

СОДРЖИНА

Пресуди на Европскиот суд за човекови права

1. SMIRNOVA v. RUSSIA, 46133/99 and 48183/99 – **член 5**, член 6, член 8, член 41 4
2. CASTRAVET v. MOLDOVA, 23393/05 – **член 5**, член 29, член 35, член 41 31
3. BRAND v. THE NETHERLANDS, 49902/99 – **член 5**, член 29, член 34, член 41 48
4. SALDUZ v. TURKEY, 36391/02 – **член 6**, член 41 75
5. AL-KHAWAJA AND TAHERY v. THE UNITED KINGDOM, 26766/05 and 22228/06 – **член 6**, член 41 105
6. AIREY v. IRELAND, 6289/73 – **член 6**, член 8, член 14, член 35 187
7. DUDGEON v. THE UNITED KINGDOM, 7525/76 – **член 8**, член 14 194
8. ROTARU v. ROMANIA, 28341/95 – **член 8**, член 6, член 13, член 34, член 35, член 41 205
9. HATTON v. THE UNITED KINGDOM, 36022/97 – **член 8**, член 13, член 41 240
10. HANDYSIDE v. THE UNITED KINGDOM, 5493/72 – **член 10**, член 18, член 14, Протокол 1 293
11. THLIMMENOS v. GREECE, 34369/97 – **член 14**, член 6, член 9, член 35, член 41 329
12. LAUTSI v. ITALY, 30814/06 – **член 1 од Протокол 1**, член 9, член 41 347
13. LOIZIDOU v. TURKEY, 15318/89 – **член 1 од Протокол 1**, член 8, член 32, член 35 404

Предговор

Оваа публикација претставува збирка од дваесет референтни пресуди на Европскиот суд за човекови права (ЕСЧП) преведени на македонски јазик. Овие пресуди ги избраа стручни лица од областа на правото од Холандија и Македонија коишто соработуваа во рамките на Проектот за судска пракса во Македонија, билатерален холандско-македонски проект финансиран од програмата „Матра“ на Министерството за надворешни работи на Холандија. Проектот за судска пракса во Македонија се фокусира на зајакнувањето на владеењето на правото во Македонија преку употреба на судската пракса во македонскиот правен систем. Овој проект се спроведе во периодот 2010-2013 година од страна на холандскиот Центар за меѓународна правна соработка (ЦИЛЦ) и Академијата за судии и јавни обвинители на Република Македонија.

Една од целите на овој заеднички проект беше да се унапреди пристапот до домашната (македонската) и меѓународната судска пракса за македонските правни професионалци, како и за сето граѓанско општество. За да се постигне оваа цел, проектот се фокусира врз основањето на една интегрирана база на податоци за судската пракса со отворен пристап, како и врз преводот на избрани референтни пресуди од Европскиот суд за човековите права (ЕСЧП). Проектниот тим, во тесна соработка со македонското Министерство за правда, а особено со канцеларијата на македонскиот Владин агент, одбра дваесет пресуди од Европскиот суд во Стразбур. Со овој избор се надополнуваат пресудите што беа веќе достапни на македонски јазик, а истовремено се илустрира ефектот од разни одредби од Европската конвенција за човековите права и основните слободи, со што се истакнува и подвлекува нивното влијание.

Никој не може да ја прецени, но уште помалку и да ја подцени важноста од проучувањето на судската пракса на Европскиот суд на човековите права. Еминентни се механизмите за следење и контрола на Судот, како и ефектите од одлуките на Судот врз националното законодавство. Во последнава декада, пресудите од овој Суд беа поттик за државите членки на Советот на Европа да го приспособат своето законодавство, да ги променат своите практики за лишување од слобода и задржување, како и да воведат политички промени на бројни полиња. Почитувањето на Конвенцијата е од суштинско значење за заштитата на човековите права, владеењето на правото, демократската стабилност и европеизацијата.

Холандско-македонскиот проектен тим со гордост Ви ја претставува оваа публикација со којашто се проширува делокругот на пресуди од ЕСЧП достапни и на македонски јазик.

Паралелно со ова печатено издание, сите македонски преводи на пресудите од ЕСЧП се достапни и на интегрираната база на податоци за судска пракса со отворен пристап преку www.vsrn.mk.

Скопје, март 2013 година
Хаг, март 2013 година

судија Анета Арнаудовска,
Директор на Академијата за судии и јавни обвинители

Lino Brosius,
Центарот за меѓународна правна соработка

СОВЕТ НА ЕВРОПА
ЕВРОПСКИ СУД ЗА ЧОВЕКОВИ ПРАВА

ТРЕТ ОДДЕЛ

СЛУЧАЈ: SMIRNOVA против РУСИЈА

(Апликација бр. 46133/99 и апликација бр. 48183/99)

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

24 јули 2003 година

КОНЕЧНА

24/10/2003 година

Оваа пресуда станува конечна во согласност со околностите предвидени во член 44 § 2 од Конвенцијата. Истата може да биде предмет на редакциски измени.

Во случајот Smirnova против Русија,

Европскиот суд за човекови права (Трет оддел), заседавајќи како Судски совет, во следниов состав:

г. G. Ress, *Претседател*,
г. I. Cabral Barreto,
г. R. TÜRMEN,
г. B. ZUPANČIČ,
г-ѓа М. ЦАЦА-НИКОЛОВСКА,
г. K. TRAJA,
г. A. KOVLER, *судии*,

како и г. V. BERGER, *Секретар на Одделот*,

Расправајќи на затворени седници на 6 февруари и на 3 јули 2003 година,

Ја донесе следнава пресуда, која беше усвоена на последниот наведен датум:

ПОСТАПКА

1. Случајот беше инициран со две жалби (бр. 46133/99 и бр. 48183/99) против Руската Федерација, поднесени до Судот во согласност со член 34 од Конвенцијата за заштита на човековите права и основните слободи („Конвенцијата“), од страна на двајца руски државјани, имено, г-ѓа Yelena Pavlovna Smirnova и г-ѓа Irina Pavlovna Smirnova („жалителите“), на 9 ноември 1998 година и на 31 октомври 1998 година, соодветно.

2. Жалителите тврделе дека нивниот притвор пред судењето и за време на истрагата во врска со кривичниот случај против нив траел премногу долго. Првиот жалител, исто така, изјави жалба дека нејзиниот документ за лична идентификација бил задржан од страна на истражните органи.

3. Жалбите беа доделени на Третиот оддел на Судот (член 52 § 1 од Деловникот на Судот). Во рамките на тој Оддел, Судскиот совет кој го разгледуваше предметот (член 27 § 1 од Конвенцијата) беше составен во согласност со член 26 § 1 од Деловникот на Судот.

4. Судскиот совет донесе одлука да се спојат постапките по жалбите (член 43 § 1 од Деловникот на Судот).

5. Со одлука од 3 октомври 2002 година, Судот ги прогласи жалбите за делумно допуштени.

6. Јавната расправа се одржа во Зградата на човековите права, во Стразбур, на 6 февруари 2003 година, (член 59 § 3 од Деловникот на Судот).

Пред Судот се појавија:

(а) за Владата

г. Р. LAPTEV, Претставник на Руската Федерација
во Европскиот суд за човекови права,

Агент,

г. У. BERESTNEV,

Адвокат,

г. О. ANKUDINOV,

г-ѓа Е. KRYUCHKOVA,

г. S. RAZUMOV,

г. V. VLASIKHIN,

Советници;

(б) за жалителите

г-ѓа L. ANSTETT-GARDEA,

Адвокат,

г-ѓа А. MACE,

Советник.

Судот ги сослуша обраќањата на г-ѓа Anstett-Gardea и г. Laptev.

ФАКТИ

I. ОКОЛНОСТИ НА СЛУЧАЈОТ

7. Жалителите, г-ѓа Yelena Pavlovna Smirnova („Y.S.“) и г-ѓа Irina Pavlovna Smirnova („I.S.“) се сестри близначки. И двете се државјанки на Руската Федерација, кои се родени во 1967 година и живеат во Москва.

A. Кривична постапка

Кривични обвиненија. Прв притвор на Y.S.

8. На 5 февруари 1993 година, кривични постапки биле покренати против жалителите под сомнение за извршено кривично дело измама на една банка во Москва во врска со кредит. Обвинителството, во врска со случајот, утврди дека жалителите дејствувале здружено за да добијат кредит од банката врз основа на хипотека на стан кој, всушност, не бил во нивна сопственост.

9. На 26 август 1995 година според жалителите, односно, на 27 август 1995 година според Владата, Y.S. била лишена од слобода и задржана во притвор. Неколку дена подоцна, односно, на 31 август 1995 година, таа била обвинета за измама од голем размер, извршена заедно со други соучесници.

10. На 5 септември 1995 година, постапката против I.S. била прекината.

11. По лишувањето од слобода на Y.S., нејзиниот адвокат поднел барање за ослободување до Окружниот суд во областа Tverskoy во Москва. На 13 септември 1995 година, судот утврди дека било премногу доцна да го разгледа барањето за ослободување поради тоа што, до тој момент, прелиминарната истрага во врска со случајот веќе била завршена.

12. На 26 март 1996 година, истражните органи го доставиле случајот на Y.S. до Окружниот суд во областа Tverskoy за судење.

13. На 21 март 1997 година, Окружниот суд во областа Tverskoy утврдил дека доказите собрани против Y.S., иако биле сериозни, не ги опфатиле сите дела кои таа веројатно ги извршила. Судот, исто така, утврди дека постапката против I.S. не требало да биде прекината поради тоа што постоеле докази за нејзина вмешаност во кривичното дело. Била донесена одлука случајот против Y.S. да биде вратен назад заради натамошна истрага. Судот, по сопствен предлог, повторно отворил кривична постапка против I.S. и истата ја соединил со случајот на Y.S. Исто така, судот издал наредба Y.S. да биде задржана во притвор, додека I.S., која била на слобода во тој момент, да биде лишена од слобода, веднаш штом полицијата ја утврди нејзината локација.

14. И двајцата жалители поднеле жалби против одлуките од 21 март 1997 година, но Градскиот суд во Москва ги отфрлил жалбите на 23 јули 1997 година.

15. Поради тоа што I.S. и натаму не била достапна за истражните органи, била донесена одлука нејзиниот случај да биде одвоен од случајот на нејзината сестра и истиот да биде одложен. Времетраењето на притворот на Y.S. било продолжено.

Прво ослободување на Y.S.

16. На 9 декември 1997 година, Окружниот суд во областа Lyublinskiy во Москва издал наредба за ослободување на Y.S. од притвор поради тоа што продолжувањето на нејзиниот притвор било противзаконско, како и поради нејзината лоша здравствена состојба. Таа била условно ослободена со ветување дека нема да го напушти местото на нејзиното постојано живеалиште.

17. На 15 декември 1997 година, случајот против Y.S. бил по втор пат доставен до Окружниот суд во областа Tverskoy за судење.

Прв притвор на I.S.

18. На 30 март 1999 година, полицијата ја уапсила I.S. и ја притворила. Повторно била отворена постапката против неа.

Втор притвор на Y.S.

19. Второто рочиште во врска со случајот против Y.S. во Окружниот суд во областа Tverskoy се одржало на 31 март 1999 година. Судот истакнал дека I.S. во тој момент била лишена од слобода и дека со оглед на блиската фактичка поврзаноста меѓу делата кои им се припишувале и за кои се обвинети жалителите, постапките против нив требало да бидат соединети. Судот, исто така, истакнал дека на Y.S. не и била дадена доволна можност да ја разгледа содржината на списите во досието на случајот на обвинителството пред усната расправа. Како резултат на тоа, случајот против Y.S. бил соединет со случајот против I.S. и бил вратен назад заради натамошна истрага.

20. Истиот ден, Y.S. била лишена од слобода врз основа на тежината на обвинението.

21. Одлуката од 31 март 1999 станала правосилна на 13 мај 1999 година откако била прифатена жалбата од страна на Градскиот суд во Москва.

Прво ослободување на I.S.

22. На 29 април 1999 година, Окружниот суд во областа Lyublinskiy го одобрил барањето за ослободување од притвор врз основа на тоа што истражните органи не успеале да достават убедливи материјали со кои се оправдувал продолжувањето на нејзиниот притвор. Истражните органи поднеле приговор против оваа одлука, а на 19 мај 1999 година, Градскиот суд во Москва го прифатил приговорот. Сепак, до тој момент, I.S. веќе била ослободена од притвор.

23. На 20 мај 1999 година, Окружниот суд во областа Tverskoy донел одлука случајот против I.S. да биде вратен назад на истражните органи и истиот да се соедини со случајот против Y.S.

Втор притвор на I.S.

24. На 3 септември 1999 година, I.S. била уапсена и притворена.
Второ ослободување на двајцата жалители

25. На 2 октомври, 1999 година, Y.S. била ослободена од притвор поради тоа што истрагата била завршена, како и поради тоа што било истечено времетраењето на притворот определен од страна на јавниот обвинител.

26. Набрзо потоа, на 7 октомври 1999 година, I.S., исто така, била ослободена од притвор. Двајцата жалители потпишале ветување дека нема да го напуштат местото на нивното постојано живеалиште.

Судење. Трет притвор на Y.S. и I.S.

27. На 29 октомври 1999 година, истражните органи го доставиле досието на предметот што тие го подготвиле до Окружниот суд во областа Tverskoy. На 10 ноември 1999 година, судијата кој го прифатил случај за разгледување донел пресуда дека жалителите треба да бидат задржани во притвор во очекување на судењето со оглед на тежината на обвиненијата и „карактерот на жалителите“.

Постапката пред Уставниот суд. Трето ослободување на I.S.

28. На 14 јануари 2000 година, Уставниот суд ја разгледал жалбата поднесена претходно од страна на I.S. Судот донел пресуда дека член 256 од Законот за кривична постапка е неуставен поради тоа што им дава овластувања на кривичните судови за поведување на кривичен прогон, по сопствен предлог, на трети лица кои не се страни во оригиналната постапка, потоа, да применуваат мерки за лишување од слобода и да издаваат наредби за натамошни истраги. Судот сметал дека со поведување на кривична постапка, судовите, во суштина, преземаат функции на обвинителство, што претставувало прекршување на начелото за поделба на овластувањата.

29. Врз основа на пресудата на Уставниот суд, со непризициран датум, вршителот на должноста претседател на Градскиот суд во Москва поднел барање за супервизорски преглед на случајот на жалителите.

30. На 24 февруари 2000 година, Президиумот на Градскиот суд во Москва го одобрил барањето. Одлуките од 21 март и 23 јули 1997 година биле поништени во однос на I.S. Одлуката од 31 март 1999 година била поништена во однос на двајцата жалители. Одлуките од 13 мај, 20 мај и 10 ноември 1999 година биле, исто така, поништени. Случајот против жалителите бил доставен за натамошна истрага. I.S. била ослободена, додека нејзината сестра и натаму била лишена од слобода.

Трето ослободување на Y.S.

31. На 20 март 2000 година, обвинителот од Окружното обвинителство на областа Tverskoу повторно отворил кривична постапка против I.S. Случајот против I.S. бил соединет со случајот на Y.S.

32. На 20 април 2000 година, истрагата за случајот на жалителите била завршена. На 25 април 2000 година, случајот на обвинителството и обвинението биле доставени до Окружниот суд во областа Tverskoу. Истиот тој ден, Y.S. била ослободена поради тоа што времетраењето на притворот веќе било истечено.

Судење. Четврт притвор на Y.S. и I.S. Нивно ослободување

33. Рочиштето во врска со случајот на жалителите било закажано за 9 јуни 2000 година. Сепак, усна расправа не се одржала поради тоа што жалителите не се појавиле пред судот, иако неколку пати биле повикани за целите на обвинителниот акт.

34. Усната расправа била одложена за 22 август 2000 година, но и тогаш повторно не се одржала поради тоа што жалителите не се појавиле пред судот.

35. Поради тоа што жалителите постојано ги избегнувале судските постапки и не живееле во нивното постојано живеалиште, на 28 август 2000 година, Окружниот суд во областа Tverskoу издал наредба за нивно лишување од слобода. Постапката била одложена сè до притворање на жалителите.

36. На 12 март 2001, жалители биле уапсени и притворени. Судската постапка продолжила; на 24 септември 2001 година, судот го продолжил притворот за уште три месеци.

37. На 9 јануари 2002 година, Окружниот суд во областа Tverskoу ги прогласил жалителите за виновни и ја осудил Y.S. на казна затвор во времетраење од осум години со одземање на нејзиниот имот, додека I.S. на казна затвор во времетраење од шест години, исто така, со одземање на нејзиниот имот.

38. На 9 април 2002 година, Градскиот суд во Москва ја преиначил пресудата, ја затворил постапката и донел одлука да ги ослободи жалителите од обврската за издржување на изречената казна врз основа на застареност на случајот.

39. Жалителите биле ослободени во судницата.

Б. Постапка во врска со патната исправа на Y.S.

40. Истражните органи, при лишувањето од слобода на Y.S., на 26 август 1995 година, го задржале нејзиниот национален документ за

лична идентификација – „интерна патна исправа“. Патната исправа била доставена заедно со другите списи од досието на предметот до Окружниот суд во областа Tverskoу. Y.S. направила неколку неуспешни обиди за да го добие назад документот, поднесувајќи приговори до судовите и обвинителите од различни инстанци.

41. Секојдневниот живот на Y.S. бил отежнат поради тоа што таа не поседувала документ за лична идентификација, односно патна исправа. Во декември 1997 година и во април 1998 година, Службата за социјална сигурност на Москва и една правна фирма одбиле да ја вработат поради тоа што таа не поседувала патна исправа. Во декември 1997 година, клиниката во Москва ја известила Y.S. дека бесплатна медицинска нега може единствено да биде обезбедена за неа ако таа приложи потврда од осигурувањето и патна исправа. Во април 1998 година, поради истата причина, телефонската компанија од Москва одбила да воведо телефонска линија во домот на Y.S. На 2 јуни 1998 година, Нотарската канцеларија на град Москва ја известила Y.S. дека треба да го потврди својот идентитет, на пример, со приложување на патна исправа, доколку сака да добие нотарски услуги. На 10 декември 1998 година, на Y.S. не и било дозволено да го регистрира нејзиниот брак. На 19 март 1999 година, била запрена од страна на полициска патрола заради проверка на нејзиниот идентитет. Поради тоа што не била во можност да приложи патна исправа, таа била одведена во полициска станица и морала да плати административна парична казна.

42. На 29 април 1998 година, Канцеларијата на обвинителот во Москва побарал Окружниот суд во областа Tverskoу да ја врати назад патната исправа на Y.S.

43. На непрецизиран датум, Претседателот на Окружниот суд во областа Tverskoу ја информирал Y.S. дека патната исправа може да ѝ биде дадена на располагање само за одредени цели. Но, сепак, имало потреба документот и натаму да остане во досието на предметот поради тоа што не постоел друг начин за да можат да ја разликуваат властите Y.S. од нејзината сестра близначка, која била во бегство.

44. На 29 јуни 1998 година, Претседателот на Окружниот суд во областа Tverskoу потврдил дека патната исправа треба и натаму да остане во досието на предметот.

45. На 31 март 1999 година, полициска патрола дошла во домот на жалителите со цел да ја придружи Y.S. на судското рочиште. И двајцата жалители биле во домот. Збунети од нивниот речиси идентичен изглед, полициските службеници побарале жалителите да се идентификуваат или да приложат документи за лична идентификација. Откако наишле на одбивање, знаејќи дека, исто така, има потерница издадена од страна на полицијата за I.S., полициската патрола одлучила да ги лиши од слобода двајцата жалители и да ги одведе во полициска станица.

46. На 6 октомври 1999 година, иследникот, задолжен за случајот на Y.S., ја вратил назад патната исправа на Y.S.

II. РЕЛЕВАНТНО ДОМАШНО ЗАКОНОДАВСТВО

A. Закон за кривична постапка од 1960 година

Член 11 (1) - Лична неповредливост

„Никој не може да биде уапсен на друг начин освен врз основа на судска одлука или наредба на јавниот обвинител.“

Член 89 (1) - Примена на превентивни мерки

„Кога постојат доволно основи да се верува дека обвинетото лице може да ја избегне истрагата, прелиминарната истрага или судењето, или пак може да го попречи утврдувањето на вистината во едно кривично дело, или може да се вклучи во вршење на криминални активности, како и со цел да се осигура извршување на казната, лицето кое е задолжено за спроведување на истрагата, иследникот, обвинителот или судот, може да примени една од следниве превентивни мерки во однос на обвинетото лице: да побара ветување од обвинетото лице во писмена форма дека нема да го напушти одреденото место каде престојува, да даде лична гаранција или гаранција од јавна организација или да биде ставено во притвор.“

Член 92 - Наредба и одлука за примена на превентивна мерка

„По примената на превентивната мерка, лицето кое е задолжено за спроведување на истрагата, иследникот или обвинителот, треба да донесе образложена наредба, а судот треба да донесе разумна одлука, дефинирајќи го кривичното дело за кое лицето е осомничено дека го извршило, и причината за изборот на превентивната мерка која е применета. Засегнатото лице треба да биде известено за наредбата или одлуката, и, истовремено, треба да му биде објаснета постапката за изјавување на жалба против примената на таквата превентивна мерка.

Копија од наредбата или одлуката за примена на превентивната мерка треба веднаш да му биде предадена на лицето.“

Член 96 - Ставање во притвор

„Ставањето во притвор, како превентивна мерка, се применува во согласност со условите во член 11 на овој Закон, во врска со кривичните дела за кои со закон е пропишана казна во форма на лишување од слобода за период подолг од една година. Во исклучителни случаи, оваа превентивна мерка може да се примени и во кривичната материја за која казна, во форма на лишување од слобода за период пократок од една година, е пропишана со закон.“

Член 97 – Времетраење на притворот

„Времетраењето на притворот во текот на истрагата за извршени дела во кривични случаи не смее да трае подолго од два месеци. Овој временски рок може да биде продолжен најмногу до три месеци од страна на окружен или општински обвинител ... доколку е невозможно да се заврши истрагата и не постојат основи превентивната мерка да биде променета. Дополнително продолжување до шест месеци од денот на ставање во притвор може да се изрече само во посебни сложени случаи од страна на обвинител за предмети на ниво на Руската Федерација ...

Продолжување на времетраењето на притворот за повеќе од шест месеци може да биде дозволено во исклучителни случаи и исклучиво за лица обвинети за сторени тешки или многу тешки кривични дела. Вакво продолжување на времетраењето се изрекува од страна на заменик јавен обвинител на Руската Федерација (најмногу до една година) и од страна на јавен обвинител на Руската Федерација (до 18 месеци).“

Член 101 - Поништување или промена на превентивната мерка

„Превентивната мерка може да биде поништена кога истата повеќе нема да биде потребна, или може да биде променета за построга, односно поблага, мерка, ако околностите на случајот го бараат тоа. Поништувањето или промената на превентивната мерка се врши со образложена наредба издадена од страна на лицето кое е задолжено за спроведување на истрагата, иследникот или обвинителот, или со разумна одлука на судот, по доставување на предметот до судот.

Поништување или промена на превентивната мерка, избрана во согласност со упатствата дадени од страна на јавниот обвинител, од страна на лицето кое е задолжено за спроведување на истрагата, или од страна на иследникот, може да биде дозволено само со одобрение на јавниот обвинител.“

Член 223-1 - Одредување на датум за судско сослушување

„Ако обвинетото лице е задржано во притвор, одлука во врска со прашањето за одредување на датум за судско сослушување мора да биде донесена најдоцна во рок од 14 дена по денот на доставување на случајот во судот.“

Член 239 - Временски рокови за разгледување на случајот

„Разгледувањето на случајот пред судот мора да започне во рок од 14 дена од денот на одредување на датумот за усната расправа.“

Б. Закони во врска со националните документи за лична идентификација

Дел 1 од Деловникот за патните исправи на граѓаните на Руската Федерација, усвоен со указ на Владата на Руската Федерација бр. 828 од 8 јули 1997 година, предвидува дека патната исправа на граѓанинот

претставува основен документ за докажување на личниот идентитет на граѓанинот на територијата на Русија.

Во согласност со дел 5, патната исправа содржи информации за место на живеење на граѓанинот, обврска за служење на воен рок, брачна состојба, малолетни деца, како и прашања за други лични документи.

Дел 21 предвидува дека патната исправа на осудените лица и на лицата задржани во притвор треба да биде задржана од страна на истражните органи или судот и истата треба да биде приложена во досието на предметот. По ослободување на граѓанинот од затвор, патната исправа треба да му биде вратена назад.

Член 178 од Законот за административни прекршоци од 1984 година предвидува дека престојувањето без важечка патна исправа или потврда за станбена регистрација се казнува со формално предупредување или со парична казна.

Указот на Владата на Руската Федерација број 713 од 17 јули 1995 година, во однос на правилата за станбена регистрација, предвидува парична казна во висина најмногу до пет пати од минималната плата доколку лицето не може да прикаже потврда за станбена регистрација, и најмногу до педесет пати од минималната плата во случај на повторено кривично дело.

ВО ОДНОС НА ПРАВОТО

I. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕН 5 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

47. Член 5 од Конвенцијата предвидува, доколку е релевантно:

„1. Секој има право на слобода и безбедност на личноста. Никој не смее да биде лишен од слобода, освен во следниве случаи и во согласност со постапката пропишана со закон:

...

(в) законско лишување од слобода или притвор на лице, со цел негово доведување пред надлежните судски органи, кога постои разумно сомневање дека тоа лице извршило кривично дело или кога се смета дека е неопходно за да се спречи тоа лице да изврши кривично дело или да избега по стореното кривично дело;

...

3. Секој кој е лишен од слобода или е притворен во согласност со одредбите од став 1 (в) од овој член треба да има ... право на судење во разумен рок или да биде пуштен во очекување на судскиот процес. Пуштањето на слобода може да биде условено со давање на гаранција дека лицето ќе се појави на судењето.“

А. Аргументи на страните

1. На жалителите

48. Жалителите изјавија дека не постоеле цврсти причини кои го оправдуваат нивното повеќекратно задржување во притвор.

49. Прво, не постоела опасност дека жалителите можат да избегаат. Жалителите имале само едно место на постојано живеалиште, а нивниот единствен приход бил од работата која тие ја вршеле во Москва. Поради тоа што жалителите биле во постојана писмена комуникација со руските власти и со меѓународните организации, било потребно тие да останат во домот поголемиот дел од времето. Жалителите биле граѓани кои го почитуваат законот поради тоа што работеле како адвокати и го ценеле нивниот углед. Душевната состојба на жалителите била нарушена од долгогодишниот кривичен прогон, апсења и сослушувања. Покрај тоа, Y.S. страдала од сериозна болест – Henoch-Schönlein (слаби капилари). Жалителите сакале што е можно поскоро да им се суди за случајот. Тие никогаш претходно не избегале од правдата, а сите нивни апсења се случиле или во местото на нивното постојано живеалиште, или во судот, кога се појавиле на сослушување.

50. Второ, не постоела опасност жалителите да го попречат текот на правдата. Жалителите не ги уништиле документите ниту другите докази, ниту пак вршеле притисок врз жртвите на наводното кривично дело.

51. Трето, притвор не бил потребен за да се спречи вршење на други кривични дела. Карактерот на жалителите и непостоењето на претходно криминално досие за нив, на ниту еден начин, не упатуваат на тоа дека тие би можеле да бидат вклучени во вршење на криминални активности.

52. И на крајот, не постоела основа за сомнеж дека пуштањето на слобода на жалителите може да доведе до нарушување на јавниот ред.

53. Понатаму, притворот бил, всушност, одмазда на државата заради жалбите на жалителите упатени до меѓународните организации, вклучувајќи го и Судот, бидејќи се совпаднал со значајни процесни настани. Ставајќи ги жалителите во притвор, државата имала за цел, индиректно, да ги казни, поради тоа што условите на притворот биле несоодветни и поради тоа што Y.S. поминала во затвор значително подолг временски период од законски дозволеният период од 18 месеци.

2. На Владата

54. Владата истакна дека жалбата делумно не спаѓа во рамките на надлежноста на Судот *ratione temporis* доколку се однесува на притворот пред 5 мај 1998 година - датумот кога Конвенцијата стапи на сила во однос на Русија.

55. Владата, понатаму, изјави дека властите морале да ги задржат во притвор жалителите поради тоа што тие бегале од правдата и ги прекршиле условите на гаранцијата поради тоа што не ги известиле истражните органи за нивните движења. Тие не се појавиле на судењето, иако знаеле дека наскоро следи судење за нивниот случај. Ставањето на жалителите во притвор било во согласност со домашното законодавство. Притворот бил, главно, оправдан од опасноста дека жалителите можат да избегаат, на пример, во странство. Систематското попречување на истрагата од страна на жалителите било причина за долготраењето на притворот. Покрај тоа, во својата одлука од 9 април 2002 година, Градскиот суд во Москва, ги ослободил жалителите од обврската за издржување на казната затвор, така што оваа одлука претставува, сама по себе, правичен надомест за времето кое тие го поминале во притвор.

Б. Оценка на Судот

1. Општи начела

56. Член 5 § 1 (в) од Конвенцијата мора да се толкува во врска со член 5 § 3, кои, разгледани заедно, претставуваат целина (види го случајот *Ciulla против Италија*, пресуда од 22 февруари 1989 година, Серија А, бр. 148, § 38).

57. При разгледување на времетраењето на притворот по датумот на влегување на Конвенцијата во сила, Судот ја зема предвид фазата во која се наоѓа постапката. За таа цел, Судот може, исто така, да го земе предвид претходниот притвор (види го случајот *Ventura против Италија*, бр. 7438/76, Одлука на Комисијата од 9 март 1978 година, Одлуки и извештаи (DR) 12, стр. 38).

58. Лицето обвинето за сторено кривично дело секогаш мора да биде ослободено во очекување на неговото судење, освен ако државата може да докаже дека постојат „релевантни и доволни“ причини за да се оправда неговиот континуиран притвор (види го, како класичен пример, случајот *Wemhoff против Германија*, пресуда од 27 јуни 1968 година, Серија А, бр. 7, стр. 24-25, § 12; или случајот *Yagci u Sargin против Турција*, пресуда од 8 јуни 1995 година, Серија А, бр. 319-А, § 52).

59. Судската пракса на Судот, во врска со Конвенцијата, разликува четири основни прифатливи причини за одбивање на гаранцијата: опасноста дека обвинетото лице нема да се појави на судењето (види го случајот *Stögmüller против Австрија*, пресуда од 10 ноември 1969 година, Серија А, бр. 9, § 15); опасноста дека обвинетото лице, доколку биде ослободено, може да преземе дејствие со кое може да влијае врз спроведувањето на правдата (види го случајот *Wemhoff*, цитиран погоре, § 14); или опасноста обвинетото лице да изврши други кривични дела (види го случајот *Matznetter против Австрија*, пресуда од 10 ноември 1969 година, Серија А, бр. 10, § 9); или опасноста обвинетото лице да предизвика јавен неред (види го случајот *Letellier против Франција*, пресуда од 26 јуни 1991 година, Серија А, бр. 207, § 51).

60. Опасноста од бегство не може да се оцени исклучиво врз основа на строгоста на можната казна; опасноста мора да биде оценета врз основа на голем број други релевантни фактори кои можат или да го потврдат постоењето на опасноста од бегство или да направат да изгледа толку мала таа опасност што не може да го оправда притворот пред судењето. Во овој контекст, мора да се земат предвид, пред сè, карактерот на лицето кое е вклучено, неговиот морал, неговиот имот, неговата поврзаност со државата која го гони и неговите меѓународни контакти (види го случајот *W. против Швајцарија*, пресуда од 26 јануари 1993 година, Серија А, бр. 254-А, § 33 со дополнителните упатувања).

61. Прашањето дали времетраењето на притворот е разумно не може да се оцени на апстрактен начин. Дали е разумно обвинетото лице да биде задржано во притвор мора да се оцени за секој поединечен случај, врз основа на посебните карактеристики на случајот. Продолжениот притвор може да биде оправдан во еден конкретен случај само ако постојат посебни индикации за вистинско барање од јавен интерес кои, и покрај пресумпцијата на невиност, го надминуваат правилото за почитување на индивидуалната слобода (види го случајот *W. против Швајцарија*, цитиран погоре, § 30).

62. Најпрво, обврска на националните судски органи е да осигураат дека, во еден конкретен случај, притворот на обвинетото лице пред судењето не го надминува разумниот временски рок. За таа цел, националните судски органи мора да ги разгледаат сите факти со кои се потврдува или негира постоењето на вистинско барање од јавен интерес со кое се оправдува, почитувајќи го доследно начелото на презумпцијата на невиност, оддалечувањето од правилото за почитување на индивидуалната слобода, и да ги изнесат тие факти во нивните одлуки во врска со барањата за ослободување. Во суштина, токму врз основа на причините наведени во овие одлуки и на вистинските факти споменати од страна на жалителите во нивните

жалби, Судот е повикан да донесе одлука дали постои повреда на член 5 § 3 од Конвенцијата или не постои повреда (види го случајот *Letellier*, цитиран погоре, § 35).

63. Аргументи за и против ослободувањето не смеат да бидат „општи и апстрактни“ (види го случајот *Clooth против Белгија*, пресуда од 12 декември 1991 година, Серија А, бр. 225, § 44).

64. Во случај кога осомниченото лице е во притвор, тоа лице има право неговиот случај да добие приоритет и случајот да биде спроведен со посебно внимание (види со случајот *Matznetter*, цитиран погоре, § 12).

2. Размислување во врска со конкретниот случај

65. Судот истакна дека, со ослободување од должноста за издржување на казната затвор, на жалителите не им се одзема статусот на жртви на наводните повреди на Конвенцијата поради тоа што ниту една од повредите не била признаена од страна на Владата (види го случајот *Dalban против Романија*, пресуда од 28 септември 1999 година, *Извештаи за пресуди и одлуки* 1999-VI, § 44).

66. Судот сега треба да го утврди времетраењето на притворот на жалителите кое може да биде земено во предвид.

Y.S. била лишена од слобода четири пати: од 26 август 1995 година до 9 декември 1997 година; од 31 март до 2 октомври 1999 година; од 10 ноември 1999 година до 25 април 2000 година; и од 12 март 2001 година до 9 април 2002 година. Свкупно, времетраењето на нејзиниот притвор изнесува 4 години, 3 месеци и 29 дена. Поради тоа што Конвенцијата стапи во сила во однос на Русија на 5 мај 1998 година, од свкупното времетраење на нејзиниот притвор, само 2 години и 15 дена спаѓаат во рамките на надлежноста на Судот *ratione temporis*.

I.S. била лишена од слобода, исто така, четири пати: од 30 март до 29 април 1999 година; од 3 септември до 7 октомври 1999 година; од 10 ноември 1999 година до 24 февруари 2000 година и од 12 март 2001 година до 9 април 2002 година. Свкупно, времетраењето на нејзиниот притвор изнесува 1 година, 6 месеци и 16 дена.

67. Во повеќето случаи во врска со член 5 § 3, Судот се соочи со ситуации во кои властите одбивале подолго и непрекинато време да го ослободат осомниченото лице од притвор. Овој конкретен случај се разликува од другите по тоа што Судот мора да утврди не само дали свкупното време поминато во притвор од страна на жалителите е разумно, туку, исто така, дали повторувањето на притворот во неколку наврати е во согласност со член 5 § 3.

68. Времетраењето на притворот на жалителите не е кратко во апсолутна смисла. Сепак, Судот не може да ја исклучи можноста дека времетраењето може да биде оправдано во конкретните околности.

69. Имено, за да се донесе таков заклучок, Судот прво треба да ги оцени причините дадени од страна на домашните судови со кои се оправдува притворот. А токму овие причини, се чини, дека се недоволни.

70. Всушност, одлуките што Судот ги има на располагање се значително неконцизни и не ги опишуваат во детали карактеристиките на состојбата на жалителите. Окружниот суд во областа Tverskoj, во одлуката од 31 март 1999 година, само се осврнал на сериозноста на обвинението против Y.S. за да го оправда нејзиниот притвор. Одлуката од 10 ноември 1999 година се осврнува на „карактерот“ на жалителите без објаснување за тоа каков е всушност нивниот карактер и зошто е неопходен нивниот притвор. Исто така, на 28 август 2000 година, Окружниот суд во областа Tverskoj издал наредба за притвор на жалителите поради тоа што тие постојано не се појавувале на судењето без да дадат конкретни детали или да ја разгледаат примената на други алтернативни мерки за обезбедување на нивното присуство пред судот.

71. Со други зборови, повторувањето на притворот на жалителите во неколку наврати во текот на една кривична истрага, врз основа на недоволно образложени одлуки, претставува повреда на член 5 § 1 и § 3.

II. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕН 6 § 1 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

72. Жалителите тврдат дека кривичните постапки против нив траеле неразумно долг временски период, што претставува повреда на член 6 § 1 од Конвенцијата, кој го предвидува следното, доколку е релевантно:

„При определувањето на ... било какво кривично обвинение против него, секој има право на ... судење во разумен рок од ... трибунал ...“

A. Аргументи на страните

1. На жалителите

73. Жалителите изјавија, најпрво, дека фактите и правните аспекти на нивниот случај не биле сложени. Бројот на обвинети лица и на сведоци бил мал, а нивното испрашување не би требало да одземе многу време.

74. Второ, жалителите направиле обиди да ја забрзаат постапката колку што е можно повеќе. Тие доставиле повеќе од 100 приговори во кои барале брзо разгледување и пресуда за нивниот случај. Жалителите

немале никаков интерес постапката да трае долго, поради тоа што таквото одолговлекување на постапката можело само да го продолжи нивниот притвор, како и поради тоа што тие не се сметале себеси за виновни. Нивното однесување било во согласност со барањата утврдени во судската пракса на Судот во врска со Конвенцијата, во поглед на потребата „да покажат посветеност во извршувањето на процесните мерки во врска со [нив], да се воздржат од користење на тактиката на одложување и да ги искористат [за себе] можностите кои се предвидени во рамките на домашното законодавство за скратување на постапката“ (види го случајот *Unión Alimentaria Sanders SA против Шпанија*, пресуда од 7 јули 1989 година, Серија А, бр. 157, § 35).

75. Спротивно на горенаведеното, државните власти, неоправдано, ја одолговлекувале истрагата. Нивниот случај, всушност, останал непроменет девет години.

Истражните власти постапувале незаинтересирано. Откако случајот им бил доделен за натамошна истрага, тие неколку години воопшто не постапувале по истиот. Властите ја одложувале постапката, давајќи различни формални изговори, како на пример, соединување и прекинување на случаите на двајцата жалители, предавање на случајот за натамошна истрага итн.

Иследниците, во многу наврати, им се заканувале на жалителите со петгодишен притвор пред судењето, доколку не престанат да доставуваат приговори.

Било договорено првата усна расправа за случајот да се одржи по шест месеци откако предметот бил доставен до судот. На првата усна расправа, судијата не започнал со разгледување на основаноста на случајот, туку ја одложил расправата за уште три и пол месеци. И следните усни расправи биле одложени, без цврста причина за тоа.

Времетраењето на постапката, исто така, било спротивно на домашното законодавство.

76. Многу работи биле доведени во прашање во однос на жалителите. Имено, во текот на постапката, тие поминале значително време во притвор. Постоела опасност тие да го изгубат својот имот, во случај на неповолна пресуда за нив. Жалителите не можеле да најдат добра работа заради повторувањето на нивниот притвор и заради тоа што никој не сакал да вработи лица за кои се знае дека се води судски процес. Тие морале да ги прекинат нивните студии на универзитетите во Калгари и Москва, а, исто така, сето ова имало последици по нивните професионални кариери. Кривичниот прогон против нив и нивното лишување од слобода влијаеле на нивната приватност, здравје и углед.

2. На Владата

77. Владата изјави дека постапката морала да биде прекината додека жалителите биле во бегство. Судот морал да потроши време за да донесе одлука за лишување на жалителите од слобода наместо, да ја разгледа основаноста на обвинението. Накусо, Y.S. била 2 години, 2 месеци и 6 дена на листата на барани бегалци, додека нејзината сестра - 2 години, 9 месеци и 15 дена.

78. Кога случајот бил доставен за судење до Окружниот суд во областа Tverskoy, во март 2001 година, судот не можел да постапува по истиот поради тоа што Y.S. во низа наврати побарала дополнително време за проучување на досието на предметот. Адвокатот на Y.S. не се појавил на усните расправи. Y.S. го затрупала судот со нејзините бројни приговори и предлози, кои најчесто биле неосновани. Судот, како и да е, морал да потроши време за да одговори на истите.

79. Владата донела заклучок дека времетраењето на постапката, во основа, се должи на неподготвеноста на жалителите да се предадат на правдата.

Б. Оценка на Судот

1. Општи начела

80. При разгледување на времетраењето на постапката по датумот на влегување на Конвенцијата во сила, Судот ја зема предвид фазата во која се наоѓа постапката. За таа цел, Судот може, исто така, да ја земе предвид и претходната постапка (види го случајот *Ventura*, цитиран погоре).

81. Периодите во кои жалителот бил во бегство не треба да бидат вклучени во севкупното времетраење на постапката (види го случајот *Girolami против Италија*, пресуда од 19 февруари 1991 година, Серија А, бр. 196-Е, § 13).

82. Разумноста на времетраењето на постапката треба да се оцени врз основа на посебните околности на случајот, земајќи ги предвид критериумите утврдени во судската пракса на Судот, пред сè, сложеноста на предметот, однесувањето на жалителот и однесувањето на надлежните органи (види го случајот, меѓу многуте други примери, *Kettmache против Франција*, пресуда од 27 ноември 1991 година, Серија А, бр. 218, § 60).

83. Во случај кога едно лице е задржано во притвор во очекување на определување на кривично обвинение против него, фактот за неговото лишување од слобода е фактор кој треба да се земе предвид при оценувањето дали условот за донесување на одлука во врска со

основаноста на случајот во разумен рок е исполнет или не (види го случајот *Abdoella против Холандија*, пресуда од 25 ноември 1992 година, Серија А, бр. 248-А, § 24).

2. Размислување во врска со конкретниот случај

84. Судот, најпрво, треба да го утврди времетраењето на постапката кое може да биде земено предвид.

Во однос на Y.S., постапката започнала на 5 февруари 1993 година, кога властите отвориле кривична истрага во врска со нејзините активности. Постапката завршила на 9 април 2002 година, со жалба против пресудата на Градскиот суд во Москва. Свкупно, постапката траела 9 години, 2 месеци и 4 дена. Од овој период, само 3 години, 11 месеци и 4 дена спаѓаат во надлежност на Судот *ratione temporis*. Периодот од 28 август 2000 година до 12 март 2001 година (6 месеци и 15 дена) не треба да биде вклучен во свкупното времетраење на постапката, поради тоа што, во текот на овој период, Y.S. била незаконски пуштена на слобода. Оттука, времетраењето кое треба да се земе предвид изнесува 3 години, 4 месеци и 19 дена.

Во однос на I.S., постапката, исто така, започнала на 5 февруари 1993 година. Постапката била прекината на 5 септември 1995 година, а истата продолжила на 21 март 1997 година. На 24 февруари 2000 година, постапката била прекината по втор пат, и по втор пат започнала на 20 март 2000 година. Постапката завршила на 9 април 2002 година, со жалба против пресудата на Градскиот суд во Москва. Свкупното времетраење на постапката изнесува 7 години, 6 месеци и 23 дена. Од овој период, само 3 години, 10 месеци и 9 дена спаѓаат во надлежност на Судот *ratione temporis*. Исто така, поради тоа што во периодот од 21 март 1997 година до 30 март 1999 година и од 28 август до 12 март 2001 година, I.S. била незаконски пуштена на слобода, овие периоди не треба да бидат вклучени во свкупното времетраење на постапката. Оттука, времетраењето кое треба да биде земено предвид изнесува 2 години, 5 месеци и 27 дена.

85. Во поглед на сложеноста на случајот, Судот се согласи со жалителите дека обвиненијата со кои се соочувале тие не биле особено сложени. Истрагата за кривичното дело кое им се припишува на жалителите - кредитна измама и злоупотреба на туѓ имот – доколку била спроведена на совесен начин, не би требало да трае со години.

86. Во поглед на однесувањето на жалителите, Судот не е убеден дека жалителите секогаш биле подготвени да се предадат на надлежноста на судовите, поради тоа што и двајцата жалители бегале, со месеци, од истражните органи.

Понатаму, доставувањето на десетици приговори, дури и добро основани, можело непотребно да го одвлече вниманието на властите од клучните прашања.

87. Во поглед на однесувањето на органите, Судот утврди дека постоеле значителни периоди на неактивност од нивна страна, за кои не постои убедливо оправдување. Првичната истрага траела од февруари 1993 година до март 1996 година. Првото рочиште за случајот се одржало на 21 март 1997 година, речиси една година откако истрагата била завршена. Второто рочиште за случајот се одржало на 31 март 1999 година, две години по првото. Крајното судење се одржало на 9 јануари 2002 година, речиси три години по второто рочиште. Одлуката на Уставниот суд, од една страна, ја поправи ситуацијата во врска со обвинението поднесено незаконски против I.S., а од друга страна, предизвикало уште едно дополнително одложување на постапката. Имено, со донесувањето на необразложени одлуки за повторно притворање и ослободување на жалителите, властите предизвикале кај жалителите чувство на несигурност и недоверба кон правдата и, на тој начин, индиректно ги натерале да се кријат од законите.

88. Според тоа, во сите околности на овој конкретен случај, Судот смета дека времетраењето на постапката не го задоволува условот за „разумен рок“. Оттука, постои повреда на член 6 § 1.

III. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕН 8 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

89. Y.S. тврди дека задржувањето на нејзиниот документ за лична идентификација, кој, всушност, има суштинско значење во секојдневниот живот во земјата, претставува повреда на член 8 од Конвенцијата, кој гласи:

„1. Секој има право на почитување на неговиот приватен и семеен живот, домот и преписката.

2. Не постои никакво мешање од страна на јавната власт при остварувањето на ова право, освен ако тоа е во согласност со законите и доколку е неопходно во едно демократско општество за заштита на националната безбедност, јавната безбедност или економската благосостојба на земјата, за спречување на немири или извршување на кривично дело, за заштита на здравјето и моралот, или за заштита на правата и слободите на другите лица.“

А. Аргументи на страните

1. На жалителот

90. Y.S. изјави дека руски државјанин кој не поседува патна исправа е оштетен во поглед на неговите права до оној степен кој претставува мешање во неговиот приватен живот. Според законот, лицето кое сака да се вработи, да добие бесплатна медицинска нега, да прими пошта, да се ожени, да гласа, да користи нотарски услуги, да воведи телефонска линија во својот дом, да штеди пари со купување на девизи или да патува со воз или авион, мора да биде во можност да приложи патна исправа. Исто така, непоседувањето на патна исправа, само по себе, претставува административен прекршок. Жалителот не бил во можност да направи ниту една од горенаведените работи, а во март 1999 година бил казнет поради непоседување на патна исправа.

91. Y.S. понатаму изјави дека мешањето не е во согласност со законот. Според законот, државните власти можат да ја задржат патната исправа на лицето само по конечна пресуда. Патната исправа мора да му биде вратена на лицето веднаш по неговото пуштање на слобода. Подзаконските акти им даваат на органите на прогон и на судовите дополнително право да ја задржат патната исправа на неосудените лица за време на нивниот притвор пред судењето. Меѓутоа, во овој случај, патната исправа мора да му биде вратена на лицето веднаш штом тоа лице ќе биде пуштено на слобода.

92. Задржувањето на патната исправа не служи на интересите на националната безбедност поради тоа што обвиненијата за измама не се меѓу кривичните дела кои ги поткопуваат основните начела на уставниот систем или државната безбедност. Националната безбедност не би била загрозувана доколку жалителот би можел да најде работа, да оди на доктор, да се жени и слично. Исто така, кривичното дело извршено од страна на жалителот не претставувало закана за јавната безбедност. И, во секој случај, без патна исправа, Y.S. би можела да претставува закана по јавната безбедност доколку има таква желба, исто како и кога таа би го имала документот. Задржувањето на патната исправа не може да ја подобри економската благосостојба на земјата, ниту да доведе до јавен немир или извршување на кривично дело. Задржувањето на патната исправа не служи на интересите за заштита на здравјето и моралот или на правата и слободите на другите лица. Задржувањето на патната исправа, исто така, не е неопходно во едно демократско општество.

93. Единствената причина зошто властите издале наредба за чување на патната исправа во досието на предметот била за да можат да ја разликуваат Y.S. од нејзината сестра близначка. Оваа причина не само што е надвор од законот, туку и надвор од здравиот разум, бидејќи не е

јасно на кој начин приложувањето на патната исправа заедно со другите списи во досието на предметот може да ја олесни идентификацијата на жалителот.

2. На Владата

94. Владата изјави дека било потребно Окружниот суд во областа Tverskoj да ја задржи патната исправа во досието на предметот поради тоа што сестрите, на неколку наврати, го искористиле тоа што многу наликуваат една на друга за да ги збунат истражните органи. Полицискиот записник од 31 март 1999 година можел да послужи како пример за тоа. Истражните органи, исто така, морале да ги проверат отпечатоците од прстите на жалителите за да можат да ги разликуваат една од друга. Судот бил подготвен да ја даде патната исправа на располагање на Y.S. за одредени клучни цели и ја известил за тоа, но таа никогаш не дошла да ја земе патната исправа. Судот издал потврда за жалителот во која било наведено дека патната исправа ѝ била одземена, која можела привремено да ја замени патната исправа, но Y.S., исто така, одбила да ја подигне оваа потврда.

Б. Оценка на Судот

1. Дали член 8 може да се примени?

95. Судот, во голем број случаи, донесе пресуда дека значењето на поимот „приватен живот“ е многу широко и дека не постои сеопфатна дефиниција за овој поим (види го, како неодамнешен пример, случајот *Resk против Обединетото Кралство*, бр. 44647/98, § 57, ECHR 2003 - ...). Како и да е, се смета дека овој поим го заштитува душевниот и физичкиот интегритет на поединецот (види го случајот *X и Y против Холандија*, пресуда од 26 март 1985 година, Серија А, бр. 91, § § 22-27), вклучувајќи го и правото на приватен живот далеку од несаканото внимание. Исто така, му обезбедува на поединецот сфера во која може слободно да се развива и да ја реализира својата личност (види го случајот *Brüggehan и Scheuten против Германија*, бр. 6959/75, Извештај на Комисијата од 12 јули 1977 година, Одлуки и извештаи (DR) 10, стр. 115, § 55).

96. Судот истакна дека патната исправа на Y.S. била запленета на 26 август 1995 година, а вратена на 6 октомври 1999 година. Y.S. не потврди ниту еден конкретен настан кој се случил по 5 мај 1998 година - денот кога Конвенцијата стапи на сила во однос на Русија - и кој, како таков, би претставувал, во најмала рака, непочитување на нејзиниот приватен живот. Сепак, мешањето во приватниот живот на

Y.S. е чудно поради тоа што, наводно, не се однесува на моменталните настани, туку на голем број секојдневни непријатни настани во целост сè до 6 октомври 1999 година. Оттука, Судот има времена надлежност во поглед на состојбата на Y.S., барем што се однесува на периодот по 5 мај 1998 година.

97. Судот смета дека е утврдено дека во нивниот секојдневен живот, руските државјани мораат, невообичаено често, да го докажуваат својот идентитет, дури и при извршување на рутински задачи, како на пример, при менување на пари или при купување билети за воз. Внатрешната патна исправа, исто така, е потребна за посуштински потреби, како на пример, при вработување или за добивање на медицинска нега. Одземањето на патната исправа, оттука, претставува продолжување на мешањето во приватниот живот на жалителот (види го, *mutatis mutandis*, случајот *Christine Goodwin против Обединетото Кралство* [GC], бр. 28957/95, § 77, ECHR 2002-VI).

2. Дали мешањето е "во согласност со законот"?

98. Основното прашање е дали ваквото мешање е оправдано според член 8 § 2, особено дали е „во согласност со законот“ и „неопходно во едно демократско општество“, за една од целите наведени во тој став.

99. Судот потсети дека фразата „во согласност со законот“ бара, на прво место, мерката за која е изјавена жалба да мора да има некаква основа во домашното законодавство (види го случајот *Malone против Обединетото Кралство*, пресуда од 2 август 1984 година, Серија А, бр. 82, § 66).

100. Владата не покажа дека задржувањето на патната исправа на Y.S. по нејзиното ослободување од притвор има било каква основа во домашното законодавство. Оттука, постои повреда на член 8.

IV. ПРИМЕНА НА ЧЛЕН 41 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

101. Член 41 од Конвенцијата предвидува:

„Кога Судот ќе оцени дека постои повреда на Конвенцијата или на протоколите, и доколку внатрешното право на засегнатата Висока договорна страна овозможува само делумна репарација на штетата, тогаш Судот, доколку е потребно, ќе му додели правична отштета на оштетеното лице.“

102. Жалителите бараат надомест за нематеријалната штета која ја претрпеле, како и надомест за нивните парични загуби и за нивните судски трошоци и издатоци. Владата ги оспори овие барања.

А. Нематеријална штета

103. Жалителите бараат сума во висина од 350.000 американски долари (УСД) како надомест на нематеријалната штета. Тие, имено, го истакнале емоционалното растројство кое го претрпеле како резултат на повторениот и неоправдан притворот, при што најчесто биле ставени во пренатрупани и нехигиенски затворски ќелии. Нивното здравје толку многу се влошило што не можеле да водат активен живот, биле несреќни и се чувствувале мизерно. Според медицинските извештаи, тие не би можеле да раѓаат здрави деца. Жалителите не биле во можност да најдат постојана и добро платена работа, поради тоа што работодавците знаеле дека жалителите можат да бидат лишени од слобода во секое време, како и поради тоа што лицата кои се под истрага обично не се пожелни. Професионалните кариери на жалителите биле уништени, не можеле да ги завршат своите студии, а туѓите успеси правеле тие да страдаат. Задржувањето во притвор ја уништило нивната приватност, а нивното име и углед биле оштетени.

104. Владата тврди дека ставањето на жалителите во притвор било легитимно, па затоа, сите барања што произлегуваат од истото треба да бидат отфрлени. Но, дури и ако Судот утврди повреда, тогаш таквата одлука, сама по себе, претставува доволен правичен надомест, поради тоа што жалителите никогаш не ја издржале казната.

105. Судот истакна дека некои форми на нематеријална штета, вклучувајќи го и емоционалното растројство, според нивниот карактер, не секогаш можат да бидат предмет на конкретни докази (види го случајот *Abdulaziz, Cabales u Balkandali против Обединетото Кралство*, пресуда од 28 мај 1985 година, Серија А, бр. 94, § 96). Тоа не го спречува Судот да додели надомест ако смета дека е разумно да се претпостави дека жалителот претрпел штета која треба финансиски да биде надоместена. Во овој конкретен случај, разумно е да се претпостави дека жалителите претрпеле растројство, анксиозност и фрустрација што било уште повеќе влошено со повторувањето на притворот и со неразумното времетраење на постапката. Исто така, Y.S. претрпела фрустрација бидејќи не била во можност нормално да функционира во секојдневниот живот поради одземањето на нејзината патна исправа.

106. Донесувајќи одлука на правична основа, Судот додели сума во висина од 3.500 евра на Y.S. и сума во висина од 2.000 евра на I.S.

Б. Материјална штета

107. Жалителите тврдат дека претрпеле значителна материјална загуба како директен резултат на нивниот притвор пред судењето и

кривичниот прогон, вклучувајќи и загуба на плата во висина од 253.530 американски долари (УСД). Тие, исто така, бараат сума во висина од 9.050 американски долари (УСД) како надомест на штета за нивниот имот нанесена од страна на полициските службеници за време на апсењата, како и сума во висина од 5.000 американски долари (УСД) како надомест за потребите кои I.S. ги набавила во корист на Y.S. додека Y.S. била во затвор.

108. Владата тврди дека не постоела причинско-последична врска меѓу утврдените повреди и било каква направена штета. Владата истакна дека периодите на притвор на жалителите пред судењето биле исклучени од конечната казна, и дека, иако казната подоцна била издвоена, тоа било направено само поради технички причини. Владата, исто така, тврди дека жалителите не докажале дека ги загубиле своите работни места или дека тоа се должело на активностите на властите. Жалителите не покажале дека штетата врз нивниот имот била предизвикана од страна на полицијата или дека тие ја платиле сметката за поправка на истиот. Ниту пак докажале дека I.S. извршила набавка на потребите за Y.S.

109. Судот донесе заклучок, врз основа на доставените докази, дека жалителите не успеале да покажат дека материјалната штета која ја побаруваат всушност била предизвикана од предолгото времетраење на лишувањето од слобода и судењето. Свкупното времетраење на притворот пред судењето, исто така, било исклучено од казната (види го случајот *Toth против Австрија*, пресуда од 12 декември 1991 година, Серија А, бр. 224, § 91).

110. Како резултат на тоа, Судот смета дека не постои никакво оправдување за да им се додели надомест на штета на жалители по овој основ.

В. Трошоци и издатоци

111. Жалителите бараат сума во висина од 19.300 американски долари (УСД) за надомест на судските трошоци кои биле направени вон домашната постапка, како и сума во висина од 18.737 американски долари (УСД) и плус сума во висина од 9.807,20 евра за судските трошоци кои биле направени при поднесувањето на нивната жалба до овој Суд. Тие, исто така, бараат сума во висина од 1.004 американски долари (УСД) за надомест на медицински трошоци и трошоци за осигурување.

112. Владата тврди дека жалителите не покажале дека трошоците биле направени во врска со наводните повреди, дека не постоеле доволно документи со кои може да се докаже дека жалителите всушност ги платиле сметките на адвокатите и дека сметките не биле

прекумерно високи. Владата, исто така, истакна дека, иако на жалителите им била доделена правна помош од страна на Советот на Европа, што се должи на нивната сиромаштија, тие, на некој начин, биле во можност да си дозволат правни услуги од скапа американска адвокатска фирма.

113. Судот потсети дека, за да бидат вклучени трошоците и издатоците во рамките на надоместот на штетата во согласност со член 41, Судот мора да утврди дека трошоците биле навистина и неопходно направени со цел да се додели или да не се додели надомест во врска со прашањето за кое е утврдено дека претставува повреда на Конвенцијата, но и дека тие трошоци биле разумни по обем (види го, на пример, случајот *Nielsen u Johnson protiv Норвеишка* [GC], бр. 23118/93, § 43, ECHR 1999-VIII). Може да се заклучи од доставените материјали дека жалителите направиле судски трошоци во поглед на нивните обиди да го обезбедат нивното ослободување со гаранција. Како и да е, тие доставиле само делумно документирани материјали за сумата која ја побаруваат.

114. Имајќи ја предвид сумата платена за правната помош од страна на Советот на Европа, Судот додели сума во висина од 1.000 евра за судски трошоци.

Г. Затезна камата

115. Судот смета дека е соодветно затезната камата да се заснова на најниската стапка за задолжување на Европската Централна Банка, на која треба да се додадат три процентни поени.

ОД ОВИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ ЕДНОГЛАСНО

1. *Одлучи* дека постои повреда на член 5 § 1 и § 3 од Конвенцијата во однос на двајцата жалители;
2. *Одлучи* дека постои повреда на член 6 § 1 од Конвенцијата во однос на двајцата жалители;
3. *Одлучи* дека постои повреда на член 8 од Конвенцијата во однос на првиот жалител;
4. *Одлучи*
 - (а) дека обвинетата држава треба да ги исплати во рок од три месеци од датумот на кој пресудата ќе стане конечна, во согласност со член 44 § 2 од Конвенцијата, следните суми:

- (i) на првиот жалител сума во висина од 3.500 евра (три илјади и петстотини евра) за надомест на нематеријална штета;
 - (ii) на вториот жалител сума во висина од 2.000 евра (две илјади евра) за надомест на нематеријална штета;
 - (iii) на двајцата жалители заедно, сума во висина од 1.000 евра (илјада евра) за надомест на направените трошоци и издатоци;
- (б) дека, по истекот на гореспоменатите три месеци, сè до исплатата, треба да се пресметува и исплаќа камата на горенаведените износи, според стапка еднаква на најниската стапка за задолжување на Европската Централна Банка, за утврдениот период зголемена за три процентни поени;

5. *Го отфрли* останатиот дел од барањето на жалителите за правичен надомест на штета.

Изготвена на англиски јазик и објавена на 24 јули 2003 година, во согласност со член 77 § 2 и § 3 од Деловникот на Судот.

Vincent BERGER
Секретар

Georg RESS
Претседател

СОВЕТ НА ЕВРОПА
ЕВРОПСКИ СУД ЗА ЧОВЕКОВИ ПРАВА

ЧЕТВРТИ ОДДЕЛ

СЛУЧАЈ: CASTRAVET против МОЛДАВИЈА

(Апликација бр. 23393/05)

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

13 март 2007 година

КОНЕЧНА

13/06/2007 година

Оваа пресуда станува конечна во согласност со околностите предвидени во член 44 § 2 од Конвенцијата. Истата може да биде предмет на редакциски измени.

Во случајот Castraveț против Молдавија,

Европскиот суд за човекови права (Четврти оддел), заседавајќи како Голем судски совет составен од:

Сер Nicolas BRATZA, *Претседател,*

г. J. CASADEVALL,

г. G. BONELLO,

г. K. TRAJA,

г. S. PAVLOVSKI,

г. L. GARLICKI,

г-ѓа L. MIJOVIĆ, *судиш,*

како и г. T.L. EARLY, *Секретар на Одделот,*

Расправајќи на затворена седница на 20 февруари 2007 година,

Ја донесе следнава пресуда, која беше усвоена на истиот датум:

ПОСТАПКА

1. Случајот беше инициран со жалбата (бр. 23393/05) против Република Молдавија поднесена до Судот во согласност со член 34 од Конвенцијата за заштита на човековите права и основните слободи („Конвенцијата“) од страна на г. Andrei Castraveț („жалителот“), на 27 јуни 2005 година.

2. Жалителот беше застапуван од страна на г. Vitalie Nagacevschi, адвокат кој работи во Кишинев и член на невладината организација „Адвокати за човекови права“. Владата на Република Молдавија („Владата“) беше застапувана од својот агент, г. Vitalie Pârlog.

3. Жалителот изјави жалба врз основа на член 5 од Конвенцијата, тврдејќи дека неговото задржување во притвор било неразумно и дека тој не можел да се состане со неговите адвокати насамо.

4. Жалбата беше доделена на Четвртиот оддел. На 8 септември 2005 година, Претседателот на Четвртиот оддел одлучи да ја проследи жалбата до Владата. Врз основа на одредбите на член 29 § 3 од Конвенцијата, беше одлучено да се испита основаноста на жалбата истовремено со нејзината допуштеност.

5. И жалителот и Владата доставија писмени забелешки во врска со допуштеноста и основаноста на жалбата (правило 59 § 1).

ФАКТИ

I. ОКОЛНОСТИ НА СЛУЧАЈОТ

6. Жалителот е роден во 1946 година и живее во Кишинев.

7. На 25 мај 2005 година, жалителот бил лишен од слобода од страна на Центарот за борба против економски криминал и корупција (CFECC) под обвинение за проневера. Тој завршил универзитетски студии, немал криминално досие, бил вработен и имал постојано живеалиште.

8. На 27 мај 2005 година, Истражниот судија од Окружниот суд во Виусани, издаде налог за негово задржување во притвор во времетраење од 10 дена. Причините наведени од страна на Судот за издавање на налогот биле следниве:

„Кривичната постапка беше поведена во согласност со применливите закони. [Жалителот] е осомничен за сторено тешко кривично дело за кое законот предвидува казна затвор во времетраење од повеќе од две години; изнесените докази пред судот биле прибавени законски; неопходна е изолација на осомниченото лице од општеството; лицето може да им побегне на надлежните органи за спроведување на законот или на судот; лицето може да го попречи утврдувањето на вистината во кривичната истрага или повторно да изврши некое друго кривично дело.“

9. Жалителот изјави жалба против оваа одлука тврдејќи, *меѓу другото*, дека сомнението против него е неосновано, дека тој немал никаква намера да избега или да ја попречи истрагата на било кој начин и дека бил подготвен да соработува со истражниот орган.

10. На 1 јуни 2005 година, жалбата на жалителот беше отфрлена од страна на комисијата составена од тројца судии од Апелациониот суд во Кишинев.

11. На 3 јуни 2005 година, Окружниот суд во Виусани го продолжи притворот на жалителот за уште 30 дена. Судот оцени дека притворот бил неопходен поради тоа што:

„[Жалителот] е осомничен за сторено многу тешко кривично дело, постои опасност дека тој може да изврши притисок врз сведоците или да не биде на дофат на надлежните органи за спроведување на законот, и дека постои континуирана потреба лицето да биде изолирано од општеството.“

12. Жалителот изјави жалба против оваа одлука и ги достави истите оние аргументи кои беа наведени во неговата прва жалба.

13. На 9 јуни 2005 година, Апелациониот суд во Кишинев ја отфрли жалбата на жалителот без да се повика на ниту еден нов аргумент.

14. Задржувањето на жалителот во притвор беше продолжено на истата основа до 11 октомври 2005 година, кога тој беше ослободен од притвор.

15. Жалителот беше притворен во казнено-поправниот центар на CFECC. Просторијата која се користи за средби меѓу адвокатите и притворените лица има стаклена преграда која ги одвојува едни од други.

II. РЕЛЕВАНТНО ДОМАШНО ЗАКОНОДАВСТВО И ПРАКСА

A. Задржување во притвор

16. Релевантното домашно законодавство кое се однесува на задржувањето во притвор беше наведено во пресудата на Судот за случајот *Sarban против Молдавија*, бр. 3456/05, § 52, од 4 октомври 2005 година.

B. Доверливост на комуникациите меѓу адвокатот и клиентот во казнено-поправниот центар во рамките на CFЕСС

17. Се чини од фотографиите доставени од страна на Владата дека во просторијата за средби меѓу адвокатите и клиентите во казнено-поправниот центар во рамките на CFЕСС, делот за притворените лица е одвоен од останатиот дел на просторијата со врата и прозорец. Прозорецот се чини дека е направен од два споени стаклени панели. И двата панели се со мали дупчиња, издупчени со дупчалка, но дупките не се совпаѓаат една со друга, така што ништо не може да се пренесе преку прозорецот. Покрај тоа, поставена е и густа зелена мрежа направена од тенка жица или од пластика меѓу стаклените панели, која го препокрива издупчениот дел од прозорецот. Се чини дека нема простор за подавање на документи меѓу адвокатот и неговиот клиент.

18. Домашните судови одлучуваа по жалбите во врска со недостатокот на доверливост во просторијата за средби меѓу адвокатите и клиентите во рамките на CFЕСС во случаите *Modârcă* (апликација бр. 14437/05) и *Sarban* (цитиран погоре). На 2 ноември 2004 година, судијата од Окружниот суд во Виусани издаде наредба до органите на CFЕСС да ја отстранат стаклената преграда која ги одвојува адвокатите од нивните клиенти, но органите на CFЕСС одбија да ја испочитуваат судската наредба. На 3 декември 2004 година, истиот судија ја поништи одлуката од 2 ноември 2004 година, тврдејќи дека во меѓувреме таа била информирана од страна на органите на CFЕСС дека не биле поставени уреди за снимање во сидот кој ги одвојува адвокатите од нивните клиенти и дека сидот бил потребен за да се осигура безбедноста на притворените лица.

На 15 февруари 2005 година, адвокатот на г. Sarban повторно изјавил жалба до Окружниот суд во Виусани врз основа на член 5 § 4 од Конвенцијата, тврдејќи дека тој не можел да се сретне со неговиот клиент во услови на доверливост. На 16 февруари, истиот судија од Окружниот суд во Виусани ја отфрлил жалбата без да ја испита истата, при што таа се повикала на нејзината претходна одлука од 3 декември 2004 година.

19. Во периодот меѓу 1 и 3 декември 2004 година, Адвокатската комора на Република Молдавија одржа штрајк, одбивајќи да присуствува на сите постапки кои се воделе во врска со лицата задржани во притвор во казнено-поправниот центар во рамките на CFECSS се додека управата не се согласи да им обезбеди на адвокатите простории за доверливи средби со нивните клиенти. Барањата на Адвокатската комора беа одбиени (види *Sarban*, цитиран погоре, § 126).

20. На 26 март 2005 година, Адвокатската комора на Република Молдавија одржа состанок на кој Претседателот на Адвокатската комора и еден од адвокатите ги информираа присутните дека учествувале, заедно со претставниците од Министерството за правда, во комисија која извршила контрола на казнено-поправниот центар во рамките на CFECSS. За време на контролата, тие побарале стаклениот ѕид да биде отстранет за да се утврди дека не се поставени уреди за прислушување. Тие истакнале дека би било потребно да се отстранат само неколку завртки и предложиле сите трошоци поврзани со проверката да бидат покриени од страна на Адвокатската комора. Управата на CFECSS го отфрли овој предлог.

В. Препорака Rec(2006) 2 на Комитетот на министри до земјите членки во врска со Европските затворски правила

21. Препораката Rec(2006)2 на Комитетот на министри до земјите членки во врска со Европските затворски правила (усвоена од страна на Комитетот на министри на 11 јануари 2006 година на 952-иот состанок на замениците-министри), доколку е релевантна, гласи:

„23.1 Сите затвореници имаат право на правен совет, а затворските управи се должни да им обезбедат разумни олеснителни околности за добивање пристап до таков совет. ...

23.4 Консултациите и другите видови комуникации, вклучувајќи ја и кореспонденцијата во врска со правните прашања, меѓу затворениците и нивните правни советници, се доверливи....

23.6 Затворениците имаат пристап до, или може да чуваат кај себе, документи кои се однесуваат на нивната судска постапка.“

ПРАВО

22. Жалителот изјави жалба дека неговото задржување во притвор не било засновано на „релевантни и доволни“ причини. Материјалниот дел од член 5 § 3 гласи:

„Секој кој е лишен од слобода или е притворен во согласност со одредбите од став 1 (в) на овој член ... има право да му биде судено во разумен рок или да биде пуштен на слобода се до отпочнувањето на судската постапка. Пуштањето на слобода може да биде условено со давање гаранција дека лицето ќе се појави на судењето.“

23. Жалителот, исто така, изјави жалба врз основа на член 8 од Конвенцијата дека разговорите со неговиот адвокат се водат преку стаклен ѕид и дека истите се прислушуваат или можеби се снимаат и дека органите не успеале да обезбедат соодветни услови за приватни разговори со неговиот адвокат. Судот, кој е вешт за карактеризација на фактите на случајот според законот (види *Guerra и други против Италија*, пресуда од 19 февруари 1998 година, *Извештаи за пресуди и одлуки* 1998-I, § 44), одлучи да го испита проблемот покренат од страна на жалителот врз основа на член 5 § 4 од Конвенцијата и да добие поднесоци од страните во врска со тоа.

Релевантниот дел од член 5 § 4 гласи:

„Секој кој е лишен од слобода со апсење или притворање има право да поведе постапка пред судот за утврдување на законитоста на неговиот притвор во најкус можен рок, кој ќе издаде наредба за негово ослободување, доколку лицето било незаконски притворено.“

I. ДОПУШТЕНОСТ НА ЖАЛБИТЕ

24. Владата не поднесе никаков формален приговор во однос на допуштеноста на жалбата. Сепак, Владата се произнесе во своите писмени забелешки во врска со основаноста на случајот дека жалителот не се пожалил до управата на казнено-поправниот центар за кршење на неговите права. Тоа покажува, според мислењето на Владата, дека жалителот не сметал дека неговите права биле прекршени.

25. Доколку оваа изјава може да се смета за приговор во врска со неуспехот на жалителот да ги искористи домашните правни лекови, Судот истакна дека другите притворени лица од истиот казнено-поправен центар повеле жалбени постапки во врска со недостатокот на доверливост меѓу адвокатите и клиентите, но и дека жалбата била отфрлена како неоснована од страна на Судот на 3 декември 2004 година и на 16 февруари 2005 година (види став 18 погоре). Имајќи ја предвид таа одлука, како и сличностите меѓу жалбите, беше разумно за адвокатот кој го застапува жалителот да смета дека поднесувањето на слична жалба не би имала изгледи за успех. Оттука, приговорот би требало да биден отфрлен.

26. Имајќи ги предвид поднесоците и материјалите доставени од страните, Судот смета дека жалбите на жалителот отвораат прашања

на факти и закон кои се доволно сериозни така што нивното утврдување би зависело од испитувањето на основаноста, а не биле утврдени основи за истите да бидат прогласени за недопуштени. Оттука, Судот ги прогласи овие жалби за допуштени. Во согласност со својата одлука за примена на член 29 § 3 од Конвенцијата (види став 4 погоре), Судот веднаш ќе ја разгледа основаноста на овие жалби.

II. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕН 5 § 3 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

A. Произнесувања на страните

27. Владата се произнесе дека притвор на жалителот бил неопходен бидејќи тој бил осомничен за сторено тешко кривично дело. Кривичниот предмет против него бил многу сложен и ако тој би бил ослободен, би можел да ги уништи доказите, да влијае на сведоците или пак да избега.

28. Жалителот изјави жалба дека одлуките со кои се издава наредба за негово задржување во притвор не биле засновани на релевантни и доволни причини, туку само на декларативна и стереотипна основа. Покрај тоа, судовите не успеале да ги проценат аргументите на неговата одбрана, како во жалбените барања, така и усните за време на рочиштата.

B. Оценка на Судот

29. Членот 5 од Конвенцијата, како и членовите 2, 3 и 4, се во првиот ранг на основните права кои ја штитат физичката безбедност на поединецот (види ја, на пример, неговата поврзаност со членовите 2 и 3 во случаите на исчезнување - *Kurt против Турција*, пресуда од 25 мај 1998 година, *Извештаи за пресуди и одлуки* 1998-III, § 123) и, како таков, неговото значење е огромно. Неговата главна цел е да спречи произволно или неоправдано лишување од слобода (види, на пример, *Lukanov против Бугарија*, пресуда од 20 март 1997 година, *Извештаи* 1997-II, § 41; *Assanidze против Грузија* [GC], бр. 71503/01, § 171, ЕСЧП 2004-II, § 46; *Plaşci и други против Молдавија и Русија* [GC], бр. 48787/99, § 461, ЕСЧП 2004-VII).

30. Пресумпцијата е во корист на ослободувањето. Како што е утврдено во *Neumeister против Австрија* (пресуда од 27 јуни 1968 година, Серија А, бр. 8, стр. 37, § 4), вториот аспект на член 5 § 3 не им дава на судските органи можност за избор меѓу доведување на обвинетото лице на судење во разумен рок или одредување на условно ослободување се до отпочнувањето на судската постапка. Се до обвинението, лицето мора да се смета за невино, а целта на одредбата која е предмет на разгледување е, во суштина, да се побара негово

условно ослободување веднаш штом неговиот продолжен притвор ќе престане да се смета дека е разумен (*McKay против Велика Британија* [GC], бр. 543/03, § 41, ЕСЧП 2006 - ...).

31. Постоењето на основано сомнение дека лицето кое е лишено од слобода сторило кривично дело е услов *sine qua non* за законитоста на продолжениот притвор, но по одреден временски период, тој не е доволен. Во вакви случаи, Судот мора да утврди дали другите основи дадени од страна на судските органи и натаму го оправдуваат лишувањето од слобода. Во оние случаи каде што таквите основи се „релевантни“ и „доволни“, Судот исто така мора да утврди дали надлежните национални органи посветиле „посебно внимание“ во водењето на постапката (види *Labita против Италија* [GC], бр. 26772/95, § § 152 и 153, ЕСЧП 2000-IV).

32. Лице обвинето за сторено кривично дело мора секогаш да биде ослободено се до отпочнувањето на судската постапка, освен ако државата може да докаже дека постојат „релевантни и доволни“ причини за да се оправда продолжениот притвор (*Yağcı u Sargın против Турција*, пресуда од 8 јуни 1995 година, Серија А, бр. 319 -А, § 52).

33. Член 5 § 3 од Конвенцијата не може да се гледа како безусловно одобрување на предистражен притвор под услов истиот да не трае подолго од одреден временски период. Оправдувањето за било кој период на притвор, без разлика колку тој рок е краток, мора да биде убедливо прикажано од страна на властите (*Belchev против Бугарија*, бр. 39270/98, § 82, 8 април 2004 година).

34. Постоењето на основано сомнение не беше оспорено во овој конкретен случај. Сепак, Судот забележа дека, како и во *Sarban против Молдавија* (цитиран погоре, во § § 11 и 14), причините врз кои се потпираат домашните судови во нивните одлуки да го задржат жалителот во притвор и да го продолжат неговиот притвор (види ги ставовите 8 и 11 погоре) беа ограничени на парафразирање на причините за притвор предвидени во Законот за кривична постапка, без притоа да се даде објаснување како тие се применети во случајот на жалителот. Следствено на тоа, Судот не смета дека овој случај може да се разликува од *Sarban* во она што се однесува на релевантноста и доволноста на причините за притвор.

35. Поради тоа што причините за притвор не биле релевантни и доволни, Судот не смета дека е потребно да го продолжи *Labita* тестот (види став 31 погоре) и да утврди дали надлежните национални органи посветиле „посебно внимание“ во водењето на постапката.

36. Оттука, има повреда на член 5 § 3 од Конвенцијата во овој поглед.

III. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕН 5 § 4 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

A. Произнесувања на страните

37. Владата изрази свое несогласување во однос на разгледувањето на оваа жалба од страна на Судот врз основа на член 5 § 4 од Конвенцијата, тврдејќи дека жалителот изјавил жалба според член 8 од Конвенцијата. Владата укажа на фактот дека во случајот *Sarban против Молдавија*, Судот разгледувал слична жалба врз основа на член 8 од Конвенцијата.

38. Владата исто така тврди дека стаклената преграда која го одвојува жалителот од неговиот адвокат не го попречила жалителот да презентира ефикасна одбрана и се повика на случајот *Kröcher u Möller против Швајцарија* (апликација бр. 8463/78, извештај на Комисијата од 16 декември 1982 година, DR 34, стр. 52-53, § 60), во кој Комисијата утврди дека фактот што жалителот во тој случај бил одвоен од неговиот адвокат со стаклената преграда не влијаел негативно на неговите права гарантирани со Конвенцијата.

39. Според Владата, жалителот не изнел никакви докази со кои ќе докаже дека стаклената преграда би можела да претставува пречка за негово советување со неговиот адвокат во услови на доверливост или за размена на документи меѓу нив.

40. Владата тврди дека стаклената преграда на ниту еден начин не влијаела на нормалната акустика на просторијата за средби, како и тоа дека не биле поставени никакви уреди за прислушување или за снимање во таа просторија. Стаклената преграда била потребна од безбедносни причини, како и за спречување на вршење други кривични дела. Според Законот за адвокатура, адвокатите не смеат да се претресуваат, па, оттука, неопходно е адвокатите да бидат одвоени од нивните клиенти. Фактот дека тоа не претставувало никаков проблем од гледна точка на доверливост, како и тоа дека не биле поставени уреди за следење на комуникациите во сидот, беше прифатен од страна на Окружниот суд во Виусани во неговата одлука од 3 декември 2004 година (види став 18 погоре).

41. Владата тврди дека не биле презентирани докази од страна на жалителот со кои тој би можел да докаже дека стаклената преграда претставува пречка за размена на документи меѓу адвокатот и неговиот клиент. Според релевантното домашно законодавство, кореспонденцијата меѓу притворените лица и нивните адвокати не смеат да биде цензурирана и мора да биде испорачана во рок од 24 часа.

42. Како одговор на поднесоците на Владата, жалителот тврди дека стаклената преграда поставена во просторијата за состаноци меѓу адвокатите и клиентите во казнено-поправниот центар во рамките на CFECС била пречка за доверливоста, бидејќи тој и неговиот адвокат

морале да зборуваат на повисок тон за да може да се слушнат еден со друг. Нивното викање би олеснило нивниот разговор да се следи или да се снима, но, исто така, постоела опасност нивниот разговор да биде прислушнуван од страна на стражарите преку вратата. Исто така, невозможно било тие заедно да ги читаат текстовите или да си подаваат документи меѓу себе. Од овие причини, адвокатот на жалителот немал формулар за Судот потпишан од страна на неговиот клиент, туку само полномошно. Според него, тој не сакал Владата да ја дознае содржината на неговата жалба до Судот пред истата да биде доставена. Само откако иследникот од CFЕСС го прочитал полномошното, му дозволил на жалителот да го потпише.

43. Тој изјавил дека е невозможно да докаже дека разговорите меѓу него и неговиот адвокат биле следени, бидејќи таквото следење било тајно. Сепак, тој презентирал примери на неколку случаи кога управата на CFЕСС била запознаена со содржината на комуникациите меѓу притворените лица и нивните адвокати кои се одвивале во просторијата за средби во рамки на CFЕСС. Вистинитоста на овие поднесоци беше оспорена од страна на Владата.

Во случајот *Sarban против Молдавија* (цитиран погоре), еден од адвокатите на жалителот имал средба со г. Sarban на 18 февруари 2005 година во просторијата наменета за средби меѓу адвокатите и клиентите во рамките на CFЕСС. За време на нивната средба, неговиот клиент му се пожалил за условите на притворот, имено, дека другите три притворени лица кои биле со него, постојано пушеле во ќелијата. Откако адвокатот си заминал од CFЕСС, г. Sarban бил прашан од страна на управата зошто се пожалил на адвокатот за условите на притворот.

Во случајот *Modârca против Молдавија* (цитиран погоре), адвокатот на жалителот изјавил жалба дека за време на средбата со неговиот клиент во просторијата наменета за средби меѓу адвокатите и клиентите во рамките на CFЕСС, тој бил инструктиран од страна на неговиот клиент да оди на одредена адреса и да побара низа документи. Тој отишол таму веднаш по средбата, но видел дека службени лица од CFЕСС биле на тоа место неколку минути пред него и ги зеле документите за кои станало збор.

Адвокатот на г. Modârca исто така изјавил жалба дека за време на некоја друга средба со неговиот клиент во просторијата наменета за средби меѓу адвокатите и клиентите во рамките на CFЕСС, клиентот навредил некој член на затворскиот персонал. Откако адвокатот си заминал, г. Modârca бил повикан од страна на управата на CFЕСС да ги образложи изразите кои ги употребил во разговорот со неговиот адвокат. Управата не образложи како ја дознала содржината на разговорот.

44. Што се однесува до поднесокот на Владата дека било неопходно да се одделат адвокатите од нивните клиенти со цел да се спречи незаконско пренесување на предмети, жалителот тврди дека до тој момент немало познати случаи на незаконски пренесени предмети од страна на адвокатите во казнено-поправниот центар бр. 3 на Министерството за правда, каде немало стаклена преграда. Владата не даде коментар во однос на оваа изјава во своите завршни писмени согледувања.

Б. Оценка на Судот

45. Што се однесува до приговорот на Владата во врска со разгледувањето на оваа жалба врз основа на член 5 § 4 од Конвенцијата, Судот повтори дека е вешт во карактеризација на фактите на случајот според законот (види став 23 погоре). Поради тоа што жалителот во суштина изјавил жалба дека како резултат на постоењето на стаклена преграда во просторијата наменета за средби меѓу адвокатите и клиентите, тој не можел да разговара насамо со неговиот адвокат за прашања поврзани со постапката, а кои се однесуваат на неговото право на слобода, Судот смета дека член 5 § 4 е посоодветен член во овој случај.

46. Во случајот *Reinprecht против Австрија*, бр. 67175/01, § 31, ЕСЧП 2005 - ... Судот накусо ги изложи начелата кои произлегуваат од неговата судска пракса во врска со член 5 § 4 на следниов начин:

„(а) Член 5 § 4 од Конвенцијата му дава право на лицето лишено од слобода или на притвореното лице да покрене постапка, во врска со процедуралните и суштинските услови кои се важни за „законитоста“, според Конвенцијата, за неговото лишување од слобода (види, меѓу многуте други, *Brogan и други против Обединетото Кралство*, пресуда од 29 ноември 1988 година, Серија А, бр. 145-Б, стр. 34-35, § 65).

(б) Иако не е секогаш неопходно постапката врз основа на член 5 § 4 да ги нуди истите гаранции како оние што се потребни според член 6 од Конвенцијата за кривични или граѓански парници, таа мора да има судски карактер и да обезбедува гаранции соодветни на видот на лишување од слобода за кој станува збор (види, на пример, *Assenov и други против Бугарија*, пресуда од 28 октомври 1998 година, *Извештаи за пресуди и одлуки*, 1998-VIII, стр. 3302, § 162, и *Wloch против Полска*, бр. 27785/95, § 125, ЕСЧП 2000-XI, и двете во врска со *Megyeri против Германија*, пресуда од 12 мај 1992 година, Серија А, бр. 237-А, стр. 11, § 22).

(в) Постапката мора да биде адверсарна и секогаш мора да се осигура „еднаквост на оружјето“ меѓу страните. Во случај на лице чиј притвор спаѓа во доменот на член 5 § 1 (в), потребно е негово сослушување (види *Nikolova против Бугарија* [GC], бр. 31195/96, § 58, ЕСЧП 1999-II; *Assenov и други*, цитиран погоре, § 162, во врска со *Schiesser против Швајцарија*, пресуда од 4 декември 1979 година, Серија А, бр. 34, стр. 13, § § 30-31; *Sanches-Reisse*

против Швајцарија, пресуда од 21 октомври 1986 година, Серија А, бр. 107, стр. 19, § 51; и *Katranis против Грција*, пресуда од 13 јули 1995 година, Серија А, бр. 318-Б, стр. 45, § 47).

(г) Понатаму, член 5 § 4 бара лицето задржано во притвор да биде во можност да поведе постапка во разумни интервали со цел да ја оспори законитоста на неговиот притвор (види *Assenov и други*, цитиран погоре, стр. 3302, § 162, во врска со *Bezicheri против Италија*, пресуда од 25 октомври 1989 година, Серија А, бр. 164, стр. 10-11, § 20-21). "

47. Утврдено е дека член 6 има одредена примена во предистражната фаза (види, на пример, *Imbrioscia против Швајцарија*, пресуда од 24 ноември 1993 година, Серија А, бр. 275, стр. 13, § 36, и *John Murray против Обединетото Кралство*, пресуда од 8 февруари 1996 година, *Извештаи*, 1996-I, стр. 54, § 62) во текот на која, вообичаено се разгледува законитоста на предистражниот притвор. Сепак, ваквата примена е ограничена на одредени аспекти.

Утврдено е дека гаранциите предвидени во член 6 во однос на пристап до адвокат се применливи во *habeas corpus* постапките (види, на пример *Winterwerp против Холандија*, пресуда од 24 октомври 1979 година, Серија А, бр. 33, § 60). Во случајот *Voiamar против Белгија*, (пресуда од 29 февруари 1988 година, Серија А, бр. 129, § 60), Судот смета дека од суштинско значење било поединецот да има можност да биде сослушан лично, но, исто така, и да има ефикасна помош од неговиот адвокат.

48. Задача на Судот во овој конкретен случај е да одлучи дали жалителот бил во можност да добие ефикасна помош од неговиот адвокат со цел да ги задоволи овие барања.

49. Еден од клучните елементи во ефикасното застапување на интересите на клиентот од страна на адвокатот е начелото дека доверливоста на информациите разменети меѓу нив мора да биде заштитена. Ваквата привилегија поттикнува отворена и искрена комуникација меѓу клиентите и адвокатите. Судот потсетува дека претходно сметал дека доверливата комуникација со адвокатот е заштитена со Конвенцијата како важна гаранција на правото на одбрана (види, на пример, *Campbell против Обединетото Кралство*, пресуда од 25 март 1992 година, Серија А, бр. 233, § 46 и Препорака Rec(2006)2 (види став 21 погоре)).

50. Всушност, доколку адвокатот не е во можност да се советува со својот клиент и да добие доверливи инструкции од него без надзор, неговата помош ќе изгуби многу од својата корисност, додека Конвенцијата има за цел да ги гарантира токму оние права кои се практични и ефикасни (види, меѓу другото, *Artico против Италија*, пресуда од 13 мај 1980 година, Серија А, бр. 37, стр. 16, § 33).

51. Судот смета дека попречувањето на привилегијата дадена на адвокатите и клиентите, а со тоа и на правото на притвореното лице на

одбрана, не секогаш бара вистинско следење на комуникациите или прислушување. Оправданото верување втемелено на основано сомнение дека нивниот разговор бил слушан, може да е доволно, според мислењето на Судот, за да се ограничи ефикасноста на помошта која адвокатот би можел да ја обезбеди. Таквото верување неизбежно би спречило слободен разговор меѓу адвокатот и клиентот и би го попречило правото на притвореното лице ефикасно да ја оспори законитоста на неговиот притвор.

52. Судот, притоа, мора да утврди дали жалителот и неговиот адвокат имале оправдано верување втемелено на основано сомнение дека нивниот разговор во просторијата наменета за средби меѓу адвокатите и клиентите во рамките на CFЕСС не бил доверлив. Се чини од поднесоците на жалителот дека неговиот страв дека неговите разговори со неговиот адвокат биле следени, бил оправдан. Судот, исто така, ќе разгледа дали објективен, правичен и информиран набљудувач би стравувал од следење на разговорите меѓу адвокатот и клиентот или од прислушување на разговорите во просторијата за средби во рамките на CFЕСС.

53. Судот забележа дека проблемот во врска со наводниот недостаток на доверливост на комуникациите меѓу адвокатот и клиентот во казнено-поправниот центар во рамките на CFЕСС бил предмет на сериозна загриженост кај целата заедница на правници во Молдавија подолг временски период, па дури и таквиот недостаток на доверливост на комуникации бил причина за штрајк организиран од страна на Адвокатската комора на Република Молдавија (види став 19 погоре). Барањата на Адвокатската комора да се провери присуството на уреди за следење на комуникациите во стаклената преграда беа одбиени од страна на управата на CFЕСС (види став 20 погоре), а тоа се чини дека било причина за појава на сомнеж кај адвокатите. Ваквата загриженост и протест кај Адвокатската комора, според мислењето на Судот, би биле доволни за да се изрази сомневање во врска со доверливоста на расудувањето на еден објективен набљудувач.

54. Доказите во случајот *Șarban u Modârcă* (види став 43 погоре) ниту од далеку не докажуваат дека е извршен надзор во просторијата за средби во рамките на CFЕСС. Сепак, наспроти основата за општа загриженост кај Адвокатската комора, таквата шпекулација може да биде доволна за да се зголеми загриженоста кај објективниот набљудувач.

55. Следствено на тоа, заклучокот на Судот е дека жалителот и неговиот адвокат би можеле разумно да имаат основа да веруваат дека нивните разговори во просторијата наменета за средби меѓу адвокатите и клиентите во рамките на CFЕСС не бил доверливи.

56. Покрај тоа, Судот забележа дека, спротивно на тврдењето на Владата за тоа дека жалителот и неговиот адвокат можеле лесно да

разменуваат документи, сликите обезбедени од страна на Владата (види став 17 погоре) покажуваат дека тоа не е така, поради тоа што не постоел отвор на стаклената преграда. Тоа, според мислењето на Судот, уште повеќе ја отежнува задачата на адвокатот.

57. Судот потсетува дека, во случајот *Sarban против Молдавија*, тој ја отфрлил жалбата која, до одреден степен, била слична на оваа, а која била разгледувана врз основа на член 8 од Конвенцијата, поради тоа што жалителот не успеал да обезбеди докази за да ја поткрепи својата жалба и поради тоа што Судот сметал дека пречките за ефикасна комуникација меѓу жалителот и неговиот адвокат не го попречиле жалителот да презентира ефикасна одбрана пред домашните судови. Сепак, имајќи ги предвид другите информации кои му биле на располагање а кои се однесуваат на вистинските пречки кои ги создава стаклената преграда во однос на доверливоста на разговорите и размената на документи меѓу адвокатите и нивните клиенти кои биле притворени во CFЕСС, Судот е сега убеден дека постоењето на стаклена преграда го загрозува правото на одбраната.

58. Владата се осврна на случајот *Kröcher u Möller против Швајцарија* во кој беше утврдено дека фактот што адвокатот и неговиот клиент биле одделени со стаклена преграда не го повредува правото на доверливост на комуникациите. Судот забележа дека жалителите во тој случај биле обвинети за екстремно насилни дела и исите се сметале за многу опасни. Меѓутоа, во овој конкретен случај, жалителот немал криминално досие (види став 7 погоре), а бил обвинет за ненасилно кривично дело. Покрај тоа, се чини дека не бил земен предвид карактерот на притворените лица во казнено-поправниот центар во рамките на CFЕСС. Стаклената преграда била општа мерка која влијае неселективно на сите во казнено-поправниот центар, без оглед на нивните лични околности.

59. Безбедносните причини на кои се повикува Владата не се убедливи, според мислењето на Судот, поради тоа што визуелен надзор на средбите меѓу адвокатите и клиентите би бил доволен за таа цел.

60. Во насока на изнесеното погоре, Судот смета дека неможноста жалителот да разговара со неговите адвокати за прашања кои се директно поврзани и релевантни за неговата одбрана и со тоа да го оспори неговото задржување во притвор, без тие да бидат одделени со стаклена преграда, влијае на неговото право на одбрана.

61. Оттука, има повреда на член 5 § 4 од Конвенцијата.

VI. ПРИМЕНА НА ЧЛЕН 41 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

62. Член 41 од Конвенцијата предвидува:

„Кога Судот ќе оцени дека постои повреда на Конвенцијата или на протоколите, и доколку внатрешното право на засегнатата Висока договорна страна овозможува само делумна репарација на штетата, тогаш Судот, доколку е потребно, ќе му додели правична отштета на оштетениот.“

A. Штета

63. Жалителот побарал 4.000 € (евра) за нематеријална штета. Тој тврди дека претрпел сериозна ментална болка.

64. Владата не се согласи со побараниот износ од страна на жалителот и тврди дека тој не успеал да даде пример од релевантната судска пракса кој би го поткрепил неговото барање. Владата побара од Судот да го отфрли барањето на жалителот за правичен надомест на штета.

65. Судот смета дека на жалителот мора да му била нанесена одредена количина на стрес и немир, како резултат на повредите на неговото право на слобода и безбедност во согласност со член 5 § 3 и член 5 § 4 од Конвенцијата.

Одлучувајќи по правична основа, му додели на жалителот вкупен износ од 2.500 евра.

B. Трошоци и издатоци

66. Адвокатот на жалителот побарал сума од 2.400 евра за надомест на трошоци за застапување и 85 евра за трошоци за превод.

67. Што се однесува до трошоците за превод, жалителот доставил копија од сметка со која се потврдува исплата на 85 евра на овластен судски преведувач за превод на писмените забелешки од романски на француски јазик.

68. Што се однесува до трошоците за застапување, жалителот испратил до Судот копија од договорот меѓу него и адвокатот, според кој, таксата утврдена за еден час застапување изнесува 75 евра. Тој, во прилог на договорот, прикачил детална временска рамка, според која, адвокатот поминал 32 часа на случајот. Тој, исто така, доставил копија од сметка со која се потврдува исплата на 418 евра на неговиот адвокат како прва рата, која, според условите на договорот, морала да биде исплатена на денот на потпишување на договорот.

69. Жалителот тврди дека побараната сума за трошоци и издатоци е во рамките на надоместоците препорачани од страна на Адвокатската комора на Република Молдавија. Тој доставил копија од документот

кој се однесува на препорачаните надоместоци издаден од страна на Адвокатската комора на 29 декември 2005 година.

70. Владата не ја оспори побараната сума за трошоци за превод. Сепак, не се согласи со побараната сума за застапување, наведувајќи дека истата е прекумерно висока и нереална во однос на економската состојба во земјата и просечната месечна плата. Го спори и бројот на часови поминати на случајот од страна на адвокатите на жалителот, како и висината на таксата наплатена за еден час застапување од нивна страна.

71. Судот потсети дека за да бидат трошоците и издатоците вклучени во оштетата во согласност со член 41 од Конвенцијата, мора да се утврди дека истите биле направени вистина, дека биле неопходни и дека биле разумни по обем (види, на пример, *Amihalachioaie против Молдавија*, бр. 60115/00, § 47, ЕСЧП 2004 -).

72. Во овој конкретен случај, земајќи ја предвид деталната листа на ставки поднесена од страна на жалителот, горенаведените критериуми и сложеноста на случајот, Судот му додели на жалителот 2.000 евра.

В. Затезна камата

73. Судот смета дека е соодветно затезната камата да се заснова на најниската стапка за задолжување на Европската Централна Банка, на која треба да се додадат три процентни поени.

ОД ОВИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ ЕДНОГЛАСНО

1. *Ја прогласи* жалбата за допуштена;
2. *Смета* дека имало повреда на член 5 § 3 од Конвенцијата;
3. *Смета* дека имало повреда на член 5 § 4 од Конвенцијата;
4. *Смета*
 - (а) дека тужената држава треба да му исплати на жалителот, во рок од три месеци од датумот на кој пресудата ќе стане конечна, во согласност со член 44 § 2 од Конвенцијата, 2.500 евра (две илјади и петстотини евра) за нематеријална штета, и 2.000 евра (две илјади евра) за надомест на трошоци и издатоци, износи во противвредност на националната валута на обвинетата држава по стапка применлива на денот на исплата, плус данокот кој може да биде наплатен;
 - (б) дека по истекот на гореспоменатите три месеци па се до исплатата ќе се пресметува редовна затезна камата на горенаведените износи, по стапка еднаква на најниската стапка за задолжување на Европската Централна Банка за предвидениот рок, зголемена за три процентни поени;
5. *Го отфрли* едногласно останатиот дел од барањето на жалителот за правичен надомест на штета.

Изготвена на англиски јазик и објавена на 13 март 2007 година, во согласност со правилото 77 § § 2 и 3 од Деловникот на Судот.

T.L. EARLY
Секретар

Nicolas BRATZA
Претседател



COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

ЕВРОПСКИ СУД ЗА ЧОВЕКОВИ ПРАВА

ВТОР ОДДЕЛ

СЛУЧАЈ БРАНД против ХОЛАНДИЈА

(Апликација бр. 49902/99)

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

11-ти мај 2004 година

КОНЕЧНА

10/11/2004

Оваа пресуда ќе стане конечна во согласност со условите предвидени во членот 44 став 2 од Конвенцијата.

Истата може да биде предмет на редакциски измени.

Во случајот Бранд против Холандија,

Европскиот суд за човекови права (Втор оддел) заседавајќи во судски совет во состав :

Г-дин Ј.-Р.

COSTA,*претседател*, Г-дин

L. LOUCAIDES,

Г-дин С. BÎRSAN,

Г-дин К. JUNGWIERT,

Г-дин V. BUTKEVYCH,

Г-ѓа W. THOMASSEN,

Г-ѓа A. MULARONI,*судии*,и

Г-ѓа S. DOLLE,*секретар на одделот*,

Расправајќи на затворена седница на 21-ви октомври 2003 и на 6-ти април 2004 година,

Ја донесе следнава пресуда, која беше усвоена на последниот горенаведен датум:

ПОСТАПКА

1. Предметот започна со апликација (бр.. 49902/99) против Кралството Холандија поднесена пред Судот на 15 април, 1999 година, согласно Член 34 од Конвенцијата за заштита на човековите права и основни слободи („Конвенција“) од страна на холандскиот државјанин, Ф.Ц. Бранд („Подносител“).

2. Подносителот првично го застапуваше г-дин М.А.М. Волтерс, адвокат од Гронинген, а од 1 февруари, 2001 година, г-ѓа Л.Х. Портман, исто така адвокат од Гронинген. Холандската Влада („Влада“) ја застапуваше нивниот застапник, г-дин Р.А.А. Бокер, од холандското Министерство за надворешни работи.

3. Апликацијата е упатена до Првиот Оддел на Судот (Правило 52 § 1 од Правилникот на Судот). Во рамки на овој Оддел, оформен е Судскиот совет што ќе го разгледува предметот (Член 27 § 1од Конвенцијата), согласно Правилото 26 § 1.

4. На 11 септември, 2001 година, Судот одлучи дека апликацијата е делумно неприфатлива, и реши да ја извести Владата за тужбата согласно Член 5 § 1 од Конвенцијата, во врска со сместувањето на подносителот во притворски центар додека се чекало на негово сместување во затворска клинка.

5. На 1 ноември, 2001 година, Судот изврши измени во составот на Одделите (Правило 25 § 1). Предметот е упатен до ново-формирианиот Втор Оддел (Rule 52 § 1).

6. На 4 декември, 2001 година, Владата достави забелешки за допуштеноста и основаноста на предметот, на кои што застапникот на Подносителот одговори на 18 февруари, 2002 година.

7. На 21 октомври, 2003 година е одржана јавна расправа за допуштеноста и основаноста на предметот во зградата за човекови права во Стразбур (Правило 59 § 3).

Пред Судот се појавија:

(a) *За Владата*

Г-дин R. BOCKER, Министерство за

Застапник

надворешни работи,

Г-га M. DE GROOT, Министерство за правда,

Адвокат

Г-га M. KUIJER, Министерство за правда,

Г-га L. VAN DER ZON, Министерство за правда,

Г-дин J. DE JONG, Министерство за правда

Советници

(b) *За Подносителот*

Г-ѓа L. POORTMAN-DE BOER,

Адвокат

Судот ги слушна обраќањата на г-дин Bocker и г-ѓа de Groot, и на г-ѓа Poortman-de Boer, како и нивните одовори на прашањата на Судот.

8. Согласно одредбите на член 29 § 3 од Конвенцијата, Судот одлучи истовремено да ги разгледа допуштеноста и основаноста на случајот.

ФАКТИЧКА СОСТОЈБА

I. ОКОЛНОСТИ НА СЛУЧАЈОТ

9. Подносителот е роден во 1956 година и живее во Ајндховен.

10. На 23 јуни 1994 година Регионалниот Суд на Сехертогенбос ('s-Hertogenbosch-arrondissementsrechtbank) утврдил дека подносителот е виновен за учество во насилен грабеж кој резултирал со тешки телесни повреди, и го осудил на 15 месеци затвор, намален за времето поминато во притвор. Исто така, утврдувајќи дека подносителот пати од ментални пореметувања и е опасен, Регионалниот Суд дополнително наредил подносителот да се смести во затворска клиника (во понатамошниот текст „наредба за ТБС" - *terbeschikkingstelling met bevel tot verpleging van overheidsweg*; з.п. *сместување со задолжително лекување*).

11. На 10 октомври, 1994 година, кога подносителот ја издржал затворската казна, стапила на сила наредбата за ТБС. Но, подносителот не бил префрлен во затворска клиника, бидејќи немало слободни места. Затоа, тој останал во притвор пред-сместување, во регуларниот притворен центар на Сехертогенбос.

12. Со цел да го забрза приемот во затворската клиника, подносителот покренал скратена граѓанска постапка против холандската држава. Тој ја повлекол тужбата откако бил префрлен во затворската клиника во Нијмегента на 28 декември, 1995 година.

13. На 8 февруари, 1996 година, подносителот покренал граѓанска постапка против холандската држава пред хашкиот Регионален Суд, со барање за оштета (*onrechtmatige daad*) во износ од 29,200 холандски гулдени (NLG), т.е. по 50 гулдени за секој поминат ден за време од десет месеци поминати во притвор пред-сместување додека чекал преместување во затворска клиника од 10 октомври 1994 год., и 100 гулдени за секој нареден ден сметано до 28 декември 1995 година.

14. Во пресудата од 24 јули, 1996 година, Регионалниот Суд утврдил дека доцнење од шест месеци за преместување во затворската клиника е прифатливо, односно дека холандската држава незаконски делувала само откако ова доцнење го надминало периодот од шест месеци. На подносителот му била доделена оштета во износ од 50 гулдени за секој ден поминат во притвор пред-сместување за периодот од 6-тиот до 10-тиот месец по 10 октомври 1994 година како и по 100 гулдени за секој нареден ден до 28 декември 1995 година, т.е. вкупно 20,100 гулдени. Судот го отфрлил барањето на подносителот за остатокот на сумата.

15. Холандската држава поднела жалба до хашкиот Апелациски суд (*Gerechtshof*). Подносителот поднел жалба (*incidenteel beroep*) во која го намалил барањето за оштета на 24,900 гулдени, така што повеќе не барал надоместок за првите три месеци поминати во притворот пред сместување, т.е. периодот од 10 октомври 1994 г. до 28 декември 1995 г.

16. Во пресудата од 20 март, 1997 година, Апелацискиот суд ја одбил жалбата на холандската држава. Но, Судот ја преиначил

пресудата од 24 јули, 1996 година, врз основа на жалбата што ја поднел подносителот, со која барањето за оштета на тужителот над 20,100 гулдени биле одбиени. Судот и наредил на холандската држава на подносителот да му исплати дополнителни 4,800 гулдени. Холандската држава поднела касациска жалба до Врховниот Суд.

17. На 5 јуни, 1998 година, Врховниот суд ја укинал пресудата од 20 март, 1997 година, и го вратил предметот назад до амстердамскиот Апелациони суд. Судот, *inter alia*, утврдил:

"3.3 Член 9 § 1 (б) од [1951] Законот за затвори (*Beginselewet Gevangeniswezen*) вели:

'Центрите за притвор имаат за цел: (б) сместување на сите други лица законски лишени од слобода со судска одлука, судска наредба или јавно овластување, доколку нема друго соодветно место за нивно сместување, или се додека не се овозможи нивно прифаќање во друго соодветно место.

Појдовната точка на разгледување...според тоа мора да биде дека продолжениот престој (на подносителот) во притворниот центар „се додека не се овозможи негово прифаќање во друго соодветно место“ е во принцип законски, со оглед дека се темели врз законот. И страните во спорот и Апелациониот суд го имаат истиот пристап.

Но, во случај кога не може повеќе разумно да се смета дека е оправдано од околностите несместувањето на одредено лице во затворска клиника, продолжувањето на притворот во притворен центар во тој случај мора да се смета за незаконско (Врховен суд 28 јуни, 1963 *Nederlandse Jurisprudentie* 1963, 480). Исто така и страните во спорот и Апелациониот суд го земаат тоа за појдовна точка. Следствено, Дел 1 (од касациската жалба) нема фактичка основа.

3.4.1 Апелациониот Суд, соочен со прашањето од кој момент започнува состојбата наведена во последниот пасос од 3.3, утврдил дека престојот (на лице што чека на прием во затворска клиника) не треба да биде подолг од три месеци, и дека, во отсуство на исклучителни околности, престојот (на подносителот) во притворниот центар во Сехертогенбос бил незаконски по истекот на периодот од три месеци. Деловите 2-9 (од касациската жалба) ги обжалуваат овие наоди и образложението на Апелациониот суд.

3.4.2 По разгледувањето на овие делови, исто така како прво мора да се каже дека оспорените наоди на Апелациониот суд се однесуваат на ситуација пред стапувањето на сила на Член 12 од Законот за затварање во затворска клиника на лица по наредба за ТБС (*Beginselewet verpleging ter beschikking gestelden*). ... оваа одредба стапи на сила на 11 јули, 1997 година. Во понатамошното разгледување, Врховниот суд ќе се осврне само на правната ситуација до 11 јули, 1997 година.

3.4.3 Во 1963 година, Министерот за правда формално се заложил пред Горниот дом на Парламентот дека сместувањето во затворска клиника на лица со наредба за ТБС и за кои е избрана затворска клиника ќе биде извршено осум недели по стапувањето на сила на таа наредба за ТБС...

Во писмото до Долниот дом на Парламентот од 3 јуни 1986 година, Државниот секретар за правда... изјавил дека таа не е во можност да ја исполни оваа заложба, со оглед на се поголемите листи на чекање.

Член 12 од Законот за затворање во затворски болници на лица со наредба за ТБС вели:

'1. Сместувањето (во затворска клиника) на лице за кое е издадена Наредба за ТБС се врши во период од шест месеци по датумот на кој што наредбата за ТБС стапува на сила.

2. Во случај кога Министерот, имајќи ги предвид условите наведени во Член 11 § 2 [на овој Закон], смета дека сместувањето не е можно во периодот одреден во првиот пасос, тој може секој пат да го продолжи овој период за три месеци.

3. Одлука за продолжување, согласно значењето во вториот пасос, е еднаква на одбивање да се одлучи во периодот наведен во првиот пасос.'

Во Меморандумот за објаснување на овој Член, *inter alia*, се вели:

'... во предложениот прв пасос на Член 12 се одредува временски рок од шест месеци во кој што мора да се изврши приемот. Овој временски рок е одреден врз основа на фактот дека, додатно на претходно прифатените упатства за максимален рок од дванаесет недели за прием по основ на ТБС, треба да се земе предвид и времето потребно за избор на институција, консултации со предвидената институција што треба да изврши прием и донесувањето на одлуки во Министерството.

Во 1986 година, мојот претходник го повлече горе наведениот рок од дванаесет недели бидејќи, како резултат на недоволните капацитети во затворските клиници, вклучително и во Институтот Др. F.S. Meijers (за судско психијатриско набљудување), истиот повеќе не може да се почитува.

Во догледно време, не може да се очекува дека сите лица за кои е издадена Наредба за ТБС ќе можат да бидат примени во затворска клиника избрана за нив во наведениот временски период. Предложениот втор пасос на Член 12 затоа ја отвара можноста за последователно продолжување на шест месечниот период за три месеци.'

3.4.4 Следното мора да се заклучи од изјавите на Министерот и Државниот секретар за правда. По 1963 година, Владата наводно претпоставувала дека заложбите дадени во 1963 година се однесуваат на времето потребно за избор на институција и прием на лица што чекаат прием во затворска клиника, и дека овој период нема да го надмине максимумот од дванаесет недели. Државниот секретар „ја повлекол“ оваа заложба во 1986 година, врз основа на „недоволните капацитети во затворските клиници, вклучително и Институтот Др. F.S. Meijers". Следи дека, во случаи кога горенаведениот недоволен капацитет не се зема предвид, појдовната точка е дека **постапката** за избор и прием на лица со наредба за ТБС, во принцип, не треба да земе повеќе од три месеци. Последиците од недоволен капацитет и други околности што можат да влијаат врз пролонгирање на приемот се разгледани во пос. 3.4.5 - 3.4.10.

Но, во светло на претпоставениот стандард даден во 3.3 не може да се каже дека надминувањето на временскиот рок од три месеци само по себе доведува до

незаконитост согласно Член 9 § 1 (б) од Законот за затвори [1951] на инаку законски одреден притвор во притворен центар. Ваквата ситуација настанува само кога повеќе не може разумно да се тврди дека несметувањето на лицето во затворска клиника може да се оправда со околностите. Само во тој случај може да се каже дека, и покрај правната основа за натамошно држење во притворски центар на лицето со Наредба за ТБС, натамошното траење на тој притвор е спротивно на тоа што се смета за соодвено општествено однесување согласно напишаното (обичајно) право. (*in strijd is met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt*).

3.4.5 За предмети како овој, напишаното право го вели следното

Прво што мора да се каже за наредбите за ТБС во предмети како овој е дека тие почнуваат да течат од датумот на предвремено отпуштање и дека Министерот за правда, согласно Член 4 на Правилата за извршување на ТБС (*Reglement tenuitvoerlegging*) (што се на сила до 2 октомври 1997 г.), требал да одлучи 'што е порано можно за приемот во затворска клиника кој има за цел извршување на наредба за затворање. Но, тоа не значи дека Министерот за правда бил обврзан во кое било време да го обезбеди капацитетот што е потребен за лица за кои е издадена наредба за ТБС. Одредена неусогласеност помеѓу расположливиот и потребниот капацитет дури е и прифатлива од гледна точка на ефикасно расходување на финансиските средства. Веќе е јасно во 3.4.3 дека Министерот за правда, дозволувајќи одолжување од 12 недели во 1963 година, однапред го зел предвид фактот дека ова одолжување нема да биде доволно во сите случаи.

Потоа, треба да се забележи дека Член 12 на Законот за затворање во затворски клиника на лица за кои има издадено Наредба за ТБС стапи на сила на 11 јули 1997 година. Во оваа одредба, со идентичната формулација од Предлог законот поднесен на 12 октомври, 1993 година, појдовната точка е пролонгирањето на приемот, континуирано подложен на продолжување, за шест месеци. Ставовите на Владата и Парламентот во текот на усвојувањето на горенаведениот Закон се релевантни за преиспитување на прашањето за периодот на пролонгирање на престојот во притворниот центар додека се чека на прием во затворската клиника наменета за односните лица, што општо земено, може да се смета за оправдано во дадените околности, и со тоа за општествено прифатливо.

Со горе наведеното, и со оглед на разгледувањето дадено во 3.4.4, ставот на Врховниот Суд е, дека по истекот на затворската казна, притворот пред сместување во притворен центар за период од шест месеци на лице за кое е издадено наредба за ТБС и кое чека на прием во затворска клиника одредена за него, не може да се смета за законски. Период подолг од шест месеци е незаконски, освен во случај на посебни околности наведени подолу во 3.4.7.

3.4.6

3.4.7 Во дел 6 [од аргументите на касациската жалба] се вели дека Апелациониот суд не прифатил дека правењето разлика помеѓу општи околности, кои можат да бидат релевантни за периодот на чекање на притвор во затворска клиника од три месеци, и посебни околности кои можат да бидат релевантни за периодот по три, е компатибилно со стандардот даден во пресудата на Врховниот суд од 28 јуни, 1963 година ((NJ 1963, 480)

Аргументот е неиздржан. Надминувањето на максималниот временски рок за доцнење на приемот може да се оправда само врз основа на посебни околности што ги предочува Државата и во случај на докажан спор во врска со односното лице

и/или државата – како на пример, случајни или серозни неусогласености помеѓу расположливите и потребните капацитети за лица со наредба за ТБС.

3.4.8

3.4.9

3.4.10 Бидејќи државата не презентирала какви било посебни околности, наведени во 3.4.7, од горенаведеното следи дека притворот на [подносителот] во притворниот центар Сехертогенбос мора да се смета за незаконски од моментот кога изминал периодот од шест месеци од неговиот престој таму, чекајќи прием [во затворската клиника].

3.4.11

3.4.12 Дел 10 [од тезите на касациската жалба] во врска со причините [што ги дава Апелациониот суд за одбивање на аргументите на државата во врска со износот на компензацијата од 50 гулдени и 100 гулени на ден што ја одредил Регионалниот суд] е добро поставен. Државата оспорува... врз основа дека не може веднаш да се побие, дека завршниот датум на ТБС се менува со поместување на почетниот датум. Со игнорирање на тоа, Апелациониот суд не дал доволна аргументација за овој негов спореден наод.

3.4.13 Дел 10 исто така го објалува и следното - дека Апелациониот суд користел неправилен стандард при одредување на оштетата/надоместот, претпоставувајќи дека престојот (на подносителот) во притворниот центар може во најдобар случај да се спореди со случај кога осомничено лице престојува повеќе време во притвор пред судење од тоа што е оправдано. И овој дел од жалбата е добро аргументиран. Незаконитоста на притворот во притворниот центар по шест месеци не произлегува од продолженото лишување од слобода, туку од тоа што лекарскиот третман во затворска клиника одредена за тоаа цел не почнал навреме. Споредбата што ја прави Апелациониот суд не одговара на природата на овој вид незаконитост и надомест за не-паричната штета што резултира од тоа. Посоодветно е да се одреди опфатот на штетата според принципот на правичности земјаќи ги во предвид сите околности на случајот, вклучително и времетраењето на продолжениот престој во притворен центар на лице кое чека на прием во затворска клиника и можното влијание што тоа може да го има врз (можностите за) лекувањето.

18. На 10 јануари, 1999 год. истекла наредбата за ТБС за подносителот. Јавниот обвинител не побарал продолжување на наредбата.

19. Во пресудата од 25 февруари, 1999 г. амстердамскиот Апелациони суд ја преиначил пресудата на хашкиот Регионален суд од 24 јули, 1996 година во делот каде што што на подносителот му била доделена оштета од износ од 20,100 гулдени. На подносителот му доделил оштета од 11,250 гулдени, ги отфрлил другите барања, и го потврдил останатиот дел на пресудата од 24 јули 1996 година.

20. Амстердамскиот Апелациони суд утврдил дека доцнењето на приемот на подносителот во затворска клиника претставува незаконски акт во делот што се однесува за периодот по надминувањето на шесте месеци. Судот сметал дека подносителот не

успеал да покаже дека во овој случај имало посебни околности заради кои доцнењето над три месеци само по посебе претставува незаконски акт. Судот се согласил со двете странки во постапката дека не може да се утврди, во конкретна смисла, кои се последиците во однос на лекувањето од продолжениот престој на подносителот во притворниот центар. Врз основа на извештајот од 5 декември, 1996 година на Народниот омбудсман, Апелациониот суд исто така утврдил дека по тоа прашање не може да се дојде до генерално убедлив заклучок. Судот не заклучил дека, во случајот на подносителот, доцнењето на приемот имало значително и сериозно влијание врз можностите за негово лекување.

21. Што се однесува до одлуката за оштета што треба да му се додели на подносителот, Судот утврдил дека таа треба да се одреди на правична основа и со земање предвид на сите околности во случајот. Апелациониот суд сметал дека износот од 1, 000 гулдени за секој месец над шест месеци претставува соодветна компензација за чувството на немир и фрустрација на подносителот. Сметајќи за утврдено дека чувството на немир на подносителот се интензивирало со текот на времето, чекајќи на приемна затворска клиника, Судот исто така утврдил дека со текот на времето му е направена значителна нематеријална штета. Во тој поглед, Судот сметал дека тромесечно зголемување од 250 гулдени на основниот месечен износ за секоја прилика е, во дадениот случај, во согласност со условите за правична оштета. Следствено, Судот го утврдил вкупниот износ на оштетата на 11,250 гулдени.

22. Судот ја отфрлил тезата на подносителот дека оштетата треба да се пресметува по ден. Апелациониот суд се согласил со Државата дека таквото утврдување на штета во случаи како овој, каде што незаконитоста не произлегува од лишувањето од слобода како такво, сугерира степен на прецизност кој не може реално да се поткрепи.

II. РЕЛЕВАНТНО НАЦИОНАЛНО ЗАКОНОДАВСТВО И ПРАКТИКА

23. Релевантните одредби на холандскиот Кривичен законик (*Wetboek van Strafrecht*), на сила во тоа време, го велат следното:

"Член 13

1. Лице осудено на затворска казна, а кое врз основа на несоодветен развој или патолошки пореметување на умствените способности ги исполнува условите за тоа, може да биде сместено во судска институција (*justitiële inrichting*) за грижа (*verpleging*) на лица на кои им се издава наредба за ТБС; во такви случаи, членовите 37ц, 37д и 37 е се применуваат по аналогија...

Член 37

1. Судија може да нареди едно лице, кое поради несоодветен развој или патолошки пореметување на умствените способности не може да се држи на одговорност за одредено кривично дело, да биде упатено во психијатриска болница (*plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis*) за период од една година, но само во случај кога лицето претставува опасност сам за себе, за други лица и за општата безбедност на лица или сопственост...

Член 37а

1. Судијата може да издаде наредба за ТБС (*terbeschikkingstelling*) за осомничено лице чии што ментални способности се несоодветно развиени или патолошки пореметени во времето на извршување на кривичното дело доколку:

1° стореното кривично дело, согласно со законската дефиниција, подразбира затворска казна за сторителот од најмалку четири години и доколку кривичното дело е дефинирано во Членовите 132, 285 § 1, 318, 326а или 395 на Кривичниот законик, во Член 175 § 2 на Законот за безбедност во сообраќајот од 1994 година (*Wegenverkeerswet*), Членот 11 § 2 на Законот за опиум (*Opiumwet*), или Член 432, точка 3°, на Кривичниот законик, и

2° наведената мерка е потребна во интерес на безбедноста на други лица и општата безбедност на лица и сопственост.

2. При примената на Пара. 1, судијата може да се воздржи од изрекување казна, дури и ако утврди дека осомниченото лице може да се држи на кривична одговорност за кривичното дело.

3. При издавањето наредба наведена во Пара. 1, судијата ќе ги земе предвид изјавите содржани во извештаите што се однесуваат на личноста на осомниченото лице, и ќе ги ја земе предвид тежината на стореното кривично дело и бројот на претходни осудувања за казниви кривични дела.

4. Пара. 1 на овој Член и Член 37 § 1 можат заедно да се применат за исто кривично дело.

Член 37б

1. Судијата може да издаде наредба лицето подложно на Наредба за ТБС да биде затворено во затворска клиника доколку тоа е потребно во интерес на безбедноста на други лица или општата безбедност на лица и сопственост

Член 37с

1. На лица со наредба за ТБС ќе им биде овозможено лекување во затворски клиници согласно правилата што се одредуваат со Извршна одлука (одлука на влада) (*algemene maatregel van bestuur*).

