

Dr Mirjana Nadaždin Defterdarević, redovni profesor
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

DRUŠTVENA FUNKCIJA PRESUDA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

U radu se problematizira pitanje društvene funkcije presuda Evropskog suda za ljudska prava u nacionalnom pravnom poretku, sa posebnim osvrtom na porodično pravo.

Rad će determinisati razliku između cilja i društvene funkcije presuda Evropskog suda za ljudska prava navodeći razloge koji do toga dovode, obrazlažući to kao neminovnost koja uvijek prati postupak kontekstualizacije konvencijskog koncepta, te konstatovati da njeno postojanje za domaće pravo predstavlja mogućnost da stvarnim učinkom presude evropski standard zaštite ljudskih prava primijeni prilagođavajući ga u za sebe prihvatljivoj mjeri.

Teorijskopравни pristup temelji se na primjeni generalizacije, dogmatskog, teleološkog, aksiološkog i sociološkog metoda.

Ključne riječi: presude Evropskog suda za ljudska prava, cilj i funkcija presuda, efekti presuda u domaćem pravnom poretku, nacionalno porodično pravo.

1. Uvod

Porodično pravo obzirom na oblast koju uređuje, na društveni značaj privatnog života, braka i porodice tradicionalna je grana unutrašnjeg prava, koja uz to što je normirana uglavnom kogentnim normama heteronomnog prava snažno odražava i moralna pravila te društvene zajednice. Duboka ukorijenjenost u društvenu stvarnost, njenu tradiciju, kulturu, nekada i dominantnu religiju opravdava velike, nekada i znatne razlike, u poimanju dopuštenog i nedopuštenog u ovoj oblasti u različitim unutrašnjim pravnim sistemima država ugovornica Evropske konvencije. No, kako je Konvencija članom 8 normirala pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, a članom 12 pravo na sklapanje braka, to je ova oblast izgubila ekskluzivnost tumačenja i zaštite u okviru nacionalnog pravnog poretka.

Konvencija je kreirala zajednički normativni okvir regionalnog karaktera, a tumačenje i nadzor nad njegovom primjenom povjerila je Evropskom sudu za ljudska prava.

Evropska konvencija svoj cilj je definisala zahtjevom prema državama ugovornicama od kojih traži da svakome u njihovoj nadležnosti garantuju prava i slobode navedene u I dijelu Konvencije.

Evropski sud za ljudska prava u više navrata se suočio sa ovom opštom obavezom implementacije i jednako dosljedno ostaje pri stavu koji je u tom kontekstu zauzeo - državama ugovornicama pripada diskreciono pravo u izboru načina na koji će tu svoju obavezu realizovati.

Evropska konvencija državama članicama ne nameće obavezu da Konvenciju preuzmu u domaći pravni poredak, niti da na drugi način garantuju njenu primjenjivost i nadređenost domaćim zakonima.

Država je u tom smislu slobodna da izabere između dualističkog sistema, po kome međunarodna pravna norma da bi proizvodila efekte mora na podesan način da bude unesena u unutrašnje zakonodavstvo, i monističkog sistema, koji u tom smislu ne postavlja zahtjeve određujući da su norme međunarodnog prava neposredno važeće i uz to hijerarhijski nadređene unutrašnjem pravu.¹ U praksi, međutim, ova čista rješenja se ne primjenjuju. Zapravo, sam način implementacije je irelevantan; bitno je da su pojedinci koji su titulari konvencijskih prava u mogućnosti da se na ta prava pozovu i da ih ostvaruju. Sve pravne tehnike koje se u tom smislu koriste služe samo tome da bi osigurale realizaciju cilja Konvencije – da se pojedincima osigura uživanje ljudskih prava.²

Suočen sa obavezom da osigura realizaciju cilja Konvencije, a istovremeno svjestan razlika između pravnih sistema država ugovornica, koje i sam na vrlo rafiniran način uvažava, a koje onemogućavaju da to realizuje na jednoobrazan način, Evropski sud za ljudska prava ne gubi vjeru u mogućnost ostvarivanja svoje uloge – on neizvjesnost ostvarivanja cilja kompenzira društvenim funkcijama njegovih presuda koje cilj Konvencije realizuju u skladu sa mogućnostima konkretnog društvenog i pravnog ambijenta.

2. Cilj i funkcija pravne norme

Glavno sredstvo ostvarivanja pravnih ciljeva su pravne norme koje te ciljeve preuzimaju. Vrijednosti preuzetih ciljeva valorizuju pravne norme, a prema tome koliko norma uspijeva u realizaciji ciljeva ona će biti prosuđivana kao neuspjela ili uspjela tehniku njihove realizacije. Pravne norme su sredstvo kojim se u društvenim odnosima, manje ili više, ostvaruju interesi i vrijednosti normotvorca. Ova „instrumentalnost normativnosti“³ suočava nas sa potrebom razlikovanja cilja i funkcije kojoj ona služi, njenoj namjeravanoj i realizovanoj ulozi.

Namjeravana uloga norme, cilj njenog donošenja, predodžba je o očekivanom efektu norme u društvenim odnosima koji se pred subjekte norme postavlja kao zadatak za njihovo djelovanje. Cilj je najbolje moguće rješenje koje iz postupanja može da nastane, ali koje u realnom društvenom ambijentu u kome se ostvaruje ne mora imati i mogućnosti za svoju potpunu realizaciju. Praktično ostvarivanje cilja, uslovljeno realnim društvenim ambijentom izražava se kao efektivna uloga

1 Dimitrijević, V., Popović, D., Papić, T., Petrović, V., *Međunarodno pravo ljudskih prava*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2007, str.76.

