

**Пресуди во врска со
дискриминација од судската пракса
на Европскиот суд за човекови
права и Судот на правдата на
Европска унија**



Скопје, 2015 година



Публикација: Пресуди во врска со дискриминација од судската пракса на Европскиот суд за човекови права и Судот на правдата на Европска унија

Подготвил: Д-р Жанета Попоска

Превод: Јасна Шоптрајанова - Вртева

Аница Кузмановска

Жаклина Поп-Ангелова

Дизајн, уредување и печат: Polyesterday, Скопје

Тираж: 100 примероци

CIP - Каталогизација во публикација
Национална и универзитетска библиотека „Св. Климент Охридски“, Скопје

341.645.2/.544:342.724.037

ПРЕСУДИ во врска со дискриминација од судската пракса на Европскиот суд за човекови права и Судот на правдата на Европската унија / [подготвил Жанета Попоска ; превод Јасна Шоптрајанова-Вртева, Аница Кузмановска, Жаклина Поп-Ангелова]. - Скопје : ОБСЕ, 2015. - 344 стр. ; 21 см

Предговор / Душко Миновски: стр. 3-4. - Вовед / Анета Арнаудовска: стр. 5. - Фусноти кон текстот

ISBN 978-608-4630-90-6

а) Европски суд за човекови права - Дискриминација - Судски пресуди
б) Меѓународен суд на правдата - Дискриминација - Судски пресуди
COBISS.MK-ID 99173898

Поддржано од:



Содржината на ова издание не секогаш ги одразува погледите или ставовите на Мисијата на ОБСЕ во Скопје.

Предговор

Почитувани,

Забраната и заштитата од дискриминација претставуваат темелник во македонскиот правен систем. Воспоставени со Уставот, дефинирани со Законот за спречување и заштита од дискриминација и вклучени во серија законски решенија од различни области, одредбите кои ја гарантираат еднаквоста и недискриминацијата се јадрото на нашето законодавство.

Но, не почнува сè од тука и од нас. Имено, Универзалната декларација за човековите права на Обединетите нации е прв и основен документ кој ја поставува потребата од еднаквост како суштински предуслов за ползување на човековите права – тие ни припаѓаат на секој од нас, без разлика на нашите различности. Конвенцијата за елиминација на сите форми на дискриминација против жената (CEDAW) и Конвенцијата за правата на лицата со попреченост (CRPD) ги додефинираат специфичностите кај дискриминација на жените и лицата со попреченост.

Европската Конвенција за човековите права (ECHR) е основен документ на ниво на Европа, затоа што е директно применлива во националните правни системи. Но, тука се и соодветните директиви кои го отелотворуваат принципот на еднаквост и не-дискриминација во Европската унија, фокусирајќи се на еднаков третман во работата и вработувањето врз основ на религија и уверување, попреченост, возраст и сексуална ориентација, како и еднаков третман врз основ на пол и врз основ на раса и етничка припадност.¹

Комисијата за заштита од дискриминација е формирана во 2011 година како национален авторитет за промоција на еднаквоста и човековите права, како и за заштита од дискриминација. Со тоа се воспостави функционален и соодветен механизам за борба против дискриминација на национално ниво. Но, овој механизам, сам по себе, не е доволен. Унапредување на судската заштита преку редовните судови е предизвик со кој се соочува македонското општество. Веќе воспоставената соработка помеѓу Комисијата, Академијата за судии и јавни обвинители и редовните судови е императив кој треба да се надоградува и продлабочува.

Иако националниот правен систем не е базиран на прецедентното право, растечката интерповрзаност на националните правни системи во Европа, како и посебностите на самиот европски правен систем, наложуваат систематски анализи на конкретни случаи на дискриминација кои се појавиле пред Европскиот суд за човекови права и Судот на правдата на Европската унија. Како што рече и Сер Николас Браца, поранешен Претседател на Европскиот суд за човекови права, „Националните судови, при примената на [Конвенцијата] можат да влијаат на еволуција на начинот на кој [Европскиот] суд истата ја интерпретира. Во потрага по ваков дијалог, ние имаме редовни состаноци со националните врховни судови [како највисока национална судска инстанца]“.

Оваа публикација е втора публикација која содржи избрани случаи од праксата на двата суда и претставува природна еволуција во процесот на зајакнување на капацитетите на македонските судии. Имајќи ги предвид 13-те случаи кои беа детално разработени во првата публикација од 2013 година, ефектот кој истата го имаше кај судиите, адвокатите, студентите и другите правни практичари, како и нејзината огромна применливост во македонската пракса, оваа публикација има за цел да го надогради веќе стекнатото знаење и уште повеќе да ја унапреди забраната и заштитата од дискриминација во пракса.

Многу работи се сменија од кога се компилираа случаите за првата публикација. Ако тогаш се чекаше исходот од првиот национален судски случај покренат по тужба за заштита од дискриминација, сега веќе имаме повеќе вакви случаи пред македонските судови, на различни инстанции.

¹ Директива 2004/38/ЕС; Директива 2000/78/ЕС; Директива 2000/43/ЕС

Уште повеќе, ја имаме и првата правосилна пресуда која утврдува дискриминација врз основа на ментална и телесна попреченост од страна на една македонска општина. Подигнатата свест и капацитетите се огледуваат и во фактот дека општината го согледа попречувањето на правата на својот граѓанин и одлучи да не ја обжали првостепената пресуда. Понатаму, ангажманот на граѓанскиот сектор е поактивен, фокусиран и професионален, што се огледува преку активното застапување за правата на конституентите, како што прави на пример и организацијата Полио Плус, како и преку пружање на бесплатна правна помош и застапување во случаи на дискриминација, каде што најголем импакт имаат Здружението на млади правници. Конечно, тука е постојаната поддршка на Мисијата на ОБСЕ во Скопје која го помага целиот процес на јакнење на капацитетите на сите актери и овозможува пренос на знаењата и добрите практики во земјава и пошироко.

Предизвикот веќе не е создавање на национална судска пракса за постапување во случаи на дискриминација, туку унапредување на истата. Активното и конструктивно вклучување на сите чинители придонесува кон кристализирањето на приоритетите и суштински напредок. Токму кон тоа и цели оваа публикација – подигнување на нивото на сите чинители, со цел ефективна заштита од дискриминација.

Со почит,

Душко Миновски

Претседател

Комисија за заштита од дискриминација

Вовед

Со истекот на оваа 2015 година, ќе го означиме и заокружувањето на петгодишниот циклус на обука за анти-дискриминационо законодавство во нашата држава, којшто Академијата за судии и јавни обвинители „Павел Шатев“ го спроведе во соработка со Мисијата на ОБСЕ во Скопје.

Но, овој циклус значеше многу повеќе од обука, значеше јакнење на капацитетите на македонските судии, изработка и публикација на голем број помошни и практични алатки, како и градење на синергија помеѓу судиите, адвокатите и Комисијата за заштита од дискриминација како национален авторите за еднаквост.

Воедно, Академијата остана доследна на своите заложби за промовирање и почитување на Европската конвенција за човекови права и протоколите со кои се поставија основите на Европскиот суд за човекови права, како единствен и моќен механизам за заштита на фундаменталните права, унапредување на цивилизациските вредности и демократскиот прогрес.

Поаѓајќи од оваа премиса и од фактот дека содржината и целта на одредбите од Конвенцијата „живеат“ преку праксата на Европскиот суд за човекови права, поставувајќи правила и стандарди на однесување преку своите референтни одлуки, пред точно две години ја објавивме првата збирка на пресуди во врска со предметите на дискриминација од судската пракса на овој суд, но и на Судот на правдата на Европската унија. Со оваа збирка, Академијата имаше за цел да помогне на домашните судии директно да ги применуваат и во своите одлуки да се повикуваат на членовите од Европската конвенција за човекови права, а имајќи предвид дека релативно новиот закон не донесе брзо и соодветен број на тужби пред домашните судови, па градењето на национална судска пракса во тој период изгледаше сè уште како невозможна мисија. Но, упорната и вредна работа, како и вклучувањето на адвокатите во обуките од овој тип, вродија со плод некаде кон средината на 2014 година, кога пристигнаа и првите тужби за заштита од дискриминација врз основа на Законот за спречување и заштита од дискриминација, во домашните првостепени судови.

Тоа ни даде дополнителен мотив да продолжиме со нови активности, меѓу кои покрај обуките и правните семинари, би ги издвоила и подготовката на ова второ издание на Збирката на одлуки на Европскиот суд за човекови права и Судот на правдата на Европската унија, и Практикумот на Законот за спречување и заштита од дискриминација со примери на иницијални акти пред Комисијата за заштита од дискриминација и домашните судови, одлуки на првостепен суд, правни лекови и одлуки на апелационите судови.

Со ова, Академијата продолжува да ја вградува судската пракса како една од најзначајните алатки за обука на сите правни практичари, па затоа сметаме дека покрај најновата домашна судска пракса, и оваа збирка која го отсликува развојот и најновите гледишта на Европскиот суд за човекови права и Судот на правдата на Европската унија во однос на заштитата од дискриминација, ќе биде еден од столбовите врз кои ќе се потпира наставниот курикулум од оваа област во наредните неколку години. Искрено се надевам дека оваа збирка на одлуки ќе го даде очекуваниот ефект, како што беше случајот и со првата компилација во 2013 година, но истовремено ќе претставува и поттик за понатамошна издавачка дејност на Академијата, секојдневно збогатувајќи го фондот на расположлива литература во матичната библиотека, достапна за сите судии, јавни обвинители и други практичари коишто сакаат да ги продлабочат своите знаења за концептот на еднаквост и борбата против дискриминација.

Анета Арнаудовска

Директор

Академија за судии и јавни обвинители

„Павел Шатев“

Дискриминација врз основ на раса и етничка припадност



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

ВТОР ОДДЕЛ

СЛУЧАЈ ХОРВАТ И КИШ против УНГАРИЈА

(Апликација бр. 11146/11)

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

29 јануари 2013 година

КОНЕЧНА

29/04/2013

Оваа пресуда е правосилна во согласност со член 44, став 2 од Конвенцијата. Истата може да биде предмет на редакциски измени.

Во случајот **Хорват и Киш против Унгарија**,

Европскиот суд за човекови права (Втор оддел), заседавајќи во Совет составен од:

Гвидо Раимонди (Guido Raimondi), претседател
Дануте Јочиене (Danutë Jočienë),
Пеер Лорензен (Peer Lorenzen),
Андраш Шајо (András Sajó),
Ишил Каракаш (Işıl Karakaş),
Небојша Вучиниќ (Nebojša Vučinić),
Хелен Келер (Helen Keller), судии,
и Стенли Најсмит (Stanley Naismith), секретар на Одделот,

Расправајќи на затворена седница одржана на 18 декември 2012 година,

Ја усвои следнава пресуда, која беше донесена на тој датум:

ПОСТАПКА

1. Случајот беше инициран со апликација (бр. 11146/11) против Република Унгарија, поднесена до Судот во согласност со член 34 од Конвенцијата за заштита на човековите права и основните слободи („Конвенција“) од страна на двајца унгарски државјани, г-н Иштван Хорват (István Horváth) и г-н Андраш Киш (András Kiss) („апликанти“) на 11 февруари 2011 година.
2. Апликантите беа застапувани од г-ѓа Л. Фаркаш (L. Farkas), адвокат кој работи во Будимпешта, и од Европскиот центар за правата на Ромите, невладина организација со седиште во Будимпешта. Унгарската влада („влада“) ја застапуваше г-н З. Талоди (Z. Tallódi), застапник, Министерство за јавна администрација и правда.
3. Апликантите тврдеа дека, во согласност со член 2 од Протокол бр. 1 толкуван во врска со член 14 од Конвенцијата, нивното образование во училиште за специјално образование претставувало директна и/или индиректна дискриминација во уживањето на нивното право на образование, врз основа на нивното ромско потекло, во тоа што тестовите за проверка на подготвеноста за следење на наставната материја биле во хартиена форма и културно пристрасни, нивните родители не можеле да ги остварат своите права на учество, тие биле сместени во училишта наменети за деца со ментална попреченост чија наставна програма била ограничена и, како последица на тоа, тие биле стигматизирани.
4. На 4 јануари 2012 година, апликацијата беше доставена до владата. Исто така беше одлучено истовремено да се одлучува по допуштеноста и основаноста на апликацијата (член 29, став 1).

ФАКТИ

I. ОКОЛНОСТИ НА СЛУЧАЈОТ

5. Апликантите се родени во 1994 година и во 1992 година соодветно, и живеат во Њиреѓхаза.

A. Општи информации

6. Апликантите се двајца млади Роми, на кои им била дијагностицирана ментална попреченост. Како резултат на оваа дијагноза, апликантите се школувале во основното училиште за специјално и стручно образование „Голес Виктор“ (Göllesz Viktor Remedial Primary and Vocational School), основно училиште за специјално образование („специјална образовна програма“ или „специјално“ училиште) во градот Њиреѓхаза, наменето за деца со ментална попреченост.

7. Застапеноста на ромските ученици во основното училиште за специјално и стручно образование, „Голес Виктор“ била 40% до 50% во последниве десет години. Статистичките податоци посочуваат дека, во 2007 година, на Ромите отпаѓале 8,7% од вкупниот број ученици кои го посетувале основното училиште во Њиреѓхаза. Во 1993 година, последната година во која податоците за етничката припадност се официјално собрани во јавното образование во Унгарија, најмалку 42% од децата во специјалната образовна програма биле од ромско потекло според официјалните процени, иако нивната застапеност била само 8.22% од вкупниот број ученици.

8. Според статистичките податоци во Статистичкиот годишник за образование, во учебната 2007/2008 година само 0,4% – 0,6% од учениците со посебни потреби имале можност да учествуваат во интегрирано редовно средно образование кое обезбедува диплома за средно образование. Иако еден од соучениците на вториот апликант бил примен во средно училиште за стручно образование кое нуди диплома за средно образование, ниту еден од апликантите не бил распореден во програма која обезбедува диплома за средно образование, со што бил ограничен нивниот пристап до повисоко образование и вработување. Првиот апликант не можел да следи предавање за да стане инструктор по танцување, како неговиот татко; наместо тоа, тој добил обука за стручно оспособување за да стане пекар. Вториот апликант го продолжил школувањето во редовно средно училиште за стручно образование кое не нудело диплома за средно образование и не можел да ја оствари својата амбиција да стане автомеханичар.

Б. Социјален контекст

9. Академската литература посочува дека системски погрешната дијагноза за ромските деца како деца со ментална попреченост претставува инструмент за сегрегација на ромските деца од децата кои не се Роми во унгарскиот систем на јавно образование уште од 1970-те години.

10. Националното истражување за Ромите, спроведено во 1971, јасно покажа дека главна пречка во образованието на ромските деца е постоењето на училишта за специјално образование (специјални училишта). Во учебната 1974/1975 година, 11,7% од ромските деца посетувале специјални училишта и одделенија. Поради постојаното зголемување на бројот на ромски деца кои се запишувале на училиште, до учебната 1985/1986 година нивната застапеност достигнала 17,5%, при што само 2% од мнозинството унгарски ученици учеле во специјални училишта и одделенија. Осум одделенија завршени во специјално образование изнесуваат шест одделенија завршени во редовно училиште. Од 1972 година до 1975 година, речиси 50% од учениците во пониските одделенија во специјалните училишта во Будимпешта биле повторно тестирани. Најзначајните резултати од прегледот во Будимпешта биле дека ако границата меѓу нормални способности и ментална попреченост се постави на коефициент на интелигенција 70, бројка која е препорачана од Светската здравствена организација (СЗО), тогаш само 49,3% од учениците кои учествувале во специјално образование биле квалификувале како ученици со ментална попреченост, додека 50,7% биле квалификувале како нормални, од кои 12% биле со просечна интелигенција, а 38,7% биле гранични случаи, односно, на граница на ментална ретардација. Меѓутоа, преку комплексна процена, само 7% биле квалификувани дека имаат просечни ментални способности. Со комплексната процена се квалификувале децата чии резултати од тестот ги покажувале инаку како деца со интелектуална попреченост. За да се дојде до овој заклучок, воведен е поимот на наследна интелектуална попреченост, поим кој се разликува од патолошка ментална попреченост.

11. Според унгарските власти, во 2004 година, 5,3% од децата во основните училишта во Унгарија биле со ментална попреченост, додека во Европската унија овој сооднос изнесуваше 2,5%. Во последнава деценија, стапката на деца со ментална попреченост континуирано се зголемува во Унгарија, особено во категориите „блага ментална попреченост“ и „друга попреченост“. Децата од маргинализираните слоеви, особено ромските деца, се застапени во значително поголем број меѓу децата со попреченост.

12. Недостатоците на системот за дијагностицирање беа потврдени од државните власти кога, во 2003 година, Министерството за образование започна програма со наслов „Излегување од задните клупи“, чија утврдена цел беше повторно да се прегледаат децата и, по поставување повторна дијагноза, оние деца кои биле погрешно дијагностицирани да се вратат во редовните училишта.

Со програмата повторно биле проценети 2.100 деца и 11% од децата за кои е поставена повторна дијагноза биле вратени во редовните училишта. Во округот Саболч-Сатмар-Берег (Szabolcs-Szatmár-Bereg), од каде што потекнуваат апликантите, оваа стапка изнесуваше 16%.

13. Дел од причината за фактот што толку многу деца се сметаа за деца со попреченост беше тоа што дефиницијата за посебни образовни потреби во Законот за јавно образование (ЗЈО) бр. LXXIX од 1993 година и дефиницијата за ментална попреченост пред 1 септември 2003 година (види став 63 подолу) вклучуваа не само ментална попреченост, туку и тешкотии во учењето, дислексија и проблеми во однесувањето.

14. Во 2007 година, Националната експертска комисија за рехабилитација (НЕКР) објасни дека коефициентот на интелигенција меѓу 70 и 85 претставува граничен интелект. Дете во рамките на овој коефициент на интелигенција би можело да има сериозни и континуирани пречки во учењето. Експертот, при проценување на секој случај, морал да процени кои фактори натежнуваат кон ментална попреченост или кон здрава ментална способност. На пример, слабите способности за апстракција или асоцијативно учење би можеле да посочуваат ментална попреченост дури и над коефициент на интелигенција од 70. „Граничниот интелект“, самиот по себе, не се сметаше за ментална попреченост или причина за распоредување во специјално училиште.

15. Во 2004 година, министерот за образование побарал од стручните комисии да престанат да ги преместуваат децата со резултати над коефициент на интелигенција 70 во специјални училишта. Таа година беа усвоени нов протокол и нова стандардизирана постапка со кои се барало да се земе предвид маргинализираната положба на детето. На пример, ако детето зборува на јазик на етничко малцинство, тоа не може да биде испитувано со користење на вербални тестови на унгарски јазик. Нееднаквоста сепак продолжи да постои. Најголемата разлика меѓу ромските и децата кои не се Роми се појави на тестот на проверка на способности, таканаречен „мозаик-тест“. Едно од објаснувањата за тоа е тоа што ромските деца имаат помало искуство со играчки и игри во кои треба да се составуваат целини од делови и слики (на пример, коцки со различни слики на секоја страна, или сложувалки, итн.).

В. Прочени на г-н Хорват

16. Г-н Хорват започнал основно образование во основното училиште за специјално и стручно образование „Голес Виктор“ врз основа на препорака од Експертската комисија за рехабилитација на округот Саболч-Сатмар-Берег („експертска комисија“). Неговото испитување беше побарано на 19 април 2001 година од градинката што тогаш ја посетувал. Од градинката тврделе дека неговите ментални и социјални способности се пониски од нормалните за децата на негова возраст, што се покажало во неговото чувство за логика, цртање и комуникација. Тој многу малку време поминал во градинката, бидејќи поголем дел од времето бил болен. Ова, иако е честа причина за лоши резултати на тестовите, не било земено предвид кога биле оценувани неговите резултати.

17. Испитувањето кое го побарала градинката било извршено на 17 мај 2001 година. Покрај набљудувањето на неговото однесување, неговите способности (вербални, броење, когнитивни, внимание/концентрација, визуелно-моторна координација) и неговите резултати, направени биле и следниве тестови за мерење на коефициентот на интелигенција: “Budapest Binet Test” (Бинетов тест) - коефициент на интелигенција 64; “Coloured Raven Test” (Равенов тест) – коефициент на интелигенција 83; “Goodenough ‘draw-a-person’ Test” (тест „нацртај човек“) – развоен коефициент 67. Експертската комисија не го образложила своето мислење за причините за ваквите различни резултати.

18. Во своето мислење, Експертската комисија дијагностицирала „блага ментална попреченост“ кај г. Хорват, за чие потекло се изјаснила дека не било познато. Во дијагнозата било наведено дека г. Хорват „заостанувал две и пол години зад нормалните деца“, како и дека имал недоволно развиен централен нервен систем. Според тоа, тој бил упатен во училиште за специјално образование. Спротивно на вредноста на СЗО за коефициент на интелигенција 70, експертските комисии во Унгарија применувале, според Министерството за национални ресурси, коефициент на интелигенција 86 како гранична вредност меѓу здрава интелектуална способност и блага ментална попреченост.

19. Експертската комисија им рекла на родителите на г. Хорват, дури и пред да се изврши испитувањето, дека тој ќе биде распореден во училиште за специјално образование и од нив било побарано да го потпишат експертското мислење пред да се изврши испитувањето.

20. На 3 декември 2002 година, Експертската комисија повторно го испитала г. Хорват. Таа утврдила дека неговите способности не се развиле, и известила дека тој сè уште имал блага ментална попреченост.

21. На 28 април 2005 година, Експертската комисија повторно го испитала г. Хорват. Според ова испитување, резултатот кој го постигнал на “Raven Test” беше коефициент на интелигенција 61. Според тоа, Експертската комисија се изјаснила дека неговиот статус не се променил и го потврдила претходното мислење.

22. На 20 март 2007 година се извршило уште едно испитување. Овој пат, вредност која г. Хорват ја постигнал на “Raven Test” беше коефициент на интелигенција 71. Експертската комисија констатирала дека тој имал подобро знаење отколку што било отсликано во овој резултат од тестирањето, дека тој покажал добри резултати на училиште во 2006 година и во 2007 година, дека бил интегриран во училишниот систем и дека можел да учи самостојно, дека немал пречки во говорот и дека му било потребно само малку поттикнување. Покрај тоа, комисијата констатирала дека тој бил активен на часовите, дека бил вреден и дека ги почитувал сите барања од наставната програма. Истакнувајќи дека г. Хорват учел во училиште за специјално образование, Експертската комисија повторно дијагностицирала блага ментална попреченост кај него, како и дека има посебни образовни потреби. Според тоа, таа ја потврдила својата одлука за негово распоредување во училиште за специјално образование.

23. Родителите на г. Хорват не биле поканети да учествуваат во дијагностичките процени. Неговиот татко само го потпишал мислењето од 17 мај 2001 година. Не е јасно дали на родителите им биле дадени информации за постапката и за нивните соодветни права, вклучувајќи го и правото на жалба, и не е јасно дали им е даден примерок од мислењето. Таткото го придружувал г. Хорват на првото испитување, но не му било дозволено да присуствува на испитувањето. На родителите им биле кажани резултатите, но не им било дадено објаснување за последиците од тоа.

24. На 26 септември и на 2 октомври 2008 година, г. Хорват бил повторно испитан од страна на НЕКР како што наредил првостепениот суд (види став 38 подолу). Во ова мислење било наведено дека апликантот има „блага ментална попреченост“, иако не можеле да се утврдат причините за тоа.

Г. Прцени на г-н Киш

25. Откако поминал седум месеци во градинка, г-н Киш започнал основно образование во септември 1999 година во редовно училиште, во Основното училиште бр. 13 кое се наоѓало во ромската населба Њиреџхаза. Во својата одлука од 4 јануари 1999 година, локалната педагошка советодавна служба заклучила дека тој имал тешкотии во учењето „кои произлегуваат од неговата социјална и културна маргинализација“ и го советувала да се школува во специјална програма, но во редовно училиште. На 14 декември 1999 година училиштето побарало стручна дијагноза врз основа на неговите резултати во првото тромесечје од школската година, тврдејќи дека покажувал лоши резултати, дека честопати бил уморен, дека неговото внимание било нестабилно и дека неговиот речник бил сиромашен. Неговиот коефициент на интелигенција бил измерен на 73.

26. На 15 мај 2000 година, Експертската комисија дијагностицирала „блага ментална попреченост“ кај г. Киш. Според “Budapest Binet Test”, неговиот коефициент на интелигенција бил 63, а постигнал коефициент на интелигенција 83 на “Raven Test”. Потпирајќи се на резултатите, Експертската комисија организирала г. Киш да биде распореден во училиште за деца со блага ментална попреченост. Како рехабилитација, Експертската комисија предложила развивање на неговата концентрација и способноста за анализа и синтеза. Во мислењето на комисијата не било дадено никакво објаснување за разликите во резултатите кои г. Киш ги постигнал на различните тестови за мерење на коефициентот на интелигенција.

27. Родителите на г. Киш се спротивставувале на тоа што нивното дете било распоредено во училиште за специјално образование и инсистирале дека тој треба да се школува во редовно училиште, но попусто. Тие не биле информирани за нивното право на жалба на одлуката на комисијата. Потоа г. Киш бил распореден во основното училиште за специјално и стручно образование „Голес Виктор“.

28. Во текот на училишните години, г. Киш победил на голем број натпревари, вклучувајќи на натпревар во читање поезија и во спортски натпревари, и бил одличен ученик сè до седмо одделение.

Меѓутоа, неговиот наставник му рекол дека не може да продолжи да учи за автомеханичар како што сакал, бидејќи е ученик во училиште за специјално образование и дека може да избере само меѓу обуките кои ги нуди специјално училиште за стручно образование.

29. Експертската комисија подоцна извршила повторна процена на г. Киш во два наврати, на 14 декември 2002 година и на 27 април 2005 година. Во втората од овие две процени, Експертската комисија констатирала дека, и покрај фактот што тој постигнал добри резултати на училиште, неговото аналитичко размислување било недоразвиено. Неговиот коефициент на интелигенција базиран на “Raven Test” бил 71, а сепак Експертската комисија навела дека тој и понатаму требал да се школува во училиштето за специјално образование.

30. Во текот на судската постапка за случајот (види подолу), првостепениот суд наредил г. Киш да биде испитан од НЕКР. Според стручното мислење од 20 ноември 2008 година, неговиот ментален капацитет бил нормален, тој немал ментална попреченост, а неговиот СК (социјален коефициент) бил 90, што исклучува ментална попреченост. Меѓутоа, тој имал значителни недостатоци во врска со стекнатото знаење и имал пречки во учењето. Како и кај првиот апликант, НЕКР констатирала дека во одлуката на Експертската комисија требало да се посочи дека социјалните и културните фактори имале значајна улога во обликувањето на нивниот статус од рана возраст, но дека всушност овие фактори и маргинализираната положба на г. Киш не биле земени предвид.

НЕКР заклучила дека и на двајцата апликанти им било обезбедено образование соодветно на нивните способности.

Д. Повторна проверка на интелектуалните способности на апликантите од страна на независни експерти

31. Во август 2005 година, двајцата апликанти биле во летен камп каде што се тествирале 61 дете со „посебни образовни потреби“. Тестирањето било направено од страна на независни експерти.

32. Двајцата апликанти биле оценувани со различни тестови. Во врска со г. Хорват, експертите констатирале дека неговиот “Raven Test” (коефициент на интелигенција 83) бил под просекот, но не одговарал на резултат на дете со „ментална попреченост“; според тоа, тој немал ментална попреченост. Неговиот “Bender B Test” се однесувал на недоволно развиениот нервен систем кој потенцијално создавал проблеми во однесувањето и проблеми во учењето, но тој не се сметал дека има ментална попреченост или дека е неподобен за интегрирање во редовни одделенија.

33. Резултатот кој го постигнал г. Киш на “Raven Test” бил коефициент на интелигенција 90, неговиот резултат на “MAVGYI-R Test” бил коефициент на интелигенција 79, а неговата вербална интелигенција била 91. Според процената, тој страдал од недоволна развиеност на нервниот систем и од дислексија. Експертите констатирале дека тој бил со здрав ум и дека можел да се школува во училиште со редовна наставна програма. Тие предложили властите веднаш да извршат итна интервенција за да го распоредат во редовно училиште и да му се обезбеди соодветно образование. Исто така, експертите предложили темелно педагошко испитување и развивање индивидуален план на учење со педагошка и психолошка помош. Тие констатирале дека тој морал да го надомести пропуштеното во своето учење за да ги намали недостатоците кои ги имал како резултат на учењето според поедноставна наставна програма.

34. Експертите констатирале дека применетите дијагностички методи треба повторно да се проверат, и дека ромските деца можеле да остварат подобри резултати на тестовите доколку тие тестови не биле подготвени за деца кои припаѓаат на етничко малцинство. Тие нагласиле дека со “Raven Test” се мерела интелигенцијата само во тесни рамки и, според тоа, тој тест давал помалку податоци во врска со интелигенцијата. Понатаму, експертите препорачале “MAVGYI-R” тестот за мерење на интелигенцијата кај деца повторно да се провери и да се надополни, бидејќи бил застарен и бидејќи усните тестови биле културно пристрасни и некомпатибилни со сегашниот животен стил и знаење на децата. Исто така, експертите констатирале дека тестовите за интелигенција биле тесно поврзани со капацитетите на училиштата; според тоа, образованието во училиште за специјално образование може значително да влијае врз резултатите од тестот за мерење на интелигенција на 13/14-годишно дете.

НЕКР констатирала дека заклучоците на независните експерти предизвикуваат се доведуваат во прашање.

Г. Постапка пред првостепениот суд

35. На 13 ноември 2006 година, апликантите поднеле барање за обесштетување до Регионалниот суд на округот Саболч-Сатмар-Берег, барајќи од Судот да утврди повреда на принципот на еднаков третман која претставува повреда на нивните лични права во согласност со дел 76 од Граѓанскиот законик и со дел 77(3) од Законот за јавно образование. Постапката беше покрената против Експертската комисија, Советот на округот Саболч-Сатмар-Берег и основното училиште за специјално и стручно образование „Голес Виктор“.

36. Апликантите тврделе дека Експертската комисија ги дискриминирала и дека погрешно дијагностицирала „блага ментална попреченост“ кај нив врз основа на нивната етничка припадност, социјално и економско потекло, и дека како резултат на тоа им наложила да се школуваат во специјално училиште, иако имале нормални способности. Тие тврдеа дека експертските комисиии можеле слободно да ги избираат тестовите кои ги применувале, а било добро познато меѓу експертите дека некои тестови биле културно пристрасни и доведувале до погрешно дијагностицирање на децата од маргинализираните средини, особено ромските деца. Оваа системска грешка потекнува од самиот систем на дијагностицирање кој е полн со недостатоци и кој не го земал предвид социјалното или културното потекло на ромските деца и, како таков, тој е културно пристрасен и според тоа, довел до погрешно дијагностицирање на ромските деца. Тие тврдеа дека експертите, во согласност со закон, имаат обврска да бидат искусни на полето на ментална попреченост и, според тоа, се обврзани да ги знаат симптомите на таквата попреченост за да обезбедат дека само децата со вистинска ментална попреченост се школуваат во специјални одделенија/одделенија за деца со ментална попреченост/одделенија за деца со посебни образовни потреби. Покрај тоа, и спротивно на соодветните правилници, родителите на апликантите не биле информирани за постапката на Комисијата или за нејзините последици или за нивните права да учествуваат во постапката и да вложат жалба против одлуките за кои станува збор, па според тоа, нивното уставно право на правен лек било повредено.

37. Понатаму, апликантите тврдеа дека Окружниот совет не обезбедил ефективна контрола над Експертската комисија. Тие, исто така, тврдеа дека наставниците кои работеле во училиштето за специјално образование требало да забележат дека тие имаат нормални способности.

38. Регионалниот суд наредил апликантите да бидат испитани од страна на НЕКР.

39. На 27 мај 2009 година, Регионалниот суд констатирал дека вкупното постапување од страна на тужените во врска со образованието на апликантите претставувало повреда на нивните права на еднаков третман и образование и, според тоа, им наредил, заеднички и посебно, да му платат 1,000,000 унгарски форинти како отштета на секој апликант.

Судот објаснил дека бил повикан да поведе истрага за тоа дали тужените постапиле во согласност со Уставот и со Законот за јавно образование, односно, дали ги обезбедиле граѓанските права на апликантите без никаква дискриминација, дали промовирале еднаквост пред законот со позитивни мерки насочени кон елиминирање на нивните нееднаквости во однос на можностите и дали им обезбедиле образование во согласност со нивните способности. Судот заклучил дека – иако законската дефиниција на „посебни потреби“ била неколкупати изменета во релевантниот период – релевантните прописи јасно пропишувале дека експертските комисиии треба да го индивидуализираат секој случај, да одлучат за можните посебни потреби во секој случај според потребите и околностите на секое дете поединечно, да ги идентификуваат причините кои лежат во основата на секоја посебна потреба и да воспостават специфични услуги на поддршка кои му се потребни на детето според степенот на попреченост.

40. Судот одлучил дека овој вид индивидуализација недостасувал во врска со дијагнозите на апликантите и дека Експертската комисија не ги идентификувала тие специфични професионални услуги кои би им помогнале на апликантите во нивното образование. Во текот на првичното и повторното испитување на апликантите, таа не ги утврдила причините поради кои ним им било потребно специјално образование, како и тоа дали таквото специјално образование им било потребно како резултат на нивното однесување или како резултат на органски или неоргански причини.

41. Судот нагласил дека, според принципот на еднаков третман, Експертската комисија треба да одлучи дали децата кои достигнуваат училишна возраст можат да учат во училишта со стандардна наставна програма или во училишта за специјално образование со специјална наставна програма. Во исто време, Судот констатирал дека, во конкретниот случај, работењето на Експертската комисија било одложено поради тековното реструктурирање и поради малиот број на професионален и друг персонал. Според тоа, Експертската комисија не можела да ја извршува својата должност за континуирани контролни испитувањата.

42. Покрај тоа, според гледиштето на Судот, Окружниот совет не обезбедил ефективна контрола над Експертската комисија и, според тоа, не забележал дека Комисијата не ги информирала соодветно родителите. Освен тоа, Окружниот совет не обезбедил дека одлуките на експертите биле индивидуализирани во согласност со законот.

Според тоа, тужените ги повредиле правата на апликантите на еднаков третман.

Е. Жалбена постапка

43. Експертската комисија не поднела жалба, па според тоа, горенаведената одлука станала правосилна и извршна во врска со тоа.

По жалбата од страна на училиштето за специјално образование и на Окружниот совет, на 5 ноември 2009 година, Апелациониот суд во Дебрецен ја укинал првостепената пресуда и ги отфрли тврдењата на апликантите против тужените.

44. Апелациониот суд ја прифатил одбраната на училиштето за специјално образование, имено дека не направило ништо освен што ги запишало апликантите во согласност со одлуката на Експертската комисија. Училиштето сметало дека Окружниот совет е тој кој требал да обезбеди ефективна контрола над законитоста на работењето на училиштето за специјално образование и на Експертската комисија. Пропустот во овој поглед може да ја утврди одговорноста на Окружниот совет, особено бидејќи не биле почитувани правата родителите за учество.

45. Апелациониот суд понатаму констатирал дека, со цел да се спречи погрешното дијагностицирање и последицната сегрегација на ромските деца во училишта за специјално образование, постои потреба, која сè уште не е задоволена, за развивање нов систем на дијагностичко тестирање кој треба да ги земе предвид културното, лингвистичкото и социјалното потекло на децата. Меѓутоа, Судот заклучил дека недостигот од соодветни дијагностички инструменти и последователното распоредување на апликантите во училишта за специјално образование немало никаква врска со нивното етничко потекло и, според тоа, не утврди дискриминација против апликантите, заклучувајќи дека нивните лични права не биле повредени. Според Судот, апликантите не претрпеле штета како резултат на незаконското однесување на тужените бидејќи, според мислењето на експертите назначени од судот, тие биле образовани во согласност со нивните ментални способности. Тоа мислење ефективно ги потврди одлуките на Експертската комисија.

Пресудата на Апелациониот суд го содржи и следниов пасус:

„Разгледувајќи ги – несеопфатните – амандмани [од Законот за јавно образование и уредбите за неговото спроведување кое се случило по 1 јануари 2007 година], може да се утврди, од една страна, дека тие измени биле главно и евидентно предизвикани од напредокот на поврзаната наука, на истражувањата и резултатите од анкетите, а од друга страна, дека следењето на законодавните случувања во овој период било речиси невозможна задача за оние кои го применуваат законот.“

Ж. Постапка на преиспитување

46. Апликантите подоцна поднеле претставка за преиспитување до Врховниот суд. Тие тврделе дека не постоел воспоставен национален професионален стандард во врска со дијагностичкиот систем во Унгарија. Добропознатите системски грешки на дијагностичкиот систем, заедно со тоа што не е земена предвид социјалната, културната и јазичната маргинализација, резултирало во непропорционално висок број ромски деца кај кои била дијагностицирана „блага ментална попреченост“.

47. Апликантите побараа од Врховниот суд да ја утврди, како аналогија во случајот Д.Х. и други против Чешката Република (D.H. and Others v. the Czech Republic ([GC], бр. 57325/00, ЕКЧП 2007IV)), погрешно поставената дијагноза за ромските деца, односно, дека упатувањето на ромските деца со нормални ментални способности во училишта за специјално образование претставувало дискриминација. Таквото погрешно дијагностицирање претставувало директна – или индиректна – дискриминација, заснована на етничкото, социјалното и економското потекло на апликантите.

48. Понатаму, апликантите тврдеа дека Апелациониот суд неоправдано заклучил дека не постоела поврзаност меѓу недостатокот на соодветни дијагностички инструменти и етничкото потекло на апликантите. Фактот што самите тестови немале индикација за етничка припадност не исклучувал дека тие предизвикале непропорционално висок број ромски деца да бидат доведени во маргинализирана положба во споредба со мнозинството деца. Оваа практика претставувала повреда на дел 9 (индиректна дискриминација) од Законот за еднаков третман и промовирање еднакви можности бр. СХХV од 2003 година (“ЗЕТ”). Покрај тоа, фактот што експертите не ги земале предвид специфичните социјални, културни и јазични компоненти кога ги оценувале резултатите од тестовите довел до директна дискриминација и повреда на дел 8 од ЗЕТ.

49. Исто така, апликантите тврделе дека тужените не постапиле со должно внимание во тие околности, кога - иако биле свесни за системската грешка на дијагностичкиот систем - тие не постапиле во согласност со меѓународните стандарди. Покрај тоа, г. Киш бил распореден во училиште за специјално образование и покрај експлицитното противење на неговите родители.

50. Врховниот суд ја преиспитал второстепената пресуда и утврдил дека таа била делумно неоснована. Во неа било наведено следното:

„Имајќи ги предвид релевантните одредби од [ЗЕМ] и од [Законот за јавно образование] ... Врховниот суд мора да одлучи дали тужените ги дискриминирале тужителите врз основа на етничкото, социјалното, економското и културното потекло, што резултирало во нивно лишување од нивните права да се школуваат во согласност со нивните способности и според тоа, нивните права на еднаков третман, и следствено на тоа, дали се повредени нивните лични права.”

51. Врховниот суд ја потврдил второстепената пресуда во врска со наодот дека однесувањето на училиштето за специјално образование и на Окружниот совет не го повредило правото на апликантите на еднаков третман, ниту во смисла на директна, ниту во смисла на индиректна дискриминација.

52. Врховниот суд понатаму констатирал:

„Системските грешки во дијагностичкиот систем кои доведуваат до погрешно дијагностицирање – без оглед на влијанието врз апликантите – не може да повлече одговорност од страна на тужените... Државата е должна да создаде соодветен професионален протокол, во кој е земена предвид посебната маргинализирана положба на ромските деца и со кој се намалуваат системските грешки на дијагностичкиот систем“.

53. Меѓутоа, Врховниот суд констатирал дека:

„Неуспехот на државата да создаде таков професионален протокол и [евентуална] повреда на човековите права на апликантите како резултат од овие системски грешки е надвор од надлежноста на Врховниот суд ... апликантите може да бараат утврдување на повреда на нивните човекови права пред Европскиот суд за човекови права. Според тоа, Врховниот суд не одлучуваше по основаноста на ова прашање.“

54. Врховниот суд понатаму разгледал дали може да се утврди одговорноста на тужените во согласност со општите правила за одговорност за прекршок без оглед на фактот што не била утврдена повреда на личните права на апликантите. Судот не утврдил таква одговорност во врска со училиштето за специјално образование. Меѓутоа, Судот констатирал дека постапувањето на Експертската комисија во врска со правата на родителите било во спротивност со релевантниот закон (министерска уредба бр. 14/1994. (VI.24.) МКМ). Окружниот совет беше прогласен за одговорен за ова поради тоа што не извршил надзор над законитоста или не организирал надзор над законитоста, на работењето на Експертската комисија, како и да ја запре незаконската практика.

Штетата на апликантите им била нанесена со нивното лишување од правото на правен лек кое е обезбедено со закон и, според тоа, од теоретската шанса за добивање поповолна процена на нивните способности за учење.

Врховниот суд, следствено на тоа, ја потврдил првостепената пресуда во врска со исплатата на 1,000,000 унгарски форинти на име штета на секој апликант од страна на Експертската комисија, од која сума Окружниот совет бил обврзан да плати 300,000 унгарски форинти поради непостоењето доволна контрола од негова страна.

Оваа одлука беше доставена на 11 август 2010 година.

II. РЕЛЕВАНТНО ДОМАШНО ПРАВО

A. Елементи од домашното право наведени од Владата

55. Работата на експертските комисии за рехабилитација поврзана со испитувањето на способностите за учење, во тоа време, била регулирана со министерска уредба бр. 14/1994. (VI.24.) МКМ. Со оваа уредба се уредувале процедурални прашања, се регулирала работата на експертските комисии, се обезбедувала комплексноста на испитувањата на експертските комисии за рехабилитација и се барало препораките на комитетите да бидат засновани на комплексна процена на резултатите од медицинските, педагошките и психолошките испитувања. Што се однесува до методите на испитување, бил наведен протокол во прирачникот со наслов „Испитувања за префрлање“ („Прирачник“), чие објавување било одобрено од Министерството за образование во 1980-те години.

56. Во Прирачникот е нагласено дека до влошување на резултатите може да дојде поради две причини: недостаток на знаење и недостаток на способност. Во него се наведени дијагностичките знаци кои покажуваат дека недостатокот на знаење не е предизвикано од нарушување на способноста, како што следи: кога недостатокот на знаење се објаснува со претходни лоши развојни услови и сиромашна социјална и културна средина; кога задачата може да се поедностави за да одговара на нивото на знаење на детето и на тоа ниво не може да се забележи влошување на резултатите; кога, за време на испитувањето, начинот на кој детето ја користи помошта која му ја дава наставникот кој го испитува и способноста на детето да биде ориентирано и научено покажува дека неговите способности можат да се развиваат; и кога социјалната зрелост на детето, општото знаење и однесувањето и резултатите во секојдневниот живот покажуваат дека неговите способности не се нарушени.

57. Следствено на тоа, при разгледување на резултатите во решавањето задачи од страна на детето, секогаш треба се разгледува меѓузависноста на четири фактори, имено, претходните ефекти од образованието, опфатот на знаење на детето, способностите на детето и неговата зрелост за неговите години.

58. Прирачникот ги содржи следниве упатства:

„Кога се испитува дете од социјално и културно заостаната средина, треба да се користат тестови без културни елементи. Одредени задачи во даден тест може да се променат со цел да се приспособат – на истото ниво на тежина – на опфатот на знаење на детето...“

Кога се испитува социјално маргинализирано дете, мора да се посвети посебно внимание на неговата способност да учи во ситуацијата на испитување...“

59. Со Прирачникот, исто така, им се обрнува вниманието на експертите кон препорачливите постапки кои треба да се применуваат кога се испитува дете од ромска националност:

„Фактот што детето не го познава јазикот на кој се одвива наставата или што неговото познавање на јазикот не е на ниво на мајчин јазик, самиот по себе претставува сериозен недостаток дури и ако детето нема проблеми со интегрирање во училиште кои резултираат од социјални и/или културни проблеми. Според тоа, специјалното образовно или психолошко испитување на децата кои доаѓаат од социјално маргинализирана и јазично недоволно развиена средина треба да се спроведуваат со посебно внимание. Не треба да се извлекуваат никакви заклучоци од доцнењето во развојот на

говорот за менталната зрелост на детето. Во такви случаи треба да се процени практичната интелигенција на детето, или неговите когнитивни способности преку невербални задачи“.

60. Овој протокол беше ревидиран и ажуриран помеѓу 2004 година и 2008 година и беше објавен нов Прирачник. Во 2010 година беше усвоена нова министерска уредба (бр. 4/2010. (I.19.) ОКМ) за регулирање на работата на педагошките експертски служби. Со уредбата се пропишува унифициран процедурален редослед за експертските комисии за рехабилитација и се специфицираат професионалните услови кои треба да се исполнат во извршувањето на испитувањата, врз основа на кои се подготвуваат експертските мислења; освен тоа, покрај претходно воведените правни лекови, се овозможува вклучување на независен експерт за еднакви можности, доколку тоа е соодветно.

Б. Елементи од домашното право наведени од апликантите

61. Пред влегувањето на ЗЕТ во сила во 2004 година, дискриминацијата заснована на етничкото потекло беше забранета со Уставот, со Граѓанскиот законик и со Законот за јавно образование. По усвојувањето на ЗЕТ, Законот за јавно образование беше изменет за да се обезбеди дека условот за еднаков третман важи за сите учесници во јавното образование и дека навлегува во сите негови сегменти и постапки.

62. Релевантните одредби од Законот за јавно образование се следниве:

Член 4

„(7) Оние кои соработуваат во организирањето, контролирањето и функционирањето на јавното образование и во извршувањето на задачите од јавно образование го земаат предвид интересот на децата, кој се става пред сè друго, кога донесуваат одлуки и кога се преземаат мерки.

Интересите на децата кои се ставаат пред сè друго, се особено следниве: ...

б) треба да им се даде секаква помош за да ги развиваат своите способности и таленти, за да ги развијат своите личности и за континуирано да го надградуваат своето знаење како што е пропишано во овој закон;...“

Член 10

„(3) Децата и учениците ги имаат следниве права:

а) тие добиваат образование и настава во согласност со нивните способности, интерес и квалитети, го продолжуваат учењето според своите способности и учествуваат во основно уметничко образование со цел да се препознае и развие нивниот талент;...

ѓ) тие добиваат посебна грижа – специјална грижа со цел рехабилитација – според нивните услови и лична дарба, тие се обраќаат до институцијата за педагошка помош, без оглед на нивната возраст, ...“

63. Законот за јавно образование понатаму дава дефиниција за посебни образовни потреби („ПОП“).

Од 1 септември 1996 година до 1 септември 2003 година, законот го пропишуваше следново:

Член 121

„(18) (подоцна 20): [Поимот] друга попреченост [се донесува на] оние деца/ученици кои, врз основа на мислењето на експертската комисија за рехабилитација:

а) страдаат од болест која постојано се развива (на пример, аутизам), или

б) се соочуваат со проблеми во постигнување на училишните резултати... поради психички нарушување ... како последица на што се трајно попречени во развојот и учењето (на пример, дислексија...); ...“

64. До 1 септември 2003 година, Законот за јавно образование беше изменет; а наместо поимот 'друга попреченост' беше воведен поимот посебни образовни потреби:

Член 121

“(29) [Д]еца/ученици со [ПОП] се оние кои, врз основа на мислењето на експертската комисија за рехабилитација:

а) страдаат од физички, сензорни, ментални, говорни недостатоци или од аутизам, или повеќекратна попреченост во случај кога попреченостите настануваат истовремено, или

б) трајно и значително се попречени во развојот и учењето поради физички заболувања (на пример, дислексија ...);...“

65. Од 1 септември 2007 година, дел 121 од Законот за јавно образование гласи:

“(29) [Д]еца/ученици со посебни образовни потреби се оние кои, врз основа на мислењето на експертската комисија за рехабилитација:

а) страдаат од физички, сензорни, ментални, говорни недостатоци или од аутизам, или повеќекратна попреченост во случај кога попреченостите настануваат истовремено, и имаат трајни и сериозни заболувања во когнитивните функции или во развојот во однесувањето, кои се припишуваат на органски причини, или

б) имаат долгорочни и сериозни заболувања во когнитивните функции или во развојот во однесувањето, кои не се припишуваат на органски причини.“

66. Како што е посочено погоре, од 1996 година, во Законот за јавно образование се прави разлика меѓу две категории на попреченост, имено, категорија на деца со ментална попреченост и категорија на деца кои страдаат од тешкотии во приспособувањето, тешкотии во учењето или тешкотии во однесувањето.

Поимот посебни образовни потреби се вовеле до 2003 година, а категоријата на деца со ментална попреченост беше дефинирана како посебни образовни потреби - ПОП(а), додека категоријата на оние кои страдаат од тешкотии во приспособувањето, тешкотии во учењето или тешкотии во однесувањето беше дефинирана како посебни образовни потреби - ПОП(б).

Во 2007 година, овие категории се редефинираа во законот и оттогаш се прави разлика помеѓу двете категории според потеклото на посебните потреби: органска попреченост, која одговара на ПОП(а), додека посебните потреби предизвикано од неоргански фактори одговараат на ПОП(б). Доколку попреченоста се припишува на органски причини, експертската комисија за рехабилитација прогласува дека детето има блага ментална попреченост и тоа ќе се школува во специјализирана институција со специјализирани наставници. Доколку посебните потреби не потекнуваат од органски причини, тогаш детето може да се школува на интегриран начин, односно, во редовни официјални училишта, но со поддршка на наставници за специјално образование. Сепак, Законот за јавно образование исто така дозволува „децата од категоријата ПОП(б)“ да се школуваат во специјални училишта или одделенија, според специјална наставна програма; со цел да се промени оваа практика, беше донесен амандман според кој само оние деца со ментална попреченост чија попреченост потекнува од органски причини треба да се распоредат во одвоени специјални училишта.

Меѓутоа, во 2008 година, со нов амандман повторно се воспостави претходната одредба за образование на децата со посебни образовни потреби, со што повторно им се дозволи на децата кои не се со ментална попреченост и кои немаат органска попреченост да се школуваат во одвоени специјални училишта.

67. На 1 септември 2007 година, во Законот за јавно образование се вовеле одредба за учениците кои страдаат од тешкотии во приспособувањето, тешкотии во учењето или тешкотии во однесувањето, кои можат да се школуваат на интегриран начин:

Член 30

„(7) Ако детето/ученикот се соочува со тешкотии во приспособувањето, тешкотии во учењето или тешкотии во однесувањето ... или со хронично и сериозно нарушување на когнитивните функции

или на развојот на однесување кое им се припишува на органски причини, тоа има право на развојно образование. ...

(8) Експертската комисија за рехабилитација, по барање на образовната советодавна служба, одлучува за прашањето дали детето/ученикот се соочува со тешкотии во приспособувањето, тешкотии во учењето или тешкотии во однесувањето или има посебни образовни потреби.”

68. Од 2003 година, со Законот за јавно образование се регулираат потребните услови за образование на децата со посебни образовни потреби:

Член 121

“(28) Потребните услови за образование и настава за деца со посебни образовни потреби се следниве: вработување на когнитивни терапевти и наставници-терапевти според посебното образование во градинка или образование на училиште и настава за децата/учениците и видот и тежината на посебната образовна потреба; користење посебна наставна програма, учебници и какви било други специјални помошни средства кои се неопходни за образование и настава; ангажирање на наставници-терапевти со квалификации во посебна област кои се потребни за приватна настава, интегрирано образование во градинките, училишно образование и настава, подготовка и активности поврзани со развојот пропишани од надлежните комисии на експерти; посебна наставна програма, учебници и специјални терапевтски и технички инструменти потребни за активностите; обезбедување професионални услуги пропишани од експертската комисија за рехабилитација за децата-ученици;...”

69. Во согласност со Законот за јавно образование, поимот „специјална наставна програма“ значи дека „децата со посебни образовни потреби“ може да бидат целосно или делумно изземени од одредени наставни предмети, во согласност со мислењето на експертската комисија за рехабилитација или педагошкиот советодавен комитет.

70. На крајот, со Законот за јавно образование, исто така, се дефинираат различните категории на средно образование и се пропишува дека, со цел да се школуваат децата со посебни образовни потреби, средните училишта треба да функционираат како специјално училиште за стручно образование. Во таквите училишта се школуваат ученици кои, како резултат на нивната попреченост, не можат да се школуваат во редовно училиште.

В. Национална стратегија за социјална инклузија (екстремна сиромаштија, сиромаштија кај децата, Ромите) (2011-2020)

71. Овој документ, објавен од страна на Министерството за јавна администрација и правда (Државен секретаријат за социјална инклузија) во декември 2011 година, ги содржи следниве пасуси:

“II.2. Обезбедување инклузивна училишна средина, на тој начин засилувајќи ја способноста на образованието за да се надомести социјалната маргинализација

Развојот на инклузивна училишна средина која го поддржува интегрираното образование и која обезбедува образование со кое се прекинува наследената сегрегација и маргинализација, како и развој на служби кои ја помагаат инклузијата, имаат главна улога во намалувањето на образовните неуспеси кај маргинализираните деца, вклучувајќи ги и ромските деца.

Како што се нагласува во националната стратегија „Да направиме подобро за нашите деца“ (2007) (Making Things Better for Our Children), « во еден образовен систем кој создава можности, децата, без оглед на тоа дали тие доаѓаат од сиромашни недоволно образовани семејства, без оглед на тоа дали живеат во сегрегирани животни услови, без оглед на тоа дали се со попреченост, дали се мигранти или имаат несекојдневен талент, мора да добијат образование кое е соодветно на нивните способности и таленти во текот на целиот живот, без нивното образование да биде под влијание или без да биде засегнато од предрасуди, стереотипи, пристрасни очекувања или дискриминација. Според тоа, ова мора да биде најважен приоритет во образовната политика на Унгарија. »

Во интерес на намалувањето на степенот на исклученост од образованието, мора да ја намалиме селективноста на образовниот систем. Институциите мора да имаат ефективни инструменти против дискриминација и потребна им е голема методолошка поддршка за промовирање на интеграцијата на учениците кои се соочуваат со социјална и културна маргинализација; исто така, ова е начин да

се намали заминувањето на учениците кои не се Роми од одредени училишта во други. Развојот и примената на инклузивен училишен модел е фундаментален критериум во врска со регулирањето, управувањето и координирањето на јавното образование што, исто така, е клучно за методолошките случувања, како и за обновување на обуката на наставниците и утврдување на содржината на соработката меѓу институциите.

Во интерес на тоа да се обезбеди дека децата не треба непотребно да се прогласуваат како деца со попреченост, мора да обезбедиме спроведување на постапки кои се утврдени во релевантното владеење на правото и професионалните критериуми во врска со испитувањата кои служат како основа за подоцнежното стручно мислење со обезбедување професионална помош на континуирана основа и со независни и ефективни инспекции. Во духот на превентивата и во интерес на обезбедување навремен и професионален развој на децата, мора да создадеме стандардни постапки, професионална содржина и услови и во областите на развој во раното детство, консултации за образовни можности и говорна терапија. Низата тестови, методите на испитување и средствата кои се користат во текот на тестирањето и испитувањето на децата мора постојано да се надградуваат. Мора да посветиме посебно внимание на тоа да избегнуваме непотребно да ги прогласуваме децата како деца со попреченост кога станува збор за маргинализирани деца кои се префрлени на долгорочно згрижување и Ромите, и мора да обезбедиме дека со тестовите, методите и постапките кои се применуваат за утврдување на фактичките способности на детето може да се направи разлика меѓу какви било недостатоци кои може да произлезат од маргинализација во средината.“

III. РЕЛЕВАНТНИ МЕЃУНАРОДНИ ТЕКСТОВИ

A. Извори на Советот на Европа

72. Препорака бр. R(2000)4 на Комитетот на министри на земјите-членки за образование на ромските/циганските деца во Европа (усвоена од Комитетот на министри на 3 февруари 2000 година на 696-от состанок на замениците министри) го пропишува следново:

„Комитетот на министри, во согласност со условите од член 15.б од Статутот на Советот на Европа,

Истакнувајќи дека проблемите со кои се соочуваат Ромите/Циганите во областа на образованието во голема мера се резултат на долготрајни образовни политики од минатото, кои довеле или до асимилација или до сегрегација на Ромите/Циганите...

Имајќи предвид дека политиките насочени кон решавање на проблемите со кои се соочуваат Ромите/Циганите во областа на образованието треба да бидат сеопфатни, засновани на сознанието дека прашањето за образование на ромските/циганските деца е поврзано со широка низа други фактори и предуслови, имено, економски, социјални и културни аспекти, и со борбата против расизмот и дискриминацијата;

Имајќи предвид дека образовните политики во корист на ромските/циганските деца треба да бидат придружени со активна политика за образование за возрасни и за стручно образование;...

Препорачува, при спроведувањето на своите политики за образование, владите на земјите-членки:

- да се водат од принципите утврдени во Прилогот кон оваа Препорака;

- да им ја претстават оваа препорака на релевантните јавни органи во своите соодветни земји преку соодветни национални канали.“

Релевантните делови од Прилогот кон Препорака бр. R(2000)4 гласат како што следи:

„Водечки принципи на образовната политика за ромските/циганските деца во Европа

I. Структури

5. Особено внимание треба да се посвети на потребата да се обезбеди подобра комуникација со родителите, и каде што е неопходно, да се користат посредници од ромската/циганската заедница, што може потоа да придонесе за конкретни можности за градење кариера. На родителите треба да им

се дадат посебни информации и совет за неопходноста од образование и за механизмите за поддршка кои општините можат да им ги понудат на семејствата. Мора да постои взаемно разбирање меѓу родителите и училиштата. Исклученоста на родителите и недостатокот на знаење и образование (дури и неписменост), исто така, ги спречуваат децата да имаат придобивки од образовниот систем.

6. Треба да бидат воспоставени соодветни структури за поддршка за да им се овозможи на ромските/циганските деца, особено преку позитивни активности, да ги користат еднаквите можности во училиштата.

7. Земјите-членки се повикуваат да ги обезбедат неопходните средства за спроведување на гореспоменатите политики и аранжмани со цел да се премости јазот меѓу ромските/циганските ученици и мнозинството ученици.

II. Наставна програма и наставен материјал

8. Образовните политики во корист на ромските/циганските деца треба да се спроведуваат во рамките на пошироки интеркултурни политики, земајќи ги предвид конкретните карактеристики на ромската култура и маргинализираната положба на повеќето Роми/Цигани во земјите-членки.

9. Наставната програма во целина и наставниот материјал треба да бидат подготвени така што ќе го земат предвид културниот идентитет на ромските/циганските деца. Ромската историја и култура треба да се воведат во наставниот материјал со цел да го рефлектираат културниот идентитет на ромските/циганските деца. Треба да се поттикнува учеството на претставниците на ромската/циганската заедница во составувањето на наставниот материјал за историјата, културата или јазикот на Ромите/Циганите.

10. Меѓутоа, земјите-членки треба да обезбедат дека ова нема да доведе до воспоставување посебна наставна програма, која би можела да доведе до формирање одвоени одделенија.“

73. Мислењето на Советодавниот комитет за Рамковната конвенција за заштита на националните малцинства за Унгарија, усвоено на 22 септември 2000 година (CM(2000)165)), го содржи следниов пасус:

„41. Советодавниот комитет е длабоко загрижен за темелно документираните случаи на несоодветно постапување со ромските деца во областа на образованието, имено преку нивно распоредување во „специјални училишта“, кои наводно се резервирани само за деца со метална попреченост. Советодавниот комитет нагласува дека распоредувањето на децата во такви специјални училишта треба да се врши само кога е апсолутно потребно врз основа на конзистентни, објективни и сеопфатни тестови, со кои се избегнуваат стапците на културно необјективно тестирање. Тоа што Министерството за образование го признава постоењето на оваа неприфатлива појава и потребата таа да се реши се смета за позитивен чекор. Советодавниот комитет смета дека сегашната ситуација не е во согласност со член 12(3) од Рамковната конвенција и мора да се поправи.“

74. Последователниот извештај за Унгарија (2002-2005) на Комесарот за човекови права на Советот на Европа (29 март 2006 година) (CommDH(2006)11) ги содржи следниве пасуси:

„29. Министерството за образование проценува дека 95% од децата на училишна возраст се регистрирани дека посетуваат училиште. Покрај редовната училишна програма, постои посебна образовна одредба за децата за кои се смета дека им е потребно посебно внимание поради хендикеп. Иако максималната големина на редовните одделенија е 25 деца, специјалните одделенија имаат најмногу 13 деца за да се обезбеди квалитетна настава. Грантот по ученик кој централната државна власт ѝ го дава на локалната власт двојно се зголемува за децата во специјалните одделенија.

30. Околу 20% од ромските деца и понатаму се распоредуваат во специјални одделенија, наспроти само 2% од унгарските деца. Треба да се посочи дека дислексијата се смета за сериозна потешкотија која бара распоредување во специјално одделение и дека социјалната маргинализираност понекогаш се третира како хендикеп. Како резултат на тоа, додека процентот на хендикепирани деца во Европа е 2,5%, во Унгарија е 5,5% поради несоодветно или присилно распоредувањето на децата.

31. Неодамна е воведен е механизам на заштита со кој се бара дозвола од родителите за детето да се распореди во специјално одделение. Покрај тоа, детето мора без одложување да се тестира

за да се проценат неговите способности. Во текот на посетата, на делегацијата ѝ беше објаснето дека досејата на 2.000 деца кои се сметаат за хендикепирани биле темелно проверени за да се обезбеди дека распоредувањето во специјално одделение било крајно неопходно и за да се исправат кое било присилно распоредување кои властите ги направиле од финансиски причини и од причини на сегрегација. Од тие 2.000 деца, по проверката, 10% биле вратени во редовно училишта – што претставува доказ дека непосредниот надзор над распоредувањето на децата мора да продолжи.“

75. Извештајот на Европската комисија за борба против расизмот и нетрпеливоста (ЕКРН) за Унгарија, (четврт циклус на следење), донесен на 20 јуни 2008 година и објавен на 24 февруари 2009 година, ги содржи следниве пасуси:

„81. [Од] трите нивоа на попреченост во кои може да спаѓаат децата во специјалните училишта („длабока“ (која бара постојана грижа), „средно-тешка“ или „блага“ попреченост), огромно мнозинство од децата кои беа проценети дека имаат „блага попреченост“ би можеле, според голем број НВО, релативно лесно да бидат интегрирани во редовниот школски систем: голем број деца се погрешно дијагностицирани поради тоа што не се земат предвид културните разлики или влијанието на социјалната и економската маргинализација врз развојот на детето, а другите страдаат од многу мали тешкотии во учењето кои не бараат отстранување на детето од редовниот образовен систем. ЕКРН повеќепати добила информации дека инвестициите во обука на наставниците треба главно да се насочат кон тоа да се обезбеди дека наставниците во редовниот школски систем се подготвени да работат со разнолики, интегрирани одделенија, наместо кон поставување систем од кој децата, откако еднаш ќе влезат, тешко веројатно дека ќе излезат, и кој во голема мера резултира во ниски нивоа на образовни достигнувања и висок ризик на невработеност. Некои учесници сугерираа дека – имајќи предвид дека најдобар начин да се обезбеди дека децата нема неправедно да бидат заглавени во специјални училишта е да се обезбеди дека воопшто нема да бидат испратени таму – категоријата на деца со блага попреченост треба едноставно да се избришат од Законот за образование и сите деца со блага попреченост треба да се интегрираат во редовниот школски систем.

82. ЕКРН констатира дека иако напорите кои се направени до денес за борба против несразмерната застапеност на ромските деца во специјалните училишта за деца со ментална попреченост, имаат некакви позитивни ефекти, не може да се каже дека досега имале големо влијание во практиката. Комисијата нагласува дека, истовремено со тоа што ќе им се помогне на погрешно дијагностицираните деца, кои се веќе распоредени во специјалниот школски систем, да се вратат во редовниот систем, ставањето крај на оваа форма на сегрегација, исто така, имплицира дека треба да се обезбеди дека децата не се погрешно насочени кон специјални училишта.“

Б. Други меѓународни текстови

76. За други релевантни меѓународни текстови, види Д.Х и други против Чешката Република (D.H. and Others v. the Czech Republic) [GC], цитиран погоре, ставови од 81 до 107; и Оршуш и други против Хрватска (Oršuš and Others v. Croatia) [GC], бр. 15766/03, ставови од 87 до 97, ЕКЧП 2010 година.

ПРАВО

1. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕН 2 ОД ПРОТОКОЛ БР. 1 ТОЛКУВАН ВО ВРСКА СО ЧЛЕН 14 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

77. Апликантите тврделе дека нивното образование во училиште за специјално образование претставува етничка дискриминација во остварувањето на нивното право на образование, спротивно на член 2 од Протокол бр. 1 толкуван во врска со член 14 од Конвенцијата.

Член 2 од Протокол бр. 1 пропишува:

„Никому не може да му се одземе правото на образование. Во своето дејствување во областа на образованието и наставата, државата ги почитува правата на родителите да обезбедат образование и настава во согласност со своите верски и филозофски убедувања.“

Член 14 од Конвенцијата пропишува:

„Уживањето на правата и слободите, признати во [оваа] Конвенција, треба да се обезбеди без никаква дискриминација по кој било основ, како што се пол, раса, боја на кожа, 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.”

78. Владата го оспори тој аргумент.

А. Допуштеност

1. Наводи на странките

а. Статус на жртва

i. Владата

79. Владата тврдела дека апликантите повеќе не можат да тврдат дека се жртви на повреда на нивните права во рамките на значењето на член 34 од Конвенцијата со оглед на тоа што Регионалниот суд утврдил, во врска со Експертската комисија, дека правото на апликантите на еднаков третман и на образование било повредено со тоа што Експертската комисија не ги индивидуализирала нивните дијагнози или не ги специфицирала причината и природата на нивните посебни образовни потреби. На секој од апликантите му беа доделени 1,000,000 унгарски форинти на име нематеријална штета. Покрај тоа, Врховниот суд утврдил дека Окружниот совет бил одговорен за тоа што не извршил надзор над законитоста на работењето на Експертската комисија која спровела сериозно незаконска практика со тоа што не постапила во согласност со законските гаранции кои се однесуваат на правата на родителите да бидат присутни, да бидат информирани, да дадат согласност или да побараат правен лек. Штетата која ја претрпеле апликантите поради нивното лишување од правото на правен лек кое е обезбедено со закон и, според тоа, од теоретската шанса за добивање поповолна процена на нивните способности за учење е надоместена со обештетување на име нематеријална штета.

ii. Апликантите

80. Апликантите го оспориле тврдењето на владата дека со овие пресуди целосно и ефективно им се надоместува поради повредата на нивните права. Обештетувањето кое беше обезбедено во врска со пропустите на Окружниот совет и на Експертската комисија не одговараше на нивното тврдење за структурна директна/индиректна дискриминација, односно, лошиот систем за дијагноза во Унгарија, или на нивното тврдење за погрешно дијагностицирање и несоодветно образование. Исто така, Регионалниот совет утврдил дека предизвиканата штета произлегла од конвергенцијата на активностите на секој од тужените. Поради жалбената постапка, пресудата станала правосилна само во врска со Експертската комисија. Меѓутоа, апликантите тврделе дека конечната пресуда во врска со органот кој е последен во низата на вина, односно, Експертската комисија, не може ефективно да ја надомести повредата на нивните права на еднаков третман во образованието. Со оглед на тоа што активностите на тужените биле неделиви, самата Експертска комисија не можела да ја промени структурата според која на апликантите им била поставена погрешна дијагноза. Според тоа, тие и понатаму биле жртви на повреда на нивните права според Конвенцијата.