2. Министерот за правда обезбедува дека сите лица со наредба за ТБС кои се сместени во затворска клиника ќе го добијат потребното лекување. За одредени пациенти, Министерот може да издаде посебни инструкции до Раководителот на затворската клиника во интерес на безбедноста на други и општата безбедност на лица и сопственост.

3. Правилата што се утврдуваат согласно Пара. 1 содржат и одбредба за лицата со наредба за ТБС да можат да ги обжалат одлуките со кои се ограничува нивната слобода на движење или кореспонденција, или нивното право да имаат посета.

Article 37d

1. Лица со наредба за ТБС можат да бидат затворени во следните институции, под услов Министерот за правда да ги има одредено за таа цел:

- a. Приватни институции раководени од правни лица од Холандија;
- b. Државни институции.

2. Се претпочита лекувањето да се врши во приватни институции...

Член 37е

Трошоците за сместувањена лицата со наредба за ТБС ќе бидат на товар на Државата доколку за тоа не постои друга одредба во или согласно друг парламентарен закон. Правилата во врска со плаќањето на сместувањето во сите други освен државните институции се уредуваат со Извршна одлука (владина одлука).

19. Наредбата за ТБС со кое лицето се сместува во затворска клиника нема за цел да казнува, туку да го заштити општеството од каков било ризик од односното лице. Во практика, се издава во случаи на убиство, убиство од небрежност, силување и други тешки насилни кривични или сексуални злодела. Наредбите за ТБС првично се издаваат за период од две години и можат да се продолжат од страна на судија за додатен период од една или две години кога тоа го налага безбедноста на други лица или општата безбедност на лицата и сопственоста (Член 38d на Кривичниот законик). Вкупното времетраење на наредба за ТБС не може да го надмине периодот од четири години, освен ако не е издадена врз основа на кривично дело против, или кое претставува опасност по, физичкиот интегритет на едно или повеќе лица. Во тој случај, не постои принцип на ограничување на бројот на продолжувања што судијата може да ги одобри. (Член 38е на Кривичниот законик).

25. Одредбите во врска со постапката за продолжување на наредба за ТБС се дадени во Членовите 509o - 509x од Законот за кривична постапка (*Wetboek van Strafvordering*). Член 509o § 1 одредува дека Јавното обвинителство (*openbaar ministerie*) може да поднесе барање (*vordering*) за продолжување на наредба за ТБС не порано од два месеци и не подоцна од еден месец пред датумот на кој што истекува наредбата. Барањето мора да биде пропратено со нова и образложена препорака што ја подготвува затворската клиника каде што односното лице се лекува. (Член 509o § 2 ЗКП). Надлежен да одлучува по ваквото барање е Регионалниот суд каде што е судено односното лице во прва

инстанца за кривичното дело заради кое е издадена наредбата за ТБС. (Член 509p).

26. Согласно Правилата за извршување на наредбата за ТБС (*Reglement tenuitvoerlegging terbeschikkingstelling*; "РТЗА ТБС") кои биле на сила во тоа време, обвинителството мора да го информира Министерот за правда, што е порано можно, за каква било судска одлука за издавање наредба за ТБС за сместување во затворска клиника (Член 3 од Правилата). Согласно Член 4 од Правилата за извршување, Министерот мора да одлучи, што е можно поскоро, во која затворска клиника да се смести односното лице, земајќи ги предвид достапните информации за психолошкото испитување и набљудување на односното лице, препораките за лекување на менталното заболување, кривичниот предмет, можностите за лекување, безбедносните услови и личните желби на односното лице.

27. Затворските клиници, седум во тоа време, се институции со највисок степен на безбедност, со оглед на тоа што се сметало дека лицата што биле сместувани таму претставувале голема опасност за општеството и за самите себе. Целта на лекувањето што го нуделе овие клиници била да се намали оваа опасност и да се спречи рецидивизам. Лекувањето се прилагодувало на индивидуалните пореметувања и личноста и имала за цел да им помогне на лицата со наредба за ТБС да го согледаат и да го контролираат нивното однесување, да им укаже на нивната одговорност и соодветно да го прилагоди нивното однесување за да повеќе не претставуваат закана за општеството.

28. Со оглед на разликите помеѓу различните институции во однос на степенот на безбедност, популацијата на пациенти (пол, психијатриска дијагноза на пациентите и нивната способност да функционираат во групи, итн.), методите на лекување и просечниот престој на пациентите – во повеќето случаи на одлуката за избор на најсоодветна затворска клиника и претходи седум неделен период на психијатриско набљудување во Институтот Dr F.S. Meijers, судско-психијатриска институција за набљудување, специјализирана во тоа поле.

29. Правната основа за притвор пред сместување е дадена во Член 9 на Законот за затвори од 1951 година (*Beginselewet gevangeniswezen*). Оваа одредба, на сила во тоа време, вели:

"Центрите за притвор имаат за цел:

a. Сместување на оние кои мораат да издржуваат казна затвор или воен затвор;

b. Сместување на сите други лица законски лишени од слобода со судска одлука, судска наредба или јавно овластување, доколу нема друго соодветно место за нивно сместување или се додека не се овозможи нивен прием на друго соодветно место."

30. Во пресудата од 28 јуни 1963 година, Врховниот суд утврдил дека Член 9 § 1 (b) на Законот за затвори од 1951 година исто така ги покрива ситуациите каде што лица за кои е издадена наредба за ТБС за сместување во затворска клиника се сместени во притворен центар додека чекаат на одлуката во која конкретна затворска клиника ќе треба да бидат сместени, и дека таквиот притвор во притворен центар е во принцип законски, со оглед на тоа дека има законска основа. Но, Судот на тоа го додал и следното: од тоа толкување не следи дека таквото – во принцип – законско притворање би продолжило да биде законско доколку не може повеќе разумно да се тврди дека околностите и натаму го оправдуваат несместувањето на односното лице во затворска клиника (*Nederlandse Jurisprudentie* (Netherlands Law Reports) 1963, 480).

31. Во извештајот на Народниот правобранител бр. 96/575 од 5 декември 1996 година, се вели дека, во принцип, со оглед на периодот од седум недели за набљудување и периодот од неколку недели за процесот на избор на клиника и административната постапка, доцнењето од три месеци од датумот на кој што осуденото лице се стекнало со право за предвремено отпуштање до датумот на прием во затворска клиника е прифатливо. Уважувајќи дека не може целосно да се исклучи повремениот неусогласеност помеѓу расположливиот и потребниот капацитет на затворските клиници, Народниот правобранител исто така утврдил дека и додатно доцнење, но никако не подолго од три месеци, се уште може да се смета за прифатливо. Но, со оглед на одговорноста на Министерот за правда за соодветно планирање на капацитетите, Народниот правобранител нагласува дека повикувањето на *force majeure* може да биде прифатливо само доколку Министерот тоа може да го поткрепи со непредвидени околности поради кои што продолжениот период на притвор пред сметување не може да се избегне.

32. На 1 октомври, 1997 година, на сила стапиле Членовите 1-11 и 13-80 од Законот за задржување во затворска клиника за лица со наредба за ТБС. (*Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden*). Членот 12 од овој Закон стапил на сила претходно, на 11 јули 1997 година.

33. Член 12 на овој Закон утврдува дека лицето со наредба за ТБС мора во рок од шест месеци од стапувањето на сила на наредбата да биде примено во затворска клиника. Овој период може да го продолжи Министерот за правда, секој пат за додатен период од три месеци, доколку сместувањето се покаже како невозможно.

III. РЕЛЕВАНТНИ МЕЃУНАРОДНИ МАТЕРИЈАЛИ

34. Во извештајот од 15 јули, 1993 година на Европскиот Комитет за спречување тортура и нечовечно однесување ("СРТ") за посетата на

Холандија од 30 август до 8 септември 1992 година (СРТ/Inf (93)15), се вели:

"130. ... делегацијата исто така се сретна со (на пример, во затворите De Schie, De Singel и FOBA)со неколку машки и женски затвореници со одлука за лекување (на пример со наредба за ТБС),во неколку случаи донесена многу одамна, кои се уште не се префрлени поради недостаток на слободни места.

СРТ би сакал да ги добие коментарите на холандските власти на оваа тема.

35. Во одговорот на извештајот на СРТ (СРТ/Inf (93)20), холандската Влада изјавила:

"Порастот на бројот на лица со наредба за ТБС ги става под голем притисок постојните капацитети, предизвикувајќи пораст на бројот на затвореници кои чекаат префрлување во ТБС клиника.Холандската Влада го дели ставот на СРТ дека таквите затвореници треба да се сместат во соодветна болничка установа во разумен временски рок. Но, состојбите се променети од посетата на делегацијата.Се вовеле програма за зголемување на капацитетите со градежни проекти и отворање повеќе места во постојните установи, а во одредени ТБС клиници се додадени диспанзерски оддели за лекување, на тој начин проширувајќи ги можностите за предвременоусловно отпуштање.Овие мерки значително ќе го намалат времето на чекање“.

36. Во извештајот на СРТ од 29 септември 1998 година, по втората посета на Холандија од 17 до 27 ноември 1997 година (СРТ/Inf (98)15), се вели:

"111. Од почетокот на 1990-те, холандските власти се соочуват со значителен пораст на ТБС наредби, проблем што додатно се влошува со продолжување на престојот – повеќе од шест години – на околу 160 лица во ТБС системот.Како резултат на тоа, бројот на лица кои во затвор чекаат прием во ТБС установи е во пораст – од 26 во 1991 година до преку 200 во времето кога СРТ ја вршеше втората периодична посета.Како одговор на оваа состојба,холандските власти одлучија да го зголемат бројот на ТБС места, со цел да се постигне капацитет од 1000 во 1999 година.Но, СРТ нагласува дека во писмото испратено до Долниот дом на Парламентот на 2 април, 1998 година...Министерот за правда укажал дека недостатокот на места во 2002 година се проценува на 340.

Во Холандија постои загриженост за состојбата на лицата кои во затвор чекаат преместување во ТБС институција.За време на овој период на чекање, што моментно во просек изнесува 9 месеци, односните лица не го добиваат потребното лекување, и како што се укажува, тоа доведува до ситуација што е многу веројатно да предизвика чувства на вознемиреност, недоверба во самите себе и лутина кај тие лица. Додатно на тоа, а со оглед дека тие се сметаат за опаски, овие лица се соочуваат со сериозен ризик да бидат ставени под рестриктивен режим во затворите каде што времено се држат."

37. Во одговорот на извештајот на СРТ (СРТ/Inf (99)5), холандската Влада го информира СРТ за мерките што холандските Власти ги презеле со цел надминување на тешкотиите предизвикани со големиот број затвореници кои чекаат на прием во затворски клиници, и за мерките што се преземени за да се обезбеди дека таквите затвореници добиваат барем минимумот соодветно лекување додека

чекаат да бидат примени. Според холандските Власти, се преземаат напори за подобрување/забрзување на протокот на ТБС пациенти до матичните психијатриски болници, а со новата законска одредба за условно укинување на ТБС наредбите се очекува и зголемување на протокот на ТБС пациенти и намалување на бројот на пациенти кои влегуваат во затворски клиници.

38. Владата понатаму го информира СРТ дека долгите листи на чекање за место во затворските клиници ќе продолжи да постои се додека не се реши проблемот со капацитетите, но и дека на неколку места се започнати експерименти каде што на затворениците што чекаат прием во затворски клиници им се овозможува специјален психијатриски третман во обичните затвори. Во овие експерименти, терапевтите при судските одделенија за надворешни пациенти понудиле еден вид на подготвителна терапија чија што цел е намалување на вознемиреноста околу евентуалниот ТБС третман и намалување на растечкото непријателство што овие лица го чувствуваат кон правосудниот систем. Според Владата, почетните резултати од тие експерименти биле охрабрувачки, т.е. дека инволираните лица – терапевти, затворски работници и затвореници – сите позитивно одговориле, и дека се зголемувало побарувањето од страна на затворениците што чекаат прием во ТБС установа за овој вид на поддршка. (стр. 40-41).

ПРАВОТО

I. СТАТУС НА ЖРТВА НА ПОДНОСИТЕЛОТ

39. Пред да се осврне на суштината на тужбата, Судот прво треба да оцени дали и до кој степен подносителот и натаму продолжува да биде жртва на наводната повреда на Конвенцијата, во рамките на значењето на Член 34.

40. Владата тврди, осврнувајќи се на наодите од пресудата на Врховниот суд од 5 јуни, 1998 година, и последователната пресуда од 25 февруари 1999 година на амстердамскиот Апелациски суд, дека националните власти утврдиле дека притворот пред сместување станал незаконски по шест месеци, и на лицето му доделиле финансиска оштета за периодот поминат во притвор пред сместување од 10 април 1995 година до 28 декември 1995 година. Според тоа, Владата смета дека подносителот неможе повеќе, или барем не во однос на времето поминато во притвор пред сместување по 10 април 1995 година, да се смета за жртва.

41. Подносителот го оспори овој аргумент. Тврди дека едно лице не престанува да биде жртва на наводната повреда на Конвенцијата само заради тоа што на национално ниво му е доделена оштета. Згора на тоа, не му била доделена оштета за отсуството на третман/лекување во притворот.

42. Судот потврдува дека одредена одлука или мерка во полза на подносителот не е во принцип доволна за да го лиши лицето од статусот на „жртва“, освен ако националните власти не признаат, отворено или во суштина дека ја повредиле Конвенцијата, а потоа тоа и го исправаат, (види *Burdov v. Russia*, no. 59498/00, § 31, ECHR 2002-III).

43. Судот нагласува дека амстердамскиот Апелациски суд, во пресудата од 25 февруари 1999, а во согласност со наодите на Врховниот суд, утврдил дека времето што подносителот го минал во притвор над шест месеци е незаконски, и на таа основа му доделил на подносителот оштета од 11,250 гулдени (5,105.03 евра - "EUR").

44. Судот прифаќа дека подносителот, што се однесува до времето поминато во притвор над шест месеци, не може повеќе да тврди дека е жртва во смисла на значењето на Членот 34 од Конвенцијата, со оглед дека домашните судови признале, во основа/суштина, дека неговото право на слобода и безбедност, гарантирано со Член 5 од Конвенцијата било повредено со тоа што утврдиле дека неговиот притвор станал незаконски по изминувањето на шест месеци. Исто така, амстердамскиот Апелациски суд, врз основа на овие наоди, доделил надокнада во вид на финансиска оштета која што, со оглед на околностите на случајот, може да се смета за соодветна и доволна.

45. Но, со оглед на тоа дека националните судови не ги утврдиле за незаконски првите шест месеци од притворот на подносителот, Судот смета дека подносителот се уште може да истапи со тврдење дека е жртва на повреда на Член 5 § 1 од Конвенцијата за тој период.

II. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕН 5 § 1 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

46. Подносителот смета дека притворот пред сместување кој започнал од 10 октомври 1994 година, кога стапила на сила наредбата за ТБС, или алтернативно, од 10 јануари 1995 година, кога имал поминато три месеци во притвор, значи повреда на неговите права согласно Член 5 од Конвенцијата. Таа одредба, во релевантните деловите, го вели следното:

" Секој има право на слобода и сигурност . Никој не смее да биде лишен од слобода, освен во законска постапка, во долу наведените случаи:

- а). издржување на казна затвор по осудувачка пресуда на надлежен суд;
- е) Законски притвор ментално оболени лица..

А. Допуштеност

47. Судот нагласува дека оваа тужба не е очигледно неоснована во смисла на значењето на Член 35 § 3 од Конвенцијата. Исто така, Судот нагласува дека таа не е недопуштена ниту по друг основ. Следствено, таа мора да се прогласи за допуштена

В. Суштина на предметот

1. Аргументите на страните во спорот

48. Владата тврди дека треба да се прави разлика помеѓу овој случај и случајот *Aerts v. Belgium* (пресуда од 30 јули 1998 г., *Reports of Judgments and Decisions 1998-V*) каде е утврдено дека апликантот не бил кривично одговорен врз основа на менталното пореметување, односно дека неговото лишување од слобода се темелел исклучиво врз Член 5 § 1 (е) од Конвенцијата. Затворот на г-дин Бранд пак, е резултат на осудителната пресуда и според тоа е определен според Член 5 § 1 (а).

49. Според Владата, а во контекст на пресудата од 23 јуни, 1994 год. на сехертогенбоскиот Регионал суд, и двете точки (а) и (е) од Член 5 § 1 од Конвенцијата се основа за притор на подносителот. Во таа пресуда, што претставува основа за лишување од слобода на подносителот, Регионалниот суд утврди дека подносителот сноси кривична одговорност за кривичните дела за кои е осуден, и на истиот му е одредена казна затвор. Утврдувајќи дека тој боледува од ментално пореметување, како резултат на што тој претставува закана по безбедноста на други лица и/или безбедноста на сила и сопственост, Регионалниот суд, додато на оваа казна, исто така издал и наредба за ТБС, што не претставува казнена мерка, и чија што цел е заштита на општеството од опасноста предизвикана од менталното пореметување. Затворската казна, која што требало прво да се изврши, е во врска со делот од кривичното дело за кое е утврдено дека подносителот сноси кривична одговорност, а наредба за ТБС за делот за кој тој не може да се смета за кривично одговорен. Членот 9 од Законот за затвори од 1951 година ја дава правната основа за местото во кое подносителот, по издржувањето на затворската казна, требало да биде сместен чекајќи на прием во затворска клиника.

50. Владата нагласува дека ТБС наредбите имаат две основни цели. Од една страна, со лишување на одноското лице од слобода, наредба за ТБС има за цел заштита на општеството од опасноста што лицето ја претставува за истото. Тоа значи дека штом ќе се издаде наредба за ТБС, нејзиното законско продолжување не се однесува само на одредбата за лекување. Едно лице може сосема законски да се лиши

од слобода со наредба за ТБС само од безбедносни причини (од т.е. наредба заради спречување на рецидивизам), дури и ако воопшто не се предидува лекување. Од друга страна пак, строгоста на наредба за ТБС се оправдува токму со фактот дека таа не била ограничена само на притвор, туку вклучувала и одредба за неџа и лекување.

51. Според Владата, самата природа на наредба за ТБС наметнува потреба од изнаоѓање рамнотежа на спротиставените интереси во случаи каде што односните лица не можеле да бидат примени во затворска клиника веднаш по издржувањето на затворската казна. Во врска со тоа, Владата објаснува дека непредвиденото и значително зголемување на издадени ТБС наредби, заедно со диспропорционално малиот број на отпусти од затворските клиники, довело до зголемен број на лица во притвор пред сместување. Како резултат на политиките насочени кон подобрување на сосотојбите, преку зголемување на ефикасноста и ефективноста на протокот и отпустот на лица со соодветна наредба за ТБС, капацитетот на затворските клиники се зголемил од 994 во 1998 година до 1,264 во 2002 година.

52. Владата дополнително го наведува ставот на Врховниот суд дека одреден степен на неусогласеност помеѓу расположливите капацитети во затворските клинки и потребните капацитет треба да се смета за прифатлив, со оглед на потребите да се администрира и избалансира јавната потрошувачка. Со оглед на двојната цел на наредба за ТБС и можноста за сместување во притвор пред сместување во затворски центар дадена во Член 9 од Законот за затвори од 1951 година, одреден период на притвор без обезбедено лекување не е сам по себе незаконски. Од друга страна, со оглед на тоа дека другата цел на наредба за ТБС било лекување на менталното пореметување на односното лице, било важно лекувањето да започне што е порано можно.

53. Владата е на став дека, со оглед на целта на наредба за ТБС издадена во конкретниот случај не само за да овозможи неџа и лекување на подносителот, туку и за да се заштити јавноста, постои доволно силна врска помеѓу основноста на притворот на подносителот, и местото и околностите на притворот, во периодот кога наредбата за ТБС стапила на сила, а подносителот се уште не бил примен во затворска клиника. Осврнувајќи се на наодите на Судот во предметот *Bizzotto v. Greece* (пресуда од 15 ноември 1996 година, *Reports* 1996-V, pp. 1738-1739, §§ 31-35), Владата заклучува дека притворот пред сместување на подносителот не треба да се смета противен на Член 5 § 1 од Конвенцијата.

54. Подносителот е на став дека неговото лишување од слобода до 10 октомври 1994 година било законски по осудувачката пресуда од надлежниот суд и следствено во согласност до Член 5 § 1 (а) на Конвенцијата. Но, од 10 октомври, 1994 година, кога стапила на сила

наредбата за ТБС– која нема казнена природа и е издадена врз основа на наодите дека тој боледувал од ментални пореметувања – притворот повеќе не потпаѓал под Член 5 § 1 (а), туку Член 5 § 1 (е).

55. Потпирајќи се врз наодите на Судот во предметот *Aerts v. Belgium* (цитиран погоре) каде што е утврдено дека мора да има некаква врска помеѓу основата што дозволува лишување од слобода, и местото и условите на лишувањето од слобода, и дека, во принцип, „лишувањето од слобода“ за лице како пациент со ментални проблеми е „законит“ согласно целите на точка (е) од Пара. 1 само ако се спроведува во болница, клиника или друга соодветна институција (стр. 1961-62, § 46), подносителот смета дека неговиот притвор станува незаконски од 10 октомври, 1994 година.

56. Според подносителот, намерата на сехертогенбоскиот Регионален суд била, по издржување на затворската казна, тој да се подложи на лекување во затворска клиника, а не да остане без лекување во притворен центар. Со оглед дека не постои врска помеѓу неговиот притвор преку сместување во обично крило на затворст, без каква било нега и лекување, и целите на неговото лишување од слобода, т.е. тој да се лекува во затворска клиника со цел повеќе да не претставува закана за општеството, се повредени неговите права согласно Член 5 § 1 (е).

57. На крај, подносителот смета дека престојот во притворен центар на лица за кои е утврдено дека се ментално оболени и дека имаат потреба од лекување треба да се смета за неприфатлив, без оглед на времетраењето на таквиот притвор.

2. Проценка на судот

58. Судот повторува дека Членот 5 § 1 на Конвенцијата содржи конечен список на основи врз кои се дозволува лишувањето од слобода. Но, примената на еден основ не мора да исклучува примена и на друг основ; зависно од околностите, лишувањето од слобода може да биде оправдано со повеќе од една точка (види *Eriksen v. Norway*, пресуда од 27 мај, 1997 г., *Reports* 1997-III, p. 861, § 76).

59. Судот смета дека во дадениот случај, лишувањето од слобода на подносителот се темели врз пресудата на сехертогенбоскиот Регионален суд од 23 јуни, 1994 година, со која што подносителот е осуден за кражба со тешки телесни повреди, и за што добил затворска казна и наредба за ТБС. Оваа наредба, чија што првобитна валидност била од две години и опфаќа сместување во затворска клиника, стапила на сила на 10 октомври, 1994 година. И покрај тоа што на тој датум подносителот ја има издржано затворската казна, наредниот период на неговото лишување од слобода останува покриен со пресудата од 23 јуни, 1994 година. Следствено, притворот на подносителот помеѓу 10

октомври, 1994 година и 10 октомври, 1996 година, паѓа под опфат на точките (а) и (е) од Член 5 § 1 од Конвенцијата.

60. Според тоа, мора да се утврди дали притворот пред сместување на подносителот помеѓу 10 октомври 1994 година и 10 април 1995 година бил “во согласност со законски утврдена процедура“ и „законит“ во смисла на значењето на Член 5 § 1 од Конвенцијата. Тука, Конвенцијата во основа утврдува обврска за националното законодавство и државите да ги почитуваат материјалните и процедуралните правила. Повторувајќи дека националните власти, особено судовите, се тие кои во прва рака треба да го толкуваат и применуваат домашното законодавство, (види *Bouamar v. Belgium*, пресуда од 29 февруари 1988 г., Series A no. 129, p. 21, § 49), Судот прифаќа дека, во светло на пресудата на Врховниот суд од 5 јуни, 1998 година и пресудата на амстердамскиот Апелациски суд од 25 јуни, 1999 година, периодот на лишувањето од слобода пред сместување под болнички надзор бил незаконит според домашното законодавство.

61. Но, за целите на Член 5 на Конвенцијата, законитоста согласно домашното законодавство за притворот пред сместување на подносителот не е сама по себе одлучувачка. Мора исто така да се утврди дали неговиот притвор пред сместување во болнички центар во релевантниот период била со согласност со целите на Член 5 § 1 од Конвенцијата, цо цел да се спречи лишувањето од слобода на луѓе на произвилен начин. (види *Witold Litwa v. Poland*, no. 26629/95, §§ 72-73, ECHR 2000-III).

62. Иако е вистина дека Судот во претходни случаи има утврдено дека мора да има врска помеѓу основата за дозволеното лишување од слобода и местото и условите на лишувањето, и дека, во принцип, „лишувањето“ за лице како пациент со ментални проблеми е „законит“ според целите на точка (е) од Пара. 1 само ако се извршува во болница, клиника или друга соодветна институција (види *Hutchison Reid v. the United Kingdom*, бр. 50272/99, § 48, ECHR 2003-IV, со додатни референци), Судот, во дадените околности на овој предмет, не може да го прифати аргументот на подносителот дека непримањето во затворска клиника на 10 октомври, 1994 година, автоматски го прави „незаконит“ неговиот притвор, согласно Член 5 § 1 од Конвенцијата.

63. Во врска со тоа, Судот пред се смета дека – со оглед на разликата помеѓу затворската казна, која е казнена мерка, и наредба за ТБС, која не е од казнена природа -започнувањето на процедурата за избор на најсоодветна затворска клиника (види пасос 26 и 27) откако стапила на сила наредбата за ТБС, не може да се смета за спротивно на Член 5 § 1 од Конвенцијата.

64. Понатаму, Судот смета дека по завршување на процедурата за избирање на затворска клиника, е нереално и премногу строго да се очекува од властите веднаш да обезбедат место во избраната затворска клиника. Судот се согласува со домашните судови, дека поради причини поврзани со ефикасното извршување на јавните средства, неизбежно е да има одредена неусогласеност помеѓу расположливите и потребните капацитети во затворските болници и дека таа мора да се смета за прифатлива.

65. Следствено, мора да се дојде до некоја разумна рамнотежа помеѓу овие два спротивставени интереси. Во врска со тоа, повторувајќи ја важноста на Член 5 во системот на Конвенцијата, Судот е на став дека при поставувањето на таа рамнотежа особена тежина треба да му се даде на правото на слобода на подносителот. Значителното доцнење на приемот во затворската болница, а со тоа и на отпочнувањето на лекувањето за одноското лице очигледно ќе влијае врз можностите за успешно лекување во рамки на статутарниот дво-годишен период на првобитна важност на наредбата за ТБС. Следствено, се зголемува и веројатноста дека ќе се јави потреба од прологирање на важноста на наредбата за ТБС.

66. Судот неможе да утврди дека во дадените околности на случајот се изнашла соодветна рамнотежа. Имајќи на ум дека холандските власти го идентификувале проблемот на структурен недостаток на капацитети во затворските клиници уште во 1986 година, и не утврдувајќи навестувања дека во времето на случајот властите се соочувале со исклучителна и непредвидена ситуација, Судот е на мислење дека шест месечното доцнење при приемот на лицето во затворската клиника не може да се смета за прифатливо. Да се смета поинаку би значело сериозно слабеење на основното право на слобода на штета на одноското лице и според тоа нарушување на суштината на правото заштитено со Член 3 на Конвенцијата.

67. Следствено, постои повреда на Член 5 § 1 од Конвенцијата.

III. ПРИМЕНА НА ЧЛЕН 41 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

68. Членот 41 на Конвенцијата одредува:

"Кога Судот ќе оцени дека постои повреда на Конвенцијата или на протоколите, и доколку внатрешното право на засегнатата Високадоговорна страна овозможува само делумна репарација на штетата, тогаш доколку е тоа неопходно, Судот ќе му додели правична оштета на оштетениот."

A. Оштега

69. Апликантот од Судот побара доделување оштета за нематеријална штета доживеана како резултат на чекањето за прием

во затворска клиника, која што штета била само делумно обештетена. Тој остави на износот на обештетувањето да ја одреди Судот, по сопствена дискреција.

70. Владата не ја искористи можноста да поднесе забелешки на барањето за оштета на подносителот.

71. Судот прифаќа дека подносителот мора да искусил чувства на фрустрација, несигурност и вознемиреност, кои што не можат да се надокнадат единствено со утврдување на повреда. Судот смета, врз основа на правичност, дека на подносителот треба да му се додели сума од 1,500 евра.

В. Трошоци и расходи

72. Подносителот нема поднесено барање на покривање на трошоци и расходи. Следствено, Судот смета дека не е повикан да му додели какви било средства по тоа основа.

С. Затезна камата

73. Судот смета за соодветно затезната камата да се пресметува според најниската каматна стапка за заемодавање на Европската централна банка, зголемена за три процентни поени.

74. ОД ОВИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ

1. *Утврдува* едногласно дека е допуштена тужбата на апликантот за тоа дека неговиот притвор пред сместување значи повреда на Член 5 § 1 од Конвенцијата;
2. *Утврдува* со пет гласови наспроти два дека постоела повреда на Член 5 § 1 на Конвенцијата;
3. *Утврдува* со пет гласови наспроти два
 - (а) Тужената држава треба во рок од три месеци од датумот на кој пресудата станува конечна согласно Член 44 § 2 на Конвенцијата, на подносителот да му додели EUR 1,500 (една илјада петстотини евра) во име на оштета за нематеријална штета, плус други пропоратни такси;
 - (б) По истекот на горе наведените три месеци за исплата, ќе се наплаќа камата по стапка еднаква на најниската каматна стапка за заемодавање на Европската централна банка за периодот на неисплата, зголемена за три проценти поени.

Составено на англиски јазик, и објавено на 11 мај 2004 година,
согласно Правилото Rule 77 §§ 2 и 3 од Судскиот правилник.

S. DOLLE
Секретар

J.-P. COSTA
Претседател

Во согласност со Член 45 § 2 на Конвенцијата и Правилото 74 § 2
на судскиот Правилник, во прилог се доставуваат следните мислења
за оваа пресуда:

- (a) Согласно мислење на г-дин Loucaides;
- (b) Издвоено мислење е г-ѓа Thomassen заедно со г-дин Jungwiert.

J.-P.C.
S.D.

СОГЛАСНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈА LOUCAIDES

Се согласувам дека во овој случај имало повреда на Член 5 § 1 во периодот помеѓу 10 октомври 1994 г. и 10 април, 1995 година, но не го делам мислењето на мнозинството дека лишувањето од слобода преку сместување во обичен притворен центар додека се чека на сместување во затворска клиника, под одредени околности, може да остане несанкционирано согласно Член 5 § 1 од Конвенцијата.

Сметам дека под никакви услови не може да се смета дека притворот пред сместување има правна основа во Член 5 § 1 од Конвенцијата. Одредбите на Членот даваат овластување за „законито лишување од слобода за лица по осудителна пресуда од страна на надлежен суд“ и „законско лишување од слобода за ментално оболени лица...“ Принципот дека ограничувањата на правата зацртани во Конвенцијата треба да се толкуваат стриктно и ограничено е добро утврдено. (види, меѓу други референци, *Klass and Others v. Germany*, пресуда од 6 септември 1978 г., Series A no. 28, p. 21, § 42, *Sunday Times v. the United Kingdom*, пресуда од 26 април 1979 г., Series A no. 30, p. 40, § 65, *Winterwerp v. the Netherlands*, пресуда од 24 октомври 1979 г., Series A no. 33, p. 16, § 37, и *Guzzardi v. Italy*, пресуда од 6 ноември 1980 г., Series A no. 39, p. 36, § 98). Ова особено се однесува на списокот на дозволени исклучоци на Член 5 од Конвенцијата "...имајќи го предвид фактот дека тие се исклучоци на најосновната гаранција на индивидуалната слобода" (види *Kurt v. Turkey*, пресуда од 25 мај, 1998г., *Reports* 1998-III, p. 1184, § 122; и види *Ciulla v. Italy*, пресуда од 22 февруари, 1989г., Series A no. 148, p. 18, § 41; и *Labita v. Italy* [GC], no. 26772/95, § 170, ECHR 2000-IV).

Законската казна што архемскиот Регионален суд му ја изрекол на подносителот на 23 јуни, 1994 г. е петнаесет месеци затвор, а потоа престој во затворска клиника. Затоа, тој требало да биде префрлен во затворска клиника веднаш по завршувањето на извршувањето на казната на 10 октомври, 1994 година. Фактот што властите се соочувале со практични тешкотии во изнаоѓањето сместување на подносителот во таква клиника, и морале да го држат во притворски центар до 28 декември, 1995 година, не може сам по себе да го оправда отстапувањето од условите на односната пресуда, која што, а на тоа веќе се укажа, е единствената законска основа за лишување на подносителот од слобода. Во тој поглед, мнозинството се изјасни на следниот начин:

"Понатаму, Судот смета дека по завршување на процедурата за избирање на затворска клиника, е нереално и премногу строго да се очекува од властите веднаш да обезбедат место во избраната затворска клиника. Судот прифаќа дека поради причини поврзани со ефикасното извршување на јавните средства, неизбежно е да има одредена неусогласеност помеѓу расположливите и

потребните капацитети во затворските болници и дека таа мора да се смета за прифатлива."

Сметам дека ваквото резонирање, што се користи за да се објасни нешто што според моето мислење е отстапување од односната пресуда, е неубедливо. Резонирањето од овој вид отвора врата за злоупотреба, бидејќи им овозможува на властите да се потпрат на практичните проблеми како доволен правен изговор за неисполнување на обврските одредени во Конвенцијата. Исто така, се создава ризик од произволност. Ќе укажам дека Судот многупати утврдил дека во однос на условот „во разумно време“ согласно Член 6 на Конвенцијата, властите не можат да се потпрат врз практичните тешкотии за да ги оправдаат неразумните одолговлекувања и дека се очекува Високите договорни страни да го организираат нивниот правосуден систем на начин што ќе ги исполни барањата од Член 6 § 1 од Конвенцијата (види, меѓу други референци, *Andrzej and Barbara Pitka v. Poland*, no. 39619/98, § 55, 6 мај 2003г.; и *Duclos v. France*, пресуда од 17 декември 1996 г., *Reports* 1996-I, pp. 2180-81, § 55 *in fine*). Сметам дека овој пристап треба, *mutatis mutandis*, да се примени во разгледуваната ситуација.

Во светло на горе наведеното и барањата за владеење на правото, не можам да прифам дека притворот преку сместување во притворен центар, каде што немало медицинска грижа што лицето ќе ја добиело доколку било испратено во затворска клиника во согласност со пресудата со која се овластува неговото лишување од слобода, не претставува лишување од слобода спротивно на Член 5 § 1 на Конвенцијата. Овој незаконско лишување од слобода дополнително се влошува со фактот што траело шест месеци.

ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈА THOMASSEN ЗАЕДНО СО СУДИЈА JUNGWIERT

Апликантот бил обвинет за учество во насилна кражба која резултирала со тешки телесни повреди, и бил осуден на петнаесет месеци затвор, во комбинација со наредба за негово задржување во затворска клиника.(наредба за задржување).

По датумот на кој што тој се стекнува со право за предвременно отпуштање, подносителот останал притворен во притворен центар чекајќи на процедурата за избор за најсоодветна затворска клиника за него, и чекајќи на прием во таа клиника.

Прашањето пред Судот е дали притворот на подносителот во притворен центар е законит согласно со Член 5 § 1, бидејќи целта на наредбата била односното лице да се смести во затворска клиника

Ова прашање е исто како и во предметот *Morsink v. the Netherlands* (по. 48865/99), за кој што Судот исто така денес донесе пресуда. Во тој предмет на сила стапува нов закон, со кој што се одредува временски период од шест месеци за одредување на најсоодветно место за сместување и за чекање во притворен центар до приемот во соодветна клиника, и со кој што, под одредени услови, се дава можност за продолжување на рокот за додатни три-месечни периоди

Во сегашниот случај, Врховниот суд одлучил дека притворот на подносителот во текот на тие шест месеци бил законит согласно националните закони, применуваќи го принципот утврден во судската практика од 1963 година со кој што се вели дека притвор во притворен центар со наредба за задржување, не е во принцип незаконит.

Иако Судот ги уважува наодите на Врховниот суд дека притворот во притворен центар со наредба за задржување не е во принцип незаконит, тој не го прифаќа заклучокот на Врховниот суд дека ова се однесува на период од шест месеци, без притоа да укаже кој период би бил прифатлив. Нагласува дека мора да има некаква врска помеѓу основата што дозволува лишување од слобода, и местото и условите на притворот, и дека, во принцип, притворот за лице како пациент со ментално проблеми е законит согласно целите на точка (е) од Член 5 § 1 само ако се спроведува во болница, клиника или друга соодветна институција (§ 62). Судот заклучува дека притворот на подносителот бил незаконски.

Не можам да се согласам со заклучокот на Судот. Регионалниот суд утврдил дека подносителот претставувал закана по јавната безбедност и заради заштита на општеството, издал наредба за негово задржување за иницијален период од две години. Наредбата за задржување подразбира дека подносителот не треба да биде отпуштен на датумот кога тој стекнал право на предвременно отпуштање, туку дека треба да

остане лишен од слобода за период од две години. Од судската пракса на Врховниот суд од 1963 година произлегува дека апликантот не требало да очекува веднаш да биде сместен во затворска клиника. Фактот што наредбата имала за цел да се подолжи подносителот на лекување на менталните заболувања не влијаела, според мене, врз главната основа за негово затворање, т.е. да се заштити општеството по осудителната пресуда за тешки кривични дела (види, *mutatis mutandis*, *Bizzotto v. Greece*, пресуда од 15 ноември 1996, *Reports* 1996-V). Затоа, сметам дека проценката на Врховниот суд дека притворот во притворниот центар за периодот од шест месеци се покрива со наредбата за задржување не може да се смета за произволна. Според мене, притворот на апликантот се оправдува со точка (а) од Член 5 § 1.

Признавам дека дури и ако овој шест месечен период поминат во притвор во притворен центар е законит, се јавуваат прашања кои се однесуваат на Конвенцијата; особено, во комбинација со отсуството на соодветна медицинска грижа, лишувањето од слобода во притворниот центар треба да се утврди за некомпатибилен со Член 3. Но, во дадениот случај не беа наведени такви околности, ниту пак е тоа јасно од предметот.

Од горенаведено следи дека јас неможам да со следам заклучокот на мнозинството дека притворот на подносителот бил незаконит, ниту пак можам да утврдам дека личните околности на подносителот биле на кој било начин занемарувани на нехуман начин.



COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

СЛУЧАЈ SALDUZ ПРОТИВ ТУРЦИЈА

(Жалба бр. 36391/02)

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

27 ноември 2008

Пресдуата е конечна но може да биде предмет на уредничка ревизија.

Во случајот Salduz против Турција,

Европскиот суд за човековите права, заседавајќи како Голем совет во состав:

Nicolas Bratza, *Претседател*,
Christos Rozakis,
Josep Casadevall,
Rıza Türmen,
Rait Maruste,
Vladimiro Zagrebelsky,
Stanislav Pavlovschi,
Alvina Gyulumyan,
Ljiljana Mijović,
Dean Spielmann,
Renate Jaeger,
David Thór Björgvinsson,
Ján Šikuta,
Ineta Ziemele,
Mark Villiger,
Luis López Guerra,
Mirjana Lazarova Trajkovska, *судиш*,

and Vincent Berger, *правен советник*,

Одлучувајќи без присуство на јавноста на 19 март и на 15 октомври 2008,

Ја донесе следната пресуда, која беше усвоена на последниот наведен датум:

ПОСТАПКА

1. Случајот започнува со жалбата бр. 36391/02 против Република Турција, поднесена до Судот согласно членот 34 Од конвенцијата за заштита на човековите права и основни слободи (“Конвенцијата“) од страна на турскиот државјанин гдин Yusuf Salduz (“жалителот”), на 8 август 2002.

2. Жалителот навел, особено, дека неговото право на одбрана било повредено со тоа што писменото мислење на основниот јавен обвинител до Касациониот суд, не му било доставено, како и дека му бил оневозможен пристап до адвокат додека бил задржан во полиција. По однос на своите жалбени наводи, тој се повикал на членот 6 ставови 1 и 3 (в) од Конвенцијата.

3. Жалбата била распределена во вториот оддел на Судот (Правило 52 § 1 од Деловникот на Судот).

4. Со одлука од 28 март 2006, жалбата била прогласена за делумно допуштена од страна на совет од тој оддел во состав од следниве судии: Jean-Paul Costa, Andras Baka, Rıza Türmen, Karl Jungwiert, Mindia Ugrehelidze, Antonella Mularoni, Elisabet Fura-Sandström, и Sally Dollé, регистарот на одделот.

5. Во својата пресуда од 26 април 2007 (“пресудата на советот“) In its judgment of 26 April 2007 (“the Chamber judgment”), советот, во состав од следниве судии: Françoise Tulkens, Andras Baka, Ireneu Cabral Barreto, Rıza Türmen, Mindia Ugrehelidze, Antonella Mularoni и Danute Jočienė, како и Sally Dollé, регистарот на одделот, едногласно одлучиле дека има повреда на членот 6 став 1 од Конвенцијата, на основа на недоставувањето на писменото мислење на основниот јавен обвинител, и исто така одлучиле со пет гласови наспроти два дека нема повреда на членот 6 став 3 (в) за недостигот на правна помош на жалителот додека бил задржан во полиција.

6. На 20 јули 2007 жалителот побарал случајот да биде поднесен до Големиот совет (член 43 од Конвенцијата).

7. На 24 септември 2007 панел на Големиот совет одлучил да биде прифатено неговото барање (правило 73).

8. Составот на Големиот совет бил определен согласно одредбите од член 27 §§ 2 и 3 од Конвенцијата и Правилото 24.

9. Жалителот и Владата поднеле обсервации за основаноста.

10. Расправата се одржала во присуство на јавноста во зградата на човековите права во Стразбур, на 19 март 2008 (Правило 59 § 3).

Пред Судот се појавиле:

(a) за Владата:

гдин М. ÖZMEN,

co-Agent,

гга N. ÇETİN,

гдин А. ÖZDEMİR,

гга İ. KOCAYİĞİT

гдин С. AYDIN,

Advisers;

(b) за жалителот:

Mr U. KILINÇ,

Counsel,

Ms T. ASLAN,

Adviser.

Судот ги ислуша обраќањата од гдин Kılınç и гдин Özmen, како и нивните одговори на прашањата од Судот.

ФАКТИ

I. ОКОЛНОСТИ НА СЛУЧАЈОТ

11. Жалителот е роден на 2 февруари 1984 и живее во Измир.

A. Апсење и притвор на жалителот

12. На 29 мај 2001 околу 10.15 по полноќ, жалителот бил уапсен од страна на антитерористичкиот оддел на Директоратот за безбедност на Измир, врз основа на сомнение за учество во незаконски демонстрации како поддршка на илегална организација- ПКК (Работничката партија на Курдистан). Жалителот исто така бил обвинет дека закачил илегален знак од мост во Bornova на 26 април 2001.

13. Околу 12.30 дента на 30 мај 2001 жалителот бил однесен во болницата Atatürk , каде бил прегледа од доктор. Медицинскиот извештај навел дека на неговото тело немало траги на насилство.

14. Подоцна, околу 1 часот, жалителот бил испрашуван во одделот за анти-тероризам, во отсуство на адвокат. Според формуларот кој ги наведува правата на уапсените лица кој жалителот го потпишал, тој бил потсетен за обвиненијата против него, како и за своето право на молчење. Во својата изјава, жалителот ја призна својата вмешаност во младинскиот оддел на HADEP (*Halkın Demokrasi Partisi* – the Народна демократска партија). Тој ги дал имињата на неколку лица кои работеле за младинскиот огранок на регионалната канцеларија во Bornova. Тој објаснил дека бил асистент офицер за млади и публикации, како и одговорен за регионот Osmangazi. Тој понатаму изјавил дека дел од неговата работа била да доделува задачи на другите членови на младинскиот оддел. Тој призна дека зел учество во демонстрациите од 29 мај 2001 организирани од HADEP како поддршка за затворениот лидер на ПКК. Рекол дека имало околу шеесет демонстранти присутни како и дека групата извикувала слогани во поддршка на Очалан и ПКК. Тој бил уапсен на самото место. Исто така, призна дека напишал “Да живее лидерот Апо“ на знак кон бил обесен од мостот, на 26 април 2001. Полицијата земала примерок од неговиот ракопис и го дала во полициска лабораторија на испитување.

15. На 1 јуни 2001 полициската крим-лабораторија на Измир издала извештај по споредувањето на ракописот на жалителот со тој на знакот. Заклучиле дека иако одредени карактеристики на ракописот на жалителот имаат сличности со ракописот на знакот, не може да се заклучи дали ракописот на знакот е навистина неговиот.

16. Во 11.45 дента на 1 јуни 2001 жалителот бил повторно прегледан од доктор, кој заклучил дека нема траги на насилство на неговото тело.

17. Истиот ден жалителот бил изведен пред јавен обвинител и подоцна пред истражен судија. Пред обвинителот, тој објаснил дека не е член на ниту една политичка партија, но земал учество во одредени активности на HADEP. Тој го негирал изготвувањето на илегалниот банер или учеството на демонстрациите на 29 мај 2001. Изјавил дека бил во населбата Doğanlar во посета на пријател кога бил уапсен од полицијата. Жалителот исто така дал изјава и пред истражниот судија, во која ја повлекол изјавата дадена во полиција, наведувајќи дека била дадена под притисок. Тврдел дека бил тепан и навредува во полицијата. Повторно ја негирал својата вмешаност во илегални активности и објаснил дека на 29 мај отишол во населбата Doğanlar во посета на пријател, како и дека не бил дел од групата што извикувала пароли. По завршувањето на испрашувањето, со оглед на природата на делото за кое бил обвинет, како и доказите, тој бил задржан во притвор. Тогаш на жалителот му бил овозможен пристап до адвокат.

В. Судије

18. На 11 јули 2001 јавниот обвинител поднел обвинение дод Судот на државна безбедност на Измир, обвинувајќи го жалителот и уште осум други лица за помагање и поддршка на ПКК, кривично дело според член 169 од Кривичниот законик и член 5 од Законот за превенција од тероризам (Закон бр. 3713).

19. На 16 јули 2001 Судот за државна безбедност одржал подготвителна расправа. Одлучил дека притворот на жалителот треба да биде продолжен, како и да се поканат обвинетите да ги подготват своите поднесоци во својство на одбрана.

20. На 28 август 2001 Судот за државна безбедност ја одржал првата расправа, во присуство на жалителот и неговиот адвокат. Го ислушал лично жалителот, кој ги негирал обвиненијата против него. Тој исто така ја отфрлил изјавата дадена во полиција, со навод дека била дадена под притисок. Објаснил дека за време на задржувањето во полиција, полициските службеници му наредиле да ги пренесе зборовите од знак. Тој исто така изјавил дека бил сведок на настаните од 29 мај 2001; сепак, не зел учество во демонстрациите како што се тврдело. Наместо тоа, бил во населбата во посета на пријател по име zsan. Исто така, негирал дека обесил илегален занк од мост на 26 мај 2001.

21. На следната расправа, која била одржана на 25 октомври 2001, жалителот и неговиот адвокат биле присутни. Судот ги ислушал и другите обвинети, кои исто така го негирале своето учество во

илегалните демонстрации на 29 мај 2001, и ги повлекле претходно дадените изјави. Обвинителството потоа побарало жалителот да биде казнет согласно член 169 од Кривичникот законик, а адвокатот на жалителот побарал време за да ја поднесе неговата одбрана.

22. На 5 декември 2001 жалителот ја дал својата одбрана. Тој ги негирал обвиненијаа и побарал ослободување. Истиот ден, Судот за државна безбедност на Измир ја донел пресудата. Тој ослободил петмина од обвинетите, а жалителот и тројца други обвинети биле осудени. Жалителот бил казнет со казна затвор од четири години и и шест месеци, намалена на две и пол години, затоа што бил малолетен во времето на извршувањето на делото.

23. Во осудата на жалителот, Судот за државна безбедност ги имал во предвид изјавите на жалителот во полиција, пред обвинителот и и пред истражниот судија соодветно. Исто така, ги земал во предвид изјавите на другите обвинети пред обвинителот, кои изјавиле дека жалителот ги натерал на учеството во демонстрациите на 29 мај 2001. Судот забележал дека другите обвинетети исто така дале докази дека жалителот бил задолжен за организација на демонстрациите. Понатаму бил земен во предвид експертскиот извештај кој го споредувал ракописот на жалителот со тој на знакот, како и фактот дека, според полицискиот извештај, жалителот биле меѓу демонстрантите. Тој заклучил:

“... во светло на овие материјални факти, судот не го прифаќа одрекувањето на жалителот и наоѓа дека признанието дадено во полиција е основано.”

С. Жалба

24. На 2 јануари 2002 адвокатот на жалителот ја обжалил пресудата на Судот за државна безбедност на Измир. Во поднесокот кон жалбата, таа се жалела на повреда на членовите 5 и 6 од Конвенцијата, тврдејќи дека постапката пред првостепениот суд била неправична, како и дека судот не ги оценил правилно доказите.

25. На 27 март 2002 основниот јавен обвинител поднел писмен омислење до деветтиот совет на Касациониот суд, во кое поднел дека советот треба да ја потврди жалбата а Судот за државна безбедност на Измир. Ова мислење не било доставено до жалителот ниту до неговиот адвокат.

26. На 10 јуни 2002 деветтиот совет на Касациониот суд, потврдувајќи ја пресудата на Судот за државна безбедност на Измир, неговото наоѓање и оценка на доказите, ја одбил жалбата на жалителот.

II. РЕЛЕВАНТНО ЗАКОНОДАВСТВО И ПРАКСА

A. Домашно право

1. Законодавство на сите во време на поднесување на жалбата

27. Релевантните одредби од поранешниот Закон за кривична постапка (бр. 1412), односно членовите 135, 136 and 138, пропишуваат дека секој кој е под сомнение или обвинет за кривично дело има право на пристап до адвокат од моментт кога се задржани од полиција. Членот 138 јасно наведува дека правната помош за малолетници е задолжителна.

28. Според член 31 од законот бр. 3842 од 18 ноември 1992, кој го изменил законодавството во кривичната постапка, горенаведените одредби не се применуваат за лица кои се товарат за дела во надлежност на судовите на државна безбедност.

2. Нови измени

29. На 15 јули 2003, со законот бр. 4928, беше напуштена рестрикцијата на правото на обвинетиот на пристап до адвокат во постапките пред судовите на државна безбедност.

30. На 1 јули 2005 стапил на сила новиот закон за кривична постапка. Според релевантните одредби од новиот закон (членови 149 и 150), сите притворени лица имаат право на пристап до адвокат од моментот кога се задржани во полиција. Назначувањето на адвокат е задолжително доколку лицето во прашање е малолетно, или доколку е обвинето за дело казниво со најмалку пет години затвор.

31. Конечно, член 10 од Законот за превенција од тероризам (Закон бр. 3713), изменет на 29 јуни 2006, пропишува дека за дела поврзани со тероризам, правото на пристап до адвокат може да се одложи за дваесет и четири часа по наредба на јавен обвинител. За време на тој период, обвинетиот не може да биде испитуван.

B. Релевантни материјални од меѓународното право

1. Постапки во случаи со малолетници

(a) Совет на Европа

32. Препораката на Комитетот на министри на државите членки на Советот на Европа во врска со новите начини за справување со малолетничката деликвенција и улогата на малолетничката правда (Rec (2003)20), усвоена на 24 септември 2003 на 853 состанок на замениците министри наведува:

“15. Кога малолетници се задржани во полиција, треба да се води сметка за нивниот статус на малолетник, возраста, ранливоста и степенот на зрелост. Тие треба веднаш да бидат информирани за нивните права и заштит на начин кој ќе осигура целосно разбирање. Додека се испрашувани од страна на полицијата, тие во принцип треба да бидат во придружба на родител/законски старател или друго соодветно полнолетно лице. Исто така, треба да имаат правот на пристап до адвокат и доктор...”

33. Препораката на Комитетот на министри на државите членки на Советот на Европа за општествените реакции на малолетничката деликвенција оп (бр. R (87)20), усвоена на 17 септември 1987 на 410 состанок на замениците министри, во релевантниот дел наведува:

“препорачува на владите на државите членки да го преиспитаат, доколку е потребно своето законодавство и пракса со цел:

8. зајакнување на правната позиција на малолетниците преку постапките, вклучително и полициското испрашување, преку признавање *inter alia*:

– на правото од помош од адвокат кој може, доколку е потребно, и службено да биде назначен и платен од државата .”

(b) Обединети нации

(i) Конвенција за правата на детето

34. Членот 37 од Конвенцијата за правата на детето (CRC), во релевантниот дел. наведува

“Државите членки ќе осигураат дека: ...

(d) Секое дете лишено од слобода веднаш ќе има право на правна и друга соодветна помош, како и право да ја оспори законитоста на лишувањето од слобода, пред суд или друг надлежен, независен и непристрасен орган, како и на итна одлука за тоа дејствие.”

(ii) Генерален коментар бр. 10 на Комитетот за правата на детето, од 25 април 2007 (CRC/C/GC/10)

35. Релевантниот дел од овој текст кој се однесува на правната помош на малолетниците задржани во полиција, наведува :

“49. На детето мора да му биде гарантирана правна или друга соодветна помош во подготовката и презентирањето на неговата одбрана. CRC бара на детето да му биде пружена помош, која не е нужно под сите околности правна, но мора да биде соодветна. На државите членки се остава да определат како оваа помош ќе биде обезбедена, но истата треба да биде бесплатна... ..

52. Комитетот препорачува државите членки да определат и применат рокови за периодот помеѓу комуницирањето на делото и завршувањето на полициската истрага, одлуката на обвинителот (или друго надлежно тело) за подигнување на обвинение против детето, како и конечното пресудување и одлука на судот или друго надлежно судско тело. Овие рокови треба да бидат пократки од оние определени за полнолетните лица. Истовремено, одлуките без одложување мора да бидат резултат на процес во кој се почитуваат човековите права на детето и правните заштити. Во процесот на донесување одлуки без одложување, мора да

биде присутна правна и друга соодветна помош. Ова присуство не треба да биде ограничено на судењето пред суд или друго судско тело, туку исто така се применува во сите други фази на постапката, започнувајќи со интервјутото (испитувањето) на детето од полицијата.”

(iii) Завршни забелешки на ОН Комитетот за правата на детето: Турција, 9 јули 2001 (CRC/C/15/Add.152.)

36. Во релевантниот дел од овој текст се наведува:

“66. Комитетот препорачува државата членка да продолжи да ги ревидира законите и практиката во врска со системот на малолетничка правда, со цел целосно да ги усогласи со Конвенцијата, особено членовите 37, 40 и 39, како и со другите меѓународни стандарди во оваа област, како што се стандардните минимум правила на Обединетите нации за администрација на малолетничката правда (Правилата од Пекинг) и Насоките за превенција на малолетничката деликвенција на Обединетите нации (Насоките од Ријад), со цел подигнување на минималната возраст по закон за кривична одговорност, протегање на заштитата на судовите за малолетничка правда на сите деца до 18 години, како и ефективна примена на овој закон преку создавање малолетнички судови во секоја провинција. Особено, државата членка се потсетува дека со малолетните престапници треба да се постапува без одложување, со цел да се избегнат периоди на *incommunicado* притвор, како и дека притворот без судење треба да се користи како последна мерка и треба да биде што е можно пократка и не подолга од периодот пропишан со закон. Алтернативните мерки на притворот пред судење треба да се користат што е можно повеќе.”

2. Право на пристап до адвокат за време на полициско задржување

(а) Совет на Европа

(i) Правила усвоени од Комитетот на министри

37. Правилот 93 од стандардните минимум правила за третман на затвореници (резолуција (73)5 на Комитетот на министри на државите членки на Советот на Европа) пропишува: “ Несуден притвореник ќе има право на правен застапник веднаш штом биде притворен... како и да прима посети од неговиот правен советник во полза на неговата одбрана, и да подготвува и да му дава и да прима, доверливи насоки. На негово барање, ќе му бидат овозможени сите потребни простории за таа цел... Разговорите помеѓу притвореникот и неговиот правен застапник можат да бидат набљудувани, но не и прислушувани, директно или индиректно, од страна на полицијата или друго службено лице.”

38. Понатаму, Препораката на Комитетот на министри на државите членки на Советот на Европа за европските затворски правила (Rec (2006)2), усвоена на 11 јануари 2006 на 952 состанок на замениците министри, наведува:

“Правен совет

23.1 Сите затвореници имаат право на правен совет, и затворските власти ќе им обезбедат разумни простории за пристап до таквиот совет.

23.2 Затворениците можат да се советуваат за секое правно прашање со правен советник по сопствен избор и на сопствен трошок.

...

23.5 Во исклучителни околности, судски авторитет може да одобри ограничувања на таквата доверливост со цел превенција на сериозен криминал или крупни повреи на затворската сигурност и безбедност.”

(ii) Европски комитет за превенција од тортура и нечовечки или деградирачки третман или казнување (CPT)

39. По својата посета на Турција во јули 2000, CPT го објави својот извештај на 8 ноември 2001 (CPT/Inf(2001)25. Во него се посочува:

“61. И покрај многуте промени во законодавството во последните години, остануваат одредени слабости што се однесува до формалните заштити против лошиот третман. Можеби најголемиот недостаток е во тоа што лицата притворени под сомение за организирани дела, кои потпаѓаат под надлежност на судовите за државна безбедност се уште немаат право на пристап до адвокат во првите летири дена од притворот. Понатаму, и покрај тврдењата за спротивното, турските власти со својот одговор на извештајот од посетата од февруари/март 1999, јасно ставија до знаење дека на овие лица им е оневозможено да ги информираат своите блиски за ситуацијата во која се наоѓаат, за време на првите четири дена од притворот. Таквиот *incommunicado* притвор само може да ги олесни можностите за лош третман.

Оттука, CPT мора да повтори дека препораката дека сите лица лишени од слобода од страна на органите за спроведување на законот, вклучително и лицата под сомнение за сторени дела под надлежности на судовите за државна безбедност, мораат од почетокот на притворот да имаат право на пристап до адвокат. CPT разбира дека со цел заштита на легитимните интереси на полициската истрага, во исклучителни околности е потребно за одреден период да се одложи пристапот на притвореникот до адвокат по негов избор; сепак, во таквите случаи, мора да се овозможи пристап до друг независен адвокат.

Имплементацијата на наведената препорака ќе подразбира легислативни мерки. Сепак, во меѓувреме, мора да се преземат итни мерки за да се осигура дека постојните правни одредби се почитуваат. Навистина, информациите прибрани за време на ад хок посетата од јули 2000 посочуваат дека дури и по орвите четири дена од полициското притворање, пристапот до адвокат на лицата осомничена за дела во надлежност на судовите за државна безбедност е во пракса повеќе исклучок отколку правило. CPT препорачува службените лица одговорни иза претреси и инспекции според претходно споменатата постапка за мониторинг на усогласеноста, да бидат инструктирани да обрнат посебно внимание дали лицата, осомничени за колективни дела под надлежност на судовите за државна безбедност, се информирани за своето право на пристап до адвокат по првите четири дена од нивниот притвор, како и дали се во позиција ефективно да го практикуваат ова право.”

40. СРТ ја посетува Турција повторно во 2001 и во својот извештај од 24 април 2002 (СРТ/Inf (2002)8) наведува:

“12. Измените на членот 16 на Законот за организација и постапка на судење во судовите за државна безбедност исто така вовеле подобрување во врска со пристапот до адвокат за лицата притворени под сомение за колективни дела под надлежност на судовите за државна безбедност. За овие лица, правото на пристап до адвокат станува оперативно откако обвинителот ќе издаде писмена наредба за продолжување на полицискиот притвор по 48 часа; со други зборови, ним сега им е оневозможен пристапот до адвокат само два дена, за разлика од четирите дена под претходниот закон.

Иако се поздравува овој чекор напред, СРТ жали што не беше искористена можноста на лицата осомничени за колективни дела под судовите за државна безбедност да им се гарантира пристап до адвокат од самиот почеток на нивниот притвор (и со тоа да се усогласат нивните права во оваа смисла со оние на обичните кривични осомничени) СРТ верува дека турските власти во блиска иднина ќе ја имплементираат препораката која веќе долг период ја дава Комитетот, дека на сите лица лишени од слобода од страна на органите за спроведување на законот, вклучително и на лицата осомничени за дела под надлежност на судовите за државна безбедност, треба од самиот почеток на притворот да им се овозможи правото на пристап до адвокат.

...

46. Претходно беше направен осврт на неодамнешниот позитивен законски развој во врска со правото на пристап до адвокат, и правото за притворот да се извести роднина (ставови 12 to 14). Тие понатаму ја подобрија веќе импресивната правна и регулаторна рамка за борба со тортурата и лошиот третман. И покрај тоа, СРТ останува загрижен од фактот дека на лицата притворени под сомение за колективни дела кои се под надлежност на судовите за државна безбедност, се уште им е оневозможен пристап до адвокат за време на првите два дена од нивниот притвор; нивната позиција по ова прашање е јасна во ставот 12.

Понатаму, суштинската содржина на правото на пристап до адвокат за лицата под сомение за дела од надлежност на судовите за државна безбедност останува помалку развиено отколку во случаите на осомничените лица за обичен криминал. Особено, колку што СРТ може да забележи, таквите осомничени се уште немаат можност за присуство на адвокат кога даваат изјава во полиција, и на нив не е применлива постапката која дозволува назначување на адвокат од Адвокатската комора. Слично на тоа, одредбата за задолжително назначување на адвокат на лицата под 18 години не се применува на малолетниците кои се притворени под сомение за дела од надлежност на судовите за државна безбедност. Во оваа насока, СРТ ја повторува препораката дадена во извештајот од посетата од октомври 1997, дека релевантните одредби од членовите 135, 136 и 138 од Законот за кривична постапка, треба да се применуваат на лицата осомничени за дела од надлежност на судовите за државна безбедност.”

(b) Обединети нации

(i) Меѓународен пакт за граѓански и политички права

41. Членот 14 § 3 (б) од Меѓународниот пакт за граѓански и политички права (ICCPR) пропишува дека секој обвинет за кривично дело има право на “соодветно време и простор за подготовка на својата одбрана и контакт со адвокат по свој избор”.

(ii) Комитетот против тортура на Обединетите нации

42. Во своите заклучоци и препораки за Турција од 27 мај 2003 (CAT/C/CR/30/5), Комитетот го наведе следново:

“5. Комитетот изразува загриженост за:

(с) Наводите дека лицата задржани во полиција се лишени од брз и соодветен пристап со правна и медицинска помош, како и дека членовите на нивните семејства не се известуваат веднаш за нивното притворање;

...

7. Комитетот препорачува на државата членка:

(а) Да осигура дека притворениците, вклучително и оние кои се притвораат за дела под надлежност на судовите за државна безбедност, ќе имаат целосна полза во пракса од достапните заштити против нечовечки третман и тортура, особено преку гарантирањето на нивното право на правна и медицинска помош и контакт со нивните семејства;

...”

43. Во својот генерален коментар бр. 2, од 24 јануари 2008 (CAT/C/GC/2), Комитетот навел:

“13. Одредени основни гаранции се применуваат на сите лица лишени од слобода. Некои од нив се поместени во Конвенцијата, и Комитетот постојано ги повикува државите членки на нивна употреба. Препораките на Комитетот што се однесуваат на ефективните мерки се со цел да ја појаснат постојната состојба и не се исцрпни. Таквите гаранции вклучуваат, *inter alia*, ... право на брзо добивање на независна правна помош...”

(с) Европска унија

44. Членот 48 од Повелбата за фундаментални права вели дека “ќе се гарантира почитувањето на правото на одбрана на секој кој е обвинет”. Членот 52 § 3 понатаму вели дека правата гарантирани според членот 48 се помеѓу оние кои имаат исто значење и обем како истите правата гарантирани со Европската конвенција за човекови права.

ПРАВО

I. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕНОТ 6 ОД ЕВОПСКАА КОНВЕНЦИЈА

A. Пристап до адвокат за време на полициско задржување

45. Жалителот навел дека правата на одбраната се повредени со тоа што му бил оневозможен пристап до адвокат за време на задржувањето во полиција. Тој се повикал на членот 6 § 3 (в) од Конвенцијата, кој наведува:

“3. Секој обвинет за кривично дело ги има следниве минимум права:

...

(с) да се брани лично или преку правен застапник по свој избор, или, доколку нема доволно средства да плати правен застапник, истиот да му биде даден бесплатно доколку тоа го бараат интересите на правдата.”

1. Пресудата на Советот

46. Во својата пресуда од 26 април 2007, Советот нашол дека немало повреда на членот 6 § 3 (в) од Конвенцијата. Во таа насока, посочил дека жалителот бил застапуван за време на судењето и на жалбената постапка од страна на адвокат, како и дека исказот на жалителот во полицијата не бил единствената основа за неговата осуда. Според Советот, жалителот имал можност да ги оспори наводите на обвинителот, според услови кои не го ставале во понеповолна позиција наспроти неговата спротивна страна. Советот исто така забележал дека во осудата на жалителот, Судот на државната безбедност на Измир ги имал во предвид околностите под кои жалителот бил уапсен, вештачењето на ракописот на знакот и изјавите на сведоците. Со оглед на сето наведено, заклучил дека правичноста на судењето на жалителот не била засегната од недостатокот на правна помош за време на задржувањето во полиција.

2. Поднесоци на странките

(а) Жалителот

47. Жалителот ги оспорил основите на кои Советот нашол дека немало повреда на членот 6 § 3 (с) од Конвенцијата. Тој навел дека помошта од адвокат за време на полициски притвор е основно право. Го потсетил Судот дека сите докази кои биле употребени против него биле прибрани во прелиминарната истрага, за време на која немал пристап до адвокат. Тој исто така тврдел дека, иако домашните судови го осудиле, немало доказ дека е виновен. Изјавил дека бил

малтретиран за време на полицискиот притвор и ја потпишал изјавата во полиција под притисок. Оваа изјава била употребена од страна на Судот на државна безбедност на Измир, иако тој јасно ја повлекол пред јавниот обвинител, истражниот судија како и на судењето. Жалителот исто така истакнал дека во тој период бил малолетник и немал претходно криминално досие. Во својот поднесок, а со оглед на сериозното обвинение против него, немањето на правна помош го прекршило неговото право на правично судење. Тој исто така тврдел дека владата не поднела доволно добра причина да го оправда недостигот на правна помош.

(b) Владата

48. Владата побарала од Големиот совет да го прифати наоѓањето на Советот дека нема повреда на членот 6 § 3 (в) од Конвенцијата. Тие поднеле, прво, дека законодавството било изменето во 2005. Понатаму, во својот поднесок навеле дека ограничувањето на пристапот до адвокат на жалителот не го повредило неговото право на фер судење според член 6 од Конвенцијата. Повикувајќи се на праксата на Судот (особено, *Imbrioscia v. Switzerland*, 24 ноември 1993, Серија А бр. 275; *John Murray v. the United Kingdom*, 8 февруари 1996, *Извештаи за пресуди и одлуки* 1996-I; *Averill v. the United Kingdom*, бр. 36408/97, ECHR 2000-VI; *Magee v. the United Kingdom*, бр. 28135/95, ECHR 2000-VI, и *Brennan v. the United Kingdom*, бр. 39846/98, ECHR 2001-X), тие останале на тоа дека, при оцената дали судењето било правично, треба да се земе во предвид целокупноста на постапката. Оттука, со оглед на тоа што жалителот бил застапуван од адвокат за време на постапката пред Судот на државна безбедност на Измир и Касациониот суд, неговото право на фер судење не било повредено. Владата понатаму обрнала внимание и на неколку турски случаи (*Saraç v. Turkey* (одлука), бр. 35841/97, 2 септември 2004; *Yurtsever v. Turkey* (одлука) бр. 42086/02, 31 август 2006; *Uçma and Uçma v. Turkey* (одлука), бр. 15071/03, 3 октомври 2006; *Ahmet Yavuz v. Turkey* (одлука), бр. 38827/02, 21 ноември 2006, и *Yıldız and Sönmez v. Turkey* (одлука), бр. 3543/03 и 3557/03, 5 декември 2006), во кои Судот прогласил за недопуштени слични жалби, на основ на тоа што биле очигледно неосновани, со оглед на тоа што, бидејќи полициските искази не биле единствените докази во полза на осудите, недостигот на правна помош за време на полицискиот притвор не претставувало повреда на членот 6 од Конвенцијата.

49. Осврнувајќи се на фактите на односниот случај, Владата останала при тоа дека, кога жалителот бил однесен во полиција, бил потсетен на своето право да молчи, како и дека за време на кривичната постапка, неговиот адвокат имал можност да ги оспори наводите на

обвинителот. Понатаму, тие потенцирале дека исказот на жалителот даден во полиција не бил единствената основа за неговата осуда.

3. Оцена на Судот

(а) Основните принципи кои се применуваат во случајот

50. Судот потсетува дека, иако основната цел на членот 6, што се однесува на кривичните постапки, е да обезбеди правично судење од страна на “трибунал“, надлежен да го определува “секое кривично обвинение“, од тоа не произлегува дека членот 6 нема примена во претходните постапки. Оттука, членот 6, особено ставот 3, може да биде релевантен пред случајот да дојде до судење, доколку е можно правичноста на судењето да биде сериозно засегната од првичното пропуштање да се постапи согласно овие одредби (*Imbrioscia*, цитиран погоре, § 36). Како што Судот веќе има заземено став во претходни пресуди, правото поместено во ставот 3 (в) од членот 6 од Конвенцијата е еден елемент, помеѓу останатите, на концептот на правично судење во кривичните постапки, содржан во ставот 1 (*Imbrioscia*, цитиран погоре, § 37, и *Brennan*, цитиран погоре, § 45).

51. Понатаму, Судот повторува дека, иако не е апсолутно, правото на секој обвинет за кривично дело да биде ефективно бранет од адвокат, службено назначен доколку е потребно, е една од основните одлики на правичното судење (*Poitrimol v. France*, 23 ноември 1993, § 34, Серија А бр. 277-А, и *Dembukov v. Bulgaria*, бр. 68020/01, § 50, 28 февруари 2008). Сепак, членот 6 § 3 (в) не го специфицира начинот на практикување на ова право. Оттука, оставнува на државите членки да го направат изборот на средства со кои ќе го осигураат тоа во своите правни системи, додека задачата на Судот е само да утврдува дали методот кој тие го одбрале е соодветен на барањата за правично судење. Во таа насока, мора да се запамети дека Конвенцијата е замислена да “гарантира права кои не се теоретски или илузорни, туку практични и ефективни“ како и дека назначувањето на застапник само по себе не ја осигурува ефективноста на помошта која тој може да му ја пружи на обвинетиот (*Imbrioscia*, цитирана погоре, § 38).

52. Националните закони можат да предвидат последици на однесувањето на обвинетиот во почетната фаза на полициското испитување, кои се одлучувачки за изгледите на одбраната во секоја последователна кривична постапка. При такви околности, членот 6 вообичаено ќе бара обвинетиот да има полза од помош на адвокат веќе во почетната фаза од полициското испитување. Сепак, ова право досега се сметало дека може да биде предмет на ограничувања кога иа добра причина за тоа. Прашањето, оттука, во секој поединечен случај, е дали ограничувањето е оправдано и, доколку е така, во светело на целокупноста на постапката, истото не го лишило обвинетиот од фер

судење, бидејќи дури и оправданото ограничување при одредени околности може да доведе до тоа (види *John Murray*, цитиран погоре, § 63; *Brennan*, цитиран погоре, §45, и *Magee*, цитиран погоре, § 44).

53. Овие принципи, поместени во став 52 погоре, се на линија на општо признаените стандарди за човекови права (види ставови 37-42 погоре) кои се во сржта на концептот на фер судење и чија смисла особено е поврзана со заштитата на обвинетиот од присилни злоупотреби од страна на властите. Тие исто така придонесуваат на заштита од попречувањето на правдата и исполнувањето на целите на членот 6, особено еднаквоста на оружјата помеѓу обвинетиот и истражните или обвинителските власти.

54. Во оваа смисла, Судот ја подвлекува важноста на истражната фаза во подготвувањето на кривичната постапка, со оглед на тоа што прибраните докази во оваа фаза ја определуваат рамката во која ќе се разгледува делото за кое се гони на самото судење (*Can v. Austria*, бр. 9300/81, извештај на Комисијата од 12 јули 1984, § 50, Серија А бр.96). Едновремено, обвинетиот честопати се наоѓа во особено ранлива позиција во таа фаза од постапката, ефект кој е зајакнат со фактот дека законодавството за кривичната постапка станува се посложено, особено во однос на правилата за прибирање и употреба на докази. Во најголемиот број на случаи, оваа ранливост може соодветно да биде надоместена со помош на адвокат, чија задача е, меѓу останатото, да помогне и да го осигура осигура политивањето на правото на обвинетиот да не се инкриминира себеси. Ова право претпоставува дека во еден кривичен случај, обвинителството настојува да го докаже истиот без помош на докази добиени преку присилба, спротивно на волјата на обвинетиот (види *Jalloh v. Germany* [GC], бр. 54810/00, § 100, ECHR 2006-..., и *Kolu v. Turkey*, бр. 35811/97, § 51, 2 август 2005). Раниот пристап до адвокат е дел од процедуралните заштити кои Судот особено ги цени кога испитува дали одредена постапка ја попречила суштината на привилегијата против само-инкриминацијата (види, *mutatis mutandis*, *Jalloh*, цитирана погоре, § 101). Во оваа насока, Судот исто така ги посочува и препораките на СРТ (ставови 39-40 погоре), во кои комитетот постојано изјавува дека правото на пристап до правен совет на притвореникот е основната заштита против нечовечкиот третман. Секој исклучок од уживањето на ова право треба јасно да биде ограничен, а неговата примена строго временски ограничена. Овие принципи се особено важни во случај на сериозни обвинувања, бидејќи правото на правично судење во демократските општества треба да се осигура до највисок можен степен во лицето на најтешките казни.

55. При оваа позадина, Судот наоѓа дека, со цел правото на фер судење да остане доволно “практично и ефективно“ (види став 51

погоре), членот 6 став 1 побарува дека, по правило, пристапот до адвокат треба да биде обезбеден од првото испитување на осомничениот во полиција, освен ако не се прикаже во светло на особените околности на случајот дека постојат убедливи причини за негово ограничување. Дури и кога убедливите причини можат по исклучок да го оправдаат оневозможувањето на пристап до адвокат, таквото ограничување – независно од неговата оправданост – не смее да ги попречи правата на обвинетиот според членот 6 (види, *mutatis mutandis*, *Magee*, цитиран погоре, § 44). Правата на одбраната во принцип ќе бидат неповратно засегнати кога инкриминирачките искази, дадени за време на полициско испитување без пристап до адвокат, ќе бидат употребени за осуда.

(b) Примена на горните принципи во односниот случај

56. Во односниот случај, правото на пристап до адвокат на жалителот му било ограничено за време на полициското задржување, согласно членот 31 од Законот бр. 3842, со оглед на тоа што бил обвинет за дело под надлежност на судовите на државната безбедност. Како резултат, тој немал пристап до адвокат која го дал исказот во полиција, пред јавниот обвинител и истражниот судија соодветно. Оттука, не било дадено ни едно друго оправдување за оневозможувањето на пристапот до адвокат, освен фактот дека тоа било сторен она системска основа врз база на релевантните законски одредби. Како такво, ова веќе е спротивно на барањата на членот 6 во оваа смисла, како што е наведено во членот 52 погоре.

57. Судот понатаму забележува дека жалителот имал пристап до адвокат по продолжувањето на неговиот притвор. За време на кривичната постапка, тој имсто така имал можност да повикува сведоци во своја полза и имал можност да ги оспорува аргументите на обвинителот. Се забележува и дека жалителот постојано ја негирал содржината на неговиот исказ во полицијата, и на судењето и во жалбената постапка. Сепак, очигледно е од списите на случајот, дека истрагата во поглем дел била завршена пред појавувањето на жалителот пред истражен судија на 1 јуни 2001. Дополнително, Судот на државна безбедност на Измир, не само што не зазел став за допуштеноста на изјавата на жалителот дадена во полициски притвор, а пред да ја испитува основаноста на случајот, туку и ја употребил истата како главен доказ за негова осуда, и покрај неговото одрекување на нејзината вистинитост (види став 23 погоре). Во оваа насока, Судот забележува дека во осудувањето на жалителот, Судот на државна безбедност на Измир всшност ги употребил доказите изнесени пред него за да го потврди исказот на жалителот во полиција. Овие докази го вклучувале вештачењето од 1 јуни 2001 и изјавите на другите обвинети дадени во полиција и пред јавниот

обвинител. Сепак, во оваа насока за Судот е зачудувачки дека вештачењето споменато во провстепената пресуда е во полза на жалителот, а во кое стоело дека не може да се утврди дали ракописот на знакот одговара на оној на жалителот (види став 15 погоре). Важно е, исто така, дека сите други обвинети, кои сведочеле против жалителот во своите искази пред полицијата и обвинителот, ги повлекле исказите на судењето и одрекле дека учествувале во протестите.

58. Оттука, во односниот случај, жалителот несомнено бил засегнат од ограничувањето на неговиот пристап до адвокат, со тоа што исказот кој го дал во полиција бил употребен за неговата осуда. Ниту подоцнежната асистенција на адвокат, ниту контрадикторната природа на постапката која следела не можеле да го исправат дефектот кој се случил за време на полицискиот притвор. Сепак, не е работа на Судот да шпекулира за влијанието кое пристапот на жалителот до адвокат за време на полицискиот притвор би го имал врз постапката која следела.

59. Судот понатаму потсетува дека ниту зборовите ниту духот на членот 6 не попречуваат одрекување од правата на гаранциите на фер судењето, по слободна волја на лицата, било изречно било посредно (види *Kwiatkowska v. Italy* (одлука), бр. 52868/99, 30 ноември 2000). Сепак, за да биде ефективно согласно целите на Конвенцијата, одрекувањето мора да биде недвосмислено воспоставено и да биде придружено со минимум заштита соодветно на неговото значење (види *Sejdovic v. Italy* [GC], бр.56581/00, §86, ECHR 2006-...; *Kolu*, цитирана погоре, § 53, и *Colozza v. Italy*, 12 февруари 1985, § 28, Серија А бр. 89). Оттука, во односниот случај, Thus, не може да се поклони верба на наводот во образецот кој ги наведува неговите права, дека жалителот бил потсетен на своето право да молчи (види став 14 погоре).

60. Конечно, Судот забележува дека еден од посебните елементи на односниот случај е возраста на жалителот. Со оглед на бројните материјали од меѓународното право што се однесуваат на правната помош на малолетниците во полициски притвор (види ставови 32-36 погоре), Судот ја истакнува фундаменталната важност на обезбедувањето на пристап до адвокат која лицето во притвор е малолетник.

61. Сепак, во односниот случај, како што е објаснето погоре, ограничувањето на пристапот до адвокат е систематско и се применува на сите во полициски притвор, независно од возраста, а во врска со дела под надлежност на судовите на државната безбедност.

62. Сумирано, иако жалителот имал можност да ги оспори доказите против него на судењето, и потоа во жалбената постапкаотсуството на

адвокат за време на полицискиот притвор имало неповратно влијание врз неговото право на одбрана.

(c) Заклучок

63. Со оглед на наведеното, Судот заклучува дека имало повреда на членот 6 § 3 (c) of the Convention in conjunction with Article 6 § 1 во односниот случај.

V. Недоставувањето на писменото мислење од основниот јавен обвинител до Касациониот суд

64. Жалителот се жалел дека писменото мислење од основниот јавен обвинител до Касациониот суд не му било доставено. Во оваа смисла, се повикал на членот 6 § 1 од Конвенцијата, кој во релевантниот дел пропишува:

“Во определувањето на ... кривично обвинение против него, секој има право на правично... судење ... од страна на ... трибунал ...”

1. Пресудата на Советот

65. Во својата пресуда од 26 април 2007, Советот нашол дека, во светло на воспоставената судска пракса на оваа тема, недоставувањето на писменото мислење на основниот јавен обвинител до Касациониот суд на жалителот, го повредило неговото право на контрадикторност на постапката. Оттука, заклучил дека имало повреда на членот 6 став 1 од Конвенцијата.

2. Поднесоци на страните

66. Страните не доставиле дополнителни обсервации по ова прашање.

3. Оцена на Судот

67. Судот смета дека правото на контрадикторност на постапката на жалителот било повредено, од причините дадени од страна на Советот. Оттука, има повреда на членот 6 став 1 од Конвенцијата.

II. ПРИМЕНА НА ЧЛЕНОТ 41 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

68. Членот 41 од Конвенцијата пропишува :

“Доколку Судот најде дека имало повреда на Конвенцијата или на нејзините Протоколи, и ако внатрешното право на засегнатата висока договорна страна дозволува само делумни надоместоци, Судот, доколку е потребно, ќе додели правичен надомест на повредената страна.“

A. Штета

1. Поднесоци на страните

69. Жалителот побарувал 5000 евра по основ на материјална штета и 10 000 евра по основ на нематеријална штета.

70. Владата ги оспорила сумите тврдејќи дека се превисоки и неприфатливи.

2. Пресуда на Советот

71. Советот не доделил материјален надомест на жалителот, сметајќи дека не успеал да ги докаже своите тврдења. Советот нашол дека утврдувањето на повредата е само по себе доволен надомест за било каква нематеријална штета претрпена од жалителот.

3. Оцена на Судот

72. Судот повторува дека најсоодветната форма на надомест за повреда на членот 6 став 1 е осигурувањето дека жалителот, колку што е тоа возможно, ќе биде ставен во позицијата во која би бил доколку не била неиспочитувана оваа одредба (види *Teteriny v. Russia*, бр. 11931/03, § 56, 30 јуни 2005; *Jeličić v. Bosnia and Herzegovina*, бр. 41183/02, § 53, ECHR 2006-..., и *Mehmet and Suna Yiğit v. Turkey*, бр. 52658/99, § 47, 17 July 2007). Судот наоѓа дека овој принцип се применува и во односниот случај. Следствено, смета дека најсоодветната форма на надомест би било повторно судење на жалителот, согласно барањата на членот 6 став 1 од Конвенцијата, а доколку жалителот го побара тоа (види, *mutatis mutandis*, *Gençel v. Turkey*, бр. 53431/99, § 27, 23 октомври 2003).

73. Што се однесува до преостанатата нематеријална штета, одлучувајќи на еднаква основа, Судот му доделува на жалителот 2000 евра.

B. Трошоци

1. Поднесоци на страните

74. Жалителот побарувал 3500 евра за трошоците сторени во домашната постапка и пред Советот, без да поднесе документи како поткрепа за своето тврдење. Треба да се забележи дека жалителот не го изменил своето првобитно барање пред Советот, туку поднел барање за правна помош за трошоците сторени пред Големиот совет.

75. Владата го оспорила барањето, тврдејќи дека е неосновано.

2. Пресуда на Советот

76. Советот му доделил на жалителот 1000 евра за трошоци.

3. Оцена на Судот

77. Судот забележува дека жалителот имал полза од правна помош за трошоците направени за време на постапката пред Големиот совет. Како резултат на тоа, трошоците ги вклучуваат самио оние сторени во постапките пред домашните судови и пред Советот.

78. Според востпоставената судска пракса, трошоците нема да бидат надоместени согласно членот 41, освен доколку не биле навистина и нужно направени и разумни во својата висина. Дополнително, правните трошоци можат да се надоместат само доколку се пворзани со утврдената повреда (види, меѓу останатите, *Beyeler v. Italy* (правичен надомест) [GC], бр. 33202/96, § 27, 28 мај 2002, и *Sahin v. Germany* [GC], бр. 30943/96, § 105, ECHR 2003-VIII).

79. Во светло на наведеното, Судот му ја доделува на жалителот сумата веќе доделена од Советот, односно 1000 евра.

С. Дифолт камата

80. Судот смета дека е соодветно дифолт каматата да се заснова на маргиналната стапка за позајмување на Европската централна банка, на која треба да се додадат три процентни поени.

ОД ОВИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ ЕДНОГЛАСНО

1. *Смета* дека има повреда на членот 6 став 3 (в) од Конвенцијата, во врска со член 6 став 1, на основа на недостигот на правна помош на жалителот додека бил во полициски притвор
2. *Смета* дека има повреда на членот 6 став 1 од Конвенцијата, по однос на недоставувањето на писменото мислење на основниот јавен обвинител до Касациониот суд;
3. *Смета*
 - (а) дека одговорната држава треба да му ги плати на жалителот, во рок од три месеци, слдените суми, кои треба да се променат во нови турски лири, по курсот применлив на датумот на исплатата:
 - (i) EUR 2,000 (две илјади евра), плус било која такса која може да се наплати, по однос на нематеријална штета;

- (ii) EUR 1,000 (илјада евра), плус било која такса која би можела да се наплати, по однос на трошоците;
- (b) дека по истекот на споменатите три месеци, се до исплатата, ќе се пресметува затезна камата на горните суми по стапка еднаква на маргиналната стапка за позајмување на Европската централна банка за време на дифолт периодот , плус три процентни поени;

4. *Го отфрла* остатокот од барањето на жалителот за правичен надомест.

Изготвено на англиски и француски и прогласено на јавна расправа во Зградата на човековите права, Стразбур, на 27 ноември 2008.

Vincent Berger
правен советник

Nicolas Bratza
претседател

Согласно членот 45 став 2 од Конвенцијата и Правило 74 став 2 од Деловникот на Судот, следните мислења на согласност се приклучуваат кон пресудата:

- (a) мислење на судија Bratza;
- (б) заедничко мислење на судиите Rozakis, Spielmann, Ziemele и Lazarova Trajkovska;
- (в) мислење на судија Zagrebelsky, кон кое се приклучуваат судиите Casadevall и Türmen.

N.B.
V.B.

МИСЛЕЊЕ НА СОГЛАСНОСТ НА СУДИЈА BRATZA

Централното прашање во овој случај се однесува на употреба, во доказната постапка против жалителот, на исказот на признание кој е даден за време на полициско испитување во период кога му бил оневозможен пристап до адвокат. Големiot совет најде дека ограничувањето на овој пристап неповратно влијае врз правото на одбрана на жалителот, како и дека ниту правната помош која подоцна му била овозможена, ниту контрадикторната природа на последователната постапка можат да ги испрата дефетите кои се јавиле за време на неговиот полициски притвор. Соодветно, правото на жалителот според член 6 став 3 (в), заедно со членот 6 став 1 е повредено. Јас во целост се согласувам со овој заклучок.

Во став 55 од пресудата, Судот како општ принцип наведува дека со цел правото на фер судење да останен доволно “практично и ефективно“, членот 6 побарува дека, по правило, пристапот до адвокат мора да се обезбеди “од првото испитување на осомничениот во полиција“. Овој принцип е во согласност со раната судска пракса и е јасно доволен за Судот да одлучи за повреда на членот 6 врз основа на фактите на односниот случај. Сепак, јас ги делаам сомнежите на судија Zagrebelsky околу тоа дали , со наоѓањето дека правото на пристап до адвокат се јавува само во моментот на првото испитување, овој принцип оди предалеку. Како судијата Zagrebelsky, сметам дека Судот требаше да ја искористи можноста со јасни зборови да најде дека правичноста на кривичната постапка според членот 6 бара , по правило, осомничениот да има пристап до правен совет од моментот кога е во полициски притвор или притвор пред судење. Би било жално доколку со пресудата се остави впечаток дека не може да стане збор за прашање од членот 6 се додека осомничениот имал пристап до адвокат кога започнало неговото испитување , или дека членот 6 настапува само кога одрекувањет она таквиот пристап ја засегнува правичноста на испитувањето на осомничениот. Оневозможувањето на пристап до адвокат од почетокот на притворот на осомничениот, што , во одреден случај, резултира со влијание врз правото на одбрана, може да го повреди членот 6 од Конвенцијата независно дали таквото влијание произлегува од испитувањето на осомничениот.

ЗАЕДНИЧКО МИСЛЕЊЕ НА СОГЛАСНОСТ НА СУДИИТЕ ROZAKIS, SPIELMANN, ZIEMELE И LAZAROVA TRAJKOVSKA

1. Се согласуваме по сите основи со заклучоците на Судот во поглед на повредата на членот 6 став 3 (в) во врска со членот 6 став 1 од Конвенцијата.

2. Сепак, би преферирале доколку наоѓањето од ставот 72 од пресудата, беше вклучено во оперативните одредби исто така, од причини кои веќе беа изнесени во заедничкото мислење на согласност на судиите Spielmann и Malinverni во *Vladimir Romanov v. Russia*, (бр. 41461/02, пресуда од 24 јули 2008) како и мислењето на согласност на судијата Spielmann во *Polufakin and Chernyshev v. Russia*, (бр. 30997/02, пресуда од 25 септември 2008), кои сега тука се повторуваат.

3. Прво, општо познато е дека, додека наоѓањето во одредена пресуда овозможува на државите членки да ги увидат основите на кои Судот утврдил или не повреди на Конвенцијата, што е од одлучувачка важност за толкување на Конвенцијата, оперативните одредби се оние кои се обврзувачки за страните, а за потребите на членот 46 став 1 од Конвенцијата.

4. И навистина, она што Судот го вели во ставот 72 од пресудата е по наше наоѓање од најголемо значење. Се потврдува дека кога одредено лице е осудено со повреда на процедуралните заштити на членот 6, тоа треба, колку е можно, да биде ставено во позицијата во која би било доколку не биле неиспочитувани барањата на членот 6 (принципот *restitutio in integrum*).

5. Принципот *restitutio in integrum* потекнува од пресудата од 13 септември 1928 на Постојаниот суд за меѓународна правда во случајот *Factory at Chorzów* (барање за отштета) (основаност), каде Судот нашол како што следи:

“Суштинскиот принцип е... дека отштетата мора, колку е можно, да ги избрише сите последици на незаконското дејствие и повторно да ја воспостави состојбата, каква што со сета веројатност, таа би била доколку дејствието не било сторено”. (Серија А, бр. 17, р. 47)

6. Овој принцип, односно *restitutio in integrum* се смета за основен лек за надомест во случаите на повреда на меѓународното право, постојано е реafirмиран преку праксата на меѓународното право и е повторен во членот 35 од нацрт-одредбите за одговорноста на државите.

Членот 35 од овие нацрт одредби пропишува:

“Државата која е одговорна за меѓународно противправен акт е под обврска да изврши надомест, односно повторно да ја воспостави состојбата која постоела пред сторувањето на противправниот акт, под услов надоместот да :

(a) не е суштински невозможен;

(б) не вклучува прекумерен товар во полза на повторното воспоставување отколку надоместот.”

Нмеа причина овој принцип да не се применува и за надомест кај меѓународно противправните акти во полето на човековите права There is no reason not to apply this principle to make reparation for international wrongful acts in the field of human rights (види Loukis G. Loucaides, “Надомест за повреди на човековите права според Европската конвенција и *Restitutio in integrum*”, [2008] *Списание за европско право на човековите права*, pp. 182-192).

Во *Paramichalopoulos and Others v. Greece* ((член 50), 31 октомври 1995, Серија А бр. 330-В) Судот нашол:

“34. Судот посочува дека според членот 53 од Конвенцијата, високите договорни страни се согласиле да бидат обврзани со одлуката на Судот кој која тие се страни; дополнително, член 54 пропишува дека пресудата на Судот ќе биде препратена до Комитетот на министри кој ќе го надгледува нејзиното извршување. Следи дека пресуда во која Судот утврдил повреда наметнува правна обврска за одговорната држава да стави крај на таквата повреда и да изврши надомест за последиците на начин да, колку е можно повеќе ја воспостави состојбата која постоела пред повредата.

Договорните страни кои се страни во случајот се во принцип слободни да ги збираат начините на кои ќе се усогласат со пресудата во која Судот нашол повреда. Оваа дискреција во начинот на извршувањето е одраз на слободата на избор поврзана со основната обврска на договорните страни да ги осигураат гарантираните права и слободи со Конвенцијата (член 1).. Доколку природата на повредата дозволува *restitutio in integrum*, останува на одговорната држава да го ефектуира, со оглед на тоа што Судот нема ниту моќ ниту практична можност тоа самиот да го стори. Доколку, од друга страна, националното право не дозволува- или само делумно дозволува – да се изврши надомест за последиците од повредата, членот 50 му дава моќ на Судот да и додели на повредената страна таков надомест каков што смета дека е соодветен.”

7. Во постојниот случај, а со оглед на тоа што отсуството на адвокат додека жалителот бил во полициски притвор имало неповратн овлијание врз неговото право на одбрана (види став 62 од пресудата), најдобриот начин ова да се постигне е преотворање на постапката и започнување на ново судење, на кое ќе ги има сите гаранции на правично судење, доколку, се разбира, жалителот ја побара оваа опција и истата е возможна во домашното право на одговорната држава.

8. Причината зошто го истакнуваме ова е што не смее да се изуми дека штетите за кои Судот наредува да се исплатат на жртвите на повреда на Конвенцијата, се, според термините и духот на членот 41, од субсидијарна природа. Ова е на линија на субсидијарниот карактер на надоместот на штети во меѓународното право. Членот 36 од нацрт-одредбите за одговорност на државите вели:

“1. Држава која е одговорна за меѓународно противправен акт е под обврска да ја надомести штетата која притоа е сторена, доколку таквата штета не е поправена со реституција...”

Оттука, правилно е, онаму каде е тоа можно, Судот да гледа да го воспостави *status quo ante* за жртвата. Сепак, Судот исто така треба да има во предвид и дека “бришењето на последиците од противправниот акт може...да бара да е овозможат некои или сите форми на репарација, зависно од типот и протегањето на повредата која била сторена” (види J. Crawford, *Текстови за одговорноста на државите од Комисијата за меѓународно право: Вовед, текст и коментари*, Cambridge University Press, 2002, p. 211, (2)) и во поглед на достапните средства на домашно ниво (член 41).

9. Навистина, според Конвенцијата, од државите не се бара да воведуваат постапки за ревизија на пресудите на нивните врховни судови во домашните правни системи, кои се инаку *res judicata*. Сепак, силно се охрабруваат да го сторат тоа, особено во кривичната област.

10. Во Турција, членот 311 § 1(д) од турскиот закон за кривична постапка пропишува дека барање за повторување на домашната постапка, за која е утврдено дека не била правична од страна на Европската конвенција за човековите права, може да се поднесе во рок од една година по конечноста на одлуката на Европскиот суд за човековите права.

Сепак, постои временско ограничување за применување на оваа одредба. Членот 311 став 2 пропишува дека горната одредба не е применлива за жалби поднесени до Европскиот суд за човекови права пред 4 февруари 2003, како и за оние пресуди кои станале конечни пред 4 февруари 2003. Веруваме дека онаму каде, како во односниот случај, одговорната држава овозможила ваква процедура, должност на Судот е не само срамежливо да сугерира дека повторното отворање е најсоодветната форма за надомест, како што стои во ставот 72, туку и да бара од властите да ја употребат таквата процедура, колку и да се чини тоа незадоволително, или да адаптираат постојни постапки, под услов, се разбира, тоа да е желба и на жалителот. Сепак, тоа не е правно возможно освен доколку таа фраза не се јави во оперативните одредби во пресудата.

11. Уште повеќе, Судот веќе вклучувал директиви од оваа природа во оперативните одредби на пресудата. На пример, во *Claes and Others v. Belgium* (бр. 46825/99, 47132/99, 47502/99, 49010/99, 49104/99, 49195/99 и 49716/99, 2 јуни 2005) во точка 5(а) од оперативните одредби на пресудата навел дека “освен доколку не го дозволи барањето на жалителите за повторно судење или протворање на постапката, одговорната држава треба да плати, во рок од три месеци од датумот на кој жалителот се изјаснил дека не сака да вложи такво

барање, или се чини дека нема намера да го стори тоа, или од датумот на кој тоа барање било одбиено, суми за нематеријална штета и трошоци. Слично, во *Lungoci v. Romania* (бр. 62710/00, 26 јануари 2006) Судот нашол во точка 3 (а) од оперативните одредби на својата пресуда дека “одговорната држава треба да осигура дека, шест месеци по конечност на пресудата согласно член 44 став 2 од Конвенцијата, постапката ќе се преотвори на барање на жалителот, како и дека едновремено ќе му исплати 5000 (пет илјади) евра на име на нематеријална штета, плус било која такса која може да се наплати, префрлени во романски леи по стапка применлива на датумот на исплатата”.

12. Според член 46 став 2 од Конвенцијата, контролата врз извршувањето на пресудите на Судот е одговорност на Комитетот на министри. Тоа сепак не значи дека Судот нема улога во тоа и не треба да презема мерски замислени да ја олеснат задачата на Комитетот на министри во оваа функција. Всушност, нема ништо во членот 41 или било каде во Конвенцијата што би го оспречило Судот од оценка на прашањето на целосен надомест согласно горенаведените принципи. Со оглед на тоа што Судот има надлежност да ја толкува и применува Конвенцијата, исто така има и надлежност да ја оценува “формата и количината на надоместот што треба да се направи (види J. Crawford, p. 201). Како што беше објаснето од страна на Постојаниот суд за меѓународна правда во случајот *Factory at Chorzów*: “Надоместот е нужен додаток на пропустот да се примени Конвенцијата...” (p. 21).

13. Во таа насока, суштинско е Судот во своите пресуди да не дава само што е можно попрецизен опис на природата на утврдената повреда на Конвенцијата, туку исто така и да посочи на засегнатата држава во оперативните одредби, доколку тоа го бараат околностите на случајот, на мерките за кои смета дека се најсоодветни да ја надоместат повредата.

МИСЛЕЊЕ НА СОГЛАСНОСТ НА СУДИЈАТА ZAGREBELSKY,
ПРИДРУЖЕНО ОД СУДИИТЕ CASADEVALL И TÜRMEŊEN

(Превод)

Кон мојот глас во полза на оперативните одредби на пресудата, би сакал да додадам неколку зборови да ја објаснам смислата на наоѓањето на Судот, како што јас го разбираам.

Судот најде повреда на “член 6 § 3 (в) од Конвенцијата во врска со член 6 став 1, поради отсуството на правна помош на жалителот додека бил во полициски притвор” (точка 1 оперативните одредби). Оттука, дал одговор на жалбата на жалителот “дека нговите права на одбрана биле повредени... со тоа што му бил ускратен пристап на адвокатот за време на полициски притвор”. Таа жалба, покрената од жалителот според член 6 § 3 (в), основано беше попрецизно формулирана од Судот, кој ја врза со член 6 став 1.

По мое мислење, значењето на пресудата на Судот е јасно. Доколку има какво било сомнение, работите ги прави појасни она што Судот го вели во став 53, повикувајќи се на став 37. Општо признаените меѓународни стандарди кои Судот ги прифаќа и кои ја формираат рамката на неговата пракса, пропишуваат : “Притвореник кому не му е судено, има право ,веднаш штом е притворен, да го одбере својот застапник за својата одбрана како и да подготвува и да му дава, како и да прима, доверливи инструкции...”

Оттука, лице обвинето за кривично дело мора да ја има можноста од асистенција од адвокат уште од самиот почеток на полицискиот притвор или притворот пред судење, а не само додека е испитуван.

Важноста на испитувањето во контекст на кривичната постапка е очигледно, така што, како што јасно вели пресудата, неможноста од адвокатска асистенција за време на испитувањето, освен по исклучок, значи сериозен пропуст со оглед на барањата на правичното судење. Но правичноста на постапка против обвинетото лице во притвор исто така бара тој да може да добие (и бранителот да може да обезбеди) цела низа на услуги специфично поврзани со правната помош, вклучително и расправа за случајот, организација на одбраната, подготовка на испрашувањето, поддршка на обвинетиот во неволја, проверка на условите во притворот и така натаму.

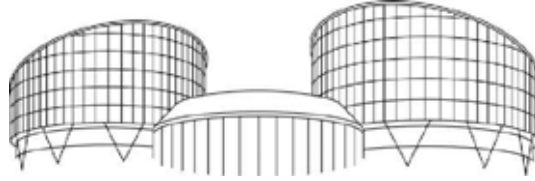
Правниот принцип кој произлегува од пресудата, оттука, е дека, нормално и освен при исклучиви ограничувања, обвинетото лице во

притвор има право на посети од бранителот, од самиот почеток на полицискиот притвор или притворот пред судење, со цел да дискутираат се во врска со одбраната и неговите легитимни потреби. Пропустот да се дозволи таа можност, независно од прашањето на испитувањата и нивната употреба во судовите, освен по исклучок, доведува до повреда на членот 6 од Конвенцијата.

Би додал дека природно, фактот дека бранителот може да го гледа обвинетиот за време на притворот во полициските станици или во затвор, е посоодветна од било која друга мерка за превенција од третман забранет со членот 3 од Конвенцијата.

Претходните забелешки не би биле потребни доколку наоѓањето на Судот не содржеше делови кои би можеле да му сугерираат на читателот дека Судот бара обвинетите да имаат бранител само од почетокот и за време на испитувањето (или дури и само за време на разговорот, од кој се составува формален записник и кој мже да биде користен како доказ во суд). Од ставот 55 натаму, текстот усвоен од Судот се концентрира целосно на одговорите дадени од жалителот кога бил испитуван, кои подоцна биле искористени против него.

Наоѓам дека таквото читање на пресудата е премногу редукционистичко. Значењето на одлуката на Судот за заштитата на обвинето лице лишено од слобода така би било значително ослабено. По мене, тоа би било погрешно, со оглед на тоа што наоѓањето, кое се поврзува со испитувањето на жалителот и начинот на кој неговите одговори биле употребени во судовите јасно се објаснува со груијата на Судот да ги земе во предвид сите специфични факти на случајот кој го има пред себе.



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

ЕВРОПСКИ СУД ЗА ЧОВЕКОВИ ПРАВА

ГОЛЕМ СУДСКИ СОВЕТ

**СЛУЧАЈ АЛ-КНАВАЈА И ТАНЕРИ
против ОБЕДИНЕТОТО КРАЛСТВО**

(Апликации бр. 26766/05 и 22228/06)

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

15-ти декември 2011 година

Оваа пресуда е конечна, но може да биде предмет на редакциски измени.

Во случајот Al-Khawaја и Tahery против Обединетото Кралство,
Европскиот суд за човекови права, заседавајќи во Големиот судски совет во состав :

Françoise Tulkens, *претседател,*
Nicolas Bratza,
Jean-Paul Costa,
Christos Rozakis,
Peer Lorenzen,
Elisabet Fura,
Alvina Gyulumyan,
Danutė Jočienė,
Dragoljub Popović,
Ineta Ziemele,
Mark Villiger,
Giorgio Malinverni,
András Sajó,
Mirjana Lazarova Trajkovska,
Işıl Karakaş,
Nebojsa Vučinić,
Kristina Pardalos, *судиш,*
и Michael O'Boyle, *заменик на секретарот,*

Расправајќи на затворена седница на 19-ти мај 2010 и на 9-ти ноември 2011 година,

Ја донесе следнава пресуда, која беше усвоена на последниот горенаведен датум:

ПОСТАПКА

1. Случаите влечат потекло од две жалби (бр. 26766/05 и 2228/06) против Обединетото Кралствона Велика Британија и Северна Ирска поднесени до Судот согласно Член 34 од Конвенцијата за заштита на човековите права и фундаменталните слободи („Конвенцијата“) од британскиот државјанин, Г-дин Imad Al-Khawaја („првиот жалител“), на 18 јули 2005 и од иранскиот државјанин, Г-дин Ali Tahery („вториот жалител“), на 23 мај 2006.

2. Првиот жалител беше застапуван од Г-дин A. Burcombe и Г-дин D. Wells, адвокати во Wells Burcombe LLP Solicitors од Лондон, со помош на Г-дин J. Bennathan QC, адвокат застапник/советник. Вториот жалител беше застапуван од Г-дин M. Fisher, адвокат од Лондон во Peter Kandler & Co. Solicitors, со помош на Г-ѓа R. Trowler, адвокат застапник/советник. Владата на Обединетото Кралство („Владата“) беше застапувана од својот Агент, Г-дин J. Grainger од Министерството за надворешни работи и за Комонвелтот.

3. Првиот жалител изјави дека неговото судење за полов напад било нефер бидејќи една од двете жени кои поднеле тужба против него

починала пред судењето и нејзината изјава на полицијата ѝ била прочитана на поротата. Вториот жалител изјави дека неговото судење за намерно нанесување тешка телесна повреда било нефер бидејќи изјавата на еден сведок, кој се плашел да присуствува на судењето, ѝ била прочитана на поротата.

4. Жалбите биле доделени на Четвртиот оддел на Судот (Правило 52 § 1 од Судскиот деловник). На 20 јануари 2009, по расправата за допуштеноста и основаноста (Правило 54 § 3), Советот на тој Оддел составен од Судиите Casadevall, Bratza, Bonello, Traja, Mijović, Sikuta и Hirvelä, заедно со T.L. Early, Секретар на Одделот, одлучија едногласно да ги спојат жалбите, да ја прогласат секоја од жалбите за допуштена и да утврдат повреда на Член 6 § 1 во врска со Член 6 § 3(d) од Конвенцијата во однос на секој од жалителите.

5. На 1 март 2010, согласно барањето на Владата од 16 април 2009, Панел на Големиот судски совет одлучи да го упати случајот до Големиот судски совет во согласност со Член 43 од Конвенцијата.

6. Составот на Големиот судски совет беше утврден според одредбите од Член 27 §§ 2 и 3 од Конвенцијата и Правилото 24 од Судскиот деловник. Во финалното разгледување, Alvina Gyulumyan, Işıl Karakaş и Nebojša Vučinić, заменици судии, ги заменија Corneliu Bîrsan, Irenue Cabral Barreto и Sverre Erik Jebens, кои не беа во состојба да учествуваат во понатамошното разгледување на случајот (Правило 24 § 3). Jean-Paul Costa, Christos Rozakis и Giorgio Malinverni, чии мандати истекоеа за време на постапката, продолжија да учествуваат во случајот (Член 23 § 7 од Конвенцијата и Правило 24 § 4).

7. Жалителите и Владата поднесоа писмени забелешки за основаноста. Покрај ова, коментари од трета страна пристигнаа од невладината организација JUSTICE (ПРАВДА) од Лондон, на која ѝ беше дозволено од страна на Претседателот да се вмеша во писмената постапка (Член 36 § 2 од Конвенцијата и Правило 44 § 2). Страните одговорија на овие коментари (Правило 44 § 5).

8. Расправата се одржа јавно во Зградата на човековите права (Human Rights Building), Стразбур, на 19 мај 2010 (Правило 59 § 3).

Пред Судот се појавија:

(a) *За Владата*

Г-ДИН J. GRAINGER,
 Г-ДИН D. PERRY QC,
 Г-ДИН L. MABLY,
 Г-ЃА V. AILES,
Адвокати,
 Г-ДИН C. MUNRO,
 Г-ДИН N. GIBBS,
Советници;

Агент,

(б) за жалителите

Г-дин J. BENNATHAN QC, -
Адвокат,
Г-дин D. WELLS,
Советник.

Судот ги слушна обраќањата на Г-дин Bennathan и Г-дин Perry и нивните одговори на прашањата поставени од страна на Судот.

ФАКТИТЕ

I. ОКОЛНОСТИТЕ НА СЛУЧАИТЕ

A. Г-дин Al-Khawaja

9. Првиот жалител е роден во 1956 година и живее во Брајтон (Brighton). Фактите кои ја поттикнаа неговата жалба се следниве.

10. Додека работел како лекар-советник на полето на рехабилитативната медицина, првиот жалител бил обвинет по две точки полов напад на две пациентки додека тие биле наводно под хипноза. Првата точка во обвинението тврди дека тој непристојно нападнал жена со иницијали С.Т. за време на лекарските консултации на 3 јуни 2003. Втората точка од обвинението тврди дека тој непристојно нападнал жена со иницијали В.У. исто така за време на консултации, овој пат на 12 јуни 2003.

11. Од причини неповрзани со наводниот напад, С.Т. починала самоубиство пред судењето. Сепак, неколку месеци по наводниот напад, таа дала изјава пред полицијата. Таа исто така им кажала на две пријателки, Б.Ф. и С.Х., дека жалителот извршил врз неа полов напад.

12. На 22 март 2004, се одржала прелиминарна расправа заради утврдување дали изјавата на С.Т. треба да се прочита на поротата. На таа расправа, одбраната посочила дека аргументите на одбраната по секоја точка од обвинението се во суштина исти, односно дека наводите на СТ и ВУ се целосно неистинити. Судијата на расправата одлучил дека изјавата на СТ треба да се прочита на поротата за време на судењето. Тој забележал дека првиот жалител најверојатно сметал дека нема друга реалистична алтернатива освен да поднесе докази со цел да се одбрани по втората точка која се однесува на ВУ. Затоа, читањето на изјавата на СТ не би требало да има за последица значајно да му отежне на жалителот да даде докази во сопствена одбрана. Судијата исто така забележал дека не се тврдело дека постои дослук

помеѓу СТ и ВУ во нивните изјави, така што тоа прашање немало потреба да се проверува преку вкрстено испрашување на обете жени.

13. Во однос на содржината на изјавата на СТ, судијата исто така забележал дека таа е клучна за обвинителството по точка еден бидејќи не постоеле други директни докази за она што се случило за време на консултациите на 3 јуни 2003. Тој изјавил: „просто кажано, нема изјава, нема точка еден“. Понатаму продолжил со своето видување дека вистинското прашање во овој случај е дали на обвинетиот ќе му биде овозможено да ја оспори изјавата на начин кој ќе му обезбеди фер судење. Судијата утврдил дека првиот жалител би имал можност да даде докази за тоа што се случило за време на консултациите. Обвинителството било со намера да ги повика пријателите на СТ да посведочат што таа им кажала на нив. Особено што имало недоследности помеѓу нивните изјави и изјавата на СТ, што претставувало една можност да се побие изјавата на СТ. Воедно обвинителството било со намера да повика и вештак да посведочи за изменетата перцепција за време на хипноза, така што вкрстеното испрашување на тој сведок исто така би можело да послужи да се поткопа кредибилитетот на изјавата на СТ.

14. На судењето, откако се прочитала изјавата на СТ, на поротата ѝ биле презентирани докази од БФ и СХ, пријателите на СТ. Матичниот лекар на СТ исто така сведочел во врска со писмото кое тој го пишал во име на СТ упатено до болничките власти, а во кое биле содржани наводите на СТ против првиот жалител. Во врска со втората точка, полов напад врз ВУ, сведочеле ВУ и полициските службеници кои го истражувале случајот. Потоа, сведочеле две жени кои изјавиле дека првиот жалител им упатил непристојни предлози за време на консултациите под хипноза. Обвинителството се потпрело на овие сведочења како на „докази слични на факти“ со да се даде дополнителна тежина на сведочењата на СТ и ВУ. Како што посочило обвинителството, исто така се обезбедило и вештачење за ефектите на хипнозата врз пациентите. На одбраната ѝ била дадена можност за вкрстено испрашување на сите сведоци кои сведочеле лично. Првиот жалител сведочел во своја одбрана. Тој исто така повикал поголем број сведоци, кои сведочеле за неговиот добар карактер.

15. Во своето резиме, судечкиот судија ѝ дал инструкции на поротата, во две различни прилики, како треба да ја третира изјавата на СТ. Тој прво изјавил:

„Мошне е важно вие [поротата] да имате на ум кога ќе го разгледувате нејзиното [на СТ] сведочење дека не сте ја виделе како сведочи; не сте ја слушнале како сведочи; и не сте го слушнале нејзиното сведочење ставено на проверка во вкрстено испрашување [од страна на адвокатна Г-дин Al-Khawaja], кој, несомнено, би имал да ѝ постави голем број на прашања.“

16. Подоцна, тој изјавил:

„... имајте на ум...дека ова сведочење ви беше прочитано. Наводите целосно се негираат ... тоа морате да го имате предвид кога ќе го разгледувате нејзиното сведочење.“

17. Укажувајќи на сведочењата на пријателите на СТ, судечкиот судија ја потсетил поротата на недоследностите помеѓу приказот даден за консултациите од страна на СТ и приказот даден од страна на СХ (во нејзината изјава СТ рекла дека жалителот го допрел нејзиното лице и уста; додека СХ сведочела дека самата СТ а не првиот жалител го допрел нејзиното лице и уста). Судечкиот судија продолжил:

„Вие треба да одлучите за степенот до кој сведочењата на [БФ] и [СХ] ви помагаат да одлучите дали [СТ] ја кажала вистината во својата изјава или не. Но имајте на ум дека докажете во однос на тоа што [СТ] им кажала на [БФ] и [СХ] не се независни докази во врска со вистината на нејзините наводи.“

18. Судечкиот судија воедно ѝ дал инструкции на поротата дека имаат право да ги разгледуваат сведочењата на ВУ, и на другите две жени кои сведочеле за непристојните предлози кои им ги дал првиот жалител, при одлучувањето дали изјавата на СТ е вистинита. Сепак, поротата прво требало да ја отфрли можноста за дослух помеѓу четирите жени. Второ, требало да се запрашаат дали е разумно четири лица кои независно обвинуваат за истото дело да лажат или да грешат или пак да претрпеле слични халуцинации или лажни сеќавања. Ако поротата тоа го смета за неверојатно, тогаш ќе може да биде уверена дека СТ и ВУ ја зборуваат вистината. Судечкиот судија исто така ѝ дал инструкции на поротата дека колку е поголема сличноста меѓу наводите, толку е поголема веројатноста четирите жени да ја кажуваат вистината. Тој додал дека поротата треба исто така да земе во предвид дали жените можеби свесно или несвесно се под влијание на меѓусебните жалбени наводи.

19. Во текот на одлучувањето, поротата во две прилики побарала објаснувања во врска со одредени прашања покренати во изјавата на СТ. На 30 ноември 2004, првиот жалител бил осуден со едногласна пресуда на поротата за двете точки на полов напад. Тој бил осуден на 15 месеци затворска казна за првата точка и 12 месеци затворска казна за втората точка, со наредба да се служат последователно.

20. Првиот жалител ја обжалил осудата до Апелациониот суд. Жалбата се концентрирала врз одлуката од подготвителната расправа со која се дозволила изјавата на СТ да биде употребена како доказ. Воедно било наведено дека, во своето резиме, судечкиот судија не ѝ

дал соодветни упатства на поротата за последователната штета што ваквото сведочење можело да му ја нанесе на првиот жалител.

21. Жалбата била разгледана и одбиена на 6 септември 2005. Во својата писмена пресудата донесена на 3 ноември 2005, Апелациониот суд заклучил дека правото на првиот жалител на правично судење во конкретниот случај не било повредено. Во однос на прифаќањето како доказ на изјавата на СТ, Судот сметал дека тоа не било неминовно во колизија со Член 6 §§ 1 и 3 (d) од Конвенцијата. Потпирајќи се врз пресудата *Doorson против Холандија*, од 26 март 1996, *Извештаи за пресуди и одлуки (Reports of Judgments and Decisions) 1996-II*, Судот утврдил дека допуштеноста на доказите првенствено е прашање на домашното право. Понатаму утврдил:

„25. Важните фактори во овој конкретен случај се следниве. Сведокот, СТ, не можеше да биде испрашан лично од страна на [првиот жалител] бидејќи почина. Таа беше единствениот сведок чие сведочење директно упатуваше на половиот напад врз неа од страна на жалителот. Доколку нејзината изјава се исклучеше, обвинителството ќе мораше да се откаже од првата точка. [Жалителот] можеше да ја нападне точноста на изјавата [на СТ] истражувајќи ги недоследностите помеѓу истата и сведоците, [БФ] и [СХ], и преку вештачењата кои се однесуваат на „изменетата перцепција“ под хипноза. Релевантните делови на Законот од 1988 година [види став 41 подолу] содржат одредби наменети за заштита на обвинетите, кои беа правилно разгледани од судечкиот судија, пред изјавата воопшто да се дозволи како доказ. На крај, трибуналот надлежен за фактите, во овој случај поротата, може и треба правилно да води сметка за тежината која допуштањето на изјавата може да му ја причини на [жалителот], што од друга страна треба да се осигури преку соодветни насоки упатени до поротата.

26. Во случај каде сведокот кој е единствен сведок на кривично дело дал изјава која ќе се користи во обвинувањето а потоа починал, можно е постоење на силен јавен интерес да се допушти таквата изјава како доказ на обвинителството како би можело да постапува. Таков е случајот овде. Тој јавен интерес не смее да го надвлее барањето на обвинетиот да има фер судење. Исто како и судот во *Sellick* [види став 48 подолу], не сметаме дека прецедентното право на Европскиот суд за човекови права бара заклучок дека во такви околности судењето ќе биде неправично. Одредбата од Член 6(3)(d) предвидува дека обвинето лице ќе може [во свое име] да ги испраша сведоците против себе како еден посебен аспект на фер судење: но доколку не се обезбеди таква можност, прашањето е „дали постапката во целина, вклучувајќи го и начинот на кој се собрани доказите, била правична“ - *Doorson*, став 19. Ова не е случај каде сведокот не бил присутен, било од страв или од друга причина, или барал анонимност, или го искористил правото на молчење. Причината е смрт, што е конечност која со себе носи пообни околности, како што е посочено на почетокот од овој став.“

22. Осврнувајќи се на прашањето на резимето на судечкиот судија, жалбениот судот навел:

„Сметаме дека ќе беше подобро доколку судијата експлицитно изјавеше дека [првиот жалител] е потенцијално оштетен со отсуството на [СТ] и дека како последица на неможноста таа да биде вкрстено испрашана и поротата да ја види лично, нејзиното сведочење носи со себе помала тежина. Сепак, во околностите на овој случај, на поротата мора да ѝ било сосема јасно од упатствата кои ги дал судијата, дека токму ова е намерата на неговите забелешки. Затоа сметаме дека на поротата ѝ биле дадени соодветни упатства за последиците од тоа изјавата [на СТ] да биде прифатена како доказ во отсуство, и дека ова не е фактор кој може за [првиот жалител] судењето да го направи неправично со повреда на Членот 6. Исто така треба да кажеме дека севкупните докази против [првиот жалител] беа мошне силни. Ние останавме целосно неубедени во жалбените наводи дека пресудите биле неосновани.“

23. Апелациониот суд одбил да дозволи жалба до Горниот дом но потврдил дека во одлуката било засегнато прашање на примена на правото кое е од општ јавен интерес.

24. На 30 ноември 2005 првиот жалител се жалел до Горниот дом по прашањето на правилна примена на правото, потврдено од жалбениот суд. На 7 февруари 2005 Горниот дом ја одбил жалбата.

Б. Г-дин Tahery

25. Вториот жалител е роден во 1975. Неговата жалба произлегува од неговата осуда за ранување со намера. Позадината за таа осуда е следнава.

26. На 19 мај 2004, С, член на иранската заедница во Лондон, бил вмешан во расправија со некои Курди. Вториот жалител се замешал меѓу С и Курдите со цел да го заштити С. Рано наутро на 20 мај 2004, С и вториот жалител се сретнале пред еден ирански ресторан во Хамерсмит, Лондон. Вториот жалител го викнал С да поразговараат и го одвел во една уличка во близина. Двајцата почнале да разговараат за претходната расправија. Иако С одрекувал дека тој го задал првиот удар, тој признал како сведок на судењето на вториот жалител дека тој го удрил вториот жалител. Во тепачката, вториот жалител го турнал С наназад и, во овој момент, С почувствувал горлива болка во грбот, која се покажала дека е резултат од три убоди во грбот. С и вториот жалител биле свртени со лице еден кон друг, и С сведочел дека ниту го видел вториот жалител како го прободел, ниту пак бил свесен дека вториот жалител застанал зад него или му се протегнал зад грб за да го прободете.

27. За време на тепачката биле присутни други луѓе, вклучувајќи ги и Курдите од претходната препирка. Пријател на С, друг член на иранската заедница наречен Т, бил таму, исто како и двајцата пријатели на Т и чичкото на вториот жалител. С не можел да каже кој од овие луѓе бил во моменот зад него.

28. С на крај сфатил дека е прободен. Тогаш видел нож на земјата. Во своето сведочење во текот на судењето на вториот жалител (видистав 32 подолу), тој навел дека тргнал да го крене но дека или вториот жалител или Т го кренале ножот и го фрлиле накај ресторанот. С претпоставил дека го прободел вториот жалител. Според С, вториот жалител веднаш го одрекол ова. Тој му рекол на С да седне до него и се обидел да го сопре течењето на крв од раните на С сè додека не дошла брзата помош; по нејзиното пристигање, тој го придружувал С до болница. Во болницата, вториот жалител ѝ кажал на полицијата дека видел двајца црнци како го прободуваат С.