2 Kristijan, T., *Ljudska prava između idealizma i realizma*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2006., str. 148.

3 Visković, N., *Pojam prava*, Logos, Split 1981., str. 258.

norme, kao njena funkcija - stvarni učinak norme kako na društvo generalno tako i na njegove pojedine elemente.⁴

Odnos između cilja i funkcije pravne norme tako se preklapa tek u onim situacijama kada društveni ambijent može u cjelosti da odgovori postavljenom normativnom traženju. Puno češće realni ambijent nije podesan za potpunu realizaciju cilja, ali to se nadomješta tijesnom vezom koja postoji između ciljeva i funkcija normi. Funkcija je redovno sadržana u samom cilju, tako da stvarni učinak norme predstavlja, bar u izvjesnoj meri, i ostvarivanje cilja.

Ukoliko realizacija cilja pravne norme nije nužno praćena izvjesnošću, opravdano je posvetiti se onom aspektu norme koji taj kvalitet posjeduje, a to je stvarni učinak koji norma proizvodi.

Obzirom na činjenicu da presude Evropskog suda za ljudska prava analiziramo u ovom kontekstu, sa posebnim osvrtom na njihove efekte u nacionalnim porodičnim pravima, dva faktora su osobito važna – ovdje je riječ o normama koje emaniraju vrijednost ljudskih prava i riječ je o društvenim odnosima koji su snažno obilježeni realnim ambijentom u kome se ostvaruju.

Presudama Evropskog suda za ljudska prava tumači se i osigurava primjena normi Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama. Njihova društvena funkcija nije usmjerena niti na pluralitet interesa, niti na interesne sukobe u društvu, već su one sredstvo promocije i zaštite opšteg dobra shvaćenog u širem evropskom kontekstu, kojima se posredno ili neposredno ostvaruju potrebe i interesi svih, čime su ljudska prava iz Evropske konvencije o ljudskim pravima i slobodama, uostalom, i osigurala svoj najširi legitimitet.

Ovakav solidaristički pristup, koji je nesporan sa aspekta legitimacije presuda na evropskom nivou, u kontekstu svoje konačne realizacije, koja se ostvaruje u okviru nacionalnog pravnog poretka, suočava se, međutim, sa društvenim odnosima koji su determinisani konfliktom interesa pojedinaca i društvenih grupa i gdje zadatak presude više nije samo da promoviše i štiti opšte dobro već i da razriješi konflikt osiguravajući konkretni interes.

Analizom presuda Evropskog suda za ljudska prava „razmatranjem društvenih učinaka pravne normativnosti mi odlučno ulazimo u oblast povezivanja zbiljskih društvenih odnosa i aksiološko-teleološke svijesti i normativnosti po kojem se predmet pravnog iskustva pokazuje kao specifičan društveni proces“.⁵

Interesi, vrijednosti i ciljevi sadržani u presudama Evropskog suda namijenjeni su konkretnoj društvenoj stvarnosti koja se, primjenjujući ih, sama mijenja. Ipak, cilj presuda biće ostvaren samo u kontekstu društvene realnosti, kontekstualizacijom evropskog koncepta, kroz svoju društvenu funkciju koja mu osigurava realizaciju.

4 Vračar, S., *Socijalna sadržina funkcije državnopravnog poretka*, Savez udruženja pravnika Jugoslavije, Beograd 1965., str. 96.

5 Visković, *ibid.*, str. 261.

3. Društveni učinci presuda Evropskog suda za ljudska prava

Evropski sud za ljudska prava svjestan je činjenice da je Konvencija namijenjena jedinstvenom evropskom javnom prostoru koji još nije sasvim integrisan i kome je još uvijek snažno suprotstavljen autoritet državne suverenosti. Zbog toga se ne može zanemariti činjenica da su rješenja unutrašnjeg prava, obzirom na prava i slobode iz Konvencije, različito normirana i ostvaruju se u različitom obimu u unutrašnjem pravu.

Evropski sud za ljudska prava, u duhu svog sopstvenog stava da državama ugovornicama pripada diskreciono pravo u izboru načina na koji će svoju obavezu primjene Konvencije realizovati, i ne pokušava da nametne univerzalno obavezujući način za ostvarivanje konvencijskog standarda.

On štiti cilj Konvencije, ustanovljavajući minimum koji određeni pravni sistem treba da dostigne, uvažavajući različite društvene funkcije kojima će se konvencijski standard praktično realizovati držeći se zadatog okvira.

Obzirom da su presude Evropskog suda za ljudska prava uslovljene vrijednostima Konvencijske norme i prirodom odnosa koje su njima regulisane, one imaju ulogu mehanizma društvene kontrole.

Mada se društveni odnosi u pravu kontrolišu matrijalnom prisilom, provođenje presuda Evropskog suda za ljudska prava sa tim ne može da računa.

Svoj autoritet Evropski sud za ljudska prava crpi isključivo iz Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama i njenih protokola, dobrovoljnosti preuzetih obaveza od strane država ugovornica i, u krajnjoj instanci, dobrovoljnog priznavanja jurisdikcije Evropskog suda za ljudska prava.⁶ Lišene mogućnosti iznuđivanja prijetnjom ili efektivnom primjenom prisile, presude Evropskog suda računaju na svoje društveno djelovanje kojim će se ostvariti cilj konvencijske norme. Bez obzira na činjenicu što Sud neposredno ne raspolaže ni organima ni sredstvima prinude koji bi osigurali efektivno provođenje njegovih odluka, odluke i presude Suda su nesporno obavezujuće, te presude Evropskog suda za ljudska prava ipak imaju ulogu disciplinovanja pravnih odnosa prema vrijednostima Evropske konvencije.

