеља демократског друштва у смислу Конвенције. У домену вере то је један од најбитнијих елемената којим верници формирају свој идентитет и животни став, али је то и за атеисте, агностике, скептике и верски неопредељене драгоцен дар. На њему почива плурализам, који се не може раздвојити од демократског друштва.⁴⁷³ У смислу слободе изражавања Суд подсећа на основну улогу коју штампа има у демократском друштву. Иако штампа не сме прекорачивати извесне границе, нарочито када се ради о угледу и правима других и потреби да се спречи откривање поверљивих информација, њена дужност је да саопшти, на начин који је у складу са њеним обавезама и одговорностима, информације и идеје о свим питањима од јавног интереса. Поред тога, Суд има на уму чињеницу да се у новинарској слободи може прибећи извесном степену претеривања, или чак провокацијама. Домаћи органи власти уживају слободну процену, али је она ограничена интересима демократског друштва и треба да омогући штампи вршење њене важне улоге у "јавном надзору" саопштавањем информација од битног јавног интереса. Суд, међутим, напомиње да члан 10 Конвенције не гарантује потпуно неограничену слободу изражавања чак и у погледу битних догађаја од јавног интереса које прати штампа.⁴⁷⁴

Један од темељних принципа демократског друштва је владавина права, на коју се Преамбула Конвенције јасно позива. Начело владавине права претпоставља, да је домаће право доступно, предвидиво у погледу дејства и прецизно како би се обезбедила правна сигурност за све учеснике. Мада, тумачење и примена домаћих прописа није главни задатак Суда, свакако да је он позван да проверава да ли је начин на који се домаће право тумачи и примењује сагласан са Конвенцијом.⁴⁷⁵ Владавина права између осталог имплицира и да мешање извршних органа власти у права појединаца подлеже стварној контроли коју нормално треба да обезбеде судски органи, бар у последњој инстанци, при чему судска контрола пружа најсигурнија јемства у погледу независности, непристрасности и правилног поступка. У пресуди у случају Handyside против Уједињеног Краљевства (став 49), Суд је заузео став да демократско друштво карактеришу плурализам, толеранција и широкогрудост.

Начело правне сигурности, проистиче из принципа владавине права, који је садржан у Преамбули Конвенције, и Статуту Савета Европе, и који је представљао важан подстицај приликом успостављања система Конвенције. Начело правно

⁴⁷² Adolf од 26. марта 1982. , серија А број 49, стр. 15, став. 30

⁴⁷³ Пресуда у случају Kokkinakis против Грчке, од 25. маја 1993, серија А бр. 260, стр. 17, став 31

⁴⁷⁴ Видети пресуду Jesild против Данске од 23. септембра 1994, срија А бр. 298, стр. 23 и 24, став 31; пресуду у случају De Haes i Gijssels против Белгије од 24. фебруара 1997, став 37

⁴⁷⁵ Европски суд за људска права-Одабране пресуде II (ур. Владан Јоксимовић), Београд, 2006, стр. 270

сигурности је уграђено у целокупно право Конвенције и значи да правни основ за свако мешање у права из Конвенције мора бити на одговарајући начин доступан и довољно прецизно формулисан да омогући лицу да уреди своје понашање. Тако, нпр. у члановима 8-11 Конвенције, као и члану 2 Протокола бр. 4, захтева се да свако мешање "буде у складу са законом" или да је "законом прописано". Поред формалног регулисања законом, начело правне сигурности подразумева и захтев да закон буде одређеног квалитета. Са друге стране, Конвенција признаје да апсолутна сигурност у праву није остварљива. Тако је, на пример, прогресивни развој обичајног права прихватљив према Конвенцији.⁴⁷⁶

4.7.10. Еволутивно тумачење

Еволутивно тумачење Европске конвенције подразумева да се стандарди садржани у њој не сматрају статичним и непроменљивим, већ да су подложни променама које су у друштву дешавају. Пошто је Европска конвенција усвојена још 1950. године, еволутивно тумачење омогућава њену несметану примену у односу на промењене околности у друштву и савремене ставове. Оваквим тумачењем се очигледно умањује значај припремних радова (*travaux préparatoires*), као додатног средства тумачења. Овај принцип је дошао до изражаја у више донетих одлука, у којима се наглашава да је Конвенција жив инструмент и да се мора тумачити у светлу садашњих околности. Критички осврт на принцип еволутивног тумачења указује на могуће одступање од онога што су њени састављачи имали у виду и њеног изворног значења.

Схватање Конвенције као живог инструмента подразумева да је задатак Суда да тумачи Конвенцију у светлу актуелних услова и ситуација, " а не да покушава да утврди шта су творци Конвенције намеравали крајем четрдесетих година 20. века"⁴⁷⁷. Схватање конвенције као "живог инструмента" Суд је први пут поменуо у случају *Tyner v. United Kingdom*: "Конвенција је жив инструмент, који мора бити тумачен у светлу садашњих околности". Истовремено, Суд наглашава да свако тумачење Конвенције мора бити у складу са основним циљевима Конвенције и ње као кохерентног система заштите људских права. У том смислу, значајно ограничење доктрине о живом инструменту је обелодањено у случају *Soering v. United Kingdom*: "Сигурно је да је Конвенција жив инструмент и да мора бити тумачена у светлу садашњих околности, и да у процењивању да ли је дати третман у кажњавању био хуман или понижавајући у смислу члана 3, Суд не може бити под утицајем догађаја и уобичајено прихваћених стандарда у казненој политици у државама чланицама Савета Европе у овој области. Суд се неће позивати на Конвенцију као жив инструмент да би је ускладио са савременим стандардима када релевантне одредбе потпадају у границе Протокола Конвенције. У таквим околностима подстицај за еволуцију преузимају на себе државе уговорнице.

⁴⁷⁶ Videti npr. Slučaj S.W. protiv Ujedinjenog Kraljevstva, br. 20166/92, Presuda od 27.10.1995. i C.R. v. United Kingdom. App. No. 20190/92, Presuda od 22.11.1995.

⁴⁷⁷ Ф.Лич, *op.cit.*, стр. 165

Доктрина Конвенције као живог инструмента је омогућила Суду да креативно ажурира тумачење бројних чланова Конвенције у различитим ситуацијама. Оваквим одлукама је нпр. забрањено телесно кажњавање (Tuter), ограничена улога владиних министара у одређивању отпуштања затвореника (Stafford), допринело смањењу демократског дефицита (Matthews), препознато је право да нико не може бити приморан да буде члан синдиката или радничких асоцијација (Sigurjonsson).⁴⁷⁸ Захваљујући оваквој, динамичкој интерпретацији Европске конвенције, могао се одржати корак са променама у друштву, људским и социјалним вредностима. Импресиван пример таквог развоја је пракса Европског суда за људска права, која се односи на приватни живот. Концепт права на приватни живот је у тој мери развијен да обухвата и манифестације индивидуалне личности и да узима у обзир технолошки развој. То се односи и на концепт породице, образовања, нехумано и деградирајуће понашање.

Чини се да је оваква интерпретација Европске конвенције у пракси Европског суда утицала и на националне уставне судове који сличан приступ примењују када тумаче одредбе националних Устава о људским правима. Данас, све више говоримо и о уставима као живим инструментима, који се у пракси уставних судова тумаче у складу са новонасталим, често измењеним околностима, у односу на оне које су постојале у време њиховог доношења, без потребе да се приступи њиховој формалној ревизији. Овде треба поменути и Италију, где је развијан концепт тзв. "живих" права. Према овој доктрини, установљеној у пракси Уставног суда Италије, разматра се примена закона, који се контролише, или прецизније речено, значење које је закон добио када је примењиван.⁴⁷⁹

4.7.11. Остала начела на којима почива Конвенција

У контексту тумачења права садржаних у Европској конвенцији од значаја су и следећа начела: начела ефикасности, начело забране злоупотребе права, еволутивно тумачење, аутономна интерпретација Конвенције, начело практичних и делотворних права. Такође, биће указано и на обавезе које Европска конвенција ствара за државе.

Један од првих, посебних принципа тумачења Европске конвенције је принцип ефикасности (делотворности). Принцип ефективности се такође изводи из духа Конвенције. Принцип ефикасности је уобичајено правило тумачења међународног права које се примењује у тумачењу и примени свих врста уговора. Конвенција несумњиво мора да се тумачи на начин који гарантује права која су практична и ефективна, не теоретска или илузорна, али главно питање остаје како идентификовати суштински садржај права које треба ефективно заштити.⁴⁸⁰ Овај принцип први пут се помиње поводом случаја Soering, када Суд наглашава да

⁴⁷⁸ Videti o tome: A.Mowbray , "The Creativity of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, Vol. 5, Issue 1, (2005) pp. 56-59

⁴⁷⁹ O.Duthleiller de Lamothe, *Conseil Constitutionnel France, International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, Issue 4, 2005, pp. 550-556

⁴⁸⁰ C. Jonas, *op.cit*, p.55

намера Конвенције није да гарантује права која су теоретска и илузорна, већ која су практична и делотворна и да се фокусира на реалну позицију појединца. Ово је једна врста циљног тумачења: предмет и сврха Конвенције су заштита права појединаца, и тумачење њених одредби мора да буде такво да гарантује да Европска конвенција буде ефективна. То значи да је Европски суд склон да иде даље од формалности и онога што је видљиво на први поглед, и да се фокусира на стварност положаја у коме се појединац налази.⁴⁸¹

Начело ефикасности можемо довести у везу са правилом по коме унутрашњи правни лекови морају бити искоришћени пре обраћања Европском суду. Како је раније указано, ово правило се флексибилно примењује, јер се од подносиоца предивки не тражи да искористи теоријске правне лекове, већ само оне унутрашње правне лекове који су делотворни у пракси. Тиме долазимо до начела практичних и делотворних права. Ово начело подразумева да одредбе Конвенције треба примењивати и тумачити тако да права која су утврђена Конвенцијом, не буду теоретска и илузорна, већ практична и делотворна. Да би обезбедио да права из Конвенције буду практична и делотворна, Суд је указивао на то да овај принцип може да садржи неке позитивне обавезе за потписнице, чак и када то није видљиво из самог текста одредбе.⁴⁸² Очигледна обавеза између признавања одређених позитивних обавеза државе и принципа да права из Конвенције за циљ имају да буду практична и ефективна. Ово је посебно тачно тамо где позитивна обавеза државе намеће дужност да заштити права и слободе појединаца од ометања од стране трећих приватних лица.⁴⁸³

У контексту тумачења Европске конвенције треба нагласити да одређени термини имају посебно, аутономно значење, које је независно и које не мора да одговара значењу које имају исти или слични термини у домаћем праву држава уговорница. Тиме долазимо до концепта аутономне интерпретације, која може да води напуштању "уобичајеног значења које се даје терминима у уговору", како је то

⁴⁸¹ Van Dijk, Van Hoof, *op.cit.*, p. 68

⁴⁸² Тако је у предмету Airey, Суд разматрао да ли је подносиатеља ефективно уживала право приступа суду да би могла да се разведе од свог супруга. Подносиатеља је изјавила да пред тим судом није могла бити заступана од стране адвоката, јер није имала материјалних средстава, а у грађанским предметима у Ирској није било система правне помоћи. Влада је тврдила да је подносиатеља могла да свој предмет поднесе суду без помоћи адвоката, али је Суд овакво мишљење одбио, налазећи да је нереално претпоставити да би у парници ове врсте подносиатеља могла ефикасно да води сопствени предмет. Стога, иако се није сматрало да члан 6 Конвенције гарантује и право на бесплатну правну помоћ у грађанским предметима, Суд је прихватио да оваква одредба може понекад натерати државу да омогући правну помоћ, кад је таква помоћ неопходна за ефективан приступ суду. Slučaj Airey v. Ireland, appl. no. 6289/73, Presuda od 09.10.1979 European Court of Human Rights, Series (1979), No. 32, p. 305

⁴⁸³ У предмету X i Y protiv Holandije (пресуда од 26. марта 1985. А 91, стр. 11), који се односио на члан 8, Суд је прихватио аргумент да постоји правна празнина у домаћем закону, која подносиатељи као ментално хендикепираној особи онемогућава да покрене кривични поступак против особе која ју је силовала, што представља кршење њеног права на ефективно поштовање приватног живота. Суд је поново нагласио свој став да има позитивних обавеза које су по својој природи садржане у ефективном поштовању приватног или породичног права и да овакве обавезе могу чак да подразумевају усвајање мера које имају за циљ да осигурају поштовање приватног живота чак и у сфери међусобних односа појединаца.

описано у Бечкој конвенцији. Овакве примере можемо наћи у пракси Суда, који се односи на право на правично суђење, из члана 6 ст.1 Конвенције. У случају *Deweert* против Белгије (пресуда од 27. фебруара 1980. серија А бр. 35, стр. 22-23, ставови 42 и 44) Суд је напоменуо да израз "оптужба" има аутономно значење у Конвенцији и да предност треба дати суштинском схватању овог израза. Такође, Суд наглашава и да термин "сведок" има аутономно значење у систему Конвенције.⁴⁸⁴ Појам "имовина" у члану 1 Протокола бр. 1 има аутономно значење, које није ограничено на власништво над физичким добрима: одређена друга права и интереси који представљају својину такође се могу сматрати имовинским правима, а тиме и имовином у смислу ове одредбе.

Када текст Конвенције упућује на домаће право, Суд не сматра да то значи ексклузивно упућивање на захтеве у националном систему. Посебно, ако се има у виду да принцип правне државе захтева да домаћи правни стандарди, који представљају основу за ограничење права и слобода, срећу се са одређеним захтевима, као што су приступачност и предвидљивост права и одсуство арбитерености. То дозвољава органима у Стразбуру да врше контролу над садржајем националних правних стандарда.⁴⁸⁵

Европска конвенција, сходно раније поменутом члану 1, ствара двоструке обавезе за државе које је ратификују. Прво, државе морају да се постарају да њихово унутрашње право буде у сагласности са Конвенцијом. Друго, државе које ратификују Конвенцију морају да исправе свако кршење суштинских права и слобода заштићених Конвенцијом.⁴⁸⁶ У пракси Европског суда препознате су две врсте обавеза, које произилазе за државу уговорницу, и то су негативне и позитивне обавезе. Негативне обавезе захтевају од држава потписница да се уздрже од мешања у остваривање права, и оне су увек биле посматране као неодвојиве од Европске конвенције. Позитивне обавезе захтевају од држава потписница предузимање неопходних мера за очување неког права или усвајање одређених мера ради заштите права појединаца. Позитивне обавезе захтевају интервенцију државе, која може бити изражена у доношењу одређених правних прописа, али и у предузимању одређених практичних мера. Неке позитивне обавезе су предвиђене у тексту Конвенције од самог почетка, али су се временом у пракси Суда то проширивало тако да данас готово све одредбе Конвенције имају двоструки аспект у смислу захтева: један позитиван и један негативан.

Позитивне обавезе проистичу из обавезе заштита особа под јурисдикцијом држава и оне настоје да првенствено осигурају конкретне материјалне и правне услове за стварно уживање права које штити Конвенција. Материјалне обавезе налажу основне мере неопходне за пуно уживање гарантованих права, нпр. утврдити одговарајућа правила за интервенцију полиције, забрану нечовечног поступања или присилног рада. Процедуралне обавезе су оне које траже утврђивање домаћих процедура са циљем осигурања боље заштите особа и оне које

⁴⁸⁴ Пресуда *Vidal* против Белгије од 22. априла 1992, Серија А бр. 23-Б, став 33

⁴⁸⁵ *Van Dijk, Von Hoof, op.cit.*, p.77

⁴⁸⁶ Д. Гомиен, *op.cit.*, стр. 11

омогућавају адекватне лекове против кршења права. Како је већ поменуто, сврха ових обавеза је делотворна примена Конвенције и делотворна примена права које она гарантује. Европски суд је морао да развије посебну методу за контролу поштовања позитивних обавеза. Ради се о методи правичне равнотеже, на шта Суд редовно подсећа од Белгијског лингвистичког случаја.

Европска конвенција у погледу обавеза које намеће државама чланицама разликује се од других, пре свега, универзалних докумената о људским правима по томе што не предвиђа обавезу извештавања. Наиме, државе које су ратификовале Европску конвенцију немају обавезу да периодично подносе извештаје о мерама које су предузеле да би испуниле своје обавезе. Нешто налик извештавању је право Генералног секретара Савета Европе да захтева од сваке државе уговорнице да пружи "објашњење о томе како њено унутрашње право обезбеђује стварну примену свих одредби Конвенције", али не постоји орган надлежан да о одговору државе расправља *in abstracto*.⁴⁸⁷

Начело забране злоупотребе права је формулисано у члану 17 Конвенције који гласи: " Ништа у овој Конвенцији не може се тумачити тако да подразумева право било које државе, групе или лица да се упусте у неку делатност или изврше неки чин, који је усмерен на поништавање било ког од наведених права и слобода или на њихово ограничавање у већој мери од оне која је предвиђена Конвенцијом". Намера је члана 17 да онемогући да појединци или групе изведу из Конвенције право да учине било шта што би било усмерено на поништавање неког права или слободе који су предвиђени Конвенцијом. Према томе, појединци или групе не могу да користе права која имају на основу Конвенције да би подрили демократију или демократске институције. Члан 17 примењује са само у мери која је строго сразмерна озбиљности и дужини трајања претње.⁴⁸⁸ У пракси Суда овај принцип је потврђен већ у првим случајевима.⁴⁸⁹

⁴⁸⁷ В. Димитријевић, Д. Поповић, Т. Папић, В. Петровић, *op.cit.*, стр 390

⁴⁸⁸ *Slučaj De Becker protiv Belgije*, appl. no 214/56, Presuda od 27.03.1962.

⁴⁸⁹ *Lawless protiv Irske*, appl. no. 332/57, Presuda od 01.07.1961. Serija A, br.3, (1979-80) 1 EHRR 15, stav 7

ПЕТИ ДЕО

ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА У УСТАВНОМ СИСТЕМУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода саставни је део правног система наше државе почев од 2003. године. То значи да је у Србији, Конвенција ратификована скоро педесет година касније у односу на земље Западне Европе, што се може оправдати њеном припадношћу социјалистичком блоку, али и десетак година касније у односу на државе у свом окружењу. Како се последњих година дешавају кључне промене у систему Конвенције, у коме Европски суд за људска права израста у институцију од ауторитета у области људских права, Србија је у прилици да, без обзира на велико кашњење у погледу ратификације, може да ухвати корак са другим европским земљама. Промене које се дешавају у унутрашњем праву наше државе говоре у прилог томе. Наиме, најпре је 2006. године усвојен нови Устав Србије, који уводи низ значајних новина у области људских права. Постојећи уставни каталог људских права је значајно проширен, а унапређена је и заштита људских права. Усвајањем новог Устава уведена је уставна жалба као посебно средство уставносудске заштите. Устав Србије доноси и низ новина које се тичу Уставног суда Србије. Поред тога што је повећао број судија, нови Устав је значајно проширио надлежност Уставног суда, посебно у домену нормативне контроле. То ширење ишло је у правцу уставносудског контролисања већег броја аката, односно у правцу повећања броја акта у односу на које се врши оцена усклађености општих аката у правном поретку Србије, али успостављањем нових видова нормативне контроле. Све те новине утичу на настанак новог миљеа који чини да Европска конвенција добије нову димензију, коју није имала у тренутку ратификације и отварају се и нове могућности за њену примену у поступку пред Уставним судом.

5.1. Правни извори људских права у Србији

Извори људских права, као и извори права у општем смислу, користе се за означавање правних прописа у којима је садржана материја људских права. У Србији такви прописи су бројни и разноврсни. Посматрајући изворе права са аспекта њиховог порекла можемо говорити о унутрашњим и међународним изворима права. У унутрашње извора права спадају Устав, закон и одлуке Уставног суда. У погледу међународних извора људских права могу се набројати бројни међународни уговори, који обавезују нашу државу, а међу којима значајно место заузима Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода. Хијерархијски посматрано на првом месту долази Устав Србије, затим ратификовани међународни уговори, закон и одлуке Уставног суда.

Устав Републике Србије (2006) налази се на врху хијерархијске лествице извора права, а каталог људских и мањинских права која су садржана у њему чине основну правног поретка Републике Србије. Људска и мањинска права регулисана су у другом делу Устава, одмах након начела Устава, и њиме су обухваћене три главе: основна начела, људска права и слободе и права припадника националних

мањина. Овде је концентрисан највећи број људских права, али се одредбе о људским правима могу наћи у другим деловима Устава.⁴⁹⁰ Конкретним људским правима претходе основна начела на којима почива концепт људских и мањинских права и слобода у Уставу Србије. Устав Србије припадницима националних мањина, поред права која су Уставом зајемчена свим грађанима, јемчи и додатна, индивидуална или колективна права. Уставом је изричито забрањена дискриминација националних мањина, као и насилна асимилација, а гарантовано је право на очување посебности, право на удруживање и сарадњу са сународницима. Припадницима националне мањине гарантовано је право да учествују у управљању јавним пословима и да ступају на јавне функције, под истим условима као и осталим грађанима.

Републику Србију обавезују бројни међународни уговори који регулишу област људских права и који се појављују као значајан извор људских права. Највећи број таквих уговора ратификован је у време постојања СФРЈ, СРЈ и Државне заједнице Србија и Црна Гора, а део нашег правног система постали су сукцесијом држава у којима је Србија имала статус републике, односно федералне јединице државе чланице. Србију данас обавезују одредбе бројних универзалних уговора, који су склопљени под окриљем Уједињених нација, као нпр. Међународни пакт о грађанским и политичким правима, Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, Међународна конвенција о укидању свих облика расне дискриминације, Међународна конвенцију о укидању дискриминације према женама, Конвенција о правима детета, Конвенција против мучења и других свирепих, нечовечних и понижавајућих казни или поступака.

На регионалном плану највећи значај припада Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода. Европска конвенција ратификована је у тадашњој Скупштини Србије и Црне Горе у истоименој државној заједници 26.12.2003. године, заједно са Протоколима број 1,4,6,7,12 и 13. Европска конвенција ступила је на снагу 03.03.2004. године. Приликом депоновања ратификационог инструмента, у складу са чланом 57 Конвенције, Србија и Црна Гора, ставиле су резерве у односу на одредбе чл. 5 став 1 тачка ц и став 3 Конвенције, која неће утицати на примену важећих правила о обавезном притвору.⁴⁹¹ Србија и Црна Гора изразиле су спремност да у потпуности јемче права предвиђена члановима 5 и 6 Конвенције, с тим што се одредбе члана 5 став 1 тачка ц и члана 6 став 1 и 3 неће утицати на примену чл. 75-321 Закона о прекршајима,⁴⁹² који уређује поступак пред прекршајним органима. Право на јавну расправу предвиђено чланом 6 став 1 Конвенције неће утицати на примену начела да у управним споровима судови у Србији, по правилу, не одржавају јавне расправе. Одредбе члана 13 неће се примењивати у погледу правних лекова који су у надлежности Суда Србије и Црне Горе, све док тај Суд не почне са радом. Овим

⁴⁹⁰ Нпр. чл. 83 Слобода предузетништва

⁴⁹¹ Ова резерва односи се на члан 142 ст.1 Законика о кривичном поступку (" Службени лист СРЈ", бр. 70/2001, 68/2002), који предвиђа обавезни притвор у случају да постоји основана сумња да је лице извршило кривично дело за које је предвиђена казна затвора у трајању од 40 година.