б. Исцрпување на домашните правни лекови

i. Владата

81. Во врска со тврдењето на апликантите дека процената на нивните способности за учење не била направена со користење културно непристрасни тестови што доведува до општо тврдење за системска грешка, владата навела дека во врска со ова, апликантите не успеале да ги исцрпат сите домашни правни лекови во согласност со член 35, став 1 од Конвенцијата. Апликантите требале да ги изнесат таквите тврдења во постапките покренати против министерството кое е одговорно за образование. Расположливоста на овој правен лек беше неспорна и постоеле документи за такви успешни постапки. Освен тоа, што се однесува до прашањето за сегрегација, владата навела дека ова прашање не било покренато пред надлежните домашни органи; особено, прашањето за одговорноста на Окружниот совет за евентуалниот дискриминаторски ефект на неговата образовна политика не беше изнесено од страна на апликантите во постапките пред домашните судови, иако локалните

власти биле во подобра позиција да ја утврдат соодветноста на образовната политика за потребите на засегнатите деца. Точно е дека апликантите првично повеле постапка против Окружниот совет поради наводното необезбедување образование соодветно на нивните способности, меѓутоа, тие ја повлекле таквата постапка на 26 февруари 2007 година и на 9 март 2007 година соодветно.

ii. Апликантите

82. Апликантите го оспорија ставот на владата, тврдејќи дека го изнеле своето барање пред домашните судови против тужените органи од кои сите биле – секој во различен степен како дел од системот – одговорни за нивните погрешни дијагнози. Тие тврдеа дека министерството кое е одговорно за образование го надгледувало целиот образовен сектор, додека на локално ниво, окружните совети се тие кои ги воспоставувале, ги надгледувале и ги контролирале експертските комисији кои ги оценувале децата. Во Унгарија, одредени државни должности беа префрлени на локалната самоуправа поради децентрализацијата на јавната администрација.

v. Шестмесечен рок

i. Владата

83. Владата тврдеше дека апликацијата, исто така, е неприфатлива поради тоа што апликантите не се придржувале на шестмесечниот рок утврден во член 35, став 1 од Конвенцијата. Во врска со прашањето дали образованието на апликантите било насочено кон специјално образование врз основа на процени извршени со културно пристрасни или непристрасни тестови и методи, пресудата на Регионалниот суд од 27 мај 2009 година претставува конечна домашна одлука. Оваа пресуда станала правосилна во врска со Експертската комисија на 2 јули 2009 година. Меѓутоа, апликантите не ја поднеле нивната апликација сè до 11 февруари 2011 година, односно, повеќе од шест месеци подоцна.

ii. Апликантите

84. Со цел да бидат обештетени за повредата на нивните права, апликантите нагласиле дека тие требало да ги исцрпат сите ефективни домашни правни лекови кои им биле на располагање против сите од тужените кои биле заеднички одговорно за наводните повреди. Според тоа, шестмесечниот рок траел од приемот на пресудата од Врховниот суд на 11 август 2010 година. Навистина, владата не тврдеше дека преиспитувањето од страна на Врховниот суд не претставува ефективен правен лек.

2. Оценка на Судот

85. Судот оцени дека горенаведените приговори се меѓусебно поврзани и мора да се разгледуваат заедно. Што се однесува до тврдењето на апликантите за дискриминација и/или погрешно дијагностицирање, Судот напоменува дека Врховниот суд не го потврдил тврдењето на апликантите за дискриминација и повреда на правото на еднаков третман. Поконкретно, тој ја потврдил позицијата на пониските судови во врска со заедничката одговорност на тужените, утврдувајќи дека, при донесувањето пресуда за тврдењата против странките кои вложуваат жалба, соодветно било да се оцени однесувањето на училиштето и на Окружниот совет во врска со незаконското постапување на Експертската комисија, како што е утврдено од страна на Регионалниот суд, дури и ако пресудата на Регионалниот суд станела правосилна во отсуство на жалба во врска со Експертската комисија. Во поглед на овој наод за заедничка одговорност, Судот ќе ги разгледува наводните повреди како тие да произлегуваат од заедничкото постапување на училиштето, на Окружниот совет и на Експертската комисија. Меѓутоа, апликантите биле обештетени само во врска со однесувањето на Експертската комисија (види ги ставовите од 43 до 54 погоре), а не добиле никакво обештетување во врска со нивните тврдења за дискриминација. Во овие околности, Судот е задоволен со тоа што апликантите го задржаа нивниот статус на жртви за целите на член 34 од Конвенцијата.

86. Освен тоа, Судот напоменува дека апликантите ги изнеле тврдењата за дискриминација и нееднаков третман пред сите домашни судски инстанции, вклучувајќи го и Врховниот суд, кој, меѓутоа, заклучил (види став 53 погоре) дека тврдењето на апликантите за системска грешка која претставувала повреда на нивните права според Конвенцијата не може, во овие околности, да се надомести со примена на националното право. Според тоа, Судот е задоволен дека – во врска со наводната дискриминација во остварувањето на нивното право на образование – апликантите

ги преземале сите потребни чекори за исцрпување на домашните правни лекови како што може разумно да се очекува со оглед на околностите.

87. Во врска со тврдењето на апликантите за несоодветноста на серијата тестови применети во нивниот случај, Судот констатира дека апликантите можеле да покренат постапка против образовните органи во согласност по овој основ. Меѓутоа, тие не го сториле тоа. Според тоа, овој аспект на случајот не може да се разгледува во однос на основаноста за неисцрпување на домашните правни лекови (исто така, види Хорват и Вадаси против Унгарија (*Horváth and Vadász v. Hungary*) (одлука), бр. 2351/06, 9 ноември 2010 година).

88. Од горенаведените ставови произлегува дека, до оној степен до кој апликантите ги исцрпиле домашните правни лекови, шестмесечниот рок почнува да тече од доставувањето на пресудата на Врховниот суд на 11 август 2010 година и според тоа, тој е испочитуван.

89. Покрај тоа, Судот констатира дека апликацијата не е очигледно неоснована во рамките на значењето на член 35, став 3 (а) од Конвенцијата. Судот понатаму констатира дека таа не е недопуштена по ниту еден друг основ. Според тоа, таа мора да биде прогласена за допуштена, и покрај тврдењето на апликантите за несоодветноста на серијата тестови применети во нивниот случај (види став 87 погоре), кое мора да се отфрли поради неисцрпување на домашните правни лекови, во согласност со член 35, ставови 1 и 4.

Б. Основаност

1. Аргументи на странките

а. Апликантите

90. Според апликантите, несоодветното распоредување на ромските деца во специјални училишта претставувало индиректна дискриминација која е недозволива во согласност со член 2 од Протокол бр. 1. Во согласност со домашното право, индиректна дискриминација настанува кога наводно неутрална одредба, критериум или практика ги става лицата со конкретно расно или етничко потекло во посебна неповолна положба во споредба со другите лица, освен ако таа одредба, критериум или практика е објективно оправдана со легитимна цел, а средствата за остварување на таа цел се соодветни и неопходни.

91. Апликантите навеле дека Ромите биле единствените на кои паѓал товарот од постојниот систем на распоредување; ниту една заштитена група не претрпела неоправдано распоредување во специјални училишта врз основа на дијагностичкиот систем. Социјалната депривација во голема мера е поврзана со концептот на семеен хендикеп. Овој поим е формулиран во првиот наврат на повторно дијагностицирање на ромските деца префрлени во специјални училишта во 1970-те години. Според современото истражување, семејниот хендикеп не може да се смета за ниту еден вид или форма на ментална попреченост, бидејќи во суштина се засновал на социјална депривација и различно малцинско културно потекло на ромските семејства и деца. Дефиницијата за ментална попреченост, која во себе ги содржи социјалната депривација и/или припадноста на малцинска култура, претставувала пристрасност и предрасуда.

92. Покрај тоа, тестовите кои се користеле за распоредување биле културно пристрасни и засновани на знаење, ставајќи ги ромските деца во посебна неповолна положба. Ниту еден од апликантите не бил набљудуван во неговиот дом, а нивната етничка припадност не била земена предвид кога се проценувале резултатите. Како последица од тоа, нивното социјално и културно маргинализирање кое произлегува од нивната етничка припадност не било земено предвид.

93. Понатаму, апликантите го критикувале процесот на испитување бидејќи не бил доволно индивидуализиран. По првата процена, врз основа на која апликантите биле префрлени во специјално училиште, тие всушност, не биле повторно испитани. „Повторната проверка“ била на хартија, нивната дијагноза никогаш не била индивидуализирана, а правата на нивните родители не биле почитувани. Овие потфрлања биле утврдени од страна на домашните судови. Всушност, претставувало повреда тоа што тие биле распоредени во специјални училишта кога нивните тестови покажувале резултати за коефициентот на интелигенција кои биле повисоки од стандардите на СЗО за ментална попреченост. За апликантите, прашање било зошто владата им дозволила на експертските

комисии низ целата земја и особено во Њиреѓхаза да дијагностицираат блага ментална попреченост спротивно на стандардите на СЗО. Со оглед на тоа што стандардите на СЗО биле важечки во тој период, развојот на науката и промените во терминологијата не можеле да послужат како разумно оправдување за поставувањето погрешна дијагноза за апликантите и за нивно лишување од правото на пристап до соодветно образование. Сè до 2007 година, во специјалните училишта не само што се школувале деца со ментална попреченост, туку се школувале и деца со посебни образовни потреби, вклучувајќи и деца со тешкотии во учењето и деца со сиромашно социјално и економско потекло. Поради измените во 2007 година, со Законот за јавно образование се пропиша сите деца кои биле испратени во специјални училишта поради „психолошки нарушувања“ или „тешкотии во учењето“ морале да бидат повторно тестирани со цел да се утврди дали нарушувањето е резултат на органски причини; доколку не е, тие деца морале да бидат префрлени назад во редовни училишта.

6. Владата

94. Владата одбила дека апликантите биле третирани помалку повољно од децата кои не се Роми во споредлива ситуација. Покрај тоа, доколку нивниот третман во образованието бил поинаков од третманот на децата кои не се Роми (и на другите деца кои се Роми) на иста возраст, тоа било поради објективно и разумно оправдување. Покрај тоа, тие не биле третирани поинаку од децата кои не се Роми кои се соочувале со слична социјална и културна маргинализација.

95. Владата тврдеше дека тестови и стандарди прилагодени на ромското население не би имале разумно значење од гледна точка на проценување на способноста на детето да се снајде во редовниот образовен систем – што беше целта на процената на способностите за учење на децата и на психометриските тестови кои се примениле во процесот. Владата се повикала на стручното мислење на НЕКР од 28 јуни 2007 година, во кое било наведено дека културната пристрасност на „Budapest Binet Test“ е помалку очигледна кај децата на помала возраст (од три до шест години) бидејќи се мери главно основното практично знаење. Кога се применувал овој тест, неговата културна пристрасност можела да биде компензирана со педагошко испитување насочено кон утврдување на практичното знаење. Покрај тоа, ова не бил единствениот тест кој се применил; апликантите биле тестирани со комплексен метод. Дијагнозите дека на апликантите им било потребно специјално образование не биле засновани на еден единствен тест; тие, исто така, не биле ниту засновани исклучиво на резултатите од различни тестови добиени во една сесија на испитување.

96. Покрај тоа, резултатите од стандардизирањето на неодамна развиениот „тест WISC-IV за оценување на интелигенцијата кај деца“ покажале дека не постојат етнички детерминирани разлики меѓу резултатите од тестот кај ромските деца и кај децата кои не се Роми. Според тоа, согласно со меѓународното искуство стекнато на ова поле, беше одлучено во процесот на стандардизација да не се утврдуваат посебни норми кои се специфично применливи на ромските деца, туку да се користат други средства за да се обезбеди правична процена на сите деца во текот на применувањето на стандардизирани тестови. Потпирајќи се на стручно мислење, владата тврдеше дека социјалното и културното потекло е од решавачко значење за менталниот развој на детето, и кога се мерело фактичкото ниво на менталниот развој на детето (коефициентот на интелигенција), резултатот неминовно бил под влијание на истите социјални и културни ефекти кои го формирале менталниот развој на детето. Накратко, горенаведените резултати од стандардизацијата покажале дека со тестовите за мерење на коефициентот на интелигенција не се мерат никакви разлики меѓу ромската и неромската култура или какви било други културни разлики меѓу ромските деца и децата кои не се Роми. Она што се мери е ефектот од културното лишување или недоволните културни стимули во раното детство врз менталниот развој на децата, без оглед на нивното етничко потекло. Несразмерната застапеност на ромските деца во специјалното образование беше објаснета со нивната несразмерна застапеност во групата која е лишена од повољните ефекти на модернизацијата врз менталниот развој на децата. Вие фактори се однесуваат на области од социјален развој кои спаѓаат надвор од опфатот на правото на образование или какви било други права утврдени во Конвенцијата.

97. Понатаму, владата тврдеше дека тестирањето (или процената) на способностите на апликантите било доволно индивидуализирано дури и ако нивните дијагнози не биле, бидејќи тоа било утврдено и надоместено со конечната пресуда на Регионалниот суд против Експертската комисија.

98. Покрај тоа, владата се согласила дека можноста од настанување грешки во процената поради евентуални лични предрасуди или професионални грешки мора да биде компензирана со соодветни

заштитни мерки. Таквите процедурални заштитни мерки, вклучувајќи го правото на родителите да бидат присутни, да бидат информирани, да дадат согласност или да побараат правен лек, се пропишани во унгарските закони. Не се оспорува фактот што овие заштитни мерки не биле почитувани во случајот на апликантите: тоа го утврди Врховниот суд кој пресуди дека Експертската комисија спроведувала сериозно незаконска практика во оваа смисла и дека Окружниот совет бил исто така одговорен за ова поради тоа што не извршил надзор над законитоста на работењето на Експертската комисија, како и поради тоа што не ја прекинал оваа незаконска практика.

99. Процената од страна на Експертската комисија не била извршена за медицински цели, туку со цел да се утврди дали апликантите можат успешно да ја следат наставата во редовно училиште. Според тоа, спротивно на мислењето на апликантите, тоа не може да се смета за погрешно дијагностицирање ако дијагнозата на тешкотијата во учење, во смисла на специјално образование, не се совпаѓа со медицинската дијагноза за блага ментална попреченост како што е дефинирана од СЗО.

100. Според тоа, не е неразумно Врховниот суд да ги разгледа дијагнозите на апликантите, спротивно на медицинскиот пристап кој тие го предлагаат, од гледна точка на нивното право на образование соодветно на нивните способности и да утврди дека, од овој аспект, првичните дијагнози на Експертската комисија со кои се утврдува дека на апликантите им било потребно специјално образование во согласност со специјална наставна програма биле потврдени со мислење на вештаците, дури и во случајот на вториот апликант.

2. Оценка на Судот

а. Општи принципи

101. Судот утврди во својата пракса дека дискриминација значи различен третман, без објективно и разумно оправдување, на лица кои се во релевантно слични ситуации. Меѓутоа, со член 14 не ѝ се забранува на земја-членка да третира одредени групи поинаку со цел да се коригираат „фактичките нееднаквости“ меѓу нив; навистина во одредени околности преземањето обид да се исправи нееднаквоста преку различен третман може, самото по себе, да доведе до повреда на овој член.

Дискриминацијата, меѓу другото, врз основа на етничкото потекло на лицето претставува форма на расна дискриминација. Расната дискриминација е особено навредлив вид на дискриминација и, поради нејзините опасни последици, бара од властите посебна будност и одлучна реакција. Токму поради оваа причина, властите мора да ги употребат сите расположливи средства за борба против расизмот, со што ќе се зајакне демократската визија за општество во кое на разновидноста не се гледа како на закана, туку како на извор на богатство. Исто така, Судот одлучи дека ниту една разлика во третманот која се заснова исклучиво или во одлучувачка мерка на етничкото потекло на лицето не може објективно да се оправда во едно современо демократско општество изградено на принципите на плурализмот и почитувањето на различните култури (види Д.Х. и други (D.H. and Others), цитиран погоре, ставови 175-176).

102. Понатаму, Судот утврди дека, како резултат на турбулентната историја и постојаното раселување, Ромите станале посебен вид маргинализирано и ранливо малцинство. Според тоа, ним им е потребна посебна заштита. Нивната ранлива положба значи дека треба да се посвети посебно внимание на нивните потреби и на нивниот различен стил на живеење и во контекст на релевантната регулаторна рамка и при донесување одлуки во конкретни случаи (види Оршуш и други (Oršuš and Others), цитиран погоре, ставови 147-148).

103. Понатаму, Судот повторува дека зборот „почитува“ во член 2 од Протокол бр. 1 значи повеќе од „признава“ или „зема предвид“; покрај главно негативното значење, тоа имплицира одредена позитивна обврска за државата (види Кемпбел и Косанс против Обединетото Кралство (Campbell and Cosans v. the United Kingdom), 25 февруари 1982 година, став 37, серија А бр. 48). Сепак, условите на поимот „почитува“, кој се појавува и во член 8 од Конвенцијата, значително варираат од случај до случај, со оглед на различните практики кои се применуваат и ситуациите во страните-договорнички. Како резултат на тоа, страните-договорнички имаат широко дискреционо право при утврдување на чекорите кои треба да се преземат за да се обезбеди усогласеност со Конвенцијата, земајќи ги предвид потребите и ресурсите на заедницата и на поединците (види Лауци и други против Италија (Lautsi and Others v. Italy) [GC], бр. 30814/06, став 61, ЕКЧП–2011 (извадоци); Лејла Шахин против Турција (Leyla Şahin v. Turkey) [GC], бр. 44774/98, став 135, ЕКЧП 2005XI; случај

„поврзан со одредени аспекти на законите за користењето на јазиците во образованието во Белгија“ (основаност), 23 јули 1968, стр. 30-31, став 3, Серија А бр. 6).

104. Во контекст на правото на образование на членовите на групи кои претрпеле дискриминација во минатото во образованието со континуирани ефекти, структурните недостатоци бараат спроведување позитивни мерки со цел, меѓу другото, да им се помогне на апликантите со какви било потешкотии со кои тие се соочувале во следењето на училишната наставна програма. Овие обврски се особено строги кога постои фактичка историја на директна дискриминација. Според тоа, потребни се некои дополнителни чекори за да се решат овие проблеми, како на пример активно и структурно вклучување на релевантните социјални служби (види Оршуш и други (Oršuš and Others), цитиран погоре, став 177).

Судот би ја истакнал во овој контекст Препорака бр. R(2000)4 на Комитетот на министри (види став 72 погоре) според која треба да бидат воспоставени соодветни структури за поддршка структури за поддршка за да им се овозможи на ромските/циганските деца, особено преку позитивни активности, да ги користат еднаквите можности во училиштата.

105. Понатаму, Судот веќе прифати во претходни случаи дека разликата во третманот може да има форма на несразмерно штетни ефекти на општа политика или мерка која, иако е формулирана во неутрален контекст, дискриминира одредена група. Таквата ситуација може да претставува „индиректна дискриминација“, што не мора да значи дискриминаторска намера (види, помеѓу останатите правни извори, Д.Х и други (D.H. and Others), цитиран погоре, став 184). Општа политика или мерка која е неутрална, но која има несразмерно штетни ефекти врз лица или групи на лица кои, како на пример во овој случај, се идентификуваат врз основа на етнички критериум, може да се смета за дискриминаторска без оглед на тоа што не е конкретно насочена кон таа група, освен ако мерката е објективно оправдана со легитимна цел, а средствата за остварување на таа цел се соодветни, неопходни и пропорционални (види Оршуш и други (Oršuš and Others), цитиран погоре, став 150). Покрај тоа, дискриминација потенцијално спротивно на Конвенцијата може да настане од де факто ситуација (види Зарб Адами против Малта (Zarb Adami v. Malta), бр. 17209/02, став 76, ЕКЧП 2006VIII).

106. Онаму каде што се покажало дека законодавството создава таков дискриминаторски ефект, Судот додава дека, како и во случаите во врска со вработување или обезбедување услуги (види, *mutatis mutandis*, Начова и други против Бугарија (Nachova and Others v. Bulgaria) [GC], бр. 43577/98 и 43579/98, став 157, ЕКЧП 2005VII), I во случаите од образовната сфера не е потребно да се докажува дали релевантните власти имале или немале намера да дискредитираат (види Д.Х. и други (D.H. and Others), цитиран погоре, став 194).

107. Кога станува збор за проценување на влијанието на мерка или практика врз поединец или врз група, статистичките податоци кои се чини кои по критичко испитување се смета дека се сигурни и значајни ќе бидат доволни за да претставуваат *prima facie* доказ кој апликантот треба да го изведе. Меѓутоа, ова не значи дека индиректната дискриминација не може да се докаже без статистички доказ (види Д.Х. и други (D.H. and Others), цитиран погоре, став 188).

108. Кога апликантот кој изнесува наводи за постоење на индиректна дискриминација на овој начин утврди и изнесе претпоставка со која може да се оспори дека ефектот од една мерка или практика е дискриминаторен, товарот на докажувањето се пренесува на тужената држава. Таа мора да покаже дека разликата во третирањето не е дискриминаторска (види, *mutatis mutandis*, Начова и други (Nachova and Others, *loc. cit.*). Земајќи ги посебно предвид специфичноста на фактите и природата на изнесените наоди во овој вид на случај (види, *mutatis mutandis*, Начова и други (Nachova and Others), цитиран погоре, став 147), во пракса би било исклучително тешко за апликантите да докажат индиректна дискриминација без вакво пренесување на товарот на докажување.

б. Примена на тие принципи во конкретниот случај

109. Судот констатира дека апликантите во конкретниот случај поднеле наводи во согласност со член 2 од Протокол бр. 1 толкуван во врска со член 14 од Конвенцијата, тврдејќи дека фактот што тие биле распоредени во училиште за специјално образование за деца со посебни едукативни потреби во текот на нивното основно образование го повредил нивното право да добијат образование и нивното право да не бидат дискриминирани. Според нивниот навод, сè што треба да се утврди е

дека тие, без објективно и разумно оправдување, биле распоредени во училиште во кое, поради ограничената наставна програма, биле третирани помалку повољно отколку што би биле третирани децата кои не се Роми во споредлива ситуација и дека тоа во нивниот случај претставува индиректна дискриминација (спореди со гореспоменатата пресуда Д.Х. и други (D.H. and Others), став 183).

110. Судот констатира дека ромските деца биле прекумерно застапени меѓу учениците во основното училиште за специјално и стручно образование „Голес Виктор“ (види став 7 погоре) и дека се чини дека Ромите биле прекумерно застапени во минатото во училиштата за специјално образование поради систематско погрешното дијагностицирање на ментална попреченост (види став 10 погоре). Основните бројки не се оспорени од страна на владата – која не даде никаков алтернативен статистички доказ – а Судот смета дека овие бројки откриваат доминантен тренд. Според тоа, мора да се констатира дека општата политика или мерка имале несразмерно штетен ефект врз Ромите, кои се особено загрознена група. За Судот, овој несразмерен ефект е очигледен дури и ако политиката или тестирањето за кои станува збор може да имаат сличен ефект и врз други социјално маргинализирани групи. Судот не може да го прифати аргументот на апликантите дека различниот третман како таков резултирал од де факто ситуација која влијаела само на Ромите. Меѓутоа, неспорно е – а Судот не гледа причина да тврди поинаку – дека различниот, и потенцијално маргинализирачки, третман се применувал многу почесто врз Ромите отколку врз другите. Владата не можеше да понуди разумно оправдување за таквата разлика, освен тоа што таа посочи, генерално, на високиот степен на социјална маргинализација кај Ромите (види став 96 погоре).

111. Иако не се спорело дека политиката и тестирањето за кои станува збор биле насочени конкретно кон таа група, за Судот постои последичен prima facie случај на индиректна дискриминација. Според тоа, товарот паѓа на владата да докаже дека во случајот на апликантите разликата во третманот немала несразмерно штетни ефекти поради општа политика или мерка која е креирана во неутрален контекст и дека, според тоа, разликата во третманот не била дискриминаторска.

112. Судот повторува дека разликата во третманот е дискриминаторска доколку „не постои објективно и разумно оправдување“, односно, доколку нема „леgitимна цел“ или доколку не постои „разумен однос на пропорционалност“ помеѓу применетите средства и целта која се настојува да се оствари (види, меѓу многуте останати правни извори, Оршуш и други (Oršuš and Others), цитиран погоре, став 196; Ларкос против Кипар (Larkos v. Cyprus) [GC], бр. 29515/95, став 29, ЕКЧП 1999-I; Стек и други против Обединетото Кралство (Stec and Others v. the United Kingdom) [GC], бр. 65731/01, став 51, ЕКЧП 2006VI). Судот нагласува дека кога разликата во третманот се заснова на раса, боја или етничко потекло, поимот за објективно и разумно оправдување мора да се толкува што е можно построго.

113. Судот ги констатира наводите на владата (види став 94 погоре) според кои оспоруваниот третман е неутрален (односно, заснован на објективни критериуми) и резултира во различен третман на различни луѓе, а образовната програма во нејзината постојна форма е корисна за учениците со различни способности. Судот прифаќа дека ставот на владата да го задржи системот на специјални училишта/одделенија е мотивиран од желбата да се најде решение за децата со посебни образовни потреби. Меѓутоа, судот ја дели загриженоста со другите институции на Советот на Европа кои изразија загриженост за поедноставната наставна програма која се следи во тие училишта и, особено, во врска со сегрегацијата која ја предизвикува системот (види ставови од 73 до 75 погоре) – дури и ако, во конкретниот случај, апликантите не биле распоредени во етнички сегрегирани училишта.

114. Судот констатира дека унгарските власти донеле одреден број мерки за избегнување на погрешното дијагностицирање при распоредувањето на децата на училиште. Сепак, Комесарот за човекови права на Советот на Европа во 2006 година утврдил дека 20% од ромските деца и понатаму се распоредувале во специјални одделенија, во споредба со само 2% од мнозинството деца (види став 74 погоре). Покрај тоа, во извештајот на ЕКРН објавен во 2009 година (види став 75 погоре) се наведува дека постои голем број погрешно распоредени ромски ученици. За Судот, овие факти предизвикуваат сериозна загриженост за соодветноста на овие мерки во односниот период.

115. Судот констатира дека погрешното распоредување на ромските деца во специјални училишта има долга историја низ цела Европа.

Во врска со Чешката Република, Советодавниот комитет за Рамковната Конвенција за заштита на националните малцинства истакна дека честопати се случувало децата кои биле ментално

хендикепирани автоматски да бидат распоредувани во чешките училишта за специјално образование „[што се должи] на реалните или перципираните јазични и културни разлики меѓу Ромите и мнозинството“ (види Д.Х. и други (D.H. and Others), цитиран погоре, став 68).

Во Унгарија, концептот на „семеен хендикеп“ (види ставови 10 и 91 погоре) резултираше во споредливо слични практики. Во извештајот на ЕКПН објавен во 2009 година се истакнува дека огромно мнозинство од децата со мали тешкотии во учењето би можеле лесно да се интегрираат во редовните училишта; а голем дел се погрешно дијагностицирани поради социјалната и економската маргинализација или поради културните разлики. Овие деца најверојатно нема да излезат од овој систем на инфериорно образование, што резултира во пониски образовни достигнувања и послаби можности за вработување. Исто така, во извештајот се истакнува дека напорите за борба против високата застапеност на ромските деца во специјалните училишта – и со давање помош на погрешно дијагностицираните деца и со спречување на погрешното дијагностицирање – сè уште немаат големо влијание (види став 75 погоре).

116. Во такви околности – а во контекст на препознаената пристрасност во минатите постапки на распоредување (види став 115 погоре) – Судот смета дека државата има конкретни позитивни обврски за избегнување на повторувањето на дискриминацијата или дискриминациските практики од минатото кои се утврдени во наводно неутралните тестови.

117. Иако во конкретниот случај не е побарано од Судот да ги испита наводните структурни проблеми засновани на пристрасното тестирање, поради тоа што поврзаната претставка е недопуштена (види став 87 погоре), сепак, на државата останува да покаже дека тестовите и нивната примена можат праведно и објективно да ги утврдат способностите за посетување училиште и менталниот капацитет на апликантите.

118. Судот напоменува дека унгарските власти ја утврдиле граничната вредност на ментална попреченост на коефициент на интелигенција 86, што е значително повисока од насоките на СЗО за коефициент на интелигенција 70 (види став 18 погоре). Експертската комисија утврдила различни мерења на коефициентот на интелигенција на г. Хорват, коефициент на интелигенција 61 и коефициент на интелигенција 83. Г. Киш имал коефициентот на интелигенција 63 според „Budapest Binet Test“ и коефициент на интелигенција 83 според „Raven Test“. Меѓутоа, кога ќе се земе предвид подоцнежниот тест во летниот камп (види став 31 погоре), г. Хорват остварил резултат за коефициент на интелигенција 83, а г. Киш остварил резултат за коефициент на интелигенција 90.

Судот не може да заземе став за прифатливоста на резултатите за коефициентот на интелигенција како единствени показатели за способноста за посетување училиште, но смета дека е загрижувачки тоа што националните власти значително отстапиле од стандардите на СЗО.

119. Понатаму, Судот напоменува дека тестовите кои се користеле за проценување на способностите или тешкотиите на апликантите за учење предизвикале контроверзии и продолжиле да бидат предмет на научна дебата и истражување. Судот е свесен дека неговата улога не е да ја оценува основаноста на таквите тестови, или да ги идентификува најсовршените, најмалку културно пристрасни тестови за способност за школување. Од Судот се бара само да процени дали биле направени напори на добра волја за тестирањето да биде недискриминаторско. Сепак, различни фактори во конкретниот случај доведоа до тоа Судот да заклучи дека резултатите од тестовите кои се извршени во врска со апликантите не ги обезбедиле неопходните заштитни мерки против погрешното дијагностицирање кои би произлегле од позитивните обврски на државата во ситуација каде што постои историја на дискриминација на децата на етничките малцинства.

120. Прво, Судот истакнува дека странките се согласиле дека сите деца кои биле испитани ги решавале истите тестови, без оглед на нивното етничко потекло.

Владата потврдила дека барем дел од серијата тестови (имено, „Budapest Binet Test“) кои се примениле биле културно пристрасни (види став 95 погоре).

Покрај тоа, независни експерти утврдиле дека одредени тестови кои се користеле во случајот на апликантите биле застарени (види став 34 погоре).

121. Во овие околности, Судот смета дека во најмала рака постои опасност дека тестовите биле културно пристрасни. За Судот, според тоа, прашањето се состои во тоа да се констатира до кој степен биле применети социјалните заштитни мерки кои би им овозможиле на властите да ги земат предвид, во процесот на распоредување и редовната двогодишна повторна проверка (тестирање), деталите и посебните карактеристики на ромските апликантите кои ги решавале тестовите, во контекст на високиот ризик од дискриминаторско погрешно дијагностицирање и погрешно распоредување.

122. Судот се потпира во овој поглед на фактите утврдени од страна на Регионалниот суд кои не биле негирани по жалбата (види ставови од 39 до 42 погоре). Судот утврдил дека Експертската комисија не ги индивидуализирала дијагнозите на апликантите или не ја специфицирала причината и природата на нивните посебни образовни потреби и, според тоа, го повредила правото на апликантите на еднакви можности. Покрај тоа, социјалните служби кои го администрирале распоредувањето подлегеле на постојана реорганизација. Во врска со ова, Судот утврдил дека не биле обезбедени условите кои се неопходни за работењето на Експертската комисија. Следствено на тоа, Експертската комисија и Окружниот совет не можеле да ги обезбедат неопходните гаранции против погрешно распоредување кое, историски гледано, било поверојатно да ги засегне Ромите. Покрај тоа, по внимателна анализа на применливото право, Апелациониот суд и Врховниот суд заклучиле дека, од 2003 година, категоријата деца со посебни образовни потреби вклучувала ученици со психолошки развојни проблеми (тешкотии во учењето). Не било јасно дали апликантите имале ментална попреченост (или тешкотии во учењето) што не би можела да се земе предвид во рамките на редовниот образовен систем со тоа што би се обезбедиле дополнителни можности за надоместување на пропуштеното во учењето преку редовната наставна програма. Тие судови утврдија дека, поради промените во законите, поврзани со променливите концепти на интегрирано образование, имало недостаток од правна сигурност од 1 јануари до 1 септември 2007 година (види став 45 in fine погоре).

123. И покрај овие наоди, Судот тешко може да заклучи дека била воспоставена соодветна заштита со која се обезбедувало соодветно распоредување на апликантите. Според тоа, тестовите за кои станува збор, без оглед на нивниот наводно пристрасен карактер, не може да се смета дека служат како доволно оправдување за оспорениот третман.

124. Во врска со прашањето за согласност на родителите, Судот го прифаќа наводот на владата дека, во врска со ова, се признала повредата на правата на апликантите на образование и се обезбедиле соодветни правни лекови во постапката пред домашните судови (види став 79 погоре). Меѓутоа, во случајот на г. Киш, отсуството на учество на родителите и изричното противење на родителите на распоредувањето може да се смета дека придонело кон дискриминација.

125. Судот констатира дека идентификувањето на соодветна образовна програма за учениците со ментална попреченост и со тешкотии во учењето, особено во случајот на ромските деца, како и изборот меѓу едно училиште за сите, високо-специјализирани структури и унифицирани структури со специјализирани делови, не е лесно. Тоа подразбира тешкотии постигнувањето рамнотежа меѓу спротивставени интереси. Судот констатира дека, во контекстот на Унгарија, програмата од 2003 година (види став 12) и Националната стратегија за инклузија од 2011 година (види став 71) се залагаат за интегриран пристап во врска со ова.

Што се однесува до воспоставувањето и планирањето на наставната програма, ова главно го вклучува прашањето експедитивност за кое Судот нема задача да одлучува (види Валсамис против Грција (*Valsamis v. Greece*), 18 декември 1996 година, став 28, Извештаи за пресуди и одлуки 1996-VI).

126. Сепак, секогаш кога на националните власти ќе им се доделат дискрециони права кои може да претставуваат мешање во остварувањето на правата од Конвенцијата, заштитните постапки кои му се достапни на поединецот ќе бидат од особено суштинско значење во утврдување дали тужената држава, кога ја воспоставувала регулаторната рамка, останала во рамките на нејзините дискрециони права (види Бакли против Обединетото Кралство (*Buckley v. the United Kingdom*), 25 септември 1996 година, став 76, Извештаи 1996-IV, и Конорс против Обединетото Кралство (*Connors v. the United Kingdom*), бр. 66746/01, став 83, 27 мај 2004 година).

127. Фактите за конкретниот случај покажуваат дека училишните аранжмани за ромските апликанти со наводна блага ментална попреченост или тешкотии во учењето не биле придружени со соодветни заштитни мерки кои би обезбедиле дека, при користењето на дискреционите права во образовната

сфера, државата ги зела предвид нивните посебни потреби како припадници на маргинализиран слој (види, *mutatis mutandis*, Бакли, цитиран погоре, став 76, и Конорс, цитиран погоре, став 84). Освен тоа, како резултат на аранжманите, апликантите биле распоредени во училиште за деца со ментална попреченост каде што се следела многу поедноставна наставна програма во споредба со наставната програма во редовните училишта и каде што тие биле изолирани од учениците припадници на мнозинското население. Како последица на тоа, тие се стекнале со образование кое не им ги обезбедило неопходните гаранции кои произлегуваат од позитивните обврски на државата да ја искорени историјата на расна сегрегација во специјалните училишта. Образованието кое им било обезбедено можело да делува во насока на дополнително усложнување на нивните потешкотии и би можело да го загрози нивниот понатамошен личен развој, наместо да им помогне да се интегрираат во редовните училишта и да стекнат вештини кои би им го олесниле животот меѓу мнозинското население.

Во врска со тоа, Судот констатира дека новите закони се насочени кон префрлање на учениците со тешкотии во учењето од специјалните училишта и обезбедување децата со посебни образовни потреби, вклучувајќи ги и социјално маргинализираните деца, да се школуваат во редовни училишта со што се придонесува за намалување на статистичката прекумерна застапеност на Ромите во популацијата во специјалните училишта. Процесот на интеграција бара примена на најсовремено тестирање.

Меѓутоа, во конкретниот случај, од Судот не се бара да ја разгледа соодветноста на образовното тестирање како такво во Унгарија.

128. Бидејќи е утврдено дека релевантните закони, како што се применувани во практиката во релевантниот период, имале несразмерно штетни ефекти врз ромската заедница, како и дека државата, во ситуација на *prima facie* дискриминација, не успеала да докаже дека обезбедила гаранции кои се потребни за да се избегне погрешното дијагностицирање и распоредување на ромските апликанти, Судот смета дека апликантите непотребно претрпеле дискриминаторски третман. Во врска со тоа – и во врска со ранливоста на лицата со ментална попреченост како такви, како и нивната историја на дискриминација и предрасуда – Судот, исто така, се повикува на своите согледувања изречени во случајот Алајош Киш против Унгарија (*Alajos Kiss v. Унгарија*) (бр. 38832/06, 20 мај 2010 година):

„[А]ко ограничувањето на основните права се однесува на посебно ранлива група во општеството, која претрпела значителна дискриминација во минатото, како што се лицата со ментална попреченост, тогаш дискреционото право на државата е значително потесно и таа мора да има убедливи причини за ограничувањата за кои станува збор...Третирањето како една класа на оние со интелектуална или ментална попреченост е дискутабилна класификација и ограничувањето на нивните права мора да подлежи на строга контрола.“ (ставови 42 и 44).

129. Следствено на тоа, во конкретниот случај постоела повреда на член 14 од Конвенцијата во врска со член 2 од Протокол бр. 1 во врска со секој од апликантите.

II. ПРИМЕНА НА ЧЛЕН 41 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

130. Член 41 од Конвенцијата пропишува:

„Ако Судот оцени дека постои повреда на Конвенцијата или на нејзините протоколи, и ако внатрешното право на односната Висока страна-договорничка овозможува само делумно отстранување на последиците на таа повреда, Судот ѝ дава на оштетената страна, доколку е потребно, правично задоволување.“

A. Штета

131. Апликантите не поднесоа барања за надомест на штета.

Б. Трошоци и надоместоци

132. Апликантите бараа, заеднички, 6,000 евра за трошоците и надоместоците настанати пред Судот. Ова барање соодветствува на 100 часа правна работа кои ги наплатува нивниот адвокат по саатнина од 60 евра.

133. Владата го оспори ова барање.

134. Согласно праксата на Судот, апликантот има право на надоместок на неговите трошоци и надоместоци само доколку се докаже дека тие биле навистина направени и неопходни и биле разумни во поглед на износот. Во предметниот случај, земајќи ги предвид документите кои ги поседува и горенаведените критериуми, Судот смета дека е разумно да им го досуди износот од 4.500 евра заеднички на апликантите, кои беа застапувани од адвокат и од невладина организација, покривајќи ги трошоците по сите основи.

В. Затезна камата

135. Судот смета дека е соодветно затезната камата да се заснова на најниската активна каматна стапка на Европската централна банка, на која треба да се додадат три процентни поени.

ОД ОВИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ ЕДНОГЛАСНО

1. Го прогласи жалбениот навод во врска со наводната несоодветност на серијата тестови применети во случајот на апликантите за недопуштен, а остатокот од апликацијата за допуштен;

2. Заклучи дека постои повреда на член 2 од Протокол бр. 1 земен во врска со член 14 од Конвенцијата;

3. Заклучи

(а) дека тужената држава да им плати на апликантите, заеднички, во рок од три месеци од датумот на кој пресудата станува правосилна во согласност со член 44 став 2 од Конвенцијата, 4.500 евра (четири илјади и петстотини евра), кои треба да бидат конвертирани во валутата на тужената држава по курс која важи на денот на исплатата, плус секој данок кои може да им биде наплатен на апликантите, во врска со трошоците и надоместоците;

(б) дека, по истекот на горенаведениот рок од три месеци до исплатата, се засметува проста камата на споменатиот износ, по стапка еднаква на најниската активна каматна стапка на Европската централна банка за време на периодот во кој се доцни со плаќање на обврските плус три процентни поени;

4. Го одби остатокот од барањето на апликантите за правично задоволување.

Изготвена на англиски јазик и доставена во писмена форма на 29 јануари 2013 година, во согласност со Правило 77, ставови 2 и 3 од Деловникот за работа на Судот.

Стенли Најсмит
Секретар

Гвидо Раимонди
Претседател



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

ГОЛЕМ СУДСКИ СОВЕТ

ПРЕДМЕТ СЕЈДИЌ И ФИНЦИ ПРОТИВ БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА

(жалби бр. 27996/06 и 34836/06)

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

22 декември 2009 година

Во предметот **Сејдиќ и Финци против Босна и Херцеговина (Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina)**,

Европскиот суд за човекови права, заседавајќи како Големиот судски совет, составен од:

Жан Пол Коста, претседател,	[Jean-Paul Costa]
Христос Розакис	[Christos Rozakis]
Николас Браца	[Nicolas Bratza]
Пир Лорензен	[Peer Lorenzen]
Франсоаз Тулкенс	[Françoise Tulkens]
Јозеп Касадевал	[Josep Casadevall]
Џовани Бонело	Giovanni Bonello]
Лех Гарлицки	[Lech Garlicki]
Канлар Хаџијев	[Khanlar Hajiyev]
Лилјана Мијовиќ	[Ljiljana Mijović]
Егберт Мијер	[Egbert Myjer]
Давид Тор Бјоргвинсон	[David Thór Björgvinsson]
Ѓеорге Николау	[George Nicolaou]
Луис Лопез Гуера	[Luis López Guerra]
Леди Бјанку,	[Ledi Bianku],
Ен Пауер	[Ann Power]
Михаи Поалелунги, судии, и	[Mihai Poalelungi]
Винсент Берже, правен советник,	[Vincent Berger]

Расправајќи на затворена седница, на 3 јуни и 25 ноември 2009 година,

Ја донесе следнава пресуда, усвоена на последниот од горенаведените датуми:

ПОСТАПКА

1. Предметот произлезе од две жалби (бр. 27996/06 и 34836/06) против Босна и Херцеговина, поднесени до Судот според Член 34 од Конвенцијата за заштита на човековите права и основни слободи („Конвенцијата”), од страна на двајца граѓани на Босна и Херцеговина, г-н Дерво Сејдиќ (Dervo Sejdić) и г-н Јакоб Финци (Jakob Finci), („жалители”), на 3 јули и 18 август 2006 година, соодветно.

2. Жалителите се пожалиле на нивната неподобност да бидат избрани во Народниот дом и во Претседателството на Босна и Херцеговина поради нивното ромско и еврејско потекло. Тие се повикале на членовите 3, 13 и 14 од Конвенцијата, член 3 од Протоколот бр. 1 и член 1 од Протоколот бр. 12.

3. Жалбите биле доделени на четвртиот оддел на Судот (правило 52, став 1 од Правилникот на Судот). На 11 март 2008 година Судскиот совет од тој оддел одлучил да ја извести владата за жалбите. Според одредбите од член 29, став 3 од Конвенцијата, Судот одлучил да ги разгледа основаноста и допуштеноста на жалбите. На 10 февруари 2009 година Судскиот совет, составен од Николас Браца, Лех Гарлицки, Џовани Бонело, Лилјана Мијовиќ, Давид Тор Бјоргвинсон, Леди Бјанку и Михаи Поалелунги, судии, и Фатош Арачи, заменик - секретар во Одделот, ја отстапија својата надлежност на Големиот судски совет, при што никој од страните не го обжали отстапувањето (член 30 од Конвенцијата и правило 72). Составот на Големиот судски совет беше определен според одредбите на член 27, ставови 2 и 3 од Конвенцијата и Правилото 24.

4. Страните поднесоа забелешки во врска со допуштеноста и основаноста на жалбите. Беа примени и коментари од трети страни и тоа од: Венецијанската комисија (Venice Commission), Центарот AIRE (AIRE Centre) и Иницијативата за правда отворено општество (Open Society Justice Initiative), на кои им било дозволено да интервенираат во пишаната постапка (Член 36, став 2 од Конвенцијата и правило 44, став 2).

5. Јавно рочиште се одржа во зградата на човековите права во Стразбур, на 3 јуни 2009 година (правило 54, став 3). Пред Судот се појавија:

(а) за Владата

З. Ибрахимовиќ, заменик-застапник,	(Z. IBRAHIMOVIĆ)
Б. Скалоњич, помошник-застапник,	(B. SKALONJIĆ)
Ф. Турчиновиќ, советник;	(F. TURČINOVIĆ)

(б) за жалителите

Ф.Џ. Леон Дијаз	(F.J. LEON DIAZ)
С.П. Росенберг	(S.P. ROSENBERG)
Ц. Болдвин, бранител	(C. BALDWIN)

Судот ги сослуша излагањата на г-ѓа Ибрахимовиќ, г. Леон Дијаз, г-ѓа Розенберг и г. Болдвин. Вториот жалител беше исто така присутен на сослушувањето.

ФАКТИТЕ

1. ОКОЛНОСТИТЕ НА СЛУЧАЈОТ

А. Историјат на предметот

6. Уставот на Босна и Херцеговина (во понатамошниот текст „Уставот“ или „државниот устав“ кога треба да се разликува од уставите на ентитетите) е анекс на Општиот рамковен договор за мир во Босна и Херцеговина од 1995 година („Дејтонскиот договор“), парафиран во Дејтон на 21 ноември 1995 година, и потпишан во Париз на 14 декември 1995 година. Бидејќи беше дел од мировен договор, Уставот беше напишан и усвоен без примена на постапките кои би му дале демократски легитимитет. Тој е единствен устав кој воопшто не беше службено објавен на официјалниот јазик на земјата на која се однесува, туку беше договорен и објавен на странски, односно на англиски јазик. Уставот го утврди натамошното законско постоење на Босна и Херцеговина како држава, иако ја промени нејзината внатрешна структура. Согласно Уставот, Босна и Херцеговина се состои од два дела: Федерацијата Босна и Херцеговина и Република Српска. Дејтонскиот договор не успеа да ја реши меѓуентитетската граница во областа Брчко, но страните се сложија на соодветна задолжителна

арбитража. (член V од Анекс 2 на Дејтонскиот договор). Со арбитражната одлука од 5 март 1999 г. беше формирана областа Брчко, под исклучив суверенитет на државата.

7. Во Преамбулата на Уставот, Бошњаците, Хрватите и Србите се опишани како „државотворни народи“. На државно ниво беа договорени модалитети за поделба на власта со кои би било невозможно да се усвојуваат одлуки против волјата на некој од „државотворните народи“, вклучително и вето за витални интереси, вето на ентитетите, дводомен парламентарен систем (со Народен дом составен од пет Бошњаци и пет Хрвати од Федерацијата Босна и Херцеговина и пет Срби од Република Српска) како и колективно Претседателство со три члена, Бошњак и Хрват од Федерацијата Босна и Херцеговина и Србин од Република Српска (за сите детали, види ставови 12 и 22 подолу).

Б. Предметниот случај

8. Жалителите се родени во 1956 г. и 1943 г. Тие држеле и сè уште држат видни јавни функции. Г. Сејдиќ во моментов работи како Набљудувач за Ромите при Организацијата за безбедност и соработка во Европа (ОБСЕ) во Босна и Херцеговина, а претходно бил член на Советот на Ромите на Босна и Херцеговина (највисокото претставничко тело на локалната ромска заедница) и член на Советодавниот комитет за Ромите (заедничко тело составено од претставници на локалната ромска заедница и соодветните министерства). Г. Финци во моментов е амбасадор на Босна и Херцеговина во Швајцарија, а претходно бил претседател на Меѓуверскиот совет на Босна и Херцеговина и раководител на Агенцијата за државна служба.

9. Жалителите самите се опишуваат како лица со ромско и еврејско потекло. Бидејќи не изјавуваат припадност кон никој од „државотворните народи“, тие не се подобни да се кандидираат за претставници на Народниот дом (вториот дом на државниот парламент) и Претседателството (заедничкиот претседател на државата), за што г. Финци добил официјална потврда на 3 јануари 2007 година.

II. РЕЛЕВАНТНО МЕЃУНАРОДНО И ДОМАШНО ПРАВО И ПРАКСА

А. Дејтонскиот договор

10. Дејтонскиот договор, парафиран во воената база „Рајт Патерсон“, во близина на американскиот град Дејтон, на 21 ноември 1995 г., и потпишан во Париз (Франција) на 14 декември 1995 г., беше резултат на испрекинати преговори во траење од 44 месеци, под покровителство на Меѓународната конференција на поранешна Југославија и Контакт-групата. Договорот стапи на сила на горенаведениот датум и содржи 12 анекси.

1. Анекс 4 (Уставот на Босна и Херцеговина)

11. Уставот прави разлика помеѓу „државотворни народи“ (лица кои изјавуваат припадност кон Бошњаците², Хрватите и Србите) и „други“ (припадници на национални малцинства и лица кои не изјавуваат припадност на ниту една група поради мешан брак, родители од мешано потекло или од други причини). Во поранешна Југославија, националната припадност на едно лице беше одредувана преку самоопределување. Така, не беа потребни никакви објективни критериуми, како на пример, познавање на јазик или припаѓање на одредена вероисповед. Исто така, не постоеја услови за прифаќање на други членови од конкретната етничка група. Уставот не содржи одредби во поглед на определбата на националната припадност. Се чини дека традиционалната самоопределеност се сметала за доволна.

12. Само лицата кои изјавиле припадност кон „државотворен народ“ имаат право да се кандидираат во Народниот дом (вториот дом на државниот парламент) и Претседателството (заедничкиот претседател). Во продолжение наведени се релевантните одредби од уставот:

2 Пред војната од 1992-95 година Бошњаците се сметаа за муслимани. Терминот „Бошњаци“ не треба да се меша со терминот „Босанци“, со кој се означуваат граѓаните на Босна и Херцеговина, без разлика на нивното потекло.

Член IV

„Парламентарното собрание е составено од два дома: Народен дом и Претставнички дом.

1. Народен дом. Народниот дом го сочинуваат 15 делегати, од кои две третини од Федерацијата (пет Хрвати и пет Бошњаци) и една третина од Република Српска (пет Срби).

(а) Хрватските и бошњачките делегати од Федерацијата се избираат од хрватските односно бошњачките делегати од Народниот дом на Федерацијата³. Делегатите од Република Српска се избираат од Националното собрание на Република Српска⁴.

(б) За кворум се потребни девет членови на Народниот дом, под услов да се присутни барем тројца бошњачки, тројца хрватски и тројца српски делегати.

2. Претставнички дом. Претставничкиот дом го сочинуваат 42 члена, од кои две третини се избираат од територијата на Федерацијата, а една третина од територијата на Република Српска.

(а) Членовите на Претставничкиот дом директно се избираат од нивниот ентитет согласно Изборниот закон, кој го усвојува Парламентарното собрание. Меѓутоа, првите избори ќе се одржат согласно Анекс 3 на Општиот рамковен договор.

(б) За кворум се потребни поголемиот дел од членовите избрани во Претставничкиот дом.

3. Постапки

(а) Секој дом ќе се свикува во Сараево, најдоцна 30 дена по изборот.

(б) Секој дом со мнозинство гласови ќе го усвојува својот деловник и ќе избира од своите членови по еден Србин, еден Босанец и еден Хрват за претседавач и негови заменици, при што функцијата претседавачот ќе ротира помеѓу овие три избрани лица.

(в) Сите законодавни одлуки ќе треба да бидат одобрени од двата дома.

(г) Сите одлуки во двата дома се донесуваат со мнозинство гласови од присутните. Делегатите и членовите ќе се трудат мнозинството да вклучува барем една третина од гласовите на делегатите или членовите од територијата на секој ентитет. Доколку мнозинството не вклучува една третина од гласовите на делегатите или членовите од секој ентитет, претседавачот и неговите заменици ќе заседаваат како комисија со цел да постигнат согласност во рок од три дена од гласањето. Доколку тие обиди пропаднат, одлуките ќе се донесуваат со мнозинство гласови на присутните, под услов гласовите против да не вклучуваат две третини или повеќе делегати или членови избрани од секој ентитет.

(д) Одлука предложена од Парламентарното собрание ќе се прогласи за деструктивна кон виталните интереси на бошњачкиот, хрватскиот или српскиот народ со мнозинство од гласовите на босанските, хрватските или српските делегати, избрани согласно горенаведениот став 1, точка (а). Таквата одлука треба да се одобри од Народниот дом со гласовите на мнозинството присутни делегати на Бошњаците, Хрватите и Србите.

(ѓ) Кога мнозинството делегати на Бошњаците, Хрватите или Србите се противат на повикувањето на точка (е), претседавачот на Народниот дом веднаш ќе свика Заедничка комисија составена од тројца делегати, избрани од делегатите на Бошњаците, Хрватите и Србите, со цел да се реши прашањето. Ако комисијата тоа не го направи во рок од пет дена, предметот ќе се упати до Уставниот суд, кој по итна постапка ќе ја преиспита регуларноста на постапувањето по предметот.

3 Членовите на Народниот дом на Федерацијата Босна и Херцеговина се назначуваат од страна на кантоналните парламенти (Федерацијата Босна и Херцеговина се состои од десет кантони). Членовите на кантоналните парламенти се избираат на директни избори.

4 Членовите на Националното собрание на Република Српска се избираат директно.

(е) Народниот дом се распушта од страна на Претседателството или од самиот Дом, доколку одлуката на Домот за распуштање е донесена со мнозинство гласови на делегатите од најмалку два народа, бошњачкиот, хрватскиот или српскиот. Народниот дом, избран на првите избори по влегувањето на сила на овој Устав, не може да биде распуштен.

(ж) Одлуките на Парламентарното собрание нема да стапат на сила пред да бидат објавени.

(з) Двата дома ќе објават комплетни записници од расправите во двата дома, а нивните седници, освен во исклучителни случаи, согласно деловникот, ќе бидат јавни.

(с) Делегатите и членовите нема да подлежат на кривична или граѓанска одговорност за дејствија извршени во рамките на нивните должности во Парламентарното собрание.

4. Овластувања. Парламентарното собрание има надлежност да:

(а) донесува закони за спроведување на одлуките на Претседателството или за извршување на функциите на Собранието, согласно овој Устав.

(б) одлучува за изворот и износот на приходите за функционирањето на институциите на Босна и Херцеговина и за меѓународните обврски на Босна и Херцеговина.

(в) одобрува буџет за институциите на Босна и Херцеговина.

(г) одлучува за ратификација на договори.

(д) други работи потребни за извршување на должностите или кои му се доделени со заедничка согласност на ентитетите.”

Член V

„Претседателството на Босна и Херцеговина се состои од три члена: еден Бошњак и еден Хрват, кои се избираат непосредно од територијата на Федерацијата, и еден Србин, кој се избира непосредно од територијата на Република Српска.

1. Избор и траење на мандатот.

(а) Членовите на Претседателството се избираат непосредно во секој ентитет (така што секој гласа за пополнување на едно место во Претседателството) во согласност со изборниот закон кој го донесува Парламентарното собрание. Меѓутоа, првите избори ќе се одржат согласно Анекс 3 од Општиот рамковен договор. Секое испразнето место во Претседателството ќе биде пополнето од страна на соодветниот ентитет, во согласност со законот кој ќе го донесе Парламентарното собрание.

(б) Мандатот на членовите на Претседателството кои се избрани на првите избори трае две години; мандатот на членовите избрани после тоа ќе трае четири години. Членовите на Претседателството можат да бидат избрани по втор пат, а потоа немаат право да бидат избрани во Претседателството пред истекот на четири години.

2. Постапки

(а) Претседателството ќе усвои свој правилник на работа кој ќе предвидува соодветен временски рок за најава на седниците на Претседателството.

(б) Членовите на Претседателството од своите редови ќе назначат еден член за претседавач. Во првиот мандат на Претседателството, претседавач ќе биде оној кој добил најмногу гласови. После тоа, начинот на избор на претседавачот, со ротација или на друг начин, ќе го одреди Парламентарното собрание, согласно Член IV, став 3.

(в) Претседателството ќе настојува да ги усвои сите одлуки на Претседателството (т.е. оние кои се однесуваат на прашања кои произлегуваат од Член V, став 3, точки (а) до (е)) преку консензус.

Таквите одлуки може, под условите од точка (г) од овој став да бидат усвоени од два члена, доколку сите обиди да се постигне консензус не успеат.

(г) Член на Претседателството кој не се сложува со одлуката, може одлуката на Претседателството да ја прогласи за деструктивна по виталните интереси на ентитетот за територијата на која е избран, под услов тоа да го направи во рок од три дена по неговото усвојување. Таквата одлука веднаш ќе биде упатена до Народното собрание на Република Српска, доколку таква изјава дал член од таа територија; до бошначките делегати во Народниот дом на Федерацијата, доколку таква изјава дал бошначки член; или до хрватските делегати во истото тело, доколку таква изјава дал хрватски член. Доколку таква изјава биде потврдена со двотретинско мнозинство од гласовите во рок од десет дена, оспоруваната одлука на Претседателството нема да стапи на сила.

3. Овластувања.

Претседателството е надлежно за:

(а) Спроведување на надворешната политика на Босна и Херцеговина.

(б) Назначување амбасадори и други меѓународни претставници на Босна и Херцеговина, од кои најмногу две третини може да бидат избрани од територијата на Федерацијата.

(в) Застапување на Босна и Херцеговина во меѓународни и европски организации и институции и барање членство во меѓународните организации и институции во кои Босна и Херцеговина не е член.

(г) Водење преговори за склучување на меѓународни договори на Босна и Херцеговина, откажување, и во согласност со Парламентарното собрание, ратификување на таквите договори.

(д) Извршување на одлуките на Парламентарното собрание.

(ѓ) Предложување годишен буџет до Парламентарното собрание, по препорака на Советот на министри.

(е) Поднесување извештаи за расходите на Претседателството до Парламентарното собрание, најмалку еднаш годишно.

(ж) Координирање, по потреба, со меѓународните и невладините организации во Босна и Херцеговина.

(з) Вршење други работи потребни за извршување на должностите кои му ги пренесува Парламентарното собрание или за кои се согласиле другите ентитети“

13. Уставните одредби оспорени во овој предмет не беа вклучени во Договорените основни начела кои ја сочинуваа основната рамка за идните одредби на Дејтонскиот договор (види ставови 6.1 и 6.2 од Дополнително договорените основни начела, од 26 септември 1995 година). Наводно, меѓународните посредувачи неволно ги прифатиле овие одредби подоцна поради цврстите барања на некои од страните во конфликтот (види Nystuen⁵, „Постигнување мир или заштита на човековите права? Конфликти помеѓу одредбите во врска со етничка дискриминација во Дејтонскиот мировен договор“ [Achieving Peace or Protecting Human Rights?] Conflicts between Norms Regarding Ethnic Discrimination in the Dayton Peace Agreement], Martinus Nijhoff Publishers, 2005, стр. 192, и O'Brien⁶, „Дејтонскиот договор во Босна: траен прекин на пукањето, постојани преговори“,

5 Г-ѓа Нистен (Nystuen) учествуваше во Дејтонските преговори и во претходните уставни дискусии како правен советник на ко-претседавачот на Европската унија на Меѓународната конференција за поранешна Југославија, Г. Билд (Bildt), кој ја предводеше Делегацијата на Европската унија во рамките на контакт-групата. Оттогаш, до 1997 г., таа работеше како правен советник на г. Билд, кој беше во улога на Висок претставник за Босна и Херцеговина.

6 О'Брајен (O'Brien) учествуваше во Дејтонските преговори како правник на контакт-групата, како и во повеќето значајни преговори во врска со поранешна Југославија од 1994-2001 година

[The Dayton Agreement in Bosnia: Durable Cease-Fire, Permanent Negotiation], во Zartman и Kremenjuk (уредници), „Мир наспроти правда: преговарање за прогресивни и регресивни резултати“ [Peace versus Justice: Negotiating Forward- and Backward-Looking Outcomes], Rowman & Littlefield Publishers, 2005, стр. 105].

14. Целосно свесни за фактот дека ваквите одредби се најверојатно спротивни на човековите права, странските посредувачи беа на став дека Уставот треба да претставува динамичен инструмент кој ќе го овозможи нивното евентуално повлекување. Така, беше внесен член II, став 2 од Уставот (види Nystuen, цитиран погоре, стр. 100) кој го предвидува следново:

„Правата и слободите предвидени во Европската конвенција за заштита на човековите права и основните слободи и нејзините протоколи ќе се применуваат директно во Босна и Херцеговина. Овие ќе имаат приоритет пред сите други закони.“

Иако Уставниот суд на Босна и Херцеговина во одлуките бр. U 5/04, од 31 март 2006 година, и U 13/05, од 26 мај 2006 година, тврдеше дека Европската конвенција за човекови права нема приоритет пред Уставот, одлуката бр. AP 2678/06, од 29 септември 2006 година, содржеше поинаков заклучок. Во последнава одлука, судот ја разгледа поплаката за дискриминација во врска со неподобноста на жалителот да биде избран во Претседателството поради неговата национална припадност (Бошњак од Република Српска) и ја отфрли поради неоснованост. Релевантниот дел од мислењето на мнозинството го наведува следново (превод на Уставниот суд):

„18. Жалителите сметаат дека нивните права биле повредени, со оглед на фактот што член II, став 2 од Уставот на Босна и Херцеговина предвидува дека правата и слободите предвидени во Европската конвенција и соодветните протоколи директно ќе се применуваат во Босна и Херцеговина и дека тие ќе имаат приоритет пред другите закони. Оттаму, жалителите се на мислење дека кандидатурата на Иљаз Пилав (Ilijaz Pilav) за член на Претседателството на Босна и Херцеговина беше исклучиво заснована на неговото национално/етничко потекло, поради што тие гледаат повреда на Член 1 од Протоколот бр. 12 на Европската конвенција која гарантира дека уживањето на кое било право предвидено со закон ќе биде обезбедено за сите и дека никој нема да биде дискриминиран од страна на јавните власти по кој било основ, вклучително и по основ на национално/етничко потекло.

22. Несомнено дека одредбата од член V од Уставот на Босна и Херцеговина, како и одредбата од член 8 од Изборниот закон од 2001 г. имаат рестриктивен карактер, затоа што ги ограничуваат правата на Бошњаците и Хрватите од територијата на Република Српска и правата на Србите од територијата на Федерацијата на Босна и Херцеговина да бидат избирани за членови на Претседателството на Босна и Херцеговина. Меѓутоа, целта на таквите одредби е зајакнување на позицијата на државотворните народи со цел да се овозможи Претседателството да биде составено од претставници на овие три државотворни народи. Со оглед на моменталната ситуација во Босна и Херцеговина, ограничувањето, наметнато со Уставот и со Изборниот закон од 2001 година, на правата на жалителите во смисла на различен третман на нивната кандидатура во споредба со кандидатурата на другите кандидати кои се Срби или кои се избираат директно од територијата на Република Српска, е оправдана во овој момент, бидејќи има разумно оправдување за таквиот третман. Оттаму, со оглед на моменталната ситуација во Босна и Херцеговина и специфичната природа на нејзиниот уставен поредок, како и со оглед на важечките уставни и законски одредби, оспорените одлуки на Судот на Босна и Херцеговина и на Централната изборна комисија не ги повредиле правата на жалителите, според член 1 од Протоколот бр. 12 на Европската конвенција и Член 25 од Меѓународниот пакт за граѓански и политички права, бидејќи споменатите одлуки не се арбитрарни и се засновани на законот. Тоа значи дека тие се во прилог на легитимна цел, дека се разумно оправдани и дека не ставаат претеран товар на жалителите со оглед на тоа што ограничувањата на правата на жалителите се пропорционални на постигнувањето на целите на општата заедница, односно одржување на воспоставениот мир, продолжување на дијалогот, и следствено, создавање на услови за изменување на споменатите одредби од Уставот на Босна и Херцеговина и Изборниот закон од 2001 година“

15. Во врска со амандманите на Уставот, членот X од Уставот го наведува следново:

„1. Амандманска постапка.

Овој Устав може да се изменува и дополнува со одлука на Парламентарното собрание, донесена со двотретинско мнозинство од присутните кои гласале во Претставничкиот дом.

2. Основни права и слободи.

Никаков амандман на овој Устав не може да го елиминира или да го намали кое било право или слобода наведени во член II од овој Устав или да го измени овој став.”

На 26 март 2009 година Парламентарното собрание за прв пат успешно го измени Уставот, во согласност со горенаведената постапка. Амандманот се однесуваше на статусот на областа Брчко.

2. Анекс 10 (Договор за цивилно спроведување)

16. Договорот за цивилно спроведување го определува мандатот на Високиот претставник – меѓународниот администратор на Босна и Херцеговина, утврден со авторизација на Советот за безбедност на Обединетите нации, од неформална група на држави активно вклучени во мировниот процес (наречен Совет за имплементација на мирот) како мерка за спроведување според Поглавје VII од Повелбата на Обединетите нации (види Резолуција на Советот за безбедност на Обединетите нации 1031, од 15 декември 1995 година).

17. Општо познато е дека Високиот претставник има широки овластувања (види Берик и другите против Босна и Херцеговина, одлука бр. 36357/04 и други, 16 октомври 2007 година). Во неколку наврати, тој наметна закони и ги измени уставите на ентитетите (уставите на ентитетите, за разлика од државниот устав, не се дел од Дејтонскиот договор.) Меѓутоа, дали овластувањата на Високиот претставник се однесуваат и на државниот устав не е сосема јасно. Дејтонскиот договор не кажува ништо за ова, но забележаната печатна грешка во државниот устав би сугерирала позитивен одговор. По неколку месеци од влегувањето во сила на Дејтонскиот договор, некои меѓународни правници, кои биле присутни во текот на Дејтонските преговори, сфатиле дека повикувањето на Член V, став 2, точка (с) било погрешно (повикувањето на Член III, став 1, точка (а)-(е) требало да биде повикување на Член V, став 3 (а)-(е)). Во ноември 1996 г. Високиот претставник Билд напишал писмо до Државниот секретар на Соединетите Американски Држави, г. Кристофер, и предложил грешката да се поправи со повикување на Анекс 10 од Дејтонскиот договор. Г. Кристофер сметал дека овластувањето на г. Билд според Анекс 10 не се однесувало на државниот устав (види текст од нивната кореспонденција во Nystuen, цитиран погоре, стр. 80-81). По кратко време, грешката била исправена без никаква формална одлука: Високиот претставник едноставно го информирал Претседателството на Босна и Херцеговина и објавил коригирана верзија на државниот устав. Она што е релевантно за конкретниов предмет е дека Високиот претставник отсекогаш официјално тврдел дека државниот устав не е во нивна надлежност. Говорот на лорд Ешдаун (Lord Ashdown), во функција на Висок претставник до Венецијанската комисија, го потврдува ова (види Извештајот од 60-то пленарно заседание на Венецијанската комисија, CDL-PV(2004)003, од 3 ноември 2004, стр. 18). Релевантниот дел од неговиот говор го наведува следново:

„Доколку Босна и Херцеговина сака да се приклучи кон [Европската унија] и НАТО, ќе ѝ биде потребна целосно функционална држава, и ништо друго. Политичките лидери на Босна и Херцеговина веќе почнуваат да согледуваат дека се соочуваат со избор: да го задржат сегашниот устав и да ги сносат економските, социјалните и политичките последици или да направат уставни измени со помош на кои Босна и Херцеговина ќе стане стабилна, функционална и просперитетна држава, во рамките на Европската унија.

Јас не верувам дека луѓето од Босна и Херцеговина ќе прифатат уставот да им биде пречка за нивната безбедност и просперитетот.

Сепак, ние не можеме да ја отстраниме таа пречка наместо нив.

Советот за имплементација на мирот и подоцнежните високи претставници, вклучувајќи ме и мене, постојано се на истиот став дека сè додека страните го почитуваат Дејтонскиот договор - а ова останува прашање во смисла на придржувањето на Република Српска до Хаг - тогаш Уставот на Босна и Херцеговина треба да се измени само по пропишаните постапки од страна на Парламентарното собрание на Босна и Херцеговина, а не од Меѓународната заедница. Со други зборови, доколку Дејтонскиот договор се почитува, овластувањата на Високиот претставник ќе започнуваат и ќе завршуваат со Дејтонските текстови и секоја измена на Уставот, содржана таму, е прашање што треба да го разгледаат луѓето од Босна и Херцеговина и нивните претставници “.

Б. Изборниот закон, 2001 година

18. Изборниот закон од 2001 г. (објавен во Службен весник на Босна и Херцеговина бр. 23/01 на 19 септември 2001 г., амандмани објавени во Службен весник бр.7/02, од 10 април 2002 г., 9/02 од 3 мај 2002 г., 20/02 од 3 август 2002 г., 25/02 од 10 септември 2002 г., 4/04 од 3 март 2004 г., 20/04 од 17 мај 2004 г., 25/05 од 26 април 2005г., 52/05 од 2 август 2005 г., 65/05 од 20 септември 2005 г., 77/05 од 7 ноември 2005 г., 11/06 од 20 февруари 2006 г., 24/06 од 3 април 2006 г., 32/07 од 30 април 2007 г., 33/08 од 22 април 2008 г. и 37/08 од 7 мај 2008г.) стапи на сила на 27 септември 2001 г. Релевантните одредби од овој закон наведуваат:

Член 1.4(1)

„Секој граѓанин на Босна и Херцеговина кој навршил 18 години има право да гласа и да биде избран, согласно овој закон.