Presude Evropskog suda za ljudska prava, jednako kao i sve pravne norme, istovremeno razgraničavaju i garantuju oblasti slobode za svoje adresate. Presuđujući prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, u kontekstu prava na poštovanje privatnog i porodičnog života (čl. 8) i prava na sklapanje braka (čl. 12 Konvencije), Sud uvažava činjenicu da je riječ o pravima za koje su suverene vlasti država ugovornica osobito zainteresovane i koja su na različite načine regulisana u okviru njihovog unutrašnjeg prava.

Efikasnost zaštite konvencijskog standarda koji predstavlja „skup međusobno isprepletenih načela vođenih njihovim međunarodnim kontekstom i konceptom ljudskih prava“⁷ Sud je osigurao utvrdivši autonomni koncept značenja pojmova i

6 Članom 46. Konvencije države članice obavezale su se da će priznati i sve odluke Evropskog suda u sporovima u kojima su bile stranke.

7 Rid, K., *Evropska konvencija o ljudskim pravima – vodič za praktičare*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2007., str. 45.

standarda iz Konvencije. Na ovaj način koherentni koncept Konvencije je sačuvan od moguće erozije koja bi mu inače prijetila – pojmovi Konvencije su autonomni koncepti i kao takvi trebaju biti shvaćeni van onih značenja koja bi im mogla dati nacionalna prava. Konceptom autonomnog značenja je na pojmovnom nivou osigurana pretpostavka komparabilnosti između unutrašnjeg prava i Konvencije, bez čega ona ne bi bila moguća. Jednoobrazna interpretacija je uslov jednoobrazne primjene svih ljudskih prava iz Konvencije.⁸

Ovakav pristup tumačenju Konvencije Evropskom sudu za ljudska prava dao je mogućnost da procjenjuje primjenu konvencijskog standarda zaštite ljudskih prava u okviru unutrašnjeg pravnog poretka.

Evropski sud za ljudska prava svojim tumačenjem utvrđuje i obim prava garantovanih Konvencijom koje države ugovornice ne mogu ograničiti, niti redefinisati dajući im sopstvenu definiciju.

Čak i u slučajevima kada se Evropski sud za ljudska prava ne poziva na koncept autonomnog tumačenja on pojmove iz Konvencije, poput pojma porodica ili privatni život, tumači u kontekstu njihove suštine, bez ograničenja koja bi mu u tom smislu mogla nametnuti značenja tih pojmova u unutrašnjem pravu.

Pojam privatnog života, uostalom, zbog toga nije ni konačno i iscrpno određen. Umjesto definicije pojma praksa Suda nudi koncept koji se odnosi na sferu neposredne lične autonomije i pokriva različite aspekte fizičkog i moralnog integriteta⁹ i koji, makar to nije uobičajen pristup Evropskog suda za ljudska prava, jasno obuhvata i intimni aspekt seksualnog života u slučajevima odraslih homoseksualaca.¹⁰

U onim slučajevima kada se Konvencija poziva na nacionalne zakone, koristeći izraz „u skladu sa zakonom“, kao u čl. 8(2) pod zakonom će se podrazumijevati samo oni unutrašnji formalni izvori prava koji ispunjavaju uslove u smislu kvaliteta, pristupačnosti i predvidljivosti, i odsustva proizvoljnosti.

Smisao presuda, na ovaj način, nipošto nije diskriminacija ili nejednako tretiranje pravnih subjekata koje se manifestuje kao pogodovanje ili favorizovanje, naprotiv, djelovanju presuda Evropskog suda ovako je namijenjena integrativna funkcija.

Funkcije presuda Suda su zaštita ljudskih prava i integracija nacionalnih pravnih sistema u evropski javni poredak.¹¹

„U tumačenju Konvencije mora se uzeti u obzir njen posebni karakter ugovora za kolektivno provođenje ljudskih prava i temeljnih sloboda (...) stoga, predmet i svrha Konvencije kao instrumenta za zaštitu pojedinačnih ljudskih bića traži da njene odredbe budu tumačene i primijenjene na takav način, da zaštita koju ona daje bude praktična i efikasna (...). uz to, svako tumačenje prava i sloboda koje ona garantira mora biti konzistentno sa 'općim duhom Konvencije, instrumenta koji za cilj ima da održi i promovira ideale i vrijednosti demokratskog društva' (vidjeti presudu Kjeldsen, Gusk Madsen i Pedersen od 7. XII 1976., Series A. no. 23, p. 27, § 53).“¹²

8 Vidjeti: Sadiković, Č., *Evropsko pravo ljudskih prava*, Magistrat, Sarajevo 2001., str. 65.

9 X. i Y. protiv Holandije, presuda od 26. III 1985., Serija A, st. 22.

10 Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 22. X 1981., Serija A.45, st. 41.

11 Sadiković, *ibid.*, 62.

12 Soering protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 7. VII 1989., Serija A.161, str. 34.

Presude Suda za ljudska prava, u tom smislu, postaju podesan instrument za usaglašavanje pravnih normi nacionalnih pravnih sistema sa konvencijskim standardom, kako ga je Sud, tumačeći odredbe Konvencije, utvrdio za ona ljudska prava koja u tom trenutku obuhvata Konvencija.

Obzirom na dominantno deklaratorni karakter presuda Evropskog suda za ljudska prava, koje svoju obaveznost ne temelje na zastrašivanju i prijetnji prisilnom realizacijom, već na ostvarivanju i unapređenju ljudskih prava, ciljevi političko-pravne ideologije, u čijoj su funkciji, istovremeno pogoduju i pravnim vrijednostima pravde, mira i sigurnosti.