29. Кога биле испитувани сведоците на лице место, никој не тврдел дека го видел вториот жалител како го прободува С. Но, по два дена, Т на полицијата ѝ изјавил дека го видел вториот жалител како го прободува С. Во својата изјава Т раскажал дека, кога вториот жалител и С почнале да се тепаат во уличката, Т се обидел да ги раздвои. Тогаш го видел вториот жалител како го држи С за врат, крева нож и го прободува С два пати во грбот. Кога Т му се приближил на вториот жалител, вториот жалител се обидел да го прободет Т во вратот. Според Т, вториот жалител тогаш го испуштил ножот и извикал „не кажувајте ѝ на полицијата“.

30. На 3 ноември 2004, вториот жалител бил уапсен и однесен во Полициската станица Хамерсмит. При испитувањето, тој одрекувал дека го прободел С и повторно изјавил дека одговорни биле двајца црнци. Тогаш бил обвинет за ранување со намера како и за обид за попречување на текот на правдата заради изјавата на полицијата, во болницата и во полициската станица, дека видел двајца црнци како го прободуваат С.

31. На 25 април 2005 почнало судењето на вториот жалител во Кралскиот суд Блекфрајарс (Blackfriars Crown Court). На тој ден, тој се изјаснил за виновен во врска со обвинението за обид за попречување на текот на правдата но исто така го повторил своето изјаснување за невин во однос на обвинението за ранување со намера.

32. С сведочел во полза на обвинителството. Раскажал како тој и вториот жалител се тепале во уличката. По некоја минута сфатил дека е ранет во грбот. Не видел кој го ранил. Вториот жалител го натерал да седне и му ја покривал раната. С го прашал вториот жалител кој го прободел и вториот жалител одрекувал дека тој го сторил тоа. При вкрстено испрашување С признал дека не видел како вториот жалител му отишол зад грб односно дека тие биле свртени лице в лице еден кон

друг. Исто така сведочел дека слушал како некој му довикнал „Кажу ми дека тоа биле црниците“; гласот не бил на вториот жалител.

33. По сведочењето на С, обвинителството побарало дозвола да се прочита Изјавата на Т согласно оддел 116(2)(е) и (4) од Кривичниот кодекс од 2003 година („Законот од 2003“: видистав 43-45 подолу). Обвинителството тврдело според Законот од 2003 дека Т е премногу уплашен да присуствува на судење пред поротата, и дека тој требало да потпадне под специјални мерки. Судечкиот судија го сослушал полицаецот одговорен за случајот, кој изјавил дека иранската заедница е затворена и дека стравувањата на Т се оправдани. Т воедно сведочел пред судечкиот судија (но не и поротата) од зад параван. Му кажал на судијата дека се плаши за себе и за своето семејство поради посетите и телефонските повици кои ги добивал, а за кои не рекол дека биле упатени од страна на вториот жалител. Не кажал кој бил одговорен за посетите и телефонските повици.

34. При одлуката да се дозволи изјавата да ѝ се прочита на поротата, судечкиот судија изјавил:

„Задоволен сум во овие околности, врз основа на кривичните стандарди за докажување, дека сведокот навистина се плаши; а ова го базирам не само врз неговото усно сведочење, туку и можноста да го набљудувам додека сведочеше.

Затоа морам да ги разгледам прашањата поставени во [дел 116(4) од Законот од 2003]. Потдел 4(а) бара да ја разгледам содржината на изјавата. Тоа и го сторив. Одбраната тврди дека таа може да не биде веродостојна; дека може да има недоследности со сведочењето дадено од [С].

Секогаш ќе има случаи, без оглед дали се работи за усно или прочитано сведочење, каде има недоследности. Секогаш поротата е таа која треба да дојде до заклучок, заснован врз поднесоците од застапниците и доказите кои самите ги слушнале, за тоа дали доказите се веродостојни или не. А тие од мене ќе добијат соодветно предупредување, кога ќе треба, за тоа како да гледаат на таа изјава.

Понатаму се тврди дека гледајќи ја изјавата, се работи за изјава со голема важност; бидејќи е од лице кое тврди дека било сведок на случката и следствено на тоа се однесува на суштината на предметот.

Според мене, токму овој вид сведоци се плашат, и најверојатно тие биле она што Парламентот го имал на ум кога го изгласал овој конкретен дел од Законот.

Затоа, откако ја разгледав содржината на изјавата, морам да размислам за сите ризици од неправда кои допуштањето или исклучувањето можат

да ги носат за било која страна во постапката. Заклучувам дека нејзиното исклучување би донело неправда; додека подеднакво заклучувам дека никаква неправда нема да се стори со нејзиното допуштање. При тоа, го зедов предвид текстот од [Законот од 2003]; особено тоа колку е тешко да се оспори изјавата ако односното лице не сведочи усно.

Оспорување на изјава не секогаш доаѓа со вкрстено испрашување. Оспорување на изјава може да се стори преку сведочење дадено при побивање на обвинението; или од страна на обвинетиот, ако одлучи тоа да го стори, или од било кој очевидец—а знаеме дека имало такви—кои биле на улица во тој момент.

Следствено на тоа, заклучувам дека сведочењето на обвинетиот, доколку одлучи да сведочи, би било доволно да ги побие и оспори доказите содржани во таа изјава.

Разгледав и други релевантни фактори, и му ја понудив на сведокот додека сведочеше зад параван можноста да сведочи со примена на истите специјални мерки. Кажа дека неговиот став нема да се промени; дека нема да сведочи пред порота, а причината зошто не може е ставот.

Земајќи ги предвид сите овие прашања во овие околности, заклучувам дека ова е токму таков случај каков што го замислувал Парламентот кој би можел да бара читање на изјава.“

35. Сведочењето на Т ѝ било прочитано на поротата. Докази дале исто така и докторот кој го лекувал С во болница во поглед на природата на раната и форензичарот кој ја испитал крвта најдена на алиштата на вториот жалител и потврдил дека се совпаѓа со таа на С (иако не можело да се донесе цврст заклучок за тоа како дошла на алиштата). Записникот од испитувањето на вториот жалител од полицијата бил исто така понуден од обвинителството (види став 30 погоре).

36. Вториот жалител сведочел во своја одбрана. Изјавил дека бил присутен на претходна препирка со Курдите. Кога тој и С се сретнале подоцна пред ресторанот, го фатил С за рака и му предложил да прошетаат и разговараат, но С почнал да го удира. Се одбрал така што го грабнал С за јаката и го турнал. Т тогаш се обидел да се вмеша и извесен број други членови на иранската заедница го задржале С. Т стоел меѓу С и вториот жалители, во овој момент, вториот жалител забележал нож на земјата. Го кренал и го фрлил, не знаејќи тогаш дека С бил прободен. Кога С го обвинил дека го прободел, вториот жалител му рекол да седне и успешно го смирил. Ја ставил раката врз раната на грбот на С. С тогаш се чини дека прифатил дека не бил прободен од вториот жалител. Вториот жалител воедно сведочел дека ѝ кажал на полицијата дека двајца црнци се одговорни бидејќи чичко му рекол тоа

да го каже. На крај, вториот жалител сведочел дека, пред да го испита полицијата, Т му кажал дека тој самиот знаел дека вториот жалител не го прободел С.

37. Судијата, во своето резиме, ја предупредил поротата за опасноста од потпирање врз сведочењето на Т. Тој изјавил:

"Тоа сведочење, како што знаете, ви беше прочитано согласно одредбата која му дозволува на сведок кој е уплашен, не е прашање на дрскост туку на страв, да ви се прочита неговата изјава, но вие морате да бидете внимателни како ќе ја третираат. Точно е, како што беше посочено од одбраната, дека им беше ускратена можноста да го испитаат сведочењето преку вкрстено испрашување. Исто така е точно дека ви беше ускратена можноста да го видите сведокот и неговото однесување во Судот. Немавте можност да видите како тој се сеќава и вели „можеби поради она што го видов собрав два и два и добив пет“, како што одбраната ве упатува да кажете. Со други зборови, морате секогаш да бидете отворени за [фактот] дека тој би можел да ги спои нештата кои ги видел и да дојде до погрешен заклучок. Така се проверува изјава. Морате да се запрашате „дали можеме да се потпреме на оваа изјава? Дали се работи за изјава која е за нас уверлива?“ Само ако сте уверени, дека она што е содржано во изјавата точно го одразува она што се случило ноќта и она што сведокот го видел, тогаш можете да се потпрете на неа. Тоа важи за секој сведок. Само ако утврдите дека сведочењето е уверливо и ве задоволува, така да сте сигурни, тогаш можете по истото да постапувате. Секогаш морате да се запрашате „дали изјавата која ја дал тој е веродостојна“?

Морате воедно да имате на ум, што е важно, дека е договорено и прифатено дека обвинетиот не е тој што е одговорен за заплашувањето на сведокот.“

38. На 29 април 2005, вториот жалител бил осуден со мнозинска пресуда за ранување со намера да причини тешка телесна повреда, за што подоцна беше осуден на девет годишна казна затвор која треба да се издржи последователно со казна затвор од петнаесет месеци за обвинението за обид за попречување на текот на правдата по кое апликантот се изјаснил за виновен.

39. Вториот жалител се жалел до Апелациониот суд, тврдејќи дека неможноста за вкрстено испрашување на Т го повредило неговото право на фер судење. Апелациониот суд прифатил дека судот признал во врска со изјавата на Т дека е „важна и е доказ за главното прашање во случајот... односно доколку не беше допуштена шансите за осудителна пресуда ќе беа помали а оние за ослободување ќе беа поголеми“. Судот го поддржал размислувањето на судечкиот судија, наведувајќи дека било возможно не само вкрстено испрашување на другите сведоци на обвинителството, туку и сведочењето од страна на вториот жалител како и потенцијални сведочења на други очевидци со

цел да се отстрани неправдата. Исто така е наведено дека судечкиот судија експлицитно ја предупредил поротата во детали за тоа како треба да го третираат ова сведочење и правилно ѝ дал инструкции за тоа како треба да го разгледа при својата одлучување. Иако вториот жалител тврдел дека дури и правилните упатства од судијата не би можеле да ја исправат неправедноста, Апелациониот суд потврдил дека поротата била информирана за сите прашања неопходни за процесот на донесување одлука. Одбил да одобри жалбена постапка по основ на осудата од 24 јануари 2006. Апелациониот суд сепак, му одобрил на вториот жалител да поднесе жалба против казната и притоа ја намали казната од девет на седумгодишна казна затвор.

II. РЕЛЕВАНТНО ДОМАШНО ПРАВО И ПРАКТИКА

A. Начела од обичајното право релевантни за обата случаја

40. Доказ по слушање е секоја изјава за фактите освен онаа која сведокот, по сопствено знаење, ја дава во текот на усното сведочење (видистав 20 од пресудата на Lord Phillips во *R. против Horncastleu други*, резимиран во став 57-62 подолу). Како генерално правило тоа е недопустливо во кривичен случај, освен ако постои правило или законска одредба во обичајното право која дозволува негово допуштање. Релевантните законски одредби применливи на секој жалител се дадени во следниот дел. Тие законски одредби се дополнети со три начела од обичајното право. Прво, во обичајното право судечкиот судија има дискрециско право да исклучи секаков доказ ако неговите штетни последици ја надминуваат неговата доказна вредност. Ова, од друга страна, е дополнето со дел 78 од Законот за полициски и кривични докази од 1984 година, кој му дава на Судот дискрециско право да исклучи сведочење ако допуштањето има таков неповолен ефект врз праведноста на судењето што не би требало да се допушти. Второ, ако доказот по слушање се допушти и поротата го слушне, судечкиот судија, во своето резимирање, мора да ја упати поротата на опасноста од потпирање на доказот по слушање. Трето, во судење пред порота, поротата мора да ги добие традиционалните упатства во врска со товарот на докажување, т.е. поротата мора да е убедена во вината на обвинетиот надвор од секаков разумен сомнеж.

B. Примарно законодавство

1. Примарното законодавство применливо во Случајот Al-Khawaja

41. Во време на судењето на првиот жалител, релевантните законски одредби се наоѓаа во дел 23 до 28 од Кривичниот законик од 1988 година. Дел 23 од Законот од 1988 година предвидува дозволување на писмен доказ по слушање од прва рака во кривично судење:

„23.- ... изјава дадена од лице во документ ќе биде допустлива во кривична постапка како доказ за секој факт за кој би било допустливо директно усно сведочење од страна на лицето ако -

(2)(a) лицето кое ја дало изјавата е починато или поради своја телесна или ментална состојба не е во состојба да присуствува како сведок ...

25.-(1) Ако, имајќи ги предвид сите околности-

(a) Кралскиот суд -

(i) на судење по обвинение;

(ii) по жалба од суд од прва инстанца; или

(iii) на расправа по тужба според дел 6 [1987 ц. 38.] од Кривичниот законик од 1987 година (тужба за отфрлање на обвинение за измама префрлено од суд од прва инстанца до Кралскиот суд); или

(b) кривичниот оддел на Апелациониот суд; или

(c) судот од прва инстанца на судење на информации,

е на мислење дека во интерес на правдата, една изјава која е допустлива согласно дел 23 или 24 погоре сепак не треба да се дозволи, може да наложи изјавата да не се допушти.

(2) Не доведувајќи ја во прашање општоста на потдел (1) погоре, обврска на Судоте да води сметка -

(a) за природата и изворот на документот кој ја содржи изјавата и за тоа дали, имајќи ги предвид природата и изворот и сите други околности кои на Судот му се чинат релевантни, е веројатно дека документот е автентичен;

(b) за степенот до кој изјавата се чини дека пружа докази кои на друг начин не би биле лесно достапни;

(c) за релевантноста на доказите кои се чини дека ги пружа по било кое прашање кое најверојатно ќе мора да се утврди во постапката; и

(d) за секој ризик, обрнувајќи внимание особено на прашањето дали е веројатно дека ќе биде возможно да се оспори изјавата ако лицето кое ја дава не присуствува да даде усно сведочење во постапката, дека нејзиното допуштање или исклучување ќе резултира со неправедност за обвинетиот или, ако се повеќе обвинети, за било кој од нив.

26.-Ако изјава која е допустлива во кривична постапка согласно дел 23 или 24 погорему се чини на Судот дека е подготвена, ... , за целта -

(a) на претстојна или планирана кривична постапка; или

(b) на кривична истрага,

Изјавата нема да биде допуштена како доказ во било која кривична постапка без дозвола од Судот, а Судот нема да даде дозвола освен ако не е на мислење дека изјавата треба да се допушти во интерес на правдата; и при разгледување дали допуштањето ќе биде во интерес на правдата, ќе биде обврска на Судот да води сметка -

(i) за содржината на изјавата;

(ii) за секој ризик, обрнувајќи внимание особено на прашањето дали е веројатно дека ќе биде возможно да се оспори изјавата ако лицето кое ја дава не присуствува да даде усно сведочење во постапката, дека нејзиното допуштање или исклучување ќе резултира со неправедност за обвинетиот или, ако се повеќе обвинети, за било кој од нив; и

(iii) за сите други околности кои на Судот му се чинат релевантни...“

Прилог 2 кон Законот дозволува допуштање на докази кои се однесуваат на кредибилитетот и конзистентноста на оној кој ги дава, доколку таквите докази би биле допустливи доколку лицето сведочи лично, или ако прашањето може да му биде поставено во вкрстено испрашување. Прилогот воедно предвидува, при проценување на тежината – ако ја има – која може да ѝ се припише на таквата изјава, да се води сметка за сите околности од кои би можело да се извлече било каков заклучок за нејзината точност или нешто друго.

2. Примарно законодавство применливо во *Случајот Tahery*

(a) Извештај на Комисијата за право

42. Во својот извештај од Април 1997, насловен *Докази во кривичната постапка: Доказ по слушање и сродни теми (Evidence in Criminal Proceedings: Hearsay and Related Topics)*, Комисијата за право препорача низа реформи на правото за доказ по слушање во Англија и

Велс, вклучувајќи ги одредбите содржани во Законот од 1988 година. Покрај препораката да се разјаснат условите под кои едно сведочење може да се допушти на судење (вклучувајќи постоење на основите смрт и страв), Комисијата предложи да постои ограничено дискрециско право на допуштање на доказ по слушање кој не потпаѓа под било кој друг законски исклучок или исклучок според обичајното право (препорака 28).

Во својот претходен консултативен напис, објавен во јануари 1995, Комисијата го имаше разгледано прецедентното право на овој Судот за Член 6 § 3(d) и заклучи дека постои ризик од повреда на Конвенцијата ако е веројатно едно лице да може да биде осудено само поради доказ по слушање. Комисијата сметаше дека овој ризик е доволно сериозен да бара судот да прекине случај во кој доказот по слушање е единствениот доказ за елементите на кривичното дело (став 9.5 од консултативниот напис). По критиките на овој предлог (првенствено дека е непримерно претпазлив и обременет со практични потешкотии), во својот извештај од 1997 година Комисијата одлучи да не го задржи овој предлог (видистав 5.33-5.41 од извештајот). Наместо тоа заклучи дека соодветна заштита би се пружила со ограничувањата кои ги предлага, особено со својата препорака 47, каде се предлага да му се даде на судечкиот судија овластување да прекине еден случај ако доказот по слушање е неуверлив (видистав 45 подолу).

(б) Кривичен кодекс од 2003 година

43. Дел 11, Поглавје 2 од Кривичниот кодекс од 2003 година стапи на сила во април 2005. Имаше за цел значително да го реформира правото кое го регулира допуштањето на доказ по слушање во кривичната постапка врз основа на нацрт законот предложен од страна на Комисијата за право.

Согласно дел 114 од Законот од 2003, доказот по слушање е допустлив во кривична постапка само ако важи една од неколкуте „можности“. Иако ова не важи за случајот на вториот жалител, една таква можност е дел 114(1)(d) кој овозможува допуштање на доказ по слушање доколку судот заклучил дека е во интерес на правдата тој да се допушти. Дел 114(2) предвидува:

„При одлучувањето дали една изјавакоја не е дадена во усно сведочење треба да се допушти согласно потдел (1)(d), судот мора да ги има во предвид следниве фактори (и сите други кои ги смета за релевантни)-

(а) колкава е доказната вредност на изјавата (под претпоставка да е вистинита) во однос на суштинското прашање на постапката, или колку е вредна за разбирање на други докази во случајот;

- (b) какви други докази се, или можат да бидат, дадени по прашањето или докази наведени во став (a);
- (c) колку е важно прашањето или доказите наведени во став (a) во контекст на случајот како целина;
- (d) околностите во кои е дадена изјавата;
- (e) колку се чини веродостоен оној кој ја дава изјавата;
- (f) колку веродостојно се чини сведочењето во кое се дава изјавата;
- (g) дали може да се даде усно сведочење по наведеното прашање и, ако не, зошто не;
- (h) тешкотиите при оспорувањето на изјавата;
- (i) степенот до кој таквите тешкотии би биле на штета за страната која со нив се соочува.“

44. „Можноста“ врз која се потпрело во случајот на вториот жалител е дел 116, кој дозволува допуштање на изјави на отсутни сведоци. Во дел 116 под релевантно се предвидува:

"(1) Во кривична постапка изјава која не е дадена преку усно сведочење во постапката е допустлива како доказ по било кое наведено прашање доколку -

- (a) усното сведочење дадено во постапката од лицето кое ја дало изјавата би било допустливо како доказ за тоа прашање,
- (b) лицето кое ја дало изјавата (релевантното лице) се идентификувало на барање на Судот, и
- (c) е задоволен било кој од петте услови наведени во потдел (2).

(2) Условите се -

- (a) релевантното лице е починато;
- (b) релевантното лице не е во состојба да биде сведок поради својата телесна или ментална состојба;
- (c) релевантното лице се наоѓа надвор од Обединетото Кралство и не е разумно практично да се обезбеди негово присуство;
- (d) релевантното лице не може да се пронајде иако се преземени чекори кои се разумно изводливи за да се пронајде;

(е) поради страв релевантното лице не дава (или не продолжува да дава) усно сведочење во постапката, било воопшто или во врска со предметното прашање на изјавата, а судот дава дозвола изјавата да се внесе како доказ.

(3) За целите на потдел (2)(е), „страв“ се толкува пошироко и (на пример) вклучува страв од смрт или повреда на друго лице или од финансиска загуба.

(4) Дозвола може да се даде согласно потдел (2)(е) само ако судот смета дека изјавата треба да се допушти во интерес на правдата, имајќи ги предвид -

(a) содржината на изјавата,

(b) било кој ризик дека нејзиното допуштање или исклучување ќе резултира со неправедност по било која страна во постапката (а особено колку е тешко да се оспори изјавата доколку релевантното лице не сведочи усно),

(c) во соодветни случаи, фактот дека во врска со дел 19 од Законот за младинска правда и кривични докази од 1999 година (с. 23) (специјални мерки за сведочење на уплашени сведоци итн.) може да се воспостави во однос на релевантното лице, и

(d) било кои други релевантни околности.

(5) Условот поставен во било кој став од потдел (2) кој е фактички исполнет треба да се третира како неисполнет доколку се покаже дека околностите опишани во тој став се причинети -

(a) од лицето во чија корист се бара сведочењето, или

(b) од лице кое постапува во негово име,

со цел да се спречи релевантното лице да даде усно сведочење во постапката (без оглед дали воопшто или во врска со предметното прашање на изјавата).“

45. Според дел 121 од Законот, дел 116(2)(е) може да важи само во однос на доказ по слушање од прва рака; не може да важи за допуштање на повеќе кратни докази по слушање.

Покрај ова, дел 124 овозможува допуштање на докази заради оспорување на кредибилитетот на отсутниот сведокот, на пример, преку допуштање на докази за неговиот лош карактер, вклучувајќи претходни осуди, склоност кон невистинитост итн. Воедно овозможува оспорување на неконзистентни изјави кои ги дал сведокот. Дел 124(2) дозволува допуштање на докази за оспорување на кредибилитетот на

отсутниот сведокот во околности каде тоа не би било допустливо во случај да сведокот сведочи во живо, на пример, ако се однесува на колатерално прашање во случајот.

Доколку случајот е заснован целосно или делумно врз доказот по слушање, дел 125 бара судечкиот судија да го прекине случајот (и или да наложи ослободување или да ја отпусти поротата) доколку, имајќи ја предвид неговата важност во случајот против обвинетиот, доказот по слушање е толку неуверлив што осудата би била несигурно заснована. Со ова стапи на сила препораката 47 на Комисијата за право (видистав 42 погоре).

Дел 126 ја здржува и обичајно-правната дискреција на судечкиот судија и неговата дискреција според дел 78 да исклучи доказ по слушање (види став 40 погоре). Воедно предвидува законско дискрециско право да се исклучи доказ по слушање доколку судечкиот судија заклучи дека „аргументот да се исклучи, имајќи ја предвид опасноста дека да се допушти би резултирало со непропорционално губење време, е значително посилен од аргументот да се допушти, имајќи ја предвид вредноста на доказите“.

3. Закон за судска медицина и правда од 2009 година

46. Условите под кои сведоци можат анонимно да сведочат во кривична постапка сега се регулирани со Законот за судска медицина и правда од 2009 година. Претходно ова прашање се регулираше со слични одредби во Законот за кривични докази (Анонимност на сведок) од 2008 година, кој стапи на сила по пресудата на Горниот дом во *R против Davis* (видистав 49 и 50 подолу). Според Законот од 2009 година, сведоци можат да сведочат анонимно само кога, на барање или на обвинителството или на обвинет во постапката, судечкиот судија донесува „налог за анонимност на сведокот“. Дел 87 бара судечкиот судија да биде известен за идентитетот на сведокот. Дел 88(2)-(6) и 89 ги зацртуваат условите за донесување на налогот за анонимност на сведокот. При одлучувањето дали се задоволени тие услови, Судот мора да има предвид, *inter alia*, дали сведочењето на сведокот можеби е единствен или одлучувачки доказ кој го инкриминира обвинетиот (дел 89(2)(c)).

4. Закон за човекови права од 1998 година

47. Дел 2 од Законот за човекови права од 1998 година предвидува, при одлучувањето на било кое прашање кое произлегува во врска со право од Конвенцијата, судовите и трибуналите да мораат да го земат предвид и прецедентното право на овој Суд доколку, според мислењето на судот или трибуналот, тоа е релевантно за постапката во

која тоа прашање се појавило. Дел 6(1) предвидува дека е противправно за јавен орган да постапува на начин кој е некомпатибилен со правото од Конвенцијата.

В. Релевантно прецедентно право на Англија и Велс

1. *R против Sellick и Sellick*

48. Пресудата на овој Судот во *Lusa против Италија*, бр. 33354/96, § 40, ECHR 2001-II беше разгледана од Апелациониот суд во *R против Sellick и Sellick* [2005] EWCA Crim 651, кој се однесува на двајца обвинети кои наводно заплашувале сведоци. Судечкиот судија дозволи изјавите на сведоците да ѝ се прочитаат на поротата. Обвинетите се жалеа по основ дека допуштањето на изјавите го повредило Член 6 § 1 прочитан во врска со 3 (d) од Конвенцијата. Апелациониот суд ја одбил жалбата. При разгледувањето на релевантното прецедентно право на овој Суд, во став 50 од својата пресуда, навел дека она што произлезло од тоа прецедентно право се следниве становишта:

„i) Допустливоста на доказите е прашање првенствено за домашното право;

ii) Доказите мораат вообичаено да се изведат на јавна расправа и како општо правило според Член 6(1) и (3)(d) бараат на обвинетиот да му се даде правилна и соодветна можност да оспори и испраша сведоци;

iii) Не мора да биде некомпатибилно со Член 6(1) и (3)(d) да се прочита сведочење дадено надвор од судница, а тоа може да биде случај дури и ако немало можност да се испита сведокот во било која фаза на постапката. Член 6(3)(d) претставува едноставно илустрација на прашањата кои треба да се земат предвид при разгледување на прашањето дали е одржано праведно судење. Причините зошто судечкиот суд смета дека е неопходно изјавите да се прочитаат, како и дејствијата превземени со цел во постапката да се овозможи противтежа на секаков хендикеп за одбраната, се релевантни за оценка на прашањето дали, доколку се прочитаат сведочења, постапката ќе биде правична.

iv) Квалитетот на доказот и неговата веродостојност, како и степенот на претпазливост кој бил применет во врска со потпирањето на истиот, се исто така релевантни за прашањето дали судењето било праведно.“

Потоа Апелациониот суд наведува:

"Прашањето е дали постои петто становиште во врска со прашањето, доколку околностите го оправдуваат читањето на изјавата каде

обвинетиот немал прилика да го испита сведокот во било која фаза на судскиот процес, не смее да се дозволи да се прочита изјавата ако е единствениот или одлучувачкиот доказ против обвинетиот. Секако дека на прв поглед став 40 од *Luca* се чини дека сугерира да при било какви околности и било какви фактори на противтежа да се присутни, доколку се прочитаат сведочења, тогаш ќе има повреда на Член 6, ако изјавите се единствените или одлучувачките докази. Згора на тоа, може да се најде извесна потпора за таквиот став кај претходните примери. Но ниту кај *Luca* ниту во било кој друг меродавен пример немало случај каде еден сведок, чиј идентитет му бил добро познат на обвинетиот, се држел настрана поради страв, иако мораме да прифатиме дека повикувањето на организации од типот на Мафијата и нивните судењата во став 40 покажува дека судот имал екстремни околности на ум.“

2. *R. против Davis*

49. Во *R. против Davis* [2008] UKHL 36 Горниот дом разгледуваше жалба по осудителна пресуда од страна на обвинет кој бил осуден по две точки за убиство со огнено оружје. Тројца сведоци сведочеле на судењето идентификувајќи го обвинетиот како оној што пукал. Тие сведочеле анонимно, сведочејќи зад екран така што судијата и порота можеле да ги видат, но не и обвинетиот. Горниот дом едногласно ја допуштил жалбата на обвинетиот.

Заклучил дека сведочењата биле неконзистентни со одамна воспоставеното начело на англиското обичајно право да, во зависност од определени исклучоци и законски ограничувања, обвинетиот во кривично судење треба да се соочи со своите обвинувачи за да може вкрстено да ги испрашува и да ги оспори нивните сведочења, начело кое потекнува од антички Рим (Lord Bingham во став 5).

Згора на тоа, овој Суд не се произнесе целосно против допуштањето на анонимните докази во сите околности. Но, утврди дека огласувањето за виновен не треба да се базира единствено или до одлучувачки степен на анонимни изјави. Во секој случај, по фактите во случајот *Davis*, овој Суд ќе утврдеше повреда на Член 6: не само што анонимните сведочења биле единствена или одлучувачка основа врз која бил осуден *Davis*, туку и било оневозможено ефективно вкрстено испрашување.

50. Lord Mance, согласувајќи се со пресудата, ги разгледал релевантните меродавни примери на овој Суд за Член 6. При тоа, тој се сомнева дека постои апсолутно барање анонимните сведочења да не треба да бидат единствените или одлучувачките докази против еден обвинет. Наместо тоа, степенот до кој таквото сведочење е одлучувачко може да не биде ништо повеќе од еден мошне важен фактор заради баланс на вагата. Тој исто заклучил дека *R. против Sellick u Sellick* (меѓу другите меродавни примери) послужи како

предупредување против тоа Конвенцијата, или очигледно општите изјави од овој Суд, да се третираат како да содржат апсолутно нефлексибилни правила.

3. *R. против Horncastleu други*

51. Пресудата на Советот од 20 јануари 2009 година во односните случаи се разгледа од Апелациониот суд и од Врховниот суд на Обединетото Кралство во *R. против Horncastleu други*. Случајот се однесува на жалбите на четворица обвинети кои биле осудени врз основа на изјави на отсутни жртви, кои биле прочитани на судење согласно дел 116 од Законот од 2003. Кај двајца од обвинетите, давателот на изјавата починал. Кај другите двајца, сведокот бил премногу уплашен за да присуствува на судењето. Нивните жалби се сослушале заедно со жалба од петти обвинет, Carter, кој бил осуден врз основа на деловни документи, кои биле претставени на неговото судење.

(а) Пресудата на Апелациониот суд

52. На 22 мај 2009, Апелациониот суд едногласно ги одбил жалбите на првите четворица обвинети ([2009] EWCA Crim 964). Прифатил дека Член 6 § 3(d) има своја сопствена содржина но, со оглед на тоа дека не создава апсолутно право секој сведок да се испрашува, рамнотежата која ја воспоставува Законот од 2003 е легитимна и целосно конзистентна со Конвенцијата. Прифаќањето на доказ по слушање може да воведо вистински хендикеп и потребно е внимателно да се спроведува. Сепак, со оглед на заштитните мерки содржани во Законот од 2003, кои биле ригорозно применувани, не би требало да има повреда на Член 6 ако осудата е заснована единствено или до одлучувачки степен врз доказ по слушање. Доколку доказот по слушање би бил веродостоен, или неговата веродостојност би можела правилно да се провери и оцени, правата на одбраната би биле испочитувани, би постоеле доволно противтежни мерки и судењето би било праведно. Не е соодветно постоењето на правило дека противтежните мерки никогаш не би биле доволни доколку доказите се единствени или одлучувачки. Ова беше разгледувано и отфрлено од страна на Комисијата за право и Парламентот кога го донесе Законот од 2003.

53. Во врска со правилото за единствен или одлучувачки доказ, исто така имаше принципиелни и практични потешкотии. Прво, како принципиелна потешкотија, проверката претпостави дека секој доказ по слушање е неверодостоен во отсуство на проверка пред отворен суд, и второ, исто така се претпостави дека на оној задолжен за

откривање на фактите (како што е поротата) не може да му се довери проценката на доказите. Ниту една претпоставка не беше оправдана. За првата, Апелациониот суд даде примери на доказ по слушање кој би бил веродостоен како што е жртва која, пред да почине, го открива името на својот убиец. За второто, Апелациониот суд утврди дека поротите се сосема во состојба да ги разберат ограничувањата на пишаните изјави и, согласно дел 124 од Законот од 2003, би добиле на увид материјал за оној кој ја дава изјавата (видистав 45 погоре). Самиот факт што доказите се суштинска алка во синцирот на докази против обвинетиот не го смени тој заклучок. На пример, форензичките докази можат да зависат од работата извршена од неидентификувани лабораториски асистенти (и со тоа да бидат доказ по слушање). Но не е неопходно секој член на лабораторијата кој работел со доказите да се повика за да се провери силината на доказите.

54. Судот воедно утврди дека има практични тешкотии со правилото за единствен или одлучувачки доказ како проверка на допустливоста на доказите. Тој забележа:

„Јасно е од пресудата во *Al-Khawaja против ОК* дека ЕСЧП зазема став дека **допуштањето** на доказот по слушање може да претставува повреда: види особено став 37, 40, 42 и 46. Секаква проверка на допустливоста мора да се превземе пред да се даде сведочењето, и секако пред да се добие резултатот од судењето. Рутинската проверка за допуштеноста на доказите, која може да се примени само ретроспективно, откако ќе се дознае исходот од судењето, му дава на судскиот процес шпекулативни карактеристики. Судијата, поротата, сведоците и страните можат да се најдат вмешани во бокс со сенки без да знаат дали службениот резултат од судењето ќе биде преиначен по основ дека, како што се одвиваат нештата, не поминал на проверката на допуштеноста. Ниту пак може било кој обвинет да одлучи како да го води својот случај, и навистина дали да се изјасни за виновен или не, ако не знае врз какви докази може или не може да се потпре во текот на постапката.

Несомнено често ќе биде возможно однапред да се идентификува случај во кој односниот доказ по слушање е единствениот доказ против обвинетиот. Очигледен случај е оној на единствен очевидец, без предложена поддршка од некој друг извор. Но често ова не мора да биде јасно од самиот почеток; може да има други докази кои обвинителството има намера да ги презентира, но кои, на расправата, ќе произлезе дека не го инкриминираат обвинетиот, или ефективно ќе се побијат. И обратно, она што на почетокот се чини дека е доказ по слушање кое стои само по себе може понекогаш да добие поддршка од друг материјал како што се развиваат доказите. Некој сведок може да додаде нешто што е од голема важност што не било претходно споменато, или важноста на нешто кажано може да стане очигледна кога ќе се даде некој друг навидум неповрзан доказ. Во еден случај каде има повеќе од еден обвинет кои се

обвинети заедно, искуството вели дека доказите на еден можат да фрлат силна светлина врз вината или невиноста на друг. Така дури и концептот на „единствен“ доказ е нецелисходна проверка за допуштеноста.

Но, втората ногарка на предложената проверка е она што е склоно кон причинување на најголемите потешкотии. Никој не може да знае кои докази се одлучувачки сè додека не заврши процесот на донесување на одлуката. Навистина не е возможно да се одлучи однапред, во фазата кога во прашање е допуштеноста на доказите, кој доказ ќе биде одлучувачки ... Проверката уште повеќе се отежнува доколку значењето на „одлучувачки“ се прошири и го опфати секој доказ за кој може да се каже дека, доколку отсуствува, „шансите за осуда ќе бидат помали а оние за ослободување поголеми“ (види став 21 од *Al-Khawaja*). Навистина, ако проверката е таа што одлучува, буквално секој доказ би припаднал тука; доказ кој, доколку се прифати од поротата, не ги зголемува шансите за осуда редовно би се исклучил како ирелевантен.“

Апелациониот суд воедно забележува дека би било невозможно да се примени тестот при судење на двајца или повеќе обвинети, каде едниот обвинет бара да приложи доказ по слушање во своја одбрана. Во таков случај, судечкиот судија би бил обврзан да му дозволи на обвинетиот да го приложи тој доказ дури и ако тој може да инкриминира некој од другите обвинети и всушност да претставува одлучувачки доказ против тој обвинет.

55. Апелациониот суд воедно сметал дека заштитниот механизам во дел 125 од Законот од 2003 (моќта на судечкиот судија да го прекине случајот доколку доказот по слушање е неуверлив: види став 45 погоре) обезбедува „сразмерно оценување на веродостојноста“ на доказ по слушање, и не би ѝ послужило на правдата таквата моќ да се попречува со барање да се применува во секој случај во кој доказот по слушање е единствен или одлучувачки доказ. Единствен или одлучувачки доказ по слушање би можел да биде целосно уверлив и, исто така, доказ кој не е ниту единствен ниту одлучувачки би можел да има такво потенцијално влијание врз поротата што судијата би бил уверен дека осудата е несигурно заснована. Таму каде што постои легитимен аргумент дека тој доказ по слушање е неуверлив и важен за случајот, од судечкиот судија се бара сам да одлучи дали осудата е сигурно заснована; тоа вклучува оценка на веродостојноста на доказот по слушање, неговото место во доказите како целина, прашањата во случајот како што се појавуваа, и сите други поединечни околности на случајот. На крај, другите заштитни механизми содржани во Законот од 2003 беа ригорозно применети и Судот добро ги протолкува тешкотиите со кои се соочија обвинетите кога се допушти доказ по слушање. Законот не го поистовети доказот по слушање со доказ од права рака; напротив, бараше внимателно постапување.

56. Апелацискиот суд воедно даде упатство за оценување кога би било соодветно да се дозволи приложување на доказ по слушање поради тоа што сведокот е уплашен. Немаше, во прецедентното право на овој Суд, никакво барање стравот да мора да му се припише на обвинетиот: клучните прашања беа дали постои оправдана причина за отсуството на сведокот која е поддржана со доказ и дали доказот е веродостоен или неговата веродостојност може да се провери и оцени. Апелацискиот суд додаде:

„Важно е, сепак, да се вложат сите можни напори да се доведе сведокот во судот. Како што е јасно, правото на соочување е одамнешно барање на обичајното право и признаено во Член 6(3)(d). Од него треба да се отстапи само во ограничени околности и под услови зацртани во [Законот од 2003]. На сведокот мора да му се даде сета можна поддршка, но тој исто така мора да ја сфати важноста на граѓанската должност, и дека насилството и застрашувањето можат да цветаат уште повеќе доколку таа должност не се исполни, а дека тие ќе се повлечат соочени со одлучноста таа да биде извршена. Од оваа причина, од особена важност е на потенцијалните сведоци никогаш да не им се даде гаранција дека нивните докази ќе се прочитаат. Освен ако не се согласи обвинетиот, само судот применувајќи ги стриктните услови од [Законот од 2003] засновани на докази може да допушти таква изјава. Секакво наговестување, а камоли гаранција, може само да го окуражи очекувањето дека тоа навистина и ќе се случи, при што ако се случи, влијанието на доказот ќе се намали а штетата по обвинетиот може да има за последица тоа воопшто да не се случи.

Веројатно во раните фази на полициската истрага на познато кривично дело истражувачите мораат да трагаат по информации по доверлив пат: ова е прашање за практичните активности на полицијата а не за нас. Но на ниту едно лице кое станува не само обичен извор на информации туку сведок, не треба да му се каже дека неговиот доказ ќе се прочита, или пак да му се наговести дека ова е веројатно. Најмногу што може да му се каже е дека од сведоците се очекува да ги видат на суд, дека секое отстапување од тоа начело претставува исклучок, и дека одлуката дали да се отстапи од него ја донесува судијата а не полицијата. Во случајот пред нас *Marquis и Graham* [двајца жалители], како што кажавме во став 127 и 132, судијата утврди дека истражниот полицаец во голема мерка придонел за стравот на сведокот посочувајќи повеќе пати ноторен локален пример на сведоци кои биле пронајдени, иако биле релоцирани, и убиени. Иако ноторен, тој инцидент е екстреман и мошне невообичаен случај. Потребата полицијците да им даваат внимателни совети на потенцијалните сведоци за да ја извршат својата должност, не треба да доведе до такви застрашувачки информации кои се извлекуваат поради дефанзивност. Иако [Законот од 2003] бара стравот да се толкува пошироко, не треба да се очекува страв заснован на несоодветни гаранции од страна на полицајци да резултира со тоа да се чита доказот и на него

заснованата постапка пред поротата. Доколку доказот може реално да се оцени од страна на поротата ако таа го види сведокот, како што често ќе биде случај, тој не смее да се допушти. Ако се допушти и е од централна важност за случајот, постои голема можност на крајот на судењето судијата да мора да пресуди согласно с.125 дека осуда која се потпира на истиот би била несигурно заснована.“

(б) Пресудата на Врховниот суд

57. На 9 декември 2009, Врховниот суд на Обединетото Кралство едногласно ја поддржа пресудата на Апелациониот суд ([2009] UKSC 14). Lord Phillips, презентирајќи ја пресудата на Врховниот суд, утврди дека, иако од домашните судови се бара со Законот за човекови права од 1998 да ја земат предвид јуриспруденцијата на Стразбур при примена на начелата кои се јасно воспоставени, во ретки прилики, ако судот е загрижен што пресудата од Стразбур не ги ценела или прифатила некои од аспектите на англиското право, може да одбие да ја следи пресудата. Пресудата на Советот е еден таков случај.

58. Lord Phillips сметаше дека еден обвинет не треба да е имун од осуда ако сведок, која дал критичен и очигледно веродостоен доказ во изјава, е недостапен да сведочи на судење поради смрт или некоја друга причина. При анализирањето на релевантното прецедентно право на овој Суд по Член 6 § 3(d), Lord Phillips заклучи дека, иако овој Суд ја препознал потребата за исклучоци кон строгата примена на Член 6 § 3(d), начинот како ги одобрува тие исклучоци резултираше со јуриспруденција на која ѝ недостасува јасност. Правилото за единствен или одлучувачки доказ е воведно во прецедентното право на Стразбур во *Doorson против Холандија*, 26 март 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-II без дискусија за инхерентното начело или целосно разгледување на тоа дали имало оправдување за наметнување на правилото како примарно начело применливо подеднакво на јурисдикциите на континенталното и на обичајно право. Се чини дека правилото било создадено бидејќи, за разлика од обичајното право, континенталните системи на кривична постапка немале споредливо тело на јуриспруденција или правила кои регулираат допустливост на докази.

59. Lord Phillips, согласувајќи се со Апелациониот суд, утврди дека правилото би создало тешки практични потешкотии ако се примени на англиската кривична постапка. Прво, не е едноставно да се примени бидејќи не е јасно што се мисли со „одлучувачки“: во англиската кривична постапка никаков доказ не се допушта ако не е потенцијално докажен и, теоретски, секој силен доказ може да направи разлика меѓу осуда и ослободување. Второ, би било тешко да се примени проверката веќе во прва инстанца, но би било невозможно за домашните

апелациски судови или за овој Суд да одлучи дали определена изјава била единствената или одлучувачката основа за осуда. Во судење пред порота, единствен начин како би можело да се примени правилото е да се исклучи секој доказ по слушање.

60. Lord Phillips воедно забележа:

„Проверката за единствен или одлучувачки резултира со парадокс. Му дозволува на судот да обрне внимание на доказ ако поддршката која тој му ја дава на обвинението е периферна, но не и таму каде што е одлучувачка. Колку е поуверлив доказот, толку помалку можеме да се потпреме на него. Ќе има голем број случаи каде изјава на сведок кој не може да биде повикан да сведочи нема да биде сигурно заснована или задоволителна како основ за осуда. Но, ќе има и случаи каде предметниот доказ е веродостоен. Апелацискиот суд дава поголем број примери. Ќе дадам само еден, кој претставува варијанта на еден од нивните. Посетител на Лондон е сведок на сообраќајна незгода во која починителот бега а во која загинава велосипедист. Тој го запаметува бројот на возилото, и ѝ дава изјава на полицијата во која го вклучува не само бројот, туку и видот и бојата на возилото и фактот дека возачот бил човек со брада. Потоа се враќа во својата земја, каде и самиот загинава во сообраќајна несреќа. Полицијата утврдува дека возилото со регистарскиот број кој тој го дал е од видот и бојата кои тој ги навел, и дека сопственикот е човек со брада. Сопственикот одбива да одговори на прашања за тоа каде бил во време на несреќата. Се чини тешко да се оправда правило кое спречува осуда на сопственикот на возилото врз основа на изјавата на починатиот сведок, но сепак тоа е последица од проверката за единствен или одлучувачки.“

61. Lord Phillips заклучува дека Законот од 2003 го направи таквото правило непотребно во англиската кривична постапка бидејќи, ако се почитува Законот од 2003, ќе се случи повреда на Член 6 § 3(d) дури и ако осудата е заснована исклучиво или до одлучувачки степен врз доказ по слушање. За илустрација, Прилог 4 кон пресудата анализира серија случаи против други Договорни земји каде овој Суд утврдил повредана Член 6 § 1 во врска со Член 6 § 3(d). Во секој случај, да се случело судењето во Англија и Велс, сведочењето на сведокот не би било допуштено согласно Законот од 2003 или бидејќи сведокот бил анонимен и отсутен или бидејќи судечкиот суд не спровел доволна проверка за да се осигури дека има добра причина за отсутството на сведокот. Во спротивен случај, да биле допуштени доказите, секоја осуда би била укината по жалба.

62. Lord Brown донесе согласна пресудата во која наведе:

„Овие жалби се од најголема важност. Доколку прецедентното право на Стразбур навистина воспоставува нефлексибилно, непотврдено начело дека секоја осуда заснована единствено или одлучувачки на доказ кој се повикува на отсутен или анонимен сведок неминовно мора да се прогласи

за неправедна и да се укине како спротивна на член 6(1) и 6(3)(d) од Конвенцијата, тогаш целата домашна структура за осигурување на праведни судења—структура сега олицетворена (во однос на доказ по слушање) во Кривичниот кодекс од 2003 година и (во однос на анонимен доказ) во Законот за кривични докази (Анонимност на сведокот) од 2008 [види став 46 погоре] —не може да опстои и голем број виновници ќе треба да се ослободат. Тешко е да се претпостави дека Судот во Стразбур фактички зацртал едно вака апсолутно начело и, навистина, барем еден исклучок кон истото се чини дека се признава: праведноста на допуштање на доказ по слушање од сведок отсутен како последица на заплашување од странан на обвинетиот.

...

Ниту може веднаш да се претпостави дека Стразбур ги имал во предвид практичните проблеми и аномалии идентификувани од Апелациониот суд (став 61-63 и 68-71 [од неговата пресуда]) кои неминовно произлегуваат од секое апсолутно начело какво овде се спори. Очигледно, колку покруцијален е еден доказ за докажувањето на вината, толку посовесен мора да биде Судот за да се погрижи дека тоа може праведно да се предочи и да биде поверодостојно. Во врска со ова, нема штета во примената на концептот „единствен или одлучувачки“ сè додека тој се применува пошироко —како што е во Законот од 2008 во однос на анонимни сведоци и, всушност, во контекст на контролниот налог* каде повеќе се однесува на наводите против осомничениот одошто доказот предочени како поддршка. Нефлексибилно протолкуван и применет, концептот би причинил нерешливи проблеми на детално толкување и примена.

Можеби затоа, подобар став е такво апсолутно начело да не произлезе од Пресудата на Судот во Стразбур во *Al-Khawaaja и Tahery против Обединетото Кралство*...

* (заб. прев. *контролен налог -control order-* е налог даден од Министерот за внатрешни работи на ОК за ограничување на слободите на поединец заради „заштита на јавноста од ризик од тероризам“)

III. РЕЛЕВАНТНО КОМПАРАТИВНО ПРАВО

1. Шкотска

63. Во зависност од определени законски исклучоци, во шкотското кривично право едно лице не може да биде осудено за кривично дело или дело казниво со закон на непотврдено сведочење на еден сведок, без оглед колку да е веродостоен (види *Morton против Обвинителот на Нејзиното Височество (НВ)* 1938 JC 52, цитирано во *Campbell против Обвинителот на НВ* 2004 C.L.T. 135).

64. Доказ по слушање се регулира со дел 259 од Законот за кривична постапка (Шкотска) од 1995, кој дозволува негово допуштање во определени услови, вклучувајќи и кога лицето кое ја дало изјавата е починато. Дел 259(4) дозволува да се прифати доказ кој е релевантен за кредибилитетот на лицето како сведок. Во *N против Обвинителот на НВ* 2003 С.Л.Т. 761 Врховниот кривичен суд, заседавајќи како апелациски суд, против своја волја дојде до заклучок дека дел 259 го лишува судот од дискрециското право, кое претходно го уживаше според обичајното право, да исклучи таков доказ ако е неверодостоен. Заменик претседателот на Врховниот суд забележа дека, без оглед на дел 259, остануваат опасностите на доказот по слушање кои се одамна прифатени. Тој додаде:

„Таму каде важи општа одредба како што е с259, неминовно ќе има случаи во чии околности доказ по слушање би бил толку штетно за праведноста на судењето, што единствен праведен и правилен чин е тој да се исклучи. Ова, чинам е таков случај.

Не сум импресиониран од трите заштитни механизми на кои се повикува судечкиот судија (*Обвинителот на НВ против N*, на стр. 437С-Е). Барањето за потврдување е неутрална околност. Претставува заштитен механизам кој се применува на обвинителните докази во секој облик. Не можам да видам каква вредена заштитна мерка пружа начелото на потврдување ако примарниот доказ кој се бара да биде потврден е *per se* неправеден за обвинетиот. Згора на тоа, воведувањето на доказ кој влијае врз кредибилитетот на оној кој ја дава изјавата за доказ по слушање може во најдобар случај да биде вежба во ограничување на штетата, ако веќе се воведени очигледно штетни докази. Што се однесува до заштитата дадена со судиските упатства, сметам дека може да има случаи каде доказот по слушање е толку штетен што никакви упатства, колку и да се силни, не би можеле да ја надоместат неправедноста која произлегува од тоа што бил воопшто допуштен. ...

Во англиските одредби кои регулираат допустливост на изјава дадена во документ, Парламентотот изричито му додели на судот дискрециско право да исклучи таква изјава ако смета дека во интерес на правдата не треба да се допушти. Едно посебно согледување кое судот мора да го има предвид е ризикот допуштањето на доказот да резултира со неправедност по обвинетиот (Закон за кривична правда од 1988, став 25(1), 25(2)(d) и 26(ii); види *R против Gokal*). Ова, според мене, се мудри одредби. Ако одредбите од овој вид му биле достапни на судечкиот судија во случајов, ќе можеле да му овозможат да го исклучи доказот по слушање на самиот почеток.“

65. Врховниот кривичен суд воедно ја разгледа компатибилноста на воведувањето на доказ на отсутен сведок со Член 6 § 3(d) во *McKenna против Обвинителот на НВ*. Во тој случај, судење за

убиство, обвинителството побара да воведи изјави дадени на полицијата од можен сообвинет кој починал во меѓувреме. Во претходната пресуда дадена пред судењето (2000 SLT 508), Врховниот кривичен суд, заседавајќи како апелациски суд, утврди дека само во екстремни околности обвинет може да тврди пред судењето дека воведувањето на доказот по слушање би бил толку штетен за шансите за праведно судење, што Судот би можел да го реши прашањето однапред. Затоа дозволи судењето да продолжи. Кога се воведоја изјавите на судењето и обвинетиот беше осуден, тој ја обжалаше својата осуда. Во својата пресуда со која ја отфрла жалбата (2003 SLT 508), Врховниот кривичен суд утврди дека, иако изјавите се важен доказ, имајќи ги предвид другите докази дадени на судењето (што вклучува признанија од обвинетиот и форензички докази), не може да се каже дека осудата на жалителот била базирана до одлучувачки степен на нив. На поротата и беа дадени соодветни и задоволителни инструкции за тоа како да постапи со изјавата на отсутниот сведок. До сличен заклучок дојде истиот суд во *Обвинителот на НВ против М* 2003 SLT 1151.

66. Компатибилноста на допуштањето на доказ по слушање со Член 6 § 3(d) беше понатаму разгледувана од Врховниот кривичен суд во *Campbell против Обвинителот на НВ*, цитирано погоре. Судот забележа дека, во релевантното прецедентно право на овој Суд, голем број од повредите на Член 6 § 3(d) кои се утврдени се појавиле во јурисдикции кои не го применувале правилото на потврдување од шкотското право:

„Најголемиот број на ситуации во кои Судот сметал дека настанала повреда на чл. 6(1) и (3)(d) не можеле да се појават во Шкотска. Со барањето за потврдување на сите клучни факти, осуда не би можела да биде базирана единствено врз доказ од еден единствен сведок, без оглед дали во примарен или секундарен облик. Повреди на право од Конвенцијата се утврдени во случаи каде главниот сведок против обвинетиот не е ставен на располагање за испрашување или, во околности каде имало поголем број главни сведоци, каде никој од нив не е ставен на располагање. Ниеден случај не ни е претставен во кој се смета дека повредата настапила во околности каде обвинетиот имал можност да го испраша или некој друг да го испраша жалителот, или друг директен или централен сведок, а другите придружни докази биле во писмен облик. „До одлучувачки степен“, како што го користат европските органи, се чини дека се фокусира врз важноста на доказите како прашање на тежина. Не се фокусира врз било кое правило дека осудата не може да биде заснована на единствен извор на докази. Фактот што доказот по слушање се бара да го задоволи правилото за потврдување, само по себе не го прави тој доказ по слушање „одлучувачки“ во европска смисла.

Во овие околности не сме уверени дека во секој случај во кој доказ по слушање е неопходна состојка на потврдените докази на Круната ќе има повреда на чл. 6(1) и (3)(d). Ќе биде, сепак, неопходно за судечкиот судија да го третира, во контекст на целокупните докази во случајот, значајот на секој доказ по слушање врз кој се потпира Круната и да преземе соодветни чекори за да се погрижи правото на обвинетиот на праведно судење со тоа да не се прекрши.“

67. Судот додаде дека, при давањето на инструкции на поротата, треба да се има предвид упатството дадено од Заменик претседателот на Врховниот суд во *N против Обвинителот на НВ*, цитирано погоре. Врховниот суд ја дозволи жалбата на првиот жалител во *Campbell* поради несоодветноста на упатството на судечкиот судија кон поротата. Ја отфрли жалбата на вториот жалител во делот каде се однесува на Член 6 од Конвенцијата, утврдувајќи дека доказот по слушање не бил одлучувачки и дека главниот доказ против него дошол од сведок кој сведочел на суд.

68. *Campbell* беше применет во *Обвинителот на НВ против Johnston* 2004 С.Л.Т. 1005 каде, во пресуда дадена за време на судењето, судија во Врховниот суд дозволил допуштање на изјава дадена на полицијата од сведок кој потоа починал пред судењето; изјавата била допустлива *inter alia* бидејќи не можела да биде „одлучувачка“. Во *Humphrey против Обвинителот на НВ* [2008] НСЈАС 30, Врховниот кривичен суд забележал дека има „големи потешкотии“ во разбирањето на значењето на зборот „одлучувачки“ во контекст на случај заснован на посредни докази но, во тој случај, доказот во облик на изјава на сведок пред полицијата кој починал не била „ни оддалеку одлучувачка“ и имало доволно докази за да го поткрепат прогласувањето за виновен без неа. До слични резултати се дојде во *Allison против Обвинителот на НВ* [2008] НСЈАС 63 и *Harkins против Обвинителот на НВ* [2008] НСЈАС 69.

2. Ирска

69. Во својот консултативен напис од март 2010 за доказ по слушање во граѓански и кривични случаи, Комисијата на Ирска за реформи во правото привремено препорача, во зависност од постојното обичајно право и законски вклучените исклучоци, доказот по слушање да треба да продолжи да биде исклучуван во кривичната постапка. Исто така, привремено препорача да нема законско воведување на преостанато дискреционо право да се вклучи доказ по слушање и концептите на веродостојност и неопходност да не ја формираат основата за реформа на правилото за доказ по слушање бидејќи им недостасува јасност.

70. Комисијата воедно забележа:

"Член 38.1 од Уставот на Ирска го заштитува правото на вкрстено испрашување и тоа дека слободна допустливост на доказ по слушање во кривична постапка би го нарушила ова уставно заштитено право. Определени опасности се поврзуваат со дозволувањето докази од недостапни сведоци: тоа го поткопува правото на обвинетиот на праведно судење и создава потенцијал за потфрлање на правдата што би настанало ако се допуштат докази изведени од следниве категории сведоци:

Ако сведокот е починат (со исклучок на изјави на смртната постела);

Ако сведокот не може да сведочи поради телесна болест;

Ако сведокот е надвор од јурисдикцијата;

Ако сведокот не може да се пронајде.“

71. Комисијата одлучи да препорача законските решенија од Англија и Велс, и особено дел 114 од Законот од 2003, да се усвојат во Ирска. Забележа:

„Овој модел на реформа го ублажува правилото на таков начин што правилото против доказ по слушање го прави излишно. Категориите на допустлив доказ по слушање според овој модел значително се проширени и, во светлината на уставната заштита која ја ужива правото на вкрстено испрашување, Комисијата е на привремено мислење дека да се дозволи непроверен доказ од исплашени и недостапни сведоци би го поткопало ова право. Комисијата нагласува дека привремено препорачала судовите да задржат дискрециско право да го развиваат правилото за доказ по слушање доколку е неопходно.“

Комисијата воедно утврди дека (во зависност од можни резерви кои се однесуваат на крајниот исход на конкретните случаи), прецедентното право на овој Суд се чини во голема мерка во согласност со пристапот кој го заземаат ирските закони.

3. Австралија

72. Австралиските судови отсекогаш заземале строг пристап кон исклучување на изјави дадени надвор од суд (види, на пример, *Bannon против Кралицата* (1995) 185 CLR 1).

73. Допуштањето на доказ по слушање во сојузна кривична постапка во Австралија сега е регулирана со Законот за докази од 1995 година. Дел 65 од Законот дозволува допуштање на докази во врска со претходни искази (на пример изјави) ако сведокот не е достапен да

сведочи за „констатиран факт“. Таквиот доказ е допустлив *inter alia* кога: (i) исказот бил даден кога или наскоро откако констатираниот факт се случил во околностиво кои е малку веројатно исказот да бил измислен (дел 65(2)(b)); или (ii) кога исказот е даден во околности во кои е мошне веројатно исказот да бил веродостоен (дел 65(2)(c)).

74. Примената на овие одредби за дозволување на изјава од сведок кој починал пред судење е разгледана од страна на Сојузниот суд на Австралија во *Williams против Кралицата* (2000) 119 A Crim R 490. Судот утврди дека, во околностите на случајот, изјавата дадена на полицијата не била доволно веродостојна, особено кога сведокот имал причини да и го каже на полицијата она што тие сакале да го слушнат. Истоветни законски одредби се разгледувани од Врховниот суд на Нов Јужен Велсво *Harris против Кралицата* (2005) 158 A Crim R 454, каде за изјавата на починат жалител било утврдено дека е доволно веродостојна за да се допушти, со оглед дека *inter alia* тужителот знаел дека полицијата ќе интервјуира други сведоци во случајот.

4. Канада

75. Правото на Канада кое се однесува на доказ по слушање е реформирано како резултат на три главни одлуки на Врховниот суд на Канада, кои формирале „принципиелен пристап“ кон допустливоста на доказ по слушање.

76. Прво, во *R против Khan* [1990] 2 С.С.Р. 531, Врховниот суд утврди дека судечкиот судија згрешил со тоа што не и дозволил на жртвата, три и пол годишно девојче кое изјавило дека било жртва на полов напад, да даде докази без заклетва и со неговото одбивање да и дозволи на Круната да воведат изјави кои детето и ги дало на мајка си петнаесет минути по нападот. Ако не може да се дадат докази кои не се под заклетва постои опасност никогаш да не можат да се гонат кривични дела против мошне мали деца. Во однос на изјавите дадени на мајката, Врховниот суд утврди дека било соодветно да се заземе пофлексибилен но „принципиелен“ пристап кон доказот по слушање. И покрај потребата од претпазливост, доказ по слушање би можело да се допушти ако се задоволат двете основни барања за неопходност и веродостојност. При утврдувањето на допустливост, судечкиот судија беше обврзан ја има предвид потребата да ги заштити интересите на обвинетиот. Загриженоста за кредибилитетот на доказите продолжува да се разрешува со поднесоци во врска со тежината која треба да им се припише, и поднесоци во врска со квалитетот на секој поткрепувачки доказ.

77. Второ, во *R против Smith* [1992] 2 С.С.Р. 915 Судот го одобри „принципиелниот пристап“ следен во *Khan* и утврди дека два телефонски повици направени од починатата до нејзината мајка кусо

пред да почине биле допустливи. Сепак, сведочењето на мајката во однос на содржината на третиот телефонски повик не требало да биде допуштено бидејќи условите под кои бил направен тој повик не ја дале „посредната гаранција на сигурност“ која би го оправдала неговото допуштање без можност за вкрстено испрашување.

78. По *Khan* и *Smith* следеше *R. против Rockey* [1996] 3 C.C.R. 829. Врховниот суд беше убеден дека секој разумен судечки судија ќе утврдеше дека е неопходно да се допушти изјава дадена во пред-расправата од дете, кое имало пет години во моментот на судењето, во која тоа се жалело дека било жртва на полов напад. McLachlin J нагласи (согласувајќи се со пресудата) дека случајот против жалителот бил солиден: изјавите на детето биле целосно доследни и поддржани *inter alia* од медицински докази и докази за промени во однесувањето кај него по нападот и отсуството на било какво уверливо објаснување дека некој друг а не жалителот го починил нападот.

79. Третиот и најзначаен напредок во прецедентното право на Врховниот суд е неговата пресуда во *R против Khewalon* [2006] 2 C.C.R. 787, која зазеде построг пристап кон веродостојноста. Случајот се однесува на тужба за напад извршен од постар жител на старечки дом врз еден од вработените во домот. Пациентот, С, и дал на полицијата изјава снимена на видео лента; изјавата била дадена без заклетва. По изјавата на С други жители на домот истапија и дадоа изјави дека и тие биле нападнати од обвинетиот. До моментот на судењето, сите оние кои ги дале изјавите, вклучувајќи го и С, или починале или не биле веќе способни да сведочат. Некои од изјавите беа допуштени од судечкиот судија поради воочливите сличности меѓу нив. Апелацискиот судз а Онтарио ги исклучи сите изјави и го ослободи обвинетиот. Врховниот суд ја отфрли жалбата на Круната по таа одлука и го потврди ослободувањето. Врховниот суд го објасни своето претходно прецедентно право за прашањето на веродостојност, и изјави дека барањето за веродостојност би било генералноз адоволено ако се покаже: (i) дека немало реална потреба од загриженост дали изјавата е вистинита или не е, поради околностите под кои настанала; или (ii) дека не се појавила реална загриженост, бидејќи вистинитоста и точноста на изјавата можеле сепак задоволително да се проверат по друг пат освен вкрстено испрашување. Судечкиот судија треба да даде прелиминарна оценка за „прагот“ на веродостојност на изјавата и да им го остави крајното утврдување на нејзината вредност на задолжените за откривање на фактите/поротата. Судечкиот судија треба да ги разгледа сите релевантни фактори вклучувајќи го, во соодветни случаи, присуството на поткрепувачки или противречни докази. Charton J, презентирајќи ја едногласната пресуда на Судот, наведе (во став 49 од пресудата):

„Во некои случаи, поради околностите во кои настанала, содржината на изјава по слушање може да биде толку веродостојна што истовремено вкрстено испрашување на нејзиниот давател би придодало мошне малку, ако воопшто, кон процесот. Во други случаи, доказите можат да не се толку уверливи, но околностите ќе овозможат доволна проверка на доказите по друг пат освен истовремено вкрстено испрашување. Во тие околности, допуштањето на доказите ретко кога ќе ја поткопа правичноста на судењето. Но, бидејќи правичноста на судењето може да опфати фактори надвор од строгото испитување на неопходноста и веродостојноста, дури и ако се задоволени обата критериума, судечкиот судија има дискреционо право да исклучи доказ по слушање ако неговата доказна вредност е со помала тежина од неговиот штетен ефект.“

80. Судот заклучи дека изјавата на С не е допустлива. Забележа дека обвинението против Khelawon во однос на С беше „целосно засновано“ врз вистинитоста на наводите содржани во изјавите на С (став 101 од пресудата). Отсуството на било каква прилика истиот да се подвргне на вкрстено испрашување влијаеше врз прашањето за веродостојност, и не постоеше соодветна замена за проверка на доказите. Принципиелните исклучоци на правилото за доказ по слушање не нудеа механизам за засновање на осудата врз изјава до полицијата, снимена на видео лента или на друг начин, без друго (став 106 од пресудата). Ниту можеше барањето за веродостојност да се задоволи со потпирање на својствената сигурност на изјавата; ова не беше случај со Khan, каде неоспорноста на доказите беше таква што би било педантерија да се инсистира на проверка преку вкрстено испрашување. С беше постар и слаб; неговите ментални способности беа доведени во прашање и имаше медицински докази дека неговите повреди можеле да потекнуваат од паѓање. Воедно, не беше јасно дека ги разбрал последиците од својата изјава по обвинетиот. Во околностите, недостапноста на С за вкрстено испрашување постави значајни ограничувања за можноста на обвинетиот да го провери доказот и, способноста на истражувачот на фактите правилно да ја оцени неговата вредност.

5. Хонг Конг

81. Во својот извештај од ноември 2009, Комисијата на Хонг Конг за реформи на правото предложи значителни реформи околу допуштањето на доказ по слушање во кривична постапка во таа јурисдикција. Предложи да се задржи сегашното правило на Хонг Конг против допуштање на доказ по слушање, но да се зголеми доменот на допуштање на доказ по слушање во специфични околности. Комисијата го одби англиското законско решение содржано во Законот од 2003, забележувајќи дека Хонг Конг ги нема законските механизми

за исклучување на доказ по слушање кои важат во Англија и Велс, како што се дел 126(1) од Законот од 2003 и дел 78 of ЗПКД (види став 40 и 45 погоре). Комисијата воедно забележа дека основот за допуштање на доказ по слушање според дел 116 од Законот од 2003, иако нуди праведен степен на сигурност и конзистентност во донесувањето одлуки, има „премногу инклузивен ефект со тоа што ги дозволува сите видови релевантни докази, вклучувајќи неверодостоен доказ по слушање“ (став 8.25 од извештајот).

Наместо тоа, Комисијата предложи модел на реформа, заснован на пристапот следен од Комисијата на Нов Зеланд за право (види став 81 подолу) и канадските судови по *Khelawon*. Препорача доказот по слушање да биде допустлив *inter alia*, ако судечкиот судија е уверен дека е неопходно да се допушти доказот по слушање и дека тој е веродостоен. Оценувањето на веродостојноста од страна на судечкиот судија треба да вклучи размислување околу тоа дали доказот по слушање е поткрепен од друг допустлив доказ. Комисијата воедно препорача, во било која фаза на кривичната постапка откако ќе се допушти доказ по слушање, судот да има овластување да наложи ослободување на обвинетиот ако судечкиот судија смета дека не е сигурно засновано да се осуди. При донесувањето на таа одлука, судот треба да ја има предвид *inter alia* важноста на таквиот доказ по случајот против обвинетиот. Комисијата воедно утврди дека овие препораки значат дека нејзиниот модел на реформа би бил во согласност со пресудата на Советот во конкретните случаи.

6. Нов Зеланд

82. Комисијата на Нов Зеланд за право, во својот извештај од 1999 година за докази, препорача допустливоста на доказот по слушање да се заснова на две размисли: веродостојност и неопходност. Таа препорака беше пропишана во Законот за докази 2006, кој стапи на сила во 2007. Дел 18(1) од Законот предвидува:

„Изјава по слушање е допустлива во секоја постапка ако -

(a) Околностите кои се однесуваат на изјавата пружаат разумна гаранција дека изјавата е веродостојна; и

(b) или -

(i) оној кој ја дава изјавата не е достапен како сведок; или

(ii) судијата смета дека ќе се причинат неумесни трошоци или оддолжување ако се побара оној кој ја дава изјавата да биде сведок.“

83. „Околностите“ за оваа цел се дефинираат во с16(1) како да ги вклучува: (а) природата на изјавата; (б) содржината на изјавата; (ц) околностите во врска со давањето на изјавата; (д) сите околности во врска со веродостојноста на лицето; и (е) секакви околности во врска со точноста на забележувањето од страна на лицето.

84. Дел 8(1) од Законот предвидува доказ да мора да се исклучи ако неговата доказна вредност е помала од ризикот дека доказот (а) ќе има неправедно штетен ефект по постапката; или (б) непотребно ќе ја пролонгира постапката. Дел 8(2) предвидува при утврдувањето дали доказната вредност на доказот е помала од ризикот доказот да има неправедно штетен ефект по кривичната постапка, судијата да мора да го земе предвид правото на обвинетиот да понуди ефективна одбрана.

7. Јужна Африка

85. Иако судење пред порота веќе не се практикува во Јужна Африка, и таа значително ги реформираше своите закони за доказ по слушање. Дел 3(4) од Законот за измена на Законот за докази од 1988 година го дефинира доказот по слушање како доказ, било усмен било на писмено, чија доказна вредност зависи од кредибилитетот на било кое лице освен лицето кое дава доказ. Со дел 3(1) таквиот доказ по слушање не е допустлив освен во случај (i) да се допушти со согласност; (ii) лицето од чиј кредибилитет зависат доказите да сведочи; или (iii) судот да е на мислење дека доказите треба да се допуштат во интерес на правдата. Дел 3(1)(c) предвидува, при градењето на своето мислење, судот да мора да обрне внимание на: (i) природата на постапката; (ii) природата на доказот; (iii) намерата со која се поднесува доказот; (iv) доказната вредност на доказот; (v) причината зошто доказот не го дава лицето од чиј кредибилитет зависи доказната вредност на таквиот доказ; (vi) секаква штета по страната која допуштањето на таквиот доказ може да ја засегне; и (vii) секој фактор кој според мислењето на судот треба да се земе предвид.

86. Во *Државата против Ramavhale* [1996] ZASCA 14, Врховниот суд забележа дека, без оглед на формулацијата на дел 3(1), останува „интуитивно двоумење да се дозволи да се користат непроверени докази против обвинет во кривичен случај“. Тој исто така одобри претходен меродавен став дека судот треба „долго да се колеба“ при допуштање или потпирање на доказ по слушање кој има одлучувачки или дури и значителен дел во прогласувањето на обвинетиот за виновен, освен ако не постојат причини кои би нè натерале тоа да го сториме. И покрај реформите пропишани со дел 3(1), Врховниот суд утврди дека веродостојноста е фактор што треба да продолжи да се разгледува при утврдувањето на допустливоста на доказ по слушање. Згора на тоа, во тој случај, при оценувањето каква штета би произлегла

по обвинетиот доколку се допушти доказ по слушање, судечкиот судија згрешил што се потпрел на фактот дека на обвинетиот му се отворени други патишта за оспорување на доказите, еден од кои е и самиот да даде докази; логичкиот заклучок на овој пристап е дека Државата, со воведување на „површен“ доказ по слушање би можела да го натера обвинетиот да сведочи во случај каде отсуството на директни докази е такво што тој би имал право да не сведочи.

Уверливи причини за допуштање на доказ по слушање, иако биле одлучувачки, се утврдија во *Државата против Ndhlovu и други* [2002] ZASCA 70, меѓу другото и поради високите гаранции за веродостојноста на доказите и поради тоа што доказот по слушање бил силно поврзан со други докази во случајот. Загриженоста искажана во *Ramavhale* во врска со допуштањето или потпирањето на доказ по слушање, кои одиграа одлучувачка или дури и значителна улога во прогласувањето на обвинетиот за виновен, беа повторени од страна на Врховниот суд во *Државата против Libazi и други* [2010] ZASCA 91, *Државата против Mpingose и друг* [2011] ZASCA 60, и *Државата против Matushe* [2007] ZASCA 58. Во последниов случај, Врховниот суд забележа дека е очигледно дека изјава по слушање која служи само да се пополни „мозаик“ е полесно да се допушти, одошто таква која неминовно ќе стане клучен дел од случајот на Државата.

8. Соединети Американски Држави

87. Шестиот амандман на Уставотна Соединетите Држави му го гарантира на обвинетиот при секое кривично гонење правото да се соочи со сведоците против себе („клаузула за соочување“). Во *Oxajо против Roberts* 448 U.C. 56 (1980) Врховниот суд на Соединетите Држави утврди дека доказ со „детални гаранции за веродостојност“ е допустлив без соочување. Тоа беше одбиено во *Crawford против Вашингтон* 541 U.C. 36, каде судот пресуди дека клаузулата за соочување важи за секој доказ кој има природа на сведочење, и нема пристрасност во Шестиот амандман за допуштање на доказ само врз основа на неговата веродостојност. Таму каде сведочењата се во прашање, единствената индиција за веродостојност која е доволна е онаа пропишана во Уставот: соочување. Следствено на тоа, сведочење е недопустливо освен во случај каде сведокот се појавува на судењето или, ако сведокот не е достапен, обвинетиот имал претходна прилика за вкрстено испрашување (види исто така *Melendez-Diaz против Масачусетс* 129 С.Ст. 2527 (2009) и *Bullcoming против Ново Мексико* 131 С.Ст. 2705 (2011)).

Правото на соочување со сведоци се губи ако може да се покаже дека обвинетиот го уплашил сведокот така да овој не сведочи (*Davis*

против Вашингтон 547 У. С. 813 (2006) и Giles против Калифорнија 554 У.С. 353 (2008).

ПРАВО

I. НАВОДНА ПОВРЕДАНА ЧЛЕН 6 §§ 1 и 3 (d) ОД КОНВЕНЦИЈАТА

88. Член 6 §§ 1 и 3 (d) од Конвенцијата, кој гласи:

„1. Во утврдувањето на своите граѓански права и обврски или на било кое кривично обвинение против себе, секој има право на праведна и јавна расправа во разумен рок од независен и непристрасен трибунал воспоставен со закон...

3. Секој оној кој е обвинет за кривично дело има минимум следниве права:

...

(d) тој да ги испраша или некој да ги испраша сведоците против себе и да му се обезбеди присуство и испрашување на сведоците во негово име под истите услови како сведоците против него.“

A. Заклучоци на Советот

89. За Советот одредбите на Член 6 § 3(d), како и другите елементи на Член 6 § 3, претставуваат едно од минимум правата кои треба да му се пружат на секој кој е обвинет за кривично дело. Советот воедно забележа дека како минимум права, одредбите на Член 6 § 3 претставуваат изричити гаранции и неможат да се читаат како илустрации на прашања кои треба да се земат предвид кога се разгледува дали е одржано праведно судење.

90. Советот потоа забележа дека без оглед на причината за неможноста обвинетиот да го испраша сведокот, било да се работи за отсуство, анонимност или двете, почетната точка за оценката на Судот дали имало повреда на Член 6 §§ 1 и 3(d) е дадена во *Lusa*, цитирано погоре, во § 40:

„Ако на обвинетиот му е дадена соодветна и правилна можност да ги оспори исказите или кога биле дадени или во подоцнежна фаза, нивното допуштање како доказ нема само по себе да му противречи на Член 6 §§ 1 и 3(d). Последица на ова е во случај каде осудата е заснована единствено или до одлучувачки степен на искази кои се дадени од лице кого

обвинетиот немал можност да го испраша или некој да го испраша во негово име, без оглед дали за време на истрагата или на судењето, правата на одбраната се ограничени до степен кој е некомпатибилен со гаранциите предвидени во Член 6 [испуштени референци]."

91. Советот напомена дека обете страни се задоволија да му пристапат на прашањето врз основа на тоа што секоја осуда е заснована единствено или до одлучувачки степен на двајцата засегнати сведоци, и продолжи по иста основа. Советот потоа ги разгледа противтежните фактори врз кои се потпираше Владата во секој од случаите. Прво, ги разгледа противтежните фактори имено, во секој случај, што судечкиот судија правилно ја применил релевантната законска проверка и што Апелациониот суд ја прегледал сигурната заснованост на секоја осуда. Утврди дека овие фактори имаат ограничена тежина бидејќи самото прашање во секој од случаите беше дали судечките судии и Апелациониот суд постапиле во согласност со Член 6 §§ 1 и 3 (d) од Конвенцијата.

92. Во врска со Г-дин Al-Khawaja, Советот продолжи:

„41. При испитувањето на фактите од случајот на Г-дин Al-Khawaja, Судот забележува дека противтежните фактори врз кои се потпира Владата се фактот што изјавата на СТ сама по себе не го приморала жалителот да сведочи; дека немало наговестувања за дослук меѓу тужителите; дека немало недоследности меѓу изјавата на СТ и што било кажано од други сведоци, што можело да се истражи во вкрстеното испрашување на тие сведоци; фактот што нејзиниот кредибилитет можел да се оспори од одбраната; и предупредувањето до поротата да има на ум дека ниту го виделе ниту го слушнале доказот на СТ и дека тој не бил проверен преку вкрстено испрашување.

42. Откако ги разгледа овие фактори, Судот утврди дека било кој од нив, сам по себе или сите заедно, би претставувал противтежа на штетата по одбраната од допуштањето на изјавата на СТ. Точно е дека и без изјавата на СТ, жалителот можеби ќе морал да сведочи како дел од својата одбрана по другата точка, точка два. Но доколку изјавата на СТ не беше допуштена, веројатно на жалителот ќе му се судеше само по точка два и ќе мораше да сведочи само во однос на оваа точка. Во однос на недоследностите меѓу изјавата на СТ и нејзиниот приказ даден на двајцата сведоци, Судот смета дека тие биле минорни по природа. Одбраната се потпрела само на една таква неконзистентност, имено фактот што во еден момент за време на наводниот напад, СТ тврдела во нејзината изјава дека жалителот ги и допрел лицето и устата додека во приказот даден на еден од сведоците таа кажала дека таа самата си го допрела лицето на поттик од жалителот. Иако беше секако отворено за одбраната да се обиде да го оспори кредибилитетот на СТ, тешко е да се види врз која основа тие можеле тоа да го сторат, особено што нејзиниот приказ во голема мерка кореспондирал со тој од другиот тужител, со кој

судечкиот судија не најде докази дека за дослук. Отсуството на дослук може да биде фактор во домашното право во полза на допустливост, но во конкретниов случај неможе да се смета за противтежен фактор за целите на Член 6 § 1 в.в. Член 6 § 3(d). Отсуството на дослук не го менува заклучокот на Судот дека содржината на изјавата, откако се допуштила, била доказ по точка еден што жалителот не можел ефективно да го оспори. Што се однесува до предупредувањето на судијата до поротата, Апелацискиот суд утврди дека тоа било недоволно. Дури и да не е така, Судот не е уверен дека било какви дополнителни соодветни упатства ќе можеле ефективно да противтежат на ефектот на непроверена изјава која бил единствен доказ против жалителот."

Советотот таму утврди повреда на Член 6 §§ 1 во врска со Член 6 § 3(d) од Конвенцијата во однос на Г-дин Al-Khawaja.

93. Во однос на Г-дин Tahery, Советот забележува:

„45. Во овој случај, Владата се потпира на следниве главни противтежни фактори: дека алтернативните мерки биле разгледани од страна на судечкиот судија; дека жалителот имал прилика да ја оспори или собори изјавата самиот сведочејќи и повикувајќи други сведоци; дека судечкиот судија ја предупредил поротата дека е неопходно да им пристапи на доказите дадени од отсутниот сведок со претпазливост; и дека судијата и кажал на поротата дека жалителот не е одговорен за стравот на Т.

46. Судот не утврди дека овие фактори, разгледани поединечно или кумулативно, ќе ја осигурале праведноста на постапката или ќе му противтежеле на сериозниот хендикеп за одбраната кој произлегол од допуштањето на изјавата на Т. За домашните судови соодветно е, штом ќе се соочат со проблемот на отсутни или анонимни сведоци, да разгледаат дали можат да се применат алтернативни мерки кои во помала мерка би ги ограничиле правата на одбраната одошто допуштање на изјави на сведоци како доказ. Но, фактот што се утврдило дека алтернативните мерки се несоодветни не ги ослободува домашните судови од одговорноста да се погрижат да нема повреда на Член 6 §§ 1 и 3 (d) кога допуштаат да се прочитаат изјави на сведоци. Навистина, одбивањето на помалку рестриктивни мерки подразбира поголема должност да се обезбеди почитување на правата на одбраната. Што се однесува до способноста на жалителот да ја побие изјавата со повикување други сведоци, самиот проблем е во тоа што немало сведок, со исклучок на Т, кој бил очигледно во состојба или подготвен да каже што видел. Во овие околности, Судот не утврди дека изјавата на Т можела ефективно да се побие. Судот прифаќа дека самиот жалител сведочел одрекувајќи го обвинението, иако одлуката тоа да го стори мора да била под влијание на допуштањето на изјавата на Т. Правото на обвинетиот да сведочи во своја одбрана не може да се гледа како противтежа на можноста да го види и да го подвргне на проверка и вкрстено испрашување единствениот очевидец на обвинителството против себе.

47. На крај, што се однесува до предупредувањето на судечкиот судија до поротата, Судот прифаќа дека било и целосно и внимателно срочено. Точно е, исто така, дека во контекст на анонимни сведоци во *Doorson*, цитирано погоре, § 76, Судот предупреди дека „со докази обезбедени од сведоци под услови во кои не можат да се осигурат правата на одбраната до степен до кој тоа нормално го бара Конвенцијата, треба да се постапува со екстремна претпазливост“. Во тој случај, беше задоволен дека биле преземени соодветни чекори поради изричитата изјава на Апелациониот суд дека ги третира релевантните изјави „со неопходната претпазливост и внимателност“. Но, во случај на отсутен сведок како што е Т, Судот не смета дека таквото предупредување, вклучувајќи и потсетување дека не бил жалителот тој кој е одговорен за отсутството, без оглед колку јасно искажано, би било доволна противтежа каде неоспорената изјава на сведокот била единствениот директен доказ против жалителот.“

Советот таму утврди повредана Член 6 § 1 во врска со Член 6 § 3(d) од Конвенцијата во однос на Г-дин Tahery.

Б. Поднесоците на страните

1. Владата

(а) Пресудата на Советот

94. Владата сметаше дека Член 6 § 3(d) е изричита гаранција но не апсолутно правило од кое не е можно никакво отстапување: фокусот е на постапката како целина, заштитните мерки кои му се на располагање на обвинетиот, веродостојноста на доказите и, во соодветни случаи, интересите на сведоците или жртвите. Нефлексибилно правило за единствени или одлучувачки беше некомпатибилно со општиот пристап на Судот кон Член 6 § 3(d).

95. Владата предочи дека на начинот на кој Судот ја применил и развил проверката му недостасува јасност во неколку аспекта: немаше соодветна дискусија околу начелото кое лежи во основа на правилото; немаше целосно разгледување во однос на тоа дали треба да се применува еднакво на јурисдикциите со граѓанско и обичајно право; пред *А.М. против Италија*, бр. 37019/97, ECHR 1999-IX, немаше поддршка во прецедентното право на Судот за примена на проверката во однос на отсутен сведок чиј идентитет и бил познат на одбраната; и не беше возможно да се увиди било каква доследност во прецедентното право на Судот за тоа кога доказ би се сметал за одлучувачки.

96. Владата исто така предочи дека правилото за единствен или одлучувачки, како што е применето од Советот во неговата пресуда, беше засновано на погрешната претпоставка дека секој доказ по слушање кој бил круцијален во некој случај бил или неверодостоен или, во отсуство на вкрстено испрашување на сведокот, без можност за правилна оценка. Впрочем, единствен или одлучувачки доказ по слушање може да биде сосема веродостојно и вкрстеното испрашување може да додаде малку или ништо во оценката на неговата веродостојност. Правилото би можело да доведе до арбитражни резултати; би можело да исклучи доказ едноставно бидејќи бил важен, без оглед на неговата веродостојност или неоспорност. Советот не објасни дали или како прашањето на веродостојноста е релевантно за примената на правилото. Не спроведе целосна анализа на заштитните мерки достапни во Англија и Велс, ниту пак ја сметаше за важна разликата меѓу судењата според обичајното право и оние од други Држави потписнички. Не објасни кога ќе биде доказот одлучувачки со доволна прецизност за да му овозможи на судот да го примени правилото за единствен или одлучувачки во практика, ниту спроведе соодветно разгледување на практичните проблеми кои би произлегле од примената на правилото во Англија и Велс.

97. Проверката би послужила исто така како поттик за заплашување сведоци, особено кога само еден сведок бил доволно храбар да истапи. Најголеми последици би имало во случаи на сексуално злоставување, каде делото обично се случува насамо и со тоа доказот на жртвата е најверојатно „единствен или одлучувачки“.

98. Од овие причини, Владатаго повика Судот да го усвои пристапот кој го прифатил Врховниот суд во *Horncastle и други*. Пресудата на Врховниот суд покажа дека прецедентното право на Судот дозволува малку пофлексибилен пристап од очигледно тврдокорното правило за единствен или одлучувачки зацртано од Советот. Во светлината на заклучокот на Врховниот суд во *Horncastle и други* дека правилото за единствен или одлучувачки би поттикнало сериозни практични тешкотии во Англија и Велс, Владата го повика Судот да разјасни дека важноста на непроверени докази би било подобро да се третира како еден фактор од многу кои треба да се земат предвид при одлучување дали една постапка во целина била праведна. Како алтернатива, Владата предложи било кое правило за единствен или одлучувачки да не треба да важи ако има добри причини за недостапноста на сведокот како што се оние дадени во дел 23 од Законот од 1988 година и дел 116(2) од Законот од 2003.

(б) Домашното право и практика

99. Владата потцрта дека општите заштитни мерки го заштитуваа обвинетиот од неправедност која би резултирала од допуштање на доказ по слушање. Судечкиот судија постапи како „вратар“: тој има должност во обичајно право и согласно дел 78 од Законот за полиција и кривични докази од 1984 година да спречи поротата да расправа за доказ кој би имал толку штетен ефект врз постапката што не требало да се добие. Судечкиот судија требаше да биде уверен дека обвинителството нема да може да ги изведе доказите со повикување на сведокот и требаше да ја поучи поротата за опасностите од потпирање на доказ по слушање. Поротата мораше да биде уверена за вината на обвинетиот надвор од секаков разумен сомнеж и остана можноста за жалба со Апелациониот суд, кој би ја одобрил жалбата доколку осудата е неизбежно заснована.

100. Во Законот од 1988 година, дел 23 овозможи допустливост на писмена изјава во определени, наброени околности и тоа се однесува подеднакво на обвинителството и одбраната. Од судечкиот судија се бара да ја подвргне потребата да се допуштат докази на строго темелно разгледување. Дел 25 му дозволи на судијата да одбие допуштање на изјава ако смета дека не треба да се допушти во интерес на правдата (заштитна мерка за веродостојност и правилен процес). Дел 26, кој се однесува на изјави дадени за цел на кривична постапка, бара од судијата да ги има предвид природата, изворот и содржината на изјавата, достапноста на други докази, релевантноста на доказите и степенот до кој нивното допуштање би резултирало со неправедност за обвинетиот. Прилог 2 кон Законот исто така дозволува допуштање на доказ кој се однесува на кредибилитетот и конзистентноста на оној кој ја дава изјавата.

101. Во врска со Законот од 2003, Владата потцрта дека тој бил донесен по детално разгледување на правилото за доказ по слушање од страна на Комисијата за право, која заклучила дека многу од претпоставките кои го поткрепуваат традиционалното исклучување на доказот по слушање не биле оправдани: на пример, утврди дека доказ по слушање не мора да е неточен или неверодостоен и дека, во голем број случаи, правилото довело до арбитарно исклучување на уверливи докази.

102. Како и кај Законот од 1989, Законот од 2003 дозволи и обвинителството и одбраната да бараат да се повикаат на доказ по слушање. Дел 116(2)(e) е вклучен во Законот од 2003 за да се справиме со криминал преку обезбедување на специјални мерки за заштита на сведоци кои имаат вистински страв од заплашување и реперкусии. Кога тоа се барало бидејќи сведокот бил уплашен, судечкиот судија можел да даде одобрување само ако допуштањето на изјавата било во

интерес на правдата. Згора на тоа, и спротивно на многу други земји членки на Советот на Европа, Законот не дозволи допуштање на анонимен доказ по слушање: сведокот не можеше да биде и анонимен и отсутен. На крај, Владата ја потцрта дополнителната заштита која ја пружа дел 124-126 од Законот (види став 45 погоре).

(в) Фактитена секој случај

103. Во врска со Г-дин Al-Khawaja, Владата предочи дека релевантните факти се тоа што СТ не била повикана да даде докази од оправдана причина (смрт). Судечкиот судија прифатил дека допуштањето на нејзината изјава е во интерес на правдата и, во доаѓањето до овој заклучок, ги зел предвид неповолностите кои тоа би ги причинило за првиот жалител. Одбраната прифатила тие да бидат во позиција да ја оспорат изјавата.

104. Изјавата на СТ не беше единствена или одлучувачка. Имаше други докази во случајот да ја поткрепат, вклучувајќи доказ дека таа вложила навремена тужба, доказ за нејзиното држење кога ја поднела тужбата и воочливо слични наводи дадени од други жени. Првиот жалител беше во состојба вкрстено да ги испраша другите сведоци, да даде докази во своја одбрана и да и се обрати на поротата во врска со случајот против себе. На поротата и беа внимателно дадени инструкции и во однос на изјавата на СТ и товарот на докажување во случајот. Законот од 1988 година беше правилно применет и немаше основа за спротивставување на оценката на судечкиот судија и Апелациониот суд дека допуштањето на изјавата беше праведно.

105. Во случајот Tahery, стравот на Т беше оправдана причина тој да не се повика. Како и во случајот на првиот жалител, судечкиот судија заклучи дека допуштањето на доказот е во интерес на правдата и, при донесување на тој заклучок, ги зеде предвид неповолностите кои тоа може да и ги причини на одбраната. Доказот на Т не беше единствен или одлучувачки: имаше друг доказ кој го поткрепи, вклучувајќи го признавањето на вториот жалител дека бил присутен за време на делото, го држел ножот кој бил искористен да се прободат жртва, бил вклучен во расправија со С и лажел пред полицијата. Вториот жалител беше во состојба вкрстено да го испраша другиот сведок, да даде доказ во своја одбрана и да и се обрати на поротата во врска со случајот против себе. На поротата и беа внимателно дадени инструкции и во однос на изјавата на Т и на товарот на докажување во случајот. Законот од 2003 беше правилно применет и немаше основа за спротивставување на оценката на судечкиот судија и Апелациониот суд дека допуштањето на изјавата беше праведно.

2. Жалителите

(а) Пресудата на Советот

106. Жалителите предочија дека има три можни пристапи кон Член 6 § 3(d). Првиот е ригиден и буквален пристап кој го следи Врховниот суд на Соединетите Држави во врска со слични одредби на Шестиот амандман, што жалителите не бараа Судот да го усвои. Вториот, пристапот кој го следи Судот, не ги третира зборовите на Член 6 § 3(d) како нефлексибилни туку ги толкува во смисла дека поставуваат минимум јадро на праведност кое не може повеќе да се намалува. Овој пристап се заснова на правилото за единствен или одлучувачки и е правилниот пристап. Третиот пристап е оној што го следи Владата и Врховниот суд на Обединетото Кралство во *Horncastle и други*, а кој, во поднесокот на жалителите, ги намалува гаранциите кои ги нуди Член 6 § 3 по прашања кои треба да се разгледуваат единствено при одлучување дали обвинетиот имал праведно судење.

Од овие причини, жалителите предочија дека домашните судови и Владата не му дале правилна тежината на правото на обвинетиот да ги испраша сведоците против себе. Тоа право не треба да се отфрла како формалистичко или историско; има голем број причини зошто една осуда заснована единствено или одлучувачки на доказ на отсутен сведокот би била несигурно заснована и неправедна. На пример, држењето на лицето во судот би можело да се набљудува; би можело да испитување околу перцепцијата, меморијата или искреноста на сведокот, без кои има можност грешки, преувеличувања или намерни лаги да поминат незабележани. Исто така, едно е лицето да даде штетна изјава на само, а сосема друго да ја повтори изјавата во текот на судењето.

107. Згора на тоа, логиката за правилото е јасна: при оценувањето дали, ако се дозволи доказ по слушање, постапките кои се следеле биле доволни како противтежа за тешкотиите кои и се причинети на одбраната, соодветна тежина им е дадена на степенот до кој релевантните докази биле одлучувачки за осудување на жалителот. Ако доказите не биле одлучувачки, одбраната била хендикепирана до мошне помал степен, а, ако доказите биле одлучувачки, хендикепот бил мошне поголем. Жалителите предочија дека правилото беше наведено јасно и едноставно во *Luca против Италија*, бр. 33354/96, § 40, ECHR 2001-II; беше добро утврдено во прецедентното право на Судот и претставува принципиелно, практично и разумно толкување на Член 6 § 3(d).

108. Жалителите предочија дека Врховниот суд згреши што заведе таков пристап во *Horncastle и други*. Згреши што утврди дека пристапот што го следи Советот би довел до исклучување на доказ кој

бил уверлив и очевидно веродостоен. Во допуштањето на непроверен доказ кој се чини очевидно веродостоен се кријат својствени опасности: правото е полно со случаи каде доказот изгледал силен само за подоцна да се покаже дека тоа не било така.

109. Lord Phillips сугерираше дека Член 6 § 3(d) има за намера да се справи со слабостите во граѓанското право, за разлика од системите на обичајно право. Но, жалителите предочија дека без оглед какви се историските корења на тој Член, англиското право се оддалечило од традиционалното правило против доказ по слушање. Исто така не смее да се дозволи да се применуваат различни стандарди во разни правни системи: тоа би ја поткопала самата природа на системот на Конвенцијата.

110. Жалителите воедно сметаа дека Врховниот суд згреши кога утврди дека ќе има практични тешкотии во примената на правилото за единствен или одлучувачки во Англија и Велс. „Одлучувачки“ очигледно означува доказ кој бил клучен за случајот и, при примена на правилото, самиот Суд покажа дека е возможно да се одлучи кој доказ бил единствен или одлучувачки. Пред Советот, Владата немаше никакви тешкотии да признае дека доказ на отсутен сведок во секој случај е единствен или одлучувачки. Судечките судии во Обединетото Кралство рутински оценуваа комплицирани фактички околности и оценуваа дали правни проверки како што се „праведност“ или „доволни докази“ се задоволени. Покрај тоа, проверката е вклучена во Законот за судска медицина и правда од 2009 година во однос на анонимни сведоци (види став 46 погоре). Жалителите воедно забележаа дека Врховниот суд силно се стреми да покаже дека исходот на случаите одлучени од овој Суд ќе беше ист ако тие беа одлучени согласно Законите од 1988 и 2003 година. Неминовната последица на оваа пропозиција е дека имплементацијата на правилото за единствен или одлучувачки ќе доведе до истиот резултат во голем број случаи пред домашните судови како и пред таквата имплементација.

(б) Домашното право и практика

111. Жалителите воедно предочија дека, спротивно на поднесоците на Владата и забелешките на Врховниот суд во *Horncastle и други*, Советот ги разбира процедуралните заштитни мерки содржани во Законите од 1988 и 2003. Тие постапки би можеле да обезбедат соодветна заштита ако функционираат како дел од структура каде преовладуваат клучните вредности на Член 6; не можеа тоа да го сторат сè додека домашните судови не почнаа правилно го земаа предвид правото на обвинетиот да ги испраша сведоците против себе.

(в) Фактитена секој случај

112. Зажалителите, единствената или одлучувачката природа на непроверениот доказ во секој од случаите значеше дека ниедна постапка во која недостасува испрашување на релевантните сведоцина би можела да обезбеди праведно судење. Во случај на првиот жалител, имаше очигледни прашања кои можеа да и се постават на СТ, од кои барем дали слушнала за наводите на ВУ пред таа да даде изјава и зошто чекала скоро четири месеци пред да даде изјава. Во случај на вториот жалител, очигледните прашања кои можеле да му се постават на Т вклучуваат зошто не разговарал со полицијата нокта кога се случил инцидентот, каков е неговиот став за мошне брзиот инцидент, дали ги познава другите луѓе на местото и дали има било каква причина да ги заштитува. Во отсуство на вкрстено испрашување, затоа, процедуралните заштитни мерки содржани во Законите од 1988 и 2003 не беа доволни. Фактот што судечкиот судија во обата случаи ја примени проверката „интерес на правдата“ значеше дека прашањето нема да оди понатаму: таа проверка требаше да биде применета во согласност со Член 6, а дали судечките судии правилно одлучија дека допуштањето на обете изјави е во интерес на правдата беше, всушност, прашање кое требаше го до утврди Судот.

113. Не беше ни релевантно дека жалителите имаа право да презентираат докази со кои се оспорува кредибилитетот на отсутните сведоци: таков материјал не беше достапен за секој сведок и законските одредби не дадоа можност да оспорување на кредибилитетот или вистинитоста на сведоците во однос на клучните наводи во секој од случаите. Жалителите воедно предочија дека ниедно предупредување од судечкиот судија не би можело да го компензира отсуството на можноста поротата да види и слушне сведок од таква важност, ниту да спречи опасност доказите да имаат доказна вредност која не ја заслужувале. Правото на жалба противосуда немаше ефект бидејќи Апелациониот суд во секој од случаите одби да го примени правилото за единствен или одлучувачки како што е зацртано во *Lisa*, цитирано погоре.

2. Третата страна вмешател

114. JUSTICE (види став 7 погоре) предочи дека правото да се испрашаат сведоци е античко. Корени влече од Римското право и историското право на соочување од обичајното право. Тоа право од обичајното право ги признава опасностите на допуштање на доказ по слушање, вклучувајќи ја и неговата својствена неверодостојност. Ги обликуваше гаранциите за праведно судење олицетворени во Шестиот амандман на Уставот на Соединетите Држави, кривичната постапка на

сите земји кои спроведуваат обичајно право и меѓународното право за човекови права. Иако правилото за доказ по слушање стана преригидно во англиското право, беше неточно да се каже, како што тоа го стори Врховниот суд во *Horncastle и други*, дека предложените реформи на Комисијата за право биле „во голема мерка имплементирани“ во Законот од 2003. На пример, Законот од 2003 вклучи во дел 114 по општо дискрециско право на допуштање на доказ по слушање ако тоа е „во интерес на правдата“ одошто Комисијата за право имаше замислено (види став 42 и 43 погоре). Згора на тоа, дури и да имаше правилото за доказ по слушање потреба од реформа, правото на соочување од обичајното право немаше: правото го олицетворуваше начелото дека лице не би можело да понуди сведочење против кривично обвинет, освен доколку не е дадено под заклетва, лице во лице со обвинетиот, и подвргнато на вкрстено испрашување.

115. Врховниот суд исто така згреши кога сугерираше дека нема оправдување за наметнување на правило за единствен или одлучувачки подеднакво на јурисдикциите на континенталното и на обичајното право. Врховниот суд стави преголема верба во можностите на противтежните мерки како средство за надминување на очевидната неправедност на осудување на лице целосно или во голема мерка врз основа на неоспорено сведочење. Суштината на правото на соочување од обичајното право лежи во сознанието дека вкрстеното испрашување е најефективниот начин за утврдување на веродостојноста на доказот на сведокот. Поучно беше да се сетиме на предупредувањето од Megarry J (во *John против Rees* [1970] Ch 345) дека „патот на законот [е] послан со примери на отворени и бргу затворени случаи кои, некако, не беа такви; на обвиненија на кои не може да се одговори а кои, во случајот, беа целосно одговорени“. Покрај тоа, JUSTICE предочи дека, како што Sedley LJ забележа во *Државниот секретар за внатрешни работи против AF и други* [2008] EWCA Civ 1148, е „заведувачки лесно да се заклучи дека не може да има одговор на случај на кој сте ја слушнале само едната страна“. Токму од оваа причина парадоксот на кој упатува Lord Phillips воопшто не е парадокс. Доказот по слушање не станал поуверлив едноставно бидејќи може да биде единствениот или материјалниот доказ за вината на едно лице. Потребата за исклучување на навидум „одлучувачки“ доказ по слушање е оправдана поради со векови стариот стравна судиите во обичајното право дека поротите можат да му дадат примерна тежина.

116. Правилото за единствен или одлучувачки не беше тешко да се примени во англиската кривична постапка бидејќи судечките судииве ќе мораа да ги разгледаат потенцијалните последици на допуштање докази во различните закони, вклучувајќи делови од Законот од 2003. Дел 125(1) на пример, го обврзува судечкиот судија да наложи

ослободување ако случајот против еден обвинет е заснован „целосно или делумно“ врз неуверлив доказ по слушање. JUSTICE прифати дека е потребно извесно објаснување на што се мисли со „одлучувачки“, но сметаше дека проверката е сè уште применлива и навистина се применува во Англија и Велсво контекст на налози за анонимност на сведокот (види Закон за судска медицина и правда од 2009 во став 46 погоре). Во контекст на кривичната постапка „одлучувачки“ треба да се сфати тесно: не треба да значи само „во состојба да направи разлика“ туку наместо тоа „веројатно да доведе до одлука или заклучок“.

117. На крај, анализата на Врховниот суд на компаративното право беше, во најдобар случај, парцијална. Според доказите на располагање (види, *inter alia*, став 63-87 погоре), едноставно не беше возможно да се заклучи, како што тоа го стори Врховниот суд, дека други јурисдикциите со обичајно право би утврдиле дека кривична осуда заснована единствено или одлучувачки врз доказ по слушање е компатибилна со правото на праведно судење.

В. Оценка на Големиот судски совет

1. Општиначела

118. Судот потсетува дека гаранциите од став 3(d) на Член 6 се специфични аспекти на правото на праведна расправа зацртано во став 1 од оваа одредба кои мораат да се земат предвид во секоја оценка на праведноста на постапката. Покрај ова, примарната грижа на Судот согласно Член 6 § 1 е да ја евалуира општата праведносна кривичната постапка (види, како скорешен меродавен пример, *Taxquet против Белгија* [ГСС], бр. 926/05, § 84, 16 ноември 2010, со содржани понатамошни референци). При донесувањето на оваа оценка Судот ќе ја разгледа постапката во целина имајќи ги предвид правата на одбраната но исто така и интересите на јавноста и жртвите кривичното дело правилно да се води (види *Gäfgen против Германија* [ГСС], бр. 22978/05, § 175, ECHR 2010-....) и, каде што е неопходно, правата на сведоците (види, меѓу многуте меродавни примери, *Doorson*, цитирано погоре, § 70). Воедно потсети во овој контекст дека допустливоста на докази е прашање кое треба да се регулира со домашното право и од домашните судови, и дека единствена грижа за Судот е да испита дали постапката се спровела праведно (види *Gäfgen*, цитирано погоре, § 162, и таму содржани референци).

Член 6 § 3(d) го содржи начелото дека, пред да може да биде осуден обвинетиот, сите докази против него мораат нормално да се изведат во негово присуство на јавна расправа заради контрадикторна расправа.

Исклучоцина ова начело се можни но не смеат да ги нарушат правата на одбраната, кои, по правило, бараат на обвинетиот да му се даде соодветна и правилна можност да го оспори и испраша сведокот против себе, било кога сведокот ја дава изјавата или во подоцнежна фаза на постапката (види *Lusa*, цитирано погоре, § 39; *Solakov против Република Македонија*, бр. 47023/99, § 57, ECHR 2001-X).

Слично и долгогодишно начело постои во обичајното право на Англија и Велс (види забелешка на Lord Bingham по став 5 од *R. против Davis*, резимирана во став 49 погоре).

119. Имајќи го предвид прецедентното право на Судот, две барања произлегуваат од горното општо начело. Прво, мора да има добра причина за неприсуство на сведокот. Второ, ако осудата се заснова единствено или до одлучувачки степен врз сведоштво дадено од лице кое обвинетиот немал можност да го испраша или некој друг да го испраша, без оглед дали за време на истрагата или на судењето, правата на одбраната можат да бидат ограничени до степен кој е некомпатибилен со гаранциите кои ги пружа Член 6 (таканареченото “правило за единствен или одлучувачки”). Судот ќе испита подолу дали ова правило треба да се смета за апсолутно правило чија повреда автоматски води кон утврдување дека постапката не била праведна со повреда Член 6 § 1 од Конвенцијата.

2. Дали има добра причина за неприсуство на сведок

120. Барањето да се има добра причина за допуштање на доказ на отсутен сведок е прелиминарно прашање кое мора да се испита пред да се разгледа дали доказот бил единствен или одлучувачки. Дури и каде доказот на отсутен сведок не бил единствен или одлучувачки, Судот утврди повреда на Член 6 §§ 1 и 3(d) ако не е прикажана добра причина за неможноста да се испита сведокот (види, на пример, во *Ludi против Швајцарија*, 15 јуни 1992, Серија А бр. 238, *Mild u Virtanen против Финска*, бр. 39481/98 и 40227/98, 26 јули 2005; *Bonev против Бугарија*, бр. 60018/00, 8 јуни 2006; и *Pello против Естонија*, бр. 11423/03, 12 април 2007). Тоа е така бидејќи како општо правило сведоците треба да дадат докази за време на судењето и ќе се вложат сите разумни напори за да се обезбеди нивно присуство. Така, кога сведоцине присуствуваат за да дадат докази во живо, должност е да се види дали отсуството било оправдано. Има бројни причини зошто сведок не може да присуствува на судењето но, во конкретниве случаи, неопходно е само да се разгледа отсуство кое се должи на смрт или страв.

121. Јасно е дека ако сведокот починал, за да може неговиот или нејзиниот доказ да се земе предвид, ќе биде неопходно да се повикаме на неговото или нејзиното сведочење (види, на пример, *Ferrantelli u Santangelo против Италија*, 7 август 1996, § 52, *Reports of Judgments*

and Decisions 1996-111; *Mika против Шведска* (одлука), § 37, бр. 31243/06, 27 јануари 2009).

122. Отсуството поради страв бара подлабоко разгледување. Мора да се направи разлика меѓу два вида страв: страв кој може да се припише на закани или други постапки на обвинетиот или оние кои постапуваат во негово или нејзино име, и страв кој може да се припише на погенерален страв од она што ќе се случи ако сведокот даде докази насудење.

123. Ако стравот на сведокот може да се припише на обвинетиот или оние кои постапуваат во негово име, соодветно е да се дозволи доказот на тој сведок да се изведе на судењето без потребата сведокот да сведочи или да биде испрашан од обвинетиот или неговите застапници – дури и ако таквиот доказ бил единствениот или одлучувачкиот доказ против обвинетиот. Да му се дозволи на обвинетиот да влече полза од стравот што го всадил кај сведоците би било некомпатибилно со правата на жртвите и сведоците. Не може да се очекува од ниту еден суд да дозволи интегритетот на постапката да се наруши на ваков начин. Како последица, обвинет кој постапил на ваков начин се смета дека се откажал од своите права на испрашување на такви сведоци согласно Член 6 § 3(d). Истиот заклучок мора да важи ако заканите или постапките кои довеле до тоа сведокот да се плаши да сведочи доаѓаат од оние кои постапуваат во име на обвинетиот или со негово знаење и одобрување.

Во случајот *Horncastle* и други, Врховниот суд забележа дека е ноторно тешко за било кој суд да биде сигурен дека обвинетиот му се заканувал на сведокот. Судот не ги потценува тешкотиите кои можат да се појават при утврдувањето дали, во еден особен случај, обвинет или негов соработник биле одговорни за закани или директно поттикнување на страв кај сведок. Но, случајот *Tahery* самиот покажува дека, со придобивките на една ефективна истрага, таквите тешкотии не се несовладливи.

124. Прецедентното право на самиот Суд покажува дека е почест случајот сведоците да имаат генерален страв од сведочење, без страв кој би можел директно да се припише на закани дадени од обвинетиот или негови извршители. На пример, во многу случаи, стравот можел да и се припише на озлогласеноста на обвинетиот или неговите соработници (види, на пример, *Dzelili против Германија* (одлука), бр. 15065/05, 29 септември 2009). Затоа, нема барање стравот на сведокот да мора да биде припишан директно на закани упатени од обвинетиот за сведокот да може да биде ослободен од сведочење на судењето. Згора на тоа, страв од смрт или повреда на друго лице или од финансиска загуба се релевантни околности при утврдувањето дали од сведокот да не се бара да даде усно сведочење. Но, ова не значи дека секој субјективен страв на сведокот ќе биде доволен. Судечкиот суд

мора да спроведе соодветна истрага за да утврди прво, дали имало објективен основ за тој страв или не, и, второ, дали тие објективни основи се поткрепени со докази (види, на пример, *Krasniki protiv Чешката Република*, бр. 51277/99, §§ 80-83, 28 февруари 2006, каде Судот не беше уверен дека домашните судови спровеле испитување на причините за стравот на сведоците пред да им се дозволи анонимност).

125. На крај, со оглед на степенот до кој отсуството на сведокот неповолно влијае врз правата на одбраната, Судот би нагласил дека, ако сведокот не бил испрашан во било која претходна фаза на постапката, да се дозволи допуштањето на сведочење за сметка на докази во живо на судење треба да биде последно средство. Пред сведокот да може да биде ослободен од сведочење по основ на страв, судечкиот суд мора да биде уверен дека сите достапни алтернативи, како што се анонимност на сведокот и други специјални мерки, би биле несоодветни или неспроведливи.

3. Правилото за единствен или одлучувачки

(а) Општи размисли

126. Судот забележува дека конкретниве случаи се однесуваат само на отсутни сведоци чии изјави биле прочитани на судењето. Не е задача на Судот да го разгледува функционирањето на правилото против доказ по слушање од обичајното право *in abstracto*, ниту да разгледува општо дали исклучоците кон тоа правило кои сега постојат во англиското кривично право се компатибилни со Конвенцијата. Како што повторил Судот (во став 118 погоре), Член 6 не зацртува никакви правила за допустливоста на докази како такви, што е прашање првенствено за регулирање со домашното право.

127. Судот понатаму забележува дека, во конкретниве случаи, не е засегнат со сведочење кое се дава на судењето од сведоци чии идентитет е скриен од обвинетиот (анонимно сведочење). Иако проблемите предизвикани од анонимни и отсутни сведоци не се идентични, двете ситуации не се разликуваат во начело, бидејќи, како што признава Врховниот суд, обеите резултираат со потенцијална штета по обвинетиот. Начелото кое лежи во основата е дека обвинетиот во кривично судење треба да има ефективна можност да ги оспори доказите против себе. Ова начело бара не само обвинетиот да го знае идентитетот на своите обвинувачи за да биде во позиција да ја оспори нивната чесност и кредибилитетот, туку и да може да ја провери вистинитоста и веродостојноста на нивните докази, со тоа што тие ќе бидат усно испрашани во негово присуство, било во моментот кога сведокот ја дава изјавата или во некоја подоцнежна фаза на постапката.

128. Зачетокот на правилото за единствен или одлучувачки може да се најде во пресудата *Unterpertinger против Австрија*, 24 ноември 1986, § 33, Серија А бр. 110, која воедно претставува логична подлошка на проверката која треба да се примени: ако осудата на обвинетиот е единствено или воглавно заснована на докази дадени од сведоци кои обвинетиот не е во можност да ги испраша во било која фаза на постапката, неговите права на одбрана се непримерно ограничени. Како што беше посочено од Врховниот суд, во поранешното прецедентно право на Судот, таму каде правилото беше скицирано во случаи на отсутни или анонимни сведоци, утврдената повреда на Член 6 § 3(d) се засноваше барем делумно врз фактот дека немаше оправдување да не се повика или идентификува засегнатиот сведок. Токму во *Doorson*, цитирано погоре, Судот за прв пат сметаше дека, дури и во случај каде имаше оправдување за неповикувањето на сведокот, осуда заснована единствено или во одлучувачки степен на доказ од тој сведок би била неправедна.

(б) Приговори кон правилото за единствен или одлучувачки

129. Искористувајќи ја пресудата на Врховниот суд во *Horncastle и други*, Владата го оспорува правилото за единствен или одлучувачки, или неговата примена од страна на Советот во конкретниве случаи, врз четири главни основи.

Прво, се тврди дека обичајното право, преку своите правила за докази кои забрануваат допуштање на доказ по слушање, кои долго наназад му претходе на стапувањето на Конвенцијата на сила, го заштитуваа оној аспект на праведно судење кој Член 6 § 3(d) беше наменет да го осигура, без неопходноста за примена на правило за единствен или одлучувачки. За разлика, земјите со граѓанско право немаа такви правила за докази. Затоа, голем дел од последиците на Член 6 § 3(d) беа врз постапките во континенталните системи кои претходно дозволуваа обвинето лице да биде осудено врз основа на докази од сведоци кои тој немал можност да ги оспори.

Второ, се вели дека неговата примена покренува практични тешкотии, оттаму што Советот не објаснил кога доказите се одлучувачки со доволна прецизност за да му се овозможи на судечкиот суд да го примени правилото за единствен или одлучувачки во пракса. Подеднакво, не се обрнато соодветно внимание на практичните проблеми кои ќе произлезат од примената на правилото во систем на обичајно право каков што е тој на Англија и Велс.

Следно, се вели дека немало соодветна дискусија за начелото кое лежи во основа на правилото, што се базира на грешна претпоставка дека секој доказ по слушање кој е клучен во еден случај е или

неверодостоен или, во отсуство на вкрстено испрашување на сведокот, не може правилно да се оцени.

На крај, се вели дека Советот го применил правилото со прекумерна ригидност и дека не спровел целосна анализа на заштитните мерки на располагање во Англија и Велс или не ја воочил важната разлика меѓу судските постапки во обичајното право и оние во други Држави потписнички.

Судот ќе се осврне на секој од овие тврдења поединечно.

130. Во однос на првото тврдење, Судот прифаќа дека правилото за единствен или одлучувачки е можеби развиено во контекст на правни системи кои дозволувале обвинет да се осуди по доказ и од сведоци кои немал можност да ги оспори, ситуација која не би настанала доколку се применувало строгото правило против доказ по слушање од обичајното право. Но, Судот забележува дека конкретните случаи настанале токму бидејќи правниот систем во Англија и Велс го напуштил строгото правило против доказ по слушање од обичајното право. Исклучоци од правилото се создадени, имено во Законите од 1988 и 2003, кои дозволија допуштање на изјавата на СТ во Случајот Al-Khawaја и изјавата на Т случајот Tahery (види став 41 и 44 погоре). Судот прифаќа дека овие разблажувања на строгото правило против доказ по слушање се придружени со законски заштитните мерки и, според тоа, централното прашање во конкретните случаи е дали примената на овие заштитни мерки била доволна за да се осигурат правата на жалителите согласно Член 6 §§ 1 и 3(d). Со оваа позадина, иако е важно Судот да ги има предвид значителните разлики во правните системи и постапки, вклучувајќи различни пристапи кон допустливост на докази во кривично судење, во крајна линија мора да го применува истиот стандард на разгледување според Член 6 §§ 1 и 3(d), без оглед на правниот систем од кој произлегува случајот.

131. Второ, во однос на наводниот недостаток на прецизност на правилото, Судот забележува дека зборот „единствен“ во смисла на само еден доказ против обвинетиот (види, на пример, *Saïdi против Франција*, 20 септември 1993, Серија А бр. 261-С), не се чини дека покренува тешкотии, а главните критики се чинат насочени кон зборот „одлучувачки“. „Одлучувачки“ (или „детерминирачки“) во овој контекст значи повеќе од „доказни“. Значи повеќе од тоа дека без доказот, шансите за осуда би се намалиле а шансите за ослободување би се зголемиле, проверка која, како што посочи Апелациониот суд во *Horncastle и други* (види став 54 погоре), би значела дека буквално секој доказ би се квалификувал. Наместо тоа, зборот „одлучувачки“ треба да се толкува потесно посочувајќи докази од таква значајност или важност која се чини би го одлучила исходот од случајот. Ако непроверениот доказ на еден сведок е поддржан од друг поткрепувачки доказ, оценката за тоа дали е одлучувачки ќе зависи од силата на

поткрепувачкиот доказ; колку е посилен поткрепувачкиот доказ, толку е помалку веројатно дека доказот на отсутниот сведок ќе се третира како одлучувачки.

132. Воедно се тврди дека правилото за единствен или одлучувачки не може да се примени без прекумерни практични тешкотии во системот на обичајно право. Во *Horncastle и други*, Врховниот суд забележа дека должноста определен доказ да не се третира како одлучувачки е доволно тешка за извршување од страна на професионален судија, но дека ако правилото се примени во контекст на судење пред порота, единствениот практичен начин за примена би бил како правило на допустливост: судечкиот судија би морал да го прогласи за недопустливо секое сведочење кое може да се покаже одлучувачко, што не е лесна задача. Во однос на Апелацискиот суд или Европскиот суд, беше кажано дека често ќе биде невозможно да се одлучи дали определена изјава била единствена или одлучувачка основа за осуда во отсуство на причини дадени за пресудата на поротата.

133. Судот прифаќа дека може да е тешко судечкиот судија пред судењето да утврди дали доказот ќе биде одлучувачки без да ја има предноста од испитување и одмерување на тежината на севкупноста на доказите кои се изведени во текот на судењето.

134. Но, штом обвинителството ќе го заклучи својот случај, важноста и тежината на непроверените докази можат да се оценат од страна на судечкиот судија наспроти позадината на другите докази против обвинетиот. Во системите на обичајно право, при заклучувањето на случајот на обвинителството, од судечките судии често се бара да разгледаат дали има случај против обвинетиот. Како дел од тој процес од нив често се бара да ја оценат силата и веродостојноста на доказите за обвинителството. Всушност, Судот забележува дека дел 125 од Законот од 2003 изричито бара од судечкиот судија да го прекине случајот доколку, имајќи ја предвид неговата важност за случајот против обвинетиот, доказот по слушање е толку неуверлив што осудување би било несигурно засновано.

135. Судот и понатаму не е убеден дека апелацискиот суд во систем на обичајно право, каде поротата не дава причини за својата пресуда, нема да биде во состојба да утврди дали непроверениот доказ бил единствениот или одлучувачкиот доказ во осудата на обвинетиот. Од апелациските судии обично се бара да разгледаат дали доказите биле непримерно дозволени на судењето и, во таков случај, дали осудата е сè уште сигурно заснована. При тоа, тие мораат да ја разгледаат *inter alia* значајноста на побиваните докази за случајот на обвинителството и степенот до кој им нанесува штета на правата на одбраната. Апелацискиот суд е со тоа добро позициониран да разгледа дали непроверените докази можат да се сметаат за единствен или

одлучувачки доказ против обвинетиот и дали постапката како целина била праведна.

136. Судот напомува дека компаративните материјали пред него го поткрепуваат овој заклучок во врска со примената на правилото во различните јурисдикции со обичајно право (види став 63-87 погоре и, особено, пристапот на Шкотскиот врховен кривичен суд).

137. Судот воедно забележува во овој контекст дека, во случајот *R. против Davis* (види став 49 и 50 погоре), Горниот дом се чини дека не предвидува никакви очигледни потешкотии во примената на правилото за единствен или одлучувачки во контекст на анонимни сведоци. Lord Bingham напомена дека осуда која е заснована единствено или во одлучувачки степен на изјави или сведочења на анонимни сведоци резултира од судење кое не може да се смета за праведно и дека „ова [е] становиштето кое традиционално го застапува обичајното право на Англија“ (види став 25 од пресудата *Davis*). Горниот дом заклучи во случајот *Davis* дека не само што доказот на анонимниот сведок беше единствена или одлучувачка основа врз која обвинетиот можеше да се осуди, но и дека беше попречено ефективното вкрстено испрашување. Одлуката во случајот *Davis* доведе до воведување на токму тоа барање во Законот за судска медицина и правда од 2009 да, при донесувањето на налог за анонимност на сведок, судијата мора да има предвид, *inter alia*, дали доказот што го дава сведокот може да биде единствениот или одлучувачкиот доказ што го вмешува обвинетиот (види став 46 погоре).

138. Судот понатаму забележува во овој поглед дека, во контекст на извлекување на неповолни заклучоци од молчењето на обвинетиот, Судот го примени правилото дека би било некомпатибилно со правото на молчење да се заснова осуда единствено или воглавно врз молчењето на обвинетиот или одбивањето самиот да се одговори прашања или да даде докази (види *John Murray против Обединетото Кралство*, 8 февруари 1996, § 47, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-I; *Condron против Обединетото Кралство*, бр. 35718/97, § 56, ECHR 2000-V).

139. Судот на сличен начин не може да го прифати третото тврдење дека правилото за единствен или одлучувачки е засновано на претпоставката дека секој доказ по слушање кој е круцијален во некој случај е неверодостоен или, доколку не се провери со вкрстено испрашување, без можност за правилна оценка. Наместо тоа, заснован е на начелото дека колку е поголема важноста на доказот, толку е поголема потенцијалната неправедност по обвинетиот ако се дозволи сведокот да остане анонимен или да биде отсутен од судењето, и е поголема потребата заштитните мерки да осигурат доказот да е очигледно веродостоен или неговата веродостојност да може правилно да се провери и оцени.