⁴⁹² "Службени гласник СР Србије"бр. 21/90, 11/92, 6/93, 20/93, 53/93, 67/93, 28/94, 16/97, 36/98, 44/98, 65/2001

резервама, утврђеним у члану 3 Закона о ратификацији Конвенције (" Службени гласник-Међународни уговори", бр.9/03) за извесно време је одложена или ограничена примена појединих одредби Конвенције на територији тадашње Србије и Црне Горе, односно територији Србије. Изменама Закона о ратификацији Конвенције од 8. јула 2005. године "скинуте" су резерве у погледу обавезног притвора и у односу на правне лекове у надлежности Суда Србије и Црне Горе.

У Републици Србији, донет је велики број закона којима се у одређеним сегментима уређују људска права, као нпр. Закон о забрани дискриминације, Породични закон, Кривични законик, Закон о раду, Закон о високом образовању, или њихова заштита, као нпр. Закон о Заштитнику грађана, Закон о Уставном суду. Законом се може прописати начин остваривања људских права само ако је то Уставом изричито предвиђено или ако је то неопходно за остварење појединог права због његове природе, при чему закон ни у ком случају не сме да утиче на суштину зајемченог права⁴⁹³. Законодавна интервенција у виду обликовања основних права посебно је значајна за практично остваривање социјално-економских и културних права. Код либералних права улога законодавца долази до изражаја у смислу њиховог ограничења у складу са Уставом и на основу Устава. Значај закона као извора људских права препознаје се и у чињеници да Народна скупштина већином гласова свих народних посланика одлучује о законима којима се уређују уживање индивидуалних и колективних права припадника националних мањина и прописују мере одступања од људских и мањинских права у ратном и ванредном стању.

Одлуке Уставног суда Србије, препознају се као специфичан и значајан извор људских права. Имајући у виду врло широко постављену надлежност Уставног суда, са аспекта људских права од посебне важности су одлуке које Уставни суд доноси у поступку апстрактне оцене уставности закона и међународних уговора, који су извор људских права. Формално-правно посматрано овим одлукама се не ствара уставна норма, али се интерпретирају уставне одредбе о људским и мањинским правима. Ове одлуке су коначне, обавезујуће и имају дејство према свима (*erga omnes*).

5.2. Уставна начела о људским правима

Устав Републике Србије, као основна начела на којима су заснована људска и мањинска права, препознаје начело непосредне примене зајемчених права, сврха уставних јемстава, ограничење људских и мањинских права, принцип забране дискриминације и начело заштите људских и мањинских права и слобода. Она у уставној систематици долазе одмах након начела Устава. Ова начела одражавају став уставотворца о значају људских права, а заједно са општим принципима који одликују правни систем Србије, чине уставни оквир у коме се људска права остварују и штите.

⁴⁹³ Чл. 18 ст. 2 Устава Србије

Полазни принцип гарантовања људских права је принцип непосредне примене зајемчених права. Уставом се јемче, и као таква, непосредно примењују људска и мањинска права зајемчена општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законима. Непосредна примена уставних одредби о људским правима значи да закон није нужан посредник између уставне норме и њене практичне примене. Овај принцип односи се на све носиоце уставне власти, али, првенствено има циљ да обезбеди људска права у односу према законодавној власти. Суд као и сваки други орган може се позвати непосредно на уставну норму и може непосредно применити уставно правило на конкретан случај. У складу са општим приступом да је Устав гарант и заштитник људских права и да се уставне одредбе непосредно примењују, ограничен је квалитет, обим и садржај овлашћења законодавца да регулише људска права. Устав не допушта да закон утиче на суштину права које је предмет законске регулативе, а границе поступања законодавца када регулише људска права постављена су уставом. У контексту Европске конвенције, принцип непосредне примене права подразумева да судови у примени права могу да се позивају на одредбе Конвенције, али и на општеприхваћена правила међународног права настала у пракси Европског суда за људска права.

У циљу непосредне примене зајемчених права, која је садржана у члану 18 Устава, одредбе о људским и мањинским правима треба да буду тумачене у "корист унапређења вредности демократског друштва", а "сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење". То значи да се приликом тумачења одредби људских права морају узети у обзир ставови Европског суда за људска права, али и уговорних тела Уједињених нација. Међутим, општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори су изостављени из овог контекста.

Уставне гаранције људских права служе очувању људског достојанства и остварењу пуне слободе и једнакости сваког појединца у праведном, отвореном и демократском друштву, заснованом на начелу владавине права. То су основне вредности које одликују праведно, отворено, демократско друштво и политичку заједницу која се заснива на владавини права. На овај начин, Устав изражава вредност субјективних права и потребу заштите објективног правног поретка, јер се заштитом индивидуалних права грађана обезбеђује и заштита јавног поретка.⁴⁹⁴ Имајући у виду сврху уставних јемстава може се закључити да је тумачење каталога људских права претпостављено општем уставном циљу, а то је унапређење вредности демократског друштва. Овај циљ може се остварити кроз очување људског достојанства, и остварења пуне слободе, и једнакости сваког појединца у праведном, отвореном и демократском друштву, заснованом на начелу владавине права.

Унапређење вредности демократског друштва и праведно, отворено и демократско друштво јесу нови уставни стандарди, чија садржина није одређена ни

⁴⁹⁴ И. Пејић, *op.cit.*, стр. 60-61

уставом ни међународним документима, већ се она утврђује у пракси националних судова, пре свега уставних судова, али и међународних органа који се баве заштитом људских права. Утврђивање садржине и правне вредности оваквих правних стандарда спада у област тзв. дискреционих права држава, односно чине "поље слободне процене" које је развијено у примени Европске конвенције. То значи да се од државних органа, пре свега уставног суда и редовних судова, очекује да својим одлукама дефинишу садржину ових стандарда, процењују "локалне" услове и потребе државе и да тако осигурају владавину права, као претпоставку Устава, и обезбеде примену међународних извора о људским правима.⁴⁹⁵

Забрана дискриминације садржана је у члану 21 Устава Србије, који утврђује да су пред уставом и законом сви једнаки и да свако има право на једнаку законску заштиту, без дискриминације. Забрањена је свака дискриминација, непосредна или посредна, по било ком основу, што значи да Устав, као и Европска конвенција, оставља могућност забране дискриминације и по основима који нису изричито предвиђени. Поред опште одредбе о забрани дискриминације, Устав садржи и посебну одредбу која гарантује равноправност жена и мушкараца, и утврђује обавезу државе да, на подручју равноправности полова, води политику једнаких могућности, као и посебну одредбу која забрањује сваки вид дискриминације заснован на припадности националној мањини.

Начело ограничења људских и мањинских права једно је од основних начела које Устав поставља у члану 20. Људска и мањинска права зајемчена Уставом могу законом бити ограничена ако ограничење допушта Устав, у сврхе ради којих то Устав допушта, у обиму неопходном да се уставна сврха ограничења задовољи у демократском друштву и без задирања у суштину зајемчених права. Уставотворац овлашћује законодавца да детаљније регулише ограничења, али не и да сам уводи основ за ограничење, већ је такво ограничење могуће само ако то Устав допушта и у сврхе које Устав допушта. Устав поставља "границе" ограничења људских права у којима се законодавац може кретати: људска и мањинска права могу се ограничити само у обиму неопходном да се уставна сврха ограничења задовољи у демократском друштву и без задирања у суштину зајемченог права. Сви државни органи, посебно судови, приликом ограничења људских и мањинских права морају да воде рачуна о: 1). суштини права које се ограничава; 2). важности сврхе ограничења, 3). природи и обиму ограничења, 4). о односу ограничења са сврхом ограничења и 5). о томе да ли постоји начин да се сврха ограничења постигне мањим ограничењем права.⁴⁹⁶ Тиме је јасно дефинисан принцип пропорционалности или сразмере, као и мерила којима се, пре свега, судови морају руководити при тумачењу ограничења људских права.

Формулација новог Устава о ограничењу људских права је знатно потпунија од оне која је била садржана у раније важећем Уставу Србије (1990). Устав Србије

⁴⁹⁵ Ibidem

⁴⁹⁶ Чл. 20 ст. 3 Устава Србије

(1990) садржао је само уопштену одредбу по којој су слободе и права човека и грађанина ограничена само једнаким слободама и правима других и када је то Уставом утврђено. Устав Србије (2006) садржи знатно потпунија правила о ограничењу људских права прописујући начин, прецизирајући садржај и границе овлашћења државних органа. Ова правила у великој мери су преузета из Повеље о људским и мањинским правима, којом је први пут и уведен принцип пропорционалности.⁴⁹⁷ Међутим, Устав не садржи одредбу којом изричито забрањује ограничавање људских и мањинских права зајемчених општеприхваћеним правилима међународног права, мада предвиђа да се достигнути ниво људских и мањинских права не може смањивати. Такође, недостатак овако формулисаног начела о ограничењу људских и мањинских права, на који је упутила Венецијанска комисија о свом мишљењу о Уставу Србије, јесте што се ограничења не везују за одређени легитимни циљ, већ се могу предузети у било које сврхе, које Устав допушта без навођења легитимних циљева.⁴⁹⁸ Тиме, важно начело Европске конвенције и Међународног пакта о грађанским и политичким правима, према којима се одређена људска права и слободе, могу легитимно ограничити, само ако је то неопходно у демократском друштву, није доследно пренето у Устав Србије. Али, имајући у виду да се одредбе о људским и мањинским правима тумаче у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција, домаћи судови су у положају да тумаче устав у сагласности са европским правом, посебно са Европском конвенцијом.⁴⁹⁹

Устав Србије, поред ове генералне клаузуле, изричито предвиђа и разлоге ограничења појединих конкретних права. Ови разлози садржани су у глави о људским правима и слободама, тачније у оквиру одредби којима се утврђује појам и садржина конкретног права. Тако, нпр. вођење кривичног поступка може бити разлог ограничења слободе кретања, тајност писама и других средстава општења; заштита јавног реда и мира такође, може бити разлог ограничења слободе кретања; заштита живота и здравља људи може водити ограничењу слободе испољавања вере или уверења, слободе изражавања или слобода окупљања. Наведени разлози ограничења се углавном појављују код тзв. либералних права, која обезбеђују подручје индивидуалне и друштвене слободе од захвата државе и за која важи правило да је слобода појединца, правно посматрано принципијелно неограничена, док су овлашћења државе на захватање, напротив, принципијелно ограничена.⁵⁰⁰ Ограничење поменутих права предузеће се ако је то неопходно и из уставом предвиђених разлога.

За уставни концепт заштите људских права од значаја су и општи принципи који карактеришу уставни систем наше државе. Приврженост људским правима

⁴⁹⁷ Чл. 5 ст.2 Повеље о људским и мањинским правима: "Зајемчена људска и мањинска права смеју се ограничити само у оној мери која је неопходна да би у отвореном и слободном демократском друштву задовољила сврха због које је ограничење дозвољено."

⁴⁹⁸ Мишљење о Уставу Србије усвојено од стране Комисије на 70. пленарној седници, (Венеција, 17-18. март 2007), Извор: [http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD\(2007\)004-srb.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-srb.pdf)

⁴⁹⁹ Ibidem

⁵⁰⁰ Д. М. Стојановић, *Уставно право (прва књига)*, Ниш, 2007, стр. 297

дошла је до изражаја већ у чл.1 Устава. У овом члану се указује да је Република Србија заснована на владавини права и социјалној правди, начелима грађанске демократије, људским и мањинским правима и слободама и припадности европским принципима и вредностима. Владавина права је основна претпоставка Устава и почива на неотуђивим људским правима. Владавина права остварује се слободним и непосредним изборима, уставним јемствима људских и мањинских права, поделом власти, независном судском влашћу и повиновањем Уставу и закону. Подела власти, подразумева разликовање законодавне, извршне и судске власти, чији однос се заснива на равнотежи и међусобној контроли, али са истакнутом независношћу судске власти. Независност судства је један од основних принципа на којима се темељи уставна држава и један од најважнијих "предуслова осигуравања елементарне заштите људских права гарантованих Уставом."⁵⁰¹

У том контексту од значаја су и одредбе Устава које се односе на судове. Наиме, Уставом је у чл. 142 ст. 2 утврђено да су судови самостални и независни у свом раду и да суде на основу Устава и закона и других општих аката, када је то предвиђено законом, општеприхваћених правила међународног права и потврђених међународних уговора. Судске се одлуке се, пак, сходно чл. 145 ст. 2 заснивају на Уставу, закону, потврђеном међународном уговору и пропису донетом на основу закона. Тиме остаје недовољно јасно, да ли суд одлучујући у питањима заштите људских права може да се ослања и на потврђене међународне уговоре и на општеприхваћена правила међународног права, и да ли га у поступању подједнако обавезују оба извора. То питање добија посебно на значају када говоримо о Европској конвенцији и врло значајној и утицајној судској пракси Европског суда за људска права. Европска конвенција несумњиво као међународни уговор може да представља основ за доношење судске одлуке, сходно чл. 145 ст.2. Из поменутих уставних одредби произилази да судови могу да суде на основу општеприхваћених правила међународног права, што би се односило на праксу Европског суда за људска права, али не и да на овим правилима заснивају своје одлуке. Међутим, право Европске конвенције је изграђено тако да Европска конвенција и пракса Европског суда представљају једну целину и да се условно речено међусобно допуњују. Излаз из ове потпуно нејасне ситуације могао би бити да се судови у свом раду ослањају и на Европску конвенцију и праксу Европског суда, и то тако што се у одлуци могу позвати на одговарајуће одредбе Европске конвенције, док би се принципи које је Европски суд установио у својој богатој јуриспруденцији могли навести у образложењу донете одлуке.

5.3. Људска права у Уставу Србије

Уставом Србије у оквиру главе "Људска права и слободe" обухваћен је традиционални корпус либералних и политичких права, као и социјална, економска, културна права, али и права нове генерације (нпр. право на здраву животну средину). Ова права делом су изложена као субјективна права, а делом као социјална програмска начела.⁵⁰² У погледу персоналног важења, Устав Србије

⁵⁰¹ М. Пајванчић, *Уставне гаранције људских права*, Нови Сад, 2011, стр. 13

⁵⁰² Д.М. Стојановић: *Устав Републике Србије(поговор)*, Ниш, 2006, стр. 111

разликује права чији је титулар свако лице⁵⁰³ и права која се гарантују само грађанима⁵⁰⁴. Уставом није успостављен формалноправни ранг између појединих основних права. Међутим, разлике ипак постоје у начину гарантовања појединих права. Значајан број права, пре свега социјално-економских права, јемчи се у складу са законом.⁵⁰⁵

На почетку обимне листе људских права у Уставу Србије, налази се право на достојанство и слободан развој личности. Људско достојанство је неприкосновено, и сви су дужни да га поштују и штите. Устав јемчи неприкосновеност људског живота и сходно европским стандардима прописује да у Републици Србији нема смртне казне. Устав Србије, изричито забрањује клонирање људских бића. Устав општом нормом гарантује неповредивост психичког и физичког интегритета. У тој функцији су и одредбе о забрани ропства и положаја сличног ропству, забрана сваког облика трговине људима, забрана принудног рада. Овакве одредбе представљају значајан корак напред у заштити основних права и слобода.

Значајну пажњу Устав Србије, посвећује питањима која се односе на право на слободу и безбедност личности. Право на личну слободу и безбедност је гарантовано свима, а лишење слободе допуштено је само из разлога и у поступку који су предвиђени законом. Устав регулише и поступање према лицу лишеном слободе и утврђује обавезу уважавања достојанства личности, забрањује примену било које врсте насиља према лицу лишеном слободе, као и изнуђивање исказа. Устав утврђује услове одређивања притвора, поступак одлучивања о притвору и трајање притвора. Право на правично суђење такође је у функцији заштите индивидуалне слободе појединца. Ово право обухвата више посебних уставних гаранција: право на правично и суђење у разумном року пред независним, непристрасним судом који је установљен законом, право на јавност судског поступка, право на правично суђење. У питању је потпуно нови сет права, који није био гарантован раније важећим Уставом.

У погледу права приватности, Устав прописује неповредивост физичког и психичког интегритета, стана, писама и других средстава комуницирања. Устав садржи и начелну одредбу којом јемчи заштиту података о личности, и прописује да се прикупљање, држање, обрада и коришћење података о личности уређују законом. Уставом је изричито предвиђено да је забрањена и кажњива употреба података о личности изван сврхе за коју су прикупљени, осим за потребе вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије, на начин предвиђен законом. Према Уставу свако има право да буде обавештен о прикупљеним подацима о својој личности и право на судску заштиту због њихове злоупотребе. Устав гарантује свакоме право на закључење брака и равноправност

⁵⁰³ Као нпр. достојанство и слободан развој личности (чл. 2), право на слободу и безбедност (чл. 27), право на правично суђење (чл. 32) слобода кретања (чл. 39)

⁵⁰⁴ Као нпр. изборно право (чл. 52), слобода окупљања (чл. 54), право на учешће у управљању јавним пословима (чл. 53)

⁵⁰⁵ Чл. 60 гласи "Јемчи се право на рад, у складу са законом". Чл. 59 гласи: "Јемчи се право наслеђивања, у складу са законом".

супружника, као и слободу одлучивања о рађању, предвиђа посебну заштиту породице, мајке, самохраног родитеља и детета. Новина у уставном систему је гарантовање посебних права детета. Родитељска права која Устав регулише односе се на подизање деце, њихово издржавање, васпитавање и образовање.

Када говоримо о духовним слободама, Устав Србије јемчи слободу мисли, савести, уверења и вероисповести, укључујући и право да се остане при свом уверењу или вероисповести или да се они промене према сопственом избору. У питању су апсолутно заштићена права, која су изузета од режима одступања у рату и ванредном стању. Устав допушта могућност да се забрани деловање верске заједнице, што је у надлежности Уставног суда. Устав Србије, у контексту гаранција слободе вероисповести, утврђује да лице није дужно да, противно својој вери или убеђењима, испуњава војну или другу обавезу која укључује употребу оружја, односно предвиђа позивање на приговор савести.

Слободу мисли Устав гарантује уз слободу савести и вероисповести, док посебним чланом гарантује слободу мишљења и изражавања. Слобода изражавања се може законом ограничити, ако је то неопходно ради заштите права и угледа других, чувања ауторитета и непристрасности суда и заштите јавног здравља, морала демократског друштва и националне безбедности Републике Србије. Поменути основи су у складу са ограничењима из Пакта о грађанским и политичким правима, док је очување независности и непристрасности суда, као основ ограничења преузет из Европске конвенције. Медијске слободе регулисане су у члану 50. Телевизијске и радио станице се оснивају у складу са законом. Устав прописује да у Србији нема цензуре, мада се то констатује само на општи начин, а цензура се изричито не забрањује нити се прописује њена кажњивост.⁵⁰⁶ Надлежни суд може спречити ширење информација само ако је то у демократском друштву неопходно ради спречавања позивања на насилно рушење Уставом утврђеног поретка или нарушавања територијалног интегритета Републике Србије, спречавања пропагирања рата или подстрекивања на непосредно насиље или ради спречавања заговарања расне, националне или верске мржње, којом се подстиче на дискриминацију, непријатељство или насиље. Устав гарантује право на исправку уколико су нечије право или интерес повређени објављивањем неистините, непотпуне или нетачно пренете информације. Као посебно право, повезано са слободом медија, Устав гарантује право на обавештеност као опште право које ужива сваки појединац. У погледу медијских слобода и слободе изражавања, у пракси Европског суда за људска права изражен је став да слобода издржавања подразумева и право на изношење информација и ставова који вређају и шокирају, ако је у питању ствар од јавног интереса, као и да новинарска слобода подразумева право на одређено претеривање и провокацију.⁵⁰⁷ У пракси домаћих судова дешава се управо обрнуто.

Уставом Републике Србије јемчи се слобода политичког, синдикалног и сваког другог облика удруживања, а гарантује се и право да се остане ван сваког

⁵⁰⁶ М. Пајванчић, *Коментар Устав Србије*, Београд, 2009, стр. 67

⁵⁰⁷ *Vidi Prager i Obershlick protiv Austrije*, ECHR, App. No 15974/90, Presuda od 26.04.1995.

удружења. На овај начин, пружа се заштита од принудног удруживања, у складу са ставом Европског суда за људска права да држава мора сваком гарантовати право да се не удружује са другима, односно да не приступа неком удружењу.⁵⁰⁸ Европска конвенција допушта да државе законски ограничавају право на слободно удруживање припадника оружаних снага и полиције и припадника државне управе. Устав Републике Србије забрањује политичко удруживање судијама Уставног суда, судијама редовних, управних и привредних судова, Заштитнику грађана, јавном тужиоцу и припадницима војске и полиције. Слобода мирног окупљања грађана зајамчена је чланом 54 Устава. Грађани се могу слободно окупљати у затвореном простору без обавезе да то пријаве надлежном органу и без посебног претходног одобрења. Окупљање грађана на отвореном простору подлеже пријави надлежном органу. Дозвољени основи ограничења које предвиђа Устав Србије углавном одговарају основама из Европске конвенције, иако изостаје "спречавање нереда или криминала" предвиђене одредбама Конвенције. Међутим, Устав Србије јемчи право на слободу окупљања само грађанима, а не свима, како то налажу међународни стандарди.

Устав прокламује народну сувереност и опште и једнако бирачко право. Грађанин који је навршио 18 година живота и има пословну способност има право да бира и да буде биран у државне органе. Устав утврђује и право грађана да учествују у управљању јавним пословима, и да под једнаким условима ступају у јавне службе, и на јавне функције. Устав гарантује и право на петицију, која укључује право свих грађана да се обраћају државним органима, организацијама којима су поверена јавна овлашћења, органима аутономне покрајине, као и органима општине и града и због тога нико не може да трпи штетне последице. Изузетак од овог општег правила је само случај када би изношењем ставова у петицији или предлогу било учињено кривично дело.