Presude Evropskog suda za ljudska prava su pravne norme kojima je namijenjena funkcija kvalifikacije i kontrole pravnih odnosa.

Kada Sud artikuliše svoj stav o povredi konvencijske norme i dostavi ga stranama u sporu on stavlja do znanja da praksa njenih državnih vlasti, bez obzira o kojoj je vrsti vlasti riječ, krši konvencijski standard zaštite ljudskih prava ili, čak, da njeno nacionalno pravo koje reguliše sadržaj normiran Konvencijom sa njom nije usaglašeno.

Presuda će u svakom slučaju ostaviti državi ugovornici da iznađe podesan način na koji će spriječiti buduća postupanja takve vrste, dajući joj pri tome do znanja da će i naknadne odluke Suda nastaviti da takva ponašanja sankcionišu u svakom narednom slučaju koji bude odražavao tu nedopuštenu praksu.

Sud, naravno, nije ograničen precedentnim postupanjem, nego obično slijedi svoju raniju praksu što ide u prilog ne samo kontinuitetu i konzistentnosti njegovog postupanja, već osigurava i garanciju pravne sigurnosti.

Ovo je posebno značajno obzirom na koncept slobodne procjene koja se ostavlja državama ugovornicama da bi im se osigurao dovoljno širok prostor za konkretizaciju konvencijskog koncepta zaštite, uvažavajući na taj način mogućnosti koje su uslovljene njihovim objektivnim društvenim prilikama.

Konvencija državu tretira kao subjekt kome daje ulogu najznačajnijeg garanta za poštovanje i ostvarivanje svojih prava, ali istovremeno i kao potencijalnu i najozbiljniju prijetnju za njihovo ostvarivanje.

Pristupanjem Konvenciji za državu ugovornicu, u domenu njene primjene, nastaju dvostruke obaveze i odgovornosti: pozitivne i negativne. Konvencija od država ugovornica prvo zahtijeva da poštuju prava koja ona garantuje – da ih ne krše, odnosno da se u njih ne miješaju više nego što je to u demokratskom društvu neophodno i proporcionalno. Na ovaj način formulisana je negativna obaveza države na suzdržanost. Ova obaveza se odnosi na zabranu kako arbitrarnog uplitanja države tako i zadiranja od strane privatnih subjekata. Konvencija državama ugovornicama nameće i pozitivne obaveze i to kao osiguravanje zakonskih i drugih pretpostavki za nesmetano korištenje njom garantovanih prava. Presude Suda su deklaratornog karaktera, izuzetak je dio presude koji se odnosi na naknadu materijalne i nematerijalne štete izazvane povredom određenog konvencijskog prava, te troškovi postupka. Sud ne propisuje koje konkretne mjere je država ugovornica dužna primijeniti da bi osigurala ostvarivanje pojedinih konvencijskih prava. On jedino utvrđuje da li su mjere (zakonska ograničenja ili sudske sankcije), za koje se ona opredijelila u

konkretnom predmetu i koje je primijenila, bile u skladu sa njenim pozitivnim i negativnim obavezama koje je preuzela pristupanjem Konvenciji i prihvatanjem njenih dodatnih protokola, što je još jedan vid funkcije društvenog nadzora koju imaju presude Evropskog suda za ljudska prava.

Presudom Evropskog suda za ljudska prava se za državu ugovornicu kao obaveze i ovlaštenja označavaju one pravne radnje koje su prema ocjeni Suda realizacija ciljeva i vrijednosti konvencijskih odredbi, i koje se iz tog razloga žele ishoditi postupanjem države ugovornice. Naprotiv, sve pravne radnje koje su u suprotnosti sa ciljem i vrijednošću konvencijskog pravila Evropski sud za ljudska prava označava kao nedopuštene, nastoji ih spriječiti, i u svakom slučaju zahtijeva da se sa praksom takvog ponašanja prekine.

Utvrđivanjem obaveza i ovlaštenja presuda determiniše oblast slobode pravnih subjekata u sporu na koji se odnosi potvrđujući tako svojstvo prava da organizuje slobodu razgraničavajući je i ograničavajući je istovremeno¹³, ograničavajući oblast slobode nacionalnom pravu uslovljavajući time istovremeno da ono osigura i omogućiti proširivanje ljudskih prava i sloboda u skladu sa konvencijskim standardom za sve koji se nalaze pod jurisdikcijom države ugovornice.¹⁴ Promatrane na ovaj način presude Evropskog suda za ljudska prava imaju jasnu funkciju društvene kontrole.

Država ugovornica Konvenciju može povrijediti ili svojim postupcima ili svojim propustima, tako što ne čini ništa, ili ne čini dovoljno, da bi konvencijska prava u praksi bila osigurana i zaštićena, kako od javne vlasti, tako i od miješanja privatnih osoba i grupa.

Prema dosadašnjoj praksi može se zaključiti da je, polazeći od klasično-liberalne premise koja u juridičkoj tradiciji slobodu shvata prije svega kao odsustvo državne prisile, upravo državna vlast ta koja najopasnije prijeti povredama ljudskih prava. Sud u ovom smislu posebnu pažnju posvećuje negativnim obavezama države, strogo cijeneći da li je poduzeto miješanje bilo neophodno i srazmjerno legitimnom cilju koji se njim htio postići.¹⁵

Iako je kod određivanja pozitivnih obaveza Sud nešto suzdržaniji i neodređeniji nesporno je, prema njegovoj dosadašnjoj praksi, da se određena prava iz Konvencije tumače na način da podrazumijevaju obavezu države da poduzme odgovarajuće mjere i akcije kojima će osigurati njihovu efektivnu primjenu.