140. Во *Kostovski против Холандија*, 20 ноември 1989, Серија А бр. 166, каде се прифати дека осудата на жалителот е заснована во одлучувачки степен на доказите и на анонимни и на отсутни сведоци, Судот нагласи (во § 42 од својата пресуда):

"Сведочење или друга изјава која окривува обвинет може лесно да биде со намера неистинита или просто грешна, и одбраната тешко да може ова да го изведе на виделина доколку и недостасуваат информации кои ќе и овозможат да ја провери веродостојноста на авторот или фрли сомнеж врз неговиот кредибилитет. Опасностите својствени на таква ситуација се очигледни."

Судот понатаму утврди дека иако судечките судови покажале претпазливост во евалуацијата на засегнатите изјави, ова тешко да може да се смета за правилна замена за директно набљудување. Така, заклучи дека примената на доказите подразбира ограничување на правата на одбраната кои се непомирливи со гаранциите содржани во Член 6.

141. Во следниот случај *Doorson*, цитиран погоре, Судот напомена дека анонимноста на двајца сведоци во случајот и причини на одбраната „тешкотии кои кривичната постапка не би требало да ги содржи“, но дека немаше да се утврдат повреди доколку хендикепот нанесен на одбраната беше врамнотежен со постапката која се следела (§ 72 од пресудата). Потоа сметаше дека, за разлика од *Kostovski*, одбраната беше во состојба да ја оспори веродостојноста на анонимните сведоци (§§ 73 и 75). Згора на тоа, дури и по својата изјава дека осуда не треба да биде заснована единствено или во одлучувачки степен на анонимни сведоци, Судот нагласи дека „докази добиени под услови во кои правата на одбраната не можат да се обезбедат до степен кој обично го бара Конвенцијата, треба да се третираат со екстремна претпазливост“ (§ 76).

142. Во врска со последното тврдење на Владата, Судот е на мислење дека двете причини кои лежат во основа на правилото за единствен или одлучувачки кои беа зацртани во пресудата *Doorson* остануваат на важност. За првото, Судот не најде причина да отстапи од својот наод во *Kostovski*, дека обвинувачки докази против еден обвинет можат лесно да бидат „намерно неистинити или просто грешни“. Згора на тоа, изјави на сведоци дадени без заклетва кои не можат да се испрашаат често се чинат уверливи и непобитни и, како што посочи Апелациониот судија Sedley, е „заведувачки лесно“ да се заклучи дека не може да има одговор на случајот против обвинетиот (види став 115 погоре). Искуствата покажуваат дека веродостојноста на доказите, вклучувајќи доказ кој се чини несоборлив и уверлив, може да изгледа мошне различна кога ќе се подвргне на длабоко испитување. Опасностите својствени за дозволувањето на изведување

на непроверен доказ по слушање се уште поголеми ако тој доказ е единствениот или одлучувачкиот доказ против обвинетиот. Што се однесува на втората причина, обвинетиот не смее да се стави во ситуација каде е ефективно лишен од вистинска шанса да се одбрани така што нема да биде во состојба да го оспори случајот против себе. Судската постапка мора да осигура дека правата по Член 6 на обвинетиот не се неприфатливо ограничени дека тој или таа ќе бидат и понатаму во состојба ефективно да учествуваат во постапката (види *T. против Обединетото Кралство* [ГСС], бр. 24724/94, § 83, 16 декември 1999; *Stanford против Обединетото Кралство*, 23 февруари 1994, § 26, Серија А бр. 282-А). Оценката на Судот за тоа дали кривично судење било праведно не може да зависи единствено од тоа дали доказите против обвинетиот се чинат *prima facie* веродостојни, ако нема начини тие докази да се оспорат откако ќе се допуштат.

143. Од овие причини, Судот постојано го оценува импактот што неможноста на обвинетиот да го испраша сведокотго имала врз севкупната праведност на неговото судење. Отсекогаш сметал за неопходно да се испита значењето на непроверените докази за да се утврди дали правата на обвинетиот биле неприфатливо ограничени (види, како поодамнешни примери, *Unterpertinger*, цитирано погоре; и *Bricmont против Белгија*, 7 јули 1989, Серија А бр. 158 и, поскорешни, *Kornev и Karpenko против Украина*, бр. 17444/04, §§ 54-57, 21 октомври 2010; *Saka против Албанија*, бр. 44023/02, §§ 112-116, 8 декември 2009; *Guilloury против Франција*, бр. 62236/00, §§ 57-62, 22 јуни 2006; и *A.M., Krasniki, Lucà, и Saïdi*, сите цитирани погоре).

Комисијата го следеше истиот пристап во своето прецедентно право (види, меѓу најраните случаи на Комисијата, *X. против Австрија*, бр. 4428/70, одлука од 1 јуни 1972, Збирка 40, стр. 1; *X. против Белгија*, бр. 8417/78, одлука од 4 мај 1979, D R. 16, стр. 205; *X. против Сојузна Република Германија*, бр. 8414/78, одлука од 4 јули 1979, DR. 17, стр. 231; и *C. против Сојузна Република Германија*, бр. 8945/80, одлука од 13 декември 1983, D R. 39, стр. 43).

Но, воедно, Судот секогаш го толкувал Член 6 § 3 во контекст на сеопфатното испитување на праведноста на постапката. (види, како неодамнешен меродавен пример, *Salduz против Турција* [ГСС], бр. 36391/02, § 50, 27 ноември 2008).

144. Традиционално, при испитување на тужбите согласно Член 6 § 1, Судот ги спроведе своите испитувања на севкупната праведност на постапки земајќи ги предвид факторите како што се начинот на кој се применети законските заштитни мерки, степенот до кој на одбраната и биле дадени процедурални можности да им се спротивстави на хендикепите под кои работела, и начинот на кој постапката како целина се водела од судечкиот судија (види, на пример, *John Murray против Обединетото Кралство*, цитирано погоре).

145. Исто така, во случаи кои се однесуваат на ускратување на докази од одбраната заради заштита на полициски извори, Судот им остава на домашните судови да одлучат дали правата на одбраната треба да отстапат пред јавниот интерес и се ограничува на верификување дали постапките кои ги следат судските власти претставуваат доволна противтежа на ограничувања наметнати на одбраната преку соодветни заштитни мерки. Фактот што определени докази не и се ставени на увид на одбраната не се сметаше дека автоматски води кон повреда на Член 6 § 1 (види, на пример, *Rowe и Davis против Обединетото Кралство* [ГСС], бр. 28901/95, ЕЧР 2000-II). Слично, во случајот *Salduz*, цитиран погоре, § 50, Судот повтори дека правото на правна помош, зацртано во Член 6 § 3 (c) е еден од елементите на концептот на праведно судење во кривичната постапка содржани во Член 6 § 1.

146. Судот е на мислење дека правилото за единствен или одлучувачки треба да се применува на сличен начин. Не би било коректно, кога се прегледуваат прашања на праведност, да се примени ова правило на нефлексибилен начин. Ниту би било коректно Судот целосно да ги игнорира спецификите на определениот засегнат правен систем и, особено неговите правила за докази, без оглед на судиски мислења кои можеби поинаку сугерирале (види, на пример, *Lusa*, цитирано погоре, во § 40). Така да се стори би го трансформирало правилото во тап и неселективен инструмент кој делува спротивно на традиционалниот начин на кој што Судот му пристапува на прашањето на генералната праведност на постапката, имено да се одмерат на вага конкурентските интереси на одбраната, жртвата, и сведоците, и јавниот интерес за ефективно правосудство.

(в) Општ заклучок за правилото за единствен или одлучувачки

147. Судот таму заклучува дека, во случај каде изјава по слушање е единствен или одлучувачки доказ против обвинетиот, нејзиното допуштање како доказ нема автоматски да резултира со повреда на Член 6 § 1. Во исто време, доколку осуда е заснована единствено или одлучувачки на докази на отсутни сведоци, Судот мора да ја подвргне постапката на најсериозно испитување. Поради опасностите од допуштањето на такви докази, балансирањето на тасовите ќе претставува мошне важен фактор, да ги искористиме зборовите на Lord Mance во *R. против Davis* (види став 50 погоре), кој бара доволни противтежни фактори, вклучувајќи постоење на силни процедурални заштитни мерки. Прашањето во секој од случаите е дали доволни противтежни фактори се на место, вклучувајќи мерки кои дозволуваат одвивање на праведна и правилна оценка на веродостојноста на тие

докази. Ова ќе овозможи осудата да е заснована на такви докази само тие се доволно веродостојни со оглед на нивната важност во случајот.

(г) Процедурални заштитни мерки содржани во Законите од 1988 и 2003

148. Судот за тоа ќе ги испита противтежните мерки воспоставени во англиското право во релевантното време. Судот нагласува дека според одредбите од Законите од 1988 и 2003, отсуството на сведоци мора да биде оправдано и тие да спаѓаат во една од дефинираните категории (види дел 23 од Законот од 1988 година и дел 116 од Законот од 2003 во став 41 и 44 погоре). Која и да е причината за отсуство на некој сведок, допуштањето на изјава на сведок кој е не само отсутен туку и анонимен не е допустлива.

Згора на тоа, ако отсуството се должи на страв, според Законот од 2003, судечкиот судија може да даде дозвола само ако смета дека допуштањето на изјавата е во интерес на правдата и мора да одлучи дали можат да се воспостават специјални мерки за да му се овозможи на сведокот да даде сведочи во живо. Во таков случај, судечкиот судија мора да има обсири за тешкотиите со кои се соочува обвинетиот при оспорувањето на сведочењето ако оној кој ја дава изјавата не се повика.

149. Законот од 2003 воедно предвидува дека, без оглед која е причината за отсуството на сведокот, можат да се допуштат докази релевантни за кредибилитетот или конзистентноста на оној кој ја дава изјавата дури и ако доказите не би биле допустливи доколку сведокот лично сведочел. Судечкиот судија задржува дискрециско право да одбие да допушти изјава по слушање ако смета дека аргументите за нејзино исклучување значително превагнуваат над аргументите за нејзино допуштање. Од особено значење е барањето од Законот од 2003 дека судечкиот судија треба да ја прекине постапката ако смета по заклучувањето на претставувањето на случајот на обвинителството дека случајот проти вобвинетиот е заснован „целосно или делумно“ на изјава по слушање допуштена со Законот од 2003, под услов тој или таа да смета дека изјавата во прашање е толку неуверлива што, имајќи ја предвид нејзината важност за случајот против обвинетиот, осудата би била несигурно заснована.

150. Судот воедно забележува дека, покрај заштитните мерки содржани во секој од Законите, дел 78 од Законот за полиција и кривични докази од 1984 предвидува општо дискрециско право за исклучување на доказ ако неговото допуштање има такви неповолни последици за праведноста на судењето што не треба да биде допуштен. На крај, обичајното право бара судечкиот судија да и даде на поротата

традиционални упатства за товарот на докажување, и да ги насочи кон опасностите од потпирање на изјава по слушање.

151. Судот смета дека заштитните мерки содржани во Законите од 1988 и 2003, поддржани од оние содржани во дел 78 од Законот за полиција и кривични докази и во обичајното право, се, во начело, силни заштитни мерки осмислени заради осигурување на праведност. Останува да се испита како овие заштитни мерки биле применети во конкретните случаи.

4. Конкретните случаи

152. При освртот врз конкретните случаи, Судот започнува со забелешката дека, во текот на расправата пред Големиот судски совет, на страните им беше поставено прашање дали се прифаќа дека сведочењето на СТ беше единствениот или одлучувачкиот доказ во однос на Г-дин Al-Khawaja и дека сведочењето на Т беше единствениот или одлучувачкиот доказ во однос на Г-дин Tahery. Во одговорот на тоа прашање, Владата отстапи од позицијата која ја имаше заземено пред Советот и предочи дека ниту сведочењето на СТ ниту сведочењето на Т не беше единствено или одлучувачко (види став 104 и 105 погоре). Судот затоа ќе разгледа три прашања во секој од случаите: прво, дали беше неопходно да се допуштат изјавите на сведоците СТ или Т; второ, дали нивните непроверени докази беа единствената или одлучувачката основа за осудата на обата жалител; и трето, дали имаше доволни противтежни фактори вклучувајќи силни процедурални заштитни мерки за да се осигури дека секое од судењата, гледани како целина беше праведно во смисла на Член 6 §§ 1 и 3(d).

(а) Случајот Al-Khawaja

153. Судот забележува дека не е спорно дека смртта на СТ направи неопходно да се допушти нејзиното сведочење за нејзиниот доказ воопшто да може да се земе предвид.

154. Без оглед на предочувањето на Владата дека изјавата на СТ не била единствен или одлучувачки бидејќи имало други докази кои ја поткрепувале, Судот забележа дека судијата кој ја допуштил изјавата на СТ бил во добра позиција да ја евалуира нејзината важност. Тој беше сосема јасен кога забележа „нема изјава, нема точка еден“ (види став 13 погоре). Не е на Судот, толку оддалечен од судската постапка, да и противречи на таквата евалуација. Судот е затоа принуден да заклучи дека изјавата на СТ била одлучувачка.

155. Сепак, како што посочи Судот (види став 147 погоре) допуштањето на изјавата како доказ не може да се смета за

одлучувачко во однос на неправедноста на судењето, но како мошне важен фактор кој треба да се одмери наспроти процедуралните заштитни мерки забележени погоре и другите противтежни фактори присутни во случајот.

156. Интересот на правдата беше очигледно во корист на допуштање на изјавата на СТ како доказ, која беше забележена од полицијата во правилен облик. Веродостојноста на доказите беше поткрепена од фактот што СТ им се пожалила и на две пријателки, БФ и СХ, веднаш по односните настани, и дека имало само мали недоследности меѓу нејзината изјава и приказот кој им го дала на двете пријателки, при што обете сведочеа на судењето. Најважно, имаше многу сличности меѓу описот на СТ на наводниот напад и оној на вториот обвинувач, ВУ, без докази за било каков дослук меѓу нив. Во случај на полов напад на доктор врз пациент, кој се случил за време на приватна консултација каде биле присутни само тој и жртвата, тешко е да се замислат посилни поткрепувачки докази, особено ако сите други сведоци се повикани да дадат докази на судењето и нивната веродостојност е проверена со вкрстено испрашување.

157. Точно е дека Апелацискиот суд утврдил дека упатствата на судијата до поротата биле недоволни. Но, Апелацискиот суд воедно смета дека на поротата мора да и било јасно од упатствата дека, како последица на неможноста на жалителот за вкрстено испрашување на СТ и фактот што тие не биле во состојба да ја видат и слушнат, нејзината изјава треба да носи помала тежина кај нив (види став 22 погоре). Земајќи ги предвид овие упатства, и доказите понудени од обвинителството во поддршка на изјавата на СТ, Судот смета дека поротата беше во состојба да спроведе праведна и правилна оценка на веродостојностана наводите на СТ против првиот жалител.

158. Врз оваа основа, и разгледувајќи ја праведноста на постапката како целина, Судот смета дека, без оглед на тешкотиите што допуштањето на изјавата и со тоа поврзаните опасности и го причинија на одбраната, има доволно противтежни фактори за да се заклучи дека допуштањето на изјавата на СТ како докази не резултираше со повреда на Член 6 § 1 прочитан во врска со Член 6 § 3 (d) од Конвенцијата.

(б) Случајот Tahery

159. Судот смета дека се направени соодветни испитувања заради утврдување дали имало објективни причини за стравот на Т. Судечкиот судија слушна доказии од Т и од полицаецот во однос на тој страв. Судечкиот судија беше воедно уверен дека специјални мерки, како што е сведочење зад екран, нема да го намалат стравот на Т. Иако идентитетот на Т како давател на инкриминирачката изјава беше објавен, заклучокот на судечкиот судија дека Т е вистински уплашен

од усно сведочење и не беше подготвен тоа да го стори дури и ако во судската постапка се воведат специјални мерки, пружа доволно оправдување за допуштањето на изјавата на Т.

160. Судот забележува дека кога оние присутни на местото на прободувањето биле првично интервјуирани, никој не тврдел дека видел како жалителот го прободува С, и самиот С не видел кој го пробол, иако во почетокот тој претпоставил дека тоа бил вториот жалител. Т ја даде својата изјава со која го имплицира жалителот два дена по настанот. Тој беше единствениот сведок кој тврдеше дека го видел прободувањето. Неговото непоткрепено сведочење како очевидец беше, од таа причина, ако не единствениот, барем одлучувачкиот доказ против жалителот. Беше очигледно доказ со голема тежина, и без него шансите за осуда значително ќе се намалеа. Иако сведочењето може било кохерентно и уверливо на изглед, не може да се каже дека припаѓа на категоријата на докази кои можат да се опишат како „доказли во веродостојни“, како што се изјава на умирање или други примери наведени од Апелациониот суд и Врховниот суд во нивните пресуди во *Horncastle и други* (види став 53 и 60 погоре).

161. Таквите непроверени докази превагнуваат во одмерувањето и бараат доволни противтежни фактори за да надоместат за последичните тешкотии причинети на одбраната со нивното допуштање. Владата се потпира на два главни противтежни фактори: факт дека судечкиот судија заклучил дека не би била причинета неправедност со допуштањето на изјавата на Т бидејќи жалителот бил во состојба да ја оспори или побие изјавата со тоа што самиот ќе сведочи или ќе ги повика другите сведоци кои биле присутни, од кои еден бил неговиот чичко; и предупредувањето што и го дал судечкиот судија на поротата дека е неопходно да му се пристапи на доказот даден од отсутниот сведок со претпазливост.

162. Но, Судот смета дека ниту еден од овие фактори, без оглед дали се зема сам по себе или во комбинација, не претставува доволна противтежа за хендикепот со кој била обременета одбраната. Дури и да сведочел одрекувајќи го обвинението, жалителот не бил, се разбира, во состојба да ја провери вистинитоста и веродостојноста на доказот на Т по пат на вкрстено испрашување. Факт е дека Т бил единствениот сведок кој бил очигледно расположен или способен да каже што видел. Одбраната не беше во можност да повика било кој друг сведок да му противречи на сведочењето дадено во изјава по слушање.

163. Друг доказ беше тој даден од жртвата С, кој не знаеше кој го пробол, иако во почетокот претпоставувал дека тоа е жалителот. Неговиот доказ беше по природа заснован на индиции и во голема мерка неоспорен од жалителот. Тој сведочеше за тепачката и постапката на жалителот по прободувањето (види став 32 погоре).

Иако овие докази потврдија некои детали од сведочењето на Т, во најдобар случај дадоа само индиректна поддршка за тврдењето на Т дека жалителот е тој кој го пробол С.

164. Точно е дека упатствата во резимето на судијата до поротата беше целосно и добро срочено, обрнувајќи внимание на опасностите од потпирање на непроверени докази. Но, Судот не смета дека такво предупредување, без оглед колку е јасно или силно изразено, може да претставува доволна противтежа каде непроверена изјава на единствениот очевидец на обвинителството е единствениот директен доказ против жалителот.

165. Судот затоа смета дека одлучувачката природа на изјавата на Т во отсуство на било кој друг поткрепувачки доказ вослучајот значеше дека поротата во овој случај не беше во состојба да спроведе праведна и правилна оценка на веродостојноста на доказот на Т. Испитувајќи ја праведноста на постапката во целина, Судот заклучува дека немало доволно противтежни фактори да се компензира за тешкотиите по одбраната кои произлегле од допуштањето на изјавата на Т. Затоа, утврдува дека имало повредана Член 6 § 1 прочитан во врска со Член 6 § 3 (d) од Конвенцијата во однос на Г-дин Tahery.

II. ПРИМЕНА НА ЧЛЕН 41 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

166. Член 41 од Конвенцијата предвидува:

„Доколку Судот утврди дека настанала повреда на Конвенцијата или Протоколите кон истата, и ако внатрешното право на Високата договорна страна дозволува само делумна репарација, Судот, доколку е неопходно, ќе и додели праведна сатисфакција на оштетената страна.“

167. Бидејќи не е утврдена повреда во однос на првиот жалител, праведна сатисфакција треба да се разгледа само во однос на вториот жалител.

A. Оштета

168. Вториот жалител тврдеше во својот поднесок дека, за разлика од мнозинството случаи по Член 6, може правилно да се каже дека неговата осуда за односното дело и неговата последователна казна затвор не ќе се случеа да не беше повредата. Врз основа на дополнителното време поминато во затвор и во однос на споредливи надоместоци за противправно затворање, вториот жалител побара ГБП 65.000 (околу ЕУР 83.830). Владата тврдеше во своите поднесоци дека нема каузална врска меѓу наводната повреда и осудата на жалителот,

дека домашното прецедентно право е од ограничена релевантност и дека секое утврдување на повреда претставува доволна праведна сатисфакција. Како алтернатива, би бил соодветен многу понизок износ, како што се ЕУР 6.000 доделени во *Visser против Холандија*, бр. 26668/95, § 56, 14 февруари 2002.

169. Во својата пресуда, Советот прифати дека домашното прецедентно право е од ограничена релевантност за прашањето на непарична оштета во постапката пред себе. Но, утврди дека кривичната постапка против жалителот, барем во однос на обвинението засновано на изјавата на Т, не беше спроведено во согласност со Конвенцијата и дека жалителот недвојбено претрпел определен степен на болка и страв како последица. Додели износ од ЕУР 6,000 во вид на надомест за непарична оштета.

170. Големиот судски совет не гледа причина да отстапи од оценката на Советот и во согласност со тоа го доделува истиот износ ЕУР 6,000.

Б. Трошоци и расходи

171. Пред Советот, вториот жалител бараше вкупно GBP 7.995 за трошоци и расходи, што е околу ЕУР 9.079. Ова се состои од GBP 5.571,47 (вклучувајќи ДДВ) за апроксимативно четириесет и пет часовен ангажман на Г-ѓа Trowler, што вклучува присуство на расправата на Советот и време поминато во пат до Стразбур. Трошоците и расходите на адвокатите изнесуваа GBP 2.423,56 (вклучувајќи ДДВ) што покрива трошоци од GBP 1.734,16 за апроксимативно петнаесет часовен ангажман и GBP 689,40 за расходи.

172. Пред Големиот судски совет, вториот жалител бараше вкупно GBP 3.614,82 во однос на трошоците и расходите на адвокатот, што ја покри постапката пред Советот и Големиот судски совет. Тој воедно побара дополнителни GBP 3.643 (вклучувајќи ДДВ) за понатамошен триесет и седум часовен ангажман на Г-ѓа Trowler. Ова вклучи седумнаесет часа за покривање на нејзиното очекувано присуство на расправата на Големиот судски совет времето за пат до Стразбур. Во случајот, таа не беше во состојба да присуствува на расправата.

173. Владата ги смета сатниците кои се наплатени за прекумерни.

174. Судот утврдува дека износите кои се побарани не се прекумерни во светлината на комплексноста на случајот. Оттаму, со исклучокна седумнаесет часовното присуство и времето за пат до расправата на Големиот судски совет (кои не се фактички настанати), останатиот дел на трошоците и расходите на вториот жалител треба да се покријат целосно. Затоа доделува ЕУР 13.150, вклучувајќи ДДВ, намалено за ЕУР 1.150 веќе доделени како правна помош од Советот

на Европа, кои треба да се конвертираат во стерлинг фунти на денот на извршување.

В. Затезна камата

175. Судот смета дека е соодветно затезната камата да се заснова на граничната активна каматна стапка на Европската централна банка, на што треба да се додадат три процентни поени.

ОД ОВИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ

1. *Утврдува*, со петнаесет гласа на против два, дека немало повредана Член 6 § 1 прочитан во врска со Член 6 § 3(d) од Конвенцијата во однос на Г-дин Al-Khawaja;
2. *Утврдува*, едногласно, дека имало повредана Член 6 § 1 прочитан во врска со Член 6 § 3(d) од Конвенцијата во однос на Г-дин Tahery;
3. *Утврдува*, едногласно,
 - (а) дека Државата респондент треба да му ги плати на вториот жалител, Г-дин Tahery, во рок од три месеци, следниве износи, кои треба да се конвертираат во стерлинг фунти по стапката применлива на датумот на извршувањето:
 - (i) ЕУР 6.000 (шест илјади евра), плус сите давачки кои можат да се наметнат, во однос на непарична оштета;
 - (ii) ЕУР 12.000 (дванаесет илјади евра), плус сите давачки кои можат да се наметнат, во однос на трошоците и расходите;
 - (б) дека од истекот на горенаведените три месеци до извршувањето ќе се пресмета основна камата на горните износи по стапка еднаква на граничната активна каматна стапка на Европската централна банка за време на казниот период плус три процентни поени;
4. *Го отфрла*, едногласно, остатокот на барањето на жалителите за правичен надоместок.

Подготвено на англиски и француски, и доставено на јавна расправа во Зградата на човекови права, Стразбур, на 15 декември 2011 година.

Michael O'Boyle,
заменик на секретарот

Françoise Tulkens,
претседател

Во согласност со Член 45 § 2 од Конвенцијата и Правилото 74 § 2 од Судскиот деловник, следниве издвоени мислења се приложени кон оваа пресуда:

- (a) Согласно мислење на Судија Bratza;
- (б) Заедничко делумно согласно и делумно издвоено мислење на Судиите Karakaş и Sajó.

Ф.Т.
М.О.Б.

СОГЛАСНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈА BRATZA

1. Во својата пресуда во случајот *R. против Horncastle и други*, со која се согласија другите членови на Врховниот суд, Lord Phillips одби да ја примени „проверката за единствен или одлучувачки“ на овој Суд наместо одредбите од Кривичниот кодекс од 2003 година. Тие одредби, според него, ја постигаат правата рамнотежа меѓу императивот судењето да биде праведно и интересите на жртвите посебно и на општеството општо криминалецот да не смее да биде имун од осуда, ако сведок, кој дал клучни докази во изјава за која може да се покаже дека била веродостојна, починал или не можел да биде повикан да даде доказ од некоја друга причина. Наведувајќи дека, при доаѓањето до овој став, водел внимателно сметка за јуриспруденцијата на Судот, Lord Phillips заклучил изразувајќи надеж дека „со тек на времето Судот во Стразбур може исто така да обрне внимание на причините кои ме довеле до тоа да не ја применим проверката за единствен или одлучувачки во овој случај“ (пресуда *Horncastle*, § 108).

2. Овој случај презентира, според мене, добар пример за судскиот дијалог меѓу националните судови и Европскиот суд околу примената на Конвенцијата на кој укажуваше Lord Phillips. Случајот *Horncastle* беше одлучен од страна на Врховниот суд по донесувањето на пресудата на Големиот судски совет во конкретниов случај, во што учествував и јас, и делумно, со цел да овозможи да се испитаат критиките на таа пресуда, Панелот на Големиот судски совет го прифати барањето на Владата респондент да го упати случајот до Големиот судски совет.

3. Како национален судија во случај поднесен против Обединетото Кралство, имав непријатна должност согласно Конвенцијата да седам и да гласам повторно во Големиот судски совет. Пресудата на Големиот судски совет, со која јас се согласувам, не само што ги зема предвид ставовите на Врховниот суд за проверката за единствен или одлучувачки и нејзината примена од страна на Советот, туку и ги преиспитува заштитните мерки од Законот од 2003 (и неговиот претходник, Кривичниот законик од 1998) кои имаат за цел да осигурат праведност на едно кривично судење каде е допуштен доказ по слушање. Иако, како што е очигледно од пресудата, Судот не беше во состојба да ги прифати сите критики на проверката, го третираше она што се чини е еден од централните проблеми идентификувани од Врховниот суд, имено нефлексибилната примена на проверката или правилото, како што се одразени во пресудата на Советот *Lusa против Италија*, со која осуда заснована единствено или до одлучувачки степен врз изјава на отсутен сведок се смета за некомпатибилна со барањата за праведност во Член 6, без оглед на било какви

противтежни процедурални заштитни мерки во рамки на националните систем. Го споделувам мислењето на мнозинството дека да се примени правилото нефлексибилно, игнорирајќи ги спецификите на особениот засегнат правен систем, би било спротивно на традиционалниот начин на кој Судот, во други контексти, му пристапувал на прашањето на општата праведност на кривичната постапка. Иако, како што Судот сега смета, при оценувањето на праведноста на постапката, фактот што осудата е заснована единствено или до одлучувачки степен на изјава на отсутен сведок е мошне важен фактор за одмерување на балансот и бара силни противтежни фактори, вклучувајќи и постоење на ефективни процедурални заштитни мерки, тоа не треба автоматски да резултира со повреда на Член 6 § 1 од Конвенцијата.

4. Откако ги преиспитав двата случаи во контекст на овие начела, се согласувам со мнозинството дека, спротивно на мојот првичен став во Советот, Член 6 § 1 не бил повреден во случајот *Al-Khawaja* но дека настанала повреда на тој Член во случајот *Tahery*.

ЗАЕДНИЧКО ДЕЛУМНО ИЗДВОЕНО И ДЕЛУМНО СОГЛАСНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИИТЕ SAJÓ И KARAKAŞ

Повикани бевме од Врховниот судна Обединетото Кралство (*R против Horncastle и други* [2009] UKSC 14) да ги разјасниме начелата зад правилото за исклучување во случаи каде доказ по слушање е единствен или одлучувачки доказ. Таквите барања, кои одразуваат искрена загриженост за и очигледни недоследности во нашето прецедентно право, заслужуваат соодветно разгледување за да се овозможи одржување на *bona fide* дијалог¹.

Очигледно, прашањето кое треба да се разјасни е следново. Ако осуда е заснована исклучиво или во одлучувачки степен на искази кои се дадени од лице кое обвинетиот немал прилика да го испраша или некој друг да го испраша, било за време на истрагата или на судењето, генерално се смета дека правата на одбраната биле ограничени до степен кој е некомпатибилен со гаранциите пружени во Член 6 (таканареченото „правило за единствен или одлучувачки“). Прашањето е дали ова правило треба да се смета за апсолутно правило чија повреда автоматски води кон утврдување дека постапката не била праведна, со повреда на Член 6 § 1 од Конвенцијата (види став 119 од пресудата). Но има и уште поважно прашање кое е засегнато, имено односот меѓу фундаменталните човекови права на обвинетиот и легитимниот интерес на општеството за санкционирање – по едно праведно судење. (Праведност воедно подразбира невините да не се казнуваат.) Всушност, прашањето е до кој степен правото на праведно судење, кој претставува институционална задача и предмет на постигање на праведна рамнотежа меѓу спротивставените интереси на обвинетиот и правосудството, може да ги апсорбира или поткопа

¹ Се согласуваме со Врховниот суд дека можеби се дадени недоволни упатства во врска со концептот на „одлучувачки докази“. Овој недостаток е делумно резултат на пристапот заснован на специфичен случај во јуриспруденцијата на овој Суд, која има за цел да го почитува националниот законодавствен и судски суверенитет, и делумно се должи на претпоставката дека таквите дефиниции најдобро се развиваат во контекст на националниот правен систем. Овој пристап е во согласност со начелото на супсидијарност. Со намера да одговориме на барањето, оваа пресуда пружа дефиниција. Според наше мислење за „одлучувачки“ доказ разумно се смета оној доказ без кој обвинителните органи не би можеле да покренат случај. Повисок стандард веројатно би ја вратил апсолутната забрана за доказ по слушање. Понизок стандард повикува на злоупотреба. Згора на тоа, ако сведочењето е такво да без него не би можело да има ни обвинение, а камоли осуда, пропустот да се овозможи прилика за вкрстено испрашување на сведокот ја ограничува одбраната во поголема мерка одошто во случаи каде други докази независно ја поткрепуваат осудата. Проверката за единствен или одлучувачки овде функционира како заштита на Член 6 § 3 (d), за да се гарантира дека исклучокот нема да го поткопа начелото и дека секоја осуда која ќе произлезе не зависи во краен случај или исклучиво од доказ по слушање.

специфичните индивидуални права кои се дефинираат во Конвенцијата со апсолутни и категорични формулации.

За да се разјаснат начелата во овој случај, неопходно е да се почне од изричитата заштита на правата на одбраната според Член 6 §§ 1 и 3 (d).

Треба да се нагласи дека Член 6 §§ 1 и 3 (d) егзистира во контекст на вродената нерамнотежа на моќ меѓу обвинетиот и Државата. Силата двигател зад Член 6 е премисата дека интересот на правдата нема правилно да го заштити обвинетиот од опасноста од неправедно судење и неправилна осуда. Бидејќи обвинителската власт е подложна на злоупотреба како и на бирократски притисок да издвои и да казни починител, одбраната не треба непримерно да е попречена во оспорување на наводите на Државата. Понекогаш се вели дека правата на обвинетите мораат да се „балансираат“ наспроти јавниот интерес при делењето правда, а особено наспроти правата на жртвите и сведоците согласно Конвенцијата. Но заштитата на правата на одбраната, вклучувајќи го правото да ги испрашува сведоците на спротивставената страна, е веќе вградено како фундаментално за праведно судење при делењето правда, пред таквите размисли. Кога Конвенцијата ги издвои правата од став 3, тоа значеше дека овие основни права на одбраната се неопходни како противтежа на доминантната моќ на обвинителството, во интерес на праведноста. Да се балансираат овие права по втор пат против интересот на правосудството, како што се обиде тоа да го стори Владата во *Al-Khawaja* и *Tahery*, значи да им се даде на обвинителството и интересот на правосудството (имено да се казни) очигледна предност. Овој Суд никогаш не сметал дека „Член 6(3)(d) е едноставно илустрација на прашања кои треба да се земат предвид при разгледување дали е одржано праведно судење“, како што тврди Waller LJ, во прегледот на прецедентното право на Стразбур во *R против Sellick* [2005] EWCA Crim 651, цитирано во *Horncastle*, став 79².

Пресудата (став 143) го наведува следново: „Во исто време, Судотот секогаш го толкува Член 6 § 3 во контекст на сеопфатно испитување на праведноста на една постапка (види, од неодамна меродавен став, *Salduz против Турција* [ГСС], бр. 36391/02, § 50, 27 ноември 2008)“ (нагласувањето е додадено). Поимот „сеопфатно испитување“ е нов во контекстот на Член 6. Точно е дека Судот доследно го оценува импактот што го има неможноста на обвинетиот да го испраша сведокот врз сеопфатната праведност на неговото судење. Всушност, Судот признава дека дури и ако се ограничи некој елементна специфично именувано право на одбраната, тоа може да се врати во рамнотежа и да се постигне праведност на судењето. Но при примена

²*Travaux preparatoires* посочува дека таму став 1 и став 3 се разгледани одвоено.

на холистичкиот пристап (сега претставен како „сеопфатно испитување“) за да се утврди праведноста на судењето, овој Суд никогаш не изјавил дека праведност може сè уште да се постигне ако едно од фундаменталните права е лишено од својата суштина. Во однос на правото на вкрстено испрашување сведоци и со него поврзаното начело на еднаквост на оружје, Судот систематски и доследно зацрта светла линија, која никогаш не ја напушти, во вид на правилото за единствен или одлучувачки. Денес, оваа последна линија на заштита на правото на одбрана се напушта во име на сеопфатно испитување на праведноста.

Во светлината на нашето прецедентно право не може да се порекне дека правата набројани во Член 6 § 3 се предмет на толкување во контекст на концептот на праведно судење. Упатуваме во врска со ова на *Salduz* (види став 143 од пресудата). Но разликите во логичната подлошка во *Salduz*, која следи долг низ случаи, се мошне информативни. Поимот „сеопфатно испитување“ отсуствува забележително. Судот утврди повреда „на Член 6 § 3 (c) од Конвенцијата во врска со Член 6 § 1.“³ “Се разбира, самата терминологија не кажува многу, но промената во терминологијата е мошне поучна.

Она што беше релевантно во *Salduz* (и е применливо *mutatis mutandis* во конкретниов случај, со оглед на структурната сличност на правата од Член 6 § 3 (c) и (d)) за природата наодносот кој се разгледува е следново: потпирањето на Член 6 § 1 во толкувањето на правото на адвокат е диктирано од потребата за екстензивно толкување на специфичното засегнато право. Конвенцијата дава право на правна помош за одбрана на лицето (правото да „се брани сам“); не вели во која фаза на постапката се доделува ова право. Може да се тврди дека е ограничено на фазата на судење. Но, Судот не ја прифати таа тесна изведба, и го толкуваше правото на адвокат во смисла на неговите последици за праведно судење, и го прошири нејзиниот опфат. Ниту во *Salduz* ниту било каде на друго место Судот не тврдел дека праведно судење ги апсорбира специфичните права на броени во Член 6 § 3.

Несомнено, има низа случаи во нашата јуриспруденција во кои правата наброени во Член 6 § 3, вклучувајќи го правото да испрашува сведоци, биле толкувани рестриктивно и таму каде за барањето за праведно судење било утврдено дека сепак биле задоволени. Член 6 § 1 секогаш се користел како резервна позиција; утврдено е дека

³ Некои од согласните мислења го користат изразот „Член 6 § 3 (c), прочитан во врска со Член 6 § 1“.

Друга стандардна формула која се користи е: „Бидејќи барањата на Член 6 § 3 се сметаат за особени аспекти на правото на праведно судење гарантирано со Член 6 § 1, Судот ќе ја разгледа тужбата според Член 6 §§ 1 и 3 (d) заедно“ (види *Gossa против Полска*, бр. 47986/99, § 51, 9 јануари 2007).

рестрикцијата не била фатална за праведноста на судењето ако до извесен степен постоела противтежа, барем во теорија. Се утврдило дека рестрикциите била диктирани од практичните потреби за ефективна истрага и судење (потребите на правосудството) или од конфликт со правата од Конвенцијата на други лица (на пример, каде морало да се заштити правото на сведокот на живот). Во сите овие случаи се барале дополнителни заштитни мерки, и суштината на правото на вкрстено испрашување во смисла на еднаквост на оружје се смета дека секогаш се почитувала (како во случајот на „посебен адвокат“, или каде се применувале посебни техники за соочување заради заштита на вулнерабилни сведоци).

Прецедентното право на овој Суд поддржува четири предлога кои се однесуваат на правата на одбраната во контекст на праведно судење. Прво, тие права се засноваат врз начелата на еднаквост на оружје и контрадикторна постапка, кои бараат одбраната да не биде онеправдана во однос на обвинителството, и кривично обвинетиот да може да ги провери доказите кои се основа на неговата осуда. Второ, иако се дозволува извесна дерогација во однос на овие права, таа мора да биде оправдана и да има доволна противтежа со процедурални заштитни мерки. Трето, степенот на штета за одбраната е фактор при утврдувањето дали судењето како целина било праведно. На крај, во случаи каде изјави од сведоци кои одбраната немала можност да ги испраша пред или на судењето се основа за осудата на одлучувачки начин, штетата е од таков степен што претставува сама по себе повреда на Член 6, која никакви процедурални заштитни мерки не можат ефективно да ја урамнотежат. Токму четвртиот предлог стана познат како правило за единствен или одлучувачки. Но, како што предлагаме подолу, можеби е поразумно да ги разбереме вториот, третиот и четвртиот предлог заедно, во смисла дека создаваат тесен исклучок за забраната за доказ по слушање. Повторно, останува на Државите да утврдат каков вид на доказ е допустлив, а Судот никогаш не наметнал бланко забрана во тој поглед. Но очигледно е во светлината на неговото прецедентно право дека доказот по слушање останува проблематичен извор на докази кој бара посебна претпазливост поради општата неможност да се провери веродостојноста на изјави по слушање. Како што Судот формулираше: „Опасностите својствени на таквата ситуација се очигледни“ (види *Kostovski против Холандија*, 20 ноември 1989, § 42, Серија А бр. 166). Иако Судот бара „екстремна“ грижа во третирањето на непроверени докази, во реалноста доказите или се користат или не⁴.

⁴ Види ја критиката на Stefan Trechsel во *Human Rights in Criminal Proceedings*, OUP, 2005, 313.

Конвенцијата не ги набројува основите за ограничување на правата на одбраната. Наместо тоа, таа често се толкува дека ги издвојува овие права за заштита во контекст на осигурување на праведно судење, дека се суштински за праведноста. Таму каде се појавуваат практични тешкотии, мерките преземени за нивно лекување треба да се оценат така што ќе се утврди дали правата биле адекватно заштитени, не дали други легитимни интереси превагнале над правата. Не смее да се дозволи интересите на обвинителството да превладеат само затоа што се јавуваат во облик на заштита на сведокот или потреба да се осуди обвинетиот (што се претставува како интерес на правдата).

Овој Судот повторуваше во своето претходно прецедентно право дека допустливоста на докази е прашање на националното право и дека задача на Судот е да одлучува не за тоа дали некој доказ бил коректно допуштен, туку за тоа дали постапката како целина била праведна (види *Kostovski*, цитирано погоре, § 39). За да ја утврди праведноста на судењето, Судот мора сепак да го оцени, *inter alia*, начинот како се давале доказите за одбраната и обвинителството. Во начело, Член 6 § 3 (d) бара изјави на сведоци да се даваат на јавна расправа во присуство на обвинетиот со цел контрадикторно докажување. Во отсуство на соочување на судењето, може да биде доволно испрашување во пред расправната фаза (види *Kostovski*, цитирано погоре, § 39). Загриженост околу Член 6 § 3 (d) ќе се појави пред сè во сите случаи како што се *Al-Khawaja u Tahery*, каде на одбраната не и беше овозможено да ги испрашува клучните сведоци ниту во пред расправната постапка ниту за време на судењето. Така, појдовна точка е дека на одбраната треба да и се даде можност да ја побие изјавата на сведокот на суд и, освен ако непобитни причини не наложуваат поинаку, во самиот суд каде се одвива судењето. Фактот што Судот нема да ги прегледа прашањата на допустливоста на доказите (освен за докази кои резултираат од повредана Член 3) не значи дека не е свесен за нивната проблематична природа.

Потребата од вкрстено испрашување е основана, особено ако сведочењето е клучно за обвинителството. Вредноста на сведочењето зависи од кредибилитетот на сведокот. Да се оспори тој кредибилитет бара сознание за идентитетот на сведокот. Личното држење е од голема важност, како и директниот впечаток на доказите врз судијата или поротата кои го водат случајот. Дури и искусни судиите можат по грешка да им дадат непримерна тежина на докази од сведоци кои одбраната не ги испрашала вкрстено. *A fortiori*, овие фактори се позначајни во систем на порота, со тоа што професионален судија е во подобра позиција од лаик да ги вреднува информациите добиени од или во присуство на друг судија кој спровел претходна расправа. Да се бара од членови на поротата да одмерат докази имајќи предвид дека не се проверени, бара многу поголема судска компетенција одошто да се

бара од судии да пресудат за допустливост имајќи ја предвид потенцијалната вредност на доказите за случајот на обвинителството. Заради усогласеност со Член 6 § 3 (d), посебно внимание може да биде неопходно за да се осигури дека непроверен доказ нема да дојде пред поротата, ако е веројатно дека тој доказ самиот ќе го реши случајот. Во овој контекст, овој Суд мора да праша: (а) дали доволно внимание се посветува во англискиот и велшкиот правен систем во контекст на конкретните случаи; или (б) дали ризиците поврзани со инаку внимателно врамномтеженото допуштање на доказ по слушање како единствен или одлучувачки доказ се такви, што ги загрозуваат правата на одбраната и со тоа и праведноста на судењето до степен кој ја поткопува ефективната заштита на човековите права?

Парадигматската неправда на која и е неопходна силната заштита која ја дава Член 6 § 3 (d) е кривична осуда заснована (одлучувачки) врз доказ по слушање. Прашањето тогаш не може да биде, дали судот на друг начин утврдил дека непроверениот доказ е веродостоен. Претпазливото потсетување на Врховниот судија Scalia е поучно во овој поглед: „Да се откажеме од соочување бидејќи сведочењето е очигледно веродостојно е слично како и да се откажеме од судење пред порота бидејќи обвинетиот е очигледно виновен“ (види *Crawford против Вашингтон*, 541 U.C. 36, 62 (2004))⁵. Оценката на Владата за неоспорност и веродостојност во *Al-Khawaja* и *Tahery* е сомнителна од самата причина што средствата со кои се дошло до оваа оценка го ограничиле правото на одбраната да испраша клучни сведоци.

Штом ќе го признаеме односот во начело меѓу правата на одбраната и праведното судење, проверката за единствен или одлучувачки се чини дека е исклучок на целосната забрана за доказ по слушање предвидена со засебно правило. Како исклучок, треба да се толкува строго и тесно. Таму каде овој Суд претходно утврдил дека нема повреда на Член 6 § 3 (d), воедно го забележал постоењето на

⁵ Во својот поднесок до Големиот Совет Владата погрешно ја карактеризира одлуката во *Crawford* како апсолутистичка и анахрона. Посочувањето на Судијата Scalia кон загриженоста на Framers за судењето на Ser Walter Raleigh е, токму обратно, место каде ќе се најде начелото кое е во основа на пресудата. Иако е поизискателен од нашиот стандард, тешко може да се каже дека *Crawford* е апсолутистички. Правилото на исклучување на докази во САД (*заб. прев. ако тие се стекнати со нелегален претрес*) важи само кај сведочења и признава дека веќе имало познати исклучоци во време на основањето на Републиката (види *Davis v. Вашингтон*, 547 U.S. 813 (2003)). Недостапноста на сведокот и соодветната можност за вкрстено испрашување на сведокот, ако се земат заедно, ќе бидат доволни да се задоволи барањето за соочување согласно сегашните закони на САД. Во *Davis* и *Hammon*, два случаи на домашно насилство, Врховниот суд објасни дека „[и]зјави не се сведочење кога се дадени во текот на полициското испитување во услови кои објективно посочуваат дека примарната цел [на испитувањето] ... е да овозможи полициска помош при тековен итен случај,“ но дека тие „се сведочење ако околностите објективно посочуваат дека нема тековен итен случај, и дека примарната цел [на испитувањето] е да утврди или докаже минати настани кои се потенцијално релевантни за подоцнежното кривично обвинение“ (547 U.S., во 822).

потврдувачки докази кои можат да ја поткрепат осудата (види, на пример, *Ferrantelli u Santangelo против Италија*, 7 август 1996, § 52, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-111; *Doorson против Холандија*, цитирано погоре, § 72; и *Gossa против Полска*, бр. 47986/99, § 61, 9 јануари 2007).

Англиското право онака како што е применето во *Al-Khawaja* и *Tahery* се сведува на барање исклучок на она што веќе е исклучок. Прашањето пред Судот оттаму е, дали начелата кои лежат во основата на Член 6 §§ 1 и 3 (d) можат да го преживеат понатамошното ограничување. Владата тврди дека доказите во овие случаи биле веродостојни бидејќи, всушност, на системот на обичајно право може да му се верува да ја оцени веродостојноста без соочување и да ги заштити правата на одбраната независно од Конвенцијата. Вакво резонирање е неуверливо. Самата цел на Конвенцијата е да ги штити човековите права од повреда од Државата, што вклучува судство составено од испитувачи на фактите кои можат да згрешат, дури и да се професионални колку што е човечки возможно. Не е случајност што продолжува да преовладува недоверба во врска со неоспорени докази во системите на обичајно право. Ставовите на Комисијата на Ирска за реформи на правото се особено поучни: „Определени опасности се поврзуваат со дозволувањето докази од недостапни сведоци: тоа го поткопува правото на обвинетиот на праведно судењето и создава потенцијал за потфрлање на правдата и ... да се дозволат докази од уплашени и недостапни сведоци би го поткопало ова право. Комисијата забележува дека привремено препорачала судовите да задржат дискрециско право да го развиваат правилото за доказ по слушањеако за тоа постои неопходност“ (став 69-71). Опасностите од допуштање на доказ по слушање во контекст споредлив со *Al-Khawaja* го присили Врховниот суд на Канада да ја ограничи допустливоста на изјави на сведоци кои не можат да се оспоруваат во *R. против Khewalon* ([2006] 2 С.С.Р. 787). И, како што е претходно забележано, Соединетите Држави, кои имаат целосно функционален систем на обичајно право, применуваат построго барање за соочување од она воспоставено со Европската конвенција за човекови права. Најважно, Обединетото Кралство, како и други земји, ја ратификуваше Конвенцијата под претпоставката дека неговиот правен систем е во согласност со Конвенцијата. Во време на ратификацијата важечкото правило на обичајното право го забрануваше доказот по слушање⁶.

⁶ Види изјава на Lord Bingham: „Како што мојот благороден и учен пријател Lord Rodger од Earlsferry нафрли ... „оведувањето на член 6(3)(d) нема да додаде ништо важно во било кое барање на англискиот закон сведоците да сведочат во присуство на обвинетиот“ . Можно е (ова не беше продлабочено во аргументацијата) вклучувањето на член 6(3)(d), кој на обвинетиот му гарантира право да го испраша или некој друг да го испраша оној кој сведочи против него, да го одразува влијанието на британските преговарачи. Во секој

Популизмот, полицијата и обвинителствата ги подложуваат судовите ширум светот на притисок да ги занемарат фундаменталните заштитни мерки на кривичната постапка. Понекогаш барањата се легитимно засновани на практични тешкотии, но ова не е доволно добра причина да се занемари заштитата на правата на обвинетиот, кои се одлучувачки за едно праведно судење и праведно правосудство.

Бидејќи причините за отсуството или анонимноста на сведокот можат да бидат разновидни (на пример, смрт, заплашување на сведокот, вулнерабилноста на жртви на семејно злоставување или сексуално злоставување на деца), треба да избегнуваме да ги третираме случаите како да се сите исти. Заштитата на деца сведоци од понатамошни трауми, на пример, бара посебна претпазливост. Дури и во такви случаи треба да е возможно да му постават на сведокот парашања во име на одбраната за време на пред-расправата или прелиминарната истрага. Таквите сесии треба да се снимат на запис за да се осигури дека одбраната е во состојба да го оспори кредибилитетот на сведокот пред поротата (види, на пример, *C.N. против Шведска*, бр. 34209/96, § 52, ECHR 2002-V). Општо гледано, секаква рестрикција на правата на одбраната треба да се третира со екстремна претпазливост (види *C.N. против Шведска*, цитирано погоре, § 53). И овде, прифатливо решение беше посебен облик на проверка на доказот. Но доказот беше проверен и немаше потпирање на непроверено единствено или одлучувачко сведочење.

Во *Al-Khawaja* и *Tahery* не се обезбеди можност во пред-расправата за вкрстено испрашување на сведоците. Ниту беа наведени неикакви јасни интереси како оправдување за хендикепот на одбраната, освен секогаш присутните интереси за обезбедување на јавна безбедност и кривична казна. Самоубиството на С.Т. во *Al-Khawaja* и одбивањето на Т. во *Tahery* да сведочи на суд поради страв да не го жигосаат како поткажувач во неговата заедница, се очигледно различни од случаи кои вклучуваат жртви на злоставување на деца или обвиненија против организиран криминал, каде има невообичаена потреба да се заштити сведокот од обвинетиот. Посебна претпазливост може да е потреба ако клучните сведоци починат или се заплашени како резултат на постапките на обвинетиот. *Al-Khawaja* и *Tahery*, не претставуваат такви случаи. Затоа, не треба да го отвораме ова прашање за да ги решиме.

Иако ја разбираме природата на предизвиците со кои се соочува обвинителството кога ќе почине клучен сведок или ќе одбие да се

случај јасно е, како што укажа мојот благороден и учен пријател во истиот случај, став 11, дека „испитување на прецедентното право на Европскиот суд за човекови права ќе потврди дека голем дел од влијанието на член 6(3)(d) се извршило врз процедурите на континенталните системи кои претходно дозволувале обвинет да биде осуден врз основа на докази од сведоци кои тој немал можност да ги оспори“ (*R v. Davis*, став 24).

појави на судење поради вистински страв, заштитата која ја гарантира Член 6 е упатена само на правата на одбраната, не на состојбата на сведоците или обвинителството. Задача на овој Суде да го заштити обвинетиот токму тогаш кога Владата ги ограничува правата од Конвенцијата за да ја засили позицијата на самата Државата на судењето. Противтежните постапки можат, ако е строго неопходно, да и дозволат на Владата флексибилност во задоволување на барањата на Член 6 § 3 (d). Но, нашата еволуирачка примена на проверката за единствен или одлучувачки покажува дека овој исклучок на општото барање за соочување, не е и самиот без ограничувања во начело. На крај, работа на Владата е да го поткрепи својот случај со поткрепувачки докази кои не се доказ по слушање. Неуспехот тоа да го стори отвора сериозни прашања за Владата околу адекватноста на нејзините постапки и ги прекршува обврските на Државата од Член 6 § 1 во врска со Член 6 § 3 (d).

Денеска Судот стапи од својата претходна позиција според која, ако еден сведок не може да биде вкрстено испрашан и осудата е заснована на доказ по слушање како единствен или одлучувачки доказ, се прекршуваат правата заштитени со Член 6. Судот се потпира врз случаи каде на одбраната и се ускратува увид во докази за да се заштитат полициските извори (се цитира *Rowe u Davis против Обединетото Кралство* [ГСС], бр. 28901/95, ECHR 2000-11). Според оваа пресуда, во тие случаи Судот „им остави на домашните судови да одлучат дали правата на одбраната треба да отстапат пред јавниот интерес и се ограничи на верифицирање дали постапките кои ги следеле судските власти претставуваат доволна противтежа на ограничувањето на одбраната со соодветни заштитни мерки. Фактот што определени докази не и биле достапни на одбраната не се сметаше дека автоматски водел кон повредана Член 6 § 1“ (види став 145 од пресудата).

Со други зборови, Судот потврдува дека веќе прифатил дека пристапот до докази е прашање на воспоставување на соодветна рамнотежа меѓу засегнатите јавни и приватни интереси. Јасно е дека, за разлика од случајот со Член 8-11, јазикот и општата практика на Судот не дозволуваат такво балансирање.

Едноставно не можеме да видиме како некој може да се потпре на овој низ случаи, во кои не се работи за доказ од единствен сведок. Впрочем, во *Rowe u Davis* се работеше за правото на објавување на релевантни докази. Се утврди дека ова не е апсолутно право: „Во секоја кривична постапка можат да постојат конкурентни интереси, како што се националната безбедност или потребата да се заштитат сведоци под ризик од одмазда или да се држат во тајна методите на полицијата за истрага на злосторство, кои мораат да се одмерат наспроти правата на обвинетиот (види, на пример, пресудата во

Doorson protiv Холандија од 26 март 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-II, стр. 470, § 70“ (види *Rowe u Davis*, цитирано погоре, § 61). Токму во *Doorson* Судот посочи дека против тежата се применува само ако доказот не е единствен или одлучувачки доказ (а особено, како што е во конкретниов случај, се заснова на доказ по слушање). Обидите за противтежа влегуваат во ризик да не го достигнат стандардот на прецизност и веродостојност кој се очекува од една правна пресуда⁷, и за тој ризик се утврдило дека е недозволиво висок и дека ги надминува противтежните мерки во случај на единствени или одлучувачки докази.

Не се нуди никаква причина, освен упатување на праведност засновано на погрешното толкување на *Rowe u Davis*, за отстапување од категоричното толкување на правилото за „единствен или одлучувачки“, освен што се вели дека Судот ќе бара противтежните мерки да бидат такви што ќе го задоволат и најстрогиот преглед. Несигурноста и несоодветната заштита на правата кои произлегуваат од противтежниот пристап се добро илустрирани во *Al-Khawaja*, каде дури и Апелациониот суд мораше да се согласи дека упатствата дадени од судијата беа недоволни. Сепак, судот претпостави дека поротата е способна да ја направи потребната разлика, што потоа и овозможи да се потпре на големите сличности со тужбата на другата наводна жртва на нападот. Сметаме дека таквата доверба е непромислена, поради причини наведени од Врховниот суд во *Horncastle*. Како што изјави Врховниот суд, една од темите кои го означуваат пристапот на обичајното право кон праведно кривично судење „е неволноста да му се верува на лаички трибунал да им припише соодветна тежина на доказите презентирани пред него“ (став 17). Токму ова изричито се дозволи да се случи во *Al-Khawaja*⁸. Со други зборови, гаранциите кои наводно се нудат во противтежниот систем, кои се предвидени во законодавството и се применуваат од најкомпетентните судии обучени во благородната традиција на обичајното право паднаа на својот прв тест, а во вториот случај (*Tahery*), дури и судот мораше да утврди дека судечкиот судија погрешно ја применил наводно безгрешната гаранција.

⁷ Види Trechsel, *op cit.*, 313. За чувството на судијата за правда по прашање на допустливоста на непроверендоказ по слушање види ја формулацијата во Дел 11, Поглавје 2 од Законот за кривична правда 2003, Оддел 116:

(4) Согласно пот-оддел (2)(е) може да се даде дозвола само ако судот смета дека изјавата треба да се допушти во интерес на правдата, имајќи ги предвид -

(а) содржината да изјавата,

(б) сите ризици дека нејзиното допуштање или исклучување ќе резултира со неправедност по било која страна во постапката (а особено колку е тешко да се оспори изјавата ако релевантното лице не пружи усни докази).“

⁸ Потсетуваме на изјавата на судијата на прелиминарната расправа: „грубо кажано, нема изјава, нема точка еден.“ Види понатаму негови инструкции за поротата (став 15 и 16).

Да заклучиме, од горенаведените причини ние сметаме дека Член 6 § 3 (d) во врска со Член 6 § 1 е прекршен во *Al-Khawaja* и затоа не можеме да се согласиме во тој случај; во случајот *Tahery*, меѓутоа, го следиме мнозинството но по друга основа, имено бидејќи правилото за единствен или одлучувачки беше игнорирано.

Овој Суд, во своите напори да ги задоволи легитимните барања во контекст на праведно судење, систематски и доследно зацртуваше црвена линија олицетворена во правилото за единствен или одлучувачки. Денеска, таа позиција се напушти во име на сеопфатно испитувањена праведноста, во надеж дека праведност на судење ќе се постигне со барање на противтежа за ограничувањата на засегнатото право и барање на крајно неумоливи причини и вистински доказ за таквата противтежа. Дури и ако се постигне, таквото постигање ќе остане под знак прашање, бидејќи доаѓа по цена на жртвување на изричито доделено право од Конвенцијата. Правната историја покажува дека осуди засновани на непроверен доказ од слушање се често погрешни и дефинитивно омилени инструмент за политичка злоупотреба. Точно, ова не е случај со моменталниот противтежен пристап онака како што се применува во Англија и Велс. Но самите случаи кои се пред нас денеска, и други наведени во *Horncastle*, ги покажуваат двојбите својствени за противтежниот пристап, што ја поткопува правната сигурност во постапката како и предвидливоста на правото. Опасностите од еден таков пристап беа нагласени уште во 2008, една година пред пресудата во *Horncastle*.

Во *R protiv Davis* (став 8), Lord Bingham, во еден благороден обид да ги заштити начелата на праведно судење, сметаше дека е неопходно да го цитира Апелациониот суд на Нов Зеланд во *R protiv Hughes* [1986] 2 NZLR 129, каде Richardson J забележа (стр. 147):

„Јасно е дека обвинетиот нема гаранции за вистинска и целосна одбрана од обвинение ако не му се дадени доволно информации за неговиот обвинувач за да може да одлучи за испитување на тоа дали треба да се оспори неговиот кредибилитет.“

Lord Bingham понатаму цитира:

„Ќе се најдеме на лизгав терен како општество ако врз наводно балансирање на интересите на Државата против оние на обвинетиот поединец, судовите со судска одлука би дозволиле ограничувања во тоа одбраната да покрене прашања релевантни за едно суштинско прашање во судењето. Денес барањето е дека не треба да се даде името на сведокот: утре, по таа иста логика, ќе биде дека мора да се елиминира ризикот од физичка идентификација на сведокот во интерес на правдата во откривањето и прогонот на кривични дела, било со тоа што ќе дозволиме сведок да сведочи анонимно, на пример од зад екран, во кој случај неговото држење нема да може да се набљудува, или со отстранување на обвинетиот од судот, или обете. Правото да се

конфронтира спротивставен сведок е основно за секое цивилизирано сфаќање на праведно судење. Тоа мора да го вклучува правото одбраната да го утврди вистинскиот идентитет на обвинувачот ако е засегнат кредибилитетот“ (стр. 148-149)⁹.

Правилото за единствен или одлучувачки кое досега се следеше имаше за цел да ги заштити човековите права против „плодовите на отровното дрво“ (ако изворот на доказите („дрвото“) е загадено, тогаш сè што ќе се добие од него („плодовите“) е исто така). Усвојувањето на противтежниот пристап значи дека едно правило кое имаше за цел да ги штити човековите права е заменето со неизвесноста на противтежата. Колку што знаеме ова е прв пат досега овој Суд, во отсуство на конкретна нова и неспорна причина, да го намали нивото на заштита. Ова е причина за најсериозна загриженост за иднината на судската заштита на човековите права во Европа.

⁹ Во едно тажно продолжение на судските напори д се обезбеди праведност, 33 дена по пресудата на Горниот дом, Парламентот го одобри со закон она што Лордовите сметаа дека е особено спротивно начелата на праведно судењеод обичајното право, во случај кој Лордовите го сметаа за решен со помош на обичајното право на овој Суд. Една година подоцна, Врховниот суд утврди (во различен контекст и врз основа на поранешни закони) дека начелата реafirмиран од страна на починатиот Lord Bingham се задоволени во споредлив контекст со помали гаранции, и покрај загриженоста искажана од негова страна и неговите колеги судии. Така оди тоа.



COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

ЕВРОПСКИ СУД ЗА ЧОВЕКОВИ ПРАВА

СУД (СОВЕТ)

СЛУЧАЈ AIREY против ИРСКА (ЧЛЕН 50)
(Апликација бр. 6289/73)

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

6-ти фебруари 1981 година

Во случајот Airey,

Европскиот суд за човекови права, заседавајќи, во согласност со член 43 (чл. 43) од Конвенцијата за заштита на човековите права и фундаментални слободи („Конвенцијата“) и релевантните одредби на Судскиот деловник, како Совет составен од следниве судии:

Г-дин G. WIARDA, *претседател*.

Г-дин THÓOR VILHJÁLMSOON,

Г-дин W GANSHOF VAN DER MEERSCH,

Г-дин D. EVRIGENIS,

Г-дин L. LIESCH,

Г-дин F. GÖLCÜKLÜ,

Г-дин B. WALSH,

и исто така Г-дин M.-A. EISSEN, *секретар*, и Г-дин H. PETZOLD, *заменик секретар*,

Расправајќи на затворена седница на 24-ти ноември 1980 и 31-ви јануари 1981 година,

Ја донесе следнава пресуда, која беше усвоена на последниот горенаведен датум, во врска со примената во конкретниов случај на Член 50 (чл. 50) од Конвенцијата:

ПОСТАПКА И ФАКТИ

1. Случајот Airey беше упатен до Судот од Европската комисија за човекови права („Комисијата“) во мај 1978 година. Случајот има свое потекло во апликацијата против Ирска поднесена до Комисијата во 1973 година од страна на Г-ѓа Johanna Airey.

Единственото преостанато прашање кое треба да се реши е прашањето за примена на Членот 50 (чл. 50) во овој конкретен случај. Според тоа, во врска со фактите, Судот ќе се ограничи овде на давање на важните детали; за дополнителни информации, упатува на став 8 до став 12 од пресудата на Судот од 9-ти октомври 1979 година (Серија А бр. 32, стр. 6-8).

2. Со таа пресуда, Судот сметаше, *inter alia*, дека е направена повреда на член 6 став 1 и член 8 (чл. 6-1, чл. 8) од Конвенцијата по основа на фактот што жалителот не го оствари ефективното право на пристап до Ирскиот виши суд заради поднесување на барање за налог за судски развод (точка 4 и 6 од оперативните одредби и став 20-28 и 31-33 од причините, *ibid.*, стр. 19, 11-16 и 17).

3. На расправата одржана на 22-ри февруари 1979 година, адвокатот на жалителот го извести Судот дека, доколку утврди повреда на Конвенцијата, нејзиниот клиент ќе бара сатисфакција согласно Член 50 (чл. 50) под три заглавија: ефективен пристап до правен лек за раскинување на брак; паричен надомест за болка, страдање и ментални

маки; и паричен надомест за претрпени трошоци, воглавно пропратни расходи, адвокатски хонорари и други посебни издатоци.

Во својата горенаведена пресуда, Судот се воздржа од целокупното прашање на примена на член 50 (чл. 50). Од Комисијата се побара да ги поднесе до Судот, во рок од два месеци од донесувањето на пресудата, согледувањата на Комисијата по одноското прашање, вклучувајќи и известување за било каква спогодба до која можат да дојдат Владата на Ирска („Владата“) и жалителот (точка 8 од оперативните одредби и став 36-37 од причините, *ibid.*, стр. 18-19).

4. Горенаведеното временско ограничување беше продолжувано повеќе пати од Претседателот, последен пат до 30-ти јули 1980 година.

На 17-ти јули 1980 година, Секретарот на Комисијата, постапувајќи по налог на Делегатите, достави до секретаријатот на судот копии од кореспонденцијата во кои детално се дадени преговорите меѓу Владата и жалителот а во кои се открива дека жалителот ја одбил понудата на Владата „без прејудиирање на идниот тек на постапката“ да ѝ исплати 3.140 ирски фунти како целосно и конечно задоволување на нејзиното тужбено барање. Во исто време, Секретарот наведе дека Делегатите се на мислење дека нема корисна основа врз која би можеле да се вложат напори за постигнување на спогодба и дека тие предложиле до Судот дека треба да се донесе одлука согласно член 50 (чл. 50) „врз основа на горенаведената понуда“.

Со допис од 21-ви август 1980 година, агентот на Владата го извести Заменикот секретар, *inter alia*, дека Владата се согласила со надомест од £ 3.140. На 8-ми октомври, Секретарот на Комисијата испрати до секретарот на судот телекс доставен од правниот застапник на жалителот во кој се укажува дека жалителот не го смета овој износ за праведен и разумен и побара надомест во согласност со нејзините претходни поднесоци (види став 5 подолу). На 10-ти ноември, Агентот му пиша на Секретарот на судот да го извести дека, иако Владата ја оспорува применливоста на член 50 (чл. 50) на овој конкретен случај и иако тие го сметаат износот од £ 2.140 –кој привично го понудиле во вид на спогодба–за соодветен надомест, тие се сепак подготвени да се согласат со надомест од £ 3.140.

5. За време на преговорите, во име на жалителот се дадоа предлози за спогодување, кои можат да се резимираат со следново:

а) Г-ѓа Airey побара ветување од Владата да се обврзе да ја обештети од секакви идни правни трошоци и расходи на кои разумно е изложена при барањето на правен лек за судски развод пред ирските судови („домашните трошоци“).

б) Се побара надомест во однос на:

- патни и други трошоци: £ 140;
- загуба поради селење: £ 1.500;

- правни трошоци и расходи кои се однесуваат на постапката пред институциите на Конвенцијата („Стразбурски трошоци“): £ 9.984,41.

в) Беше наведено дека Г-ѓа Airey претрпела тешки ментални маки и дека нејзиното здравје и здравјето на нејзините деца претрпело последици; понатаму, нејзината неможност од финансиски причини да добие налог за издршка или за присилна наплата од Вишиот суд наводно ѝ причинувала постојани финансиски потешкотии, ја принудило да прифаќа несоодветно вработување и резултирало со неможност нејзините деца да добијат нормални образовни услови и можности. Застапниците на жалителот предложија износ од £ 2.000 во однос на оваа ставка.

6. На 9-ти септември 1980 година, Г-ѓа Airey поднесе, во согласност со Програмата за граѓанска правна помош и совети воведена во Ирска на 15-ти август 1980 година, молба за правна помош за да може да поднесе барање за судски развод. Надлежната канцеларија ја извести на 8-ми октомври дека врз основа на тестот за расположливи средства таа не може да биде кандидат за таквата помош.

На 10-ти ноември, Секретарот на Комисијата го извести секретарот на судот дека, доколку не ѝ се одобри правна помош, Делегатитетото ќе го сметаат за важен елемент за било каква одлука согласно член 50 (чл. 50) нејзините правни трошоци за постапка за развод да се покријат од Владата. Секретарот воедно достави до секретаријатот на судот копија од допис испратен од застапниците на жалителот, Г-дата Walsh O' Connogand Company, во кој тие бараат, доколку ѝ се ускрати правна помош, да ѝ се додели дополнителен износ кој ќе ѝ овозможи да им наложи на застапникот и на адвокатот да ја застапуваат во засебни постапки.

На 21-ви ноември, Агентот на Владата го извести Секретарот на Судот за следново.

„...“

Во контекст на информациите доставени од Walsh, O'Connog and Company во кои се укажува дека Г-ѓа Airey, чија финансиска состојба се чини подобрена од моментот на настаните кои доведоа до пресудата на Судот во нејзиниот случај, изгледа нема да добие правна помош во рамки на Програмата и со оглед на текот на постапката во овој определен случај, мојата Влада одлучи да се обврзе да ги покрие нејзините разумни трошоци за задржување на застапник и на адвокат со цел поведување постапка за правен развод, а таквите трошоци да се утврдат како да се настанати меѓу застапник и клиент (т.е. независно утврдени од страна на судовите) во случај на непостигнување на договор за тоа меѓу Г-ѓа Airey и Владата.

„...“

Секретарот на Комисијата упати до секретарот на судот на 17-ти декември копија од писмо од Г-дата Walsh O'Connog and Company, во кое се вели:

„... Цитираме од писмото на нашиот клиент со кое ни дава инструкции „ја прифаќам понудата на Владата за трошоци за мојот правен развод но ја одбивам нивната понуда за надомест од £ 3,140“ итн., од кое можете да видите дека ќе покренеме постапка против Г-дин Airey во име на Г-ѓа Airey во која ќе бараме правен развод и ќе се потпреме на обврзувањето на Владата да ги покрие трошоците на нашиот клиент во случајот.

...“

7. Во согласност со барањето на Претседателот на Советот, Секретарот на Комисијата поднесе определени документи до секретаријатот на судот на 20-ти ноември.

8. Откако се консултира, преку Секретарот, со Агентот на Владата и Делегатите на Комисијата, Судот одлучи на 24-ти ноември 1980 година, дека нема потреба да се одржи усна расправа.

Г-дин O'Donoghue, избраниот судија од ирска националност кој зеде учество во усвојувањето на пресудата од 9-ти октомври 1979 година а чиј мандат истече на 20-ти јануари 1980 година, беше поканет да продолжи да учествува во случајов (член 40 став. 6 од Конвенцијата и Правило 2 став 3 од Деловникот на Судот) (чл. 40-6). Но, поради неможноста тој да присуствува, неговото место го зазеде неговиот наследник, Г-дин Walsh.

ПРАВО

I. ПРИМЕНЛИВОСТА НА ЧЛЕН 50 (чл. 50)

9. Член 50 (чл. 50) од Конвенцијата гласи:

"Доколку Судот смета дека одлука или мерка донесена од законски орган или било кој друг орган на Висока договорна страна е целосно или делумно во контрадикторност со обврските кои произлегуваат од оваа Конвенција, и доколку домашните закони на односната Страна дозволуваат да се додели само делумна оштета за последиците на оваа одлука или мерка, одлуката на Судот, доколку тоа е неопходно, ќе ѝ овозможи праведен надомест на оштетената страна.“

Иако Владата се чини дека ја ставила под знак прашање применливоста на оваа одредба во овој случај (види став 4 во ситни букви погоре), не ги навела причините за ова.

Член (чл. 50) е применлив, според мислењето на Судот. Тој потсетува дека во овој контекст нема простор за разграничување меѓу дела и пропусти; Г-ѓа Airey е очигледно „оштетена страна“ –фраза која е синоним со поимот „жртва“ онака како што е применет во член 25 (чл. 25) –во смисла дека таа била лицето директно погодено од непочитувањето на Конвенцијата, што Судот го утврдил во својата

пресуда од 9-ти октомври 1979 година (види пресуда De Wilde, Ooms and Versyp од 10-ти март 1972 година, Серија А бр. 14, стр. 10-11, став 22-23). На крај, не се сугерира дека ирските закони дозволуваат да се одобри целосен надомест на штетата, онака како што тоа се подразбира во прецедентното право на Судот (види, *inter alia*, *ibid.*, стр. 9-10, став 20), за последиците на тој пропуст.

II. ПРИМЕНАТА НА ЧЛЕН 50 (чл. 50)

10. Од својата пресуда од 9-ти октомври 1979 година, Судот беше известен за договор постигнат меѓу одговорната Држава и жалителот во однос на барањето за домашни трошоци (види став 5 (а) и 6 погоре). Како што бара Правилото 50 став 5 од Правилникот, Судот ја верифицираше „праведната природа“ на овој договор и, со оглед на отсуството на секаков приговор од страна на Делегатите на Комисијата, нема недоумици по ова прашање. Според тоа, Судот формално го забележува договорот и заклучува дека веќе не постои потреба да го разгледува ова барање понатаму.

11. За време на преговорите за постигнување на спогодба (види став 4 погоре), Владата не го оспори износот од £ 140 побаран за патни и разни трошоци, но ги одби барањата во однос на наводните загуби за преселба и Стразбурските трошоци (види став 5 (б) погоре). Судот прво ќе ги испита последните две ставки.

12. Г-ѓа Airey се пресели во 1977 година. Како закупец, имаше извесни можности да го купи домот преку Програмата за купување домови која ја спроведуваше нејзиниот сопственик, Корпорацијата Корк (Cork Corporation). Таа тврдеше дека нејзината преселба, која таа ја препиша на неможноста да дојде до ефективен правен лек за раскинување на бракот, последователното влошување на нејзината состојба и стравот дека нејзиниот сопруг би можел да се врати и да се обиде да живее со неа, ѝ причиниле загуба од £ 1,500 кои ја претставуваат разликата во пазарната вредност, важечка во јули 1977 година, меѓу двата односни станбени простора.

Владата одговори дека жалителот не утврдил никаква загуба, бидејќи нејзиниот интерес во обата станбени простори бил ништо повеќе од интерес на еден закупец. Тие додадоа дека нема никаква причинска врска меѓу нејзината одлука да се пресели и ускратувањето, во 1977 година, на правна помош за постапката за развод.

Под претпоставка дека Г-ѓа Airey ја претрпела загубата која ја наведува, Судот не смета дека таа може да им се припише на повредите утврдени во неговата пресуда од 9-ти октомври 1979 година. Нејзината одлука да се пресели се чини не била мотивирана од фактот дека ѝ било ускратено ефективното право на пристап до Вишиот суд заради поднесување барање за развод, туку од нејзината општа

состојба поради која постоела желба за тој пристап, а особено, од нејзиниот страв од вознемирување од сопругот. Покрај тоа, дури и да добила одлука за развод, таа сепак би била под ризик од вознемирување, од што таа со право или не, се плашела. Согласно на ова, Судот го одбива ова барање.

13. Истото мора да важи и за Стразбурските трошоци. Г-ѓа Airey, која има статус на „оштетена страна“ за целите на член 50 (чл. 50), можела да ја ползува бесплатната правна помош пред Комисијата и потоа, по упатувањето на случајот до Судот, во своите односи со Делегатите (прилог кон Правилникот на Комисијата). Таа не утврди дека им платила или треба да им плати на своите адвокати дополнителен хонорар за која таа може да треба да бара надомест; од таму произлегува дека, во овој поглед, таа самата немала трошоци и не претрпела загуба која би можела да се надомести согласно член 50 (чл. 50) (види пресуда Luedicke, Belkacem and Koc од 10-ти март 1980, Серија А бр. 36, стр. 8, став 15).

14. Владата ја искажа својата континуирана подготвеност да се согласи на оштета од £ 3,140 (види став 4 со ситни букви погоре). Судот го смета овој износ за праведен и разумен, и согласно на тоа му доделува на жалителот, што се однесува на нејзините преостанати барања, надомест во тој износ.

ОД ОВИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ ЕДНОГЛАСНО

1. Формално го нотира договорот меѓу Владата и жалителот во однос на домашните трошоци;

2. Ги одбива барањата на жалителот во однос на нејзините наводни загуби во однос на преселбата и Стразбурските трошоци;

3. Смета дека Ирска треба да му плати на жалителот, во однос на остатокот на нејзините барања, износ од три илјади една стотина и четириесет ирски фунти (£ 3,140).

Изготвено на англиски и француски јазик, при што англискиот текст е автентичниот, во Зградата на човекови права, Стразбур, овој шести ден од месец февруари, илјада деветстотини осумдесет и прва година.

За Претседателот

Marc-Andre EISSEN
секретар

Leon LIESCH
судија

СОВЕТ НА ЕВРОПА
ЕВРОПСКИ СУД ЗА ЧОВЕКОВИ ПРАВА

СУД (ГОЛЕМ СУДСКИ СОВЕТ)

**СЛУЧАЈ: DUDGEON против ОБЕДИНЕТОТО
КРАЛСТВО**

(Апликација бр. 7525/76)

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

24 февруари 1983 година

Во случајот Dudgeon,

Европскиот суд за човекови права, заседавајќи, во согласност со член 43 (чл. 43) од Конвенцијата за заштита на човековите права и основните слободи („Конвенцијата“) и релевантните одредби од Деловникот на Судот*, како Голем судски совет, составен од следниве судии:

г. R. RYSSDAL, Претседател,

г. J. CREMONA,

г. D. EVRIGENIS,

г. F. MATSCHER,

г. J. PINHEIRO FARINHA,

г. B. WALSH,

Сер Vincent EVANS, Судии,

како и г. M.-A. EISSEN, Секретар, и г. H. PETZOLD, Заменик-секретар,

Расправајќи на затворени седници на 1 октомври, 23 и 24 ноември 1982 година, и на 29 јануари 1983 година,

Ја донесе следнава пресуда, која беше усвоена на последниот наведен датум, во врска со примената во овој конкретен случај на член 50 (чл. 50) од Конвенцијата:

ПОСТАПКА И ФАКТИ

1. Случајот Dudgeon беше поднесен до Судот од страна на Европската комисија за човекови права („Комисијата“) во јули 1980 година. Случајот беше инициран со жалбата против Обединетото Кралство на Велика Британија и Северна Ирска поднесена до Комисијата на 22 мај 1976 година од страна на државјанинот на Обединетото Кралство, г. Jeffrey Dudgeon.

2. На 30 јануари 1981 година, Големиот судски совет, формиран со цел да ги сослуша фактите за случајот, се откажа од својата надлежност во корист на Пленарниот суд (правило 48 од Деловникот на Судот). Во пресуда од 22 октомври 1981 година, Пленарниот суд утврди, меѓу другото, дека жалителот бил жртва на повреда на член 8 (чл. 8) од Конвенцијата поради тоа што во Северна Ирска постоеле закони според кои одредени хомосексуални акти извршени во приватност меѓу согласни возрасни мажи се сметале за кривични дела

* Забелешка од страна на Секретарот: Тоа е, верзијата на Деловникот на Судот која се применувала кога била поведена постапката. Ревидираната верзија на Деловникот на Судот стапи на сила на 1 јануари 1983 година, но се применува само за оние случаи кои биле доставени до Судот по тој датум.

(Серија А, бр. 45, точка 1 од оперативните одредби и во ставовите 37-63 од причините, стр. 27 и 17 - 25).

Единственото отворено прашање за кое треба да се донесе решение во овој конкретен случај е прашањето за примената на член 50 (чл. 50). Следствено на тоа, што се однесува до фактите, Судот овде се ограничи само на наведување на релевантните детали; за дополнителни детали, видете ги ставовите 13 - 33 од горенаведената пресуда (*ibid.*, стр. 7 - 16).

3. На рочиштето кое се одржа на 23 април 1981 година, адвокатот на жалителот изјави дека, доколку Судот утврди повреда на Конвенцијата, неговиот клиент ќе побара правичен надомест на штета врз основа на член 50 (чл. 50), со цел да добие паричен надомест за претрпената штета, како и за направените судски и други трошоци. Владата на Обединетото Кралство („Владата“), од своја страна, немаше никаков став во однос на тоа прашање.

Во својата пресуда од 22 октомври 1981 година, Судот го повлече целото тоа прашање во однос на примената на член 50 (чл. 50) и го врати назад на Големиот судски совет во согласност со правилото 50 § 4 од Деловникот на Судот. Истиот ден, Големиот судски совет ја повика Комисијата да достави, во текот на наредните два месеци, писмени забелешки во врска со тоа прашање, вклучувајќи и известување за можното пријателско порамнување меѓу Владата и жалителот (*ibid.*, стр. 48).

4. По двете продолжувања на гореспоменатиот временски рок од страна на Претседателот на Големиот судски совет и во согласност со неговите наредби и насоки, следниве документи беа доставени до регистарот:

- на 17 мај 1982 година, забелешки изготвени од страна на Делегатите на Комисијата, во прилог на кои, меѓу другото, беа наведени и детали од барањето на жалителот;

- на 6 август 1982 година, белешка од Владата;

- на 15 септември 1982 година, одговор од страна на Делегатите во врска со прашањето покренато од страна на Владата во белешката;

- на 15 октомври 1982 година, преку Секретарот до Комисијата, забелешки изготвени од страна на жалителот во врска со горенаведената белешка од Владата;

- на 15 ноември 1982 година, коментари на Владата во врска со забелешките на жалителот.

На 8 ноември 1982 година и на 11 јануари 1983 година, Секретаријатот на Комисијата достави до Секретарот дополнителни писмени забелешки од г. Dudgeon, кои тој ги доставил до Комисијата по сопствена иницијатива.

Овие најразлични документи откриваат дека не било можно да се дојде до пријателско порамнување. Делегатите не се изјасниле за

основаноста на барањето на жалителот, кое може да се резимира на следниов начин:

- за претрпена штета како резултат на полициска истрага спроведена во 1976 година, паричен надомест од £ 5.000;

- за претрпена штета поради постоење на закони кои биле успешно обжалени, паричен надомест од £ 10.000, како и писмена изјава од Владата дека, доколку некогаш г. Dudgeon аплицира за вработување во државната администрација, тој нема да биде дискриминиран врз основа на неговата хомосексуалност или поради тоа што поднел претставка до Комисијата;

- надомест за детално наведените трошоци во висина од £ 4.655.

Дополнителни детали во врска со барањето се дадени подолу во делот „Во однос на правото“.

5. Врз основа на пресудата на Судот од 22 октомври 1981 година и на иницијативата на Владата, беше изготвена Уредба, насловена како Уредба за хомосексуални кривични дела (Северна Ирска) од 1982 година (*The Homosexual Offences (Northern Ireland) Order 1982*). Со одредени исклучоци во однос на пациентите со нарушено ментално здравје, припадниците на вооружените сили и морнарите - трговци, крајниот резултат на оваа Уредба, која стапи во сила на 9 декември 1982 година, беше „декриминализација“ во Северна Ирска на хомосексуалните акти извршени во приватност меѓу двајца согласни мажи на возраст од 21 година и повеќе. Со Уредбата се усогласува релевантното законодавство во Северна Ирска со она законодавство кое се применува во останатиот дел на Обединетото Кралство (види ја гореспоменатата пресуда од 22 октомври 1981 година, стр. 9-10, § § 16-18).

6. По консултациите, преку Секретарот, со владиниот Агент и Делегатите на Комисијата, Големиот судски совет одлучи на 1 Октомври 1982 година дека не било побарано да се свикаат и одржат рочиштата.

7. г. J. Cremona, г. F. Matscher и г. B. Walsh, во својство на судии - заменици, ги заменија г. Thór Vilhjálmsson, г. G. Lagergren и г. L. Liesch, кои беа спречени да учествуваат во натамошното разгледување на случајот (правило 22 § 1 и правило 24 § 1 од Деловникот на Судот).

ВО ОДНОС НА ПРАВОТО

8. Член 50 (чл. 50) од Конвенцијата предвидува:

„Кога Судот ќе утврди дека одлуката или мерката преземена од страна на судскиот орган или било кој друг орган на Високата договорна страна е целосно или делумно во судир со обврските кои произлегуваат од оваа

Конвенција, и доколку внатрешното право на засегнатата страна овозможува само делумна репарација на штетата на последиците од оваа одлука или мерка, со одлуката на Судот, доколку е потребно, ќе се додели правичен надомест на оштетената страна.“

9. Жалителот побарал правичен надомест за штетата која наводно тој ја претрпел поради постоењето на оспорената законска регулатива како и поради полициската истрага врз него спроведена во 1976 година, но и за направените судски и други трошоци. Ваквите различни ставки ќе бидат разгледани одделно.

I. ШТЕТА НАВОДНО ПРЕДИЗВИКАНА ОД САМОТО ПОСТОЕЊЕ НА ОСПОРЕНАТА ЗАКОНСКА РЕГУЛАТИВА

10. Жалителот тврди дека, како последица на законите за кои Судот утврдил дека не се во согласност со член 8 (чл. 8) од Конвенцијата, тој претрпел „значителна штета во текот на многу години“ во форма на:

- психолошка штета,
- штета во поглед на неговите односи со неговото семејство и со општеството,
- неисполнување на личниот потенцијал,
- повреда на угледот, и
- губење на капацитетот за заработка.

Жалителот ја предложил сумата од £ 10.000 како соодветна сума за надомест на штетата.

Владата изрази сомнеж за степенот до кој наводната штета би можело да се рече дека произлегува од постоењето на оспорената законска регулатива; Владата упати на тоа дека многу од потешкотиите образложени во поднесоците на жалителот произлегуваат од неодобрувањето од страна на општеството на хомосексуалноста, а не од постоењето на законите кои се доведени во прашање. Како главен поднесок на Владата, таа го повика Судот да утврди дека со неговата пресуда од 22 октомври 1981 година е доделен правичен надомест на штета за жалителот, без потребата за паричен надомест. Од друга страна пак, Владата тврди дека сумата од £ 10.000 е прекумерно висока во дадените околности.

11. Постоењето на законите кои се доведени во прашање несомнено предизвика кај жалителот барем одреден степен на страв и психолошка вознемиреност; тоа е јасно од основите врз кои Судот утврди повреда на член 8 (чл. 8) (види стр. 17, 18 и 24, § § 37, 40, 41 и 60 од гореспоменатата пресуда од 22 октомври 1981 година, Серија А, бр. 45).

Сепак, правичен надомест на штета ќе се додели само „доколку е потребно“, а за ова прашање Судот треба да одлучи во согласност со

своето дискреционо право, имајќи го предвид она што е правично (види ја пресудата за случајот на Sunday Times од 6 ноември 1980 година, Серија А, бр. 38, стр. 9, § 15, во заклучокот).

12. Неоправданото вмешување во врска со правото на г. Dudgeon за почитување на неговиот приватен живот се состои во „останувањето во сила на оспорената законска регулатива поради тоа што истата го има општиот ефект на криминализација на личните хомосексуални односи меѓу возрасни мажи способни за давање валидна согласност“ (Серија А, бр. 45, стр. 24, § 61). Владата заклучи од пресудата од 22 октомври 1981 година дека законите кои се доведени во прашање не може да се каже дека секогаш се спротивни на Конвенцијата, туку дека не се во чекор со менливите стандарди за почитување на приватниот живот според член 8 (чл. 8). Ставот 60, на кој Владата се потпира, навистина ги поддржа нивните тврдења (*ibid.*, стр. 23-24).

Врз основа на претходната пресуда на Судот, беше изготвена Уредба со која законодавството на Северна Ирска се усогласи со законодавството кое се применува во останатиот дел на Обединетото Кралство (види став 5 погоре).

13. Жалителот не прифати дека наведената возраст од 21 година во новиот закон целосно го задоволува неговото барање врз основа на член 8 (чл. 8). Сепак, во рамките на постапката за примената на член 50 (чл. 50), задачата на Судот е ограничена на донесување на одлука за доделување на правичен надомест на штета, доколку постои можност за тоа, врз основа на неговата одлука во врска со суштинските прашања на овој случај.

14. Во врска со прашањето за возраста за давање на согласност, треба да се смета дека г. Dudgeon ја постигнал својата цел со тоа што осигурал измени на законодавството на Северна Ирска. Со тоа, но исто така имајќи ја предвид и природата на утврдената повреда, Судот смета дека во однос на овој основ од барањето, пресудата од 22 октомври 1981 година предвидува соодветен правичен надомест на штета за целите на член 50 (чл. 50), без да биде „неопходно“ да се додели паричен надомест (види ја, на пример, *mutatis mutandis*, пресудата за случајот *Le Compte, Van Leuven и De Meyere* од 18 октомври 1982 година, Серија А, бр. 54, стр. 8, § 16).

15. Покрај паричниот надомест, жалителот првично побарал и формална писмена изјава од Владата дека доколку тој некогаш аплицира за вработување во државната администрација во Северна Ирска, нема да биде дискриминиран врз основа на неговата хомосексуалност или поради тоа што поднел претставка до Комисијата. По доставувањето на овој поднесок, тој бил поставен на работно место во државната администрација на Северна Ирска. Тој, сепак, останал на неговото барање, сметајќи дека истото „не е

неразумно во услови на актуелна несигурна економска состојба во Обединетото Кралство во целост, но и конкретно во Северна Ирска“.

Судот не е овластен според Конвенцијата да и нареди на договорната држава да даде писмена изјава каква што бара жалителот (види ја, на пример, *mutatis mutandis*, горенаведената пресуда за случајот *Le Compte, Van Leuven и De Meyere* од 18 октомври 1982 година, Серија А, бр. 54, стр. 7, § 13).

II. ШТЕТА НАВОДНО ПРЕДИЗВИКАНА ОД ПОЛИЦИСКАТА ИСТРАГА

16. Жалителот тврди дека полициската истрагата врз него спроведена во 1976 година (види ја пресудата од 22 октомври 1981 година, Серија А, бр. 45, стр. 15, § 33) предизвикала кај него болка, страдање, вознемиреност и непријатност. Тој ја предложил сумата од £ 5.000 како соодветна сума за надомест на штетата.

Како главен поднесок на Владата, таа го повика Судот да утврди дека, исто така по овој основ, пресудата од 22 октомври 1981 година предвидува доволен правичен надомест на штета. Од друга страна пак, Владата тврди дека сумата од £ 5.000 била прекумерно висока.

17. Како последица од постоењето на оспорената законска регулатива, полицијата имаше задача да го испита можното сторување на кривично дело. Не постои упатување дека во овој конкретен случај полицијата воопшто постапувала незаконски според домашното законодавство. Исто така, г. Dudgeon, кој не бил под никаква правна принуда, можел да го одбие нивното барање да ги придружува до полициската станица. Оттука, Судот не го прифати тврдењето на жалителот дека неговата позиција била слична на онаа на лицата кои се неправедно притворени.

Сепак, испрашувањето на жалителот во врска со тоа дали тој лично извршил незаконски хомосексуални акти со други мажи на возраст над 21 година, како и за заплената на неговите лични документи, претставува упад во неговиот приватен живот. Произлегува, од пресудата на Судот од 22 октомври 1981 година, дека ваквиот упад бил неоправдан, во смисла на член 8 (чл. 8) од Конвенцијата. Покрај тоа, тој бил соочен со можноста за кривично гонење повеќе од една година.

Оттука, Судот е убеден дека барем одреден степен на наводната болка, страдање, вознемиреност и непријатност бил претрпен.

18. Полициската истрага спроведена во 1976 година, сепак, едноставно била посебна мерка на имплементација во согласност со законите кои овозможуваат ваков вид на упад во приватниот живот на жалителот; нејзиното значење се состои во тоа што било утврдено дека заканата против него била вистинска (*ibid.*, стр. 19, § 41, во

заклучокот). Пресудата од 22 октомври 1981 година предизвика измена на законите кои беа доведени во прашање (види став 5 погоре) и, ако навистина се смета дека имало повреда на член 8 (чл. 8), му додели на г. Dudgeon соодветен правичен надомест за штетата предизвикана од нивното постоење (види став 14 погоре). Во овие посебни околности, дополнителниот елемент на штетата претрпена како последица на полициската истрага не е таков за да се побара дополнителен надомест преку можноста за правичен надомест на штета.

III. ТРОШОЦИ

19. Жалителот побарал вкупна сума од £ 4.655 за судски и други трошоци кои се однесуваат на постапките водени пред Комисијата и Судот.

A. Вовед

20. Трошоците и издатоците се надоместуваат во согласност со член 50 (чл. 50), под услов истите да се направени од страна на оштетената страна, со цел да се побара, преку домашниот правен поредок, спречување или отстранување на повреда и истите да се утврдени од страна на Комисијата, а подоцна и од страна на Судот или да се добие надомест за истите (види ја, меѓу другото, пресудата за случајот Neumeister од 7 мај 1974 година, Серија А, бр. 17, стр. 20-21, § 43). Покрај тоа, мора да се утврди дека трошоците и издатоците биле направени вистински, дека истите биле неопходни, но исто така и разумни по обем (види ја, меѓу другото, горенаведената пресуда за случајот на Sunday Times, Серија А, бр. 38, стр. 13 - 18, § § 23-42).

21. Во поднесокот на Владата, поради тоа што одредени ставки од трошоците биле всушност подмирени од страна на Асоцијацијата за правата на хомосексуалците во Северна Ирска („NIGRA“), таквите трошоци не може да бидат надоместени бидејќи истите не биле направени лично од страна на жалителот.

Судот не се согласува со ваквиот начин на расудување и аргументирање. Како што посочил г. Dudgeon и врз основа на ставот наведен веднаш подолу, судските трошоци за неговиот случај биле направени од негова страна, во смисла дека тој, како клиент, бил законски должен да ги исплати своите адвокати на договорена основа. Во целост приватните договори кои тој ги направил за да ги покрие своите финансиски обврски кон своите адвокати не се предмет на разгледување за целите на член 50 (чл. 50). Таквите приватни договори треба да се разликуваат од ситуацијата во која адвокатот ќе прифати да постапува на основа на исплата само на оние трошоци утврдени од

страна на Комисијата според шемата за правна помош, така што жалителот нема никаква должност да плати било каков трошок или било каков дополнителен трошок (види го прилогот кон Деловникот за работа на Комисијата и пресудата за случајот Luedicke, Belkacem и Коџ од 10 март 1980 година, Серија А, бр. 36, стр. 8, § 15). Слично расудување важи и за другите побарани трошоци.

Б. Судски трошоци

1. Пред Комисијата

22. Жалителот побарал сума од £ 1.805 за професионални услуги добиени од неговите тогашни правни советници пред да му се додели правна помош од страна на Комисијата, која била ефикасна само од датумот на донесување на одлуката за допуштеност (3 март 1978 година).

Од таа сума, трошоци во висина од £ 1.290 биле исплатени врз основа на договорот за исплата по видување, односно, тие трошоци можеле да бидат исплатени само ако жалбата е прогласена за допуштена. Според домашното законодавство на Северна Ирска, договорот за исплата на судски трошоци за спорни предмети по видување би бил неприменлив за клиентот. Следствено, г. Dudgeon нема никаква правна обврска да ги плати тие трошоци, ниту пак, поради тоа што истите биле подмирени во негово име од страна на NIGRA, тој воопшто ги платил. Оттука, не може да се каже дека, во која било смисла, тој всушност ги направил овие трошоци.

Во однос на останатите ставки, Судот нема причина да се сомнева дека истите биле направени вистински, дека биле неопходни и разумни по обем.

Накусо, по овој основ, Судот доделува £ 515.

2. Пред Судот

23. Жалителот побарал надомест на трошоци во износ од £ 500 за исплата на помладиот правен советник и £ 1.150 за исплата на вишиот правен советник во фазата на утврдување на основаноста на случајот, како и £ 460 за исплата на помладиот правен советник во фазата која се однесува на примената на член 50 (чл. 50). Првите две побарани ставки, според договорот, биле наплатени во прилог на вкупниот износ од 11,835.92 француски франци доделени од страна на Комисијата како правна помош; не било извршено плаќање за правната помош во врска со постапката која се однесува на примената на член 50 (чл. 50).

24. Ниту Комисијата, освен како што е наведено погоре (во став 21), ниту Владата не укажа на тоа дека жалителот нема никаква

одговорност за трошоците кои ја надминуваат висината и се повисоки од оние суми опфатени со правната помош (види ја, меѓу другото, пресудата за случајот Aigeu од 6 февруари 1981 година, Серија А, бр. 41, стр. 9, § 13).

Во вакви околности, Судот нема причина да се сомнева дека бараните трошоци всушност биле направени вистински, дека истите биле неопходни и разумни по обем. Во врска со второнаведеното, треба да се напомене дека сумата од 11,835.92 француски франци наведена погоре вклучува и сума од 10,135.92 француски франци за трошоци и расходи, споредена со сумата од 1.700 француски франци наменета само за исплата на трошоци за адвокатите, при што адвокатот назначен од страна на жалителот постапувал без надомест.

В. Административни трошоци

25. Износ од £ 150, покрај сумата од 230 француски франци добиени како правна помош од Комисијата за исплати во готово, бил побаран за покривање на трошоците за фотокопирање, поштенски и телефонски трошоци во врска со подготовките за рочиштата пред Судот и за поднесоците според член 50 (чл. 50).

Во вакви околности, Судот нема причина да се сомнева дека дополнителните трошоци всушност биле направени вистински, дека истите биле неопходни и разумни по обем.

Г. Други трошоци

26. По овој основ, жалителот побарал најпрво сума од £ 540 за надомест на трошоци за патување и сместување направени заради учество на четири конференции во Лондон заедно со неговите правни советници. Владата не ја оспори потребата од нивно присуство на три конференции и соодветно на тоа ја изрази својата подготвеност да ги покрие направените трошоци, под услов тие трошоци да биле всушност платени од страна на жалителот, а не од страна на NIGRA (повеќе за ова, види став 21 погоре).

Во вакви околности, Судот нема причина да се сомнева дека сите побарани трошоци всушност биле направени вистински, дека истите биле неопходни и разумни по обем.

27. На крајот, износ од £ 50 бил побаран за надомест на трошоци за патување и сместување на експертот кој дошол во Стразбур по барање на жалителот за рочиштето кое се одржало на 23 април 1981 година.

Барањето на жалителот експертот за кој станува збор да биде сослушан како сведок било поднесено краток временски рок пред одржување на рочиштето и истото не било поддржано ниту од Комисијата ниту од Владата. Судот не се согласи со предлогот, но

дури и да дадеше согласност, постоеше можност да се прибават докази од експертот подоцна, или на датумот на сослушување, пред Судот во целосен состав (правило 38 § 1 во врска со правилото 48 § 3) или преку еден од нејзините членови кој би бил испратен за таа цел (правило 38 § 2 во врска со правилото 48 § 3). Оттука, присуството на експертот во Стразбур на 23 април 1981 година не било од суштинско значење, а дополнителните трошоци не може да се смета дека биле неопходни.

ОД ОВИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ ЕДНОГЛАСНО

1. Го прогласи за недопуштено барањето за правичен надомест на штетата поради тоа што во него се бара наредба за давање писмена изјава од страна на Обединетото Кралство;
2. Смета дека Обединетото Кралство треба да му исплати на жалителот, за направените трошоци и издатоци, износ од три илјади триста и петнаесет фунти (£ 3.315);
3. Го отфрли останатиот дел од барањето.

Изготвена на англиски и француски јазик, при што англискиот текст е автентичен, во Зградата на човековите права во Стразбур, на 24 февруари 1983 година.

Rolv RYSSDAL
Претседател

Marc-André EISSEN
Секретар

СОВЕТ НА ЕВРОПА
ЕВРОПСКИ СУД ЗА ЧОВЕКОВИ ПРАВА

СЛУЧАЈ: ROTARU против РОМАНИЈА

(Апликација бр. 28341/95)

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

4 мај 2000 година

Во случајот Rotaru против Романија,

Европскиот суд за човекови права, заседавајќи како Голем судски совет составен од следниве судии:

г. L. WILDHABER, *Претседател*,
г-ѓа D. PALM,
г. A. PASTOR RIDRUEJO,
г. G. BONELLO,
г. J. MAKARCZYK,
г. R. TÜRMEIN,
г. J.-P. COSTA,
г-ѓа F. TULKENS,
г-ѓа V. STRÁŽNICKÁ,
г. P. LORENZEN,
г. M. FISCHBACH,
г. V. BUTKEVYCH,
г. J. CASADEVALL,
г. A.B. BAKA,
г. R. MARUSTE,
г-ѓа S. BOTOCHAROVA,
г-ѓа R. WEBER, *ад хок судија*,

коко и г. M. De SALVIA, *Секретар*,

Расправајќи на затворени седници на 19 јануари и 29 март 2000 година,

Ја донесе следнава пресуда, која беше усвоена на последниот наведен датум:

ПОСТАПКА

1. Случајот беше поднесен до Судот во согласност со одредбите кои се применуваа се до влегувањето во сила на Протоколот бр. 11 кон Конвенцијата за заштита на човековите права и основните слободи („Конвенцијата“)¹ од страна на Европската комисија за човекови права („Комисијата“) и од страна на романскиот државјанин, г. Aurel Rotaru („жалителот“), на 3 и 29 Јуни 1999 година, соодветно (член 5 § 4 од Протоколот бр. 11 и поранешните членови 47 и 48 од Конвенцијата).

2. Случајот беше инициран со жалбата (бр. 28341/95) против Романија поднесена до Комисијата на 22 февруари 1995 година, врз основа на поранешниот член 25 од Конвенцијата.

¹ *Забелешка на Секретарот*. Протоколот бр. 11 стапи на сила на 1 ноември 1998 година.

Жалителот изјави повреда на неговото право на почитување на неговиот приватен живот поради чување и користење на досие од страна на Романската разузнавачка служба кое ги содржи неговите лични податоци, како и повреда на неговото право на пристап до судот и неговото право на правен лек пред националните судови, кои би можеле да донесат одлука по неговата жалба за изменување или уништување на досието.

3. Комисијата ја прогласи жалбата за допуштена на 21 октомври 1996 година. Во својот извештај од 1 март 1999 година (поранешен член 31 од Конвенцијата), го изрази своето мислење дека имало повреда на членовите 8 и 13 од Конвенцијата. Целосниот текст на мислењето на Комисијата е репродуциран како анекс кон оваа пресуда.

4. На 7 јули 1999 година, панел на Големиот судски совет утврди дека за овој случај треба да одлучува Големиот судски совет (правило 100 § 1 од Деловникот на Судот). г. Birsan, судија избран од Романија, кој учествувал во разгледувањето на случајот од страна на Комисијата, се повлече од Големиот судски совет (правило 28). Следствено на тоа, Романската влада („Владата“) ја наменува г-ѓа R. Weber како ад хок судија во Големиот судски совет (член 27 § 2 од Конвенцијата и правило 29 § 1).

5. И жалителот и Владата доставија белешки.

6. Јавната расправа беше одржана во Зградата на човековите права, Стразбур, на 19 јануари 2000 година.

Пред Судот се појавија:

(а) за Владата

г-ѓа R. RIZOIU,

Агент,

г. M. SELEGEAN, правен советник, Министерство за правда,

г. T. CORLĂȚEAN, административен асистент, Постојана делегација на Романија во Советот на Европа, *Советници;*

(б) за жалителот

г. I. OLTEANU,

Адвокат,

г. F. ROTARU,

Застапник и син на жалителот.

Судот ги сослуша обраќањата на г-ѓа Rizoiu, г. Selegean, г. Olteanu и г. F. Rotaru.

ФАКТИ

I. ОКОЛНОСТИ НА СЛУЧАЈОТ

A. Осудата на жалителот во 1948 година

7. Жалителот, кој е роден во 1921 година, бил правник по професија. Тој сега е во пензија и живее во Bârlad.

8. Во 1946 година, по воспоставувањето на комунистичкиот режим, на жалителот, кој тогаш бил студент, не му била дадена дозвола од страна на префектот на округот Vaslui да објави два памфлета, „Студентска душа“ (*Suflet de student*) и „Протести“ (*Proteste*), врз основа на тоа што во нив биле изнесени анти-владини ставови.

9. Незадоволен поради тоа што не му била дадена дозвола, жалителот напишал две писма до префектот во кои се спротиставил на укинувањето на слободата на изразување од страна на режимот на новите луѓе. Како резултат на овие писма, жалителот бил лишен од слобода на 7 јули 1948 година. На 20 септември 1948 година, Народниот суд во округот Vaslui го прогласил за виновен жалителот по обвинение за навредливо однесување и го осудил на казна затвор во времетраење од една година.

B. Постапка поведена врз основа на Законодавната уредба бр. 118/1990

10. Во 1989 година, по соборувањето на комунистичкиот режим, новата влада направи да биде усвоена Законодавната уредба бр. 118/1990, која им гарантира одредени права на оние лица кои биле прогонувани од страна на комунистичкиот режим и кои не биле вклучени во фашистички активности (види став 30 подолу).

11. На 30 јули 1990 година, жалителот повел постапка пред првостепениот суд во Bârlad против Министерството за внатрешни работи, Министерството за одбрана и Одделот за вработување на округот Vaslui, барајќи да биде земена предвид затворската казна што му била изречена во пресудата од 1948 година во пресметката на неговиот работен стаж. Тој, исто така, барал исплата на соодветните права за пензионирање.

12. Судот изрекол пресуда на 11 јануари 1993 година. Потпирајќи се, меѓу другото, на изјавите на сведоците повикани од страна на жалителот (P.P и G.D.), на пресудата од 1948 година и на изјавите од Универзитетот во Iași, Судот забележа дека во периодот меѓу 1946 и 1949 година жалителот бил прогонуван на политичка основа. Судот, следствено на тоа, ја уважил неговата жалба и му доделил надомест на штета предвиден во Законодавната уредба бр. 118/1990.

13. Како дел од својата одбрана во тие постапки, Министерството за внатрешни работи достави до судот допис од 19 декември 1990 година кој бил испратен до Министерството од Романската разузнавачка служба (*Serviciul Român de Informații* – „РРС“). Дописот бил со следнава содржина:

„Како одговор на вашиот допис од 11 декември 1990 година, ви ги проследуваме резултатите од нашите проверки врз лицето Aurel Rotaru, кој живее во Bârlad:

(а) за време на неговите студии на Факултетот за науки на Универзитетот во Iași, гореспоменатото лице било член на Христијанското студентско здружение на, еден вид на „легионерско“¹ движење.

(б) во 1946 година тој се обратил до Управата за цензурирање во округот Vaslui за да му биде издадена дозвола да објави два памфлета со наслов „Студентска душа“ и „Протести“, но неговото барање било одбиено поради анти-владино ставови изнесени во нив;

(в) бил член на подмладокот на Националната селанска партија, што може да се утврди од изјавата која тој ја дал во 1948 година;

(г) нема криминално досие и, спротивно на она што тврди тој, не бил лишен од слобода во периодот што се споменува;

(д) во периодот 1946 - 1948 година, бил повикан од страна на безбедносните служби на неколку наврати, поради неговите идеи и бил испрашуван за неговите ставови ...“

В. Постапка за надомест на штета против РРС

14. Жалителот повел постапка против РРС, наведувајќи дека тој никогаш не бил член на романското легионерско движење, дека тој не бил студент на Факултетот за науки на Универзитетот во Iași, туку на Правниот факултет и дека некои од другите информации обезбедени од страна на РРС во дописот од 19 декември 1990 година биле лажни и клеветнички. Врз основа на одредбите од Граѓанскиот законик во врска со одговорноста при сторен прекршок, тој побарал надомест на штета од РРС за нематеријалната штета која ја претрпел. Тој, исто така, барал да се издаде наредба, без притоа да се повика на некоја посебна законска одредба, со која РРС треба да го измени или да го уништи

¹ Тоа значи припадност кон Легијата на Архангел Михаил, екстремно десничарско, националистичко, анти-семитско и паравоено романско движење формирано во 1927 година како дисидентско движење од движењето со слични тенденции, Лигата за христијанска национална одбрана. Од легионерското движење се изродиле голем број на политички партии кои влијаеле на романската политика во текот на 1930-тите и 1940-тите години.

досието во кое биле содржани информации за неговото наводно легионерско минатото.

15. Во пресудата од 6 јануари 1993 година, Првостепениот суд во Букурешт го отфрлил барањето на жалителот со образложение дека законските одредби за одговорност при сторен прекршок не овозможуваат тоа да биде дозволено.

16. Жалителот изјавил жалба.

17. На 18 јануари 1994 година, Окружниот суд во Букурешт утврдил дека информацијата дека жалителот бил легионер била лажна. Сепак, ја одбил жалбата со образложение дека РРС не може да се смета за несовесна служба поради тоа што РРС е само депозитар на оспорената информација, и дека, во отсуство на невнимание, правилата за одговорност при сторен прекршок не се применуваат. Судот истакнал дека информациите биле собрани од страна на безбедносните служби на државата, кои, кога биле распуштени во 1949 година, ги проследиле до *Securitate* (Оддел за државна безбедност), кој, од своја страна, ги проследил до РРС во 1990 година.

18. На 15 декември 1994 година, Апелациониот суд во Букурешт ја одбил жалбата на жалителот во врска со пресудата од 18 јануари 1994 година, врз основа на следново:

„... Судот утврди дека жалбата на жалителот е неоснована. Како законски депозитар на архивите на поранешните државни безбедносни служби, РРС, во допис бр. 705567/1990, достави до Министерството за внатрешни работи информации во врска со активностите на жалителот додека тој бил студент, во согласност со тоа што било утврдено од страна на државните безбедносни служби. Оттука, очигледно е дека судските органи немаат надлежност да ги уништат или изменат информациите во дописот напишан од страна на РРС, која е само депозитар на архивите на поранешните државни безбедносни служби. Со одвивање на неговата жалба, судските органи не го прекршиле ниту член 1 од Уставот, ниту член 3 од Граѓанскиот законик, туку ја воделе постапката во согласност со законските правила утврдени со Законот за парнична постапка.“

Г. Постапка за надомест на штета против судиите

19. На 13 јуни 1995 година жалителот повел постапка за надомест на штета против сите судии кои ја одбиле неговата жалба за изменување или уништување на досието. Тој ја засновал својата постапка на член 3 од Граѓанскиот законик, во врска со негирањето на правдата, и член 6 од Конвенцијата. Според жалителот, и Окружниот суд и Апелациониот суд во Vaslui одбиле да ја заведат неговата постапка.

Во врска со ова, жалителот поднел нова жалба до Комисијата на 5 август 1998 година, која била заведена под број на досие 46597/98 и во моментот истата е во постапка пред судот.

Д. Барање за ревизија

20. Во јуни 1997 година, Министерот за правда го информираше Директорот на РРС дека Европската комисија за човекови права ја прогласила оваа жалба на жалителот за допуштена. Следствено, Министерот побара од Директорот на РРС да се провери уште еднаш дали жалителот бил член на легионерското движење и, ако таа информација се покаже како лажна, да го извести жалителот за тој факт, така што тој потоа би можел да се повика на фактот во барањето за ревизија.

21. На 6 јули 1997 година, Директорот на РРС го информираше Министерот за правда дека информациите во дописот од 19 декември 1990 година, дека жалителот бил легионер, биле добиени консултирајќи ги нивните архиви, во кои била откриена табела, изготвена од страна на Канцеларијата за безбедност на Iași, во која се споменува, во запис 165, некое лице Aurel Rotaru, „студент по науки, член на Христијанското студентско здружение, легионер“. Директорот на РРС наведува дека табелата била со датум од 15 февруари 1937 година и притоа го изрази своето мислење дека „со оглед на тоа што г. Rotaru на тој датум имал само 16 години, не можел да биде студент на Факултетот за науки. [Оттука,] сметаме дека, за жал, направена е грешка која не наведе да претпоставиме дека г. Aurel Rotaru од Bârlad е истата личност со онаа што се појавува во таа табела како член на легионерската организација. Деталните проверки спроведени од страна на нашата институција во окрузите Iași и Vaslui не дадоа никакви други информации со кои ќе се потврди дека двете имиња се однесуваат на една иста личност.“

22. Копија од тој допис беше испратена до жалителот, кој на 25 јули 1997 година изјавил жалба до Апелациониот суд во Букурешт со барање да ја преиспита својата одлука од 15 декември 1994 година. Во неговата жалба, тој побарал декларација дека клеветничките документи се ништовни и неважечки, штети во висина од еден леј во поглед на нематеријална штета и надомест на сите трошоци и издатоци направени од почетокот на постапката, прилагодени на инфлацијата.

23. РРС се произнесе дека барањето за ревизија треба да биде отфрлено, тврдејќи дека, врз основа на дописот на Директор на РРС од 6 јули 1997 година, жалбата ја изгубила својата првична цел.

24. Во конечната одлука од 25 ноември 1997 година, Апелациониот суд во Букурешт ја укинал одлуката од 15 декември 1994 година и ја уважил постапката на жалителот, врз основа на следново:

„Се чини од дописот бр. 4173 од 5 јули 1997 година од Романската разузнавачка служба ... дека во архивите (број на полица 53172, том 796, стр. 243) има табела во која се наведени имињата на членовите на легионерските организации кои не живеат во Iași, запис 165 кој го содржи следново: „Rotaru

Aurel - студент по науки, член на Христијанското студентско здружение, легионер“. Поради тоа што тогаш кога таа табела била изготвена жалителот имал едвај 16 години, на 15 февруари 1937 година, и поради тоа што тој не ги посетувал предавањата на Факултетот за науки во Iași, и поради тоа што е утврдено од последователните проверки на документите во кои се дадени списоците со имиња на членовите на легионерските организации, името „Aurel Rotaru“ се чини дека не се поврзува со лицето кое живее во Bârlad чии лични податоци се совпаѓаат со оние на жалителот, Романската разузнавачка служба смета дека, за жал, грешка е направена и дека лицето споменато во табелата не е жалителот.

Имајќи го предвид овој допис, Судот смета дека ги задоволува барањата од член 322-5 од Законот за парнична постапка каков што е, за целосно изменување на претходно утврдените факти. Документот содржи детали кои не било можно да се обезбедат во некоја претходна фаза во постапката од причини надвор од контрола на жалителот.

Оттука, датумот на кој *Securitate* бил формиран и начинот на кој поранешните безбедносни служби биле организирани не се релевантни фактори. Слично на тоа, фактот, иако вистинит, дека Романската разузнавачка служба е само депозитар на архивите на поранешните безбедносни служби, не е релевантен. Она што е важно е фактот дека дописот бр. 705567 од 19 декември 1990 година од Романската разузнавачка служба (Воена единица бр. 05007) содржи детали кои не се однесуваат на жалителот, така што информациите во тој допис се лажни во однос на него и, ако и понатаму се чуваат истите, сериозно би му наштетиле на неговото достоинство и чест.

Врз основа на горенаведеното и во согласност со претходнонаведените законски одредби, барањето за ревизија е оправдано и мора да биде дозволено. Оттука следува дека претходните одлуки во овој случај мора да бидат отфрлени и дека поднесената постапка на жалителот се уважува.“

25. Судот не издаде никаква наредба за надомест на штети или трошоци.

II. РЕЛЕВАНТНО ДОМАШНО ЗАКОНОДАВСТВО

A. Устав

26. Релевантни одредби од Уставот се следниве:

Член 20

„(1) Уставните одредби за правата и слободите на граѓаните се толкуваат и применуваат во согласност со Универзалната декларација за човекови права, договорите и другите спогодби чиј потписник е Романија.

(2) Во случај на судир меѓу договорите и спогодбите за основните човекови права чиј потписник е Романија, како и домашното законодавство, ќе преовладаат меѓународните инструменти.“

Член 21

„(1) Секој може да поднесе барање до судовите за заштита на неговите права, слободи и легитимни интереси.

(2) Примената на ова право не смее да биде ограничена со ниту еден закон.“

Б. Граѓански законик

27. Релевантни одредби од Граѓанскиот законик се следниве:

Член 3

„Судија кој одбива да суди, под изговор дека законот е недоречен, нејасен или непотполн, може да се гони под обвинение за негирање на правдата.“

Член 998

„За секое дело сторено од страна на лице кое предизвикува штета на друго лице, лицето со чија вина била предизвикана штетата ќе се смета за одговорно да ја надомести направената штета.“

Член 999

„Лицето ќе биде одговорно за штетата што ја предизвикало не само со вршењето на неговото дело, туку и со неговото непостапување или неговата небрежност.“

В. Закон на парнична постапка

28. Релевантна одредба од Законот на парнична постапка е следнава:

Член 322-5

„Може да се достави барање за ревизија на конечната одлука ... во која писмените докази кои биле затаени од страна на спротивната страна или кои било невозможно да се обезбедат од причини надвор од контрола на страните, се откриени по изрекувањето на одлуката ...“

Г. Уредба бр. 31 од 1954 година за физички и правни лица

29. Релевантните одредби од Уредбата бр. 31 од 1954 година за физички и правни лица гласат:

Член 54

„(1) Секој чие право ... на чест, углед ... или било кое друго неекономско право е повредено може да поднесе барање до судовите за издавање на судски налог со кој ќе се забрани делото со кое се кршат претходноспоменатите права.

(2) Слично на тоа, секој кој бил жртва на таков вид на повреда на правата може да побара од судовите да му наредат на лицето одговорно за незаконското дело да ја спроведе онаа мерка која судот ја смета за неопходна со цел да ги поврати неговите права.“

Член 55

„Ако лицето одговорно за незаконско дело, во временски рамки дозволени од страна на судот, не го изврши она што му е наложено да го направи со цел да ги поврати повредените права, судот може да го казни да плаќа периодична парична казна на Државата ...“

Д. Законодавна уредба бр. 118 од 30 март 1990 година за доделување одредени права на лицата кои биле прогонувани на политичка основа од страна на диктаторскиот режим воспоставен на 6 март 1945 година

30. Во тоа време, релевантните одредби од Законодавната уредба бр. 118/1990 гласеле:

Член 1

„Следните периоди се земаат предвид при одредување на стажот и како такви се користат за целите на пресметување на пензија и други права кои произлегуваат од стажот: периодите кога лицето, по 6 март 1945 година, од политички причини -

(а) служело условна казна изречена во конечна судска одлука или било притворено во очекување на судската постапка за политички кривични дела;

...“

Член 5

„Комисија составена од претседател и најмногу шест други членови се формира во секој округ ... со цел да се провери дали барањата утврдени во член 1 се исполнети. ...

Претседателот мора да е правно квалификуван. Комисијата вклучува двајца претставници од управите за вработување и социјална политика, и најмногу четири претставници од здружението на поранешните политички притвореници и жртви на диктатурата.

...“

Член 6

„Засегнатите лица можат да докажат дека ги исполнуваат условите утврдени во член 1 со помош на официјалните документи издадени од надлежните органи или ... било кој друг материјал со доказна вредност.

...

Член 11

„Одредбите на оваа Уредба нема да се применуваат за лица кои биле осудени за злосторства против човештвото или за оние лица за кои е утврдено, преку постапката наведена во членовите 5 и 6, дека биле ангажирани во фашистички активности во рамките на фашистичката организација.“

Г. Закон бр. 14 од 24 февруари 1992 година за организацијата и работата на Романската разузнавачка служба

31. Релевантни одредби од Законот бр. 14 од 24 февруари 1992 година за организацијата и работата на Романската разузнавачка служба, објавен во Службен весник на 3 март 1992 година, се следниве:

Дел 2

„Романската разузнавачка служба е организирана и ги спроведува сите активности чија цел е прибирање, проверка и користење на информации кои се потребни за откривање, спречување и обесхрабрување на какви било дејствија кои, според законот, претставуваат закана за националната безбедност на Романија.“

Дел 8

„Романската разузнавачка служба е овластена да ги чува и користи сите соодветни ресурси со цел да ги обезбеди, потврди, класификува и складира информациите кои влијаат на националната безбедност, во согласност со она што е предвидено со закон.“

Дел 45

„Сите интерни документи на Романската разузнавачка служба се тајни, се чуваат во сопствените архиви и може да се консултираат само со согласност на директорот, во согласност со она што е предвидено со закон.

Документите, податоците и информациите кои и припаѓаат на Романската разузнавачка служба нема да бидат објавени четириесет години по нивното архивирање.

Романската разузнавачка служба, за да ги чува и да ги користи, ги презема сите национално-безбедносни архиви кои им припаѓале на поранешните разузнавачки служби кои работеле на територијата на Романија.

Национално-безбедносни архивите на поранешниот Оддел за државна безбедност *Securitate* нема да бидат јавни четириесет години по датумот на донесувањето на овој Закон.“

Е. Закон бр. 187 од 20 октомври 1999 година за пристап на граѓаните до личните досиеја водени за нив од страна на *Securitate*, донесен со намера да се открие природата на таа организација како политичка полициска сила

32. Релевантни одредби од Законот бр. 187 од 20 октомври 1999 година, кој стапи во сила на 9 декември 1999 година, се следниве:

Дел 1

„(1) Сите романски државјани, и сите странци кои добиле романско државјанство од 1945 година, имаат право на увид во досиејата водени за нив од страна на органите на *Securitate* ... Ова право се применува по барање и овозможува проверка на самото досие и добивање на копии од сите документи содржани во него или во врска со неговата содржина.