Чланом 58 Устава Србије, јемчи се мирно уживање својине и других имовинских права стечених на основу закона. Устав углавном прати међународне стандарде, нарочито у погледу одузимања имовине, и предвиђа да право својине може бити одузето или ограничено само у јавном интересу утврђеном на основу закона, уз накнаду која не може бити нижа од тржишне. Међутим, одредба којом се прописује могућност ограничења уживања права на имовину не садржи одредбу о пропорционалности таквог ограничења, што није у складу са међународним обавезама које је Србија преузела. Према пракси Европског суда за људска права, код сваког мешања у право на мирно уживање имовине неопходно је успоставити равнотежу између јавног интереса, с једне стране, и права појединаца, с друге. Уставом Србије зајамчена су и економска, социјална и културна права, попут права на рад, права на штрајк, здравствена заштита, социјална заштита, право на образовање. Ова права детаљније су уређена законским и подзаконским актима. Устав гарантује аутономију универзитета и других високошколских као и научних установа. У члану 73 Устав јемчи слободу научног и уметничког стварања. Устав прописује активности државе везане за развој науке, културе и уметничког стваралаштва. Држава подстиче и помаже њихов развој.

⁵⁰⁸ Vidi Sigurour A. Sigurjonsson protiv Islanda, Presuda od 30. juna 1993, A-264

Са аспекта гарантовања и заштите људских права од посебног значаја су одредбе Устава, којима се регулишу одступања од људских и мањинских права у ванредном и ратном стању. Ове одредбе садржане су у VIII делу, који носи назив Уставност и законитост. Ванредно стање проглашава Народна скупштина када јавна опасност угрожава опстанак државе или грађана. Проглашавајући ванредно односно ратно стање Народна скупштина може прописати мере којима се одступа од Уставом зајемчених људских и мањинских права. Када Народна скупштина није у могућности да се састане одлуку о проглашењу ванредног односно ратног стања доносе заједно председник Републике, председник Народне скупштине и председник Владе. Уколико Народна скупштина није у могућности да се састане, мере којима се одступа од људских и мањинских права у ванредном стању може прописати Влада уредбом уз супотпис председника Републике. Влада је дужна да ову уредбу поднесе на потврду Народној скупштини у року од 48 сати од њеног доношења, односно чим Народна скупштина буде у могућности да се састане. У супротном, према изричитој уставној одредби, мере одступања престају да важе 24 часа од почетка прве седнице Народне скупштине одржане по проглашењу ванредног стања. Мере одступања од људских и мањинских права су привременог карактера и оне престају да важе престанком ванредног или ратног стања, односно најдуже 90 дана, али се по истеку овог рока могу обновити под истим условима. Мере одступања од људских и мањинских права у ратном стању, када Народна скупштина не може да се састане, заједно утврђују председник Републике, председник Народне скупштине и председник Владе.

Из наведених уставних одредби може се закључити да одлука о проглашењу ванредног или ратног стања може, али не мора бити праћена прописивањем мера којима се одступа од Уставом зајемчених права. Целисходност предузимања ових мера цени надлежни орган. Такође, треба нагласити да су по проглашењу ванредног или ратног стања, дозвољена одступања од Уставом зајемчених права само у обиму у којем је то неопходно.⁵⁰⁹ Тиме је принцип пропорционалности неопходно испунити и код одступања од људских и мањинских права. Још једна значајна гаранција коју Устав предвиђа, јесте да мере одступања од људских и мањинских права не смеју довести до разликовања на основу расе, пола, језика, вероисповести, националне припадности или друштвеног порекла. Посебно треба похвалити то, што Устав прави разлику у погледу права у односу на која су дозвољена одступања, и она права која имају апсолутни карактер и у погледу којих нису дозвољена никаква одступања. У апсолутна права, спадају достојанство и слободан развој личности, право на живот, неповредивост физичког и психичког интегритета, забрана ропства, положаја сличног ропству и принудног рада, право на правично суђење, правна сигурност у казненом праву, право на правну личност, право на држављанство, слобода мисли, савести и вероисповести, приговор савести, забрана изазивања расне, националне и верске мржње, право на закључење брака и равноправност супружника, слобода одлучивања о рађању деце, права детета и забрана насилне асимилације, која је обухваћена корпусом мањинских права. Могло би се рећи, да додатну гаранцију овако утврђених мера одступања од људских и мањинских права представља и изричита уставна одредба о забрани

⁵⁰⁹ Чл. 202 ст.1 Устава Србије

мењања устава за време ратног или ванредног стања (чл. 204). Раније поменути принцип пропорционалности у комбинацији са немогућношћу одступања од одређених људских и мањинских права значајно ограничава могућност извршне власти да евентуално покуша да искористи ратно или ванредно стање суспендујући основна права без обзира да ли је то оправдано у конкретним околностима. Овакав концепт регулисања одступања од људских и мањинских права у ванредном и ратном стању у важећем уставу Србије, представља значајан искорак у односу на раније важећи Устав Србије (1990), који је о томе имао свега неколико штурих одредаба, док о принципу пропорционалности и апсолутним правима није било ни помена.

5.4. Однос унутрашњег и међународног права у Уставу Србије

Концепт људских права садржан у Уставу Србије, у великој мери одговара европским стандардима, утврђеним у Европској конвенцији и пракси Европског суда за људска права, чинећи повољан миље за примену Европске конвенције. Са аспекта њене примене, у унутрашњем праву и у поступку пред Уставним судом Србије, од посебног значаја јесу и одредбе Устава Србије о односу унутрашњег и међународног права. У Уставу Србије (2006), за разлику од раније важећег Устава Србије (1990), место потврђених међународних уговора у правном поретку Републике Србије је постало *materia constitutionis*.⁵¹⁰ Ова промена последица је измењеног државног статуса Републике Србије, која је постала самостална држава, али и израз новог односа српског уставотворца према међународном праву и његовој улози у националном правном поретку.

Општа одредба о статусу међународних прописа у уставном систему Србије садржана је у првом делу Устава, где се наводе начела Устава. Сходно чл. 16 ст.2, општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни су део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују. Однос унутрашњег и међународног права детаљније је уређен у осмом делу, који носи наслов Уставност и законитост. Члан 194, чији је рубрум хијерархија домаћих и међународних општих правних аката, утврђује да је правни поредак Републике Србије јединствен, да је Устав највиши правни акт Републике Србије и да сви закони и други општи акти донети у Републици Србији морају бити сагласни са Уставом. Потврђени међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права, део су правног поретка Републике Србије. Потврђени међународни уговори не смеју бити у супротности са уставом. Закони и други општи акти донети у Републици Србији, не смеју бити у супротности са потврђеним међународним уговорима и општеприхваћеним правилима међународног права.

Поводом одређивања односа унутрашњег и међународног права у Уставу Србије, појављују се многа спорна питања настала као резултат терминолошке недоследности и конфузије Устава. Наиме, у већ поменутом чл. 18, Устав утврђује

⁵¹⁰ Б. Ненадић, " Контрола уставности међународних уговора", *Правни информатор бр. 11 (2009)*, стр. 3-13

начело непосредне примене људских и мањинских права зајемчених општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законима. Даље, у чл. 194 Устав утврђује да потврђени међународни уговори морају бити у складу са Уставом, док се таква обавеза не предвиђа за општеприхваћена правила међународног права. Да ли то значи, да међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права нису истог ранга? Имајући у виду раније наведену одредбу Устава, може се стати на становиште да су општеприхваћена правила међународног права јаче правне снаге од међународних уговора у унутрашњем праву. Међутим, ако се има у виду да сходно чл. 167 Устава Уставни суд одлучује о сагласности закона и других општих аката, између осталог, и са општеприхваћеним правилима међународног права, а да се не цени усаглашеност међународних уговора са општеприхваћеним правилима међународног права, има основа да се закључи да су међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права исте правне снаге у унутрашњем правном поретку.⁵¹¹

На основу изложених уставних решења може се закључити да Устав Србије стоји на основама монистичке концепције о односу унутрашњег и међународног права и да прихвата примат међународног над унутрашњим правом. Када говоримо о међународним уговорима, они у хијерархији правних аката заузимају место непосредно испод Устава, а изнад обичних закона, односно имају надзаконску правну снагу. Устав Србије не утврђује посебно положај међународних уговора о људским правима у хијерархији правних аката, што је карактеристично и за многе упоредне системе, тако да Европска конвенција у том смислу "дели судбину" других међународних уговора. Међутим, у контексту њене примене у унутрашњем праву треба имати у виду одредбу чл. 16 Устава, чији је рубрум међународни односи, који у ставу 2 утврђује да општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори јесу саставни део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују. Одредбе о људским и мањинским правима тумаче се сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење, што може да укључује стандарде који су постављени Европском конвенцијом и у пракси Европског суда за људска права. Мада, Устав изричито упућује само на праксу оних међународних тела која надзиру и прате примену међународних стандарда људских права, али не и на праксу међународних судских органа који одлучују о заштити људских права.⁵¹²

5.5. Примена Европске конвенције пред Уставним судом Србије

Уставни суд Србије, установљен Уставом Србије (2006) добио је низ нових надлежности и постао један од стубова уставног система Србије, на коме је велика одговорност и у погледу очувања принципа уставности и законитости и у погледу заштите људских права. То је у многome одредило и његов однос према Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода, која постаје врло

⁵¹¹ Видети В. Ђурић, *Устав и међународни уговори*, Београд, 1997, стр. 54

⁵¹² Више о томе М. Пајванчић, *Уставне гаранције људских права*, Нови Сад, 2011, стр. 65-66

значајан ослонац у раду овог Суда. Европска конвенција је значајна референтна тачка онда када се Уставни суд Србије појављује у улози "чувара" људских права, односно када одлучује по уставним жалбама грађана. Али, њен значај није ништа мањи ни онда када је Уставни суд позван да врши нормативну контролу, као своју есенцијалну функцију, односно када се појављује у улози "чувара устава и уставности".

5.5.1. Апстрактна нормативна контрола

Основна и свакако најважнија надлежност Уставног суда односи се на заштиту уставности и нормативну контролу, коју Уставни суд том приликом спроводи. Апстрактна нормативна контрола, као надлежност Уставног суд Србије, обухвата: 1) одлучивање о сагласности закона и других општих аката са Уставом, општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима, 2). одлучивање о сагласности потврђених међународних уговора са Уставом, 3) одлучивање о сагласности других општих аката са законом, 4). одлучивање о сагласности статута и других општих аката аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе са Уставом и законом, 5). одлучивање о сагласности општих аката организација којима су поверена јавна овлашћења, политичких странака, синдиката, удружења грађана и колективних уговора са Уставом и законом.⁵¹³

Поступак за оцену уставности и законитости могу да покрену државни органи, органи територијалне аутономије или локалне самоуправе, као и најмање 25 народних посланика. Поступак може покренути и сам Уставни суд. Свако правно или физичко лице има право на иницијативу за покретање поступка за оцену уставности и законитости. (чл. 168 Устав Србије) Оцена уставности закона остварује се у облику накнадне контроле, што претпоставља да се контрола уставности и законитости остварује након ступања на снагу закона односно другог општег правног акта. У поступку нормативне контроле Уставни суд може да укине сваки закон или било који други пропис који вређа основна права и слободе гарантоване уставом, чиме се остварује значајна улога Уставног суда у заштити уставних права. Закон или други општи акт који није сагласан Уставу или закону престаје да важи даном објављивања одлуке Уставног суда у службеном гласилу. Оваквим деловањем Уставног суда остварује се посредна заштита основних права, јер се она само индиректно одржава на субјективну позицију. Уосталом, примарни циљ нормативне контроле није заштита Уставом гарантованих права, већ контрола заштите Устава и његове супериорности.

Значајну новину у овако постављеној нормативној контроли представља то што се ваљаност закона и других општих правних аката не оцењују само у односу на Устав Србије, већ и у односу на општеприхваћена правила међународног права и потврђене међународне уговоре. Први пут експлицитном уставном нормом утврђена је надлежност Уставног суда да одлучује о уставности потврђених

⁵¹³ Члан 167 Устава Србије

међународних уговора. Тако да се међународни уговори појављују и као основ, као и предмет контроле. Међутим, тим поводом појављују се многе недоумице и многе нејасноће. Тако, одредба о надлежности Уставног суда да одлучује о сагласности потврђених међународних уговора са Уставом је типичан пример како уставна норма која је наизглед кристално јасна, може да изазове нова спорна питања.⁵¹⁴ Пре свега, када је реч о предмету контроле, израз "потврђени међународни уговори" је недовољно одређен. Да ли то значи, да предмет контроле уставности само међународни уговори који подлежу обавезној парламентарној ратификацији или се то односи на све међународне уговоре који су потврђени другим инструментима ратификације (нпр. Уредбом Владе). Уколико се стане на становиште да су потврђени међународни уговори само они које потврди Народна скупштина Републике Србије, онда се долази до закључка да међународни уговори који нису прошли поступак парламентарне ратификације, нису саставни део унутрашњег правног поретка. Стога, прихватљивије је да се под потврђеним међународним уговорима сматрају како међународни уговори које потврди Народна скупштина, тако и други међународни уговори који се уставноправно ратификују на други начин.

5.5.2. Превентивна нормативна контрола

Значајну новину Устав уводи у чл. 169 утврђујући оцену уставности закона и пре његовог ступања на снагу. То значи, да нормативна контрола коју спроводи Уставни суд јесте првенствено опредељена као накнадна апстрактна контрола, али да постоји могућност покретања и превентивне контроле. Превентивна контрола уставности је рестриктивно постављена у погледу аката у односу на које се може покренути и у погледу активне процесне легитимације. Превентивна контрола уставности може се покренути само у односу на законе и спроводи се само као контрола уставности, не и као контрола законитости. Оваква врста контроле не може се спровести у односу на друге опште акте, који подлежу накнадној нормативној контроли. На захтев најмање једне трећине народних посланика, Уставни суд је дужан да у року од 7 дана оцени уставност закона који је изгласан, а указом још није проглашен, сходно чл. 167 Устава Србије. Право на покретање овог поступка припада искључиво народним посланицима, тако да је круг субјеката који овај поступак може покренути знатно ужи у односу на поступак апстрактне нормативне контроле. Прецизан рок у коме се ова контрола може иницирати није утврђен, али имајући у виду да Уставни суд цени уставност закона који је изгласан, а указом још није проглашен, јасно је да то може бити само у кратком периоду од усвајања закона до његове промулгације. Сходно чл. 66 Закона о Уставном суду ("Сл. гласник", бр. 109/2007) уз предлог за покретање поступка доставља се и текст изгласаног закона, који је оверио секретар Народне скупштине или лице које он на то овласти. Предлог за оцену уставности закона пре његовог проглашења се не доставља на мишљење Народној скупштини, нити се о томе води јавна расправа.

⁵¹⁴ В.Петров, " Уз дилему о контроли уставности међународних уговора", у *Право Републике Србије и право Европске уније-стање и перспективе*, (ур. Н. Стојановић, С. Голубовић), Ниш, 2009, стр. 306

Поступак оцене уставности закона пре његовог ступања на снагу је хитан и Уставни суд је дужан да у року од 7 дана оцени уставности закона. О томе да је покренут овај поступак Уставни суд обавештава председника Републике, али такво обавештење њега формално не спречава да изврши промулгацију закона, чак и пре истека рока од 7 дана. Уосталом, Устав прописује да ако закон буде проглашен пре доношења одлуке о уставности, Уставни суд ће наставити да поступа према захтеву, у складу са редовним поступком за оцену уставности закона.⁵¹⁵

Овако конципирана превентивна контрола уставности отвара многобројна питања. Пре свега, то што поступак могу покренути само посланици, може се тумачити као "изненађујући поклон уставотворца парламентарној мањини".⁵¹⁶ Такав поступак може да Уставни суд Србије учини арбитром између парламентарне већине и опозиције. Иако покретање поступка од стране опозиције може бити коришћено ради опструкције законодавног поступка, то се може тумачити и као "могућност опозиције да спречава парламентарну већину да из разлога политичке или друге користи свесно гласа за неуставни закон, рачунајући на то да у редовним ситуацијама поступак оцене уставности закона траје пред Уставним судом дуже времена, а да за то време спорни закон може произвести, за владајућу већину жељене последице".⁵¹⁷ Али, ако је превентивна контрола уставности моћно средство у рукама опозиције, излишно би било говорити о томе како Уставни суд не сме да се руководи политичким разлозима већ искључиво правном интерпретацијом оспорених закона, и да не дозволи да политичка трвења у парламенту изражена приликом доношења закона, утичу на његов рад, већ да свој задатак обавља на уобичајени начин, као када спроводи накнадну контролу. Уставни суд мора да чува устав као највиши закон земље и уставност као кључно начело функционисања модерне државе.

Велику препреку у истинској оцени уставности може представљати исувише кратко време у коме Уставни суд треба да о томе одлучи. Рок од 7 дана је непримерен овој врсти контроли, а контрола би се евентуално могла спровести само у случају флагрантне неуставности, пре свега, оне које се тичу формалне оцене уставности. Истовремено, Устав предвиђа да ако закон буде проглашен пре доношења одлуке Уставног суда, Уставни суд наставља да поступа према предлогу сагласно редовном поступку за оцену уставности. Тако ће одлука Уставног суда уместо превентивног имати касаторно дејство.⁵¹⁸

Међутим, ако Уставни суд донесе одлуку о неуставности закона пре његовог проглашења, ова одлука ће ступити на снагу даном проглашења закона.⁵¹⁹ Оваква формулација је врло нејасна и подложна тумачењу. Прво питање које се намеће јесте зашто проглашавати закон за који је Уставни суд утврдио да је неуставан? Каква је онда сврха превентивне контроле? Овакво решење се евентуално може

⁵¹⁵ Чл. 169 ст.2 Устава Србије

⁵¹⁶ Д. М. Стојановић, *Уставно право* (друга књига), Ниш, 2007, стр. 391

⁵¹⁷ Р. Марковић, "Уставни суд у Уставу Републике Србије од 2006. године," *Анали Правног факултета у Београду*, бр.2, 2007, стр. 33

⁵¹⁸ *Ibidem*

⁵¹⁹ Чл. 169 ст. 3 Устава Србије

разумети ако се пође од тога да је оценом уставности, по правилу, обухваћен извештај мањи или већи број одредаба, али не закон у целини. Уколико Уставни суд утврди да оспорена одредба закона несагласна уставу, то неће спречити промулгацију закона у целини, али неуставне одредбе неће бити део закона, и неће моћи да се примењују.

Устав у ст. 4 чл. 169 утврђује да поступак за оцену уставности не може бити покренут против закона чија је усклађеност са Уставом утврђена пре његовог ступања на снагу. У том смислу, најважнија последица превентивне контроле је у томе што ако је Уставни суд утврдио да је закон сагласан Уставу, поступак за оцену уставности таквог закона не може бити покренут по његовом проглашењу и ступању на снагу, "јер би се у супротном уставност истог закона оцењивала два пута".⁵²⁰ То значи да се изричита уставна забрана покретања поступка накнадне оцене уставности, односи на цео закон, а не само на одредбе које су биле предмет претходне уставносудске контроле.⁵²¹

5.5.3. Примена Европске конвенције у поступку нормативне контроле

Када говоримо о примени Европске конвенције у поступку нормативне контроле, имамо у виду правила која у том погледу важе за потврђене међународне уговоре. Потврђени међународни уговори могу бити предмет како претходне, тако и накнадне контроле уставности. "Закон о потврђивању међународних уговора, као и сваки други закон може бити подвргнут контроли уставности."⁵²² У прилог претходне контроле уставности међународних уговора говори и упоредноправни аргумент, односно чињеница да већина европских устава уређује контролу уставности међународних уговора управо као контролу а *prio*. Тиме се може "избећи сукоб између устава и међународног уговора, односно, између унутрашњег правног поретка и обавезе државе на међународном плану."⁵²³ Тако се претходна контрола уставности може искористити као правно ефикасан и целисходан инструмент, који би могао да помири оба захтева у погледу инкорпорације извора међународног права у унутрашњи правни поредак: да се оствари контрола уставности потврђених међународних уговора, сходно општем начелу да потврђени међународни уговори морају бити у складу са Уставом, и да се одржи у пуној мери уговорна способност Републике Србије, која може да извршава преузете обавезе у међународном праву без последица за саму државу, као и да се обезбеди правило *pacta sunt servanda*.⁵²⁴

Иако све говори у прилог претходне контроле уставности, Устав Србије неспорно оставља могућност да међународни уговор буде предмет и накнадне контроле уставности. Ако се пође од генералног дејства одлука у поступку

⁵²⁰ Р. Марковић, *op.cit.*, стр. 32

⁵²¹ Видети М. Пајванчић, *op.cit.*, стр. 218

⁵²² Б.Ненадић, "Претходна контрола уставности закона-у светлу Устава Републике Србије од 2006. године", *Правна ријеч*, 8/2008, стр. 91

⁵²³ И.Пејић, "Уставни суд и контрола уставности међународних уговора", *Правни живот*, бр. 14/2008, стр. 752

⁵²⁴ *Ibidem.*, стр. 753

нормативне контроле, да ли то значи да Уставни суд својом одлуком може да укине односно касира потврђени међународни уговори, за који утврди да није сагласан Уставу? Да ли то аутоматски води раскидању већ потврђеног међународног уговора? Устав Србије не регулише дејство уставносудске одлуке и њене правне последице у случају да се у поступку уставносудске контроле утврди несагласност међународног уговора са Уставом, након потврђивања и ступања на снагу уговора. Делимично разјашњење доносе одредбе Закона о Уставном суду, који у члану 58 предвиђа да одредбе потврђеног међународног уговора за које је одлуком Уставног суда утврђено да нису у сагласности са Уставом, престају да важе на начин предвиђен тим међународним уговором и општеприхваћеним правилима међународног права. У том случају одлука Уставног суда је деклараторног карактера, њоме се само констатује уочена неуставност, али се њоме не могу анулирати обавезе које за Србију произилазе из датог међународног уговора, већ се та питања даље уређују релевантним правилима међународног права.

Оцена сагласности закона и других општих аката са потврђеним међународним уговорима (и са општеприхваћеним правилима међународног права) нови је облик нормативне контроле коју врши Уставни суд у уставном систему Србије. У Уставу Србије од 1990. контрола уставности међународних уговора није била предвиђена, јер је закључивање и извршавање међународних уговора било у надлежности федералних органа. Тај облик нормативне контроле први пут је уведен Уставом СРЈ од 1992.⁵²⁵ У вези са овом надлежношћу Уставног суда поставља се питање прецизирања значења израза "општеприхваћена правила међународног права." Ово због тога што су Устав, потврђени међународни уговори и закон конкретни правни акти, познате садржине и значења. Није извесно у ком се акту налазе "општеприхваћена правила међународног права" и каква је њихова садржина. По свој прилици, реч је о општим правним правилима која су се током времена формирала у међународној пракси, тако да у основи представљају саставни део међународног обичајног права.⁵²⁶ Сва та правила, односно начела, сматрају се когентним нормама, тако да су она обавезна за све субјекте међународног права, и сва остала начела и све норме међународног права морају бити у сагласности са њима.⁵²⁷

У досадашњој пракси Уставни суд Србије је јасно указао да је спреман да се ослања на Европску конвенцију онда када врши апстрактну нормативну контролу и то тако да се Европска конвенција, пре свега, појављује као мерило, а не као предмет контроле.⁵²⁸ Европска конвенција, односно поједини принципи и начела

⁵²⁵ Више о томе Љ. Славнић, *Од државе која одумире ка правној држави: уставносудска контрола закона у Југославији и Србији: са компаративним освртом*, Београд, 1994, стр. 362-365

⁵²⁶ Нпр. начело суверене једнакости држава, начело решавања међународних спорова мирним путем, начело интервенције у унутрашње ствари других држава, начело да уставни и законски прописи не ослобађају државу међународних обавеза и сл.