Член 4.8

„Со цел да се завери учеството на избори, независниот кандидат е должен до Централната изборна комисија да поднесе пријава за учество на избори која содржи барем:

1. Илјада и петстотини (1.500) потписи од гласачите регистрирани во избирачкиот список за избор за членови на Претседателството на Босна и Херцеговина; ...”

Член 4.19(5-7)

„Листата на кандидати го содржи името и презимето на кандидатот, единствениот матичен број, адресата на постојано живеалиште, изјаснување за припадноста кон државотворен народ или друга група, број на важечка лична карта и место на нејзино издавање и потпис на претседателот на политичката партија односно претседателот на политичките партии во коалиција. Со предлог-листата се доставува и изјава на секој од кандидатите на листата за прифаќање на кандидатурата, изјава дека нема пречки од Член 1.10(1)(4) од овој Закон и изјава за имотната состојба на кандидатот од Член 15.7 од овој Закон. Изјаснувањата и изјавите мора да бидат заверени на начин пропишан со закон или кај надлежната општинска изборна комисија.

Изјавата за припадност кон државотворен народ или друга група, наведена во претходниот став, ќе се користи како основ за остварување на правото на избрана или назначена функција за кое се бара таквото изјаснување во изборниот циклус за кој е поднесена листата на кандидати.

Кандидатот има право да не изјави припадност кон државотворен народ или друга група на кандидатската листа, но неизјаснувањето ќе се смета како откажување од правото на остварување на избрана, односно назначена функција, за која се бара такво изјаснување.

Член 8.1

„Членовите на Претседателството на Босна и Херцеговина кои непосредно се избираат на територијата на Федерацијата Босна и Херцеговина - еден Бошњак и еден Хрват, ќе се избираат од гласачи запишани во Централниот избирачки список на Федерацијата Босна и Херцеговина. Гласачот регистриран да гласа во Федерацијата Босна и Херцеговина може да гласа или за Бошњак или за Хрват, но не и за двајцата. За избран се смета бошњачкиот или хрватскиот кандидат кој ќе добие најголем број гласови од кандидатите на истиот државотворен народ.

Член на Претседателството на Босна и Херцеговина кој е непосредно избран на територијата на Република Српска – Србин – ќе се бира од гласачи регистрирани да гласаат во Република Српска. За избран се смета кандидатот што ќе го добие најголемиот број на гласови.

Мандатот на членовите на Претседателството на Босна и Херцеговина ќе трае четири (4) години.”

Член 9.12а

„Хрватските односно бошњачките делегати од Федерацијата Босна и Херцеговина во Народниот дом на Парламентарното собрание на Босна и Херцеговина, ќе бидат избирани од бошњачкиот односно хрватскиот клуб на делегати во Народниот дом на Парламентарното собрание на Федерацијата Босна и Херцеговина.

Делегатите на хрватскиот и бошњачкиот народ во Народниот дом на Парламентарното собрание на Федерацијата Босна и Херцеговина избираат делегати од својот државотворен народ.

Делегатите на српскиот народ и на „другите“ групи во Народниот дом на Федерацијата Босна и Херцеговина нема да учествуваат во постапката за избор на бошњачки односно хрватски делегати за Народниот дом на Босна и Херцеговина.

Делегатите од Република Српска (пет Срби) во Народниот дом на Босна и Херцеговина ќе бидат избирани од Националното собрание на Република Српска. Бошњачките и хрватските делегати и делегатите на „другите“ групи во Националното собрание на Република Српска ќе учествуваат во постапката за избор на делегати од Република Српска во Народниот дом на Босна и Херцеговина.”

Бошњачките и хрватските делегати и делегатите на „другите“ во Националното собрание на Република Српска ќе учествуваат во процесот на избирање на делегати од Република Српска во Народниот дом на Босна и Херцеговина.

Член 9.12с

„Бошњачките или хрватските делегати во Народниот дом на Босна и Херцеговина се избираат така што секој политички субјект кој е застапен во бошњачкиот или во хрватскиот клуб, или секој делегат од бошњачкиот или хрватскиот клуб во Народниот дом на Федерацијата Босна и Херцеговина, има право да номинира еден или повеќе кандидати на листата за избор на бошњачки односно хрватски делегати во Народниот дом на Босна и Херцеговина.

Секоја листа може да содржи повеќе кандидати од бројот на делегати кои се избираат во Народниот дом на Босна и Херцеговина.”

Член 9.12е

„Изборот на делегатите од Република Српска во Народниот дом на Босна и Херцеговина се спроведува така што секоја политичка партија или секој пратеник во Националното собрание на Република Српска има право да номинира еден или повеќе кандидати на листата за избор на српски делегати до Народниот дом на Босна и Херцеговина. Секоја листа може да содржи повеќе кандидати од бројот на делегати кои се избираат во Народниот дом на Босна и Херцеговина.”

В. Обединетите нации

19. Меѓународната конвенција за елиминација на сите форми на расна дискриминација, усвоена под покровителство на Обединетите нации на 21 декември 1965 г., стапи на сила во однос на Босна и Херцеговина на 16 јули 1993 г. Соодветниот дел од нејзиниот Член 1 наведува:

„Во оваа Конвенција, терминот „расна дискриминација“ значи секоја разлика, исклучување ограничување или привилегирање врз основа на раса, боја на кожа, потекло или национално или етничко потекло која има за цел или резултат да го поништи или да го загрози признавањето, уживањето или остварувањето, во еднаква мера, на човековите права и основните слободи во политичката, социјалната, културната или друга сфера на јавниот живот.“

Односните делови од Член 5 од Конвенцијата го наведуваат следново:

„Согласно фундаменталните обврски изнесени во Член 2 од Конвенцијата, државите се обврзуваат да ја забранат или да ја елиминираат расната дискриминација во сите нејзини форми и да го гарантираат правото на еднаквост

пред законот на секој човек, без оглед на раса, боја на кожа, национално или етничко потекло, а особено уживањето на следниве права:

... (с) Политички права, особено правото на учество на избори – да бира и да биде избран – врз основа на универзално и еднакво право на глас, да учествува во владата како и во јавните работи на секое ниво и да има еднаков пристап до јавните служби; ...”

Заклучните забелешки за Босна и Херцеговина на Комитетот за елиминација на расната дискриминација (тело од независни експерти формирано да ја набљудува имплементацијата на овој договор) го наведува, во односниот дел, следново (документот CERD/C/BIH/CO/6 од 11 април 2006г., став 11):

„Комитетот е длабоко загрижен за Членовите IV и V од државниот устав, според кои само лицата кои припаѓаат на група која законот ја определил како една од државотворните народи на Босна и Херцеговина (Бошњаци, Хрвати и Срби), која е мнозинска група во ентитетот каде што лицето има живеалиште (пр. Бошњаци и Хрвати во Федерацијата Босна и Херцеговина, и Србите во Република Српска), може да бидат избрани во Народниот дом и во трипартитното Претседателство на Босна и Херцеговина. Постоечката правна структура, значи, ги исклучува од Народниот дом и Претседателството сите лица кои се означени како ‘останати’, односно лица кои припаѓаат на други национални малцинства или етнички групи освен Бошњаци, Хрватите и Србите. Иако трипартитната структура на главните државни политички институции можеби е оправдана или првично неопходна за воспоставување на мирот по вооружениот конфликт на територијата на државата-странка, Комитетот забележува дека законските разлики кои фаворизираат или даваат специјални привилегии на одредени етнички групи не се компатибилни со Членовите 1 и 5, точка(с) од Конвенцијата. Комитетот уште забележува дека ова е особено точно, бидејќи околностите заради кои ваквите специјални привилегии и фаворизирања биле воведени се измениле. (Членови 1 (4) и 5 (с)).

Комитетот бара државата-странка да ги измени соодветните одредби на државниот устав и изборниот закон со цел да овозможи еднакво уживање на правото да избира и да се биде избран за сите граѓани, без оглед на нивната националност“.

20. Меѓународниот пакт за граѓански и политички права, усвоен под покровителство на Обединетите нации на 16 декември 1966 г., стапи на сила во однос на Босна и Херцеговина на 6 март 1992 г. Во продолжение се релевантните одредби од пактот:

Член 2, став 1

“Секоја држава-потписничка на Пактот се обврзува да ги почитува и да им ги обезбеди на сите поединци кои се под нејзина јурисдикција правата признаени со овој Пакт, без разлика по основ на раса, боја на кожа, пол, јазик, вероисповед, политичка или друга определба, национално или социјално потекло, имот, раѓање или друг статус.“

Член 25

„Секој граѓанин ќе има право и можност, без никакви разлики претходно наведени во член 2 и без неразумни ограничувања:

(а) да учествува во извршувањето на јавните работи, директно или преку слободно избрани претставници;

(б) да избира и да биде избран на автентични, периодични избори кои според универзалното и еднакво право на глас ќе се одржат со тајно гласање, гарантирајќи го слободното изразување на волјата на избирачите;

(в) Да има пристап, под еднакви услови, до јавните служби во својата земја.“

Член 26

„Сите лица се еднакви пред законот и имаат право, без никаква дискриминација, на еднаква заштита пред законот. Во овој поглед, законот забранува каква било дискриминација и на сите лица им гарантира еднаква и ефективна заштита против дискриминација по основ на раса, боја на кожа, пол, јазик, вероисповед, политичка или друга определба, национално или социјално потекло, имот, раѓање или друг статус.“

Заклучните забелешки за Босна и Херцеговина од Комитетот за човекови права на Обединетите нации, телото на независни експерти формирано да ја набљудува имплементацијата на овој договор, го наведува во односниот дел, следново (документ ССРР/С/ВН/СО/1 од 22 ноември 2006, став 8):

„Комитетот е загрижен што после одбивањето на соодветниот уставен амандман на 26 април 2006 г. државниот устав и изборниот закон продолжуваат да ги исклучуваат другите т.е. лицата кои не припаѓаат на еден од државотворните народи на земјата-потписничка, т.е. (Бошњаци, Хрватите или Србите) од правото да бидат избрани во Народниот дом и во трипартитното Претседателство на Босна и Херцеговина (Членовите 2, 25 и 26).

Државата-потписничка треба повторно да ги отвори разговорите за уставна реформа, на транспарентен начин и на широка партиципативна основа, вклучувајќи ги сите чинители, со цел усвојување на изборен систем кој гарантира еднакво уживање на правата според Член 25 од Пактот, на сите граѓани независно од националноста.”

Г. Советот на Европа

21. Со зачленувањето во Советот на Европа во 2002 година, Босна и Херцеговина се обврза, со помош на Европската комисија за демократија преку право (Венецијанската комисија), во рок од една година, да „го разгледа изборното законодавство од аспект на стандардите на Советот на Европа и да направи соодветни ревизии” (види Мислење 234(2002) на Парламентарното собрание на Советот на Европа од 22 јануари 2002 година, став 15(iv)(b)). По приемот, Парламентарното собрание на Советот на Европа периодично ја потсетуваше Босна и Херцеговина на преземената обврска и бараше да усвои нов устав, пред октомври 2010 г., со цел да се заменат „механизмите на етничка репрезентација преку репрезентација врз основа на граѓанското начело, односно преку прекинување на уставната дискриминација против „другите“ (види Резолуција 1383 (2004) од 23 јуни 2004 г., став 3; Резолуција 1513 (2006) од 29 јуни 2006 г., став 20; и Резолуција 1626 (2008) од 30 септември 2008 г., став 8).

22. Венецијанската комисија, советодавното тело на Советот на Европа за уставни прашања, усвои неколку Мислења поврзани со ова.

Мислењето за уставната ситуација во Босна и Херцеговина и овластувањата на Високиот претставник (документ CDL-AD(2005)004 од 11 март 2005г.), во односниот дел, го наведува следново:

„1. На 23 јуни 2004г. Парламентарното собрание на Советот на Европа ја усвои Резолуцијата 1384 за „Зајакнување на демократските институции во Босна и Херцеговина“. Став 13 од Резолуцијата бара од Венецијанската комисија да разгледа неколку уставни прашања во Босна и Херцеговина.

...

29. Босна и Херцеговина е земја во транзиција, која се соочува со тешки економски проблеми и која се стреми кон европска интеграција. Таа ќе може да се справи со безбројните предизвици кои се резултат на ваквата ситуација само доколку има силна и ефективна влада. Уставните правила за функционирањето на државните органи не се предвидени да формираат силна влада, туку да го спречат мнозинството со своите одлуки негативно да влијае врз другите групи. Јасно е дека во пост-конфликтната ситуација имаше (и има) недоволна доверба помеѓу етничките групи за формирање на влада само на основа на мнозинскиот принцип. Во ваква ситуација, потребно е да се најдат конкретни механизми на заштита кои ќе овозможат сите поголеми групи во Босна и Херцеговина (државотворните народи) да ги прифатат уставните правила и да се чувствуваат заштитени од нив. Како последица, Уставот на Босна и Херцеговина обезбедува заштита на интересите на државотворните народи не само преку територијални уредувања, согласно нивниот интерес, туку и преку составот на државните органи и правилата за нивно функционирање. Во ваква ситуација треба да се направи баланс помеѓу потребата да се заштитат интересите на сите државотворни народи, од една страна, и потребата за ефективна влада, од друга. Меѓутоа, во Уставот на Босна и Херцеговина има многу одредби за заштита на интересите на државотворните народи, меѓу кои и: ветото на витален интерес во Парламентарното собрание, дводомниот систем и колективното претседателство врз етничка основа. Поради комбинираниот ефект на овие одредби, формирањето ефективна влада е тежок, ако не и невозможен процес. Досега, системот функционираше благодарение на значајната улога на Високиот претставник. Меѓутоа, неговата улога е неодржлива.

Ветото на витален интерес

30. Најважниот механизам, кој го спречува носењето на одлуки против интересите на некој од државотворните народи, е ветото на витален интерес. Ако мнозинството бошњачки, хрватски или српски делегати во Народниот дом изјават дека предложената одлука во Парламентарното собрание е деструктивна за некој национален витален интерес, мнозинството од бошњачките, српските или хрватските делегати ќе треба да гласаат да се усвои ветото. Мнозинството делегати од другиот народ може да се противат на повикувањето на вето. Во ваков случај предвидена е постапка на помирување и на крај се донесува одлука од Уставниот суд за процедуралната регуларност на повикувањето. Важно е да се спомне дека Уставот не го дефинира поимот на ветото на национален витален интерес, за разлика од уставите на ентитетите кои даваат (исклучително широка) дефиниција.

31. Очигледно е, и тоа беше потврдено од многу соговорници, дека ваквата постапка може сериозно да го блокира процесот на донесување одлуки. Други сметаат дека ваквиот ризик не треба да се преувеличува бидејќи постапката ретко се употребува и Уставниот суд, во одлука од 25 јуни 2004 г., почнал да го толкува нејзиното значење [види одлука U-8/04 за вето на национален витален интерес против Рамковниот закон за високо образование]. Одлуката навистина посочува дека Судот не смета дека виталниот интерес е чисто субјективно сфаќање на секој член во парламентот, кое не подлежи на ревизија од страна на Судот. Напротив, Судот ги разгледал предложените аргументи со кои се оправдува употребата на ветото на национален витален интерес, при што усвоил еден аргумент, а одбил друг.

32. Сепак, Комисијата е на мислење дека во Уставот треба да биде содржана прецизна и стриктна дефиниција на виталниот интерес. Главниот проблем со овластувањата за вето не е нивната употреба, туку нивниот превентивен ефект. Бидејќи сите инволвирани политичари се целосно свесни за постоењето на можноста за вето, прашање за кое може да се стави вето нема воопшто ни да се става на гласање. Поради постоењето на вето, делегацијата со особено цврста позиција која одбива да направи компромис, ќе има силна позиција. Понатамошната судска пракса на Уставниот суд може да даде дефиниција за виталниот интерес и да го намали ризикот од употребата на овој механизам. Меѓутоа, за ова може да биде потребно долго време и се чини несоодветно да се остава ваква задача со сериозни политички импликации само на Судот, без да му се овозможи рамковно толкување во Уставот.

33. Со оглед на актуелните околности во Босна и Херцеговина, се чини нереално да се бара комплетно укинување на ветото на витален интерес. Сепак, Комисијата смета дека би било важно итно да се даде јасна дефиниција за виталниот интерес во текстот на Уставот. Таквата дефиниција ќе треба да биде поддржана од претставниците на сите три државотворни народи, но не треба да кореспондира со сегашната дефиниција во уставите на ентитетите која практично дозволува сè да се дефинира како витален интерес. Дефиницијата не треба да биде премногу широка, туку треба да се фокусира на правата кои се битни за конкретниот народ, главно во областите како што се јазикот, образованието и културата.

Вето на ентитетите

34. Покрај ветото на витален интерес, Член IV, став 3, точка (д) од Уставот дава можност за вето со двотретинско мнозинство од делегацијата на кој било ентитет. Ова вето, кое во пракса би било релевантно само за Република Српска, се чини одвишно, со оглед на постоењето на ветото на витален интерес.

Дводомен систем

35. Член IV од Уставот определува дводомен систем со Претставнички дом и Народен дом, при што двата дома имаат овластувања со иста моќ. Дводомните системи се карактеристични за федералните држави и затоа не е чудно што Уставот на Босна и Херцеговина се одлучил за два дома. Сепак, вообичаената улога на вториот дом во федералните држави е да обезбеди поголема застапеност на помалите ентитети. Еден дом е составен врз основа на статистички бројки за населението, додека во другиот или сите ентитети имаат ист број на места (Швајцарија, САД) или барем помалите ентитети се премногу застапени (Германија). Во Босна и Херцеговина ова е сосема различно: во двата дома две третини од членовите доаѓаат од Федерацијата Босна и Херцеговина, со таа разлика што, во Народниот дом се застапени само Бошњаци и Хрватите од Федерацијата и Србите од Република Српска. Така, Народниот дом не е одраз на федералниот карактер на државата, туку е дополнителен механизам кој ги фаворизира интересите на државотворните народи. Главната функција на Народниот дом, според Уставот, е да биде дом каде што ќе се користи правото на вето на витален интерес.

36. Недостатокот на ваквата поставеност е што Претставничкиот дом постанува законодавен дом каде што се прават неопходни компромиси со цел да се постигне мнозинство. Улогата на Народниот дом е негативна само во смисла на ветото, при што членовите сметаат дека нивна задача е само да ги бранат интересите на својот народ,

без да придонесуваат кон успехот на законодавниот процес. Така, се чини умесно, да се префрли можноста за користење на правото на витален интерес во Претставничкиот дом и да се укине Народниот дом. Ова би ги забрзало постапките и би овозможило усвојување на закони без да се зафаќа во легитимните интереси на кој било народ. Тоа, исто така, би ги решило проблемите на дискриминаторниот состав на Народниот дом.

Колективното претседателство

37. Член V од Уставот определува колективно претседателство со еден Бошњак, еден Србин и еден Хрват, и претседавач кој ротира. Претседателството се стреми да ги донесува одлуките со консензус (Член V, став 2 (с)). Во случај на одлука донесена од мнозинството, може да се употреби ветото на витален интерес од страна на некој член на малцинството.

38. Колективното претседателство е крајно невообичаена пракса. Репрезентативните функции на шефот на државата обично се вршат од едно лице. На врвот на извршната власт веќе има едно колегијално тело - Советот на министри и додавањето на второ колегијално тело се чини неповолно за ефективното донесување одлуки. Ова носи ризик од дуплирање на процесите на одлучување и станува тешко да се разликуваат овластувањата на Советот на министри и на Претседателството. Згора на тоа, Претседателството или нема да го има потребното техничко знаење кое го имаат министрите или ќе има потреба од стручни лица, со што ќе се создаде уште еден слој на бирократија.

39. Оттаму, колективното претседателство се чини како нефункционален, односно неефикасен модел. Во случајот на Босна и Херцеговина, неговото постоење се чини дека е резултат на потребата да се обезбеди учество на претставниците на сите државотворни народи во донесувањето на сите важни одлуки. Тешко е да се замисли само еден претседател со битни овластувања во Босна и Херцеговина.

40. Најдобро решение би било извршната власт да се концентрира во Советот на министри, како колегијално тело во кое се застапени сите државотворни народи. Само тогаш би бил прифатлив единствен шеф на државата. Со оглед на мултиетничкиот карактер на државата, индиректен избор на претседателот од страна на Парламентарното собрание со мнозинство, со кое се обезбедува дека претседателот ужива широка доверба кај сите луѓе, би била подобра алтернатива отколку директни избори. Може да се вметнат правила за ротација, според кои новоизбраниот претседател не смее да припаѓа на истиот државотворен народ како и неговиот претходник.

...

74. Во предметниот случај, распределбата на позиции во државните органи меѓу државотворните народи беше централен елемент на Дејтонскиот договор, кој го овозможи мирот во Босна и Херцеговина. Во ваков контекст тешко е да се негира легитимитетот на нормите кои можеби се проблематични од гледна точка на недискриминација, но се неопходни да се постигне мирот и стабилноста и да се одбегне понатамошно губење на човечки животи. Вклучувањето на такви правила во текстот на Уставот на [Босна и Херцеговина] во тоа време не може да се критикува, иако таквите правила се спротивни на општата определба на Уставот за антидискриминација.

75. Меѓутоа, ваквото оправдување треба да се разгледа во контекст на настаните во Босна и Херцеговина, откако Уставот стапи на сила. Имено, Босна и Херцеговина стана член на Советот на Европа, така што земјата сега ќе се оценува согласно европските стандарди. Сега веќе се ратификувани [Европската конвенција за човекови права] и соодветниот Протокол бр. 12. Како што беше погоре наведено, ситуацијата во Босна и Херцеговина еволуираше во позитивна смисла, но сè уште остануваат околности за кои е потребен политички систем, кој не само што ќе ја отсликува волјата на мнозинството туку и ќе гарантира распределба на власта и функциите помеѓу етничките групи. Оттаму, легитимно е да се изнајдат изборни правила со кои ќе се обезбеди соодветна застапеност на различните групи.

76. Ова може да биде постигнато без да се влегува во конфликт со меѓународните стандарди. Системот на консензуална демократија не е толку проблематичен, колку што е мешањето на територијалните и етничките критериуми, како и очигледната ограниченост на некои политички права на ранливите групи. Се чини дека правилата на Претседателството може да се изменат заради усогласување со меѓународните стандарди и одржување на политичката рамнотежа во земјата.

77. Мултиетнички состав може да се добие на недискриминирачки начин, на пр. преку обезбедување најмногу еден член на Претседателството да може да припаѓа на истиот народ или на „другите“, во комбинација со

изборниот систем кој обезбедува застапеност на двата ентитета. Или, како што е предложено погоре, како порадикално решение кое би било поприватливо за Комисијата, да се укине колективното претседателство и да се замени со индиректно избран претседател со многу ограничени овластувања.

....

80. Народниот дом има комплетна законодавна моќ, така што овде е применлив Член 3 од Протоколот бр. 1 од [Европската конвенција за човекови права] и се забранува секоја дискриминација врз основа на националност со Член 14 од [Конвенцијата]. Што се однесува до оправдувањата, тука важат истите забелешки како и кај Претседателството. Додека обидот да се обезбеди етнички баланс во Парламентот е легитимен од гледна точка на мирот и стабилноста, етничката дискриминација може да се оправда само ако нема други мерки да се постигне оваа цел и ако правата на малцинствата соодветно се почитуваат. На пример, во Народниот дом би можело да се определи максималниот број на места за претставниците на секој државотворен народ. Или, како што беше изложено погоре, да се одбере порадикално, но за Комисијата поприватливо решение, односно Народниот дом да се укине, а механизмот за виталните национални интереси да се користи во рамките на Претставничкиот дом.

Мислењето за различните предлози за избор на Претседателството на Босна и Херцеговина (CDL-AD(2006)004 од 20 март 2006 г.) во односниот дел, наведува:

„1. Со писмо од 2 март 2006 г. претседавачот на Претседателството на Босна и Херцеговина, г. Сулејман Тихиќ, побара од Венецијанската комисија да даде Мислење за три различни предлози за избор на Претседателството на оваа земја. Ова барање беше направено во рамки на преговорите за уставната реформа меѓу главните политички партии во Босна и Херцеговина. Прашањето за избор на Претседателството останува да биде решено со цел да се постигне договор за поширок пакет на реформи.

...

Коментари на првиот предлог

8. Првиот предлог би се состоел во задржување на постоечките правила за избор и составот на Претседателството, со еден Бошњак и еден Хрват избрани од територијата на Федерацијата и еден Србин избран од територијата на Република Српска. Во своето [Мислење за уставната ситуација во Босна и Херцеговина и овластувањата на Високиот претставник] Комисијата даде сериозни забелешки за усогласеноста на Протоколот бр. 12 со Европската конвенција за човекови права во врска со правилото кое формално ги исклучува ‘другите’, како и Бошњаци и Хрватите од Република Српска и Србите од Федерацијата, да бидат избрани во Претседателството. Ваквото правило би требало да се исклучи и првиот предлог да се отфрли.

Коментари на вториот предлог

9. Вториот предлог, кој не е напишан како текст кој би се вметнал во Уставот туку како краток преглед на можната уставна содржина, го поддржува системот на директно избирање на два члена на Претседателството од Федерацијата и еден член од Република Српска, без да поставува какви било етнички критериуми за кандидатите. Така дискриминацијата де јуре истакната во Мислењето на Венецијанската комисија би се отстранила и усвојувањето на овој предлог би значел чекор напред. Предлогот исто така содржи ротација на претседателот на Претседателството секои 16 месеци. Согласно логиката на колективното претседателство, ова изгледа како разумно решение.

10. Предлогот не е доволно јасен во врска со мултиетничкиот состав на Претседателството. Колективното претседателство беше воведено, и најверојатно ќе се задржи како такво, со цел да се спречи доминација на еден од државотворните народи во некој од државните органи. На пример, според предлогот, би било возможно да се изберат двајца Бошњаци од Федерацијата во Претседателството. Законски, ваквиот недостаток може да се поправи со ограничување на бројот на членовите на Претседателството од истиот државотворен народ или од некоја друга група најмногу на еден. Комисијата смета дека постои намера да се воведат таква одредба во Уставот, во случај да се усвои предлогот.

11. Сепак, може да се јави проблем кога од Претседателството ќе треба да се исклучат кандидатите кои освоиле поголем број гласови. Во Федерацијата можно е двајца Бошњаци да добијат најголем број од гласовите. Во ваков случај, кандидатот кој освоил повеќе гласови би требало да биде исклучен од Претседателството, во корист на кандидатот кој освоил помалку гласови. Овие прашања треба јасно да бидат регулирани со Уставот, а не со закон.

12. Како дополнителен недостаток, Бошњаците и Хрватите од Република Српска и Србите од Федерацијата de facto и понатаму не би биле во можност да избираат кандидат по нивен избор.

13. Понатаму, изборот на шеф на државата и понатаму би се одржувал на ниво на ентитетите, иако би било пожелно да се премести на државно ниво, како дел од генералниот пристап за зајакнување на државата.

14. Како помал проблем, предлогот исто така би им овозможил на членовите на Претседателството да бидат лидери на политичка партија. Ова се чини дека не е во линија со генералната цел на уставната реформа за трансформирање на Претседателството од извршно тело во (колективен) шеф на државата.

15. Може да се заклучи дека вториот предлог е јасно подобрување во однос на сегашната уставна ситуација. Сепак, има неколку недостатоци, вклучувајќи го и ризикот од избор на кандидати кои добиле помалку гласови од другите, како и тоа дека не допринесува кон општите цели на уставната реформа за префрлање на моќта врз Советот на министри и зајакнувањето на државата.

Предлог бр. 3

16. Третиот предлог повеќе отстапува од сегашната уставна ситуација преку воведување на сложена постапка за индиректни избори за Претседателството. Како што беше наведено погоре, Комисијата претпочита индиректни избори на еден претседател, со намалени овластувања. Но, и во случајот на колективното претседателство, Комисијата претпочита индиректни избори.

17. Причината е, пред сè, што една од главните цели на уставната реформа би била да се намалат овластувањата на Претседателството и извршната власт да се концентрира во Советот на министри. Оваа промена ќе биде потешко да се воведи доколку Претседателство биде избрано преку директно гласање од народот.

18. Понатаму, индиректните избори полесно овозможуваат механизми за добивање на посакуваниот мултиетнички состав на Претседателството. Тие нудат повеќе можности за меѓуетничка соработка и компромис, додека директните избори за de facto одделни етнички места, поттикнуваат гласање за лицето кое се смета за најсилниот застапник на соодветниот државотворен народ, а не за кандидатот кој најдобро би ги заштитувал интересите на земјата во целост.

19. Конечно, предлогот ги префрла изборите во државниот парламент. Тоа би било пожелно и секако во согласност со генералната цел за зајакнување на државата преку избирање претседател на ова ниво.

20. Од гледна точка на генералниот пристап, предлогот бр. 3 се чини најпожелен. Сепак, и тој има некои недостатоци.

21. Пред сè, предлогот е сложен, со премногу чекори и можности за блокада. Кандидатурите може да се предложат од членовите на Претставничкиот дом или од Народниот дом. Селекцијата на кандидати се одвива од страна на три етнички клуба во Народниот дом, при што изборот на кандидати треба да биде потврден и од трите клуба во Народниот дом, како и од Претставничкиот дом.

22. Во рамките на предлогот, пожелно е да се има поедноставена постапка, која се фокусира на Претставничкиот дом како тело што има директен демократски легитимитет, кој целосно произлегува од луѓето. Можноста да се предлагаат кандидати треба да биде резервирана за членовите на Претставничкиот дом. Селекцијата меѓу овие кандидати треба да се одвива во трите одделни етнички клуба од Народниот дом, со цел да се обезбеди почитување на интересите на трите државотворни народи, додека листата на кандидати би требало да биде потврдена од страна на мнозинството во Претставничкиот дом, при што сите три члена ќе имаат легитимитет како претставници на сите луѓе во Босна и Херцеговина.

23. Покрај тоа, треба да се разјасни како ќе се распределат позициите на претседателот и потпретседателите. Предлогот бр.3 им ја остава оваа важна одлука на трите етнички клуба, бидејќи листата на кандидати за претседател и потпретседатели треба да биде доставена до Претставничкиот дом, иако не посочува како ќе биде направен таквиот избор. Ова се чини како најлошо сценарио, кое најверојатно ќе води кон блокада. Ротацијата предвидена со предлогот бр. 2 се чини пореална.

24. Постојат и други аспекти во предлогот бр. 3 кои не се во согласност со ставот на Венецијанската комисија. Во горенаведеното Мислење, Комисијата се залага за укинување на Народниот дом, така што ополномоштувањето на

Народниот дом во одбирањето на Претседателството не може да се смета за позитивен чекор. Улогата на етничките клубови значително го отежнува избирањето на кандидати кои не припаѓаат на државотворен народ. Ова, меѓутоа, не е карактеристично само за овој предлог, туку е одраз на политичката ситуација. Предлогот барем обезбедува дека претставниците на „другите“ во Претставничкиот дом ќе учествуваат во гласањето и дека Србите од Федерацијата и Бошњациите и Хрватите од Република Српска веќе нема да бидат обесправени, бидејќи нивните претставници во државниот парламент ќе можат да гласаат за кандидати по свој избор.

25. Дури и во рамките на колективно Претседателство може да се изнајдат добри решенија за индиректни избори. На пример, во Претставничкиот дом, листа од тројца кандидати кои не се од истиот државотворен народ или од друга група, може да бидат номинирани и може да се избира помеѓу нив. Но, ова би бил друг предлог, а не амандман на предлогот бр. 3.

26. Да резимираме, дури и предлогот бр.3 е јасно подобрување во однос на сегашната ситуација. Со негова адаптација, согласно сугерираното во ставовите 22 и 23, би се дошло до добро (иако не идеално) решение за првата фаза од уставната реформа.

Заклучоци

27. Конечно, Комисијата позитивно го оценува фактот што политичките партии на Босна и Херцеговина се обидоа да усвојат поширока уставна реформа пред претстоечките избори во октомври 2006 г. Комисијата смета дека усвоената реформа во оваа фаза може да има само преоден карактер кон поширока реформа на земјата којашто очигледно ѝ е потребна.

28. Што се однесува до трите предлози поднесени до Комисијата, прифаќањето на првиот предлог може да се смета само за неуспех на уставната реформа по однос на ова прашање и не треба да се зема предвид. Спротивно, предлогот бр. 2 и предлогот бр. 3, доколку се дополнат и изменат, би се сметале, во сегашната фаза, за важен исчекор, но во никој случај за идеални решенија.

29. Помеѓу предлогот бр. 2 и предлогот бр. 3 Комисијата – не без колебање – би му дала предност на предлогот бр. 3, под услов да се вметнат измените означени погоре. Индиректните избори, согласно целта на уставната реформа за намалување на овластувањата на претседателството, овозможуваат негов урамнотежен состав, со што би се оправдало постоењето на оваа необична институција. Предлогот исто така ги префрла изборите на државно ниво, согласно генералната цел за зајакнување на државата Босна и Херцеговина. Сепак, не треба да се заборава крајната цел на уставната реформа во оваа област: да се добие еден претседател, избран на начин што ќе му/ѝ обезбеди поширока доверба и надвор од етничката група на која што припаѓа.”

Релевантниот дел од ова Мислење за предлог-амандманите на Уставот на Босна и Херцеговина (CDL-AD(2006)019 од 12 јуни 2006г.) го наведува следново:

„1. Со писмо од 21 март 2006 г., председавачот на Претседателството на Босна и Херцеговина, г. Сулејман Тихиќ, побара од Венецијанската комисија Мислење за текстот на договорот во врска со модалитетите на првата фаза на уставната реформа, која беше усвоена од страна на лидерите на политичките партии во Босна и Херцеговина, на 18 март 2006 г. Бидејќи уставната реформа треба итно да се усвои, со цел да биде земена предвид на парламентарните избори закажани за октомври 2006 г., тој изрази желба да го добие Мислењето на Венецијанската комисија ‘наскоро’.

...

Амандман II на Член IV од Уставот во врска со Парламентарното собрание

...

22. Главната цел на амандманот е да се прејде од дводомен систем со два еднакви дома кон нов систем каде Народниот дом...би имал само ограничени овластувања, меѓу кои главно ќе биде ветото на витални национални интереси. Новата структура на членот, систематски поставувајќи го Претставничкиот дом... за прв, ја одразува оваа цел. Реформата би била чекор напред кон насоката дадена од препораката на Венецијанската комисија да се укине [Народниот дом] и да се рационализира донесувањето одлуки во државните институции.

...

24. Со ставот (д), бројот на членови во [Народниот дом] ќе се зголеми од 15 на 21. Причината за зголемувањето на членството во овој Дом не е јасна, бидејќи неговите овластувања се значително намалени. Сепак, ова прашање е целосно во надлежност на државните власти. Ако тие сметаат дека таквото зголемување е потребно за Домот соодветно да го рефлектира политичкиот спектар, тогаш ваквото решение се чини оправдано.

25. Попроблематично е што според став (д) членството во Домот останува ограничено на лица кои припаѓаат на еден од трите државотворни народи. Во Мислењето [за уставната ситуација во Босна и Херцеговина и овластувањата на Високиот претставник] Венецијанската комисија забележа дека претходниот, сличен состав на овој Дом беше спротивен на Член 14 од [Европската конвенција за човекови права] во врска со Член 3 од [Протоколот бр. 1].

26. Согласно реформата, Народниот дом повеќе не би бил целосно законодавен дом, туку тело кое главно се занимава со ветото на витални национални интереси. Оттаму, се чини дискутабилно дали Член 3 од [Протоколот бр. 1] и следствено Член 14 од [Конвенцијата] се уште би биле применливи. Сепак, проблемот на компатибилноста на оваа одредба со Протоколот бр. 12 [со Конвенцијата] останува. Поради непостоење на судска практика во врска со овој Протокол, тој може да се протолкува само претпазливо...

27. Во предметниов случај, легитимната цел може да се види во главната улога на Домот како тело во кое може да се користи ветото на витални национални интереси. Уставот [на Босна и Херцеговина] го резервира правото на користење на ова вето за трите државотворни народи и не го дава на другите. Од таа гледна точка, се чини како да не се бара другите да влезат во составот на Домот. Другите должности на Домот, да учествува во изборот на Претседателството и да ги одобрува уставните амандмани – иако не без критики –, не водат кон поинаков резултат. Тие укажуваат дека функцијата [на Домот] е да биде корективен механизам кој обезбедува примената на демократското начело што се одразува во составот на [Претставничкиот дом] да не ја нарушува рамнотежата помеѓу трите државотворни народи. Се чини дека сè уште се чувствува потреба од таков механизам [во Босна и Херцеговина]. Во тој случај, ваквата потреба може да се смета за легитимна цел, оправдувајќи го нееднаквиот третман на другите во смисла на застапеноста во [Народниот дом].

...

Амандман III на Член V од Уставот за Претседателството

43. Главната цел на амандманите е да се зајакнат овластувањата на Советот на министри, да се зголеми неговата ефикасност и да се редуцира улогата на Претседателството. Ова е целосно во согласност со Мислењето [за уставната ситуација во Босна и Херцеговина и овластувањата на Високиот претставник] на Венецијанската Комисија. Покрај тоа, Комисијата се залага за еден претседател, наместо колективно Претседателство. Ова сепак се чини политички невозможно во моментот иако Амандманот III го прави првиот чекор во оваа насока.

46. Венецијанската комисија го усвои Мислењето за трите алтернативни предлози за избор на Претседателство на својата последна седница (CDL-AD(2006)004). Во моментот би било бескорисно повторно да се отвори ова прашање. Сепак загрижува непостоењето на механизам со кој ќе се амортизира застојот кога [Претставничкиот дом] ќе одбие да го потврди предлогот на [Народниот дом].

...”

23. Европската комисија против расизмот и нетолеранцијата - ЕКРИ (ECRI) е независно тело на Советот на Европа за следење на човековите права кое е специјализирано за борба со расизмот, расната дискриминација, ксенофобијата, анти-семитизмот и нетолеранцијата. Во Препораката за општата политика бр. 7, усвоена на 13 декември 2002 г., ЕКРИ го дефинира расизмот како „верување дека основ како раса⁷, боја, јазик, религија, националност или национално или етничко потекло го оправдува презирот за лице или група од лица или мислењето за супериорноста на некое лица или група на лица“.

⁷ Бидејќи сите човечки суштества се од ист вид, ЕКРИ ги отфрла теориите кои заговараат постоење на различни „раси“. Меѓутоа, во оваа препорака, ЕКРИ го користи терминот со цел да обезбеди дека лицата кои обично погрешно се сметаат за припадници на „друга раса“ нема да бидат исклучени од заштитата која ја дава законот (фуснота во горенаведената препорака на ЕКРИ.)

Д. ОБСЕ

24. Во извештајот за парламентарните избори од 2006 година, Канцеларијата на ОБСЕ за демократски институции и човекови права, како главна институција во Европа за набљудување на избори, го оцени следново:

„Општите избори во Босна и Херцеговина, од 1 октомври, како први избори после потпишувањето на Дејтонскиот договор во 1995 г., беа целосно спроведени од страна на властите во Босна и Херцеговина. Спроведувањето на овие избори генерално беше во согласност со меѓународните стандарди за демократски избори, иако потребни се дополнителни напори во врска со броењето на гласовите. Генерално, изборите беа понатамошен напредок во зацврстувањето на демократијата и владеењето на правото. За жал, поради доделувањето на правото да се биде избран само на државотворните народи, изборите повторно го повредија Протоколот бр. 12 на Европската конвенција за човекови права (ECHR) и на заложбите на Советот на Европа, како и Член 7.3 од Копенхашкиот документ на ОБСЕ од 1990 г.“

Ѓ. Европската унија

25. Во 2008 година Босна и Херцеговина го потпишаа и ратификуваа Договорот за Стабилизација и Асоцијација со Европската унија и се обврзаа да ги разгледаат приоритетите на европското партнерство. Еден од клучните приоритети за Босна и Херцеговина, кој се очекува да биде исполнет за една до две години е, да се “измени изборното законодавство во врска со членовите на Претседателството на Босна и Херцеговина и делегатите во Народниот дом, со цел да се обезбеди целосно усогласување со Европската конвенција за човекови права и пост-пристапните обврски на Советот на Европа” (види Анекс на Одлуката на советот 2008/211/ЕС, од 18 февруари 2008 г. за принципите, приоритетите и условите содржани во европското партнерство со Босна и Херцеговина и Одлуката за укинување 2006/55/ЕС, Службен весник на Европската унија L 080 (19 март 2008 година)).

На 14 октомври 2009 година Европската комисија ја усвои својата годишна стратегија за политиката на проширување. На истиот датум беа објавени Извештаите за напредокот за 2009 година во кој Комисијата ги следи и оценува постигнувањата на секоја земја-кандидат и на потенцијалните кандидати (како Босна и Херцеговина) во текот на изминатата година.

ПРАВО

1. ПРВИЧНИТЕ НАВОДИ НА ЖАЛИТЕЛИТЕ

26. Жалителите ја оспорија нивната наводна неподобност да бидат избирани во Народниот дом и Претседателството, поради нивното ромско и еврејско потекло, што, според нив, претставува расна дискриминација. Тие се повикаа на член 14 од Конвенцијата, член 3 од Протоколот бр. 1 и член 1 од Протоколот бр. 12.

Член 14 од Конвенцијата наведува:

„Правата и слободите предвидени во Конвенцијата ќе се уживаат без дискриминација по која било основа и тоа, пол, раса, боја на кожа, јазик, религија, политичко или друго убедување, национално или социјално потекло, припадност на национално малцинство, имот, раѓање или друг статус“.

Член 3 од Протоколот бр. 1 наведува:

„Високите договори страни се обврзуваат да спроведуваат слободни избори, во разумни интервали, со тајно гласање, согласно условите кои ќе обезбедат слободно изразување на мислењето на луѓето при изборот на законодавното тело.“

Член 1 од Протоколот бр. 12 од Конвенцијата наведува:

„1. Уживањето на секое право предвидено со закон ќе се обезбедува без дис криминација на која било основа и тоа пол, раса, јазик, религија, политичко или друго убедување, национално или социјално потекло, припадност кон национално малцинство, имот, раѓање или друг статус.“

2. Никој не смее да биде дискриминиран од страна на јавен орган по која било основа наведена во став 1.”

А. Допуштеност

27. Иако тужената држава не покренала никаков приговор *ratione personae* во врска со надлежноста на Судот, ова прашање бара разгледување од Судот по службена должност.

1. Дали жалителите може да тврдат дека се „жртви“

28. Нагласено е дека за да може да се вложи жалба по основ на член 34 од Конвенцијата, лице, невалидна организација или група од поединци мора да бидат во можност да тврдат дека се жртви на повреда на правата предвидени со Конвенцијата. За да може тврди дека е жртва на повреда, лицето мора директно да биде засегнато од оспорената мерка. Така, Конвенцијата не предвидува покренување *actio popularis* за интерпретација на предвидените права, ниту пак им дозволува на поединци да се жалат на одредба од националното право само затоа што сметаат, без директно да бидат засегнати од неа, дека е во спротивност на Конвенцијата. Сепак, жалителите имаат право да тврдат дека законот ги повредува нивните права, поради непостоење на посебна мерка за имплементација, кога тие спаѓаат во категоријата лица кои се директно засегнати од законите или ако од нив се бара или да го изменат своето однесување или да се изложат на опасност од гонење (види *Burden* против Обединетото Кралство [GC], бр. 13378/05, ставови 33-34, ECHR 2008, и другите цитирани референци).

29. Во предметниот случај, со оглед на активното учество на жалителите во јавниот живот, сосема е логично да се очекува дека тие ќе се кандидираат во Народниот дом или во Претседателството. Оттука, жалителите може да тврдат дека се жртви на наводна дискриминација. Фактот што предметниот случај го покренува прашањето на компатибилност на националниот Устав со Конвенцијата, овде е ирелевантен. (види, по аналогија, *Rekvenyi* против Унгарија [GC], бр. 25390/94, ECHR 1999-III).

2. Дали тужената држава може да се смета за одговорна

30. Судот забележува дека Уставот на Босна и Херцеговина е анекс на меѓународен договор, односно на Дејтонскиот договор (види , одлука бр. 41183/02, ECHR 2005-XII). Овластувањето за измена на Уставот беше дадено на Парламентарното собрание на Босна и Херцеговина, кое, се разбира, е домашна институција (види став 15 погоре). Дополнително, практиката предвидена во став 17 погоре потврдува дека овластувањата на меѓународниот администратор за Босна и Херцеговина (Високиот претставник) не се однесуваат и на државниот Устав. Во такви околности, оставајќи го настрана прашањето дали засегнатата држава може да се смета за одговорна за изгласување на оспорените уставни одредби (види став 13 погоре), Судот сепак смета дека државата треба да се смета за одговорна заради нивното одржување на сила.

3. Заклучок

31. Судот ги прогласува првичните поплаки на жалителите за допуштени.

Б. Основаност

1. Аргументи на жалителите

32. И покрај тоа што се граѓани на Босна и Херцеговина, на жалителите со Уставот им се одбива правото да се кандидираат за избор во Народниот дом и во Претседателството поради нивната раса/националност (Судот ја смета етничката дискриминација за форма на расна дискриминација, во *Timishev* против Русија, бр. 55762/00 и 55974/00, став 56, ECHR 2005-XII). Жалителите поднесоа дека разликата во третманот заснована исклучиво на раса или националност е неоправдана и дека претставува директна дискриминација. Во овој контекст, тие се повикаа на судската практика на Судот (имено, *Timishev*, наведен погоре, став 58, и *D.H.* и другите против Република Чешка [GC], бр. 57325/00, став 176, ECHR 2007-IV) и на законите на Европската унија (како на пр. Директивата на Советот 2000/43/EC од 29 јуни 2000 г. – Директива за расата – имплементирајќи го принципот на еднаков третман помеѓу лицата без разлика на расно или етничко потекло, кој во член 2 под дефиницијата за индиректна дискриминација експлицитно ја содржи веројатноста за објективно оправдување на третманот, но не оставил таква можност во дефиницијата за директна дискриминација). Тие понатаму поднесоа дека ваквата неможност за оправдување е особено важна

во случај што се однесува на правото да се биде избран (тие се повикаа на Aziz против Кипар, бр. 69949/01, став 28, ECHR 2004-V).

33. Дури и под претпоставка дека оправдувањето е возможно, жалителите сметаат дека тужената Влада сепак тешко би дошла до објективно и разумно оправдување, со оглед на основите на жалбата (директна расна и етничка дискриминација) и областите на кои таа се однесува (политичко учество и претставување на највисоко државно ниво). Понатаму, времетраењето на таквото исклучување уште повеќе го зголемува товарот за тужената држава истото да го оправда (тие се повикаа на одлука на Комитетот за човекови права на Обединетите нации, од 8 април 1981 година, во предметот Silva и другите против Уругвај, став 8.4). Жалителите заклучија дека тужената влада не успеала да покаже дека разликата во третманот била оправдана во овој случај.

2. Поднесоците на владата

34. Владата се повика на предметот Ždanoka против Латвија ([GC], бр. 58278/00, ECHR 2006-IV), во кој Судот потврдил дека договорните страни уживале значителна слобода во утврдувањето на уставните правила за регулирање на парламентарните избори и составот на парламентот и дека релевантниот критериум може да се разликува зависно од историските и политичките фактори карактеристични за секоја држава. Актуелната уставна структура на Босна и Херцеговина беше утврдена со мировен договор, по завршувањето на еден од најдеструктивните конфликти во поновата европска историја. Договорот имаше за цел воспоставување на мир и дијалог помеѓу трите главни етнички групи („државотворните народи“). Владата смета дека оспорените уставни одредби, со кои, лицата кои не изјавиле припадност кон „државотворен народ“ се исклучуваат од избор во Народниот дом и Претседателството, треба да се оценуваат во горенаведениот контекст. Тие тврдеа дека сè уште не дошло времето за политички систем кој би бил едноставен одраз на правото на мнозинството (majority rule) особено со оглед на одличната позиционираност на националните политички партии и продолжената меѓународна администрација на Босна и Херцеговина.

35. Владата го повика Судот да не го поистоветува овој случај со предметот на Aziz (наведен погоре): додека на турските Кипарци, коишто живеат во областа контролирана од владата на Кипар, не им беше дозволено да гласаат воопшто на парламентарни избори, граѓаните на Босна и Херцеговина кои спаѓаат во групата на другите (како што се жалителите во овој случај) имаат право да се кандидираат на избори во Претставничкиот дом на Босна и Херцеговина и во законодавните тела на ентитетите. Тие заклучија дека разликата во третманот е оправдана во дадените околности.

3. Поднесоците од трети страни

36. Венецијанската Комисија, во своите поднесоци од 22 октомври 2008 година го застапуваше ставот дека уставните одредби оспорени во предметниот случај ја повредиле забраната за дискриминација. Овие поднесоци беа во согласност со Мислењата наведени во горенаведениот став 22.

37. Во своите поднесоци од 15 август 2008 година AIRE Центарот и Иницијативата за правда - отворено општество го застапуваа истиот став. Согласно анализите на правните системи на договорните страни, AIRE Центарот заклучи дека постои европски консензус според кој правото на поединецот да се кандидира за јавна функција може да се ограничи само како резултат на однесувањето на тоа лице, а не поради негови вродени или неотуѓиви карактеристики. Иницијативата за правда - отворено општество подвлече дека политичката партиципација е едно од правата и обврските со кои се одржува правната врска помеѓу граѓанинот и државата. Во повеќето правни системи, правата на граѓанинот на глас, да биде избран и да се кандидира за функција го дефинираат неговиот статус на државјанин на една држава, за разлика од странецот. Ограничувањето на овие права, особено врз сомнителните основи како раса и етничка националност, е не само дискриминаторно, туку и спротивно на значењето на државјанството. Покрај тоа што е право кое е поврзано со државјанството, политичката партиципација беше особено важна и суштинска за националните малцинства за надминување на нивната маргинализација и нивното вклучување во сите сфери на општеството, особено по етничкиот конфликт, кога правните разлики врз основа на националноста може да ги засилат тензиите, а не да придонесат за конструктивни и одржливи односи помеѓу сите националности, кои се суштински за една витална мултиетничка држава.

4. Оценка на Судот

(а) Во врска со Народниот дом на Босна и Херцеговина

38. Жалителите се повикаа на член 14 од Конвенцијата, во врска со член 3 од Протоколот бр. 1, член 3 од Протоколот бр. 1 земен одделно и член 1 од Протоколот бр. 12. Судот смета дека оваа жалба прво треба да се разгледа согласно првоспоменатите одредби.

(i) Применливост на член 14 од Конвенцијата во врска со член 3 од Протоколот бр. 1

39. Забележано е дека член 14 ги надополнува другите материјални одредби од Конвенцијата и нејзините протоколи. Членот не може да стои самостојно бидејќи се однесува само на „уживањето на правата и слободите“ кои се заштитени со тие одредби. Иако примената на член 14 не претпоставува повреда на тие одредби – и до овој степен е автономен –, тој не може да се примени, освен ако предметните факти не спаѓаат „во доменот“ на една или повеќе од тие одредби (види, меѓу другите референци, Abdulaziz, Cabales и Balkandali против Обединетото Кралство, 28 мај 1985 г., став 71, Серија А бр. 94; Петровиќ против Австрија, 27 март 1998 г., став 22, Извештаи за пресуди и одлуки 1998-II; и Sahin против Германија [GC], бр. 30943/96, став 85, ECHR 2003-VIII). Оттаму, забраната за дискриминација во Член 14 се однесува и на уживањето на правата и слободите кои ги гарантираат Конвенцијата и протоколите, како и на сите дополнителни права кои спаѓаат во генералниот домен на кој било член на Конвенцијата, на чие почитување државата доброволно се обврзала. Овој принцип е длабоко вкоренет во прецедентното право на Судот (види предмет „во врска со одредени аспекти на законите за употребата на јазиците во образованието во Белгија“ против Белгија (меритум), 23 јули 1968 г., став 9, Серија А бр. 6; Stec и другите против Обединетото Кралство (одлука) [GC], бр. 65731/01 и 65900/01, став 40, ECHR 2005-X; и E.V. против Франција [GC], бр. 43546/02, став 48, 22 јануари 2008 г.).

40. Оттаму, Судот мора да одлучи дали изборите во Народниот дом на Босна и Херцеговина спаѓаат во „доменот“ или „опфатот“ на член 3 од Протоколот бр.1. Во оваа смисла, утврдено е дека оваа одредба се однесува само на избори за „законодавното тело“, или барем на еден од неговите домови, ако има два или повеќе. Сепак, зборот „законодавец“ треба да се толкува согласно уставната структура на државите (види Matthews против Обединетото Кралство [GC], бр. 24833/94, став 40, ECHR 1999-I) и, особено, нејзините уставни традиции и опсегот на законодавните овластувања на домот што е во прашање. Понатаму, travaux préparatoires покажуваат (вол. VIII, стр. 46, 50 и 52) дека договорните страни ја зеле предвид специфичната положба на одредени парламенти кои се сочинети од неизборни домови. Така, член 3 од Протоколот бр. 1 беше внимателно напишан за да се избегнат термини кои би се протолкувале како апсолутна обврска за одржување на избори за двата дома, во секој дводомен систем. (види Mathieu-Mohin и Clerfayt против Белгија, 2 март 1987 г., став 53, Серија А бр. 113). Меѓутоа, јасно е и дека член 3 од Протоколот бр. 1 предвидува директни избори и за двата дома од парламентот.

41. Што се однесува до Народниот дом на Босна и Херцеговина, Судот забележува дека тој се составува по пат на индиректни избори, при што неговите членови се назначуваат од законодавните тела на ентитетите. Судот уште забележува дека овде одлучувачки фактор е степенот на законодавните овластувања кои тој ги ужива. Народниот дом навистина ужива широки овластувања во донесувањето на законите: член IV, став 3, точка (с) од Уставот конкретно наведува дека ниту еден закон не може да биде усвоен без одобрение на двата дома. Понатаму, Народниот дом, заедно со Претставничкиот дом, одлучува за изворите и количеството на приходи потребни за извршување на должностите на државните институции и меѓународните обврски на Босна и Херцеговина и одобрува буџет за државните институции (види Член IV, став 4, точки (б)-(с) од Уставот). Неговата согласност е потребна и пред ратификација на договорите (види членови IV, став 4, точка (д) и V, став 3, точка (д) од Уставот). Значи, изборите за Народниот дом спаѓаат во доменот на член 3 од Протоколот бр. 1.

Следствено на тоа, членот 14, читан заедно со член 3 од Протоколот бр. 1, е применлив.

(ii) Усогласеност со член 14 во врска со член 3 од Протоколот бр. 1

42. Судот потврдува дека дискриминацијата означува различен третман, без цел и разумна оправданост, на лица во слични ситуации. „Без цел и разумна оправданост“ значи дека конкретната разлика во третманот не оди во прилог на „легитимна цел“ или дека нема „логична и пропорционална врска помеѓу употребените средства и планираната цел“ (види, меѓу другите референци, Andrejeva против Латвија [GC], бр. 55707/00, став 81, ECHR 2009). Слободата во оценувањето на договорната страна

во оваа сфера ќе варира зависно од околностите, предметот и историјатот (ibid., став 82).

43. Етничката припадност и расата се поврзани концепти. Додека сфаќањето за расата е вкоренето во идејата за биолошка класификација на луѓето во подгрупи, врз основа на морфолошки одлики, како што е бојата на кожата или цртите на лицето, етничката припадност води потекло од идејата за општествени групи кои имаат заедничко државјанство, вероисповед, заеднички јазик, култура, обичаи и историја. Дискриминацијата врз основа на етничкото потекло на едно лице е форма на расна дискриминација (види ја дефиницијата усвоена од страна на Меѓународната конвенција за елиминација на сите форми на расна дискриминација во став 19 погоре, и дефиницијата усвоена од Европската комисија против расизмот и нетолеранцијата, во горенаведениот став 23). Расната дискриминација е особено изразит вид на дискриминација со опасни последици, која од властите бара особено внимание и силна реакција за нејзино сузбивање. За оваа цел, властите мора да ги користат сите расположливи средства за борба против расизмот, со цел да ја зајакнат демократската визија за општеството, во кое на разликоста не се гледа како на закана, туку како на богатство (види Nachova и другите против Бугарија [GC], бр. 43577/98 и 43579/98, став 145, ECHR 2005-VII, и Timishev, наведен погоре, став 56).

44. Во овој контекст, кога се работи за различен третман врз основа на раса или националност, објективното и разумно оправдување мора да се толкува колку што е можно порестриктивно (види горенаведениот D.H. и други, став 196). Судот исто така е на мислење дека ниту една разлика во третманот која исклучиво или во значителен степен се заснова на етничкото потекло на лицето, не може да биде објективно оправдана во современото демократско општество, изградено врз принципите на плурализам и почитување на различните култури (ibid., став 176). Согласно тоа, член 14 не им забранува на земјите потписнички различно да ги третираат групите со цел да се исправат „фактичките нееднаквости“ меѓу нив. Во одредени околности, неуспешниот обид да се исправи нееднаквоста преку различен третман може, без соодветна цел и разумно оправдување, да поттикне повреда на тој член (види предметот „што се однесува на одредени аспекти на законите за употреба на јазиците во образованието во Белгија“, наведено погоре, став 10; Thlimmenos против Грција [GC], бр. 34369/97, став 44, ECHR 2000-IV; и D.H. и други, наведени погоре, став 175).

45. Врќајќи се на предметниот случај, Судот забележува дека правото на избор на едно лице во Народниот дом на Босна и Херцеговина, зависи од тоа дали лицето има припадност на некој „државотворен народ“. Жалителите, кои самите се опишуваат како припадници на ромската и еврејската националност и кои не сакаат да изјават припадност кон „државотворен народ“, се следствено, исклучени (види став 11 погоре). Судот забележува дека ваквото правило на исклучување имало барем една цел, која е генерално компатибилна со општите цели на Конвенцијата (содржани во Преамбулата на Конвенцијата), имено повторното воспоставување на мирот. Оспорените уставни одредби биле утврдени во време на кревок прекин на огнот и имале за цел да го окончаат бруталниот конфликт, кој беше одбележан со геноцид и „етничко чистење“. Природата на конфликтот беше таква што одобрувањето од „државотворните народи“ (имено, Бошњаци, Хрватите и Србите) беше неопходно за да се обезбеди мирот. Ова може да го објасни, но не и да го оправда, отсуството на претставници на други заедници (како што се локалните ромски и еврејски заедници) на мировните преговори, и прекупацијата на учесниците со ефективна еднаквост помеѓу „државотворните народи“ во пост-конфликтното општество.

46. Сепак, Судот е надлежен само *ratione temporis* да го испита овој период, по ратификацијата на Конвенцијата и нејзиниот Протокол бр. 1 од страна на Босна и Херцеговина. Судот не мора да одлучи дали придржувањето до оспорените уставни одредби и по ратификацијата на Конвенцијата има „легитимна цел“, бидејќи поради причините наведени подолу, одржувањето на системот во никој случај не го задоволува барањето на пропорционалност.

47. За почеток, Судот забележува значаен, позитивен развој во Босна и Херцеговина по потпишувањето на Дејтонскиот договор. Точно е дека развојот не беше секогаш конзистентен и сè уште има проблеми (види на пр., последниот Извештај за напредокот на Босна и Херцеговина како потенцијален кандидат за членство во Европската унија, подготвен од Европската комисија и објавен на 14 октомври 2009 г., SEC(2009)1338). Сепак, во 2005 година поранешните страни на конфликтот ја предадоа својата контрола врз вооружените сили и истите ги трансформираа во мала, професионална војска; во 2006 година Босна и Херцеговина стана член на НАТО - Партнерството за мир; во 2008 година беше потпишан и ратификуван Договорот за стабилизација и асоцијација со Европската унија; во

март 2009 г. за прв пат беше успешно изменет државниот Устав; и неодамна, Босна и Херцеговина беше избрана за членка на Советот за безбедност на Обединетите нации, со двогодишен мандат, започнувајќи на 1 јануари 2010 година. Понатаму, додека задржувањето на меѓународната администрација, како мерка спроведување, под Член VII од Повелбата на Обединетите нации, имплицира дека ситуацијата во регионот сè уште претставува „закана за меѓународниот мир и безбедноста“, се чини дека во тек се подготовките за затворање на таквата администрација (види заеднички извештај на Хавиер Солана [Javier Solana], Високиот претставник на Европската унија за заедничка меѓународна и безбедносна политика и Оли Рен, Комесар на Европската унија за проширување, за „Политиката на ЕУ во Босна и Херцеговина“ [The Way Ahead] од 10 ноември 2008 г., и извештајот на Меѓународната група за кризи за „некомплетната транзиција на Босна: [Between Dayton and Europe] од 9 март 2009г.).

48. Понатаму, додека Судот се согласува со Владата дека согласно Конвенцијата не постои барање комплетно да се напуштат механизмите за поделба на власта карактеристични за Босна и Херцеговина и дека сè уште не созрело времето за политички систем кој би бил едноставен одраз на владеењето на мнозинството, Мислењата на Венецијанската комисија (види став 22 погоре) јасно укажуваат дека постојат механизми на поделба на власта кои не водат автоматски до целосно исклучување на претставниците на другите заедници. Во врска со ова, забележано е дека можноста за алтернативни средства за постигнување на истата цел е важен фактор во оваа сфера (види Glor против Швајцарија, бр. 13444/04, став 94, ECHR 2009).

49. На крај, преку зачленувањето во Советот на Европа во 2002 г. и преку безрезервното ратификување на Конвенцијата и соодветните протоколи, тужената држава доброволно се согласила да ги постигне релевантните стандарди. Посебно се обврзала „во рок од една година, да го преиспита изборното законодавство, со помош на Европската комисија за демократија преку правото (Венецијанската комисија), од аспект на стандардите на Советот на Европа, и евентуално да ги ревидира потребните делови“ (види став 21 погоре). Исто така, преку ратификување на Договорот за стабилизација и асоцијација со Европската унија во 2008 г., тужената држава се обврза на „изменување на изборното законодавство во однос на членовите на Претседателството на Босна и Херцеговина и Народниот дом заради целосно усогласување со Европската конвенција за човекови права и пост-пристапните обврски на Советот на Европа“ во рок од една до две години (види став 25 погоре).

50. Така, Судот заклучува дека континуираната неподобност на жалителите да бидат избирани во Народниот дом на Босна и Херцеговина нема објективно и разумно оправдување, со што се извршила повреда на член 14, во врска со член 3 од Протоколот бр. 1.

(iii) Жалбени наводи по член 3 од Протоколот бр. 1 земен одделно или и во врска со член 1 од Протоколот бр. 12

51. Со оглед на наоѓањето во претходниот став, Судот смета дека не е неопходно одделно да се испита дали имало повреда и на член 3 од Протоколот бр. 1, земен одделно или заедно со член 1 од Протоколот бр. 12 што се однесува на Народниот дом.

(б) Во врска со Претседателството на Босна и Херцеговина

52. Жалителите се повикаа само на член 1 од Протоколот бр. 12.

(i) Применливост на член 1 од Протоколот бр. 12

53. Судот наведува дека додека член 14 од Конвенцијата забранува дискриминација во уживањето на „правата и слободите наведени во Конвенцијата“, член 1 од Протоколот бр. 12 го проширува опфатот на заштитата на „секое право определено со закон“. На тој начин воведува општа забрана за дискриминација.

54. Жалителите ги оспорија уставните одредби кои им го ограничуваат правото да бидат избирани во Претседателството на Босна и Херцеговина. Оттаму, без разлика дали изборите за Претседателството спаѓаат во опфатот на член 3 од Протоколот бр. 1, (види Бошковски против „поранешна Југословенска Република Македонија“ (одлука), бр. 11676/04, ECHR 2004-VI), оваа жалба се однесува на „правото предвидено со закон“ (види делови 1.4 и 4.19 од Изборниот закон од 2001 г. – види став 18 погоре) од што произлегува дека член 1 од Протоколот бр. 12 е применлив. Ова не беше

оспорено пред Судот.

(ii) Усогласеност со член 1 од Протоколот бр. 12

55. Поимот на дискриминација беше доследно интерпретиран од страна на јуриспруденцијата на Судот во врска со член 14 од Конвенцијата. беше назначено дека „дискриминација“ значи различен третман, без објективно и разумно оправдување, на лица во слични ситуации (види ставови 42-44 погоре и таму наведените референци). Авторите го употребуваат истиот термин, „дискриминација“, во член 1 од Протоколот бр. 12. И покрај разликата во опфатот помеѓу овие одредби, терминот во член 1 од Протоколот бр. 12 се сметаше за идентичен со тој во член 14 (види став 18 од Појаснувачкиот извештај на Протоколот бр. 12). Оттаму, Судот не гледа причина да отстапи од горенаведеното утврдено толкување на „дискриминацијата“ во применувањето на истиот термин под член 1 од Протоколот бр. 12 (согласно судската практика на Комитетот на Обединетите нации во врска со член 26 од Меѓународниот пакт за граѓански и политички права кој содржи слична, иако не идентична одредба, на онаа во член 1 од Протоколот бр. 12 од Конвенцијата (види Nowak, Меѓународниот пакт на ООН за граѓански и политички права. CCPR Коментар, N.P. Engel Publishers, 2005, стр. 597-634).

56. Друга основа според која жалителите биле сметани за неподобни да бидат избирани во Претседателството било непостоењето на изјава за припадноста кон „државотворен народ“. Истиот уставен предуслов веќе беше утврден како дискриминаторен третман, спротивен на член 14, во врска со Народниот дом (види став 50 погоре) и уште, поимот на дискриминација, забранета со член 14 и член 1 од Протоколот бр. 12, треба да се толкува на истиот начин (види став 55 погоре). Произлегува дека уставните одредби според кои жалителите се неподобни за избор во Претседателството мора исто така да се сметаат за дискриминаторни и спротивни на член 1 од Протоколот бр. 12, при што Судот не наоѓа дека има некоја значајна разлика во овој случај помеѓу Народниот дом и Претседателството на Босна и Херцеговина.

Следствено, и поради деталните причини наведени во ставовите 47-49 погоре, во контекст на член 14, Судот смета дека оспорениот квалификаторен предуслов за избор во Претседателството претставува повреда на член 1 од Протоколот бр. 12.

II. ОСТАНАТИТЕ ЖАЛБЕНИ НАВОДИ НА ЖАЛИТЕЛИТЕ

A. Член 3 од Конвенцијата

57. Првиот жалител истакнал дека неподобноста да биде избран во Народниот дом и во Претседателството, поради неговото ромско потекло, всушност ги свело него и другите членови на ромската заедница, како и други членови на националните малцинства во Босна и Херцеговина, на статус на второстепени граѓани. Ова, според него, претставувало навреда на неговото човечко достоинство, спротивно на член 3 од Конвенцијата, кој наведува:

“Никој нема да биде подведен на тортура или нехуман односно деградирачки третман или казна.”

58. Судот во претходни предмети одлучил дека расната дискриминација може, во одредени околности, да прерасне во деградирачки третман, согласно значењето на член 3 (види Источно-африкански азијати против Обединетото Кралство (East African Asians v. the United Kingdom), бр. 4403/70 и други, Извештајот на Комисијата од 14 декември 1973 г., стр. 62, став 208, Одлуки и извештаи 78-A, и Кипар против Турција [GC], бр. 25781/94, став 310, ECHR 2001-IV). Во предметниов случај, меѓутоа, Судот наоѓа дека разликата во обжалениот третман не означува никаков презир или недостиг на почит кон личноста на жалителот и дека таа не била наменета да понижува, и не понижува или деградира, туку била наменета единствено да ја оствари целта наведена во став 45 погоре.

Така, овој жалбен навод е очигледно погрешно заснован во смисла на член 35, став 3 од Конвенцијата и мора да биде отфрлена согласно член 35, став 4.

Б. Член 13 од Конвенцијата

59. Жалителите се пожалиле дека, согласно член 13 од Конвенцијата, немале ефективен домашен правен лек за нивните жалби по основ на дискриминација. Членот 13 наведува:

„Секој чиишто права и слободи определени во Конвенцијата му се повредени ќе има ефективен правен лек пред државните власти и покрај тоа што повредата била направена од лица кои извршувале јавна функција.”

60. Судот потврдува дека член 13 не гарантира правен лек, при што дозволува оспорување на примарното законодавство пред државните власти, повикувајќи се на спротивност со Конвенцијата (види А. и други против Обединетото Кралство[GC], бр. 3455/05, став 135, ECHR 2009 година). Бидејќи предметниот случај се однесува на содржината на уставните одредби, наспроти индивидуалната мерка за имплементација, жалбата е очигледно погрешно заснована, согласно значењето на член 35, став 3 од Уставот и мора да се отфрли согласно член 35, став 4.