(2) Покрај тоа, секое лице кое е предмет на одредено досие од кои се чини дека тој или таа бил под надзор од страна на *Securitate* има право, по барање, да го знае идентитетот на агентите и соработниците на *Securitate* кои обезбедиле документи за во досието.

(3) Освен ако не е поинаку предвидено со закон, правата предвидени во подделовите (1) и (2) се достапни за преживеаните сопружници и роднини до второ колено на починатото лице.“

Дел 2

„(1) Со цел да се обезбеди правото на пристап до информации од јавен интерес, сите романски државјани ..., медиумите, политичките партии ... имаат право да бидат информирани ... ако било кое од лицата поставени на следниве позиции или кои сакаат да бидат поставени на тие позиции биле агенти или соработници на *Securitate*:

(а) Претседател на Романија;

(б) член на Парламентот или на Сенатот; ...“

Дел 7

„Национален совет за проучување на архивите на *Securitate* ... (во натамошниот текст „Советот“), со седиште во Букурешт, се формира со цел одредбите од овој закон да се применат.

Советот е автономен орган со правен карактер и подлежи на надзор од страна на Парламентот. ...“

Дел 8

„Советот е составен од колегиум од единаесет членови.

Членовите на колегиумот на Советот се именуваат од страна на Парламентот, на предлог на пратеничките групи, во согласност со политичкиот состав на двата дома ... со мандат од шест години, со можност за само еден реизбор.“

Дел 13

„(1) Корисниците на овој закон можат, во согласност со дел 1 (1), да побараат од Советот -

(а) да им се дозволи да ги консултираат досиејата ... направени од страна на *Securitate* до 22 декември 1989 година;

(б) да им се издадат копии од ... овие досиеја ...;

(в) да им се издадат потврди за нивно членување или нечленување во *Securitate* и за нивна соработка или несоработка со службата;

...“

Дел 14

„(1) Содржината на потврдите во согласност со дел 13 (1)(в) може да биде оспорена пред колегиумот на Советот ...“

Дел 15

„(1) Правото на пристап до информации од јавен интерес се применува со барање испратено до Советот. ...

...

(4) Како одговор на барањата упатени во согласност со дел 1, Советот ќе ги провери доказите на располагање, во која било форма, и веднаш ќе издаде потврда ...“

Дел 16

„(1) Секој корисник или лице за кое е побарана проверка може да ја оспори пред колегиумот на Советот потврдата издадена во согласност со дел 15. ...

Одлуката на групата може да биде оспорена ... во Апелациониот суд ...“

ПРАВО

I. ПРЕЛИМИНАРНИ ПРИГОВОРИ НА ВЛАДАТА

A. Статусот на жалителот како жртва

33. Како примарен поднесок, Владата изјави - како што направи и пред Комисијата - дека жалителот повеќе не може да тврди дека е „жртва“ на повреда на Конвенцијата во рамките на значењето на член 34. Владата истакна дека жалителот го добил својот случај во Апелациониот суд во Букурешт, поради тоа што тој суд, во својата пресуда од 25 ноември 1997 година, ги прогласил за ништовни и неважечки деталите содржани во дописот од 19 декември 1990 година од Романската разузнавачка служба (Serviciul Român de Informații – „PPC“), а според мислењето на Владата, единствената повреда на правата на жалителот произлегува од тој допис.

Во секој случај, Владата понатаму наведе, дека на жалителот сега му е достапна постапката која се воведува со Законот бр. 187 од 20 октомври 1999 година, која му ги нуди сите гаранции кои ги бара Конвенцијата за заштита на неговите права.

34. Жалителот побарал од судот да продолжи со разгледување на случајот. Тој тврдел дека околностите кои довеле до поднесување на жалбата не биле коренито променети по одлуката од 25 ноември 1997 година. Најпрво, самиот факт на признавање, по одлуката на Комисијата за допуштеност, дека била направена грешка, не може да ја достигне висината на соодветниот надомест за повредите на Конвенцијата. Второ, тој и натаму немал пристап до неговото тајно досие, кое не само што се чувало од страна на PPC, туку исто така и се користило од службата. Следствено на тоа, не треба да се изостави дека, дури и по одлуката од 25 ноември 1997 година, PPC можеби ги користела информациите дека жалителот наводно бил легионер, како и сите други информации содржани во неговото досие.

35. Судот повтори, што се однесува до концептот на жртва, дека поединецот може, под одредени услови, да тврди дека е жртва на повреда предизвикана од самото постоење на тајни мерки или на законодавството кое дозволува примена на тајни мерки, без притоа да мора да потврди дека таквите мерки всушност биле применети врз него (види ја пресудата за случајот Klass и други против Германија од 6 септември 1978 година, Серија А, бр. 28, стр. 18-19, § 34). Покрај тоа, „одлука или мерка во корист на жалителот во принцип не е доволна за да го лиши лицето од неговиот статус на „жртва“ освен ако националните судови признаат, експлицитно или во основа, а потоа понудат надомест за повредата на Конвенцијата“ (види ја пресудата за

случајот Амишг против Франција од 25 јуни 1996 година, *Извештаи за пресуди и одлуки* 1996-III, стр. 846, § 36, и Dalban против Романија [GC], бр. 28114/95, § 44, ЕСЧП 1999-VI).

36. Во овој конкретен случај, Судот забележа дека жалителот изјавил жалба поради водењето на таен регистар кој содржел информации за него, чие постоење било јавно објавено во текот на судската постапка. Судот смета дека тој може, на таа основа, да тврди дека е жртва на повреда на Конвенцијата.

Судот исто така забележа дека во пресудата од 25 ноември 1997 година, Апелациониот суд во Букурешт утврдил дека деталите наведени во дописот од 19 декември 1990 година во врска со наводниот факт дека жалителот бил легионер се лажни, поради тоа што информациите најверојатно се однесуваат на некое друго лице со исто име, и ги прогласи истите за ништовни и неважечки.

Претпоставувајќи дека може да се смета дека со таа пресуда, до одреден степен, му се доделува на жалителот надомест за постоењето на информации во неговото досие кои се докажа дека биле лажни, Судот е на мислење дека таквиот надомест е само делумен и дека во секој случај е недоволен според судската пракса за да му се одземе на лицето неговиот статус на жртва. Покрај горенаведените размислувања за тоа дека лицето е жртва како резултат на водењето на тајно досие, Судот посебно укажува на следниве фактори.

Информацијата дека жалителот наводно бил легионер очигледно се уште е евидентирана во досиејата на РРС, а пресудата од 25 ноември 1997 година не се споменува во тоа досие. Покрај тоа, Апелациониот суд не дал никакво мислење – а и не бил овластен да го стори тоа – во врска со фактот дека РРС била овластена врз основа на романското законодавство да чува и користи досиеја отворени од страна на поранешните разузнавачки служби, кои содржеле информации за жалителот. Главниот приговор поднесен до Судот од страна на жалителот бил дека домашното законодавство не го утврдува со доволна прецизност начинот на кој РРС мора да ја спроведува својата работа и дека не им обезбедува на граѓаните ефикасен правен лек пред националните судови.

На крајот, Апелациониот суд во Букурешт, во својата пресуда од 25 ноември 1997 година, не донесе одлука во врска со барањето на жалителот за надомест на нематеријалната штета и за трошоците и издатоците.

37. Што се однесува до Законот бр. 187 од 20 октомври 1999 година, на кој се повикува Владата, Судот смета, имајќи ги предвид околностите на овој случај, дека тој закон не е релевантен (види став 71 подолу).

38. Судот заклучи дека жалителот може да тврди дека е „жртва“ за целите на член 34 од Конвенцијата. Оттука, приговорот мора да биде отфрлен.

Б. Исцрпување на домашните правни лекови

39. Владата, исто така, наведе дека жалбата е недопуштена заради неуспехот да се искористат домашните правни лекови. Владата тврди дека жалителот имал лек кој тој не го употребил, имено, тоа е постапка врз основа на Уредбата бр. 31/1954 за физички и правни лица, врз основа на која, судот може да нареди примена на било која мерка со цел да се спречи повреда на угледот на едно лице.

40. Судот забележа дека постои тесна врска меѓу аргументот на Владата за ова пташање и основаноста на приговорите поднесени од страна на жалителот врз основа на член 13 од Конвенцијата. Следствено на тоа, судот го спојува овој приговор со основаноста (види став 70 подолу).

II. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕН 8 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

41. Жалителот изјави жалба дека РРС води и во секој момент може да употреби информации во врска со неговиот приватен живот, дел од кои биле лажни и клеветнички. Тој наведува повреда на член 8 од Конвенцијата, кој предвидува:

„1. Секој има право на почитување на неговиот приватен и семеен живот, на неговиот дом и кореспонденција.

2. Не е дозволено мешање од страна на јавен орган при остварувањето на ова право, освен ако тоа е во согласност со законот и е неопходно во едно демократско општество во интерес на националната безбедност, јавната безбедност или економската благосостојба на земјата, за спречување на немири или вршење на кривични дела, за заштита на здравјето и моралот, или за заштита на правата и слободите на другите лица.“

А. Применливост на член 8

42. Владата негира дека член 8 бил применлив, тврдејќи дека информациите во дописот на РРС од 19 декември 1990 година не се однесувале на приватниот живот на жалителот туку на неговиот јавен живот. Со одлуката да биде вклучен во политички активности и да објави памфлети, жалителот имплицитно се откажал од неговото право на „анонимност“ што е својствено за приватниот живот. Што се

однесува до неговото испрашување од страна на полицијата и неговото криминално досие, тоа се информации од јавен карактер.

43. Судот повтори дека складирањето на информации во врска со приватниот живот на едно лице во таен регистар и обелоденувањето на таквите информации спаѓаат во рамките на опсегот на член 8 § 1 (види ја пресудата за случајот *Leander* против Шведска од 26 март 1987 година, Серија А, бр. 116, стр. 22, § 48).

Исто така, почитувањето на приватниот живот мора, до одреден степен, да го вклучи и правото за воспоставување и развој на односи со други луѓе: освен тоа, не постои причина да се оправда исклучувањето на активностите од професионален или деловен карактер од поимот „приватен живот“ (види ја пресудата за случајот *Niemietz* против Германија од 16 декември 1992 година, Серија А, бр. 251-Б, стр. 33-34, § 29, и пресудата за случајот *Halford* против Обединетото Кралство од 25 јуни 1997 година, *Извештаи* 1997-III, стр. 1015-1016, § § 42-46).

Судот веќе ја истакна сличноста на ова широко толкување со она на Конвенцијата на Советот на Европа од 28 јануари 1981 година за заштита на поединците во поглед на автоматската обработка на лични податоци, која стапи на сила на 1 октомври 1985 година, чија цел е „да осигура ... за секој поединец ... почитување на неговите права и основни слободи, а посебно неговото право на приватност во поглед на автоматската обработка на личните податоци кои се однесуваат на тоа лице“ (член 1), таквите лични податоци се дефинирани во член 2 како „информации кои се однесуваат на идентификуван поединец или поединец кој може да се идентификува“ (види *Atam* против Швајцарија [GC], бр. 27798/95, § 65, ЕСЧП 2000-II).

Покрај тоа, информациите од јавен карактер може да спаѓаат во рамките на доменот на приватен живот, при што истите систематски се собираат и складираат во досиеја кои се водат од страна на органите. Ова посебно важи за оние информации кои се однесуваат на далечното минато на едно лице.

44. Во овој конкретен случај, Судот забележа дека дописот на РРС од 19 декември 1990 година содржел најразлични информации за животот на жалителот, поточно за неговите студии, неговите политички активности и неговото криминално досие, од кои некои биле собрани од пред повеќе од педесет години. Според мислењето на Судот, таквите информации, доколку систематски се собираат и чуваат во едно досие кое го водат државните агенти, спаѓаат во рамките на доменот на „приватен живот“ за целите на член 8 § 1 од Конвенцијата. Ова особено важи во овој конкретен случај, поради тоа што некои од информациите се прогласени за лажни и постои веројатност да му наштетат на угледот на жалителот.

Следствено на тоа, член 8 е применлив.

Б. Усогласеност со член 8

1. Дали имало мешање

45. Во поднесокот на Владата, три услови мора да бидат исполнети пред да може да се каже дека имало мешање во правото на почитување на приватниот живот: мора да се чуваат информации за лицето, тие информации мора да биле искористени и мора да било невозможно лицето да ги побие истите. Во овој конкретен случај, како и да е, чувањето, како и користењето на информациите кои се однесуваат на жалителот се случило пред Романија да ја ратификува Конвенцијата. Што се однесува до наводната неможност да се побият информациите, Владата изјави дека, напротив, постоела можност жалителот да ги побие лажните информации, но дека тој не ги употребил соодветните правни лекови.

46. Судот истакна дека чувањето на информации од страна на јавен орган во врска со приватниот живот на едно лице, како и нивната употреба и одбивањето да се даде можност истите да се побият претставува мешање во правото на почитување на приватниот живот гарантирано со Член 8 § 1 од Конвенцијата (види ги следните пресуди: *Leander* - цитиран погоре, стр. 22, § 48; *Корп* против Швајцарија, од 25 март 1998 година, *Извештаи* 1998-II, стр. 540, § 53; и *Атанн* - цитиран погоре, § § 69 и 80).

Во овој конкретен случај, јасно е од дописот на РРС од 19 декември 1990 година дека РРС чувала информации во врска со приватниот живот на жалителот. Иако тој допис, очигледно, е со датум пред влегувањето во сила на Конвенцијата во Романија, а тоа е 20 јуни 1994 година, Владата не изјави дека РРС престанала да чува информации во врска со приватниот живот на жалителот по тој датум. Исто така, Судот забележа дека некои од информациите биле користени и по тој датум, како на пример, во врска со барањето за ревизија, што доведе до одлуката од 25 ноември 1997 година.

Чувањето и користењето на тие информации, како и одбивањето да му се даде можност на жалителот да ги побие истите, претставува мешање во правото на почитување на неговиот приватен живот гарантирано со член 8 § 1.

2. Оправдување на мешањето

47. Клучното прашање кое се поставува е дали мешањето, онакво какво што е утврдено, е оправдано во согласност со став 2 од член 8. Тој став, поради тоа што предвидува исклучок од правото гарантирано со Конвенцијата, треба да се толкува ограничено. Иако Судот призна дека постоењето на разузнавачки служби во едно демократско

општество е легитимно, повтори дека овластувањата за таен надзор врз граѓаните се прифатливи според Конвенцијата само доколку тоа е строго неопходно за заштита на демократските институции (види ја пресудата за случајот Klass и други, цитиран погоре, стр. 21, § 42).

48. Ако не е спротивно на член 8, таквото мешање мора да биде „во согласност со законот“, мора да има легитимна цел во согласност со став 2 и, уште повеќе, да биде неопходно во едно демократско општество за да се постигне таа цел.

49. Владата смета дека мерките за кои станува збор биле во согласност со законот. Информациите за кои станува збор биле откриени од страна на РРС во врска со постапката предвидена во Законодавната уредба бр. 118/ 1990, која има за цел да им додели надомест на штетата која ја претрпеле лицата прогонувани од страна на комунистичкиот режим. Врз основа на член 11 од таа Законодавна уредба, мерка за надомест на штета не може да се додели на лица кои биле ангажирани во фашистички активности.

50. Во поднесокот на жалителот, чувањето и користењето на досието за него не биле во согласност со законот, бидејќи домашното законодавство не било доволно прецизно за да им укаже на граѓаните во какви околности и под кои услови јавните органи се овластени да поднесуваат информации за нивниот приватен живот и да ги користат истите. Домашното законодавство, исто така, не го дефинира со доволна прецизност начинот на остварување на таквите овластувања и не предвидува никакви гаранции од злоупотреби.

51. Комисијата смета дека домашното законодавство не ги дефинира со доволна прецизност околностите во кои РРС може да архивира, обелоденува и користи информации во врска со приватниот живот на жалителот.

52. Судот ја повтори својата утврдена судска пракса, според која изразот „во согласност со законот“ не само што бара оспорената мерка да има основа во домашното законодавство, туку, исто така, се однесува и на квалитетот на законот во прашање, барајќи истиот да биде достапен за лицето, како и неговите ефекти да бидат предвидливи (види, како најнов, *Amann*, цитиран погоре, § 50).

53. Во овој конкретен случај, Судот забележа дека член 6 од Законодавната уредба бр. 118/1990, на која се повикува Владата како основа за оспорената мерка, му дава можност на секој поединец да докаже дека ги задоволува барањата за да му бидат доделени одредени права, со помош на официјални документи издадени од страна на надлежните органи или било кој друг материјал со доказна вредност. Сепак, со одредбата не се утврдува начинот на кој таквите докази може да се добијат и не му дава никакво овластување на РРС да собира, чува или открива информации во врска со приватниот живот на лицето.

Затоа, Судот мора да утврди дали Законот бр. 14/1992 за организацијата и работата на РРС, на кој исто така се повикува Владата, може да обезбеди правна основа за овие мерки. Во врска со ова, забележа дека предметниот закон го овластува РРС да собира, чува и користи информации кои влијаат на националната безбедност. Судот изрази сомнеж во врска со релевантноста на информациите кои се чуваат за жалителот во однос на националната безбедност. Како и да е, Судот повтори дека првенствено националните органи, особено судовите, треба да го толкуваат и применуваат домашното законодавство (види ја пресудата за случајот Корр, цитиран погоре, стр. 541, § 59) и забележа дека, во својата пресуда од 25 ноември 1997 година, Апелациониот суд во Букурешт потврдил дека е законски РРС да чува вакви информации како депозитар на архивите на поранешните безбедносни служби.

Оттука, Судот може да заклучи дека чувањето на информации во врска со приватниот живот на жалителот има основа во романското законодавство.

54. Што се однесува до достапноста на законите, Судот смета дека тој услов е исполнет, од причина што Законот бр. 14/1992 е објавен во Службениот весник на Романија на 3 март 1992 година.

55. Што се однесува до барањето за предвидливост, Судот повтори дека едно правило е „предвидливо“ доколку истото е формулирано со доволна прецизност со цел да му се овозможи на секој поединец - ако е потребно со соодветен совет - да го регулира своето однесување. Судот ја истакна важноста на овој концепт во однос на тајниот надзор на следниов начин (види ја пресудата за случајот Malone против Обединетото Кралство од 2 август 1984 година, Серија А, бр. 82, стр. 32, § 67, повторена во *Amann* цитиран погоре, § 56):

„Судот го повтори своето мислење дека изразот „во согласност со законот“ не се однесува само на домашното законодавство, туку, исто така, се однесува и на квалитетот на „законот“, кој треба да биде компатибилен со владеењето на правото, што експлицитно се наведува во преамбулата на Конвенцијата ... Изразот, оттука, значи - а тоа произлегува од предметот и целта на член 8 - дека мора да постои мерка во домашното законодавство за правна заштита од произволно мешање од страна на јавните органи во правата гарантирани во став 1 ... Особено кога овластувањата на извршната власт се остваруваат во тајност, опасноста од произволност е очигледна ...

... Поради тоа што спроведувањето во пракса на мерките за тајно следење на комуникациите не подлежи на контрола од страна на засегнатите поединци или од страна на пошироката јавност, би било спротивно на владеењето на правото, правната дискреција доделена на извршната власт да се изрази во смисла на неограничена моќ. Како резултат на тоа, законот мора да го утврди обемот на таквата дискреција доделена на надлежните органи и начинот на примена на таквата дискреција со доволно јасност, имајќи ја предвид легитимната цел на оваа мерка, која, за поединецот, предвидува соодветна заштита од произволно вмешување.“

56. „Квалитетот“ на повиканите законски правила во овој случај мора да биде внимателно разгледан, со цел, конкретно, да се утврди дали домашното законодавство ги утврдува со доволна прецизност околностите во кои РРС може да чува и користи информации во врска со приватниот живот на жалителот.

57. Судот забележа, во врска со ова, дека дел 8 од Законот бр. 14/1992 предвидува дека информациите кои влијаат на националната безбедност може да се собираат, евидентираат и архивираат во тајни досиеја.

Ниту една одредба од домашното законодавство, сепак, не ги утврдува ограничувањата при извршувањето на тие овластувања. Оттука, на пример, гореспоменатиот Закон не го дефинира видот на информации кои може да се евидентираат, потоа, категориите на лица врз кои може да се применат мерките за надзор, какви што се собирање и чување на информации, околностите во кои таквите мерки може да се преземат или која постапка треба да се следи. Слично на ова, Законот не утврдува ограничувања за староста на информациите кои се чуваат, ниту за должината на временскиот период во кој истите може да се чуваат.

Дел 45 од Законот го овластува РРС да ги преземе на чување и користење архивите кои им припаѓале на поранешните разузнавачки служби кои работеле на територијата на Романија и предвидува можност за проверка на документите на РРС со согласност на Директорот.

Судот забележа дека овој дел не содржи експлицитна, детална одредба во врска со лицата кои се овластени да ги консултираат досиејата, природата на досиејата, постапката која треба да се следи или за користењето на информациите добиени на тој начин.

58. Исто така, Судот забележа дека, иако дел 2 од Законот ги овластува надлежните органи да одобрат вмешување кое е неопходно за да се спречат и отстранат заканите по националната безбедност, основата за одобрување на таквото вмешување не е утврдена со доволна прецизност.

59. Судот, исто така, мора да биде убеден дека постојат соодветни и ефикасни заштитни мерки против злоупотреба, поради тоа што системот за таен надзор кој има за цел да ја заштити националната безбедност ја вклучува опасноста од поткопување, па дури и уништување на демократијата врз основа на нејзината одбрана (види ја пресудата за случајот Klass и други, цитиран погоре, стр. 23-24, § § 49-50).

За да бидат системите за таен надзор компатибилни со член 8 од Конвенцијата, тие мора да содржат гаранции утврдени со закон кои се применуваат за надзор на активностите на соодветните служби.

Постапките за надзор мора да ги следат вредностите на демократското општество што е можно поверодостојно, особено владеењето на правото, што е изречно наведено во Преамбулата на Конвенцијата. Владеењето на правото подразбира, *меѓу другото*, дека мешањето на извршната власт во правата на поединецот треба да биде предмет на ефикасен надзор, кој вообичаено треба да се врши од страна на судството, барем како последно средство, од причини што судската контрола нуди најдобри гаранции на независност, непристрасност и правилна постапка (види ја пресудата за случајот *Klass* и други, цитиран погоре, стр. 25-26, § 55).

60. Во овој конкретен случај, Судот забележа дека романскиот систем за собирање и архивирање на информации не дава такви гаранции, ниту пак е предвидена постапка за надзор во Законот бр. 14/1992, без оглед на тоа дали додека изречената мерка е на сила или потоа.

61. Оттука, Судот смета дека домашното законодавство не ги утврдува со разумна јасност обемот и начинот на остварување на релевантната дискреција која им е доделена на јавните органи.

62. Судот заклучи дека чувањето и користењето на информации во врска со приватниот живот на жалителот од страна на РРС не биле „во согласност со законот“, факт кој е доволен за да се утврди повреда на член 8. Исто така, во овој конкретен случај, тој факт го спречува Судот да ја ревидира легитимноста на целта на изречените мерки и да утврди дали истите биле - претпоставувајќи дека целта е легитимна – „неопходни во едно демократско општество“.

63. Следствено на тоа, постои повреда на член 8.

III. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕН 13 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

64. Жалителот изјави жалба дека непостоењето на било каков правен лек пред домашните судови кои би можеле да донесат одлука во врска со неговото барање за уништување на досието кое содржело информации за него и измена на неточните информации, исто така, е спротивно на член 13, кој предвидува:

„Секое лице, чии права и слободи утврдени со Конвенцијата се повредени, ќе има ефикасен правен лек пред домашните судови, без оглед на тоа што повредата била сторена од лица кои вршеле службена должност.“

65. Владата тврди дека жалителот бил обесштетен со пресудата од 25 ноември 1997 година, во која деталите содржани во дописот на РРС од 19 декември 1990 година беа прогласени за ништовни и неважечки. Што се однесува до уништувањето или измената на информациите во досието кое се води од страна на РРС, Владата смета дека жалителот

не го избрал соодветниот правен лек. Тој можел да поведе постапка врз основа на Уредбата бр. 31 од 1954 година, член 54 § 2, со кој се овластува судот да изрече мерки за да се поврати повреденото право, во овој конкретен случај, правото на жалителот на чест и углед.

Владата, понатаму, истакна дека жалителот сега може да се потпре на одредбите на Законот бр. 187 од 1999 година, да изврши увид во досието отворено за него од страна на *Securitate*. Според деловите 15 и 16 од овој Закон, жалителот може да ја оспори пред судот вистината на информациите содржани во неговото досие.

66. Според мислењето на Комисијата, Владата не успеа да покаже дека во романското законодавство постои правен лек кој е ефикасен во пракса, како и законски, кој ќе му овозможи на жалителот да изјави жалба за повреда на член 8 од Конвенцијата.

67. Судот повторил дека постојано го толкува член 13 на начин дека е потребен правен лек во домашното законодавство само во однос на жалбите кои може да се сметаат за „спорни“ во смисла на Конвенцијата (види, на пример, *Çakıcı против Турција* [GC], бр. 23657/94, § 112, ЕСЧП 1999-IV). Член 13 гарантира достапност на правен лек на национално ниво за спроведување на суштината на правата и слободите предвидени со Конвенцијата во било која форма во која може да бидат обезбедени во домашниот правен поредок. Затоа, овој член бара да се обезбеди домашен правен лек кој ќе му овозможи на „надлежниот национален орган“ да се справи со суштината на релевантниот приговор кон Конвенцијата и да даде соодветна помош, иако на договорните држави им се доделува одредена дискреција во однос на начинот на кој тие се придржуваат кон нивната обврска во согласност со оваа одредба. Правниот лек мора да биде „ефикасен“ во пракса, но и законски (види *Wille против Лихтенштајн* [GC], бр. 28396/95, § 75, ЕСЧП 1999-VII).

68. Судот забележа дека жалбата на жалителот во врска со тоа што РРС чува информации во врска со неговиот приватен живот за цели на архивирање и користење, спротивно на член 8 од Конвенцијата, е несомнено „спорна“. Оттука, тој има право на ефикасен домашен правен лек во рамките на значењето на член 13 од Конвенцијата.

69. „Органот“ наведен во член 13 не мора во сите случаи да биде судски орган во строга смисла на зборот. Сепак, овластувањата и процедуралните гаранции кои ги поседува еден орган се од значење при утврдувањето дали правниот лек кој е на располагање е ефикасен (види ја пресудата за случајот *Klass* и други, цитиран погоре, стр. 30, § 67).

Понатаму, кога станува збор за таен надзор, објективна надзорна машинерија може да биде доволна само ако мерките се тајни. Во оној момент кога мерките ќе бидат обелоденети, правните лекови мора да бидат достапни за поединецот (*ibid.*, стр. 31, § § 70-71).

70. Во овој конкретен случај, Владата изјави дека жалителот можел да поведе постапка врз основа на член 54 од Уредбата бр. 31/1954. Според мислењето на Судот, тој поднесок не може да се прифати.

Прво, истакна дека член 54 од Уредбата предвидува општа постапка пред судовите, со цел да се заштитат нематеријалните права кои биле незаконски прекршени. Апелациониот суд во Букурешт, сепак, наведува во својата пресуда од 25 ноември 1997 година дека РРС е овластена, со домашното законодавство, да чува информации во врска со жалителот кои произлегуваат од досиејата на поранешните разузнавачки служби.

Второ, Владата не утврди постоење на домашна одлука со која би се воспоставила судска пракса за ваквите прашање. Оттука, не се покажа дека таквиот правен лек би бил ефикасен. Затоа, овој прелиминарен приговор од страна на Владата мора да биде отфрлен.

71. Што се однесува до машинеријата предвидена во Законот бр. 187/ 1999, под претпоставка дека предвидениот Совет е формиран, Судот забележа дека ниту одредбите на кои се повикува обвинетата Влада, ниту која било друга одредба од тој закон, не овозможуваат да се оспори чувањето, од страна на државните агенти, на информации во врска со приватниот живот на едно лице или вистинитоста на таквите информации. Надзорната машинерија утврдена во деловите 15 и 16 се однесува само на откривање на информации во врска со идентитетот на некои од соработниците и агентите на *Securitate*.

72. Судот не е информиран за било која друга одредба од романското законодавство што би овозможила да се оспори чувањето, од страна на разузнавачките служби, на информации во врска со приватниот живот на жалителот или да се побие вистинитоста на таквите информации.

73. Врз основа на тоа, Судот заклучи дека жалителот бил жртва на повреда на член 13.

IV. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕН 6 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

74. Жалителот изјави жалба дека одбивањето од страна на судовите да ги разгледаат неговите барања за надомест на трошоци и штети е повреда на неговото право за правично судење, што е спротивно на член 6 од Конвенцијата, кој предвидува:

„При утврдувањето на неговите граѓански права и обврски ... секој има право на ... сослушување ... од страна на ... трибунал ...“

75. Владата, во врска со ова, не се произнесе.

76. Комисијата одлучи да ја разгледа жалбата врз основа на поопштата обврска, која им се наметнува на државите со член 13, и да

понуди ефикасен правен лек кој ќе овозможи да се изјават жалби за повреди на Конвенцијата.

77. Судот забележа дека, покрај жалбата, разгледана погоре, не постои правен лек со кој може да се поднесе барање за измена или уништување на досие кое содржи информации за него, жалителот, исто така, изјави жалба дека Апелациониот суд во Букурешт, иако законски го уважил барање за надомест на штета и трошоци, не донел одлука за ова прашање во својата пресуда за ревизија од 25 ноември 1997 година.

78. Нема сомнение дека барањето на жалителот за надомест на нематеријална штета и трошоци е граѓанско право во рамките на значењето на член 6 § 1, а Апелациониот суд во Букурешт имал надлежност да постапува (види ја пресудата за случајот *Robins* против Обединетото Кралство од 23 септември 1997 година, *Извештаи* 1997-V, стр. 1809, § 29).

Судот, соодветно на тоа, смета дека е неуспех на Апелациониот суд што не увидел дека со барањето е повредено правото на жалителот на правично судење во рамките на значењето на член 6 § 1 (види ја пресудата за случајот *Ruiz* Тогџа против Шпанија од 9 декември 1994 година, Серија А, бр. 303. - А, стр. 12-13, § 30).

79. Оттука, исто така, постои повреда на член 6 § 1 од Конвенцијата.

V. ПРИМЕНА НА ЧЛЕН 41 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

80. Жалителот барал правичен надомест на штета врз основа на член 41 од Конвенцијата, кој предвидува:

„Кога Судот ќе оцени дека постои повреда на Конвенцијата или на протоколите, и доколку внатрешното право на засегнатата Висока договорна страна овозможува само делумна репарација на штетата, тогаш Судот, доколку е потребно, ќе му додели правична отштета на оштетениот.“

A. Штета

81. Жалителот побарал 20.000.000.000 романски леи (ROL) како надомест за нематеријална штета предизвикана од губењето на неговиот углед што се поврзува со јавното откривање на лажни и клеветнички информации за него и со одбивањето од страна на органите кое траело неколку години да ја признаат грешката и истата да ја поправат.

82. Владата се спротивстави на ова барање, кое го смета за неразумно, особено поради фактот што жалителот не го покренал истото пред домашните судови.

83. Судот се повика на својата утврдена судска пракса дека самиот факт што жалителот не го покренал неговото барање за надомест на штета пред домашниот суд не бара судот да ги отфрли тие барања како неосновани повеќе отколку да ги смета истите за пречка за нивната прифатливост (види ја пресудата за случајот De Wilde, Ooms и Versyp против Белгија од 10 март 1972 година (член 50), Серија А, бр. 14, стр. 9-10, § 20). Понатаму, Судот забележа во овој конкретен случај, спротивно на она што го изјави Владата, дека жалителот побарал надомест на штета пред домашните судови за нематеријалната штета што претрпел, во форма на симболична исплата во износ од 1 романски леј, барање по кое романските судови не постапувале.

Се наведува, понатаму, дека Апелациониот суд во Букурешт ги прогласил наводните клеветнички информации за ништовни и неважечки, со што делумно било исполнето барањето на жалителот. Сепак, Судот смета дека жалителот, всушност, мора да претрпел нематеријална штета, земајќи го предвид постоењето на систем на тајни досиеја што е спротивно на член 8, недостатокот на ефикасен правен лек, недостатокот на правично судење, а исто така и на фактот дека неколку години поминале пред судот да утврди дека има надлежност да ги прогласи клеветничките информации за ништовни и неважечки.

Според тоа, Судот смета дека настаните за кои станува збор претставуваат сериозно мешање во правата на г. Rotaru и дека сумата од 50.000 француски франци (FRF) нуди правичен надомест за претрпената нематеријална штета. Тој износ треба да се конвертира во романски леи по стапка применлива на денот на исплатата.

Б. Трошоци и издатоци

84. Жалителот побарал надомест на штета во висина од 38.000.000 романски леи (ROL) (13.450 француски франци (FRF)), сума која тој ја поделил на следниов начин:

(а) 30.000.000 романски леи (ROL) за трошоци направени во рамките на домашните постапки, вклучувајќи и 20.000.000 романски леи (ROL) за патни трошоци и дневници за неговите посети на Iași и Букурешт и 10.000.000 романски леи (ROL) за дополнителни трошоци (таксени марки, телефонски повици, фотокопирање, итн);

(б) 8.000.000 романски леи (ROL) за трошоци направени во рамките на институциите предвидени со Конвенцијата, вклучувајќи и 6.000.000 романски леи (ROL) за превод и секретарски трошоци, 1.000.000 романски леи (ROL) за патни трошоци на релација меѓу Bârlad и Букурешт и 1.000.000 романски леи (ROL) за француска виза за синот на жалителот.

85. Владата смета дека сумата е прекумерно висока, особено поради тоа што жалителот, според нив, барал пресуда во сите домашни постапки.

86. Судот повтори дека со цел трошоците да бидат вклучени во надоместокот врз основа на член 41 од Конвенцијата, Судот мора да утврди дека истите биле вистински и неопходно направени и разумни по обем (види, меѓу другото, *Николова против Бугарија* [GC], бр. 31195/96, § 79, ЕСЧП 1999-II). Во врска со ова, треба да се запомни дека Судот може да му додели на жалителот надомест не само за трошоците направени пред институциите во Стразбур, туку, исто така, и за оние трошоци направени пред националните судови со цел спречување или надомест на штета за повреда на Конвенцијата утврдена од страна на Судот (види *Van Geyselghem против Белгија* [GC], бр. 26103/95, § 45, ЕСЧП 1999-I).

87. Судот забележа дека жалителот не бил застапуван пред домашните судови, дека тој го застапувал својот случај пред Комисијата и дека во постапката пред Судот тој бил застапуван на рочиштата. Судот, исто така забележа дека Советот на Европа му исплатил на г. Rotaru износ во висина од 9,759.72 француски франци (FRF) како правна помош.

Судот му го додели полниот износ побаран од страна на жалителот, односно 13.450 француски франци (FRF), износ намален за веќе исплатената сума од страна на Советот на Европа како правна помош. Износот е конвертиран во романски леи по стапка применлива на денот на исплатата.

В. Затезна камата

88. Судот смета дека е соодветно да ја усвои законската каматна стапка применлива во Франција на денот на донесување на оваа конкретна пресуда, односно 2,74% годишно.

ОД ОВИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ

1. *Го отфрли*, едногласно, прелиминарниот приговор на Владата дека жалителот повеќе не бил жртва;

2. *Се согласи*, едногласно, со основаноста на прелиминарниот приговор на Владата во врска со неуспехот да се искористат домашните правни лекови и *го отфрли* истиот едногласно по разгледување на основаноста;

3. *Смета*, со шеснаесет гласа спрема еден, дека имало повреда на член 8 од Конвенцијата;

4. *Смета*, едногласно, дека имало повреда на член 13 од Конвенцијата;
5. *Смета*, едногласно, дека имало повреда на член 6 § 1 од Конвенцијата;
6. *Смета*, едногласно,
(а) дека обвинетата држава треба да му исплати на жалителот, во рок од три месеци, 50.000 FRF (педесет илјади француски франци) за нематеријална штета и 13.450 FRF (тринаесет илјади и четиристорини и педесет француски франци) за трошоци и издатоци, износ намален за 9,759.72 FRF (девет илјади седумстотини педесет и девет француски франци и седумдесет и два центи), конвертиран во романски леи по стапка применлива на денот на исплатата;
(б) дека затезната камата со годишна стапка од 2,74% ќе се исплатува по истекот на гореспоменатите три месеци се до исплатата;
7. *Го отфрли*, едногласно, останатиот дел од барањето на жалителот за правичен надомест на штета.

Изготвена на англиски и француски јазик, а изреката на пресудата е дадена на јавна расправа во Зградата на човекови права, Стразбур, на 4 мај 2000 година.

Luzius WILDHABER
Претседател

Michele DE SALVIA
Секретар

Во согласност со член 45 § 2 од Конвенцијата и правилото 74 § 2 од Деловникот на Судот, следниве посебни мислењата се приложени кон оваа пресуда:

- (а) Усогласено мислење на г. Wildhaber кон кое се придружуваат и г. Makarczyk, г. Türmen, г. Costa, г-ѓа Tulkens, г. Casadevall и г-ѓа Weber;
(б) Усогласено мислење на г. Lorenzen;
(в) Делумно издвоено мислење на г. Bonello.

L.W.
M. de S.

УСОГЛАСЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈАТА WILDHABER
 КОН КОЕ СЕ ПРИДРУЖУВААТ СУДИИТЕ MAKARCZYK,
 TÜRMEŃ, COSTA, TULKENS, CASADEVALL И WEBER

Во овој конкретен случај, жалителот изјавил жалба заради повреда на неговото право на почитување на неговиот приватен живот поради чување и користење, од страна на Романската разузнавачка служба (PPC), на досие кое содржело лични информации, кои датирале главно од периодот 1946 – 1948 година. Еден посебен запис во досието наведува дека во 1937 година, тој, за време на неговите студии (кога жалителот всушност имал едвај 16 години), бил член на „легионерско“ движење, т.е. на екстремно десничарско, националистичко, анти-семитско и паравоено движење. Информациите содржани во овој запис, кои биле обелоденети во дописот од Министерството за внатрешни работи кон крајот на 1990 година, биле прогласени за лажни во 1997 година од страна на Апелациониот суд во Букурешт. Сепак, очигледно е дека информациите сè уште се евидентирани во досието на PPC, додека пресудата од 1997 година не се споменува во тоа досие. Исто така, не бил доделен надомест на штети или трошоци. Постапката за надомест на штета против PPC била отфрлена во 1994 година. Се чини дека романското законодавство се уште не овозможува да се оспори чувањето, од страна на PPC, на информации во врска со приватниот живот на жалителот, или да се побие вистинитоста на таквите информации, или да се побара таквите информации да бидат уништени.

Наспроти ова, нашиот Суд утврди повреда на членовите 8, 13 и 6 § 1. Во согласност со својата утврдена судска пракса (види ја пресудата за случајот *Malone* против Обединетото Кралство од 2 август 1984 година, Серија А, бр. 82, стр. 36 и 38-39, § § 80 и 87-88; пресудата за случајот *Kruslin* и *Huvig* против Франција од 24 април 1990 година, Серија А, бр. 176-А, стр. 24-25, § § 36-37, и 176-Б, стр. 56-57, § § 35-36; пресудата за случајот *Halford* против Обединето Кралство од 25 јуни 1997 година, *Извештаи за пресуди и одлуки* 1997-III, стр. 1017, § 51; пресудата за случајот *Корр* против Швајцарија од 25 март 1998 година, *Извештаи* 1998-II, стр. 543, § § 75-76; и *Атан против Швајцарија* [GC], бр. 27798/95, § § 61-62 и 77-81, ЕСЧП 2000-II), Судот смета дека правилата од домашното законодавство, под услов таквите информации да влијаат на националната безбедност може да се собираат, евидентираат и архивираат во тајни досиеја, не нудат доволен степен на предвидливост. Оттука, чувањето и користењето од страна на PPC на информации во врска со приватниот живот на жалителот не се „во согласност со законот“, така што член 8 е повреден. Јас, во целост се согласувам со она што го утврди Судот.

Сепак, би сакал да додадам дека во овој конкретен случај - без оглед на адекватноста на правната основа – сериозно се сомневам дали мешањето во правата на жалителот води до легитимната цел во согласност со член 8 § 2. Покрај тоа, не се сомневам во моето расудување дека мешањето не било неопходно во едно демократско општество.

Што се однесува до легитимната цел, Судот, како и секогаш, е подготвен да прифати дека целта идентификувана од страна на Владата е легитимна само ако спаѓа во една од категориите наведени во став 2 на членовите од 8 до 11. Сепак, според моето мислење, во поглед на националната безбедност, како и во однос на другите цели, мора да има барем разумна и вистинска врска меѓу наведената цел и мерките на мешање во приватниот живот за целта да се смета легитимна. Упатувањето на повеќе или помалку недискриминирачкото складирање на информации во врска со приватниот живот на поединците во смисла на зачувување на легитимните интереси за националната безбедност е, според мене, очигледно проблематично.

Во случајот Rotaru, податоците собрани во рамките на поранешниот режим на незаконит и произволен начин, во врска со активностите на едно момче и студент, враќајќи се назад повеќе од педесет години, а во еден случај дури шеесет и три години, некои од информациите се покажаа како лажни, и натаму се чуваат во досие без соодветна и ефикасна заштита од нивна злоупотреба. Не треба овој Суд да каже дали овие информации треба да бидат уништени или дали треба да се гарантираат сеопфатни права на пристап и исправка, или дали било кој друг систем би бил во согласност со Конвенцијата. Но, тешко е да се утврди кој легитимен интерес за националната безбедност може да даде оправдување за континуираното складирање на такви информации во вакви околности. Затоа, сметам дека Судот би имал право да утврди дека оспорената мерка во овој конкретен случај не води до легитимната цел во рамките на значењето на член 8 § 2.

Со ваквото тврдење немаше да биде потребно да се утврди дали мерката за која станува збор е неопходна во едно демократско општество, затоа што таквата проверка зависи од постоењето на легитимна цел. Ако, пак, Судот претпочитал да прифати постоење на легитимна цел за националната безбедност, тогаш би потсетил дека државите не уживаат неограничено дискреционо право да изложат поединци на таен надзор или систем на тајни досиеја. Интересот на државата при заштитата на нејзината национална безбедност мора да биде урамнотежен со сериозноста на мешањето во правото на жалителот на почитување на неговиот или нејзиниот приватен живот. Нашиот суд постојано нагласува „опасност дека системот на таен надзор за целите за заштита на националната безбедност наметнува поткопување па дури и уништување на демократијата на основа на

нејзина одбрана“ (види ја пресудата за случајот Leander против Шведска од 26 март 1987 година, Серија А, бр. 116, стр. 25, § 60; види ја исто така пресудата за случајот Klass и други против Германија од 6 септември 1978 година, Серија А, бр. 28, стр. 21 и 23, § § 42 и 49, и, *mutatis mutandis*, пресудата за случајот Chahal против Обединетото Кралство од 15 ноември 1996 година, *Извештаи* 1996-V, стр. 1866-1867, § 131, и пресудата за случајот Tinnelly & Sons Ltd и други и McElduff и други против Обединетото Кралство од 10 јули 1998 година, *Извештаи* 1998-IV, стр. 1662-1663, § 77). Ова е причината зошто Судот мора да биде убеден дека тајното следење на граѓаните е строго неопходно заради заштита на демократските институции и дека постојат соодветни и ефикасни гаранции од злоупотреба.

Во сите околности на овој случај и во однос на она што е кажано погоре, а во врска со легитимната цел, мора да се заклучи дека мешањето во прашање не било ниту од далеку неопходно во едно демократско општество за постигнување на целта во врска со националната безбедност.

Накусо, дури и ако постоела предвидлива правна основа во случајот Rotaru, нашиот Суд сепак би требало да утврди повреда на член 8, врз основа на тоа дека немало легитимна цел за продолжување на примената на систем на тајни досиеја кои можат да бидат злоупотребени, или поради тоа што таквото продолжување на примената очигледно не било неопходно во едно демократско општество.

УСОГЛАСЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈАТА LORENZEN

Во овој случај, јас гласав за заклучоците на мнозинството, како и за причините за истите. Сепак, ова не значи дека јас не се согласувам во суштина со она што е изнесено во усогласеното мислење на судијата Wildhaber во врска со другите услови од член 8 § 2. Причината зошто не се приклучив кон тоа мислење е само поради тоа што Судот постојано тврди дека ако мешањето во правата според член 8 не е „во согласност со законот“, не е потребно да се испита дали другите услови од член 8 § 2 се исполнети. Сметам дека е важно да се задржи таквата судска пракса.

ДЕЛУМНО ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈАТА BONELLO

1. Мнозинството утврди повреда на член 8, сметајќи дека неговите одредби се применливи за фактите на овој конкретен случај. Јас гласав исто како и мнозинство при утврдувањето на други повреди на Конвенцијата, но не можам да ја оправдам применливоста на член 8.

2. Член 8 го штити приватниот живот на поединецот. Во основата на таа заштита лежи правото на секое лице да има повеќе интимни сегменти од своето битие кои се исклучени од јавна недискреција и контрола. Постојат резервирани зони во нашата личност и во нашиот дух кои Конвенцијата бара да останат затворени. Нелегитимно е да иследуваат, чуваат, класифицираат или обелоденуваат податоци кои се однесуваат на оние најскриени сфери на активност, ориентација или убедување, скриени зад сидовите на доверливост.

3. Од друга страна, активностите кои се, по својата природа, јавни и кои всушност се напојуваат од публицитетот, се надвор од заштитата на член 8.

4. Тајните податоци чувани од страна на службите за државна безбедност кои жалителот побарал да ги види, во суштина, се однесуваат на: (а) активното членство на некој Aurel Rotaru во некое политичко движење, (б) неговото барање да објави два политички памфлети, (в) неговата припадност во младинското движење на една политичка партија, и (г) фактот дека тој немал криминално досие (види став 13 од пресудата).

5. Првите три елементи на информацијата се однесуваат исклучиво на јавна дејност. Посебно јавниот, а јас би додал, доколку политичкиот и издавачкиот активизам бара, и зависи од, максимален публицитет за свое постоење и успех. Во евиденцијата не се наведува дека жалителот гласал за некоја одредена политичка партија - што, се разбира, би било напад на неговата зона на доверливост со забранет пристап. Во евиденцијата, во суштина, е забележано како Aurel Rotaru јавно ја манифестира неговата јавна борбеност во некои јавни организации.

6. На каков начин чувањето на евиденција во врска со еминентно јавната дејност на поединецот го повредува неговото право на приватност? До сега Судот тврдеше, според моето мислење, со сигурност, дека заштитата од член 8 се проширува и на доверливи прашања, како што се медицински и здравствени податоци, сексуална активност и ориентација, семејни врски и, можеби, професионални и деловни односи и други интимни области во кои јавниот упад би бил неоправдано нарушување на природните бариери на личноста. Јавниот активизам во јавните политички партии, претпоставувам, има малку заедничко со разумот што ја подига заштитата на приватноста на ниво на основно човеково право.

7. Четвртиот елемент содржан во досието на жалителот се однесува на една забелешка дека тој немал криминално досие. Судот дури утврди дека тоа е повреда на правото на приватност на жалителот. Судот истакна дека белешките на безбедносните служби (вклучувајќи и некои информации кои биле стари повеќе од педесет години) го содржеле криминално досие на жалителот, и заклучи дека „таквите информации, доколку систематски се собираат и чуваат во едно досие кое го водат државните агенти, спаѓаат во рамките на доменот на „приватен живот“ за целите на член 8 § 1 од Конвенцијата“ (види став 44 од пресудата).

8. Ова, според моето мислење, излегува опасно надвор од доменот на член 8. Да се истакне дека водењето на криминално досие за едно лице од страна на полициските органи (дури, како и во овој случај, ако се докаже дека лицето нема криминално минато) се повикува на член 8, може да има застрашувачко далекусежни последици *vis-à-vis* „интересите на националната безбедност, јавната безбедност, како и за спречување на немири или вршење на кривични дела“ - сите вредности кои член 8 изрично ги штити.

9. Јас би прифатил, иако неволно, дека водењето на криминални досиеја од страна на полицијата можеби може да претставува мешање во правото на приватност, но би побрзал да додадам дека таквото мешање е оправдано во интерес на борбата против криминалот и националната безбедност. Судот не сметаше дека е потребно да го стори тоа.

10. Се разбира, мојата загриженост е само фокусирана на осудата од страна на Судот за *водењето* на криминални досиеја. Неоправданото и нелегитимно откривање на содржината на овие досиеја може да отвори многу прашања врз основа на член 8.

11. Судот се чини дека придава особено значење на фактот дека „некои од информациите се прогласени за лажни и дека постои веројатност да му наштетат на угледот на жалителот“ (види став 44 од пресудата). Ваквата загриженост отвора две одделни прашања: едно за невестинитоста на информациите, и друго за нивната клеветничка природа.

12. Некои од податоците во безбедносното досие на жалителот, всушност се однесуваат на друго лице со исто име како жалителот, а не на него. Оттука, несомнено, таа информација, според жалителот, се смета за „лажна“. Но дали невестинитоста *која се однесува на прашања од јавен домен* ја претвора таа информација од јавен карактер во приватен податок? Едноставно, не ја сфаќам логиката која стои зад ваквите расудувања.

13. Повторно, јас немам никаков проблем да признаам дека „лажните“ податоци во врска со жалителот, кои се чуваат од страна на безбедносните служби, најверојатно би му наштетиле на неговиот

углед. Колебливо, Судот се чини дека подоцна започнал да размислува во насока на тоа дека прашањето за „угледот“ исто така може да се разгледува во согласност со член 8¹. Отворањето на член 8 за овие нови перспективи ќе воведо дополнителна возбудлива димензија за заштитата на човековите права. Но, Судот, според моето мислење, требаше да се справи со оваа реформа најнапред, а не истата да ја остави настрана, речиси да ја прикрие, како нејасна повреда на правото на приватност.

14. Ако јас ги споделувам ставовите на мнозинството дека правото на приватност исто така ги штити во голема мера јавните податоци, тогаш, јас би продолжил во насока да се утврди повреда на член 8, бидејќи јас во целост се согласувам со заклучокот на Судот дека чувањето и користењето од страна на безбедносните сили на информации кои се однесуваат на жалителот не е „во согласност со законот“ (види ги ставовите 57-63 од пресудата).

¹ Види ја пресудата за случајот Fayed против Обединетото Кралство од 21 септември 1994 година, Серија А, бр. 294-В, стр. 50-51, § 66-68, и пресудата за случајот Niemietz против Германија од 16 декември 1992 година, Серија А, бр. 251-Б, стр. 35-36, § 37.

**ПРЕДМЕТОТ ХАТОН И ДРУГИТЕ против ОБЕДИНЕТОТО
КРАЛСТВО**

(Апликација бр. 36022/97)

ГОЛЕМ СУДСКИ СОВЕТ

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

8 јули 2003 година

Во предметот Хатон и другите против Обединетото Кралство,

Европскиот суд за човекови права, заседавајќи како Голем судски совет во состав од следниве судии:

Г. Л. ВИЛДХАБЕР, *Претседател*,

Г. Ј.-П. КОСТА,

Х. Г. РЕС,

Г. Г. БОНЕЛО,

Г-ѓа Е. ПАЛМ,

Г. И. КАБРАЛ БАРЕТО,

Г. Р. ТИРМЕН,

Г-ѓа В. СТРАЖНИЦКА

Г. В. БУТКЕВИЧ,

Г. Б. ЖУПАНЧИК

Г-ѓа Н. ВАЛИК,

Г-ѓа С. БОТУЧАРОВА,

Г. А. КОВЛЕР,

Г. В. ЗАГРЕБЕЛСКИ,

Г-ѓа Е. ШТАЈНЕР,

Г. С. ПАВЛОВСКИ,

Сер Брајан КЕР, ад хок *судија*,

И исто така Г. П.Ј. МАХОНИ, *Секретар*,

Разгледувајќи го предметот зад затворени врати на 13 ноември 2002 и 21 мај 2003 година,

Ја донесе следнава пресуда, којашто беше усвоена на последно наведениот датум:

ПОСТАПКА

1. Предметот е оформен врз основа на апликацијата (бр. 36022/97) против Обединетото Кралство на Велика Британија и Северна Ирска вложена на 6 мај 1997 година пред Европската комисија за човекови права („Комисијата“) согласно поранешниот член 25 од Конвенцијата за заштита на човековите права и основните слободи („Конвенцијата“) од страна на осум државјани на Обединетото Кралство, г-ѓа Рут Хатон, г. Питер Тејк, г. Џон Хартли, г-ѓа Филипа Едмундс, г. Џон Кавала, г. Џефри Томас, г. Ричард Бирд и г. Тони Андерсон („апликантите“). Сите апликанти се членови на Здружението за контрола на авионска бучава на Хитроу (ХАЦАН, сега ХАЦАН-КлиерСкајс), што пак е членка на Советодавниот комитет на Аеродромот Хитроу.

2. Апликантите биле застапувани од г. Р. Бакстон, адвокат со пракса во Кембриџ. Владата на Обединетото Кралство („Владата“) била застапувана од нејзиниот агент, г. Х. Луилин, од Министерството за надворешни работи и Комонвелтот.

3. Апликантите тврделе дека владината политика за ноќни летови на аеродромот Хитроу довела до повреда на нивните права согласно членот 8 од Конвенцијата и дека им бил ускратен ефикасен домашен правен лек за таа жалба, што е спротивно на членот 13 од Конвенцијата.

4. Апликацијата беше пренесена во надлежност на Судот на 1 ноември 1998 година, кога влезе во сила Протоколот бр. 11 кон Конвенцијата (членот 5 § 2 од Протоколот бр. 11).

5. Апликацијата беше доставена на Третиот оддел на Судот (Правило 52 § 1 од Деловникот на Судот). На 16 мај 2000 година, по одржаното рочиште за допуштеноста и основаноста (Правило 54 § 4, поранешна верзија), апликацијата била прогласена за допуштена од страна на Совет на тој Оддел, во состав од г. Ј.П. Коста, претседател, г. Л. Лукаидес, г. П. Кирис, г-ѓа Ф. Тулкенс, г. К. Јунгвирт, г-ѓа Х.С. Греве, судии, сер Брајан Кер, *ад хок* судија, и г-ѓа С. Доле, секретар на Одделот.

6. На 2 октомври 2001 година, Советот ја изрече својата пресуда во која со пет наспроти два гласа одлучи дека постои повреда на членот 8 од Конвенцијата и со шест наспроти еден глас дека постои повреда на членот 13. Советот исто така одлучи, со шест наспроти еден глас, да додели отштета за претрпена нематеријална штета од по 4.000 британски фунти (GBP) на секој апликант и вкупна сума од 70.000 GBP за судски и адвокатски трошоци. Издвоените мислења на г. Коста, г-ѓа Греве и сер Брајан Кер се дадени во прилог кон пресудата.

7. На 19 декември 2001 година, Владата побара, во согласност со членот 43 од Конвенцијата и правилото 73, предметот да биде упатен до Големиот судски совет. Панел составен од Големиот судски совет го прифати ова барање на 27 март 2002 година.

8. Составот на Големиот судски совет беше определен согласно одредбите од членот 27 §§ 2 и 3 од Конвенцијата и правилото 24. Г. Ц.Л. Розакис и г. П. Лорензен, коишто не беа во можност да учествуваат во конечното одлучување, беа заменети од страна на г-ѓа Е. Штајнер и г. И. Кабрал Барето (правило 24 § 3).

9. И апликантите и Владата доставија писмени поднесоци за основаноста. Освен тоа, беа примени коментари од трети лица како „Пријатели на Земјата“ и „Бритиш Ервејз“ (член 36 § 2 од Конвенцијата и правило 61 § 3 од Деловникот на Судот).

10. Јавна расправа беше одржана во Зградата на човековите права во Стразбур, на 13 ноември 2002 година (правило 59 § 2).

Пред Судот се појавија:

(а) за Владата г. Х. ЛУЕЛИН, Министерство за надворешни работи и Комонвелтот, агент, Лорд ГОЛДСМИТ КЦ, државен главен обвинител, г. П. ХАВЕРС КЦ, г. Ј. Иди, бранител, г. Г. ГАЛИФОРД, Г. П. РИЕРДОН, г. Г. ПЕНДЕЛБЕРИ, г-ѓа М. КРОКЕР, советници;

(б) за апликантите г. Д. АНДЕРСОН КЦ, г-ѓа Х. МАУНТФИЛД, бранител, г. Р. БАКСТОН, г-ѓа С. РИНГ, адвокати, г. Ц. СТАНБЕРИ, г. М. ШЕНФИЛД, советници.

Пред Судот се обратија г. Андерсон и лорд Голдсмит.

ФАКТИТЕ

ОКОЛНОСТИТЕ НА ПРЕДМЕТОТ

А. Степенот на вознемирување предизвикан на секој апликант од ноќните летови

11. Рут Хатон е родена во 1963 година. Помеѓу 1991 и 1997 година живеела во Ист Шин со својот сопруг и двете деца. Според информациите доставени од Владата, нејзината куќа се наоѓала на 11,7 км од крајот на најблиската авионска писта на Хитроу и потпаѓала во контурите на дневна бучава каде што нивото на вознемирување од авионска бучава изнесувало помеѓу 57 и 60 dBA Leq. Според Владата, со dBA Leq се мери просечниот степен на вознемирување на заедницата од авионска бучава во период од шеснаесет часа дневно, а истражувањата покажале дека во области каде што дневната изложеност на бучава изнесува под 57 dBA Leq, не постои значително вознемирување на заедницата. Владата тврди дека контури на дневна бучава од 57 dBA Leq претставуваат ниско ниво на вознемиреност; 63 dBA Leq претставува умерено ниво на вознемирување; 69 dBA Leq соодветствува на високо ниво на вознемирување; а 72 dBA Leq претставува многу високо ниво на вознемирување.

12. Според г-ѓа Хатон, во 1993 година нивото на ноќна бучава се зголемило, а нивоата на бучава ѝ станале „неподносливи“ навечер. Таа верувала дека бучавата е поголема кога авиони слетувале на Хитроу од исток. Кога се случувало ова, г-ѓа Хатон не можела да спие без тампони за уши, а децата честопати се буделе пред 6 наутро, а понекогаш и пред 5 часот наутро. Кога г-ѓа Хатон не носела тампони за уши, авионите ја буделе во околу 4 часот наутро. Понекогаш можела повторно да засpie, но ѝ било невозможно повторно да засpie штом почнало „рано утринското бомбардирање“, коешто, во зимата 1996/1997 година, се одвивало помеѓу 5 и 5.30 часот наутро. Кога се будела на овој начин, г-ѓа

Хатон имала тенденција да пати од главоболка во останатиот дел од денот. Кога авионите слетувале од запад, нивоата на бучава биле пониски, а децата на г-ѓа Хатон спиеле многу подобро, генерално без да бидат разбудени пред 6.30 часот. Во зимата 1993/1994 година, г-ѓа Хатон толку била преморена и депримирана од нарушеното спиење, што нејзиниот лекар ѝ препишал антидепресанти. Во октомври 1997 година, се преселила со семејството во Кингстон на Темза за да се оддалечи од ноќната авионска бучава.

13. Питер Тејк е роден во 1965 година. Од 1990 до 1998 година, живеел во Хаунслоу со својот партнер. Неговиот дом во Хаунслоу се наоѓал на 4,4 км од аеродромот Хитроу и малку северно од јужната патека на летање, во контура на дневна бучава помеѓу 63 и 66 dBA Leq, според Владата.

14. Г. Тејк тврди дека во околу 1993 година, нивото на ноќното вознемирување од авионска бучава значително се зголемило и почнал да се буди или да не може да спие навечер заради авионската бучава. Г. Тејк особено тешко спие на топло време, кога заради отворените прозори уште повеќе се зголемува вознемирувањето од авионската бучава, а со затворени прозори било претопло да се спие, и тешко му било да заспие повторно откако го будела авионската бучава рано наутро. Понекогаш останувал буден заради авионско летање до полноќ или 1 часот наутро, и повторно го буделе помеѓу 4 и 5 часот изутрина. Г. Тејк исто така го буделе авиони што летале во чудно време сред ноќ, на пример кога ги пренасочувале од друг аеродром. Во 1997 година, г. Тејк дознал дека може да се пожали на Линијата за бучава на Хитроу за авионската бучава доколку го забележел времето на летот. До 30 април 1997 година, г. Тејк доволно бил вознемирен да го забележи времето на летот и се пожалил на Линијата за бучава на Хитроу во деветнаесет пригоди. Тој останал во Хаунслоу до февруари 1998 година затоа што неговото семејство, пријателите и работното место му биле во областа на Хитроу, но се преселил во Винчестер, во Хемпшир, кога се појавила соодветна можност за ново работно место дури и ако тоа значело да го остави семејството и пријателите за да избега од авионската бучава што „[го] полудувала“.

15. Џон Хартли е роден во 1948 година и живеел со сопругата на моменталната адреса во Ричмонд од 1989 година. Според информациите што ги дала Владата, домот на г. Хартли се наоѓа на 9,4 км од крајот на најблиската писта на Хитроу и куќата е сместена речиси директно под јужниот пристап до аеродромот, во рамките на контурите на дневна бучава помеѓу 60 и 63 dBA Leq. Прозорите во куќата се со двојна глазура.

16. Од 1993 година, г. Хартли тврди дека забележал „огромно“ зголемување на вознемирувањето предизвикано од летови помеѓу 6 и 6.30 часот наутро (или 8 часот наутро во недела). Тој тврди дека Британскиот аеродромски орган немал пракса да менува (да користи само една писта за

слетувања во текот на половина ден и потоа да ги промени слетувањата на друга писта) во текот на овој период како што го правеле тоа преку ден, а на аеродромот редовно слетувале авиони од исток на двете писти. Кога ветрот дувал од запад, а авионите слетувале од исток, што се случувало во околу 70% од времето, авионската бучава продолжувала до полноќ, па г. Хартли не можел да засpie порано од тогаш. Му било невозможно да спие после 6 часот наутро кој било ден од неделата, а обично го вознемирувала авионска бучава во околу 5 часот, по што сфатил дека не може повторно да засpie. Кога авионите слетувале од запад, г. Хартли можел да спие.

17. Филипа Едмундс е родена во 1954 година и живее со сопругот и двете деца во Ист Твикенхам. На моменталната адреса живее од 1992 година. Според информациите доставени од Владата, домот на г-ѓа Едмундс се наоѓа на 8,5 км од крајот на најблиската писта на Хитроу и на приближно 1 км од патеката на летање, во рамките на контури на дневна бучава од помалку од 57 dBA Leq.

18. Апликантот тврди дека пред 1993 година честопати ја будела авионска бучава во околу 6 часот наутро. Од 1993 година, обично се будела околу 4 часот наутро. Во 1996 година, г-ѓа Едмундс и нејзиниот сопруг монтирале двојна глазура на прозорите во нивната спална соба за да се обидат да ја намалат бучавата. Иако со двојната глазура бучавата се намалила, г-ѓа Едмундс продолжила да се буди од авионите. Во 1996 и 1997 година страдала од ушни инфекции поради носењето на тампони за уши навечер, но и покрај тоа што лекарот ѝ советувал да престане да ги користи, таа продолжила за да може да спие. Г-ѓа Едмундс исто така била загрижена за можните долгорочни ефекти од користењето на тампони за уши, вклучително и за зголемен ризик од звонење во ушите. И двете деца на г-ѓа Едмундс страдале од вознемирување од авионска бучава.

19. Џон Кавала е роден 1925 година. Од 1970 до 1996 година живеел со сопругата во Ајлворт, директно под патеката на летање на северната писта на аеродромот Хитроу. Според информациите доставени од Владата, куќата на апликантот се наоѓала на 6,3 км од крајот на најблиската авионска писта на Хитроу и потпаѓала во контурите на дневна бучава помеѓу 63 и 66 dBA Leq.

20. Апликантот тврди дека во раните 1990-ти години, климата од бучавата значително се влошила, делумно заради значителното зголемување во сообраќајот, но главно како резултат од авионската бучава рано наутро. Г. Кавала смета дека авионскиот сообраќај драстично пораснал помеѓу 6 и 7 часот наутро како резултат на скратувањето на ноќниот период на квоти. Востановил дека штом еднаш ќе се разбуди од авион што слетува на аеродромот Хитроу рано наутро, не бил во можност повторно да засpie.

21. Во 1996 година, г. Кавала и неговата сопруга се преселиле во Санбери за да избегаат од авионската бучава. Според Владата, новата куќа се наоѓа на 9,5 км од Хитроу, во контури на дневна бучава под 57 dBA Leq. Откако се преселиле, г. Кавала не живеел под лентите за пристап за слетувачки авиони, а авионите ја користеле рутата за полетување што го прелетувала неговиот нов дом само во ретки случаи навечер. Следствено на тоа, само многу ретко бил изложен на ноќна авионска бучава откако се преселил.

22. Џефри Томас е роден во 1928 година и живее во Кју со сопругата и двајцата синови, и со сопругата и синот на едниот син. Семејството живее на моменталната адреса од 1975 година, во куќа што се протега помеѓу северната и јужната патека за летање на Хитроу. Според Владата, куќата се наоѓа на 10,7 км од Хитроу, во рамки на контури на бучава од 57 до 60 dBA Leq. Над нивната куќа прелетувале авионски летала седум или осум дена од десет кога ветрот доаѓал од запад.

23. Г. Томас тврди дека забележал нагло зголемување на ноќното вознемирување во 1993 година. Тој се жали дека се будел во 4.30 наутро кога три или четири големи летала обично слетувале со раздалеченост од само неколку минути. Штом ќе се разбудел, доволно било по еден голем авион да слета на секој половина час за да остане буден до 6 или 6.30 часот наутро, кога авионите почнувале да слетуваат со фреквенција од еден на секоја минута сè до околу 11 часот навечер.

24. Ричард Бирд е роден во 1933 година и живеел во Виндзор триесет години сè додека не се пензионирал во 1998 година. Неговата куќа во Виндзор се наоѓала директно под западната патека на летање кон аеродромот Хитроу. Според Владата, куќата се наоѓала на 11,5 км од Хитроу, во контура на дневна бучава од 57 до 60 dBA Leq.

25. Апликантот тврди дека во последните години, а особено од 1993 година, тој и неговата сопруга страдале од интрузивна авионска бучава навечер. И покрај тоа што г. Бирд напоменал дека и полетувањата и слетувањата се одвивале сè подоцна и подоцна во ноќта, главниот проблем бил предизвикан од бучавата од раноутринските слетувања. Тој изјавил дека многу често се будел во 4.30 или 5 наутро од авион при слетување и потоа не можел повторно да заспие и се чувствувал исклучително уморно во текот на денот. Г. Бирд се пензионирал во декември 1998 година и се преселил со сопругата во Воркингхам, Сари, специјално за да избега од авионската бучава што „навистина [му] одела на нерви“.

26. Тони Андерсон е роден во 1932 година и живее од 1963 година во Тачен Енд, под пристапот кон пистата 09L на аеродромот Хитроу и, според Владата, на далечина од 17,3 км од крајот на најблиската писта, во контура на дневна бучава под 57 dBA Leq.

Според апликантот, до 1994 година почнал да востановува дека спиењето му е нарушено од авионска бучава навечер и дека се буди во 4.15 часот наутро или дури и порано од авиони што доаѓаат од запад за да слетаат на аеродромот Хитроу.

27. Цифрите за контурите на бучава dBA Leq што ги доставила Владата и на коишто се упатува погоре ги мерат нивоата на вознемирување предизвикано од бучава во текот на еден просечен летен ден. Владата тврди дека не е можно да се мапираат еквивалентни контури за ноќно вознемирување од бучава затоа што не постои широко прифатена скала или стандард според кој може да се мери ноќното вознемирување предизвикано од авионска бучава. Сепак, Владата тврди дека максималните нивоа на „просечна изложеност на звук“ во децибели (dBA) претрпени од секој апликант како резултат на седумте различни типа на авиони што слетуваат на Хитроу пред 6 часот секое утро е како што следува: Г-ѓа Хатон – 88 dBA; г. Тејк – 88,8 dBA; г. Хартли – 89,9 dBA; г-ѓа Едмундс – 83,4 dBA; г. Кавала (на претходната адреса) – 94.4 dBA; г. Томас – 88,7 dBA; г. Бирд – 87,8 dBA; и г. Андерсон – 84,1 dBA.

Владата понатаму тврди дека просечните нивоа на „врвот на настан со бучава“, односно максималната бучава што ја предизвикува единствено авионско движење што ја трпел секој апликант навечер е како што следува: Г-ѓа Хатон – 76,3 dBA; г. Тејк – 77,1 dBA; г. Хартли – 78,9 dBA; г-ѓа Едмундс – 70 dBA; г. Кавала (на претходната адреса) – 85 dBA; г. Томас – 77,2 dBA; г. Бирд – 76 dBA; и г. Андерсон – 71,1 dBA.

Владата тврди дека истражувањето нарачано пред ревизијата на ноќни рестрикции од 1993 година покажало дека нивоата на изложеност на надворешен звук коишто во просек изнесуваат под 90 dBA, што е еквивалентно со нивоата на врв на настан со бучава од околу 80 dBA, е неверојатно да предизвикуваат какво и да е мерливо зголемување на севкупната стапка на пореметување на сонот што би се искусувало при нормално спиење. Меѓутоа, апликантите се повикуваат на „Упатствата за бучава во заедницата“ на Светската здравствена организација, каде што се дава упатна вредност од 60 dBA за единечен настан на бучава за да се избегнуваат нарушувањата на сонот навечер.¹

Б. Ноќниот регулаторен режим за аеродромот Хитроу

28. Аеродромот Хитроу е најпрометниот аеродром во Европа и најпрометниот меѓународен аеродром во светот. Го користат повеќе од 90 авиокомпанији и опслужува повеќе од 180 дестинации во целиот свет. Тој е водечкото пристаниште на Обединетото Кралство од аспект на трговија со стока.

¹ Владата забележува дека овие упатства биле објавени во 1999 година, и претставуваат цел со чие постигнување нема да се нарушува сонот, а не меѓународен стандард.

29. Во 1962 година за прв пат беа воведени рестрикции во ноќните летови на аеродромот Хитроу, и овие беа периодично ревидирани, најскоро во 1988, 1993 и 1998 година.

30. Помеѓу 1978 и 1987 година беа објавени бројни извештаи за авионската бучава и нарушувањата на спиењето од или во име на Управата за цивилно воздухопловство.

31. Владата на Обединетото Кралство објави Советодавен документ во ноември 1987 година во контекст на ревидирање на политиката за ноќни рестрикции на Хитроу. Советодавниот документ наведува дека истражувањата на врската помеѓу авионската бучава и спиењето покажуваат дека бројот на движења во текот на ноќта може да се зголеми за 25% без притоа да се влоши вознемирувањето, под услов да не се зголемат нивоата на dBA Leq.

32. Се наведува дека постојат две причини за да не се размислува за забрана на ноќните летови: Како прво, со забраната на ноќните летови на авиокомпаниите би им се негирала можноста да планираат некои закажани летови во ноќниот период и да се справуваат со прекин и доцнења; како второ, забраната на ноќните летови би го оштетила статусот на аеродромот Хитроу како меѓународен аеродром што работи дваесет и четири часа (со импликации врз безбедноста и одржувањето и потребите на патниците), како и на неговата конкурентна положба во однос на бројните други европски аеродроми.

33. Од 1988 до 1993 година, ноќното летање било регулирано единствено со ограничување на дозволиениот број на полетувања и слетувања навечер. Распоредот на рестрикции бил како што следува:

Лето 23.30 до 06.00 во работни денови, 23.30 до 06.00 за слетувања во недела, 23.30 до 08.00 за полетувања во недела;

Зима 23.30 до 06.30 во работни денови, 23.30 до 08.00 за полетувања и слетувања во недела.

34. Во јули 1990 година, Министерството за транспорт започнало интерна ревизија на рестрикциите на ноќните летови. Главниот фокус на ревизијата била нова класификација на авионските летала и изработка на систем за пресметка на квоти. Како дел од ревизијата, Министерството за транспорт побарало од Управата за цивилно воздухопловство да отпочне понатамошна објективна студија за авионската бучава и нарушувањата на сонот. Целите на ревизијата содржеле „да се продолжи да се штитат локалните заедници од прекумерна авионска бучава навечер“ и „да осигурат дека се земени предвид конкурентните влијанија што ги засегнуваат аеродромите на Обединетото Кралство и авиокомпаниите,

како и пошироките импликации врз вработувањето и економските импликации“.

35. Теренската работа за студијата се извршила во текот на летото 1991 година. Биле добиени мерења на нарушувањето од 400 субјекти со живеалиште во близина на аеродромите Хитроу, Гетвик, Стенстед и Манчестер. Наодите биле објавени во декември 1992 година како „Извештајот за теренската студија за авионска бучава и нарушување на сонот“ („студијата на сонот од 1992 година“). Се утврдило дека штом ќе заспијат, многу мал број на лица што живеат во близина на аеродроми се под ризик на значително нарушување на сонот поради авионска бучава и дека, во споредба со севкупниот просек од околу осумнаесет ноќни будења без каква било авионска бучава, дури и голем број на бучни ноќни авионски движења би предизвикале многу мало зголемување во бројот на ноќни будења на еден просечен човек. Се заклучило дека резултатите од теренското испитување не дале докази што ќе укажат дека авионската бучава веројатно ќе предизвика штетни последици. Меѓутоа, исто така се потенцирало дека заклучоците се засновале врз просечни ефекти, а некои од субектите на студијата (2 до 3%) биле за повеќе од 60% почувствителни од просекот.

36. Во јануари 1993 година, владата објавила Советодавен документ за предложениот нов систем за уредување на ноќните летови на трите главни аеродроми што го опслужуваат Лондон: Хитроу, Гетвик и Стенстед. Со Советодавниот документ се утврдувале четири цели на преземената ревизија (што се однесува до Хитроу): да се ревидираат и ажурираат постојните аранжмани; да се воведат заеднички режим за ноќни летови за трите аеродроми; да се продолжи со заштитата на локалните заедници од прекумерни нивоа на авионска бучава навечер; и да се осигура дека се земени предвид конкурентните влијанија и импликациите врз поширокото вработување и економските импликации. Во одделот насловен како „Грижете на локалното население“, Советодавниот документ упатува на аргументите дека ноќните летови треба дополнително да се ограничат или севкупно да се забранат. Според мислењето на авторите, со предлозите се воспоставува правичен баланс помеѓу различните интереси и навистина „се штити локалното население од прекумерна авионска бучава навечер“. Разгледувајќи ја побарувачката на ноќни летови, Советодавниот документ упатувал на фактот дека кога би се вовеле рестрикции на ноќните летови во Обединетото Кралство, некои летови не би биле толку погодни или трошоците за истите би биле повисоки од оние што може да ги понуди конкуренцијата во странство, и дека патниците би ги одбрале оние алтернативи што подобро им одговараат на нивните барања.

37. Исто така се наведува дека разни странски оператори се лоцирани на аеродроми каде што нема ноќни рестрикции, што значело дека може да имаат пониски цени постигнувајќи висока искористеност на леталата, и

дека тоа е клучен фактор за привлекувањето работа на она што е високо конкурентен и ценовно чувствителен пазар.

38. Дополнително, Советодавниот документ наведува дека и авиокомпаниите со редовни и со чартер летови веруваат дека нивното работење би можело значително да се подобри кога би им биле дозволени повеќе движења во ноќниот период, особено слетувања.

Исто така наведува дека чартер компаниите ја бараат можноста да работат во ноќниот период затоа што оперираат на високо конкурентен, ценовно чувствителен пазар и требало да ги сведуваат трошоците на колку што е можно пониско ниво. Комерцијалната одржливост на нивниот бизнис зависел од високата искористеност на леталата, што типично бара три ротации на ден до поблиски дестинации, а ова може да се вклопи само со употреба на движења навечер.

39. И конечно, што се однесува до ноќните летови, Советодавниот документ упатувал на постојаната побарувачка за неколку исклучиво товарни ноќни летови што превезуваат пошта и друг временски чувствителен товар како што се весници и стока со краток рок на употреба, и упатувале на фактот дека сите товарни движења биле забранети, без оглед дали слетуваат или полетуваат, во поголемиот дел од денот на аеродромот Хитроу.

40. Советодавниот документ упатувал на студијата на сонот од 1992 година, забележувајќи дека со неа се утврдило дека бројот на нарушувања предизвикани од авионска бучава е толку мал, што имал занемарлив ефект врз севкупната стапка на нормално нарушување, и дека стапките на нарушување од сите причини не биле на ниво со коешто има веројатност дека ќе влијаат врз човековото здравје или добросостојба.

41. Во Советодавниот документ понатаму се истакнувало дека за да се исполнува обврската зададена во 1988 година да не се дозволува влошување на бучавата навечер, а во идеален случај и да се намали, било предложено квотата за наредните пет години заснована врз новиот систем да се постави на ниво со коешто ќе се одржуваат севкупните нивоа на бучава под нивото од 1988 година.

42. Бил примен значителен број на одговори во врска со Советодавниот документ од трговски здруженија и од здруженија од индустријата со интерес во авиотранспортот (вклучително и од Меѓународната асоцијација за авиотранспорт (ИАТА), Конфедерацијата на британската индустрија и од Стопанската комора на Лондон и Долината Темза), како и од авиокомпаниите, од коишто сите ја истакнале важноста на ноќните летови. Здруженијата и авиокомпаниите дале детални информации и цифри во потпора на своите одговори.

43. На 6 јули 1993 година, Министерот за транспорт ја објавил својата намера да се воведат систем на квоти за рестрикции на ноќните летови што би стапил во сила од октомври 1993 година, чијашто цел била да се намали бучавата на трите главни аеродроми во Лондон, вклучително и на Хитроу („Системот од 1993 година“).

44. Со системот од 1993 година се воведува распоред за квоти на бучава за ноќниот период на квоти. Согласно системот за квоти на бучава, секој тип на летало добивал „пресметка на квота“ помеѓу 0,5 QC (за најтивниот) и 16 QC (за најбучниот). Потоа, на секој аеродром му доделувал определен број на поени за квоти и движењата на леталата морало да се одржуваат во рамките на вкупниот број на дозволени поени. Ефектот од ова било што согласно системот од 1993 година, наместо да се конкретизира максималниот број на поединечни движења на леталата, операторите на леталата можело да одберат во рамките на квотата на бучава дали ќе управуваат со поголем број на потивки авиони или со помал број на побучни авиони. Системот бил дизајниран, согласно Советодавниот документ од 1993 година, да ја поттикне употребата на потивки авиони со тоа што побучните типови ќе користат повеќе квоти за секое движење.

45. Според системот од 1993 година, „ноќта“ се дефинира како период помеѓу 23 и 7 часот, а „ноќниот период на квоти“ се дефинира во времетраење од 23.30 до 6 часот, седум дена во неделата во текот на годината, кога контролите се строги. Во текот на ноќта, операторите не смееле да закажуваат полетување за побучните типови на летала (авиони со број на квоти од 8 QC или 16 QC) или слетување (авиони со број на квоти од 16 QC). Во ноќниот период на квоти, авионските движења биле ограничени со горна граница на движења и квота на бучава, што се утврдувале за секоја сезона (летна и зимска).

46. Со Советодавниот документ од 1993 година се предлагал рејтинг од 0 QC за најтивниот авион. Меѓутоа, со тоа би се дозволил неограничен број на летови за ваквите авиони во ноќниот период, и владата ги зела предвид приговорите на овој предлог, одлучувајќи да пресметуваат за најтивниот авион 0,5 QC. Инаку, системот од 1993 година бил во главно во согласност со предлозите утврдени во Советодавниот документ од 1993 година.

47. Локалните власти од областите околу трите главни аеродроми во Лондон побарале судска ревизија на одлуката на Министерот за воведувањето на системот од 1993 година поднесувајќи четири последователни претставки за судска ревизија и две жалби пред Апелациониот суд (видете ги ставовите 80-83 подолу). Како резултат на разните пресуди изречени од Високиот суд и Апелациониот суд, владата се консултирала за ревидираните предлози во октомври и ноември 1993 година; наратчала студија од АНМАК (Советодавниот комитет за следење

на авионска бучава при Министерството за животна средина, транспорт и регионите (ДЕТР), поранешното Министерство за транспорт) во мај 1994 година за теренска бучава во ноќниот период на Хитроу, Гетвик и Стенстед аеродромите; додала во системот за пресметка на квоти севкупен максимален број на авионски движења; издала дополнителен Советодавен документ во март 1995 година и издала додаток на Советодавниот документ од март 1995 година во јуни 1995 година.

48. Со додатокот од јуни 1995 година се наведува дека политиките на Министерот и предлозите засновани врз нив дозволувале повеќе бучава отколку што било искусено од реалните авионски движења во летото 1988 година и се признава дека тоа било спротивно на владината политика, како што е изразена во Советодавниот документ од 1993 година. Како дел од ревизијата во 1995 година на системот од 1993 година, владата повторно ги прегледала извештаите од Управата за цивилно воздухопловство во врска со авионската бучава и нарушувањето на сонот, вклучително и студијата на сонот од 1992 година. ДЕТР подготвило серија документи во врска со статистичките податоци за полетувањата и слетувањата во ноќниот период на Хитроу, Гетвик и Стенстед аеродромите, за распоредот на летови и полицискиот час за ноќните движења, за капацитетот на пистата помеѓу 6 и 7 часот наутро, за ноќните слетувања на Хитроу во текот на четири одбрани седмици во 1994 година и ноќните полетувања од Хитроу во текот на четири одбрани седмици во 1994 година. ДЕТР исто така го земал предвид документот подготвен од страна на Аеродромот Хитроу ДОО за импликациите од забраната на ноќни летови помеѓу 00.00 и 5.30 часот.

49. На 16 август 1995 година, Министерот за транспорт објавил дека квотите за бучава и сите други аспекти од режимот за ноќни рестрикции би останале како што биле објавени претходно. Во јули 1996 година, Апелациониот суд ја потврдил законитоста на системот од 1993 година, како што бил изменет и дополнет (видете ги ставовите 82-83 подолу).

50. Ограничувањата на движењето за Хитроу согласно системот од 1993 година, воведени како последица на правните спорови пред домашните судови се утврдиле на 2.550 по зимска сезона од 1994/1995 до 1997/1998 година, и на 3.250 по летна сезона од 1995 до 1998 година (сезоните се смета дека се менуваат со промена на часовникот од Средно време по Гринич (ГМТ) на британско сметање на летното време (БСТ)). Квотите на бучава за Хитроу до летото 1998 година биле утврдени на 5.000 за секоја зимска сезона, и на 7.000 за секоја летна сезона. Од рестрикциите биле исклучени летови што опфаќаат итни случаи. Бројот на движења дозволени во текот на ноќниот период на квоти (односно од 23.30 до 6 часот) останал на приближно истото ниво како и помеѓу 1988 и 1993 година. Истовремено, бројот на дозволени движења во текот на ноќниот

период (односно од 23 до 7 часот) се зголемил согласно системот од 1993 година поради намалување на времетраењето на ноќниот период на квоти.

51. Во септември 1995 година, на аеродромот Хитроу бил воведен пробен период за изменети поцедури за рано утринските слетувања (слетувањата помеѓу 4 и 6 часот). Целта на пробата, управувана од Националните воздухопловни услуги ДОО во име на ДЕТР, била да се помогне во ублажувањето на бучавата врз делови од централен Лондон во раноутринскиот период. Во ноември 1998 година бил издаден привремен извештај насловен „Оценување на пробниот период за ревидираната процедура за раноутрински летови на Хитроу“.

52. Во декември 1997 година студијата нарачана од ДЕТР, а спроведена од Националната лабораторија за физика придонела до изработката на извештајот „Контури на ноќна бучава: физибилити студија“, што била издадена истиот месец. Извештајот содржи детално испитување на причините и последиците од ноќната бучава и ги дефинира можните области на понатамошно истражување. Се заклучува дека нема доволно докази од истражувањата со коишто би се дошло до „научно поткрепени јасни ноќни контури за да се опишат нивоата на вознемирување во текот на ноќниот период“.

53. Во 1998 година, владата извела двофазна консалтинг активност за ноќните рестрикции на Хитроу, Гетвик и Стенстед аеродромите. Во февруари 1998 година бил издаден прелиминарен советодавен документ за ноќните рестрикции на Хитроу, Гетвик и Стенстед. Според прелиминарниот советодавен документ, најголемиот број на ноќни движења првенствено опслужуваат различни потреби од движењата во текот на дневниот период и во истиот се наведуваат причини за дозволување на ноќните летови. Овие причини се во суштина истите како и оние што се даваат во советодавниот документ од 1993 година.

54. Понатаму, прелиминарниот советодавен документ упатувал на фактот дека воздушниот превоз е еден од најбрзо растечките сектори во светската економија и ги опфаќа некои од најуспешните фирми од Обединетото Кралство. Со воздушниот превоз се олеснува економскиот раст, светската трговија, меѓународните инвестиции и туризмот и е од особена важност за Обединетото Кралство заради неговата отворена економија и географска положба. Советодавниот документ потоа вели дека дозволувањето на ноќните летови, иако подлежат на рестрикции, на главните аеродроми во Обединетото Кралство има придонесено за ваквиот успех.

55. Владата поставила граници на движењата и квоти на бучава за зимата 1998/99 година што биле на истото ниво како и во претходниот зимски период за да се овозможи соодветен период за консултации.

56. Британското здружение за авиопревоз (БАТА) нарачале извештај од Куперс и Лајбранд за економската цена на одржувањето на рестрикциите на ноќните летови. Извештајот бил издаден во јули 1997 година насловен како „Економската цена на рестрикциите во ноќното летање на аеродромите во Лондон“. Извештајот заклучува дека економската цена на чинење на тогашните рестрикции кога би се одржувале во текот на периодот од 1997/1998 до 2002/2003 би изнесувала околу 850 милиони фунти (ГБП). БАТА го доставиле извештајот до владата како одговор на прелиминарниот советодавен документ.

57. На 10 септември 1998 година, владата објавила дека ограничувањата на движењето и квотите на бучава за летниот период во 1999 година би биле исти како и за летото 1998 година.

58. Во ноември 1998 година, владата ја објавила втората фаза од Советодавниот документ за ноќните рестрикции на Хитроу, Гетвик и Стенстед. Во Советодавниот документ се вели дека последователните влади сметаат дека политиката за ноќна бучава треба да се заснова врз истражувањето на врската помеѓу авионската бучава и мешањето во сонот и дека тоа треба да продолжи да биде основа за одлуките за да се задржи балансот помеѓу различните интереси. Во Советодавниот документ се наведува дека „мешањето на сонот“ има за цел да го опфати нарушувањето на сонот (будење од сон, колку и да е кратко) и спречувањето на спиењето (како прво тешкотии при заспивањето навечер, будење и потоа неможност за повторно заспивање рано наутро). Во Советодавниот документ исто така се вели дека е нарачано понатамошно истражување на ефектите од авионската бучава врз сонот, што би опфатило ревизија на постојното истражување во Обединетото Кралство и во странство, како и проба за да се оценат методологијата и аналитичките техники за да се определи дали да се продолжи со една сеопфатна студија на спречувањето на спиењето или целокупната загуба на сонот.

59. Советодавниот документ го повторува наодот од студијата на сонот од 1992 година според која при настани на бучава во опсег од 90-100 dBA SEL (80-95 dBA Lmax) веројатноста еден просечен човек да се разбуди од настан на авионска бучава изнесувала околу 1 во 75. Се потврдува дека едната веројатност во седумдесет и петте се однесува на нарушување на сонот, а не на спречување на спиењето, и дека иако постои значителен опсег на истражување на нарушувањето на сонот, сепак се знае помалку за спречувањето на спиењето или севкупната загуба на сонот.

60. Во Советодавниот документ се наведува дека целите на тековната ревизија во врска со Хитроу се да се направи рамнотежа помеѓу потребата да се заштитат локалните заедници од нивоа на прекумерна авионска бучава навечер и да им се обезбеди на авионските оператори да работат

навечер кога се од корист за локалната, регионалната и националната економија; да се гарантира дека се земени предвид конкурентните фактори што ги засегнуваат аеродромите на Обединетото Кралство и авиокомпаниите и пошироките импликации врз вработувањето и економските импликации; да се земат предвид истражувањата за односот помеѓу авионската бучава и попречувањето во спиењето и другите влијанија врз здравјето; да се поттикне употребата на потивки летала навечер; и да се воведат на Хитроу, за ноќниот период на квоти (23.30 до 6 часот) аранжмани што ќе придонесат за понатамошно постепено унапредување на климата на ноќна бучава околу аеродромот и да се ажурираат аранжманите како што е соодветно.

61. Во Советодавниот документ се наведува дека откако е воведен системот од 1993 година, постои подобрување на климата од бучава околу Хитроу во текот на ноќниот период на квоти врз основа на вкупниот број на квоти пресметани за летало во однос на квотата на бучава, но дека веројатно постои влошување во текот на целокупниот ноќен период помеѓу 23 и 7 часот како последица од порастот на сообраќајот помеѓу 6 и 7 часот.

62. Во Советодавниот документ е утврдена силна преференца на корисниците за ноќни долги летови од Азиско-пацифичкиот регион.

63. Советодавниот документ утврдува дека владата не се обидела да ги квантифицира воздухопловните и економските придобивки од ноќните летови од финансиски аспект. Тоа се должи на тешкотиите при добивањето веродостојни и независни податоци за патничките и економските придобивки (од коишто некои се комерцијално чувствителни) и при моделирањето на таквите комплексни интеракции. БАТА доставиле примерок од извешајот од Куперс и Лајбранд од јули 1997 година заедно со нивниот одговор на Прелиминарниот советодавен документ, а во Советодавниот документ се забележува дека во извешајот е извршена проценка на вредноста од дополнително закажан секојдневен долготраен ноќен лет на Хитроу на 20 до 30 милиони GBP годишно, од коишто половина го сочинуваат профитот на авиокомпаниите. Во Советодавниот документ се наведува дека финансиските ефекти врз авиокомпаниите се подразбира дека произлегуваат од проценките направени од водечката авиокомпанија од Обединетото Кралство. Со други делови од пресметката се отсликуваат претпоставките за ефектите врз патниците и второстепените ефекти врз други услуги, изразени од аспект на претпоставен процент од претпоставен приход заработен со таквите услуги. Советодавниот документ наведува дека цената на построгото ограничување на постојните ноќни летови би можела да е различна, а цифрите на БАТА не ги земаат предвид пошироките економски ефекти што не биле опфатени со проценката за влијанието врз авиокомпаниите и патниците.

64. Во Советодавниот документ се наведува дека при формулирањето на нејзините предлози, владата ги зела предвид како цифрите од БАТА, така и фактот дека не било возможно владата да ги тестира проценките или претпоставките извршени од БАТА. Секоја вредност што му се придава на „маргинален“ ноќен лет треба да се измери во однос на непогодностите врз животната средина. Овие не би можело да се проценат од финансиски аспект, но повикувајќи се на студијата на сонот од 1992 година, било возможно да се процени бројот на лица коишто веројатно ќе се разбудат. Советодавниот документ заклучува дека при формирањето на нејзините предлози, владата мора да ги земе предвид, од една страна, важните воздухопловни интереси, како и пошироките економски аргументи. Се чини јасно дека авиокомпаниите и авионите од Обединетото Кралство би можеле да имаат загуби во деловното работење, вклучително и во текот на дневниот период, доколку се спречени со несоодветно строги рестрикции да нудат ограничен број на услуги навечер, од коишто и корисниците би можеле да страдаат а со што би се намалиле и услугите што ги нудат аеродромите и авиокомпаниите од Обединетото Кралство, а со тоа и атрактивноста на Лондон и Обединетото Кралство општо земено. Од друга страна, ваквите аргументи требало да се измерат во однос на вознемирувањето од бучавата предизвикана од ноќните летови. Предлозите што се даваат во Советодавниот документ имале за цел да направат рамнотежа помеѓу различните интереси, а според мислењето на владата, би го заштитиле локалното население од прекумерна бучава во текот на ноќта.

65. Главните предлози во однос на Хитроу биле следниве: да не се воведува забрана на ноќните летови, ниту пак период на полициски час; да се задржат сезонските квоти на бучава и ограничувањата на движењата; да се ревидира класификацијата на пресметка на квоти (QC) по поединечно летало, а ако со тоа се изврши значителна рекласификација, повторно да се разгледаат границите на квотите; да се задржи системот на QC; да се ревидира системот на QC пред летната сезона во 2002 година (кога би се променил составот на возниот парк по завршувањето на задолжителното фазно расчистување на цивилните авионски летала од „Поглавјето 2“ во Европа, со исклучок на Конкорд, којшто отпочна во април 1995 година) во согласност со политиката на поттикнување на потивки летала; да се намалат квотите на бучава во летниот и зимскиот период; да се задржи ноќниот период од 23 до 7 часот и ноќниот период на квоти од 23.30 до 6 часот; да се прошират рестрикциите за авионите класифицирани како QC8 при слетување или полетување за да се поклопат со оние за QC16; и да се забрани полетувањето или слетувањето на леталата QC4 во текот на ноќниот период на квоти со почетокот на летната сезона во 2002 година (односно, по завршувањето на задолжителното фазно расчистување од Поглавјето 2).

66. Во Советодавниот документ се наведува дека од воведувањето на системот од 1993 година, во квотите се разработило место со што се намалува стимулацијата за операторите да користат потивки летала. Како прв чекор за повторното воведување на стимулацијата било замислено намалувањето на квотите на бучава во летниот и зимскиот период за да се добијат до нивото на нивната тековна употреба. Нивото на квоти на бучава во зимскиот период согласно шемата од 1993 година изнесувало 5.000 QC поени, а просечната искористеност во последните две сообраќајни сезони изнесувала 3.879 QC поени. Се предлагувало намалување на 4.000. Нивото на квоти на бучава во летниот период 7.000 поени, а просечната искористеност во последните две сообраќајни сезони била приближно пресметана на 4.472. Се предлагало намалување на 5.400 поени. Новите нивоа би останале во сила до крајот од летната сезона во 2004 година, а би подлежеле на исходот од ревизијата на QC.

67. Со Делот 2 од Советодавниот документ се повикувало да се достават коментари за тоа дали треба да се воведат алтернирање на пистите на Хитроу, како и за преференцијалната употреба на пистите на Хитроу навечер.

68. На 10 јуни 1999 година, владата објави дека предлозите од Советодавниот документ од ноември 1998 година ќе се спроведуваат од 31 октомври 1999 година, со ограничен број на измени. Во врска со Хитроу, единствената измена е дека требало да има помало намалување на квотите на бучава отколку предложеното. Квотите биле утврдени на 4.140 QC поени во зимскиот период, и 5.610 QC за летниот период. Ефектот од тоа бил да се постават зимските квоти на пониско ниво од нивната реална искористеност во зимата 1998/99 година.

69. Системот од 1999 година влегол во сила на 31 октомври 1999 година.

70. На 10 ноември 1999 година бил издаден извештај за „Придонесот на воздухопловната индустрија во економијата на Обединетото Кралство“. Извештајот го изработиле Оксфорд економик форкастинг и бил спонзориран од бројни авиокомпани, аеродромски оператори и БАТА, како и од владата.

71. На 23 ноември 1999 година, владата објавила дека алтернирањето меѓу пистите на Хитроу ќе продолжи во текот на ноќта „штом се укаже практично изводлива можност“ и издала дополнителен Советодавен документ во врска со предлозите за промена на преференцијалната употреба на пистите на Хитроу навечер.

72. Во декември 1999 година, ДЕТР и Националните услуги за авиосообраќај ДОО го објавиле последниот извештај на техничката работна група АНМАК за „Бучава од авион при слетување“. Целта на

извештајот била да се опишат објективно изворите на оперативната бучава на авионите при слетување, да се разгледаат можните начини за унапредување на бучавата и да се дадат препораки до ДЕТР.

73. Во март 2000 година, Службата за оперативно истражување и анализа (ДОРА) објавила извештај, подготвен во име на ДЕТР, со наслов „Негативните последици од ноќната авионска бучава“. Извештајот идентификува бројни прашања за можно понатамошно истражување и бил наменет да претставува потпора на која било идна студија за ноќна авионска бучава во Обединетото Кралство. Во извештајот се наведува дека се пронајдени недостатоци во знаењето, како и дека ДЕТР размислува дали постои случај за понатамошна широкоопсежна студија за негативните ефекти од ноќната авионска бучава и одлучува да нарачаат две понатамошни кратки истражувачки студии за да се испитаат можностите. Овие студии биле назначени во есента 1999 година, пред објавувањето на извештајот на ДОРА. Една од нив претставува пробна студија за да се оцени истражувачката методологија. Другата претставува социјално истражување чијашто цел опфаќа истражување на разликата помеѓу објективно измерените и јавно добиените податоци за вознемирувањето поради авионската бучава навечер. Обете студии ги спроведуваат универзитетски истражувачи.

74. Како дополнение на рестрикциите на ноќните летови, на аеродромот Хитроу се воведени и серија мерки за ублажување и намалување на бучавата. Овие го опфаќаат следново: сертификација на авионската бучава за намалување на бучавата кај нејзиниот извор; задолжително фазно расчистување на постарите, побучните млазни авиони; преференцијални рути заради бучавата и минимални косини на искачување за полетувањето на авионите; постапки за насочени кон смалување на бучавата (процедури за континуирано спуштање и управување со пониска енергетска искористеност и поголема ефикасност); ограничување на движењата во авиопревозот; аеродромски такси поврзани со нивото на бучава; грант програми за изолација на бучавата; и исплаќање надомест за вознемирување од бучава согласно Законот за надомест за земјиште од 1973 година.

75. ДЕТР и раководството на аеродромот Хитроу вршат континуирано и детално следење на рестрикциите на ноќните летови. Секој квартал се доставуваат извештаи до членовите на Советодавниот комитет на аеродромот Хитроу во којшто свои претставници имаат локалните владини тела одговорни за областите во близина на аеродромот Хитроу, како и здруженијата на локалните жители.

II. РЕЛЕВАНТНО ДОМАШНО ПРАВО И ПРАКСА

A. Законот за цивилно воздухопловство од 1982 година („Законот од 1982 година“)

76. Делот 76(1) од Законот од 1982 година, во релевантниот дел, предвидува:

„Не се поведува дејство во врска со неовластен премин или вознемирување исклучиво заради авионско прелетување врз имот на висина над земјата коешто, имајќи ги предвид ветрот, временските услови и сите околности на случајот, е разумно, или редовни инциденти од таков лет, под услов соодветно да се почитуваат одредбите од секој налог за воздухопловна навигација ...“

77. Налозите за воздухопловна навигација согласно Законот од 1982 година го предвидуваат донесувањето на кралски укази за цели на регулирање на воздухопловството. Кралските укази, меѓу другото, постапуваат по прашања на емисии од мотор, сертифицирање на бучавата и отштета за вознемирување заради бучава.

78. Делот 78(3) од Законот од 1982 година, во релевантниот дел, предвидува:

„Доколку Министерот смета дека е соодветно да спречи полетување или слетување на авионски летала, или да го ограничи бројот на можности за полетување или слетување на аеродромот во текот на одредени временски периоди, со цел да се избегне, ограничи или ублажи ефектот од бучавата и вибрациите поврзани со полетувањето или слетувањето на авион на определениот аеродром, тоа може да го стори по пат на известување што се објавува на пропишаниот начин или може да преземе нешто од следново, односно -

(а) да им забрани на леталата опишани во известувањето да полетуваат или да слетуваат на аеродромот (освен во итен случај што е така опишан) во текот на утврдените периоди;

(б) да го утврди бројот на пригоди во кои леталото опишано во известувањето може да добие дозвола за полетување или слетување на аеродромот ... во текот на така утврдените периоди;

...”

79. Рестрикциите на ноќните летови на аеродромот Хитроу се воведуваат преку известувања објавени од Министерот согласно делот 78(3) од Законот од 1982 година.

B. Тужбите против Системот од 1993 година

80. Локалните власти за регионот околу трите главни аеродроми на Лондон барале судска ревизија на министерската одлука за воведување на системот од 1993 година. Вложиле четири последователни тужба за судска ревизија и два пати поднеле жалба до Апелациониот суд. Високиот суд го прогласил Системот од 1993 година спротивен на условите од делот

78(3)(б) од Законот од 1982 година, а оттаму и за неважечки, затоа што со него не се „утврдува максималниот број на можности опишаниот авион да добие дозвола за слетување или полетување“, а наместо тоа, воведува контроли во зависност од нивоата на изложеност на силината од бучава (видете *R. Против Министерот за транспорт, ex parte Советот на општината Ричмонд на Темза и други* [1994] 1 Weekly Law Reports 74).

81. Министерот одлучил да го задржи системот за пресметка на квоти, но во него го додал максималниот број на авионски движења. Одлуката на Високиот суд била дека тоа е во согласност со делот 78(3)(б) од Законот од 1982 година. Сепак, за Советодавниот документ од 1993 година било одлучено дека „суштински доведува до заблуда“ затоа што не разјаснува дека со примената на предлозите за аеродромот Хитроу би се овозможило зголемување на нивоата на бучава во однос на таквите нивоа од 1988 година (видете *R. против Министер за транспорт, ex parte Советот на општината Ричмонд на Темза и други* [1995] Environmental Law Reports 390).

82. По објавувањето на дополнителниот Советодавен документ во март 1995 година, а и на додатокот на Советодавниот документ од март 1995 година во јуни 1995 година, локалните власти поднеле дополнителна тужба барајќи судска ревизија. Во јули 1996 година, Апелациониот суд одлучил дека Министерот дал адекватни причини и доволно образложение за неговиот заклучок дека била разумна, врамнотежена одлуката да се ризикува да се намали до одредена мера можноста за спиење навечер на локалното население заради други компензациски аргументи на коишто тој, во 1993 година, бил подготвен да им даде поголема тежина и дека до јуни 1995 година грешките во советодавните документи биле поправени и не можело да се каже дека новата политика била неразумна (видете *R. против Министер за транспорт, ex parte Richmond LBC* [1996] 1 Weekly Law Reports 1460).

83. На 12 ноември 1996 година, Горниот дом го отфрлил барањето на локалните власти за дозвола да вложат жалба против одлуката на Апелациониот суд.

ПРАВОТО

НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕНОТ 8 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

84. Апликантите се пожалиле дека со владината политика за ноќни летови на Хитроу воведена во 1993 година се врши повреда на нивните права од членот 8 од Конвенцијата, што го предвидува следново:

„1. Секој човек има право на почитување на неговиот приватен и семеен живот, домот и преписката.

2. Јавната власт не смее да се меша во остварувањето на ова право, освен ако тоа мешање е предвидено со закон и ако претставува мерка која е во интерес на државната и јавната безбедност, економската благосостојба на земјата, заштитата на поредокот и спречувањето на кривични дела, заштитата на здравјето и моралот, или заштитата на правата и слободите на другите, во едно демократско општество.“
Владата го одрекла постоењето на повреда на Конвенцијата во овој случај.

A. Општи принципи

1. Пресудата на советот

85. Со пресудата од 2 октомври 2001 година, Советот одлучил дека поради тоа што аеродромот Хитроу и авионите што го користеле не биле во сопственост, под контрола ниту управувани од владата или нејзините агенти, Обединетото Кралство не може да се рече дека „се мешало“ во приватниот или семејниот живот на апликантите. Наместо тоа, Советот ги анализираше тужбите на апликантите од аспект на позитивната обврска на државата да преземе разумни и соодветни мерки за гарантирање на правата на апликантите согласно членот 8 § 1 (видете го ставот 95 од пресудата на Советот).

86. Советот дополнително одлучил дека без оглед каков аналитички пристап ќе се примени, мора да се има обзир кон правичниот баланс меѓу конкурентните интереси на поединецот и заедницата како целина. Во обата контекста, државата уживала во одредена маргина на уважување при одлучувањето какви чекори ќе преземе за да гарантира усогласност со Конвенцијата (видете го ставот 96 од пресудата на Советот). Сепак, Советот подвлекол дека при обезбедувањето на потребниот баланс, државите мора да го имаат предвид целокупниот дијапазон на материјални аргументи. Дополнително, на особено чувствителното поле на заштитата на животната средина, не било доволно само да се упати на економската благосостојба на државата за да се натежнат правата на другите. Советот сметал дека државите треба да го сведат на минимум што е можно повеќе мешањето во правата од членот 8, обидувајќи се да најдат алтернативни решенија и генерално барајќи да ги постигнат нивните цели со што е можно помалку жртви по човековите права. За да го постигнат тоа, со цел да се најде најдоброто можно решение, вистинскиот баланс би се постигнал со правилно и целосно истражување и проучување што треба да му претходи на релевантниот проект (видете го ставот 97 од пресудата на Советот).

2. Поднесоците на странките

(a) Владата

87. Во писмото со кое се бара предметот да му биде упатен на Големиот судски совет, и во нивните писмени и усни забелешки до Големиот судски

совет, Владата силно се спротивставила на пристапот со „минимално мешање“ што го дефинира Советот во ставот 97 од пресудата.

Владата аргументира дека Таквиот тест во контекстот на конкретниот тип на предмет не е во согласност со доследната судска пракса согласно Конвенцијата, и во принцип е неоправдан. Тие тврделе дека со тестот ќе се сведе на изумирање маргината на уважување што им се дава на државите во областа што вклучува тешко и комплексно балансирање на разни конкурентни интереси и фактори.

88. Не само што имало јасна превласт во полза на широката маргина, туку и принципиелно било соодветно и правилно на државата да ѝ се даде таква маргина во таков контекст каков што е конкретниот затоа што требало да се балансира помеѓу бројни конкурентни права и интереси, а важноста и чувствителноста на некои од нив тешко можела да се оцени. Не постоела единствена правилна политика за регулирањето на ноќните летови; државите можеле и усвојувале бројни различни пристапи. Владата образложила дека конкретниот контекст бил сличен со областа на политиките за планирање, каде што Судот доследно признал дека заради нивниот директен и постојан контакт со релевантните тела од нивните држави и поради опсегот на дискреционите прашања што биле опфатени, националните власти во принцип биле подобро позиционирани отколку меѓународен суд за да ги оценат локалните услови и потреби.

89. Владата прифатила дека обезбедувањето на правилен баланс подразбира истото да биде доволно образложено во врска со релевантните прашања за да се избегне донесувањето на арбитражни одлуки или перцепцијата дека се донеле такви одлуки. Сепак, процесот на одлучување бил примарно за националните власти, во овој случај за владата, и подлежи на судска ревизија од домашните судови. Надлежноста на Европскиот суд во овој контекст била само надзорна: Во отсуство на индикации за арбитражна или јасно неадекватна истрага, не било неопходно ниту соодветно да се даде детална и прецизна критика на информациите што владата треба да ги земе предвид.

(б) Апликантите

90. Апликантите тврделе дека било веќе утврдено од претходната судска пракса дека авионската бучава можела да врши повреда на правата од членот 8 на оние лица коишто се доволно засегнати од истата и дека домашните власти имале позитивна должност да преземат чекори за да ја гарантираат ефективната заштита на тие права. Повикувајќи се на претходни предмети поврзани со животната средина и грижата за деца, како и други предмети согласно членот 8, тие аргументирале дека должноста би можела да се повреди во околности во кои, имајќи ја предвид маргината на уважување, Судот сметал дека државата спровела погрешен суштински баланс помеѓу интересот по што трагала и

ефективното уживање на поединецот во правото од членот 8, или каде што имало процесен пропуст, како на пример пропуштање да се обзнанат информации на поединец засегнат од вознемирување од животната средина или пропуштање да се заснова процесот на одлучување врз релевантните аргументи или да се дадат релевантни и доволни причини за мешањето во основното право.

91. Апликантите прифатиле дека секоја информирана оценка за тоа дали мешањето во правата од членот 8 било „потребно во едно демократско општество“ би можела да подлежи на маргина на уважување, а ширината на таквата маргина би зависела од контекстот. Сепак, тие тврделе дека во конкретниот предмет, маргината би требало да биде тесна затоа што лишувањето од спиење поради изложеност на прекумерна бучава, како и наметнувањето на нечовечки или деградирачки третман, било прашање коишто би можело и би требало да се процени според слични стандарди во слични држави договорнички.

92. Дополнително, онаму каде што еден предмет—како конкретниов—би можел да се реши врз основа на процесна повреда, имено пропустот на владата правилно да ги состави доказите потребни за процесот на одлучување, доктрината на маргината на уважување немала улога, поради тоа што меѓународниот судија бил добро позициониран за да ја оцени адекватноста на процесните гаранции што ги применила државата.

93. За апликантите, пристапот на Советот – дека повредата на членот 8 се засновала врз владиниот пропуст да ги состави доказите што ќе биле потребни за одлучувањето врз основа на релевантните аргументи - бил само еден начин на којшто може да се постапи по предметот. Повредата на членот 8 можела исто така да се утврди врз основа на тоа што потребните чекори за заштита на правата од членот 8 не биле преземени, дека не биле дадени „релевантни и доволно причини“ за мешањето, или дека не бил направен правилно суштински баланс меѓу интересите.

3. Третите лица

94. „Пријателите на Земјата“ тврделе дека пресудата на Советот во конкретниов предмет била доследна со развојот во домашното и меѓународното право во врска со односот помеѓу човековите права и животната средина. Била особено доследна со барањата од јавното меѓународно право што бара од одлучувачите да бидат задоволни од одговорите добиени преку нивната правилна, целосна и претходна истрага на факторите што треба да се земат предвид за да се постигне соодветен баланс помеѓу правата на поединецот и економските интереси на државата.

95. Бритиш Ервејз не дале коментар на општите принципи што требало да ги примени Судот.

4. Оценка на Судот

96. Со членот 8 се штити правото на поединецот на почитување на неговиот приватен и семеен живот, домот и преписката. Не постои изречно право во Конвенцијата на чиста и тивка животна средина, но кога поединецот е директно и сериозно засегнат од бучава или друго загадување, може да се јави прашање согласно членот 8. Така, во *Powell and Rayner против Обединетото Кралство* (пресуда од 21 февруари 1990 година, Серија А бр. 172, стр. 18 § 40), кога апликантите се жалеле на вознемирувањето од дневната авионска бучава, Судот одлучил дека членот 8 бил релевант затоа што „квалитетот на приватниот живот на [секој] апликант и опсегот на уживање во комфорот на сопствениот дом биле негативно засегнати од бучавата што ја произведувале авионите користејќи го аеродромот Хитроу“. Слично на тоа, во *López Ostra против Шпанија* (пресуда од 9 декември 1994 година, Серија А бр. 303-С, стр. 54-55, § 51), Судот пресудил дека членот 8 може да опфаќа право на заштита од тешко загадување на животната средина затоа што таквиот проблем би можел да „ја засегне добросостојбата на поединците и да ги спречи во уживањето на сопствениот дом на начин на којшто негативно ќе го засегне нивниот приватен и семеен живот без, сепак, притоа сериозно да го загрозува нивното здравје“. Во *Guerra and Others против Италија* (пресуда од 19 февруари 1998 година, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I), којашто, како во Лопес Остра, се однесува на загадување на животната средина, Судот утврдил дека „директниот ефект од токсичните емисии врз правото на апликантите на почитување на нивниот приватен и семеен живот значи дека се применува членот 8“ (стр. 227, § 57).

97. Истовремено, Судот ја повторува во суштина супсидијарната улога на Конвенцијата. Домашните власти имаат директен демократски легитимитет и, како што пресудил Судот во многу наврати, во принцип се подобро позиционирани отколку меѓународен суд да ги проценат локалните потреби и услови (видете, на пример, *Handyside против Обединетото Кралство*, пресуда од 7 декември 1976 година, Серија А бр. 24, стр. 22, § 48). По прашања на генерална политика, каде што мислењата во рамките на едно демократско општество би можеле во голема мера да се разликуваат, улогата на домашните креатори на политиките би требало да добие специјална тежина (видете *James and Others против Обединетото Кралство*, пресуда од 21 февруари 1986 година, Серија А бр. 98, стр. 32, § 46, во која Судот одлучил дека е нормално маргината на уважување „што му е на располагање на законодавецот во спроведувањето на социјалните и економските политики да биде широка“).

98. Членот 8 може да се применува во предмети од животната средина во кои загадувањето е директно предизвикано од државата или во кои одговорноста на државата се јавува од пропустот правилно да ја регулира приватната индустрија. Меѓутоа, без оглед дали предметот се анализира од аспект на позитивната обврска на државата да презема разумни и соодветни мерки за гарантирање на правата на апликантите согласно ставот 1 од членот 8 или од аспект на оправданост на мешањето од страна на јавен орган во согласност со ставот 2, применливите принципи се воглавно слични. Во обата контекста, мора да се има предвид правичниот баланс помеѓу конкурентните интереси на поединецот и на заедницата како целина; и во обата контекста државата ужива одредена маргина на уважување во определувањето на чекорите што треба да се земат за да се гарантира почитувањето на Конвенцијата. Понатаму, дури и во врска со позитивните обврски што произлегуваат од првиот став од членот 8, при одржувањето на потребниот баланс, може да бидат од одредена релевантност и целите што се споменати во вториот став (видете *Powell and Rayner*, стр. 18, § 41, и *López Ostra* стр. 54-55, § 51, обете цитирани погоре).

99. Судот смета дека во предмет како што е конкретниов, којшто опфаќа државни одлуки што ги засегнуваат прашањата за животната средина, постојат два аспекта во испитувањето што може да го спроведе Судот. Како прво, Судот може да ја оцени суштинската основаност на владината одлука, да се осигури дека таа е компатибилна со членот 8. Како второ, може да го преиспита процесот на одлучување за да се осигури дека на интересите на поединецот им е дадена соодветна тежина.

100. Во однос на материјалниот аспект, Судот одлучил дека државата мора да добие широка маргина на уважување. Во *Powell and Rayner*, на пример, потврдил дека „секако не е работа на Комисијата или на Судот да ја заменуваат оценката на домашните власти со друга оценка за тоа што би можело да биде најдобра политика во оваа тешка општествена и техничка сфера“, имено регулирањето на прекумерната авионска бучава и средствата на оштета што треба да му се дадат на поединецот во рамките на домашниот правен систем. Судот продолжил дека „ова е област во која за државите договорнички треба да биде признаено дека уживаат широка маргина на уважување“ (стр. 19, § 44).

101. И во други предмети што опфаќаат прашања за животната средина, на пример предметите што инволвираат просторно планирање, Судот исто така одлучил дека на државата треба да ѝ се дозволи широка маргина на уважување. Причините за ваквиот пристап Судот ги објаснил во *Buckly против Обединетото Кралство*, кога апликантот се жалел дека не ѝ била одобрена дозвола за просторно планирање за да постави станбена приколка на земјиште што го поседувала (пресуда од 25 септември 1996 година, *Reports 1996-IV*, pp. 1291-93, §§ 74-77):

„74. Како што е утврдено во јуриспруденцијата на Судот, националните власти треба да изготват почетна оценка на „потребата“ од вмешување, и што се однесува до законската рамка, но и до конкретна мерка на спроведување...Иако со тоа на домашните власти им се остава маргина на уважување, нивната одлука останува подложна на ревизија од Судот во однос на усогласеноста со барањата од Конвенцијата.

Опсегот на маргината на уважување не е идентичен во секој предмет, туку ќе варира во зависност од контекстот...Во релевантните фактори се вклучени природата на засегнатото право од Конвенцијата, неговата важност за поединецот и природата на засегнатите активности.

75. Судот веќе имал пригода да забележи дека урбанистичките планови за градовите и државите опфаќаат реализација на дискрециони проценки во спроведувањето на политиките кои се носат во интерес на заедницата...Не е работа на Судот да го даде сопственото мислење за тоа што би требало да биде најдобра политика на полето на урбанизмот, или најсоодветна поединечна мерка во предметите поврзани со урбанизам...Поради нивниот директен и постојан контакт со виталните сили од нивните држави, националните власти во принцип се подобро позиционирани отколку меѓународен суд за да ги оценат локалните потреби и услови. Поради тоа што реализацијата на дискреционото право што опфаќа множество локални фактори е нераздвојна од изборот и спроведувањето на урбанистичките политики, националните власти во принцип уживаат широка маргина на уважување.

76. Судот не може да го игнорира фактот дека сепак, во конкретниов предмет, треба да се изврши баланс помеѓу интересите на заедницата и правото на апликантот на почитување на нејзиниот „дом“, право од што зависат нејзината и личната безбедност и добросостојба на нејзините деца ...Важноста на тоа право за апликантот и нејзиното семејство мора исто така да се земе предвид при определувањето на опсегот на маргината на уважување што ѝ се дозволува на тужената држава.

Кога и да им се дава на домашните власти дискрециона моќ со која ќе можат да се вмешаат во правата од Конвенцијата како што е во конкретниов предмет, процесните гаранции достапни на поединецот ќе бидат особено суштински во определувањето на тоа дали тужената држава останала во нејзините граници на маргината на уважување при утврдувањето на регулаторната рамка. Навистина, утврдена судска пракса е дека иако членот 8 не содржи изречни процесни барања, процесот на одлучување што доведува до мерките на мешање треба да биде правичен и таков што ќе овозможува соодветно почитување на интересите кои му се гарантирани на поединецот со членот 8 ...

77. Задачата на Судот е да определи, врз основа на горенаведените принципи, дали причините дадени за да се оправда засегнатото мешање се релевантни и доволни согласно членот 8 § 2.“

102. Судот призна дека во оние места каде владината политика во форма на кривични закони се меша во особено интимен аспект од приватниот живот на поединецот, ќе се намали обемот на маргината на уважување што ѝ се остава на државата (видете *Dudgeon против Обединетото Кралство, пресуда од 22 октомври 1981 година, Серија А бр. 45, стр. 21, § 52*).

103. Така, Судот се соочува со контрадикторни мислења во врска со примената на маргината на уважување: од една страна, владата бара широка маргина врз основа на тоа дека предметот се однесува на прашања од опсегот на јавната политика, а од друга страна, пак, наводот на апликантите е дека тогаш кога е засегнато спиењето, маргината треба да биде тесна поради „интимната“ природа на заштитеното право. Овој Суд во врска со наводите за маргината на уважување може да одлучи само преку согледување на околностите на конкретниот предмет.

104. Во врска со процесниот елемент од судското разгледување на предмети што опфаќаат прашања за животната средина, од Судот се бара да ги земе предвид сите аспекти од постапката, вклучително и типот на засегнатата политика или одлука, опсегот до кој биле земени предвид мислењата на поединците (вклучително и на апликантите) при постапката на одлучување, како и достапните процесни гаранции.

Б. Оценување на фактите на предметот во контекст на општите принципи

1. Пресудата на советот

105. Советот одлучил дека сè на сè, нивото на бучава во текот на периодот помеѓу 23.30 и 6 часот се зголемило согласно Системот од 1993 година. Сметал дека владата, дозволувајќи зголемени нивоа на бучава од 1993 година натаму, пропуштила да ја исполни својата позитивна обврска кон апликантите не успевајќи да направи, директно или со начување на независно истражување, една критичка оценка на важноста на придонесот на ноќните летови во економијата на Обединетото Кралство. Советот понатаму ја критикувал владата што спровела само едно ограничено истражување на ефектот од ноќните летови врз локалното население пред да го воведо Системот од 1993 година, забележувајќи дека студијата на сонот од 1992 година била ограничена само на пореметувањата во спиењето и не го ни споменува проблемот со спречувањето на спиењето. Советот не прифатил дека „скромните“ чекори преземени за да се ублажи ноќната бучава согласно Системот од 1993 година можеле да претставуваат „потребните мерки“ за заштита на апликантите. Тој заклучил дека „во отсуство на сериозен обид да се оцени опсегот на влијанието на мешањата во спиењето на апликантите, и генерално недостатокот од претходна конкретна и целосна студија со цел да се најде најмалку скапото решение во однос на човековите права, не може да се согласиме дека мерејќи го мешањето наспроти економскиот интерес на државата-кој самиот не е квантифициран-владата направила правилен баланс со воведувањето на Системот од 1993 година“.