⁵²⁷ Упор. Р.Марковић, *op.cit.*, стр. 33 и Б. Кривокапић, *Лексикон међународног права*, Београд, 1998, стр.311

⁵²⁸ Али, пред Уставним судом Србије била је поднета иницијатива за покретање поступка за утврђивање неуставности одредбе члана 7 став 2 тачка а Бечке конвенције о уговорном праву ("Службени лист СФРЈ-Међународни уговори", бр. 30/72). Уставни суд није прихватио ову иницијативу јер је оценио да оспорена одредба, која утврђује да се на основу својих функција и без

које је Европски суд за људска права развио у својој пракси су и пре ратификације ове Конвенције нашли своју примену у поступку пред Уставним судом Србије. Иако у време постојања Државне заједнице Србија и Црна Гора, Уставни суд није био надлежан да оцењује усклађеност права Републике са потврђеним међународним уговорима и споразумима, можемо констатовати да је овај Суд и у том периоду, у образложењу одлука се позвао на одредбе Конвенције, као и на општеприхваћена правила међународног права. Њихова примена оправдана је њиховим својством општеприхваћених правила међународног права, која прихватају и признају савремене европске државе. Тако, у својој одлуци IV 358/95 од 25.09.2003. када је одлучивао о уставности члана 4 став 1 тачка 5 Закона о наслеђивању, тј. недостојности за наслеђивање лица која су избегла војну обавезу, Уставни суд у изреци одлуке није утврђивао несагласност закона са Конвенцијом, већ је у образложењу одлуке изразио став односно оцену да оспорене одредбе закона, односно закон у целини није у складу са појединим одредбама Конвенције. Поједине одредбе Европске конвенције Уставни суд је имао у виду и приликом интерпретације одредби Устава Републике Србије о правима и слободама. У таквим околностима, одредбе Конвенције и пракса и ставови Европског суда за људска права служиле су као "додатне алатке"⁵²⁹ у заузимању ставова по одређеним спорним уставноправним питањима. Европска конвенција је тако послужила Уставном суду Србије да у појединим одлукама вршећи апстрактну контролу уставности закона, тумачи поједине одредбе Устава управо на начин како је то утврђено у одредбама Европске конвенције, односно како је те одредбе у пракси протумачио Европски суд. Овакво поступање Суда било је омогућено одредбама Уставне повеље и Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама, која је имала каталог права постављен по узору на Европску конвенцију. Уставни суд је у више обраћања Народној скупштини указивао на постојање правних празнина у важећем законодавству Републике Србије, које би требало "попунити" полазећи од принципа и одредаба Европске конвенције.⁵³⁰

У новијој пракси Уставног суда, такође налазимо упућивање на Европску конвенцију, као мерило нормативне контроле. Тако, поводом иницијативе за покретање поступка за утврђивање неуставности и несагласности са потврђеним међународним уговором одредбе чл. 70 ст. 1 Закона о приватизацији⁵³¹, Уставни суд је донео решење да не прихвата такву иницијативу. По оцени Уставног суда, одредбом члана 70 став 1 Закона није повређено право иницијатора на мирно

обавезе подношења пуномоћја сматрају као представници своје државе шефови држава, шефови влада и министри иностраних послова за све акте који се односе на закључење уговора, није у супротности са чланом 112 Устава које утврђују надлежност председника Републике. Суд је истовремено 24.09.2009. године закључио да у смислу члана 105 Закона о Уставном суду, обавести Народну скупштину о потреби доношења закона, који ће, у складу са Уставом из 2006. године, уредити закључивање и потврђивање међународних уговора, с обзиром да важећи Закон о закључивању и извршавању међународних уговора ("Службени лист СФРЈ" бр. 55/78 и 47/89) није усклађен са Уставом и да садржи решења која сувременом превазиђена и постала непримењива.

⁵²⁹ Б.Ненадић, "Место Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода у правном систему Републике Србије" у *Положај и улога уставног суда у примјени Европске конвенције о људским правима* (зборник радова), Подгорица, 2007, стр. 41

⁵³⁰ Ibidem

⁵³¹ Предмет IV 35/2007

уживање имовине, утврђено Уставом и Европском конвенцијом о људским правима и основним слободама. Оцењујући уставност Закона о изменама и допунама Закона о јавном информисању ("Службени гласник РС", 71/09), Уставни суд је, између осталог, утврдио да су одредбе чл. 4, 5 и 6 Закона које прописује санкције за привредни преступ и прекршај одредаба Закона у виду новчаних казни за оснивача, одговорно лице у оснивачу и одговорног уредника јавног гласила и прописују обавезу суда да изрекне заштитну меру забране обављања делатности издавања јавних гласила односно обавезу да изрекне услову осуду, у несагласности са начелом поделе власти и независности судства, зајамченом слободом медија и зајамченим правом на правну сигурност у казненом праву, као и да су прописаним санкцијама повређена и уставна начела из члана 20 Устава која одређују услове односно границе за законско ограничавање људских и мањинских права и слобода, какви су иначе, садржани и у одредбама члана 10 Европске конвенције⁵³².

Поводом предлога за утврђивање неуставности и несагласности са потврђеним међународним уговорима одредбе члана 4 став 1 Породичног закона ("Службени гласник РС", бр. 18/05), Уставни суд је оценио да је оспорена одредба, која одређујући појам ванбрачне заједнице, заснована на одредбама члана 62 Устава Србије, и да није повређено начело забране дискриминације које је гарантовано чланом 21 Устава, односно, које је садржано у одредбама члана 14 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, Протоколу број 12 уз Европску конвенцију и члану 26 Међународног пакта о грађанским и политичким правима, будући да се то начело односи на остваривање гарантованих и признатих права, али и тада уз дозвољена одступања која се могу оправдати објективним и оправданим разлозима⁵³³.

Одлучујући о предлогу за утврђивање неуставности одредаба члана 17 став 1 и члана 63 Закона о радиодифузији ("Службени гласник РС", бр. 42/02,097/04,76/05 и 79/05), Уставни суд није исти прихватио јер је, између осталог, оценио да оспорене одредбе не садрже повреду одредаба члана 10,13,14 и 17 Европске конвенције које јемче слободу изражавања, право на делотворан правни лек пред националним властима, уживање свих права гарантованих Конвенцијом без дискриминације и забрану поништења или ограничавања слобода и права у већој мери од оне која је предвиђена Конвенцијом⁵³⁴. Суд је закључио да се поступак за оцену уставности и законитости са Европском конвенцијом, одредаба члана 5, члана 6, чл.8, 10,12 и 13 и члана 1 став 2 Закона о изменама и допунама Закона од радиодифузији ("Службени гласник РС", бр. 85/06) издваја и наставља.

У поступку оцене уставности одредби члана 5 став 6 Закона о финансирању политичких странака ("Службени гласник РС", бр. 72/03 и 75/03), Уставни суд је оценио да оне нису у сагласности са Уставом, јер су противне одредбама члана 18, 20, 58 и 86 Устава и члана 1 Првог Протокола уз Европску конвенцију.⁵³⁵ Суд је одбио предлог за утврђивање неуставности одредби члана 5 став 7 Закона, јер је

⁵³² Предмет IY 231/09

⁵³³ Предмет IY 35/09

⁵³⁴ Предмет IY 166/06

⁵³⁵ Предмет IY -216/04

оценио да су оспорене одредбе засноване на одредби члана 97 тачка 7 Устава, која утврђује да Република Србија уређује и обезбеђује својинске и облигационе односе, што укључује и овлашћење на законско уређивање начина стицања и коришћења имовине, а да не садржи повреду члана 58 Устава који јемчи право на мирно уживање својине и других имовинских права стечених на основу закона, односно, права на несметано уживање својине из члана 1 Првог Протокола уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, будући да се наведеним гаранцијама не ограничава право законодавног органа да прописује начин стицања својине већ се само јемчи право уживања својине стечене на основу закона.

5.5.4. Одлучивање Уставног суда Србије по уставној жалби и Европска конвенција

Усвајањем новог Устава Републике Србије, уставна жалба је препозната као посебно средство уставносудске заштите. Тако се уставна жалба заједно са осавремененим и употпуњеним каталогом права нашла у Уставу (2006). Институт уставне жалбе није непознат на овим просторима. Наиме, Устав Србије (1963) садржао је један вид уставне жалбе. Тако је према чл. 229 ст.2 овог устава, Уставни суд био надлежан да одлучује о заштити права на самоуправљање и другим основним правима и слободама утврђених овим Уставом, када су права и слободе повређене појединачним актом или радњом од стране органа друштвено-политичке заједнице и у другим случајевима када одреди закон, а законом није обезбеђена друга судска заштита. Од 1974. године уставна жалба није била садржана у уставном систему Републике Србије. Устав Србије (1990) није садржао уставну жалбу, али су Устав СРЈ (1992) и Уставна повеља Државне заједнице Србија и Црна Гора (2003) давали такве могућности нашим грађанима, истина често у врло ограниченој мери. У околностима када се говорило о потреби доношења новог Устава Србије у готово сваком од постојећих предмета, увођење уставне жалбе се видело као један од приоритета када су у питању људска права. Тако је, потпуно очекивано, уставна жалба нашла своје место у новом Уставу Србије.

Уставна жалба може бити изјављена против појединачних аката или радњи државних органа или организације којој је поверено јавно овлашћење, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права или слободе зајемчена Уставом, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства или је законом искључено право на њихову судску заштиту.⁵³⁶ Уставна жалба може се изјавити и ако нису исцрпљена правна средства, у случају када је подносиоцу повређено право на суђење у разумном року. Уставну жалбу може изјавити свако лице које сматра да му је појединачним актом или радњом државног органа или организације којој је поверено јавно овлашћење повређено или ускраћено људско или мањинско право или слобода зајемчена Уставом. Уставну жалбу у име овлашћеног лица, на основу његовог писменог овлашћења, може изјавити друго физичко лице, односно државни или други орган надлежан за праћење и остваривање људских и мањинских права и слобода. У поступку по уставној

⁵³⁶ Чл. 82 ст. 1 Закона о Уставном суду Србије

жалби може се остваривати заштита права и интереса страних лица због повреде Уставом зајемчених права.⁵³⁷

Уставна жалба је по својој правној природи супсидијарно правно средство и може се изјавити након што су искоришћена сва расположива правна средства или ако таква нису предвиђена. У том смислу подносилац уставне жалбе треба да наведе податке о правним лековима који су коришћени, а уколико неки правни лек није искоришћен треба навести зашто то није учињено. Уставна жалба може се изјавити у року од 30 дана од дана достављања појединачног акта, односно од дана предузимања радње којом се повређује или ускраћује људско или мањинско право и слобода зајамчена Уставом. (чл. 84 Закона о Уставном суду). Када Уставни суд утврди да је оспореним појединачним актом, односно радњом повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајамчена Уставом, поништиће појединачни акт, осим судске одлуке, односно забраниће даље вршење или наредити вршење одређене радње и одредити да се уклоне штетне последице у одређеном року. Одлука Уставног суда којом се усваја уставна жалба представљала је правни основ за подношење захтева за накнаду штете или отклањања других штетних последица пред надлежним органом, у складу са законом. Изменама Закона о Уставном суду ("Службени гласник РС", бр.99/2011) Уставни суд моћи ће да одлуком којом усваја уставну жалбу, истовремено одлучи о захтеву подносиоца уставне жалбе за накнаду материјалне, односно нематеријалне штете, када је такав захтев постављен.⁵³⁸ То значи да лицу које је успело у поступку по уставној жалби, може бити досуђен одређени новчани износ на име накнаде материјалне или нематеријалне штете. У том смислу новина је и што уставна жалба мора да садржи, између осталог, опредељен захтев о коме Уставни суд треба да одлучи, уз истицање висине и основа накнаде материјалне или нематеријалне штете, када се накнада захтева.⁵³⁹ Одлука Уставног суда којом је уважена уставна жалба има правно дејство од дана достављања учесницима у поступку. (чл. 89 Закона о Уставном суду).

Одлучујући по уставним жалбама, Уставни суд поступа као специјална инстанца по жалбама грађана по принципу *inter partes*, што представља изузетак у односу на генерално *erga omnes* правило у функционисању уставносудске контроле. Даље, између ових двеју надлежности уставног суда произилазе и следеће разлике. Док вршећи апстрактну нормативну контролу Уставни суд поступа у улози "чуvara устава", који се стара о поштовању принципа уставности и законитости, као основних елемената правне државе, дотле се одлучивање по уставним жалбама може означити као "оцена микро-уставности" (*the review of microconstititutionality*)⁵⁴⁰ Како Уставни суд у поступку уставносудске контроле

⁵³⁷ Одлука Уставног суда Србије IY бр.166/2005 од 25.12.2008

⁵³⁸ Чл. 33 Закона о изменама и допунама Закона о Уставном суду Србије

⁵³⁹ Чл. 32 Закона о изменама и допунама Закона о Уставном суду Србије (" Службени гласник РС" бр. 99/2011)

⁵⁴⁰ Citirano prema: G. Harutyunyan & A.Mavcic, *Constitutional Review and Its Development in the Modern World: a Comparative Constitutional Analysis*, Yerevan-Ljubljana, 1999, p. 157 u I.Pejić "Garancije ljudskih prava i nacionalnom poretku: ustavnosudska zaštita" u *Ustavne i međunarodne garancije ljudskih prava* (ur. Z. Radivojević), Niš, 2008, str. 261-274

касира неуставне законе односно незаконите опште акте, то му се често приписује да се тада јавља у улози "негативног законодавца", док се његово одлучивање по уставној жалби појављује као "позитивна функција".

Одлучивање Уставног суда по уставним жалбама разликује се од одлучивања у поступку уставносудске контроле и у организационо-техничком погледу. Наиме, изменама Закона о Уставном суду уведене су новине у одлучивању Уставног суда увођењем Малог и Великог већа. Имајући у виду енормно повећање броја уставних жалби, главна сврха ових измена јесте њихово олакшано процесиурање како би се "одблокирао" рад Уставног суда и створиле претпоставке за ефикаснији рад. Поједностављено је одбацивање уставне жалбе и Уставни суд сада о томе одлучује на седници Малог већа⁵⁴¹, а уведени су и нови разлози за одбацивање.⁵⁴² Мериторно одлучивање по уставним жалбама је сада у надлежности Великог већа⁵⁴³. Једино уколико се не постигне једногласност чланова Великог већа, одлука ће бити донета на седници Уставног суда. Тако је одлучивање Уставног суда на седници свих судија по уставним жалбама од правила постало изузетак. Одлучивање Уставног суда на седници свих судија је задржано када се доносе најважније одлуке из надлежности Уставног суда, пре свега, мериторне одлуке у поступку оцене уставности и законитости.

Поводом одлучивања Уставног суда о уставним жалбама поставља се питање, да ли је могуће поднети уставну жалбу због повреде, односно ускраћивања права гарантованих Европском конвенцијом. Одговор на ово питање можемо пронаћи у ставу Уставног суда да се уставном жалбом штите сва људска и мањинска права и слободе, индивидуална и колективна, зајмчена Уставом, независно од њиховог систематског места у Уставу и независно од тога да ли су изричито уграђена у Устав или су у уставноправни систем имплементирана потврђеним међународним уговорима.⁵⁴⁴ Тиме је, отворена могућност да се уставна жалба подноси и због повреде или ускраћивања права гарантованих Европском конвенцијом. Дакле, иако Европска конвенција, попут осталих међународних уговора има надзаконску правну снагу, права која су њоме гарантована изједначена су са уставом гарантованим правима. Такво решење треба разумети у светлу чињенице да каталог права садржан у Уставу Србије се скоро *in textu* поклапа са одредбама Европске конвенције, тако да неких суштинских и значајанијих разлика у погледу каталога права нема. Када је уставна жалба изјављена због повреде права

⁵⁴¹ Мало веће чине троје судија Уставног суда од којих је један председник већа. На седници Малог већа решења и закључци из чл. 47 овог Закона доносе се једногласно. (чл. 42 в Закона о изменама и допунама Закона о Уставном суду Србије)

⁵⁴² Изменама Закона о Уставном суду Србије (чл. 16), поред већ постојећих разлога за одбацивање (ненадлежност,неблаговременост, неотклањање недостатака, непостојање претпоставки за вођење поступка), уведена су и нова три разлога: ако је поднесак анониман, када се утврди да је очигледно неоснован, ако се злоупотребљава право, која су такође у функцији ефикаснијег процесуирања уставних жалби.

⁵⁴³ Велико веће чине председник Уставног суда и седам судија. Уставни суд има два Велика већа. На седници Великог већа одлуке, односно решења доносе се једногласно. (чл. 42 б Закона о изменама и допунама Закона о Уставном суду)

⁵⁴⁴ Став Уставног суда Србије у поступку испитивања и одлучивања по уставној жалби од 30.10.2008. и 02.04.2009. <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/163-100890/stavovi-suda>

из Европске конвенције, а заштиту тог права пружа и Устав Србије, оцена постојања повреде или ускраћивања овог права врши се у односу на одговарајуће одредбе Устава.⁵⁴⁵

Пракса Уставног суда показује да су подносиоци уставних жалби препознали значај Европске конвенције и да се често у својим жалбама позивају на њене одредбе, било самостално, било уз уставне одредбе. Тако нпр. у предмету Уж 26/2007, подносилац уставне жалбе указао је да су му оспореним актом повређена права из чланова 6, 13 и 14 Европске конвенције и Протокола бр. 1 и чак је предложио Уставном суду да директно примени Европску конвенцију. Поводом поднете уставне жалбе, Уставни суд није донео мериторну одлуку, јер нису биле испуњене процесне претпоставке за такво одлучивање пошто је оспорени акт донет пре проглашења Устава. У предмету Уж 24/2007 подносилац-правно лице поднело је Уставном суду благовремену и допуштену уставну жалбу због повреде права из чл.22, 32 и 58 Устава Србије, као и права на имовину из члана 1 Протокола бр.1 уз Европску конвенцију.

Одлучујући у поступку по уставној жалби, Уставни суд је у прилици да примењује Европску конвенцију и одлуке и правна схватања Европског суда за људска права. Он то може чинити на два начина: непосредном применом меродавне одредбе Конвенције и прихватањем садржаја и домаћаја појединих начела и института на начин на који их је применом Конвенције у својој пракси протумачио Европски суд. Тако, нпр. у предмету 2749/2009 Уставни суд је нагласио, да је једна од претпоставки за изјављивање уставне жалбе да се она подноси против појединачног акта којим је одлучивано о праву или обавези подносиоца уставне жалбе, јер је само такав акт подобан да повреди неко од његових/њених Уставом зајемчених права и слобода. Када се оспореним појединачним актом не одлучује о правима и обавезама подносиоца уставне жалбе, већ само да ли су испуњени процесни услови за понављање, Уставни суд Србије је оценио да оспорено решење не представља појединачни акт против кога је дозвољено изјављивање уставне жалбе. У вези са тим Уставни суд Србије је имао у виду став Европског суда за људска права у предмету X против Аустрије (Одлука о допустивости бр. 7761/77 од 08.05.1978. године) и у предмету Rudan против Хрватске (одлука бр. 45943/99 од 13.09.2001.) као и одлуку Уставног суда Србије Уж 296/08 од 26.11.2009. године.

У предмету Уж 2356/2009 одлучујући по уставној жалби због повреде права из чл. 31 ст.1 и 2 Устава (трајање притвора) Уставни суд је приликом оцене навода уставне жалбе и доношења одлуке у овом уставносудском предмету имао у виду и праксу Европског суда за људска права. Према пракси тог суда, арбитражно лишавање слободе постоји онда када надлежни орган не образложи на задовољавајући начин разлоге због којих је лишавање слободе било неопходно (пресуда Кау против Велике Британије, од 1. марта 1994. године, став 31), или ако суд даје стално идентичне и стеротипне разлоге због којих је донето решење о продужењу притвора, а да при томе не елаборира нове разлоге због којих је

⁵⁴⁵ Уж 2765/2009, Уж 2728/2009

продужење притвора неопходно (пресуда у предмету Mansur против Турске, од 8. јуна 1995. година, став 55). Такође, надлежни суд је у обавези да детаљно образложи разлоге за притвор (пресуде у предметима Kurt против Турске, 24276/94 од 25. маја 1998. године и Bayorkina против Русије, 69481/01 од 27. јула 2006. године).

5.5.5. Уставна жалба због повреде права на суђење у разумном року

Утицај Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и праксе Европског суда за људска права посебно су дошли до изражаја приликом одлучивања о повреди права на суђење у разумном року. Уставна жалба због повреде права на суђење у разумном року је модалитет уставне жалбе који је уведен Законом о Уставном суду. Непосредан повод за то била управо пресуда Европског суда за људска права у предмету В.А.М. против Србије⁵⁴⁶, којом је само потврђен и раније уочени недостатак у систему заштите људских права у Србији и неопходност да буде усклађен са захтевима из Европске конвенције. У поменутој пресуди Европски суд за људска права је закључио да у правном систему Србије грађани немају на располагању делотворни правни лек ради заштите права на суђење у разумном року, које је гарантовано чл. 13 Устава и чл. 6 ст.1 Европске конвенције. Такав став Европски суд је потврдио и у другим, касније донетим пресудама против Србије (нпр. Фелбаб против Србије, бр. 14011/07, Влаховић против Србије (42619/04)).

Немогућност остваривања суђења у разумном року је хроничан и друготрајан проблем српског правосудног система, али тај проблем је био карактеристичан и за многе друге европске државе, нпр. Аустрију, Италију, Пољску итд. Све ове државе под теретом одлука Европског суда за људска права морале су да мењају своје законодавство и праксу судова, како би одговориле постојећим европским стандардима.

У Србији, како је већ поменуто, Устав (2006) утврђује право на суђење у разумном року као елемент права на правично суђење, али недостајала су правна средства која би пружила ефикасну и делотворну заштиту онда када је ово право повређено. Излаз из поменуте ситуације је пронађен у установљењу модалитета уставне жалбе, а имајући у виду став Европског суда да уколико је правосудни систем мањкав у погледу захтева из чл. 6 став 1 Конвенције, најделотворније решење је правни лек чији је циљ убрзање поступка. Такав правни лек има неспорну предност над правним леком који пружа само компензацију, будући да истовремено спречава и закључак о сукцесивним повредама у вези са истим поступком и не поправља само штету нанету кршењем права *a posteriori*, како то чини компензаторни правни лек.⁵⁴⁷ Увођење овог модалитета уставне жалбе представља "интервенцију законодавца ради испуњења општих мера како би се

⁵⁴⁶ Представка бр. 39177/05, Пресуда Европског суда за људска права од 13. марта 2007.