III. ПРИМЕНА НА ЧЛЕН 41 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

61. Член 41 од Конвенцијата наведува:

„Кога Судот ќе оцени дека постои повреда на Конвенцијата или на протоколите и кога внатрешното право на Високата договорна страна овозможува само делумна отштета, доколку е неопходно, Судот ќе му додели само правична отштета на оштетениот.“

А. Надомест на штета

62. Жалителите не побарале надомест на материјална штета. Во однос на нематеријалната штета, првиот жалител побарал 20.000 евра, а вториот жалител 12.000 евра. Владата го задржала ставот дека барањата се неоправдани.

63. Судот смета дека секоја повреда претставува доволна причина за правичен надомест на нематеријалната штета претрпена од жалителите.

Б. Трошоци и надоместоци

64. Првиот жалител бил застапуван pro bono и тој барал само 1.000 евра за адвокатските услуги на судското рочиште одржано на 3 јуни 2009 г. Вториот жалител барал 33.321 евра за целиот предмет. Ова вклучувало 270 работни часови кои ги одработиле неговите двајца адвокати и уште еден член на правниот тим, г-ѓа Синтија Морел (Cynthia Morel) од „Групата за права на малцинствата интернешнл“ (Minority Rights Group International) и тоа 82.45 евра од час за подготвување на жалбата, забелешките и барањето за правична отштета пред Советот и Големиот совет, заедно со издатоците за експертскиот извештај на г. Зоран Пајиќ (Zoran Rajić) од „Експертски консултации Интернешнл“ (Expert Consultancy International Ltd), состаноците на правниот тим со жалителот, во Њујорк и Сараево, и трошоците за рочиштето пред Големиот совет. Жалителот објасни дека ангажирањето на трет правник, г-ѓа Синтија Морел, било потребно со оглед на опсегот и комплексноста на прашањата кои биле разгледувани.

65. Владата смета дека горенаведените барања биле непотребно нанесени и прекумерни. Тие особено ја оспорувале потребата за вториот жалител да користи странски адвокати, чиишто надници биле неспоредливо повисоки од тие на домашните адвокати и чијшто ангажман ги зголемил патните трошоци и трошоците за комуникација.

66. Судот не се сложува со Владата дека жалителот мора да одбере домашен адвокат за да го застапува пред Судот, и покрај тоа што тие може да понудат подеднакво квалитетна услуга како и странските адвокати (како што беше покажано и во предметниот случај). Следствено, не може само врз основа на разликата во бараните износи во предметниот случај да се смета дека повисоката сума е непотребна или неоправдана. Согласно изнесеното, Судот смета дека износот баран од вториот жалител е прекумерен и на вториот жалител му доделува 20.000 евра. Трошоците и надоместоците на првиот жалител треба целосно да му бидат подмирани.

В. Казнена камата

67. Судот смета дека е соодветно каматната стапка за неизвршување да се заснова на најниската каматна стапка за позајмени средства на Европската централна банка, плус три процентни поени.

ПОРАДИ ОВИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ

1. Едногласно одлучува да ги спои жалбите;
2. Со мнозинство гласови ги прогласува за допуштени главните жалбени наводи на жалителите во врска со нивната неподобност да бидат избрани во Народниот дом на Босна и Херцеговина;
3. Едногласно ги прогласува за допуштени главните жалбени наводи на жалителите во врска со нивната неподобност да бидат избрани во Претседателството на Босна и Херцеговина;
4. Едногласно ги прогласува за недопуштени останатите жалбени наводи;
5. Одлучува со четиринаесет гласа за и три гласа против дека постои повреда на член 14 од Конвенцијата, во врска со член 3 од Протоколот бр. 1, во врска со неподобноста на жалителите да бидат избрани во Народниот дом на Босна и Херцеговина;
6. Одлучува едногласно дека нема потреба да се разгледува истата жалба под член 3 од Протоколот бр. 1, земена одделно, или под член 1 од Протоколот бр. 12;
7. Одлучува со шеснаесет гласа за и еден глас против дека постои повреда на член 1 од Протоколот бр. 12, во врска со неподобноста на жалителот да биде избран во Претседателството на Босна и Херцеговина;
8. Едногласно одлучува дека самото утврдување на повредата преставува доволна причина за правичен надомест на нематеријалната штета претрпена од жалителите.
9. Одлучува
 - (а) со шеснаесет гласа за и еден глас против дека тужената држава треба на првиот жалител да му плати, во рок од три месеци, 1.000 (илјада) евра за трошоци и надоместоци, претворени во конвертибилни марки по стапка важечка на денот на исплатата, плус евентуалниот данок што првиот жалител треба да го плати на таа сума.
 - (б) со петнаесет гласа за и два гласа против, дека тужената држава треба на вториот жалител, да му плати, во рок од три месеци, 20.000 (дваесет илјади) евра за трошоци и надоместоци, претворени во конвертибилни марки по стапка важечка на денот на исплатата, плус евентуалниот данок што вториот жалител треба да го плати на таа сума.
 - (в) едногласно, дека по истекот на горенаведените три месеци се до извршувањето, ќе се засметува основна камата на наведениот износ, по стапка еднаква на најниската каматна стапка за позајмени средства на Европската централна банка за периодот на неизвршување, плус три процентни поени;
10. Едногласно ги отфрла останатите жалбени наводи на вториот жалител за правична отштета.

Изготвена на англиски и на француски јазик и доставена на јавна расправа во Зградата на човековите права, во Стразбур, на 22 декември 2009 г.

Vincent Berger,
Правен советник

Jean-Paul Costa,
Претседател

Согласно Член 45, став 2 од Конвенцијата и Правилото 74, став 2 од Правилникот на Судот, кон пресудата се приложуваат следниве одвоени мислења:

– мислење на делумно согласување и делумно несогласување на судијата Мијовиќ (Mijović), поддржан од судијата Хацијев (Hacıyev);

– мислење на несогласување на судијата Бонело (Bonello).

J.-P.C.

V.B.

МИСЛЕЊЕ НА ДЕЛУМНО СОГЛАСУВАЊЕ И ДЕЛУМНО

НЕСОГЛАСУВАЊЕ НА СУДИЈАТА МИЈОВИЌ,

ПОДДРЖАН ОД СУДИЈАТА ХАЦИЈЕВ

I. Општи забелешки

Во пресудата „Сејдиќ и Финци против Босна и Херцеговина“, Големиот судски совет најде повреда на член 14 од Конвенцијата во врска со член 3 од Протоколот бр. 1, во врска со уставната поставеност на Народниот дом, како и повреда на член 1 од Протоколот бр. 12 во однос на уставната поставеност на државното Претседателство на Босна и Херцеговина.

Иако имав неколку забелешки во поглед на расудувањето на Големиот совет во однос на последната точка, не ми беше тешко да го споделам мислењето на мнозинството, според кое, уставните одредби за структурата на Државното претседателство претставуваат повреда на забраната за дискриминација. Од друга страна, за жал, моето мислење за последнава точка значително се разликува од заклучокот до кој дојде мнозинството.

Бидејќи ова е прв случај во врска со генералната забрана за дискриминација, содржана во член 1 од Протоколот бр. 12, кој ја допира суштината на внатрешната државна структура на Босна и Херцеговина, имаше големи очекувања од страна на јавноста кои беа засилени од фактот што ова е првиот случај во прецедентното право на Судот, кој може да резултира во сериозни уставни преуредувања во една од членките на Советот на Европа. Особеностите, не само на создавањето на Босна и Херцеговина, туку и на нејзиното членство во Советот на Европа, уште повеќе ја нагласија важноста на овој случај. Може да се рече дека сите слаби обележја на државноста на Босна и Херцеговина, кои беа видливи, но игнорирани во моментот на пристапување во Советот на Европа, се покажаа целосно во овој случај.

Моите општи забелешки се првенствено поврзани со фактот што, како што точно посочи судијата Бонело во неговото мислење на несогласување, Големиот совет не ги анализираше историската позадина и околностите во кои беше наметнат Уставот на Босна и Херцеговина. Верувам дека, на таков начин, Судот не го зел предвид своето прецедентно право, во кое ги разгледува сите фактори релевантни за конечната проценка. Сметам дека тие околности се особено важни во овој случај, бидејќи токму таквите околности доведоа до сегашната структура на Босна и Херцеговина.

II. Историски факти

Првата работа за која се запрашав во овој предмет беше дали Босна и Херцеговина беше до крај свесна за можните последици од ратификувањето на сите протоколи на Конвенцијата, кога го направи тоа.

Босна и Херцеговина е една од седумнаесетте земји-членки на Советот на Европа кои го ратификувале Протоколот бр. 12. Со оглед дека триесет други држави-членки одлучиле да не го направат тоа, ова укажува на различните пристапи кон Протоколот бр. 12 и прашањата кои тој ги покрива.

Двете жалби кои ги имаме пред нас се справуваат со самата суштина на повоената организациска структура на државата, воспоставена со Уставот на Босна и Херцеговина од 1995 година кој, од технички аспект, беше дел од, поточно, анекс на меѓународниот мировен договор – Дејтонскиот договор. Штом господарите на војната одлучија да станат господари на мирот, по долги и тешки преговори помеѓу политичките претставници на Бошњациите, Хрватите и Србите, под надзор на меѓународната заедница, тие создадоа држава која по форма дотогаш не беше видена, односно беше тотално непозната во меѓународното и уставното право.

Дејтонскиот договор ја утврди Босна и Херцеговина како земја со два ентитета, а преамбулата на Уставот наведува дека Бошњациите, Србите и Хрватите се државотворни народи. Другите етнички групи, кои не зазедоа страни во конфликтот, беа едноставно оставени на страна.

Нивната законска позиција како исклучително чувствително прашање, беше оставено за некое помирно и политички помалку сензитивно време.

Согласно уставните одредби на Дејтонскиот договор, лицата кои припаѓаат на национални (етнички) малцинства не можат да се кандидираат во државното Претседателство и Народниот дом на државниот парламент, иако овие две државни институции не се единствените тела каде што овој договор ја утврди рамнотежата на власта помеѓу трите државотворни народи (види, на пример, структурата на Уставниот суд, кој се состои од двајца Бошњаци, двајца Хрвати, двајца Срби и тројца странски судии).

Во предметниот случај, распределбата на места во државните органи помеѓу државотворните народи беше централен елемент на Дејтонскиот договор, со кој се овозможи мирот во Босна и Херцеговина. Во овој контекст, многу е тешко да се одрекува легитимитетот на нормите кои можеби се дискутабилни од гледна точка на недискриминацијата, но се сепак потребни за постигнување на мирот и стабилноста и избегнување на понатамошна загуба на човечки животи. Тоа е клучниот аспект на чувствителната природа на овие жалби, бидејќи промените во составот на конкретните политички институции, барани од жалителите, всушност бараат промени во постоечката рамнотежа на власта, кои може да ги разгорат сериозните тензии кои сè уште се присутни во Босна и Херцеговина.

Свесни за потребата од уставна реформа, во 2006 година, меѓународната заедница ги наведе главните политичари на Босна и Херцеговина на преговори, со цел да усвојат избран систем што би гарантирал еднакво уживање на политичките права од страна на сите граѓани, без оглед на националноста. Меѓутоа, тие се покажаа целосно неуспешни. Преговорите беа повторно отворени, што значи дека, во справувањето со предметите, Судот влегува во доста чувствително подрачје што се однесува на прашањето кое веќе доби големо јавно внимание.

Жалителите во овие два предмети се еден Ром и еден Евреин. Тие се пожалиле дека, покрај тоа што поседуваат искуство што одговара на искуството потребно за високите избрани државници, тие биле спречени од Уставот на Босна и Херцеговина и Изборниот закон од 2001 година да се кандидираат во Претседателството и во Претставничкиот дом, исклучиво поради нивното етничко потекло, кое според нивното мислење, претставува дискриминација.

III. Државна структура на Босна и Херцеговина

Како што беше наведено погоре, Уставот на Босна и Херцеговина беше резултат на долги и тешки преговори помеѓу претставниците на Бошњациите, Хрватите и Србите, под надзор на меѓународната заедница. Нејзината сложена структура на поделба на власта се однесува главно на Бошњациите, Хрватите и Србите, како директни страни на војната од 1992-95 г., поради што во главните политички институции беше потребно да се постигне рамнотежа на моќта помеѓу трите државотворни народи. Другите етнички групи, тогаш, не беа земени предвид, бидејќи не учествувале на ни една страна од конфликтот. По војната, овие малцински групи станаа дел од договорот за поделба на власта на ниво на ентитети. Сепак, ова не беше случај на државно ниво, и тоа е причината за жалбата на жалителите.

Договорите за поделба на власта на државно ниво, особено оние што се однесуваат на структурата на Претставничкиот дом и државното Претседателство, одредуваат дека само лицата кои ќе ја декларираат својата припадност кон една од трите главни етнички групи имаат право да извршуваат некоја функција во овие два државни органи. Треба да се додаде дека, во контекстот на Босна и Херцеговина, етничката припадност не треба да се смета за правна категорија бидејќи таа зависи исклучиво од самоопределувањето на лицето, кое е *stricto sensu* субјективен критериум. Тоа значи, дека, секој има право да се изјасни (или да не се изјасни) за својата припадност кон некоја етничка група. Тоа не е задолжително. Нема ниту правна обврска да се декларира етничката припадност, ниту објективни параметри за воспоставување на таква припадност. Припадноста станува битна само кога лицето сака да се вклучи во политика. Така, изјавата за етничката припадност не е објективна или правна категорија, туку субјективна и политичка категорија.

IV. Повреда на член 1 од Протоколот бр. 12

Иако имав некои забелешки кон образложението на Големиот совет во врска со повредата на член 1 од Протоколот бр. 12, не ми беше тешко да го сподела гледиштето на мнозинството дека уставните одредби на Босна и Херцеговина во врска со структурата на државното Претседателство претставуваат повреда на општата забрана на дискриминацијата.

Моето несогласување во однос на овој дел од пресудата на Големиот совет произлегува од моите очекувања дека Судот би го искористил овој случај, како прв од ваков тип, да постави конкретни првични начела, стандарди или тестови кои би се сметале за универзални и применливи во идни случаи на дискриминација. Таквите очекувања очигледно се покажаа нереалистични, бидејќи Судот едноставно го потврди истото образложение и оправдување, кое беше применето во наоѓањето повреда на Член 14, со оглед на жалбата во врска со уставните одредби за Народниот дом.

Дополнително, Судот ја третираше оваа жалба како помалку важна, така оставајќи впечаток дека член 1 од Протоколот бр. 12 се применил само бидејќи не било возможно да се примени член 3 од Протоколот бр. 1. Релевантното резонирање за член 1 од Протоколот бр. 12 беше изложено само во два става, во кои Судот заклучи дека не може да се направи „значајна разлика... помеѓу Народниот дом и Претседателството на Босна и Херцеговина” во поглед на дискриминаторните уставни одредби. Спротивно на ова, сметам дека имаше неколку одделни елементи кои требаше да бидат дискутирани.

Трипартитната структура на државното претседателство на Босна и Херцеговина е, како и многу други државни институции во земјата, резултат на политичкиот компромис постигнат со мировен договор. Неговата структура беше наменета да воспостави механизам на рамнотежа и да ја спречи супремацијата на некој од народите во процесот на донесување одлуки. Според моето мислење, главното прашање кое требаше да биде одговорено во овој случај беше дали трипартитната структура била некогаш оправдана, и дали сè уште е оправдана. Од гледна точка на судската практика за член 1 од Протоколот бр. 12, би било не само интересно туку и многу корисно, доколку Судот би одлучил да го даде своето мислење по однос на оваа точка. Наместо тоа, Судот само ги потврди аргументите во врска со тестовите применети во член 14, пристап којшто сметам дека е разочарувачки.

Хипотетички, доколку ова не се случуваше во држава изградена врз злосторства, масакри и крвопролевања, би сметал дека, дури и одделно гледано, обврската на поединецот да ја декларира својата етничка припадност со цел да може да се кандидира за јавна функција е неприфатлива и доволна да се најде повреда на забраната за дискриминација врз основа на етничка припадност.

Враќајќи се на структурата на државното претседателство, доколку Босна и Херцеговина би била стабилна и самоодржлива држава, неподобноста на малцинствата, но и неподобноста на сите оние кои не се во можност или не се волни да ја декларираат својата етничка припадност со цел да се кандидираат за носители на јавни функции, би била суштината на дискриминацијата. Но, бидејќи Босна и Херцеговина беше формирана под притисок од меѓународната заедница и, четиринаесет години подоцна, сè уште не функционира како независна и суверена држава, не може да се рече дека е доволно стабилна за да го издржи горенаведениот притисок. Од друга страна, доколку ништо не се направи за моменталната ситуација, нема можност за напредок. Искоренувањето на недовербата помеѓу националностите е, по мое мислење, процес кој мора да се развива многу внимателно, чекор по чекор. Доколку се создадат услови за промена во пост-конфликтните државни структури (и овде повторно нагласувам дека Судот не направил таква анализа), се надевам дека промената во составот на државното претседателство може да биде првиот чекор. Државното претседателство е институција која ја претставува државата како целина⁸, додека Народниот дом има важна и чувствителна улога во заштитата на „виталните национални интереси“.

8 Види овластувања на државното претседателство во Уставот, Член V, став 3

V. Повреда на член 14 од Конвенцијата читан во врска со член 3 од Протоколот бр. 1

За жал не можам да го сподела мислењето на мнозинството во врска со член 14 од Конвенцијата, земена заедно со член 3 од Протоколот бр. 1, поради следниве причини.

Пред сè, прашањето за применливоста на член 3 од Протоколот бр. 1 е многу дискутабилно. член 3 од Протоколот бр. 1 го заштитува правото на слободни избори, иако не постои дефинитивен и општо прифатен одговор на прашањето дали ова се однесува и на директни и на индиректни избори⁹. Засновајќи се на својата судска практика Судот наведува дека член 3 од Протоколот бр. 1 бил „внимателно напишан за да ги избегне термините кои би можеле да се протолкуваат како апсолутна обврска да се одржуваат избори за двата дома, во секој дводомен систем“ (види став 40 од пресудата). Во исто време, како што наведува Големиот совет, јасно е дека член 3 од Протоколот бр. 1 се однесува на кој било парламентарен дом кој треба да се пополни преку директни избори. Без разлика дали директни или индиректни, треба да се разјасни дека во Босна и Херцеговина не се предвидени избори за членовите на Народниот дом. Тие се назначуваат од страна на парламентите на ентитетите, што значи дека жалбите пред Судот се од чисто теоретска природа, бидејќи немало претходни избори ниту пак има обврска за парламентите на ентитетите да назначуваат некој конкретен кандидат. Составот на Народниот дом не е резултат на изборен процес. Членовите на Народниот дом ќе се назначат/одберат од мнозинството во Националното собрание на Република Српска или од мнозинството на клубовите на Бошњациите и Хрватите во Парламентот на федерацијата Босна и Херцеговина¹⁰. Со оглед дека оригиналната верзија на Уставот беше напишана на англиски јазик, дури и лингвистичкиот пристап ќе потврди дека не постојат избори, туку назначувања. Особено, член IV од Уставот наведува дека Народниот дом „ќе се состои од 15 делегати“, и дека „назначените делегати ќе бидат одбрани“ од страна на соодветниот парламентот на ентитетите¹¹.

Концептот на правото на слободни избори во Босна и Херцеговина едноставно не го содржи како такво правото да се биде избран во Народниот дом, бидејќи членовите на овој Дом, како што беше забележано, не се избрани, туку одбрани од страна на парламентите на ентитетите.

Изборите би биле индиректни дури и доколку листите на кандидати би биле објавени во тек на изборната кампања или во кој било друг момент пред нивното назначување (и како такви биле транспарентни за јавноста) или доколку би имало критериуми кои би требало да ги исполнат пред да бидат назначени. Сепак, нивните имиња не се појавуваат на гласачките ливчиња или на листите. Фактот кој целосно бил игнорирал од страна на Судот е дека ниту Уставот на Босна и Херцеговина, ниту Изборниот закон од 2001 г. содржи критериуми кои кандидатите треба да ги исполнат со цел да можат да бидат избрани во Народниот дом. Не постои ниту една домашна одредба која ја пропишува структурата, политичката партија или барем политичката опција од која кандидатите би можеле да се избираат¹². Така, теоретски сите, дури и оние кои воопшто не се вклучени во јавниот живот, може да бидат избрани. Следствено, постапката за назначување членови на Народниот дом не зависи од нивното членство во некоја политичка партија; нема формални врски помеѓу овие делегати, и гласачите и имињата на кандидатите не се познати на јавноста и на гласачите, пред тие да бидат номинирани од членовите на парламентите на ентитетите. Од формална гледна точка, потребна е само нивната декларација за етничка припадност, која нема никаква релевантност за ништо друго освен за нивното членство во Народниот дом. Поточно, јасно е дека жалителите не можат да бидат „избирани“, не поради нивната етничка припадност, туку поради отсуството на одредби кои дозволуваат избор на претставници, бидејќи членовите на овој Дом се исклучиво назначени.

9 Во оваа пресуда, становиштето кое се однесува и на директните и на индиректните избори беше објаснето само со travaux préparatoires за Протоколот бр. 1; види став 40 од пресудата.

10 Види член IV од Уставот на Босна и Херцеговина.

11 Ова е во врска со разликата помеѓу сфаќањата на „избрани“ и „одбрани“: од лингвистичка гледна точка додека „избирање“ посочува на неограничен избор, „одбирање“ подразбира ограничен избор/претпочитање.

12 Има само еден исклучок, кој предвидува дека членовите на кантоналните народни домови ќе се назначуваат од редовите на членовите на кантоналните парламенти.

Подеднакво, жалба може да се вложи и од лица кои припаѓаат на еден од трите државотворни народи, со која се тврди дека и за нив нема слободни избори за Народниот дом, бидејќи единствениот начин за некој да стане член на овој Дом е преку назначување од страна на парламентот на ентитетот. Следствено, воопшто не постои општо право за некој да биде избран во Народниот дом и нема избори од овој тип. Оттука, доколку оваа постапка се смета за дискриминаторна, дали истиот дискриминаторен критериум би се применил на оние парламентарни системи кои предвидуваат дека местата во вториот дом се наследни (како во британскиот Дом на лордовите) или условени со јавна функција (како во германскиот Бундесрат)? Сметам дека потврден одговор во однос на ваквите системи би бил несоодветен, исто како и во случајот на Босна и Херцеговина.

Фактот што единствениот формален услов кој треба да се исполни од делегатите во Народниот дом се однесува на етничката припадност на лицето, сведочи дека Народниот дом бил формиран за да се обезбеди етничка рамнотежа во законодавството. Општо познато е дека механизмите од овој вид го овозможуваат мирот во Босна и Херцеговина, и очигледно е дека дури и по четиринаесет години сè уште нема заеднички и взаемен пристап кон можните уставни преуредувања во таа држава¹³.

Моето второ несогласување со одлуката на Големиот совет за допуштеноста е поврзана со правната природа на Народниот дом. Големиот совет смета дека тоа е вториот дом на Парламентарното собрание на Босна и Херцеговина, со што јас не се согласувам.

Општо земено, горниот дом обично се разликува од долниот во еден (или повеќе) од следниве аспекти: има помалку моќ од долниот дом, вклучително и моќта за оспорување на определени одлуки на долниот дом; има ограничени овластувања во врска со одредени уставни амандмани кои треба да ги одобри; тој е советодавен или „ревизиски“ дом, така што неговите овластувања за директно постапување честопати се на некој начин ограничени; ги претставува административните или федералните единици; доколку се избрани, неговите членови често имаат подолг мандат од оние во долниот дом (доколку е составен од великодостојници или благородници, членовите ги задржуваат своите места доживотно) и доколку се избрани, тие се избираат во групи, со непостојани мандати, а не наеднаш.

Што се однесува до нивната институционална структура, има голема разлика во начинот на кој се составува горниот дом. Тие може да бидат избрани директно или индиректно, назначувани, одбрани преку наследни средства, или може да се примени комбинација од сите овие системи. Како што беше посочено погоре, германскиот Бундесрат е специфичен по тоа што неговите членови се всушност членови на кабинетите на германскиот Ландер кои се само делегати и може да бидат отповикани во кое било време, како што е и британскиот Дом на лордовите, каде местата се делумно наследни.

Како што беше покажано погоре, горниот дом, по правило е наменет да ги претставува административните или федералните единици, што не е случај со Босна и Херцеговина, бидејќи Народниот дом ги претставува не само ентитетите на Босна и Херцеговина, туку и националностите (односно државотворните народи). Двата дома од Парламентарното собрание се еднакви и тие не можат да функционираат одделно. Секој предлог-текст треба да биде дискутиран и усвоен од двата дома, додека посебната улога на Народниот дом е да ги заштитува „виталните национални интереси“.

Во однос на применливоста на член 3 од Протоколот бр. 1, Големиот совет најде дека Народниот дом ја има одлучувачката законодавна власт¹⁴, додека јас сметам дека е всушност спротивно.

13 Како што беше погоре наведено, разговорите за уставната реформа започнаа во 2006 г. („Априлскиот пакет“), но беа неуспешни. Сега преговорите се повторно отворени („Бутмирскиот пакет“), но се чини дека политичарите се држат до своите претходни ставови.

14 Види став 41 од пресудата

Имено, двата дома имаат иста власт¹⁵, бидејќи сите закони „ќе треба да се одобрат и од двата дома“¹⁶. Ова всушност потврдува дека тие имаат еднаква положба, иако етничката застапеност во Народниот дом има некакво значење само кога се работи за витални интереси на државотворните народи: “[а] предложената одлука од Парламентарното собрание може да биде прогласена за деструктивна кон витален интерес на бошњачкиот, хрватскиот или српскиот народ со соодветно мнозинство од бошњачките, хрватските или српските делегати одбрани согласно став 1, точка (а) ...Ваквата предложена одлука ќе треба да биде одобрена од Народниот дом, од мнозинството делегати на Бошњациите, Хрватите или Србите кои се присутни на гласање”¹⁷.

Уставните одредби поврзани со овластувањата кои не се поделени помеѓу Претставничкиот дом и Народниот дом (види фуснота 12) илустрираат дека Парламентарното собрание на Босна и Херцеговина има единствена структура која не дозволува никаква категоризација според вообичаените академски модели. Дополнително, член X од Уставот определува дека Уставот „може да се измени со одлука на Парламентарното собрание”, што треба да се толкува дека двата дома треба да одлучуваат за ваквите прашања.

Индириктниот заклучок од оваа пресуда, имено дека жалителите во случајов, кои се од ромско и еврејско потекло, се спречени да учествуваат во законодавното тело на Босна и Херцеговина бидејќи тие не се подобни да бидат избрани во Народниот дом, би бил погрешен, бидејќи и двата дома ги имаат истите овластувања и жалителите имаат целосно остварлива опција да станат членови на Претставничкиот дом, каде кандидатурата е независна од националноста¹⁸.

Народниот дом е дом на вето каде членовите сметаат дека нивна исклучива задача е да ги бранат интересите на нивниот народ, и токму поради ова тој механизам е *sui generis*. Дали и по четиринаесет години од потпишувањето на Дејтонскиот договор на Босна и Херцеговина сè уште ѝ е потребен овој механизам? Тоа е друго прашање кое треба да се разгледа како оправдување за наоѓањето за основаноста (меритумот), само доколку член 3 од Протоколот бр. 1 е применлив.

Да сумирам, моето мислење е дека член 3 од Протоколот бр. 1 не е применлив во овој случај, бидејќи правото на секој поединец да биде избран во Народниот дом како такво едноставно не постои во домашното право; Народниот дом не е избран орган; ги нема типичните карактеристики ниту овластувања на вториот дом, и по својата структура е надвор од доменот на член 3 од Протоколот бр. 1.

Што се однесува на основаноста на оваа жалба, главното прашање е дали моменталниот различен третман е дискриминаторен. Дефиницијата која беше развиена од страна на прецедентното право на Судот за член 14 е дека разликата во третманот е дискриминаторна ако нема цел и разумно оправдување, односно ако не оди во прилог на некоја легитимна цел или ако нема разумна пропорционална врска помеѓу употребените средства и посакуваната цел.

15 Член IV, став 4 од Уставот на Босна и Херцеговина: “Овластувања. Парламентарното собрание има надлежност да:

(а) донесува закони за спроведување на одлуките на Претседателството или за извршување на функциите на Собранието, согласно овој Устав.

(б) одлучува за изворот и износот на приходите за функционирањето на институциите на Босна и Херцеговина и за меѓународните обврски на Босна и Херцеговина.

(в) Одобрува буџет за институциите на Босна и Херцеговина.

(г) Одлучува за ратификација на договори.

(д) Други работи потребни за извршување на должностите или кои му се доделени со взаемна согласност на ентитетите.”

16 Види Устав на Босна и Херцеговина, Член IV, став 3, точка (с).

17 Ibid., Член IV, став 3, точка (е)

18 Според Уставот на Босна и Херцеговина (Член IV, став 2) „Претставничкиот дом го сочинуваат 42 члена, од кои две третини се избираат од територијата на Федерацијата, а една третина од територијата на Република Српска“ и „Членовите на Претставничкиот дом директно се избираат од нивниот ентитет согласно Изборниот закон, кој го усвојува Парламентарното собрание“.

Заклучокот на мнозинството дека релевантните уставни одредби не биле наменети да воспостават етничка доминација, согласно тврдењата на жалителите, туку да се запре бруталниот конфликт и да се обезбеди ефективна еднаквост помеѓу завојуваните страни, т.е. државотворните народи, е точен, исто како и заклучокот на мнозинството дека овие одредби резултираат во различен третман врз етничка основа. Меѓутоа дали овие одредби се оправдани, и ако да, дали причините за нивната оправданост се сè уште присутни и релевантни? Големiot совет одлучи ова прашање да го остави напoлу одговорено, додека јас сметам дека деталниот одговор на ова прашање би бил најважниот одговор. Прашањето за различниот третман на лицата кои спаѓаат во категоријата на „другите“ беше оставено да се разгледува откако ситуацијата во Босна и Херцеговина ќе стане помалку деликатна, и од таа гледна точка Судот сметал дека е првично оправдан.

Но, каква е ситуацијата сега, по четиринаесет години од склучувањето на Дејтонскиот договор? Историските факти поради кои првично беа оправдани сега оспорените уставни одредби говорат дека најмалку 100.000 жители на Босна и Херцеговина исчезнаа или беа убиени за време на војната. Речиси 1.3 милион луѓе од предвоената популација (28%) ја напуштија Босна и Херцеговина и станаа бегалци. Во отсуство на војна и земајќи ги предвид вообичаените стапки на смртност, раѓања и миграција, на крајот на 1995 г. Босна и Херцеговина би имала 4.5 милиони жители, додека всушност реално имаше само околу 2.9 милиони жители. По четиринаесет години од завршувањето на вооружениот конфликт, дали навистина има реален и значаен прогрес согласно мислењето на Големiot совет?

Последниот извештај на Амнести Интернешенл (Amnesty International) за Босна и Херцеговина наведува дека „по 13 години од завршувањето на војната, 13.000 луѓе се сметаат за исчезнати. Националистичката реторика се засили во [Босна и Херцеговина] и земјата продолжи да биде длабоко поделена по етничка основа”¹⁹.

Според Министерството за човекови права и бегалци на Босна и Херцеговина, повеќе од 1.2 милион луѓе сè уште не се вратиле во нивните предвоени домови. Оние кои се вратиле, често се соочуваат со неадекватен пристап до живеалишта и вработување. Отприлика 2.700 фамилии сè уште живеат во т.н. колективни живеалишта. Некои од повратниците не беа во можност да си ги повратат имотите, или бидејќи тие биле уништени или бидејќи нема волја кај властите да им дозволат да се реинтегрираат²⁰. Ниту пак политичката ситуација изгледа подобро. Државата ја водат политички партии кои веат националистички знамиња и употребуваат националистичка реторика. Многумина осомничени за воени злосторства сè уште се на слобода, иако во тек е процес на префрлање на случаите на воени злосторства од Меѓународниот кривичен суд за поранешна Југославија на домашните судови. Судската власт и обвинителството сè уште се надгледувани и упатувани од страна на меѓународни судии и обвинители. Сите овие факти беа доволна причина за Обединетите нации, Европската унија и Советот за имплементација на мирот да го продолжат (во ноември 2009 година) мандатот на Високиот претставник. Постојат и други знаци дека меѓународната заедница не гледа значаен напредок во Босна и Херцеговина (на пример, меѓународните воени сили сè уште се присутни, како и полициската мисија на Европската унија). На официјалните веб-страници многу држави ги предупредуваат своите граѓани да не патуваат во Босна и Херцеговина заради безбедносни причини. Изборите во 2006 година покажаа дека повеќето гласачи сè уште ги преферираат националистите, бидејќи се чувствуваат посигурни кога се водени од „нивни луѓе”. Децата во училиштата се одделени²¹, и градовите со мешана популација пред војната, сè уште се поделени. По зачленувањето во Советот на Европа, Босна и Херцеговина се обврза, меѓу другото, да „го разгледа изборното законодавство, во рок од една година, со помош на Европската комисија за демократија преку правото (Венецијанската комисија), согласно стандардите на Советот на Европа и да го ревидира таму каде што е потребно”. Фактот што, и покрај обврската преземена по пристапувањето кон Советот на Европа, Босна и Херцеговина сè уште истата не ја исполнила, покажува дека не постои консензус меѓу водечките политички партии.

19 Види <http://www.amnesty.org/en/region/bosnia-herzegovina/report-2009>.

20 Види <http://www.mhrr.gov.ba/izbjeglice/?id=6>.

21 Види Набљудувачки извештај на Советот на Европа, 2008, SG/Inf(2008)2.

Со оглед на претходново, може ли со сигурност да кажеме дека ваквите уставни одредби се недоволно оправдани денес? Од друга страна, ако тие сè уште се оправдани, дали ваквите одредби имаат легитимна цел? Како што Венецијанската комисија правилно посочи, „распределбата на места во државните органи помеѓу државотворните народи беше централен елемент на Дејтонскиот договор, со кој се овозможи мирот во Босна и Херцеговина. Во таков контекст тешко е да се негира легитимитетот на нормите кои можеби се проблематични од гледна точка на недискриминацијата, но неопходни за да се постигне мирот и стабилноста и да се избегне понатамошната загуба на човечки животи”. Мирот е постигнат, но факторот на стабилност останува дискутабилен. Можеби, како што наведе судијата Фелдман (Feldman) од Уставниот суд на Босна и Херцеговина, во неговото мислење на согласување,... „[сметам] дека оправдувањето е привремено, а не трајно, ...но сè уште не дошло времето кога државата ќе ја заврши својата транзиција, настрана од специјалните потреби кои ја диктираа необичната поставеност на државата според Дејтонскиот договор и Уставот на Босна и Херцеговина.”²² Во *Жданока против Латвија*²³, Судот најде дека „не е за изненадување што на нововоспоставеното демократско законодавство ќе му треба време за размислување во период на политичко превирање за да може да ги разгледа потребните мерки за да се одржат постигнувањата“. Во истата пресуда²⁴, Судот понатаму навел дека на домашните власти треба да им се остави „доволно простор да ги оценат потребите на општеството за градење доверба во новите демократски институции, вклучително и националниот парламент, и да одговори на прашањето дали оспорената мерка е сè уште потребна...“ Дали посебните уставни одредби во Босна и Херцеговина се сè уште потребни и може ли сегашната ситуација сè уште да биде оправдана, и покрај изминатото време? Дали Европскиот Суд на човекови права треба да определи кога е вистинското време за промена? Јас не би дал цврст и дефинитивен одговор на овие прашања. „Идентитет преку државјанство“ би била пожелна промена, но националното разликување, во прецедентното право на Судот, се смета за непотребно, и следствено, дискриминаторно онаму каде што истиот резултат (легитимната цел) би можел да се постигне преку мерка која не се потпира на расна или етничка диференцијација, или на примената на други критериуми кои не се засноваат на раѓање²⁵. Сепак, кој друг метод би ја одржал националната рамнотежа и би изградил доверба која е толку потребна во Босна и Херцеговина? Судот не го одговора ниту ова прашање, туку само заклучува дека “постојаната неподобност на жалителите да бидат избирани во Народниот дом на Босна и Херцеговина нема објективно и разумно оправдување, и затоа го прекршува член 14, земен заедно со член 3 од Протоколот бр. 1” (види став 50 од пресудата).

Според тоа, тестот на пропорционалноста помеѓу употребените средства и посакуваната цел во овој случај воопшто не бил испробан. На ова гледам како на пропуштена прилика да се понудат покатегорични и убедливи аргументи или барем како на основа за споредба со други земји-членки. Правото на мнозинството, ако не и на сите земји-членки на Советот на Европа, дава можност за одредени разлики врз основа на националноста во врска со одредени права, и прецедентното право на Судот дозволува одредена слобода на националните власти во оценувањето дали, и во кој степен, разликите оправдуваат различен третман според законот.²⁶ Дополнително, степенот на слободата во оценувањето во прецедентното право на Судот варира „во зависност од околностите“, како што е истакнато во *Расмусен против Данска*²⁷. Како што најде Судот, „има многу начини на организирање и спроведување на избори и бројни разлики, меѓу другото, во историскиот развој, културната различност и политичката мисла во Европа, кои секоја обврзувачка страна треба да ги преточи во сопствена демократска визија”²⁸.

22 Види http://www.ustavnisud.ba/eng/odluke/povuci_pdf.php?pid=67930 за мислењето на согласување на судијата Фелдман (Feldman) со одлуката на Уставниот суд на Босна и Херцеговина, AP-2678/06.

23 Види *Ždanoka v. Latvia* [GC], no. 58278/00, § 131, ECHR 2006-IV.

24 Ibid., став 134.

25 Види *Inze v. Austria*, 28 октомври 1987 г., став 44, Серија А бр. 126

26 Види *Rasmussen v. Denmark*, 28 ноември 1984г., став 40, Серија А бр. 87.

27 Види *Rasmussen v. Denmark*, 28 ноември 1984г., став 40, Серија А бр. 87

28 Види *Hirst v. the United Kingdom* (бр. 2) [GC], бр. 74025/01, § 61, ECHR 2005-IX.

Заради прецедентното право на Судот, би било многу интересно да се види до каде Судот би ја интерпретирал слободата на оценување оставена на државата во овој случај.

VI. Трошоци и издатоци

Конечно, не се согласувам со одлуката на мнозинството на вториот жалител да му додели 20.000 евра за трошоците и надоместоците, а на првиот жалител само 1.000 евра. Ваквата разлика беше објаснета со фактот што тимот на застапници на вториот жалител вклучувал три меѓународни членови и/или експерти кои одржувале состаноци во Њујорк и Сараево, додека првиот жалител бил застапуван *pro bono* и барал само 1.000 евра за присуството на неговиот адвокат на судското рочиште²⁹. Бидејќи поднесоците на двајцата жалители беа од споредлив квалитет, сметам дека воопшто не е фер да се доделат драстично различни суми.

29 Види став 64 од пресудата.

МИСЛЕЊЕ НА НЕСОГЛАСУВАЊЕ НА СУДИЈАТА БОНЕЛО

И начелно, а и конкретно, не можам а да не го споделама резонирањето на мнозинството во однос на значењето на недискриминацијата во обезбедувањето на изборните права. Јас гласав, со сериозни забелешки, двете жалби да се оценат како допуштени. Но, исто така гласав, со помалку двоумења, против наоѓање повреда на Уставот. Овие два случаи може да бидат наједноставните со кои Судот некогаш се справувал, но во исто време може да бидат и меѓу најподмолните. Нема сомнение дека овие уставни одредби кои ги спречуваат Ромите и Евреите да се кандидираат на избори се дискриминирачки. Значи досега, чиста повреда! Едвај вредна да се троши време на неа.

Оваа покана да се продолжи со покомплексни работи сепак крие работи кои длабоко ме вознемирија и за коишто, признавам, не слушнав задоволителни одговори од Судот. Сепак, убедливи одговори може да се најдат, доколку Судот ја измете историјата од пред својата врата. Сметам дека оваа пресуда го прави токму тоа: ја оддели Босна и Херцеговина од реалноста на нејзиното неодамнешно минато.

По крајно насилничките настани од 1992 година кои посведочија страшни крвопролевања, етнички масакр и невидено одмаздништво, меѓународната заедница интервенираше: прво со обид да се постигне примирје меѓу Бошњациите, Србите и Хрватите, а подоцна и со потраен договор – Дејтонскиот мировен договор од 1995 година. Овие беа искивани во продолжени и упорни преговори кои целаа кон создавање институционални тела засновани речиси исклучиво на систем на проверка и рамнотежа (checks and balances) помеѓу трите завојувани етникуми. Конечно, по долги напори, се постигна најкритичната рамнотежа, резултирајќи во кривка трипартитна симетрија, создадена со недоверба и потхранувана со сомнеж.

Но, таквата кривка конструкција го угаси ужасот во Босна и Херцеговина. Можеби не е совршена структура, но беше единствената која ги наведе завојуваните страни да го заменат динамитот со дијалог. Се засноваше на крајно измајсторисана поделба на власта која регулираше како трите етнички групи да ја поделат власта во различните претставнички органи на државата. Дејтонскиот договор брзо ја дозираше точната етничка пропорција на рецептот за мир.

Сега овој Суд ја презеде задачата сето тоа да го наруши. Стразбур им кажа, и на поранешните непријатели и на мировните добродетели, дека погрешиле и дека треба да почнат сè одново. Дејтонската формула се покажа неподобна, па отсега Стразбушката „не-формула“ стапува на сила. Се враќаме на почеток.

Прашањата кои си ги поставувам се тесно поврзани и со допуштеноста и со основаноста на двете жалби: дали спаѓа во надлежноста на овој Суд тој да се однесува како непоканет гостин во мултилатерални мировни вежби и договори кои веќе се потпишани, ратификувани и извршени? Би бил првиот што ќе сака Судот доследно да ги следи своите идеали, без да си ги пречекорува овластувањата.

Следува второто прашање: Судот има речиси неограничени овластувања кога се работи за гарантирање правни лекови за повреди на човековите права утврдени со Конвенцијата – и тоа сигурно е така како што треба да биде. Но, дали овие речиси неограничени овластувања вклучуваат и поништување на меѓународен договор, уште повеќе ако договорот произлегол од државите и меѓународните тела, од кои некои не се ниту потписници на Конвенцијата, ниту пак обвинети пред Судот во овој случај? Попрецизно, дали Судот има правна надлежност, преку ослободување, да ја поткопа суверената постапка на Европската унија и на Соединетите Американски Држави, кои задно го креираа Дејтонскиот мировен договор, на кој - сега оспорениот Устав на Босна и Херцеговина - е само анекс. Јас не нудам лесни одговори на овие прашања, туку верувам дека тие се доволно убедливи за Судот детално да ги разгледа. Но, не го направил тоа. Повторно, не може а да не се согласиме со речиси баналната преамбула на Конвенцијата дека човековите права „се основата на мирот во светот“. Секако дека се. Но, што да се прави во исклучително перверзни ситуации во кои спроведувањето на човековите права би можело да предизвикаат војна, а не да обезбедат мир?

Дали правата на двајцата жалители да бидат избрани се апсолутни и задолжителни до таа мера та да го укинат мирот, безбедноста и јавниот ред кој бил воспоставен за целата популација – вклучувајќи ги и нив самите? Дали Судот е свесен за неговата одговорност во повторното отворање на Дејтонскиот процес, со цел да го подведе на неговата пресуда? И дали ќе се соочи со тежината на неуспехот, ако новиот Стразбуршки обид пропадне?

Целата структура на Конвенцијата се заснова на исконскиот суверенитет на човековите права, при што уживањето на суштинските права (во кои дефинитивно не спаѓа правото да се биде избран) е секогаш во согласност со правата на другите и со најважното општествено добро. Не верувам дека Конвенцијата сака на жалителите да им биде дадено право да бидат изборни кандидати по секоја цена, дури и по цена на сеопшта војна.

Јас сум првиот што ќе ја поддржи важноста на вредностите на еднаквоста и недискриминацијата – но, националниот мир и помирувањето се исто толку важни. Судот го канонизира претходново и го отфрли последново. Со сета почит кон Судот, пресудата ми изгледа како вежба која заборава на крвопролевањата кои го изродија Дејтонскиот договор. Судот претпочита да ја прифати својата дезинфицирана состојба на одрекување, отколку да ги отвори вратите на сложениот реален свет. Можеби тоа објаснува зошто, во воведните забелешки за фактите, пресудата одбива да се повика, макар и начелно, на трагедиите кои му претходеа на Дејтонскиот договор и кои престанаа исклучиво благодарение на Дејтон. Судот, намерно или ненамерно, не ја зел предвид не обвивката, туку сржта на балканската историја. Судот се сметал за принуден да го деградира Дејтонскиот устав, но не и да предложи некое исто такво мирољубиво решение наместо тоа.

Исто така се сомневам во наоѓањето на Судот дека ситуацијата во Босна и Херцеговина сега се сменила и дека претходниот кревок трипартитен еквилибриум веќе не важи. Се надевам дека тоа е така. Сепак, според мене, една судска институција, која е толку далеку од причината за несогласувањата, едвај може да биде судија за ова. Во трауматични револуционерни настани Судот не е тој што ќе утврдува, или претскаже, кога транзицискиот процес е завршен, или кога состојбата на национална итност била надмината и работите се вратиле на свое место. Се сомневам дека Судот е во подобра положба од националните власти да оценува кога минатите пукнатини ќе се консолидираат, кога историскиот бес ќе биде совладан и кога генерациските несогласувања ќе се усогласат. Сметам дека ваквите тврдења, веројатно засновани на самозалажувачки желби, покажуваат сосема малку или никаков почит за неисцрпните извори на омраза. Судот неправедно го затвора умот за историјата во која омразата ја валидира културата.

Судот ѝ наложи на тужената држава да ги стави Дејтонските мировни договори на страна и да почне да бара нешто друго. Не сметам дека државите треба правно или морално да бидат принудени да си го саботираат системот кој претходно го спасил нивното демократско постоење. Токму ваквите ситуации го прават судското самоограничување да личи повеќе на предност, а не на мана.

Судот постојано прифаќал дека уживањето на повеќето основни човекови права – па и правото да се биде избран – е предмет на внатрешни ограничувања и надворешни ускратувања. Човековото право може да биде скратено заради објективни и оправдани причини. Уживањето на основните права може да трпи ограничувања заради одржување на безбедноста и јавниот ред, во интерес на доброто на заедницата. Тоа може да биде намалено како последица на исклучителни минати настани, како на пример, тероризмот и организираниот криминал, или како последица на вонредни национални ситуации.

Во текот на својата работа Стразбур сосема лесно го одобрувал ограничувањето на избирачките права (да се избира и да се биде избран) врз основа на најширок можен спектар на оправдувања: од недоволно познавање на јазикот³⁰ до да се биде во притвор³¹ или претходна осудуваност за тешко

30 Клерфајт и другите против Белгија (Clerfayt and Others v. Belgium), бр. 27120/95, Одлука на Комисијата од 8 септември 1997 г., Одлуки и извештаи (DR) 90, стр. 35

31 Холанд против Ирска (Holland v. Ireland), бр. 24827/94, Одлука на Комисијата од 14 април 1998 г., DR 93-А, стр. 15.

дело³²; од немање „четиригодишно“ континуирано живеалиште³³ до барања за националност и државјанство³⁴; од да се биде член на парламент во друга земја³⁵ до да се има двојна националност³⁶; од старосни ограничувања³⁷ до возраст под 40 години за избор во Сенатот³⁸; од закана за стабилноста на демократскиот поредок³⁹ до давање заклетва за вршење јавна функција на одреден јазик⁴⁰; од да се биде јавен службеник⁴¹ до да се биде локален државен службеник⁴²; и од барањата според кои идните кандидати не можат да се кандидираат освен ако не се поддржани со потписите на определен број гласачи⁴³ до условот на давање заклетва на верност на монархот⁴⁴.

Сите овие околности се сметаат за доволна основа од Стразбур за да се оспори правото на граѓанинот да избира или да биде избран. Но, јасната и постоечка опасност од дестабилизирање на националната рамнотежа не се смета за таква. Судот не смета дека опасноста од граѓанска војна, избегнување на колеж или чувањето на територијалниот интегритет се доволна општествена вредност за да оправда некакво ограничување на правата на двајцата жалители. Јас не се идентификувам со ова. Не можам да поддржам Суд кој сее идеали, а жнее масакри.

32 Х. против Холандија (H. v. the Netherlands), бр. 9914/82, Одлука на Комисијата од 4 јули 1983 г., DR 33, стр. 242.

33 Полако и Гарофало против Италија (Polacco and Garofalo v. Italy), бр. 23450/94, Одлука на Комисијата од 15 септември 1997 г., DR 90-A, стр. 5.

34 Лукч против Италија (Luksch v. Italy), бр. 27614/95, Одлука на Комисијата од 21 мај 1997 г., DR 89-B, стр. 76

35 М. против Обединетото Кралство (M. v. the United Kingdom), бр. 19316/83, Одлука на Комисијата од 7 март 1984 г., DR 37, стр. 129.

36 Ганчев против Бугарија (Ganchev v. Bulgaria), бр. 28858/95, Одлука на Комисијата од 21 ноември 1966 г., DR 87-A, стр. 130

37 W., X., Y. и Z. против Белгија, бр. 6745/74 и 6746/74, Одлука на Комисијата од 30 мај 1975, Годишник 18, стр. 236.

38 Ibid.

39 Жданока против Латвија (Ždanoka v. Latvia) [GC], бр. 58278/00, ECHR 2006-IV.

40 Жданока против Латвија (Ždanoka v. Latvia) [GC], бр. 58278/00, ECHR 2006-IV.

41 Гитонас и другите против Грција (Gitonas and Others v. Greece), 1 јули 1997 г., став 40, Извештаи за пресуди и одлуки 1997-I

42 Ахмед и другите против Обединетото Кралство (Ahmed and the others v. the United Kingdom), 2 септември 1998, став 75, Извештаи 1998-VI.

43 Асенцио Серкведа против Шпанија (Asensio Serqueda v. Spain), бр. 23151/94, Одлука на Комисијата од 9 мај 1994 г., DR 77-B, стр. 122.

44 Мекгинис против Обединетото Кралство (McGuinness v. the United Kingdom (одлука.)), бр. 39511/98, ECHR 1999-V.

Дискриминација врз основ на пол и род



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

ГОЛЕМ СУДСКИ СОВЕТ

СЛУЧАЈ КОНСТАНТИН МАРКИН ПРОТИВ РУСИЈА

(Жалба бр. 30078/06)

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

22 март 2012 година

Оваа пресуда е конечна. Истата може да подлежи на редакциски измени.

Во случајот **Константин Маркин против Русија**,

Европскиот суд за човекови права, кој заседаваше како Голем судски совет составен од:

Никола Браца, претседател
Жан-Пол Коста,
Франсоаз Тилкенс,
Хосеп Касадевал,
Јан Шикута,
Драгољуб Поповиќ,
Паиви Хирвела,
Нона Цоцориа,
Ен Пауер-Форд,
Здравка Калајџиева,
Ишил Каракаш,
Михаи Поалелунци,
Кристина Пардалос,
Гвидо Раимонди,
Ангелика Нусбергер,
Пауло Пинто де Албукерки, судии,
Олга Федорова, *ad hoc* судија,
и Јохан Калеваерт, помошник-судски администратор на Големиот судски совет,

Откако го разгледа случајот на затворени седници на 8 јуни 2011 година и на 1 февруари 2012 година,

Ја донесе следната пресуда, којашто беше усвоена на последно споменатиот датум:

ПОСТАПКА

1. Случајот започна со жалба (бр. 30078/06) против Руската Федерација поднесена до Судот согласно членот 34 од Конвенцијата за заштита на човековите права и основните слободи („Конвенцијата“) од страна на рускиот државјанин, господинот Konstantin Aleksandrovich Markin („жалителот“) на 21 мај 2006 година.
2. Жалителот, кому му беше доделена правна помош, беше претставуван од г-ѓа К. Москаленко и г-ѓа И. Герасимова, адвокати од Москва и г-ѓа Н. Лисман, адвокат во Бостон, Соединетите Американски Држави. Руската Влада („Владата“) беше претставувана од нејзиниот службеник, господинот г. Матјушкин, застапник на Руската Федерација во Европскиот суд за човекови права и г-ѓа О. Сироткина, правен советник.
3. Жалителот се жалеше дека домашните власти одбиле да му одобрат родителско отсуство поради неговата припадност на машкиот пол.
4. Случајот му беше доделен на првиот оддел на Судот (член 52 став 1 од деловникот на Судот). На 7 октомври 2010 година совет на тој оддел, составен од судиите Христос Розакис, Нина Вајиќ, Анатолиј Ковлер, Елизабет Штајнер, Канлар Хаџијев, Дин Спиелман и Сваре Ерик Јебенс, како и Сорен Нилсен, судски администратор при одделот, ја проучи прифатливоста и основаноста на случајот (член 29 став 1 од Конвенцијата - поранешен член 29 став 3). Советот ја прогласи жалбата за делумно прифатлива и заклучи, со шест гласа за и еден против, дека постои повреда на член 14 од Конвенцијата заедно со член 8.
5. На 21 февруари 2011 година колегиум од петмина судии на Големиот судски совет одлучи да го прифати барањето на Владата за упатување на случајот пред Големиот судски совет (член 43 од Конвенцијата и 73 од Правилникот).

6. Составот на Големиот судски совет беше утврден во согласност со членовите 26 ставови 4 и 5 од Конвенцијата и 24 од Правилникот.

7. Жалителот и Владата доставија писмени забелешки за основаноста на случајот (член 59 став 1 од Правилникот). Покрај тоа, примени беа и забелешки од трети лица, односно од Центарот на човекови права при Универзитетот во Гент (Белгија) (членови 36 став 1 од Конвенцијата и 44 став 1 б) од Правилникот).

8. Јавната расправа се одржа во Палатата за човекови права, во Стразбур, на 8 јуни 2011 година (член 59 став 3 од Правилникот).

Присуствуваа:

- за Владата

Господин Г. Матјушкин, застапник на Руската Федерација во Европскиот суд за човекови права службеник,

Г-ѓа О. Сироткина, правен советник,

Г-ѓа И. Кориева,

Господин А. Шемет, советници;

- за жалителот

Г-ѓа К. Москаленко,

Г-ѓа Н. Лисман,

Г-ѓа И. Герасимова, правни советници.

Судот ги сослуша обраќањата на г-ѓата Сироткина, г-ѓата Москаленко, г-ѓата Герасимова и г-ѓата Лисман.

ФАКТИ

I. ОКОЛНОСТИТЕ НА СЛУЧАЈОТ

9. Жалителот е роден во 1976 година и живее во Велики Новгород.

10. На 27 март 2004 година тој потпишал договор за воена служба, подготвен врз стандарден формулар на две страници, со кој, меѓу другото, тој се „обврзува/-зал да служи согласно условите предвидени со закон“.

11. Во тоа време, жалителот служел како радио-оператор за разузнавачки информации (оперативный дежурный группы боевого управления в составе оперативной группы радиоэлектронной разведки) во воената единица бр 41480. Во неговата единица, жени работеле на исти работни места и тој често пати на неговите должности го заменуваале воени лица од женскиот пол.

A. Постапката за родителско отсуство

12. На 30 септември 2005 година сопругата на жалителот, г-ѓа З., го родила нивното трето дете. Истиот ден, судот го прифатил барањето за развод што таа го поднела.

13. На 6 октомври 2005 година жалителот и г-ѓа З. пред нотар склучиле договор за нивните три деца да живеат со таткото, а мајката да плаќа издршка за нив.

14. Според жалителот, г-ѓа З. заминала за Санкт Петербург неколку дена подоцна.

15. На 11 октомври 2005 година жалителот побарал од началникот на неговата воена единица родителско отсуство од три години. На 12 октомври 2005 година, началникот го отфрлил неговото барање врз основа на тоа што такво отсуство може да се додели само на воен персонал од женски пол. На жалителот му било дозволено да земе три месеци отсуство, но на 23 ноември 2005 година, тој бил повикан да се врати на должност.

16. Жалителот поднесе жалба на одлуката од 23 ноември 2005 година. На 9 март 2006 година воениот суд на гарнизонот во градот Пушкин ја поништи одлуката и потврди дека жалителот имал право на

триесет и деветте работни дена, кои останале од неговите три месеци отсуство. На 17 април 2006 година, воениот суд при воениот округ на Ленинград ја укина таа пресуда и го одби жалителот.

17. Во меѓувреме, на 30 ноември 2005 година жалителот покрена постапка против неговата воена единица за да добие родителско отсуство од три години, со образложение дека сам ги одгледува своите три деца. Тој се повикал особено на член 10 став 9 од законот за статусот на воените лица (види став 47 подолу).

18. На сослушувањето пред воениот суд на гарнизонот во градот Пушкин, претставниците на воената единица тврделе дека жалителот не докажал оти сам ги одгледувал своите деца. Според нив, било невозможно жалителот сам да се грижел за своите деца додека работел во Армијата, студирал на универзитет и бил вклучен во неколку судски постапки; други елементи докажаа дека г-ѓа З., како и други лица, му помагале во тоа, така што децата не биле лишени од мајчинска грижа. Претставниците на воената единица, исто така, му укажаа на судот за некои недоследности на забелешките од жалителот, како и во документите што ги составил: на пример, адресата на децата што стои на договорот склучен пред нотар е неточна, договорот за вработување на г-ѓа З не бил заведен како што тоа се бара со закон, во пасошот на г-ѓа З. нема печат за развод, а жалителот не поднел барање за детски додаток, ниту пак ја тужел г-ѓа З. суд заради прекршување на својата обврска за издршка. Според нив, жалителот симулирал развод со цел да ја избегне работата во армијата и да си обезбеди дополнителна корист од својата воена единица.

19. Судот го разгледа барањето за развод на г-ѓа З., во коешто таа изјавува дека била одвоена од жалителот од септември 2005 година и сметала дека какво било продолжување на брачниот живот било невозможно. Судот, исто така, ја зеде предвид пресудата за развод, договорот заверен на нотар дека децата треба да живеат со жалителот и договорот за вработување на г-ѓа З. потпишан во Санкт Петербург. Конечно, судот се потпре на записникот од расправата одржана на 27 февруари 2006 година во граѓански случај што не е поврзан со овој, каде што стоело дека г-ѓа З. го претставувале жалителот.

20. Жалителот изјави дека живеел со своите деца кај родителите на г-ѓа З. во Новгород. Тој појасни дека г-ѓа З. повремено му помагала (на пример, таа го чувала најмладото од нивните деца на 31 јануари 2006 година додека тој бил на судење), но дека тој секојдневно се грижел за децата. Г-ѓа З. не му плаќала издршка бидејќи нејзините приходи биле премногу ниски. Таа навистина го претставувала на сослушувањето на 27 февруари 2006 година, кое се однесувало на заедничко барање доставено од брачните партнери пред нивниот развод и се согласила да продолжи да го претставува до крајот на постапката.

21. Г-ѓа З. изјави дека таа живее во Санкт Петербург, додека децата живеат во Новгород со жалителот, дека таа не ги чува и дека не плаќа издршка бидејќи нејзината плата била премногу ниска.

22. Таткото на г-ѓа З. посочи дека по разводот неговата ќерка заминала во Санкт Петербург, додека жалителот и децата останале да живеат со него и неговата сопруга во станот што им припаѓал на двајцата нив. Тој додаде дека иако неговата ќерка повремено разговарала со децата по телефон, таа не била вклучена во нивното воспитување и дека жалителот сам ги одгледувал: ги возел на училиште и на лекар, им подготвувал јадење, ги носел на прошетка и се грижел за нивното образование.

23. Лицето коешто ја вработило г-ѓа З. изјави дека истата работела за неа во Санкт Петербург. Таа госпоѓа изјави дека, со оглед на тоа што договорите за вработување требало да бидат заведени, сакала да го заведе и тој на г-ѓа З. во даночната администрација, но дека таа го одбила истото, информирајќи ја дека оваа постапка треба да биде направена кај општинските служби. Но, истите тие служби ја известиле дека договорите за работа се заведуваат во даночната администрација. Фатена во еден магичен круг, таа се откажала од заведувањето на договорот на г-ѓа З. Таа појасни дека г-ѓа З. се вратила на работа две недели по породувањето. Знаеше дека децата на жалителот живеат со својот татко во Новгород, но не знаела ништо повеќе за односите на г-ѓа З. со нејзиниот поранешен сопруг или со нејзините деца. Таа слушала како г-ѓа З. понекогаш разговарала по телефон со нејзиното најстаро дете.

24. Наставничката на најмладиот син на жалителот изјави дека во текот на месец септември 2005 година, детето било однесено во училиштето од страна на неговиот татко и мајка. Сепак, од раѓањето на третото дете и разводот на родителите, секогаш жалителот го носел детето наутро во училиште и го земал навечер. Исто така, жалителот доаѓал на приредбите во училиштето. Кога наставничката го прашала детето за неговата мајка, тоа одговорило дека таа е замината во Санкт Петербург, каде што работела. Наставничката мислела дека жалителот бил добар татко и дека, очигледно, детето многу го сакало. Од друга страна, детето никогаш не зборувало за својата мајка.

25. Докторот на децата изјавил дека на 6 октомври 2005 година, г-ѓа З. го донела најмалото дете во неговата ординација на преглед. Од 1 ноември 2005 година, секогаш жалителот го носел децата во ординација. Тие биле во добра здравствена состојба и добро згрижени.

26. На 14 март 2006 година, воениот суд на гарнизонот во градот Пушкин го отфрли барањето за родителско отсуство од три години побарано од страна на жалителот врз основа на тоа дека не е правно основано. Тој суд проценил дека само воениот персонал од женски пол има право да побара породилно отсуство во траење од три години и дека воените лица од машки пол немаат право на такво отсуство дури и кога нивните деца се лишени од мајчинска грижа. Од друга страна, воените лица од машки пол чии деца го имаат овој случај имаат право на предвремено заминување од семејни причини или на тримесечно отсуство. Жалителот ја избра втората опција.

27. Судот додаде дека, во секој случај, жалителот не докажа дека сам се грижел за своите деца и дека нивната мајка не се грижела за нив. Според анализата на судот, се појавиле доказни елементи коишто биле испитани на сослушувањето дека жалителот и г-ѓа З. продолжиле со својот брачен живот, дури и по разводот. Тие живееле заедно, заедно се грижеле за децата и заеднички ги бранеле интересите на семејството. Наводите на жалителот спротивни на ова биле лажни и требало да го наведат судот да направи грешка. Клучниот момент е дека г-ѓа З. не била лишена од родителски авторитет. Таа на никаков начин не била спречена да се грижи за своите деца и малку е важен фактот дали тие живееле со неа или не.

28. Жалителот поднел жалба, тврдејќи дека одбивањето да се даде родителско отсуство од три години претставува повреда на принципот на еднаквост помеѓу мажите и жените гарантиран со Уставот. Тој исто така верува дека фактичките наоди изнесени од основниот суд не биле во согласност со доказите разгледани при расправата.

29. На 27 април 2006 година, воениот суд на ленинградскиот воен округ ја потврди донесената пресуда. Тој не ги разгледал тврдењата на жалителот дека фактичките наоди на основниот суд биле неточни. Сепак, тој се произнел дека во согласност со интерната правна регулатива „воениот персонал од машки пол во никој случај не може да користи родителско отсуство», додавајќи дека „размислувањата [на жалителот] за еднаквоста меѓу мажите и жените (...) не [можеле да] го оправдуваат поништувањето на првостепената пресуда, којашто [била] во суштина коректна».

30. Додека судската постапка била во тек, жалителот неколку пати добивал дисциплински мерки поради чести отсуства од неговото работно место.

31. Со одлука од 24 октомври 2006 г., началникот на воената единица бр. 41480 му одобрил на жалителот родителско отсуство до 30 септември 2008 г., датум кога неговиот најмлад син наполнил три години. На 25 октомври 2006 г. жалителот добива финансиска помош од 200.000 руски рубљи (RUB), околу 5900 EUR. Во писмото од 9 ноември 2006 г., началникот на воената единица бр. 41480 го известил жалителот дека финансиската помош му била доделена „поради [неговите] семејни потешкотии, потребата да се одгледаат три малолетни деца и поради немање друг извор на приходи.»

32. На 8 декември 2006 година Воениот суд при гарнизонот на градот Пушкин издал решение со кое се критикувал началникот на воената единица бр. 41480 затоа што на жалителот му доделил тригодишно родителско отсуство и со тоа не ја почитувал пресудата од 27 април 2006 година во која одлучил дека жалителот немал право на такво отсуство. Судот му ја посочил на началникот на воената единица незаконитоста на неговиот налог.

Б. Пресудата на Уставниот суд

33. На 11 август 2008 година жалителот се жалел до Уставниот суд тврдејќи дека одредбите од Законот за воена служба во врска со тригодишното родителско отсуство не биле компатибилни со клаузулата за еднаквост во Уставот.

34. На 15 јануари 2009 година Уставниот суд ја одбил неговата жалба. Релевантните делови на неговата пресуда го велат следново:

„2.1 (...) Воената служба е посебен вид на јавна служба која обезбедува одбрана на земјата и безбедност на државата: затоа се извршува за јавен интерес. Лицата кои се во воена служба извршуваат уставно важни функции и затоа поседуваат посебен правен статус којшто се заснова врз потребата граѓанин на Руската Федерација да си ја извршува својата обврска и должност за да ја заштити татковината.

Кога се воспоставува посебен правен статус за армискиот персонал, сојузното законодавно тело има право, во рамките на дискреционите овластувања да постави ограничувања на нивните граѓански права и слободи и да додели посебни обврски (...)

(...) Со потпишувањето на договорот за воена служба граѓанинот (...) доброволно избира професионална активност која најпрво вклучува ограничувања на неговите граѓански права и слободи што е неразделиво од ваквата јавна служба, и второ, извршување на должности за да се обезбеди одбрана на земјата и безбедност на државата. Соодветно на тоа армискиот персонал презема обврска да се придржува на законските барања кои ги ограничуваат нивните слободи и им наметнуваат посебни јавни обврски.

(...) Со доброволно избирање на овој вид на служба граѓаните се согласуваат со условите и ограничувањата на стекнатиот правен статус. Затоа наметнувањето од страна на сојузното законодавно тело на ограничувања на правата и слободите на таквите граѓани само по себе не е компатибилно со [Уставот] и е во согласност со Конвенцијата против дискриминација на МОТ (вработувања и професија) бр. 111 од 25 јуни 1958 година, која уредува дека секоја разлика, исклучување или претпочитање во однос на одредено работно место засновано на неразделни услови нема да се сметаат за дискриминација (член 1 став 2).

2.2 Согласно членот 11 став 13 од [Законот за воена служба] родителското отсуство се доделува на женскиот армиски персонал во согласност со постапката што е утврдена во сојузните закони и регулатива на Руската Федерација. Слична одредба се содржи во членот 32 став 5 од Правилата за воена служба, кои исто така уредуваат дека за време на родителското отсуство жените во воена служба ќе го задржат местото и воениот чин.

Маж во воена служба под договор има право на отсуство до три месеци доколку неговата сопруга почине при пораѓање или ако подига дете или деца помлади од 14 години (деца со хендикеп помлади од 16 години) кои се без мајчинска грижа (во случај на смрт на мајката, повлекување на родителска надлежност, подолга болест или друга состојба во која неговите деца немаат мајчинска грижа). Целта на таквото отсуство е да му се даде на мажот во воена служба разумна можност за да организира грижа за своето дете и во зависност од исходот да одлучи дали тој сака да продолжи со воената служба. Доколку тој одлучи да се грижи за своето дете сам тој има право на порано прекинување на својата служба од семејни причини (...)

Законот на сила не му дава на лицето во воена служба право на тригодишно родителско отсуство. Соодветно на тоа, на мажите во воена служба под договор забрането им е да го комбинира извршувањето на своите воени обврски со родителското отсуство. Оваа забрана се заснова најпрво врз посебниот правен статус на војската, и второ врз уставно важните цели кои ги оправдуваат ограничувањата на човековите права и слободи во врска со потребата да се користат соодветни услови за ефикасна професионална активност на воените лица кои ги исполнуваат своите обврски за одбрана на татковината.

Заради посебните услови на воената служба, неизвршувањето на воените обврски од страна на армискиот персонал мора да биде исклучено бидејќи може да предизвика штета по јавните интереси заштитени со закон. Затоа фактот дека мажите во воена служба под договор немаат право

на родителско отсуство не може да се смета како повреда на нивните уставни права или слободи, вклучително нивното право да се грижат и да ги одгледуваат своите деца гарантирано со членот 38 став 2 од Уставот на Руската Федерација. Исто така, ова ограничување е оправдано од доброволната природа на договорот за воена служба.