2. Поднесоците на странките

(а) Владата

106. Владата признала дека ноќната бучава од авионските летала имала капацитет да го наруши или спречи спиењето, но го повикала Судот критички да ги оцени тужбените барања на апликантите според кои секој од нив страдал од високо ниво на нарушување. Во врска со ова, истакнале дека апликантите се наоѓале на значително различни географски позиции, како и на различни нивоа на изложеност на ноќна бучава. Дополнително, вреди да се забележи дека стотици илјадници жители на Лондон и обиколните окрузи биле во слична положба, дека пазарот на недвижнини во засегнатите подрачја цветал и дека апликантите не тврделе дека не можат да ги продадат своите куќи и да се преселат.

107. Владата потенцирала дека сите други главни европски аеродроми имале помалку строги рестрикции за ноќните летови отколку рестрикциите на трите аеродроми во Лондон. Париз-Шарл де Гол и Амстердам-Схипол воопшто немале рестрикции на вкупниот број на летала од „Поглавјето 3“ што може да летаат навечер, а Франкфурт имал рестрикции за слетувања на летала од „Поглавјето 3“ помеѓу 1 и 4 часот наутро. Доколку рестрикциите на ноќните летови на Хитроу биле построги, авиокомпаниите од Обединетото Кралство би биле ставени во значително помалку конкурентна положба. Од 1988 година, тие ги користеле ретките ноќни места во распоредот на Хитроу за две цели: мал број биле доцните вечерни полетувања за одложени летови, но повеќето, обично тринаесет до шестнаесет летови навечер, биле ранотрински следувања помеѓу 4 и 6 часот наутро на долги закажани летови, главно од Југоисточна Азија, Северна Америка и Јужна Африка. Во последните години, засегнатите авиокомпаниии преземале чекори да осигурат дека летовите не слетувале пред 4.30 часот.

Владата аргументирала дека ваквите летови претставуваат составен дел од мрежата на конекциски авиоуслуги. Доколку биле принудени да ги вршат во текот на денот, би можеле да обезбедуваат помалку одржливи конекции со регионалните услуги на двата краја, на тој начин нарушувајќи на атрактивноста на Лондон како место за вршење на деловни активности. Во секој случај, дневниот капацитет на сите аеродроми во Лондон бил речиси полн, а би било непрактично да се презакажуваат летови надвор од ноќниот период.

108. Владата потврдила дека пред 1993 година биле спроведени детални прегледи на голем број на аспекти од режимот на ноќни рестрикции. Така, во јули 1990 година, Министерството за транспорт отпочнало интересен преглед на рестрикциите што биле во примена тогаш и во јануари, октомври и ноември 1993 година, и во март и јули 1995 година објавило Советодавни документи за да го побара мислењето од јавноста и

засегнатата индустрија за потребата и ефектите од ноќните летови и за разните предложени измени на режимот.

Анкетираните лица од авионската индустрија ја истакнале економската важност на ноќните летови, како што е утврдено погоре. Тие дале информации кои покажуваат дека во 1993 година, преку еден типичен секојдневен ноќен лет би се генерирал годишен приход во висина помеѓу 70 и 175 милиони GBP и годишна заработка од околу 15 милиони GBP. Загубата на овие приходи и добивка сериозно би повлијаела врз можноста на авиокомпаниите да управуваат со летови и цената на чинење на авиопревозот преку ден и навечер. Владата аргументирала дека основните компоненти на економската оправданост за ноќни летови никогаш не биле суштински оспорени, ниту од лицата што одговориле во врска со Советодавниот документ, ниту оттогаш. Иако прифаќајќи ја силата на економската оправданост, властите не отишле толку далеку како што побарала индустријата, на пример не ги одобриле повторливите барања за многу поголеми квоти на ноќна бучава или ноќен период на квоти што би завршувал во 5 часот наутро. Наместо тоа, направиле вистински баланс помеѓу интересите на индустријата и на локалното население.

109. Владата истакнала дека тие исто така ги имале на располагање, во декември 1992 година, резултатите од истражувањето наречано во јули 1990 година за нарушувањата од авионска бучава кај лица што живееле близу аеродромите Гетвик, Хитроу, Стенстед и Манчестер („студијата на сонот од 1992 година“ – видете став 35 погоре). Оваа студија била и останала најсеопфатна ваква студија, а ѝ претходеле голем број на други извештаи за авионска бучава и нарушување на сонот, вклучително и детални интервјуа со околу 1.636 лица што живееле близу аеродромите („социјалната студија“). Целта на целото вакво истражување, што кулминирало со студијата на сонот од 1992 година, била да се дадат информации на што е можно посигурна научна основа, во врска со ефектите од ноќната авионска бучава врз сонот. Студијата на сонот покажала дека нивоата на надворешна бучава под 80 dBA многу неверојатно би предизвикале зголемување во нормалната стапка на нарушување на нечиј сон; дека со нивоа на надворешна бучава помеѓу 80 и 95 dBA, веројатноа едно просечно чиче да се разбуди изнесувала 1 во 75; и дека бројот на нарушувања предизвикани од авионска бучава бил толку низок, што имал занемарлив ефект врз севкупните стапки на нарушување, иако било веројатно 2-3% од населението што било почувствително на нарушување од бучава да се разбуди од истата два пати повеќе од останатите. Според социјалното истражување, околу 80% од лицата што живееле близу регионот на Хитроу изјавиле дека никогаш не се буделе или само понекогаш се буделе поради каква било причина. Од тие што се разбудувале, 17% да навеле авионската бучава како причина, 16% го обвиниле партнерот или детето, а други 28,5% навеле разни други причини. Речиси 35% од лицата што живееле близу Хитроу рекле дека ако се разбудат, од која било причина, тешко им било повторно да заспијат.

110. Владата аргументирала дека заради промените на периодот на рестрикциите, продолжувањето на рестрикциите на квотите за да се ограничат многу претходно изземени типови на авиони и рестрикциите во распоредите за слетување или полетување на најбучните категории на летала во подолг ноќен период, било невозможно да се направи идентична споредба помеѓу режимите од пред и по 1993 година.

Тие признале дека имало зголемување во бројот на движења помеѓу 6 и 6.30 часот во зима заради тоа што овој временски период подлежел на рестрикции пред 1993 година, а сега потпаѓал надвор од периодот на квоти. Меѓутоа, владата тврдела дека во текот на засегнатиот период на квоти од 23.30 до 6 часот, имало подобрување во околината од аспект на бучавата заради преземените мерки, имено заради воведувањето на системот за пресметка на квоти, за да се поттикне употребата на потивки летала навечер.

(б) Апликантите

111. Апликантите, коишто ја прифатиле пресудата на Советот како еден аспект на примена на Конвенцијата на фактите на предметот, истакнале дека само многу мал процент на летови се одвиваат помеѓу 23.30 и 6 часот, и дека воопшто и да нема летови пред 4 часот, а во просек имало четири слетувања помеѓу 4 и 4.59 часот во 2000 година, и единаесет помеѓу 5 и 5.59 часот. Тие тврделе дека нарушувањата предизвикани од таквите летови биле значителни затоа што апликантите и голем број други лица биле засеegnати, а во природата на нарушувањето на сонот е дека штом некој ќе се разбуди, дури и мал број на летови ќе го спречат повторно да заспие.

112. Апликантите исто така истакнале дека ноќната бучава на којашто биле подложни честопати ги надминувала меѓународните стандарди: Светската здравствена организација утврдила упатна вредност на нивото на еднократен настан на бучава на 60 dBA L_{max} за да се избегне нарушувањето на сонот навечер; речиси сите апликанти страдале од настани на ноќна бучава од над 80 dBA L_{max}, а во еден случај тој бил висок дури 90 dBA L_{max}. Поради логаритмичката природа на децибелната скала, силината на бучава од 80 dBA L_{max} изнесува сто пати повеќе од силината на бучава на 60 dBA L_{max}, а во однос на субјективната гласност, таа е четири пати погласна.

113. Апликантите тврделе дека Системот од 1993 година неизбежно ќе резултирал и резултирал со зголемување на ноќните летови и со влошување на климата на ноќна бучава, без оглед дали позицијата била мерена преку упатување на официјалниот ноќен период од 23 до 7 часот или на ноќниот период на квоти од 23.30 до 6 часот.

114. Апликантите упатиле на отсуството од истражувања во областа на спречување на спиењето пред Системот од 1993 година, и додале дека студиите и предлозите по 1993 година не се свеле на оценување на ефектот на ноќната бучава врз спречувањето на сонот. Тие понатаму го забележале отсуството на какво и да е истражување нарачано од владата за економските придобивки од ноќните летови, сметајќи го овој пропуст како особено сериозен со оглед на тоа што многу од водечните бизнис центри во светот (на пример Берлин, Цирих, Минхен, Хамбург и Токио) имаат целосна забрана на патнички летови во времетраење од седум до осум часа.

3. Третите лица

115. Бритиш Ервејз, чиешто поднесоци биле поддржани од Британската асоцијација за авиотранспорт (БАТА) и Меѓународната асоцијација за авиотранспорт (ИАТА), тврделе дека ноќните летови на Хитроу играат суштинска улога во транспортната инфраструктура на Обединетото Кралство и значително придонесуваат во продуктивноста на економијата на Обединетото Кралство и на животниот стандард на граѓаните на Обединетото Кралство. Тие тврделе дека забрана или намалување на ноќните летови би предизвикало голема и несразмерна штета на деловното работење на Бритиш Ервејз и би го намалил изборот на клиентите. Загубата на ноќните летови би предизвикала значителна штета на економијата на Обединетото Кралство.

4. Оценка на Судот

116. Предметот се однесува на начинот на којшто апликантите биле засегнати од воведувањето во 1993 година на нов систем за регулирање на ноќните летови на Хитроу. Системот од 1993 година бил последен во серијата рестрикции на ноќните летови, што започнала на Хитроу во 1962 година и го заменил претходниот петгодишен Систем од 1988 година. Во неговите цели се содржеле, според Советодавниот документ од 1993 година (видете го ставот 36 погоре), како заштитата на локалната заедница од прекумерна ноќна бучава, така и пошироките економски импликации. Била задржана обврската што си ја зела владата во 1988 година „да не се дозволи влошување на бучавата навечер, а во идеални околности и да се подобри“ (видете ги ставовите 41 и 43 погоре). Поконкретно, со системот се заменува претходниот систем на ограничување на движењата со режим што им давал на авионските оператори избор, преку пресметката на квоти, дали ќе управуваат помалку бучни авиони или повеќе помалку бучни типови (за повеќе подробности, видете ги ставовите 44-46 погоре). Иако бил изменет во некои делови по неколку постапки за судска ревизија (видете ги ставовите 47-50 и 80-83 погоре), и како резултат на дополнителни студии и консултации (видете ги ставовите 51-69 погоре), системот за пресметка на квоти воведен во

1993 година останал во сила и ден-денес, а властите продолжуваат да ја следат состојбата за цели на можни подобрувања (видете ги ставовите 70-75 погоре).

117. Со Системот од 1993 година се прифатиле заклучоците од студијата на сонот од 1992 година (видете став 35 погоре) дека кај голем дел од лицата што живеат близу аеродромите нема ризик од суштинско нарушување на сонот поради авионска бучава и дека само мал процент поединци (околу 2-3%) биле почувствителни од другите. Врз ваква основа, нарушувањата предизвикани од авионска бучава се сметале за занемарливи во однос на целокупните стапки на нормални нарушување (видете го ставот 40 погоре). Владата продолжила да се повикува на студијата на сонот од 1992 година во нејзиниот преглед од 1998/99 година на регулативите за ноќни летови, кога било признаено дека е потребно дополнително истражување, а особено што се однесува до спречувањето на сонот, и биле нарачани бројни дополнителни студии на темата (видете ги ставовите 58-59 и 73 погоре).

118. Судот не се сомнева дека спроведувањето на Системот од 1993 година бил предиспониран негативно да влијае врз квалитетот на приватниот живот на апликантите и врз опсегот на нивното уживање во комфорот на сопствениот дом, а така и на нивните права заштитени со членот 8 од Конвенцијата. Секој од апликантите го опишал начинот на којшто го засегнале промените воведени со Системот од 1993 година во релевантниот период (видете ги ставовите 11-26 погоре), и Судот не гледа причина да се сомнева во искреноста на нивните поднесоци од овој аспект. Точно е дека апликантите не доставиле доказ во потпора на степенот на претрпената непријатност, а особено не ги побиле тврдењата на владата во однос на „објективните“ дневни контури на бучава измерени во домот на секој апликант (ibid). Сепак, како што признава и самата влада, и како што е очигледно од студијата на сонот од 1992 година на која се повикуваат, чувствителноста на бучавата содржи и субјективен елемент, еден мал број на луѓе поверојатно ќе се разбудат од други или на друг начин ќе бидат вознемирени во сонот од авионска бучава навечер. Затоа, непријатноста предизвикана кај засегнатите поединци нема да зависи само од географската локација на нивниот соодветен дом во однос на разните патеки на летање, туку исто така и од нивната индивидуална предиспонираност да бидат разбудени од бучава. Во конкретниов предмет, степенот на вознемирениост може да варира од еден апликант до друг, но Судот не може да ја следи владата кога тие се чини дека тврдат дека апликантите не биле, или не биле значително, засегнати од конкретниот систем.

119. Јасно е дека во конкретниов предмет, нарушувањето од бучавата предмет на жалбата не биле предизвикани од државата или државните органи, туку тие произлегле од дејствијата на приватните оператори.

Може да се дискутира дали промените воведени со Системот од 1993 година треба да се разгледуваат како директно мешање од државата во правата од членот 8 на засегнатите лица. Од друга страна, може исто така да се јави одговорноста на државата во случаи за животната средина поради пропустот да го регулира приватниот сектор на начин што ќе овозможи правилно почитување на правата загарантирани со членот 8 од Конвенцијата. Како што е забележано погоре, применливите принципи се во главно слични без оглед дали предметот се анализира од аспект на позитивната обврска на државата или од аспект на оправданоста на мешањето во правата од членот 8 од страна на јавен орган во согласност со ставот 2 од оваа одредба. Затоа, од Судот не се бара да одлучи дали конкретниот предмет спаѓа во една или друга категорија. Прашањето е дали, при спроведувањето на политиката од 1993 година за ноќни летови на аеродромот Хитроу, бил постигнат правичен баланс помеѓу конкурентните интереси на поединците засегнати од ноќната бучава и на заедницата како целина.

120. Судот уште од самиот почеток забележува дека во претходни предмети каде што прашања поврзани со животната средина даваат повод за повреди на Конвенцијата, повредата била заснована врз пропуст од страна на домашните власти да се усогласат со некој аспект од домашниот режим. Така, во предметот Лопес Остра, засегнатиот погон за обработка на отпад бил незаконит затоа што работел без потребната дозвола, и конечно бил затворен (*López Ostra*, цитиран погоре, стр.46-47, §§ 16-22). Во предметот Гера и другите, повредата била исто така заснована врз неправилната позиција на домашно ниво, затоа што апликантите не можеле да ги добијат информациите коишто државата имала статутарна обврска да ги даде (*Guerra and Others*, цитиран погоре, стр. 219, §§ 25-27). Елементот на домашна неправилност е сосема отсутен во конкретниов предмет. Политиката за ноќни летови воведена во 1993 година била оспорена од локалните власти и, по определени измени, било утврдено дека е компатибилна со домашното право. Апликантите не тврдат дека политиката (како што била изменета) на некој начин била незаконита на домашно ниво, и, навистина, не ги исцрпиле домашните правни лекови во врска со таква тужба. Дополнително, тие не тврдат дека некои од ноќните летови коишто го нарушувале нивниот сон биле во спротивност со релевантните регулативи, и повторно, такво тужбено барање би се вложило во домашните судови согласно делот 76(1) од Законот за цивилно воздухопловство од 1982 година.

121. За да се оправда системот за ноќни летови во формата според која бил организиран од 1993 година, владата не упатила само на економскиот интерес на операторите на авиолиниите и другите претпријатија и нивните клиенти, туку исто така, а што е уште поважно, и на економскиот интерес на државата во целина. Во нејзиниот поднесок, со ваквите аргументи потребно е да се влијае, барем до некој степен, на правата од

членот 8 на лицата засегнати од системот. Судот забележува дека според вториот став од членот 8 дозволени се рестрикции, *inter alia*, во интерес на економската добросостојба на државата и за заштита на правата и слободите на другите. Затоа, легитимно е што државата ги зела предвид горенаведените економски интереси во креирањето на нејзината политика.

122. Судот мора да разгледа дали може да се каже дека државата направила правичен баланс меѓу таквите интереси и контрадикторните интереси на лицата засегнати од нарушувањата од бучавата, вклучително и на апликантите. Државите треба да ја земат предвид заштитата на животната средина при дејствијата во рамките на нивната маргина на уважување, а исто така и Судот при разгледувањето на таквата маргина, но би било несоодветно Судот да применува посебен пристап во овој контекст упатувајќи на специјалниот статус на човековите права во областа на животната средина. Во таков контекст, Судот мора да се наврати на прашањето за опсегот на маргината на уважување достапна на државата при одлучувањето за политики од предметниот вид (видете став 103 погоре).

123. Судот забележува дека воведувањето на Системот за ноќни летови од 1993 година било генерална мерка што не им била конкретно наменета на апликантите во овој предмет, иако носела очигледни последици за нив и за други лица во слична ситуација. Сепак, нарушувањата на сонот на кои се повикале апликантите не задирале во аспект на приватниот живот на начин споредлив со кривичните мерки предмет на случајот Даџон, за следствено да се побара особено тесна маргина на уважување за државата (видете *Dudgeon*, цитиран погоре, стр. 21, § 52, и став 102 погоре). Наместо тоа, во овој случај би се чинело значајно нормалното правило применливо на генералните одлуки за политики (видете го ставот 97 погоре), уште повеќе затоа што ова правило може да се повика дури и во врска со мерки упатени на поединци коишто се преземени во рамките на една генерална политика, како што е во предметот Бакли, цитиран погоре (видете го ставот 101). Додека државата треба да ги земе предвид конкретните интереси, чиешто почитување мора да го гарантира преку членот 8, таа во принцип мора да има избор помеѓу разните начини и средства за постигнување на таквата обврска. Како што надзорната функција на Судот е од супсидијарна природа, тој се ограничува да види дали конкретното решение применето од државата може да се смета дека воведува правичен баланс.

124. Во конкретниот предмет, Судот прво ги забележува тешкотиите во одлучувањето дали Системот од 1993 година всушност довел до влошување на климата од ноќната бучава. Апликантите тврделе дека довел, а владата дека не. Според исказите во Советодавниот документ од 1998 година, генерално, климата од бучавата околу Хитроу може да се

подобрила во текот на ноќниот период на квоти, но веројатно се влошила за целокупниот ноќен период (видете го ставот 61 погоре). Судот не може да даде цврст наод за оваа точка. Спорот помеѓу страните го подразбира и прашањето дали треба да се користат авионските движења и пресметката на квоти како соодветно метро за мерење на ноќната бучава. Сепак, не наоѓа показател дека одлуката на властите да воведат режим заснован врз системот за пресметка на квоти бил како таков некомпатибилен со членот 8.

125. Дали при спроведувањето на таквиот режим бил во суштина постигнат правичен баланс помеѓу правата од членот 8 засегнати од таквиот режим и другите контрадикторни интереси на заедницата зависни од релативната тежина што им се дава на секој од нив. Судот прифаќа дека во ваков контекст властите имале право, имајќи ја предвид генералната природа на преземените мерки, да се повикаат на статистичките податоци засновани врз просечната перцепција на нарушувањето од бучавата. Го забележува заклучокот од Советодавниот документ од 1993 година дека поради малиот број на случаи на нарушување на сонот предизвикани од авионска бучава, тие може да се третираат како занемарливи во споредба со севкупните нормални стапки на нарушување на сонот (видете го ставот 40 погоре). Сепак, тоа не значи дека грижите на засегнатите лица биле сосема отфрлени. Самата цел на постојењето на систем на рестрикции на ноќните летови била да се одржува нарушувањето од бучавата на прифатливо ниво за локалното население кое живее во близина на аеродромот. Освен тоа, имало разбирање дека поради променливите услови (зголемување на авиопревозот, технолошкиот напредок во намалувањето на бучавата, еволуцијата на социјалниот став, итн.), релевантните мерки морало да бидат под постојана ревизија.

126. Што се однесува до економските интереси кои се во судир со пожелноста да се ограничат или сопрат ноќните летови при трагањето по горенаведените цели, Судот смета дека е разумно да се претпостави дека таквите летови придонесуваат најмалку во одреден степен кон општата економија. Владата до Судот поднела извештаи за резултатите од серија испитувања на економската вредност на ноќните летови спроведени пред и по воведувањето на Системот од 1993 година. Иако не постојат конкретни индикации за економската цена на чинење на отстранувањето на конкретни ноќни летови, може да произлезе од таквите студии дека постои позврзаност помеѓу конекциите на летовите општо земени и ноќните летови. Поконкретно, владата тврди дека некои летови од Далечниот Исток до Лондон би можеле да пристигнат само ако полетаат многу доцна навечер, со што би им се нанела сериозна непријатност на патниците и тоа би довело до загуба на конкурентноста. Може секако да се прифати дека постои економски интерес во одржувањето на целосна услуга до Лондон од далечните аеродроми и тешко е, а можеби и

невозможно, да се исцрта јасна линија помеѓу интересите на авионската индустрија и економските интереси на државата во целина. Сепак, авиокомпаниите немаат дозвола да летаат по сопствена волја, им се наметнуваат суштински ограничувања на нивната слобода на летање, вклучително и ноќни рестрикции кои важат на Хитроу. Судот овде забележал дека Системот од 1993 година, којшто бил финално воведен, бил построг отколку системот предвиден во Советодавниот документ од 1993 година, затоа што дури и најтврдите авиони биле ставени во системот за пресметка на квоти. А освен тоа, владата не им поткликнала на повиците за пократок ноќен период на квоти или за укинување на ноќните рестрикции. Судот исто така забележува последователни модификации во системот, што опфаќаат дополнителни ограничувања за операторите, вклучувајќи го, *inter alia*, дополнувањето со севкупен максимален број на дозволени авионски движења (видете го ставот 50 погоре) и намалување на достапните пресметковни бодови за квоти (видете го ставот 66 погоре).

127. Дополнителен релевантен фактор во оценувањето дали е постигнат вистински баланс е достапноста на мерки за ублажување на ефектите од авионската бучава генерално, вклучително и на ноќната бучава. Погоре се спомнуваат голем број на мерки (видете став 74). Судот исто така забележува дека апликантите не ја оспориле суштината на тврдењето на владата дека цените на недвижнините во регионот каде што живеат не се под негативно влијание од ноќната бучава. Судот смета дека е разумно, при определувањето на влијанието на генералната политика врз поединците во одредена област, да ја земе предвид можноста на поединецот да ја напушти таа област. Кога во една област е особено засегнат ограничен број на луѓе (2-3% од засегнатото население, според студијата на сонот од 1992 година) од генерална мерка, фактот дека тие можат, ако одберат, да се преселат на друго место без финансиска загуба мора да се смета за значителен за севкупната разумност на генералната мерка.

128. Во врска со процесниот аспект на предметот, Судот забележува дека еден владин процес на одлучување во врска со комплексни прашања за политиката за животната средина и економската политика, како во конкретниов предмет, мора да опфаќа соодветни истраги и студии за да се овозможи да се направи правичен баланс помеѓу разните засегнати конфликтни интереси. Меѓутоа, сепак тоа не значи дека одлуките може да се донесуваат само ако има на располагање сеопфатни и мерливи податоци во врска со секој поединечен аспект од прашањето што треба да се одлучи. Во овој поглед, релевантно е дека властите доследно ја следеле состојбата, а и дека Системот од 1993 година бил последниот во низа рестрикции врз ноќните летови што отпочнале уште во 1962 година. Позицијата во врска со истражувањето на нарушувањето на сонот и ноќните летови е далеку од статична, а и политиката на владата за

објавување на рестрикции врз ноќните летови била на сила за максимум пет години, и секој нов систем го земал предвид истражувањето и другите развојни активности во претходниот период. Така, на Системот од 1993 година, му претходела низа истраги и студии спроведувани во текот на долг временски период. Конкретните нови мерки воведени со таквиот систем ѝ биле обзнаени на јавноста преку Советодавен документ којшто упатувал на резултатите од студијата спроведена за Министерството за транспорт, а која опфаќала студија на авионска бучава и нарушување на сонот. Во неа се вели дека квотите требало да се утврдат на ниво што нема да овозможува влошување на ноќната бучава, и, идеално, да ја подобрат состојбата. Овој документ бил објавен во јануари 1993 година и бил испратен до телата што ја претставуваат авионската индустрија и луѓето што живеат во близина на аеродромите. Апликантите и лицата во слична положба така имале пристап до Советодавниот документ и имале можност да вложат приговор доколку сметале дека треба. Да не им биле земени предвид приговорите, можеле да ги оспоруваат последователните одлуки, или самиот систем пред суд. Освен тоа, апликантите биле тогаш или претходно членови на ХАЦАН (видете го ставот 1 погоре), и така биле особено добропозиционирани да вложат приговор.

129. Во овие околности, Судот не утврдил дека властите суштински ја пречекориле својата маргина на уважување преку пропустот да направат правичен баланс помеѓу правата на поединците засегнати од таквите регулативи во однос на нивниот приватен живот и домот и спротивставените интереси на другите и на заедницата како целина, ниту пак утврдува дека имало фундаментални процесни пропусти во подготовката на регулативите од 1993 година за ограничувањата на ноќните летови.

130. Следствено на тоа, нема повреда на членот 8 од Конвенцијата.

II. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕНОТ 13 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

131. Апликантите тврделе дека судската ревизија не била ефективен правен лек во врска со нивните права согласно членот 8 од Конвенцијата, што е во спротивност со членот 13.

Членот 13 предвидува:

„ Секој човек, чии права и слободи признати со оваа Конвенција, се нарушени, има право на ефективен правен лек пред националните власти, дури и тогаш кога повредата на овие права и слободи ја сториле лица при вршење на службена должност.“

132. Владата го оспорила тврдењето на апликантите дека имало повреда на членот 13.

А. Пресудата на советот

133. Во неговата пресуда од 2 октомври 2001 година, Советот одлучил дека опсегот на ревизијата од домашните судови не дозволувал да се разгледа дали зголемувањето на ноќните летови согласно Системот од 1993 година претставувал оправдано ограничување на правата од членот 8 на лицата што живееле во близина на аеродромот Хитроу (видете ги ставовите 115 и 116 погоре).

Б. Поднесоците на странките

1. Владата

134. Во нејзиниот допис со којшто барала предметот да му се упати на Големиот судски совет, владата не упатила на членот 13 од Конвенцијата. Во последователните дописи, тие се навратиле на одбраната пред Комисијата и Советот, ги резимирале ставовите 112 и 113 од пресудата на Советот, во која тврделе дека членот 13 не се применува или, алтернативно, дека опсегот на судската ревизија бил доволен за да ги задоволи барањата од таа одредба. На рочиштето од 13 ноември 2002 година, владата подвлекла дела конкретниов предмет се однесувал повеќе на позитивните отколку на негативните обврски, и упатила на сличностите помеѓу постапката за судска ревизија во Обединетото Кралство и пристапот согласно Конвенцијата.

2. Апликантите

135. Апликантите тврделе, како што сториле и пред Советот, дека немале права пропишани со приватното право во врска со прекумерната ноќна бучава како последица од статутарното изземање на одговорноста во делот 76 од Законот за цивилно воздухопловство од 1982 година. Тие аргументирале дека ограничувањата во барањето на судска ревизија значеле дена немало ефективен правен лек. Тие додале дека во *R. (Daly) против Министерот за внатрешни работи* ([2001] 2 предмети по жалба 532), Горниот дом ја потврдил неадекватноста на пристапот во *R. Против Министерот за одбрана, ex parte Smith* ([1996] Queen's Bench Reports 517).

В. Третите лица

136. Третите лица не дале коментар по прашањата за членот 13.

Г. Оценка на Судот

137. Како што напоменал Советот, членот 13 бил доследно толкуван од страна на Судот дека бара правен лек во домашното право само во однос на жалби што може да се сметаат за „поткрепени“ во смисла на

Конвенцијата (видете, на пример, *Boyle and Rice против Обединетото Кралство*, пресуда од 27 април 1988 година, Серија А бр. 131, стр. 23-24, § 54). Во конкретниов предмет не е најдена повреда на членот 8, но Судот смета дека кога ќе се соочи со наод од Советот дека прашањата од членот 8 биле прифатливи и дека навистина имало повреда на таа одредба, мора да прифати дека тужбата согласно членот 8 била поткрепена. Затоа, мора да се разгледа тужбеното барање согласно членот 13.

138. Судот прво повторува дека членот 13 не оди толку далеку за да гарантира правен лек што ќе овозможи законите на државите договорнички да се оспоруваат пред домашен орган врз основа на тоа дека се спротивни на Конвенцијата (видете *Costello-Roberts против Обединетото Кралство*, пресуда од 25 март 1993 година, Серија А бр.247-С, стр. 62, § 40). Слично на тоа, не дозволува да се оспорува генерална политика како таква. Кога апликантот дава поткрепено тврдење за повреда на право од Конвенцијата, сепак, домашниот режим мора да обезбеди ефективен правен лек (*ibid.*, стр. 62, § 39).

139. Како што утврдил Советот, делот 76 од Законот од 1982 година не дозволува дејствија на вознемирување со прекумерна авионска бучава навечер. Апликантите се пожалиле на летовите дозволени со Системот од 1993 година, а кои биле во согласност со релевантните регулативи. Така, немало дејствија на пречекорување или вознемирување во однос на законските ноќни летови.

140. Прашањето што мора да го одговори Судот е дали апликантите имале правен лек на национално ниво да „ја спроведат суштината на правата од Конвенцијата ... во која било форма и да се гарантирани во домашниот правен поредок“ (видете *Vilvarajah и другите против Обединетото Кралство*, пресуда од 30 октомври 1991 година, Серија А бр. 215, стр. 38-40, §§ 117-27). Опсегот на домашната ревизија во предметот Вилварајах, што се однесувал на имиграциони прашања, бил релативно широкоопсежен заради важноста што домашното право му ја припишувала на прашањето на физичкиот интегритет. Врз основа на тоа, било одлучено дека судската ревизија ги почитувала барањата од членот 13. Спротивно на тоа, во *Smith and Grady против Обединетото Кралство* (нос. 33985/96 и 33986/96, §§ 135-39, ECHR 1999-VI), Судот заклучил дека судската ревизија не била ефективен правен лек заради тоа што домашните судови ги дефинирале политичките прашања толку широко, што било невозможно апликантите да ги докажат своите поенти од Конвенцијата во врска со нивните права од членот 8 пред домашните судови.

141. Судот утврдил дека постапките на судска ревизија можеле да утврдат дека Системот од 1993 година бил незаконит затоа што празнината помеѓу владината политика и пракса била преширока (видете *R. Против Министерот за Транспорт, ex parte Richmond LBC (бр. 2) [1995]*

Environmental Law Reports 390). Сепак, јасно е, како што е забележано од Советот, дека опсегот на ревизијата од домашните судови била ограничена на класичните концепти на англиското јавно право, како што се нерационалноста, незаконитоста и очигледната неразумност, и во тој период (односно, пред влегувањето во сила на Законот за човекови права во 1998 година) не овозможувало разгледување дали спомнатото зголемување на ноќните летови според Системот од 1993 година претставувал оправдано ограничување на правото на почитување на приватниот и семејниот живот или на домот на лицата што живееле во близина на аеродромот Хитроу.

142. Во ваквите околности, Судот смета дека опсегот на ревизијата од домашните судови во конкретниов предмет не била доволна за да го исполни членот 13.

Следствено на тоа, има повреда на членот 13 од Конвенцијата.

III. ПРИМЕНА НА ЧЛЕНОТ 41 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

143. Членот 41 од Конвенцијата го утврдува следново:

„Ако Судот оцени дека постои повреда на Конвенцијата или на нејзините протоколи, и ако домашното право на засегнатата Висока страна договорничка овозможува само делумно отстранување на последиците на таа повреда, Судот ѝ дава на оштетената страна, доколку е потребно, правична сатисфакција.

A. Оштета

144. Апликантите, упатувајќи на пресудата од Советот, сметале дека треба да се додели скромен надомест на нематеријална штета.

145. Владата застанала на ставот дека утврдувањето на повреда само по себе би требало да претставува правична сатисфакција во однос на повредата или на членот 8 или на членот 13.

146. Советот на секој апликант му ја доделил сумата од 4.000 фунти (ГБП) за нематеријална штета во однос на утврдените повреди на членвите 8 и 13.

147. Судот утврдил повреда на процесното право на ефикасен домашен правен лек согласно членот 13 од Конвенцијата во однос на жалбите на апликантите согласно членот 8, но не нашол повреда на суштинското право на почитување на приватниот живот, семејниот живот, домот и преписката согласно членот 8.

148. Судот забележува дека во *Camenzind против Швајцарија* (пресуда од 16 декември 1997 година, *Reports 1997-VIII*, стр. 2897-98, § 57), Судот утврдил повреда на членот 13 во врска со жалбата на апликантот согласно

членот 8, но не нашол материјална повреда на Конвенцијата. Во тој случај, Судот сметал дека пресудата самата по себе претставувала доволно правична сатисфакција за наводната нематеријална штета.

Дополнително, во конкретниов предмет, повредата на членот 13 произлегувала не од недостатокот на пристап на апликантите до британските судови за да го оспорат влијанието што врз нив го имала државната политика за ноќни летови на аеродромот Хитроу, туку од премногу тесниот опсег на судската ревизија во тој период, што значи дека достапниот правен лек согласно британското право не бил „ефикасен“ за да овозможи претрес на содржината на нивната жалба согласно членот 8 од Конвенцијата (видете ги ставовите 140-42 погоре).

Штом тоа е така, Судот смета дека имајќи ја предвид природата на утврдената повреда, одлуката за повреда сама по себе претставува доволна правична сатисфакција во однос на нематеријална оштета.

Б. Надоместоци и трошоци

149. Апликантите побарале вкупно 153.867,56 GBP плус 24.929,55 GBP данок на додадена вредност (ДДВ) за трошоците пред Советот, и дополнителни 154.941,48 GBP плус 23.976,82 GBP за ДДВ (вкупно 178.918,30 GBP) за трошоците пред Големиот судски совет.

150. Владата дала голем број коментари во врска со надоместоците и трошоците пред Големиот судски совет. Тие ги оспориле тарифите на инволвираните адвокати и сметале дека тарифираното времетраење било прекумерно. Тие исто така сметале дека надоместоците што ги наплатил бранителот и вештите лица на апликантите биле прекумерни. Сè на сè, ја предложиле сумата од 109.000 GBP како соодветна цифра за надоместоците и трошоците за Големиот судски совет.

151. Советот ги намалил трошоците и надоместоците што ги барале апликантите во постапката до тогаш од 153.867,56 GBP на 70.000 GBP.

152. Трошоците и надоместоците нема да се доделат согласно членот 41 освен ако не се утврди дека тие биле реални и неопходни и биле разумни како цифра (видете *Сандеј тајмс против Обединетото Кралство (бр. 1)* (член 50), пресуда од 6 ноември 1980 година, Серија А бр. 38, стр.13, § 23). Освен тоа, судските трошоци се покриваат само доколку се однесуваат на утврдената повреда (видете *Beyeler против Италија* (правично задоволување) [ГСС], бр.33202/96, § 27, 28 мај 2002 година).

153. Судот забележува дека иако Советот утврдил повреда и на членот 8 и на членот 13 од Конвенцијата, Големиот судски совет нашол само повреда на членот 13 во врска со жалбата на апликантот согласно членот 8. Иако оваа разлика во наодите треба да се отслика во доделувањето на надоместот на трошоци, Големиот судски совет не треба да го

пренебрегне фактот дека членот 13 не може да стои сам. Без „поткрепена жалба“ во врска со материјалните прашања, Судот немало да може да го разгледува членот 13 (видете, на пример, *Boyle and Rice*, цитиран погоре, стр.23-24, §§ 52 and 54). Доделувањето на трошоците би требало да ја отслика работата што ја презеле претставниците на апликантите во врска со прашањата согласно членот 8 до одреден степен, дури и ако не до истиот степен како кога би била најдена повреда и на членот 8.

154. Судот им ја доделува на апликантите сумата од 50.000 евра, вклучително и ДДВ, за трошоци и надоместоци.

В. Затезна камата

155. Судот смета дека е соодветно затезната камата да се заснова на маргиналната стапка на заеми на Европската централна банка, на која треба да се додадат три процентни поени.

ОД ОВИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ

1. *Одлучува* со дванаесет наспроти пет гласа дека нема повреда на членот 8 од Конвенцијата;

2. *Одлучува* со шестнаесет наспроти еден глас дека има повреда на членот 13 од Конвенцијата;

3. *Одлучува* со петнаесет наспроти два гласа дека наодот за повреда на членот 13 од Конвенцијата сам по себе претставува доволно правично задоволување за која било штета претрпена од апликантите;

4. *Одлучува* едногласно

(а) дека тужената држава треба да им исплати на апликантите во рок од три месеца 50.000 ЕУР (педесет илјади евра) за трошоци и надоместоци, да се претворат во фунти според девизниот курс применлив на датумот на исплатата, како и данокот што ќе применува на истата.

(б) дека од истекот на горенаведениот тримесечен период сè до исплатата ќе се плаќа камата на горенаведениот износ според стапка еднаква на маргиналната стапка на заем на Европската централна банка во текот на периодот на неплаќање плус три процентни поени;

5. *Го отфрла* со тринаесет наспроти четири гласа останатиот дел од барањето на апликантите за правично задоволување.

Изготвена на англиски и француски јазик и изречена на јавно рочиште во Зградата за човекови права, Стразбур, на 8 јули 2003 година.

Луциус ВИЛДХАБЕР Претседател, Пол МАХОНИ, Секретар

Во согласност со членот 45 § 2 од Конвенцијата и Правилото 74 § 2 од Деловникот на Судот, кон оваа пресуда се приложуваат и следниве издвоени мислења:

(а) заедничко издвоено мислење на г. Коста, г. Рес, г. Тирмен, г. Жупанчиќ и г-ѓа Штајнер;

(б) издвоено мислење на сер Брајан Кер.

Л.В.П.Ј.М.

ЗАЕДНИЧКО ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИИТЕ КОСТА, РЕС, ТИРМЕН, ЖУПАНЧИЌ И ШТАЈНЕР

Вовед

Изразуваме жалење што не можеме да се приклучиме кон мислењето на мнозинството дека немало повреда на членот 8 од Европската конвенција за човекови права во овој предмет. Го постигнавме нашето заедничко издвоено мислење првенствено читајќи ја моменталната развојна фаза на релевантната судска пракса. Освен тоа, тесната поврзаност помеѓу заштитата на човековите права и итната потреба од деконтаминација на животната средина нè доведе да го сметаме здравјето како најосновна човекова потреба и како водечка сила. После сè, како што е во овој предмет, што значат човековите права во однос на приватноста на домот ако секој ден и секоја ноќ, постојано или повремено, одекнува со вриешот на авионски мотори?

1. Точно е дека во оригиналниот текст на Конвенцијата сè уште не се открива свеста за потребата од заштита на човековите права во однос на животната средина.² Во 1950-тите години, универзалната потреба од заштита на животната средина сè уште не била евидентна. Историски погледнато, сепак, размислувањата за животната средина секако не се непознати за нашата непрекината и заедничка правна традиција,³ кога, пред триесет години, во Декларацијата од Конференцијата за човековата животна средина на Обединетите нации како прв принцип беше наведен следниов:

„... Човекот има основно право на слобода, еднаквост и адекватни услови за живот, во квалитетна животна средина којашто овозможува достоинствен живот и благосостојба“⁴

Повелбата за основните права на Европската унија (иако нема моментално обврзувачка правна сила) дава интересна илустрација на поентата. Членот 37 од Повелбата предвидува:

²Фразата „заштита на животната средина“ се појавува во педесет и седум наши предмети. Фразата „човекови права во однос на животната средина“ се појавува за прв пат во поважна пресуда.

³На пример, исклучително чувствителната доктрина за нарушувања на животната средина оди до римското право. Во римското право овие вознемирувања се класифицираат како *immissiones in alienum*. Dig.8.5.8.5 Ulpianus 17 ad ed.; видете <http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest8.shtml>

⁴Декларација од Конференцијата на Обединетите нации за човековата животна средина, 1972 година; видете

<http://www.unep.org/Documents/Default.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503>.

Интересно е дека уште од самиот почеток, заштитата на животната средина е поврзана со личната добросостојба (здравје). Видете забелешка 3, стр. 45.

„Во политиките на Унијата мора да се интегрира високо ниво на заштита на животната средина и унапредување на квалитетот на животната средина и истото да се гарантира во согласност со принципот на одржлив развој.“

Овие препораки покажуваат јасно дека земјите-членки на Европската унија сакаат високо ниво на заштита и подобра заштита, и очекуваат од Унијата да изработи политики насочени кон овие цели. На пошироко ниво, Протоколот од Кјото го прави очигледен податокот дека прашањето на загадувањето на животната средина е супранационално прашање, затоа што не ги познава границите на државната сувереност.⁵ Со тоа, ова прашање станува прашање на меѓународното право *par excellence* – и а фортиори за меѓународната судска надлежност. Во меѓувреме, многу врховни и уставни судови се повикале на уставната одбрана на разни аспекти од заштитата на животната средина токму врз таа основа.⁶ Ние веруваме дека ваквата грижа за заштитата на животната средина има заеднично тло со општата грижа за човековите права.

II. Развој на судската пракса

2. Како што Судот честопати подвлекол: „Конвенцијата е жив инструмент, што треба да се толкува во контекст на актуелните услови“ (видете, меѓу многу други референци, *Airey против Ирска*, пресуда од 9 октомври 1979 година, Серија А бр. 32, стр. 14-16, § 26, и *Loizidou против Турција* (прелиминарни приговори), пресуда од 23 март 1995 година, Серија А. 310, стр. 26-27, § 71). Ова „еволутивно“ толкување од Комисијата и Судот на разни барања од Конвенцијата општо земено било „прогресивно“ во смисла на тоа дека тие постепено го прошириле и покачиле нивото на заштита што им се дава на правата и слободите загарантирани со Конвенцијата за да се развие „европскиот јавен поредок“. На полето на човековите права во областа на животната средина, кои биле практично непознати во 1950 година, Комисијата и Судот сè повеќе го заземале ставот дека членот 8 го опфаќа правото на здрава животна средина, па оттаму и на заштита од загадување и вознемирувања предизвикани од штетни хемикалии, непријатни мириси, агенсии што предизвикуваат респираторни проблеми, бучава, и така натаму.

3. Во претходните предмети во врска со заштита од авионска бучава, Комисијата не се двоумела да пресуди дека членот 8 бил применлив и ги прогласила за прифатливи жалбите на повреда на таа одредба – во

⁵Протоколот од Кјото кон Рамковната конвенција на Обединетите нации за климатски промени, видете „the Convention and Kyoto Protocol“ на <http://unfccc.int/resource/convkp.html>.

⁶Видете, на пример, *Компендиум од резимеа на судски одлуки во предмети поврзани со животната средина* (SACEP/UNEP/NORAD Publication Series on Environmental Law and Policy no. 3), Компендиум на резимеа на <http://www.unescap.org/drpad/vc/document/compendium/index.htm>; EPA search results at http://oaspub.epa.gov/webi/meta_first_new2.try_these_first.

Arrondelle и *Baggs*, на пример. Во *Arrondelle против Обединетото Кралство* (бр. 7889/77, одлука на Комисијата од 15 јули 1980 година, *Decisions and Reports (DR) 19*, стр. 186), домот на апликантот се наоѓал на нешто подалеку од еден и пол километар од крајот на пистата на аеродромот Гетвик. Во *Baggs против Обединетото Кралство* (бр. 9310/81, одлука на Комисијата од 16 октомври 1985 година, *DR 44*, стр. 13) имотот на апликантот се наоѓал на 400 метри од јужната писта на аеродромот Хитроу. Овие две апликации, кои биле прогласени за прифатливи, завршиле со спогодба. Иако тоа не значи дека имало повреда на Конвенцијата, сепак покажува дека тужената влада прифатила дека во тоа време постоел реален проблем. А Судот само од технички причини одбил да го разгледа прашањето од членот 8 во предметот *Powell and Rayner против Обединетото Кралство* (пресуда од 21 февруари 1990 година, Серија А бр. 172), којшто исто така се однесувал на полетувања и слетувања на Хитроу.

4. Судот дал јасна потврда дека со членот 8 од Конвенцијата се гарантира правото на здрава животна средина: Нашол повреда на членот 8, и тоа во двата наврата едногласно, во *López Ostra против Шпанија* (пресуда од 9 декември 1994 година, Серија А бр. 303-С) и *Guerra и други против Италија* (пресуда од 19 февруари 1998 година, *Reports of Judgments and Decisions 1998-I*). Првиот предмет се однесувал на вознемирување (мирис, бучава и чад) предизвикано од погон за третирање на отпадни води во близина на домот на апликантот, којшто го повлијаел врз здравјето на ќерка му. Вториот предмет се однесувал на штетни емисии од хемиски работи коишто претставувале сериозен ризик по апликантите кои живееле во блиската општина.

5. Додека со пресудата на Големиот судски совет во конкретниов предмет се заклучува, спротивно на пресудата на Советот од 2 октомври 2001 година, дека нема повреда на членот 8, нам ни се чини дека отстапува од горенаведените развојни активности во судската пракса, а дури и оди еден чекор поназад. Им дава предност на економските аргументи пред основните здравствени услови со квалификацијата на „чувствителноста на бучава“ на апликантите како чувствителност на мало малцинство на луѓе (видете го ставот 118 од пресудата). Трендот на омаловажувањето на таквата чувствителност – а уште повеќе на грижите за бучава и нарушен сон – оди во спротивен правец од растечката грижа за прашањата на животната средина насекаде во Европа и во светот. Една едноставна споредба на горенаведените предмети (*Arrondelle*, *Baggs* и *Powell and Rayner*) со конкретнава пресуда се чини дека покажува дека Судот се врти против струјниот тек.

III. Позитивната обврска на државата

6. Конвенцијата го штити поединецот од директна злоупотреба на надлежноста од страна на државните власти. Типично, аспектот за животната средина на човековите права на поединецот не е под закана од директно владино дејство. Индиректно, сепак, прашањето честопати е дали државата ги презела потребните мерки за да го заштити здравјето и приватноста. Дури и да претпоставиме дека ги презела, директните дејства на државата може да го земат обликот на дозволување, како што е овде, да се управува со аеродром под одредени услови. Не е лесно да се определи опсегот на дозволиво директно мешање на државата и на нејзините позитивни обврски во вакви ситуации, но овие тешкотии не треба да ја поткопаат севкупната заштита што државата мора да ја гарантира согласно членот 8.

7. Така, согласно домашното право, регулаторната надлежност на државата е вклучена во заштитата на поединецот од макроекономските и комерцијалните интереси што предизвикуваат загадување. Лажливата варијација во ова индиректно спротивставување на поединецот и државата, затоа потекнува од фактот дека државата има обврска да дејствува, а пропушта да го стори тоа (или тоа го прави прекршувајќи го начелото на пропорционалност). Од овој аспект, изODEVME долг пат од ситуацијата што ја разгледуваше овој Суд во *Powell and Rayner* (цитиран погоре, стр. 9-10, § 15), во кој Законот за намалување на бучава конкретно ја иззема авионската бучава од опсегот на неговата заштита. Затоа, ова прашање во контекст на домашното право е дали државата сторила нешто или дали сторила доволно.

8. Барем од *Powell and Rayner* (стр. 18, § 41), клучното прашање е позитивната обврска на државата.

9. Мнозинството се обидуваат да го разликуваат овој предмет од предметот *Dudgeon против Обединетото Кралство* (пресуда од 22 октомври 1981, Серија А бр. 45), којшто се однесувал на аспектот на сексуална интимност од приватниот живот на апликантот. Во *Dudgeon* (стр. 21, § 52), се вели: „Овој предмет се однесува на најинтимниот аспект од приватниот живот. Според тоа, мора да постојат особено сериозни причини пред да може да има легитимно мешање од страна на јавните власти за целите на ставот 2 од членот 8. “Пресудата на мнозинството го разликува конкретниот предмет од предметот *Dudgeon* со тоа што вели: „нарушувањата на сонот на кои се повикале апликантите не задрале во аспект на приватниот живот на начин споредлив со кривичните мерки предмет на случајот Даџон, за следствено да се побара особено тесна маргина на уважување за државата“ (видете 123 од пресудата).

10. Нелогично е да има обратен сооднос помеѓу важноста на засегнатото право на приватност од една страна и дозволивиот интензитет на мешањето на државата од друга страна. Исто така е точно дека

сексуалната интимност го олицетворува најтесниот концентричен круг од приватниот живот, каде поединецот треба да биде оставен на мира освен ако не се меша во правата на другите. Сепак, не е логично да се заклучи од ова дека доктрината на сразмерност на обратниот однос помеѓу важноста на правото на приватност и дозволивото мешање би требало да се ограничи на сексуалната интимност. Некои други аспекти на приватноста, како што е здравјето, може да бидат исто толку „интимни“, ако не и поважни.

11. Приватноста е хетерогено право. Конкретните контури на приватноста може јасно да се разграничат и да се воочат само кога таа се брани од разни видови на загрозување. Освен тоа, приватноста е еден аспект од општата добросостојба на лицето и не мора да претставува сама по себе цел. Затоа, интензитетот на дозволеното мешање на државата во приватноста на поединецот и неговото семејство треба да се гледа како обратнопропорционален сооднос со штетата која мешањето веројатно ќе му ја предизвика на неговото психичко и физичко здравје. Поентана, со други зборови, не е дека може да биде засегнат сексуалниот живот на парот чијшто дом одекнува со бучава од авионски мотори. Поттикот зад нашиот аргумент е дека „здравјето како состојба на целосна физичка, психичка и социјална добросостојба“ е, во конкретните околности на овој предмет, предуслов за каква било значајна приватност, интимност, итн., и не може неприродно да се одвои од нив.⁷ Да се тврди спротивното би значело целосно вештачко одвојување на приватноста од општата лична добросостојба. Секако, секој предмет мора да се одлучува мериторно и земајќи ја предвид севкупноста на неговите конкретни околности. Во овој предмет, сепак, јасно е дека круговите на заштита на здравјето и гарантирањето на приватноста се пресекуваат и преклопуваат.

12. Не се согласуваме со позицијата на мнозинството од ставот 123 од пресудата на Големиот судски совет, а особено не со клучната фразеологија *in fine*, каде што мнозинството смета: „Додека државата треба да ги земе предвид конкретните интереси, чиешто почитување мора да го гарантира преку членот 8, таа во принцип мора да има избор помеѓу разните начини и средства за постигнување на таквата обврска. Како што надзорната функција на Судот е од супсидијарна природа, тој се ограничува да види дали конкретното решение применето од државата може да се смета дека воведува правичен баланс.“ Кога станува збор за такви интимни лични ситуации како што е постојаното нарушување на сонот навечер поради авионска бучава, државата има позитивна обврска да обезбеди, колку што може повеќе, обичните луѓе да имаат нормални услови за спиење. Не е докажано дека апликантите се каприциозни, а дури и ако нивната „чувствителност на бучава“ и „предиспонираност да бидат вознемирени од бучава“ може да се нарече „субјективна“, Судот се

⁷Дефиниција на здравјето од СЗО, видете <http://www.who.int/about/definition/en/>.

согласил дека нивната можност за спиење била засегната „значително ... од предметниот систем“ (видете го ставот 118 од пресудата).

13. Значително од овој аспект е тоа што согласно членот 3, лишувањето од сон може да се смета за елемент на нехуман и деградирачки третман, па дури и тортура.⁸ Во меѓудржавниот предмет *Ирска против Обединетото Кралство* (пресуда од 18 јануари 1978 година, Серија А бр. 25, стр. 41, § 96), Судот веќе одлучил, *inter alia*, дека „... чувањето на задржените лица со просторија каде имало постојана гласна и бучава и пиштење...“ претставувало практика на нехуман и деградирачки третман.⁹ Во контекст на последователното развивање на нашата судска пракса во *Selmouni против Франција* ([ГСС], бр. 25803/94, § 97, ECHR 1999-V), истиот третман најверојатно сега би се сметал за тортура. Овој предмет сега не опфаќа тортура или нехуман и деградирачки третман, и ние не велíme дека жалбата би можела да се прекласифицира под членот 3 од Конвенцијата. Меѓутоа сметаме дека проблемот со бучавата, кога со неа сериозно се нарушува сонот, е дека се меша во правото на почитување на приватниот, а во одредени околности, и на семејниот живот, како што е гарантирано со членот 8, па затоа може да претставува повреда на тој член, особено во зависност од неговиот интензитет и времетраење.

14. Исто така сметаме дека е недоследно тоа што пресудата (во ставот 126) ја зема предвид „сериозната непријатност на патниците“ кога ја сведува (видете став 118) непријатноста на сите жители кои се изложени на авионска бучава на „субјективен елемент [на] мало малцинство на лица кои поверојатно од други би се разбудиле или на друг начин би имале нарушување на сонот ...“. Не мислиме дека е убедливо да се впуштаме во мерење на балансот со примена на доктрината на сразмерност за да покажеме дека апстрактниот интерес на мнозинството натежнува врз конкретниот „субјективен елемент на мало малцинство на луѓе“. Според упатствата од Светската здравствена организација (СЗО), мерливите ефекти од бучавата врз сонот започнуваат со нивоа на бучава од околу 30

⁸Во *Selmouni против Франција*, пресуда од 28 јули 1999 година, § 97, решивме да ја примениме дефиницијата за тортура од членот 1 од Конвенцијата против тортура на Обединетите нации. Затоа, логично е да се земе предвид дека прекумерната бучава може всушност да се сведе на „тешка болка или страдање, физичко или психичко“. Видете го на пример ставот 257 за „звукот на гласна музика во продолжен период, лишување од сон во продолжен период“ во „Заклучни разгледи на Комитетот против тортура: Израел. 09.05.97. A/52/44, став. 253-260. (Concluding Observations/Comments) на <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/9c663e9ef8a0d080c12565a9004db9f7/69b6685c93d9f25180256498005063da?OpenDocument>.

⁹Слични аргументи играле улога и во *Kalashnikov против Русија*, бр. 47095/99, ECHR 2002-VI.

dBLA.¹⁰ Овие критериуми се објективни. Тие покажуваат дека оваа подложност на бучава не е „субјективна“ во смисла да се должи на прекумерна чувствителност или каприциозност.¹¹ Навистина, една од важните функции на заштитата на човековите права е да ги заштити „малите малцинства“ чијшто „субјективен елемент“ ги разликува од мнозинството.

15. Според Советодавниот документ објавен од владата во ноември 1998 година, „вредноста што му се припишува на маргиналниот ноќен лет треба да се измери во однос на недостатоците врз животната средина. Овие не би можело да се проценат од финансиски аспект, но повикувајќи се на студијата на сонот од 1992 година, било возможно да се процени бројот на лица коишто веројатно ќе се разбудат.“ Студијата на сонот од 1992 година се ограничила на нарушувањата на сонот, и не ги ни зела предвид проблемите на оние лица кои воопшто и не можеле да се наспијат. Вреди да се забележи дека тврдењата на владата во врска со економската добросостојба на државата се засноваат врз извештаите подготвени од авионската индустрија. Владата не сторила некој сериозен обид да го оцени влијанието од авионската бучава врз сонот на апликантите. Кога бил воведен Системот од 1993 година, постоело само ограничено истражување на природата на нарушувањето на сонот и спречувањето на истото. Во ваков контекст, се согласуваме со наодите од пресудата на Советот (ставовите 103-06). Владата исто така не покажала вистински дека ги истражила сите алтернативи, како што е користењето на подалечни аеродроми.

16. Во принцип, генералното упатување кон економската добросостојба на државата не е доволно за да се оправда пропустот на државата да ги гарантира правата на апликантот согласно членот 8. Во *Berrehab protiv Holandija* (пресуда од 21 јуни 1988 година, Серија А бр. 138), на пример, Судот утврдил дека дејствијата на властите не би можело да се оправдаат со наводната економска добросостојба на Холандија. Во предметот на Лопес Остра (цитиран погоре), Судот исто така одлучил, по испитувањето на аргументот на владата, дека „... државата не успеала на направи правична рамнотежа помеѓу интересите на економската благосостојба на

¹⁰Guidelines for Community Noise – Поглавје 4 на http://www.who.int/environmental_information/Noise/Commnoise4.htm; see also Environmental Protection Agency of Ireland at <http://www.epa.ie/Noise/default.htm>.

¹¹Упатствата се засноваат врз комбинација од вредности од максимум 30 dBLA и 45 dBLA maximum. За заштитата на чувствителни лица, би се препочитала уште пониска упатна вредност кога заднинското ниво е ниско. Во предметот пред Судот, сепак, речиси сите апликанти страдале од настани на ноќна бучава од над 80 dBLA, а во еден случај и од 90 dBLA max. Вреди да се забележи дека пресудата во нејзината оценка не ги зела предвид меѓународните стандарди во врска со ефектите од бучавата врз сонот, иако имало достапни податоци во списите.

градот ... и ефективно уживање на апликантот во нејзиното право на почитување на нејзиниот дом и семеен живот“ (стр. 56, § 58).

17. Иако може да се согласиме со пресудата кога наведува: „Судот мора да разгледа дали може да се каже дека државата направила правичен баланс меѓу таквите интереси [имено, економските интереси на државата] и спротивставените интереси на лицата засегнати од нарушувањата од бучавата“ (видете го ставот 122 од пресудата), сепак мора да се одржува правичен баланс помеѓу правата на апликантите и интересите на пошироката заедница. Маргината на уважување на државата е стеснета заради фундаменталната природа на правото на сон, што може да се надмине само поради реални, неодложни (ако не и итни) потреби на државата. Инцидентно, сопствената супсидијарна улога на Судот, отсликана во употребата на „маргината на уважување“, сама по себе станува сè помаргинална кога станува збор за такви констелации како што е односот помеѓу заштитата на правото на сон како аспект од приватноста и здравјето од една страна, и многу општиот интерес од друга.

18. Како што е наведено погоре, причините што се засноваат врз економските аргументи кои упатуваат на „државата како целина“ без „конкретни индикации за економската цена на чинење на отстранувањето на конкретни ноќни летови“ (видете го ставот 126 од пресудата) не се доволни. Освен тоа, тужената држава не докажала како и до кој степен би била всушност влошена економската ситуација кога би бил воведен подрастичен систем - наменет да ги ограничи ноќните летови, со преполовување на нивниот број или дури и со нивното сопирање.

IV. Реална оценка согласно членот 41

19. И за крај, а и имајќи ги предвид надлежностите на Судот согласно членот 41 и наводната важност на засегнатите макроекономски интереси, надоместот за „малото малцинство“ би требало да е помал проблем, а не поголем. Мнозинството можело многу пореално да ги третира правата на апликантите. Со други зборови, прашањето можело да се опише околку правото на „малото малцинство“ на правично задоволување за вистинската материјална и нематеријална штета што ја сносило. Штом не веруваме дека „субјективниот елемент“ од ставот 118 од пресудата претставува еуфемизам за „каприциозна хиперчувствителност“, апликантите, според нашето мислење, требало да добијат правично задоволување.

ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈАТА Сер Брајан КЕР

Во *Christine Goodwin против Обединетото Кралство* ([ГСС], бр. 28957/95, § 113, ECHR 2002-VI), Големиот судски совет одлучил дека „членот 13 не може да се толкува како да бара правен лек за состојбата во домашното право, затоа што така Судот би им наметнувал на државите договорнички услов да ја инкорпорираат Конвенцијата“. Таа пресуда се однесува на „состојбата на домашното право“ и ми се чини дека оди надвор од традиционалниот став дека членот 13 не гарантира правен лек против „законодавството“ (како, на пример, во *James и другите против Обединетото Кралство*, пресуда од 21 февруари 1986 година, Серија А бр.98, стр. 47, § 85). Таа тесно се поистоветува со идеите што ги изразив за членот 13 во моето издвоено мислење за пресудата на Советот од 2 октомври 2001 година.

Овде само би сакал да забележам дека сметам дека со оглед на природата на жалбите на апликантите, состојбата на домашното право во тој период и улогата на членот 13 во структурата на Конвенцијата, немало повреда на членот 13 во овој предмет.

ЕВРОПСКИ СУД ЗА ЧОВЕКОВИ ПРАВА

ПЛЕНАРНА СЕДНИЦА

ПРЕДМЕТ ХЕНДИСАЈД против ОБЕДИНЕТОТО КРАЛСТВО¹
(Апликација бр. 5493/72)

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

7 декември 1976 година

¹ Заб. прев. Handyside v. the United Kingdom

Во предметот Хендисајд,

Европскиот суд за човекови права, заседавајќи на пленарна седница со примената на правилото 48 од Деловникот на Судот и во состав од следниве судии:

г. Г. БАЛАДОРЕ ПАЛИЕРИ, претседател,

г. Х. МОСЛЕР,

г. М. ЗЕКИЈА,

г. Г. ВИАРДА,

г-ѓа Х. ПЕДЕРСЕН,

г. ТОР ВИЛЈАМСОН,

г. С. ПЕТРЕН,

г. Р. РИСДАЛ,

г. А. БОЗЕР,

г. В. ГАНСХОФ ВАН ДЕР МЕЕРСХ,

сер Џералд ФИЦМОРИС,

г-ѓа Д. БИНДШЕДЛЕР-РОБЕРТ,

г. Д. ЕВРИГЕНИС,

г. Х. ДЕЛВО,

и г. М.-А. АЙСЕН, секретар, и г. Х. ПЕТЗОЛД, заменик секретар,

откако одржаа седница зад затворени врати на 8 и 9 јуни и од 2 до 4 ноември 1976 година,

Ја донесоа следнава пресуда, којашто беше усвоена на последно наведениот датум:

ПОСТАПКА

1. Предметот Хендисајд му беше упатен на Судот од Европската комисија за човекови права (во понатамошниот текст именувана како „Комисијата“). Предметот е формиран врз основа на апликација против Обединетото Кралство на Велика Британија и Северна Ирска вложена пред Комисијата на 13 април 1972 година согласно членот 25 (чл. 25) од Конвенцијата за заштита на човековите права и основните слободи (во понатамошниот текст именувана како „Конвенцијата“) од страна на државјанин на Обединетото Кралство, г. Ричард Хендисајд.

2. Барањето на Комисијата, кон кое беше приложен извештајот предвиден со членот 31 (чл. 31) од Конвенцијата, беше поднесено до секретаријатот на Судот на 12 јануари 1976 година, во рокот од три месеци утврден со членовите 32 став 1 и 47 (чл. 32-1, чл. 47). Барањето се повикува на членовите 44 и 48 (чл. 44, чл. 48) и на изјавата дадена од страна на Обединетото Кралство со која се признава задолжителната надлежност на Судот (член 46) (чл. 46). Целта на барањето на Комисијата е да се добие одлука од Судот во однос на тоа дали фактите на предметот укажуваат на повреда од страна на

тужената држава на нејзините обврски согласно членот 10 од Конвенцијата и членот 1 од Протоколот (чл. 10, П1-1) од 20 март 1952 година (во понатамошниот текст именуван како „Протоколот бр. 1“) или не.

3. На 20 јануари 1976 година, претседателот на Судот ги извлече, во присуство на секретарот, имињата на пет од седум судии повикани да заседаваат како членови на Советот; сер Џералд Фицморис, избраниот судија од британска националност, и г. Г. Баладоре Палиери, претседателот на Судот, беа членови по службена должност согласно членот 43 (чл. 43) од Конвенцијата и правилото 21 став 3 (б) од Деловникот на Судот, соодветно. Петте судии именувани на тој начин беа г. Х. Мослер, г. М. Зекиа, г. Г. Виарда, г-ѓа Х. Педерсен и г. С. Петрен (член 43 *in fine* од Конвенцијата и правилото 21 став 4) (чл. 43).

Г. Баладоре Палиери доби мандат на Претседател на Советот во согласност со правилото 21 став 5.

4. Претседателот на Советот ги потврди, преку секретарот, ставовите на агентот на Владата на Обединетото Кралство (во понатамошниот текст „Владата“) и на делегатите на Комисијата во врска со постапката што треба да се следи; имајќи ги предвид нивните согласни изјави, Претседателот одлучи со Налог од 6 февруари 1976 година дека не е потребно да се поднесуваат писмени забелешки во таа фаза. Исто така му наложи на секретарот да ја повика Комисијата да достави одредени документи, и овие беа примени во секретаријатот на 11 февруари.

5. На 29 април 1976 година, Советот одлучи, согласно правилото 48, веднаш да се откаже од надлежноста во полза на пленарниот суд, „имајќи предвид дека предметот отвора[л] сериозни прашања што го засегнуваат толкувањето на Конвенцијата ...“

6. Истиот ден, Судот одржа подготвителна седница за да ја разгледа усната фаза од постапката. На оваа седница, состави список прашања што ги испрати до Комисијата и до Владата, барајќи од нив да ги достават бараните информации во текот на нивните обраќања.

7. Откако преку секретарот се консултираа со агентот на Владата и делегатите на Комисијата, Претседателот одлучи со налог од 3 мај 1976 година дека усното рочиште ќе биде отворено на 5 јуни.

8. Усното рочиште беше јавно и се одржа во Зградата на човековите права во Стразбур, на 5 и 7 јуни 1976 година.

Пред Судот се појавија:

- за Владата:

г. П. ФАЈФУТ, правен советник,

Министерство за надворешни работи и комонвелтот, Адвокат,

агент и бранител,

г. Г. СЛИН, К.Ц., почесен судија за Хиерфорд,

г. Н. БРАЦА, адвокат, *бранител,*
г. А.Х. ХАМОНД, помошник правен советник, Министерство за
внатрешни работи,
г. Ј.Ц. ДЕЈВИ, овластувач на агентот, Министерство за внатрешни
работи, *советници;*
- за Комисијата:
г. Г. СПЕРДУТИ, *главен делегат,*
г. С. ТРЕХСЕЛ, *делегат,*
г. Ц. ТОРНБЕРИ, којшто го застапувал
апликантот пред Комисијата, што им асистирал на
делегатите согласно правилото 29 став 1, втората
реченица.

Судот ги сослуша обраќањата и поднесоците на г. Фајфут и г.
Слин за Владата и на г. Спердути, г. Трехсел и г. Торнбери за
Комисијата, како и нивните одговори на прашањата поставени од
Судот и неколку судии.

ЗА ФАКТИТЕ

Историски

9. Апликантот, г. Ричард Хендисајд, е сопственик на издавачката фирма „Стејд 1“ во Лондон, што ја отворил во 1968 година. Меѓу другите книги, го издал Малиот црвен учебник (во понатамошниот текст именуван како „Учебникот“), чиешто оригинално издание е предмет на конкретниов случај, а чиешто ревидирано издание се појавило на 15 ноември 1971 година.

10. Фирмата на апликантот претходно ги издала „Социјализмот и човекот на Куба“ од Че Гевара, „Поважни говори“ од Фидел Кастро и „Револуцијата во Гвинеја“ од Амилкар Кабрал. Од 1971 година биле издадени уште четири наслови, имено „Револуцијата во Конго“ од Елдриц Кливер, збирка написи од Движењето за ослободување на жените наречено „Политика на телото“, „Социјалистичката револуција во Кина“ од Џон и Елзи Колие и „Штрајкот во Фајн Тјубс“ од Тони Бек.

11. Правата за издавање за територијата на Велика Британија за Учебникот, напишан од Сорен Хансен и Јеспер Јенсен, двајца дански автори, биле откупени од страна на апликантот во септември 1970 година. Книгата најпрвин била издадена во Данска во 1969 година, а подоцна, откако била преведена и биле направени одредени адаптации, била издадена во Белгија, Финска, Франција, Сојузна Република Германија, Грција, Исланд, Италија, Холандија, Норвешка, Шведска и Швајцарија, како и во неколку земји вон Европа. Освен тоа, била во слободен оптек и во Австрија и Луксембург.

12. Откако договорил превод на книгата на англиски јазик, апликантот го подготвил изданието за Обединетото Кралство со помош на група деца и учители. Претходно консултирал повеќе лица во врска со вредноста на книгата и планираното издавање во Обединетото Кралство на 1 април 1971 година. Штом било завршено печатењето, испратил неколку стотици промотивни примероци од книгата заедно со соопштение за печат на неколку печатени медиуми, вклучувајќи национални и локални весници и образовни и медицински журнари. Исто така, закупил рекламен простор за книгата во различни печатени медиуми, вклучувајќи ги „Букселер“, образовниот и литературниот додаток во „Тајмс“ и „Тичерс Ворлд“.

13. На 22 март 1971 година „Дејли Мирор“ објавил рецензија на содржината на книгата, а други рецензии се појавиле и во „Сандеј Тајмс“ и „Сандеј Телеграф“ на 28 март. Потоа биле објавени натписи во „Дејли Телеграф“ на 29 и 30 март; тие исто така посочувале дека до Претседателот на Јавното обвинителство ќе бидат доставени поднесоци со кои ќе се бара преземање на чекори против издавањето на книгата. Учебникот исто така бил тема на понатамошна опширна дебата во печатените медиуми, како во негова полза, така и против него, непосредно по и околу времето на одземање споменато подолу.

14. По добивањето на повеќе жалби, на 30 март 1971 година Претседателот на Јавното обвинителство побарал од лондонската полиција да спроведе истрага. Како резултат на истата, на 31 март 1971 година со успех бил побаран налог, согласно дел 3 од Законите за публикации со непристојна содржина од 1959/1964 година, за претрес на просториите на „Стејџ 1“ во Лондон. Налогот бил издаден во отсуство на апликантот, но во согласност со постапката предвидена со англиското право, а примерок од Учебникот бил претставен пред правосудниот орган кој го издал налогот. Налогот бил извршен истиот ден и 1.069 примероци од книгата биле привремено одземени заедно со летоци, постери, брошури и преписка во врска со нејзиното издавање и продажба.

15. Следејќи го советот на неговите адвокати, апликантот продолжил да дистрибуира примероци од книгата во наредните денови. Откако Претседателот на Јавното обвинителство добил информација дека во просториите на „Стејџ 1“ биле доставени дополнителни примероци на книгата по претресот, биле поднесени дополнителни успешни барања на 1 април 1971 година (во услови слични на оние наведени погоре) за повторен претрес на тие простории, како и просториите на печатницата на книгата. Подоцна истиот ден биле одземени вкупно 139 примероци на книгата од просториите на „Стејџ 1“ и 20 неисправни примероци на книгата од печатницата, заедно со преписката која се однесувала на неа и матрицата со која била печатена книгата. Околу 18.800 примероци од

вкупниот отпечатен тираж од 20.000 примероци биле пропуштени и подоцна продадени, на пр. во училишта кои имале направено нарачки.

16. На 8 април 1971 година магистратскиот суд (најнизок суд за полесни кривични дела) издал, согласно дел 2 (1) од Законот за публикации со непристојна содржина од 1959 година, како што е изменет и дополнет со делот 1 (1) од Законот за публикации со непристојна содржина од 1964 година, две судски покани за апликантот за следните дела:

(а) на 31 март 1971 година поседувал 1.069 непристојни книги со наслов „Мал црвен учебник“ за издавање со цел да оствари профит;

(б) на 1 април 1971 година поседувал 139 непристојни книги со наслов „Мал црвен учебник“ за издавање со цел да оствари профит.

Судските покани му биле врачени на апликантот истиот ден. Тој веднаш ја запрег дистрибуцијата на книгата и соодветно ги посветувал книжарниците, но дотогаш околу 17.000 примероци веќе биле во оптек.

17. Судските покани биле за 28 мај 1971 година во магистратскиот суд во Клеркенвел, но на барање на Претседателот на Јавното обвинителство, предметот бил одложен за 29 јуни. На тој датум апликантот се појавил пред магистратскиот суд во Ламбет каде бил пренесен предметот и се согласил предметот да се разгледа и утврди во скратена постапка од страна на магистрат, а не кривичен судија и порота по обвинителен акт. Тој тврдел дека таквиот избор го засновал на неговите финансиски тешкотии и потребата да ги избегне одложувањата неизбежни во обвинителната постапка, иако Владата се сомнева во истото. Откако му била дозволена бесплатна правна помош, бил застапуван од бранител. На 1 јули 1971 година, откако биле сослушани сведоци и на обвинителството и на одбраната, апликантот бил прогласен за виновен за двете дела и казнет со по 25 фунти за секоја судска покана и му било наложено да плати 110 фунти за трошоците. Истовремено, Судот донел налог за заплenuвање заради уништување на книгите од страна на полицијата.

18. На 10 јули 1971 година во лондонската полиција биле примени жалби по двете пресуди поднесени од страна на бранителите на апликантот. Наведената основа гласи: „Одлуката на магистратот е погрешна и спротивна на тежината на доказите“. Жалбата била разгледана пред Кварталниот локален суд во централен Лондон на 20, 21, 22, 25 и 26 октомври 1971 година. На тоа рочиште сведоците дале искази во полза на обвинителството и во полза на апликантот. Пресудата била донесена на 29 октомври 1971 година: одлуката на првостепениот суд била потврдена и на апликантот му било наложено да плати дополнителни 854 фунти за судски трошоци. Материјалот кој бил одземен како што е погоре наведено потоа бил уништен.

Апликантот не го искористил правото на понатамошна жалба пред Апелациониот суд бидејќи не оспорувал дека пресудата од 29 октомври 1971 година правилно го применила англиското право.

19. Иако Учебникот не бил предмет на постапка во Северна Ирска, Каналските острови и островот Ман, тоа не било случај во Шкотска.

Напротив, еден книжар од Глазгов бил обвинет согласно локалниот закон. Но, бил ослободен на 9 февруари 1972 година од страна на стипендиран магистрат (правник што дејствува како судија по потреба) кој сметал дека книгата не е непристојна или вулгарна како што тоа го дефинира тој закон. Од списите не е јасно дали во предметот било разгледувано првичното или ревидираното издание.

Понатаму, согласно шкотското право била поднесена тужба против „Стејц 1“ во врска со ревидираното издание. Таа била отфрлена на 8 декември 1972 година од страна на Судот во Единбург исклучиво врз основа на фактот дека обвинетиот не можел да ја има потребната *mens rea*. Во јануари 1973 година, Јавниот обвинител изјавил дека нема да ја обжали оваа одлука, но исто така не се ни откажал од своето право да отпочне кривична постапка против г. Хендисајд лично.

Учебникот

20. Изворното издание на книгата на англиски јазик по цена од 30 пени за примерок имало вкупно 208 страници. Содржело вовед со наслов „Сите возрасни се цинови на стаклени нозе“, „Вовед во британското издание“ и глави на следните теми: Образование, Учење, Учители, Ученици и Системот. Поглавјето за ученици содржело дел од 26 страници кој се однесувал на „секс“ и ги содржел следните подделови: Мастурбирање, Оргазам, Сексуален однос и петинг, Контрацепција, Влажни соништа, Менструација, Злоставувачи на деца или „валкани старци“, Порнографија, Импотенција, Хомосексуалност, Нормално и абнормално, Дознајте повеќе, Венерични болести, Абортус, Легален и нелегален абортус, Запомнете, Начини на абортирање, Адреси за помош и совети за сексуални прашања. Во воведот се наведувало: „Оваа книга е замислена како лексикон. Идејата не е да се прочита од корица до корица, туку да се користи содржината за да се дознае и да се прочита за работите кои Ве интересираат или за кои сакате да дознаете повеќе. Дури и да посетувате особено либерално училиште, во книгата ќе најдете многу идеи за подобрување на нештата“.

21. Апликантот планирал да ја дистрибуира книгата преку вообичаените канали за продажба на книги, иако на жалбеното рочиште било кажано дека било јасно дека материјалот бил наменет за,

и наменет да им биде достапен на, ученици од дванаесетгодишна возраст и нагоре.

22. Во исчекување на жалбеното рочиште, апликантот се консултирал со неговите правни советници во врска со ревидирање на Учебникот за да избегне понатамошно гонење; наводно се обидел да се консултира и со Претседателот на Јавното обвинителство, но без резултат. Било решено да се отстранат или поинаку да се напишат навредливите фрази кои обвинителите ги оспорувале пред магистратскиот суд, но за таа цел било потребно, во одредени случаи, одново да се преработи многу повеќе текст од оној во критикуваните реченици. Имало други измени во текстот направени преку општо подобрување, на пр. како одговор на коментари и предлози од читатели и ажурирање на променети податоци (адреси и сл.).

23. Ревидираното издание било издадено на 15 ноември 1971 година. По консултациите со Главниот јавен обвинител, Претседателот на Јавното обвинителство објавил на 6 декември 1971 година дека новото издание нема да биде предмет на гонење. Учебникот бил издаден по донесувањето на пресудата на Кварталниот локален суд, но ревидирањето на Учебникот било завршено и печатењето на новата верзија било во тек уште многу порано.

Домашно право

24. Тужбата против Учебникот се засновала на Законот за публикации со непристојна содржина од 1959 год., како што е изменет и дополнет со Законот за публикации со непристојна содржина од 1964 год. (во понатамошниот текст именувани како „Законите од 1959/1964 година“).

25. Релевантните извадоци од Законите од 1959/1964 година, прочитани заедно, се следните:

Дел 1

"(1) За целите на овој закон, еден напис ќе се смета за непристоен ако има влијание или (доколку написот е составен од два или повеќе различни дела) ако ефектот на кој било од неговите делови, гледано во целина е таков што има тенденција да ги расипе или заведе лицата кои, со оглед на сите релевантни околности можат да ја прочитаат, видат или слушнат материјата содржана или олицетворена во истиот.

(2) во овој закон поимот „напис“ подразбира кој било опис на напис кој содржи или олицетворува материја за читање или гледање или двете, секој звучен запис, и секој филм или друг запис на слика или слики.

..."

Дел 2

"(1) Согласно тука предвиденото, секое лице кое, заради остварување профит или не, објавува напис со непристојна содржина или поседува напис со непристојна содржина со цел да го објави заради остварување профит (без оглед дали за себе или за друго лице) е осудено -

- (а) за осудителна пресуда изречена во скратена постапка на парична казна не повисока од сто фунти или на казна затвор на период не подолг од шест месеци;
- (б) за осудителна пресуда по обвинение на парична казна или казна затвор на период кој не надминува три години или на двете.

... Ќе се смета дека едно лице има напис за објавување со цел остварување профит доколку со намера да оствари такво објавување лицето го има написот во негова сопственост, владение или контрола.

...

(4) На лице кое објавува напис не му се суди за престап на обичајното право, кој се однесува на објавување на која било материја содржана или олицетворена во текстот кога е важно за престапот дека темата е непристојна.

..."

Дел 3

"(1) Ако мировниот судија (од магистратскиот суд) по информации добиени под заклетва смета дека постои оправдана причина за сомневање дека во кои било простории ... посочени во информациите, непристојните написи се чуваат или од време на време се чуваат заради нивно објавување со цел остварување профит, судијата може да издаде налог ... овластувајќи секој полицаец да влезе (ако е потребно со употреба на сила) и да ги пребара тие простории ... во рок од четиринаесет дена од датумот на издавање на налогот и да ги заплени и отстрани сите написи најдени таму ... за кои полицаецот има причина да смета дека се непристојни написи и дека се чуваат заради нивно објавување за цел да се оствари профит.

(2) Со налогот издаден во согласност со гореспоменатиот подел, ако со него се одземени какви било непристојни написи, исто така се овластува и одземање и отстранување на какви било документи најдени во просториите ... кои се однесуваат на трговија или бизнис кои се извршуваат во просториите ...

(3) Сите одземени написи ... ќе бидат изнесени пред мировен судија... кој... потоа може да издаде судска покана до закупецот на просториите ... да се појави ... пред магистратски суд ... да наведе причина зошто написите или кој било од истите да не се заплени; и доколку Судот смета, во однос на кој било од написите, дека во моментот на одземање истите биле написи со непристојна содржина кои се чувале со цел да бидат објавени заради остварување профит, судот ќе наложи заплenuвање на тие написи.

...

(4) Освен лицето кое е повикано да се појави пред суд, кое било друго лице кое е сопственик, автор или творец на кој било од написите изнесени пред Судот или кое било друго лице низ чии раце поминале написите пред да бидат одземени, има право да се појави пред суд ... за да наведе причина зошто истите не треба да бидат заплени.

(5) Кога е издаден налог во согласност со овој дел за заплenuвање на кои било предмети, секое лице кое се појавило или кое има право да се појави и да наведе причина против извршување на налогот може да поднесе жалба пред кварталниот локален суд; и ниеден таков налог не стапува на сила пред истекување на четиринаесет дена по денот на кој е издаден налогот, или доколку пред истекувањето на истите е соодветно вложена жалба или е поднесено барање за изнесување на предмет за мислење од Високиот суд, до конечната пресуда или напуштање на процесот по жалбата или предметот.

...

(7) За целите на овој дел, прашањето дали некој напис е непристоен се определува под претпоставка дека примероци од истиот би биле објавени на кој било можен начин во врска со околностите во кои е најден и на никаков друг начин.

...

... Кога написите се заплени согласно дел 3 ... и лицето е обвинето согласно со дел 2 ... за нивно поседување заради објавување со цел остварување профит, судот во кој е обвинет ќе наложи заплenuвање на тие написи.

Под услов дека налогот издаден врз основа на овој пододдел (вклучувајќи и налог по жалба) не стапува на сила до истекувањето на редовниот рок во чии рамки може да се поднесе жалба во однос на постапката во која бил издаден налогот или, кога таквата жалба е соодветно поднесена, сè до конечната одлука по жалбата или откажување од истата;

..."

Дел 4

„(1) Никој нема да се осудува за повреда на дел 2 од овој закон и нема да се издава налог за заплenuвање во согласност со гореспоменатиот дел ако се докаже дека објавувањето на предметниот напис е оправдано како полезно за општото добро од причини дека е во корист на науката, литературата, уметноста на знаењето или на други предмети од општ интерес.

(2) Со ова се објавува дека мислењето на експертите во однос на литературната, уметничката, научната или друга полза на еден напис може да се допуштат во кои било судски постапки во согласност со овој акт, било со цел да се потврди или да се негира наведената причина.“

Дел 5

” ...

(3) Овој закон не се однесува на Шкотска и Северна Ирска.“

26. Во времето на одвивање на настаните кои се разгледуваат, органите на власта честопати применувале вонпарнична постапка („одрекување од одговорност/претпазливост“) наместо да поведуваат, како во овој случај, кривични постапки. Но, тоа можело да се користи единствено кога лицето дало признание дека написот е непристоен и се согласило на негово уништување. Постапката се одвивала само на ниво на пракса и била напуштена во 1973 година, по критики изразени во судска одлука.

Пресудата на Кварталниот локален суд на централен Лондон²

27. На жалбеното рочиште Судот разгледувал две главни прашања, а имено: прво, дали Круната докажала вон основано сомневање дека Учебникот бил напис со непристојна содржина во смисла на законите од 1959/1964; и второ, доколку е така, дали

² Заб. прев. Суд што заседава еднаш во тромесечјето за помала територија.

апликантот ја подготвил одбраната во согласност со делот 4 од законите од 1959/1964 година до степен во кој покажал, имајќи го предвид балансот на веројатности, дека објавувањето на книгата било оправдано како полезно за општото добро.

28. Судот најпрвин го разгледувал прашањето на непристојност. По одлука донесена во друг предмет, судот нотирал дека мора да биде убеден дека лицата за кои се сметало дека најверојатно ќе го прочитаат написот ги има во значителна бројка. Исто така, Судот го прифатил толкувањата на зборовите „расипе или заведе“ онака како што било објаснето во другиот случај, а за што немало спор меѓу страните.

29. Во согласност со останатата претходна судска пракса, судот одлучил дека треба да се поднесат експертски докази во врска со прашањето дали Учебникот има непристојна содржина. Ваквите докази, кои обично не се прифатливи за оваа цел, туку само во врска со одбраната во согласност со делот 4 од законите од 1959/1964 година, можеле да бидат земени во предвид во дадениот предмет кој се занимавал со ефектот кој написот го имал врз децата.

За таа цел Судот сослушал седум сведоци на обвинителството и девет сведоци на апликантот како експерти во различни сфери, а особено во областа на психијатријата и образованието; мислењата кои тие ги изнеле биле мошне различни. Откако биле сослушани, апликантот тврдел дека кога се имаат искрените мислења на многу висококвалификувани експерти наспроти аргументите на обвинителството, невозможно е да се каже дека тенденцијата да се расипе или заведе била со сигурност утврдена. Судот не можел да го прифати овој поднесок: во неговата пресуда од 29 октомври 1971 година, тој истакнал дека постои речиси неисцрпна разновидност во релевантното потекло на децата кои на еден или друг начин би биле засегнати од книгата, така што во овој предмет би било тешко да се говори за „вистинити факти“. Мислењата на сведоците на апликантот биле поблиски кон екстремноста на една страна која припаѓала на пошироко сфаќање на образованието и воспитувањето на децата, додека пак доказите изнесени во име на обвинителството имале тенденција да ги опфатат ставовите на оние кои, иако очигледно тежнееле кон спротивната насока, биле помалку радикални. Особено кога ги разгледувал доказите во име на апликантот, судот дошол до заклучокот дека поголемиот дел од сведоците биле толку некритички настроени кон книгата како целина и толку не се воздржувале во нејзиното фалење, што на моменти биле помалку убедливи отколку што можеле да бидат. На кратко, судот сметал дека голем дел од сведоците биле толку сложни во една екстремна гледна точка, што во голема мера ја изгубиле способноста да оценуваат со оној степен на

одговорност што им дава голема важност на доказите по прашања од овој вид.

30. Што се однесува до самиот Учебник, Судот најпрвин истакнал дека е наменет на деца кои минуваат низ исклучително критична фаза во нивниот развој. Во тој период судовите мора да покажат особено висок степен на одговорност. Во дадениот предмет, пред себе имале нешто што се нарекувало сосема одговорно мислење на возрасни, а претставувало екстремно дело без никакви индикации дека постојат какви било поинакви ставови; тоа на децата им ја ускратувало можноста да формираат урамнотежен став за некои од мошне интензивните совети дадени во книгата.

31. Судот потоа накратко ја испитал заднината. На пример, гледајќи ја книгата како целина, бракот во голема мера бил изоставен. Мешањето на едно многу еднострано мислење со фактите и тврдењето дека книгата е прирачник за многу значаен дел од децата би поткопало многу од влијанијата, како она на родителите, црквите и младинските организации, кои инаку би придонеле кон воздржаност и смисла за одговорност за себеси, што во книгата било несоодветно одразено.

Судот дошол до заклучок дека во целина и многу јасно од гледна точка на детето, Учебникот е штетен за добриот однос учител-дете; имено, имало бројни пасуси кои ги оцени како противположни не само за угледот, туку и за влијанието на довербата помеѓу децата и учителите.

32. Преминувајќи на тенденцијата да расипе и заведе, Судот ја разгледал атмосферата на книгата гледана во целост, забележувајќи дека, иако не отсуствува во целост, смислата за одредена доза одговорност кон заедницата како и кон себеси е целосно подредена на развојот на изразувањето на самиот себеси од страна на детето. Како показатели на она што смета дека резултира со тенденција да расипе и заведе, Судот ги цитирал или упатил на следново:

А. Пасусот насловен „Биди свој“ (стр. 77):

„Можеби пушиш марихуана или спиеш со твоето момче или девојка- и не им кажуваш на родителите и наставниците, било зошто не се осмелуваш или зошто сакаш тоа да остане тајна.

Не чувствувај срам или вина што правиш работи кои навистина сакаш да ги правиш и мислиш дека се исправни само затоа што твоите родители или наставници не би го одобриле тоа. Многу од овие работи подоцна во животот ќе ти бидат поважни од работите кои се „оправдани“.

Проблематичниот став бил дека не се укажува дека е незаконски да се пуши марихуана, што било наведено дури по многу страници, во сосема друг дел од книгата. Исто така, во книгата воопшто не се споменува дека сексуалниот чин помеѓу момче кое навршило

четринаесет години и девојче кое сè уште не навршило шеснаесет години е незаконски. Морало да се има на ум дека Учебникот бил посочен како прирачник во кој читателот го бара делот кој го интересира во содржината, а не ја чита книгата во целост.

Б. Пасусот (стр.97-98) насловен „Сексуален однос и петинг“ под заглавјето „Секс“:

да се претстави ова пред онолку млади деца како што Судот сметал дека ќе ја читаат книгата без никаква мерка за воздржување или лекомисленост значи да се создаде тенденција да расипе или заведе.

В. Пасусот (стр.103 до 105) -насловен „Порнографија“, а особено следното:

„Порнографијата е нештетно задоволство под услов да не се сфаќа сериозно или да не се верува дека го отсликува реалниот живот. Секој кој ќе смета дека тоа е реалност ќе биде мошне разочаран.

Но, сосема е возможно да ви даде некоја добра идеја и можеби ќе сретнете нешто што ви изгледа интересно, а не сте го пробале претходно.“

За жал, разумниот и здрав прв пасус цитиран погоре го следи пасус кој на децата им сугерира дека во порнографијата можат да најдат некои добри идеи кои можат да ги применат. Ова посочува кон реалната веројатност дека значителен број на деца ќе се сметаат повикани да побараат и испробаат такви нешта. Освен тоа, на претходната страница го среќаваме следниот пасус: „Но, има и други видови- на пример, слики на сексуален однос со животни или слики на луѓе кои се повредуваат едни со други на различни начини. Порнографските приказни ги опишуваат истите нешта“. Судот сметал дека, иако е малку веројатно дека младите луѓе би направиле сексуални престапи со животни како последица на ова, можноста тие да практикуваат некои други форми на насилство едни врз други, заради сексуално задоволство, претставувала реална веројатност за значителен број на деца, ако книгата стигне до рацете на деца кои се наоѓаат во несигурна, нестабилна фаза од нивниот живот пропратена со голема сексуална возбуда. Ваквите чинови и тоа како можат да бидат кривични дела, исто како што е и пушењето марихуана и сексуалниот однос меѓу момче кое има најмалку четринаесет години и девојче кое сè уште нема шеснаесет години. Фразата „да расипе и заведе“ мора да подразбира давање дозвола или охрабрување да се направат кривични дела од тој тип.

33. Судот заклучил дека „земена како целина, оваа книга или напис за секс или овој дел или поглавје за ученици, кој било и да се одбере како напис, гледано во целина има тенденција да расипе и

заведе голем број, значителен дел од децата кои веројатно ќе ја прочитаат книгата“. Сметал дека многу значаен број од овие деца би сочинувале деца под шеснаесет години.

34. На крајот Судот го разгледал прашањето за одбраната во согласност со дел 4 од законите од 1959/1964 година. Изјавил дека без сомневање книгата има многу карактеристики кои сами по себе се добри. За жал, доброто премногу често било испреплетено со работи кои се лоши и му ја намалуваат вредноста.

На пример, голем дел од информациите за контрацепција (стр. 98-102) биле многу релевантни и пожелни, и како такви треба да им се претстават на многу деца кои инаку немаат пристап до истите на друг начин. Меѓутоа, тие информации биле деградирани со предлог поткрепен со препорака да се преземат директни мерки доколку управата на училиштето не се согласи дека во секое училиште треба да има најмалку една машина за продажба на средства за контрацепција (стр. 101)

Слично на ова, претставувањето на темата за хомосексуалноста (стр. 105-107) било реално, многу чувствително, разбирливо и вредно искажување. Но и тука, без оглед колку добро некој ќе ја проценел вредноста на овој дел, тој бил безнадежно осудувачки со неговата содржина и контекстот, а и со фактот дека едвај содржел по некоја сугестија за стабилна врска во поглед на сексот, а бракот воопшто и не се третираше. Освен тоа, постоела голема опасност дека овој пасус би создал заклучок во умот на децата дека овој вид на врска е нешто трајно.

Понатаму, имало пасуси кои се однесувале на венеричните болести (стр. 110-111), контрацепција (стр. 98-102) и абортус (стр. 111-116), кои содржеле непристрасни и разумни и генерално сосема точни многубројни совети од кои децата не треба да бидат лишени. Сепак, имајќи го предвид балансот на веројатности, овие работи не можеле да го победат она за што Судот сметал дека има тенденција да расипе и заведе. Судот се запрашал дали, со оглед на степенот на непристојност кој го утврдил, полезното кое има шанса да биде произлезе од книгата е такво, што и покрај сè треба да се објави за општото добро; за жал дошол до заклучокот дека обврската на жалителот да докаже дека „објавувањето на предметниот напис е оправдано како полезно за општото добро“ не била исполнета.

Понатамошни детали во врска со ревидираното издание

35. Пасусите од оригиналното издание на Учебникот чиј „екстреман“ стил или „штетни“ аспекти беа истакнати со пресудата од 29 октомври 1971 година (ставови 30 и 31 погоре) се повторуваат без промени, или без значајни промени, во ревидираното издание кое било

подготвено пред тој датум, но било објавено на 15 ноември 1971 година (ставови 22-23 погоре).

Од пасусите цитирани од кварталниот локален суд како впечатливи примери за тенденцијата „да расипе или заведе“ (став 32 погоре), еден не претрпел измени (стр. 77 „Биди свој“). Од друга страна, останатите биле прилично ублажени (стр. 97-98, "Сексуален однос и петинг", и стр. 103-105, „Порнографија“), а на стр. 95 од книгата сега се напомена незаконитоста на сексуален однос со девојче под шеснаесет години.

Понатаму, во ревидираното издание веќе не се споменувало поставување на машини за продажба на контрацептиви во училиштата, а на стр. 106 се нагласувало дека хомосексуалните тенденции честопати се приврмени.

ПОСТАПКА ПРЕД КОМИСИЈАТА

36. Во својата апликација, поднесена до Комисијата на 13 април 1972 година, г. Хендисајд се пожалил дека со постапката во Обединетото Кралство против него и Учебникот се вршела повреда на неговото право на слобода на мислата, свеста и верувањето во согласност со членот 9 (чл. 9) од Конвенцијата, неговото право на слобода на изразување согласно членот 10 (чл. 10) од Конвенцијата и неговото право на мирно уживање на сопственост согласно член 1 на Протокол бр.1 (П1-1). Тој исто така тврдел дека, спротивно на членот 14 (чл. 14) од Конвенцијата, Обединетото Кралство не успеало да му ги загарантира гореспоменатите права без дискриминација врз основа на политичко или друго мислење; дека постапката поведена против него се коси со членот 7 (чл. 7) од Конвенцијата; и на крај дека тужената влада исто така ги повредува членовите 1 и 13 (чл. 1, чл. 13) од Конвенцијата. Тој исто така ги навел загубите што ги претрпел како последица на предметната постапка, вклучувајќи 14.184 фунти во квантифицирани штети и дополнителни неквантифицирани ставки.

37. Во својата одлука од 4 април 1974 година, Комисијата ја прифати апликацијата што се однесува до наводите согласно членот 10 од Конвенцијата и членот 1 од Протоколот бр. 1 (чл. 10, П1-1), но се изјасни дека е неприфатлива што се однесува до членовите 1, 7, 9, 13 и 14 (чл. 1, чл. 7, чл. 9, чл. 13, чл. 14) од Конвенцијата. На истиот датум одлучи да го разгледа по службена должност, секое прашање кое може да произлезе од околностите на предметот согласно членовите 17 и 18 (чл. 17, чл. 18) од Конвенцијата и ги извести страните за истото неколку дена подоцна.

38. Во својот извештај од 30 септември 1975 година, Комисијата го изрази своето мислење:

- Со осум спрема пет гласа и со еден воздржан, дека немало повреда на членот 10 (чл. 10) од Конвенцијата;
 - Дека ниту привременото одземање (единаесет гласа) ниту заплenuвањето и уништувањето на Учебникот (девет до четири гласа со еден воздржан) не го повредиле членот 1 од Протокол бр. 1 (П1-1);
 - Со дванаесет гласа за и два воздржани, дека е непотребна дополнителна дискусија согласно членот 17 (чл. 17) од Конвенцијата;
 - Едногласно, дека не е утврдена повреда на членот 18 (чл. 18) од Конвенцијата.
- Извештајот содржи разни издвоени мислења.

ЗАВРШНИ ПОДНЕСОЦИ ДО СУДОТ

39. На усното рочиште одржано на 7 јуни 1976 година до Судот биле доставени следните завршни поднесоци:

- за Комисијата:

„Судот нека одлучи и пресуди

(1) дали како последица од постапката поведена во Обединетото Кралство против апликантот како издавач на Учебникот која довела до одземање и заплenuвање на таа публикација и санкционирањето на апликантот со парична казна и судски трошоци, имало или немало повреда на Конвенцијата, а особено на членот 10 и членот 1 од Протоколот бр. 1 (чл. 10, П1-1);

(2) доколку имало, дали на апликантот да му се даде праведно обешштетување согласно членот 50 (чл. 50) од Конвенцијата, во вид и износ кој ќе го определи Судот.“

- За владата:

„... Владата на Обединетото Кралство ги забележа поднесоците на делегатите и во однос на првиот го повикуваме Судот да истакне дека по ова прашање немало повреда.

Во однос на второто прашање ..., сметам дека треба да кажеме дека овој суд во оваа фаза не бил повикан по кое било прашање во поглед на обешштетување и е премногу рано ова прашање да биде разгледувано од Судот во оваа фаза. Доколку се разгледува - ако нашиот поднесок е точен по првото прашање, тогаш нема да се разгледува - тогаш има прилика за понатамошна дискусија по ова прашање.“

40. Како одговор на забелешка од владиниот агент, главниот делегат на Комисијата изјави дека, кога ги користел зборовите „особено“, сакал да упати на двата члена кои Судот требал да ги земе во предвид.

ЗА ЗАКОНОТ

41. На 4 април 1974 година, по сослушување во присуство на страните за основаноста и допуштеноста на предметот, Комисијата ја прифати апликацијата што се однесува до членот 10 од Конвенцијата и членот 1 од Протоколот бр. 1 (чл. 10, П1-1), но ја прогласи за неприфатлива што се однесува до степенот до кој г. Хендисајд се повикувал на членовите 1, 7, 9, 13 и 14 (чл. 1, чл. 7, чл. 9, чл. 13, чл. 14) од Конвенцијата. Неколку дена подоцна, Комисијата ги извести страните дека исто така ќе ги земе предвид и членовите 17 и 18 (чл. 17, чл. 18). Сепак, во својот извештај од 30 септември 1975 година (ставови 170 и 176), го истакна мислењето, во договор со апликантот и владата (ставови 92 и 128), дека членот 17 (чл. 17) во овој случај не наоѓа примена.

Одговарајќи на прашање од Судот, делегатите на Комисијата истакнаа дека исказите кои не се повторени на 4 април 1974 година (членови 1, 7, 9, 13 и 14 од Конвенцијата) (чл. 1, чл. 7, чл. 9, чл. 13, чл. 14) се однесувале на истите факти како и оние засновани врз членот 10 од Конвенцијата и членот 1 од Протоколот бр. 1 (чл. 10, П1-1). Тие не биле одделни жалби, туку само правни поднесоци или аргументи изнесени заедно со останатите. Но, одредбите од Конвенцијата и од Протоколот формираат една целина; штом некој предмет му е соодветно упатен, Судот може да преземе надлежност по секое правно прашање кое ќе произлезе во текот на постапката и кое се однесува на фактите поднесени од државата договорничка или од Комисијата за Судот да ги разгледа. По стручна оценка која треба да се даде пред Судот во однос на овие факти, Судот е овластен да ги испита ваквите прашања доколку оцени дека е неопходно и ако треба по службена должност во контекст на Конвенцијата и Протоколот во целина (видете ја, *inter alia*, пресудата од 23 јули 1968 година за вредноста на случајот „Белгиска лингвистика“, серија А, бр. 6, стр. 30, став 1, и пресудата во случајот *De Wilde, Ooms и Versyp* од 18 јуни 1971 година, Серија А бр. 12, стр. 29, став 49).

Судот, имајќи ја предвид првичната апликација на Г. Хендисајд како и одредени изјави дадени пред Судот (видете, *inter alia*, ставовите 52 и 56 подолу) смета дека треба да се земе предвид членот 14 (чл. 14) од Конвенцијата, како дополние на членовите 10 и 18 и членот 1 од Протоколот бр. 1 (чл. 10, чл. 18, П1-1). Тој го дели мислењето на Комисијата дека членовите 1, 7, 9, 13 и 17 (чл. 1, чл. 7, чл. 9, чл. 13, чл. 17) не се релевантни за овој случај.

I. ЗА НАВОДНОТО ПРЕКРШУВАЊЕ НА ЧЛЕНОТ 10 (чл. 10) ОД КОНВЕНЦИЈАТА

42. Апликантот тврди дека е жртва на повреда на членот 10 (чл. 10) од Конвенцијата во кој се предвидува:

„1. Секој човек има право на слобода на изразувањето. Ова право ги опфаќа слободата на мислење и слободата на примање и пренесување информации или идеи, без мешање на јавната власт и без оглед на границите. Овој член (чл. 10) не ги спречува државите, на претпријатијата за радио, филм и телевизија да им наметнуваат режим на дозволи за работа.

2. Остварувањето на овие слободи, коешто вклучува обврски и одговорности, може да биде условено со одредени формалности, услови, ограничувања и санкции предвидени со закон, кои во едно демократско општество претставуваат мерки неопходни за заштита на државната безбедност, територијалниот интегритет и јавната безбедност, заштитата на редот и спречувањето на нереди и злосторства, заштитата на здравјето или моралот, угледот или правата на другите, за спречување на ширењето на доверливи информации или за зачувување на авторитетот и непристрасноста на судството.“

43. Разните оспорени мерки – кривичната осудителна пресуда за апликантот, одземањето и последователното заплenuвање и уништување на матрицата и на стотиците примероци од Учебникот–без никакво сомнение биле, и владата не го негирала тоа, „мешање на јавните власти“ во уживањето на неговата слобода на изразување која е загарантирана со ставот 1 (чл. 10-1) од текстот цитиран погоре. Ваквите мешања подразбирале „повреда“ на членот 10 доколку не спаѓале меѓу еден од исклучоците предвидени во ставот 2 (чл. 10-2), кое е од решавачка важност во овој случај.

44. Доколку „ограничувањата“ и „казните“ по кои г. Хендисајд поднел жалба не го повредуваат членот 10 (чл. 10), тие мораат, според ставот 2 (чл. 10-2), најпрвин да биле „пропишани со закон“. Судот оценува дека ова било така. Во правниот систем на Обединетото Кралство, правната основа за предметните мерки лежела во законите од 1959/1964 година (ставови 14-18, 24-25 и 27-34 погоре). Покрај тоа, апликантот не го оспорувал ова и понатаму признал дека надлежните органи правилно ги примениле тие закони.

45. Откако потврдил дека мешањата во однос на кои е поднесена жалба го исполнуваат првиот од условите од ставот 2 од членот 10 (чл. 10- 2), Судот испитувал дали тие исто така ги исполнуваат и другите услови. Според владата и мнозинството од Комисијата, вмешувањата биле „неопходни во едно демократско општество“, „заради заштитата на ... моралот“.

46. Делејќи го ставот на Владата и едногласното мислење на Комисијата, Судот најпрвин оценил дека законите од 1959/1964 година имаат легитимна цел согласно членот 10 став 2 (чл. 10-2), а имено, заштитата на моралот во демократско општество. Единствено оваа последна цел е релевантна за предметот бидејќи предметот на споменатите закони – да се објави војна на публикациите со „непристојна“ содржина, дефинирани со нивната тенденција „да расипат или заведат“ - е многу понепосредно поврзан со заштитата на моралот отколку со која било од останатите цели дозволени со членот 10 став 2 (чл. 10-2).

47. Судот исто така мора да истражи дали заштитата на моралот во едно демократско општество го правело неопходно преземањето на различните мерки покренати против апликантот и Учебникот согласно законите од 1959/1964 година. Г. Хендисајд не се воздржувал од критикувањето на овие акти како такви: тој исто така дал и неколку приговори—од гледна точка на Конвенцијата, а не од аспект на англиското право—во однос на нивната примена во неговиот предмет.

Извештајот на Комисијата и последователните рочишта пред Судот во јуни во 1976 година ги изнесоа на виделина острите разлики во мислењата за еден клучен проблем, а имено како да се определи дали самите „рестрикции“ и „казни“ за кои вложил жалба апликантот биле „неопходни во едно демократско општество“, „заради заштита на моралот“. Според владата и мнозинството во Комисијата, Судот морал само да се увери дека англиските судови постапувале праведно, со добра волја и во рамките на маргината на уважување препуштена на земјите-потписнички на Конвенцијата со членот 10 став 2 (чл. 10-2). Од друга страна, малцинството во Комисијата смета дека задачата на Судот не е да изврши ревизија на пресудата на кварталниот локален суд во централен Лондон, туку да го испита самиот Учебник во контекст на Конвенцијата и само на неа.

48. Судот истакнува дека механизмот за заштита утврден со Конвенцијата е супсидијарен на националните системи за гарантирање на човековите права (пресуда од 23 јули 1968 година за вредноста на предметот Белгиска лингвистика, Серија А, бр. 6, стр. 35, став 10, *in fine*). Конвенцијата најпрвин на секоја земја која ја ратификувала ѝ ја доверува задачата за гарантирање на правата и слободите кои таа ги втемелува. Институциите кои ги создава даваат сопствен придонес кон оваа задача, но се вклучуваат само преку судски постапки и откако ќе бидат исцрпени сите домашни правни лекови (член 26) (чл. 26).

Овие забелешки главно се однесуваат на членот 10, став 2 (чл. 10-2). Особено не е можно во домашното право на различните земји кои ја ратификувале Конвенцијата да се најде единствен европски концепт на моралот. Ставот кој го заземаат нивните соодветни закони

за барањата поврзани со моралот се менува во зависност од времето и местото, особено во денешно време кое се одликува со брз и далекусежен развој на мислењата во врска со таа тема. Со оглед на нивниот директен и постојан контакт со одлучувачките сили во нивните земји, државните органи во главно се во подобра положба отколку меѓународен судија да дадат мислење за точната содржина на овие барања, како и за „потребата“ од „рестрикција“ или „казна“ кои имаат за цел да ги исполнат. Судот во оваа фаза истакнува дека, иако придавката „неопходно“ во смисла на членот 10 став 2 (чл. 10-2), не е синоним за „нужно“ (спореди ги во членовите 2 став 2 (чл. 2-2) и 6 став 1 (чл. 6-1), зборовите „апсолутно потребно“ и „строго потребно“ и во член 15, став 1 (чл. 15-1), фразата „до степенот кој е строго неопходен со оглед на тоа што го изискува ситуацијата“), ниту ја имаат флексибилноста на изразите како што се „прифатливо“, „обично“ (спореди член 4 став 3) (чл. 4-3), „корисно“ (спореди го францускиот текст во првиот став од членот 1 од Протоколот бр. 1) (П1-1), „разумно“ (спореди член 5 став 3 и 6 (став 1) (чл. 5-3, чл. 6-1) или пак „пожелно“. Но, задача на националните власти е да направат првична процена на реалноста на итната социјална потреба која ја подразбира идејата за „неопходно“ во овој контекст.

Последователно, членот 10 став 2 (чл. 10-2) им остава на земјите кои ја ратификувале конвенцијата маргина на уважување. Оваа маргина на уважување им се дава како на домашниот законодавец („пропишан со закон“), така и на органите, меѓу другото и правосудните органи кои се компетентни да ги толкуваат и применуваат законите (пресуда во предметот *Engel* и други од 8 јуни 1976 година, Серија А, бр. 22, страни 41-42 став 100; спореди член 8 став 2 (чл. 8-2), пресуда во случајот *De Wilde, Ooms and Versyp* од 18 јуни 1971 година, Серија А, бр. 12, страни 45-46, став 93 и пресудата во случајот *Golder* од 21 февруари 1975 година, Серија А, бр. 18, страни 21-22, став 45).

49. Сепак, членот 10 став 2 (чл. 10-2) не им дава на земјите договорнички неограничена слобода на уважување. Судот, кој заедно со Комисијата е одговорен за следење на исполнувањето на обврските од страна на тие земји (член 19) (чл. 19), е овластен да ја даде конечната пресуда за тоа дали „рестрикција“ или „казна“ може да се усогласи со слободата за изразување како што таа е заштитена со членот 10 (чл. 10). Така, домашната маргина на уважување е заемно поврзана со европскиот надзор. Ваквиот надзор се однесува како на целта на оспорената мерка, така и на нејзината „неопходност“; го опфаќа не само основното законодавство туку и одлуката за негова примена, дури и ако е дадена од независен суд. Во овој поглед, Судот се повикува на членот 50 (чл. 50) од Конвенцијата („одлука или... мерка преземена од правосуден орган или кој било друг орган“) како и

на сопствената судска пракса (пресуда во предметот *Engel* и други од 8 јуни 1976 година, Серија А, бр. 22, страни 41-42, став 100).

Надзорните функции на Судот го обврзуваат да посвети најголемо внимание на начелата кои карактеризираат едно „демократското општество“. Слободата на изразување претставува еден од најважните темели на таквото општество, еден од основните услови за негов напредок и за развојот на секој човек. Согласно ставот 2 од членот 10 (чл. 10-2), се применува не само на „информации“ или „идеи“ кои се повољно добиени или за кои се смета дека не се навредливи или се сметаат за безначајни, туку и за оние кои се сметаат за навреда, шок или вознемирување за државата или кој било дел од населението. Такви се барањата на таквиот плурализам, толеранција и широкогледост без кои не постои „демократско општество“. Меѓу другото ова значи дека секоја „формалност“, „услов“, „рестрикција“ или „казна“ наметнати во оваа сфера мора да бидат пропорционални со бараната законска цел.

Од друга гледна точка, секој кој ја применува својата слобода на изразување ги презема „обврските и надлежностите“ чиј опсег зависи од неговата ситуација и техничките средства со кои се служи. Судот не може да ги превиди таквите „обврски“ и „должности“ на тоа лице кога испитува, како што е тоа во овој случај, дали „рестрикциите“ или „казните“ придонеле кон „заштитата на моралот“ што ги направило да бидат „неопходни“ во „демократското општество“.

50. Од ова произлегува дека Судот во никој случај нема задача да го заземе местото на надлежните домашни судови, туку да ги разгледа согласно член 10 (чл. 10) одлуките кои тие ги донеле при примената на нивната маргина на уважување.

Сепак, надзорот на Судот воглавно би се покажал како илузорен ако не служи за ништо друго освен за испитување на овие одлуки засебно; тој мора да ги разгледува во контекст на предметот во целост, вклучително и предметната публикација и аргументите и доказите изнесени од апликантот во домашниот правен систем, па потоа и на меѓународно ниво. Судот мора да одлучи, врз основа на различните податоци кои му стојат на располагање, дали причините наведени од националните органи за оправдување на фактичките мерки на „мешање“ кои ги преземаат се релевантни и доволни согласно членот 10, став 2 (чл. 10-2) (спореди член 5 став 3 (чл. 5-3), пресудата во случајот *Wemhoff* од 27 јуни 1968 година, серија А, бр. 7, стр. 24-25, став 12, пресуда *Heumeister* од 27 јуни 1968 година, Серија А, бр. 8, стр. 37, став 5, пресуда *Stögmüller* од 10 ноември 1969 година, Серија А, бр. 9, стр. 39, став 3, пресуда во случајот *Matznetter* од 10 ноември 1969 година, Серија А, бр. 10, стр. 31, став 3, и пресудата во случајот *Ringeisen* од 16 јули 1971 година, Серија А, бр. 13, стр. 42, став 104).

51. Следејќи го методот утврден погоре, Судот согласно членот 10 став 2 (чл. 10-2) ги разгледа индивидуалните одлуки по кои е вложена жалба, а особено пресудата од Кварталниот локален суд за централен Лондон.

Споменатата пресуда е резимирана во ставовите 27-34 погоре. Судот ја разгледа во контекст на предметот во целост; како дополнување на поднесоците пред Судот и на извештајот на Комисијата, меѓу другото беа земени предвид писмените и усните образложенија претставени пред Комисијата помеѓу јуни 1973 година и август 1974 година, како и транскриптот од постапката пред кварталниот суд.

52. Судот придава особена важност на фактот кон кој пресудата од 29 октомври 1971 година привлела внимание—читателите на кои им била наменета книгата Учебникот. Пред сè, им бил наменет на сите деца и адолесценти на возраст од дванаесет до осумнаесет години. Бидејќи бил директен, реален и сведен на битните елементи во поглед на стилот на пишување, бил лесен за разбирање од страна и на најмладите од таа група читатели. Апликантот јасно ставил до знаење дека планирал широка дистрибуција на книгата. Тој ја испратил книгата, заедно со соопштение за печат, до бројни дневни весници и списанија за таа да биде рецензирана или пак за рекламни цели. Освен тоа, тој одредил скромна продажна цена (триесет пени), договорил повторно печатење на 50.000 примероци набргу по првиот тираж од 20.000 примероци и избрал наслов кој асоцира дека делото е еден вид на прирачник за употреба во училиштата.

Книгата во основа содржела чисто фактички информации кои воглавно биле точни, а често и корисни, како што кварталниот суд и признал. Но, исто така содржел и, пред сè во делот за секс и во делот со наслов „Биди свој“ во поглавјето за ученици (став 32 погоре), реченици или пасуси кои младите луѓе во критична фаза од нивниот развој би можеле да ги протолкуваат како охрабрување предвремено да започнат со активности кои се штетни за нив или дури и да извршат одредени кривични дела. Во овие околности, и покрај разноумието и постојаната еволуција на ставовите за етиката и образованието во Обединетото Кралство, надлежните судии во Англија можеле, во согласност со нивното дискреционо право да сметаат во предметниот момент дека Учебникот би имал штетно влијание врз моралот на многу од децата и адолесцентите кои би го прочитале.

Но, апликантот во основа тврдел дека барањата за „заштита на моралот“ или како што е срочена фразата во законите од 1959/1964 година, војната против публикации за кои има веројатност дека ќе „расипат и заведат“ во неговиот случај биле само изговор. Тој тврдел дека всушност бил направен обид да се замолчи еден ситен издавач

чий политички ставови наишле на неодобрување кај еден дел од јавното мислење. Тој изјавил дека судскиот процес започнал во речиси „хистерична“ атмосфера предизвикана и поттикнувана од ултраконзервативни елементи. Акцентот во пресудата од 29 октомври 1971 година на антиавторитативните аспекти на Учебникот (став 31 погоре), според апликантот покажал што точно се крие зад овој предмет.

Информацијата која ја доставил г. Хендисајд всушност покажувала дека писмата од јавноста, написите во весниците и мерките преземени од пратениците во Парламентот не биле без никакво влијание врз одлуката да се одземе Учебникот и да се покрене кривична постапка против нејзиниот издавач. Но, владата посочила кон фактот дека таквите иницијативи можеле и тоа како да се објаснат не со некоја мрачна завера туку со искреното чувство на граѓаните верни на традиционалните морални вредности кога, кон крајот на март 1971 година, во одредени весници прочитале извадоци од книгата која требало да биде објавена на 1 април. Владата исто така нагласила дека постапката завршила неколку месеци по „кампањата“ пријавена од страна на апликантот и дека тој не тврдел дека таа во меѓувреме продолжила. Оттука, владата заклучила дека „кампањата“ никако не му наштетила на непристрасното одлучување на кварталниот суд.

Од своја страна Судот сметал дека, во однос на антиавторитативните аспекти на Учебникот како такви, во пресудата од 29 октомври 1971 година не се сметало дека се косат со законите од 1959/1964 година. Тие аспекти биле земени предвид само до таа мерка до која Апелациониот суд сметал дека, со поткопувањето на авторитетното влијание на родителите, учителите, црквите и младинските организации, тие ја заострувале тенденцијата „да расипе и заведе“ која според неговото мислење резултирала од други делови на книгата. Треба да се додаде дека било дозволено ревидираното издание да биде пуштено во слободна продажба од страна на британските власти и покрај фактот дека антиавторитативните делови повторно се појавиле во делото во целост, а во некои случаи и со поконкретна терминологија (став 35 погоре). Како што забележала владата, било тешко ова да се усклади со теоријата за политичка завера.

Така, Судот потврдил дека основната цел на пресудата од 29 октомври 1971 година, применувајќи ги законите од 1959/1964 година била да се заштити моралот на младите, што е легитимна цел во смисла на членот 10 став 2 (чл. 10-2). Последователно, запленувањата кои биле извршени на 31 март и 1 април 1971 година во периодот до исходот од постапката која требало да отпочне, ја имале истата цел.

53. Останува да се испита „потребноста“ на мерките по кои се води расправа, започнувајќи со споменатите заплenuвања.

Ако апликантот е во право, нивната цел требало да биде не повеќе од еден или два примерока од книгата кои би служеле како доказен материјал во кривичната постапка. Судот не го дели ова мислење бидејќи полицијата имала добри причини да се обиде да ги одземе сите залихи како привремена мерка за заштита на младите од заканата по моралот за чие постоење требало да одлучи судечкиот суд. Законодавствата на многу држави договорнички пропишуваат заплenuвање налик на она предвидено со делот 3 на англиските закони од 1959/1964 година.

54. Од страна на апликантот и од малцинството од Комисијата биле поднесени серија аргументи во поглед на „потребата“ од казната и заплenuвањето за кое станува збор.

Прво, тие посочуваат кон фактот дека оригиналното издание на Учебникот не било предмет на гонење во Северна Ирска, Островот Ман и Каналските Острови и немало осудителна пресуда во Шкотска, и дека дури и во Англија и Велс илјадници примероци циркулирале без пречка и покрај пресудата од 29 октомври 1971 година.

Судот потсетува дека делот 5 (3) на законите од 1959/1964 година предвидува дека тие не ја опфаќаат Шкотска или Северна Ирска (став 25 погоре). Пред сè, не смее да се заборава дека Конвенцијата, како што е прикажано особено со членот 60 од истата (чл. 60), никогаш не ги обврзува различните органи на државите договорнички да ги ограничат правата и слободите кои таа ги гарантира. Особено, членот 10, став 2 (чл. 10-2) во никој случај не ги присилува да наметнат „рестрикции“ или „казни“ во полето на слобода на изразувањето; никако не ги спречува да ги искористат средствата кои им ги обезбедува (спореди ги зборовите „може да подлежи“). Надлежните органи во Северна Ирска, Островот Ман и Каналските Острови можеле, во контекст на локалните услови, да имаат оправдани причини за да не преземат мерки против книгата и нејзиниот издавач, како што јавниот обвинител во Шкотска можел да има за да не го повика г. Хендисајд да се појави лично во Единбург по отфрлањето на жалбата во согласност со шкотското право против „Стејџ 1“ во однос на ревидираното издание (став 19 погоре). Тоа што тие не дејствувале – за што Судот не треба да истражува и што не спречиле мерките преземени во Англија да резултираат со ревизија на Учебникот - не докажува дека пресудата од 29 октомври 1971 година не е реакција на вистинска потреба, имајќи ја во предвид маргината на уважување на националните органи.

Овие забелешки исто така важат, *mutatis mutandis*, и кај дистрибуцијата на голем број примероци во Англија и Велс.

55. Исто така апликантот и малцинството во Комисијата потенцирале дека ревидираното издание, иако според нив малку поразлично од првото, не било предмет на постапка во Англија и Велс.

Владата ги обвинила за минимизирање на опсегот на промените направени на оригиналниот текст на Учебникот: иако промените биле направени во временскиот период помеѓу пресудата на првостепениот суд на 1 јули 1971 година и пресудата на апелациониот суд од 29 октомври 1971 година, било наведено дека се однесуваат на главните делови цитирани од кварталниот суд кои особено очигледно покажувале тенденција „да расипат и заведат“. Владата тврдела дека Претседателот на Јавното обвинителство мора да зазел став дека промените го спречиле повторно да се повика на законите од 1959/1964 година.

Судот сметал дека отсуството од постапка против ревидираното издание, кое во значителна мера се разликувало од оригиналното издание во однос на предметните точки (ставови 22-23 и 35 погоре) всушност посочувало кон фактот дека надлежните органи сакале да се ограничат на она што било строго неопходно, став кој е во согласност со членот 10 (чл. 10) од Конвенцијата.

56. Третманот даден на Учебникот и нејзиниот издавач во 1971 година бил, според апликантот и малцинството во Комисијата, уште помалку „неопходен“ бидејќи редица публикации со тврда порнографска содржина и без какви било интелектуални или пак уметнички вредности наводно профитираат од екстремно високиот степен на толеранција во Обединетото Кралство. Тие се изложени на погледите на случајните минувачи, а особено на младите луѓе, и се смета дека воглавно уживаат целосна неказнетост, а ретките кривични гонења поведени против нив, во повеќето случаи се покажале како безуспешни поради изразената либералност која ја покажале поротите. Се тврдело дека истото важи и за продавниците со еротска содржина и голем број од јавната забава.