⁵⁴⁷ Видети пресуду од 13. марта 2007. у предмету В.А.М. против Србије

отклониле даље повреде права гарантованих Европском конвенцијом које су последица непостојања делотворног правог средства пред домаћим властима.⁵⁴⁸

Уставна жалба због повреде права на суђење у разумном року има извесна заједничка обележја са уставном жалбом, али и извесне специфичности које произилазе из природе заштићеног права. Наиме, уставна жалба, како је поменуто, може се изјавити у року од 30 дана од дана достављања појединачног акта. Међутим, код повреде права на суђење у разумном року најчешћи разлог обраћања Уставном суду је претерана дужина поступка пред надлежним судом, који још увек траје, тако да није још увек донет појединачни акт, или такав акт још увек није правноснажан, јер је у току поступак пред другостепеним судом или такав акт поништен и поново враћен на суђење првостепеном суду. Тако, подношењем ове уставне жалбе може се оспоравати целокупан поступак, који се води пред судом, а не сам појединачни акт, самим тим правило о тридесетодневном року овде није применљиво. Стога, Уставни суд у диспозитиву одлуке којом усваја уставну жалбу утврђује да је у поступку који се води пред надлежним судом повређено право зајемчено чл. 32 ст.1 Устава Србије.

У нашем правном систему не постоје прецизни рокови у оквиру којих се може сматрати да је поступак окончан у разумном року, нити такве рокове утврђује Уставни суд. Наиме, Уставни суд је мишљења да је разумна дужина трајања судског поступка релативна категорија, која зависи од низа чинилаца и која се мора ценити у сваком појединачном случају, према његовим специфичним околностима. Основни критеријуми којима се Уставни суд руководи приликом утврђивања повреде права на суђење у разумном року јесу: сложеност чињеничних и правних питања у конкретном предмету, понашање подносиоца уставне жалбе као странке у поступку, понашање надлежних органа власти-судова који воде поступак и природа захтева, односно значај повређеног права за подносиоца. Лице које је својим понашењем допринело одуговлачењу поступка, не може притуживати на ту околност и са успехом је користити. Ове критеријуме Уставни суд примењује имајући у виду праксу Европског суда за људска права, а у образложењу својих одлука Уставни суд позива се на изнета становишта Европског суда за људска права.

Оцењујући да ли је повређено право на суђење у разумном року, Уставни суд је утврдио да је период оцене разумности дужине трајања судског поступка почео 8. новембра 2006. године, када је ступио на снагу Устав Републике Србије, којим се установљава уставна жалба као правно средство за заштиту повређених или угрожених људских права и слобода. Дакле, иако се у многим случајевима ради о поступцима који су започели дестак, па чак и више година раније у односу на поменути датум, Уставни суд може ради утврђивања оправданости дужине трајања поступка, узети у обзир и стање предмета на дан 8.11.2006. године, али тако да за оцену евентуалног постојања повреде права подносиоца уставне жалбе на суђење у разумном року релевантан је цео протекли период, од дана подношење

⁵⁴⁸ С. Лилић, " Да ли је уставна жалба ефикасан правни лек за суђење у разумном рок?", *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2, 2007, стр. 77

тужбе до садашњег тренутка, када се Уставни суд са тим суочава. Наиме, право на суђење у разумном року је било предвиђено и раније Повељом о људским и мањинским правима и грађанским слободама ("Службени лист СЦГ", број 6/2003), која је била саставни део Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора, а да је Србија као држава чланица државне заједнице имала обавезу да непосредно уреди, обезбеди и штити људска и мањинска права зајемчена Повељом.

Одлучујући о повреди права на суђење у разумном року, Уставни суд има на располагању читав низ мера, чије предузимање може наложити, када утврди повреду права. Тако, Устави суд може утврдити право подносиоца/подносиоце уставне жалбе на накнаду штете, наложити суду/судовима да предузму све потребне мере како би поступак био окончан у што краћем року или пак одредити да се одлука објави у Службеном гласнику Републике Србије. Приликом одлучивања о начину уклањања штетних последица насталих услед повреде права, Уставни суд руководи се оним што представља примерен начин отклањања штетних последица у конкретном случају. Уставни суд може проценити да је доношење одлуке у којој је утврђена повреда права на суђење у разумном року, само по себи довољно да се постигне адекватна правична сатисфакција подносиоца/подносиоце уставне жалбе, те да му/јој не припада право на накнаду неимовинске штете.

5.6. Однос Уставног суда Србије и Европског суда за људска права

Посматрајући улогу Уставног суда у постојећем уставном систему и његово ослањање на Европску конвенцију како у поступку нормативне контроле, тако и у поступку по уставној жалби, неминовно се намеће и питање односа два суда. Ово питање посебно се актуелизује услед чињенице да се Европски суд за људска права све чешће означава као уставни суд посебне врсте. Да ли то имплицира неке тензије у односу два суда, или се можда назире успостављање неке врсте партнерског односа?

Однос два суда биће приказан кроз призму основних принципа на којима се темељи систем заштите људских права, пре свега, принципа супсидијарности, принципа ограничења људских права и принципа пропорционалности. Полазна основа за разматрање односа два суда постављена је принципом супсидијарности. Како је раније наглашено, суштина принципа супсидијарности јесте да се заштита људских права мора првенствено остваривати на унутрашњем плану, у поступку пред надлежним државним органима и у унутрашњем праву. Уставна жалба, којом се остварује непосредна уставносудска заштита, овде се појављује као "тачка која повезује" Уставни суд Србије и Европски суд за људска права. Уставна жалба се у нашем правном систему појављује као последње правно средство за којим треба посегнути пре евентуалног обраћања Европском суду за људска права. То је потврђено и у пресуди Винчић против Србије (пресуда од 1.12.2009. године), када је Европски суд истакао да уставну жалбу треба, у начелу, сматрати делотворним правним средством у смислу значења чл. 35 ст.1 Конвенције. То значи да је Уставни суд Србије последњи орган који на унутрашњем плану може да исправи повреду Уставом гарантованих права и да својим поступањем предупреди

обраћање међународним институцијама заштите људских права, пре свега Европском суду за људска права. Тиме, установљавањем непосредне уставносудке заштите основних права доприноси заокруживању система заштите људских и мањинских права у уставном систему Србије. Улога Уставног суда је још наглашенија ако се има у виду да се у поступку по уставној жалби, подносилац/подносиатељка могу позвати и на повреду права из Европске конвенције, а и сам Уставни суд је у својој богатој пракси потврдио спремност да се, када је то потребно, ослони на Европску конвенцију и ставове Европског суда за људска права.

Принцип супсидијарности посматран на унутрашњем плану подразумева да се, пак, уставна жалба појављује се као ванредно правно средство које се може поднети кад су исцрпљена правна средства у управном, прекршајном и судском поступку.⁵⁴⁹ Уставна жалба, како је раније речено, може се поднети у односу на појединачне акте или радње државних органа или организација, којима су поверена јавна овлашћења, укључујући и одлуке редовних судова. Омогућавањем да предмет испитивања у поступку по уставној жалби буду и одлуке редовних судова, знатно је ојачана позиција Уставног суда као заштитника људских права у унутрашњем правном систему, али у односу на Европски суд за људска права. Уставни суд Србије сада заиста има прилику да се изјасни и да одлучује о свим евентуалним повредама права, пре него оне дођу до Суда у Стразбуру и да својим деловањем "смањи притисак" на Европски суд. Чини се да је за овакво решење искоришћено немачко искуство. Наиме, зато што је у Немачкој омогућено да предмет уставне жалбе буду и одлуке редовних судова, ова држава је у далеко мањем броју случајева "осуђена" пред Европским судом, у поређењу са нпр. Аустријом. У Аустрији, уставна жалба може изјавити само у односу на акте и радње органа управе, али не и пресуде судова, што доводи до тога да се у највећем броју случајева подносиоци представке у поступку пред Европским судом позивају на повреду права која је настала у поступку пред редовним судовима, о којима се Уставни суд није могао изјашњавати. Када уставни суд може да се изјашњава и о повредама насталих поступањем судова, он тиме преузима улогу "филтера" у односу на Европски суд, али и грађанима омогућава да на унутрашњем плану остваре своја права без интервенције Европског суда за људска права.

У поступку уставносудске заштите људских права, Уставни суд пружа једнаку заштиту и тзв. супстанцијалним правима, као и процесним правима које Устав гарантује. У поступку заштите процесних права пред Уставним судом редовни судови се појављују у улози оног ко је најпре позван да штити људска права грађана, али и оног ко може својим поступањем или непоступањем у редовном судском поступку или својим актима да повреди или угрози уставом гарантована права. Тако се поводом уставне жалбе поднете због (не)деловања редовног суда, отвара питање односа Уставног и редовног суда. Природа овог односа додатно се компликовала ако се има у виду да је одлучујући поводом

⁵⁴⁹ Када се сматра да су исцрпљена правна средства у управном, прекршајном и судском поступку Уставни суд је указао на то у својим ставовима у поступку испитивања и одлучивања по уставној жалби (Су број I8/11/09 од 2. априла 2009. године)

уставне жалбе на пресуду редовног суда, Уставни суд Србије усвајајући уставну жалбу, могао да поништити оспорену пресуду уз одређивање да надлежни суд донесе нову пресуду. У својој досадашњој пракси Уставни суд је поништио више одлука судова, укључујући и Врховни касациони суд, због повреде права на правично суђење у разумном року, повреде претпоставке невиности, повреде права на личну слободу. Да ли се Уставни суд оваквим поступањем доводи у позицију супер-апелационог суда и да ли нарушава утврђену хијерархију судова?

Одговоре на поменута питања можемо пронаћи у пракси Уставног суда. Наиме, Уставни суд поступајући по уставним жалбама на пресуде редовних судова установио је одређене принципе који одређују природу његовог односа са редовним судовима. Уставни суд, најпре, наглашава да се уставна жалба не може сматрати правним средством којим се испитује законитост одлуке редовних судова, као ни коначних управних аката. Уставни суд у поступку по уставној жалби испитује само постојање повреде и ускраћивања означеног уставног права или слободе, а не законитост оспореног појединачног акта или радње, те се стога и наводи у уставној жалби морају заснивати на уставноправним разлозима којима се потврђује или учињена повреда или ускраћивање зајемченог права или слобода (Уж 2663/2009). Уставни суд указује да у поступку по уставној жалби није надлежан да се упушта у оцену правилности утврђеног чињеничног стања, коју могу оцењивати само надлежни управни и судски органи, у поступку који претходи подношењу уставне жалбе (Уж 2371/2009). Уставни суд је више пута указао да није надлежан да у поступку по уставној жалби, као виши суд у односу на редовне судове који су одлучивали у поступку који је претходио уставносудском, још једном испитује законитост донетих одлука и решава спорне правне односе, као и да само формално позивање на повреду уставних права уставну жалбу не чини допуштеном (Уж 2765/2009 од 11.02.2010.) Уставна жалба не може се сматрати правним средством којим се испитује законитост одлука редовних судова и Уставни суд не може оцењивати правилност закључака редовних судова, уколико из разлога наведених у уставној жалби не произилази да је закључивање суда у оспореној судској одлуци било очигледно произвољно, односно да судски поступак у целини није био правичан на начин како је то утврђено чл. 32 Устава (Уж 2661/2010).

Одлучујући по уставној жалби на одлуке редовних судова, Уставни суд је могао да их поништи ако је њима било повређено уставом гарантовано право, што значи да остваривање овог права подносилац уставне жалбе може да остварује у поступку пред надлежним државним органом, нпр. судом, органом управе. Поништавајући пресуду редовног суда, Уставни суд не преузима "ствар у своје руке", већ упућује да се настала повреда може "излечити" у поступку пред надлежним судом. Полазну основу у разматрању овог односа свакако представља чињеница, да се Уставни суд појављује као специјализовани суд, који није организацијски, ни хијерархијски зависан о неком другом уставном органу, нити му може бити подређен. Круг надлежности Уставног суда извиру директно из Устава и чине Уставни суд јемцем и чуварем Устава. Писци нашег Устава су прихватили модел Уставног суда који је обликован према немачком Уставу, сматрајући га најпотпунијим обликом заштите начела уставности и законитости и

заштите људских права, а тиме и важним јемцем уставом установљеног принципа владавине права. Непотребно је рећи да сврха Уставног суда није да замени редовне судове у заштити права, нити да задире у Уставом установљену независност и самосталност судства. Уставни суд не преиспитује одлуке са аспекта чињеничног стања и законитости, већ се ограничава на уставноправну сферу. Уставни суд не врши преиспитивање одлуке на начин на који то чини непосредно виши суд у односу на суд ниже инстанце. Овде није реч о хијерархији, нити се Уставни суд може окарактерисати као супер-ревизиони суд. Уставни суд се налази поред, а не изнад редовних судова и не испитује одлуке редовних судова у пуном обиму у погледу њихове правна ваљаности. Уставни суд, по правилу, не оцењује тачност и потпуност чињеничног стања и слободног судијског уверења којом је извршена оцена чињеничног материјала у судској одлуци.⁵⁵⁰ Уставни суд се држи уставног курса-заштите људских и мањинских права. Поштовање људских права је темељно уставно начело, које прожима читаву основу уставне архитектуре на коју се надограђују остали елементи. Уколико Уставни суд не би могао да из правног система елиминише појединачне акте који нарушавају Уставом гарантована права, била би нарушена његова улога заштитника људских права. Ако већ може да укида законе које је донела Народна скупштина, као највише представничко тело и носилац уставотворне и законодавне власти у Републици Србији, утолико пре може да поништава појединачне акте. Овакво деловање Уставног суда утолико има оправдања ако се има у виду да редовни судови не препознају значај Европске конвенције. Иако Устав у чл. 142 утврђују да су судови суде на основу Устава, закона, општеприхваћених правила међународног права и потврђених међународних уговора, они не показују довољно спремности да примењују ратификоване међународне уговоре у области људских права, или то чине тек што буду "опоменути" од стране Европског суда за људска права.⁵⁵¹

Међутим, овако дефинисана природа односа Уставног суда и редовних судова значајно је модификована усвајањем измена и допуна Закона о Уставном суду Србије крајем 2011. Наиме, када Уставни суд утврди да је оспореним појединачним актом или радњом повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом, може поништити појединачни акт *осим судске одлуке* (подвукла М.Н.), забранити даље вршење радње или одредити предузимање друге мере или радње којом се отклањају штетне последице утврђене повреде или ускраћивање зајемчених права и слобода и одредити начин правичног задовољења подносиоца⁵⁵². То значи да је Уставни суд остао без једног значајног овлашћења, које је у досадашњем раду врло опрезно и изузетно користио, а односи се на поништење судских одлука. Поништење судских одлука била је мера отклањања

⁵⁵⁰ Д.М.Стојановић, О.Вучић, " Домашај уставносудског испитивања одлука редовних судова у поступку одлучивања о уставним жалбама грађана", *Правни живот бр. 14/2009*, стр. 888-890

⁵⁵¹ Поводом пресуда у случају Лепојић против Србије и Филиповић против Србије, Кривично одељење Врховног суда на седници од 25.11.2008. године заузело је правно схвате да су границе прихватљиве критике шире када је реч о јавним личностима у односу на приватна лица, за разлику од обичних грађана, који то својство немају, јавне личности су неизбежне и свесно изложене помном испитивању сваке своје речи и дела како од новинара, тако и од јавности уопште, те стога морају испољити већи степен толеранције.

⁵⁵² Чл. 33 Закона о изменама и допунама Закона о Уставном суду Србије ("Сл. гласник РС" бр.99/11)

утврђене повреде Уставом зајемченог права, уз одређивање да надлежни суд донесе нову одлуку по изјављеној жалби. Овакве измене могу водити нарушавању изграђеног инегритета Уставног суда и пољуљати његов углед у односу према редовним судовима. То потврђује и мишљење Венецијанске комисије, које је затражено поводом предложених измена Закона о Уставном суду. Наиме, Венецијанска комисија је истакла да је испитивање судских одлука у поступку пред Уставним судом итекако позитивно из перспективе људских права, али Уставни суд треба да има "моћ" да их санкционише уколико вређају основна права. Ако одлука суда не може бити поништена, то умањује снагу уставног суда и његов углед.⁵⁵³ У тренутку када је Уставни суд дефинисао природу свога односа са редовним судовима, утврдио принципе којима се руководи приликом одлучивања по уставној жалби на судске одлуке, није јасна сврха ових измена. Посебно изненађује што овлашћени предлагач у образложењу предлога за измену Закона, ниједном речју не помиње зашто су од поништења "поштеђене" судске одлуке, нити којим је разлозима то мотивисано.

Имајући у виду све измене које су садржане у Закону о Уставном суду, можемо рећи да је сасвим извесно је да ће у наредном периоду рад Уставног суда, бити унапређен на "техничком нивоу" изменама у организацији његовог рада, али да ће квалитет заштите уставом гарантованих права бити на нижем нивоу него до сада. Уставни суд ће у својој одлуци којом усваја уставну жалбу моћи да констатује да је то учињено судском одлуком, али неће моћи да тај правни акт "елиминише" из правног поретка. Могућност поновног отварања поступка пред судом није искључена након ових измена Закона о Уставном суду, али до тога више неће долазити "аутоматски" по одлуци Уставног суда, већ само по захтеву странке, односно подносиоца уставне жалбе. Наиме, сходно чл. 426 ст. 1 тачка 12 Закона о парничном поступку, поступак који је одлуком суда правноснажно окончан може се по предлогу странке поновити ако је Уставни суд, у поступку по уставној жалби, утврдио повреду или ускраћивање људског или мањинског права и слободу зајемчене Уставом у парничном поступку, а та је могло да буде од утицаја на доношење повољније одлуке. Сличне одредбе садржане су и у Законнику о кривичном поступку. Друга врста сатисфакције за лице које је успело у поступку по уставној жалби, јесте то што Уставни суд може досудити одређени износ на име накнаде материјалне, односно нематеријалне штете. Брисан је чл. 90 Закона, којим је било утврђено да подносилац уставне жалбе, чија је жалба усвојена, подносио захтев за накнаду штете Комисији за накнаду штете. Ове "надлежности" Комисије су сада прешле на Уставни суд. Како је наведено у образложењу предлога за измену Закона о Уставном суду, такво решење је у складу са праксом Европског суда за људска права, који приликом утврђивања повреде права истовремено утврђује и висину штете. Овакве одлуке Уставног суда Србије сада попримају декларативни карактер, који одликује пресуде Европског суда за људска права, што је примерено за један на наднационални суд. Уз то, додатна сличност, јесте што ће Уставни суд сада бити у прилици да одлучује о накнади штете коју је претпрело оштећено лице. Међутим, ако се дејство одлука које доноси Уставни суд редукује

⁵⁵³ Мишљење Венецијанске комисије о нацрту измена и допуна Закона о Уставном суду Србије (увојено на пленарној седници 16-17.12.2011.) CDL-AD(2011)050

на сатисфакциону компнонету то ће несумњиво бити корак назад у заштити права која се остварује пред Уставним судом. Посебно, ако се има у виду да и Европски суд за људска права значајно еволуирао у том смислу и значајно проширио обавезе држава уговорница по основу донетих пресуда.

Принцип ограничења људских права један је од основних принципа на којима се темељи систем заштите људских и мањинских права у уставном систему Србије. Овај принцип представља значајну основу на којој Уставни суд одлучује о питањима из своје надлежности. Одлучујући о могућности ограничења једног уставом гарантованог права, Уставни суд Србије полази од суштине Уставом зајемченог права, али и могућности ограничења права онако како је то Уставом утврђено. Постављајући "границе" ограничења људских права и утврђујући мерила којима се, пре свега, судови морају руководити при тумачењу ограничења људских права, уставотворац дефинише и принцип пропорционалности или сразмере. Пропорционалност, изражена у одлуци надлежног органа, треба да укаже да се водило рачуна како о жалбеном захтеву који се тиче повреде права, тако и о заштити јавног интереса поштујући принцип уставности и законитости. Од државних органа се очекује да пронађу прави баланс потребе да се заштити јавни и приватни интерес, односно да ако је очигледна превага јавног интереса да се примени најмање рестриктивно средство, које ће изазвати најмање могуће штетне последице у погледу индивидуалних права и слобода. Коначан арбитар који оцењује да ли и у којој мери је задовољен принцип пропорционалности је свакако Уставни суд Србије, као чувар устава и уставности, и као посебна правосудна институција која истовремено "контролише" и законодавца, али и рад управних и судских органа. Наиме, вршећи нормативну контролу Уставни суд Србије је у прилици да оцењује колико је успешно законодавац спровео тест пропорционалности тамо где је било потребе за тим, док одлучујући по уставним жалбама на појединачне правне акте и радње државних органа, у прилици је да оцењује како су се на том истом тесту снашли судски и управни органи.

Применом теста пропорционалности судови допуњују функцију законодавца и администрације.⁵⁵⁴ То нам потврђује и актуелна пракса Уставног суда Србије. Тако, одлучујући поводом уставне жалбе због повреде права на правично суђење, Уставни суд је констатовао да је дошло до колизије два Уставом гарантована права, права на притужбу, заједно са слободом изражавања, и права на приватност, односно част и углед. У овом случају редовни суд је у деликатној ситуацији да врши одмеравања, како би утврдио коме од ових права би, у датом случају, требало пружити заштиту. Међутим, очигледно је да кривични суд, који је водио поступак против подносиоца уставне жалбе, то одмеравање не само да није извршио, него је потпуно игнорисао околност да су окривљени у конкретном случају користили своје Уставом зајемчено право. Како поступајући суд није извршио процену и одмеравање угрожености наведених права, већ је пружио заштиту само праву носиоца јавне функције на достојанство личности и углед, по оцени Уставног суда,

⁵⁵⁴ И. Пејић, " Дејство људских права у правном поретку Републике Србије", *Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије*, књ. 3 Ур. Н. Петрушић), Ниш, 2009., стр.63

наведени суд је повредио право подносиоца на правично суђење. Уставни суд сматра, што је и у низу одлука Европског суда за људска права истакнуто, да се право на правично суђење може повредити или ускратити и погрешним тумачењем, односно погрешном применом материјалног права, као што је случај у овом предмету⁵⁵⁵. У предмету Уж 904/2998, Уставни суд наглашава, да се у конкуренцији два потенцијално супротстављена уставна права, мора остварити одговарајућа равнотежа између општег и приватног интереса, при чему слобода изражавања неминовно трпи разумна ограничења у циљу заштите права и слободе других. Када цени пропорционалности ограничења Уставни суд полази од тога да ни једно људско право зајемчено Уставом, не сме да се ограничи непотребно, неподесно или прекомерно. Ограничење је непотребно ако постоји начин да се и без тога оствари легитиман циљ. Неподесно ограничење је такво ограничење које није способно да оствари легитиман циљ.⁵⁵⁶

Чини се да је непотребно говорити о узору којим се српски уставописац руководио или којим се руководи Уставни суд Србије у креирању и развијању овог принципа. Уосталом, тешко је то прецизно утврдити. Чињеница је да је Немачки Савезни уставни суд представљао "модел" по коме су све пост-социјалистичке државе успостављале и развијале уставне судове, као кључне ослободитеље у развијању и јачању принципа правне државе. И Србија у том погледу не представља изузетак. Чињеница је и да пракса Европског суда за људска права, посебно од ратификације Европске конвенције и доношења првих одлука у односу на Србију, игра врло значајну улогу и да се Уставни суд у својој пракси руководи принципима које је установио Европски суд за људска права. Тако да је, можемо рећи, принцип пропорционалности у нашем систему конципиран као резултат деловања и једног и другог суда. Увођење и развијање принципа пропорционалности у нашем уставном праву свакако представља велики корак напред у концепту заштите људских права. Примена овог принципа омогућава Уставном суду Србије да "држи корак" са другим уставним судовима и Европским судом за људска права.