Со доделување, врз вонреден основ, на право на родителско отсуство само на жените во воена служба, законодавното тело го земало во предвид, најпрво ограниченото учество на жените во воената служба и второ посебната социјална улога на жените поврзана со мајчинството. [Таквите размислувања] се компатибилни со членот 38 став 1 од Уставот на Руската Федерација. Затоа, одлуката на законодавецот не може да се смета за повреда на начелата на еднаквост на човековите права и слободи или еднаквоста на правата на мажите и жените како што се гарантирани со членот 19 ставови 2 и 3 од Уставот на Руската Федерација.

Од горекажаното следи дека членот 11(13) од [Законот за воена служба] со кој се доделува правото на родителско отсуство само на жените во воена служба не значи повреда на уставните права на жалителот (...)

2.4 Бидејќи мажите во воена служба кои имаат малолетни деца немаат право на родителско отсуство, тие немаат право на месечен детски додаток кој им се дава на оние кои се грижат за деца на возраст под една и пол година (...)

Уставниот суд заклучил дека одредбите, кои биле оспорени од страна на жалителот, биле компатибилни со Уставот.

В. Посета на Обвинителот на 31 март 2011 година

35. На неутврден датум во март 2011 година застапникот на Русија во Европскиот суд за човекови права побарал од локалното воено обвинителство да спроведе истрага за семејната состојба на жалителот. Тој конкретно побарал од жалителот да открие каде жалителот, г-ѓата З. и нивните деца живееле во моментот и дали г-ѓата З. плаќала издржување за децата.

36. Според Владата, жалителот бил повикан во обвинителството на 30 или 31 март 2011 година. Жалителот изјавил дека тој не примил никакви покани.

37. Бидејќи жалителот не се појавил во назначеното време, обвинителот одлучил да го посети дома. Според жалителот обвинителот пристигнал во неговиот стан во 22.00 часот на 31 март 2011 година и ги разбудил и исплашил децата. Владата се изјаснила дека обвинителот го посетил жалителот во 21.00 часот и останал еден час.

38. Обвинителот го информирал жалителот дека тој вршел истрага на барање на застапникот на Руската Федерација на Европскиот суд за човекови права. Тој запишал кој живеел во станот. Потоа побарал од жалителот да ја покаже судската пресуда за издржувањето за неговиот најмал син. Откако жалителот објаснил дека издржувањето за децата било утврдено со нотарски заверен документ, обвинителот побарал копија од документот. Тој го предупредил жалителот дека доколку одбиел да ги покаже бараните документи неговите соседи ќе биле испрашани.

39. Жалителот го повикал својот застапник пред Судот и по негов совет одбил да се придржува на наредбите на обвинителот или да одговора на неговите понатамошни прашања. Потпишал писмена изјава во таа смисла. Обвинителот веднаш заминал.

40. Обвинителот исто така ги распрашал соседите на жалителот кои посведочеле дека жалителот и г-ѓата З. живееле заедно.

41. Според Владата истрагата утврдила дека жалителот и г-ѓата З. повторно се венчале на 1 април 2008 година и добиле и четврто дете на 5 август 2010 година. Во декември 2008 година жалителот ја прекинал воената служба од здравствени причини. Жалителот и г-ѓата З. во моментот живееле заедно со своите четири деца и родителите на г-ѓата З.

II. РЕЛЕВАНТНО ДОМАШНО ПРАВО

42. Рускиот устав гарантира еднаквост на правата и слободите на сите без разлика пред сè на полот, социјалниот статус или вработувањето. Мажите и жените имаат еднакви права и слободи и еднакви можности (членот 19 ставови 2-3).

43. Уставот исто така гарантира заштита на мајчинството и семејството од страна на државата. Грижата и подигнувањето на децата е еднакво право и обврска на обата родители (членот 38 ставови 1-2).

44. Законот за работни односи од 30 декември 2001 година уредува дела жените имаат право на т.н. „породилно отсуство“ од седумдесет дена пред породувањето и седумдесет дена потоа (членот 255). Понатаму жените имаат право на три години „отсуство за грижа за детето“ (родителско отсуство). Родителското отсуство исто така може да се искористи во целост или делумно од страна на таткото на детето, неговата баба, дедо, старател или роднина кој се грижи за детето. Лицето кое користи родителско отсуство го задржува своето работно место. Периодот на родителско отсуство се пресметува во стажот (членот 256).

45. Сојузниот закон за задолжително социјално осигурување за боледување или породилно отсуство (бр. 255-ФЗ од 29 декември 2006) уредува дека за време на породилното отсуство жената добива породилен додаток кој се исплаќа од Државниот фонд за социјално осигурување во износ од 100% од нејзината плата (членот 11). За време на првата година и пол од родителското отсуство, лицето кое се грижи за детето добива месечен детски додаток кој се исплаќа од Државниот фонд за социјално осигурување во износ од 40% од платата, но не помалку од 1.500 рубљи (приближно 37,50 евра) за првото дете и 3.000 рубљи (приближно 75 евра) за секое наредно дете (член 11(2)). За време на втората година и пол од родителското отсуство не се исплаќаат никакви социјални додатоци.

46. Сојузниот закон за статусот на армискиот персонал (бр. 76-ФЗ од 27 мај 1998 г. – „Законот за воена служба“) уредува дека женскиот армиски персонал има право на породилно и родителско отсуство во согласност со Законот за работни односи (член 11(13)): Нема слична одредба за машкиот персонал.

47. Законот исто така уредува дека женскиот армиски персонал како и армискиот персонал кој одгледува деца оставени без мајчинска/татковска грижа имаат право на социјални бенефиции во согласност со сојузните закони и друга законска рамка насочена кон заштита на семејството, мајчинството и детството (членот 10(9)).

48. Согласно Правилата за воена служба, усвоени со Претседателскиот указ бр. 1237 од 16 септември 1999 г. жените во воена служба имаат право на породилно отсуство, на три години родителско отсуство и на сите социјални бенефиции и додатоци согласно тоа. Мажите во воена служба под договор имаат право на тримесечно отсуство во следниве случаи: (а) доколку неговата сопруга почине при пораѓање; или (б) ако подига дете или деца помали од 14 години (деца со хендикеп помлади од 16 години) кои се без мајчинска грижа (во случај на смрт на мајката, повлекување на родителската одговорност, подолга болест или други ситуации во кои неговите деца немаат мајчинска грижа) (членот 21).

III. РЕЛЕВАНТЕН МЕЃУНАРОДЕН И КОМПАРАТИВЕН МАТЕРИЈАЛ

A. Документи на Обединетите нации

Конвенцијата за елиминација на сите форми на дискриминација врз жените

49. Членот 5 од Конвенцијата за елиминација на сите форми на дискриминација врз жените, усвоена во 1979 година од страна на Генералното собрание на Обединетите нации и ратификувана од Русија во 1981 година го уредува следново:

„Земјите членки ќе ги преземат сите соодветни мерки:

(а) Да ги модифицираат социјалните и културни форми на однесување на мажите и жените со цел да се постигне елиминирање на предрасудите и обичаите и сите други практики кои се засноваат на идејата на инфериорност на кој било од половите и на стереотипните улоги за мажите и жените.

(б) Да се обезбеди семејното образование да вклучува соодветно разбирање на мајчинството како општествена функција и препознавање на општата одговорност на мажите и жените во одгледувањето и воспитувањето на своите деца, сфатено во контекст дека интересот на децата е најважен во сите случаи.“

50. Нејзиниот член 16 став 1 уредува, што се однесува до релевантноста, дека:

„Земјите членки ќе ги преземат сите соодветни мерки за елиминирање на дискриминацијата врз жените по сите прашања поврзани со бракот и семејството и особено ќе обезбеди, врз основа на еднаквоста на мажите и жените:

(...)

(г) исти права и обврски како родители, без разлика на нивниот брачен статус, по прашања што се однесуваат на нивните деца; во сите случаи интересите на децата се најважен;

(...)”

51. Во заклучните забелешки на периодичните извештаи поднесени од Руската Федерација усвоени на 30 јули 2010 г. Комитетот за елиминација на дискриминацијата врз жените (CEDAW) се вели особено следново:

„20. Комитетот ја повторува својата загриженост заради присуството на практики, традиции, патријархални ставови и длабоко вкоренети стереотипи поврзани со улогите, обврските и идентитетите на жените и мажите во сите сфери на животот. Во врска со ова Комитетот е загрижен заради акцент што земјата потписничка постојано го става на жените како мајки и негувателки. Комитетот е загрижен (...) дека, до сега, земјата потписничка нема преземено никакви ефективни и систематски активности за модифицирање или елиминирање на стереотипи и негативни вредност и практики.

21. Комитетот апелира до земјата потписничка да изгради, без одлагање, сеопфатна стратегија, вклучително и разгледување и формулација на законодавството и воспоставувањето на целите и распоредите, да ги модифицира или елиминира традиционалните практики и стереотипи кои ги дискриминираат жените (...) Комитетот забележува дека префрлањето на фокусот на жените од примарно сопруги и мајки на жените како личности и фактори еднакви на мажите во општеството е неопходно за целосно спроведување на Конвенцијата и остварувањето на еднаквоста на жените и мажите (...)“

Документи на Меѓународната организација на трудот

52. Членот 1 на Конвенцијата на Меѓународната организација на трудот (МОТ) во врска со дискриминацијата во однос на вработувањето и професијата (К111), усвоена во 1958 г. и ратификувана од Руската федерација во 1961 година го вели следново:

„1. Во смисла на оваа Конвенција терминот „дискриминација“ опфаќа -

(а) секое правење разлика, исклучување или давање предност врз основа на раса, боја на кожа, пол, вера, политичко убедување, национално или социјално потекло, кое има за последица поништување или нарушување на еднаквите можности или третман при вработување или професија;

(б) секое друго правење разлика, исклучување или давање предност кои имаат за последица поништување или нарушување на еднаквите можности или третман при вработување или во професијата кое ќе го утврди засегната членка, по консултација со репрезентативните организациите на работодавачите и работниците, таму каде што постојат, како и со други соодветни тела.

2. Секое правење разлика, исклучување или давање предност во однос на одредено работно место, врз основа на условите кои му соодветствуваат, нема да се смета за дискриминација.

(...)”

53. Членот 3 став 1 од Конвенцијата на МОТ во однос на еднаквите можности и еднаквиот третман на мажите и жените работници: работници со семејни обврски (К156), усвоена во 1981 година и ратификувана од Руската Федерација во 1998 година го вели следново:

„Заради креирање на ефективна еднаквост во можноста и третманот на мажите и жените работници, секоја членка ќе презема како цел на националната политика, да им овозможи на лицата со семејни обврски кои се вработени или сакаат да се вработат да го остварат своето право, да го сторат тоа без да бидат подложени на дискриминација и до она ниво кое е можно, без да се создаде конфликт меѓу нивното вработување и семејните обврски.“

54. Членот 22 од Препораката бр. 165 дополнува дека Конвенцијата го уредува следново:

„(1) Секој од родителите треба да има можност во периодот веднаш по породилното отсуство да добие неплатен одмор (родителско отсуство) без да го изгуби работното место, а правата кои произлегуваат од вработувањето да бидат заштитени.

(2) Времетраењето на периодот кој ќе следи после породилното отсуство и времетраењето и условите на неплатениот одмор на кои се упатува во потставот (1) од овој став треба да се утврдат од секоја земја на некој од начините на кои се упатува во став 3 од Препораката.

(3) Неплатениот одмор на кој се упатува во потстав (1) од овој став може да се воведи постепено.“

Б. Документи на Советот на Европа

Европската социјална повелба

55. Ревидираната Европска социјална повелба беше ратификувана од Руската Федерација во 2009 година Руската Федерација се изјасни дека таа се смета за обврзана, меѓу другото, од членот 27 кој го вели следново:

„ Со цел да се обезбеди ефикасно остварување на правото на еднакви можности и третман за мажите и жените работници кои имаат семејни обврски и помеѓу таквите работници и другите работници, земјите-договорнички се обврзуваат:

(...)

2. да обезбедат можност на еден од родителите да користи, во текот на периодот после породилното отсуство, родителско отсуство за да се грижи за детето, а времетраењето и условите за таквото отсуство треба да бидат утврдени со националното законодавство, колективните договори или праксата (...)

2. Резолуции и препораки на Парламентарното собрание

56. Во својата Резолуција 1274 (2002) за родителското отсуство, Парламентарното собрание го вели следново:

„1. Родителското отсуство за првпат беше воведено во Европа пред повеќе од еден век како клучен елемент на социјалните политики и политиките за вработување за жените кои биле вработени кога се породиле. Неговата цел била да се заштити здравјето на мајките и да им се овозможи да се грижат за своите деца.

2. Родителското отсуство од тогаш е прилагодено за да одговори на потребите не само на жените туку и на мажите кои сакаат да постигнат рамнотежа меѓу работата и семејниот живот и да обезбедат благосостојба за своите деца.

3. Прашањето на родителското отсуство е тесно поврзано со тоа за улогата на мажите во семејството, бидејќи дозволува вистинско партнерство во споделувањето на одговорностите меѓу жените и мажите и во приватната и во јавната сфера (...“

57. Парламентарното собрание понатаму забележало дека родителското отсуство не се применува подеднакво во сите земји членки. Затоа тоа апелирало до земјите членки пред сè:

„i. да ги преземат потребните чекори за да се обезбеди нивното законодавство да ги препознава различните типови на семејни структури, доколку не го имаат јасно сторено и соодветно на тоа да го воведат принципот на платено родителско отсуство вклучително и отсуство при усвојување;

ii. да се воспостават соодветни структури за спроведување на родителско отсуство, вклучително и отсуство при усвојување на дете (...“

58. Во препораката 1769 (2006) за потребата да се помири работата со семејниот живот Парламентарното собрание забележало дека целта за помирување на работата и семејниот живот била далеку од остварена во многу земји членки на Советот на Европа и дека ваквата состојба пред сè ги казнувала жените бидејќи тие сè уште ги извршувале повеќето обврски околу водењето на домаќинството, подигнувањето на децата и многу често се грижеле и за своите родители кои зависеле од нив или за други постари зависни лица. Затоа тоа го повикало Комитетот на министри да упати препорака до земјите членки барајќи од нив пред сè:

„8.3. да преземат мерки со кои ќе се олесни помирувањето на работата и семејниот живот чија цел се и жените и мажите, вклучително:

(...)

8.3.5. обезбедување на соодветен надоместок за време на породилното отсуство;

8.3.6. воведување, ако веќе не е сторено, на платено родителско отсуство и да се охрабрат мажите да го користат;

(...)

8.3.8. воведување на платено родителско отсуство покриено од социјално, кое може да се користи флексибилно од таткото и мајката, притоа обрнувајќи посебно внимание мажите реално да можат да го користат (...“

3. Препораки на Комитетот на министри

59. Во својата Препорака бр. Р (96) 5 за помирување на работата и семејниот живот Комитетот на министри, согледувајќи ја потребата од иновативни мерки за помирување на работата и семејниот живот, на земјите членки им препорачал:

„I. Да преземат активности во рамките на општата политика за промовирање на еднакви можности и еднаков третман за да им се овозможи на жените и мажите без дискриминација подобро да ја помират својата работа и семејни животи;

II. да ги усвојат и спроведат мерките и општите принципи кои се опишани во додатокот на оваа препорака на начин кој тие го сметаат за најсоодветен за да се постигне оваа цел во контекст на националните околности и потреби.“

60. Во однос на породилното, татковското и родителското отсуство додатокот на гореспоменатата Препорака го објаснува следново:

„12. Жените треба да имаат право на правна заштита во случај на бременост и особено соодветен период за породилно отсуство, соодветна плата или додаток за време на овој период и заштита на работното место.

13. На татковците на новородените деца исто така треба да им се дозволи краток период на отсуство за да бидат со своето семејство. Дополнително, и таткото и мајката треба да имаат право да земат родителско отсуство за време на период утврден од националните власти без да ја изгубат работата или кое било друго право обезбедено со социјалната заштита и регулативата за вработување. Можност треба да постои таквото родителско отсуство да се земе делумно и да се сподели меѓу родителите.

14. Мерките што се опишани во став 13 треба подеднакво да се применуваат и во корист на лицата кои усвојуваат дете.

15. Враќањето на работа на крајот на периодот од родителското отсуство треба да биде олеснето на пример од стручно насочување и можности за обука.“

61. Препораката Rec(2007)17 од Комитетот на министри до земјите членки за стандардите за родова еднаквост и препорачаните механизми особено дека

„(...) владите на земјите членки да ги преземат или зајакнат потребните мерки за спроведување на родовата еднаквост во пракса, земајќи ги целосно во предвид следниве принципи и стандарди:

(...)

Б. Стандарди во одредени области:

(...)

5. Усогласување на приватниот/семејниот живот со професионалниот/ јавниот живот

34. Родовите стереотипи и силната поделба на родовите улоги влијаат на социјалните модели кои имаат обичај да гледаат на жените главно како на тие што се одговорни за семејниот и приватниот живот (во делот на неплатената работа), а мажите за јавната сфера и професионалната работа (во делот на платената работа). Таквата поделба води кон опстојување на нееднакво поделени домашни и семејни обврски, како една од главните причини за дискриминација на жените на пазарот на трудот и за нивното ограничено социјално и политичко учество.

35. Затоа балансираното учество на жените и мажите во професионалниот/јавниот живот и во приватниот/семејниот живот претставува клучната област за родовата еднаквост и во основа за развој на општеството. Од друга страна, помирувањето на работата и јавниот живот со семејниот и приватниот живот, промовирањето на себеисполнетост во јавниот, професионалниот, социјалниот и семејниот живот претставуваат предуслов за битен квалитет на живеење за сите, и жените и мажите, девојчињата и момчињата и за целосно уживање на човековите права во политичката, економската, културната и социјалната сфера.

36. Елементите кои ја покажуваат политичката волја и заложба на земјите кон родовата еднаквост во однос на ова го вклучуваат следново:

(...)

iii. усвојување/постоене и спроведување на законодавството за заштита на мајката и таткото, вклучително и одредби за платено породилно отсуство, платено родителско отсуство еднакво достапно и за двајцата родители и платено родителско отсуство што не може да се префрли, како и посебни мерки подеднакво упатени и на жените и на мажите за да им се овозможи исполнување на семејните обврски, вклучително и нега и помош за болни деца и деца со посебни потреби или зависни лица(...)

62. Конечно, во Препораката Res(2010)4 за човековите права на припадниците на вооружените сили, Комитетот на министри им препорачува на владите на земјите членки да обезбедат пред сè „принципите утврдени во додатокот на оваа препорака да се почитуваат во националното законодавство и пракса во однос на припадниците на вооружените сили“. Начелото 39 од додатокот на Препораката уредува „припадниците на вооружените сили кои се родители на мали деца да имаат право на отсуство за мајката или таткото, соодветни бенефиции за грижа за детето, пристап до јасли и соодветен здравствен и образовен систем за децата“.

В. Документи на Европската унија

1. Директиви на Советот

63. Директивата на Советот 96/34/ЕС од 3 јуни 1996 г. за Рамковниот договор за родителско отсуство склучен од УНИЦЕ [Унија на индустриските и конфедерациите на работодавците на Европа], ЦЕЕП [Европски центар на претпријатија со јавен удел и претпријатија од општ економски интерес] и ЕТУЦ [Конфедерација на Европската трговската унија] го усвоија тој договор, кој стапи на сила на 14 декември 1996 г. меѓу оние репрезентативни организации од индустријата, а кој го уредува, особено, следново:

„Клаузула 2: Родителско отсуство

1. Овој договор им дава, предмет на клаузулата 2.2, на мажите и жените работници индивидуално право на отсуство по основ на раѓање или усвојување на дете за да им се овозможи да се грижат за тоа дете најмалку три месеци, па се до 8-годишна возраст што треба да биде дефинирано од земјите членки и/или управата и работниците.

2. За да промовираат еднакви можности и еднаков третман меѓу мажите и жените, странките на овој договор сметаат дека правото на родителско отсуство уредено согласно клаузулата 2.1 во принцип треба да се даде без можност да се префрли на друг.

(...)”

64. Директивата на Советот 2010/18/ЕУ од 8 март 2010 г. за примената на ревидираниот Рамковен договор за родителско отсуство меѓу Бизнес Европа, УЕАПМЕ, ЦЕЕП и ЕТУЦ ја замени Директивата 96/34/ЕС. Ревидираниот Рамковен договор го уредува следново:

„Клаузула 2: Родителско отсуство

1. Овој договор им дава на мажите и жените работници индивидуално право на родителско отсуство по основ на раѓање или усвојување на дете за да се грижат за тоа дете до одредена возраст до осум години која треба да ја дефинираат земјите членки и/или социјалните партнери.

2. Отсуството ќе биде дадено најмалку за период од четири месеци, и за да се промовираат еднакви можности и еднаков третман на мажите и жените, во принцип треба да се обезбедува на начин да не може да се префрла. За да се охрабри подеднакво земање на отсуството од двајцата родители најмалку еден од четирите месеци треба да се дава на основ дека не може да се префрли. Модалитетите на примената на периодот што не може да се префрли ќе се утврди на национално ниво преку законодавството и/или колективните договори кои ги земаат во предвид постојните договори за отсуство во земјите членки.“

2. Судската пракса на Европскиот суд на правдата

65. Случајот на Joseph Griesmar против Министерот за економија, финансии и индустрија, Министерот за државна администрација, за државни реформи и децентрализација се занимава со прашањето на сервисен кредит за децата кој им следувал само на жените државни службеници во согласност со францускиот план за пензионирање за државните службеници и војската. Во својата пресуда од 29 ноември 2001 година, Европскиот суд на правдата (ЕСП) забележал дека давањето на тој кредит не било поврзано со породилното отсуство или проблемите со кои се соочувале жените државни службеници во својата кариера како резултат на тоа што отсуствувале од работа во времето по раѓањето на своето дете. Овој кредит бил поврзан со посебен период, имено што го посветиле на подигање на децата. Во врска со ова ЕСП утврдил дека состојбата на мажите и жените државни службеници била споредлива што се однесува до подигнувањето на децата. Конкретно фактот дека

жените државни службеници биле попогодени од професионалните проблеми поврзани со одгледувањето на децата, бидејќи ова било задача што главно ја извршувале жените, не спречило нивната ситуацијата да биде споредлива со таа на мажите државни службеници кои ја презеле задачата да ги подигаат своите деца и затоа биле изложени на истите проблеми поврзани со работата.

66. Понатаму, ЕСП забележал дека француското законодавство вовело разлика во третманот врз основа на полот во однос на мажите државни службеници кои всушност ја презеле задачата да ги одгледуваат своите деца. Таа мерка не била прилагодена бидејќи не била од таква природа што би се насочила да ги неутрализира проблемите на кои биле изложени кариерите на жените државни службеници со тоа што им помагала на тие жени да го водат својот професионален живот рамноправно со мажите. Напротив, таа мерка била ограничена на тоа што на жените државни службеници кои биле мајки им бил даван службен кредит на денот на нивното пензионирање, без да се понуди правен лек за проблемите на кои можеле да наидат во текот на својата професионална кариера. Затоа француското законодавство го прекршило принципот на еднаква плата, бидејќи ги исклучувало мажите државни службеници, кои можеле да докажат дека тие ја презеле задачата да ги подигаат своите деца, од правото на таков кредит.

67. Пресудата усвоена од ЕСП на 30 септември 2010 година во случајот на Roca Álvarez против Sesa Start España ETT SA се занимава со прашањето дали тоа што не било дозволено „отсуство за доење“ (половина час намалување на работниот ден за да се нахрани бебето) на вработените татковци, додека вработените мајки имале право да такво отсуство, достигнало степен на полова дискриминација. ЕСП одлучил дека позицијата на мажите и жените работници, татковците и мајките на малите деца, била споредлива во однос на нивната можна потреба да го намалат своето работно време за да се грижат за своите деца. Шпанското законодавство воспоставило разлика по основ на полот, меѓу мајките кои имале статус на вработено лице и татковците со ист статус.

68. Што се однесува до оправдувањето на таква разлика во третманот, ЕСП сметал најпрво дека отсуството во прашање бил издвоено од биолошкиот факт на доењето, право кое се давало дури и во случаи на хранење со шишенце. Затоа можело да се смета чисто за време посветено на детето и како мерка која го помирувала семејниот живот и работата по породилното отсуство. Хранењето и посветувањето на време на детето можело да се направи подеднакво и од страна на таткото како и од мајката. Оттука отсуството се сметало дека се однесувало на работниците во нивното својство на родители на дете. Според тоа не можело да се смета како обезбедување на заштита на биолошкиот услов на жената по пораѓањето или заштитата на посебниот однос меѓу мајката и нејзиното дете.

69. Второ, мерката во прашање не претставува дозволена предност што и се дава на жената за да се подобри нејзината способност да конкурира на пазарот на трудот и да води кариера рамноправно со мажите. Напротив, фактот дека само жена чиј статус бил на вработено лице можела да добие такво отсуство додека мажи со истиот статус не можел, подложил на континуирана традиционална распределба на улогите на мажите и жените со тоа што мажите ја имале супсидијарната улога во однос на жените кога се работело за нивното остварување на родителските обврски. Да се одбие правото што следува за отсуството во прашање за татковците со статус на вработено лице, чисто на основа дека мајката на детето не го имала тој статус, како последица би можело да значи дека мајката ќе морала да ги ограничи своите активности како самовработена и да го носи товарот кој произлегол од раѓањето на детето сама, без таткото да може да и го олесни товарот. Последователно, мерката во прашање не можела да се смета дека е мерка за елиминирање или намалување на постојните нееднаквости во општеството, ниту мерка која се обидува да постигне суштинска наспроти формалната еднаквост со намалување на реалните нееднаквости кои би можеле да произлезат во општеството и на тој начин да спречат или надоместат за хендикепот во професионалните кариери на релевантните личности.

70. ЕСП заклучил дека релевантните одредби од шпанскиот закон не биле компатибилни со правото на Европската унија.

Г. Компаративен правен материјал

71. Судот спроведе компаративна студија на законодавството на триесет и три земји членки на Советот на Европа (Албанија, Ерменија, Австрија, Азербејџан, Белгија, Босна и Херцеговина, Бугарија, Хрватска, Кипар, Чешка, Естонија, Финска, „поранешната Југословенска Република Македонија“, Франција, Грузија, Германија, Грција, Италија, Летонија, Литванија, Луксембург, Малта, Република Молдавија, Холандија, Полска, Португалија, Романија, Србија, Шпанија, Шведска, Швајцарија, Турција и Обединетото Кралство).

72. Компаративната студија сугерира дека што се однесува до цивилните лица, во две држави (Ерменија и Швајцарија) правото на родителско отсуство е ограничено на жените. Во една држава (Турција) мажите кои работат во приватниот сектор немаат право на родителско отсуство, додека државните службеници имаат право на такво отсуство. Во една држава (Босна и Херцеговина) мажите можат да земат родителско отсуство само под одредени услови (на пример, доколку детето нема мајчинска грижа). Во една држава (Албанија) со закон не се предвидува никакво родителско отсуство. Во преостанатите дваесет и осум држави, и мажите и жените подеднакво имаат право на родителско отсуство во цивилен живот.

73. Во некои земји родителското отсуство е право кое му следува на семејството кое треба да се подели меѓу родителите (на пример во Азербејџан, Грузија и Романија). Во други земји се работи за индивидуално право, каде секој родител има право на одреден дел од родителското отсуство (на пример во Белгија, Хрватска, Чешка, Луксембург и Италија). Во Шведска правото е делумно семејно, делумно индивидуално, со шеесет дена резервирани за секој од родителите и остатокот поделен меѓу нив според нивната одлука. Во некои земји родителското отсуство е неплатено (на пример во Австрија, Белгија, Кипар, Малта, Холандија, Шпанија и Обединетото Кралство). Во другите родителското отсуство е платено или делумно или во целост (на пр. Азербејџан, Чешка, Луксембург, Португалија и Србија). Исто така постојат различни пристапи кон времетраењето на родителското отсуство кое се движи од три месеци (Белгија) до три години (Шведска).

74. Што се однесува до армискиот персонал се чини дека во една држава (Албанија) армискиот персонал изречно немаат право на родителско отсуство. Во шест држави (Ерменија, Азербејџан, Грузија, Република Молдавија, Швајцарија и Турција) само жените во воена служба имаат право на такво отсуство. Во три држави (Босна и Херцеговина, Бугарија и Србија) сите жени во воена служба имаат право на родителско отсуство, додека мажите во воена служба имаат право на такво отсуство само во вонредни случаи, на пример доколку мајката починала, го напуштила детето, сериозно е болна или не може да се грижи за детето од некоја друга оправдана причина. Во преостанатите дваесет и три држави и мажите и жените во воена служба подеднакво имаат право на родителско отсуство.

75. Во некои земји (на пр. Австрија, Хрватска, Кипар, Чешка, Естонија, Финска, Италија, Луксембург, Малта, Португалија, Србија и Шведска) родителското отсуство за армискиот персонал се чини дека подложи на истите општи одредби кои важат за цивилните лица. Во други земји (на пр. Чешка, Франција, Грција, Летонија, Литванија и Романија) родителското отсуство се регулира со посебни одредби кои меѓутоа не содржат никакви побитни разлики споредено со правилата што се применуваат за цивилните лица. Во пет земји (Белгија, Германија, Холандија, Шпанија и Обединетото Кралство) посебните одредби кои го уредуваат родителското отсуство за армискиот персонал содржат одредени разлики или ограничувања кои не важат за цивилните лица. На пример, законската регулатива во Холандија уредува дека родителското отсуство може да биде одложено доколку „важни интереси на службата“ го бараат тоа. Во Германија армискиот персонал има бенефиции од истите статутарни права како и цивилните лица во смисла на родителското отсуство. Меѓутоа, Министерството за одбрана може да се спротивстави на доделувањето на родителско отсуство на воениот персонал или да ги отповика од родителско отсуство на служба по основ на голема потреба за националната одбрана. Слично на тоа во Обединетото Кралство персоналот во воена служба кој во принцип го има истото право на родителско отсуство како и цивилните лица може да не е во можност да земе родителско отсуство кога сакаат доколку се смета дека тоа ќе влијае на борбената ефективност на вооружените сили.

ПРАВО

I. ЗА НАВОДНАТА ПОВРЕДА НА ЧЛЕНОТ 14 ОД КОНВЕНЦИЈАТА ВО ВРСКА СО ЧЛЕНОТ 8

76. Жалителот се жалел дека одбивањето да му се дозволи родителско отсуство претставувало дискриминација на полово основа. Тој се повика на членот 14 од Конвенцијата во врска со членот 8. Релевантните одредби го предвидуваат следното:

Член 8

„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, или економската благосостојба на земјата, спречување на нереди или кривично дело, заштитата на здравјето или моралот, или заштитата на правата и слободите на другите, во едно демократско општество.“

Член 14

„Уживањето на правата и слободите, утврдени во [оваа] Конвенција, ќе биде обезбедено 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.“

A. Воведни приговори на Владата

77. Владата поднесе три претходни приговори: тврди дека жалителот не може да се смета за жртва на повреда на член 14 во врска со член 8, дека жалбата треба да биде одбиена од Судот поради тоа што спорот е решен и дека оваа жалба претставува злоупотреба на правото на индивидуална жалба. Таа ги наведува членовите 34, 35 став 3 и 37 став 1 од Конвенцијата, кои во релевантните делови гласат:

Член 34

«Судот може да добие жалба од кое било физичко лице (...) кое тврди дека е жртва на повреда од страна на една од високите договорни страни на правата признаени во Конвенцијата или во нејзините протоколи.(...)»

Член 35

„(...)»

3. Судот не прифаќа никаква индивидуална жалба доставена врз основа на членот 34, ако оцени дека:

а) жалбата е неспоива со одредбите на Конвенцијата или на протоколите, ако е очигледно неоснована или навредлива; или

(...)»

Член 37

„1. Во која било фаза од постапката, Судот може да одлучи да ја одбие жалбата кога според околностите може да се заклучи

а) дека жалителот нема намера да ја задржи; или

б) дека спорот е решен; или

в) дека, од било која друга причина утврдена од страна на Судот, не е оправдано да се продолжи со разгледување на жалбата.

Сепак, Судот ќе продолжи со разгледување на жалбата, доколку тоа го бара почитувањето на човековите права, гарантирани со Конвенцијата и нејзините протоколи.

(...)“

78. Судот ќе ги разгледа еден по еден сите приговори доставени од страна на Владата.

1. Статус на жртва

а) Пресудата на советот

79. Советот, кој го постави прашањето по службена должност, сметаше дека жалителот сè уште можел да тврди дека е жртва на наводна дискриминација во смисла на членот 34 од Конвенцијата, со оглед на фактот што државните власти не го признаваат постоењето повреда на правата загарантирани со Конвенцијата. Советот истакна дека родителско отсуство и финансиската помош му биле доделени на жалителот заради неговите семејни и финансиски тешкотии и дека овие мерки поради тоа не може да се толкуваат како суштинско признавање на повреда на правото на лицето да не биде дискриминирано врз основа на полот. На крај, советот забележа дека, дури и откако жалителот добил родителско отсуство во исклучителни околности, домашните судови продолжиле да сметаат оти, како воено лице од машки пол, законот не му дава право да користи такво отсуство и дека таа состојба не значи оти се работи за повреда на правото на еднаков третман.

б) Аргументите на Владата

80. Пред Големиот судски совет, Владата тврдеше дека жалителот добил родителско отсуство и финансиска помош и дека на тој начин била надоместена наводната повреда. Покрај тоа, горенаведените мерки може да бидат протолкувани како суштинско признавање на повредата на правата на лицето загарантирани со Конвенцијата. Затоа, жалителот не може повеќе да тврди дека е жртва на повреда на член 14 во врска со член 8.

в) Аргументите на жалителот

81. Жалителот навел дека државните власти не признале оти имало повреда на Конвенцијата и не му обезбедиле соодветен надоместок. Всушност тој добил, со една година задоцнување, по доставувањето на жалбата до Владата, само родителско отсуство во траење од две години, наместо три. Тој, наводно, добил дисциплински мерки поради неговите чести отсуства од работа во текот на годината, кога морал да ги прилагоди обврските кон своето работно место во армијата и грижата за своето новороденче. Покрај тоа, домашните судови зазеле став дека родителското отсуство му било незаконски доделено. Што се однесува до добиената финансиска помош, таа наводно му била исплатена поради неговите семејни и финансиски тешкотии и затоа не може да се смета за надоместување на повредата на неговото право да не биде подложен на дискриминација.

г) Оценка на Судот

82. Судот потсетува дека секоја одлука или мерка во корист на жалителот, во принцип, не може да му го одземе неговиот статус на „жртва“ освен доколку државните власти тоа не го признале, експлицитно или суштински, а потоа ја надоместиле повредата на Конвенцијата (види, на пример, *Athug против Франција*, 25 јуни 1996 г., став 36, *Извештаи за пресуди и одлуки 1996-III, Dalban против Романија [ГС]*, бр. 28114/95, став 44, *ЕСЧП 1999-VI*, и *Sakhnovski против Русија [ГС]*, бр. 21272/03, став 67, 2 ноември 2010 г.).

83. Големиот судски совет забележува дека во писмените или усни коментари што биле поднесени како дел од постапката, страните не навеле во врска со прашањето за статусот на жртва никаков нов аргумент, различен од оние кои веќе биле разгледани од страна на советот. Според тоа, Големиот судски совет не гледа причина да отстапи од заклучокот до којшто дошол во тој поглед. Оттука, во отсуство на експлицитно или суштинско признавање од страна на државните власти дека постоела повреда на дел од правата на жалителот загарантирани со Конвенцијата, тој смета дека жалителот може, во смисла на член 34 од Конвенцијата, да се смета за жртва на наводен дискриминаторски третман. Поради тоа, го отфрла првиот воведен приговор составен од страна на Владата.

2. Примена на член 37 став 1 б) од Конвенцијата

а) Пресудата на советот

84. Советот не сметал дека е неопходно да се донесе одлука дали одобрувањето на родителско отсуство и финансиска помош на жалителот претставувале доволен надомест за да се оправда фактот што жалбата била одбиена. Тој всушност заведе став дека поднесената жалба - дискриминацијата на којашто би било жртва, според рускиот закон, военото лице од машки пол во поглед на правото на родителско отсуство - покренува едно значајно прашање од општ интерес во однос на кое Судот сè уште не се произнел и дека, следствено, посебните околности во врска со почитувањето на човековите права, гарантирани со Конвенцијата и нејзините протоколи бараа тој да продолжи со разгледување на жалбата во суштина.

б) Аргументите на Владата

85. Како и пред Судскиот совет, Владата тврдеше дека предметот, всушност, бил решен со доделување на родителско отсуство и финансиска помош на жалителот. Потпирајќи се на случајот *Pisano* против Италија ((бришење од листа на предмети) [ГС], бр. 36732/97, ставови 41-50, 24 октомври 2002 г.), побара од Судот да ја одбие жалбата во согласност со член 37 од Конвенцијата. Според Владата, не е оправдано да се продолжи со разгледување на случајот, со образложение дека тоа ќе покрене важно прашање од општ интерес. Судот не ќе треба *in abstracto* да проверува дали рускиот правен систем е во согласност со Конвенцијата, туку да испита дали имало повреда во предметниот случај којшто му бил доставен. Според Владата, доколку Судот треба да го насочи своето испитување кон руското законодавство, тогаш тој задира во суверени овластувања на рускиот Парламент и на рускиот Уставен суд.

в) Аргументите на жалителот

86. Жалителот навел дека Судот, за да се заклучи „овој спор е решен“ во смисла на член 37 став 1 б) од Конвенцијата, треба да одговори последователно на две прашања: прво, дали фактите на кои жалителот се жали се веродостојни или не, и второ, дали последиците до коишто може да дојде од повредата на Конвенцијата за сметка на овие факти, исто така биле избришани (тој мисли на *Shevanova* против Летонија (бришење од листата на предмети) [ГС], бр. 58822/00, став 45, 7 декември 2007 г.). Но, ниту еден од овие услови не е задоволен во предметниот случај. Најнапред, законските одредби што послужиле како основа за одбивање да му се даде родителско отсуство, како и интерните одлуки за отфрлање на неговото барање за родителско отсуство, останале во сила. Потоа, немало доволно обештетување за повредата на неговите права. Тој наводно добил две години родителско отсуство, наместо три, и тоа со задоцнување од една година и не бил обештетен поради тоа одложување или намалување на периодот на отсуство. Што се однесува до финансиската помош што наводно ја добил, таа би била во рамките на социјална помош којашто би му била исплатена поради неговите финансиски потешкотии. Покрај тоа, Владата не би можела да ја користи како аргументот одлуката на началникот на воената единица за доделување на родителско отсуство и финансиска помош во исклучителни случаи, бидејќи домашните судови заклучиле дека таа одлука е неправилна. На крај, жалителот се согласи со констатацијата на советот дека случајот не може да биде одбиен со примена на членот 37 став 1 б) поради тоа што „вклучува важно прашање од општ интерес за коешто Судот сè уште не расправал“.

г) Оценка на Судот

87. Судот потсетува дека според член 37 став 1 б) од Конвенцијата, може, „[во] кое било време од постапката, (...) да одлучи да одбие жалба кога околностите дозволуваат да се заклучи (...) дека спорот е решен (...)“. За да може да донесе заклучок во врска со применливоста во предметниот случај на горенаведената одредба, Судот мора да одговори на две последователни прашања: прво дали фактите на кои лицето се веродостојни или не, и второ, дали последиците до коишто може да дојде од повредата на Конвенцијата за сметка на овие факти, биле избришани (*Kaftailova* против Летонија, (бришење од листата на предмети) [ГС], бр. 59643/00, став 48, 7 декември 2007 г.).

88. Во таа смисла, треба да се напомене дека, жалителот добил родителско отсуство со задоцнување од една година за период од две години, наместо три. Жалителот, значи, не можел да се грижи за своето дете во првата година, кога на детето тоа му било најпотребно. Жалителот не бил обештетен за одложувањето во доделувањето на отсуството ниту за намалувањето на неговото времетраење, имајќи во предвид дека финансиската помош што ја добил, како што е наведено погоре, му била доделена поради неговите финансиски тешкотии. Како резултат на тоа, Судот смета дека последиците од евентуална повреда на Конвенцијата, не беа доволно расчистени за да се дојде до заклучок дека спорот е решен во рамките на полето на член 37 став 1 б) од Конвенцијата.

89. Но, постои уште една причина за одбивање на барањето за бришење на жалбата од листата на предмети, а тоа во согласност со членот 37 став 1 б) од Конвенцијата. Пред да се одлучи за поништување на една жалба, Судот мора да утврди дали човековите права загарантирани со Конвенцијата и нејзините протоколи, не бараат да се продолжи нејзиното разгледување. Судот потсетува дека во овој поглед неговите пресуди служат не само да се одлучува за даден случај, но и пошироко да се објаснат, заштитат и развијат прописите на Конвенцијата и на тој начин да придонесат за исполнување, од страна на државите, на обврските што тие ги презеле како договорни страни (Ирска против Велика Британија, 18 јануари 1978 г., став 154, Серија А бр. 25, Guzzardi против Италија, 6 ноември 1980 г., став 86, Серија А бр. 39, и Karner против Австрија, бр. 40016/98, став 26, ЕСЧП 2003-IX). Ако системот воспоставен со Конвенцијата има за примарна цел да го заштити интересот на лицата, тој исто така има за цел да одговори, во рамките на општиот интерес, на прашања од областа на јавниот ред, подигнувајќи ги стандардите за заштита на човековите права и продолжувајќи ја примената на правото во оваа област за целата заедница на државите-потписнички на Конвенцијата (Karner, цитиран погоре, став 26, Capital Bank AD против Бугарија, бр. 49429/99, ставови 78-79, ЕСЧП 2005-XII и Rantsev против Кипар и Русија, бр. 25965/04, став 197, ЕСЧП 2010 -...).

90. Судот смета дека целта на оваа жалба - разликата во третманот, во руското законодавство, меѓу воените лица од машки и женски пол во поглед на правото на родителско отсуство - вклучува важно прашање од општ интерес, не само за Русија, туку и за други држави-потписнички на Конвенцијата. Во тој поглед, таа упатува на елементи од компаративното право, покажувајќи дека постои слична разлика во третманот во најмалку пет од државите-потписнички (став 74 погоре), како и на аргументи поднесени од трети лица каде што се нагласува важноста на прашањата кои произлегуваат од предметниот случај (види ставови од 119 до 123 подолу). Понатамошното разгледување на жалбата би овозможило да се разјаснат, заштитат и развијат прописите за заштита во согласност со Конвенцијата.

91. Според тоа, Судот утврди дека посебните околности во врска со почитувањето на човековите права, гарантирани со Конвенцијата и нејзините протоколи бараат да се продолжи со мериторно разгледување на жалбата.

92. Оттука, Судот го отфрли барањето на Владата за бришење од листата на предмети, во согласност со член 37 став 1 б) од Конвенцијата.

3. Наводна злоупотреба на правото на индивидуална жалба

а) Аргументите на Владата

93. Владата за прв пат истакна пред Големиот судски совет дека жалбата претставува злоупотреба на правото на индивидуална жалба. Таа тврди дека жалителот намерно ги извитоперил фактите со цел да го излаже Судот, а особено дека неговиот развод бил фарса. По разводот, жалителот всушност продолжил да живее со своите деца кај родителите на неговата поранешна сопруга, а таа никогаш не плакала издршка за нив. Наводно, постоеле докази дека мајката разговарала редовно со децата по телефон и одела по потреба да ги земе од училиште или да ги однесе на лекар. Исто така, таа наводно се појавувала како претставник на жалителот во судска постапка независна од предметната. Од горенаведеното произлегува дека жалителот и неговата сопруга го продолжиле својот брачен живот, дури и по нивниот развод, а сопругата на жалителот продолжила да се грижи за децата. Затоа, изјавата на лицето дека тој бил татко што сам се грижел за неговите три деца, била лажна. Исто така, треба да се земе предвид фактот што жалителот повторно се оженил во 2008 година со својата поранешна сопруга и имале четврто дете. Конечно, за да ја покаже нечесноста на жалителот,

Владата наведува една конфликтна ситуација во која наводно, жалителот се спротивставил на еден од неговите колеги, како и на расправија, која наводно ја имал со претседателот на судот во граѓански случај што не е поврзан со предметниот.

б) Аргументите на жалителот

94. Жалителот најнапред тврди дека приговорот треба да биде сметан за задоцнет, поради тоа што бил покренат дури пред Големиот судски совет. Второ, тој тврди дека дека лажните наводи направени од страна на Владата против него не се релевантни за постапката пред Судот. Трето, тој вели дека навистина се развел од сопругата и дека му било доделено старателство над нивните три деца. Тој тврди дека тоа што подоцна се смирил со својата сопруга не значи дека не ги одгледувал сам своите три деца во времето кога поднел барање за родителско отсуство. Тој наводно никогаш не криел пред властите дека повторно се оженил. Напротив, неговите претпоставени веднаш биле информирани за неговиот повторен брак и раѓањето на четвртото дете.

в) Оценка на Судот

95. Судот потсетува дека, според член 55 од Правилникот, секојприговор за неприфатливост, колку што природата на приговорот и околностите истото го дозволуваат, треба да се поднесе од тужената држава преку писмени или усни забелешки за допуштеноста на жалбата (К. и Т. против Финска [ГС], бр. 25702/94, став 145, ЕСЧП 2001-VII, N.C. против Италија [ГС], бр. 24952/94, став 44, ЕСЧП 2002-X, и Моогеи против Германија [ГС], бр. 11364/03, ставови 57-59, 9 јули 2009 г.).

96. Прашањето за злоупотреба на правото на индивидуална жалба беше покренато од страна на Владата за прв пат во нејзините писмени поднесоци до Големиот судски совет. Но, овие забелешки се однесуваат на настани што се случиле во 2005 и 2006 г., односно, пред поднесувањето на жалбата од којашто произлезе предметниот случај. Судот не гледа никаква исклучителна околност којашто би ја ослободила Владата од обврската да го поднесе својот воведен приговор пред усвојувањето од страна на советот на неговата одлука за допуштеноста. Затоа е лишена од можноста да ја презентира во оваа фаза (види, за слично расудување, Ајдин против Турција, 25 септември 1997 г., став 60, Извештаи 1997-VI).

97. Оттука, исто така е соодветно да биде одбиен третиот претходен приговор од страна на Владата.

Б. Проучување на членот 14 во врска со членот 8

1. Пресудата на советот

98. Упатувајќи на случајот на Petrović против Австрија (27 март 1998, ставови 26-29, Извештаи 1998II), Судскиот совет одлучил дека жалителот можел да се потпре на членот 14 од Конвенцијата. Понатаму одлучил дека како маж во воена служба жалителот бил третиран различно од цивилните лица, и мажите и жените, како и од жените во воена служба кои сите имале право на родителско отсуство. Одбивањето на родителското отсуство за жалителот соодветно на тоа се засновало на комбинација на два основи: воениот статус плус полот. Понатаму одлучил дека во однос на нивните односи со нивните деца за време на периодот на родителско отсуство мажите и жените биле во слична ситуација.

99. Судскиот совет забележал дека во случајот Petrović (цитиран горе) се сметало дека разликувањето по основ на полот во однос на можностите за родителско отсуство не претставува повреда на членот 14, бидејќи во материјалното време не постоел европски консензус во оваа област, бидејќи мнозинството на земји договорнички не обезбедувале родителско отсуство и слични можности за татковците. Судскиот совет понатаму забележал дека од усвојувањето на пресудата во случајот Petrović правната ситуација што се однесува до правото на родителско отсуство во земјите договорнички еволуирала. Во апсолутно мнозинство на европски земји законодавството сега уредува дека родителското отсуство може да го земат и мајките и татковците. Според мислењето на Судскиот совет ова покажало дека општеството се движело кон порамноправна поделба меѓу мажите и жените на одговорноста за подигање на своите деца и дека улогата на мажите во грижата станала призната. Затоа било момент да се надгласа случајот Petrović и да се одлучи дека не постои никакво објективно ниту разумно оправдување за разликата во третманот меѓу мажите и жените

што се однесува до правото на родителско отсуство. Судскиот совет понатаму ги осуди родовите стереотипи во сферата на подигнувањето на децата.

100. Осврнувајќи се на посебниот воен контекст на случајот, Судскиот совет повторил дека еден систем на воена дисциплина, по својата сопствена природа значел можност за ставање на ограничувања на некои од правата и слободите на членовите на вооружените сили кои не можат да се наметнат на цивилните лица. Оттука широка маргина на дискреција им била дадена на државите кои сакале да наметнат ограничувања на правата на армискиот персонал согласно членовите 5, 9, 10 и 11 од Конвенцијата. Меѓутоа државите имале потесна маргина на дискреција во сферата на семејниот и приватен живот. Навистина, иако на државите им било дозволено да наметнат одредени ограничувања врз правата од членот 8 за армискиот персонал каде постоела вистинска закана по оперативната ефективност на вооружените сили, тврдењата за постоење на таква закана морале да бидат „поткрепени со конкретни примери“.

101. Судскиот совет не бил убеден од аргументот на Владата дека опсегот на правото на родителско отсуство за мажите во воена служба, кога жените во воена служба веќе имале такво право би имал негативни последици по борбената моќ и оперативната ефективност на вооружените сили. Навистина нема стручна студија или статистичко истражување за бројот на мажи во воена служба кои би биле во позиција да земат родителско отсуство во времетраење од три години во даден момент и кои би сакале да го сторат тоа. Понатаму фактот дека во вооружените сили жените биле помалубројни отколку мажите според мислењето на Судскиот совет не можело да го оправда неповолниот третман на мажите што се однесува до правото на родителско отсуство. Конечно, аргументот дека мажите во воена служба можеле слободно да ја напуштат армијата доколку сакале лично да се грижат за своите деца е особено спорен со оглед на тешкотијата во директното префрлање на, во основа, воените квалификации и искуство во цивилниот живот. Судскиот совет забележал со загриженост дека мажите во воена служба биле присилени да направат тежок избор меѓу своите новородени деца и својата воена кариера, додека жените во воена служба не биле соочени со таков избор. Соодветно на тоа одлучил дека причините изнесени од Владата не обезбедиле објективно или разумно оправдување за да се наметнат многу посилни ограничувања за семејниот живот на мажите во воена служба отколку тие за жените во воена служба.

2. Изјаснување на жалителот

102. Жалителот се изјасни дека позицијата на Владата дека тој не можел да се повика на членот 14 разгледан во врска со членот 8 било недоследно на долгогодишната воспоставена судска пракса на Судот. Судот одлучил во многу прилики дека родителското отсуство како и родителските и детските бенефиции потпаѓале во полето на членот 8 и дека членот 14 во врска со членот 8 можел да се примени (види Weller против Унгарија, бр. 44399/05, став 29, 31 март 2009; Okpizs против Германија, бр. 59140/00, став 32, 25 октомври 2005; Niedzwiecki против Германија, бр. 58453/00, став 31, 25 октомври 2005; и Petrovic, цитиран горе, став 29). Тој понатаму тврдеше дека родителското отсуство било неопходно за унапредување на неговиот семеен живот и интересите на неговите деца. Бидејќи неговата поранешна жена не сакала да се грижи за нив било неопходно за жалителот да остане дома и да се грижи за нив, што ќе било невозможно без родителското отсуство.

103. Жалителот понатаму тврдеше дека што се однесува до потребата од родителско отсуство за да може да се грижи за своето дете тој бил во ситуација слична на таа на другите родители, имено жените во воена служба и мажи и жени цивилни лица. Како маж во воена служба, тој бил третиран различно од гореспоменатите класи на родители бидејќи немал право на родителско отсуство. Жените во воена служба, како и мажите и жените цивилни лица, сите имале безусловно право на тригодишно родителско отсуство, додека мажите во воена служба можеле да бараат тримесечно отсуство доколку сопругата му била почината или на друг начин спречена да се грижи за детето. Иако на жалителот на крај му било дозволено родителско отсуство, тоа не можело да го смени фактот дека бил третиран различно од другите родители. Всушност родителското отсуство било пократко и според домашните судови било дадено незаконски. Жалителот затоа се чувствувал нервозно во текот на целото времетраење на родителското отсуство бидејќи знаел дека отсуството можело да му биде прекинато и можел да биде повторно повикан на служба во секое време. Конечно, жалителот исто така бил третиран различно од жените во воена служба со тоа дека морал да направи тежок избор меѓу својата воена кариера и семеен живот, додека жените во воена служба не биле соочени со таков избор.

104. Жалителот се изјаснил дека аргументот дека жените имале посебна социјална улога во подигањето на децата се засновал врз родови стереотипи. Што се однесува до доктрината за „позитивна дискриминација“, таа не можела да се користи за да се оправда разлика во третманот меѓу мажите и жените што се однесува до правото на родителско отсуство. Мерките за позитивна дискриминација морале да бидат пропорционално прилагодени на целта на корекцијата, надоместувањето или олеснувањето на континуираните последици од тешкотиите претрпени од групите кои традиционално биле во полоша позиција, како на пример жените (види Runkee and White против Обединетото Кралство, бр. 42949/98 и 53134/99, ставови 37 и 40-43, 10 мај 2007, и Stec и други против Обединетото Кралство [ГС], бр. 65731/01, ставови 61 и 66, ЕКЧП 2006VI). Далеку од олеснување на некаква историски лоша позиција од која страдале жените, политика со која само жените имале право на родителско отсуство овековечувало родови стереотипи, нееднаквост и тешкотии кои произлегувале од традиционалната улога на жените да се грижи за семејството во домот наместо да заработуваат пари на работното место. Како резултат таквата политика ги дискриминирала и мажите (во семејниот живот) и жените (на работното место). Жалителот заклучил дека немало никакво разумно ниту објективно оправдување за разликата во третманот меѓу мажите и жените што се однесува до правото на родителско отсуство.

105. Што се однесува на аргументите поврзани со борбениот капацитет на армијата, жалителот се изјаснил дека согласно примерите од судската пракса на Судот што се однесува до оперативната ефикасност на армијата морала да биде поткрепена од докази чија валидност и адекватност биле предмет на внимателна проверка од страна на Судот (тој упати на Smith and Grady против Обединетото Кралство, бр. 33985/96 и 33986/96, ставови 89-112, ЕКЧП 1999VI, и Lustig-Prean and Beckett против Обединетото Кралство, бр. 31417/96 и 32377/96, ставови 82 и 88-98, 27 Септември 1999). Според негово мислење Владата не обезбедила докази дека проширувањето на правото на родителско отсуство за мажите во воена служба би креирало закана по борбениот капацитет на војската. Особено, статистичките податоци обезбедени од Владата не биле убедливи и уште повеќе не биле поткрепени со никакви документи. Бројот на деца помали од три години посочени од Владата очигледно исто така ги вклучувал и децата на жените во воена служба и оние на административниот персонал во армијата. Затоа било невозможно да се утврди бројот на мажи во воена служба кои би биле во позиција да добијат родителско отсуство во дадено време. Она што е најважно, признанието на Владата дека немало никакви релевантни статистички информации во нивно владение кои би покажале дека законските одредби кои го ограничувале правото на родителско отсуство само на жените во воена служба немале фактичка основа во времето на нивното усвојување и никогаш не биле предмет на некаква ревизија или ажурирање засновано на факти. Според проценката на жалителот бројот на мажи во воена служба кои би биле во позиција да земат родителско отсуство во дадено време не би бил поголем од 3,47% од мажите во воена служба под договор; уште повеќе не сите тие би биле волни да земат родителско отсуство. Жалителот се изјаснил дека согласно руското право, на 30% од персоналот на воената единица им било дозволено да земат отсуство во исто време и таквата воена единица се сметало дека е целосно оперативна.

106. Жалителот понатаму се изјаснил дека иако било точно дека бројот на жените во вооружените сили бил помал, тие честопати ги извршувале истите должности како и мажите во воена служба. Конкретно наредената на жалителот во 1999 г. била жена. Како што се гледа од листите на персонал на служба, во одредени денови жените во воена служба кои биле на должност во неговата единица достигал 60%. Овие жени во воена служба имале право на родителско отсуство и ова никогаш не креирало никаква загриженост за оперативната ефективност на војската. Според него наместо чисто квантитативен, Владата требала да усвои квалитативен пристап земајќи ја во предвид природата на должностите на секое лице. Жалителот заклучил дека Владата не понудила никакво разумно ниту објективно оправдување за разликата во третманот меѓу мажите и жените во воена служба што се однесува до правото на родителско отсуство.

107. Понатаму, како одговор на аргументот на Владата дека со потпишувањето на воениот договор тој се согласил на ограничување на неговите права, жалителот се изјаснил дека Конвенцијата важела и за припадниците на вооружените сили, а не само за цивилните лица (тој упати на Engel и други против Холандија, 8 јуни 1976, став 54, Серија А бр. 22, и Лустиг-Прин и Бекет, цитиран горе, став 82). Тој понатаму тврдеше дека иако било можно некој да се откаже од правата по Конвенцијата, таквото откажување, за да биде валидно, морало да задоволи одредени услови. Најпрво откажувањето „не смеело да е спротивно на никаков важен јавен интерес“ (тој упати на Hertig против Италија

[ГС], бр. 18114/02, став 73, ЕКЧП 2006XII). Второ, тоа „морало да биде утврдено на недвосмислен начин и во целост да се презентираат фактите, односно врз основа на информирана согласност“ (тој упати на D.H. и други против Република Чешка [ГС], бр. 57325/00, став 202, ЕКЧП 2007IV.). Според мислењето на жалителот откажувањето за кое зборуваше Владата во овој случај не ги задоволито овие услови. Судот веќе има одлучено во контекст на дискриминација заснована на расата, дека „со оглед на темелната важност на забраната на расна дискриминација (...) никакво откажување од правото да не се биде подложен на расна дискриминација не може да се прифати, бидејќи тоа би било спротивно на важен јавен интерес“ (тој упати на D.X. и други, цитиран горе, став 204). Тој тврдеше дека со оглед дека забраната на полова дискриминација била од иста темелна важност (тој упати на Andrie против Република Чешка, бр. 6268/08, став 49, 17 февруари 2011; Van Raalte против Холандија, 21 февруари 1997, став 39, Извештаи 1997I; и Abdulaziz, Cabales and Balkandali против Обединетото Кралство, 28 мај 1985, став 78, Серија А бр. 94), правото да не се биде дискриминиран по основ на полот исто така не било право од кое може некој да се откаже. Понатаму, наводното откажување не можело да се смета за недвосмислено. Договорот потпишан од жалителот бил стандарден договор од една страница кој не го информирал изречно потписникот дека тој се откажувал од правото на родителско отсуство.

108. Конечно, жалителот се изјаснил дека руското право не оставало простор за индивидуализиран пристап кон родителското отсуство во армијата. Околностите на предметниот случај во голема мерка го илустрирале тоа. Навистина, откако на жалителот му било дадено родителско отсуство со оглед на неговата тешка семејна ситуација, домашните судови ги прогласиле тие мерки за незаконски. Жалителот тврдел дека применлив индивидуализиран пристап би бил доколку се дозволувало родителско отсуство во зависност од позицијата на лицето во армијата, а не од полот. Имено, требало да се земе во предвид дали неговата или нејзината единица била инволвирана во активни воени дејствија или била подготвена за такви дејствија и од неговата или нејзината позиција во единицата. Според жалителот било нелогично дека жена која држела важна воена позиција во една единица да има автоматско право на родителско отсуство, додека маж на релативно неважна воена позиција да нема такво право.

3. Изјаснување на Владата

109. Во своето барање за упатување [до Големиот судски совет], Владата тврдеше дека жалителот не можел да се потпира на членот 14 разгледан во врска со членот 8. Членот 8 не гарантира право на родителско отсуство или надоместок за родителско отсуство. Овие по самата своја природа и економски права биле опфатени со Европската социјална повелба. Тие не биле заштитени од Конвенцијата. Соодветно на тоа членот 14, кој немал независно постоење, бил неприменлив.

110. Владата тврдеше дека жалителот бил во слична ситуација си сите други родители - имено жените во воена служба и мажите и жените цивилни лица. Бидејќи му било дадено родителско отсуство, тој не бил третиран различно од нив.

111. Понатаму, Владата се изјасни дека воениот персонал имал посебен статус бидејќи нивната задача била да обезбеди одбрана за земјата и безбедноста на државата. Државата затоа имала право да постави ограничување на нивните граѓански права и слободи и да додели посебни должности. Изборот на воена кариера бил доброволен и, со потпишувањето на договорот за воена служба и со давањето на заклетва за верност, мажите во воена служба прифатиле систем на воена дисциплина што по самата своја природа имплицирало можност да се биде подложен на ограничувања кои не можеле да бидат наметнати врз цивилните лица (тие упатија на Kalaç против Турција, 1 јули 1997, став 28, Извештаи 1997-IV). Тие исто така упатија во врска со ова на случајот W., X., Y. and Z. против Обединетото Кралство (бр. 3435/67, 3436/67, 3437/67 и 3438/67, Одлука на комисијата од 19 јули 1968, Годишник на ЕКЧП, вол. 11 (1968), стр. 562, 598)) во кој Комисијата утврдила дека „на терминот ‘почитување на семејниот живот’ [не би можело] да му се даде така широко толкување за да му се дозволи на едно лице – дури и на малолетник – да биде ослободен од обврските кои се дел од долгорочен ангажман во служба во кој слободно стапил, но вклучува одвојување од неговото семејство освен за периоди на отсуство“.

112. Владата понатаму тврдеше дека државите имале широка маргина на дискреција по прашањата на национална безбедност, како и по прашања поврзани со генералните мерки на економска и социјална стратегија (тие упатија на James и други против Обединетото Кралство, 21 февруари 1986,

став 46, серија А бр. 98, и National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society против Обединетото Кралство, 23 октомври 1997, став 80, Извештаи 1997VII). Заради нивното директно познавање на општеството и неговите потреби, националните власти биле во подобра позиција од меѓународните судии да проценат што било „од јавен интерес“. Судот треба да го почитува изборот на политиката на законодавецот освен ако не било „очигледно без разумна основа“.

113. Тие упатија на пресудата на Уставниот суд, кој одлучил дека воената служба наметнувала посебни барања што се однесува на потребното непрекинато извршување на должностите на оние што се во воена служба и дека последователното користење на родителското отсуство од страна на мажите во воена служба во големи размери ќе имало негативна последица врз борбената моќ и оперативната ефективност на вооружените сили. Таа одлука имала објективно и разумно оправдување од следниве причини. Најпрво како што тврдеше Владата на Обединетото кралство во случајот *W., X., Y. and Z. против Обединетото Кралство*) (цитиран погоре), „властите одговорни за управување со вооружените сили (од што зависи безбедноста на државата) [морале] да обезбедат континуирано и делотворно пополнување со луѓе на таквите сили доколку сакале да ги исполнат своите задачи“. Второ, од 1 јануари 2011 година вкупниот број на армиски персонал со договор бил 216.600 луѓе. На истиот датум имало 50,519 деца помали од три години за кои се грижеле лица кои се дел од воениот и административен армиски персонал. Владата се изјасни дека тие не можеле да обезбедат никакви дополнителни статистички податоци. Поконкретно, немаше никакви статистички податоци за бројот на мажи во воена служба со деца помали од три години. Меѓутоа со оглед дека сите мажи во воена служба биле на возраст „кога можат да имаат деца“, тој број можел да биде значителен.

114. Владата призна дека тие исто така не можеле да обезбедат никаков документ во врска со парламентарната дебата за родителското отсуство за армискиот персонал. Со оглед дека Законот за воена служба бил усвоен тринаесет години претходно, односно пред ратификацијата на Конвенцијата од страна на Русија, рускиот парламент немал никакви обврски согласно Конвенцијата да се осврне на прашањето на оправдувањето за различниот третман и Судот немал јурисдикција *ratione temporis* да ги разгледа прашањата поврзани со парламентарната дебата пред усвојувањето на законот во прашање.

115. Понатаму, Владата се изјасни дека во низа земји членки на Советот на Европа родителското отсуство не било достапно за мажите во воена служба. Меѓу тие земји биле Белгија, Чешка, Полска, Турција и Швајцарија. Исто така во многу земји родителското отсуство било многу пократко од она во Русија. Со оглед дека во Русија родителското отсуство било три години, така долго отсуство од службата би имало негативни последици по воените вештини на армискиот персонал, што честопати вклучувале употреба на комплицирана високо-технолошка воена опрема, и би биле потребни скапи обуки за освежување при нивното враќање. Во такви околности било разумно родителското отсуство да го земат сопругите на мажите во воена служба, чие отсуство од работа би имало помалку негативни последици за општеството. Конкретно жалителот служел како радио оператор за разузнавачки информации во единица која морала да биде во постојана борбена готовност. Во исто време тие признале дека позицијата на жалителот можела да ја држи жена на која би и следувало родителско отсуство.

116. Во врска со ова, Владата се изјасни дека на жените во воена служба вонредно им било дозволено правото на родителско отсуство со оглед на следниве работи. Најпрво според современите научни истражувања, постоела посебна биолошка и психолошка врска меѓу мајката и новороденото дете. Присуството на мајката и грижата во текот на првата година од животот на детето било посебно важно. Затоа било во интерес на детето мајката да го земе родителското отсуство. Второ, со оглед дека имало малку жени во армијата, нивното отсуство од службата ќе немало последици по борбениот капацитет. Навистина, на 1 јануари 2011 година имало само 1,948 жени во служба во Руската армија. Соодветно на тоа, во 2011 година жените претставувале само 0,8% од армискиот персонал (10% во 2008). Исто така, мнозинството од нив служело на позиции кои директно не вклучувале воени задолженија, како што се позиции во медицинските, финансиските или комуникациските сектори. Со оглед на гореспоменатото, предметниот случај се однесувал на оправдана позитивна дискриминација на жените.

117. Владата исто така тврдела дека руското право предвидувало исклучоци во однос на правилото според кое мажите немале право на родителско отсуство. Особено, во согласност со членот 32 став 7

од Правилникот за воена служба (види во став 48 горе), еден маж во воена служба под договор имал право на такво отсуство во секој од следниве случаи: (а) доколку неговата сопруга починала при пораѓање; или (б) ако подига дете или деца помали од 14 години (деца со хендикеп помлади од 16 години) кои се без мајчинска грижа (во случај на смрт на мајката, повлекување од родителската одговорност, подолга болест или други ситуации кога неговите деца немаат мајчинска нега). Листата на исклучоци не е исцрпна. Владата исто така упати на членот 10(9) од Законот за воена служба (види во став 47 горе) според кој воениот персонал кој одгледува деца оставени без мајчинска/татковска грижа имале право на социјални бенефиции во согласност со сојузните закони и други законски акти насочени кон заштита на семејството, мајчинството и детството. Тие обезбедија документи со статистички податоци за родителското отсуство доделено на мажи во воена служба и на полициски службеници. Од статистичките податоци може да се види дека имало само еден случај, во 2007 година, кога еден маж во воена служба добил едноиполгодишно родителско отсуство затоа што жена му била сериозно болна. Во 2010 друг маж во воена служба добил тримесечно посебно отсуство затоа што син му останал без мајчинска грижа. Владата исто така упатила на дваесет и еден случај во кој тригодишно родителско отсуство било доделено на мажи, полициски службеници. Главниот критериум за давање на отсуство таму бил фактот дека децата на мажите во служба биле оставени без мајчинска грижа. Меѓутоа, овој факт требал да биде докажан. Бидејќи жалителот не успеал да докаже дека неговите деца немале мајчинска грижа, неговото барање за отсуство било одбиено. Истовремено, нему на крајот му било доделено родителско отсуство заради неговата тешка семејна ситуација.

118. Конечно, Владата се изјасни дека Судскиот совет дејствувал надвор од својата надлежност кога наложил согласно членот 46 од Конвенцијата руските власти да го изменат релевантното законодавство. Според нив, ова било изолиран случај кој не откривал никаков систематски проблем согласно Конвенцијата. Не било задача на Судот да проценува апстрактен проблем на компатибилност на домашното законодавство со Конвенцијата, а уште помалку да ги укине или да даде насоки за укинување на правните одредби оспорени од жалителот.