Karakter tih pozitivnih obaveza uslovljen je prirodom prava u pitanju.

Problemi transseksualaca su primjer koji pokazuje da se stavovi Evropskog suda za ljudska prava prilagođavaju društvenim promjenama. Nekadašnja praksa, po kojoj ga je odsustvo jasnog konsenzusa među državama ugovornicama opredjeljivalo da državama ugovornicama da široko polje slobodne procjene¹⁶, evoluirala je, ali, bez obzira na tendenciju podnosilaca predstavki usmjerenih na nametanje pozitivnih

13 Kant, I., *Metafizika* čudoređa, Matica hrvatska, Zagreb 1999., str. 32.

14 Čl. 1 ECHR

15 Vidjeti: Dudgeon st. 52.

16 Vidjeti presude: Rees protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 17. X 1986., Serija A 106, t. 44; Cossey protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 27. IX 1990, Serija A.184, t. 40, X,Y i Z. protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 22. IV 1997. st. 44., Izvještaji 1997-II, Vol. 35.

obaveza državama ugovornicama, Evropski sud se još uvijek uzdržava od nametanja strogih zahtjeva.

Ipak, tamo gdje je ugroženo važno individualno pravo, a podnosilac predstavke trpi značajne posljedice može nastati pozitivna obaveza za državu.¹⁷

Najdelikatnija odluka sa kojom se Sud suočava kada su u pitanju pozitivne obaveze države tiče se horizontalnog regulisanja određenih ljudskih prava, gdje se državama ugovornicama ostavlja visok stepen slobodne procjene o neophodnosti, modusima i razmjerama te horizontalne regulacije.

Sud u svojim presudama redovno ističe da njegova uloga nije da, vršeći svoja ovlaštenja, zamijeni nadležne domaće vlasti, već da ispita odluke koje su te vlasti, koristeći se svojom slobodnom procjenom, donijele. U ovom smislu nadzor nije ograničen samo na procjenu da li se tužena država svojim diskrecijskim pravom koristila razborito, brižljivo i u dobroj vjeri. Miješanje koje je predmet razmatanja od strane Suda mora se sagledati u svjetlu slučaja kao cjeline, te utvrditi da li je to miješanje bilo u srazmjeri sa legitimnim ciljem koji se želio postići i da li su razlozi na koje su se pozivale javne vlasti da bi to svoje miješanje opravdale bili važni i dovoljni.¹⁸

Domaće vlasti koristiće mogućnost, u okviru diskrecionog prava koga imaju, da procijene potrebu ograničenja koja nameću u domenu porodičnog prava, obzirom da im je njegov stvarni okvir bliži i poznatiji, što legitimše i primjenu samog koncepta, ali to nikako ne znači da je država ugovornica neograničena u njegovoj primjeni. „Pravo slobodnog ocjenjivanja domaćeg prava ... ide ruku pod ruku sa evropskim nadzorom.“¹⁹

Iako u nadležnost Evropskog suda za ljudska prava formalno ne spada ovlaštenje da mijenja ili ukida odluke koje su donijela tijela javne vlasti ili presude nacionalnih sudova, to ne umanjuje nadzornu funkciju koju presude Evropskog suda za ljudska prava imaju.

Političko pravne ideologije koje se odražavaju u pravnim odnosima u okviru unutrašnjeg pravnog poretka uvijek su ideologije društvenih grupa koje posjeduju ekonomsku i političku moć. Funkcija pravnih normi i rezultat njihovog djelovanja je, prema tome, zaštita tih interesa. Vrijednosno ideološki koncept na kome počiva normativna kvalifikacija i uređivanje društvenih odnosa u pravu uvijek pripada dominantnoj društvenoj grupi. Dok je pojam dominantne društvene grupe u okviru nacionalnog pravnog sistema relativno lako odrediv, u kontekstu konvencijskog sadržaja to je znatno teži zadatak. Presude Evropskog suda za ljudska prava svoju funkciju nikada ne mogu svesti na kvalitet puke tehnike za razrješavanje interesnih sukoba, mada one i tome nesumnjivo služe, niti ih možemo objašnjavati kao sredstvo prisilnog rješavanja društvenih konflikata koje ima interesno-diskriminatornu funkciju. Istina, iza svake norme postoje interesi njenih donosilaca sa namjerom da

17 B. protiv Francuske, presuda od 25. III 1992., Serija A.232-C i Gaskin protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 7. VII 1989., Serija A.

18 Vidjeti presudu The Observer & Guardian Newspapers Ltd. protiv Ujedinjenog Kraljevstva, od 26. XI 1991., A.216.

19 Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 7. XII 1976., Serija A.24.

normom, koliko god je to moguće, osiguraju dominaciju svog interesa i petrificiraju i prolongiraju za njih pogodno stanje u društvenoj stvarnosti.

Kada su presude Evropskog suda za ljudska prava u pitanju, taj interesni motiv dominantne društvene grupe koja donosi pravne norme ovdje referira na Konvenciju kao ugovor visokih strana ugovornica, sklopljen sa namjerom da vrijednost ljudskih prava promoviše kao jedinstven kvalitet u integrisanom evropskom javnom prostoru, a Sud je, u okviru svoje jurisdikcije propisane Konvencijom, zadužen da osigura harmonizaciju i efikasnost njene primjene. Na ovaj način, u kontekstu ostvarivanja konvencijskog standarda nacionalni politički voluntarizam zamijenjen je evropskim depersonaliziranim i depolitiziranim pravni mehanizam.