На ова владата возвратила со забелешка поткрепена со цифри дека ни Претседателот на Јавното обвинителство ниту пак полицијата не седеле со скрстени раце и покрај недоволниот персонал во единицата која се специјализирала за таа материја. Освен тоа, тие тврделе дека како дополнување на постапките во дадениот временски период често биле спроведувани одземања во согласност со постапката „одрекување од одговорност/претпазливост“ (став 26 погоре).

Во принцип, не е задача на Судот да споредува различни донесени одлуки, дури и во очигледно слични околности, преку обвинителствата и судовите; и мора, исто како тужената влада, да ја почитува независноста на судовите. Понатаму и пред сè, Судот не се соочува со сосема аналогни ситуации: како што истакнала владата,

документите во списите не покажувале дека дадените публикации и забавни содржини како целна група, во иста мерка како и Учебникот (став 52 погоре), ги имаат децата и адолесцентите кои имаат слободен пристап до истата.

57. Апликантот и малцинството во Комисијата понатаму го потенцираа ставот дека, во дополнување на оригиналното данско издание, се појавиле и слободно биле дистрибуирани преводи на книгата во повеќето од земјите-членки на Советот на Европа.

Повторно, националната маргина на уважување и незадолжителната природа на „рестрикциите“ и „казните“ споменати во членот 10 став 2 (чл. 10-2) го спречуваат Судот да го прифати аргументот. Секоја од државите договорнички создала сопствен приод во контекст на ситуацијата која владеела на нивните територии; тие, *inter alia*, ги зеле предвид различните ставови кои таму преовладувале во врска со потребата за заштита на моралот во едно демократското општество. Тоа што повеќето од нив дозволиле дистрибуција на книгата не значи дека спротивната одлука на кварталниот суд за централен Лондон се косела со членот 10 (чл. 10). Освен тоа, некои од изданијата објавени вон територијата на Обединетото Кралство не ги вклучувале деловите, или во најмала рака не сите делови, цитирани во пресудата од 29 октомври 1971 година како конкретни примери на тенденција „да расипе и заведе“.

58. Конечно, на рочиштето од 5 јуни 1976 година, делегатот кој го образложувал мислењето на малцинството во Комисијата тврдел дека во секој случај, тужената држава немала потреба да презема толку драконски мерки, како што било поведувањето на кривична постапка која довела до осуда за г. Хендисајд и запленувањето и последователно уништување на Учебникот. Било посочено дека Обединетото Кралство го прекршило принципот на пропорционалност кој е втемелен во придавката „неопходно“, на начин што не се ограничило на доставување на барање до апликантот да ја пречисти книгата, односно да ја ограничи нејзината продажба и реклама.

Што се однесува до првото решение, Владата тврдела дека апликантот никогаш немало да се согласи да го измени Учебникот доколку тоа му било наложено или побарано пред 1 април 1971 година: зарем тој остро не ја оспорувал „непристојноста“ на делото? Од своја страна Судот се ограничил на наодот дека членот 10 (чл. 10) од Конвенцијата сигурно не ги обврзува државите договорнички да воведуваат таква претходна цензура.

Владата не укажала дали второто решение било изводливо во согласност со англиското право, ниту пак изгледа дека тоа би било соодветно за овој предмет. Едвај би имало и каква било смисла да се

ограничи продажбата на книга исклучиво на возрасни, а којашто пред сè е наменета за младите; Учебникот така би ја изгубил суштината на она што апликантот сметал дека е нејзината причина за постоење. Освен тоа, тој не го посочил ова прашање.

59. Во однос на тежината на податоците изнесени пред него, Судот го донесува заклучокот дека при околностите на дадениот предмет, не е утврдена повреда на барањата од член 10 (чл. 10).

II. ЗА НАВОДНАТА ПОВРЕДА НА ЧЛЕНОТ 1 ОД ПРОТОКОЛОТ 1 (П1-1)

60. Како второ, апликантот тврди дека има повреда на членот 1 од Протокол бр. 1 (П1-1), којшто предвидува дека:

„Секое физичко или правно лице има право на мирно уживање во својот имот. Никој не може да биде лишен од својот имот, освен во јавен интерес и под услови предвидени со закон и со општите принципи на меѓународното право.

Но, претходните одредби не навлегуваат во правото на државите да донесуваат закони кои ги сметаат за неопходни за регулирање на користењето на имотот согласно општиот интерес или заради плаќање на данокот, другите придонеси и парични казни.“

61. Жалбата се однесува на две одделни мерки, а имено на одземањето од 31 март и 1 април 1971 година на матрицата и стотици примероци на Учебникот од една страна, и нивното заплenuвање и последователното уништување по пресудата од 29 октомври 1971 година, од друга страна. Обете мерки го попречиле правото на г. Хендисајд „на мирно уживање во неговиот имот“. Владата не го оспорува ова, но во согласност со мнозинството во Комисијата тврди дека оправдување за мерките треба да се најде во исклучоците додадени со членот 1 од Протоколот (P1-1) кон принципот изнесен во неговата прва реченица.

62. Одземањето во врска со кое се поднесува жалба било привремено. Единствено што било постигнато било да се спречи апликантот, на одреден временски период, да го ужива и користи имотот чијшто сопственик останал онака како што сака, и што ќе си го врател назад доколку судската постапка против него резултирала со ослободителна пресуда.

Во овие околности, Судот смета дека втората реченица од првиот став од членот 1 (П1-1) не е од важност за овој случај. Секако, фразата „лишен од својот имот“, во англискиот текст може да наведе некој да помисли поинаку, но структурата на членот 1 (П1-1) покажува

дека таа реченица, која, дотолку повеќе, потекнува од белгиска измена изготвена на француски јазик, (Collected Edition of the „travaux préparatoires“, документ Н (61) 4, страни. 1083, 1084, 1086, 1090, 1099, 1105, 1110-1111 и 1113-1114), важи единствено за некој кој „е лишен од сопственост“ („privé de sa propriété“).

Од друга страна, одземањето навистина се однесувало на „користењето на имот“ и затоа спаѓа во опсегот на вториот став. За разлика од членот 10 став 2 (чл. 10-2) од Конвенцијата, овој став ги одредува државите договорнички како единствени судии за „неопходноста“ на мешањето. Последователно, Судот мора да се ограничи на надзор врз законитоста и на целта на предметното ограничување. Тој смета дека оспорената мерка била одредена согласно дел 3 од законите од 1959/1964 година и по постапки кои не биле спротивни со законот. Повторно, целта на одземањето била „заштитата на моралот“ како што ја толкуваат надлежните британски власти при примена на нивната моќ на уважување (став 52 погоре). Концептот на „заштита на моралот“ користен во член 10, став 2 (чл. 10-2) од Конвенцијата се содржи во многу пошироката смисла на „јавниот интерес“ во смисла на вториот став од членот 1 од Протоколот (П1-1).

По оваа точка, Судот го прифаќа аргументот на Владата и мислењето на мнозинството на Комисијата.

63. Заплenuвањето и уништувањето на Учебникот, од друга страна, трајно го лишиле апликантот од поседување на одреден имот. Но, овие мерки биле одобрени со вториот став од членот 1 од Протокол бр. 1 (П1-1), толкуван во смисла на принципот на правото, заеднички за државите договорнички, каде предметите чија употреба е законски оценета како нелегална и опасна за јавниот интерес се запленети со цел да бидат уништени.

III. ЗА НАВОДНАТА ПОВРЕДА НА ЧЛЕНОТ 18 (чл. 18) ОД КОНВЕНЦИЈАТА

64. Г. Хендисајд смета дека, спротивно на член 18 (чл. 18), бил подложен на „рестрикции“ кои имале „цел“ која не била спомената ниту во членот 10 (чл. 10) од Конвенцијата ниту во членот 1 од Протокол бр. 1 (П1-1).

Оваа жалба не подлежи на преиспитување бидејќи Судот веќе заклучил дека споменатите рестрикции се однесувале на цели кои биле легитимни во согласност со овие два последно споменати членови (чл. 10, П1-1) (ставови 52, 62 и 63 погоре).

IV. ЗА НАВОДНАТА ПОВРЕДА НА ЧЛЕНОТ 14 (чл. 14) ОД КОНВЕНЦИЈАТА

65. Во раната фаза на постапката поведена пред Комисијата од страна на апликантот, тој тврдел дека е жртва на повреда на членот 14 (чл. 14) од Конвенцијата во кој се предвидува:

„Уживањето на правата и слободите, признати со оваа Конвенција, треба да се обезбеди без никаква дискриминација заснована врз пол, раса, боја на кожата, јазик, вера, политичко или кое и да е друго мислење, национално или социјално потекло, припадност на национално малцинство, материјална положба, потекло по раѓање или кој и да е друг статус“.

66. На 4 април 1974 година Комисијата ја одбила апликацијата по оваа точка како јасно неоснована. Сепак, Судот зазел став дека исто така треба да го земе предвид членот 14, разгледуван заедно со членот 10 (чл. 14+10) од Конвенцијата и членот 1 од Протоколот бр. 1 (чл. 14+П1-1) (став 41 погоре): некои од жалбите на г. Хендисајд, вложени по, но и пред одлуката од 4 април 1974 година и со или без јасно упатување на членот 14 (чл. 14), го отвораат прашањето на арбитражност во постапувањето.

Сепак, податоците изнесени пред Судот не покажуваат дека тој бил предмет на дискриминација при уживањето на неговата слобода на изразување и неговите права на сопственост. Тие особено не откриваат дека тој бил гонет врз основа на неговите политички убедувања (став 52 погоре), ниту изгледа дека порнографските публикации и забавни содржини за кои тврдел дека имаат полза од екстремниот степен на толеранција во Обединетото Кралство биле, во иста мера како и Учебникот, насочени кон децата и адолесцентите кои имале непречен пристап до нив (став 56 погоре). Конечно, документите во списите не откриваат дека мерките преземени против апликантот и книгата се разликуваат од други одлуки донесени во слични случаи, до степен кога претставуваат негирање на правдата или очигледна злоупотреба (пресуда во случајот на Engel и други од 8 јуни 1976 година, Серија А бр. 22, стр. 42, став 103).

V. ЗА ПРИМЕНАТА НА ЧЛЕНОТ 50 (чл. 50) ОД КОНВЕНЦИЈАТА

67. Со оглед на тоа дека не е утврдена повреда на Протоколот бр. 1 (П1) или на Конвенцијата, Судот заклучува дека не се поставува прашањето за примена на членот 50 (чл. 50) во овој предмет.

ОД ОВИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ

1. Со тринаесет наспроти еден глас одлучува дека немало повреда на членот 10 (чл. 10) од Конвенцијата;
2. Едногласно смета дека немало повреда ниту на членот 1 од Протоколот бр. 1 (П1-1), ниту на членовите 14 и 18 (чл. 14, чл. 18) од Конвенцијата.

Изготвено на француски и англиски јазик, од кои изворен е францускиот текст, во зградата на Европскиот суд за човекови права, Стразбур, на седми декември, илјада деветстотини седумдесет и шеста година.

Џорџо
БАЛАДОРЕ
ПАЛИЕРИ

Марк-Андре АИСЕН

Судиите Мослер и Зекиа ги приложија нивните издвоени мислења кон дадената пресуда, во согласност со членот 51 став 2 (чл. 51-2) од Конвенцијата и Правилото 50 став 2 од Деловникот на Судот.

Г.Б.П.
М.-А.Е.

ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈА МОСЛЕР

(Превод)

1. Моето мислење се разликува од тоа на Судот по само по една точка. Но, таа е толку одлучувачка по прашањето дали во овој случај имало повреда или не, што мојот став во поглед на овој детал ме наведе да гласам против став 1 од оперативните одредби од пресудата. Не сум убеден дека мерките преземени од страна на британските власти, вклучувајќи ја и пресудата на кварталниот лондонски суд, биле „потребни“, во смисла на членот 10 став 2 (чл. 10-2), за постигнување на нивната цел, а имено за заштита на моралот. Со ставот 2 од членот 10 (чл. 10-2) им се овозможува на државите да го подвргнат уживањето на сечие право на слобода на изразување на рестрикции и казни, само доколку тие мерки се неопходни, во едно демократско општество, за одредени цели за кои се смета дека се легитимни исклучоци од правото гарантирано со став 1 (чл. 10-1). Овие цели ја вклучуваат заштитата на моралот на која се повикува владата. При отсуство на еден од факторите, кои, кога ќе се јават заедно, ја овластуваат државата да го искористи исклучокот од правото на изразување, ставот 2 (чл. 10-2) не може да важи, и правото на поединецот мора да се почитува без никакво мешање. Сепак, моето толкување на зборот „неопходно“ и моето поимање на неговата примена за оспорените мерки делумно не се совпаѓаат со мислењето на Судот. Така, тие придонесоа кон мојот глас против иако јас во целост ги одобрувам другите причини содржани во пресудата и, меѓу другото, мислењата изразени по одредени прашања на принцип во однос на опсегот на Конвенцијата во врска со домашните правни системи на државите договорнички и дефинирањето на одредени елементи од загарантираните права и дозволените исклучоци.

За да нема никаква дилема околу моето согласување со мислењето на Судот во смисла на неговото следење и попрецизно развивање на постојната судска пракса или донесување на нови и добро дефинирани ставови, би сакал да нагласам дека особено ги прифаќам деловите за независноста на Судот при карактеризацијата на фактите (став 41), во однос на соодветните овластувања на Судот и на националните власти (проблем со „маргината на уважување“ - спореди, *inter alia*, став 50) и за испитување на мерките наменети да го заштитат моралот во едно демократско општество (спореди, *inter alia*, став 48).

2. Така, мерките кои се преземени против апликантот имале легитимна основа. Тие биле преземени во согласност со законодавството кое не може да се критикува согласно членот 10 став 2 (чл. 10-2). Никој не ја оспорува нивната усогласеност со ова

законодавство. Тие биле „пропишани со закон“ во смисла на Конвенцијата.

Сепак, надзорот на Судот тука не смее да запре. Бидејќи критериумите во член 10, став 2 (чл. 10-2) се автономни концепти (спореди, неодамна, *mutatis mutandis*, пресудата во случајот на Engel и други од 8 јуни 1976 година, Серија А, бр. 22, стр. 34, став 81), Судот мора да испита и дали било „неопходно“ домашните органи да пристапат кон мерките што ги примениле за да ја постигнат целта и дали ја пречекориле националната маргина на уживање со последователното повреда на општиот стандард, загарантиран со автономниот концепт.

„Неопходно“ не е исто што и нужно (став 48 од пресудата). Ваквата дефиниција би била премногу тесна и не би одговарала на употребата на овој збор во домашното право. Од друга страна, нема дилема дека мерката мора да биде соодветна за постигнување на целта. Сепак, една мерка не смее да се смета за несоодветна, а оттука и за не „потребна“ само затоа што се покажала како неефикасна така што не ја постигнала својата цел. Мерката за која се смета дека ќе има ефект во нормални услови не смее по настанот да биде лишена од нејзината правна основа по настанот заради непостигнувањето на успехот кој можела да го има при поповолни услови.

Поголемиот дел од првото издание на книгата било во оптек без пречки. Мерките преземени од надлежните органи и потврдени од кварталниот лондонски суд ја спречиле само дистрибуцијата на помалку од 10 проценти од тиражот. Остатокот, односно околу 90 проценти, стигнал до јавноста, вклучувајќи ги, веројатно во голема мера, и адолесцентите кои требало да бидат заштитени (спореди обраќање на г. Торнбери на рочиштето од 7 јуни 1976 година). Така, мерките во однос на апликантот имале толку мал успех што мораат да се сметаат за неефективни во однос на посакуваната цел. Всушност, младите луѓе не биле заштитени од влијанието на книгата која органите, кои постапувале во рамките на нивната законска маргина на уважување, ја оквалификувале дека има тенденција „да ги расипе и заведе“.

Неефикасноста на мерките никако не спречува тие да се сметаат за соодветни доколку до неа дошло поради околности кои биле надвор од влијанието и контролата на властите. Но, ова не било случај. Секако, не може да се претпостави дека мерките не биле преземени со добра волја и со искрена намера да се спречи оптекот на книгата. Пред сè, внимателно аргументираната пресуда на кварталниот лондонски суд ја исклучува ваквата претпоставка. И покрај тоа, од објективна гледна точка, мерките кои всушност биле преземени против прометот на книгата никогаш немало да ја постигнат нивната цел доколку не биле проследени со други мерки против останатите 90 проценти од

тиражот. Но, ништо од списите за предметот, а особено од обраќањата на лицата кои се јавиле пред Судот, не укажува на тоа дека имало обид за такво дејствие.

Согласно членот 10 став 2 (чл. 10-2), дејствијата на властите во одредени аспекти и нивното неделување во однос на други аспекти мора да се гледа во целост. Целта, која е легитимна согласно членот 10 став 2 (чл. 10-2), на ограничување на слободата на изразување со цел заштита на моралот на младите, а насочена против Црвениот учебник, е една и неделлива. Резултатот од дејствијата на властите како и на нивното неделување мора да ѝ се припише на британската држава. Таа е одговорна за примената на мерките кои не биле соодветни во однос на целта по која се трагало бидејќи опфаќале само еден мал дел од предметот на гонење, без при тоа да ги земе предвид другите.

Оттаму, мерките кои биле избрани од страна на органите биле, според нивната природа, несоодветни.

Понатаму, мора да се разгледаат неколку дополнителни факти.

Го оставам настрана фактот, кој очигледно не бил оспорен помеѓу државата, Комисијата и апликантот, дека публикации кои се далеку „понепростојни“ од Учебникот биле непосредно достапни за сите во Обединетото Кралство. Под претпоставка дека ова е точно, тоа не ги спречува властите да преземат мерки за забрана против книга која пред сè е наменета за ученици.

Од друга страна, разновидноста во пристапите прифатени во различни делови на Обединетото Кралство (став 19 на пресудата) отвора сомнежи за потребноста на мерките кои биле преземени во Лондон. Конвенцијата несомнено не ги обврзува државите договорнички да носат еднообразни закони за целата територија која е под нивна надлежност. Сепак, ги обврзува да дејствуваат на начин на којшто нивото на заштита загарантирано со Конвенцијата ќе се одржува на целата територија. Во случајов е тешко да се сфати зошто мерка која не се сметала за потребна надвор од Англија и Велс, била оценета како таква во Лондон.

Останува прашањето дали примената на оспоруваните мерки кои од објективна гледна точка биле несоодветни, спаѓале во маргината оставена на домашните институции да избираат помеѓу различни мерки кои имаат легитимна цел и да ја проценат нивната потенцијална ефикасност. Сметам дека одговорот мора да биде негативен поради јасниот недостиг на сразмерност помеѓу оној дел на примероците кои биле предмет на споменатите мерки и оној дел чијшто промет не бил спречен. Секако, резултатот на преземеното дејствие била казната за г. Хендисајд изречена во согласност со законот, но овој резултат сам по себе не ги оправдува мерките кои немале капацитет да ги заштитат младите луѓе од последиците од читањето на книгата.

3. Оттука мора да произлезе дека дејствието за кое била вложена жалба не било „неопходно“, во смисла на членот 10 став 2 (чл. 10-2), во однос на саканата цел. Таквата мерка не е опфатена со исклучоците на кои може да биде подложена слободата на изразување, дури и ако целта е сосема легитимна и ако квалификацијата на тоа што е морално во едно демократско општество останала во рамките на маргината на уважување на државата.

Правото содржано во членот 10, став 1 (чл. 10-1) е толку важно за секое демократско општество, што критериумот на потребност, којшто кога ќе се земе заедно со други критериуми, го оправдува исклучокот од принципот, мора да биде испитан од секој аспект кој го имплицираат околностите.

Исклучиво од оваа причина јас, со жалење, гласав против ставот 1 од оперативните одредби. Што се однесува до ставот 2, во врска со членот 1 од Протоколот бр. 1 (П1-1) и двата други члена, јас повторно се приклучив на мнозинството бидејќи бев обврзан со претходната одлука по членот 10 (чл. 10) и врз основа на тоа бев сосема подготвен да ги прифатам причините на Судот.

ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈА ЗЕКИА

Судот, при донесувањето на заклучокот дека членот 1 од Протокол бр. 1 (П1-1) не бил повреден со заплenuвањето и уништувањето на матрицата и на примероците од Учебникот, во став 63 го изјави следното:

„63. Со конфискацијата и уништувањето на Учебникот од друга страна, трајно го лишил апликантот од поседување на одреден имот. Но, овие мерки биле одобрени со вториот став од членот 1 од Протоколот бр. 1 (P1-1), толкуван во контекст на принципот на правото заедничко за државите договорнички, каде предметите чија употреба е законски оценета како нелегална и опасна по јавниот интерес се заплени со цел да бидат уништени.“

Разгледувајќи ја законитоста на заплenuвањето на матрицата и на стотиците примероци од Учебникот, што се извршило на 31 март и на 1 април 1971 година, се согласувам дека вториот став од членот 1 од Протокол бр. 1 (П1-1) е релевантен. Во дадениот став (П1-1) се споменува правото на државата да го контролира користењето на имотот, доколку тоа е неопходно за јавниот интерес. Го пропишува правото на една држава, под услов да биле запазени барањата кои таму се изложени, да се вмеша во сопственичките права на сопственикот кој има право да го користи својот имот онака како што сака, сè додека таквото користење не е противзаконско.

Предметното одземање била извршено по налог издаден од судија согласно дел 3 од „Законите за публикации со непристојна содржина 1959/1964 година“. Целта на одземањето може да биде да се спречи правењето или ширењето на престапот поврзан со заштитата на моралот; а исто така може да има за цел да осигура предмет за негово претставување пред Судот како доказ или дури како „corpus delicti“. Ваквиот предмет може да ја сочинува суштината на гонењето и оттаму нема ништо погрешно во заплenuвањето од страна на овластено лице.

На 1 јули 1971 година англискиот суд, применувајќи ја релевантната одредба од гореспоменатите закони, по завршување на судењето, издал налог за заплenuвање на матрицата и на книгите кои веќе биле одземени. Налогот бил потврден од страна на Апелациониот суд на 29 октомври 1971 година и книгите и предметите кои веќе биле заплени биле уништени.

При утврдувањето на законитоста на налогот за заплenuвање и уништувањето на дадените предмети, според мене, првиот став на член 1 на Протокол бр. 1 (П1-1) попрецизно се вклопува отколку кој било друг став од Протоколот. Првиот став се однесува на лишување од имот. Секако дека заплenuвањето и уништувањето на предмет кој е во нечија сопственост резултира со лишување од имотот на таквиот сопственик. Што се однесува до другите барања предвидени за законитоста на таквото лишување; актите кои го овластуваат

заплenuвањето и уништувањето несомнено се некомпатибилни со релевантните одредби од Конвенцијата. Заштитата на моралот е несомнено од јавен интерес и условите утврдени во гореспоменатите закони за наложување на заплenuвање и уништување биле запазени.

Затоа, сметам дека е посоодветно законитоста на налогот за заплenuвање и уништувањето по кои е поднесена жалба да се заснова врз првиот став од членот 1 од Протоколот бр. 1 (П1-1). Сметам дека е доволно во моето толкување да се ограничам на формулацијата на текстот во првиот став и да го додадам обичното значење на зборовите кои се употребени во истиот.



COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

СЛУЧАЈ THLIMMENOS v. GREECE

(ЖАЛБА бр. 34369/97)

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

6 АПРИЛ 2000

Во случајот на Thlimmenos v. Greece,

Европскиот суд за човекови права, заседавајќи како Голем Совет, во составен од следните судии:

Г-дин L. WILDHABER, *Претседател*,

Гѓа E. PALM,

Г-дин L. FERRARI BRAVO,

Г-дин L. CAFLISCH,

Г-дин J.-P. COSTA,

Г-дин W. FUHRMANN,

Г-дин K. JUNGWIERT,

Г-дин M. FISCHBACH,

Г-дин B. ZUPANČIČ,

Гѓа N. VAJIĆ,

Г-дин J. HEDIGAN,

Гѓа W. THOMASSEN,

Гѓа M. TSATSA-NIKOLOVSKA,

Г-дин T. PANȚÎRU,

Г-дин E. LEVITS,

Г-дин K. TRAJA,

Г-дин G. KOUMANTOS, *ad hoc судија*,

И исто така Гѓа M. DEBOER-BUQUICCHIO, *заменик регистар*,

Одлучувајќи приватно на 1 декември 1999 и на 15 март 2000,

Ја донесоа следната пресуда, која беше усвоена на последниот споменат датум:

ПОСТАПКА

1. Случајот беше поднесен до Судот согласно одредбите кои се применуваа пред стапувањето во сила на Протоколот 11 од Конвенцијата за заштита на човековите права и основните слободи (“Конвенцијата”)¹, од страна на Европската комисија за човекови права (“Комисијата“) на 22 март 1999 (член 5 став 4 од Протоколот 11 и поранешните членови 47 и 48 од Конвенцијата).

2. Случајот започна со жалбата бр. 34369/07 против Република Грција, поднесена до Комисијата според поранешниот член 25 од Конвенцијата, од страна на грчкиот државјанин , г-дин Јаковос Тилименос (“жалителот“), на 18 декември 1996. Жалителот навел дека одбивањето на властите да го назначат на позиција ----- сметководител поради негова кривична осуда за непочитување на наредбата да носи воена униформа, заради своите религиозни убедувања, е спротивно на членовите 9 и 14 од Конвенцијата и , како

1. Забелешка од Регистарот: Протоколот 11 стапи на сила на 1 ноември 1998.

и дека постапките кои тој ги започнал пред Врховниот управен суд во врска со ова не биле спроведени согласно членот 6 став 1 од Конвенцијата. Во своите обсервации, поднесени на 20 октомври 1997 како одговор на обсервациите на грчката Влада (“Владата“) во врска со допуштеноста и основаноста на жалбата, тој исто така се жалел на повреда на членот 1 од Протоколот 1.

3. Комисијата ја прогласила жалбата за делумно допуштена на 12 јануари 1998. Во својот извештај од 4 декември 1998 (поранешен член 31 од Конвенцијата), го изразува мислењето дека имало повреда на членот 9 од Конвенцијата во врска со членот 14 (дваесет и два гласа наспроти шест); дека не било потребно да се испитува дали имало самостојна повреда на членот 9 (дваесет и еден глас наспроти седум); како и дека има повреда на членот 6 став 1 (едногласно)¹.

3. На 31 март 1999 панел на Големиот совет определил дека случајот треба да биде одлучуван од страна на Големиот совет (правило 100 став 1 од Деловникот на Судот). Г-дин С. Rozakis, судијата избран од Грција, кој земал учество во испитувањето на случајот од страна на Комисијата, се повлече од Големиот совет (правило 28) Владата, оттука, го назначи г-дин G. Koumantos да земе учество како *ad hoc* судија (член 27 став 2 од Конвенцијата и Правило 29 став 1)

4. Жалителот и Владата поднесоа поднесоци.

5. Раправата се одржа во јавност во Зградата на човековите права, Стразбур, на 1 декември 1999.

Пред Судот се појавија:

(a) за Владата

гдин P. GEORGAKOPOULOS, правен советник,	
Државен правен совет	делегат на агентот,
гдин K. GEORGIADIS, правен асистент,	
Државен правен совет,	Советник;

(b) за жалителот

гдин N. ALIVIZATOS, Атинска адвокатска комора,	Советник.
--	-----------

Судот ги слушна обраќањата на гдин Alivizatos и гдин Georgiadis.

1. Забелешка од Регистарот: Целосниот текст од мислењето на Комисијата и двете одделни мислења содржани во извештајот ќе бидат репродуцирани како анекс на конечната печатена верзија на пресудата (во службените извештаи на избрани пресуди и одлуки на Судот), но во меѓувреме копија од извештајот на Комисијата може да се добие од Регистарот.

ФАКТИ

I. ОКОЛНОСТИ НА СЛУЧАЈОТ

A. Осудата на жалителот за не-субординација

6. На 9 декември 1983 Постојаниот воен трибунал во Атина (*Diarkes Stratodikio*), во состав еден воен судија од кариера и четворица други офицери, го осудиле жалителот, Јеховин сведок, за не-субординација, заради одбивање да носи воена униформа во период на општа мобилизација. Сепак, трибуналот сметал дека, според член 70 (б) од Воениот кривичен законик и член 84 став 2(а) од Кривичниот законик, постоеле оправдани околности и го казнил жалителот со четири години затвор. Тој бил условно ослободен по поминати две години и еден ден.

B. Одбивањето жалителот да биде назначен на позиција овластен сметководител

7. Во јуни 1988 жалителот присуствувал на јавно испитување за назначување на дванаест овластени сметководители, што е слободна професија во Грција. Тој бил втор помеѓу шеесет кандидати. Спекта, на 8 февруари 1989, Извршниот одбор на Институтот на овластени сметководители на Грција (понатаму “Одборото“) одбил да го назначи врз основа на тоа што бил осуден за сериозно кривично дело (*kakuryima*).

C. Постапка пред Врховниот управен суд

8. На 8 мај 1989 жалителот се жалел пред Врховниот управен суд (*Simvulio Epikratias*) повикувајќи се, *inter alia*, на своето право на слобода на религија и еднаквост пред законот, гарантирани со Уставот и Конвенцијата. Жалителот исто така тврдел дека не бил осуден за криминал, туку за помалку сериозен престап.

9. На 18 април 1991 третиот совет на Врховниот управен суд одржал расправа. На 25 мај 1991 судот одлучил да го преотстапи случајот на пленарниот совет заради важните прашања кои истиот ги покренал. Гледиштето на советот било дека членот 10 од Легислативната повелба бр. 3329/1955 пропишува дека лице кое нема да се квалификува за назначување во државна служба, не може да биде назначено за овластен сметководител. Дополнително, според членот 22 став 1 од Законот за државни службеници, ниедно лице осудено за

сериозно кривично дело не може да биде назначено во државната служба. Сепак, оваа одредба се однесувала на осуди од стран на судови основани согласно членот 87 став 1 од Уставот. Тоа не бил случај со постојаните воени судови, бидејќи мнозинството од нивните членови не се судии од кариера, кои ги уживаат истите гаранции за независност како и нивните цивилни колеги, пропишано со членот 96 став 5 од Уставот. Како резултат на тоа, осудата на жалителот од страна на Постојаниот воен трибунал на Атина не требало да биде земена во предвид и одлуката на Одборот да не го назначи жалителот за овластен сметководител требала да биде поништена.

10. На 21 јануари 1994 била одржана расправа пред Врховниот управен суд, во пленарен состав. На 11 ноември 1994 судот одлучил дека Одборот постапил согласно со законот кога, за потребите на примена на членот 22 став 1 од Законот за државни службеници, ја земал во предвид осудата на жалителот за сериозно кривично дело, од страна на Постојниот воен трибунал на Атина. Членот 96 став 5 од Уставот пропишува дека воените судови ќе продолжат да функционираат како и претходно, се до донесувањето на нов закон кој ќе го промени нивниот состав. Таков закон се уште не бил донесен. Врховниот управен суд понатаму одлучил да го препрати наза случајот на Третиот совет, кому му наредил да ги испита преостанатите прашања.

11. Одлуката од 11 ноември 1994 била донесена со мнозинство. Малцинството сметало дека, со оглед на тоа што изминале девет години од стапувањето во сила на Уставот, а не бил донесен законот како што било пропишано во членот 96 став 5, гаранциите за независност кои се бараат од цивилните судии мора да им бидат овозможени и на постојните воени судови. Како тоа не бил случајот со Постојниот воен трибунал на Атина, барањето за ревизија на г-дин Thlimmenos треба да биде дозволено.

12. На 26 октомври 1995 третиот совет одржал дополнителна расправа. На 28 јуни 1996 го одбил барањето за ревизија на г-дин Thlimmenos, сметајќи, *inter alia*, дека неговото неназначување од страна на Одборот не било поврзано со неговите религиозни уверувања, туку со фактот дека сторил кривично дело.

II. РЕЛЕВАНТНО ДОМАШНО ЗАКОНОДАВСТВО

A. Назначување на позиција овластен сметководител

13. До 30 април 1993 само членовите на Институтот на овластени сметководители на Грција можел да пружа такви услуги во Грција..

14. Членот 10 од Легислативната повелба бр. 3329/1955, изменета со членот 5 од Претседателската повелба бр. 15/1989, пропишува дека

лице кое нема да се квалификува за државната служба не може да биде назначено за овластен сметководител.

15. Според член 22 став 1 од Законот за државни службеници, лице осудено за сериозно кривично дело не може да иде назначено во државна служба.

16. На 30 април 1993 бил напуштен монополот на Институтот на овластени сметководители. Повеќето овластени сметководители станале членови на Компанијата на овластени ревизори доо.

В. Кривично дело не-субординација

17. Членот 70 од Воениот кривичен законик, на сила до 1995, пропишувал: Article 70 of the Military Criminal Code in force until 1995 provided:

“Член на вооружените сили, кој, по наредба од својот претпоставен да изврши одредена должност, одбие или пропушти да ја изврши наредбата, ќе биде казнет

(a) ако чинот е сторен пред непријателот или вооружени бунтовници, со смрт;

(b) за време на војна или вооружен бунт или за време на општа мобилизација, во смрт, или, доколку постојат оправдани околности, во доживотен затвор или затвор од најмалку пет години и

(c) во сите други околности, со затвор помеѓу шест месеци и две години.“

18. По пат на Претседателска повелба бр. 506/1974, за време на апсењето на жалителот, Грција била во статус на општа мобилизација, Оваа повелба е сеуште на сила.

19. Членот 84 став 2(a) од Кривичниот законик пропишува дека полесна казна ќе биде изречена на лица, кои, пред извршувањето на кривичното дело, воделе чесен живот.

20. Според член 1 од Воениот кривичен законик, на сила до 1995, за сериозни кривични дела се сметале оние казниви со казна од најмалку пет години затвор (*kakuryimata*). Делата казниви со казни до пет години се сметале за прекршоци (*plimmelimata*).

21. Според новиот Воен кривичен законик од 1995, не-субординацијата, која не е сторена за време на војна или пред непријателот, се смета за прекршок.

С. Правото на свесен приговор против воената служба

22. Според членот 2 (40 од законот бр. 731/1977, тие кои одбиваат да извршуваат воена служба на база на своите религиски убедувања,

биле казнувани со затвор еднаков на оној од невооружената служба, односно помалку од пет години.

23. Законот бр. 2510/1997, кој стапил на сила на 27 јуни 1997, им дава право на оние кои приговараат врз основа на совест да извршуваат цивилна наместовоена служба. Според членот 23(1) и (4) од овој закон, лицата кои биле осудени за не-субординација во минатото имале можност да се пријават за да бидат признаени како приговарачи врз основа на совест. Еден од ефектите од таквото признавање е и бришењето на осудата од кривичната евиденција.

24. Пријавите според членот 23 (1) и (4) од Законот бр. 2510/1997 требале да бидат поднесени во период од три месеци, започнувајќи од 1 јануари 1998. Тие биле испитувани од страна на комисија која го советувала Министерот за национална одбрана за признавање на приговарачите врз основа на совест. Комисијата требала да го примени членот 18 од Законот бр. 2510/1997, кој пропишувал:

“Лицата кои се повикуваат на своите религиозни или идеолошки убедувања со цел да не ги исполнат своите воени обврски од причини поврзани со совеста, можат да бидат признаени како приговарачи врз основа на совест...”

ПРАВО

I. ОБЕМ НА СЛУЧАЈОТ

25. Во својата првична жалба до Комисијата, жалителот се жалел според членовите 9 и 14 од Конвенцијата, заради негоовот неназначување како овластен сметководител од страна на властите, како и според членот 6 став 1, за постапката која тој ја повел во врска со ова. Жалителот исто така се жалел на повреда на членот 1 од Протоколот 1 само во обсервациите кои ги поднел како одговор на обсервациите на Владата. Комисијата ја прогласила последната жалба за недопуштена, со оглед на тоа што не била поднесена во рамките на рокот од шест месеци според Конвенцијата.

26. Во својот поднесок пред Судот, жалителот сметал дека Судот е надлежен да ја испита неговата жалба според членот 1 од Протоколот 1. Иако овој навод не бил изрично наведен во формуларот на жалбата, биле изнесени фактите кои го поткрепуваат. Органите на Конвенцијата биле слободни да им ја дадат соодветната правна квалификација.

27. Судот потсетува дека обемот на неговата надлежност е определен со одлуката на Комисијата со која оригиналната жалба била прогласена за допуштена (види *Sürek v. Turkey (бр. 1)* [GC], бр. 26682/95, § 40, ECHR 1999-IV). Дополнително, Судот сметал, како и

Комисијата, дека жалбата според членот 1 Протокол 1 е одделна од жалбените наводи кои биле прогласени за допуштени. Следи дека Судот нема надлежност да го испитува овој навод.

II. ПРВИЧЕН ПРИГОВОР НА ВЛАДАТА

28. Владата спорела дека жалителот, со употреба на процедурата според членовите 23 (1) и (4) од Законот бр. 2510/1997, можел да ги избегне последиците од осудата. Тие исто така поднеле дека тој можел да се пријави за помилување според член 47 став 1 од Уставот. Сепак, Владата прифатила дека, дури жалителот и да бил признаен како приговарач врз основа на совеста според Законот бр. 2510/1997, не би бил во можност да добие надомест за неправдата која ја претрпел како резултат на неговата осуда.

29. Жалителот тврдел дека не бил свесен за рокот од три месеци во членовите 23 (1) и (4) од Законот бр. 2510/1997 и го пропуштил рокот. Во секој случај, горните одредби биле “обскурни“ и во секој случај, само неколкумина приговарачи врз основа на совест успеале во тоа осудите да им бидат избришни од кривичната евиденција.

30. Судот забележува дека, дури жалителот и да не го пропуштел рокот од членовите 23 (1) и (4) од Законот бр. 2510/1997, неговото тврдење дека не може да служи во вооружените сили заради своите религиозни убедувања би било испитувано од страна на комисијата која го советува министерот за одбрана, околу тоа дали тој треба да биде признаен да приговарач врз основа на совест или не. Оваа комисија и министерот не би биле обврзани да го прифатат барањето на жалителот со оглед на тоа што, барем доодреден степен, имаат дискрециони овластувања (види ставови 24 и 25 погоре). Дополнително, од страните било прифатено дека, дури жалителот и да го добиел бришењето на осудата од кривичната евиденција согласно членовите 23 (1) и (4) од Законот бр. 2510/1997, не би бил во можност да добие надомест за неправдата која ја претрпел дотогаш како резултат на осудата. Од истата причина, жалителот не можел да биде сигурен дека неговото барање за помилување би било одобрено, и дури и да било, тој не би можел да добие надомест.

31. Во секој случај, Судот забележува дека, и доколку се смета дека Владата покренува прелиминарен приговор што се однесува на статусот на жртва на жалителот во смисла на членот 34 од Конвенцијата, овој приговор не бил поднесен која се испитувала допуштеноста на жалбата од страна на Комисијата. Ништо не ја попречувало Владата да го покрене истиот во таа фаза од постапка, со оглед на тоа што Законот бр. 2510/1997 бил донесен пред одлуката на Комисијата за допуштеноста на жалбата. Оттука, Судот смета дека

Владата е спречена да го поднесе овој приговор и го отфрла (види *Nikolova v. Bulgaria* [GC], бр. 31195/96, § 44, ECHR 1999-II).

III. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕНОТ 14 ОД КОНВЕНЦИЈАТА ВО ВРСКА СО ЧЛЕНОТ 9

32. Судот забележува дека жалителот не се жалел за својата иницијална осуда за не-субординација. Жалителот се жалел дека законот кој ги исклучува лицата осудени за сериозни кривични дела од нивно назначување како овластени сметководители не прави разлика помеѓу лицата осудени како резултат на нивните религиски убедувања и лица осудени по други основи. Жалителот се повикал на членот 14 од Конвенцијата, во врска со членот 8, кој пропишува:

Член 14

“Уживањето на правата и слободите пропишани со Конвенцијата ќе биде обезбедено без дискриминација по ниту еден основ, како пол, раса, боја, јазик, религија, политичко или друго мислење, национално или социјално потекло, поврзаност со национално малцинство, сопственост, раѓање или друг статус.“

Член 9

“1. Секој има право на мисла, совест и религија; ова право вклучува слобода да се промени религијата или убедувањето и слободата за изразување на својата вера или убедување, било самостојно било во заедница со други и јавно или приватно, преку богослужба, поука, проповеди, вески обреди и ритуали

2. Слободата за изразување на својата вера или на своите убедувања може да биде предмет само на оние ограничувања што се предвидени со закон и кои претставуваат мерки во интерес на јавната безбедност, поредокот, здравјето и моралот или заштитата на правата и слободите на други, неопходни во едно демократско општество.“

A. Аргументи пред Судот

33. Жалителот поднел дека неговото неназначување на позицијата на овластен сметководител била директно поврзана со манифестацијата на неговите религиозни уверувања и потпаѓа под членот 9 од Конвенцијата. Тој потенцирал во оваа насока дека не бил назначен бидејќи одбил да служи во вооружените сили; преку одбивањето да го стори тоа, тој го манифестираше своето религиско убедување како Јеховин сведок. Жалителот понатаму спорел дека не може да служи на ниту една корисна цел исклучувањето од професијата овластен сметководител заради одбивање да се служи во вооружените сили врз религиски основи. Според жалителот, законот

не треба да го исклучува секое лице осудено за сериозно кривично дело. Легитимноста на исклучувањето зависи од природата на позицијата и од делото, вклучувајќи ги и мотивите на сторителот, времето кое изминало од делото, како и однесувањето на сторителот оттогаш. Виден во тоа светло, пропустот на властите да го назначат жалителот не бил нужен. Класата на лица на кои им припаѓа жалителот, имено мажи - Јеховини сведоци, чија религија вклучува убедливи причини за одбивање служба во вооружените сили, е различна од класата на повеќето други сторители на кривични дела. Пропустот на Владата да ја земе во предвид оваа разлика претставува дискриминација која не се толерира согласно членот 14 од Конвенцијата, во врска со членот 9.

34. Владата тврдела дека членот 14 од Конвенцијата не се применува бидејќи фактите на случајот не потпаѓаат по опсегот на членот 9. Властите кои одбиле да го назначат жалителот за овластен сметководител немале опција освен да применат правило кое ги исклучува сите осудени за сериозни дела од таквата позиција. Властите не можеле да истражуваат во причините кои довеле до осудата на лицето. Поради својата општост, законот во прашање е неутрален. Дополнително, тој му служи на јавниот интерес. Лице осудено за сериозно дело не може да биде назначено во државната служба и по аналогија, на позиција на овластен сметководител. Оваа забрана требала да биде апсолутна и не можела да биде направена разлика од случај до случај. Државите имаат широки дискрециони маргини при карактеризацијата на кривичните дела како сериозни или поинакви. Жалителот сторил сериозно дело преку одбивањето на изврши невооружена воена служба за врмее на општа мобилизација, бидејќи се обидел да избегне важна обврска кон општеството и државата, поврзана со одбраната, сигурноста и независноста на земјата. Како резултат, санкцијата за тоа не била непропорционална.

35. Владата исто така потенцирала дека Судот немал надлежност да ја испитува иницијалната осуда на жалителот. Во секој случај, ова нема никаква поврзаност со неговите религиски убедувања. Обврската за воена служба се однесува на сите грци –мажи без никакви исклучоци врз основа на религија или совест. Дополнително, жалителот бил осуден за не-субординација. Дисциплината во армијата не може да биде оставена да зависи од тоа дали војникот се согласува со наредбите кои му се даваат.

36. Во светло на сето наведено погоре, Владата тврдела дека, дури и да се примен и членот 14, ќе има објективна и разумна оправданост за пропустот да се направи разлика помеѓу жалителот и други лица осудени за сериозни дела. Нема потреба од истакнување дека грчките православни или католички христијани би биле исто така исклучени

од професијата овластен сметководител доколку сторат сериозно кривично дело.

37. Комисијата сметала дека членот 14 е применлив бидејќи било доволно тоа што фактите на случајот спаѓаат во опсегот на членот 9, и по нивно мислење, имало вмешување со правата заштитени со тој член во односниот случај. Комисијата понатаму сметала дека правото на отсуство на дискриминација при уживањето на правата гарантирани со Конвенцијата е повредено само кога државите, без објективна и разумна оправданост, пропуштат различно да ги третираат лицата чии ситуации се различни. Во околностите на случајот, нема објективна и разумна оправданост за пропустот на изготвувачите на правилата што се однесуваат за влез во професијата на овластен сметководител да ги третираат различно лицата осудени заради одбивање служба во вооружените сили на религиозна основа, од лицата осудени за други дела.

В. Оцена на Судот

38. Судот смета дека жалбата на жалителот треба да биде испитана според членот 14 во врска со членот 9 од следните причини.

39. Судот потсетува дека членот 14 од Конвенцијата нема независно постоење, бидејќи има ефект исклучиво во врска со други права и слободи заштитени со други суштински одредби од Конвенцијата и нејзините Протоколи. Сепак, примената на членот 14 не претпоставува повреда на една или повеќе одредби, и во оваа смисла е автономна. За членот 14 да биде применлив доволно е фактите на случајот да потпаднаат под друга суштинска одредба од Конвенцијата или нејзиние (види *the Inze v. Austria* пресуда од 28 октомври 1987, Серија А бр. 126, р. 17, § 36).

40. Судот забележува дека жалителот не бил назначен за овластен сметководител како резултат на неговата мината осуда за несубординација која се состоела од неговото одбивање да носи воена униформа. Оттука, тој бил третиран различно од останатите лица кои аплицирале за таа позиција, врз основа на својот статус на осудено лице. Судот смета дека таквата разлика во третманот генерално не потпаѓа под обемот на членот 14 се додека се поврзува со правото на одредена професија, со оглед на тоа што слободата на професијата не е гарантирана од Конвенцијата.

41. Сепак, жалителот не се жали на разликата што правилата кои го уредуваат влезот во професијата ја прават помеѓу осудени лица и останатите. Неговата жалба се однесува на фактот дека во примената на одреден закон не се прави разлика помеѓу лица осудени исклучиво заради своите религиозни убедувања, и лица осудени за други кривични дела. Во овој контекст Судот забележува дека жалителот е член на

Јеховините сведоци, религиска група посветена на пацифизмот, како и дека нема ништо во списите да го побие наводот на жалителот дека тој одбил да ја носи воената униформа само затоа што сметал дека неговата религија го спречува во тоа. Во суштина, аргументот на жалителот се сведува на тоа дека тој тврди дека е дискриминиран во практикувањето на своето слободнорелигиско убедување, гарантирано со членот 9 од Конвенцијата, со тоа што бил третиран како и секое друг лице осудено за сериозно кривично дело, иако неговата осуда е резултат на самото практикување на оваа слобода. Виден низ оваа перспектива, Судот прифаќа дека “сетот на факти“ на кои се жали жалителот – неговиот третман како лице осудено за сериозен криминал во врска со назначувањето на позиција овластен сметководител наспроти фактот дека делото за кое бил осуден било предизвикано од неговите религиски– “ потпаѓа под опсегот на одредба од Конвенцијата“ , имено член 9.

42. За да дојде до овој заклучок, Судот, спротивно од Комисијата, не наоѓа за потребно да испитува дали иницијалната осуда на жалителот и подоцнежното одбивање на властите да го назначат доведува до попречување на неговите права според членот 9 став 1. Особено, Судот не треба да го покрене, во постојниот случај, прашањето дали, независно од формулираноста на членот 4 став 3 (б), наметнувањето на таквите санкции на приговаралите врз основа на совест на задолжителна воена служба може, само по себе, да го повреди правото на слобода на мисла, совест и религија, гарантирано со членот 9 став 1.

43. Судот досега сметал дека правото според членот 14 да не се биде дискриминиран во уживањето на правата гарантирани со Конвенцијата е повредено кога државите ги третираат различно лицата во аналогни ситуации без да обезбедат објективна и разумна оправданост (види ја пресудата Inze цитирана погоре, стр. 18, став 41). Сепак, Судот смета ова не е единствениот аспект на забраната на дискриминацијата во членот 14. Правото да не се биде дискриминиран во уживањето на правата гарантирани со Конвенцијата е исто така повредено кога државите ќе пропуштат да ги третираат различно лицата чии ситуации се значително различни

44. Следи дека членот 14 од Конвенцијата е релевантен за жалбата на жалителот и се применува во околностите на овој случај во врска со членот 9.

45. Следното прашање што треба да биде адресирано е дали членот 14 од Конвенцијата бил почитуван. Според својата пракса, Судот треба да испита дали пропустот да се третира жалителот различно од другите лица осудени за сериозни кривични дела има легитимна цел, Доколку има, Судот ќе треба да испита дали постои разумна врска на пропорционалност помеѓу употребените средства и целта што се сакала да се постигне (види ја пресудата Inze цитирана погоре, *ibid*) .

46. Судот смета дека, во принцип, државите имаат легитимен интерес да исклучат одредени сторители од професијата овластен сметководител. Сепак, Судот исто така смета дека, за разлика од другите осуди за сериозни кривични дела, осудата за одбивање да се носи воена униформа заради религиски или филозофски основи не може да имплицира никаква неискреност или морална ----- која може да ја намали способноста на сторителот да ја врши својата професија. Оттука, исклучувањето на жалителот на основа на тоа што не погоден, не е оправдана. Судот го зема во предвид аргументот на Владата дека лицата кои одбиваат да и служат на својата земја мора да бидат соодветнi оказнети. Сепак, исто така забележува дека жалителот одлежал казна затвор заради своето одбивање да носи воена униформа. Во овие околности, Судот смета дека наметнувањето на дополнителна санкција врз жалителот е несоодветно. Следи дека исклучувањето на жалителот од професијата на овластени сметководители нема легитимна цел. Како резултат на тоа, Судот наоѓа дека не постои објективна и разумна оправданост за тоа што жалителот не бил третиран различно од другите лица осудени за сериозен криминал.

47. Вистина е дека властите немале опција според законот освен да одбијат да г оназначат жалителот за овластен сметководител. Сепак, спротивно од тоа што се чинеше дека претставникот на Владата го застапување на расправата, ова не може да ја ослободи одговорната држава од одговорност според Конвенцијата. Судот никогаш не исклучил дека законот може да биде утврдено дека директно ја прекршува Конвенцијата (види, *inter alia*, *Chassagnou and Others v. France* [GC], бр. 25088/94, 28331/95 и 28443/95, ECHR 1999-III). Во постојниот случај Судот смета дека државата го повредила правото на жалителот да не биде дискриминиран во уживањето на своето право според членот 9 од Конвенцијата, со тоа што го донела релевантниот закон. Државата го сторила тоа со пропустот да воведe соодветни исклучоци на правилото кое им забранува на лицата осудени за сериозни кривични дела влез во професијата овластен сметководител.

48. Судот оттука заклучува дека има повреда на членот 14 од Конвенцијата во врска со членот 9.

IV. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕНОТ 9 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

49. Жалителот спорел дека и неговата иницијална осуда за не-субординација и одбивањето на властите да го назначат за овластен сметководител како резултат на тоа, претставуваат вмешување во неговото право да ги манифестира своите религиски убедувања според членот 9. Праксата на Комисијата во смисла дека Конвенцијата не го гарантира правото на приговор на совеста на воената служба треба да биде ревидирано согласно денешните услови. Сите држави –

договорни страни го признаваат правото на алтернативна цивилна служба. Иако Судот не е надлежен да го испитува вмешувањето кое произлегува од иницијалната осуда на жалителот, жалителот поднел дека вмешувањето кое произлегува од неговото не-назначување не може да се смета за потребно во едно демократско општество.

50. Владата тврдела дека одбивањето на властите да го назначат жалителот не претставува вмешувањето во неговото право според членот 9 од Конвенцијата. Во секој случај, бил нужен во едно демократско општество. Во периодот кога жалителот одбил да служи во вооружените сили, грчкото право признавало само можност на невооружена воена служба, бидејќи се сметало дека давањето на сите на правото на алтернативна цивилна служба може да доведе до злоупотреби. Како резултат, санкцијата која му била наметната не била непропорционална и правилото кое ги исклучува лицата осудени за сериозни дела од одредени позиции требало да биде применето без правење разлика.

51. Комисијата не чувствувала за потребно да го адресира ова прашање.

52. Судот смета дека, со оглед на тоа што најде повреда на членот 14 од Конвенцијата во врска со членот 9, а од причините наведени во ставот 43 погоре, не е потребно да одлучува дали имало самостојна повреда на членот 9.

V. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕНОТ 6 СТАВ 1 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

53. Жалителот исто така се жалел дека должината на постапките кои ги започнал пред Врховниот управен суд за да го оспори неговото неназначување довеле до повреда на членот 6 став 1 од Конвенцијата, чиј релевантен дел пропишува:

“Во определувањето на неговите граѓански права и обврски...секој има право на...судење во размен рок од страна на...трибунал... tribunal ...”

54. Жалителот поднел дека членот 6 став 1 од Конвенцијата се применува врз постапката пред Врховниот управен суд која се испитува, затоа што таа не се однесува на влез во државната служба туку во либерална, иако тесно регулирана професија. Дополнително, тој аргументирал дека постапката не била завршена во разумен рок. Случајот не вклучувал комплексни правни прашања. Прашањата кои биле отстапени на пленумот на Врховниот управен суд не биле покренати од жалителот туку од страна на советот на Врховниот управен суд. Во секој случај, тие не можат да оправдаат одложување од повеќе од седум години.

55. Владата поднела дека членот 6 став 1 не е применлив затоа што одбивањето да се назначи жалителот е управен акт кој потпаѓа во сферата на јавното право. Во секој случај, случајот покренал сериозни уставни прашања. Дополнително, правниците биле во штрајк за врмее на повеќе месеци во 1991, 1992, 1993 и 1994. Во светло на сето погоре наведено, како и бројот на случаи пред Врховниот управен суд, седум години биле разумен период.

56. Комисијата сметала дека членот 6 се применува затоа што, иако овластените сметководители биле назначувани со управна одлука, нивната вокација е независна професија. Исто така, тие зеле во предвид дека вклучени биле и сложени правни прашања. Сепак, жалителот не бил одговорен за ниту едно од одложувањата. Дополнително, имало два периода на неактивност во вкупно траење од безмалку три години, за кои Владата на понуди никакво објаснување освен бројот на случаи пред Врховниот управен суд. Според Комисијата, постапката не била разумна во својата должина.

57. Судот потсетува дека, иако регулирано со управното право, професијата на овластените сметководители е една од либералните професии во Грција. Како резултат, постапката иницирана од жалителот за да го оспори пропустот на властите да го назначат на позиција на овластен сметководител вклучува определување на неговите граѓански права во смисла на членот 6 став 1 од Конвенцијата (види, меѓу другите, *König v. Germany* пресуда од 28 јуни 1978, Серија А бр. 27, р. 32, § 94).

58. Судот забележува дека постапката пред Врховниот управен суд започнала на 8 мај 1989, кога жалителот го поднел своето барање за ревизија, и завршила на 28 јуни 1996, кога третиот совет на судот го одбил. Оттука, тие траеле седум години, еден месец и дваесет дена.

59. Судот потсетува дека разумноста на должината на постапката мора да се цени во светло на особените околности на случајот и со помош на следните критериуми: сложеноста на случајот, однесувањето на страните, однесувањето на властите кои постапувале во случајот, како и влогот за жалителот (види *Laino v. Italy* [GC], бр. 33158/96, § 18, ECHR 1999-I). Работните спорови, со кои можат да се споредат споровите во врска со влез во либералните професии, генерално побаруваат експедитивни одлуки (види *Vocaturio v. Italy* пресуда од 24 мај 1991, Серија А по. 206-С, рр. 32-33, § 17).

60. Судот забележува дека случајот вклучувал правни прашања од одредена сложеност. Сепак, жалителот не предизвикал никакви одложувања. И постоеле два периода на неактивност во вкупно траење од безмалку три години. Првиот таков период започнал на 8 мај 1989, кога жалителот ја започнал постапката, и завршил на 18 април 1991, кога третиот совет за прв пат одржал расправа во случајот. Вториот започнал на 11 ноември 1994, кога пленарниот суд го реферирал

случајот назад до третиот совет, и завршил на 26 октомври 1995, кога третиот совет ја донел конечната одлука. Единственото објаснување понудено од Владата за овие периоди на неактивност било дека Врховниот управен суд бил преоптоварен со предмети.

61. Судот не може да го прифати ова објаснување. Според неговата судска пракса, на државите договорни страни останува да ги организираат своите правни системи на начин да нивните судови можат секому да гарантираат конечна одлука за спорови поврзани со граѓанските права и обврски во разумен рок (види *Vocaturio* пресуда цитирана погоре, *ibid.*). Во светло на сето наведено и со оглед на тоа што постапката се однесувала на професионалната иднина на жалителот, Судот смета дека должината на постапката не го исполнила барањето за “разумно траење”.

62. Оттука, Судот заклучил дека има повреда на членот 6 став 1 д Конвенцијата.

VI. ПРИМЕНА НА ЧЛЕНОТ 41 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

63. Според членот 41 од Конвенцијата:

“Доколку Судот најде дека имало повреда на Конвенцијата или на нејзините Протоколи, и ако внатрешното право на засегнатата висока договорна страна дозволува само делумни надоместоци, Судот, доколку е потребно, ќе додели правичен надомест на повредената страна.”

A. Материјална штета

64. Жалителот побарувал 84,140,000 драхми (ГРД) за материјална штета, вклучително околу GRD 17,000,000 за изгубени плати за периодот помеѓу одбивањето на властите да го назначат и напуштањето на монополот на ИОнститутот на овластени сметководители. Како поддршка на ова барање, жалителот се повикал на “истражување извршено од Институтот на овластени сметководители и приватна компанија на овластени сметководители”.

65. Владата поднела дека слободата на религијата нема ништо со горенаведената штета. Во секој случај, тие потенцирале дека за време на целиот период под испитување жалителот работел во приватниот сектор како и дека неговите барања не биле поткрепени со никакви официјални документи.

66. Судот забележува дека, настрана од генералните забелешки на Владата за врската помеѓу слободата на религијата и материјалната штета, не е спорно дека доколку властите не одбиеле да го назначат жалителот на позицијата на овластен сметководител, тој би примал приходи поврзани со оваа професионална активност најмалку до напуштањето на монополот на Институтот на овластени

сметководители. Сепак, Судот исто така забележува дека жалителот не бил невработен за тој период. Дополнително, жалителот не покажал дека приходот кој би го заработил како овластен сметководител би го надминал приходот кој навистина го заработил во приватната пракса за релевантниот период. Судот, оттука, не доделува надомест за материјална штета на жалителот.

В. Нематеријална штета

67. Жалителот побарувал 15,000,000 драхми за нематеријална штета.

68. Владата спорела дека не била воспоставена каузална врска помеѓу повредата на Конвенцијата и горната сума. Во секој случај сумата е прекумерна.

69. Судот смета дека жалителот морал да претрпи одредена нематеријална штета како резултат на повредата на неговото право според член 6 став 1 од Конвенцијата, на судење во разум рок, и на правото според член 14 од Конвенцијата, во врска со членот 9, на слобода од дискриминација во практикувањето на неговата слобода на религија. Должината на тие постапки морале да му создадат на жалителот несигурност и вознемиреност за квалификуваноста на професијата кон која целел. Дополнително, повредата на членот 14 од Конвенцијата во врска со членот 9 се јавила во одлучувањето за влезот на жалителот во професијата, што е централен елемент за оформувањето на животните планови. Оценувајќи на еднаква основа, Судот му доделува на жалителот 6 000 000 драхми како нематеријална штета.

С. Трошоци

70. Жалителот побарувал 6 250 000 драхми по основ на трошоци сторени во домашната и во постапката по Конвенцијата. Оваа сума вклучувала 250 000 драхми за трошоци за адвокатите за застапувањето на жалителот пред административните власти, 1 700 000 драхми за трошоци за адвокатите за застапувањето на жалителот пред Врховниот управен суд, 500 000 драхми за трошоци за адвокатите за застапувањето на жалителот пред Комисијата, 2 000 000 драхми за трошоци за адвокатите за застапувањето на жалителот пред Судот, 1,300,000 драхми за патувања и пропратни трошоци во врска со појавувањето на жалителот и неговиот адвокат пред Судот и 500,000 драхми за разни останати трошоци.

71. Владата спорела дека барањето треба да биде уважено само до степен на оние трошоци кои биле вистински и нужно остварени и квантитативно разумни.

72. Судот се согласува со Владата за тестот кој треба да се примени за трошоците да бидат вклучени во надоместот според членот 41 од Конвенцијата (види , помеѓу останатите, *Nikolova* цитирана погоре, § 79). Дополнително, смета дека барањето на жалителот е прекумерно. Оттука, Судот му доделува на жалителот 3,000,000 драхми под овој наслов.

D. Дифолт камата

73. Според информациите достапни за Судот, законската стапка на камата применлива во Грција на датумот на усвојување на оваа пресуда е 6% годишно.

ОД ОВИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ ЕДНОГЛАСНО

1. *Го отфрла* прелимираниот приговор на Владата;
2. *Смета* дека има повреда на членот 14 од Конвенцијата во врска со членот 9;
3. *Смета* дека не е потребно да се испитува дали има самостојна повреда на членот 9 од Конвенцијата;
4. *Смета* дека има повреда на членот 6 став 1 од Конвенцијата;
5. *Смета*
 - (а) дека одговорната држава треба да му ги плати следните суми на жалителот, во рок од шест месеци:
 - (i) 6,000,000 (шест милиони) драхми за нематеријална штета;
 - (ii) 3,000,000 (три милиони) драхми за трошоци;
 - (б) затезна камата по годишна стапка од 6% ќе се пресметува од истекот на горенаведените три месеци до исплатата;
6. *Го отфрла* остатокот од барањето на жалителот за правичен надомест.

Изготвено на англиски и на француски, објавено на јавна расправа во Зградата на човековите права, Стразбур, 6 април 2000.

Luzius WILDHABER
претседател

Maud DEVOER-BUQUICCHIO
заменик регистар

ЕВРОПСКИ СУД ЗА ЧОВЕКОВИ ПРАВА

ГОЛЕМ СОВЕТ

**ПРЕДМЕТ ЛАУТСИ И ДРУГИ ПРОТИВ ИТАЛИЈА
(LAUTSI AND OTHERS v. ITALY)**

(Апликација бр. 30814/06)

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР
18 март 2011 година

*Оваа пресуда е конечна но може да биде предмет на редакторски
измени.*

Во предметот Лаутси и други против Италија,

Европскиот Суд за човекови права, заседавајќи како Голем Совет составен од:

Jean-Paul Costa, *Претседател,*

Christos Rozakis,

Nicolas Bratza,

Peer Lorenzen,

Josep Casadevall,

Giovanni Bonello,

Nina Vajić,

Rait Maruste,

Anatoly Kovler,

Sverre Erik Jebens,

Päivi Hirvelä,

Giorgio Malinverni,

George Nicolaou,

Ann Power,

Zdravka Kalaydjieva,

Mihai Poalelungi,

Guido Raimondi, *судии,* и

Erik Fribergh, *регистратор,*

Разгледувајќи го предметот зад затворени врати на 30 јуни 2010 година и на 16 февруари 2011 години,

Ја донесува следнава пресуда усвоена на последно наведениот датум:

ПОСТАПКА

1. Предметот започна со апликација (бр. 30814/06) против Италијанската Република поднесена во Судот во согласност со член 34 од Конвенцијата за заштита на човекови права и основни слободи („Конвенцијата“) од страна на Италијанскиот државјанин, г-ѓа Soile Lautsi („првиот апликант“) на 27 јули 2006 година. Во апликација, таа тврди дека постапува во свое име и во име на нејзините деца Dataico и Sami Albertin, во тоа време - малолетници. Откако подоцна станале полнолетни, тие потврдија дека сакаат да останат апликанти („вториот и третиот апликант“).

2. Апликантите беа застапувани од г. N. Paoletti, адвокат со адвокатска канцеларија во Рим. Италијанската Влада („Владата“) беше застапувана од нејзиниот Агент, г-ѓа E. Spatafoга, и нејзините заменици агенти, г. N. Lettieri и г-ѓа P. Accardo.

3. Апликацијата е распоредена во Второто одделение на Судот (Правило 52 § 1 од Правилата на Судот). На 1 јули 2008 година, Совет на тоа Одделение, составен од следниве судии: Françoise Tulkens, Antonella Mularoni, Vladimiro Zagrebelsky, Danutė Jočienė, Dragoljub Popović, András Sajó и Işıl Karakaş, одлучи да ја извести Владата за приемот на апликацијата; применувајќи ги одредбите од член 29 § 3 од Конвенцијата, тој исто така, истовремено донесе одлука за прифатливоста и меритумот на апликацијата.

4. На 3 ноември 2009 година, Совет од истото Одделение составен од следниве судии: Françoise Tulkens, President, Ireneu Cabral Barreto, Vladimiro Zagrebelsky, Danutė Jočienė, Dragoljub Popović, András Sajó и Işıl Karakaş, ја прогласиле апликацијата за допуштена и едногласно утврдиле дека постои повреда на член 2 од Протоколот бр. 1, гледани заедно со член 9 од Конвенцијата и дека не е неопходно да се разгледува жалбата за член 14 од Конвенцијата.

5. На 28 јануари 2010 година, Владата побарала предметот да биде упатен пред Големиот Совет во согласност со член 43 од Конвенцијата и Правило 73. На 1 март 2010 година, панел на Големиот Совет го одобрил тоа барање.

6. Составот на Големиот Совет бил утврден во согласност со одредбите од член 26 §§ 4 и 5 од Конвенцијата и Правилото 24.

7. Апликантите и Владата поднеле писмени забелешки за меритумот.

8. Дозвола за интервенирање во писмената процедура (член 36 § 2 од Конвенцијата и Правило 44 § 2) беше дадена на триесет и три членови на Европскиот Парламент кои настапуваа заеднички, на невладината организација Грик Хелсинки Монитор, која претходно веќе имаше поднесок пред Советот, невладината организација *Associazione nazionale del libero Pensiero*, невладината организација Европски Центар за право и правда (European Centre for Law and Justice), невладината организација Eurojuris, невладините организации Меѓународен Комитет на правници (International Committee of Jurists), Interights и Human Rights Watch, настапувајќи заедно, невладините организации *Zentralkomitee der deutschen Katholiken*, *Semaines sociales de France* и *Associazioni cristiane lavoratori italiani*, настапувајќи заедно, и Владите на Ерменија, Бугарија, Кипар, Руската Федерација, Грција, Литванија, Малта, Монако, Романија и Република Сан Марино исто така, добија дозвола за заеднички да постапуваат во текот на сослушувањето.

9. Јавна расправа се одржа во зградата за човекови права, Стразбур на 30 јуни 2010 година (Правило 59 § 3).

Пред Судот се појавија:

(а) за Владата

г. Nicola LETTIERI, *ко-агент,*
г. Giuseppe ALBENZIO, *советник;*

(b) *за апликантите*

г. Nicolò PAOLETTI, *адвокат,*
г-ѓа Natalia PAOLETTI, г-ѓа Claudia SARTORI, *советници;*

(c) *за Владите на Ерменија, Бугарија, Кипар, Руската Федерација, Грција, Литванија, Малта, Монако, Романија и Република Сан Марино, интервенција од трета страна:*

Г. Joseph WEILER, професор по право, Универзитет Њујорк, *Адвокат*, г. Stepan KARTASHYAN, заменик постојан претставник на Ерменија во Советот на Европа, г. Andrey ТЕНОВ, Амбасадор, постојан претставник на Бугарија во Советот на Европа, г. Yannis MICHILIDES, Заменик постојан претставник на Кипар во Советот на Европа, г-ѓа Vasileia PELEKOU, Заменик постојан претставник на Грција во Советот на Европа, г. Darius ŠIMAITIS, Заменик постојан претставник на Литванија во Советот на Европа, г. Joseph LICARI, Амбасадор, Постојан претставник на Малта во Советот на Европа, г. Georgy MATYUSHKIN, Владин агент на Руската Федерација, г. Guido BELLATTI SECCOLI, ко-агент на Владата на Република Сан Марино, *советници.*

Судот го слушна обраќањето на г. Nicolò Paoletti, г-ѓа Natalia Paoletti, г. Lettieri, г. Albenzio и г. Weiler.

ФАКТИ

I. ОКОЛНОСТИ НА СЛУЧАЈОТ

10. Првиот апликант и нејзините два сина, Dataico и Sami Albertin, исто така апликанти, се родени во 1957, 1988 и 1990, соодветно. Тие живеат во Италија. Во учебната година 2001-2002 Dataico и Sami го посетувале Istituto comprensivo statale Vittorino da Feltre, државно училиште во Abano Terme. Распетието имало поставено на сидот во секоја училница во училиштето.

11. На 22 април 2002, за време на состанок на управители на училиштето, сопругот на апликантот го покренал прашањето за присуството на религиозни симболи во училниците, специфично споменувајќи го распетието, и прашал дали тие треба да бидат отстранети. На 27 мај 2002 година, со десет гласа за и два против и еден воздржан, управителите на училиштето одлучиле да ги задржат религиозните симболи во училниците.

12. На 23 јули 2002 година, првиот апликант ја оспорил таа одлука пред Управниот суд во Veneto, жалејќи се на повреда на начелото на секуларизам, повикувајќи се во врска со ова на членовите 3 (начело на еднаквост) и 19 (религиозна слобода) од Италијанскиот Устав и член 9

од Конвенцијата, како и на начелото на непристрасност на јавните административни власти (член 97 од Уставот).

13. На 3 октомври 2002 година, Министерот за образование, универзитети и истражување ја усвоил Директивата бр. 2666, со која се инструктираат надлежните служби во неговото Министерство да преземат неопходни мерки за да се погрижат директорите на училиштата да осигураат присуство на распетија во училниците (види став 24 подолу).

На 30 октомври 2003 година, Министерот се приклучил кон постапката иницирана од првиот апликант. Тој аргументирал дека нејзината апликација е неоснована затоа што присуството на распетија во училниците во државните училишта се базира на член 118 од кралскиот указ бр. 965 од 30 април 1924 година (внатрешни регулативи во средните училишта) и член 119 од кралскиот указ бр. 1297 од 26 април 1928 година (одобрување на општи правила за регулирање на основното образование; види став 19 подолу).

14. Со одлука од 14 јануари 2004 година, Управниот Суд упатил прашање на уставност до Уставниот Суд во однос на начелото за секуларниот карактер на државата и членовите 2, 3, 7, 8, 19 и 20 од Уставот, членовите 159 и 190 од законодавниот указ бр. 297 од 16 април 1994 година (за одобрување на единечен текст за донесување во сила на законски одредби во однос на образованието и училиштата), во неговите „спецификации“ кои резултираат од членовите 118 и 119 од гореспоменатите кралски укази и на член 676 од истиот законодавен указ.

Членовите 159 и 190 утврдуваат одговорност за општините за набавка и обезбедување на мебел за основните и средните училишта. Член 119 од указот 1928 утврдува дека секоја училница мора да има распетие, а член 118 од указот 1924 дека секоја училница мора да има портрет на кралот и распетие. Член 676 од законодавниот указ бр. 297 наведува дека одредбите кои не се вклучени во единечниот текст и натаму остануваат во сила „со исклучок на одредбите кои се спротивни или некомпатибилни со единечниот текст, кои се повлекуваат”.

Со одлука од 15 декември 2004 година (бр. 389), Уставниот Суд го прогласил прашањето за уставноста за очигледно неприфатливо, врз основа на фактот дека во реалноста тоа е насочено кон текстови кои – без да имаат статус на закон, туку на регулатива (гореспоменатите членови 118 и 119) – не би можело да претставуваат предмет на ревидирање на уставноста.

15. На 17 март 2005 година, Управниот суд ја отфрлил апликацијата. Откако донел одлука дека член 118 од кралскиот указ од 30 април 1924 година и член 119 од кралскиот указ од 26 април 1928 година се се уште во сила и откако потенцирал дека „начелото на секуларниот карактер на државата [било] сега дел од правното наследство на

Европа и на западните демократии“, Судот сметал дека и покај неговото значење, присуството на распетијата во државните училишта не го повредило тоа начело. Судот специфично сметал дека иако распетието е – без сомнение – религиозен симбол, тоа е симбол на Христијанството генерално гледано, а не само на Католицизмот, така што служи како појдовна точка за други веросиповести. Понатаму, Судот кажал дека распетието е историски и културен симбол, кој во таа смисла поседува „вредност поврзана со идентитет“ за Италијанскиот народ до таму што „тој ги претставува[л] на некој начин карактеристиките на историскиот и културниот развој на [Италија] и генерално, на цела Европа, а [претставува] и добра синтеза на тој развој“. Управниот Суд понатаму наведува дека распетието, воедно, треба да се гледа како симбол на систем на вредности кои го поткрепуваат Италијанскиот Устав. Судот ги навел следниве причини:

“... 11.1. Во оваа фаза, Судот мора да забележи – иако свесен дека чекори по нерамна и на места лизгава патека – дека Христијанството, и неговиот постар брат Јудаизмот – барем од времето на Мојсие и секако во преводот на Талмудот – ги поставиле толеранцијата кон другите и заштитата на човековото достоинство во центарот на нивната вера.

Само по себе, Христијанството – на пример преку добро познатата и често недоразбраната „Дајте му го на императорот тоа што му припаѓа на императорот, а...“ – поставувајќи ја на преден план љубовта кон ближниот, а уште повеќе давајќи јасна надмоќ на милосрдие пред самата вера, во основа, ги содржи тие идеи на толеранција, еднаквост и слобода кои ја формираат основата на модерната секуларна држава, а особено на Италијанската држава.

11.2 Завлегувајќи малку подлабоко од основата, може да се утврди врската која ја поврзува Христијанската револуција од пред две илјади години со афирмацијата на правото на слобода на индивидуата во Европа и на клучните елементи на Просветителството (иако, историско гледано, тоа движење строго се противеше на религијата), имено, слободата и слободите на секое лице, декларацијата за правата на човекот, и конечно, модерната секуларна Држава. Сите споменати историски феномени до одредена мера – иако, секако, не исклучиво – се базираат на Христијанската концепција за светот. Забележано е – со право – дека повикот за собирање „слобода, еднаквост, братство“ лесно може да биде потврдено од Христијанин, но со јасно акцентирање на третиот збор.

Како заклучок, се чини дека не е претерано ако се сфати дека со разните пресврти и сопки во Европската историја, секуларниот карактер на модерната држава се освои по висока цена, што делумно - иако не и исклучиво – беше предизвикано од повеќе или помалку свесното упатување на основачките вредности на Христијанството. Тоа е одговор на прашањето зошто во Европа и Италија многу судии кои и припаѓаат на христијанската вероисповед се вбројуваат меѓу најсилните поддржувачи на секуларната држава. ...

11.5 Врската меѓу Христијанството и слободата упатува на логичка историска кохерентност која не е веднаш очигледна – како река во карстен предел која е тукушто откриена, токму поради тоа што во својот најголем дел, таа тече подземи – делумно затоа што во постојано променливите однос меѓу државата и Црквата во Европа, многу е полесно да се видат бројните обиди на Црквата да се меша во прашања на државата, и обратно, слично на честите напуштања на Христијанските идеали во потрагата по моќ, иако официјално прогласени, или пак случаи кога владите и религиозните власти се судрувале, понекогаш и со насилство.

11.6 Сепак, гледајќи од една ретроспектива, во срцето на Христијанската вера лесно е да се идентификуваат начелата на човечко достоинство, толеранција и слобода, вклучувајќи и религиозна слобода, а со тоа, според последната анализа и основните на секуларната Држава и покрај анти-семитизмот, инквизицијата и крстоносните војни.

11.7 Вимателно проучувајќи ја историјата од една соодветна дистанца, а не одблизу, може јасно да забележиме сличност меѓу (но не и идентитетот на) „суштината“ на Христијанството, која ја поставува добродушноста (милосрдие) над се, вклучувајќи ја и вербата, на тој начин потенцирајќи го прифаќањето на разликата, и „суштината“ на републиканскиот Устав, кој во духот на солидарност, придава важност на слободата воопшто, па затоа и претпоставува правна гаранција за почитта кон другите. Хармонијата и натаму останува, иако зад овие „суштини“ – иако и двете сконцентрирани околу „човековото достоинство“ – со тек на време се гомилаат сосема ирелевантни елементи, некои од нив толку густи што ја затсクリваат суштината, особено суштината на Христијанството. ...

11.9 Затоа може да се тврди дека во денешната социјална реалност, распетието треба да се гледа не само како симбол на историски и културен развој, а со тоа и на идентитетот на нашиот народ, туку и како симбол на еден вредносен систем: слобода, еднаквост, човеково достоинство и религиозна толеранција, и слично, но и на секуларниот карактер на државата – начела кои го поткрепуваат нашиот Устав.

Со други зборови, уставните начела на слобода имаат многу корени, кои без сомнение го вклучуваат и Христијанството, во неговата основа. Затоа, би било парадоксално да се исклучи христијански знак од јавна институција во името на секуларизмот, чијшто далечен извор е токму Христијанската религија.

12.1 Овој Суд е свесен за фактот дека на симболот на распетието во минатото му се припишувале други вредности, како што е во времето на Албертинскиот статут, кога знакот на Католицизмот се сфаќаше како државна религија, па затоа се користеше за христијанизирање и консолидирање на моќта и власта.

Понатаму, Судот е сосема свесен дека и денес е возможно да се дадат различни толкувања на знакот на крстот, најчесто строго религиозно значење кое упатува на Христијанството во целост и католицизмот, специфично. Тој е исто така сосема свесен дека некои ученици кои одат во државните училишта можат слободно и легитимно да му припишуваат други вредности на крстот, како на пример знак на неприфатливо претпочитање на една религија пред други, или пак прекршување на индивидуалните слободи, а со тоа и а секуларниот карактер на државата, во екстреман случај и да сфатат дека тој упатува на привремена политичка контрола врз државната религија, или инквизиција, па дури и слободен ваучер за катекизам внимателно доставен и до неверниците на несоодветно место, или потсвесна пропаганда во корист на христијанската вера. Иако сите овие аспекти се за почит, тие се сосема ирелевантни за овој случај. ...

12.6 Мора да се нагласи дека симболот на распетие сфатен на овој начин преку неговите упатувања кон вредностите на толеранција, сега поседува посебен обем на разгледување на фактот дека во моментот, во италијанските државни училишта одат голем број ученици кои доаѓаат надвор од Европската Унија, на кои им е релативно важно да се пренесуваат начелата на отвореност кон различноста и одбивањето на било каква форма на фундаментализам – без разлика дали религиозни или секуларни – кои се пробиваат во нашиот систем. Нашата ера е означена со превирање кое резултира од пресретнувањето на различните култури со нашата, а за да се спречи тоа пресретнување да прерасне во судир, од непроценливо значење е да се потврди нашиот идентитет, дури и само симболички, особено ако се карактеризира токму од вредностите на почит за достоинството на секој човек и на универзалната солидарност. ...

13.2 Всушност, религиозните симболи, генерално гледано, имплицираат логички механизам на исклучување, бидејќи појдовна точка на било кое религиозно убедување е токму верувањето во супериорно битие, па затоа, нејзините приврзаници, верниците, по дефиниција и од убедување, се гледаат себе си како дел од вистината. Следствено, и неизбежно, ставот на верникот, соочен со некој кој не верува, и кој е имплицитно противник на супериорното битие, е став на исклучување.

...

13.3 Логичниот механизам на исклучување на неверникот е својствен за секое верско убедување, дури и ако засегнатите лица не се свесни за тоа, при што единствен исклучок е христијанството – кога е соодветно сфатено, што секако не е секогаш случај и се уште не е секогаш случај, дури ниту благодарение на оние кои себеси се нарекуваат христијани. Во христијанството дури и вербата во сезнајниот Бог е секундарна во споредба со милосрдието, што значи почитување на другите човечки суштества. Тоа значи дека отфрлањето на нехристијанин од страна на христијанин подразбира радикално негирање на самото христијанство, суштинско одрекување; но тоа не важи за други религиозни вери, за кои таквиот став доведува најмногу до повреда на важно правило.

13.4 Крстот како симбол на Христијанството, затоа, не може некого да исклучи без самиот да се поништи; тој, во одредена смисла претставува универзален знак на прифаќање и почит за секое човечко суштество како такво, без разлика на верувањето, религиозно или друго, кое тоа го поседува. ...

14.1 Не треба ни да се додава дека знакот на крстот во училишната, кога ќе се сфати правилно, не се однесува на нечие слободно убедување, не исклучува некого, и секако, не ни воведува, ниту пак припишува нешто, туку едноставно, во срцето на целите предвидени за едукација и учење во државните училишта, укажува на рефлексивна – која можеби е водена од страна на наставничкиот персонал – за италијанската историја и за заедничките вредности на нашето општество, законски ретранскрибирано во Уставот, каде што секуларниот карактер на државата ја држи највисоката позиција. ...”

16. Првиот апликант поднел жалба пред *Consiglio di Stato* (Врховниот управен суд), кој потврдил дека присуството на распетија во државните училишта има своја законска основа во член 118 од Кралскиот указ од 30 април 1924 година и член 119 од Кралскиот указ од 26 април 1928 година, а во однос на значењето што треба да му се додаде, тоа е во согласност со начелото на секуларизмот. Во врска со ова прашање, Судот специфично утврди дека во Италија распетието го симболизира религиозното потекло на вредностите (толеранција, заемна почит, валоризација на лицето, афирмација на правата на човекот, водење сметка за слободата на лицето, независност на моралната совест vis-à-vis власта, човечката солидарност и одбивањето на секаква форма на дискриминација) кои ја карактеризираа Италијанската цивилизација. Во таа смисла, во неговото прикажување во училишните, распетието – дури и во една „секуларна“ перспектива сосема оддалечена од религиозната на која вообичаено упатува – би можело да исполнува една силно едукативна симболичка функција, без разлика на религијата која ја практикуваат учениците. *Consiglio di*

Stato сметаше дека распетието мора да се гледа како симбол кој може да ги рефлектира значителните извори на гореспоменатите вредности, вредности кои го дефинираа секуларизмот во сегашниот правен поредок на државата.

Во својата пресуда (бр. 556) од 13 април 2006 година, *Consiglio di Stato* го даде следново образложение:

“... Уставниот суд во неколку наврати прифати дека секуларизмот претставува врховно начело на нашиот уставен поредок, способно да разреши одредени прашања на уставен легитимитет (меѓу бројните пресуди, видете ги оние кои се однесуваат на одредби што се поврзани со задолжителниот карактер на религиозното учење во училиштата или пак, за правната надлежност на судовите во случаи кои се однесуваат на валидноста на бракови договорени согласно црквеното право и запишани во регистрите за склучени бракови).

Ова е начело кое не е експлицитно утврдено во нашиот Устав, начело кое е богато со идеолошки одекнувања и има историја полна со контроверзности, а сепак поседува правна важност која може да биде извлечена од фундаменталните норми на нашиот систем. Во реалноста, Судот го изведува ова начело специфично од членовите 2, 3, 7, 8, 19 и 20 од Уставот.

Начелото користи лингвистички симбол („секуларизам“) што во својата скратена форма упатува на одредени значајни аспекти на гореспоменатите одредби, чија што содржина ги утврдува оперативните услови во кои тој симбол треба да биде сфатен и да функционира. Доколку овие специфични оперативни услови не биле утврдени, тогаш начелото на „секуларизам“ би останало ограничено на идеолошките конфликти и тешко би можело да се користи во правна рамка.

Во оваа рамка, оперативните услови, секако, се утврдени преку упатување кон културните традиции и обичаи на луѓето, до таа смисла што овие традиции и обичаи се рефлектирани во правниот поредок, што всушност, ја прави и разликата од една нација до друга. ...

Во контекст на овој Суд и проблемот поставен пред него, имено, легитимноста на поставувањето на распетија во училиниците од страна на надлежните органи кои постапуваат согласно правилата, она што мора да се направи во пракса е да се реализира поедноставното верификување на тоа дали тоа барање ја повредува содржината на фундаменталните норми на нашиот уставен поредок кои му даваат форма и суштина на начелото на „секуларизмот“ што сега ја карактеризира Италијанската држава и на кое што во неколку наврати упатува Уставниот суд.

И сосема јасно, и пред се, распетието само по себе е симбол кој може да има различно значење и да служи на различни цели на местото на кое што е поставено. На местото на обожавање, распетието – соодветно и исклучиво – претставува „религиозен симбол“ бидејќи има за цел продлабочување на почитувањето на основачот на христијанската религија.

Во еден нерелигиозен контекст, како што е училиштето каде што се едуцираат млади луѓе, распетието повторно може да ги пренесува гореспоменатите вредности за верниците, но за нив и за неверниците, самото прикажување е оправдано и поседува недискриминаторско значење од религиозен аспект, доколку може да претставува вредности и синтетички да ги евоцира и доколку е тоа направено во еден непосредно перцептивен и предвидлив начин (како и секој симбол), вредности кои се важни за

граѓанското општество, особено, оние кои го поткрепуваат и инспирираат нашиот уставен поредок, основата на нашиот граѓански живот. Во оваа смисла, распетието – дури и во една „секуларна“ перспектива, оддалечена од религиозната перспектива која вообичаено се однесува на него – може да врши и силно едукативна симболична функција, без разлика на религијата што ја практикуваат учениците.

Сега е очигледно дека распетието во Италија може да го изрази религиозното потекло на тие вредности, секако симболички, но соодветно – толеранција, заемна почит, валоризација на лицето, афирмација на правата на човекот, водење сметка за слободата на човекот, независноста на моралната совест на човекот vis-à-vis власта, човечката солидарност, како и одбивањето на секоја форма на дискриминација – кои ја карактеризираат италијанската цивилизација.

Овие вредности што продреа во традицијата, начинот на живот, културата на Италијанскиот народ претставуваат основа и проникнуваат од фундаменталните норми на нашата основачка повелба – содржана во „Фундаменталните начела“ и првиот дел – особено од оние на кои упатува Уставниот суд и кои ја ограничуваат формата на секуларизмот соодветна за италијанската држава.

Упатувањето на религиозното потекло на овие вредности преку распетието и нивното комплетно и целосно соодветствување со христијанското учење, ги поедноставува трансценденталните извори на засегнатите вредности, и наместо тоа, ја потврдува автономноста на временската моќ vis-à-vis спиритуалната моќ (но не нивната опозиција, имплицитна во едно идеолошко толкување на секуларизмот кое нема свој еквивалент во Уставот), не одземајќи ништо од нивниот специфичен „секуларен“ карактер, адаптирани на културниот контекст специфичен за фундаменталниот поредок на италијанската држава и манифестирани преку него. Овие вредности автономно се искусуваат во граѓанското општество (а не противречно) во врска со религиозното општество, па затоа може да се спроведуваат „секуларно“ од секој, без разлика на припадноста верата која ги инспирирала и бранела.

Како и со секој симбол, и за распетието може да се воведат или придодат разни контрастни значења; може дури да се одрече неговата симболичка вредност и да се претвори во едноставен накит со одредена уметничка вредност во најдобар случај. Сепак, распетието поставено во училиница не може да се смета за накит, за украс, ниту пак за помошно средство за обожување. Наместо тоа, тој треба да се гледа како симбол кој може да ги рефлектира значителните извори на граѓански вредности споменати погоре, вредности кои го дефинираат секуларизмот во сегашниот правен поредок на државата. ...”

II. РАЗВОЈ НА РЕЛЕВАНТНОТО ДОМАШНО ПРАВО И ПРАКСА

17. Обврската за поставување распетија во училиниците во државните училишта беше утврдена во член 140 од кралскиот указ бр. 4336 од 15 септември 1860 година на Кралството Пијемонт – Сардинија објавен во согласност со Законот бр. 3725 од 13 ноември 1859 година, кој содржи: „секоје училиште без исклучок да биде опремено со ... распетие“ (член 140).

Во 1861 година, годината кога е родена италијанската држава, Статуот на Кралството Пијемонт-Сардинија од 1848 година, стана Устав на Кралството Италија; во него специфично е наведено следново:

„Римокатоличката апостолска религија е единствената религија во државата [а] другите постоечки вери се толерираат во согласност со законот“.

18. Освојувањето на Италијанската армија на Рим на 20 септември 1870 година, по што градот беше припоен и прогласен за главен град на новото Кралство Италија, предизвика криза во односите меѓу Државата и Католичката црква. Со законот бр. 214 од 13 мај 1871 година, Италијанската држава ги регулира односите со Црквата унилатерално, давајќи му на Папата одреден број привилегии за правилно извршување на религиозната активност. Според апликантите, распетијата полека почнале да не се поставуваат во училиштата.

19. За време на периодот на фашизмот, Државата презеде серија мерки насочени кон осигурување на почитување на обврската за поставување на распетието во училиници.

На пример, на 22 ноември 1922 година, Министерството за образование испратило циркуларно известување (бр. 68) со следниот текст: „... во последните неколку години, во многу основни училишта во Кралството се отстранети ликот на Исус и портретот на кралот. Тоа е јасна и нетолерантна повреда на регулативите, а воедно и напад на доминантната религија во држава и единството на нацијата. Затоа, им наредуваме на сите општински административни власти во Кралството да ги вратат двата свети симболи на верата и свесноста за припадност на нацијата во оние училишта каде што тие недостасуваат.“

На 30 април 1924 година беше донесен кралскиот указ бр. 965 од 30 април 1924 година. Овој указ ги утврдува внатрешните регулативи за управување со високите основни училишта (*ordinamento interno delle giunte e dei regi istituti di istruzione media*). Член 118 утврдува:

„Секое училиште мора да има национално знаме, а секоја училиница мора да има распетие и портрет на Кралот“.

Член 119 од Кралскиот указ бр. 1297 од 26 април 1928 година, со кој се одобруваат општото правило за обезбедување на основно образование (*approvazione del regolamento generale sui servizi dell'istruzione elementare*) наведува дека распетието мора да претставува дел од „неопходната опрема и резерви во училиниците во училиштата“.

20. Латеранските договори потпишани на 11 февруари 1929 година значија „помирување“ на италијанската држава и католичката црква. Католицизмот беше потврден како официјална религија во Италија. Член 1 од Договорот за помирување гласеше вака:

„Италија признава и го потврдува начелото утврдено во првиот член од италијанскиот Устав од 4 март 1848 година, според кој Римокатоличката апостолска религија е единствена државна религија.“

21. Во 1948 година, Италија го донесе својот републикански Устав чијшто член 7 гласи: „Државата и католичката црква, секоја во сопствениот ред, се независни и суверени... нивните односи се регулираат со Латеранските договори [а] измените на овие Договори

прифатени од двете Страни нема да наложуваат иницирање постапки за измена на Уставот.“ Член 8 утврдува: „Сите религиозни вери се еднакво слободни пред законот... религиозните вери различни од Католицизмот имаат право на организирање во согласност со сопствените статути, во онаа мера во која се тие компатибилни со италијанскиот правен поредок, [а] нивните односи во државата се утврдуваат со закон врз основа на договор со нивните соодветни претставници“.

22. Протоколот на новиот конкордат од 18 февруари 1984 година, ратификуван со закон бр. 121 од 25 март 1985 година наведува дека начелото утврдено во Латеранските договори дека католичката религија е единствена државна религија повеќе не е на сила.

23. Во една пресуда од 12 април 1989 година (бр.203), донесена за случај кој го покренува прашањето за незадолжителниот карактер на упатствата за католичката религија во државните училишта, Уставниот суд смета дека начелото на секуларизам произлегува од Уставот, одлука која не имплицира дека државата треба да биде индиферентна на религијата, туку дека треба да ја гарантира заштитата на слободата на религијата во контекст на исповеден и културен плурализам.

Постапувајќи во овој случај со апликација која се однесува на усогласеноста на присуството на распетија во училиниците во државните училишта со начелото на секуларизам, Уставниот суд донесе одлука дека нема надлежност во тоа, бидејќи текстовите кои го наложуваат присуството на распетија се само регулативи (одлука од 15 декември 2004 година, бр. 389; види став 14 погоре). Кога беше повикан да го разгледа ова прашање, *Consiglio di Stato* утврди дека водејќи сметка за значењето кое треба да му се придодаде, присуството на распетија во училиниците во државните училишта е во компатибилност со начелото на секуларизам (пресуда од 13 февруари 2006 година, бр. 556; види став 16 горе).

Во еден друг случај, Касацискиот суд заведе спротивен став во однос на оној на *Consiglio di Stato* во контекст на кривичното гонење поради одбивањето да служи како контролор во изборна станица затоа што таму е поставено распетие. Во својата пресуда од 1 март 2000 година (бр. 439), Судот наведува дека присуството на распетие го прекршува начелото на секуларизмот и непристрашноста на државата, како и начелото на слобода на совест за оние кои не се лојални на тој симбол. Тој експлицитно го одбива аргументот дека поставувањето на распетието е оправдано во смисла на тоа дека е тој симбол на „една цела цивилизација или на колективна етичка свест“ и – овде Касацискиот суд ги цитира термините што ги користи *Consiglio di Stato* во мислењето од 27 април 1988 година (бр. 63) – дека симболизираат „универзална вредност независна од ниту едно специфично религиозно убедување.

24. На 3 октомври 2002 година, Министерот за образование, универзитети и истражување го издава следново упатство (бр. 2666):

“... Министерот

... Имајќи предвид дека присуството на распетија во училиниците се базира на одредби кои се во сила, дека не го повредува ниту религиозниот плурализам, ниту пак целите на мултикултурното образование во италијанските училишта и дека не може да се смета за ограничување на свесноста гарантирана со Уставот, бидејќи не се однесува на специфично убедување, туку претставува само израз на христијанската цивилизација и култура, и дека - во таа насока – претставува дел од универзалното наследство на човештвото;

Откако ја процени пожелноста за сите училишта во границите на својата автономност и со одлука на нивните надлежни колегијални тела – почитувајќи ги различните приврзаности, убедувања и верувања – да одвојат дел од своите простории за размислување и медитација од страна на членовите на училишната заедница кои сакаат да го направат тоа, секако без обврска и без утврдено фиксно време;

Го издава следново упатство:

Надлежната служба на Министерството... презема неопходни мерки за да се осигура дека:

- 1) управниците на училиштата ќе обезбедат присуство на распетија во училиниците;
- 2) сите училишта во граници на својата автономност и со одлука на нивните колегијални тела ќе одвојат дел од своите простории за размислување и медитација од страна на членовите на училишната заедница кои сакаат да го направат тоа, секако без обврска и без утврдено фиксно време...”

25. Членовите 19, 33 и 34 од Уставот гласат:

Член 19

“Секој има право слободно да го практикува своето религиозно убедување во каква и да е форма, индивидуално или со други, и да го промовира и да изведува ритуали во јавност или приватно, под услов тие да не се навредливи за јавниот морал.“

Член 33

„Републиката гарантира слобода на уметноста и науките кои може слободно да се учат.

Републиката ги утврдува општите правила за едукација и основа државни училишта од сите области и одделенија. ...“

Член 34

„Училиштата се отворени за секого.

Основното образование кое трае најмалку осум години е задолжително и бесплатно. ...“

III. ПРЕГЛЕД НА ЗАКОНИ И ПРАКСА ВО ЗЕМЈИТЕ ЧЛЕНКИ НА СОВЕТОТ НА ЕВРОПА ВО ОДНОС НА ПРИСУСТВОТО НА РЕЛИГИОЗНИ СИМБОЛИ ВО ДРЖАВНИТЕ УЧИЛИШТА

26. Во најголем број земји членки на Советот на Европа, прашањето за присуство на религиозни симболи во државни училишта не е регулирано со специфична регулатива.

27. Присуството на религиозни симболи во државните училишта е експлицитно забрането само во мал број на земји членки: поранешната Југословенска Република Македонија, Франција (со исклучок на Алзас и *département* на Moselle) и Грузија.

Тоа е експлицитно утврдено – покрај Италија – само во малку број земји, и тоа: Австрија, одредени административни региони на Германија (*Länder*) и Швајцарија (*communes*), и Полска. Сепак, такви симболи има во државните училишта на некои земји членки каде што прашањето не е специфично регулирано, како на пример, Шпанија, Грција, Ирска, Малта, Сан Марино и Романија.

28. Прашањето беше поставено пред врховните судови на неколку земји членки.

Во Швајцарија, Сојузниот суд има донесено општински указ во кој се утврдува дека присуството на распетија во училниците во државните училишта е некомпатибилно со барањата за неутралност за вероисповестите содржана во Сојузниот устав, без критикување на присуството на распетија во други делови од училишните простории (26 септември 1990 год; ATF 116 Ia 252).

Во Германија, Сојузниот Уставен суд донесе одлука дека сличен указ во Баварија бил во спротивност со начелото на неутралност на државата и дека е тешко да се усогласи со начелото на слобода на религија на децата кои не се католици (16 мај 1995 година; BVerfGE 93,1). Баварскиот парламент донесе друг указ со кој се задржува претходната мерка, но им се овозможува на родителите да ги презентираат своите религиозни или секуларни убедувања, предизвикувајќи го присуството на распетија во училниците каде што престојуваат нивните деца и воведувајќи механизам со кој би можело да се постигне компромис или персонализирано решение.

Во Полска, Омбудсманот упатил указ до Уставниот суд од 14 април 1992 година издаден од Министерот за образование, каде што специфично се утврдува можноста за поставување на распетија во училниците во државните училишта. Уставниот суд донесе одлука дека мерката е компатибилна со слободата на совест и религија, како и со начелото на сепарација на црквата и државата гарантирано со член

82 од Уставот, под услов таквото поставување да не е задолжително (20 април 1993 година; бр. U 12/32).

Во Романија, Врховниот суд поништи одлука на Националниот совет за превенција на дискриминација од 21 ноември 2006 година со која му се препорачува на Министерството за образование да го регулира прашањето за присуство на религиозните симболи во државните јавни едукативни установи, особено, да дозволи прикажување на такви симболи само за време на часови по религиозни студии или пак во простории наменети за веронаука. Врховниот суд сметаше дека одлуката за прикажување на такви симболи во образовни установи треба да биде прашање за заедницата формирана од наставници, ученици и родителите на учениците (11 јуни 2008 година; бр. 2393).

Во Шпанија, Високиот суд на правда на Кастилја и Леон, донесувајќи одлука за случај поднесен од страна на здружение кое дејствувало во корист на секуларно учење и кое побарало отстранување на религиозните симболи од училиштата, иако неуспешно, наведе дека засегнатите училишта треба истите да ги отстранат доколку добијат експлицитно барање за такво нешто од родителите на некое од децата (14 декември 2009; бр. 3250).

ПРАВОТО

I. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕН 2 ОД ПРОТОКОЛОТ Бр. 1 И ЧЛЕН 9 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

29. Апликантите се жалат на фактот дека распетија се заковани на сидовите во училниците во државното училиште што го посетувале вториот и третиот апликант. Тие тврдат дека тоа го повредува правото на образование, загарантирано со член 2 од Протоколот бр. 1 во следнава смисла:

„Никому нема да му биде одречено правото на образование. Во реализирањето на функциите кои државата ги презема во однос на образованието и учењето, таа ги почитува правата на родителите да осигураат такво образование и учење во согласност со нивните сопствени религиозни и филозофски убедувања.“

Тие исто така наведуваат дека овие факти го повредиле нивното право на мисла, свест и религија вградени во член 9 од Конвенцијата каде што е наведено следново:

„1. Секој има право на слобода на уверување, совест и религија, вклучувајќи го и правото на промена на религијата или уверувањето: и слободата - сам или во група, во јавност или приватно - да ја изрази својата религија или убедување, преку почитување, поучување, богослужба и ритуал.“

2. Слободата на изразување на религијата или убедувањето може да се ограничи само со закон и доколку е тоа неопходно во едно демократско општество во интерес на националната безбедност, јавната сигурност, здравјето или моралот или за заштита на правата и слободата на другите.“

А. Пресуда на Советот

30. Во својата пресуда од 3 ноември 2009 година, Советот одлучува дека имало повреда на член 2 од Протоколот бр. 1 гледан заедно со член 9 од Конвенцијата.

31. Пред се, Советот воден од начелата кои се однесуваат на толкување на членот 2 од Протоколот бр.1, во судската пракса утврдува обврска државата да се воздржува од наметнување верувања - па и индиректно - на места каде што лицата зависат од неа или пак, се тие особено ранливи, потенцирајќи дека учењето на деца е особено чувствителна област во оваа смисла.

Судот понатаму вели дека меѓу толкуте значења кои распетието може да ги има, религиозното е најдоминантно. Според тоа, тој сметаше дека задолжителното и очигледно видливото присуство на распетија во училиниците, не само што може да се судри со секуларните убедувања на првиот апликант, чии што деца во тоа време посетувале државно училиште, туку исто така да биде и емотивно вознемирувачко за учениците од нехристијанска религија или оние кои не практикувале ниту една религија. Во однос на ова последново, Советот истакнува дека „негативната“ слобода на религија не е ограничена на отсуство на религиозно служби или религиозна едукација: дека таа се однесува на практикувањето и изразувањето на симболи, особено или општо гледано на верување, религија или атеизам. Тој, понатаму додава дека ова „негативно право“ заслужува посебна заштита кога државата е таа која изразува верување, а дисидентите се ставени во ситуација во која не можат да се извлечат освен со давање посебни напори и жртви.

Според Советот, државата е должна да ја почитува неутралноста кон различните видови вероисповеди во јавното образование, каде што одењето на училиште е задолжително, без разлика на религијата и каде што целта е на учениците да им се влее навика на критичко размислување. Тој забележува дека не може да увиди како прикажувањето на симбол во училиниците во државните училишта кој може логички да се поврзе со мнозинската религија во Италија, може да му служи на едукативниот плурализам кој е од есенцијална важност за зачувување на „демократското општество“ во рамки на значењето на тој поим од Конвенцијата.“

32. Советот заклучува дека „задолжителното поставување на симбол на одредена вера при вршењето јавна власт во одредени ситуации кои се под надзор на владата, особено во училиниците, го ограничува[ше] правото на родителите да ги едуцираат своите деца во согласност со своите убедувања, како и правото на училишните деца да веруваат или

не”. Ваквата пракса ги повредува тие права бидејќи рестрикциите се [беа] некомпатибилни со должноста на државата да ја почитува неутралноста при вршењето на јавна власт, особено во областа на образованието.“ (§ 57 од пресудата).

В. Аргументи на страните

1. Владата

33. Владата не поднесе приговор за недопуштеноост.

34. Тие изразија жалење што Советот немал на располагање компаративна студија на право за односите меѓу државата и религијата, како и за прашањето на прикажување на религиозни симболи во државни училишта. Тие исто така потврдија дека Советот на овој начин се лишил од еден есенцијален елемент, бидејќи една таква студија би утврдила дека во Европа нема заеднички пристап во однос на ова прашање, но и би се увидело дека земјите членки имаат широко поле на слободна проценка; поради тоа, Советот во својата пресуда не го зема предвид тоа поле на слободна проценка, со што игнорира еден многу важен аспект од проблемот.

35. Владата исто така ја критикуваше пресудата на Судот дека се потпира на концептот на исповедна „неутралност, начело кое исклучува какви и да било односи меѓу државата и одредена религија, иако неутралноста бара јавните административни власти предвид да ги земат сите религии. Пресудата, значи, се заснова на помешување на „неутралноста“ („инклузивен“ концепт) и „секуларизмот“ („ексклузивен“ концепт). Понатаму, според мислењето на Владата, неутралноста значи дека државите треба да се воздржуваат од промовирање на само една религија, но и на атеизмот, при што „секуларизмот“ вршен од страна на државата не е ништо помалку проблематичен од прозелитизирањето од страна на државата. Пресудата на Советот, значи, се заснова на недоразбирање и прераснала во фаворизирање на ирелигиозност или анти-религиозен пристап чијшто борбен поддржувач бил апликантот, како претставник на Унијата на рационални атеисти и агностици.

36. Владата понатаму аргументира дека е неопходно да се земе предвид фактот дека еден симбол може да биде толкуван на различен начин од различно лице. Тоа особено важи за знакот на крстот, кој може да се доживее не само како религиозен симбол, туку и како културен симбол и симбол поврзан со идентитетот, симбол на начелата и вредностите кои ја формираат основата на демократијата и западната цивилизација; се појавува, на пример, на знамињата на неколку европски земји. Без разлика на тоа каква евокативна моќ има една „слика“, според мислењето на Владата, тоа е „пасивен симбол“ чие

што влијание врз лицата не може да се спореди со влијанието на „активно однесување“, а никој во овој случај не докажал дека учењето во Италија е засегнато од присуството на распетија во училиниците на каков и да било начин.

Тоа присуство е изразување на „национална специфичност“ која е, имено, карактеризирана со блиските односи меѓу државата, народот и католицизмот и што се должи на историскиот, културниот и територијалниот развој на Италија, длабоко вкоренета и со долгогодишна приврзаност со вредностите на католицизмот. Оставањето на распетијата во училиштата, значи е прашање на зачувување на една вековна традиција. Владата аргументираше дека правото на родителите да ја почитуваат својата „семејна култура“ нр би требало да го повредува правото на заедницата да ја пренесе својата култура или пак, правото на децата истата да ја откријат. Понатаму, задоволувајќи се со „потенцијален ризик“ на емотивно вознемирување поради изнаоѓање на повреда на правата на образование и слобода на мисла, совест и религија, Советот значително го проширил опсегот на тие одредби.

37. Повикувајќи се специфично на пресудата *Otto-Preminger-Institut против Австрија* од 20 септември 1994 година (серијал А бр. 295-А), Владата аргументира дека иако треба да се води сметка за фактот дека католичката религија ја имаат прифатено најголем дел од Италијанците, не е во ред да се земе овој факт како отежнувачка околност, како што тоа го сторил Советот. Напротив, Судот треба ги признае и заштити националните традиции и доминантното чувство на народот и да дозволи секоја држава да ја задржи рамнотежата меѓу спротивните интереси. Понатаму, судската пракса на Судот покажува дека наставните програми на училиштата или пак одредбите кои утврдуваат предност на религијата на мнозинството, сами по себе не упатуваат на несоодветно влијание од страна на државата или пак обид за индоктринација, и дека Судот треба да ги почитува уставните традиции и начела кои се однесуваат на односите меѓу државата и религиите, вклучувајќи го во овој случај и специфичниот пристап кон секуларизмот кој преовладува во Италија – а и да го земат предвид контекстот на секоја држава.

38. Понатаму образложувајќи дека втората реченица од членот 2 од Протоколот бр. 1 се однесува само на училишната наставна програма, Владата ја критикува пресудата на Судот за утврдување на повреда без упатување на тоа како присуството на распетија во училиниците каде што учеле децата на првиот апликант значително влијаеле на нејзината можност да ги воспита во согласност со своите убедувања, при тоа наведувајќи само една причина дека учениците би се чувствувале дека се едуцираат во средина која е обележана со една специфична религија. Таа причина е погрешна кога ќе се спореди аршинот со судската

пракса на Судот, од каде што точно може да се види прво дека Конвенцијата не ги спречува земјите членки да имаат државна религија, или да покажат предност на одредена религија, или да им обезбедат пообемно религиозно учење на учениците во однос на доминантната религија, и второ, дека мора да се води сметка за фактот дека едукативното влијание на родителите е многу поголемо од она во училиштето.

39. Според мислењето на Владата, присуството на распетија во училиштата придонесувало да им се овозможи на децата да ја сфатат националната заедница во која треба да се интегрираат. „Влијанието од средината“ е уште помалку веројатно затоа што децата во Италија се стекнувале со образование кое им помагало да развијат критичен увид во прашањето за религија, во една непристрасна атмосфера каде што е исклучена секаква форма на прозелитизирање. Уште повеќе, Италија избра добронамерен пристап до помалубројно застапените религии во училишната средина: италијанскиот закон во моментот го дава правото на носење исламски шамии за на глава и друга облека или симболи со религиозна конотација; започнување и завршувањето на Рамазан често се прославувани во училиштата; веронаука е дозволена за сите признаени вери; а потребите на децата кои им припаѓаат на помалубројните религии исто така се земени предвид, заедно со еврејските деца, на пример, на кои им е дозволено да не одат на испити во саботи.

40. И конечно, Владата ја истакна потребата од земање предвид на правата на родителите кои сакале распетијата и натаму да останат поставени во училишните. Тоа било желба на најголем дел од луѓето во Италија, а беше и демократски искажана желба на речиси сите членови на регулаторното тело на училиштето во овој случај. Отстранувањето на распетијата во вакви околности би резултирало со „злоупотреба на позицијата на малубројност“ и би била спротивна на должноста на државата да им помогне на луѓето да ги задоволат своите религиозни потреби.

2. Апликантите

41. Апликантите аргументираа дека поставувањето на распетија во училишните на училиштето што го посетувале вториот и третиот апликант претставувало незаконско мешање во нивното право на слобода на мисла и свест, а го прекршувало и начелото на едукативен плурализам во смисла на тоа дека тоа претставувало израз на форсирање на една религија од страна на државата во место каде што се формира свеста. Преку изразување на тоа форсирање, државата, воедно ја занемарува својата обврска за посебно да ги заштити малолетниците од каква и да е форма на пропаганда и индоктринација.

Понатаму, апликантите тврдат дека со оглед на тоа дека едукативната средина на овој начин е обележана со симбол на доминантната религија, поставувањето на распетието на кое што се жалат го прекршува правото на вториот и третиот апликант да добијат отворено и плуралистичко образование кое има за цел развивање капацитет за критичко расудување. И на крајот, бидејќи првиот апликант е за секуларизмот, тоа го прекршува нејзиното право да ги образува своите деца во согласност со сопствените филозофски убедувања.

42. Апликантите аргументираа дека распетието е без секакво сомение религиозен симбол, а обидот да му се додаде културна вредност е безнадежен очаен обид да се задржи одбраната. Нема ништо ниту во италијанскиот правен систем кој би го оправдал тврдењето дека е тоа е симбол на национален идентитет: според уставот, знамето е тоа кое што го симболизира таквиот идентитет.

Понатаму, како што посочи Германскиот сојузен уставен суд во пресудата од 16 мај 1995 година (види став 28 погоре), давањето на световно значење на распетието би го оддалечило од неговото оригинално значење и би помогнало да се ослободи од неговата света природа. Во однос на тврдењето дека е тоа само „пасивен симбол“, со него се игнорира фактот дека како и сите симболи – и повеќе од сите други – тоа дава материјална форма на една когнитивна, интуитивна и емотивна реалност која излегува надвор од она што е веднаш видливо. Германскиот уставен суд ја донел оваа одлука, потпирајќи се на пресудата цитирана погоре дека присуството на распетија во училиниците има евокативен карактер во смисла на тоа дека ја претставува содржината на верата која ја симболизира и служи како „јавен материјал“ за неа. На крајот, апликантите истакнаа дека во одлуката *Dahlab против Швајцарија* од 15 февруари 2001 година (бр. 42393/98, ECHR 2001-V), Судот ја забележува специфичната моќ која религиозните симболи ја имаат во една училишна средина.

43. Апликантите тврдеа дека секоја демократска држава има должност да ја гарантира слободата на совест, плурализам, еднаков третман на верувањата и секуларниот карактер на институциите. Начелото на секуларизмот, пред се бара целосна неутралност на државата, која треба да се држи надвор од религиозната сфера и да го заземе истиот став за сите религиозни движења. Со други зборови, неутралноста ја обврзува државата да воспостави неутрален простор во кој секој може да живее слободно според своите уверувања. Со воведување на религиозни симболи, имено, распетијата, италијанската држава го прави спротивното.

44. Пристапот кој го поддржуваат апликантите е јасно различен од државниот атеизам, кој прераснал во одрекување на слободата на религија преку воведување на секуларно гледиште на еден авторитарен начин. Гледано во смисла на непристрастност и неутралност,

секуларноста, напротив, претставува средство за обезбедување на религиозна и филозофска слобода на совест за сите.

45. Апликантите понатаму наведуваат дека е од есенцијална важност посебно да се заштитат верувањата и убедувањата на помал број на луѓе за да се зачува она што ги држело подалеку од „деспотизмот на мнозинството“, па дека и тоа било причина за отстранување на распетијата од училиниците..

46. Како заклучок, апликантите аргументираат, исто како што и Владата тврдеше, дека иако отстранувањето на распетија од училиниците од државните училишта би одзело дел од италијанскиот културен идентитет, нивното задржување не е во согласност со основите на западната политичка мисла, начелата на либералната држава и плуралистичка, отворена демократија, како и почитувањето на индивидуалните права и слободи вградени во италијанскиот Устав и Конвенцијата.

С. Произнесувања на трети страни кои интервенираа

1. Владите на Бугарија, Ерменија, Кипар, Руската Федерација, Грција, Литванија, Малта и Република Сан Марино

47. Во нивното заедничко произнесување поднесено на сослушувањето, Владите на Бугарија, Ерменија, Кипар, Руската Федерација, Грција, Литванија, Малта и Република Сан Марино посочија дека според нивно мислење, образложувањето на Советот се базира на недоразбирње во однос на концептот на „неутралност“, кој што Советот го замешал со „секуларизам“. Тие истакнаа дека постои голема разновидност на договори на црквата со државата ширум Европа и дека повеќе од половина од населението во Европа живее во несекуларни држави. Тие додаваат дека државните симболи неизбежно имаат место во државното образование и дека многу од нив имаат религиско потекло, при што крстот – кој е и национален и религиозен симбол – е највидлив пример за тоа. Според нивното мислење, во несекуларните европски држави, присуството на религиски симболи во јавниот простор е насекаде толериран од секуларното население како дел од националниот идентитет. Државите не треба да се лишат од дел од својот културен идентитет единствено поради тоа што тој идентитет е со религиозно потекло. Позицијата која Советот ја усвои не претставува изразување на манифест на плурализам во системот на Конвенцијата, туку изразување на вредностите во една секуларна држава. Проширувањето на нејзиниот опсег врз цела Европа ќе претставува „американизација“ на Европа во смисла на тоа дека

единственото и уникатно правило и кругата сепарација на Црквата и Државата ќе бидат обврзувачки за секого.

Во нивното произнесување, претпочитањето на секуларизмот беше политички став, кој – иако за почит – не беше неутрален. Во оваа смисла, во едукативната сфера државата која го поддржува секуларното наспроти религиозното не е неутрална. Слично на тоа, отстранувањето на распетија од училиниците каде што отсекогаш биле нема да заврши без едукативни последици. Во реалноста, без разлика на тоа дали државата се решила да дозволи или да забрани распетија, важен фактор е степенот до кој наставната програма ги контекстуализирала и учела децата на толеранција и плурализам.

Владите кои интервенирале признаваат дека можеби постојат околности каде што аранжманите реализирани од Државата се неприфатливи. Товарот на докажување треба да остане кај лицето, а Судот да интервенира само во екстремни случаи.

2. Влада на Кнежевството Монако

48. Владата што интервенираше изјави дека го дели мислењето на тужената влада според кое распетието е „пасивен симбол“ што се наоѓа на државниот грб и знаме на многу држави и дека во овој случај, го одразува националниот идентитет вкоренет во историјата. Понатаму, неодвоивото начело на неутралност на Државата наложува властите да се воздржуваат од воведување религиозни симболи онаму каде што никогаш немало и да повлекуваат такви од онаму каде што отсекогаш имало.

3. Владата на Романија

49. Владата што интервенира забележа дека Советот не го зел предвид полето на слободна проценка што им стои на располагање на Договорните држави во случаи кои вклучуваат чувствителни прашања и дека немало целоевропски консензус. Тие посочија дека судската пракса на Судот специфично признава дека државите уживаат широка маргина на слободна проценка во однос на носењето религиозни симболи во државните училишта; во своето произнесување, тие наведуваат дека истото треба да важи и за поставувањето на религиозни симболи во таквите училишта. Тие воедно, истакнаа и дека пресудата на Советот е заснована на премисата дека прикажувањето религиозни симболи во државни училишта претставува повреда на член 9 од Конвенцијата и член 2 од Протоколот бр. 1, што е противречно на начелото на неутралност, бидејќи државите се обврзани да интервенираат – онаму каде што е тоа применливо – од аспект на отстранување на тие симболи. Во оваа смисла, тоа начело е

испочитувано кога одлуките од овој тип се донесуваат заеднички од страна на учители, ученици и родители. Во секој случај, бидејќи тоа не се однесувало на некоја специфична религиозна обврска, присуството на распетија во училиниците, не влијаело позначително врз религиозните чувства на засегнатите страни за да претставува повреда на гореспоменатите одредби.

4. Невладинa организација Greek Helsinki Monitor

50. Според организацијата која интервенираше, распетието не може да се смета за ништо друго освен религиозен симбол, па неговото поставување во училиници во државни училишта може да се гледа како институционална порака која препорачува одредена религија. Таа посочи дека во случајот на *Folgerø*, Судот сметал дека учеството на ученици во религиозни активности би можело да влијае врз нив, а сметал и дека тоа важи и кога учеле во училиници каде што биле поставени религиски симболи. Организацијата, воедно, му обрна внимание на Судот на фактот дека децата или родителите на кои ова им пречи, можеби се плашеле да протестираат против тоа поради страв од репресија.

5. Невладинa организација Associazione nazionale del libero Pensiero

51. Организацијата што интервенираше и која сметаше дека присуството на религиозни симболи во училиници во државни училишта е некомпатбилна со член 9 од Конвенцијата и член 2 од Протоколот бр.1, посочи дека ограничувањата на правата на апликантите не биле „утврдени со закон“ во рамки на значењето на судската пракса на Судот. Таа истакна дека во оваа насока, прикажувањето на распетието во училиници не е утврдено со закон, туку со регулативи усвоени во време на ерата на фашизмот. Таа додава дека овие регулативи биле имплицитно укинати со Уставот од 1947 година и Законот од 1985 година со кои се ратификуваат договорите за изменување на Латеранските Договори од 1929 година. Таа истакнува дека Кривичниот оддел на Касацискиот суд има донесено слична одлука во пресудата од 1 март 2000 година (бр.4273) во сличен случај кој се однесувал на распетијата поставени на гласачки места и дека го потврдува истиот тој пристап во пресуда од 17 февруари 2009 година во однос на распетијата поставени во судници (без, сепак, да донесе одлука за меритумот). Значи, во оваа смисла, постоело несогласување во судската пракса на *Consiglio di Stato* – кој, напротив, смета дека се применуваат релевантните регулативи – и Касацискиот суд кој го засега начелото на правна сигурност, кој што претставува носечки

столб на државата управувана со владеењето на правотот. Со оглед на тоа дека Уставниот суд се огласил дека не е надлежен, не постоело механизам во Италија со кој би можело да се реши овој конфликт.

6. Невладина организација Европски Центар за право и правда

52. Организацијата што интервенираше пред Советот образложи дека тој погрешно го разгледал прашањето покренато во овој случај за тоа дали се повредени правата од Конвенцијата на кои се повикува првиот апликант со самото присуство на распетија во училиниците. Организацијата сметаше дека тоа не е така. Прво, „личните убедувања“ на децата на првиот апликант не биле повредени затоа што тие не биле принудени да постапуваат спротивно на нивната совест, ниту пак биле спречи да дејствуваат согласно својата совест. Второ, нивните „најдлабоки убедувања“ и правото на првиот апликант да го обезбеди нивното образование во согласност со сопствените филозофски убедувања не се повредени затоа што нејзините деца не биле принудени да веруваат, ниту пак биле спречени да не веруваат. Тие не биле индоктринирани; не биле ниту предмет на погрешно поставен прозелитизам. Организацијата тврдеше дека Советот направил грешка тврдејќи дека одлуката на државата за поставување на распетија во училиниците е спротивно на Конвенцијата (кое не било прашањето кое му било поставено). При тоа, Советот создал „нова обврска“ која не се однесувала на правата на првиот апликант, туку на карактерот на „едукативната средина“. Во образложението на организацијата што интервенираше стои дека токму поради тоа што не можел да утврди дека биле повредени „најдлабоките или личните убедувања“ на децата на првиот апликант поради присуството на распетија во училиниците, Советот создал нова обврска за да се осигура дека едукативната средина е сосема секуларна, на тој начин излегувајќи надвор од опсегот на примена и границите на својата надлежност.