4. Изјаснувањето на третата страна

119. Центарот за човекови права на Универзитетот во Гент ја осуди опасноста од родови стереотипи. Таквите стереотипи ги ограничувале можностите за избор во животот и служеле за континуирана родова нееднаквост и подреденост. Тие истовремено биле и причина и израз на дискриминарачко постапување. Стереотипирањето на мажите и жените и нивно сместување во одредени традиционални улоги било последица особено на недостатокот на поддршка за тие луѓе, и мажи и жени кои не ги исполнувале традиционалните улоги. Таквиот недостаток на поддршка можел да биде манифестиран на пример преку тоа што не им се давале одредени социјални бенефиции. На родовите стереотипи исто така честопати се упатувало како на оправдување за разликите во постапувањето со мажите и жените. Меѓутоа, Судот во неколку прилики одлучил дека предрасудите и стереотипите не биле доволно оправдување за дискриминарачко постапување (види *Zarb Adami* против Малта, бр. 17209/02, ставови 81 и 82, ЕКЧП 2006VIII; *L. и V. против Австрија*, бр. 39392/98 и 39829/98, став 52, ЕКЧП 2003I; *Лустиг-Прин и Бекет*, цитиран горе, став 90; и *Inze* против Австрија, 28 октомври 1987, став 44, Серија А бр. 126). Двата стереотипи, кои го нагласувале предметниот случај биле, пред сè, традиционалната идеја дека жените биле одговорни за домаќинството и децата додека мажите заработувале пари надвор од домот и второ идејата дека борбата и воената служба биле за мажите, а не за жените.

120. Третата страна исто така упатила на Конвенцијата за елиминација на сите форми на дискриминација врз жените, особено за нејзиниот член 5 (види во став 49 горе), кој наметнува обврска за земјите договорнички да се осврнат на родовите стереотипи преку модифицирање на социјалните и културните шеми на однесување на мажите и жените заради постигнување на елиминирање на предрасудите и обичајното и сите други практики коишто се засновале врз идејата на инфериорност или супериорност на кој било од половите или на стереотипните улоги на мажите и жените. Третата страна тврдеше дека иако предметниот случај се занимавал со дискриминација врз мажите, Конвенцијата за елиминација на сите форми на дискриминација врз жените била релевантна бидејќи Комитетот за елиминација на дискриминацијата врз жените (CEDAW) сметал дека истата се однесува на „сите човечки суштества без разлика на полот“, бидејќи стереотипите за мажите биле штетни не само за мажите туку и за жените. Стереотипите за родовите улоги ги сместувале жените во домот, а мажите надвор од него и со тоа и двата пола ги ставале во неповолна позиција. Комитетот ја има нагласено

важноста како повеќе од чисто формална еднаквост и се залага за борба против структуралните причини за дискриминацијата. Родовото стереотипизирање и особено длабоко вкоренетиот стереотип за жените како негувателки и мажите како хранители на семејството е еден од нив.

121. Третата странка исто така упати на Заклучните забелешки за периодичните извештаи поднесени од Руската Федерација, усвоени на 30 јули 2010 година од страна на Комитетот (види во став 51 горе). Комитетот ја изрази особено својата загриженост заради „присуството на практики, традиции, патријархални ставови и длабоко вкоренети стереотипи поврзани со улогите, обврските и идентитетите на жените и мажите во сите сфери на животот(...) [и од] тоа дека земјата потписничка одново го ставала акцентот врз улогата на жените како мајки и негувателки“. Комитетот сметал „дека префрлањето на фокусот од жените примарно како сопруги и мајки врз жените како личности и фактори еднакви на мажите во општеството [било] неопходно за целосно спроведување на Конвенцијата и остварувањето на еднаквоста на жените и мажите.“

122. Конечно, третата странка се изјасни дека предметниот случај ја вклучувал и т.н. дискриминација на меѓусебно поврзани делови, односно дискриминација по неколку основи кои биле поврзани и креирале одредени посебни видови на дискриминација. Според нивно мислење разликата во постапувањето на што жалителот се жалел не можело да се сведе ниту на армискиот статус ниту на полот, туку повеќе било резултат на комбинација на тие два основа. Доколку дискриминацијата врз основа на полот и дискриминацијата врз основа на армискиот статус се анализираа посебно, стереотипите во врска со жените во армијата би почнале да бледнеат. Доколку едната група на споредби се однесувале на мажите и жените генерално, а другата група на споредби се однесувале на воените лица и цивилните лица тогаш никаде во равенката проблемите на мажите во воена служба, и уште помалку на жените во воена служба не би биле препознаени непосредно.

123. Како заклучок, третата страна се изјасни дека било важно да се идентификуваат родовите стереотипи, и да се препознае нивната штета. Државите требала да се сметаат за одговорни кога тие дискриминираат по основ на полот и овековечуваат родова нееднаквост врз основа на родовите стереотипи.

5. Оценка на Судот

(а) Општи принципи

124. Како што судот доследно одлучувал, членот 14 се надоврзува на другите материјални одредби на Конвенцијата и нејзините протоколи. Тоа не е никакво независно постоење бидејќи делува само во врска со „уживањето на правата и слободите“ кои се штитат со овие одредби. Иако примената на членот 14 не претпоставува повреда на тие одредби - и до ова ниво тој е автономен – не може да постои простор за негова примена освен ако фактите во прашање не потпаѓаат во границите на еден или повеќе од нив. Забраната на дискриминација е втемелена во членот 14 и оди подалеку од уживање на правата и слободите кои Конвенцијата и протоколите бараат од секоја држава да ги гарантира. Тоа исто така се однесува на оние дополнителни права кои потпаѓаат под општиот опсег на секој член на Конвенцијата, за кои државата доброволно одлучила да ги обезбеди. Овој принцип е добро втемелен во судската пракса на Судот (види, меѓу многу други извори, Е.В. против Франција, [ГС], бр. 43546/02, ставови 47-48, 22 јануари 2008).

125. Судот исто така одлучи дека не секоја разлика во постапувањето достигнува повреда на членот 14. Мора да се утврди дека други лица во аналогни или релативно слични ситуации уживаат наклонет третман и дека ваквата разлика е дискриминирачка (види Ünal Tekeli против Турција, бр. 29865/96, став 49, ЕКЧП 2004-Х). Различното постапување е дискриминирачко доколку нема објективно и разумно оправдување; со други зборови, доколку не се води од легитимна цел или доколку нема разумен однос на сразмерност меѓу средствата што се користат и целта што се сака да се постигне (види Stec и други, цитирано погоре, став 51).

126. Земјите договорнички уживаат одредено дискреционо право во оценувањето дали и до која мерка разликите во инаку слични ситуации го оправдуваат различното постапување (види Gaugusuz против Австрија, 16 септември 1996, став 42, Извештаи 1996-IV). Опсегот на дискреционото право ќе варира во зависност од околностите, тематската содржина и неговата позадина (види Rasmussen против Данска, 28 ноември 1984, став 40, Серија А бр. 87, и Инце, цитиран горе, став 41), но конечната одлука што се однесува до придржувањето на условите на Конвенцијата е во рацете на Судот.

Бидејќи Конвенцијата пред сè е систем за заштита на човековите права, Судот мора да ги земе во предвид условите што се менуваат во земјите договорнички и да одговори, на пример, на секаков консензус што се јавува во однос на стандардите што треба да се постигнат (види Weller против Унгарија, бр. 44399/05, став 28, 31 март 2009; Стек и други, цитиран горе, ставови 63 и 64; Ünal Tekeli, цитиран горе, став 54; и, mutatis mutandis, Stafford против Обединетото Кралство [ГС], бр. 46295/99, став 68, ЕКЧП 2002-IV).

127. Судот понатаму повторува дека унапредувањето на родовата еднаквост денеска претставува главна цел во земјите членки на Советот на Европа и ќе треба да се изнесат многу поткрепени причини пред таквата разлика во постапувањето да може да се смета за компатибилна со Конвенцијата (види Burghartz против Швајцарија, 22 февруари 1994, став 27, Серија А бр. 280-B, и Schuler-Zgraggen против Швајцарија, 24 Јуни 1993, став 67, Серија А бр. 263). Особено, упатувањата на традициите, општите претпоставки или доминантните општествени ставови во дадена земја не се доволно оправдувања за различното постапување засновано на полот. На пример државите се спречени да наметнат традиции кои произлегуваат од примарната улога на мажите и секундарната улога на жените во семејството (види Ünal Tekeli, цитиран горе, став 63).

128. Во врска со посебниот контекст на вооружените сили, Судот забележува дека за времето на подготовката и склучувањето на Конвенцијата, поголемото мнозинство на земјите договорнички имале вооружени сили и како последица на тоа систем на воена дисциплина која по својата природа имплицирала можност за наметнување на ограничувања на некои од правата и слободите на припадниците на тие сили кои не можеле да им се наметнат на цивилните лица. Постоеното на таков систем, кој тие држави го задржале од тогаш сам по себе не е спротивен на нивните обврски согласно Конвенцијата (види Engel и други, цитиран горе, став 57). Следи дека секоја држава е надлежна да организира сопствен систем на воена дисциплина и да ужива одредени дискрециони маргини во таа насока. Соодветното функционирање на армијата тешко може да се замисли без законските правила создадени да го спречат персоналот во служба да ја поткопа. Меѓутоа, националните власти не можат да се потпрат на такви правила за да го осуетат остварувањето од страна на поединечните припадници на вооружените сили на нивното право на почитување на нивните приватни животи, чие право важи како за персоналот во воена служба така и за другите под јурисдикција на државата (види Smith and Grady, цитиран горе, став 89, и Lustig-Prean and Beckett, цитиран горе, став 82).

(б) Примена на овие принципи во предметниот случај

(i) За применливоста на членот 14 во врска со членот 8

129. Судот мора да утврди на самиот почеток дали фактите од случајот потпаѓаат во рамките на полето на членот 8 и оттука на членот 14 од Конвенцијата. Во повеќе прилики има одлучено дека членот 14 од Конвенцијата е важен доколку „предметот на неповолната позиција (...) е еден од модалитетите на остварување на право гарантирано (...)“, или доколку оспорените мерки се „поврзани со остварување на право гарантирано (...)“. За да се примени членот 14 доволно е фактите од случајот да потпаднат во рамките на опсегот на една или повеќе одредби на Конвенцијата (види Thlimmenos против Грција [ГС], бр. 34369/97, став 40, ЕКЧП 2000IV; E.V. против Франција, цитирано погоре, ставови 47-48; и Fretté против Франција, бр. 36515/97, став 31, ЕКЧП 2002I, со дополнителни упатувања).

130. Точно е дека членот 8 не го вклучува правото на родителско отсуство или дека наметнува некаква позитивна обврска за државата за да обезбеди додатоци за родителско отсуство. Истовремено со овозможување на еден родител да остане дома да се грижи за децата, родителското отсуство и со тоа поврзаните додатоци го унапредуваат семејниот живот и неопходно влијаат на начинот на кој тој е организиран. Родителското отсуство и родителското додатоци затоа потпаѓаат под полето на член 8 од Конвенцијата. Следи дека членот 14 разгледан во врска со членот 8 е применлив. Соодветно, доколку една држава одлучи да креира шема за родителско отсуство, мора да го стори тоа на начин кој е компатибилен со членот 14 од Конвенцијата (види Petrović, цитиран горе, ставови 26-29).

(ii) За тоа дали има повреда на членот 14 во врска со членот 8

131. Судот забележува дека жалителот, како маж во воена служба, немал законско право на тригодишно родителско отсуство, додека жените во воена служба имале право на такво отсуство. Затоа најпрво мора да се разгледа дали жалителот бил во слична ситуација со жените во воена служба.

132. Судот веќе утврди дека што се однесува до родителското отсуство и додатоците за родителското отсуство мажите се во слична ситуација со жените. Навистина наспроти породилното отсуство, кое е наменето за да и се овозможи на жената да закрепне од раѓањето и да го дои своето бебе доколку таа тоа го сака, родителското отсуство и додатоците за родителското отсуство се поврзани со последователниот период и имаат за цел засегнатиот родител да остане дома и да се грижи за доенчето лично (види Petrović, цитиран горе, став 36). Судот затоа не е убеден од аргументот на Владата во врска со посебната биолошка и психолошка врска меѓу мајката и новороденчето во периодот по раѓањето, за што се вели дека е потврдено со современите научни истражувања (види во став 116 горе). Иако свесни за разликите кои можеби постојат меѓу мајката и таткото во нивниот однос со детето, Судот заклучува дека што се однесува до улогата околу грижата за детето во периодот кој го покрива родителското отсуство, мажите и жените се „слично позиционирани“.

133. Од гореспоменатото следи дека во однос на намената на родителското отсуство, еден маж во воена служба бил во слична ситуација како жените во воена служба. Останува да се потврди дека разликата во постапувањето меѓу мажите и жените во воена служба било објективно и разумно оправдано согласно членот 14.

134. Судот не заборава на посебниот контекст на вооружените сили во предметниот случај. Тој е посебен бидејќи тој е тесно поврзан со безбедноста на нацијата и соодветно на тоа е во фокусот на виталните интереси на државата. Широка маргина на дискреционо право се дава на државите по прашања поврзани со националната безбедност воопшто и вооружените сили посебно (види ја судската пракса цитирана во став 128 горе).

135. Судот во неколку прилики има прифатено дека правата на армискиот персонал согласно членовите 5, 9, 10 и 11 на Конвенцијата може во одредени околности да бидат ограничени на поголем степен отколку што би било дозволено во случајот на цивилните лица. Оттука, што се однесува до членот 14 во врска со членот 5 Судот одлучил дека примената на лишувањето од слобода како дисциплинска казна која може да му се изрече на армискиот персонал, но не и на цивилните лица не резултирало со никаква дискриминација која не е компатибилна со Конвенцијата, бидејќи условите и барањата на армискиот живот по природа се разликувале од цивилниот живот (види Engel и други, цитиран горе, став 73). Понатаму, што се однесува до членот 9, Судот забележува дека одредени ограничувања во однос на однесувањето и ставовите мотивирани од религијата, иако тие не можат да се наметнат врз цивилните лица, биле применливи во армијата. Во избирањето на воената кариера припадниците на вооружените сили самите прифатиле да се придржуваат на систем на воена дисциплина и ограничувања на правата и слободите кои се имплицирани со тоа (види Kalaş, цитиран горе, став 28, како и Lagassis и други против Грција, 24 Февруари 1998, ставови 50-51, Извештаи 1998I, во врска со преобраќањето во армија). Слично на тоа, кога се разгледуваат случаите согласно членот 10, Судот одлучил дека е неопходно да се земат во предвид посебните услови кои се поврзани со армискиот живот и посебните „должности“ и „одговорности“ кои се задолжителни за воениот персонал, како припадници на вооружените сили кои се обврзани од должноста за дискреција во однос на сè што е поврзано со извршувањето на нивните должности (види Hadjianastassiou против Грција, 16 декември 1992, ставови 39 и 46, Серија А бр. 252, и Pasko против Русија, бр. 69519/01, став 86, 22 октомври 2009, обата поврзани со откривањето на доверливи информации од страна на припадник на армијата, а кои му биле доверени нему). Судот исто така одлучил дека разликата меѓу армискиот персонал и цивилните лица на полето на слободата на изразување се оправдани согласно членот 14 според разликите во условите меѓу армискиот и цивилен живот, и поконкретно според „должностите“ и „одговорностите“ што се специфични за припадниците на вооружените сили (види Engel и други, цитиран горе, став 103). Конечно мора да се забележи дека членот 11 став 2 вели експлицитно дека е дозволено да се наметнат законски ограничувања во остварувањето на правото на слобода на собирање и здружување за припадниците на вооружените сили (види Demir and Baykara против Турција [ГС], бр. 34503/97, став 119, ЕКЧП 2008).

136. Истовремено, Судот исто така нагласил дека Конвенцијата не запира на портите на армиските касарни и дека армискиот персонал, како и сите други луѓе под јурисдикција на земјите договорнички имаат право на заштита од Конвенцијата. Затоа не може националните власти да се потпираат на специјалниот статус на вооружените сили заради осуетување на правата на воениот персонал. Секакви ограничувања на нивните права според Конвенцијата, за да бидат оправдани мора да одговорат на тестот на неопходност во едно демократско општество (види, во однос на членот 10, Grigoriades против Грција, 25 ноември 1997, ставови 45-48, Извештаи 1997VII, и Vereini-

gung demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi против Австрија, 19 Декември 1994, ставови 36-40, Серија А бр. 302).

137. Понатаму, во однос на ограничувањата на семејниот и приватниот живот на воениот персонал, особено кога релевантните ограничувања се однесуваат на „најинтимниот дел од приватниот живот на едно лице“, мора да постојат „особено сериозни причини“ пред таквите попречувања да можат да одговорат на условите од членот 8 став 2 од Конвенцијата. Особено мора да постои разумен однос на пропорционалност меѓу ограничувањата што се изречени и легитимната цел на заштитата на националната безбедност. Таквите ограничувања се прифатливи само кога постои реална закана по оперативната ефективност на вооружените сили. Тврдењата во однос на ризикот по оперативната ефективност може да бидат „поткрепени од посебни примери“ (види Smith et Grady, цитиран горе, став 89, и Lustig-Prean et Beckett, цитиран горе, став 82).

138. Сега осврнувајќи се на околностите на предметниот случај, Судот забележува дека Владата има упатено неколку аргументи за да ја оправда разликата во третманот на мажите и жените во воена служба што се однесува до правото на родителско отсуство. Судот ќе ги разгледа еден по еден.

139. Најпрво што се однесува до аргументот поврзан со посебната социјална улога на жените во подигањето на децата, Судот забележува дека во случајот на Petrović (цитиран горе) тој забележал постепено еволуирање на општеството кон порамноправно споделување на обврските за одгледување на своите деца меѓу мажите и жените. Во тој случај Судот не сметал дека е можно да одлучи дека разликата во полот во врска со додатоците на родителското отсуство, кои постоеле во Австрија во осумдесеттите години од XX век претставувало повреда на членот 14 разгледан во врска со членот 8. Тој пред сè ја зел предвид големата разлика во периодот на породилното меѓу правните системи на земјите договорнички во сферата на родителските бенефиции. Истовремено тој забележал со задоволство дека австриското законодавство било изменето во 1990 година во насока правото на додатоците за родителското отсуство да се додели и на таткото. Притоа австриските власти не можеле да бидат критикувани за тоа што го вовеле постепено, отсликувајќи ја еволуцијата на општеството во таа сфера, законите кои во материјалното време биле напредни во Европа (види Petrović, цитиран горе, ставови 39-43). Во неодамнешниот случај на Weller, Судот одлучил дека исклучувањето на природните татковци од правото да добијат родителски додатоци кога мајките, родителите кои усвоиле или старателите имале право на тоа, достигнало ниво на дискриминација врз основа на родителскиот статус (види, Weller, ставови 30-35).

140. Релевантниот материјал од меѓународното и компаративно право (види во ставовите 49-75 горе) демонстрира дека еволуцијата на општеството – која започнала во осумдесеттите години од XX век како што е признато во случајот Petrović – оттогаш има значително напреднато. Тоа покажува дека во мнозинството европски земји, вклучително и самата Русија, законодавството сега уредува дека родителското отсуство може да го земат и мажи и жени цивилни лица, додека земјите што го ограничуваат правото на родителско отсуство на жените се многу малку (види во став 72 горе). Што е уште поважно за предметниот случај е фактот дека во значителен број на земји членки и мажите и жените во воена служба исто така имаат право на родителско отсуство (види во став 74 горе). Од горекажаното следи дека современите европски општества се придвижиле кон порамноправно споделување меѓу мажите и жените на одговорноста за одгледување на своите деца и дека улогата на мажите во грижата станала призната. Судот не може да ги занемари широко распространетите гледишта кои постојано се развиваат и со тоа поврзаните законски измени во домашните закони на земјите договорнички во врска со ова прашање (види, *mutatis mutandis*, Smith et Grady, цитиран горе, став 104).

141. Понатаму, Судот смета дека упатувањето на Владата на позитивната дискриминација е погрешно сфатено. Различниот третман на мажите и жените во воена служба што се однесува до правото на родителско отсуство јасно дека не е наменето да ја поправи неповолната положба на жените во општеството или „фактичките нееднаквости“ меѓу мажите и жените (спореди со Stes и други, цитиран горе, ставови 61 и 66). Судот се согласува со жалителот и третата странка дека таквата разлика има како последица континуирани стереотипи и им штети и на кариерата на жените и на семејниот живот на мажите.

142. Слично на тоа, разликата во третманот не може да се оправда со упатување на традиции кои доминираат во одредено општество. Судот веќе одлучи дека државите може да не наметнуваат тра-

диционални родови улоги и родови стереотипи (види ја судската пракса цитирана во став 127 горе). Исто така со оглед дека согласно руското право и мажите и жените цивилни лица имаат право на родителско отсуство и дека се работи за избор на семејството да одлучи кој родител треба да го земе родителското отсуство за да се грижи за новороденото дете, Судот не е убеден од тврдењата дека руското општество не е подготвено да прифати слична еднаквост меѓу мажите и жените кои служат во вооружените сили.

143. Судот заклучува од горенаведеното дека упатувањето на традиционалната дистрибуција на родовите улоги во општеството не може да оправда исклучување на мажите, вклучително и мажите во воена служба од правото на родителско отсуство. Судот се согласува со Судскиот совет дека родовите стереотипи, како што е гледањето на жените како на примарни во грижата за детето и на мажите како на примарни во издржувањена семејството не може само по себе да се смета дека достигнува доволно оправдување за разликите во постапувањето, ништо повеќе од другите слични стереотипи засновани на раса, потекло, боја или сексуална ориентација.

144. Ниту пак Судот е убеден од вториот аргумент на Владата, имено дека проширувањето на правото на родителско отсуство и на мажите во воена служба би имало негативни последици по борбената моќ и оперативната ефективност на вооружените сили, додека доделувањето на родителското право на жените во воена служба не вклучува таков ризик бидејќи бројот на жените во вооружените сили е битно помал од тој на мажите. Нема никакви индикации дека некаква стручна студија или статистичко истражување некогаш било спроведено од страна на руските власти за да се процени бројот на мажи во воена служба кои би биле во положба да земат тригодишно родителско отсуство во секое време и би биле спремни да го сторат тоа и да проценат какви последици ова би имало врз оперативната ефективност на армијата. Според гледиштето на Судот чистиот факт дека сите мажи во воена служба се на возраст „кога можат да имаат деца“ како што е посочено од Владата (види во став 113 горе), недоволно е за да се оправда разликата во третирањето на мажите и жените во воена служба. Статистичките информации изнесени од страна на Владата на барање на Судот се неуверливи (види во ставовите 113 и 114 горе). Тоа не го посочува ниту вкупниот број на армиски персонал (армискиот персонал со договор и регрутите) ниту бројот на мажи во воена служба кои имаат деца помали од три години. Затоа не помага да се утврди, дури и приближно, процентот на мажи во воена служба кои би имале право на родителско отсуство во секое време. Ниту пак е можно во отсуство на некакво истражување за желбата на мажите во воена служба да земат родителско отсуство или некакви статистички информации за стапките на користење на истото кај цивилното население, да се направи проценка колку мажи во воена служба всушност би го користеле правото на родителско отсуство. Тврдењето на владата дека тие мажи во воена служба би биле бројни е спротивно на нивниот аргумент дека ова е изолиран случај кој не посочува никаков систематски проблем согласно Конвенцијата (види во став 118 горе). Во такви околности Судот не може да го прифати тврдењето на Владата што се однесува до ризикот по оперативната ефективност на армијата бидејќи не било „поткрепено од конкретни примери“ (види ја судската пракса во став 137 горе).

145. Понатаму, Судот ја забележува ригидноста на руските законски одредби за родителското отсуство во армијата. Тој не е убеден од тврдењето на Владата дека руското право предвидувало исклучоци во однос на правилото според кое мажите немале право на родителско отсуство. Членот 32 став 7 од Правилата за воена служба (види во став 48 горе), на кои упатуваше Владата, уредува тримесечно посебно отсуство, кое јасно се разликува од тригодишното родителско отсуство. Може да се види од пресудата на Уставниот суд дека тоа не е земено за нормално родителско отсуство бидејќи неговата цел е да му се даде разумна можност за мажот во воена служба да организира грижа за неговото дете, во зависност од исходот, да одлучи дали тој сака да продолжи со воената служба (види во ставот 34 горе). Што се однесува до упатувањето на Владата на членот 10(9) од Законот за воена служба (види во став 47 горе), жалителот се потпираше на таа правна одредба во домашните постапки, но националните судови утврдиле дека не може да послужи како основа за давање на тригодишно родителско отсуство на мажите во воена служба (види во ставовите 17 и 26 горе). Понатаму, јасно е од пресудата на Уставниот суд и од пресудите на домашните судови во случајот на жалителот дека руското право не им го дава правото на тригодишно родителско отсуство на мажите во воена служба. Во врска со ова Судот особено обрнува внимание на пресудите на првостепениот и апелациониот суд кои велат дека „машкиот армиски персонал нема право на тригодишно родителско отсуство дури ни во оние случаи кога децата им се оставени без мајчинска грижа“ и дека „машкиот армиски персонал во никакви околности нема право на родителско отсуство“ (види во ставовите 26 и 29 горе). Тој ја зеде во предвид судската одлука од 8 декември 2006 г. одлучувајќи дека одлуката на воената единица да му

додели на жалителот родителско отсуство врз основа на исклучок било незаконско (види во став 32 горе).

146. Што се однесува до примерите во кои родителското отсуство било доделено на мажи во воена служба, Судот забележува дека само еден таков пример бил понуден од Владата (види во став 117 горе) и тој не е доволен, според гледиштето на Судот, за да покаже постоење на договорена домашна пракса (види, за сличен пристап, *Kozhokar* против Русија, бр. 33099/08, став 93, 16 декември 2010, и *Novat* против Хрватска, бр. 51585/99, став 44, ЕКЧП 2001VIII). Останатите примери на кои упатува Владата се однесуваат на доделување на родителско отсуство на полициски службеници и затоа се нерелевантни за актуелниов случај. Соодветно на тоа Владата не поднесе убедливи докази за да покаже дека исклучокот на кој тие упатиле функционираше во пракса или да докаже дека проценката на секој случај поединечно била навистина можна, и дека на мажите во воена служба им било доделено родителско отсуство кога конкретната ситуација го барала тоа.

147. Со оглед на тоа Судот прифаќа дека со оглед на важноста на армијата за заштитата на националната безбедност, одредени ограничувања на правото на родителско отсуство можат да бидат оправдани под услов да не се дискриминирачки. Според мислењето на Судот постојат начини да се постигне легитимната цел за заштита на националната безбедност без да се ограничи правото на родителско отсуство на жените во воена служба кога се исклучуваат сите мажи во воена служба од таквото право. Навистина, во значителен број на земји членки и мажите и жените во воена служба имаат право на родителско отсуство (види во став 74 горе). Судот ги забележува со особен интерес законските одредби за родителското отсуство што постојат во земји како Германија, Холандија и Обединетото Кралство (види во став 75 горе). Нивниот пример илустрира дека постојат техники кои можат да бидат применети за да се одговори на легитимната загриженост во врска со оперативната ефективност на армијата и сепак да му овозможат на армискиот персонал еднаков третман во сферата на родителското отсуство.

148. Судот го зеде во предвид членот 1 од Конвенцијата бр. K111 на МОТ во врска со дискриминацијата во однос на вработувањето и професијата според која секаква разлика, исклучување или претпочитање во однос на конкретно работно место засновано на инхерентни услови нема да се смета за дискриминација (види во став 52 горе). Меѓутоа не е убеден дека исклучувањето од правото на родителско отсуство во актуелниов случај може да се смета дека се заснова на инхерентен услов на воената служба. Напротив женскиот армиски персонал има право на родителско отсуство и исклучокот се однесува само на мажите во воена служба. Истовремено тој смета дека со оглед на посебните барања наметнати од страна на воената служба, може да биде оправдано да се исклучи од правото на родителско отсуство секаков персонал, машки или женски, кој не може лесно да биде заменет на нивната должност заради фактори како на пример нивната хиерархиска позиција, ретките технички квалификации или инволвираноста во активни воени акции. Во Русија, спротивно на тоа, правото на родителско отсуство зависи исклучиво од полот на армискиот персонал. Со исклучувањето на мажите во воена служба од правото на родителско отсуство, одредбата наметнува општо ограничување. Тоа автоматски се применува за сите мажи во воена служба без разлика на нивната позиција во армијата, достапноста на замена или нивната лична ситуација. Таква општо и автоматско ограничување што се применува на група луѓе врз основа на нивниот пол мора да се смета дека излегува од секаква прифатлива маргина на дискреционо право, без разлика колку широка е таквата маргина и дека не е компатибилно со членот 14.

149. Судот забележува дека жалителот, кој служел како радио оператор за разузнавачки информации, можел да биде заменет или од маж или од жена во воена служба. Важно е што еквивалентни позиции во единицата на жалителот честопати биле држени од жени во воена служба кои и него самиот честопати го заменуваа во рамките на неговите должности (види во став 11 горе). Тие жени во воена служба имале безусловно право на тригодишно родителско право. Жалителот, спротивно на тоа, немал такво право, и тоа било само од причина бидејќи бил маж. Затоа бил подложен на дискриминација по основ на пол.

150. Конечно, што се однесува до аргументот на Владата дека со потпишувањето на договорот со војската жалителот се откажал од своето право да не биде дискриминиран, Судот смета дека со оглед на темелната важност на забраната на дискриминација по основ на полот, не можело да се прифати никакво откажување од правото да не се биде подложен на дискриминација по таков основ бидејќи тоа би било спротивно на важен јавен интерес (види D.H. и други против Република Чешка [ГС], бр.

57325/00, став 204, ЕКЧП 2007IV за сличен пристап во однос на расната дискриминација).

151. Со оглед на претходно кажаното, Судот смета дека исклучувањето на мажите во воена служба од правото на родителско отсуство, кога жените во воена служба имаат право на такво отсуство, не може да се каже дека е разумно или објективно оправдано. Судот заклучи дека ваквата разлика во постапувањето на кое жалителот бил жртва достигнало дискриминација по основ на полот.

152. Затоа имало повреда на членот 14 во врска со членот 8.

II. ЗА НАВОДНАТА ПОВРЕДА НА ЧЛЕНОТ 34 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

153. Жалителот се жалеше дека посетата на обвинителот во неговиот дом пред самата расправата пред Големиот судски совет достигнала ниво на попречување на остварувањето на неговото право на индивидуална жалба согласно членот 34 од Конвенцијата, што го вели следново, што се однесува до она што е релевантно:

„Судот може да прими жалби од секакви лица (...) кои тврдат дека се жртви на повреда на правата признаени во Конвенцијата или во нејзините протоколи од страна на една од високите страни договорнички. Високите страни договорнички се обврзуваат со никаква мерка да не го спречуваат ефикасното остварување на ова право.“

A. Изјаснувања на странките

1. Жалителот

154. Жалителот се изјасни дека немало причина за обвинителот да дојде во неговиот стан. Најпрво, тој од властите не ја скрил информацијата за неговото повторно венчавање со поранешната сопруга и раѓањето на нивното четврто дете. Напротив, тој го информирал началникот на својата единица за сите овие факти. Доколку било неопходно да се добијат дополнителни информации од него можел да биде повикан во обвинителството, што не се случило. Тврдењето на Владата дека биле испратени покани не било поткрепено со никакви докази. Исто така било важно дека ноќните посети биле незаконски согласно домашното право. Според мислењето на жалителот било јасно од претходно кажаното дека исклучивата причина за ноќната посета било да се изврши притисок врз него пред расправата пред Големиот судски совет за повреда на членот 34 од Конвенцијата (тој упати на Попов против Русија, бр. 26853/04, став 249, 13 јули 2006; Fedotova против Русија, бр. 73225/01, став 51, 13 април 2006; Кпуазев против Русија, бр. 25948/05, став 115, 8 ноември 2007; и Ryabov против Русија, бр. 3896/04, став 59, 31 јануари 2008). Навистина жалителот и неговото семејство се почувствувале заплашени и уплашени.

155. Што се однесува до тврдењето на Владата дека тој ги извитоперил фактите околу посетата (види во став 157 долу), жалителот потврдил дека имало печатна грешка во однос на возраста на мајката и таткото на неговата сопруга во англиската верзија од неговото изјаснување (руската верзија била точна). Меѓутоа тој инсистираше дека остатокот од информациите што ги дал биле точни. Според него Владата се обидела да го оцрни за да го ослаби неговиот случај.

2. Владата

156. Владата потврдиле дека обвинителот навистина го посетил жалителот на 31 март 2011 година во 21.00 часот. Меѓутоа целта на посетата не била да се заплаши жалителот туку да се добијат ажурирани информации за неговата состојба, особено што се однесува до тоа каде тој, неговата жена и нивните деца живееле во моментот и за исплатата на издржување за децата од страна на мајката. Обвинителот го повикал жалителот да дојде во неговата канцеларија на 30 или 31 март 2011 година Бидејќи жалителот не се појавил во назначеното време, обвинителот одлучил да го посети дома. Меѓутоа жалителот одбил да одговара на прашањата на обвинителот и со тоа покажал непочитување на властите. Владата заклучи дека руските власти во никој случај не го попречиле правото на жалителот на жалба.

157. Конечно, упатувајќи на нивните изјаснувања во однос на тврдењата дека имало повреда на правото на жалба, Владата тврдеше дека жалителот имал тенденција да претерува и да ги извитоперува информациите. Така на пример, посетата се случила во 21.00 часот, а не во 22.00 часот, како што тврдел жалителот. Жалителот исто така лажел за возраста на родителите на неговата сопруга.

Б. Оценка на Судот

158. Судот повторува дека од најголема важност за ефективно функционирање на системот на индивидуална жалба регулиран со членот 34 е жалителите или потенцијалните жалители да можат да комуницираат слободно со Судот без да подложат на никаква форма на притисок од властите за да ги повлечат или модифицираат своите жалби (види, меѓу другите извори, Akdivar и други против Турција, 16 септември 1996, став 105, Извештаи 1996-IV, и Aksoy против Турција, 18 декември 1996, став 105, Извештаи 1996-VI). Во овој контекст „притисокот“ вклучува не само директна присила и флагрантни акти на заплашување туку исто така други несоодветни посредни акти или контакти креирани да ги разубедат или обесхрабрат жалителите да посегнат по правниот лек на Конвенцијата (види Kurt против Турција, 25 мај 1998, став 159, Извештаи 1998-III).

159. Дали контактите меѓу властите и жалителот достигнале или не неприфатлива пракса од гледна точка на членот 34 мора да биде утврдено во контекст на околностите на случајот. Во врска со ова мора да се земе во предвид ранливоста на жалителот и неговата или нејзината подложност на влијание извршено од властите (види Akdivar и други, цитиран горе, став 105, и Kurt, цитиран горе, став 160). Дури и неформален „разговор“ со жалителот, на страна неговиот или нејзиниот формален распит, во врска со постапките во Стразбур, може да се смета како форма на заплашување (спореди со Sisojeva и други против Летонија [ГС], бр. 60654/00, ставови 117 и др., ЕКЧП 2007-I).

160. Судот нагласил во неколку прилики дека во принцип не било соодветно за органите на тужената држава да влезат во директен контакт со жалителот во врска со неговиот случај пред Судот (види Riabov, цитиран горе, ставови 59-65; Fedotova, цитиран горе, став 51; Akdeniz и други против Турција, бр. 23954/94, ставови 118-21, 31 мај 2001; Assenov и други против Бугарија, 28 октомври 1998, ставови 169-71, Извештаи 1998VIII; и Ergi против Турција, 28 Јули 1998, став 105, Извештаи 1998IV). Особено, доколку Владата имала причина да верува дека во одреден случај правото на индивидуална жалба било повредено, соодветниот тек на делување бил Владата да го алармира Судот и да го информира за своите сомнежи. Распрашување од локалните власти може да се протолкува од жалителот и како обид за негово заплашување (види Tanrikulu против Турција [ГС], бр. 23763/94, ставови 131-33, ЕКЧП 1999IV).

161. Истовремено Судот повторува дека не секое распрашување од властите за жалба која чека пред Судот може да се смета за „заstraшување“. На пример, Судот одлучи дека контактите на властите со жалителот заради постигнување на спогодба не достигнувало ниво на попречување на остварувањето на правото на индивидуална жалба, под услов да се преземат чекори од државата во контекст на преговорите за договарање со жалителот да не вклучуваат никаква форма на притисок, заплашување или присила (види Yevgeniy Alekseyenko против Русија, бр. 41833/04, ставови 168-74, 27 Јануари 2011). Во други случаи на испрашување на жалител од страна на локалните власти за околностите кои се во основата на неговата жалба, Судот исто така не можел да одлучи, во отсуство на докази за притисок или заплашување, дека жалителот бил попречен во остварувањето на неговото право на индивидуална жалба (види Manoussos против Република Чешка и Германија (решение), бр. 46468/99, 9 јули 2002, и Mutyag против Турција, бр. 23423/94, ставови 158-59, 21 февруари 2002).

162. Осврнувајќи се на околностите во предметниот случај, Судот забележува дека вечерта на 31 март 2011 година службено лице од локалното воено обвинителство го посетил жалителот во неговиот стан. Службеното лице изјавило дека вршел проверка на барање на застапникот на Руската Федерација во Европскиот суд за човекови права. Тој поставил прашања за семејниот живот на жалителот и побарал од него да покаже документи. Службеното лице останало во станот околу еден час и заминало откако жалителот потпишал писмена изјава дека одбива да одговори на неговите прашања.

163. Судот прифаќа дека жалителот и неговото семејство се почувствувале уплашени од посетата на обвинителот на нивниот дом. Меѓутоа, нема докази дека посетата – која наводно имала за цел добивање ажурирани информациите за семејната ситуација на жалителот за потребите на поднесоците на Владата до Судот (види во ставовите 41 и 156 горе) – и околностите што ја проследиле биле пресметани за да го натераат жалителот да се повлече или да ја измени својата жалба или на друг начин да го попречи делотворното остварување на неговото право на индивидуална жалба или дека навистина имала таков ефект.

Оттука, не можат да се смета дека властите на тужената држава го попречиле жалителот во остварувањето на своето право на индивидуална жалба. Соодветно на тоа, тужената држава не ги прекршила своите обврски согласно членот 34 од Конвенцијата.

III. ПРИМЕНА НА ЧЛЕНОТ 41 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

164. Членот 41 од Конвенцијата уредува:

„Ако Судот оцени дека постои повреда на Конвенцијата или на нејзините Протоколи, и ако внатрешното право на засегнатата Висока страна договорничка дозволува само делумно обесштетување, Судот и доделува на оштетената страна, доколку е потребно, правичен надоместок.“

A. Штета

165. Жалителот побаруваше 400.000 евра („ЕУР“) за нематеријална штета. Во однос на материјалната штета тој бараше 59.855,12 руски рубљи (РУБ), кои се однесувале на бонуси кои би ги примил доколку не бил предмет на дисциплински санкции заради неговото отсуство за време на неговото родителско отсуство.

166. Владата се изјасни дека барањето за материјална штета не било поткрепено со никакви документи. Жалителот бил предмет на дисциплински санкции и пред раѓањето на неговото дете. Тој исто така добил и финансиска помош во износ кој ги надминал загубите кои наводно ги претрпел. Барањето за нематеријална штета било претерано. На жалителот му било доделено родителско отсуство и добил финансиска помош. Затоа тој не претрпел болка поврзана со наводната повреда на Конвенцијата.

167. Судот забележува дека жалителот не поднел никакви документи во поткрепа на неговото барање за материјална штета. Затоа го одбива тоа побарување.

168. Што се однесува до нематеријалната штета Судот смета дека жалителот мора да претрпел болка и фрустрација како резултат на дискриминација по основ на полот на која бил подложен. Правејќи проценка на правичната основа, Судот му доделува на жалителот 3.000 евра за нематеријална штета, плус секој данок што би можел да се наплати на тој износ.

B. Трошоци и расходи

169. Потпирајќи се на договорот за адвокатскиот хонорар, жалителот побара 5.000 евра за адвокатските трошоци што настанале пред Големиот судски совет.

170. Владата го сметаше износот побаруван од жалителот за претеран. На жалителот му била дадена правна помош. Случајот не бил сложен и не барал многу работа од страна на застапниците. Исто така според договорот за адвокатскиот хонорар, жалителот требал да им плати на своите застапници 160.000 рубљи, што е околу 4.000 евра.

171. Според судската пракса на Судот еден жалител има право на рефундирање на своите трошоци и издатоци само доколку покажел дека истите настанале реално и неопходно и биле разумни во однос на износот. Во актуелниов случај, со оглед на документите што ги поседува и фактот дека на жалителот му била платена правна помош, Судот смета дека е разумно да му додели износ од 3.150 евра, плус секој данок што би можел да му се наплати на жалителот на тој износ.

B. Казнена камата

172. Судот смета дека е соодветно казнената каматна стапка 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

1. Ги отфрли, со шеснаесет гласа наспроти еден, претходните приговори на Владата.
2. Одлучи со шеснаесет гласа наспроти еден дека имало повреда на членот 14 од Конвенцијата разгледан во врска со членот 8 од Конвенцијата.
3. Одлучи со четиринаесет гласа наспроти три дека тужената држава не ги прекршила своите обврски согласно членот 34 од Конвенцијата.
4. Одлучи со четиринаесет гласа наспроти три
 - (а) дека тужената држава треба да му ги исплати на жалителот, во рок од три месеци, следниве износи конвертирани во руски рубљи по стапката што ќе важи на денот на исплатата:
 - (i) 3.000 евра (три илјади евра), плус секој данок што би можел да се наплати, за нематеријална штета;
 - (ii) 3.150 евра (три илјади и сто и педесет евра), плус секој данок што би можел да му се наплати жалителот, за трошоци и издатоци;
 - (б) дека од истекувањето на гореспоменатите три месеци до исплатата ќе се пресметува проста камата на гореспоменатите износи по стапка еднаква на маргиналната стапка за позајмување на Европската Централна Банка во текот на казнениот период плус три процентни поени;
5. Едногласно ги отфрла останатите побарувања на жалителот за правичен надоместок.

Изготвена на англиски и француски јазик, и усвоена на јавна расправа во Палатата на човекови права, Стразбур, на 22 март 2012 г.

Јохан Калеваерт
Помошник-судски администратор

Никола Браца
Претседател

Во согласност со членот 45 став 2 од Конвенцијата и правилото 74 став 2 од Деловникот на Судот, кон оваа пресуда се приложени следниве издвоени мислења:

- мислење на делумно согласување и делумно несогласување на судијата Пинто де Албукерке;
- мислење на делумно несогласување на судијата Калајџиева;
- мислење на делумно несогласување на судијата Нусбергер придружена од судијата Федорова;
- мислење на несогласување на судијата Поповиќ.

Н.Б.
Ј.К.

МИСЛЕЊЕ НА ДЕЛУМНО СОГЛАСУВАЊЕ И ДЕЛУМНО НЕСОГЛАСУВАЊЕ НА СУДИЈАТА ПИНТО ДЕ АЛБУКЕРКЕ

(Превод)

Случајот Markin се однесува на статусот на родителите во раните моменти од животот на нивните деца и на причините што го оправдуваат постоењето на посебен родителски статус на воените лица. Се согласувам со наоѓањето на повреда на членот 8, во врска со член 14 до кое дојде мнозинството, иако причините што ме доведоа до согласување многу се разликуваат од оние наведени во пресудата. Тие причини се однесуваат на природата на правото на родителско отсуство, којашто може правилно да се оцени само ако се согледа развојот на заштитата на социјалните права преку Европската конвенција за човекови права („Конвенцијата“). Покрај тоа, за мене е важно, од практични и теоретски причини, да се анализира одделно двојната дискриминација што ја претрпел жалителот, најнапред како воено лице од машки пол наспроти своите колешки (прашањето за половоа дискриминација), а потоа и како воено лице наспроти цивилните лица (прашањето за дискриминација при вработување). Конечно, не можам да се согласам со констатацијата дека нема повреда на член 34.

Мислење на несогласување

Правото на жалителот на почитување на неговиот дом

Не се согласувам со заклучоците на мнозинството во врска со жалбата изведена од членот 34. Сметам дека интервенцијата извршена во текот на ноќта во поглед на правото на жалителот на почитување на неговиот дом е неприфатлива. Без оглед на точното време кога започнала посетата на домот на жалителот, не е спорно дека истата се случила во текот на ноќта. Судот во повеќе наврати се изјасни против секој контакт на Властите со жалителите и нивните семејства, сè додека се разгледуваат претставките. За предметниот случај, два елемента ја зголемуваат тежината на интервенцијата. Прво, што таа се случила во текот на ноќта во домот на жалителот, односно, на исклучително интимно место и во време кога засегнатото лице и неговото семејство биле особено ранливи. Второ, истражниот службеник можел на друго место и на поинаков начин да ги добие информациите што ги барал. Властите не употребиле добар метод за добивање на бараните информации. Дури и ако не постоела намера за заплашување од нивна страна, останува фактот дека нивното однесување е објективно застрашувачко и дека било почувствувано како такво од страна на жалителот и неговото семејство, причинувајќи на тој начин повреда на членот 34.

Мислење на согласување

Природата на правото на родителско отсуство

Родителско отсуство се дефинира како период на овластено отсуство од работа веднаш по породилното отсуство, во текот на кој договорот или работниот однос и правата кои произлегуваат од неа се зачувани. Правото на родителско отсуство го гарантира Конвенцијата. Тоа не само што влегува во рамките на примена на Конвенцијата во смисла на поддршка на семејниот живот и на начинот на којшто животот во семејството е организиран, туку и директно произлегува од членот 8. Правото на родителско отсуство е заштитено со оваа одредба, бидејќи претставува суштинска гаранција за врската помеѓу родителот и детето во време кога тоа е особено ранливо и има посебни потреби. Односите во семејството, заштитени на тој начин, може да бидат засновани на биолошка врска со мајката или таткото, или пак на правниот однос што произлегува од посвојување или која било друга законски еквивалентна врска. Правото на родителско отсуство е суштинско договорно право и претставува дел од самото јадро на основните права на семејството.

Правото на родителско отсуство има два комплементарни аспекти: од една страна, тоа е социјално право затоа што го зачувува работниот однос на работникот, а од друга страна, тоа е и договорно право за заштита на врската помеѓу родителот и детето. Значи, не станува збор за договорно право *ex novo*, туку за еден аспект на правото на почитување на семејниот живот опфатено од Конвенцијата како жив инструмент. Клучни практични последици следат од оваа анализа: од една страна, државите имаат позитивна обврска да создадат правна рамка за родителско отсуство, а од друга страна, правото на родителско отсуство е заштитено со член 8 независно од секаква дискриминација во спротивност со член 14.

Судот сè повеќе е склон да дава договорна заштита на социјалните права преку член 14 од Конвенцијата. Според воспоставената судска пракса, членот 14 не е ограничен на обезбедување на правата загарантирани со Конвенцијата, туку е проширен и на оние права кои „спаѓаат во областа кога се применува“ договорна одредба и кога државата одлучува да даде гаранција дури и ако со тоа ги надминува строгите барања на Конвенцијата.⁴⁵ Потпирајќи се на овој метод на интерпретација, Судот ја осуди дискриминаторската примена на социјалните права во рамките на опсегот на одредбите од Конвенцијата.⁴⁶ Но, социјалните права беа директно изведени од договорни одредби без да постои каква било врска со дискриминаторски третман што го претрпел жалителот, како што се правото на лицата под надлежност на државата за лекување⁴⁷, правото на секој граѓанин за медицински третман⁴⁸, правото на здрава животна средина⁴⁹, правото на домување⁵⁰, правото на пензија⁵¹, правото на колективно преговарање и правото на штрајк⁵². Судот на ова го додаде и правот на

45 Овој принцип за прв пат бил искажан од страна на Судот во случајот „поврзан со одредени аспекти на јазичите во образованието во Белгија“ (основан), 23 јули 1968 г., став 9, стр. 33, серија А бр. 6. Со други зборови, членот 14 се применува кога „(...) предметот на којшто се однесува недостатокот (...) е еден од условите за остварување на гарантираното право“ (Syndicat national de la police belge против Белгија, 27 октомври 1975 г., став 45, серија А бр. 19) или кога спорните мерки „се надоврзува [-ат] (...) кон остварување на правото што го гарантира“ Конвенцијата (Schmidt et Dahlström против Шведска, 6 февруари 1976 г., став 39, серија А бр. 21.). За Судот, концептот на дискриминација во смисла на член 14, исто така, вклучува случаи во кои поединец или група се третирали, без соодветно оправдување, понеповолно во однос на друг, иако Конвенцијата не бара поповолен третман (Abdulaziz, Cabales et Balkandali против Обединетото Кралство, 28 мај 1985 г., став 82, серија А бр. 94).

46 На пример, различниот третман на резиденти и нерезиденти во областа на даночното ослободување (Darby против Шведска, 23 декември 1990 г., ставови 33-34, серија А бр. 187), различните правила за доделување на посебна итна помош за државјани на земјата и странци (Gaugusuz против Австрија, 16 септември 1996 г., став 50, Извештаи за пресуди и одлуки 1996-IV), дополнителни обврски наметнати на неженети бездетни мажи на возраст над 45 години, различни од оние наметнати на немажените жени без деца на иста возраст (Van Raalte против Холандија, 21 февруари 1997 г., став 43, Извештаи 1997-I), различни пензиски права за мажените жени и женетите мажи (Wessels-Bergervoet против Холандија, бр. 34462/97, став 54, Европска Конвенција за човекови права (ЕКЧП) 2002-IV), различни пензиски права за поранешните воени лица (Bucheň против Чешка, бр. 36541/97, ставови 74-76, 26 ноември 2002 г.), како и различните услови за доделување пензија на државјани на земјата и на странци (Andrejeva против Летонија [Голем совет (ГС)], бр. 55707/00, ставови 88-91, 2009 ЕКЧП).

47 Ова право е изведено од член 3 (İlhan против Турција [ГС], бр. 22277/93, став 87, ЕКЧП 2000-VII, Kudła против Полска [ГС], бр. 30210/96, ставови 91-94, ЕКЧП 2000-XI, Mouïsel против Франција, бр. 67263/01, ставови 40-42, ЕКЧП 2002-IX, Paladi против Молдавија [ГС], бр. 39806/05, став 71, 10 март 2009 г., V.D. против Романија, бр. 7078/02, ставови 94-99, 16 февруари 2010 г., Slyusarev против Русија, бр. 60333/00, став 43, 20 април, 2010).

48 Ова право е врз основа на член 8 (Glass против Обединетото Кралство, бр. 61827/00, ставови 74-83, ЕКЧП 2004-II, Tysięc против Полска, бр. 5410/03, ставови 107-108, ЕКЧП 2007-I и А, В et С против Ирска [ГС], бр. 25579/05, став 245, ЕКЧП 2010) или член 2 (Oyal против Турција, бр. 4864/05, став 72, 23 март 2010 година).

49 Ова право произлегува од член 8 (López Ostra против Шпанија, 9 декември 1994 г., став 51, серија А бр. 303-Ц, Guetga и други против Италија, 19 февруари 1998, ставови 57-60, Извештаи 1998-I, Hatton и други против Обединетото Кралство, 8 јули 2003 г., ставови 96-99, Извештаи 2003-VIII и Georget et Georgeta Stoicescu против Романија, бр. 9178/03, ставови 61-62, 26 јули 2011 г.) или член 2 (Öneriylidiz против Турција [ГС], бр. 48939/99, став 90, ЕКЧП 2004-XII). Во случај кога станувало збор за конфликт со социјалните права, Судот дури сметал дека позитивната обврска што ја има државата да ја заштити животната средина треба да биде поважна од обврската за заштита на начинот на живеење на малцинствата во важечката законска рамка за развој (Charman против Обединетото Кралство [ГС], бр. 27238/95, ставови 96, 113-115, ЕКЧП 2001-I).

50 Државите може да бидат критикувани доколку не можат да обезбедат соодветно домување, врз основа на член 3 (Moldovan и други против Романија (бр. 2), бр. 41138/98 и 64320/01, ставови 107 г) и 110, ЕКЧП 2005-VII, и M.S.S. против Белгија и Грција [ГС], бр. 30696/09, ставови 263-264, 21 јануари 2011 г.) или член 8 (Marzani против Италија (решение), бр. 36448/97, 4 мај 1999 г, кога жалителот бил „лице со сериозна болест“, и Stanková против Словачка, бр. 7205/02, ставови 60-62, 9 октомври 2007 г., каде што Судот го процени како „убедливо“ образложението на Уставниот суд). Судот дури е подготвен и да ги оцени владините политики за домување во смисла на нивното влијание врз правата на сопствениците (James и други против Обединетото Кралство, 21 февруари 1986 г., став 46, Серија А бр. 98, Mellacher и други против Австрија, 19 декември 1989 г., став 45, Серија А бр. 169, Spadea et Scalabrino против Италија, 28 септември 1995 г., став 29, Серија А бр. 315-Б, и Hutten-Czapska против Полска [ГС], бр. 35014/97, ставови 224-225, ЕКЧП 2006-VIII).

51 Судот одлучи дека пензија со „целосно недоволен“ износ треба да покрене прашање во согласност со член 3 (Larioshina против Русија (решение), бр. 56869/00, 23 април 2002 г. и Budina против Русија (решение), Бр. 45603/05, 18 јуни 2009 г.) или од членот 2 (Kutepov et Anikeienko против Русија, бр. 68029/01, став 62, 25 октомври 2005 г., и Нус против Романија и Германија (решение) Бр. 7269/05, став 59, 1 декември 2009 г.).

52 Судот заклучи во согласност со правото да се основаат синдикати заштитени со член 11 од Конвенцијата, за правото на колективно преговарање, содржано во член 6 од Европската социјална повелба, и покрај фактот што тужената држава не ја имала ратификувано таа одредба во времето на пристапување кон Повелбата (Demir et Baykara против Турција [ГС], бр. 34503/97, ставови 153 и 154, ЕКЧП 2008). Судот го следеше истиот пристап во случајот Enerji

коректно судење во определувањето на своите социјални права⁵³.

Признавањето од страна на Судот на социјалните права во областа на Конвенцијата, во принцип, наидува на две забелешки. Тврдејќи дека намерата на основоположниците на Конвенцијата била да бидат вклучени само граѓански и политички права, Судот доби критики дека ги надминува границите на својата надлежност и им наметнува земјите-потписнички на меѓународните обврски коишто тие ги прифатиле⁵⁴. Овој аргумент има недостатоци поради две причини. Од една страна, тој не води сметка за целта на Конвенцијата како договор кој предвидува „развој“ на човековите права во контекст на Универзалната декларација за човекови права, која пак предвидува економски и социјални права. Овој план јасно изразен во преамбулата на Конвенцијата, е потврден преку одредбите на овој инструмент кои го гарантираат правото за приклучување кон одреден синдикат, а ја забрануваат принудната работа, како и преку последователните усвојувања на протоколи за имотното право и правото на образование⁵⁵. Покрај тоа, не постои јасна линија на разграничување помеѓу социјалните и граѓанските права. Граѓанските права имаат општествени и економски импликации⁵⁶.

Үарп-Үол Сен против Турција (бр. 68959/01, ставови 24 и 31-32, 21 април, 2009 г.), каде што го призна правото на штрајк во смисла на членот 11 од Конвенцијата.

53 На пример, во однос на постапката за утврдување на услугите за здравствено осигурување (Feldbrugge против Холандија, 29 мај 1986 г., став 40, серија А бр. 99), услуги за социјално осигурување според системот за осигурување во случај на несреќи при работа (Deumeland против Германија, 29 мај 1986 г., став 75, серија А бр. 100), или за вдовечки пензии (Massa против Италија, 24 август 1993 г., став 26, серија А 265-Б). Судот веќе им ја наметна на државите обврската да се воспостави правен систем кој ќе обезбеди ефикасна заштита на социјалните права (Danilenkov и други против Русија, бр. 67336/01, став 136, ЕКЧП 2009).

54 Види, на пример, Ренучи „Договор од европското законодавството за човекови права“, Париз, 2007 година, стр. 492-493. Според една друга слична забелешка, имајќи во предвид дека не постои јасна дефиниција на поимот за право „што влегува во рамките на примена“ на одредба од Конвенцијата, не постои ниту критериум за разграничување на предметите што треба да бидат разгледани согласно членот 14, како и оние што може да се објаснат од членот 1 на Протоколот бр. 12 и дека кое било право признаено според домашното законодавство би можело на вештачки начин да се стават „во рамките на опсегот“ на Конвенцијата (види, на пример, Томусчат „Социјални права во рамките на Европската повелба за човекови права“ (Social rights under the European Charter on Human Rights), во Breitenmoser (Hrsg.), Human Rights, Democracy and the Rule of Law: Liber Amicorum Luzius Wildhaber, Цирих, 2007, стр. 862-863; Сидр, „Заштитата на социјалните права од Европскиот суд за човекови права: вежба за „апстракција во судската пракса?““, Квартален Преглед на човековите права, 55, 2003, стр. 770; и Лукас-Албертини, „Промената на мислењето во судската пракса при Европскиот суд за човекови права“, Брисел, 2008, стр. 326).

55 Во врска со социјалната содржина на Конвенцијата, види, помеѓу другото, Пелонпаа, „Економски, социјални и културни права“ (Economic, social and cultural rights), Мекдоналд / Матчер / Пецолд (изд.), Европскиот систем за заштита на човековите права (The European system for the protection of human rights), Дордрехт, 1993, стр.859-866; Коста, „Европскиот суд за човекови права и заштитата на социјалните права“, Квартален Преглед за човекови права, 21, 2010, стр. 212-216; и Ајхенхофер „Der sozialrechtliche Gehalt der EMRK-Menschenrechte“ во Hohmann-Dennhardt/Masuch/Villiger, Festschrift für Renate Jaeger, Grundrechte und Solidarität, Durchsetzung und Verfahren, 2011, стр.628-635.

56 Airey против Ирска, 9 октомври 1979 г., став 26, серија А бр. 32. Судот не мора задолжително да одбива да ги разгледа случаите со финансиски импликации за државата, бидејќи спроведувањето на основните граѓански права има импликации врз јавните финансии. Преземањето од страна на државата, на трошоците за правна помош и толкување е добар пример за тоа. Всушност, граѓанските и социјалните права се меѓусебно зависни и тесно поврзани. Не постои непропустлива преграда меѓу овие две категории права. Во таа смисла, види, меѓу другото, преамбулата на Европската социјална повелба, преамбулата на Факултативниот протокол кон Меѓународниот пакт за економски, социјални и културни права, Виенската декларација и Програма за акција изработени од страна на Светската конференција за човекови права (A/CONF.157/23, 12 јули 1993 г., став 5) и Препораката 1415 на Парламентарното собрание на Советот на Европа од 23 јуни 1999 г.

Од друга страна, овој аргумент го игнорира фактот дека Конвенцијата е „жив инструмент“ и се развива и прилагодува на конкретните состојби на европските народи. Ако од подготвителната работа за Конвенцијата произлегува дека заштитата на граѓанските и политичките права на континентот, во тоа време опустошен од војната и тешките повреди на човековите права што беа извршени, беше особена тема на којашто беа посветени изготвувачите на овој инструмент⁵⁷, што не е веќе случај и за народите на Европа денес. Затврднувањето на Конвенцијата не само што би било во спротивност со вообичаените правила за интерпретација на спогодбите, коишто им даваат дополнителна функција на подготвителните активности, како и конечно, водечка улога на предметот и целта на одредбите од договорот (член 31 став 1 од Виенската конвенција за правото на договорите), туку на крајот и ќе ја заобиколи вистинската намера на основоположниците на Конвенцијата, кои се стремееа кон тоа да се изработи инструмент што ќе гарантира пред сè практични и ефективни права отколку формални и илузорни.

Исто така, беше наведено дека социјалните права излегуваат од рамките на институционалната надлежност на судот поради нивниот нејасен, технички карактер. Според ова гледиште, овие права би се ограничиле само кога се наведуваат политички цели што треба да се постигнат или програми за акција наменети за политичките и административни органи на државата и не се подложни на судска контрола. Ова гледиште го изоставува принципот според кој основните права имаат минимална задолжителна содржина⁵⁸. Како и сите други основни права, социјалните права имаат задолжителна минимална содржина којашто судовите може и треба да ја дефинираат и имплементираат, што претставува задача која е од особена важност во време на финансиски тешкотии, кога социјалните права се првите коишто се запоставени⁵⁹.

57 Види Подготвителни активности 1, стр. 194.

58 Треба да се земе предвид поимот за минимална основна обврска, каков што го претставува Комитетот за економски, социјални и културни права на Обединетите нации. Во својот Генерален коментар бр. 3, овој орган изрази „мислење дека секоја држава членка има минимална основна обврска да обезбеди задоволување барем на минималното суштинско ниво на секое право“. (види Општ коментар бр. 3, док. ОН Е/1991/23, став 10, потврдено мислење во Општиот коментар бр. 12, док. ОН Е/2000/22, став 17, Општ коментар бр. 13, Е/С.12/1999/10, став 57, Општ коментар бр. 14, док. ОН Е/С.12/2000/4, ставови 43-47, Генерален коментар број 15, док. ОН Е/С.12/2002/11, ставови 37-40, Генерален коментар број 17, Е/С.12/ГС/17, став 39, Општ коментар бр. 18, Е/С.12/ГС/18, став 31, Општ коментар бр. 19, Е/С.12/ГС/19, став 59, и Општ коментар бр. 21, Е/С.12/ГС/21, став 55). Принципите на Лимбург за примена на Меѓународниот пакт за економски, социјални и културни права (док. ОН/СН.4/1987/19) и Директивите од Мастрихт за кршењето на економските, социјалните и културните права (док. ОН Е/С.12/2000/13) ги објаснуваат обврските на државите во однос на економските, социјалните и културните права. Во својата резолуција 1993/14, Комисијата за човекови права на ОН ги повика државите да „предвидат развој на специфични национални стандарди со цел да се даде поддршка на минималната основна обврска за задоволување барем на минималното суштинско ниво на секое од овие права [економски, социјални и културни]“. Во својот годишен извештај за 1994 г., Интер-американската комисија за човекови права изјави дека „обврската на земјите членки да ги почитуваат и да ги заштитат основните права на лицата во рамките на нивната надлежност, како што е утврдено во американската Декларација и во американската Конвенција, им наметнува, без оглед на нивното ниво на економски развој, да гарантираат минимален праг на почитување на овие права“. „Комитетот на министри при Советот на Европа - во својата Препорака Р(2000)3 од 19 јануари 2000 г. - и Европскиот комитет за социјални права, исто така се залагаа за потребата од правна заштита со минимален праг на почитување на одредени социјални права (во однос на ставот донесен од страна на Комитетот, види Микола, „Social Human Rights in Europe“, Порво, 2010, стр. 316-317). Конечно, еминентни експерти за меѓународно право го поддржуваат ваквиот пристап, особено Алстон, „Out of the abyss: the challenges confronting the new U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights“, Квартален извештај за човековите права, 9, 1987 г., стр. 352-353; Крејвен „The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A perspective on its development“, Оксфорд, 1995 г., стр. 141-143; Либенберг, „Adjudicating social rights under a transformative Constitution“, Лангфорд (ed.), „Social rights jurisprudence, Emerging trends in international and comparative law“, Кембриџ, 2008, стр. 89-91; Фредман, „Human Rights Transformed, Positive rights and positive duties“, Оксфорд, 2008, стр. 84-87; Ташнет, „Weak Courts, Strong Rights“, Принстон, 2009, стр. 242-247; и Кердун, „Местото на економските, социјалните и културните права во меѓународното право за човекови права“, Квартален Преглед за човековите права, 22, 2011, стр. 511.

59 Алекси инсистира на тоа прашање во „A Theory of Constitutional Rights“, Оксфорд, 2002 г., стр. 344: „Уставната заштита - дури и минимална - на социјалните права, се чини дека е неопходна токму во време на криза“. Истата идеја ја среќаваме кај Алстон/Квин, „The nature and scope of States Parties' obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights“, Квартален извештај за човековите права, 9, 1987 г., стр. 164: „Напорите да се гарантира почитување на човековите права треба да продолжат и во лоши времиња, како и во добри времиња. Впрочем, во време на екстремни тешкотии, гаранциите на човековите права – од политичка или економска природа – се покажуваат како највредни“, како кај Данка/Флинтерман/Леки „Commentary to the Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights“, Human Rights Quarterly, 20, 1998 г., стр. 717: „Секоја држава која се согласува да преземе правни обврски (...) се обврзува да ги одржува основните минимални услови и основните права поврзани со нив, без разлика на околностите, дури и во време на немаштија.“

Ако државите уживаат широка дискреција при донесувањето на соодветни мерки за социјална политика, Судот треба да утврди дали тие остануваат во границите на „разумното“⁶⁰. Разумниот карактер на социјалната политика на државата добива на важност во однос на пропорционалноста, што значи дека таа не само што треба подеднакво да се однесува со сите социјални групи, туку треба и да ги неутрализира фактичките нееднаквости, а и да посвети посебно внимание на најранливите меѓу нив⁶¹. На пример, една мерка на социјална политика ќе биде „неразумна“, така да се каже непропорционална, доколку не предвидува ништо за најсиромашните. Значи, постои точка на конвергенција меѓу спроведување на „разумна“ социјална политика и обврската да се гарантира минимална содржина на социјалните права⁶². Како што еloquentно укажа судијата Вилијам Бренан, „социјалната заштита не е само милостина, туку претставува средство за промовирање на општата благосостојба и средство со коешто ќе ги обезбедиме придобивките на слободата за нас самите, но и за нашето потомство“⁶³.

Горенаведените согледувања неизбежно водат до заклучок дека: социјалното право може легитимно да произлезе од одредба од Конвенцијата, дури и ако тоа е предвидено со Европската социјална

60 Во врска со прашањето за почитување на „разумноста“ на политичките избори направени во однос на социјалните права, види ги неодамнешните случаи Valkov и други против Бугарија (бр. 2033/04, 19125/04, 19475/04, 19490/04, 19495/04, 19497/04, 24729/04, 171/05 и 2041/05, ставови 91-97, 25 октомври 2011, не е конечен), Van против Обединетото Кралство (бр. 56328/07, ставови 37, 50, 27 септември 2011) и Schuitmaker против Холандија ((одл.), бр. 15906/08, 4 мај 2010 година), како и случаите поврзани со правото на домување, наведени погоре. Принципот според кој социјалните права излегуваат од рамките на институционалната надлежност на судот, што го признава европското право за човекови права, како и меѓународното право за човекови права (види Општ коментар бр. 3 на Комитетот за економски, социјални и културни права, цитиран погоре, ставови 4-5, Општ коментар бр. 9, Е/С.12/1998/24, став 10, Принципите на Лимбург, цитирани погоре, став 19, како и Директивите од Мастрихт, цитирани погоре, став 22), Интер-американското право за човекови права (Интер-американскиот Суд за човекови права, случај Acevedo Buendia и други против Перу, 1 јули 2009 г., ставови 102-103, и Интер-американската комисија за човекови права, Report on Admissibility and Merits бр. 38/09, 27 март 2009 г., ставови 140-147) и Африканското право за човекови права (Африканска комисија за правата на човекот и на народите, случај The Social and Economic Rights Action Center for Economic and Social Rights (SERAC) против Нигерија, Извештај бр. 155/96, 27 мај 2002 г., ставови 61, 62, 64, 68 и случајот Purohit et Moore против Гамбија, извештај бр. 241/2001, 29 мај 2003 г., ставови 81-83).

61 Види го случајот „во врска со одредени аспекти на јазиците во образованието во Белгија“ (основан), 23 јули 1968 г., стр. 34, став 10, серија А бр. 6 („одредени правни нееднаквости имаат за цел само да ги поправат фактичките нееднаквости“) Stec и други против Обединетото Кралство [ГС] (бр. 65731/01, ставови 51, 66, ЕКЧП 2006-VI), D.H. и други против Република Чешка [ГС] (бр. 57325/00, ставови 175, 181-182, ЕКЧП 2007-IV) Oršuš и други против Хрватска [ГС] (бр. 15766/03, ставови 147-148, 182, ЕКЧП 2010) Andrlе против Република Чешка (бр. 6268/08, став 48, 17 февруари 2011) Andrlе против Турција (бр. 4864/05, 23 март 2010 г.). Европскиот комитет за социјални права го следеше истото расудување (Association internationale Autisme-Europe против Франција, Жалба бр. 13/2002, одлука од 4 ноември 2003 г., став 53) коешто се среќава кај судовите на некои држави, како што е Германскиот Уставен Суд (види обновена одлука од 18 јуни 1975 г. - BVerfGE 40, 133 - во однос на уставното право на „пристоен егзистенцијален минимум“ (menschenwürdigen Existenzminimums), Швајцарскиот федерален суд (види пресуда по принцип од 9 јуни 2006 г. во случајот на V. против Einwohnergemeinde X. Regierungsrat und des Kantons Bern за постоењето на имплицитно уставно право на „минимални егзистенцијални услови“), а како дел од устав со трансформативен карактер, португалскиот Уставен суд (види одлуки бр. 39/1984, 330/1989, 148/1994, 62/2002 и 509/2002 во врска со уставната гаранција за минимален „социјален приход“ и „за социјален минимум доволен да обезбеди пристоен живот“ во областите на здравство и јавното образование). Тие европски стандарди одговараат на оние што се воспоставени од страна на меѓународното право за човекови права (види Комитет за економски, социјални и културни права, Општ коментар бр. 3, цитиран погоре, став 12, „Изјава на Комитетот: Мислење за обврската да се дејствува до „максимум од своите расположливи ресурси“ во контекст на факултативниот протокол кон Договорот“, Е/С.12/2007/1, 10 мај 2007 г., став 4; Принципи на Лимбург, цитирани погоре, став 39; Директивите од Мастрихт, цитирани погоре, став 20), како и критериумите што ги користи Интер-американското право за човекови права (Pueblo Bello Massacre против Колумбија, пресуда од 31 јануари 2006 г., ставови 111, 123, Comunidad Indígena Yakue Axa protiv Парагвај, пресуда од 17 јуни 2005 г., ставови 68, 167-168, и Villa-grán-Morales и други против Гватемала, 19 ноември 1999 г., ставови 144, 191).