5.7. Европска конвенција и њен утицај на законодавство Републике Србије

Усвајањем Европске конвенције наша држава је преузела обавезу да своје законодавство уподоби европским стандардима, односно стандардима који су постављени Европском конвенцијом и њеним тумачењем у пракси Европског суда за људска права. У том смислу можемо говорити о двострукој улози Европске конвенције. Европска конвенција се може посматрати као директан извор права, чије одредбе налазе своју практичну примену у поступцима пред судовима и другим надлежним органима позваним за пружају заштиту основним правима. Истовремено, Европска конвенција покренула је законодавну "лавину" у нашем правном систему. Наиме, уочени су бројни недостаци у постојећем законодавном поретку, тако да је доношење бројних нових закона и иновирање постојећих истакнуто обележје рада парламента у Србији протеклих година. Појачана

⁵⁵⁵ Одлука о усвајању уставне жалбе од 21.01.2010. године (Предмет Уж 290/2007) Извор: www.ustavni.sud.rs

⁵⁵⁶ Одлука Уставног суда Србије (ИУ 216/2004)

законодавна активност је резултат укључивања у европске интеграционе процесе, који се одвијају у оквиру Европске уније, тако да се истовремено врши усклађивање и са правом Европске конвенције и са правом Европске уније. Убрзано усклађивањем нашег правног система са захтевима Европске конвенције и праксом Европског суда започело је још након политичких промена 2000. године, и у међувремену, до пријема Савезне Републике Југославије у Савет Европе дошло је до значајне законодавне активности, а та активност наставља се и данас. У том смислу постоји и одредба у Пословнику Народне скупштине која предвиђа да предлагач закона, по правилу, наводи у образложењу закона и основ у законодавству Европске уније и општеприхваћених правила међународног права. Стога, не изненађује да у многим законским предлозима као основ за доношење закона наводи се потреба усклађености са одредбама Европске конвенције.

Једна од најзначајнијих новина у нашем правном поретку која се тиче имплементације одлука Европског суда за људска права уграђена је у нови Закон о парничном поступку ("Службени гласник Републике Србије", бр.72/11). Наиме, Закон о парничном поступку у члану 426 став 1 тачка 11 утврђује да се поступак који је одлуком суда правноснажно окончан може, по предлогу странке, поновити ако странка стекне могућност да употреби одлуку Европског суда за људска права којом је утврђена повреда људског права, а то је могло да буде од утицаја на доношење повољније одлуке. На овај начин се заштита људских права пред националним судом регулише у складу са одредбама Европске конвенције и праксом Европског суда за људска права.

Слична одредба може се наћи и у Законика о кривичном поступку ("Службени гласник, РС" бр. 72/11). Наиме, у складу са одредбама чл. 485 став 1 тачка 3 Законика о кривичном поступку, захтев за заштиту законитости може се поднети ако је правноснажном одлуком или одлуком у поступку који је претходио њеном доношењу повређено или ускраћено људско право и слобода окривљеног или другог учесника у поступку које је зајемчено Уставом или Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода и додатним протоколима, а то је утврђено одлуком Уставног суда или Европског суда за људска права. Захтев за заштиту законитости може се поднети у року од три месеца од дана када је лицу достављена одлука Уставног суда или Европског суда за људска права. Лица овлашћена за подношење захтева су Републички јавни тужилац, окривљени и његов бранилац.

Законом о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетника, у вези са притвором који се односи на малолетна лица, ова материја је доведена у склад са Европском конвенцијом. Тако, предвиђено је да лишење слободе може одредити само судија за малолетнике, и то тако да се притвор може одредити из разлога који су предвиђени у члану 142 став 2 Законика о кривичном поступку и то само ако се сврха не може постићи мером привременог смештаја малолетника из члана 66.

Народна скупштина усвојила је Закон о управним споровима ("Службени гласник РС", бр. 111/2009), чиме су престале да важе одредбе истоименог закона из

1996. године. Раније важећи закон је у многим аспектима застарео и неусклађен са новим правним системом Србије, који се последњих година интензивно мења. Циљ овог закона је да обезбеди судску заштиту права и правних интереса физичких и правних лица и других странака, и законитост решавања у управним и другим Уставом и законом предвиђеним стварима. Основни разлози за доношење овог закону јесу, на првом месту, усклађивање Закона о управним споровима са Уставом Републике Србије и међународним стандардима, посебно са начелима и правилима Европске конвенције, затим уважавање Препоруке Комитета министара Савета Европе- РЕС (2004) 20, о судској контроли управних аката, ради усклађивања са Законом о уређењу судова Србије из 2008. године, посебно у погледу судске надлежности и система правних средстава у управном спору. Законом о управним споровима као основни принцип постављен је принцип правичности суђења у управном спору, у складу са чланом 6 Европске конвенције и чланом 32 Устава. Наглашено је да суд у управном спору одлучује на основу закона, и то у разумном року, на подлози чињеница утврђених на усменој јавној расправи. Судском заштитом у управном спору обухваћени су не само појединачни акти, којима се одлучује о правима и обавезама странака у управним стварима, већ и други правни акти којима се решава у појединачним случајевима, и то на оне у погледу којих није предвиђена друга судска заштита и на оне за које је посебним законом изричито предвиђено да уживају судску заштиту у управном спору. Закон о управним споровима, код понављања поступка предвиђа да се правоснажно завршен поступак може поновити "ако став из накнадно донете одлуке Европског суда за људска права у истој ствари може бити од утицаја на законитост правоснажно окончаног судског поступка "(члан 56 став 1 тачка 7). Понављање поступка у том случају може се тражити у року од 6 месеци од дана објављивања одлуке Европског суда за људска права у "Службеном гласнику Републике Србије".

У Републици Србији, Закон о забрани дискриминације усвојен је 26. марта 2009. Уставни основ за доношење овог закона налази се у члану 21 Устава Србије, који забрањује дискриминацију, а као разлози за доношење закона јесу поштовање међународних стандарда и обавеза преузетих ратификацијом међународних уговора, пре свега, оних који се односе на гаранције људских права и слобода, као и непостојање интегралног система заштите од дискриминације у правном систему Републике Србије. Забрана дискриминације предвиђена је, како је то раније поменуто, чланом 14 Европске конвенције, и ојачана је Протоколом број 12 уз Конвенцију, који је омогућио свеобухватнију заштиту лица од дискриминаторских аката и поступака. На нивоу Савета Европе постоји посебно тело које се назива Европска комисија за борбу против расизма и нетолеранције, чији је основни задатак бављење питањима везаним за постојање и забрану дискриминације. У извештају овог тела за Србију за 2007. годину (тачка 22) препоручује се доношење једног оквирног закона којим би се забранила дискриминација у областима као што су образовање, запошљавање или приступ јавним местима. Доношењем општег антидискриминационог закона Република Србије је своје законодавство ускладила са европским стандардима.

Ради обезбеђења највиших стандарда у поштовању и заштити људских права и, посебно, права детета и ради усклађивања домаћих прописа са европским

и међународним стандардима донет је и нови Породични закон ("Службени гласник РС", бр.18/2005). Породични закон Републике Србије преузима у члану 2 одредбе члана 8 Европске конвенције, којим је уређено питање поштовања породичног живота. Члан 2 Првог Протокола уз Европску конвенцију преузет је у члану 71 Породичног закона.

Насупрот савременим уставним нормама и одредбама ратификоване Европске конвенције, начин остваривања загарантоване слободе удруживања у Републици Србији је до доношења Закона о удружењима ("Службени гласник РС", 51/09) била регулисана Законом о друштвеним организацијама и удружењима грађана Републике Србије и Закона о удруживању грађана у удружења, друштвене организације и политичке организације које се оснивају на територију СФРЈ. Приликом доношења овог закона наведено је да је неопходно уредити начин остваривања слободе удруживања у складу са обавезама које су преузете приступањем у чланство Савета Европе, што је део укупних активности које треба да се реализују у процесу придруживања европским интеграцијама. Решења у овом закону треба да обезбеђују остваривање једне од најбитнијих слобода и права човека и грађанина, у складу са највишим европским стандардима и принципима садржаним у обавезујућим међународноправним актима. На овај начин требало би успоставити савремен, са европским стандардима усклађен законски оквир за оснивање и деловање удружења на територији Србије и омогућити грађанима пуну слободу удруживања.

Значајан разлог за доношење новог Закона о прекршајима јесте усклађивање прекршајне области са уставним решењима која се односе на судску власт. Усклађивање према новом Закону о прекршајима извршено је са међународним прописима и стандардима и са Европском конвенцијом, посебно због повреде права на слободу (задржавање и казна затвора изречена у прекршајном поступку) и права на правично суђење. Органи за прекршаје, по раније важећим прописима, нису имали статус судских органа, а одређивали су меру задржавања и изрицали казну затвора, што није било у складу са Европском конвенцијом, пре свега, са чланом 5 став 1 тачка Ц и ставом 4 и чланом 6. Новим Законом о прекршајима ("Службени гласник РС", 111/09) предвиђено је постојање посебних, прекршајних судова у очекивању да ће они моћи да обезбеде поштовање виталних друштвених интереса и поштовање елементарних права и слобода грађана. Статус судија за прекршаје, услови за избор, разрешење, мандат регулисани су Законом о судијама. На тај начин, требало би да се омогући да судови за прекршаје непристрасно и самостално делују у систему судске власти. Тиме би, требало да се елиминишу могући извори негативних утицаја извршне власти на судије у прекршајним судовима, што представља важан корак ка успостављању владавине права у Републици Србији.

Један од највећих недостатака домаћег законодавства, било је непостојање ефикасног правног лека против неоправдано дугог трајања поступка и повреде права на суђење у разумном року, гарантованог чланом 6, став 1 Европске конвенције. Примедбе грађана на дужину поступка су међу најчешћим представкама против Србије пред Европским судом за људска права, који је у више

случајева утврдио повреду овог права због предугог трајања поступка или због неизвршења правноснажне пресуде. Увођењем уставне жалбе због повреде права на суђење у разумном року, као специфичног правног средства треба да омогући ефикасно остваривање овог права на унутрашњем плану, без активирања Старзбуршког механизма. Истовремено, настоји се да се отклони сам узрок проблема и да се спроведу корените измене у самом правосудном систему. Тако је, крајем 2008. године, усвојен "сет правосудних закона": Закон о уређењу судова, Закон о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава, Закон о судијама, Закон о Високом савету судства, Закон о Државном већу тужилаца и Закон о јавном тужилаштву. Сви ови законим примењују се од 1. јануара 2010. године и ефекти њихове примене у наредном периоду показале како се остварује право на правично суђење односно право на суђење у разумном року.

Као део преузетих обавеза по основу чланства у Савету Европе је установљавање Заштитника грађана, који доношењем новог Устава постаје уставна институција. Након усвајања новог Устава дошло је до доношења многобројних закона који у одређеним сегментима уређују људска права, а у циљу усклађивања са европским стандардима. Неки од њих су: Закон о радиодифузији (2002), Закон о заштити права и слобода националних мањина (2002), Закон о јавном информисању (2003), Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја (2004), Закон о спречавању дискриминације особе са инвалидитетом (2006), Закон о азилу (2007). Истовремено, Србија је ратификовала преко 33 Конвенције Савета Европе, поред Европске конвенције, између осталих потписница је и Оквирне конвенције за заштиту националних мањина и Европске повеље о регионалним и мањинским језицима.

ШЕСТИ ДЕО

ЗАКЉУЧАК

1). Заштита људских права може се посматрати са два аспекта-унутрашњег и међународног. Основ унутрашњег система заштите представља устав, као темељни документ. Овај систем је старији и институционално боље изграђен. Заштита људских права на наднационалном, међународном нивоу је новијег датума и интензивно је развијана у периоду након Другог светског рата, а њен основ чине међународни уговори који закључују државе. Развој међународних извора људских права и међународних институција указује на јасну потребу да права не само буду уграђена у међународне инструменте, већ и да буду ефикасно заштићена. У том контексту јасно је да међународно право преферира ефикасну заштиту на унутрашњем плану, јер су и међународни судски органи дизајнирани тако да играју допунску улогу. То се најбоље изражава у захтеву да обраћање међународним судским институцијама може да уследи након што су искоришћена сва правна средства у националном систему. Супсидијарна природа ових органа најбоље одсликава природу идеалног односа између међународне и унутрашње заштите људских права као рефлектујуће и синергичне.

2). Национални и међународни систем заштите људских права показују сличности у погледу функције, суштине и структуре. Језгро међународних људских права и националних уставних права чине индивидуалне слободе које треба да осигурају да неће доћи до мешања државе, односно да до тога долази само ако је то неопходно. Њихова заједничка функција је да постављају границе у поступању власти према појединцима. Значајна разлика између два система заштите јесте у начину њихове примене. На националном нивоу очигледно је повећање броја националних и других судова, који треба да пруже ефикасну заштиту људских права. Међународни судови са сличним овлашћењима пре представљају изузетак него правило. Уосталом, међународно право је дуго регулисало искључиво хоризонталне односе између суверених држава. Значајна трансформација настаје оног тренутка када и појединци, а не само државе, добијају права и дужности под међународним правом. То је праћено и прерастањем дотадашње уговорне улоге система међународних људских права у уставну.

Најразвијенији међународни систем заштите људских права регионалног карактера данас функционише у оквиру организације Савета Европе и под окриљем Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Европска конвенција јесте међународни уговор, али међународни уговор *sui generis*. Та специфичност односи се на само на форму, већ и на суштину онога што представља и тиче се интерпретације права и слободе гарантованих њоме. На тој основи, а у пракси Европске комисије за људска права и Европског суда за људска права изграђен је нови систем права, који је укључио заједничке европске вредности у област људских права. Стога, Европска конвенција иако изграђена на доктрини међународног уговорног права, несумњиво задире у област која је традиционално резервисана за уставно право, представљајући својеврсну спону унутрашњег и међународног права људских права. Тиме, Европска конвенција

може да понесе епитет уставног инструмента европског јавног поретка, како је то и указао и Европски суд за људска права у својој пракси.

3) Став националног уставног система према Европској конвенцији значајним делом је био одређен тиме како је област људских права регулисана на унутрашњем плану. Уколико у националном уставну праву изостаје целовито уређен систем људских права, Европска конвенција може бити употребљена ради попуњавања тих празнина. На тај начин Европска конвенција компензује недостатке у националном систему Аустрије, Уједињеног Краљевства, као и у Француској. Насупрот томе, Немачка поседује скоро потпун и право одбрањив каталог права у свом Основном закону. Стога, Европска конвенција није у функцији попуњавања правних празнина, већ више има мотивациону улогу за развој унутрашњег права. Конвенција се свих ових година развијала као жив инструмент, а то се може рећи и за националне уставе. То за резултат има сличност у погледу метода интерпретације коју примењује Европски суд за људска права у односу на Европску конвенцију и ону коју користе национални судови у односу на уставе.

Међутим, у протеклим деценијама 20. века национални уставни судови били су искрени браниоци националног правног суверенитета и нису били спремни да примењују одредбе Европске конвенције. Традиција европско континенталног система у коме судска пракса није препозната као формални извор права и недовољно конзистентна пракса Европског суда су додатно јачале овај процес. Овакав отпор почео је да слаби осамдесетих година прошлог века, да би се последњих десетак година ситуација драстично променила у корист Европске конвенције, која полако продире у све поре националног правног система. Кључну улогу у томе имали су национални уставни судови. Оног тренутка када су постали свесни прожимајућег ефекта Конвенције и њеног свеукупног значаја за развој људских права, уз јасно отворену могућност да ослањање на Конвенцију може да ојача њихов ауторитет на унутрашњем плану, срушене су све предрасуде и отворен је пут њене несметане примене. Овај процес је у многим државама био праћен и значајним уставним променама, којима је створен повољнији миље за примену Конвенције.

4). Европска конвенција налази своју примену у поступку пред националним уставним судом приликом спровођења нормативне контроле као његове основне надлежности. Да ли ће Конвенција бити предмет или основ контроле, или и предмет и основ контроле, у највећој мери је одређеном "рангом" који јој припада у хијерархији правних аката у односној држави. Ако је Европска конвенција у рангу устава, она не може бити предмет контроле. Такав статус Конвенција ужива у Аустрији, где представља својеврсну допуну националног уставног каталога, и где је у функцији мерила за оцену уставности. Надзаконски статус Конвенцији је признат у Француској. Европска конвенција и пратећи Протоколи су овде ратификовани и објављени без претходно спроведене контроле, која је у надлежности Уставног савета. Изузетак постоји у односу на Протокол бр. 6, али Уставни савет није нашао да овај Протокол садржи клаузуле које су у супротности са уставом. Надзаконска правна снага формално-правно посматрано Европској

конвенцији је призната у правном систему Шпаније. Контрола уставности међународних уговора у Шпанији може се спроводити као превентивна и као накнадна контрола. Међутим, ову контролу треба посматрати у светлу значаја који Европска конвенција има у овом систему. То значи да је Европска конвенција првенствено коришћена као мерило, а не као предмет контроле пред Уставним судом. Законски статус Европске конвенције у Немачкој не чини је имуном на контролу уставности међународних уговора, коју Савезни уставни суд извлачи из Основног закона, али како је ова контрола конципирана као претходна контрола, онда таква могућност контроле више не постоји. Конвенција сачињава интегрални део италијанског правног система и има законски ранг, међутим, међународни уговори нису експлиците обухваћени контролом уставности коју спроводи Уставни суд Италије. Јуриспруденција свих поменутих судова показује да је Европска конвенција врло често коришћена као мерило контроле, односно да се у односу на Конвенцију спроводи контрола сагласности закона, али и неких нижих аката.

Одлучивање националног уставног суда по уставној жалби појављује се као специфична "тачка везивања" националног заштитног система и система који се успоставља на основу Европске конвенције и отвара најшире могућности за примену Европске конвенције, посебно ако се има у виду да је уставна жалба последње правно средство које треба искористити пре евентуалног обраћања Европском суду.

5). Примена Европске конвенција у поступку пред националним уставним судовима показује да се она појављује као чест ослонац у разумевању устава, односно људских права гарантованих њиме, али се прожимање ова два система заштите није одразило на слабљење ауторитета националних уставних судова у области људских права. Примена Европске конвенције у националним уставним системима, без обзира на специфичности уставних решења и разрађених система правне заштите, довела је до тога да овај међународноправни акте преваазиђе обележја обичног међународног уговора заснованог на реципроцитету, већ да добије обележје нормативног акта и уставни значај у разумевању основних људских права у унутрашњем систему.

Стожер европског система заштите људских права је Европски суд за људска права. Овај Суд је почео са радом далеке 1959. године са седиштем у Стразбуру и израстао је у највећи међународни суд који треба да коригује недостатке у заштити права настале у националним системима 46 држава, чланица Савета Европе. Протеклих година Суд је има улогу "генератора" развоја европског система заштите људских права. На подлози његовог тумачења Конвенције настао је читав један систем права, који се базира на принципу супсидијарности, пропорционалности, ограничењу права, који се појављују као општи принципи тумачења основних права.

Платформа за разумевања односа два суда постављена је Европском конвенцијом, која утврђује примарну одговорност државе и њених органа у погледу заштите права постављених Конвенцијом, док је Европски суд позван да интервенише само када је јасно да национални судови и уставни судови нису

испунили свој задатак. Основни принцип који профилише однос два суда је принцип супсидијарности. Европски систем заштите права "активира се" тек након деловања националних уставних судова. То значи да су национални (уставни) судови у прилици да реагују и отклоне штетне последице и спрече "мешање" Европског суда. То би било од двоструке користи: на унутрашњем плану, Уставни суд би још више ојачао свој ауторитет; на међународном плану, смањило би се прилив предмета у Европском суду. Уосталом, уставне гаранције људских права су изграђиване постепено и на чврстој основи који су чинили домаћи судови, а опет и једним делом по узору на стандарде који постоје у међународном праву људских права, чији је неизоставни и врло важан део Европска конвенција. Исто тако, ни Европски суд, како је већ поменуто, није био "аутистичан" у односу на националне системе заштите људских права, већ је систем права заснован на Европској конвенцији текао под утицајем националних система заштите људских права. То нас доводи до феномена позајмљивања из међународног у домаће, и из домаћег у међународно, као опште прихваћеног феномена. Тиме се систем права заснован на Европској конвенцији ослања на националне системе заштите људских права, истовремено вршећи и снажан повратан утицај. На тај начин Европска конвенција остварује двоструку мисију: делује у правцу позајмљивања међународног права и националних правних система, као и у правцу уједињавања норми међународног права, што је супротно тенденцији "фрагментације" међународног права.

6). Европска конвенција врши континуирани утицај на све сегменте правног система Републике Србије од тренутка ратификације. Иако је Конвенција постала део нашег правног система скоро пола века касније у односу на земље западне Европе и деценију касније у односу на државе у региону, како се кључне промене у систему Конвенције дешавају последњих година, у прилици смо да, без обзира на велико почетно кашњење, ухватимо корак са другим државама. У прилог томе говоре и значајне новине које се дешавају на плану људских права и њихове заштите, а које долазе са усвајањем Устава из 2006. године. Уставни каталог људских права, уз извесне изузетке, систематизован је по узору на одредбе Европске конвенције, а систем заштите права унапређен је увођењем уставне жалбе. Уставна жалба се првенствено подноси због повреде уставом гарантованог права, али није искључено ни позивање на повреду права садржаног у Европској конвенцији. Европски суд је препознао делотворност овог правног средства и тиме је потврдио улогу Уставног суда Србије, као коначног и врховног арбитра када је у питању заштита људских права на националном плану.