7. Невладина организација Eurojuris

53. Организацијата што интервенираше се согласува со заклучоците на Советот. Повторувајќи ги релевантните одредбите од италијанското позитивно законодавство – и подвлекувајќи ја уставната вредност на начелото на секуларизам – таа упати на начелото утврдено во судската пракса на Судот во смисла на тоа дека училиштето не треба да биде место за прозелитизам или проповедање. Таа исто така упати на случаи каде што Судот го разгледува прашањето на носење на исламски велови во образовни установи. Понатаму продолжува со посочување дека присуството на распетија во училиниците на италијанските државни училишта е утврдено не со закон, туку со регулативите

наследени од времето на фашизмот кои одразуваат концепт на вероисповед на денешната држава кој не е компатибилен со начелото на секуларизам утврден во позитивното уставно право. Организацијата цврсто го одбива образложението на Италијанскиот Уставен суд според кое утврдувањето на присуство на распетија во училиници во државните училишта и натаму е компатибилно со тоа начело затоа што симболизираше секуларни вредности. Во своето образложение, организацијата вели дека е тоа религиозен симбол со кој нехристијаните не се идентификуваат. Воедно, обврзувањето на државните училишта да постават распетија во училиниците внесува специфична димензија на релевантната религија, на штета на плурализмот.

8. Невладини организации Меѓународна комисија на правници, Interights u Human Rights Watch

54. Организациите кои интервенираа образложија дека задолжителното прикажување на религиозни симболи каков што е распетието во училиниците на државните училишта не е компатибилно со начелото на неутралност и правата кои им се гарантираат на учениците и нивните родители согласно член 9 од Конвенцијата и член 2 од Протоколот бр. 1. Според нивното образложение, едукативниот плурализам е воспоставено начело, што е потврдено не само во судската пракса на судот, туку и во судската пракса на неколку други врховни судови и во различни меѓународни инструменти. Воедно, судската пракса на судот ја поддржува должноста на државата за неутралност и непристрасност на религиозните верувања во обезбедувањето на јавни услуги, како што е образованието. Тие посочија дека ова начело на непристрасност е признаено не само од Италијанскиот, Шпанскиот и Германскиот Уставен Суд, туку и од францускиот *Conseil d'Etat* и Швајцарскиот Сојузен суд. Тие додадоа дека – како што утврдија уште неколку други врховни судови – неутралноста на државата во религиозните верувања е особено важна во училиниците затоа што, со оглед на фактот дека одењето на училиште е задолжително, децата се особено чувствителни и изложени на индоктринација во училиштата. Понатаму, тие го повторуваат тврдењето на Судот дека, иако Конвенцијата не ги спречува државите да пренесуваат информации или знаење од религиозен или филозофски вид преку учењето или образованието, тие мора да се осигураат дека тоа ќе се врши на еден објективен, критичен и плуралистички начин, без каква и да е индоктринација. Тие истакнаа дека истото важи за сите функции кои се реализираат во областа на учењето и образованието, што ја вклучува и организацијата на училишната средина.

9. *Невладини организации Zentralkomitee der deutschen katholiken, Semaines sociales de France u Associazioni cristiane lavoratori italiani*

55. Организациите кои интервенираа истакнаа дека се согласуваат со Советот дека иако распетието има повеќе значења, тој е примарно, централен симбол на Христијанството. Тие додадоа сепак, дека не се согласуваат со неговиот заклучок и сметаат дека е тешко да се разбере како присуството на распетија во училиниците може да биде „емотивно вознемирувачки“ за некои ученици или пак да го попречува развојот на нивното критичко размислување. Според нивниот поднесок, самото присуство на распетија не може да се поистовети со религиозна или филозофска порака; напротив, тоа треба да се толкува како пасивен начин на пренесување на основните морални вредности. Согласно тоа, прашањето треба да се смета за прашање кое влегува во рамки на надлежностите на државата кога таа донесува одлука за наставните програми во училиштата; родителите мора да прифатат дека одредени аспекти од образованието во државни училишта не може да бидат целосно усогласени со нивните убедувања. Тие додадоа дека одлуката на државата да постави распетија во училиниците во државните училишта не значело дека таа имала за цел индоктринација што е забранета со член 2 од Протоколот бр.1. Натаму, тие велат дека мора да се изнајде рамнотежа во овој случај меѓу правата и интересите на верниците и неверниците, меѓу фундаменталните права на индивидуата и легитимните интереси на општеството, и меѓу формулирањето стандарди кои се однесуваат на фундаменталните права и задржувањето на разновидноста која постои во Европа. Во своите поднесоци, Судот треба да остави широко поле на слободна проценка за државите во однос на ова прашање, затоа што организирањето на односот меѓу државата и религијата се разликува од една земја до друга, а – особено во однос на местото на религијата во државните училишта – тој е длабоко вкоренет во историјата, традицијата и културата на една земја.

10. *Триесет и три членови на Европскиот Парламент кои заеднички постапувале*

56. Лицата кои интервенираат посочуваат дека Судот не е уставен суд и дека мора да го почитува начелото на супсидијарност и да го признае особено широкото поле на слободна проценка што оди во прилог на Договорните страни не само во однос на врската меѓу државата и религијата, туку и на местата каде што ја реализираат својата функција во делот на образованието и науката. Според нив, донесувајќи одлука чијшто ефект би бил задолжително отстранување на религиозни симболи од државните училишта, Големите Совет би испратил

радикална идеолошка порака. Тие додаваат дека судската пракса јасно покажува дека државата која поради својата историја или традиција покажува претпочитање на одредена религија не ја надминува таа маргина. Согласно тоа, според нив, прикажувањето на распетија во јавни објекти не е во спротивност со Конвенцијата, а присуството на религиозни симболи во јавен простор не треба да се гледа како форма на индоктринација, туку изразување на културно единство и идентитет. Тие додаваат дека во овој специфичен контекст, религиозните симболи имале секуларна димензија и затоа, не треба да бидат отстранети.

D. Процена на Судот

57. Пред се, Судот забележува дека единственото прашање поставено пред него од аспект на околностите во случајот за присуството на распетија во училиниците во италијанските државни училишта се однесува на компатибилноста со барањата од членот 2 од Протоколот бр. 1 и членот 9 од Конвенцијата.

Во оваа смисла значи, не е потребно да се разгледува прашањето за присуството на распетија на други места освен во државните училишта. Ниту пак Судот треба да донесе одлука за компатибилноста на присуството на распетија во училиниците во државните училишта со начелото на секуларизам вградено во италијанското право.

58. Второ, Судот истакнува дека следбениците на секуларизмот може да ги присвојуваат мислењата стекнувајќи го „нивото на убедливост, сериозност, кохезија и важност“ кои им се потребни за истите да се сметаат за „убедување“ во рамки на значењето на членовите 9 од Конвенцијата и 2 од Протоколот бр.1 (види *Campbell u Cosans protiv Обединетото Кралство*, 25 февруари 1982 година, § 36, серија А бр. 48). Уште поточно, нивните мислења мора да се сметаат за „филозофски убедувања“ во рамки на значењето на втората реченица од член 2 од Протоколот бр.1, со оглед на тоа дека се тие достојни за „почит „во едно демократско општество“, дека не се некомпатибилни со човековото достоинство и не се во спротивност со фундаменталното право на образование на детето (ibid.).

1. Случајот на првиот апликант

а. Општи начела

59. Судот повторува дека во делот на образование и учење, членот 2 од Протоколот бр. 1 во основа е *lex specialis* во однос на член 9 од Конвенцијата. Тоа е така барем кога – како во овој случај – спорот се однесува на утврдената обврска за Договорните страни со втората

реченица од член 2, при реализирање на функциите што се преземаат во таа област, да се почитуваат правата на родителите за да се осигура образование и учење во согласност со нивните сопствени религиозни и филозофски убедувања (види *Folgerø u Други против Норвешка* [GC], бр. 15472/02, § 84, ECHR 2007-VIII, § 84).

Жалбата во овој случај, значи треба да се разгледува од аспект на втората реченица од член 2 од Протоколот бр. 1 (види исто *Appel-Irrgang u Други против Германија* (dec.), бр. 45216/07, ECHR 2009-...).

60. Сепак, оваа одредба треба да се чита од аспект не само на првата реченица од истиот член, туку и особено, од аспект на член 9 од Конвенцијата (види, на пример, *Folgerø*, цитирана погоре, § 84), кој гарантира слобода на мисла, свест и религија, вклучувајќи и слобода на неприпаѓање на религија и кој воведува „должност за обезбедување неутралност и непристрасност“ за Договорните страни. Во оваа насока, треба да се истакне дека државите имаат одговорност да осигураат неутралност и непристрасност, практикурање на разни религии, вери и верувања. Нивната улога е да помогнат во одржувањето на јавен ред, религиозна хармонија и толеранција во едно демократско општество, особено меѓу спротивставени групи (види, на пример *Leyla Şahin против Турција* [GC], бр. 44774/98, § 107, ЕКЧП 2005-XI). Ова важи и за односите меѓу верниците и неверниците, како и за односите меѓу припадниците на разни религии, вери и верувања.

61. Зборот „почитување“ од член 2 од Протоколот бр. 1 значи повеќе од „признавање“ или „земање предвид“, а покрај главното негативната должност, вклучува и одредена позитивна обврска за државата (види *Campbell u Cosans*, цитирана погоре, § 37).

Сепак, барањата што го вклучуваат значењето на зборот „почитување“ што воедно се јавува и во член 8 од Конвенцијата, значително варираат од случај во случај, имајќи ја предвид разновидноста на следените процедури, како и ситуацијата во Договорните страни. Согласно тоа, Договорните страни уживаат широко поле на слободна проценка во утврдувањето на чекорите кои треба да бидат преземени за да се осигура доследност со Конвенцијата во оваа смисла, водејќи сметка за потребите и ресурсите на заедницата и индивидуите. Во однос на член 2 од Протоколот 1, таквиот концепт специфично имплицира дека оваа одредба не може да се толкува на начин кој ќе значи дека родителите може да бараат државата да обезбеди посебен вид на учење (види *Bulski против Полска* (dec.), nos. 46254/99 и 31888/02).

62. Судот, воедно, упатува на својата пракса за местото на религијата во судската пракса (види, во основа, *Kjeldsen, Busk Madsen u Pedersen против Данска*, 7 декември 1976, §§ 50-53, серија А бр. 23; *Folgerø*, цитирана погоре, § 84; и *Hasan u Eylem Zengin против Турција*, бр. 1448/04, §§ 51 и 52, ЕКЧП 2007-XI).

Според овие органи, поставувањето и планирањето на наставната програма спаѓа во надлежност на Договорните страни. Во основа, Судот не треба да донесува одлуки во однос на овие прашања, бидејќи решенијата може легитмно да варираат зависно од земјата и времето.

Специфично, втората реченица од член 2 од Протоколот 1 не ги спречува државите преку учење и образование да пренесуваат информации или знаење од религиозен или филозофски вид, директно или индиректно. Таа дури и не им дозволува на родителите да се противат на вклучувањето на таквото учење или образование во училишната наставна програма.

Од друга страна пак, бидејќи има за цел заштита на можноста од плурализам во едукацијата, таа бара од државите при реализирањето на функцијата во делот на образование и учење, да водат сметка дека информациите и знаењето вклучени во наставната програма ќе бидат пренесувани на еден објективен, критички и плуралистички начин, овозможувајќи им на учениците да развијат критички ум, особено во однос на религијата во една мирна атмосфера каде нема прозелитизирање. На државата и е забрането да врши индоктринација која може да се смета за непочитување на религиозните и филозофските убедувања на родителите. Тоа е границата која државите не смее да ја надминат (види ги пресудите цитирани погоре во овој став, §§ 53, 84 (h) и 52 соодветно).

в. Процена на фактите на случајот од аспект на споменатите начела

63. Судот не го прифаќа аргументот на Владата дека обврската воведена за државите со втората реченица од член 2 од Протоколот бр. 1 се однесува само на содржината на наставната програма, па на тој начин прашањето за присуство на распетија во училиниците во државните училишта би било надвор од нејзиниот опсег.

Вистина е дека повеќето случаи во кои Судот ја разгледува оваа одредба се однесувале на содржината и спроведувањето на училишната наставна програма. Сепак, како што Судот веќе посочи, обврската на Договорните страни да ги почитуваат религиозните и филозофски убедувања на родителите не се однесува само на содржината на учењето и на начинот на кој тоа се обезбедува; тоа ги обврзува „во реализирањето“ на сите „функции“ – во смисла на втората реченица од член 2 од Протоколот бр. 1 – кои тие ги преземаат во делот на образованието и учењето (види во основа *Kjeldsen, Busk Madsen u Pedersen*, цитирана погоре, § 50; *Valsamis против Грција*, 18 декември 1996 година, § 27, *Извештаи за пресуди и одлуки 1996-VI*; *Hasan u Eylem Zengin*, цитирана погоре, § 49; и *Folgerø*, цитирана погоре, § 84). Тоа, без сомнение го вклучува и организирањето на

училишната средина каде што домашното право им ја доделува таа функција на јавните власти.

Значи, присуството на распетија во училиниците во државните училишта во Италија треба да се стави токму во овој контекст (види член 118 од кралскиот указ бр. 965 од 30 април 1924 година, член 119 од кралскиот указ бр. 1297 од 26 април 1928 година и членовите 159 и 190 од легислативниот указ бр. 297 од 16 април 1994 – ставови 14 и 19 погоре).

64. Генерално, Судот смета дека кога организирањето на училишната средина е должност на јавните власти, таа задача мора да се гледа како функција преземена од државата во врска со образованието и учењето, во рамки на значењето на втората реченица од член 2 од Протоколот бр. 1.

65. Следува дека одлуката за тоа дали распетијата треба да бидат присутни во училиниците во државните училишта претставува дел од функциите преземени од тужената држава во врска со образованието и науката и, дека согласно тоа, спаѓа во рамки на опсегот на втората реченица од член 2 од Протоколот бр. 1. Тоа значи дека е ова дел во кој на преден план излегува обврската на државата да го почитува правото на родителите да обезбедат образование и учење за своите деца кои се во согласност со нивните сопствени религиозни и филозофски убедувања.

66. Судот понатаму смета дека распетието е пред се религиозен симбол. Домашните судови стигнале до истиот заклучок, а Владата ова не го оспорува. Прашањето за тоа дали распетието има друго значење кое излегува од неговиот религиозен симболизам не е релевантно во оваа фаза од резонирањето на Судот.

Нема докази пред Судот дека поставувањето на религиозен симбол на ѕидот од училиниците може да има некакво влијание врз учениците, па затоа не може разумно да се претпостави дали тоа има некакво влијание врз младите луѓе чиешто убедувања се уште се формираат.

Сепак, разбирливо е што првиот апликант забележува недостиг на почитување на првото на родителите да осигураат образование и учење во согласност со нивните сопствени филозофски убедувања од страна на државата во поставувањето распетија во училиниците во државните училишта каде што претходно оделе нејзините деца. Како и да е, субјективната перцепција сама по себе не е доволна за да се утврди повреда на член 2 од Протоколот бр. 1.

67. Владата од своја страна, објасни дека присуството на распетија во училиниците во државните училишта што е резултат на историскиот развој на Италија – факт кој не му дава само религиска конотација, туку и контекст поврзан со идентитетот – сега соодветствувало на една традиција која тие сметале дека е важно да се продолжи. Тие додадоа

дека надвор од своето религиозно значење, распетието ги симболизираше начелата и вредностите кои ја формирале основата на демократијата и западната цивилизација, и дека нивното присуство во училиниците се оправдува на оваа основа.

68. Судот го заведе ставот дека одлуката за тоа дали да се продолжи со традицијата, во основа, влегува во полето на слободна проценка на тужената држава. Судот, воедно, треба да го земе предвид фактот дека Европа е обележана со голема разновидност меѓу државите од кои што е составена, особено во делот на културниот и историскиот развој. Тој понатаму посочува дека упатувањето на традицијата не може да ги ослободи државите од нивната обврска да ги почитуваат правата и слободите наведени во конвенцијата и нејзините протоколи.

Што се однесува до мислењето на Владата за значењето на распетието, Судот забележува дека *Consiglio di Stato* и Касацискиот суд имаат различни мислења во оваа смисла и дека Уставниот суд нема донесено одлука по однос на тоа (види ставови 16 и 23 горе). Судот не треба да земе став во врска со национална дебата меѓу национални судови.

69. Сепак, останува фактот дека договорните страни уживаат одредено поле на слободна проценка во нивните напори за вклопување на реализирањето на функциите кои ги преземаат во однос на едукацијата и образованието, а во врска со почитувањето на правата на родителите да обезбедат едукација и образование кои се во согласност со нивните сопствени религиозни и филозофски убедувања (види ставови 61-62 погоре).

Ова се однесува на организирањето на училишната средина и на поставувањето и планирањето на наставната програма (како што судот веќе истакна: види особено пресудите цитирани погоре во случаите *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, §§ 50-53; *Folgerø*, § 84; и *Zengin*, §§ 51-52; став 62 горе). Судот значи има должност да ги почитува одлуките на Договорните страни во однос на овие прашања, вклучувајќи го и местото што и го доделуваат на религијата, под услов овие одлуки да не водат до форма на индоктринација. (*ibid.*).

70. Судот заклучува во овој случај дека одлуката за тоа дали распетијата треба да бидат поставени во училиниците во државните училишта, во суштина, е прашање што спаѓа во полето на слободна проценка на тужената држава. Уште повеќе, фактот дека нема консензус на европско ниво во однос на прашањето за присуство на религиозни симболи во државните училишта (види ставови 26-28 погоре) оди во прилог на ваквиот пристап.

Ова поле на слободна проценка, сепак, оди рака под рака со Европскиот надзор (види, на пример, *mutatis mutandis*, *Leyla Şahin*, цитиран погоре, § 110), со тоа што задачата на Судот во овој случај е да утврди дали е надминато ограничувањето наведено во став 69 погоре.

71. Во врска со ова, точно е дека утврдувањето на присуство на распетија во училиниците во државните училишта – знак, кој во секој случај вклучува секуларна симболична вредност и кој без сомнение упатува на Христијанството – правилата и дозволуваат на државата да обезбеди видливост на религијата на мнозинството во училишната средина.

Тоа, сепак, само по себе не е доволно за да означи процес на индоктринација од страна на тужената држава и да се утврди повреда на барањата од член 2 од Протоколот бр. 1.

Во однос на ова прашање, Судот, *mutatis mutandis*, упатува на претходно цитираните пресуди *Folgerø* и *Zengin*. Во случајот *Folgerø* во кој што беше повикан да ја разгледа содржината на предавањата за „Христијанство, религија и филозофија“ (KRL), тој утврди дека самиот факт дека поголем дел од програмата отпаѓал на знаењето за христијанската религија отколку на другите религии и филозофии, не можел да се смета за отстапување од начелата на плурализам и објективност и кое би можело да доведе до индоктринација. Понатаму, тој објаснува дека од аспект на местото кое Христијанството го зазема во историјата и традицијата на тужената држава – Норвешка – ова прашање мора да се разгледува од аспект на неговото потпаѓање во полето на слободна проценка во делот на планирање и подготвување на програмата (види *Folgerø*, цитирана погоре, § 89). Тој донесува сличен заклучок во контекст на предметот „религиозна култура и етика“ во турските училишта, каде што предавањата во поголем дел се однесувале на Исламот со оглед на тоа дека – без разлика на секуларниот карактер на земјата – Исламот е главната религија која се практикува во Турција (види *Zengin*, цитирана погоре, § 63).

72. Понатаму, распетието на сид е во основа пасивен симбол и оваа забелешка е важна според мислењето на Судот, особено имајќи го предвид начелото на неутралност (види став 60 погоре). Не може да се смета дека тоа би имало некакво влијание врз учениците во споредба со еден дидактичен говор или учество во религиозни активности (види за овие точки *Folgerø* и *Zengin*, цитирани погоре, § 94 и § 64 соодветно).

73. Судот забележува дека во својата пресуда од 3 ноември 2009 година, Советот се согласил со поднесокот дека прикажувањето на распетија во училиници би имало значително влијание врз вториот и третиот апликант кои во тоа време имале единаесет и тринаесет години. Советот открил дека во контекст на јавното образование, распетијата кои било невозможно да не се забележат во училиниците, се перцепирале како составен дел од училишната средина и затоа треба да се сметаат како „моќни екстерни симболи“ во рамки на значењето на одлуката во *Dahlab*, цитирана погоре (види §§ 54 и 55 од пресудата).

Големиот Совет не се согласува со овој пристап. Тој смета дека таа одлука не може да служи како основа во овој случај затоа што фактите на двата случаи се сосема различни.

Тој посочува дека случајот *Dahlab* се однесувал на мерката со која му се забранувало на апликантот да носи исламска шамија за глава додека предавал која имала за цел да ги заштити религиозните верувања на учениците и нивните родители и за примената на начелото на неутралност кон сите видови вероисповести во училиштата вградена во националното право. Откако забележа дека властите соодветно ги разгледале спротивставените интереси, Судот сметаше дека имајќи ја предвид возраста на децата за кои бил одговорен апликантот, властите не излегле надвор од полето на слободна проценка.

74. Понатаму, ефектите за поголема видливост кои што присуството на распетија во училиштата му ја дава на Христијанството треба да бидат ставени во перспектива, притоа разгледувајќи ги следниве неколку точки. Прво, присуството на распетие не се поврзува со задолжително учење за Христијанството (види ги информациите за компаративното право наведени во *Zengin*, цитирани погоре, § 33). Второ, според показателите обезбедени од Владата, Италија ја отвора училишната средина паралелно и за другите религии. Владата во оваа насока, посочува дека не им било забрането на учениците да носат шамии на глава или други симболи или облека што имаат религиозна конотација; дека биле можни друг вид на аранжмани за да се вклопи одењето на училиште во други религиозни практики кои не ги практикува мнозинството на населението; дека почетокот и крајот на Рамазан често “биле прославувани“ во училиштата; дека можело да се организира алтернативно религиско образование во училиштата за „сите признаени религиозни убедувања“ (види став 39 горе). Уште повеќе, не постоело ништо што би можело да упати на фактот дека властите немале толеранција за учениците кои верувале во други религии, кои не биле верници или пак кои имале нерелигиозни филозофски уверувања.

Освен тоа, апликантите не потврдуваат дека присуството на распетијата во училишните поттикнувало развивање на практики кои имале тенденција на прозелитизирање, ниту пак тврдат дека вториот и третиот апликант некогаш биле подложени на тенденциозно упатување кон присуството на распетијата од страна на учителите при вршењето на нивната функција.

75. И на крајот, Судот забележува дека првиот апликант целосно го задржала своето право да ги просветлува и советува своите деца, да ги реализира кон нив своите природни функции како едукатор и да ги води по патека која е во согласност со нејзините сопствени убедувања (види, особено *Kjeldsen, Busk Madsen u Pedersen* и *Valsamis*, цитирана погоре, §§ 54 и 31 соодветно).

76. Од горенаведеното следи дека донесувајќи одлука за задржување на распетијата во училиниците во државните училишта каде што учеле децата на првиот апликант, властите постапиле во рамките на полето на слободна проценка кое го ужива тужената држава од аспект на нејзината обврска при вршењето на својата функција на образование и учење - да ги почитува правата на родителите да осигураат образование и учење кои се во согласност со нивните сопствени религиозни и филозофски убедувања.

77. Согласно тоа, Судот заклучува дека нема повреда на членот 2 од Протоколот бр.1 во врска со првиот апликант. Понатаму, Судот смета дека нема други отворени прашања од член 9 од Конвенцијата.

2. Случај на вториот и третиот апликант

78. Судот смета дека кога се чита правилно од аспект на член 9 од Конвенцијата и втората реченица од член 2 од Протоколот бр. 1, првата реченица од таа одредба им гарантира право на образование на децата на училишна возраст во форма која го почитува нивното право да веруваат или не. Затоа, Судот разбира зошто учениците кои се поддржувачи на секуларизмот, гледаат прекршување на правата што произлегуваат од овие одредби за присуството на распетија во училиниците во државните училишта кои ги посетуваат.

Сепак, поради причините наведени во неговото разгледување на случајот на првиот апликант, Судот смета дека нема повреда на членот 2 од Протоколот бр. 1 за вториот и третиот апликант. Понатаму, тој смета дека не се оставени други отворени прашања во рамки на членот 9 од Конвенцијата.

II. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕН 14 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

79. Апликантите го поднеле ова поради тоа што вториот и третиот апликант биле изложени на распетијата поставени во училиниците во државното училиште кое го посетувале, и сите тројца бидејќи не биле Католици, биле подложени на дискриминаторска разлика во постапувањето со нив наспроти католичките родители и нивните деца. Аргументирајќи дека „начелата вградени во член 9 од Конвенцијата и член 2 од Протоколот бр. 1 уште повеќе се утврдуваат со одредбите од член 14 од Конвенцијата”, тие се жалеа на повреда на овој член кој гласи:

„Уживањето на правата и слободите, признати со оваа Конвенција, се обезбедува на сите без дискриминација, без оглед на пол, раса, боја на кожа, јазик, религија, политичко или друго уверување, национално или социјално потекло, припадност на национално малцинство, сопственост, раѓање или друг статус.“

80. Советот смета дека водејќи смета за околностите на случајот и резонирањето кое довело до заклучок за непостоење на повреда на член 2 од Протоколот бр. 1 гледано заедно со член 9 од Конвенцијата, нема причина да се разгледува случајот во однос на член 14, и индивидуално или заедно со тие одредби.

81. Судот кој забележува дека се приложени малку аргументи за поткрепа на ова тврдење, повторува дека член 14 од Конвенцијата не може да опстојува индивидуално, бидејќи се однесува единствено на уживањето на правата и слободите заштитени со други значајни одредби од Конвенцијата и нејзините протоколи.

Постапувајќи по претпоставката дека апликантите сакале да се жалат на дискриминација во однос на уживањето на нивните права гарантирани со член 9 од Конвенцијата и член 2 од Протоколот бр. 1 со оглед на фактот дека не биле припадници на Католичката вероисповест и дека вториот и третиот од нив биле изложени на гледање на распетија во училниците во државното училиште кое го посетувале, во овие жалби, Судот не гледа ништо различно од оние прашања кои веќе ги утврди со член 2 од Протоколот бр. 1. Согласно тоа, нема потреба да се разгледува овој дел од апликацијата.

ОД ОВИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ

1. *Одлучи*, со петнаесет гласови наспроти два, дека немало повреда на член 2 од Протоколот бр.1 и дека не произлегуваат никакви одвоени прашања според член 9 од Конвенцијата;

2. *Одлучи*, едногласно дека нема причина да се разгледува жалбата во врска со член 14 од Конвенцијата.

Изготвена на англиски и француски јазик и изречена на јавна расправа во зградата на човекови права, Стразбур на 18 март 2011 година.

Erik Fribergh
Регистар

Jean-Paul Costa
Претседател

Во согласност со член 45 § 2 од Конвенцијата и Правило 74 § 2 од Правилата на Судот, следниве одвоени мислења се приложуваат кон оваа пресуда: (a) Согласно мислење на судија Rozakis кон кое се придружува и судија Vajić;

(b) Согласно мислење на судија Bonello;

(c) Согласно мислење на судија Power;

(d) Спротивно мислење на судија Malinverni кон кое се придружува судија Kalaydjieva.

J.-P.C.
E.F.

СОГЛАСНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈА ROZAKIS КОН КОЕ СЕ ПРИДРУЖУВА И СУДИЈА VALIĆ

Главното прашање што треба да се разреши во овој случај е ефектот од примена на тестот на сразмерност врз фактите. Сразмерноста помеѓу правото на родителите да осигураат образование и учење за своите деца во согласност со нивните сопствени религиозни и филозофски убедувања, од една страна и правото или интересот на многу голем дел од општеството за прикажување на религиозни симболи во вид на манифестирање на религија или верување, од друга. Според тоа, и двете спротивни вредности кои се однесуваат на овој случај се истовремено заштитени со Конвенцијата, и тоа член 2 од Протоколот бр. 1 (*lex specialis*), читан од аспект на член 9 од Конвенцијата во делот што се однесува на родителите и член 9 од Конвенцијата во делот кој се однесува на правата на општеството.

Во однос на првото, правото на родителите, пресудата на Судот посочува дека зборот „почитување“ од член 2 од Протоколот бр. 1 значи повеќе од „признавање“ или „земање предвид“, а покрај главно негативната должност, вклучува и одредена позитивна обврска за државата“ (види став 61 од пресудата). Сепак, должното почитување кон родителите, дури и во форма на некоја позитивна обврска „не ги спречува државите да пренесуваат информации или знаење од филозофски или религиозни вид преку учењето или едукацијата, директно или индиректно. Тоа дури и не им дозволува на родителите да се противат на таквото учење или едукација во училишната наставна програма“ (види став 62).

Ова последно упатување на праксата на Конвенцијата, мислам дека бара натамошна анализа. Неоспорно е дека член 2 од Протоколот бр. 1 вградува фундаментално право на едукација: свето индивидуално право – што секако може да се види и од аспектот на социјално право – што се чини дека се повеќе добива на тежина во европските општества. Сепак, иако правото на едукација претставува еден од темелите на заштитата на индивидуалното согласно Конвенцијата, тоа, според мене, не може да се каже за субординираното право на родителите да осигураат едукација на своите деца која е во согласност со нивните религиозни и филозофски убедувања. Тука прашањата се разликуваат, и тоа поради повеќе причини:

(i) тоа право, иако поврзано со правото на едукација, не го ополномоштува директно основниот примател на правото, односно, примателот на едукацијата, односно оној кој треба да биде едуциран. Тоа ги ополномоштува родителите – чие што директно право на образование не е ставено под знак прашалник во овие околности – и е ограничено на само еден аспект од образованието: нивните религиозни и филозофски убедувања.

(ii) иако е јасно дека постои очигледна врска меѓу едукацијата која децата ја добиваат во нивните училишта и религиозните и филозофските идеи и мислења, а кои произлегуваат од убедувањата, што постојат во семејната средина – врска која бара одредно ниво на хармонија во овие прашања меѓу училиштето и домашната средина – Европа значително се промени во однос на ова прашање, а и некои други откако беше усвоен Протоколот бр. 1. Повеќето од нас живеат во мулти-културни, мулти-етнички општества во нашите држави, карактеристика што стана заедничка за ваквите општества, а децата кои живеат во таква средина, секојдневно се изложени на идеи и мислења кои излегуваат надвор од оние кои потекнуваат од нивните родители и нивното училиште. Меѓу-човечките односи надвор од родителскиот покрив и модерните средства на комуникација, без сомнение придонесуваат кон тоа. Како резултат на тоа, децата се навикнуваат на тоа да добиваат разновидни и често спротивставени идеи и мислења, кога улогата и на училиштето и на родителите во овие прашања има помало влијание.

(iii) како резултат на променетиот состав на нашите општества, се потешко е државата да се грижи за индивидуалните потреби на родителите во однос на едукативните прашања. Би кажал дури и дека нејзината главна грижа, а тоа е и легитимна грижа, би требало да биде понудување образование на децата кое ќе им обезбеди целосна интеграција во општеството во кое живеат и да ги подготви ефективно и на најдобар можен начин да се справат со очекувањата кои ги има општеството од неговите членови. Иако оваа карактеристика на образованието не е нова – постои од памтивек – таа од неодамна се стекна со поголема важност поради специфичностите на нашето време и составот на денешните општества. И повторно, должностите на државата значително се променија, префрлајќи ја грижата на родители на грижа на општеството во целина, на тој начин, намалувајќи ја можноста на родителот да го утврди видот на образование надвор од својот дом какво што сака да има неговото дете.

Значи, ми се чини дека за разлика од другите гаранции од Конвенцијата, во однос на што праксата на Конвенцијата го зголеми опсегот на заштита, вклучувајќи го и правото на образование – правото на родителите согласно втората реченица од член 2 од Протоколот бр. 1 изгледа не добива на вредност во вежбата за изнаоѓање рамнотежа во тестот на сразмерност .

Од другата страна на приказната пак, другиот дел од равенката за сразмерност се наоѓа правото на општеството – рефлектирано во мерката на властите да ги задржат распетијата на сидовите во училниците во државните училишта – да ги манифестира нивните (мнозински) религиозни верувања. Дали во околностите на случајот, ова право преминува преку правото на родителите да ги едуцираат

децата во согласност со својата религија Дали во околностите на случајот, ова право преминува преку правото на родителите да ги едуцираат децата во согласност со својата религија – и уште поспецифично во околностите на случајот – и со нивните филозофски убедувања?

Одговорот треба да се даде со толкување на праксата на Конвенцијата и со нејзина примена на околностите на овој случај. Првото прашање што мора да се реши е прашањето на Европскиот консензус. Дали постои Еевропски консензус во однос на ова прашање – дозволување, воведување или забранување на поставување на Христијански религиозни симболи во државни училишта – што би требало да ја утврди позицијата на Судот во однос на ова прашање?

Одговорот е јасен од оваа пресуда на Судот и од делот кој се однесува на преглед на правото и праксата на земјите членки на Советот на Европа кои се однесуваат на присуството на религиозни симболи во „државни училишта“ (види ставови 26 et seq.): нема консензус меѓу Европските држави со кој се забранува присуството на такви религиозни симболи, а само неколку држави експлицитно тоа го забрануваат. Секако, постои се поголем тренд на утврдување на можноста за поставување распетија во државните училишта – главно преку одлуки на повисоките национални судови – но бројот на земји кои донеле мерки за забрана на поставување распетија на јавни места и обемот на национална судска активност. Не му дозволуваат на Судот да претпостави дека постои консензус за нивно непоставување. Ова особено важи доколку се земе предвид дека има неколку земји во Европа каде што христијанската религија е се уште официјална или доминантна религија, а како што забележав некои земји со закон или во пракса дозволуваат распетија да бидат поставувани на јавни места.

Треба да се забележи дека иако зборуваме за прашањето на консензус, Судот е суд, а не легислативно тело. Секогаш кога започнува потрага по границите на заштитата на Конвенцијата, тој внимателно го зема предвид постоечкиот степен на заштита на ниво на Европските држави; секако, тој може да си дозволи да ја развие таа заштита на ниво кое е повисоко од понуденото од тужената држава, доколку постојат силни показатели дека голем број други европски држави веќе го усвоиле тој степен на заштита или пак, да постои јасен тренд на зголемено ниво на заштита. Ова начело не може позитивно да се примени во овој случај, иако постои таков новопојавен тренд на забрана на прикажување религиозни симболи во јавни институции.

Од аспект на фактот дека постои различна пракса во европските држави во однос на ова прашање, единствена насока која му останува на Судот за постигнување на вистинската рамнотежа меѓу засегнатите права произлегува од неговата претходна судска пракса. Клучните

зборови кои потекнуваат од претходната судска пракса се „неутралност и непристрасност“. Како што Судот веќе забележа во претходната пресуда, „Државите имаат должност да осигураат неутралност и непристрасност, практикување на различни религии, вери и верувања. Нивната улога е да помогнат во одржување на јавниот ред, религиозната хармонија и толеранција во едно демократско општество, особено меѓу две спротивставени групи“ (види став 60, *in fine*).

Сметам дека е неоспорно дека прикажувањето на распетија во државните училишта во Италија има религиозен симболизам којшто влијае на обврската за неутралност и непристрасност на државата, и покрај фактот дека во модерното општество во Европа, се чини дека символите постепено губат на тежина во смисла на она што го имале во минатото, а реалните социјални и идеолошки вредности сега се утврдуваат со еден попрагматичен и рационалистички пристап, за големи сегменти од населението.

Прашањето што сега се појавува е дали прикажувањето на распетија влијае не само на неутралноста и непристрасноста, што е јасно, туку и дали степенот на трансгресија ја оправдува повредата на Конвенцијата во околностите на овој случај. Јас би заклучил, иако не без никакво двоумење, дека не ја оправдува, во согласност со основното образложение во пристапот на Судот, и посебно, со оглед на улогата на религијата на мнозинството во Италијанското општество (види став 71), во основа пасивниот карактер на символот, кои не може да доведат до индоктринација (види став 72), како и со едукативниот контекст во кој се појавува распетието на сидовите во државните училишта. И како што се наведува во пресудата „[п]рво, присуството на распетија не се поврзува со задолжително учење за Христијанството... Второ ... Италија ја отвора училишната средина паралелно и со другите религии. Во врска со ова, Владата посочи дека не е забрането учениците да носат шами за глава или други симболи или облека со религиозна конотација; возможно е да се направат други аранжмани за школувањето да се вклопи и во другите религиски практики кои не се дел од религијата на мнозинството; ... и дека може да се организира факултативно религиско образование во училиштата за „сите признаени религиозни верувања“ (види став 74 од пресудата). Овие елементи кои покажуваат религиозна толеранција изразена преку еден либерален пристап што овозможува слободно манифестирање на

религиските убедувања за сите вероисповести во државните училишта, според мене, претставуваат голем фактор за „неутрализирање“ на симболичката важност на присуството на распетија во државните училишта.

Би рекол исто така и дека истиот овој либерален пристап му служи на концептот на „неутралност“; другата страна на паричката, на пример, би било правило на забрана на какви и да е религиозни симболи да се прикажуваат на јавни места.

СОГЛАСНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈАТА BONELLO

1.1 Судот за човекови права не смее да си дозволи да заболи од Алцхајмерова болест. Тој нема право да го игнорира културниот континуум на развојот на нацијата низ времето, ниту пак да го игнорира она што со тек на вековите служело за моделирање и дефинирање на профилот на еден народ. Ниту еден супранационален суд нема потреба да ги заменува сопствените етички модели за квалитетите кои историјата ги изгавирала врз националниот идентитет. Судот за човекови права има функција на заштита на човековите права, но никогаш не игнорира дека „обичаите се само каприц кој минува“. Тие еволуираат со тек на време, и се стврдуваат заедно со историјата, прераснувајќи во еден културен цемент. Тие стануваат дефинирачки, севажни ознаки на идентитет на нации, племиња, религии, лица¹.

1.2 Еврпски суд не треба да биде повикан да разбива вековна европска традиција. Ниту еден суд, а секако не овој Суд, не смее да ги ограби Италијанците од дел од нивниот културен карактер.

1.3 Верувам дека пред да иницираме крстосна војна за да го демонизираме распетието, треба да започнеме со поставување на присуството на тој амблем во италијанските училишта во неговата правилна историска перспектива. Со векови, речиси единствената едукација во Италија ја вршеше Црквата, нејзините религиозни редови и организации – и уште некои други, помалку. Повеќето, ако не и сите училишта, колеџи, универзитети и други институции за учење во Италија се основани, финансирани или управувани од страна на Црквата. Темелите на историјата ги претворија едукацијата и Христијанството во речиси едно-заменливи поими, а освен тоа, вековното присуство на распетија во италијанските училишта не треба да биде шок или некакво изненадување. Всушност, неговото отсуство би требало да дојде како шок или изненадување.

1.4 Се до неодамна, „секуларната“ држава одвај и да се занимаваше со едукацијата, и како по правило, ја делегирала таа основна функција на Христијанските институции. Постепено, државата почна да ја презема одговорноста да едуцира и да му понуди алтернативи на населението за религискиот монопол во образиванието. Присуството на распетија во италијанските училишта е само доказ за оваа неоспорна и милениумска реалност – може дури да се каже дека распетијата се тука откако и училиштата се тука. А сега, еден суд во стаклена кутија оддалечен илјадници километри е ангажиран прекуноќ да даде вето на нешто што преживеало многубројни генерации. Судот е замолен да биде учесник во акт на културен вандализам. Верувам дека Вилијам

¹ Justin Marozzi, *Човекот што ја измисли историјата*, John Murray, 2009, стр. 97

Фолкнер (William Faulkner) стасал до суштината на проблемот: минатото никогаш не е мртво. Всушност, тоа не е ни минато.² Ви се допаѓало тоа или не, парфемите и смрдеата на историјата секогаш ќе бидат со вас.

1.5 Неинформиран нон-сенс е да се изјави дека присуството на распетија во италијанските училишта е резултат на реактивна фашистичка мерка донесена „меѓу две голтки ричиновско масло“ од страна на *Signor* Мусолини. Неговите дописи претставуваа само формално известие за една историска реалност која му претходела неколку векови, а, *pace*, витрилот против распетијата на г-ѓа Лаутси, може сепак да го надживее уште долго време. Овој Суд треба да биде многу внимателен во земањето слобода со слободите на другите народи, вклучувајќи ја и слободата на негување на нивниот сопствен културен отпечаток. Без разлика што е тоа, не може да се поправи. Нациите не ја дизајнираат својата историја туку така и ненадејно.

1.6 Скандирањето на италијанскиот училишен календар, понатаму, сведочи за замрсените историски врски меѓу едукацијата и религијата, тврдокорни врски кои опстоија низ вековите. Децата на училишна возраст до ден денес работат на деновите посветени на паганските богови (Дијана/Луна, Марс, Херкулес, Јупитер, Венера, Сатурн), а се одмораат во недела (*domenica*, денот на Господ). Училишниот календар многу блиску го следи и религиозниот календар – празниците се совпаѓаат со христијанските празници: Велигден, Божик, Великиот пост, Карневал (*carnevale*, време кога црковната дисциплина дозволува јадење месо), Водици, Духовден, Успение на Пресвета Богородица, Празник на телото и крвта и Исус, Бадник, Ден на сите светци, Задушница: што претставува годишен циклус кој е многу појасно несекуларистички од распетието на некој ѕид. Молам, госпоѓа Лаутси во свое име и во име на секуларизмот да не ги вбројува услугите на овој Суд меѓу останатите мерки за осигурување потиснување на италијанскиот училишен календар, што е уште едно христијанско културно наследство кое преживеало низ вековите без никаков доказ на непоправлива штета на напредокот на слободата, еманципацијата, демократијата и цивилизацијата.

Кои права? Слобода на религија и свест?

2.1 Проблемот во овој спор уште повеќе се зголеми поради немањето јасност и дефиниција, за жал. Конвенцијата грижливо ја заштитува слободата на религија и на свест (член 9). Ништо помалку, очигледно, но нешто повеќе.

² Реквием за калуѓерка, 1951 година.

2.2 Заедно со слободата на религија, во цивилизираните општества се разви каталог на значајни (често пофални) вредности кои се познати но различни од слободата на религија, како што се секуларизам, плурализам, одвојување на Црквата од државата, религиозна неутралност, религиозна толеранција. Сите овие претставуваат супериорни демократски придобивки во кои Договорните држави може слободно да инвестираат или да не инвестираат, и многу од нив го сторија токму тоа. *Но ова не се вредности кои се заштитени со Конвенцијата*, и фундаментално погрешно е да се жонглира со овие различни концепти како да се тие заменливи со слободата на религија. За жал, траги од вакво, но не и ригорозно претерување се појавуваат и во праксата на Судот.

2.3 Конвенцијата му допушти на овој Суд да ја спроведува слободата на религија и на свест, но не му дава овластување да ги закарува државите за секуларизам или пак да ги принудува земјите да влегуваат во шеми на религиозна неутралност. Секоја индивидуална држава треба да одбере дали ќе биде секуларна и дали, и до кој степен, сака да ја одвои Црквата и власта. Она што државата не треба да го прави е некому да одбие слобода на религија и свест. Една огромна аксиоматичка бездна го одвојува едниот прескриптивен концепт од другите непрескриптивни концепти.

2.4 Повеќето аргументи кои ги наведува апликантот го повикуваат Судот да осигура одвојување на Црквата и државата и да спроведе режим на асептичен секуларизам во италијанските училишта. Во основа, ова не би требало да биде работа на Судот. Овој Суд треба да се погрижи г-ѓа Лаутси и нејзините деца целосно да го уживаат нивното фундаментално право на слобода на религија и свест. Точка.

2.5 Конвенцијата - веќе докажано – помага со својот детален и исцрпен список на тоа што навистина значи слободата на религија и свест, и ќе сториме добро доколку ги имаме на ум овие институционални ограничувања. Слободата на религија *не е* секуларизам. Слободата на религија *не е* одвојување на Црквата од државата. Слободата на религија *не е* религиозна еквидистанца – сите заводнички значења, а за ниту едно од нив Судот не е назначен за старател. Во Европа, секуларизмот е факултативен избор, слободата на религија не е.

2.6 Слободата на религија и слободата од религија, во основа, се состојат во правата на слободно практикување на религија по избор на индивидуата, правото на слободно менување на религијата, правото на неприфаќање на религија и правото да се манифестира нечија религија преку верување, обожување, учење и обичаи. Овде каталогот на Конвенцијата застанува, пред да промовира секуларизам на некоја држава.

2.7 Релативно скромната функција на овој Суд останува утврдувањето на тоа дали изложувањето на нешто што некому му е христијански

символ, а на друг културен додаток во училиниците во државните училишта влијаело на некој начин на основното право на г-ѓа Лаутси и нејзините деца на слобода на религија – како што е тоа дефинирано од страна на самата Конвенција.

2.8 Верувам дека секој може убедливо да се обиде да аргументира дека присуството на распетија во италијанските државни училишта може да ја повреди доктрината на секуларизмот и на одвојувањето на Црквата и државата. Во исто време, пак, не верувам дека некој може убедливо да тврди дека присуството на распетијата на некој начин влијаело на правото на семејството Лаутси на практикување на која и да било религија по нивен избор, да ја променат својата религија, да немаат воопшто никаква религија или пак да ги манифестираат своите верувања, доколку ги има, преку обожување, учење и практикување обичаи, или пак, со нивното право веднаш да одбијат нешто што сметаат дека е невкусно суеверно губре.

2.9 И со и без распетија на ѕидовите во училишницата, семејството Лаутси уживало речиси апсолутна и непречена слобода на свест и религија, како што е тоа утврдено со Конвенцијата. Присуството на распетие во државната училишница може веројатно да се гледа како предавство на секуларизмот и неоправдлив неуспех на режимот да ги одвои Црквата и државата – но, на овие доктрини, колку и да се привлечни и маѓепсни, никаде не им е даден мандат во Конвенцијата, ниту пак се тие неопходни конститутивни елементи на слободата на свест и религија. Италијанските власти, а не Судот се тие што треба да го спроведат секуларизмот, доколку сметаат дека тој претставува или треба да претставува дел од италијанската конститутивна архитектура.

2.10 Имајќи ги предвид историските корени на присуството на распетијата во италијанските училишта, нивното отстранување од местото каде што тивко и пасивно стоеле со векови, едвај дека ќе претставуваше манифестирање на неутралност од страна на државата. Нивното отстранување ќе беше позитивно и агресивно усвојување на агностицизмот или на секуларизмот - и ќе беше се, ама не неутрално. Оставањето на симболот да стои на местото каде што отсекогаш стоел не е акт на нетолеранција од страна на верниците или културните традиционалисти. Неговото поместување би било акт на нетолеранција од страна на агностиците и секуларистите.

2.11 Милиони деца во Италија низ вековите биле изложени на распетија во училиштата. Ова ниту ја претвори Италија во исповедна држава, ниту пак Италијанците во граѓани на теократија. Апликантите не успеаја да презентираат пред Судот никакви докази дека лицата изложени на распетијата ја загубиле својата целосна слобода за манифестирање на индивидуалните и лични религиозни убедувања или пак нивното право да се одречат од некоја религија. Присуството на распетие во училишница по се изгледа не попречило некој Италијанец во

неговата/нејзината слобода да верува или не, да го прифати атеизмот, агностицизмот, анти-клерикализмот, секуларизмот, материјализмот, релативизмот, индоктринирачката ирелигиозност, да се одрече, апостазира или да прифати какво и да сака убедување или „ерес“ по свој избор кои сметаат дека се доволно привлечни, со истиот жар и уживање со кои останатите ја прифаќаат христијанската вера. Доколку беше презентираан таков доказ, ќе бев гласен во давањето на мојот глас за утврдување на повреда на Конвенцијата.

Кои права? Право на образование?

3.1 Член 2 од Протоколот бр. 1 го гарантира правото на родителите да се осигураат дека *учењето* на нивните деца е во согласност со нивните сопствени религиозни и филозофски убедувања. Судот треба да го надгледува и да осигура почитување на ова право.

3.2 Дали тивкото и пасивно присуство на симбол во училиница во италијанско училиште означува „учење“? Дали тоа го попречува уживањето на гарантираното право? Колку и да се трудам, не гледам како тоа може да е случај. Конвенцијата специфично и ексклузивно во училиштата забранува *учења* кои се непожелни за родителите поради религиозни, етички и филозофски причини. Клучниот збор овде е секако „учење“ и се сомневам во тоа дека немото присуство на симбол на европски културен континуитет би можело да претставува учење во некоја смисла на овој релативно недвосмислен збор.

3.3 Според мене, она што го забранува Конвенцијата се каква и да е индоктринација, озлогласена или застранета, агресивна заплена на млади умови, инвазивен прозелитизам, поставување на некоја пречка од страна на јавниот образовен систем за признавање на атеизмот, агностицизмот или другите религиозни опции. Самото поставување на безгласна сведожба на еден историски симбол, кој е значителен дел од европското наследство, никако не може да се сфати како „учење“, ниту пак тоа може значително да го поткопа фундаменталното право на родителите да утврдат која - ако воопшто некоја – религиозна ориентација треба да ја следат нивните деца.

3.4. Но, дури и ако претпоставиме дека самото постоење на безгласен предмет би требало да се сфати како „учење“, апликантите не одговорија на едно многу посуштинско прашање на сразмерност, кое е тесно поврзано со уживањето на фундаментални права кога ти се во конфликт со правата на другите – за урамнотежувањето кое треба да се направи на спротивставените интереси.

3.5 Сите родители на сите триесет ученици во една италијанска училиница еднакво го уживаат фундаменталното право на Конвенцијата за нивните деца да добијат учење кое е во согласност со нивните сопствени религиозни и филозофски убедувања, исто како и родителот

на децата Лаутси. Родителите на еден ученик сакаат да добијат школување „без распетие“, а родителите на останатите дваесет и девет деца, уживајќи во својата еднакво фундаментална слобода на одлучување, сакаат тоа школување да биде „со распетие“. Досега никој не предложи причина зошто треба да надвлее волјата на родителите на еден ученик над волјата на родителите на останатите дваесет и девет ученици. Родителите на дваесет и деветте деца имаат фундаментално право, еднакво по сила и пропорционално по интензитет нивните деца да добијат учење кое е во согласност со нивните сопствени религиозни и филозофски убедувања, без разлика дали се неутрални или пак симпатизери на прашањето со распетието. Г-ѓа Лаутси не може да си додели дозвола да го поништи тоа право на сите останати родители на сите останати деца во таа училишница, кои сакаат да го уживаат истото право кое таа бара од Судот да им го забрани на други.

3.6 Отстранувањето на распетието поттикнато од г-ѓа Лаутси никако не би претставувало мерка која би осигурала неутралност во училишницата. Тоа би било воведување на непријателска филозофија за распетие од страна на родителите на едно дете врз рецептивната филозофија за распетие на родителите на останатите дваесет и девет деца. И ако родителите на еден ученик се повикаат на правото да го одгледуваат своето дете во отсуство на распетие, тогаш и родителите на останатите дваесет и девет треба да може да се повикаат на истото право на негово присуство, како традиционален христијански амблем или пак, само како културен сувенир.

На страна

4.1 Од неодамна, овој Суд беше повикан да утврди дали забраната утврдена од Турските власти за дистрибуција на романот на Guillaume Apollinaire *Les onze mille verges* би можело да биде оправдана во едно демократско општество. Тој роман не би се квалификувал како силна порнографија само доколку грубо се игнорираат современите стандарди на морал³. А сепак, Судот машки застапа и го спаси тоа размачкано темно ѓубре аргументирајќи дека претставува дел од Европското културно наследство⁴.

4.2 Ќе беше навистина бизарно според мене овој Суд да го заштити и зачува незаконското и претераното изнесување одвратни непристојности на основа на неговата особено бледа заслуга за

³ Википедиа го класифицира ова дело како „порнографски роман“ во кој авторот ги истражува сите аспекти на сексуалноста; видови садизам со мазохизам; ондинизам/копрофилија со вампиризам; педофилија со геронтофилија; мастурбација со групен секс; лезбејство со хомосексуалност.. Романот просто врие од пеколни задоволства.

⁴ *Akdaş против Турција*, бр. 41056/04, 16 февруари 2010 година.

„Европско наследство“, а истовремено, да му ускрати таква вредност на Европско наследство на амблем кој низ вековите е признаен од милиони Европјани како безвременски симбол на искупување преу неизмерна љубов.

СОГЛАСНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈАТА POWER

Овој случај покренa некои прашања што се однесуваат на опсегот на одредени одредби од Конвенцијата, па реструктурирањето на неколку грешки во пресудата на Советот од страна на Големиот совет беше и неопходна и соодветна. Основната исправка се состои во утврдувањето дека одлуката за тоа дали распетијата треба да бидат присутни во училиниците во државните училишта, во основа е прашање кое спаѓа во полето на слободна проценка на тужената држава (§ 70). Во реализирањето на својата надзорна улога, Судот во својата пракса¹ утврдил дека ефектот на „надмоќна видливост“ во училишната средина која државата може да ја пренесе преку религијата на мнозинството, всушност, само по себе не е доволен за да укажува на процес на индоктринација со кој би се утврдила повреда на член 2 од Протоколот бр. 1 (§ 71)

Големиот Совет исто така го исправи и релативно шпекулативниот заклучок во пресудата на Советот (види § 55) во однос на „особено високиот“ ризик од емотивно вознемирување кој присуството на распетија може да го предизвика кај деца кои се верници во други религии или воопшто не се дел од некоја религија. Со оглед на критичната важност на „доказот“ во секоја судска постапка, Големиот Совет со право забележа дека немало докази презентирани пред Судот кои би укажале на некакво влијание кое присуството на религиозен симбол би можело да го има врз учениците (§ 66). Признавајќи го како „разбирливо“ сфаќањето на првиот апликант за немање почит кон нејзините права, Големиот Совет потврди дека нејзината субјективна перцепција не е доволна за да се утврди повреда на член 2 од Протоколот бр.1. Првиот апликант можеби се навредува од присуството на распетија во училиниците, но постоењето на право на „ненавредување“ никогаш не е ниту признаено со Конвенцијата. Поништувајќи ја пресудата на Советот, Големиот Совет само го потврдува телото на селектираната судска пракса (имено според член 10) со што се признава дека еден обичен „прекршок“ не е нешто за кое едно лице може да биде имунизирано согласно право.

Сепак, имаше уште еден фундаментален и според мене, погрешен заклучок во пресудата на Советот по однос на кој Големиот Совет не коментираше и кој, повторно, според мене, бара објаснување. Советот со право се повикува на должноста на државата да ја почитува религиската неутралност во јавното образование (§ 56). Но, Судот продолжува во заклучок кој е погрешен, дека оваа должност бара ефективно претпочитање или издигнување на една идеологија (или

¹ Види *Folgerø u други против Норвешка* [GC], бр. 15472/02, § 89, ЕКЧП 2007-VIII; види исто *Hasan u Eylem Zengin против Турција*, бр. 1448/04, § 63, ЕКЧП 2007-XI

тело на идеи) над сите други религиозни и/или филозофски перспективи или глобални ставови. Неутралноста бара плуралистички пристап на државата, а не секуларистички. Таа поттикнува почитување на сите гледишта низ светов, а не на едно. Според моето мислење, одлуката на Советот е извонредна во непризнавањето дека секуларизмот (кој беше всушност посакуваното верување или гледиште апликантот) сам по себе, е една идеологија меѓу другите. Давањето предност на секуларизам пред алтернативните гледишта во светот – без разлика дали религиозни, филозофски или други – не е неутрално мислење. Конвенцијата бара почитување на убедувањата на првиот апликант во делот што се однесува до едукацијата и учењето на нејзините деца. Таа не бара таква претпочитана опција и не обезбедува поддржување на *таквите* убедувања пред и над сите останати.

Во своето одвоено мислење, судија Bonello посочува на фактот дека во европската традиција, образованието (а според мене и вредностите на човеково достоинство, толеранција и почит спрема индивидуата без кои што немаше да има цврста основа за заштита на човековите права), историски гледано, се вбројува, меѓу другото, во христијанската традиција. Да се забрани прикажување на симбол кој е претставник на таа (или пак која и да е друга религиозна) традиција и да се бара од државата да води не плуралистичка, туку секуларистичка агенда во државните училишта, без оглед на желбите на политичка група, носи ризик од навлегување на територијата на нетолеранцијата – концепт кој е сосема спротивен на вредностите на Конвенцијата.

Апликантите се жалат за наводно прекршување на нивните права на слобода на мисла, свест и религија. Јас не можам да најдам никакво влијание врз нивната слобода да ги манифестираат своите лични верувања. Повреда на член 9 не е „престап“ туку „принуда“². Тој член не создава право на ненавредување од манифестирањето на религиозни верувања на други, дури и кога на тие верувања им е „дадена“ „надмоќна видливост“ од страна на државата. Прикажувањето на религиозен симбол не принудува ниту пак присилува некое лице, ниту пак го спречува да прави нешто. Тоа не бара вклучување во никаква активност, иако можеби може да инцира или стимулира дискусија и отворена размена на мислења. Тоа не го спречува лицето да ја следи сопствената свест, ниту пак го прави неизбежно манифестирањето на сопствените верувања и идеи на тоа лице.

Големиот Совет утврди дека присуството на распетието, во основа е пасивен симбол и дека токму оваа поента е од голема важност во однос на начелото за неутралност. Се согласувам со Судот за овој заклучок во смисла на тоа дека пасивноста на симболот во никој случај не е

² Види *Buscarini и други против Сан Марино* [GC], бр. 24645/94, ЕКЧП 1999-I; види исто Врховниот Свет Совет на муслиманската заедница против Бугарија, бр. 39023/97, 16 декември 2004 год.

изнудувачка. Сепак, морам да признаам, дека во принцип, симболите (без разлика дали религиозни, културни или други) се носачи на значење. Тие можеби се неми, но сепак, зборуваат многу, без да го прават тоа на принудувачки или индоктринирачки начин. Неоспорениот доказ пред Судот е дека Италија ја отвора училишната средина за повеќе различни видови религии, а не постојат докази за покажана нетолеранција кон неверниците или оние кои имаат нерелигиозни филозофски убедувања. Може да се носат исламски шамии за глава. „Често се прославуваат“ почетокот и крајот на Рамазан. Во еден таков плуралистички и религиозно толерантен контекст, Христијанскиот симбол на сид претставува само уште еден различен поглед на светот. Претставувањето и вклучувањето во различни такви погледи на светот е фундаментален дел од едукативниот процес. Тоа дејствува стимулативно во отворање на дијалог. Вистински плуралистичкото образование вклучува и изложеност на разновидни различни идеи, и идеи кои се различни од сопствените. Дијалогот станувавозможен, и можеби, е најзначаен кога станува збор за вистинска разлика на мислења и искрена размена на ставови. Кога се реализира во атмосфера на отвореност, љубопитност, толеранција и почит, дијалогот може да доведе до поголема јасност и визија затоа што поттикнува критичко размислување. Едукацијата не би била таква каква што е ако децата не се изложени на различни перспективи од животот, со имаат можност да ја научат важноста од почитувањето на разновидноста.

ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈАТА MALINVERNI КОН КОЕ СЕ ПРИКЛУЧИ СУДИЈАТА КАЛАЈЦИЕВА

(Превод)

1. Големиот Совет заклучи дека немало повреда на член 2 од Протоколот 1 врз основа на тоа дека “одлуката за тоа дали распетијата треба да бидат присутни во училиниците во државните училишта, во основа, претставува прашање кое спаѓа во полето на слободна проценка на тужената држава“ (види став 70, и став 69).

Не се согласувам со таквото аргументирање иако доктрината за слободната проценка може да биде корисна, па дури и погодна, тоа претставува алатка која треба внимателно да се користи затоа што опсегот што таа проценка ќе го развие, ќе зависи од многу фактори: релевантното право, сериозноста на повредата, постоењето на европски консензус, итн. Судот на овој начин потврдува дека „опсегот на оваа слободна проценка не е секогаш идентичен, туку варира зависно од контекстот... Релевантните фактори го вклучуваат карактерот на релевантното право на Конвенцијата, неговата важност за индивидудата, како и природата на релевантните активности¹“. Правилната примена на оваа теорија значи ќе зависи од важноста што ќе му се придава на секој од овие различни фактори. Кога Судот ќе уважи тесна слободна проценка, вообичаено ќе утврди и повреда на Конвенцијата; кога ќе укаже широка слободна проценка, тужената држава вообичаено би била „ослободена од обвинувањата“.

Во овој случај, токму потпирајќи се на немањето Европски консензус, Големиот Совет си дозволи да се повика на доктрината на слободна проценка (види став 70). Во оваа насока, би забележал дека освен во Италија, уште во мал број земји кои се членки на Советот на Европа (Австрија, Полска, некои региони на Германија (*Länder*) – види став 27) постојат експлицитни одредби за присуството на религиски симболи во државните училишта. Во најголем број земји членки, ова прашање не е посебно регулирано. Во оваа смисла, мислам дека е тешко да се извечат конечни заклучоци во вакви околности во однос на Европскиот консензус.

Патем, во врска со регулативите што го опфаќаат ова прашање, би сакал да посочам дека присуството на распетија во италијанските државни училишта има многу слаба основа во правото: еден стар кралски указ од 1860 година, фашистичко циркуларно писмо од 1922 година, и уште кралските укази од 1924 и 1928 година. Ова се значи,

¹ *Buckley против Обединетото Кралство*, 25 септември 1996 г., § 74, *Извештаи на пресуди и одлуки*, 1996-IV.

многу стари инструменти кои немаат демократска легитимност бидејќи не се донесени од страна на Парламентот.

Она што мислам дека е, сепак, поважно е дека кога било потребно донесување одлука во однос на ова прашање, европските врховни или уставни судови секогаш – без исклучок – давале предност на начелото на неутралност на државата кон сите видови вероисповести: германскиот Уставен Суд, швајцарскиот Сојузен Суд, полскиот Уставен Суд и, во малку поинаков контекст, и италијанскиот Касациски суд (види ставови 28 и 23).

Како и да е, едно е сигурно: доктрината на слободна проценка во никакви околности не смее да го ослободи Судот од должноста да ја врши функцијата која му е доделена во согласност со член 19 од Конвенцијата, односно да осигура почитување на обврските преземени од Високите Договорни страни во Конвенцијата и нејзините Протоколи. Зборовите во втората реченица од член 2 од Протоколот бр. 1 воведуваат *позитивна* обврска за државите да го почитуваат правото на родителите да обезбедат образование и учење според сопствените религиозни и филозофски убедувања.

Оваа позитивна обврска произлегува од глаголот „почитување“ кој се појавува во член 2 од Протоколот бр. 1. И како што Големиот совет со право истакнува „покрај главно негативната обврска, овој глагол воведува одредена позитивна обврска од страна на Државата (види став 61). Таквата позитивна обврска може дури да се толкува и како воведување на позитивна обврска за државите да создадат средина на *толеранција* и *заемна почит* меѓу своето население.

Може ли да се смета дека Државите правилно ја почитуваат таа позитивна обврска кога водат сметка главно за верувањата на мнозинството? Уште повеќе, дали обемот на полето на слободната проценка е ист кога националните органи се тие кои треба да испочитуваат *позитивна* обврска и кога треба да исполнат обврска на *воздржување*? Мислам, не. Всушност, многу повеќе сметам дека кога државите се обврзани со позитивни обврски, нивната слободна проценка е многу помала.

Во секој случај, според судската пракса, слободната проценка е предмет на европска супервизија. Задачата на Судот значи се состои во тоа да се осигура да не биде пречекорена границата на слободната проценка. Во овој случај, потврдувајќи дека утврдувањето на присуство на распетија во училиниците во државните училишта, регулативите даваат доминантна видливост на религијата на мнозинството во училишната средина, Големиот совет зазел став дека „тоа само по себе не е доволно, сепак, да... се утврди повреда на барањата од член 2 од Протоколот бр. 1“. Јас не можам да го споделам тој став.

2. Денес живееме во мулти-културно општество, каде што ефективната заштита на религиозната слобода и на правото на едукација бараат строга *неутралност* на Државата во едукацијата во државните училишта, која мора да ги преземе сите напори за да го промовира плурализмот во едукацијата како фундаментална карактеристика на демократското општество во рамки на значењето на Конвенцијата². Начелото за неутралност на државата дури е експлицитно препознаена од страна на италијанскиот Уставен суд, кој својот став дека државата мора да изгради став на непристрастност кон религиозните верувања го изградил врз основа на фундаменталното начело на еднаквоста на сите граѓани и забраната за дискриминација по било која основа³.

Втората реченица од член 2 од Протоколот бр. 1 имплицира дека државата исполнувајќи ги функциите што ги презела во однос на едукацијата и учењето, мора да води сметка знаењето да биде пренесувано на објективен, критичен и плуралистички начин. Училиштата треба да бидат место на спојување на различни религии и филозофски убедувања, каде што учениците можат да стекнат знаење за нивните размислувања и традиции.

3. Овие начела се валидни не само при составување и планирање на *наставната програма*, за кои не станува збор во овој случај, туку исто така и за *училишната средина*. Член 2 од Протоколот бр. 1 утврдува дека при реализирањето на која и да било функција што таа ќе ја преземе во врска со едукацијата и учењето, државата го почитува правото на родителите да осигураат такво образование и учење кои се во согласност со нивните сопствени религиозни филозофски убедувања. Со други зборови, начелото на неутралност на државата за сите вероисповести важи не само за *содржината* на наставната програма, туку за *целиот образовен систем*. Во случајот *Folgerø*, Судот правилно посочува дека должноста која државите ја преземаат согласно таа одредба „е широка во смисла на тоа дека се однесува не само на *содржината* на образованието и на начинот на неговото реализирање, туку и на извршувањето на *сите функции* кои ги реализира државата“⁴.

Овој став го делат и националните и меѓународните тела. Така, во својот Општ Коментар бр.1, Комитетот за правата на детето при Обединетите Нации потврдува дека правото на едукација се однесува „не само на содржината на програмата, туку и на образовниот процес, педагошките методи и *средината* во која се реализира едукацијата, без

² *Manoussakis u други против Грција*, 26 септември 1996 г., § 47; *Kokkinakis против Грција*, 25 мај 1993 г., § 31

³ Италијански Уставен суд, пресуда бр. 508/2000.

⁴ *Folgerø u други против Норвешка*, 29 јуни 2007 г., § 84. Наши искосени букви

разлика дали е тоа дома, на училиште или на друго место⁵, но и дека „*училишната средина сама по себе* мора да ја одразува слободата и духот на разбирање, мир, толеранција, еднаквост на половите, како и пријателството меѓу сите народи, етнички, национални и религиозни групи“⁶.

Врховниот Суд на Канада исто така забележува дека училишната средина претставува интегрален дел од едукацијата без дискриминација: „За да се осигура едукативна *средина* без дискриминација, *училишната средина* мора да биде место каде што сите ќе бидат третирани подеднакво и каде што сите ќе бидат поттикнати целосно да учествуваат“⁷.

4. *Религиозните симболи* без сомнение се дел од училишната средина. Како такви, тие можеби ја попречуваат должноста на државата да одржува неутралност и влијаат врз религиозната слобода и право на образование. Ова е особено точно кога религиозен симбол се поставува пред ученици, па и против нивната волја. Како што забележа Германскиот Уставен Суд во својата позната пресуда: „Секако, во општество кое остава простор за различни религиозни убедувања, индивидуата нема право да биде поштедена од манифестирањето на верба, постапки на обожување или религиозни симболи. Сепак, ова мора да се одвои од ситуацијата создадена од државата кога индивидуата е изложена на одредена вера без можност да избега од нејзиното влијание, изложена на постапките преку кои таа се манифестира и на симболите преку кои се застапува“⁸. Тоа мислење го делеа и другите врховни или уставни судови.

Швајцарскиот Сојузен Суд утврди дека должноста за неутралност кон сите вероисповести доделена на државата е од посебна важност во државните училишта, каде што школувањето е задолжително. Тој продолжува тврдејќи дека како гарантор за неутралноста на училишниот систем кон сите вероисповести, државата не смее да ја манифестира сопствената наклонетост кон одредена вера, кога се работи за учењето, без разлика дали таа вера е вера на мнозинството или не, затоа што некои луѓе може да сметаат дека нивните религиозни убедувања се под влијание на постојаното присуство на училиште на симбол на религија на која тие не и припаѓаат.⁹

⁵ Комитет за права на детето, општ коментар бр. 1 од 4 април 2001 г., „Цели на образованието“, став 8. Наши искосени букви

⁶ *Idem*, став. 19. Наши искосени букви

⁷ Врховен Суд на Канада, *Ross против Училишна област на Њу Брунsvик (New Brunswick School District) бр. 15*, став 100

⁸ Германски уставен суд, BVerfGE 93, I I BvR 1097/91, пресуда од 16 мај 1995 год., § C (II) (1), неофицијален превод

⁹ Швајцарски Сојузен суд, ATF 116 Ia 252, *Comune di Cadro*, пресуда од 26 септември 1990 г., § 7

5. *Распетието* без сомнение е религиозен симбол. Тужената Влада аргументира дека во контекст на училишната средина, распетието го симболизира религиозното потекло на вредности кои сега станаа секуларни, како што се толеранцијата и заемната почит. На тој начин се исполнува една високо едукативна симболичка функција, без разлика од религијата која учениците ја практикуваат, затоа што тоа претставувало израз на една цела цивилизација и универзални вредности.

Според мене, присуството на распетијата во училиниците не вклучува само користење на симболи во еден специфичен историски контекст. Судот сметаше дека традиционалниот карактер на текстот – во општествена и историска смисла - што го користат членови на парламент при давањето заклетва на лојалност - не ја лишува самата заклетва од нејзиниот религиозен карактер¹⁰. Како што тоа го забележа Советот, негативната слобода на религија не е ограничена на отсуство на религиозни служби или религиозно образование. Тоа исто така важи и за симболите кои изразуваат верување или религија. Тоа негативно право заслужува посебна заштита ако државата е таа што прикажува религиозен симбол, а дизентерите се ставени во ситуација од која не можат да се извлечат¹¹. Дури и ако прифатиме дека распетието има повеќе значења, религиозното значење се уште останува доминатно значење. Во контекст на државното образование, тоа неопходно се доживува како составен дел од училишната средина, а може дури да се смета и за моќен екстерен симбол. Уште повеќе, забележувам дека дури и Италијанскиот Касациски суд го одби аргументот дека распетието симболизира вредности кои се независни од одредено религиозно верување (види став 67).

6. Присуството на распетија во училиштата може да ја прекрши религиозната слобода и правото на образование на децата во поголема мера во споредба со религиозната облека што можеби ја носи еден учител, како на пример исламската шамија за глава. Во овој пример, учителот може да се повика на сопствената слобода на религија, што исто така мора да се земе предвид и која што државата исто така мора да ја почитува. Јавните власти сепак, не смеат да се повикаат на такво право. Од аспект на сериозноста на прекршувањето на начелото на неутралност кон различните вериосповести на државата, ова ќе биде од помало значење кога јавните власти ја толерираат шамијата за глава во училиштата отколку кога истото го применуваат за присуството на распетија.

7. Влијанието кое што присуството на распетија во училиштата може да го има е неспоредливо со влијанието кое што тоа може да го има во

¹⁰ *Buscarini и други против Сан Марино* [GC], бр. 24645/94, ЕКЧП 1999-I

¹¹ *Лаутси против Италија*, бр. 30814/06, § 55, 3 ноември 2009 година

други јавни установи, на пример на гласачки места или на суд. И како што Советот со право посочи, во училиштата „уверливата моќ на државата се наметнува на умовите кои се уште немаат критички капацитет кој би им овозможил да се држат на страна од наклонетоста манифестирана од страна на државата“ (види § 48 од пресудата на Советот).

8. И да заклучам, ефективната заштита на правата гарантирани со член 2 од Протоколот бр. 1 и член 9 од Конвенцијата бара државите да водат најстрога сметка за обезбедување неутралност кон сите различни вероисповести. Ова не важи само за наставната програма, туку и за „училишната средина“. Со оглед на тоа дека основното и средното образование се задолжителни, државата не треба да им наметнува на учениците симбол на религија со кој тие не се идентификуваат, против нивна волја и без да бидат во можност да се отргнат од тоа. Така, тужената Влада го повредила член 2 од Протоколот бр.1 и член 9 од Конвенцијата.

СОВЕТ НА ЕВРОПА
ЕВРОПСКИ СУД ЗА ЧОВЕКОВИ ПРАВА

ПРЕДМЕТ: LOIZIDOU против ТУРЦИЈА

(Член 50)

(40/1993/435/514)

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

28 јули 1998 година

Оваа пресуда може да подлежи на редакциски измени се до моментот на нејзиното умножување во конечна верзија во *Извештаите за пресуди и одлуки*, 1998 година. Овие Извештаи се достапни кај издавачот Carl Heymanns Verlag KG (Luxemburger Straße 449, D - 50.939, Келн), кој, исто така, е должен да организира нивна дистрибуција, во соработка со агентите за одредени земји, во согласност со она што е наведено на другата страна.

Листа на агенти

Белгија: Etablissements Emile Bruylant (rue de la Regence 67, B-1000 Bruxelles)

Луксембург: Librairie Promoculture (14, rue Duchscher (плоштад Париз), В.Р. 1142, L-1011 Луксембург)

Pays-Bas/ Холандија: B.V. Juridische Boekhandel & Antiquariaat A Jongbloed & Zoon (Noordeinde 39 NL-2514 GC Lye / 's-Gravenhage)

РЕЗИМЕ¹

Пресуда изречена од страна на Големиот судски совет

Турција - барање за правичен надомест на штета во однос на заклучокот на Судот, во основната пресуда, за повреда на член 1 од Протоколот бр. 1 на Конвенцијата

I. ПРАВО НА ПРАВИЧЕН НАДОМЕСТ НА ШТЕТА

Заклучокот на Судот во основната пресуда дека одбивањето да се даде пристап на жалителот до сопствениот имот во северен Кипар и се припишува на Турција, е прашање за кое веќе е донесена пресуда (*res judicata*) - жалителот има право на надомест.

Заклучок: барањето на тужената држава е отфрлено (петнаесет гласови наспроти два).

II. МАТЕРИЈАЛНА ШТЕТА

Имајќи ја во предвид неизвесноста својствена во врска со проценката на економските загуби предизвикани од одбивањето на пристап до имотот, се доделува одредена сума на правична основа.

Заклучок: обвинетата држава треба да му ја исплати утврдената сума на жалителот (четиринаесет гласови наспроти три).

III. НЕМАТЕРИЈАЛНА ШТЕТА

Се доделува надомест заради претрпена болка, немоќ и фрустрација од страна на жалителот.

Заклучок: тужената држава треба да му ја исплати утврдената сума на жалителот (петнаесет гласови наспроти два).

IV. ТРОШОЦИ И ИЗДАТОЦИ НАПРАВЕНИ ОД СТРАНА НА ЖАЛИТЕЛОТ

Надоместени во целост.

¹ Ова резиме, кое е изготвено од страна на Секретарот, не е обврзувачко за Судот.

Заклучок: тужената држава треба да му ја исплати утврдената сума на жалителот (тринаесет гласови наспроти четири).

V. ТРОШОЦИ И ИЗДАТОЦИ НАПРАВЕНИ ОД СТРАНА НА КИПАРСКАТА ВЛАДА

Во основа, не е својствено државите кои ги застапуваат интересите на Конвенцијата да добијат надомест за направените трошоци и издатоци.

Заклучок: барањата на кипарската влада се отфрлени (едногласно).

СУДСКАТА ПРАКСА НА СУДОТ УПАТУВА НА

23.03.1995 година, Loizidou против Турција (прелиминарни приговори);

18.12.1996 година, Loizidou против Турција (основаност на случајот)

Во случајот Loizidou против Турција¹,

Европскиот суд за човекови права, заседавајќи, во согласност со правилото 51 од Деловникот А² на Судот, како Голем судски совет, составен од следниве судии:

г. R. BERNHARDT, *Претседател*,
г. F. GÖLCÜKLÜ,
г. L.-E. PETTITI,
г. A. SPIELMANN,
г. S. K. MARTENS,
г-ѓа E. PALM,
г. R. PEKKANEN,
г. A. N. LOIZOU,
г. M. MORENILLA,
Сер John FREELAND,
г. A. B. BAKA,
г. M. A. LOPES ROCHA,
г. L. WILDHABER,
г. G. MIFSUD BONNICI,
г. J. MAKARCZYK,
г. P. JAMBREK,
г. U. LÖHMUS,

како и г. H. PETZOLD, *Секретар*, и г. P. J. MAHONEY, *Заменик-секретар*,

Расправајќи на затворени седници на 29 ноември 1997 година и на 25 јуни 1998 година,

Ја донесе следнава пресуда во врска со 50 член, која беше усвоена на последно наведениот датум:

ПОСТАПКА

1. Случајот беше поднесен до Судот од страна на Владата на Република Кипар („кипарската влада“) на 9 ноември 1993 година, во рамките на тримесечниот период утврден во член 32 § 1 и член 47 од

¹ Забелешки од страна на Секретарот

Случајот е заведен под број 40/1993/435/514. Првиот број ја означува позицијата на случајот на списокот на случаи поднесени до Судот во соодветната година (вториот број). Последните два броја ја означуваат позицијата на случајот на списокот на случаи поднесени до Судот уште од неговото воспоставување и на списокот на соодветни апликации поднесени до Комисијата.

² Деловникот А на Судот се применува за сите случаи поднесени до Судот пред влегувањето во сила на Протоколот бр. 9 (1 октомври 1994 година), а потоа, само за случаите во врска со државите кои не се обврзани со тој Протокол (П9). Истиот е во согласност со Деловникот кој стапи во сила на 1 јануари 1983 година, кој е изменет неколку пати последователно..

Конвенцијата за заштита на човековите права и основните слободи („Конвенцијата“). Случајот беше инициран со жалбата (бр. 15318/89) против Република Турција („турската влада“), поднесена до Европската комисија за човекови права („Комисијата“) врз основа на член 25, од страна на кипарскиот државјанин, г-ѓа Titina Loizidou, на 22 јули 1989 година.

2. Во својата пресуда од 23 март 1995 година, Судот ги отфрли различните прелиминарни приговори покренати од страна на турската влада, но реши прелиминарниот приговор *ratione temporis* да го разгледа во врска со основаноста на жалбата (Серија А, бр. 310).

Во својата пресуда во однос на основаноста на случајот од 18 декември 1996 година („основната пресуда“), Судот го отфрли приговорот *ratione temporis* и утврди дека континуираното одбивање на пристап на жалителот до сопствениот имотот во северен Кипар, како и последователната загуба на целосна контрола врз имотот, се прашања кои спаѓаат во рамките на „правната надлежност“ на Турција, во рамките на значењето на член 1 од Конвенцијата, и, на тој начин, и се припишуваат на Турција. Судот, исто така утврди дека имало повреда на член 1 од Протоколот бр. 1 поради тоа што жалителот ефикасно ја загубил целосната контрола над својот имот, како и сите можности за негова употреба и уживање. Сепак, Судот смета дека немало мешање во правото на жалителот на почитување на нејзиниот дом, во согласност со член 8 од Конвенцијата (*Извештаи за пресуди и одлуки*, 1996-VI, стр. 2227-38, § § 31-66, и точките од 1 до 4 од оперативните одредби).

3. Поради тоа што прашањето за примената на член 50 не беше подготвено за одлучување по него, истото беше резервирано во основната пресуда. Судот ги повика турската влада и жалителот да достават, во рок од шест месеци, нивни писмени забелешки во врска со ова прашање, и, особено, да го известат Судот доколку успеат да постигнат каков било договор (*ibid.*, стр. 2238-39, § § 67-69, и точка 5 од оперативните одредби).

4. Откако не бил постигнат никаков договор, жалителот и турската влада ги поднесоа своите белешки на 23 и 24 јуни 1997 година. Извештај кој вклучува проценка на вредноста на имотот, во кој се утврдува основата за пресметување на загубата која ја претрпел жалителот, беше приложен кон белешката поднесена од страна на жалителот. Коментарите на делегатот на Комисијата беа доставени како одговор на поднесените белешки на 28 јули 1997 година.

5. Во своите белешки, турската влада ја оспори одлуката на Судот дека мешањето во правата на сопственост на жалителот и се припишува на Турција и се произнесе дека, имајќи ги предвид политичките и правните компликации кои можат да произлезат доколку се продолжи да се постапува со овој случај, Судот треба да го

одложи понатамошното разгледување на случајот, се додека не се постигне политичко решение за кипарското прашање.

6. На 30 август 1997 година, Судот го одби барањето на турската влада за одложување на постапката во врска со член 50 *на неопределено време* и ги повика жалителот, турската влада, кипарската влада и делегатот на Комисијата да достават дополнителни коментари во врска со член 50 кои тие би сакале да ги предочат, најдоцна до 31 октомври 1997 година. Исто така, беше одлучено да се одржи расправа во врска со ова прашање.

7. Согледувањата на кипарската влада беа доставени до Судот на 3 ноември 1997 година, а оние на жалителот и на турската влада на 4 ноември 1997 година. Делегатот посочи дека тој ќе се осврне на прашањата во текот на јавната расправа.

8. Во согласност со одлуката на Претседателот, јавната расправа се одржа во Зградата на човековите права, Стразбур, на 27 ноември 1997 година. Судот, претходно, одржа подготвителен состанок.

Пред Судот се појавија:

(а) *за Владата на Турција*

г. R. TÜRMEŦ, Амбасадор, Постојан претставник
на Турција во Советот на Европа,

Агент,

г. M. ÖZMEN, Советник за правни работи,
Министерство за надворешни работи,

г-ѓа D. AKSAŦ, Заменик на постојаниот претставник
на Турција во Советот на Европа,

Ко-

агенти,

г. H. GOLSONG,

Советник,

г. Z. NECATIGIL, Правен советник,

г. N. AKINCI, Заменик-генерален директор,
Министерство за надворешни работи,

г. H. GÜVEN, Заменик-генерален директор,
Министерство за надворешни работи,

Адвокат;

(б) *за Владата на Кипар*

г. A. MARKIDES, Правобранител,

Агент,

г. M. SHAW, Адвокат,

г. P. POLYVIU, Адвокат,

г-ѓа T. POLYCHRONIDU, Советник на Република А',

г-ѓа S. M. JOANNIDES, Советник на Република А',
Адвокати,
г-ѓа C. PALLEY, Консултант на Правобранителот,
Советник;

(в) за *Комисијата*
г. S. TRECHSEL,
Делегат;

(г) за *жалителот*
г. A. DEMETRIADES, Адвокат,
г. I. BROWNLIE, CBE, Специјален советник
на Кралицата од Обединетото Кралство,
г-ѓа J. LOIZIDOU, Адвокат,
Адвокат.

Судот ги сослуша обраќањата на г. Trechsel, г. Demetriades, г. Brownlie, г. Markides, г. Shaw, г. Türmen, г. Necatigil и г. Golsong.

9. На 12 декември 1997 година, жалителот ги поднесе своите ревидирани барања во однос на трошоците и издатоците за постапките во врска со член 50, а во однос на расправата што беше претходно одржана.

10. Подоцна, г. R. Bernhardt, кој во тоа време беше потпретседател на Судот, го замени г. R. Ryssdal како вршител на должност Претседател на Големиот судски совет, по смртта на г. Ryssdal на 18 февруари 1998 година (правило 21 § 6 и правило 51 § 6 од Деловникот А на Судот).

11. На 25 февруари 1998 година, вршителот на должност Претседател, во присуство на Секретарот, го извлече, по пат на ждрепка, името на сер John Freeland, во согласност со член 54 § 2, со цел да се пополни испразнетото место во Големиот судски совет.

По смртта на г. B. Walsh, г. J. Makarczyk беше избран на истиот начин, на 31 март 1998 година.

ВО ОДНОС НА ФАКТИТЕ

ОКОЛНОСТИ НА СЛУЧАЈОТ

12. Жалителот, кипарски државјанин, израснала во Киренија, во северен Кипар. Во 1972 година, таа се омажила и се преселила, со својот сопруг, во Никозија.

13. Таа е сопственик на парцелите со број 4609, 4610, 4618, 4619, 4748, 4884, 5002, 5004, 5386 и 5390 во Киренија. Пред турската окупација на северниот дел на Кипар на 20 јули 1974 година, била започната градежна работа на парцелата со број 5390 за изградба на една станбена зграда, при што еден од становите во таа зграда бил наменет како живеалиште за нејзиното семејство. Жалителот склучил договор во врска со нејзиниот имот со инвеститорот за размена на нејзиниот удел од земјиштето за еден стан од 100 метри квадратни. Нејзината сопственост врз имотот е потврдена со сертификат за регистрација издаден од страна на кипарскиот катастар за земјиште и пререр, во моментот на стекнување на тој имот.

14. Од 1974 година, жалителот е спречен да добие пристап до сопствениот имот во северен Кипар и „мирно да ужива“ во истиот, како резултат на присуството на турските сили во тој дел.

15. На 19 март 1989 година, жалителот била учесник во маршот организиран од страна на една група жени (движење „Жените одат дома“) во селото Лумбија, во близина на турското село Акинчилар, во окупираната област на северен Кипар. Целта на маршот била да им се врати правото на кипарските Грци - бегалци да се вратат назад во своите домови.

Водејќи група од педесетина демонстранти, таа се приближила до еден рид на патот кон Црквата на Светиот Крст во турскиот окупиран дел на Кипар, поминувајќи покрај стражарница на Обединетите нации. Кога групата демонстранти стигнала пред црковниот двор, тие биле опколени од турски војници и биле спречени да се движат понатаму. Таа била задржана од страна на полицијата на кипарските Турци во период од десет часа, а потоа била ослободена.

ЗАВРШНИ ПОДНЕСОЦИ ДО СУДОТ

16. Жалителот се произнесе дека има право на правичен надомест на штета врз основа на континуираното прекршување на нејзините права на сопственост, за што Турција била одговорна.

17. Кипарската влада го одобри барањето на жалителот и се произнесе дека направените трошоци и издатоци во однос на оваа постапка, исто така, треба да и бидат надоместени.

18. Турската влада побара Судот да ги отфрли барањата на жалителот за материјален надомест на штета, сметајќи дека трошоците не биле „неопходни“ во согласност со условите предвидени во член 50. Покрај тоа, овие барања не треба да се разгледуваат врз основа на условот во член 50, односно, дека „одлуката“ или „мерката“ мора да биде таква како за „Висока договорна страна“.

ВО ОДНОС НА ПРАВОТО

19. Член 50 гласи:

„Кога Судот ќе утврди дека одлуката или мерката преземена од страна на судскиот орган или било кој друг орган на Високата договорна страна е целосно или делумно во судир со обврските кои произлегуваат од оваа Конвенција, и доколку внатрешното право на засегнатата страна овозможува само делумна репарација на штетата на последиците од оваа одлука или мерка, со одлуката на Судот, доколку е потребно, ќе се додели правичен надомест на оштетената страна.“

20. Жалителот и кипарската влада се произнесоа дека треба да се додели надомест на штета во овој конкретен случај врз основа на тоа што Судот утврдил повреда на правата на сопственост на жалителот. Во текот на јавната расправа пред Судот, жалителот го повлече барањето кое беше поднесено во нејзината белешка за повторно уживање на нејзините права.

Турската влада, од друга страна пак, се произнесе дека жалителот нема право на правичен надомест на штета.

I. ПРАВО НА ПРАВИЧЕН НАДОМЕСТ НА ШТЕТА

21. Во поднесокот на турската влада, владата изјави дека не може да се смета дека е одговорна, според меѓународното право, за постапките на „Турската Република Северен Кипар“. Нема правна основа за да се смета дека Турција е одговорна, во согласност со она што е јасно утврдено во меѓународното право, дека првиот услов кој мора да биде исполнет за државата да сноси одговорност е незаконската постапка или однесување да и се припише на државата во чие име сторителот на незаконската постапка или однесување дејствувал.

Треба да се земе предвид фактот дека Комисијата прифатила, дури и во случаи во кои наводната незаконска постапка е директна последица на активностите на националните власти, дека националните власти не можат да снесат одговорност кога правната надлежност во соодветната област е пренесена на некоја меѓународна организација (види М. & Со. против Германија, Одлуки и извештаи 64, стр. 138).

Сите овластувања кои Турција ги има во Кипар произлегуваат од Спогодбите од Цирих и Лондон од 1959 година и договорите потпишани во 1960 година, кои и понатаму остануваат во сила. Подоцнежните договори или текстови (како на пример, Женевската декларација од 30 август 1974 година, договорот со „десет точки“ од

1979 година или Сетот идеи од 1992 година) не предвидуваат нова одговорност за Турција. Активноста за која е поднесена жалба, или, со други зборови, наводната незаконска постапка, мора да резултира директно од активноста која и се припишува на државата, без разлика дали таквата активност е управен акт, акт на воените власти, на законодавната власт или на судството. Не постои ниту еден случај во кој трета држава е одговорна за постапките на некоја друга држава - без разлика дали таа држава е признаена или не - која ја извршува својата ефективна власт преку органи утврдени во согласност со уставот.

Според тоа, би било спротивно на начелата на меѓународното право Турција да се задолжи со надомест на штета .

Покрај тоа, турската влада нагласи дека прашањето за правата на сопственост, како и прашањето за реципрочен надомест на штета, се во самата суштина на конфликтот во Кипар. Овие прашања единствено може да се решат преку преговори и врз основа на веќе договорени начела на постоење на поделена зона и поделено општество. Неизбежно, начелото на поделена зона вклучува размена на имотот на кипарските Турци на југ со имотот на кипарските Грци на север, и, доколку е потребно, исплата на надомест за можните разлики. Според член 50, надоместот би ги поткопал преговорите меѓу двете заедници и би наштетил на напорите за изнаоѓање на решение врз основа на договорените начела и критериуми.

Како заклучок, беше утврдено дека надоместот на штета не е „неопходен“, во согласност со условите предвидени во член 50. Покрај тоа, барањето треба да биде отфрлено врз основа на тоа што оваа одредба бара вклучената „одлука“ или „мерка“ да произлегува од „Висока договорна страна. Врз основа на причините наведени погоре, тоа не може да се примени во овој конкретен случај.

22. Жалителот истакна дека, во основната пресуда на Судот во врска со основаноста на случајот, било утврдено дека има континуирана повреда на член 1 од Протоколот бр. 1, кое и се припишува на Турција. Во согласност со начелото *ако има право, има и правен лек (ubi jus ubi remedium)*, потребно е да се додели надомест на штета за да се осигура дека жалителот не е оставен без правен лек.

23. Кипарската влада истакна дека постапките во врска со член 50 не претставуваат жалба во однос на пресудите донесени од страна на Судот во врска со прелиминарните приговори и основаноста на случајот. Членот не е отворен за оние кои се појавуваат пред Судот да побараат повторно да се поведе постапка за прашања за кои Судот веќе донел одлука. Член 50 е применлив во овој конкретен случај, поради тоа што не бил даден надомест на штетата од страна на турската влада во однос на повредата на правата на сопственост на жалителот.

24. Делегатот на Комисијата, исто така, тврди дека на жалителот треба да му се додели правичен надомест на штета. Фактот дека политички напори се прават за да се реши „кипарскиот проблем“ не е оправдана причина за да се одбие да се додели надомест на штета.

25. Судот потсети на неговиот заклучок во став 57 од неговата основна пресуда во врска со основаноста на овој конкретен случај „дека континуираното одбивање на пристап на жалителот до сопствениот имотот во северен Кипар, како и последователната загуба на целосна контрола врз имотот, се прашања кои спаѓаат во рамките на „правнанадлежност“ на Турција, во рамките на значењето на член 1 од Конвенцијата и, на тој начин, и се припишуваат на Турција“ (основна пресуда, *Извештаи за пресуди и одлуки*, 1996-VI, стр. 2236).

Судот, исто така, утврди дека жалителот мора да се смета дека и понатаму останува законски сопственик на земјиштето за целите на член 1 од Протоколот бр. 1, и дека „како последица на фактот дека [на жалителот] му бил одбиен пристап до земјиштето од 1974 година, таа ефикасно ја изгубила целосната контрола над сопствениот имот, како и сите можности за негова употреба и уживање“ (ibid., стр. 2237, § 63). Судот донесе заклучок дека континуираното одбивање на пристап до нејзиниот имот е неоправдано мешање во нејзините права на сопственост и е спротивно на член 1 од Протоколот бр. 1 (ibid., стр. 2237-38, § 64).

26. Со оглед на погореизнесеното, Судот смета дека прашањето за одговорност на Турција врз основа на Конвенцијата, а во врска со прашањата за кои е изјавена жалба, се прашања за кои веќе е донесена пресуда (*res judicata*). Судот смета дека, во согласност со член 50, треба да се додели надомест на штета. Судот не е убеден од аргументот дека на тој начин би се поткопале политичките разговори во врска со кипарскиот проблем повеќе отколку што истиот аргумент би бил повикан во фазата на утврдување на основаноста на случајот во однос на утврдувањето на повредата на член 1 од Протоколот бр. 1 (ibid., стр. 2236-38, § § 59 и 64).

Оттука, Судот утврди дека жалителот има право, врз основа на член 50, на правичен надомест на штета преку надомест за повредата на нејзините права на сопственост.

II. МАТЕРИЈАЛНА ШТЕТА

27. Жалителот истакна дека не бара надомест за било каква наводна експропријација на нејзината сопственост. Во насока на тоа што го утврди Судот, дека таа и понатаму останува законски сопственик на имотот, прашањето за експропријација не беше покренато. Нејзиното барање, на тој начин, е ограничено на неможноста да го употребува

земјиштето и, како последица на тоа, неможност да се изгради објект на истото или да се даде под закуп. Во врска со извештајот кој вклучува проценка на вредноста на нејзиниот имот и повратот на средства кој може да се очекува од истиот, таа побарала сума од 621.900 кипарски фунти (CYP) на основ на материјална штета, во однос на периодот од 22 јануари 1990 година, датумот на прифаќање на задолжителната судска надлежност од страна на Турција, па се до крајот на 1997 година (види став 4 погоре).

Методот применет во извештајот за проценка на вредноста на имотот, вклучува пресметка на пазарната цена на имотот во 1974 година и зголемување на таа цена од 12% на годишно ниво за да може да се пресмета вредноста која имотот би ја имал кога северен Кипар не би бил окупиран од страна на турската војска. Беше истакнато дека имотот се наоѓа во областа на Киренија, област која во 1974 година била во процес на интензивен станбен и туристички развој. Окупирањето на имотите им ги одзелo правата на сопствениците да го издаваат имотот под закуп и на тој начин довело до значителна загуба на парични средства од кирија.

Побараната сума на основ на материјална штета претставува збирна сума на кирии кои би можеле да се соберат од наемот на земјиштето во периодот 1990 – 1997 година, пресметана како 6% од проценетата пазарна вредност на имотот за секоја од односните години.

28. Кипарската влада го поддржа барањето на жалителот. Во основа, владата тврди дека континуираната незаконска окупација на дел од Република Кипар од страна на Турција не треба да се користи како причина да се намали износот доделен на основ на материјална штета. За да може да се направи тоа, би било потребно да се дозволи престапникот да има корист од неговите незаконски постапки, поради тоа што повредата на Конвенцијата утврдена во овој конкретен случај настанала како последица на незаконската инвазија и окупација на дел од островот од страна на Турција.

29. Турската влада тврди дека барањето за надомест на штета не треба да се разгледува од страна на Судот поради причините наведени погоре (види став 21). Турската влада не достави било какви коментари во врска со износот побаран од страна на жалителот по овој основ.

30. Делегатот на Комисијата се произнесе дека мислењето изнесено во извештајот кој вклучува проценка на вредноста на имотот во врска со можноста за изградба на објект на тоа земјиште, кој бил изготвен во име на жалителот, не дава реална основа за проценка на материјалната штета (види став 4 погоре). Историските настани на Кипар не влијаат само на жалителот, туку и на бројни други луѓе кои се во слична ситуација. Затоа, не можат да бидат отфрлени целосно. Жалителот има право да му биде доделен целосен надомест на штета поради тоа што немал пристап и контрола до сопствениот имот, но не и за намената

вредност на тој имот, што се должи на општата политичка состојба. Според мислењето на Делегатот, сумата од 100.000 кипарски фунти (СУР) би била повеќе од соодветен надомест за штетата.

31. Судот потсети дека, жалителот и понатаму останува законски сопственик на девет парцели и еден стан (види став 13 погоре) и дека повредата на член 1 од Протоколот бр. 1 која ја утврди Судот, е заснована на фактот дека, како последица на тоа што и бил одбиен пристапот до нејзиното земјиште од 1974 година, таа ефикасно ја изгубила целосната контрола како и сите можности за употреба и уживање на сопствениот имот (види основна пресуда цитирана погоре, стр. 2237-38, § § 60-64). Оттука, таа има право на мерка за надомест на штета во однос на загубите директно поврзани со ваквата повреда на нејзините права од денот на прифаќањето на задолжителната правна надлежност на Судот од страна на Турција, имено од 22 јануари 1990 година, па се до денес.

32. Иако турската влада ги ограничи своите поднесоци на оспорување на правото на жалителот на надомест на штета и, на тој начин, не побара да се оспори пристапот кој го користел жалителот во пресметката на нејзината економска загуба, Судот не ги прифати, но не само од оваа причина, и притоа без да се посомнева, проценките обезбедени од страна на жалителот.

33. Во овој контекст, Судот го смета за разумен општиот пристап применет при процената на загубата претрпена од страна на жалителот во однос на годишната наемнина, пресметана како процент од пазарната вредност на имотот, која можела да се заработи за имотот во текот на односниот период.

Сепак, процената на вредноста на имотот од страна на жалителот неизбежно вклучува значителен степен на шпекулација поради непостоење на реални податоци за да се направи споредба, како и поради тоа што не дава доволен надомест за непостојаноста на пазарот на недвижности и неговата изложеност на влијанија, како домашни, така и меѓународни. Методот применет од страна на жалителот за вреднување претпоставува дека цените на недвижностите во областа Киренија постојано би се зголемувале до 12% на годишно ниво во периодот од 1974 до 1997 година и дека жалителот всушност би се обидел или би бил во можност да ги изнајми своите парцели на 6% од оваа зголемена вредност. Дури и со вклучен надомест заради несомнената можност за развој на областа во која се наоѓа нејзиното земјиште, претпоставката дека пазарот на недвижности ќе продолжи да се развива со одржлив развој во период од дваесет и три години, доведува до постоење на сомнение. Судот, следствено, не може да ги прифати овие зголемени проценти како реална основа за пресметување на загубата на жалителот.

34. Земајќи ги предвид горенаведените непредвидени работи, својствени на секој обид да се вреднуваат реалните загуби на жалителот и проценката на правична основа, Судот одлучи да додели сума од 300.000 кипарски фунти (СYP) по овој основ.

III. НЕМАТЕРИЈАЛНА ШТЕТА

35. Жалителот, исто така, побарал сума од 621.900 кипарски фунти (СYP) на основ на нематеријална штета. Таа тврди дека различни отежнувачки фактори кои директно се однесуваат на неа треба да се земат предвид при проценката на Судот. Тие вклучуваат вознемиреност и чувства на фрустрација заради долготрајното одземање на нејзините права како и чувства на беспомошност во врска со присуството на турската армија во северен Кипар и нејзините неуспешни обиди да го добие својот имот назад. Исто така, мора да се има на ум дека жалителот израснал во Киренија каде што нејзиното семејство живеело со генерации, а сега таа била раселено лице во сопствената земја. Фактот дека турската влада не се обидела да обезбеди никакво оправдување за мешањето во нејзините права на сопственост е дополнителен отежнувачки фактор кој треба да се земе предвид.

Во поднесокот на жалителот исто така биле наведени фактори поврзани со аспектите на јавниот интерес и јавниот ред на Европа. Покрај обврската за надомест на штета, во оваа конкретна ситуација, имало потреба да се додели голем надомест за нематеријална штета, што би дејствувало како поттик за да се почитуваат правните стандарди утврдени во Конвенцијата. Бавноста и депресивните ефекти од процесните патишта достапни за жалителот, неодлучниот став на тужената влада и разните неосновани приговори во текот на постапката, исто така, мора да се земат предвид.

Друг отежнувачки фактор кој се однесува на доследната политика на Турција и на нејзините агенти во окупираната област е спроведувањето на контрола врз кипарските Грци сопственици на имот, како и нивно протерување на дискриминаторска основа. Таквите политики, кои претставуваат расна дискриминација, се извор на вознемиреност кај жалителот и претставуваат навреда за меѓународните стандарди за човековите права.

36. Кипарската влада го поддржа барањето на жалителот по овој основ. Владата смета дека чувството на беспомошност и фрустрација било многу присутно кај жалителот поради одбивањето на пристап до имотот и дека имало силни семејни односи во врска со предметниот имот кој претставува дел од семејното наследство. Етничката дискриминација која се практикува против кипарските Грци, исто така,

е релевантна забелешка и морало да има влијание врз чувствата на жалителот.

37. Турската влада не даде забелешки по овој основ.

38. Делегатот на Комисијата смета дека треба да се додели надомест на штета, но не може да прифати некои од „отежнувачките околности“ на кои се повикува жалителот, особено нејзините аргументи дека таа била лишена од нејзиниот дом - жалбата врз основа на член 8 беше отфрлена од страна на Судот – и дека таа била дискриминирана на основа на тоа што била кипарски Грк – не била изјавена жалба врз основа на член 14 во оригиналната апликација. Тој, исто така, смета дека не треба да се внесува казнен елемент во примената на член 50, поради тоа што забелешките во однос на „јавната политика“ наведени од страна на жалителот ја засегаат глобалната состојба на раселените кипарските Грци, и, на тој начин, се оди многу подалеку од периметарот на поединечниот случај. Тој смета дека сумата од 20.000 кипарски фунти (СYP) би била соодветен надомест за штетата.

39. Судот смета дека надомест треба да се додели по овој основ поради болката и чувството на беспомошност и фрустрација кои жалителот мора да ги искусил во текот на годините поради неможноста да го користи својот имот на начин на кој што таа смета дека е најсоодветно за неа.

40. Сепак, исто како и Делегатот на Комисијата, Судот истакна дека овој конкретен случај се однесува на индивидуална жалба во врска со личните околности на жалителот, а не на општата состојба во врска со правата на сопственост на кипарските Грци во северен Кипар. Во врска со ова, Судот потсети дека, во својата основна пресуда, беше утврдено дека „[Судот] не треба да даде свое мислење во однос на аргументите кои се наведени од страна на оние кои се појавуваат пред Судот во врска со наводната законитост или незаконитост, во согласност со меѓународното право, на воената интервенција на Турција на островот во 1974 година“ (цитирано погоре, стр. 2236, § 56). Судот, исто така ги отфрли наводите на жалителот дека имало повреда на правото на почитување на нејзиниот дом (ibid., стр. 2238, § § 65-66) и не даде никаков заклучок во врска со прашањето за расна дискриминација кое не беше дел од жалбата на жалителот врз основа на Конвенцијата.

Донесувајќи проценка на правична основа, Судот додели сума од 20.000 кипарски фунти (СYP) по овој основ.

IV. ТРОШОЦИ И ИЗДАТОЦИ НА ЖАЛИТЕЛОТ

41. Жалителот, кој поднел детални сметки за направените трошоци во врска со различните фази на постапката пред Комисијата и судот,

побарал сума од 137,084.83 кипарски фунти (СУР) на основ на трошоци и издатоци, вклучувајќи и данок на додадена вредност. Кипарската влада го поддржа нејзиното барање, кое беше составено од следниве ставки:

- (а) 34,571.25 кипарски фунти (СУР) во врска со постапката пред Комисијата;
- (б) 30.190 кипарски фунти (СУР) во врска со фазата на прелиминарни приговори пред Судот;
- (в) 49,112.38 кипарски фунти (СУР) во врска со фазата на утврдување на основаноста на случајот пред Судот;
- (г) 23,211.20 кипарски фунти (СУР) за постапките во врска со член 50.

Таа тврди дека за ваков вид на исклучителен случај, кој вклучува многу јавни расправи пред Комисијата и Судот, оправдано било да се побараат услугите на двајца кипарски адвокати, како и на еден специјален советник на Кралицата од Обединетото Кралство.

42. Турската влада не даде коментар во врска со поднесоците на жалителот по овој основ.

43. Делегатот смета дека трошоците биле прекумерно високи, бидејќи не било неопходно жалителот да биде застапуван во повеќето фази на постапката од страна на двајца адвокати и други советници. Покрај тоа, жалителот добил значителна поддршка од кипарската влада.

44. Судот смета дека, во контекст на жалбите покренати од страна на жалителот а во врска со неговите права на сопственост, овој конкретен случај отвора сложени прашања од суштинско значење за системот на Конвенцијата како целина. Случајот, исто така, вклучи неколку расправи пред Комисијата и три расправи пред Судот. На тој начин, жалителот имал право да ги користи услугите на двајцата кипарски адвокати и на специјалниот советник на Кралицата од Обединетото Кралство, со цел да ги застапуваат нејзините интереси.

Судот донесе заклучок дека трошоците и издатоците биле навистина и неопходно направени и разумни по обем и, оттука, треба да бидат надоместени во целост.

V. ТРОШОЦИ И ИЗДАТОЦИ НА КИПАРСКАТА ВЛАДА

45. Кипарската влада, исто така, тврди дека треба да и бидат надоместени трошоците и издатоците околу поднесувањето на случајот пред Судот. Во овој контекст, Кипарската влада побара сума од 48,315.77 кипарски фунти (СУР). Објасни дека тие се обиделе да ги надоместат само трошоците - а не да го обесштетат жалителот -

поради тоа што значителни средства биле наменети за случајот, пристап кој е целосно оправдан во двете пресуди на Судот.

46. Турската Влада не даде никакви забелешки во врска со ова барање.

47. Делегатот на Комисијата, сепак, го оспори истото.

48. Судот потсети на општото начело дека државите мора да ги покријат своите трошоци во спорните постапки пред меѓународните судови (види, на пример, член 64 од Статутот на Меѓународниот суд на правдата и Советодавното мислење на тој суд во „Барање за ревизија на пресудата бр. 158 на Административниот трибунал на Обединетите нации“, Извештаи на МСП, 1993 година, стр. 211, § 96). Судот смета дека ова правило има дури и поголема примена кога, во согласност со посебниот карактер на Конвенцијата, како инструмент на Европскиот јавен ред (*ordre public*), Високите договорни страни поднесуваат случаи пред институциите на Конвенцијата, врз основа на член 24 или член 48 (в), како дел од колективната примена на правата утврдени во Конвенцијата или врз основа на член 48 (б) со цел да се заштитат правата на сопствените државјани. Во основа, не е својствено, според мислењето на Судот, државите кои, меѓу другото, постапуваат во насока на исполнување на интересите на Конвенцијата како целина, дури и кога тоа се совпаѓа со нивните сопствени интереси, нивните трошоци и издадоци заради тоа да бидат надоместени.

Оттука, Судот го отфрли барањето на кипарската влада за надомест на трошоците и издадоците.

VI. ЗАТЕЗНА КАМАТА

49. Според информациите кои му се достапни на Судот, законската каматна стапка применлива во Кипар на денот на донесувањето на оваа пресуда е 8% на годишно ниво.

ОД ОВИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ

1. *Го отфрли*, со петнаесет гласови наспроти два гласа, тврдењето на обвинетата држава дека жалителот нема право да му биде доделен правичен надомест на штета во согласност со член 50 од Конвенцијата;

2. *Утврдува*, со четиринаесет гласови наспроти три гласа, дека обвинетата држава треба да му ја исплати на жалителот, во рок од три месеци, сумата од 300.000 (триста илјади) кипарски фунти на основ на материјална штета;

3. *Утврдува*, со петнаесет гласови наспроти два гласа, дека обвинетата држава треба да му ја исплати на жалителот, во рок од три месеци, сумата од 20.000 (дваесет илјади) кипарски фунти на основ на нематеријална штета;

4. *Утврдува*, со тринаесет гласови наспроти четири гласа, дека обвинетата држава треба да му ја исплати на жалителот, во рок од три месеци, сумата од 137.084 (сто триесет и седум илјади и осумдесет и четири) кипарски фунти и 83 (осумдесет и три) центи за направените трошоци и издатоци;

5. *Утврдува*, со петнаесет гласови наспроти два гласа, дека затезна камата со годишна стапка од 8% треба да се исплатува на горенаведените износи по истекот на горенаведениот период од три месеци се до исплатата;

6. *Го отфрли*, едногласно, барањето на кипарската влада за надомест на трошоци и издатоци;

7. *Го отфрли*, едногласно, останатиот дел од барањето за правичен надомест на штета.

Изготвена на англиски и француски јазик и објавена на 28 јули 1998 година, во согласност со член 55 § 2, втор потстав, од Деловникот А на Судот.

Потпишан: Rudolf BERNHARDT
Претседател

Потпишан: Herbert PETZOLD
Секретар

Во согласност со член 51 § 2 од Конвенцијата и правилото 53 § 2 од Деловникот А на Судот, следниве издвоени мислења се дадени во прилог на оваа пресуда:

- (а) делумно издвоено мислење на г. Morenilla;
- (б) делумно издвоено мислење на г. Mifsud Bonnici;
- (в) издвоено мислење на г. Gölcüklü;
- (г) издвоено мислење на г. Pettiti.

Со иницијали: R. B.

Со иницијали: H. P.

ДЕЛУМНО ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈАТА MORENILLA

Се согласувам со мнозинството дека жалителот треба да добие правичен надомест на штета заради континуираното одбивање на пристап до сопствениот имот во северен Кипар и за последователната загуба на целосна контрола врз имотот што и се припишува на Турција, како што е наведено од страна на Судот во основната пресуда од 18 декември 1996 година. (*Извештаи за пресуди и одлуки*, 1996-VI, стр. 2236, § 57). Сепак, не се согласувам со точка 2 и точка 4 од оперативните одредби од следниве причини:

Што се однесува до точка 2, мнозинството нереално ја занемари општата политичка состојба во регионот каде што жалителот има имот при разгледувањето на нејзиното барање за надомест на материјалната штета заради неможноста да го употребува земјиштето и како последица на тоа, неможноста да се гради објект на тоа земјиште или истото да се даде под закуп во текот на изминатите осум години, како и при донесувањето на правична проценка за имотот (став 33 и став 34 од оваа пресуда). Исто како и делегатот на Комисијата (став 30), сметам дека сумата од 100.000 кипарски фунти (СYP) би била соодветен надомест за штетата.

Што се однесува до точка 4, сметам дека е прекумерно висока сумата од 137,084.83 кипарски фунти (СYP) за трошоци и издатоци доделена на жалителот која треба да биде исплатена од страна на обвинетата држава. Врз основа на член 50 од Конвенцијата, како што се толкува во судската пракса на Судот, (види ја пресудата за случајот Pine Valley Developments Ltd и други против Ирска, од 9 февруари 1993 година (*член 50*), Серија А, бр. 246-Б, стр. 89, § 19), оштетената страна има право на надомест на трошоците кои биле неопходно направени. Како и да е, во овој конкретен случај, јас не сметам дека е неопходно жалителот да биде застапуван пред Комисијата и пред Судот од страна на двајца кипарски адвокати и еден странски специјалист за меѓународно право, поради тоа што, според моето мислење, еден адвокат би бил доволен за да постапува на соодветен начин со правните прашања кои се вклучени во овој случај. Оттука, сметам дека обвинетата држава треба да биде одговорна за исплата само на една третина од оваа сума.

ДЕЛУМНО ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈАТА MIFSUD BONNICI

1. Не можев да гласам во корист на жалителот за да му се додели сума од 137,084.83 кипарски фунти (CYP) за трошоците и издатоците побарани од негова страна. Сумата е еквивалентна на сумата од 185,064.52 британски фунти (GBP), според курсната менувачка стапка наведена од страна на жалителот, CYP 1 = GBP 1,35.

2. Исто како и делегатот на Комисијата во своите усни поднесоци пред судот и малцинството на судии, сметам дека бараната сума е прекумерно висока и претерана.

3. Се разбира, очигледно е дека случајот е сложен и тежок, но, сепак, овие квалификации не ја оправдуваат големата сметка за трошоци и издатоци која беше поднесена и која, изненадувачки, мнозинството на Судот ја прифати. Турската влада придонесе кон тоа на начин што не достави какви било коментари во врска со ова прашање. Турската влада, исто така, не достави какви било коментари во врска со пресметките направени од страна на жалителот за нејзините економски загуби (види став 32 од пресудата), сепак, Судот не може да ги прифати, но не само поради оваа причина, и притоа без да се посомнева, поднесоците доставени од страна на жалителот. Нема сомнение дека истото начело се применува и за прашањето за трошоците и издатоците.

4. За да се илустрира мојата критика во врска со барањето на жалителот по овој основ, ќе се ограничам на следниве детали:

(а) Според пресметката на трошоци од 26 јуни 1995 година, надоместоците за двајцата кипарски адвокати ангажирани во испитувањето и подготовката на поднесоците, како и на одговорите кон поднесоците и нивното присуство за време на одржувањето на јавната расправа во врска со основаноста на случајот, изнесуваат 18.900 британски фунти - GBP (или 14.000 кипарски фунти - CYP), додека оние кои се однесуваат на услугите на специјалниот советник и застапник за неговата истражувачка работа, посета на Кипар заради консултации, подготовка на одговорите кон поднесоците и неговото присуство за време на одржувањето на јавната расправа во врска со основаноста на случајот изнесуваат 35.888 британски фунти - GBP (или 29.416 кипарски фунти - CYP), односно вкупна сума од 54.788 британски фунти (GBP).

(б) Во врска со оној дел од случајот кој се однесува на прелиминарните приговори, врз основа на истите ставки наведени во потставот (а) погоре - кипарските адвокати наплатиле 12.150 британски фунти - GBP (или 9.000 кипарски фунти - CYP), додека специјалниот советник и застапник наплатил 24.000 британски фунти -

GBP (или 17.760 кипарски фунти - CYP), односно вкупна сума од 36.150 британски фунти (GBP).

(в) На крајот, во врска со третата и последна фаза – фазата која се однесува на член 50 - за подготовка на белешката на жалителот и за јавната расправа, пресметката на трошоците изнесува 9.045 британски фунти - GBP (или 6.700 кипарски фунти - CYP), и 18.795 британски фунти - GBP (или 15.406 кипарски фунти - CYP), односно вкупна сума од 27.840 британски фунти (GBP).

Белешката за која станува збор се состои од 22 страни со двоен проред, од кои, една третина од нив е посветена на цитати, пред се, од пресуди изречени од страна на Судот.

Севкупната сума од 118.778 британски фунти - GBP на основ на надоместоци на адвокатите, според моето мислење, е прекумерно висока и неоправдана.

(г) Конечно, за да илустрирам понатаму зошто не гласав за доделување на надомест за трошоците и издатоците, во целост и „*en bloc*“, забележав дека, во врска со нејзините барања во согласност со член 50, жалителот нарачал да се изготви извештај за проценка на вредноста на нејзиниот имот во Кипар, од страна на фирма во сопственост на кипарски проценители. Вкупните трошоци изнесуваат 1.734 кипарски фунти - CYP. Нивниот пристап применет во овој извештај не беше прифатен од страна на Судот поради тоа што истиот вклучува значителен степен на шпекулација и не дава доволен надомест за непостојаноста на пазарот на недвижности и неговата изложеност на домашни и меѓународни влијанија (став 33). И покрај тоа, трошоците беа одобрени.

ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈАТА GÖLCÜKLÜ

(Превод)

Жалам што не можам да се согласам со мислењето на мнозинството на Судот во врска со „правичниот надомест на штета“.

Моето мислење во врска со примената на член 50 не се однесува исклучиво, и не го повторува моето несогласување во врска со пресудите за „прелиминарните приговори“ од 23 март 1995 година (40/1993/435/514) и за „основаноста“ од 18 декември 1996 година (40/1993/435/514), туку исто така е засновано на суштинските прашања својствени на концептот за правичен надомест на штети, како што е предвидено во член 50 од Конвенцијата.

1. Врз основа на текстот на таа одредба, судската пракса на Судот и едногласното мислење на правните составувачи, член 50 не значи дека задолжително наметнува апсолутна обврска Судот да додели надомест на штета.

Дискрециониот карактер на овластувањата на Судот во однос на правичниот надомест на штета произлегува и од неговиот капацитет да утврди *дали е неопходно* да се додели надомест на штета иле не, и од фактот дека таквата одлука на Судот не се однесува на прашање на *јавниот ред*. На тој начин, не постои услов во согласност со Конвенцијата, ниту било каква подоцнежна пракса на Судот, кој ќе го задолжи Судот да му додели одредена сума на жалителот.

Судот, дури и во строго индивидуални случаи кои немаат никакво влијание врз меѓународната политика, многу често - и во врска со одредени членови од Конвенцијата, систематски - одбира да не додели правичен надомест на штета, сметајќи дека тоа што веќе е утврдена повреда, претставува доволен надомест.

Исто како што истакна Претседателот Bernhardt во своето издвоено мислење дадено во прилог на основната пресуда, случајот Loizidou се однесува на имотите на голем број луѓе, прашање кое претставува нераскинлив дел од решението на кипарскиот проблем. Предлозите на директно засегнатите страни се вклучени во „Сетот идеи во однос на севкупниот рамковен договор за Кипар“ (S/24472).

Игнорирањето на сложеноста и политичките потешкотии на еден меѓународен проблем кој трае веќе триесет и пет години и неговото ограничување на индивидуална димензија, се разбира дека нема да помогне да се донесе брзо решение.

2. Сметам дека во овој конкретен случај „правичен надомест на штета“ не треба да се додели, ниту пак треба да се надоместат направените трошоци.

3. Случајот Loizidou не е изолиран случај кој се однесува исклучиво на жалителот (интервенцијата од страна на администрацијата на кипарските Грци е видлив доказ за тоа); тој, напротив, се однесува на сите жители на островот, без разлика дали имаат турско или грчко потекло, кои биле раселени по настаните од 1974 година, факт кој не треба да предизвика никакво изненадување.

Во суштината на случајот Loizidou против Турција лежи идниот политички статус на држава која, за жал, исчезна, прашање на кое сите меѓународни политички тела (Обединети нации, Европска унија, Совет на Европа, итн.) сега бараат одговор. Прашање од таква важност не може да се сведе чисто и едноставно на концепт на право на сопственост и, на тој начин, да биде решено со примена на одредба од Конвенцијата која никогаш не била наменета за решавање на проблеми на ова ниво.

Се согласувам во целост со изјавата на судијата Morenilla во неговото издвоено мислење дека „мнозинството нереално ја занемари општата политичка состојба во регионот каде што жалителот има имот при разгледувањето на нејзиното барање за надомест на материјалната штета заради неможноста да го употребува земјиштето и како последица на тоа, неможноста да се гради објект на тоа земјиште или истото да се даде под закуп во текот на изминатите осум години, како и при донесувањето на правична проценка за имотот (став 33 и став 34 од оваа пресуда)“.

4. И на крајот, како што истакнав погоре, со интервенцијата во овој случај, односно, со поднесувањето на овој случај пред судот, администрацијата на кипарските Грци целосно го смени карактерот на случајот за целите на Конвенцијата. Така, случајот стана меѓу-државен случај. И покрај својот измамнички изглед, судската и правната фаза во овој случај е окупирана од страна на претставниците на администрацијата на кипарските Грци. Во согласност со она што Судот го прифати за меѓу-државните случаи, страните лично мора да ги покријат трошоците и издатоците кои тие ги направиле во една таква постапка. Оттука, не треба да му бидат надоместени трошоците на жалителот. Во спротивно, би рекол, согласувајќи се со судијата Morenilla во издвоеното мислење, дека во овој конкретен случај не било неопходно „жалителот да биде застапуван пред Комисијата и пред Судот од страна на двајца кипарски адвокати и еден странски специјалист за меѓународно право, поради тоа што ... еден адвокат би бил доволен за да постапува на соодветен начин со правните прашања кои се вклучени во овој случај“.

ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈАТА РЕТТИ

(Превод)

Гласав исто како и малцинството на Судот против одлуките наведени во точка 1 од оперативните одредби (основна пресуда) и во точките од 2 до 5 за доделување на различни суми на г-ѓа Loizidou.

Сметам дека тоа што го направив беше неопходно, како би можел да останам доследен на моите гласови и издвоени мислења во врска со првите две пресуди за случајот Loizidou, особено, поради тоа што оваа конкретна пресуда, што се однесува до меѓународното право, повторно се однесува на првата пресуда. Моите гласови во врска со првите две пресуди беа поттикнати од политичката состојба во Кипар и моето толкување на меѓународното право. Фактот дека меѓународните сили ја контролираат „зелената линија“ и притоа се забранува слободното движење на лица од една зона во друга и пристапот на лицата до имотот кој се наоѓа на другата зона, според моето мислење, треба да биде земен предвид од страна на Судот. Актуелните политички случувања покажуваат дека проблемот со Кипар, за жал, излегува надвор од димензиите на само обична судска постапка.