Konvencija je nastala kao izraz zajedničke težnje demokratskih država „sa istim stremljenjima i zajedničkim naslijeđem političkih tradicija, ideala, slobode i vladavine prava, da preuzmu prve korake ka zajedničkom provođenju određenih prava navedenih u Univerzalnoj deklaraciji“²⁰. Konvencija je regionalni ugovor kome su inicijalno pristupile zapadnoevropske države koje su tradicionalno dijelile isti sistem vrijednosti, te konvencijske odredbe nisu znatnije odstupale od vrijednosnog koncepta koji je bio polazište teleološkom tumačenju u njihovom unutrašnjem pravu.

Mada se krug država ugovornica do danas znatno proširio, vrijednosni koncept Konvencije je ostao nepromijenjen, pa presude, kao refleksija konvencijskih vrijednosti, u ovom smislu, imaju integrativnu funkciju.

Presude Evropskog suda za ljudska prava imaju funkciju raspodjele društvenih tereta i dobara prema ideologiji pravde kojom je legitimisana Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, što se ogleda u primjeni principa proporcionalnosti koji Sud primjenjuje u tumačenju odredbi Konvencije.

Potreba da se uspostavi odgovarajuća ravnoteža između različitih suprotstavljenih interesa obilježje je tumačenja Konvencije koje je stekao status opšteg principa.²¹ Njegova primjena, obzirom da je usmjeren na utvrđivanje nužnosti mjere koja se poduzima, posebno je značajna u sferi primjene člana 8 Konvencije, obzirom na restriktivni karakter mjera iz drugog stava koje moraju biti „neophodne u demokratskom društvu“. U ovom smislu princip proporcionalnosti je i dio osnove za utvrđivanje pozitivne obaveze aktivnog djelovanja država ugovornica obzirom na pravičnu ravnotežu između interesa zajednice i interesa pojedinca.²² Njegova realizacija podrazumijeva proporcionalan i racionalan odnos između upotrebljenih sredstava i cilja čijem ostvarenju su ona namijenjena²³, odnosno balansa između interesa titulara konvencijskog prava i interesa zajednice koji je predmet spora.

Cilj utvrđivanja proporcionalnosti je utvrđivanje ravnopravno raspoređenih tereta kojim bi se interesi pojedinca zaštitili, odnosno postojanja podesnog instrumentarija u nacionalnom pravu koji bi to osigurao, bilo postojanjem primjerenih postupaka ili sistemom pravnih lijekova.

20 Preambula Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama

21 Vidjeti šire: P. van Dijk, G.J.H. van Hoof u saradnji sa A.W. Heringa et al., *Teorija i praksa Evropske Konvencije o ljudskim pravima*, Muller, Sarajevo 2001., str.74., Dimitrijević et al., *ibid.* str.80, Rid, *ibid.* str. 55.

22 Rees, presuda od 17. X 1986., A.106

23 Vidjeti: James and Others Case, presuda od 21. II 1986., A.98

Primjerenost primjene podrazumijeva da odstupanje nije pretjerano u odnosu na legitimne potrebe i interese koji su inicirali njegovu primjenu.

Primarna funkcija pravnih normi je zaštita postojećih i uspostavljanje novih društvenih odnosa koji, u grancama tih pravnih normi, služe ne samo disciplinovanju i održavanju postojećeg stanja već i njegovom unapređivanju i transformisanju.

U ovom kontekstu, kada su presude Evropskog suda za ljudska prava u pitanju, kao sredstvo ostvarivanja konvencijske norme, uz poštovanje ljudskih prava one su motivisane i vrijednostima slobode i vladavine prava koje su temeljni principi integracije u evropski javni prostor. Na ovaj način presudama se dodatno osigurava legitimacija procesu harmonizacije nacionalnog prava sa evropskim pravnim standardom.

Ova funkcija presuda Evropskog suda za ljudska prava može se imenovati promocijskom i reformatorskom.²⁴

Proces harmonizacije u unutrašnji pravni sistem pored postojeće političko-pravne ideologije internalizira i dominantnu evropsku političko-pravnu ideologiju konkretizovanu u evropskom pravnom sistemu. Harmoniziranje nacionalnih pravnih normi sa presudama Evropskog suda za ljudska prava pretpostavlja internaliziranje vrijednosti eksternog evropskog standarda u domaće pravne sisteme.

Kod harmonizacije nacionalnog prava sa konvencijskim standardom posebno je značajno pitanje koje se tiče doktrine slobodne ocjene koju Evropski sud za ljudska prava praktikuje kod utvrđivanja da li se, i uolikoj mjeri, specifičnosti nacionalnog prava, manifestovane kao odstupanja, odražavaju na koncept konvencijskog standarda i da li se on i pored toga održava. Različite, nekada i vrlo udaljene prakse Sud primjenom doktrine slobodne procjene valorizuje u kontekstu cilja i funkcije koju konvencijska norma u konkretnom ambijentu ostvaruje. Mada ne postoje konačno utvrđena i nesporna pravila koja se odnose na primjenu doktrine polja slobodne procjene, određene smjernice ipak postoje.²⁵

Tamo gdje ne postoji uniformni koncept opravdano je prihvatanje različitih rješenja i pristupa u nacionalnim pravnim sistemima.²⁶

Nedostatak konsenzusa ili zajedničkog stava Sud je opredijelio da se uzdrži od nametanja obaveza državama ugovornicama u predmetima koji su ocijenjeni kao kontroverzni²⁷, dok se, tamo gdje postoji, široka saglasnost država-članica oko primjene određenih standarda ista uzima u obzir.²⁸

24 Nominalno određenje prema Viskoviću, *ibid.*, str. 267.

25 Vidjeti šire: Van Dijk *et al*, *ibid.*, str. 81.

26 Ipak, razmatrajući predmet Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva Evropski sud za ljudska prava je, bez obzira na uvažavanje različite percepcije moralnih vrijednosti, objasnio da to ne znači da je neprihvatljivo uniformnost tražiti u jednoj određenoj oblasti. Sud je zaključio da su, uprkos polju slobodne procjene, organi Konvencije bili ti koji su trebali dati konačnu procjenu i donijeti odluku da zabrana koja se odnosila na homoseksualne aktivnosti odraslih osoba u Sjevernoj Irskoj nije bila neophodna u cilju da sačuva moralne standarde i zaštiti osjetljive članove društva.