62 Комитетот за економски, социјални и културни права ја констатира поврзаноста на критериумите во својата „Декларација“ (цитирана погоре, став 8 f)), како и Уставниот суд на Јужна Африка во случајот Government of the Republic of South Africa и други против Grootboom и други (случај ЦЦТ 11/00, 4 октомври 2000 г., ставови 33, 36, 44), (случај ЦЦТ 02/08, 5 јули 2002 г., ставови 34, 79) и Mazibuko и други против City of Johannesburg и други М (случај ЦЦТ 39/09, 8 октомври 2009 г., став 67) и Заедничкиот комитет за човекови права на Домот на Лордовите („Дваесет и деветтиот извештај: Економски и социјални права“, 10 август 2008 г., ставови 172, 181). Треба да се напомене дека критериумите кои произлегуваат од оваа поврзаност не се совпаѓаат во потполност затоа што критериумот на „разумноста“ (или на пропорционалноста) не се однесува единствено на на минималните обврски. Може да се случи државите да ги задоволат своите минимални обврски, а притоа да не ја исполнат својата должност за преземање „разумни“ (или пропорционални) мерки на социјалната политика.

63 Goldberg против Kelly, 397 САД 254, 1970 г.

повелба и кога договорната страна не е обврзана со релевантната одредба од Повелбата⁶⁴. Така, единствениот фактот што членот 27 став 2 од Европската социјална повелба го гарантира правото на родителско отсуство, воопшто не пречи тоа да биде признаено како право содржано во членот 8 од Конвенцијата, дури и тогаш кога засегнатата договорна страна не го прифатила членот 27 став 2 од Повелбата. Во конкретниот случај, треба да се напомене дека тужената држава го прифатила овој член, како и повеќето други држави потписнички на Конвенцијата, со што се докажува неспорниот карактер на тоа право според меѓународното право. За да се покаже еволуцијата на правото во контекст на Конвенцијата, може да бидат изложени научни и правни аргументи.

Одредени научни студии наведуваат докази за виталното значење на физичкиот и психолошкиот однос помеѓу родителите и детето во најрана фаза од неговиот живот. Овие студии покажаа дека родителското отсуство дава јасни придобивки, особено во поглед на пониската стапка на смртност кај новороденчињата и долгорочни ефекти врз когнитивните способности и социо-емоционалниот развој на детето. Со други зборови, постои причинско-последична врска помеѓу родителско отсуство и здравјето и резултатите во училиштето кај детето⁶⁵. Недостигот од заштита и спроведување на правото на родителско отсуство значително би ја нарушило општата благосостојба на детето и во голем степен би ја ослабнало врската помеѓу родителот и детето. Значи, родителско отсуство претставува клучен инструмент на социјалната политика за да обезбеди општа благосостојба на детето и хармоничен развој на семејните врски.

Покрај сè поголемиот број научни докази коишто ја покажуваат екстремната важност на родителското отсуство, признавањето на правото на родителско отсуство е исто така предмет на воспоставен меѓународен консензус. Од триесет и трите земји-членки на Советот на Европа, само една земја нема воведено никакво родителско отсуство, две им ја нудат оваа можност само на жените, а сите други членки обезбедуваат родителско отсуство и за мажите и за жените. Воените лица од двата пола имаат слична правна положба како таа на цивилните лица, освен во пет земји каде што единствено жените воени лица имаат право на такво отсуство. Политичките институции на Советот на Европа го вметнаа овој консензус во повеќе резолуции и препораки⁶⁶.

64 Познати автори точно укажаа дека социјалните права ратификувани со Европската социјална повелба треба да бидат заштитени со Европската конвенција за човекови права (Сидр, цитиран погоре, стр. 761-766, и Аранци-Комбе „Кои се перспективите за следните 10 години?“, координатор Оливие де Шитер, Европската социјална повелба: социјален Устав за Европа, Брисел, 2010 година, стр. 159).

65 Види, меѓу другите, Кулс/Фива/Киркебен „Causal effects of paternity leave on children and parents“, документ за дискусија бр. 657, статистика Норвешка, 2011 година; Пере/Соли, „The Impact of Paternity Leave on Long-term Father Involvement“, работен документ бр. 3130, 2010; Ламб, „The Role of Father in Child Development“, Хобокен, 2010; Лну/Сканс „The duration of paid parental leave and children’s scholastic performance“, В.Е. Journal of Economic Analysis and Policy, 2010, вол. 10; Хан/Рум/Вандфогел, „Parental leave policies and parents’ employment and leave taking“, Journal of Policy Analysis and Management, 2009, вол. 28, бр. 1; Гупта/Смит/Вернер, „Child Care and Parental Leave in the Nordic Countries: A Model to Aspire to?“, документ за дискусија IZA бр. 2014, 2006; Танака/Валдфогел, „Effects of Parental Leave and Work Hours on Fathers’ Involvement with their Babies“, Community, Work and Family, 10, 2007, бр. 4; Танака, „Parental Leave and Child Health Across OECD Countries“, The Economic Journal, 2005, 115, стр. 7-28; Рум, „Parental Employment and Child Cognitive Development“, Journal of Human Resources, 2004, вол. 39, стр. 155-192; Цаумота, „Labour force participation of women: empirical evidence on the role of policy and други determinants in OECD countries“, Економски студии на ОЕЦД, 2004; Тамис/Лемонда/Кабера, „Handbook of Father Involvement: Multidisciplinary Perspectives“, Мава, NJ, 2002; Ермиш/Франческони, „Family Structure and Mothers’ Behaviour and Children’s Achievements“, Journal of Population Economics, 2001, стр. 249-270). Родителско отсуство, исто така го олеснува социјалното издигнување на децата родени во семејства со скромни примања (Еспинг-Андерсен „Untying the Gordian Knot of Social Inheritance“, Research in Social Stratification and Mobility, 21, 2004, pp. 115-39, et Waldfoegel, „Social Mobility, Life Chances and the Early Years“, документација од случај 88, 2004).

66 Во својата Резолуција 1274 (2002) за родителското отсуство, Парламентарното собрание на Советот на Европа ги повика земјите-членки да го гарантираат принципот на платено родителско отсуство, вклучувајќи и отсуство при посвојување. Тоа ја испраќа истата порака во својата Препорака 1769 (2006) за потребата да се усогласат работата и семејниот живот, во којашто се истакнува дека родителското отсуство треба да им биде достапно и на мажите и на жените, обрнувајќи особено внимание на тоа да се осигураат дека на мажите навистина им е достапна оваа можност“. Во Препораката бр. П(96) за усогласување на работата и семејниот живот и Препораката (2007)¹⁷ за прописите за родова еднаквост, Комитетот на министри го повтори истото право, усогласувајќи го со можноста да се земе отсуството со скратено работно време и да се подели меѓу родителите. Конечно, Препораката (2010)⁴ за човековите права на припадниците на вооружените сили јасно ги наведува правата на воените лица од двата пола да имаат можност да користат и породилно отсуство за мајката и родителско отсуство за таткото.

Во рамките на Европската унија, препораката во врска со рамковниот договор за родителско отсуство (Препорака 96/34/ЕЗ од 3 јуни 1996 година, изменета со Препораката на Советот 2010/18/ЕУ од 8 март 2010 година) претставува обврзувачки пропис за земјите членки на ЕУ, според кој родителското отсуство, во принцип, за двајцата родители е непреносливо и индивидуално право⁶⁷. Овој консензус во европското право за човековите права се рефлектира во меѓународното трудово право, кое постојано го призна правото на родителско отсуство од 1980-тите, како што се гледа во неколку препораки на Меѓународната организација на трудот (МОТ) Препорака за работници со семејни обврски (R165), 1981, став 22 1)-3), Препораката за скратено работно време (R182) 1994, став 13 и Препораката за заштита на породилното отсуство (R191), 2000, став 10 3)-5). Конечно, погоре наведениот консензус се рефлектира и во универзалниот закон за човековите права. Комитетот за економски, социјални и културни права (КЕСКП), истакна дека со примената на член 3 од Меѓународниот пакт за економски, социјални и културни права, прочитан во врска со член 9 од истиот инструмент, бараат, меѓу другото, да се гарантира доволно породилно отсуство за жените и доволно родителско отсуство за мажите и дека мажите како и жените, имаат право на родителско отсуство⁶⁸.

Со оглед на широкиот меѓународен консензус кој се создава од европското право и универзалното право за човековите права, приодот на Судот во случајот Petrović против Австрија е очигледно застарен. Основниот аргумент презентира во тоа време, дека поголемиот дел од земјите-членки на Советот на Европа не предвидуваат родителско отсуство за мажите, веќе не одговара на реалноста денес. Конзистентноста бара заклучоците да се изведуваат од овој нов консензус. Ако може да се заклучи дека веќе нема никаква причина да се прави разлика врз основа на полот во врска со родителското отсуство, тогаш уште повеќе се наметнува заклучокот дека денес речиси сите земји-членки на Советот на Европа, како и меѓународната заедница самото право на родителско отсуство, општо земено, го сметаат за интегрален дел и конститутивен елемент на правната заштита на семејството и на односот родител-дете. Затоа, може да се заклучи дека цената на родителското отсуство не е по природа таква што бесполезно и нереално ќе ги оптоварува државните ресурси. Со други зборови, не може веќе да се тврди дека заштитата на човековите права во оваа посебна област не произлегува од изборот на легитимните претставници на народот. Од заедничкото јадро на законите на земјите-членки на Советот на Европа и на меѓународните правни прописи, произлегува еден нов аспект на правото на почитување на семејниот живот, кој има стекнато голем демократски легитимитет.

Затоа, државите потписнички на Конвенцијата имаат позитивна обврска да обезбедат правна рамка за родителско отсуство⁶⁹. Државите може да воспостават систем на право за поделба на родителското отсуство помеѓу мажите и жените, или пак индивидуално право на родителско отсуство коешто не може да се пренесе на другиот родител. Заради унапредување на родовата рамноправност, државите може да воспостават татковска квота од родителско отсуство, којашто може да ја земе само таткото и е изгубена ако таткото не ја искористи. Ако правилата утврдени со препораката за родителско отсуство се обврзувачки за земјите-членки на Европската унија, Конвенцијата не го наметнува истиот правен пропис, со оглед на недостатокот од европски консензус во врска со формата, времетраењето и точните услови на родителското отсуство кај сите земји членки на Советот на Европа.

67 Судот на Правдата веќе одлучи дека одредбите од рамковниот договор за родителско отсуство, во прилог на Препораката на Советот може да ги користат поединци пред државните судови (Случај бр. Ц-537/07, пресуда од 16 јули 2009 г., Гомез Лимон, како и природата на ова право, Енион/Ле Барбие - Ле Бри/Дел Сол „Европско и меѓународно социјално право“, Париз, 2010 г., стр.326-327).

68 Генерален коментар бр. 16 (2005), Е/С.12/2005/4, 11 август 2005 г., став 26.

69 Од случајот Kelly против Белгија (13 јуни, 1979, став 31, серија А бр. 31), Судот постојано го признава во својата судска пракса постоењето на позитивни обврски за државите да промовираат и да обезбедат ефективно почитување на семејниот живот. Оваа обврска може да се состои од обезбедување на соодветна правна рамка за практично и ефективно почитување на семејниот живот, како што нагласи Судот за прв пат во случајот X и Y против Холандија (26 март, 1985 г. ставови 23, 28-30, серија А бр. 91). Што се однесува до врската меѓу детето и неговите родители, Судот дури и призна дека „државата мора да дејствува така што ќе овозможи таа врска да се развива и да даде правна заштита за да може, уште од раѓањето или што е можно поскоро во подоцнежниот период, детето да се интегрира во семејството“ (Iglesias Gil et A.U.I против Шпанија, бр. 56673/00, став 49, ЕКЧП 2003-V). Поточно, Интер-американскиот Суд за човекови права наведува дека државите имаат обврска да ги преземат „неопходните мерки, така што детето може да се развива во пристојни услови“ (Советодавното мислење ОС-17/2002 од 28 август 2002 г., став 80 и точка 7 од мислењето).

Сепак, системот на правото на родителско отсуство, како и одредбите кои ги регулираат сите други социјални права, не претставува во потполност дискреционо право на политичките мнозинства. Некои од клучните карактеристики на ова право може да се утврдат во рамките на Конвенцијата и оттука, таквиот систем е предмет на контрола на Судот. Имајќи во предвид дека класичната ахилова пета на социјалните права е нивната ефективност и извршност, јасната дефиниција на опсегот на надлежностите на законодавната и на судската власт во спроведувањето на социјалните права е од најголема важност.

Прво, правото на родителско отсуство е од корист за сите граѓани, без разлика на пол или професионална состојба. Вооружените сили, полицијата и државните службеници не се исклучени од придобивките на ова фундаментално право⁷⁰. Ова исто така се однесува и на вработените со скратено работно време, оние кои се со договор на неопределено време или во привремен работен однос. Имплементацијата на правото на родителско отсуство во приватниот сектор на економијата е резултат на хоризонталниот ефект на системот за заштита на човековите права⁷¹

Второ, правото на родителско отсуство има минимум содржина. При утврдувањето на обликот, траењето и условите за родителско отсуство, треба да се имаат во предвид крајните цели од усогласувањето на професионалниот и приватниот и семеен живот на вработените родители, како и за рамноправноста на мажите и жените во поглед на развојот на кариерата и третманот на работното место. По завршувањето на родителското отсуство, секој работник има право да се врати на истото работно место или, доколку тоа не е можно, на еквивалентно работно место во согласност со неговиот договор за вработување или неговиот работен однос. Стекнатите права или правата што вработениот ги стекнува на денот на почетокот на родителското отсуство, се задржуваат такви какви што се до крајот на родителското отсуство. Вработените треба да бидат заштитени од понеповолен третман или отпуштање од работа мотивирано од барањето или земањето родителско отсуство. Државите имаат слобода да одлучат дали родителското отсуство ќе се доделува на полно работно време, на скратено работно време, на делови или во форма на одложени временски периоди и да го подложат правото на родителско отсуство на одреден период на работен однос и/или период на работен стаж; Сепак, тие немаат право, на пример, да бараат периодите на работен однос или на работен стаж да бидат предолги. Државите исти така имаат слобода да ги дефинираат околностите во кои на работодавачот му е дозволено да го одложи одобрувањето на родителско отсуство, ако одложувањето е оправдано само од вонредни причини поврзани со функционирањето на фирмата.

70 Што се однесува до овој елемент, Европскиот комитет за социјални права заведе цврста позиција, како што се гледа во извештаите за соодветните состојби на договорните страни во врска со член 27 став 2 од Повелбата.

71 Меѓународната одговорност на државата може да се разгледува во однос на незиниот неуспех да се справи со одредено однесување спротивно на економските и социјални права (на пример, *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, SERAC против Нигерија*, наведено претходно, *Интер-американската комисија за човекови права, Maya Indigenous Communities of the Toledo District против Белизе*, Извештај бр. 40/04, случај 12.053 и *Комитет за елиминација на дискриминацијата врз жените, А.Т. против Унгарија, 2/2003*, и *Comité des droits de l'homme, Länsmann против Финска бр. 2, Соопштение бр. 671/1995*).

Трето, гаранцијата на правото на родителско отсуство претставува обврска за постигнување на резултатот, кој се бара државата да го постигне во разумен рок со соодветни законодавни инструменти⁷². Ова право може да биде ограничено или дури откажано во исклучителни околности⁷³, бидејќи државата не е ограничена со цврст принцип на не-регресија на социјалните права кога ретроградните мерки се однесуваат на општи цели за благосостојба и се спроведуваат прогресивно и пропорционално⁷⁴.

Дискриминација на воени лица од машки пол

Со оглед на минималниот опсег на правото на родителско отсуство гарантиран со Конвенцијата, како што е опишано погоре, дискриминаторски правен режим во поглед на родителското отсуство или пак применување на режим на родителско отсуство, претставува повреда на членот 8 читан посебно или во врска со член 14. Таков е предметниот случај. Сметам дека одбивањето да се даде родителско отсуство на жалителот се потпира врз комбинација од два различни дискриминаторски мотива: воената функција и полот. Дискриминацијата за којашто станува збор, има двојна правна природа: не само што постои дискриминација врз основа на пол помеѓу мажи и жени кои служат во војска, со оглед на поповолниот третман на воените лица од женски пол во споредба со нивните машки колеги, туку постои и дискриминација врз основа на статусот на вработеност, зашто цивилните лица од машки пол се подобро третирали отколку воените лица од истиот пол. Предлагам да се разгледаат одделно овие два вида на дискриминација, со цел да се покаже дека помалку поволен третман што го имаат воените лица од машки пол, недостасува во сите случаи на оправдување. Покрај теоретската важност на раздвојувањето на различните мотиви за дискриминација, ова резултира со значајна практична последица за целите на Членот 46.

72 Социјалните права генерално одговараат на обврските за вложување максимални напори, односно од државата се бара да ги преземе сите потребни законодавни и административни мерки за да се постигне прогресивната реализација на правата во рамките на расположливите средства и без временски ограничувања. Но, исто така, се согласуваме дека постојат социјални права од кои произлегуваат обврските за постигнување резултат. Во својата прва одлука, Европскиот комитет за социјални права одлучи дека исполнувањето на минималната возраст од 15 години за стапување во работен однос, ќе значи de facto поништување и ефективно санкционирање на сите практики спротивни на овој стандард (Commission internationale de Juristes против Португалија, случај бр. 1/1998, став 32). Потоа, тој оцени дека едноставното одобрување на тие законски мерки за да им се овозможи на лицата со посебни потреби обука и стручно насочување не беше доволно, бидејќи државите членки требаше да се осигураат дека овој закон има навистина конкретен и практичен ефект. Кога спроведувањето на социјалното право беше „исклучително сложено и особено скапо“ допуштена беше одредена флексибилност, но социјалното право требаше да биде спроведено „во разумен рок, со напредок што може да се измери и до одреден степен да одговара на максималното искористување на расположливите ресурси „(Association internationale Autisme Europe против Франција, цитирана погоре, став 53, и Centre européen des droits des Roms против Бугарија, случај бр. 31/2005, став 37). Особено, во некои случаи, за воведување на соодветни законски измени може да биде даден одреден рок, како што се изјасни Судот во случајот Šekerović et Pašalić против Босна и Херцеговина (бр. 5920/04 и 67396/09, 8 март 2011 г.). Во исклучителни случаи, обврска за постигнување резултат може да се изрече на државата за неодреден временски период (Oyal против Турција, бр. 4864/05, 23 март 2010 година).

73 Социјално право може да се отповика ако било доделена погрешно (Iwaszkiewicz против Полска, бр. 30614/06, став 55, 26 јули 2011 г.) врз погрешна изјава на корисникот (Rasmussen protiv Полска, бр. 38886/05, став 71, 28 април 2009 година) или со тоталитарен режим за лична корист на член на владејачката партија (види, mutatis mutandis, Tesař и други против Чешката Република, бр. 37400/06, став 73, 9 јуни, 2011 г.), доколку отповикувањето не го лишува корисникот од основните средства за живот (Moskal против Полска, бр. 10373/05, ставови 73-75, 15 септември 2009 година).

74 За евалуација на социјално регресивно законодавство види Valkov и други против Бугарија, цитирана погоре, а за социјална регресија како резултат на колективен договор, види Aizpurua Ortiz и други против Шпанија, бр. 42430/05, 2 февруари 2010 година. Европскиот пристап е мошне сличен на стандардот на универзалните човекови права (Меѓународен суд на правдата, Правни последици од изградбата на сид на окупираната палестинска територија, советодавно мислење, Ц. И. Ј. Извештаи 2004 г., став 136, CDESC, Општ коментар бр. 3, погоре, став 9, Општ коментар број 13, погоре, став 45, Општ коментар број 14, погоре, ставови 29, 32, Општ коментар бр. 17, цитиран погоре, став 27, Општ коментар бр. 18, цитиран погоре, став 21, Општ коментар бр. 21, цитиран погоре, ставови 46, 65, „Изјава на Комитетот“ од 10 мај 2007 г., цитирана погоре, ставови 9-10, Комитет за елиминација на расна дискриминација, Ms.LR и други против Словачка, Соопштение бр. 31/2003, CERD / C / 66 / D / 31/2003, став 10,7, а кај доктрината, Craven, цитиран погоре, стр. 129-134), како и таа на интер-американскиот систем на човековите права (Интер-американска комисија, Извештај бр. 27/09, случај 12.249, завршен, Jorge Odir Miranda Cortez и други против Ел Салвадор, 20 март 2009 г., став 106, и Интер-американскиот Суд, Five Pensioners Case, пресуда од 28 февруари 2003 г., став 147).

Дискриминација врз основ на пол

Руските воени лица од машки пол немаат законско право на родителско отсуство, додека нивните колешки имаат такво право. Оваа разлика помеѓу мажите и жените е утврдена со закон, без оглед на нивниот чин и функциите што ги извршуваат во вооружените сили. Глобалната и општата природа на предметната законска одредба, која не дозволува никакво решение прилагодено според функциите на различните категории на персонал, покажува дека една категорија на граѓани (машките воени лица) била предмет на различен третман од страна на законодавецот, единствено поради нивниот пол. Ниту фактот што во вооружените сили доминираат мажите, ниту „посебната улога на мајките во воспитувањето на децата“ не може да се наведуваат за да се оправда толку радикалната разлика во третманот. Всушност, според статистичките податоци, само мал процент на машки цивилни лица земаат родителско отсуство во Русија. Овој процент, применет на вооружените сили, не би предизвикал никаква значајна промена во нивното нормално функционирање. Освен тоа, традицијата не е доволна за да се оправда каква било дискриминација⁷⁵. Дискриминаторскиот карактер на овој систем е евидентен кога се земе во предвид фактот дека цивилните лица, без оглед на нивниот пол, сите имаат право на истите правни придобивки. Ако законодавецот е подготвен да ја признае еднаквоста на сите цивилни лица, мажи или жени и тие да може да користат ист период на родителско отсуство, тогаш е тешко да се разбере зошто таква еднаквост не е гарантирана за воените лица од двата пола.

Дискриминација врз основ на вработување

Дискриминаторскиот карактер на правната регулатива за родителско отсуство во Русија, може исто така да биде разгледуван од друга перспектива. Споредбата меѓу машките воени лица и нивните цивилни колеги покажува дека државното законодавство е помалку великодушно кон воените лица. Природата на работните задачи од областа на одбраната на луѓето вработени во руските вооружени сили не е одлучувачки аргумент. Прво, не постои никаков фактички доказ дека постои каков било конкретен ризик за оперативната ефикасност на вооружените сили што би произлегол од родителските отсуства кои би можеле да ги користат воените лица од машки пол. Второ, постојат и други решенија за организација на војската, кои би овозможиле да се заменат воените лица од машки пол на родителско отсуство, без да се наруши нормалното функционирање на армијата и кои би овозможиле да се прекине родителското отсуство во исклучителни околности, како што е непосредна закана за војна.

Мора да се најде законско решение за да се почитуваат меѓународните обврски во согласност со Конвенцијата, за да се избегне дискриминација врз основа на полот и статусот на вработување. Доколку се изедначи родителскиот статус на воените лица од женски пол, за да се усогласи нивната ситуација со таа што во моментот ја имаат нивните машки колеги, не само што на тој начин неразумно би се намалил степенот на социјалната заштита што го имаат жените кои служат војска, туку и воените лица неоправдано би се ставиле во понеповолна правна позиција наспрема цивилните лица. Ваквото решение не го решава проблемот на дискриминација врз основа на статусот на вработеност.

Со оглед на природата на правото на родителско отсуство, како составен елемент на едно пристojно ниво на живеење, важно е да се запамти лекцијата на Монтеѕкје за обврската на државата да му обезбеди на секој граѓанин „начин на живот кој не го загрозува здравјето“⁷⁶. Обезбедувајќи, на соодветен начин, општо користење на правото на родителско отсуство, тужената држава во исто време ќе го гарантира и правото на децата на хармоничен развој, а ќе обезбеди и зачувување на фундаменталното семејно право, како и основно осигурување за сите работници.

75 Во овој поглед, Виенската декларација и акционен план (дел I, став 18), усвоена од страна на Светската конференција за човекови права се од особен интерес (Виена, 25 јуни 1993 (цитиран погоре, дел I, глава III, став 18). Види, во иста насока, Директиви од Мастрихт, цитирано погоре, став 8.

76 „Ситната милостина, што му се дава на гол маж на улица воопшто не претставува исполнување на обврските на државата, којашто на сите граѓани треба да им обезбеди сигурна егзистенција, храна, соодветна облека и начин на живот кој не е во спротивност со здравјето“, Монтеѕкје, Духот на законите, Книга XXIII, глава XXIX, 1758.

МИСЛЕЊЕ НА ДЕЛУМНО НЕСОГЛАСУВАЊЕ НА СУДИЈАТА КАЛАЈЦИЕВА

(Превод)

Согласувајќи се со мнозинството, верувам дека нема причина да се сомневаме во изјавата на тужената влада дека посетата на службеник на воениот обвинител на домот на господинот Markin, вечерта на 31 март 2011 година била поврзана со постапката покрената од негова страна пред Судот, а сметам, како и мнозинството, дека жалителот и неговото семејство мора да се чувствуваат заплашени и биле претрашени од оваа посета.

Сепак, не можам да го одбијам жалебниот навод на жалителот согласно член 34, како и мнозинството, од причина што „нема индикации дека оваа посета (...) или околностите во кои што таа се случила имале за цел да го поттикнат жалителот да ја повлече или да ја промени својата жалба, или да го попречи на кој било друг начин во конкретното применување на правото на индивидуална жалба, или дека тие, всушност, имале таков ефект“.

Според мене, ваквото расудување врши промена на товарот на докажување во областа на негативните обврски на државите договорнички со тоа што ги принудува лицата „да докажат на неспорен начин“ дека одреден акт на властите бил или е „со намера“ да се спречи слободното изразување на правото на индивидуална жалба гарантирано со Конвенцијата. Врз основа на член 34, државите членки се обврзуваат да „не го спречуваат на кој било начин конкретното остварување“ на тоа право, дури и ако истото се злоупотребува. Во такви околности, властите би требало да обезбедат разумно објаснување секогаш кога ќе стапат во контакт со жалителот во врска со постапката што се води пред Судот и да докажат дека нивното однесување било законско и неопходно за извршување на легитимна цел од општ интерес. Објаснувањата дадени од страна на тужената влада во овој поглед, за мене не се убедливи. Исто така, не гледам како може некои подоцнежни настани во личниот живот на жалителот – имено, неговиот повторен брак во 2008 година, фактот што тој имал со г-ѓа З. четврто дете таа година и што ја напуштил војската во 2010 година поради здравствени причини - да бидат од интерес за постапката пред Судот. Впрочем, пред Големиот судски совет, Владата не се повика на ниту еден заклучок на Обвинителот. Во овие услови, доцната посета и испрашувањето „во врска со постапката пред Судот“ не добија оправдување. Без оглед на тоа дали властите имале намера или не да го одвратат господинот Markin да ги задржи своите жалби пред Судот, тој знаел дека посетата била поврзана со предметните жалби и истата била извршена на таков начин што јасно може да се окарактеризира како заканувачка, предизвикувајќи кај него и неговото семејство чувства на заплашување и страв. Ова е доволно за властите да бидат одговорни за кршење на нивните заложби „да не го спречуваат на кој било начин ефикасното спроведување“ на правото на индивидуална жалба гарантирано со членот 34 од Конвенцијата.

Исто така, не можам да се согласам со мислењето на мнозинството дека неуспехот да се добие повлекување или измена на жалбите на жалителот би можел да се смета за показател за степенот до кој властите успеале или не да ја почитуваат својата обврска. Таков критериум може да го подреди остварувањето на правото на индивидуална жалба до степен на отпор кај жалителите на каква било форма на притисок. Со други зборови, остварувањето на правото на индивидуална жалба би зависело од тоа дали жалителите имаат доволно способност и храброст да го издржат ваквото заплашување, без да ги повлечат или променат своите жалби. Јас не сум убедена дека овој пристап верно го одразува духот на членот 34.

МИСЛЕЊЕ НА ДЕЛУМНО НЕСОГЛАСУВАЊЕ НА СУДИЈАТА НУСБЕРГЕР ПРИДРУЖЕНА ОД СУДИЈАТА ФЕДОРОВА

(Превод)

Безрезервно ја поддржувам одлуката на мнозинството во предметниот случај. Сепак, не може да се согласам со заклучокот на Судот во однос на членот 41. Со оглед на постоењето на повреда на член 8, во врска со член 14, оправдано е да се додели на жалителот износ за трошоци и надоместоци. Сепак, со оглед на специфичните околности на предметниот случај, јас сум против тоа да се додели дополнителен износ за нематеријална штета.

Случајот се однесува на еднаквоста помеѓу мажите и жените. Без разумно оправдување за ова, рускиот закон различно ги третира воените лица од машки и воените лица од женски пол, во случај на родителско отсуство. Оваа нееднаквост е поврзана со една од темелните вредности загарантирани со Конвенцијата и затоа Судот мора, во принцип, да се произнесе во врска со неа.

Сепак, ако е точно дека во предметниот случај жалителот имал различен третман од оној што би го имале една жена, тоа не значи дека истиот бил полошо третиран во секој поглед. Напротив, дури и ако морал да чека една година за да го земе родителско отсуство и примил само надомест „ex gratia“ наместо износот определен со закон, јасно е дека финансиската помош што тој на крајот ја доби (5900 евра) е многу повисока од износот што во иста ситуација би добило воено лице од женски пол (став 45 од пресудата: 40% од платата за само една и пол година, со минимум од 37,50 евра месечно).

Во случај што се занимава со прашањето на еднаквост, невозможно е да не се земе во предвид толку важен елемент. Затоа сметам дека е малку парадоксално да се доделат 3000 евра за нематеријална штета, над надоместокот што жалителот го има веќе добиено „ex gratia“. Дури и ако лицето претрпело страдања и фрустрации поради дискриминацијата врз основа на полот, на којашто истиот бил подложен, ова во голема мера било надоместено „ex gratia“. „Нето добивката“ на жалителот може да биде погрешно протолкувана како поттик за барање на право на социјални бенефиции во Стразбур.

Од тие причини, мислам дека пристапот на Советот беше многу поразумен. Во предметниот случај, наоѓањето на повреда би претставувало само по себе доволен правичен надомест.

МИСЛЕЊЕ НА НЕСОГЛАСУВАЊЕ НА СУДИЈАТА ПОПОВИЌ

(Превод)

На мое големо жалење, не можам да се согласам со мнозинството во предметниот случај, не поради аргументите на мнозинството, но главно поради неговата проценка на фактите. Ова се однесува на два различни аспекти: првиот е поврзан со членот 8 во врска со член 14 од Конвенцијата, а вториот е поврзан со член 34 од Конвенцијата.

I. Член 8 во врска со член 14 од Конвенцијата

1. Жалителот изјави дека се развел од сопругата по заемна согласност на 6 октомври 2005 г. Тој тврди дека престанал да живее со својата поранешна сопруга веднаш по разводот, со што бил принуден сам да ги одгледува нивните три деца. Исто така, тврдеше пред Судот дека неговата сопруга заминала во друг град неколку дена по разводот, што всушност се случило само шест дена по раѓањето на нивното трето дете. Врз основа на таа презентација на фактите, мнозинството заклучи дека животната заедница меѓу поранешните сопругници ефективно престанала да постои.

Во овој момент, доаѓам до заклучок спротивен на оној на мнозинството, бидејќи се чини оти иако поранешните сопругници одлучиле да се разведат со меѓусебен договор, останале многу важни аспекти од живеењето во заедница:

а) поранешната сопруга на жалителот, наводно, потпишала договор во градот каде што вели дека се населила; меѓутоа, тој договор никогаш не бил уредно регистриран кај надлежните институции; не е јасно дали договорот имал ефекти од аспект на законот за работни односи;

б) поранешната сопруга на жалителот никогаш немала печат за развод во својот пасош;

в) Иако во договорот за развод, склучен помеѓу жалителот и неговата поранешна сопруга било наведено дека таа треба да плаќа издршка на жалителот за одгледување на децата, таа никогаш ништо не направила; жалителот никогаш не реагираше на однесувањето на неговата поранешна сопруга; Тој не барал од неа да плаќа и не преземал ништо против неа, како што е дозволено со закон, а врз основа на договорот за кој станува збор;

г) фактот што поранешната сопруга на жалителот го претставувала пред судовите во случај што не е поврзан со предметниот, ја покажува истрајноста на нивното меѓусебно разбирање, чиешто постоење жалителот го негираше само во контекст на прашања во врска со неговата жалба пред Судот;

д) жалителот продолжил да живее во градот каде што живеел со својата поранешна сопруга и не ја променил адресата по разводот; тој всушност останал во стан што го делел со родителите на својата поранешна сопруга, кои продолжиле да живеат со жалителот и неговите деца;

ѓ) не постои никакво сомневање дека жалителот продолжил да живее во ист стан со родителите на неговата поранешна сопруга, фактор што низ многу важни аспекти овозможил да се сочува стабилна средина за децата, дури и ако нивната мајка, наводно, била во друг град;

е) настаните поврзани со разводот на жалителот, започнале на 6 октомври 2005 г., а на 1 април 2008 г. жалителот повторно се оженил со својата поранешна сопруга;

ж) жалителот добил четврто дете во август 2010 г., а мајката на детето е жената со којашто се развел на 6 октомври 2005 г. и со којашто повторно се оженил на 1 април 2008 г.

Врз основа на наведените факти, сметам дека, иако официјално бил разведен, жалителот и мајката на неговите четири деца никогаш во основа не го прекинале својот заеднички живот.

Но, и ова е за жалење, мнозинството не го разјасни овој момент што заслужува внимание. Всушност, требаше да се испита дали однесувањето на жалителот не било раководено од идејата за постапување *in fraudem legis domesticae*.

Околностите наведени погоре, земени како целина, ме доведоа до заклучок дека жалителот во предметниот случај не може да се смета за оштетен.

2. Дури и ако претпоставиме дека мнозинството беше во право што заклучи дека жалителот сепак може да се смета за оштетен, требаше да се земе во предвид фактот што тој изгубил поради следниве причини:

а) жалителот има добиено отсуство од речиси еднакво времетраење со она што го побарал;

б) надвор од фактот што жалителот добил отсуство, тој од властите добил „*ex gratia*“ значителна сума еднаква на плата од повеќе од шест месеци.

Од тие причини мислам дека приговорот на Владата оти жалителот не бил сметан за оштетен во согласност со член 8 е оправдан и требаше да биде прифатен. Затоа сметам дека оваа судска постапка беше решена во рамките на член 37 став 1 б) од Конвенцијата и дека требаше да се регистрира жалбата, доколку се има во предвид дека таа се однесува на член 8 од Конвенцијата во врска со член 14.

II. Член 34 од Конвенцијата

3. Јас не се согласувам со мнозинството за еден втор момент, имено наоѓањето дека нема повреда на член 34, во предметниот случај. Оваа одредба ја наметнува врз договорните страни обврската да не го спречуваат на кој било начин ефикасното остварување на правото на индивидуална жалба до Судот.

Во *Akdivar u drugi protiv Turcija* (16 септември 1996 г., став 105, Извештаи за пресуди и одлуки 1996-IV), Големиот судски совет рече дека, поради нивната ранливост, жалителите не треба да се изложени на „однос на властите [кој] за заинтересираните страни претставува пречка што е во спротивност со членот [34].“

Сметам дека односот на властите кон жалителот во предметниот случај конституира повреда на членот 34 од Конвенцијата, како што се толкува во однос на правилото наведено во пресудата *Akdivar u drugi* што ја цитирав погоре. Моето мислење го темелам врз фактот што жалителот навечер бил посетен од службеник на Военото обвинителство во својот дом, каде што живеел со своето семејство. Целта на посетата, според забелешките поднесени од страна на Владата до Судот, била да се разјаснат некои факти. Сепак, сите околности во кои оваа посета се одвивала, ме доведоа до заклучок дека имало повреда на членот 34 од Конвенцијата. Еве ги моите причини:

а) посетата на службеникот на Военото обвинителство не била однапред најавена; нејзиниот ненадеен карактер предизвика изненадување и изврши притисок врз жалителот;

б) Владата не обезбеди никаков доказ дека жалителот бил повикан да даде изјава за да го појасни статусот на семејството, наместо да треба да обезбеди објаснувања за време на изненадната посета во неговиот дом од страна на државен службеник;

в) посетата на службеникот од обвинителството немала никаква основаност во рамките на домашното право на тужената држава; таа се случила на иницијатива на службеникот на тужената влада, околност што јасно ја покажува нејзината поврзаност со жалбата поднесена пред Судот, со што се повикува на заштита на членот 34 од Конвенцијата;

г) за време на неговата посета, претходно споменатиот службеник го предупредил жалителот дека ако тој не состави одредени документи, за коишто, исто така, жалителот не е воопшто законски обврзан да го состави, дека во тој случај истрагата би била спроведена со испрашување на неговите соседи.

Овие елементи ги сметам доволни за да се докаже дека жалителот бил попречен во извршувањето на неговото право на индивидуална жалба гарантирано со членот 34 од Конвенцијата. Според тоа, јас сум на мислење дека во овој предметен случај е направен повреда на таа одредба.



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

ТРЕТИ ОДДЕЛ

СЛУЧАЈ НА ЕРЕМИА ПРОТИВ РЕПУБЛИКА МОЛДАВИЈА

(Апликација бр. 3564/11)

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

28 мај 2013 година

КОНЕЧНА

28/08/2013

Оваа пресуда ќе стане конечна согласно член 44 став 2 од Конвенцијата. Таа може да подлежи на уредувачка лектура.

Во случајот на **Еремиа (Eremia) против Република Молдавија**,

Европскиот суд за човекови права (Трета секција), во Судски совет составен од:

Josep Casadevall, претседател

Alvina Gyulumyan,

Corneliu Bîrsan,

Ján Šikuta,

Luis López Guerra,

Nona Tsotsoria,

Valeriu Griţco, судии,

и Santiago Quesada, секретар на Секцијата,

По тајното советување и гласање одржано на 7 мај 2013 година,

Ја донесе следата пресуда, која беше усвоена на горниот датум:

ПОСТАПКА

173. Случајот беше инициран со апликација (бр. 3564/11) против Република Молдавија поднесена до Судот согласно член 34 од Конвенцијата за заштита на човековите права и темелните слободи („Конвенцијата“) од страна на три државјанки на Молдавија, г-ѓа Lilia Eremia, г-ца Doina Eremia и г-ца Mariana Eremia („апликантки“) на 16 јануари 2011 година.

174. Апликантките, на кои им се одобри правна помош, ги застапуваше г-н D.I. Străisteanu, адвокат кој работи во Chişinău. Владата на Молдавија („Владата“) ја застапуваше нејзиниот агент, г-н V. Grosu.

175. Апликантките, во своите наводи, особено истакнаа дека властите не ги исполниле позитивни обврски што за државата произлегуваат според членовите 3, 14 и 17 од Конвенцијата да им обезбедат заштита од приватно насилство и да го казнат насилникот.

176. На 21 март 2011 година, апликацијата беше соопштена на Владата. Исто така, истовремено се донесе одлука во однос на допуштеноста и меритумот на апликацијата (член 9 § 1).

177. Беа доставени и коментари од трета страна - Фондот за еднакви права (Equal Rights Trust), на кој претседателот на советот му даде одобрение да се замеша во постапката (член 36 § 2 од Конвенцијата и Правилото 44 § 2 од Деловникот за работа на Судот). Владата достави одговор на тие коментари (Правило 44 § 5).

ФАКТИ

I. ОКОЛНОСТИ НА СЛУЧАЈОТ

178. Апликантките се родени во 1973, 1995 и 1997 година соодветно и живеат во Vălcineţ.

A. Контекст на случајот

179. Првата апликантка била мажена за А., полициски службеник кој работел во полициската станица во Călăraşi. Втората и третата апликантка се нивни ќерки. Според првата апликантка, по раѓањето на втората ќерка, А. често се враќал дома пијан и ја напаѓал, понекогаш во присуство на ќerkите. На 2 јули 2010 година, првата апликантка поднела барање за развод на бракот, откако претходниот ден била напаѓната од А. и откако видеала дека тој вербално ги напаѓа нивните ќерки кои биле адолесценти. После тоа, А. станал уште понасилен, редовно ја напаѓал првата апликантка и ги навредувал неа и ќerkите.

180. На 30 август 2010, првата апликантка контактирала со локалната полиција и пријавила дека тој ден А. ја удрил во главата. На 18 септември 2010, на А. му била изречена парична казна од страна на Управниот суд во висина од 200 молдавски леи (MDL, кои во тоа време вределе околу 12,40 евра). На 30 септември 2010, А. бил официјално опоменат од страна на овластениот полициски орган во рамки на Министерството за внатрешни работи да престане со насилното однесување.

181. На 5 ноември 2010, А. се вратил дома пијан и ја нападнал првата апликантка. На 6 ноември 2010, таа го пријавила инцидентот во локалното јавно обвинителство.

182. Според апликантките, на 11 ноември 2010, А. повторно ја нападнал првата апликантка во присуство на нивните ќерки. Тој го повторил истото на 12 ноември 2010, но овој пат речиси ја задушил првата апликантка, по што таа го загубила гласот ден и половина. На непознат датум, заменик-шефот на полициската станица во Călărași ја повикал апликантката, а со цел да се изврши преглед од страна на доктор по судска медицина и да се утврди степенот и природата на повредите на нејзиното тело. Прегледот бил извршен на 23 ноември 2010, но не биле најдени такви повреди.

Б. Наредба за заштита и последователни настани

183. На 29 ноември 2010, апликантките поднеле барање за издавање на наредба за заштита до Окружниот суд во Călărași. Наредбата за заштита била издадена на 9 декември 2010, при што судијата утврдил дека А. бил насилен кон првата апликантка со тоа што ја тепал, ја навредувал, ја наметнувал својата волја над нејзината, и предизвикувал стрес и психолошко страдање, ја заплашувал и го малтретирал домашното милениче. Понатаму, судијата утврдил дека насилството честопати се случувало во присуство на нивните ќерки, кои биле адолесценти и чија психолошка добросостојба се нарушила како резултат на тоа. На А. му била изречена забрана да не се приближува до куќата деведесет дена, а со наредбата била определена и зона на забрането приближување од 500 m, како и забрана да комуницира или да презема било какви насилни дејствија врз апликантките. Апликантките ја известиле локалната полиција, јавното обвинителство и социјалните служби за наредбата за заштита, која му била доставена на А. на 12 декември 2010.

184. На 9 декември 2010, првата апликантка побарала од судијата В.Н. од Окружниот суд во Călărași да го повлече рокот од шест месеци за помирување, којшто тој го определил во моментот кога таа поднела тужба за развод на бракот и кој инсистирал странките да го почитуваат. Таа своето барање го засновала на наредбата за заштита издадена истиот ден и истакнала дека историјата на насилничко однесување на А. ја осуетила секоја можност за нивно помирување. Првата апликантка наведе дека таа била информирана од страна на секретарката на судијата В.Н. дека тој одбил да решава за нејзината тужба за развод на бракот во итна постапка. На 12 јануари 2011, првата апликантка поднела жалба до претседателот на Окружниот суд во Călărași против таквата одлука на судијата.

185. На 10 декември 2010, полицијата во Călărași отворила предмет против А. за следење на извршувањето на наредбата за заштита издадена на 9 декември 2010. Во периодот помеѓу 12 декември 2010 и 17 јануари 2011, локалната полиција го посетила А. во шест наврати за да го предупреди поради неговата злоупотреба на алкохол, посрамотување на семејството, навредување на неговите роднини и прекршување на наредбата за заштита.

186. На 14 декември 2010, локалната полиција го предупредила А. за неговото насилно однесување и го натерала да потврди напишено дека ги разбира условите предвидени во наредбата за заштита. При тоа, полицијата утврдила дека тој се отселил од семејниот дом и се наоѓал во локален дом за привремено сместување.

187. На 16 декември 2010, А. ја видел првата апликантка на улица и започнал да ја следи, употребувајќи навредувачки и заплашувачки зборови и обидувајќи се да ја задржи. Тој продолжил да ја вознемирува во една продавница, каде таа се обидела да се засолни.

188. На 19 декември 2010, А. влегол во семејниот дом спротивно на условите определени со наредбата за заштита. Меѓутоа, според наводите на Владата, апликантките му дале дозвола на А. да се врати во домот до 16 јануари 2011. Апликантките истакнаа дека не дале таква дозвола, туку дека по враќањето А. ја нападнал првата апликантка, уништил неколку предмети во нивна сопственост и вербално ја малтретирал третата апликантка. На 23 декември 2010, првата апликантка ги пријавила во полиција инцидентите што се случиле на 16 и 19 декември 2010. Потоа, повеќето од пријавите

поднесени до различни органи биле проследени до јавното обвинителство во Călărași.

189. На 10 јануари 2011, првата апликантка била повикана да даде изјава во полициската станица во Călărași во врска со нејзините поплаки против А. Таа истакна дека во таа прилика врз неа се вршел притисок од страна на полицијата да ја повлече кривичната пријава, бидејќи доколку А. имал кривично досие и ја загуби работата, тоа ќе имало негативни последици врз образованието и професионалната иднина на нивните ќерки. Следниот ден била закажана средба со локалниот обвинител, но овој пат во присуство на А. За време на средбата, првата апликантка му кажала на обвинителот дека сака развод, но дека не сака да му создава непријатности на сопругот.

190. На 12 јануари 2011, првата апликантка бил информирана дека обвинителот нема да покрене кривична истрага против А. На 13 јануари 2011, А. се вратил во семејниот дом. Тој повторно ја нападнал и вербално ја навредувал првата апликантка, симулирајќи дека ја дави и заканувајќи и се дека ќе ја убие неа и нејзината тетка, доколку не ја повлече кривичната пријава. На 14 јануари 2011, медицински стручњак нашол четири хематома на вратот на првата апликантка и еден на клавикулата, кои можеле да бидат нанесени на начинот што го опишала првата апликантка.

191. Владата наведе дека на 1 март 2011, А. телефонски се јавил за да и го честита роденденот на третата апликантка. Понатаму, наведе дека откако А. добил дозвола од првата апликантка, тој се вратил во домот за лично да и го честита роденденот на ќерката и таму поминал дваесет минути во присуство на трите апликантки и таткото на неговата сопруга.

192. Првата апликантка го пријавила инцидентот во Окружниот суд во Călărași на 2 март 2011, известувајќи го судот дека таа претходниот ден го одбила барањето на А. да го посети семејниот дом, но дека тој сепак се појавил и ја прекршил наредбата за заштита. Таа побарала од судот да го продолжи времетраењето на наредбата за заштита за дополнителни деведесет дена. На 14 март 2011, судот го повикал А. и му го доставил решението за продолжување на забраната.

193. На 15 март 2011, Одделението за социјална помош и заштита на семејството во Călărași ја известил првата апликантка дека поради техничка грешка наредбата за заштита издадена на 9 декември не била спроведена од страна на локалните социјални служби.

194. На 14 април 2011, Апелациониот суд во Chișinău ја уважил жалбата на А., делумно ја укинал наредбата за заштита издадена на 9 декември 2010. Апелациониот суд утврдил дека законот изрично не предвидува зона на забрането приближување од минимум 500 m, ниту пак предвидува изрекување забрана за насилникот да ја вознемирува или физички насилно да се однесува кон жртвата, иако тоа произлегува од општата обврска да не контактира со жртвата. Од тие причини, Апелациониот суд одлучил да ги отстрани овие услови од наредбата за заштита.

В. Кривична постапка против А. и барање на апликантките за изрекување административни санкции против него

195. На 13 декември 2010, првата апликантка побарала да се покрене кривична истрага против А. поради неговите акти на насилство. Истиот ден, апликантките побарале на втората и третата апликантка официјално да им се признае статусот на жртви на семејно насилство за потребите на истрагата.

196. На 17 јануари 2011, адвокатот на апликантките поднела претставка до Државното јавно обвинителство поради тоа што таа не била повикана на разговорот одржан на 11 јануари 2011 во Јавното обвинителство во Călărași (види став 189 погоре), за време на кој се вршел притисок врз првата апликантка да ја повлече кривичната пријава во присуство на А.. Истовремено, на 17 јануари 2011 конечно била покрената кривична истрага против А. На 25 јануари 2011, апликантките повторно побарале од обвинителството официјално да им го признае статусот на жртви на семејното насилство на втората и третата апликантка за потребите на истрагата.

197. На 19 јануари 2011, првата апликантка била повикана на средба со социјалните работници, кои наводно ја советувале да се обиде да се помири со сопругот бидејќи таа не била „ниту прва ниту последна жена која мажот ја тепа“. На 20 јануари 2011, апликантките поднеле претставка до Министерството за труд, социјална заштита и семејство жалејќи се на однесувањето на социјалните работници.

198. На 17 февруари 2011, апликантките побарале од полицијата во Călărași да го казни А. за прекршувањата на наредбата за заштита што се случиле на 16 декември 2010, 20 и 22 јануари и 6 февруари 2011, по основ на тоа што А. контактирал со првата апликантка и вршел притисок врз неа да ја повлече кривичната пријава. На 24 февруари 2011, таа била информирана дека управниот предмет против А. бил проследен до Окружниот суд во Călărași.

199. На 1 април 2011, обвинител од Јавното обвинителство во Călărași констатирал дека А. признал дека физички и психички ги малтретирал трите членови на неговото семејство. Потоа, А. склучил спогодба со обвинителот, барајќи да биде условно ослободен од кривичната одговорност. Обвинителот утврдил дека постојат доволно докази во поткрепа на вината на А., како што се различни медицински извештаи, изјави на сведоци, изречени административни казни и опомени од неговиот работодавец - Министерството за внатрешни работи. Меѓутоа, имајќи предвид дека тој сторил „полесно дело“, не злоупотребувал дроги или алкохол, имал три малолетни деца за издржување, бил почитуван во работната средина и во заедницата и не „претставувал закана за општеството“, обвинителот ја прекинал истрагата за време од една година, под услов односно закана дека истата повторно ќе се отвори доколку А. стори друго дело во тој временски период.

200. На 13 април 2011, апликантките поднеле жалба против одлуката на обвинителот од 1 април 2011. На 18 април 2011, повисокиот обвинител ја отфрлил жалбата поради тоа што сметал дека со прекинување на истрагата против А. ќе се обезбеди подобра заштита на апликантките.

II. РЕЛЕВАНТНИ НАЦИОНАЛНИ И МЕЃУНАРОДНИ ДОКУМЕНТИ

A. Релевантно домашно право

201. Релевантните одредби од Кривичниот закон гласат:

Член 59: Условно ослободување од кривична одговорност

“Кривичната истрага може условно да се прекине, со последователно ослободување од кривичната одговорност на лице обвинето дека сторило полесно кривично дело, кое ја признало вината и кое не претставува опасност за општеството, доколку рехабилитацијата на тоа лице може да се постигне без кривична казна.”

Член 2011: Семејно насилство

“(1) Семејното насилство, односно намерното или ненамерното дејствие или пропуштање што се манифестира физички или вербално, кое го врши член на семејството врз друг член на тоа семејство и кое предизвикува физичко страдање кое доведува до лесна телесна повреда или нарушување на здравјето, морално страдање, материјална или нематеријална штета, ќе се казни со неплатена општо-корисна работа во заедницата во траење од 150 до 180 часа, или со казна затвор до две години.

(2) Истото дејствие:

(a) сторено врз двајца или повеќе членови на семејството;

(b) кое предизвикало средна телесна повреда или нарушување на здравјето

- ќе се казни со неплатена општо-корисна работа во траење од 180 до 240 часа или со казна затвор до пет години.

(3) Истото дејствие:

(a) кое предизвикало тешка телесна повреда или нарушување на здравјето;

(b) провоцирало самоубиство или обид за самоубиство на жртвата;

(c) предизвикало смрт на жртвата

- ќе се казни со казна затвор од пет до петнаесет години.”

Член 320: Неизвршување на судска одлука

“(1) Намерното пропуштање или одбегнување да се изврши судска одлука, доколку е сторено по изречена административна санкција, ќе се казни со парична казна во висина од 200 до 300 конвертибилни единици или со неплатена општо-корисна работа во траење од 150 до 200 часа или со казна затвор до две години...”

202. Релевантните одредби од Законот бр.45 за спречување и сузбивање на семејното насилство (1 март 2007, „Закон за семејно насилство (сузбивање и заштита) од 2007”) гласат:

Дел 15: Мерки за заштита

“(1) Судот, во рок од дваесет и четири часа од приемот на барањето, ќе издаде наредба за заштита на жртвата, применувајќи ги следниве мерки кон насилникот:

(а) наредба привремено да го напушти заедничкото живеалиште или да не се приближува до живеалиштето на жртвата, без при тоа да одлучува за правото на сопственост во однос на заедничкиот имот;

(б) наредба да не се приближува до жртвата;

(в) забрана да контактира со жртвата, неговите или нејзините деца или други лица што ги издржува;

(г) наредба да не го посетува местото во кое работи или живее жртвата;

(д) наредба да плаќа издршка за неговите или нејзините деца до завршување на судскиот спор;

(ѓ) наредба да ги надомести трошоците кои настанале и штетата која е предизвикана со неговото или нејзиното насилно однесување, вклучително и медицинските трошоци и други издатоци за замена или поправка на уништените или оштетените предмети;

(е) ограничување за еднострано располагање со заедничкиот имот;

(ж) наредба за посебен третман или советување, доколку судот определи дека тоа е неопходно за да се намали или елиминира насилството;

(и) временна наредба за контакт на насилникот со цел да се види со неговите или нејзините малолетни деца;

(ј) забрана за поседување и носење на оружје...

(3) Мерките за заштита предвидени во делот (1) погоре се применуваат до три месеци и можат да се прекинат по отстранување на заканата или опасноста која довела до определување на такви мерки или да се продолжат доколку се поднесе ново барање или доколку не се почитуваат условите предвидени во наредбата за заштита.”

203. Член 2 од Законот за полицијата (бр. 416, објавен на 31 јануари 2002) предвидува дека полицијата, меѓу другото, ги има следниве главни задачи: заштита на животот, правата и дигнитетот на другите, спречување на криминал и заштита на јавниот ред. Согласно член 21 (8) од истиот закон, полицискиот службеник може да биде отпуштен од работа доколку стори дело со кое ја дискредитира полицијата.

Б. Релевантни меѓународни документи

204. Преглед на релевантните меѓународни документи во врска со заштитата од семејното насилство, вклучително и неговата дискриминаторска природа кон жените, е даден во случајот Опуз против Турција (Opuz v. Turkey (no. 33401/02, §§ 72-86, ECHR 2009).

205. Во Препораката Rec(2002)5 од 30 април 2002 за заштита на жените од насилство, Комитетот на министри на Советот на Европа истакнува дека државите членки, меѓу другото, треба да воведат и/или да изготват национални политики против насилството, или таму каде што е неопходно, истите да ги унапредат со цел да се обезбеди максимална сигурност за жртвите, нивна поддршка и помош, како и да го усогласат кривичното и граѓанското право, да ја зајакнат јавната свест, да обезбедат обука на професионалците кои се работат на спречување и сузбивање на насилството врз жените.

206. Комитетот на министри посебно препорачува дека државите членки треба да го казнуваат сериозното насилство врз жените, како што е сексуалното насилство и силувањето, злоупотребата

на ранливата положба на бремени, беспомошни, болни, хендикепирани или зависни жртви, како и да ја казнуваат злоупотребата на положбата на сторителот. Во Препораката понатаму се вели дека државите членки треба да им овозможат на жртвите сами да покренат постапка, да воведат одредби кои ќе овозможат покренување на кривична постапка од страна на јавниот обвинител, да ги поттикнат обвинителите да го третираат насилството врз жените како отежнувачка околност или како пресуден фактор при одлучувањето дали ќе покренат постапка во јавен интерес, и онаму каде што е неопходно да преземат мерки за делотворна заштита на жртвите од закани и можни акти на одмазда и конкретни мерки за заштита на правата на децата во текот на постапката.

207. Во однос на насилството во семејството, Комитетот на министри препорачува дека државите членки треба да ги квалификуваат сите форми на насилство во семејството како кривични дела и да предвидат, меѓу другото, можност судовите да определуваат временни мерки за заштита на жртвите преку забрана на сторителот да контактира, комуницира или да и се приближи на жртвата, да престојува или да влезе во определена зона, како и да предвидат казни за секое прекршување на определените мерки од страна на сторителот и да усвојат задолжителен протокол за постапување на полицијата, медицинските и социјалните служби во овие случаи.

208. Во својата Општа препорака бр. 28 за основните обврски на државите договорни страни според член 2 до Конвенцијата за елиминација на сите форми на дискриминација на жените (CEDAW/C/2010/47/GC.2), Комитетот за елиминација на сите форми на дискриминација на жените утврдува дека „Државите договорни страни имаат обврска да ги спречат, да спроведат истрага, да покренат обвинение и да изречат казни... за дела на родово засновано насилство“.

209. Во извештајот за посетата на Молдавија од 4 до 11 јули 2008 година (document A/HRC/11/6/Add.4, 8 May 2009), Специјалниот известувач на Обединетите нации за насилство врз жените, неговите причини и последици, меѓу другото, констатира:

“... патријархалниот и дискриминаторски однос ја зголемува ранливоста на жените кон насилството и злоупотребата. Во оваа смисла, особено е распространето семејното насилството, кое во голема мера се поддржува во општеството и кое не добива соодветно признание од страна на службените лица и општеството, како и од самите жени, што резултира со несоодветна инфраструктура за заштита на жртвите на таквото насилство. ...

... 19. Молдавските жени се изложени на сите форми на насилство. Меѓутоа, најзагрижувачки форми се семејното насилство и трговијата со луѓе. Тие се меѓусебно тесно поврзани и произлегуваат од севкупната субординирана положба на жените во општеството. ...

20. Иако недостасуваат сигурни податоци и систематско евидентирање на случаите, природата и опсегот на овој феноменот, се смета дека семејното насилство е широко распространето. Според извештајот на Министерството за труд, социјална заштита и семејство: „[...] Во моментот, зачестеноста на семејното насилство, чии жртви се жени и деца, добива алармантни димензии. За жал, многу е тешко државата да го контролира семејното насилство од причина што најголем број од пријавените случаи се оние каде доаѓа до тешки последици од насилството, а другите случаи се сметаат само како судири во семејството.

21. И покрај ваквото признание, се смета дека семејното насилство, освен доколку не доведе до сериозни повреди, не претставува проблем кој налага интервенција со правни средства. Како резултат на тоа, тоа насилство се случува тивко и ретко се признава од страна на службените лица, општеството и самите жени.

22. Според анкетното истражување спроведено во 2005 година, 41% од интервјуираните жени пријавиле дека се соочиле со некој облик на насилство во семејството барем еднаш во текот на нивниот живот. Резултатите од анкетата покажуваат дека психолошкото насилство, проследено со физичко насилство, е најчесто пријавуваниот облик на злоупотреба во семејството. Скоро една третина од интервјуираните жени укажале дека биле изложени на повеќе облици на насилство. Со истражувањето се констатира дека семејното насилство е присутно во сите слоеви на општеството независно од економската положба и образованието; меѓутоа, жените кои имаат повисок степен на образование и повисок економски статус претпочитаат да не ги откриваат инцидентите на насилство. Сексуалното

насилство е облик на насилство кој најмалку се пријавува. Причината за тоа можеби се наоѓа во тоа што не се признава дека сексуалната злоупотреба во семејството е недозволена или поради стравот дека жртвите ќе се сметаат за одговорни за тој чин и ќе бидат отфрлени од домот.

23. Сторителите на насилство врз жените честопати се членови на семејството, најмногу сопрузи и поранешни сопрузи (73.4%), по што следуваат татковци или очуви (13.7%) и мајки или маќеи (7%). Персоналот во прифатилиштето во Chişinău посочи дека сопрузите на многу од жените кои побарале помош во прифатилиштето се полициски службеници или припадници на војската, со што им се отежнува на овие жени да избегаат од насилното опкружување и да побараат развод. ...

29. Исто така, постојат широко распространети погрешни претстави за насилството врз жените, според кои проблемот се третира преку изолирани инциденти кои се случуваат во рамки на одредена група. Овие погрешни претстави се: (а) насилството врз жените е феномен кој се случува во сиромашните и дисфункционални семејства; (б) жртвите на насилството се ранливи жени на кои им е потребна посебна заштита; (в) насилните мажи се девијантни личности, кои злоупотребуваат алкохол и дроги или имаат различни растројства на личноста; (г) во семејното насилство се вклучени сите членови на домаќинството, вклучително и мажите. Според искуството, таквите погрешни претстави честопати резултираат со погрешни или парцијални решенија, како што се програми за рехабилитација на насилниците, ограничувања на жените со цел да ги заштитат или родово-неутрални решенија со кои се превидуваат причините за насилството засновано на родова припадност.”

ПРАВО

1. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕН 3 ОД КОНВЕНЦИЈАТА ВО ОДНОС НА ПРВАТА АПЛИКАНТКА

210. Првата апликантка се жали дека властите го игнорирале семејното насилство на кое таа и нејзините деца биле изложени и не ја извршиле судската наредба која била задолжителна и која требала да им овозможи заштита. Апликантките се повикале на член 3 од Конвенцијата, кој гласи:

“Никој не смее да биде подложен на мачење, нечовечко или понижувачко постапување или казнување.”

А. Допуштеност

211. Судот заклучува дека овој жалбен навод не е очигледно неоснован во смисла на член 35 § 3 (а) од Конвенцијата. Понатаму, забележува дека не е неоснован врз која било друга основа. Оттаму, тој треба да биде прогласен за допуштен.

Б. Меритум

1. Наводи на странките

(а) Прва апликантка

212. Првата апликантка наведе дека државата пропуштила да ја исполни својата позитивна обврска, која произлегува од член 3 од Конвенцијата, да ја заштити од семејното насилство и да спречи повторување на такво насилство. Таа била особено ранливо лице бидејќи насилникот бил полициски службеник кој имал поддршка од неговите колеги и од другите локална власти, што уште повеќе ги отежнале нејзините напори да добие заштита.

213. Првата апликантка наведе дека властите “знаеле или требало да знаат” за насилството што А. го вршел врз неа (цитирајќи го случајот *Z and Others v. the United Kingdom [GC], no. 29392/95, § 73, ECHR 2001V*), посебно имајќи го предвид бројот на нападите што ги извршил А. и бројот на инцидентите што биле пријавени. Мерките кои биле преземени во нејзиниот случај биле неделотворни и А. можел да ја прекрши наредбата за заштита во бројни прилики.

214. Понатаму, апликантките побарале да биде издадена наредба за заштита на 29 ноември 2010, а домашниот суд донел одлука по тоа барање дури на 9 декември 2010, наспроти законската одредба која предвидува дека таква одлука односно наредба треба да се донесе во рок од дваесет и четири часа од приемот на барањето, доколку тоа е основано. Властите постапувале исклучително бавно и

покрај итноста на ситуацијата, како последица на што на првата апликантка не ѝ била обезбедена итна заштита од ризикот од понатамошно насилство.

215. Првата апликантка понатаму тврди дека тужената држава не успеала да обезбеди навремено спроведување на законот за заштита на жртвите на семејно насилство, и покрај тоа што А. во неколку наврати ја прекршил наредбата за заштита. Од друга страна, Владата наведе дека првата апликантка самата била одговорна за прекршување на наредбата за заштита што резултирало со напад врз неа на 13 јануари 2011, независно од тоа што обврската да се обезбеди извршување на наредбата за заштита целосно се наоѓа на страната на државата.

216. Конечно, првата апликантка наведе дека прекинувањето на кривичната истрага против А. довело до негово изземање од кривична одговорност, покрај неговите многубројни прекршувања на наредбата за заштита и повторните напади врз неа.

(б) Владата

217. Владата истакна дека властите ги презеле сите разумни мерки за да ја заштитат првата апликантка од насилството и од ризикот тоа да се повтори. Особено, националниот суд донел првична наредба за заштита на барање на првата апликантка. Пред донесување на наредбата, властите имале сознание само за два инцидента на насилство што ги извршил А. врз првата апликантка, кои се случиле на 30 август и 6 ноември 2010 година. Оттаму, не постоеле причини властите да претпостават дека постои непосреден ризик за апликантките, па затоа неколку седмици подоцна (на 9 декември 2010) била издадена наредба за нивна заштита.

218. Било јасно дека А. бил свесен за условите предвидени во наредбата за заштита од 12 декември 2010, бидејќи тој бил предупреден за последиците од прекршување на наредбата (види став 183 погоре); тој исто така бил евидентиран како семеен насилник и му било наредено да не приближува до семејниот дом деведесет дена. Понатаму, полицијата го посетила А. во шест одделни прилики и со него водела информативни разговори во врска со неговото однесување (види став 185 погоре). Владата наведе дека А. се вратил во семејниот дом во декември 2010 и таму останал до 16 јануари 2011 бидејќи тоа му било дозволено од страна на првата апликантка. Иако Владата не сака да сугерира дека првата апликантка е одговорна за нападот врз неа што се случил на 13 јануари 2011, самиот факт што таа му дозволила да остане во куќата го направило повторувањето на насилството возможно и властите не биле во можност да ја заштитат од повредите.

219. Владата тврди дека биле преземени сите неопходни мерки во рамки на кривичната истрага и тоа довело до покренување на кривично обвинение против А. (види став 196 погоре). Меѓутоа, откако А. ја признал вината и искрено се извинил за своето однесување, обвинителот одлучил да ја прекине истрагата под услов А. да не стори други дела во рок од една година. Таквото прекинување на кривичната постапка не значело неказнување на А., туку напротив се сметало за најдобар начин да се заштитат апликантките од повторни дејствија на семејно насилство од страна на А., имајќи ја превид потенцијалната казна со која тој бил соочен (види став 200 погоре). Во оваа смисла, продолжувањето на наредбата за заштита на 14 март 2011 (види став 191 погоре) не било поттикнато од било каков нов инцидент, туку со посетата на А. на семејниот дом за да и го честита роденденот на ќерката, за која посета Владата наведе дека се случила со дозвола на првата апликантка.

Оценка на Судот

(а) Општи начела

220. Судот повторува дека лошото постапување (злоставувањето) мора да има минимален степен на суровост за да може да се подведе под опфатот на член 3. Оценка на овој минимум е релативна: зависи од сите околности на случајот, како природата и контекстот на постапувањето, неговото времетраење, физичките и менталните последици односно влијание, а во одредени околности, полот, возраста и здравствена состојба на жртвата (види *CostelloRoberts v. the United Kingdom*, 25 March 1993, § 30, Series A no. 247C и *Kudła v. Poland* [GC], no. 30210/96, § 91, ECHR 2000XI).

221. Судот понатаму повторува дека член 1 од Конвенцијата, во врска со член 3, наметнува позитивни обврски за државите да обезбедат заштита на сите поединци кои се под нивна јурисдикција од сите форми на лошо постапување забранети со член 3, вклучително и кога таквото постапување

произлегува од приватни лица - поединци (види *A. v. the United Kingdom*, 23 September 1998, § 22, Reports of Judgments and Decisions 1998VI и случајот *Opuz*, цитиран погоре, § 159). Оваа обврска треба да вклучува делотворна заштита, меѓу другото, од извршување кривични дела против трети лица од страна на идентификувано лице или лица, како и преземање на разумни чекори и мерки за спречување на лошо постапување за кое властите знаеле или требало да знаат (види, *mutatis mutandis*, *Osman v. the United Kingdom*, 28 October 1998, § 116, Reports 1998VIII; *E. и Others v. the United Kingdom*, no. 33218/96, § 88, 26 November 2002; и *J.L. v. Latvia*, no. 23893/06, § 64, 17 April 2012).