Европска конвенција појављује се као значајан ослонац Уставном суду Србије када одлучује о поменутиим захтевима за заштиту људских права и у образложењу његових одлука можемо наћи позивање на релевантне одредбе Европске конвенције и јуриспруденцију Европског суда. Европска конвенција налази своју примену у поступку нормативне контроле, првенствено као основ контроле. Бројни случајеви из праксе показују да је Уставни суд нашао потпору и ослонац у Европској конвенцији када је оцењивао уставност релевантних закона. С обзиром на свој надзаконски статус и однос унутрашњег и међународног права који је утврђен Уставом Србије, Конвенција може бити и предмет контроле, али таквих случајева није било у пракси уставног суда.

Европска конвенција тумачена и развијана кроз праксу Европског суда за људска права може да послужи Уставном суду да кроз низ одлука на подручју апстрактне контроле уставности и законитости користи ширу интерпретацију и унутар ње обликује праксу примене начела, нпр. пропорционалности, ограничења права, чиме се омогућује и потпуна заштита уставности и законитости, и основних права и слобода, односно принципа владавине права. У том смислу очекује се да уставни судови традиционалних демократија усмере деловање Уставног суда Србије на примену уставног начела о непосредној примени људских права зајемчених општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима, као и на разраду начела о тумачењу људских права сагласно важећим стандардима постављеним у пракси Европског суда за људска права.

БИБЛИОГРАФИЈА

МОНОГРАФИЈЕ

1. Аврамов Смиља, Крећа Миленко, МЕЂУНАРОДНО ЈАВНО ПРАВО, Београд, Првани факултет, Службени гласник, 2009
2. Alexy Robert, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS (Theorie der Grundrechte, translated by Julian Rivers) Oxford, Oxford University Press, 2010
3. Arai Takahashi Yutaka, THE MARGIN OF APPRECIATION DOCTRINE AND THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE JURISPRUDENCE OF THE ECHRE, Antwerpen-Oxford-New York, 2001
4. Barkhuysen, Michael van Emmerik, van Kempen Hein Piet (eds.): THE EXECUTION OF STRASBOURG AND GENEVA HUMAN RIGHTS DECISIONS IN THE NATIONAL LEGAL ORDER, The Hague, Kluwer Law International, 1999
5. Blackburn Robert & Jörg Polakiewicz (eds.): FUNDAMENTAL RIGHTS IN EUROPE – The ECHR and its member states, 1950-2000, Oxford, Oxford University Press, 2003
6. Brewer-Carias R. Allan: CONSTITUTIONAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS IN LATIN AMERICA, A Comparative Study of Amparo Proceedings, Cambridge Univeristy Press, 2009
7. Булајић Светислава, ЧУВАР ФРАНЦУСКОГ УСТАВА, Београд, Правни факултет, Службени гласник, 2006
8. Burdeau Georges, Hamon Francis, Troper Michel: DROIT CONSTITUTIONNEL, Paris, 1995
9. Vanberg Georg: THE POLITICS OF CONSTITUTIONAL REVIEW IN GERMANY, Cambridge University Press, 2005
10. Van Dijk Pieter, G.J.H. van Hoof, THEORY AND PRACTICE OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGTS, Kluwer Law International, 1998
11. Вучић Оливера: АУСТРИЈСКО УСТАВНО СУДСТВО:ЧУВАР ФЕДЕРАЦИЈЕ И УСТАВА (докторска дисертација), Београд, 1995

12. Вучић Оливера, Петров Владан, Симовић Дарко: УСТАВНИ СУДОВИ БИВШИХ ЈУГОСЛОВЕНСКИХ РЕПУБЛИКА-теорија, норма, пракса, Београд, Досије, 2010
13. Гомиен Дона, КРАТАК ВОДИЧ КРОЗ ЕВРОПСКУ КОНВЕНЦИЈУ, Београд: Београдски центар за људска права, 1996
14. Greer Steven: THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS, Achievements, Problems and Prospects, Cambridge University Press, 2006
15. Gearty A Conor (eds.) : *European civil liberties and the European Convention on Human Rights*, The Hague, Kluwer Law International, 1997
16. Delmas-Marty Mireille: THE EUROPEAN CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS: INTERNATIONAL PROTECTION VERSUS NATIONAL RESTRICTIONS, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, The Netherlands, 1992
17. Димитријевић Војин, Пауновић Милан, Ђерић Владимир: ЛЈУДСКА ПРАВА-уџбеник, Београд, Београдски центар за људска права, 1997
18. Димитријевић Војин, Поповић Драгољуб, Папић Татјана, Петровић Весна: МЕЂУНАРОДНО ПРАВО ЛЈУДСКИХ ПРАВА, Београд, Београдски центар за људска права, 2006
19. Drzemczewski Andrew: EUROPEAN HUMAN RIGHTS CONVENTION IN DOMESTIC LAW, A comparative study, Oxford University Press, 2004
20. Ђајић Сања: МЕЂУНАРОДНИ И НАЦИОНАЛНИ СУДОВИ: ОД СУКОБА ДО САРАДЊЕ, Нови Сад: Правни факултет, Центар за издавачку делатност, 2004
21. Ђерић Владимир: ČLANSTVO DRŽAVE U SAVETU EVROPE, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2001
22. Ђурић Владимир: USTAVNA ŽALBA, Beogradski centar za ljudski centar, Beograd, 2000.
23. Ђурић Владимир, УСТАВ И МЕЂУНАРОДНИ УГОВОРИ, Београд, Институт за упоредно право, 2007
24. Evelyn Ellis (ed). THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE LAWS OF EUROPEAN, Oxford, Portland, Oregon, 1999
25. Emilio Nicholas: THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN EUROPEAN LAW-A COMPARATIVE STUDY, London, Kluwer Law International, 1996
26. Етински Родољуб, МЕЂУНАРОДНО ЈАВНО ПРАВО, Београд, Службени гласник, 2010.

27. Ehlers Dirk, *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, Berlin, 2009,
28. ИЗАБРАНЕ ОДЛУКЕ НЕМАЧКОГ САВЕЗНОГ УСТАВНОГ СУДА, (Р.Ш. Рос, А. Поповић, Н.К. Шнајдер ур.), Београд, Фондација Конрад Аденауер, 2010.
29. Јакшић Александар: ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА, КОМЕНТАР, Београд, Службени гласник, 2006
30. Јанковић Бранимир, Радивојевић Зоран, МЕЂУНАРОДНО ЈАВНО ПРАВО, Ниш, Свен, 2009
31. Jayawickrama Nihal: THE JUDICIAL APPLICATION OF HUMAN RIGHTS LAW: National, Regional and International Jurisprudence, Cambridge University Press, 2002
32. Jean-Francoise Akndji-Kombe, POZITIVNE OBAVEZE PREMA EVROPSKOJ KONVENCIJI O LJUDSKIM PRAVIMA, Vodič za primjenu Evropske konvencije o ljudskim pravima, Sarajevo, Savjet Evrope, 2007
33. Келзен Ханс: ПРОБЛЕМ СУВЕРЕНОСТИ И ТЕОРИЈА МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА. Прилог једној чистој теорији права, Београд, Службени лист СЦГ, 2003
34. Келзен Ханс, ЧИСТА ТЕОРИЈА ПРАВА, Београд, 2007.
35. Kommers Donald P: THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY, Duke University Press, 1997
36. Кривокапић Борис, ЛЕКСИКОН МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА, Београд, Институт за упоредно право, 1998.
37. Letsas George: A THEORY OF INTERPRETATION OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS, Oxford, Oxford University Press, 2007
38. Leibholz-Rinck, Grudgesetz, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundeserfassungsgerichts, 5 th.ed. 1975
39. Лич Филип, ОБРАЋАЊЕ ЕВРОПСКОМ СУДУ ЗА ЉУДСКА ПРАВА, Београд: Београдски центар за људска права, 2007
40. Loucaides Loukis G: THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (Collected Essays) Vol. 70, Nijhoff Law Specials, 2007
41. Марковић Ратко: ПОКРЕТАЊЕ УСТАВНОГ СПОРА О УСТАВНОСТИ НОРМАТИВНИХ АКТА, Београд, Институт за упоредно право, 1973.
42. Марковић Ратко, УСТАВНО ПРАВО И ПОЛИТИЧКЕ ИНСТИТУЦИЈЕ, Београд, Службени гласник, 1995
43. Menéndez José Agustín, Eriksen Oddvar Erik (eds.): ARGUING FUNDAMENTAL RIGHTS, Springer, 2006

44. Mikaelson Lauridis, EUROPEAN PROTECTION OF HUMAN RIGHTS-The practice and procedure of the European Commission of Human Rights on the admissibility of applications from individuals and states, The Netherlands, 1980.
45. Milenković Slobodan, MEĐUNARODNI NADZOR NAD PRIMENOM PAKTOVA O PRAVIMA ČOVEKA, Beograd, Prosvetni pregled, 1984.
46. Milenković Slobodan: UNUTRAŠNJA NADLEŽNOST DRŽAVA I MEĐUNARODNA ZAŠTITA LJUDSKIH PRAVA, Beograd, Savremena administracija, 1974.
47. Муржон Жак, ЛЈУДСКА ПРАВА, Београд, Плато, 1998.
48. Основни закон (Устав) Савезне Републике Немачке, Београд, Службени лист СЦГ, 2003, Београд
49. Пајванчић Маријана, КОМЕНТАР УСТАВА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ, Београд, Фондација Конрад Аденауер, 2009
50. Пајванчић Маријана, УСТАВНА ЗАШТИТА ЛЈУДСКИХ ПРАВА, Нови Сад, Правни факултет: Центар за издавачку делатност, 2011
51. Пајванчић Маријана, УСТАВНО ПРАВО, Нови Сад, Правни факултет: Центар за издавачку делатност, 2011
52. Пауновић Милан, ЈУРИСПРУДЕНЦИЈА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЛЈУДСКА ПРАВА, Београд, Правни факултет, 1993
53. Пауновић Милан, Царић Славољуб: ЕВРОПСКИ СУД ЗА ЛЈУДСКА ПРАВА- НАДЛЕЖНОСТ И ПОСТУПАК, Београд, Службени гласник, 2007
54. Петровић Весна, МЕЂУНАРОДНИ ПОСТУПЦИ ЗА ЗАШТИТУ ЛЈУДСКИХ ПРАВА, Београд, Београдски центар за људска права, 2001
55. Piertoht Bodo, Schlink Bernard: GRUNDRECHTE STAATSRECHTE II, C.F. Müller, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg, 2009.
56. Roggemann Herwig (Hrsg.): EUROPARECHT UND EUROPÄISCHE INSTITUTIONEN, Freie Universität Berlin, 2002
57. Rogowski Ralph, Gawron Thomas (eds.): CONSTITUTIONAL COURT IN COMPARISON: The U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court, Berghann Books, 2002
58. Schade Peter: GRUNDGESETZ MIT KOMMENTIERUNG, Walhala Rechtshilfen, 2003

59. Sweet Stone Alec: GOVERNING WITH JUDGES, CONSTITUTIONAL POLITICS IN EUROPE, Oxford University Press, 2000
60. Славнић Љиљана: ОД ДРЖАВЕ КОЈА ОДУМИРЕ КА ПРАВНОЈ ДРЖАВИ: УСТАВНОСУДСКА КОНТРОЛА ЗАКОНА У ЈУГОСЛАВИЈИ И СРБИЈИ СА КОМПАРАТИВНИМ ОСВРТОМ, Београд, Службени гласник, 1994.
61. Стојановић Драган М: ОСНОВНА ПРАВА ЧОВЕКА. ЉУДСКА ПРАВА И СЛОБОДЕ У УСТАВИМА ЕВРОПСКИХ ДРЖАВА, Ниш, Институт за правна и друштвена истраживања, 1989
62. Стојановић, Драган М: УСТАВНО ПРАВО (прва књига), Ниш, Свен, 2007.
63. Стојановић Драган М: УСТАВНО ПРАВО (друга књига), Ниш, Свен, 2007.
64. Shwartz Herman: THE STRUGGLE FOR CONSTITUTIONAL JUSTICE IN POST-COMMUNIST EUROPE, The University of Chicago Press, 2000
65. Hönnige Christoph, VERFASSUNGSGERICHT, REGIERUNG UND OPPOSITION, Die Vergleichende Analyse eines Spannungsdreiecks, Wiesbaden 2007
66. Christoffersen Jonas: FAIR BALANCE: PROPORTIONALITY, SUBSIDIARITY AND PRIMARITY IN THE ECHR BALANCE, The Hague 2009
67. Conforti Benedetto, INTERNATIONAL LAW AND THE ROLE OF DOMESTIC LEGAL SYSTEM, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993
68. Conforti Benedetto, Francesco Francioni (eds.): ENFORCING INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN DOMESTIC COURTS, Kluwer Law International, The Hague, 1997
69. Currie P. David: THE CONSTITUTION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY, The University of Chicago Press, 1994
70. Chruch Joan, Chrisrian Schulze, Hennie Strydom: *Human Rights from a Comparative and International Law Perspective*, University of South Africa, 2007
71. Čok Vida: VRSTE I DEJSTVO ODLUKA USTAVNIH SUDOVA, Beograd, Institut za uporedno pravo, 1972
72. Ћирић Јован (ур.): СРПСКО ПРАВО И МЕЂУНАРОДНЕ ИНСТИТУЦИЈЕ, Београд, Институт за упоредно право, Београд, 2009
73. Wolfrum Rüdiger, Deutsch Ulrike (eds.): THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS OVERWHELMED BY APPLICATIONS: PROBLEMS AND POSSIBLE SOLUTIONS, Springer, Heidelberg, 2007

ЧЛАНЦИ

1. Alexy Robert: "Balancing, constitutional review, and representation", *I-CON*, Volume 3, Number 4, 2005, pp.572-581
2. Bamhoff Jacco: " The ECHR and its peculiar category of conflicts between individual fundamental rights", u Eva Brems (ed.), *Conflicte Between Fundamental Rights*, Antwerp/Oxford: Intersentia, 2008, (<http://ssrn.com/abstract=1031682>)
3. Barak-Erez Daphne:"The international law of human rights and constitutional law: a case study of an expanding dialogue", *I-CON*, Volume 2, Number 4, 2004, pp.611-623
4. Barnet Richard, "The Protection of Constitutional Rights in German", *Virginia Law Review*, Vol. 45, No.7, 1959, pp.1139-1164
5. Barkhuysen Tom, van Emmerik Michiel: "Legal protection Against Violations of the European Convention on Human Rights. Improving (Co-)operation of Strasbourg and Domestic Institutions", *Leiden Journal of International law*, Vol.12, Issue 04, 1999, pp. 833-845
6. Bačić Petar: "Ustav za Evropu i značaj konstitucionalizacije ljudskih prava", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 42, 2005, str. 105-119
7. Bauer Lukas:"Democratic standards in an international constituional context, The problem of uniform democratic standards in heterogeneous European surroundings", *International Constitutional Law*, University of Vienna, ICL-Working papers 02/2008. Bedjaoui Mohammed, "The Reception by National Courts of Decisions of International tribunals", *N.Y. U. Journal of International law and politics*, Vol. 45, 1995-1996, pp.45-64
8. Beljin Saša: "Bundesverfassungsgericht on the Status of the European Convention of Human Rights and ECHR Decisions in the German Legal Order. Decision of 14 October 2004.", *European Constitutional Law Review*, No.1, 2005, pp.553-568
9. Benedetto Conforti, "National courts and the international law of human rights", *Enforcing international human rights in domestic courts*, by Benedetto Conforti, Fransceso Francioni
10. Berka Walter, "The impacts of the European Convention on Human Rights on the System of Human rights protection in Austria", *Evropski sistem zaštite ljudskih prava*, Niš, 2003, str. 53-64
11. Berman George A: "French Treaties and French Courts: Two Problems in Supremacy",*The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 28, No. 3, 1979, pp. 458-490

12. Bernardt Rudolf: "Human rights and judicial review: The European Court of Human Rights" u David M. Beatty (ed.), *Human rights and judicial review, a comparative perspective*, 1994, pp. 303-304
13. Bogdandy von Armin: "Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law", *I-CON*, Volume 6, Number 3&4, 2008, pp. 397-413
14. Buergenthal Thomas: "Human rights: The European Convention and its National Application. Interaction of National Law and Modern International Agreements: Some Introductory Observations", *American Journal of Comparative Law*, Vol.18, 1970, pp.234-259
15. Buergenthal Thomas, "Interaction of National Law and Modern International Agreements: Some Introductory observations", *American Journal of Comparative Law*, Vol 18, 1970, p
16. Buerstedde Wilhelm, "La Cour constitutionnelle de la République Fédérale Allemande", *Revue internationale de droit comparé*, 1/1957, p. 69-71
17. Brotón Ramiro s Antonio, "The Spanish Constitution and International Law", *Spanish Yearbook of International Law*, Vol. IX, 2003, pp. 27-60
18. van Aken Ane, "Вагање људских права-уставно тумачење у међународном праву", *Анали Правног Факултета у Београду*, бр. 4/2009, стр.50-80
19. Van Dijk, Pieter: "Domestic Status of Human Rights Treaties and the Attitude of the Judiciary: The Dutch Case", u Manfred Nowak, Dorothea Streurer, Hannes Tretter (eds.), *Progress in the Spirit of Human Rights: Festschrift Felix Ermacora*, 1988. , pp. 631-650
20. Vespaziani Alberto: "Comparison, Translation and the Making of a Common European Constitutional Culture", *German Law Journal*, Vol. 09, No.05, 2008, pp. 548-574
21. Vitányi: Béla "Some reflections on article 25 on the constitution of the German federal republic", *24 Netherlands International Law Review* (1977), pp. 578-588
22. Villiger Mark E, "The Principle of subsidiarity in the European Convention on Human Rights", u *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law -Liber Amicorum Lucius Caflisch*, (ed. Marcelo Kohen), Leiden, 2007, pp. 623-638
23. Von Mehren Arthur: "Constitutionalism in Germany- The First Decision of the New Constitutional Court", *American Journal of Comparative Law*, No.1, 1952, pp. 70-96
24. Вучић Оливера:" Уставна жалба- о разлозима увођења овог правног средства непосредне заштите људских права и слобода ујемчених уставом", *Правна ријеч*, бр.18/2009

25. Вучић Оливера, Стојановић Драган М: "Уставно судство на пресеку права и политике", *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2009, стр. 89-109
26. Garlicki Lech: "Constitutional courts versus supreme courts", I-CON, Volume 5, No.1, 2007, pp. 44-68
27. Garlicki Lech: "Cooperation of courts-The role of supranational jurisdictions in Europe", *International Journal of Constitutional Law*, 2008, Vol. 6, Issue 3-4, pp. 509-530
28. Gardbaum Stephen, "Horizontal Effect" of Constitutional Rights", *Michigan law Review*, Vol. 102, No.3 (Dec, 2003), pp. 387-459
29. Gardbaum Stephen, "Human Rights as International Constitutional Rights", *The European Journal of International Law* 4/ 2008, pp.749-768
30. Giovanni Carlo Bruno, "Relationship between municipal and International Law", *Italian Yearbook of international law*, Vol. XII, 2002, pp. 263-283
31. Gerards Janneke, Hanneke Senden:"The structure of fundamental rights and the European Court of Human Rights", I-CON, Volume 7, No.4, pp. 619-653
32. Grata Simona: "Review of judgments and decisions delivered in 2003 by the European Court of Human Rights on subjects relevant to international law", *The Italian Yearbook of International law, Volume 13, 2003*, Martinus Nijhoff Publishers, pp.207-220
33. Goldsmith Lord Pieter, "Slobode i odgovornosti: ljudska prava u Ujedinjenom Kraljevstvu", *Izbor sudske prakse*, 11/2003
34. Golsong H: "The European Convention on Human Rights before domestic courts", *British Yearbook of International Law* , No. 38, 1962, pp.445- 456
35. Dieter Grimm: "Constitutional issues in substantive law-limits of constitutional jurisdiction, u Ingolf Pernice/Juliane Kokott/Cheryl Saunders (eds.), *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, Baden-Baden, Nomos, 2006,
36. Dieter Grimm, "Proportionality in Canadian and German constitutional jurisprudence", *University of Toronto Law Journal*, Spring 2007, Vol. 57, Issue 2, pp. 385-387
37. Dal Mone Biondi Francesca, Fillipp Fontanelli, "The Decision No.348 and 349/2007 of the Italian Constitutional Court: The Efficacy of the European Convention in the Italian Legal System", *German law Journal*, Vol. 9, No. 7, pp.898-932
38. Dani Marco," Tracking Judicial Dialogue-The Scope for Preliminary Rulings from the Italian Constitutional Court", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 16 (2009). pp.149-170

39. Dannemann Gerhard: "Constitutional complaints: The European perspective", *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 43, 1994, pp. 142- 153
40. Danelius Hans, "Conditions of Admissibility in the Jurisprudence of the European Commission of Human Rights", *Revue des droits de l' home*, (1969), p. 287-324
41. Decaux Emmanuel: "A Report on the role of French judges in the enforcement of International Human Rights", in Conforti Benedetto, Francesco Francioni (eds.): ENFORCING INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN DOMESTIC COURTS, Kluwer Law International 1997
42. de Londras Fiona, "International Human Rights Law and Constitutional Rights: In favour of Sinergy", *International Review of Constitutionalism*, Vol. 9 No.2, 2009, pp. 307-328
43. Димитријевић Војин: " Окружење у коме се остварују људска права у Србији", у З. Радивојевић, Европски систем заштите људских права-искуства и нови изазови, Ниш, 2007, стр. 105-115
44. de Gouttes Régis: "La Convention européenne des droits de l'homme et le juge français", *Revue internationale de droit comparé*, 1999, Vol. 51, No.1, pp.7-20
45. Drzemczewski Andrew: "The Sui Generis Nature of the European Convention on Human Rights", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 29, 1980, pp.54-63
46. Dupré Catherine: "The Effects of the ECHR on the Legal and Political Systems of Member States- Franc" u Blackburn Robert & Jörg Polakiewicz (eds.): FUNDAMENTAL RIGHTS IN EUROPE, Oxford University Press, 2001
47. Duthleiller de Lamothe Oliver, "Conseil Constitutionnel France", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, Issue 4, 2005, pp. 550-556
48. Ђајић Сања, "Заштита људских права и слобода у пракси Европског суда за људска права-индивидуална заштита, тумачење Конвенције и ефикасност европског система", *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр.7-8, 2001, стр. 344
49. Epstein Lee, Knight Jack: "Constitutional borrowing and nonborrowing", *I-CON*, Vol.1, No.2, 2003, pp. 196-223
- 50 Ewing K. D.: "The Human Rights Act and Parliamentary Democracy", *Modern Law Review*, Vol. 62, Issue 1, (1999), pp. 79-99
51. Ermacora Félix: "Cour constitutionnelle autrichienne", *Revue internationale de droit comparé*, 1981, Vol.33, No. 2,p. 417-430
52. Izguiredo Sans Christina: "Parliamentary Procedure in the Conclusion of International Treaties in Spain", *Spanish Yearbook of International Law*, Vol. V, 1997, pp. 1-43