27 Predmeti: Rees, st. 37., Cossey st. 40., B. Protiv Francuske st. 48.

28 Slučaj tjelesnog kažnjavanja, presuda Tyrer protiv Ujedinjenog Kraljevstva, od 25. 4. 1978, A.26, st. 31 i 38, presuda Dudgeon, st. 66., i pravno priznanje pola za transseksualce, presuda Goodwin protiv Ujedinjenog Kraljevstva, od 11.VII. 2002.

Ostvarivanje konvencijskog prava koje je postavljeno kao cilj relevantnije je od načina na koji se on postiže, a koji je uslovljen konkretnim i neujednačenim okolnostima u različitim pojedinačnim nacionalnim pravnim ambijentima.

Ukoliko je mjera domaćih vlasti usmjerena ka cilju pravne norme i ostvarivanje konvencijske vrijednosti, bez obzira na skroman društveni efekat koji to potvrđuje, Sud će u skladu sa doktrinom slobodne procjene naći da je ista opravdana.²⁹

Mada izuzetno značajna, ova funkcija presuda Evropskog suda za ljudska prava do sada je realizovana u skromnom obimu.³⁰ Suzdržanost proizlazi iz specifičnosti i značaja sadržaja koji je normiran nacionalnim pravom i njegove povezanosti sa stepenom razvoja društvene svijesti u svakoj državi ugovornici Konvencije.

4. Zaključak

Sadržajem Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama kreiran je jedinstven normativni dokument regionalnog karaktera, a tumačenje i nadzor nad njegovom primjenom povjereni su Evropskom sudu za ljudska prava. Sud je neizvjesnost ostvarivanja postavljenog mu zadatka kompenzirao činjenicom izvjesnosti društvenog djelovanja svojih presuda, koje cilj Konvencije realizuju u skladu sa mogućnostima konkretnog društvenog i pravnog ambijenta. U nacionalnim porodičnim pravima ovo je značajno jer su presude Evropskog suda za ljudska prava norme koje emaniraju vrijednost ljudskih prava i koje se odnose na društvene odnose koji su snažno obilježeni realnim ambijentom u kome se ostvaruju.

Obzirom da su presude Evropskog suda za ljudska prava uslovljene vrijednostima konvencijske norme i prirodom odnosa koji su njima regulisani, one imaju ulogu mehanizma društvene kontrole kojima je namijenjena i funkcija kvalifikacije pravnih odnosa. Presude su, uz to, podesan instrument za usaglašavanje pravnih normi nacionalnih pravnih sistema sa konvencijskim standardom, za ona ljudska prava koja u tom trenutku obuhvata Konvencija.

Ovo je posebno značajno obzirom na koncept slobodne procjene koja se ostavlja državama ugovornicama da bi im se osigurao dovoljno širok prostor za konkretizaciju konvencijskog koncepta zaštite, uvažavajući na taj način mogućnosti koje su uslovljene njihovim objektivnim društvenim prilikama. Mada u nadležnost

29 U ovom smislu Sud se kod ocjene navodne diskriminacijske prirode danskog sistema vremenskih ograničenja za pokretanje postupka za dokazivanje očinstva, što se odnosilo samo na muškarce, pozvao na nedostatak zajedničkih osnova i zaključio da su domaće vlasti imale pravo da misle da poduzeta mjera u domaćem pravu osigurava pravnu sigurnost i zaštitu djeteta. Vidjeti presudu Rasmussen od 28. XI 1984., A.87, t.15.

30 U kontekstu opštih razmatranja o pitanjima iz domena homoseksualnosti doprinos koji su organi Konvencije dali u borbi s problemom stigmatizacije i diskriminacije homoseksualaca je ograničen i tek posljednjih godina Sud pokazuje veću spremnost za preispitivanje nepovoljnog tretmana pojedinaca na osnovu njegove seksualne orijentacije. Jedanko tako, pravo na brak prema praksi Evropskog suda za ljudska prava, još je okrenuto njegovom tradicionalnom konceptu. Pravo sklapanja braka i dalje se, prema članu 12 Konvencije, odnosi na lica suprotnog biološkog pola, a tumačenje se podržava pozivanjem na zaštitu porodice. Obzirom na moguću širinu pojma, Evropski sud za ljudska prava do sada je razmatrao relativno mali broj predmeta koji su se bavili „privatnim životom. Vidjeti šire: Rid, *ibid.*, str. 411., 458., 512.

Suda formalno ne spada ovlaštenje da mijenja ili ukida odluke koje su donijela tijela javne vlasti ili presude nacionalnih sudova, to ne dovodi u pitanje nadzornu funkciju koju presude Evropskog suda za ljudska prava imaju i koja uz to ima i usmjeravajući efekat na buduća zakonodavna rješenja u nacionalnom pravu, kao i na praksu već postojećih, u skladu normativnim značenjem koje im je Sud svojim presudama dao.

Presudama se tako determiniše oblast slobode pravnih subjekata u sporu na koji se odnose potvrđujući time svojstvo prava da organizuje slobodu razgraničavajući je i ograničavajući je istovremeno.

Uz ovo, presudama Evropskog suda za ljudska prava svojstvena je i funkcija raspodjele društvenih tereta i dobara prema ideologiji pravde kojom je legitimisana Evropska konvencija, što se ogleda u primjeni principa proporcionalnosti koji Sud primjenjuje u tumačenju odredbi Konvencije.

Funkcija pravnih normi uvijek je zaštita postojećih i uspostavljanje novih društvenih odnosa u grancama tih pravnih normi. Presude Suda, u tom smislu, služe ne samo disciplinovanju i održavanju postojećeg stanja već i njegovom unapređivanju i transformisanju. S ovog aspekta presude Suda imaju promociionalnu i reformatorsku funkciju.

Uz sve navedene aspekte djelovanja presude Evropskog suda za ljudska prava svojim autoritetom i persuazivnim djelovanjem usmjeravaju percepciju javnosti prema vrijednostima koje zagovaraju, računajući pri tome sa izvjesnošću svojih društvenih efekata kojima će uticati ne samo na konkretnu društvenu stvarnost već i na širi evropski kontekst.

Društvena funkcija presuda Evropskog suda za ljudska prava nije usmjerena niti na pluralitet interesa, niti na interesne sukobe u društvu, već su one sredstvo promocije i zaštite opšteg dobra shvaćenog u širem evropskom kontekstu, kojima se posredno ili neposredno ostvaruju potrebe i interesi svih. Obzirom na činjenicu da cilj presuda Evropskog suda za ljudska prava, ostvarivanje prava i sloboda utvrđenih Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, u okvirima nacionalnog prava visokih strana ugovornica nije moguće realizovati na jednoobrazan način, njihov cilj zbog toga nije kompromitovan i iluzoran. Cilj presuda se, istina posredno, ostvaruje putem društvene funkcije presuda Evropskog suda za ljudska prava. Realizacija se ostvaruje u različitim aspektima, manifestujući se kao kontekstualizacija konvencijskog koncepta osiguravajući tako ako ne identičan nivo realizacije garantovanih prava, onda sigurno značajnu ujednačenost međusobno različitih nacionalnih praksi, što je, obzirom na objektivne faktore koji do toga dovode, i najviše što se u kontekstu ostvarivanja Konvencije može postići. Ipak, za aktivnu ulogu Evropskog suda za ljudska prava, korištenu u smislu zauzimanja jasnih stavova o pitanjima iz porodičnog prava svakako ima još dovoljno i interesa i prostora.

THE SOCIAL FUNCTION OF JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

The content of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms created a unique normative document of regional importance, and the interpretation and monitoring of its implementation are entrusted to the European Court of Human Rights. The Court compensated the uncertainty of this job by the certainty of the social effects of its verdicts, achieving the goal of the Convention in accordance with the possibilities of concrete social and legal environment. This is important in the context of the national family laws, as the rulings of the European Court of Human Rights emanate human rights values and reflect social relationships strongly marked by the actual environment in which they are exercised.

The social function of the verdicts of the European Court of Human Rights is not directed either to the plurality of interests, nor to the conflict of interests in the society, but they are a means of promoting and protecting the common good in the wider European context, which is indirectly or directly catering for the needs and interests of all.

Through the analysis of judgments of the European Court of Human Rights, and consideration of the social effects of legal normativity, we enter the area of linking real social relations and axiological-teleological awareness and normativity through which the subject of legal experience becomes a specific social process.

Since the rulings of the European Court of Human Rights are conditioned with the values of Convention standards and the nature of relationships that are regulated by them, they act as a mechanism of social control which is meant to qualify legal relations. Furthermore, rulings are a suitable instrument for the harmonization of the national legal system's norms with Convention's standards for those human rights that are currently included in the Convention.

This is particularly significant given the concept of free appreciation which is left to the Contracting States to ensure that they have enough space for the concretisation of the Convention's concept of protection, respecting thus the opportunities that are created by their objective social conditions.

Although it formally falls out of the jurisdiction of the Court to alter or abolish decisions made by public authorities or judgments of national courts, it does not put in question the supervisory function that the rulings of the European Court of Human Rights have, and its power to channel the future legislative solutions in the national law, and the application of the already existing ones, according to the normative meaning given to them by the Court.

Rulings also determine the area of freedom of legal entities in a dispute, thus confirming the faculty of law to organize freedom by delineating it and limiting it at the same time.

In addition to this, the rulings of the European Court of Human Rights inherently have the function of distribution of social burdens and goods in accordance with the ideology of justice which legitimized the European Convention; this is reflected in the application of the principle of proportionality which the Court applied in the interpretation of the provisions of the Convention.

The function of legal norms is always the protection of existing and establishment of new social relations, within the limits of the legal norms. The Court's rulings, in this respect, serve not only to discipline and maintain the current situation, but also to improve and transform it. From this point of view, the Court's rulings have a promotional and reformist function.

With all of these aspects, a ruling of the European Court of Human Rights with its authority and persuasive action directs the public perception to the values that it advocates, including the certainty of its social effects which will affect not only the concrete social reality, but also the wider European context.

The legal theory approach to the piece is based on the use of generalizations, dogmatic, teleological, axiological and sociological methods.

Keywords: ruling of the European Court of Human Rights, the goal and functions of the ruling, the effects of the ruling in the domestic legal order, national family law.