53. Janneke Gerards, Hanneke Senden: "The structure of fundamental rights and the European Court of Human Rights", *ICON*, Vol. 7, No.4, pp. 619-653,
54. Jane Jensen, "The impact of the European convention for the protection of human rights on national law", *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 52, 1983, pp. 760-790
55. Jarmul Holly Dawn, "The Effect of Decisions of Regional Human Rights Tribunals on National Courts", *N. Y.U. J. Int'l L & Pol.* 367 (1996), pp. 311-334
56. Jenkins. David, "Common law declarations of unconstitutionality", *ICON*, Vol. 7, No.2, 2009, pp 183-214
57. Јовановић Миодраг, Крстић Ивана, "Људска права у 21. веку-између кризе и новог почетка", *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 4/2009, стр.3-13
58. Jürgen Papier Hans, " Execution and effects of the judgments of the European Court of Human Rights in the German judicial system " u *Dialogue beetwen judges*, Strasbourg, 2006
59. Kelsen Hans: "Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution", *The Journal of Politics*, Vol. 4, No.2 (Maz 1942), pp.183-200
60. Krich Nico: "The open Architecture of European Human Rights Law", LSE Legal Studies Working Paper No.11/2007, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1018991
61. Kohl Andreas:" The influence of the Human Rights Convention on Austrian Law", *American Journal of Comparative Law*, Vol. 18, No. 2 (1970), pp. 237-258
62. Kommers Donald: "Judicial Review: Its Influence Abroad", *Annals of the American Academy of Political and Social Science*’, Vol. 428, 1976, pp. 52-64
63. Krzeminska-Vamvaka Joanna, "Horisontal effect of the fundamental rights and freedoms-much ado about nothing? German, Polish and EU theories compared after *Viking Line*", NYU School of Law, The Jean Monnet Working Paper 11/09, p. 9 www.JeanMonnetProgram.org.
64. Kumm Mattias, "Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice", *International Journal of Constitutional Law*, Vol.2, Issue 3, July 2004, pp. 574-596
65. Lebeck Carl, "National Constitutionalism, Opennes to International Law and Pragmatic Limitrs of European Integration-European Law in German Constitutional Law in the German Constitutional Court from EEC to the PJCC", *German Law Journal*, Vol.7, No.11 (2006), pp. 907-945

66. Leuprecht Peter: "Innovations in the European System of Human Rights Protection: Is Enlargement Compatible with Reinforcement?", *8 Transnational Law and Contemporary Problems*, Vol.8, 1998, pp. 313-359
67. Luiz Lopez Guerra, "Tribunal Constitutional Spain", *International Journal of Constitutional Law*, Vol.3, Issue 4, pp. 567-569
68. Марковић Ратко, " Уставни суд у Уставу Републике Србије од 2006. године", *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2007, стр. 19-46
69. Meuwissen D.H.M: "The relationship between international and municipal law and fundamental rights", *Netherlands Law Review.*, 24 (1977), pp. 189-204
70. Mowbray Alastair, "The Creativity of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, Vol. 5, Issue 1, (2005) pp. 56-79
71. Morawa H.E. Alexander, Christoph Schreuer: "The Role of the Domestic Courts in the Enforcement of International Human Rights- a view from Austria", Conforti Benedetto, Francesco Francioni (eds.): ENFORCING INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN DOMESTIC COURTS, Kluwer Law International 1997
72. Morton F.L., "Judicial review in France: A Comparative Analyses", *American Journal of Comparative Law*, Vol. 36, pp. 89-92 (1988)
73. Ненадић Боса, "Претходна контрола уставности закона-у светлу Устава Републике Србије од 2006. године", *Правна ријеч*, 8/2008
74. Ненадић Боса: "Контрола уставности међународних уговора", *Правни информатор* бр. 11 (2009), стр. 3-13
75. Ненадић Боса, " Место Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода у правном систему Републике Србије" у Положај и улога уставног суда у примјени Европске конвенције о људским правима (зборник радова), Подгорица, 2007, стр. 23- 45
76. Николић Павле, "Нужност и легитимност уставног судства у демократским системима", *Правни живот* бр.12/1995, стр. 177-184
77. Neuman Gerald:"Human rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance", *Stanford Law Review*, Vol. 55, 2002-2003, pp.1863-1900
78. Noëlle Lenoir : "The Constitutional Council and the European Convention of Human Rights : The french Paradox", *Judicial Review in international perspective*, Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley, (Mads Andenas, Duncan Fairgrieve, eds.), Tha Hague, 2000, pp.145-176

79. O' Connell Donncha: "The Effects of the ECHR on the Legal and Political Systems of Member States- Italy" in Blackburn Robert & Jörg Polakiewicz (eds.): FUNDAMENTAL RIGHTS IN EUROPE, Oxford University Press, 2001
80. O' Boyle Michael: "On Reforming the Operation of the European Court of Human Right", *European Human Rights Law Review*, 1/2008, pp. 1-12
81. Öhlinger Theo : "Objet et portee de la protection des droits fondamentaux", *Revue internationale de droit compare*, Annee 1981, Volume 33, Numero 2, pp.543-579
82. Öhlinger Theo: "Austria and Article 6 of the European Convention on Human Rights", *EJIL* (1990), pp.286- 291
83. Oreste Pollicino: "Constitutional Court at the crossroads between constitutional parochialism and co-oprative constitutionalism", *European constitutional law Review*, 4, 2008, pp.363-382
84. Пајванчић Маријана: " Контраверзе уставног оквита заштите људских права", *Уставне и међународноправне гаранције људских права*, Правни факултет Ниш, 2008, стр. 245-261
85. Пајванчић Маријана: "Уставни принципи независног судства", *Законодавни и институционални оквир независног судства у Републици Србији*, Правни факултет Ниш и КАС, Ниш, 2009, стр. 23-37
86. Пајванчић Маријана: " Људска права у пројектима Устава Србије", *У сусрет новом уставу Србије*, Београд, ФЕС, 2004, стр. 19-24
87. Paraskeva Costas, "Human Rights Protection Begins at Home: The Pilot Judgment Procedure, Developed by the European Court of Human Rights", *Human rights Law Commentary*, Vol. 3, 2007, http://www.londonmet.ac.uk/library/k51079_3.pdf
88. Пауновић Милан: " Европска конвенција о људским правима у унутрашњем праву Државне заједнице Србије и Црне Горе", у З. Радивојевић (ур.), *Европски систем заштите људских права-искуства и нови изазови*, Ниш, 2005, стр. 115-129
89. Пејић Ирена: "Гаранције људских права у националном поретку:уставносудска заштита", у Уставне и међународноправне гаранције људских права (зборник радова), ур. З. Радивојевић, Ниш, 2008, стр. 261-274.
90. Пејић Ирена: " Уставносудска контрола и карактер уставног спора", у Приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије, књ. 3, ур. Невена Петрушић, Ниш, 2008, стр. 131-138
91. Пејић Ирена: " Уставне гаранције људских права", *Правна ријеч*, бр. 18, 2009, стр. 129-142

92. Пејић Ирена, " Уставни суд и контрола уставности међународних уговора", *Правни живот* 14/2008, стр. 741-756
93. Петров Владан, " Уз дилему о контроли уставности међународних уговора" у *Право Републике Србије и право Европске уније-стање и перспективе*, св. 1, Вол.1,(Стојановић Наташа. Голубовић Срђан, ур.), Ниш, 2009, стр. 289-316
94. Petersen Niels: "The Reception of International Law by Constitutional Courts through the Prism of Legitimacy", Max Planck Institute Collective Goods Reprints, No. 2009/39, November 2009 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1532110##
95. Polakiewicz Jörg, "The Status of the Convention in National Law", u Blackburn Robert & Jörg Polakiewicz (eds.): *FUNDAMENTAL RIGHTS IN EUROPE*, Oxford University Press, 2001
96. Pizzorusso Alessandro: "Cour constitutionnelle italienne", *Revue internationale de droit comparé*, 1981, Volume 33, No.2, pp. 395-416
97. Ramiro Brotóns Antonio, "The Spanish Constitution and International Law", *Spanish Yearbook of International Law*, Vol. IX, 2003
98. Rinken Alfred: "The Federal Constitutional Court and the German Political System", u Rogowski Ralph, Gawron Thomas (eds.): *CONSTITUTIONAL COURT IN COMPARISON: The U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, Berghann Books, 2002
99. Ress Georg: "The Effect of Decisions and Judgments of the European Court of Human Rights in the Domestic Legal Order", *Texas International Law Journal*, pp. 359-383
100. Ress Georg, "Aspekte der Entfaltung des Europäischen Menschenrechtsschutzes", in *JAHRBUCH DER JURISTISCHEN GESELLSCHAFT VON 2003*, S 12
101. Robertson A.H: "The European Convention on Human Rights: Educational Aspects", *American Journal of Comparative Law*, 18, 1970, pp. 352-366
102. Rocca Escobar Guillermo: "The Effects of the ECHR on the Legal and Political Systems of Member States-Spain" u Blackburn Robert & Jörg Polakiewicz (eds.): *FUNDAMENTAL RIGHTS IN EUROPE*, Oxford University Press, 2001
103. Rupp Hans G: "Tribunal constitutionnel fédéral allemand", *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 33, No.2, 1981, pp. 449-509
104. Rupp Hans: "*The Federal Constitutional Court and the Constitution of the Federal Republic of German*", *St. Louis U. Law Journal*, Vol. 16, 1971-1972, pp. 359-383

105. Rupp Hans G: "International Law as Part of the Law of the land: Some aspects of the operation of Article 25 of the Basic Law of the Federal Republic of Germany", *Texas International Law Journal*, Vol.11, 1976, pp. 541-548
106. Rupp Hans G: "Judicial Review of International Agreements: Federal Republic of Germany", *American Journal Comparative Law*, Vol. 25 1977, pp. 286- 302
107. Rupp Hans G: "Tribunal constitutionnel fédéral allemand", pp. 449-509 i Schlaich Klaus: "Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux, Tribunal Constitutionnel Fédéral Allemand", u *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 33, No.2, 1981, pp.335-394
108. Sadurski Wojciech: "Solange, chapter 3: Constitutional Courts in Central Europe-Democracy –European Union", *European Law Journal*, Vol. 14, No. 1, January 2008, pp. 1-35
109. Sadurski Wojciech: "Judicial Review and the Protection of constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 22, No. 2 (2002), pp 275-299
110. Stern Klaus: "From the European Convention on Human Rights to the European Charter for the protection of human rights in Europe", u Herm-Joseph Blanke, Stelio Mangiameli (Eds.): *Governing Europe under a Constitution*, Springer Berlin-Heidelberg, 2006
111. Schreuer Christoph H: "The Implementation of International Judicial Decisions by Domestic Courts", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol.24, No. 2, 1975, pp. 153-183
112. Schimmelfenning Franck, "Competition and community: constitutional courts, rhetorical action, and the institutionalization of human rights in the European Union", *Journal of European Public Policy*, Vol.13, Issue:8 (2006), pp. 1247-1264
113. Schlaich Klaus: "Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux, Tribunal Constitutionnel Fédéral Allemand", u *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 33, No.2, 1981, pp.335-394
114. Sweet Stone Alec: "The politics of constitutional review in France and Europe", *ICON*, Volume 5, No.1, 2007, pp. 69-92
115. Sadurski Wojciech: "Judicial Review and the Protection of constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 22, No. 2 (2002), pp 275-299
116. Siima Bruno, Daniel-Erasmus Khan, Markus Zöckler, Rudolf Geiger: "The role of German courts in the enforcement of international human right" u Conforti Benedetto, Francesco Francioni (eds.): *ENFORCING INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN DOMESTIC COURTS*, Kluwer Law International 1997

117. Singer Michael: "The constitutional court of the German Federal Republic-jurisdiction over individual complaints", *International and Comparative Law Quarterly*, 331, 1982. p. 333-334
118. Spielman: Dean: "Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Ocnflicts, Inconsistencies, and Complementaririties", u Philip Alston, Mara r. Bustelo, James Heenan, THE EU AND HUMAN RIGHTS, Oxford University Press, 1999
119. Стојановић Драган М: " Уставно судство и заштита права и слободе човека и грађанина", *Правни живот* 12/1995, стр. 185-199
120. Стојановић Драган М:, "Систем и заштита основних права у уставном поретку Аустрије" , *Зборник Правног факултета у Нишу*, бр. 27 (1987), стр. 215-239
121. Стојановић Драган М: " Природа уставног спора и уставносудске фунцкије", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 23 (1983.), стр. 323-330
122. Стојановић Драган, Вучић Оливера, "Домашај уставносудског испитивања одлука редовног судова у поступку одлучивања о уставним жалбама грађана", *Правни живот*, бр.14/2009, стр. 879-896
123. Schimmelfenning Frank, "Competetion and community: constitutional courts, rhetorical action, and the institutionalization of human rights in the European Union", *Journal of European Public policy*, Vol.13, Issue:8 (2006), pp. 1247-1264
124. Sweet Stone Alec: "On the Constitutionalisation of the Convnetion: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Vol. 80, 2009, pp.923-944
125. Telchini Italo, "La Cour constitutionnelle en Italie", *Revue internationale de droit comapré*, 17, 1963, p 45-46
126. Tretter Hannes, "The effects of the ECHR on the Legal and Political Systems of Member States-Austria" u Blackburn Robert & Jörg Polakiewicz (eds.): FUNDAMENTAL RIGHTS IN EUROPE, Oxford University Press, 2001
127. Faber Ronald, "*The Austrian Constitutional Court-An Overview*", *Inernational Constitutional Law*, Vol. 1, 2008, pp. 49-54, www.icl-journal.com
128. Fasciglione Marco, "Italian practice relating to International Law", *The Italian Yearbook of International Law*, Vol. XIII, 2003
129. Ferrand Frédérique: "La Convention européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation française", *Revue internationale de droit compare*, 1995, Vol. 47, No. 3, p.691-704

130. Frowein Abr Jochen , " The Incorporation of the European Convnetion on Human Rights into the Legal Order of Germany" u O međunarodnom i narodnom –eseji u čast Vojina Dimitrijevića, Beograd, Beograd, 2003
131. Foster Steven: "The protection of human rights in domestic law: learning lessons from the European Court of Human Rights", *Northern Ireland Legal Quarterly*, Vol. 53, No. 3, 2002
132. Häberle Peter, "Europäische Verfassungslehre" u Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht: Festschrift für dodo borner zum 70. Geburtstag, (Baur, Müller-Graff & Zuleeg eds.), 1992
133. Häberle Peter, "Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat", u Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates 27 (1992)
134. Harmsen Robert, "The European Convention on Human Rights after Enlargment", *The International Journal of Human Rights*, Vol. 5, No.4, 2001, pp. 18-43
135. Hartwig. Mathias : "Much Ado About Human Rights: The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rights", *German Law Journal*, Vol. 6, No. 5, 2005, pp. 869-894
136. Helfer Laurence, "Redesing 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, 2008, pp.125-159
137. Hoffmann-Riem Wolfgang: "Justice, Bundesverfassungsgericht (Constitutional Court), Germany", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3 Issue 4, pp.556-560
138. Harsmen Robert: "The European Convention on Human Rights after Enlargment", *The International Journal of Human Rights*, Vol.5, No. 4 (winter 2001) pp.18-43
139. Helfer Laurence: "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, 2008, pp.125-159
140. Hoffmiesiter Frank: "Germany: Status of European Convention on Human Rights in domestic law", *International Journal of Constitutional Law*, 2006, 4(4), 722-731
141. Faber Ronald, "The Austrian Constitutional Court- An Overview", *International Constitutional law*, Vol 1, 1/2008, pp. 49-54 www.icl-journal.com
142. Царић Славољуб: "Утицај Европске конвенције о људским правима на међународно право и право Србије", у Уставне и међународноправне гаранције људских права (З. Радивојевић, ур.), Ниш, 2008, стр. 85-104

143. Cascajo Castro: "Rights suitable for protection by constitutional appeal procedures," *The Protecting of fundamental rights by the constitutional court*, Brioni, Croatia, Council of Europe Publishing

144 .Crnić Jadranko, " Ustavni sud Republike Hrvatske", *Politička misao*, Vol. 37, br. 4, 2001, str. 126-145

145. Cunningham J. Andrew: "The European Convention on human rights customary international law and the constitution", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.43, 1994, pp-537-567

146. Cappelletti Mauro: "Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle", *Revue internationale de droit comparé*, 1981, Volume 33, No.2, pp.625-657

147. Cichowski Rachel , "Courts, Rights and Democratic Participation", *Comparative Political Studie*, Vol. 39 2006, p. 50-77

148. Cocatr-Zilgien André: "Constitution de 1958, droit international, relations extérieures et politique étrangère", *Annuaire français de droit international*, 1958, Vol.4, No.1, p. 645-659

149. Wildhaber Luzius: "The place of the European Court in the European Constitutional landscape", *Conference of European Constitutional Courts, XII th Congress*, <http://www.confcoconsteu.org/reports/Report%20ECHR-EN.pdf>

150. Wildhaber. Luzius, "The position of constitutional courts following integration into the European Union", u *The position of Constitutional Courts following inegration into the European Union*, Slovenia 2004

Slučajevi iz prakse

1). Slučaj *De Wilde, Ooms i Versyp* (tzv. Slučaj "Skitanja"), app.no. 2832/66, 2835/66, 2899/66, Presuda od 18. juna 1971, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, The Hague, 1973, , p.788

2). *Case of Iverson v. Norway* (1963) *Yearbook of the European Cenevntion on Human Rights VI* (1963), p. 278

3).*Case of Barberà, Messeguè and Jabardvo v. Spain*, appl. No. 10590/83, Judgment of 6 December 1988, <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc>

4).*Case of Van Oosterwijk v. Belgium* (1980), ECHR, Series A 40, app. No. 7654/76, Judgment of 6 November 1980

5). *Case of Airey v. Ireland*, (appl. No 6289/73), presuda od 9 oktobra 1979. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc>

- 6). Case of Lingens (appl. No. 9815/82), presuda od 8. jula 1986, <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc>
- 7). Case of Klass and others v. Germany (appl. no. 5029/71) presuda od 06.09.1978 <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc>
- 8). Case of Thlimmenos v. Greece, (appl. no. 34369/97), presuda od 6.4.2000
- 9). Case of Pretty v. the United Kingdom, presuda od 29.04.2002 Izvor: <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc>
- 10). Case of Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH v. the Netherlands. (appl. no. 15375/89), presuda od 23.2.1995. Izvor: <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc>
- 11). Slučaj Kjeldsen, Busk, Madsen i Pedersen protiv Danske (1976) Series A No. 23, 1976. Yearbook of the European Convention on Human Rights 1976, Council of Europe, The Hague, 1977., p. 502- 506
- 12). Slučaj X v. Federal Republic of Germany, (app.no. 2728/66), Yearbook of the European Convention on human rights, Vol.10, 1969, p.184;
- 13). X v. Belgium (appl. No. 1038/61), Yearbook of the European Convention on Human Rights, Vol. 4, 1961, p. 324
- 14). Case of James and others v. United Kingdom, (appl. no. 8793/79), Judgment of 21.02. 1986. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc>

БИОГРАФИЈА

Основни подаци

Маја Настић

Датум и место рођења: 28.08.1978. Лесковац

Научна област: Правне науке (јавно право)

Образовање:

Основне студије: Правни факултет Универзитета у Нишу

дипломирани правник од 15.04.2002.

просечна оцена у току студија 9,87

Последипломске студије: Правни факултет Универзитета у Нишу

Назив магистарске тезе: Заштита изборног права-уставно правни аспект

Научна област: Правне науке , ужа јавно-правна научна област (уставно право)

Година и место одбране: 2008, Правни факултет Универзитета у Нишу

Стипендије и усавршавања:

-Летња школа политичких наука (South-East European Summer Scholl in political science)-одржана у Нишу у периоду од 11.до 21. 07.2005. у организацији Универзитета у Нишу и State University New York College at Cortland (USA)

-Летња школа "Teaching Law, Human Rights and Ethics", одржана на Central European University (CEU) у Будимпешти, у организацији Public Interstet law Institute (PILI) и Columbia Law School од 06.до 11.07.2009.

- Студијски боравак у оквиру TEMPUS пројекта-POGESTEI на European University Viadrina у Франфурски на Одри у Немачкој, у периоду од 12. до 19. маја 2008.

Награде

Повеља Универзитета у Нишу као најбољем дипломираном студенту Правног факултета у Нишу у шк. 2001/2002. години

Повеља Скупштине града Ниша за најбољег студента Правног факултета у Нишу

Резултати научно-истраживачког рада:

Маја Настић: "Улога Европског суда за људска права и домаћих уставних судова у заштити људских права", *Правни живот*: тематски број, Првао и време. Београд, Удружење правника Србије, 2009, год. 58, том. 6, бр. 14, стр. 933-948

Maја Nastić: The Importance of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in Constitutional Law and the Constitutional System of the Republic of Serbia, *Facta universitatis. Series Law and Politics*, Niš, Univerzitet, 2009, Vol. 7, No. 1 (2009), str. 31-43

Маја Настић: " Усклађеност домаћег права са стандардима Европског суда за људска права", *Правни живот*: тематски број. Право и међународне интеграције-Београд, Удружење правника Србије, 2008, год. 57, том 6, бр. 14 (2008), стр. 863-878

Маја Настић: "Могућности ограничења основних права и слобода у Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода и Уставу Србије", *Приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије*: тематски зборник радова, књ. 5, (ур. Н. Петрушић), Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2010, стр. 59-86

Учешће на пројектима:

Истраживач-сарадник на следећим пројектима

1. TEMPUS JEP POGESTEI POST GRADUATE STUDIES FOR EUROPEAN INTEGRATION AT THE FACULTIES OF LAW AT THE UNIVERSITIES OF BELGRADE, NIŠ AND NOVI SAD, 2006
2. Приступ правосуђу: инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије, који је подржан од стране Министарства науке и животне средине 2006-2010
3. Заштита људских и мањинских права у европском правном простору, бр. 179046, који је подржан од стране Министарства просвете и науке, 2011-2014
4. Стварање услова за развој модерног правног и друштвено економског система Србије као демократске државе-носилац Правни факултет у Нишу

Педагошко искуство:

Асистент-приправник Правни факултет Универзитета у Нишу: 2004-2009

Асистент, Правни факултет Универзитета у Нишу: од 2009.