222. Улогата на Судот не е да ги замени националните власти и наместо нив да избере какви чекори од широката плејада на можни мерки и активности треба да се преземат за да се обезбеди почитување на позитивните обврски според член 3 од Конвенцијата (види, *mutatis mutandis*, *Bevacqua and S. v. Bulgaria*, no. 71127/01, § 82, 12 June 2008). Едновремено, според член 19 од Конвенцијата и согласно со начелото дека целта на Конвенцијата не е да гарантира теоретски и илузорни права, туку практични и делотворни права, улогата на Судот се состои во тоа да обезбеди дека обврската на државата да ги заштити правата на лицата кои се наоѓаат под нејзина јурисдикција правило ќе се исполни (види *Nikolova and Velichkova v. Bulgaria*, no. 7888/03, § 61, 20 December 2007).

223. Понатаму, член 3 налага властите да спроведат делотворна официјална истрага во однос на наводите за лошо постапување дури и кога таквото постапување произлегува од приватни лица – поединци (види *M.C. v. Bulgaria*, no. 39272/98, § 151, ECHR 2003XII, и *Denis Vasilyev v. Russia*, no. 32704/04, §§ 98-99, 17 December 2009). За да може истрагата да се смета за „делотворна”, таа во принцип треба да овозможи утврдување на фактите на случајот и идентификување и казнување на одговорните лица. Ова не претставува обврска за постигнување на резултат, туку обврска за дејствување. Кога станува збор за делотворноста на официјалната истрага за случаите кои потпаѓаат под член 2 и 3 од Конвенцијата, Судот честопати оценува дали властите постапувале веднаш или неодложно по приемот на жалбите на странките. Исто така, при оценката се зема во предвид започнувањето на истрагата, застоите во земањето на изјави и времетраењето на првичната истрага (види *Denis Vasilyev*, цитиран погоре, § 100 со натамошни референции; и *Stoica v. Romania*, no. 42722/02, § 67, 4 March 2008).

224. Мешањето на властите во приватниот и семејниот живот може да биде неопходно со цел да се заштити здравјето и правата на лицето или да се спречи кривично дело во одредени околности види случај *Opuz*, цитиран погоре, § 144). За таа цел, државите треба да воспостават и да применуваат во пракса соодветна правна рамка, која ќе обезбеди заштита од акти на насилство од поединци (види *X and Y v. the Netherlands*, 26 March 1985, § 22 and 23, Series A no. 91; *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, 25 March 1993, § 36, Series A no. 247-C; *D.P. and J.C. v. the United Kingdom*, no. 38719/97, § 118, 10 October 2002; *M.C. v. Bulgaria*, цитиран погоре, §§ 150 and 152, ECHR 2003XII; *Bevacqua*, цитиран погоре, § 65, и *Sandra Janković v. Croatia*, no. 38478/05, § 45, 5 March 2009).

(б) Примена на овие начела во конкретниот случај

(i) Дали првата апликантка бил изложена на постапување забрането со член 3 од Конвенцијата

225. Во конкретниот случај, и покрај тоа што првата апликантка не била во можност да презентира медицински докази дека повторно била изложена на лошо постапување, националниот суд на 9 декември 2010 година одлучил дека ситуацијата била доволно сериозна за да се издаде наредба за заштита (види став 183 погоре). После тоа, првата апликантка обезбедила медицински докази дека била малтретирана од страна на А. на 13 јануари 2011 (види став 190 погоре).

226. Понатаму, стравот од понатамошни напади бил доволно сериозен за да кај првата апликантка предизвика страдање и вознемиреност кое може да се смета за лошо постапување во смисла на член 3 од Конвенцијата (види *Gäfgen v. Germany [GC]*, no. 22978/05, § 108, ECHR 2010).

227. Во вакви околности, Судот смета дека член 3 од Конвенцијата е применлив во конкретниот случај. Оттаму, треба да утврди дали активностите што ги презеле властите како одговор на жалбените наводи на апликантките се во согласност со условите предвидени во таа одредба.

(ii) Дали властите ги исполниле нивните позитивни обврски според член 3 од Конвенцијата

228. Како што беше укажано претходно (види точки 220-224 погоре), позитивните обврски за

државите според член 3 вклучуваат од една страна воспоставување на правна рамка чија цел е да обезбеди спречување и казнување на лошото постапување од страна на поединци, а од друга страна кога властите имаат сознание дека постои непосреден ризик од лошо постапување од идентификувано лице или кога тоа веќе се случило, тие имаат обврска да ги применат сите закони во практиката со цел да обезбедат заштита на жртвите и казнување на лицата одговорни за лошото постапување.

229. Во однос на првата обврска, Судот констатира дека законот на Молдавија предвидува конкретни кривични санкции за дела на насилство врз членови на семејството (види став 201 погоре). Понатаму, законот предвидува мерки за заштита на жртвите на семејното насилство, како и санкции за лицата кои не ги почитуваат судските одлуки (види точки 201 и 202 погоре). Судот заклучи дека властите воспоставиле првна рамка која овозможува преземање на мерки против лицата кои се обвинети за семејно насилство.

230. Понатаму, Судот треба да утврди дали националните власти знаеле или требало да знаат за насилството на кое била изложена првата апликантка и за ризикот од повторување на насилството, и доколку тоа било случај, дали биле преземени сите разумни мерки за да се заштити апликантката и да се казни сторителот. При утврдување на фактот дали националните власти ги исполниле позитивните обврски според член 3 од Конвенцијата, Судот мора да потсети дека не е негова улога да го замени местото на националните власти во изборот на одредена мерка за заштита на жртвата на семејно насилство (види, *mutatis mutandis*, *A. v. Croatia*, цитиран погоре, § 61 и *Sandra Janković*, цитиран погоре, § 46).

231. Судот смета дека властите биле добро запознаени со насилното однесување на А. (види точки 180-182 погоре), што станало уште повеќе очигледно на 9 декември 2010 година, кога домашните судови издале наредба за заштита (види точки 183, 187, 188 и 190 погоре). Посебно, наспроти јасните одредби содржани во наредбата, на 19 декември 2010 година, А. се вратил во домот на апликантките (види став 188 погоре). И покрај тоа што Владата наведе дека тоа се случило со согласност на првата апликантка, сепак не беа доставени било какви докази во поткрепа на таквите наводи. Во секој случај, јасно е дека првата апликантка веднаш се пожалила до властите за двојното прекршување на наредбата за заштита од страна на А. - нејзиното вознемирување на улица и влегувањето во нејзиниот дом без нејзина согласност (види точки 187 и 188 погоре). Ова не само што укажува дека апликантките не сакале А. да се врати во нивниот дом, туку и дека властите требало да сфатат дека првата апликантка била изложена на зголемен ризик од понатамошно насилство, имајќи предвид дека А., како полициски службеник во целост не ја почитувал судската наредба.

232. На 1 јануари 2011 година, А. се сретнал со локалниот обвинител и разговарал за кривичната пријава поднесена од страна на апликантките (види став 189 погоре). И покрај тоа што како резултат на тој разговор, А. знаел дека ќе треба да се донесе одлука за покренување на кривична истрага против него, тој сепак се вратил во домот само два дена подоцна, како и на 13 јануари 2011 (повторно прекршувајќи ја наредбата за заштита) при што и се заканил на првата апликантка дека ќе ја нападне и убие, во присуство на нивните ќерки (види став 190 погоре). Судот смета дека до 13 јануари 2011, властите имале доволно докази за насилното однесување на А. и дека првата апликантка била изложена на ризик од понатамошно семејно насилство поради неприкриеното непочитување на наредбата за заштита од страна на А.

233. Судот смета дека првата апликантка била особено ранливо лице, не можејќи самата да се одбрани од А., кој бил полициски службеник обучен да се спротивстави на било каков отпор. Исто така, не постоела можноста за добивање помош од надвор поради тоа што насилството се случувало во приватноста на нивниот дом. Судот смета дека ризикот по однос на физичката и психолошката добросостојба на апликантката бил непосреден и сериозен и налагал неодложно постапување на властите.

234. Од наводите на странките произлегува дека властите не биле целосно пасивни: А. бил опоменат од Министерството за внатрешни работи, имал информативни разговори со полицијата и му била изречена парична казна од страна на управните судови (види точки 181 и 185 погоре). Меѓутоа, ниту една од овие мерки не била делотворна, така што на 23 декември 2010 година, апликантките ги известиле властите за две други прекршувања на наредбата за заштита сторени од А. (види став 188 погоре). Во однос на тие прекршувања, не биле преземени никакви дејствија што му овозможило на А. да се врати во семејниот дом на 13 јануари 2011 и да ја нападне првата апликантка, повторно

прекршувајќи ја наредбата за заштита. Ниту по овој инцидент не биле преземени никакви мерки против А. за да се обезбеди сигурноста на апликантките; тој продолжил да ги извршува обврските како полициски службеник во текот на релевантниот период.

235. Отсуството на одлучна акција на властите да се справат со А. многу повеќе вознемирува имајќи предвид дека насилникот бил полициски службеник, кој согласно националното законодавство (види став 203 погоре), професионално се грижи за обезбедување заштита на правата на другите, спречување на криминалот и заштита на јавниот ред. Властите, во ниту една прилика, не го зеле предвид влијанието на непочитувањето на судската наредба од страна на полициски службеник врз јавниот ред и мир и никогаш не покренале кривична постапка против насилникот согласно член 320 од Кривичниот закон (види став 201 погоре). Исто така, може да се смета дека поради тоа што А. работел за државата, властите имале повеќе можност да влијаат врз неговото однесување, отколку во однос на друг поединец, но сепак тие сториле многу малку.

236. Судот конечно забележува дека истрагата за насилното однесување на А. кон првата апликантка била прекината, со можност А. целосно да биде ослободен од кривичната одговорност доколку не стори други кривични дела во рок од една година (види точки 199 и 200 погоре). Земајќи предвид дека А. извршил неколку напади врз првата апликантка и покажал отворено непочитување на наредбата за заштита на 13 јануари 2011 година, со тоа што тој се вратил во семејниот дом и повторно ја нападнал првата апликантка, како и неговото прекршување на наредбата за заштита во неколку други наврати (види точки 188, 190, 191 и 198 погоре), не е јасно како обвинителот можел да утврди дека А. не преставува „опасност за општеството“ и да ја прекине истрагата против него (види став 199 погоре). Дотолку повеќе, што повисокиот обвинител дошол до истиот заклучок на 18 април 2011 година, и покрај тоа што судот ја продолжил наредбата за заштита само четири дена претходно од причина што оценил дека А. сè уште претставувал значителен ризик за првата апликантка (види точки 191 и 200 погоре).

237. Според мислењето на Судот, прекинувањето на кривичната истрага против А. во дадените околности довело А. да ја избегне кривичната одговорност, наместо да го одврати од натамошно вршење насилство врз првата апликантка, што резултирало со негово практично неказнување (види *Pădureț v. Moldova*, no. 33134/03, §§ 70-77, 5 January 2010).

238. Според начинот на кој властите го воделе случајот, особено знаењето на властите за опасноста од натамошно вршење на семејно насилство од страна на А. и нивниот пропуст да преземат делотворни мерки против него и да го казнат согласно важечките законски прописи, Судот смета дека државата не ги исполнила своите позитивни обврски според член 3 од Конвенцијата. Оттаму, постои повреда на таа одредба во однос на првата апликантка.

II. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕН 3 ОД КОНВЕНЦИЈАТА ВО ОДНОС НА ВТОРАТА И ТРЕТАТА АПЛИКАНТКА

239. Втората и третата апликантка се жалат на повреда на нивните права предвидени со член 3 од Конвенцијата, а таа повреда настанала како резултат на вербалните напади од страна на А. и тоа што биле сведоци на нападите врз нивната мајка.

240. Судот, кој има главна улога во правната квалификација на фактите на случајот (види *Guerra and Others v. Italy*, 19 February 1998, § 44, Reports 1998I), одлучи да го разгледа овој дел од жалбата на апликантките според член 8 од Конвенцијата, кој гласи:

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

2. Јавните власти не смеат да се мешаат 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 добросостојба 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.”

A. Допуштеност

241. Судот констатира дека овој жалбен навод не е очигледно неоснован во смисла на член 35 § 3 (а) од Конвенцијата. Понатаму, укажува дека не е неоснован врз која било друга основа. Оттаму, тој

треба да биде прогласен за допуштен.

Б. Меритум

242. Втората и третата апликантка се жалат дека биле вербално напаѓани од страна на А. и дека биле сведоци на физичките и вербалните напади на нивната мајка во нивниот дом, не можејќи да ѝ помогнат.

243. Владата истакна дека властите ги презеле сите разумни мерки во однос на А., имено тој бил повикан на информативни разговори во полицијата, бил официјално опоменат од Министерството за внатрешни работи и му била изречена парична казна од страна на Управниот суд, како и била покрената кривична истрага за неговото насилно однесување. Понатаму, националните судови издале наредба за заштита, по која бил пријавен само еден инцидент на насилство од страна на А. Овој случај се разликува од претходните случаи каде Судот утврдил повреда на член 8 поради пропустот на властите да преземат мерки, како што е случајот *Hajduová v. Slovakia* (no. 2660/03, 30 November 2010).

244. Судот повторно укажува дека иако суштинскиот предмет на заштита на член 8 од Конвенцијата е да се заштити поединецот од произволното мешање на јавните власти, од овој член исто така може да произлезат и позитивни обврски непосредно поврзани со делотворното „почитување“ на приватниот и семејниот живот. Тие обврски може да опфаќаат и усвојување на мерки во сферата на приватните односи меѓу поединците. Посебно, децата и други ранливи категории на лица, имаат право на делотворна заштита (види *X and Y v. the Netherlands*, 26 March 1985, §§ 23-24 and 27, Series A no. 91, и *August v. the United Kingdom* (dec.), no. 36505/02, 21 January 2003).

245. Што се однесува до приватниот живот, Судот претходно во различни контексти утврдил дека концептот на приватен живот го вклучува и физичкиот и психолошкиот интегритет на личноста, кој државите имаат обврска да го штитат, дури и тогаш кога опасноста доаѓа од постапки на други лица. За таа цел, државите треба да воспостават и да применуваат во пракса соодветна правна рамка која ќе обезбеди заштита од насилство кое го вршат приватни лица – поединци (види *X and Y v. the Netherlands*, цитиран погоре, §§ 22 and 23; *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, 25 March 1993, § 36, Series A no. 247-C; *D.P. и J.C. v. the United Kingdom*, no. 38719/97, § 118, 10 October 2002; *M.C. v. Bulgaria*, no. 39272/98, §§ 150 and 152, ECHR 2003XII; *A v. Croatia*, no. 55164/08, § 60, 14 October 2010; и *Hajduová*, цитиран погоре, § 46). Во оваа смисла, Судот забележува дека во многубројни меѓународни инструменти се нагласува посебната ранливост на жртвите на семејно насилството и потребата од активно вклучување на државата во нивна заштита (како референца, види *Bevacqua*, цитиран погоре, §§ 64-65, и *Sandra Janković v. Croatia*, no. 38478/05, §§ 44-45, 5 March 2009).

1. Дали постои мешање во правата на втората и третата апликантка според член 8 од Конвенцијата.

246. Во конкретниот случај, психолошката добросостојба на втората и третата апликантка била загрозувана поради тоа што тие постојано биле сведоци на насилството на таткото врз нивната мајка во семејниот дом, факт кој исто така бил признат од страна на домашниот суд (види став 183 погоре). Според мислењето на Судот, ова претставува мешање во правото на втората и третата апликантка на почитување на нивниот приватен живот и почитување на нивниот дом во смисла на член 8 од Конвенцијата.

247. Бидејќи мешањето се јавило во облик на лошо постапување на А. кон првата апликантка на начин спротивен на член 3 од Конвенцијата (види став 238 погоре) може да се заклучи дека таквото постапување не било „во согласност со закон“ или „неопходно во едно демократско општество“. Единственото прашање кое останува да се испита е дали властите знаеле или требало да знаат за мешањето во правата на втората и третата апликантка заштитени со член 8 и дали тие презеле разумни мерки да го запрат таквото мешање и да спречат тоа да се повтори во согласност со нивните позитивни обврски според член 8 од Конвенцијата.

2. Постапување согласно позитивните обврски според член 8

248. Судот повторно нагласува дека не е негова задача да го заземе местото на надлежните национални власти во определување на најсоодветните методи за заштита на лицата од напади врз нивниот

личен интегритет, туку да разгледа дали одлуките што ги донеле властите во вршење на нивните дискрециони овластувања се во согласност со Конвенцијата. Оттаму, Судот треба да оцени дали Република Молдавија, постапувајќи во случајот на втората и третата апликантка, ја повредила својата позитивна обврска која произлегува од член 8 од Конвенцијата (види, *mutatis mutandis*, *Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976, § 49, Series A no. 24).

249. Во одлуката од 9 декември 2010 година (види став 183 погоре), домашниот суд утврдил дека психолошката добросостојба на втората и третата апликантка била влошена поради тоа што биле сведоци на насилството на А. врз нивната мајка. Имено, со наредбата за заштита издадена на тој ден од страна на домашниот суд му се забранило на А. да контактира, да ја навредува или лошо да постапува не само со првата апликантка, туку исто така и со нејзините деца. Понатаму, на 13 декември 2010 година, апликантките побарале од јавното обвинителство втората и третата апликантка официјално да бидат признаени како жртви на семејното насилство, со цел спроведување на истрага против А. Понатаму, на 23 декември 2010 година, тие се обратиле до јавното обвинителство во Călărași и се пожалиле дека не само што А. ја нападнал првата апликантка, туку и дека вербално ја нападнал и втората и третата апликантка на 19 декември 2010 (види став 188 погоре).

250. На Судот му е јасно дека до крајот на декември 2010 година, властите биле целосно запознаени со прекршувањата на наредбата за заштита од страна на А. и со неговото заплашувачко и навредувачко однесување не само кон првата апликантка, туку и за влијанието на таквото однесување врз втората и третата апликантка. Меѓутоа, како што Судот утврди и во однос на жалбата според член 3 погоре, очигледно малку или скоро ништо не било сторено за да се спречи повторување на таквото однесување на А. Дотолку повеќе што и покрај сериозниот напад на 13 јануари 2011 година, не била преземена одлучна акција против А., кој конечно бил ослободен од секаква кривична одговорност.

251. Во вакви околности, Судот заклучи дека националните власти целосно не ги исполниле своите позитивни обврски според член 8 од Конвенцијата. Последователно на тоа, постои повреда на таа одредба во однос на втората и третата апликантка.

III. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕН 14 ОД КОНВЕНЦИЈАТА ВО ВРСКА СО ЧЛЕНОВИТЕ 3 И 8 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

252. Апликантките исто така се жалаат на повреда на член 14 од Конвенцијата во врска со членовите 3 и 8 поради тоа што властите не го примениле домашното законодавство, чија цел е да обезбеди заштита од семејно насилство, како резултат на претходно формирани претстави за улогата на жената во семејството. Член 14 гласи:

„Уживањето на правата и слободите, признаени 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.”

А. Допуштеност

253. Судот констатира дека овие жалбени наводи не се очигледно неосновани во смисла на член 35 § 3 (а) од Конвенцијата. Понатаму, укажува дека не се неосновани врз која било друга основа. Оттаму, тие треба да бидат прогласени за допуштени.

Б. Меритум

254. Апликантките тврдат дека властите пропуштиле да преземат соодветни мерки за спречување на семејното насилство и за заштита од неговото влијание, како и да покренат истрага и да го казнат сторителот. На тој начин, тие овозможиле понатамошно насилство од страна на А., кој се чувствувал имун кон секаква акција на државата. Насилството било засновано на родова припадност и резултирало со дискриминација спротивно на член 14 од Конвенцијата.

255. Владата тврди дека не постоело дискриминаторско постапување во конкретниот случај. За разлика од случајот *Оруз*, цитиран погоре, властите не биле инертни кон жалбите на првата апликантка и ги презеле сите разумни мерки за да го спречат лошото постапување со неа, покренувајќи кривична постапка против А. и ослободувајќи го од кривична одговорност под услов дека ќе сноси таква

одговорност доколку стори нови кривични дела. Тоа резултирало со засилена заштита на првата апликантка. Владата наведе дека иако би можело да се најдат одредени слабости во практичната примена на законот за семејно насилство, тоа е поради релативната нова измена на законот која датира од 2007 година.

256. Фондот за еднакви права (Equal Rights Trust) истакна дека постојат јасно утврдени факти и докази дека семејното насилство непропорционално и на различен начин ги погодува жените. Доколку целта е ефикасно да се справиме со овој облик на насилство, тогаш неопходен е посебен одговор кој вклучува третирање на тоа насилство како облик на родово-заснована дискриминација. Доколку тоа не се направи, тоа ќе значи да не се признае сериозноста на проблемот и неговото влијание врз дигнитетот на жените. Фондот се повика на Општата препорака бр. 28 од основните обврски на државите договорни страни содржани во член 2 од Конвенцијата за елиминација на сите форми на дискриминација на жените усвоена од страна на Комитетот за елиминација на сите форми на дискриминација на жените (CEDAW/C/2010/47/GC.2), според кој “Државите договорни страни имаат обврска да го спречат, да спроведат истрага, да покренат обвинение и да изречат казни... за дела на насилство засновани на родова припадност”.

257. Судот потсетува дека веќе утврдил дека пропустот на државата да ги заштити жените од семејно насилство го повредува нивното право на еднаква заштита пред законот и дека таквиот пропуст не мора да биде намерен (види случај *Oruz*, цитиран погоре, § 191).

258. Во конкретниот случај, Судот упатува на наоѓањето (види став 238 погоре) дека првата апликантка била изложена на насилство од страна на нејзиниот сопруг во повеќе наврати и дека властите биле запознаени со тоа. Судот забележува дека изложеноста на првата апликантка на неколку акти на насилство налагало итно разгледување на нејзиното барање за развод на бракот. Меѓутоа, судијата очигледно одбил да ја забрза постапката и претседателот на Окружниот суд во *Călărași* не презел ништо во однос на формалното барање поднесено во оваа смисла од апликантката (види став 184 погоре).

259. Судот понатаму забележува дека на 10 јануари 2011 година, првата апликантка била повикана во локалната полициска станица и врз неа наводно бил извршен притисок да ја повлече кривичната пријава против А. (види став 189 погоре). Дотолку повеќе што претставката на нејзиниот адвокат за извршениот притисок очигледно останала без одговор (види став 12 погоре). Исто така е јасно дека Одделението за социјална помош и заштита на семејството во *Călărași* не успеало да ја спроведе наредбата за заштита издадена во корист на првата апликантка се до март 2011 година (види став 193 погоре) и наводно, вработените во тоа одделение дополнително ја навредиле апликантката, сугерирајќи и помирување со сопругот бидејќи таа во секој случај „не била ниту првата ниту последната жена која ја тепа мажот” (види став 197 погоре).

260. Конечно, и покрај признанието дека ја тепал својата сопруга, А. всушност бил заштитен од секаква одговорност по одлуката на обвинителот условно да ја прекине постапката (види став 199 погоре).

261. Според мислењето на Судот, комбинацијата на гореспоменатите фактори јасно покажува дека постапувањето на властите во конкретниот случај не претставува едноставно пропуштање или задоцнето справување со насилството врз првата апликантка, туку тоа резултирало во постојано игнорирање на насилството кое го отсликува дискриминаторскиот однос кон првата апликантка како жена. Наодите на Специјалниот известувач на Обединетите нации за насилство врз жените, неговите причини и последици (види став 209 погоре) само го поткрепува впечатокот дека властите целосно не ја признале сериозноста и опфатот на проблемот со семејното насилство во Молдавија и неговото дискриминаторско влијание врз жените.

262. Последователно на тоа, а во контекст на околностите на конкретниот случај, Судот утврди дека постои повреда на член 14, во врска член 3 од Конвенцијата, во однос на првата апликантка.

263. Судот смета дека жалбените наводи за повреда на член 14, во врска со член 8, не покренуваат одделни прашања. Од тие причини, Судот нема да ги испитува тие жалбени наводи одделно.

IV. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕН 17 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

264. Апликантките исто така се жалаат на повреда на член 17 од Конвенцијата поради тоа што пропустот на властите да се справат со насилното однесување на А. му овозможило тој да продолжи да ги повредува нивните права без да биде казнет, делотворно уништувајќи ги нивните права според Конвенцијата. Член 17 гласи:

“Ниту една одредба од Конвенцијата не може да се толкува на начин според кој, на некоја држава, група или поединец им е дадено право да преземаат активности или постапки со кои се загрозува некое право или слобода што се признаени со оваа Конвенција, или да ги ограничуваат овие права и слободи во мерка поголема од онаа предвидена со Конвенцијата.”

265. По испитување на списите на предметот, Судот смета дека овој жалбен навод не е издржан. Произлегува дека овој дел од апликацијата треба да се отфрли како неоснован, согласно со член 35 §§ 3 и 4 од Конвенцијата.

V. ПРИМЕНА НА ЧЛЕН 41 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

266. Член 41 од Конвенцијата предвидува:

“Ако Судот оцени дека постои повреда на Конвенцијата или на нејзините протоколи, и ако внатрешното право на заинтересираната Висока страна договорничка овозможува само делумно отстранување на последиците на таа повреда, Судот и дава на оштетената страна, доколку е потребно, правично задоволување.”

A. Штета

267. Првата апликантка побарува 20.000 евра (EUR) за штетата претрпена со страдањето на која таа била изложена поради систематското понижување и тепање, како и поради пропустот на властите неодложно да ѝ обезбедат заштита со извршување на наредбите за заштита. Таа наведе дека била напаѓана, заплашувана и вербално малтретирана од страна на А., понижувана од страна на нејзините колеги и различни органи чекајќи за развод на бракот со А. и ја сметале за „лоша жена која заслужува да биде тепана”.

268. Втората и третата апликантка побаруваат 5.000 EUR, секоја одделно, по основ на тоа што тие биле сведоци на насилството врз нивната мајка, самите биле изложени на лошо постапување и биле понижувани во училиштето и од страна на социјалните работници.

269. Владата тврди дека побаруваните износи се неоправдани, првенствено затоа што властите ги презеле сите разумни мерки за да го спречат насилството врз апликантките. Исто така, наведе дека побаруваните износи се превисоки во споредба со претходната пракса на Судот во однос на членовите 3 и 8 од Конвенцијата. Побара од Судот да ги одбие овие барања на апликантките како неосновани.

270. Имајќи ја предвид сериозноста на повредите утврдени погоре, Судот смета дека во конкретниот случај е оправдано да се досуди надомест на нематеријална штета. Врз основа на правична проценка, Судот на сите апликантки заедно им досудува 15.000 EUR.

Б. Трошоци и издатоци

271. Апликантките побаруваат 8.737,50 EUR и 29.463,25 молдавски леи (MDL приближно 1.876 EUR) на име трошоци на постапката. Тие поднесоа трошковник за услугите на нивниот адвокат (87,95 часа по цена од 335 MDL на час за работата на национално ниво и 58,25 часа по цена од 150 EUR од час за работата пред Судот).

272. Владата смета дека бројот на часови на работа и цената по час за адвокатот се превисоки во дадениот случај. Таа укажа дека во случајот *Voicenco v. Moldova* (no. 41088/05, § 176, 11 July 2006), Судот прифатил разумна цена во висина од 75 EUR на час за работата на адвокатот, имајќи ги предвид сложеноста на случајот и обемиот придонес на адвокатите во постапката. Истакна дека конкретниот случај не е толку сложен по својата природа.

273. Според судската пракса, секој апликант има право на надоместување на трошоци и издатоци само доколку се покаже дека тие биле реално неопходни и биле реално направени во текот на по-

стапката и се разумни според својата висина. Во конкретниот случај, имајќи ги предвид списите што му стојат на располагање, гореспоменатите критериуми и фактот дека на апликантките им била доделена правна помош од Советот на Европа, Судот смета дека е разумно да се им се досуди вкупен износ од 2.150 EUR за сите трошоци.

В. Затезна камата

274. Судот смета дека е соодветно затезната камата да се засмета според каматата по видување на Европската централна банка, на која се додаваат три процентуални поени.

ОД ТИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ ЕДНОГЛАСНО

1. Огласува дека жалбените наводи според членовите 3, 8 и 14 од Конвенцијата се допуштени, а остатокот од апликацијата е недопуштен;

2. Утврдува дека постои повреда на член 3 од Конвенцијата во однос на првата апликантка;

3. Утврдува дека постои повреда на член 8 од Конвенцијата во однос на втората и третата апликантка;

4. Утврдува дека постои повреда на член 14, во врска со член 3 од Конвенцијата, во однос на првата апликантка;

5. Утврдува дека не постои потреба одделно да се испитува жалбениот навод според член 14, во врска со член 8 од Конвенцијата;

6. Одлучува

(а) дека тужената држава треба да им ги исплати на апликантките заедно, во рок од три месеци од денот кога пресудата ќе стане конечна во согласност со член 44 § 2 од Конвенцијата, следниве износи, конвертирани во валутата на тужената држава според курсот кој важи во моментот на исплатата:

(i) 15.000 EUR (петнаесет илјади евра), плус такси или даноци кои се наплаќаат, на име нематеријална штета;

(ii) 2.150 EUR (две илјади и сто педесет евра), плус такси или даноци кои се наплаќаат, на име трошоци на апликантките;

(б) по истекот на гореспоменатиот период од три месеци па сè до исплатата ќе се пресметува затезна камата на горните износи според стапка еднаква на каматата по видување на Европската централна за време на задоцнувањето, зголемена за три процентуални поени;

7. Го одбива остатокот од барањето на апликантките за правичен надоместок.

Изработено на англиски јазик и изготвено во писмена форма на 28 мај 2013 година, согласно Правилото 77 §§ 2 и 3 од Деловникот за работа на Судот.

Santiago Quesada

Секретар

Josep Casadevall

Претседател

ПРЕСУДА НА СУДОТ (Прв оддел)

27 април 2006 година*

Предмет С-423/04

БАРАЊЕ за прелиминарна одлука според член 234 ЕС од Комесарот за социјално осигурување (Обединето Кралство), донесено со одлука од 14 септември 2004 година, примено во Судот на 4 октомври 2004 година, во постапката

Сара Маргарет Ричардс

против

Државниот секретар за работа и пензии,

СУДОТ (Прв оддел),

составен од следниве судии: П. Јан (P. Jann), претседател на советот, К. Шејман (K. Schiemann), Н. Колнерик (N. Colneric), Ј.-Н. Кунча Родригез, известувач (J.-N. Cunha Rodrigues) и Е. Јухас (E. Juhász),

* Јазик на предметот: англиски.

I - 3602

Општ застапник: Ф.Г. Џејкобс (F.G. Jacobs),

Записничар: Л. Хјулет (L. Hewlett), главен администратор,

Земајќи ја предвид пишаната постапка и согласно сослушувањето од 20 октомври 2005 година,

по разгледувањето на забелешките поднесени во име на:

Г-ѓа Ричардс (Richards), од Џ. Сојер (J. Sawyer) и Т. Ике (T. Eicke), адвокати,

Владата на Обединетото Кралство, од Р. Каудвел (R. Caudwell), како застапник, и Т. Ворд (T. Ward,) адвокат,

Комисијата на европските заедници, од Д. Мартин (D. Martin) и Н. Јерел (N. Yerrell), како застапници,

По сослушувањето на Мислењето на општиот застапник, на рочиштето од 15 декември 2005 година, ја донесува следнава

Пресуда

1 Барањето за прелиминарна пресуда се однесува на толкувањето на членовите 4 и 7 од Директивата 79/7/ЕЕС на Советот, од 19 декември 1978 г., за прогресивната имплементација на начелото на еднаков третман на мажите и жените, по прашањата на социјална заштита (ОЈ 1979 L 6, стр. 24).

2 Ова упатување беше направено во текот на постапката помеѓу г-ѓа Ричардс, (транссексуалец кој се подлегнал на операција за промена на полот) и државниот секретар за работа и пензии („државниот секретар“) во врска со одбивањето на последниов да ѝ додели пензија со навршени 60 години старост.

Правен контекст

Правото на Заедницата

3 Член 4 став (1) од Директивата 79/7 наведува:

„Начелото на еднаков третман значи дека нема да има никаква дискриминација по основ на пол, било директна или индиректна, особено преку повикување на брачниот или семејниот статус, особено во однос на:

— опсегот на шемите и условите за пристап кон нив,

— обврската за придонеси и пресметувањето на придонесите,

— пресметувањето на бенефициите, вклучително и покачувањата пристигнати во однос на брачниот другар и членовите на семејството и условите кои го регулираат траењето и задржувањето на правото на бенефиции“

4 Член 7, став (1) од Директивата 79/7 наведува дека директивата не е спротивна на правото на земјите-членки да го исклучат од нејзиниот опфат:

„(а) определувањето на возраста за пензионирање заради одобрување старосна пензија и можните последици за други бенефиции;

...“

Националното право

5 Член 29, став (1) и став (3) од Законот за матична евиденција на родените и умрените од 1953 г. забранува измени на Регистарот на раѓања, освен во случај на службена или фактичка грешка.

6 Член 44 од Законот за придонеси за социјална заштита и бенефиции од 1992 г. наведува дека право на пензија од категоријата А (обична пензија) ќе му се додели на лице кое ја надминало возраста за пензионирање и кое ги задоволува разните услови во однос на придонесите.

7 Според став (1) од Делот I на Планот 4 од Законот за пензии од 1995 г., мажот се стекнува со право на пензија откако ќе наврши 65 години живот, а жените родени пред 6 април 1950 г. се стекнуваат со право на пензија со навршени 60 години живот.

8 На 1 јули 2004 г., беше усвоен Законот за признавање на полот (во понатамошниот текст „Законот од 2004 г.“), кој стапи на сила на 4 април 2005 г.

9 Тој Закон дозволува лицата кои веќе извршиле операција за промена на полот, или кои имаат таква намера, да се пријават за добивање потврда за признавање на полот, врз основа на која може да се добие речиси целосно признавање на промената на полот.

10 Според член 2, став (1) од Законот од 2004 г., потврда за признавање на полот се издава ако подносителот ги исполни, меѓу другото, следниве услови:

„(а) [подносителот] има или имал полова дисфорија,

(б) [подносителот] живеел со стекнатиот пол во текот на период од две години, кој [период] завршува со денот на поднесување на поднесокот,

...“

11 Член 9, став (1) од Законот од 2004 г. наведува дека:

„Кога е издадена целосна потврда за признавање на полот, полот на лицето за сите работи постанува стекнат пол (така што, ако стекнатиот пол е машки, тоа лице ќе биде од машки пол, а ако се работи за стекнување на женски пол, тоа лице ќе биде од женски пол).“

12 Според член 9, став (2) од Законот од 2004 г., потврдата за признавање на полот не се однесува на работите направени претходно, или на тековни настани, пред издавање на потврдата.

13 Што се однесува на пензиските бенефиции, став 7, точка (3) од Делот 2 од Планот бр. 5 на Законот од 2004 г. наведува:

„...ако (непосредно пред издавањето на потврдата) лицето —

(а) е маж кој ја достигнал возраста на која жена од истата возраст добива право на пензија, но

(б) не наполнило 65 години,

лицето ќе се третира ... како да се стекнало со право на пензија во моментот на издавање на потврдата.“

Главната постапка и прашањата упатени за прелиминарна одлука

14 Г-ѓа Ричардс е родена на 28 февруари 1942 г., и во нејзиниот извод на родени била заведена како лице од машки пол. Откако била дијагностицирана дека боледува од полова дисфорија, таа се подложила на операција за промена на полот, на 3 мај 2001 година.

15 На 14 февруари 2002 г. таа поднела барање кај државниот секретар за работа и пензии за исплата на старосна пензија, почнувајќи од 28 февруари 2002 г., денот кога таа наполнила 60 години, возраст на која, според домашното право, жена родена пред 6 април 1950 г. се стекнува со право да прима старосна пензија.

16 Со одлука од 12 март 2002 г., нејзиното барање било одбиено врз основа на тоа што „барањето било поднесено пред повеќе од четири месеци, пред подносителот да наврши 65 години“, која е старосна граница за пензионирање за мажи во Обединетото Кралство.

17 Бидејќи жалбата која г-ѓа Ричардс ја вложила пред Апелациониот трибунал за социјално осигурување (Social Security Appeal Tribunal) била одбиена, таа вложила жалба кај комесарот за социјално осигурување, тврдејќи дека, по одлуката во предметот бр. C-117/01 К.В. [2004] ECR I-541, одбивањето да ѝ се плати старосна пензија по навршувањето 60 години претставувало повреда на член 8 од Европската конвенција за заштита на човековите права и основните слободи, како и дискриминација, спротивно на член 4 од Директивата 79/7.

18 Во таа жалба, државниот секретар за работа и пензии поднел дека барањето на жалителот во главната постапка не спаѓа во опфатот на Директивата 79/7. Според него, правото на Заедницата обезбедува само мерка на координација за старосните бенефиции, но не го гарантира правото на такви бенефиции. Покрај тоа, г-ѓа Ричардс не била дискриминирана во споредба со вистинските компаратори, имено мажите кои не подлегнале на операција за промена на полот.

19 Со цел да може да одлучи по предметот, комесарот за социјална заштита одлучил да ја запре постапката и да ги упати следниве прашања до Судот на правдата за прелиминарна одлука:

„(1) Дали Директивата 79/7 го забранува одбивањето на старосна пензија на транссексуалец кој преминал од маж во жена додека таа не достигне 65 години старост, и кој би имал право на таква пензија на возраст од 60 години кога таа би се сметала за жена според националното право?

(2) Доколку да, од кој датум одлуката на Судот за прашањето бр.1 ќе стане правосилна?“

Првото прашање

20 Со првото прашање, домашниот суд всушност прашува дали член 4, став (1) од Директивата 79/7 го исклучува законодавството кое на лицето што извршило операција за промена на полот од маж во жена му го одрекува правото на старосна пензија врз основ на недостигнување на возраст од 65 години, кога таа би имала право на таква пензија на возраст од 60 години доколку би се сметала за жена според домашното право.

21 Најпрво, треба да се забележи дека на земјите-членки останува да ги определат условите за добивање правно признавање за промената на полот на едно лице (види во тој контекст К.Б (К.В.), став 35).

22 Со цел да се одговори на првото прашање, на почетокот треба да се каже дека Директивата 79/7 е отелотворување на начелото на еднаков третман на мажите и жените во сферата на социјалната заштита, како едно од основните начела на правото на Заедницата.

23 Покрај тоа, во согласност со востановеното прецедентно право, правото на недискриминација врз основа на пол е едно од фундаменталните човекови права чиешто почитување Судот е должен да го обезбеди (види предмет бр. 149/77 Defrenne [1978] ECR 1365, ставови 26 и 27, и предмет бр. С-13/94 Р. против S. [1996] ECR I-2143, став 19).

24 Така, опсегот на Директивата 79/7 не може да се ограничи едноставно на дискриминација заснована на фактот што лицето е од овој или од оној пол. Со оглед на нејзината цел и природата на правата кои се стреми да ги заштити, опсегот на таа директива е таков што ќе се примени на дискриминацијата што произлегува од промената на полот на засегнатото лице (види Директивата 76/207/ЕЕС на Советот, од 9 февруари 1976 г., за имплементација на начелото на еднаков третман на мажите и жените во областа на вработувањето, стручното усовршување и унапредување и работните услови (ОЈ 1976 L 39, р. 40), Р. против S. , став 20).

25 Владата на Обединетото Кралство истакнува дека фактите за кои било расправано во главната постапка произлегуваат од изборот на домашното законодавство да предвиди различна возраст за пензионирање за мажите и за жените. Како такво, земјите-членки според член 7, став (1), точка (а) од Директивата 79/7 имаат исклучиво право да отстапат од начелото на еднаков третман за мажите и за жените во сферата на старосните пензии. Ирелевантно е што, како и во главната постапка, разликата направена помеѓу пензиската шема врз основа на пол ги погодува правата на транссексуалците.

26 Таквиот аргумент не може да се прифати.

27 Г-ѓа Ричардс смета дека не ѝ било дозволено да добие старосна пензија со навршување 60 години, односно на возраст на која жените родени пред 6 април 1950 г. имаат право на таква пензија во Обединетото Кралство.

28 Нееднаквиот третман кој е предмет на главната постапка е заснован на неможноста на г-ѓа Ричардс да ѝ биде признаен новиот пол стекнат по операцијата, со оглед на примената на Законот за пензии од 1995 г.

29 За разлика од жените чиј пол не е резултат на операција на полот и кои може да примаат старосна пензија на возраст од 60 години, г-ѓа Ричардс не е во можност да исполни еден од условите за подобност за таква пензија, во овој случај, условот кој се однесува на старосната граница за пензионирање.

30 Согласно нејзината операција на полот, нееднаквиот третман на кој била подложена г-ѓа Ричардс мора да се смета за дискриминација која е забранета со член 4, став (1) од Директивата бр. 79/7.

31 Судот веќе нашол дека домашното право кое му забранува на транссексуалец, во отсуство на потврда на неговиот пол, да го исполни бараниот услов со цел да биде подобен да ужива право гарантирано од правото на Заедницата мора да се смета, во принцип, за некомпатибилно со условите на правото на Заедницата (види К.Б. (К.В.), став 30 до 34).

32 Владата на Обединетото Кралство истакнува дека ниту едно право на Заедницата не било повредено со одлуката од 12 март 2002 година, со која на г-ѓа Ричардс ѝ се одбива пензија, бидејќи правото на старосна пензија произлегува само од домашното право.

33 Во таа смисла, доволно е да се запомни дека, согласно утврденото прецедентно право, правото на Заедницата не задира во правото на земјите-членки да ги организираат своите системи на социјална заштита, и дека, во отсуство на усогласување на ниво на Заедницата, законодавството на секоја земја-членка треба да ги определи, прво, условите кои го регулираат правото или должноста за осигурување со шема на социјално осигурување и, второ, условите за добивање право на бенефиции. Сепак, земјите-членки мора да се усогласат со правото на Заедницата кога го користат тоа овластување (Предмет С-157/99, Smits и Peerbooms [2001] ECR I-5473, ставови 44 до 46, и предмет С-92/02 Kristiansen [2003] ECR I-14597, став 31).

34 Понатаму, дискриминацијата спротивно на член 4 став (1) од Директивата 79/7 спаѓа во опфатот на дерогацијата предвидена со член 7 став (1), точка (а) од таа директива, само ако е неопходно да се постигнат целите на директивата преку дозволување на земјите-членки да задржат различна старосна граница за мажите и за жените (предмет С-9/91 Комисија за еднакви можности [1992] ECR I-4297, став 13).

35 Иако преамбулата на Директивата 79/7 не ги наведува причините за дерогациите кои ги поставува, од природата на исклучоците содржани во членот 7 став (1) од директивата може да се заклучи дека законодавството на Заедницата имало за цел да им овозможи на земјите-членки привремено да ги задржат предностите дадени на жените во однос на пензионирањето, со цел да им овозможи прогресивно да ги адаптираат нивните пензиски системи во оваа насока, без да ја нарушуваат комплексната финансиска рамнотежа на тие системи, чијашто важност не може да се игнорира. Тие предности ја вклучуваат и можноста за работниците од женски пол да се квалификуваат за пензија порано од работниците од машки пол, согласно предвиденото во член 7, став (1), точка (а) од истата директива (Комисија за еднакви можности, став 15).

36 Според востановеното прецедентно право, исклучокот за забрана од дискриминација врз основа на пол, предвиден во член 7, став (1), точка (а) од Директивата 79/7 мора да се интерпретира стриктно (види Предмет 152/84 Marshall [1986] ECR 723, став 36; Предмет 262/84 Beets-Propser [1986] ECR 773, став 38; и Предмет C-328/91 Thomas and Others [1993] ECR I-1247, став 8).

37 Следствено на тоа, таа одредба мора да се интерпретира како да се однесува само на определувањето на различните старосни граници за пензија за мажите и жените. Сепак, претставката во главната постапка не се однесува на таква мерка.

38 Од горенаведеното е јасно дека член 4, став (1) од Директивата 79/7 мора да се интерпретира дека не дозволува законодавството кое на лицето што се подложило на операција за промена на полот, во согласност со условите поставени со домашното право, му одрекува право на старосна пензија врз основа на тоа дека таа немала навршено 65 години, кога на таква пензија би имала право со навршени 60 години доколку се сметало дека таа е жена според домашното право.

Второто прашање

39 Со второто прашање домашниот суд прашува дали, доколку Судот најде дека Директивата 79/7 го исклучува националното законодавство кое е предмет на главната постапка, времените ефекти на таквата пресуда мора да се ограничени.

40 Само исклучително, во примената на општиот принцип за законска сигурност, кој е неразделив од правниот поредок на Заедницата, Судот може да одлучи да го ограничи правото да се потпира на одредба која ја интерпретирал со цел да ги доведе во прашање законските односи утврдени во добра волја (Предмет 24/86 Blaizot [1988] ECR 379, став 28, и Предмет C-104/98 Buchner and Others [2000] ECR I-3625, став 39).

41 Дополнително, востановено прецедентно право е дека финансиските последици кои за земјата-членка произлегуваат од прелиминарната пресуда не го оправдуваат ограничувањето на времените ефекти на одлуката (Предмет C-184/99 Grzelczyk [2001] ECR I-6193, став 52, и Предмет C-209/03 Bidar [2005] ECR I-2119, став 68).

42 Судот постапил така само во исклучително специфични околности, каде што постоело ризик од сериозни економски реперкусии, поради големиот број на правни односи во кои се влегло во добра волја врз основа на важечките правила и каде што се чинело дека поединците и националните власти биле наведени да усвојат практики кои не биле во согласност со правото на Заедницата поради објективна, битна неизвесност во однос на импликациите на одредбите на Заедницата, на што можеби придонело и однесувањето на другите земји-членки или на Комисијата на европските заедници (Bidar , став 69).

43 Во овој случај, стапувањето на сила на Законот од 2004 г., на 4 април 2005 г. се очекува да ги редуцира расправите како онаа што беше предмет на главната постапка. Понатаму, и во пишаните забелешки кои ги поднесе до Судот и на рочиштето, Владата на Обединетото Кралство не го задржа тврдењето кое го поднесе во жалбата во главната постапка, за ограничување на временниот ефект на пресудата.

44 Следствено на тоа, одговорот на второто прашање мора да биде дека нема потреба да се ограничува времениот ефект на оваа пресуда.

Трошоци

45 Бидејќи за страните на главната постапка овие постапки се дел од постапката која е во тек пред националниот суд, одлуката за трошоците е прашање за тој суд. Трошоците за поднесување забелешки до Судот, освен трошоците на тие страни, се неповратни.

Врз овие основи, Судот (Прв оддел) одлучува дека:

Член 4, став (1) од Директивата 79/7/ЕЕС на Советот, од 19 декември 1978 г. за прогресивната имплементација на начелото на еднаков третман на мажите и жените по прашањата за социјална заштита треба да се интерпретира како да го исклучува законот што на лице кое, согласно условите предвидени со домашното право подлегло на операција за промена на полот од маж во жена, му одрекува право на старосна пензија врз основа на тоа што таа немала навршено 65 години, кога на таква пензија би имала право со навршени 60 години, доколку би се сметала за жена според домашното право.

2. Нема потреба да се ограничува времениот ефект на оваа пресуда.

[Потписи]

Дискриминација врз основ на религија или уверување



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

ГОЛЕМ СУДСКИ СОВЕТ

СЛУЧАЈ ХОФМАН против АВСТРИЈА

(Апликација бр. 12875/87)

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

23 јуни 1993 година

Во случајот **Хофман против Австрија**^{77*},

Европскиот суд за човекови права, заседавајќи, во согласност со член 43 (чл. 43) од Конвенцијата за заштита на човековите права и основните слободи („Конвенција“)^{78**} и релевантните одредби од Деловникот за работа на Судот, како Совет составен од следниве судии:

г-н Р. Бернхарт (R. Bernhardt), Претседател,

г-н Ф. Мачер (F. Matscher),

г-н Л.-Е. Петити (L.-E. Pettiti),

г-н Б. Волш (B. Walsh),

г-н К. Русо (C. Russo),

г-н Н. Валтикос (N. Valticos),

г-н И. Фојгел (I. Foighel),

г-н М.А. Лопез Роча (M.A. Lopes Rocha),

г-н Г. Мифсуд Боничи (G. Mifsud Bonnici),

како и г-н М.-А. Ајсен (M.-A. Eissen), секретар, и г-н Х. Пецолт (H. Petzold), заменик секретар, расправајќи на затворена седница на 29 јануари и на 26 мај 1993 година,

ја донесе следнава пресуда, која беше усвоена на последниот споменат датум:

ПОСТАПКА

1. Европската комисија за човекови права („Комисија“) му го препратила овој случај на Судот на 13 април 1992 година, во рамките на периодот од три месеци пропишан во член 32, став 1 и член 47 (чл. 32-1, чл. 47) од Конвенцијата. Случајот беше инициран со апликација (бр. 12875/87) против Република Австрија, поднесена до Комисијата во согласност со член 25 (чл. 25) од државјанка на Австрија, г-ѓа Ингрид Хофман (Ingrid Hoffmann), на 20 февруари 1987 година.

Барањето на Комисијата се однесувало на членовите 44 и 48 (чл. 44, чл. 48) и на декларацијата со која Австрија ја признала задолжителната надлежност на Судот (член 46) (чл. 46). Целта на барањето била да се донесе одлука за тоа дали фактите за случајот посочуваат на повреда од страна на тужената држава на нејзините обврски кои ги преземала врз основа на членовите 8, 9 и 14 (чл. 8, чл. 9, чл. 14) од Конвенцијата и член 2 од Протоколот бр. 1 (П1-2).

2. Како одговор на прашањето поставено во согласност со Правило 33, став 3 (г) од Деловникот за работа на Судот, апликантот навела дека сака да учествува во постапката и го именувала адвокатот кој ќе ја застапува (Правило 30). Претседателот на Судот му дозволил да го користи германскиот јазик во текот на постапката (Правило 27, став 3).

⁷⁷ *Случајот е со број 15/1992/360/434. Првиот број се однесува на бројот на случајот на списокот на случаи упатени до Судот во релевантната година (вториот број). Последните два броја се однесуваат на бројот на случајот на списокот на случаи упатени до Судот од неговото основање и на списокот на соодветните првични апликации до Комисијата.

⁷⁸ ** Онака како што е дополнета и изменета со член 11 од Протокол бр. 8 (П8-11), кој стапи во сила на 1 јануари 1990 година.

3. Советот кој требал да се формира ги вклучувал г. Ф. Мачер по службена должност, судија избран од списокот на Австрија (член 43 од Конвенцијата (чл. 43) и г. Р. Рисдал (R. Ryssdal), претседателот на Судот (Правило 21, став 3 (б)). На 25 април 1992 година, претседателот, во присуство на секретарот, со ждрепка ги извлече имињата на другите седум членови, имено г. Л.-Е Петити, г. Б. Волш, г. Р. Мекдоналд, г. К. Русо, г. Н. Валтикос, г. И. Фојгел и г. Г. Мифсуд Боничи (член 43 in fine Конвенцијата и Правило 21, став 4) (чл. 43). Подоцна, г. Мекдоналд беше заменет со г. М.А. Лопез Роча, судија заменик, бидејќи тој не можел да присуствува на судењето (Правило 22, став 1, и Правило 24, став 1).

4. Г. Рисдал ја презема функцијата претседател на Советот (Правило 21, став 5) и, преку секретарот, се консултираше со застапникот на австриската влада („влада“), делегатот на Комисијата и застапникот на апликантот во врска со организацијата на постапката (Правило 37, став 1, и Правило 38). Во согласност со налозите и упатствата кои ги добил по консултациите, секретарот ги примил поднесокот на апликантот и поднесокот на владата на 17 септември 1992 година и на 21 септември 1992 година соодветно. Секретарот на Комисијата посочил дека делегатот ќе ги достави своите забелешки на рочиштето.

5. Во согласност со одлуката на претседателот, се одржало јавно рочиште во зградата на Судот, во Стразбур, на 25 јануари 1993 година. Пред тоа, Судот одржал подготвителен состанок. Г. Р. Бернхарт, потпретседател на Судот, го заменил г. Рисдал, кој не можел да присуствува на судењето (Правило 21, став 5, втор потстав).

Пред Судот се појавија:

- за Владата

г. В. Окрезек (W. Okressek), сојузна влада, застапник,

г. Ф. Хојг (F. Haug), Сојузно министерство за надворешни работи, советник;

- за Комисијата

г-а Џ. Лиди (J. Liddy), делегат;

- за апликантот

г. Р. Колхофер (P. Kohlhofer), Rechtsanwalt, адвокат,

г. А. Гареј (A. Garay), Avocat, адвокат,

г. Х. Ренолднер (H. Renoldner), советник.

Судот ги сослуша нивните излагања, како и одговорите на прашањата поставени од некои од неговите членови.

ФАКТИ

1. ПОСЕБНИТЕ ОКОЛНОСТИ НА СЛУЧАЈОТ

А. Вовед

6. Г-ѓа Ингрид Хофман (Ingrid Hoffmann) е австриска државјанка која живее во Гаисау. Таа е домаќинка.

7. Во 1980 година, г-а Хофман – во тоа време се презивала Бергер – се омажила со г-н С., телефонски техничар. Во тоа време, и двајцата биле со римокатоличка вера.

Им се родиле две деца, син, Мартин, во 1980 година и ќерка, Сандра, во 1982 година. И двете деца се крстени како римокатолици.

8. Апликантот ја напуштила римокатоличката црква за да стане Јеховин сведок.

9. На 17 октомври 1983 година, апликантот покренала постапка за развод од г. С. Таа го напуштила во август или во септември 1984 година додека постапката сè уште била во тек и ги земала децата со себе.

Разводот е прогласен на 12 јуни 1986 година.

Б. Постапка пред Окружниот суд во Инсбрук

10. По разводот, и апликантот и г. С. се одбратиле до Окружниот суд во Инсбрук (Bezirksgericht) и барале да им се доделат родителски права, односно старателство (Elternrechte) над децата.

Г. С. навел дека, доколку децата му се доделеле на апликантот, постоел ризик тие да бидат одгледани и воспитани на начин кој би можел да биде штетен за нив. Тој тврдел дека образовните и воспитните принципи на верата на која припаѓал апликантот биле непријателски кон општеството во тоа што го обесхрабрувале секое стапување во контакт со оние кои не припаѓале на таа вера, секое изразување патриотизам (како што е пеење на националната химна) и обесхрабрувале верска толеранција. Сето тоа би довело до социјална изолација на децата. Исто така, забраната на Јеховините сведоци за трансфузија на крв може да доведе до ситуации во кои животот или здравјето на децата би биле загрозени.

Во врска со синот Мартин, г. С. констатирал дека на крај тој ќе мора да одбие да служи воен рок, па дури да одбие I заминување на цивилно служење на воениот рок.

Апликантот тврдела дека таа е во подобра позиција да се грижи за децата, со оглед на тоа што можела целосно да им се посвети и, како мајка, можела повеќе да им ја обезбеди потребната семејна средина. Таа навела дека г. С. дури и не давал пари за издржување на децата, што бил должен да го стори и во законска и во морална смисла. Меѓутоа, таа потврдила дека имала намера да ги одгледува и воспитува децата во духот на својата вероисповед.

Канцеларијата за заштита на деца при Окружниот совет на Инсбрук (Bezirkshauptmannschaft, Abteilung Jugendfürsorge) се заложила родителските права да ѝ бидат доделени на апликантот; Канцеларијата, меѓу другото, се повикала на стручно мислење на детски психолог.

11. Со одлука од 8 јануари 1986 година, Окружниот суд ѝ ги доделил родителските права на апликантот, а ги одбил родителските права на г. С.

Според неговото расудување, тука требало да се разгледува само благосостојбата на децата. Материјалните животни услови на двајцата родители биле такви што и едниот и другиот родител можел соодветно да се грижи за децата; меѓутоа, на таткото би му била потребна и помош од неговата мајка. Децата биле емотивно повеќе поврзани со апликантот, бидејќи живееле со неа веќе година и половина и доколку се одвоеле од неа, тоа би можело да им предизвика психолошки проблеми. Поради таа причина, подобро било децата да се остават да живеат со мајката.

Окружниот суд понатаму констатирал:

„Наспроти ова, таткото на децата навел, во суштина тоа бил и единствениот негов аргумент, дека членството на Ингрид С. во верската заедница на Јеховини сведоци има сериозни штетни последици по децата. Кога станува збор за тоа, треба веднаш да се нагласи дека верските убедувања на родителите во никој случај не се, како такви, релевантен критериум за одлучување за родителските права и должности во согласност со член 177, став 2 од Граѓанскиот законик. Овие права не може да му се одземат на родител ниту пак може да не му се признаат единствено поради тоа што дететот (синот или ќерката) припаѓа на верко малцинство.

Меѓутоа, во предметниот случај, потребно е да се разгледа дали верските убедувања на мајката негативно влијаат врз начинот на кој таа ги одгледува и воспитува децата, што треба да се земе предвид, и дали благосостојбата на децата е загрозена како резултат на тоа.

Особено се чини дека Ингрид С. не би дозволила нејзините деца да примат трансфузија на крв; дека таа самата не прифаќа заеднички прослави на традиционални празници како Божиќ или Велигден; дека децата чувствуваат одредена напнатост во врска со околина која не соодветствува на нивната вера; и дека нивната интеграција во општествени институции, како што се детска градинка и училиште, е отежната. Меѓутоа, стравувањето на таткото од целосна социјална изолација како резултат на верата на мајката се чини дека не е основано во контекст на утврдените факти. Исто така, во текот на утврдување на фактите не се воочени никакви можни опасности за развојот на кое било од децата.

Точно е дека наведените факти (трансфузија на крв, празници, загрозна социјална интеграција) во принцип може да имаат штетно влијание врз децата. Ова прашање сега мора да се разгледа во контекст на конкретниот случај. Прво, се чини дека аргументот на таткото дека Мартин и Сандра би биле изложени, во итни случаи, на сериозна опасност по нивниот живот и здравје поради одбивање трансфузија на крв не е од пресудно значење. Доколку нема дозвола од родителите за медицински неопходна трансфузија на крв за било кое дете, таквата дозвола може да се добие врз основа на судска одлука во согласност со член 176 од Граѓанскиот законик (за целите на споредба, види ја одлуката на Регионалниот суд во Инсбрук (Landesgericht) од 3 јули 1979 година, 4P 128/79). Во секој случај, според таа законска одредба, секој може да му се обрати на судот да побара налог кој е потребен за да се обезбеди благосостојбата на детето кога родителот ја загрозува благосостојбата со своето однесување. Со оглед на тоа дека постои оваа можност за обраќање до судот, која е достапна во секое време, нема опасност дека на децата би им била нанесена штета поради ставот на мајката за трансфузија на крв.

Што се однесува до тоа што Ингрид С. одбива да ги признае празниците, мора да се констатира дека таа изрично се согласила да му дозволи на таткото да ги земе децата во такви прилики и да ги празнува празниците со нив онака како што тој смета дека е соодветно. Според тоа, верските убедувања на мајката не ги лишуваат Мартин и Сандра од можноста да ги прославуваат тие празници на вообичаениот начин, така што ниту во оваа смисла не може да се зборува за штета за децата.

Во врска со резервите изразени во поглед на одгледувањето и воспитувањето на децата од страна на мајката врз основа на нејзината вера, единствената преостаната околност, која би била од некакво значење, е таа што Мартин и Сандра, подоцна во животот, ќе се соочат со поголеми тешкотии во пронаоѓањето на нивниот пат во социјалните групи како резултат на верските правила на Јеховините сведоци и ќе се најдат, во одредена смисла, во посебна ситуација. Меѓутоа, судот не може да смета дека тоа е штетно за благосостојбата на децата до тој степен што тие, поради таа причина, не би требало да ѝ бидат доверени на мајката, со која тие имаат толку близок психолошки однос и на чија грижа се навикнати. Доколку внимателно се разгледаат работите мора да се донесе заклучок дека, и покрај отежнатата социјална интеграција, која ја посочивме погоре, се чини дека повеќе во интерес на благосостојбата на децата е родителските права да ѝ се доделат на мајката наместо тие да се префрлат на таткото.

В. Постапка пред Регионалниот суд во Инсбрук

12. Г. С. поднел жалба против наведената одлука до Регионалниот суд во Инсбрук (Landesgericht).

13. Регионалниот суд ја одбил жалбата со одлука од 14 март 1986 година. Основата на која се заснова одлуката на Регионалниот суд е следната:

„Тежиштето на жалбата се состои во тврдењето дека одлуката на првостепениот суд не е во согласност со благосостојбата на децата со оглед на тоа што мајката е член на верската заедница на Јеховини сведоци. Во врска со ова, жалителот ги разгледува критериумите и целите карактеристични за таа верска заедница и социјалните ставови кои произлегуваат од таа вера, кои, според неговото мислење, се погрешни; според него, произлегува дека и двете деца сигурно ќе претрпат штета ако родителските права и должности ѝ се доверат на мајката, особено во смисла на тоа што тие може да бидат присилени на социјална изолација и оддалечени од реалноста.

Ваквиот начин на аргументирање од страна на жалителот е неосновано. Јеховините сведоци, кои претходни биле познати како „Сериозни истражувачи на Библијата“, заедница која се темели на свое сопствено толкување на Библијата, не се забранети Австрија; според тоа, може да се претпостави дека нивните цели не го повредуваат законот ниту се во судир со моралот (види член 16 од Основниот закон во врска со член 9 (чл. 9) од Европската конвенција за човековите права). Оттука, членството на мајката во таа верска заедница не може, само по себе, да претставува опасност за благосостојбата на децата ...

Како што е познато, верата на мајката, по сè судејќи, ќе влијае врз начинот на водење грижа за децата и нивното одгледување и воспитување и тие може да искушат одредена напнатост во врска со околината која не соодветствува на нивната вера. Првостепениот суд веќе детално го разгледал делот од аргументите на жалителот кои се однесуваат на таа област и навел детални и логични причини зошто приговорите на таткото против доделувањето на родителските права и должности на мајката не може, во крајна инстанца, да бидат одлучувачки. Новите аргументи изнесени во жалбата – кои се однесуваат на отсуството на разбирање на демократијата и отсуството на подготвеност на потчинување на државата – не може да предизвикаат сомнеж во првостепената одлука во поглед на благосостојбата на децата; во таа смисла, доволно е да се потсети на законското признавање на верската заедница на Јеховини сведоци, што значи, спротивно на тврдењата на жалителот, дека првостепениот суд во суштина немал потреба да бара мислење, по службена должност, од вештак за целите или за „приородата“ на Јеховините сведоци. Исто така, ниту првостепената постапка не беше нецелосна поради тоа што не било побарано мислење од медицински вештак во врска со прашањето за трансфузија на крв која Јеховините сведоци ја одбиваат, прашање кое било повторно покренато во оваа жалба; во случај судскиот правен лек (одлука во согласност со член 176 од Граѓанскиот законик) да пристигне предочна, во крајна инстанца ќе му биде препуштено на лекарот кој го лекува пациентот, кога ќе се соочи со проблемот, да донесе одлука, притоа прво имајќи ја предвид медицинската мерка неопходна за спасување човечки животи, па дури потоа земајќи го предвид одбивањето трансфузија на крв кое е карактеристично за Јеховините сведоци.

Следните аргументи кои ги изнел жалителот – оние кои се однесуваат на тоа дека соодветно организирано преселување на децата кај него и соодветно организирани посети за мајката не би можеле да го предизвикаат истиот шок како оној предизвикан со присилното одведување на децата од страна на мајката, како и дека судската одлука на која тој тука се жали само го легализирала едностраното постапување на мајката – исто така не се убедливи. Жалителот не го зел предвид фактот дека, во врска со тоа дека благосостојбата на децата е од најголема важност, начинот на кој тие стигнале до местото на кое во моментот се води грижа за нив не мора нужно да биде одлучувачки. Дури и незаконското однесување би било релевантно само до онаа мера до која би можело, во поединечен случај, да предизвика отсуство на подобност за водење грижа за децата и нивно одгледување и воспитување; тоа дали родителот за кој станува збор ги презел децата без овластување не е одлучувачко при утврдување на кој родител треба да му се доверат родителските права и должности. Меѓутоа, вистина е дека и двете деца веќе долго време хармонично се развиваат додека живеат со мајката која се грижи за нив, дека имаат поблизок однос со неа отколку со таткото и дека, без разлика на верските или филозофските ставови на мајката, ниту едно до децата не претрпело никаква штета ниту во физичкиот ниту – пред сè – во психолошкиот развој; во суштина, жалителот не можел сериозно да тврди дека децата навистина претрпеле било каква психолошка штета.“

Г. Постапка пред Врховен суд

14. Г. С. поднел барање за ревизија (außerordentlicher Revisionsrekurs) пред Врховиот суд (Oberster Gerichtshof).

15. Со одлука од 3 септември 1986 година, Врховниот суд ја укинал пресудата на Регионалниот суд во Инсбрук, доделувајќи му ги родителските права на г. С. наместо на апликантот. Судот ги навел следните причини:

„Жалителот досега не тврдел дека децата припаѓаат на римокатоличката вера; меѓутоа, тој навел, а тоа е и фактички утврдено, дека мајката ги одгледува и воспитува децата во согласност со принципите на учење на Јеховините сведоци. Исто така не е оспорено дека децата не припаѓаат на таа вероисповед. Според тоа, пониските судови морале да испитаат дали одгледувањето и воспитувањето на децата од страна на мајката на тој начин е во спротивност со одредбите од Сојузниот закон за верско образование на децата од 1985 година (Bundesgesetz über die religiöse Kindererziehung), BGBl (Bundesgesetzblatt, Сојузен службен весник) 1985/155 (повторно воведување на Законот за верско образование на децата од 15 јули 1921 година, dRGB (deutsches Reichsgesetzblatt, Службен весник на германскиот рајх) I. 939). Во согласност со член 1 од Законот од 1921 година, родителите слободно се договараат за верското образование на детето, доколку одговорноста за водењето грижа за детето и неговото одгледување и воспитување ја сносат родителите. Таквиот договор може да се раскине во кое било време и престанува да важи на денот на смрт на кој било од сопружниците. Член 2, став 1 од Законот од 1921 година пропишува дека доколку не постои таков договор или доколку таквиот договор престане да постои, тогаш одредбите од Граѓанскиот законик кои се однесуваат на водењето грижа за децата и нивното одгледување и воспитување се прошируваат на нивното верско образование. Меѓутоа, во согласност со член 2, став 2 од Законот од 1921 година, додека трае бракот, ниту еден од родителите не може да одлучи, без согласност на другиот родител, дека детето треба да се одгледува и воспитува во духот на вероисповед која е различна од онаа на која припаѓале родителите за време на бракот или од онаа во која детето (синот или ќерката) било дотогаш одгледувано и воспитувано.

Бидејќи во секој случај децата не припаѓаат на вероисповедта на Јеховините сведоци, нивното образование според принципите на оваа секта (која не е, како што со право посочува жалителот, призната верска заедница: види Адамович-Функ, Österreichisches Verfassungsrecht (Adamovich-Funk, Österreichisches Verfassungsrecht), [австриско уставно право], том 3, стр. 415) е во спротивност со член 2, став 2 од Законот од 1921 година. Очигледно е дека тоа што Регионалниот суд не ја применил оваа одредба претставува повреда на законот.

Покрај тоа, и пониските судови, исто така, не ја зеле соодветно предвид благосостојбата на децата во своите одлуки Тоа што мајката, како што е утврдено, би одбила да даде согласност децата да ја примат потребната трансфузија на крв претставува опасност за нивната благосостојба, бидејќи да се бара од судот да ја замени согласноста на мајката со своја согласност ... би можело, во итни случаи, да доведе до одложување кое би го загрозило животот и до лекарска интервенција без да се бара согласност од лицето овластено да се грижи за детето, е спротивно на законот Исто така е утврдено дека доколку децата се школуваат во согласност со верското учење на Јеховините сведоци, тие ќе бидат исклучени од општеството. При донесување на првичните одлуки за тоа кој родител треба да ги има правата да се грижи за децата и да ги одгледува и воспитува, овие околности не може да се игнорираат. Иако, кога станува збор за мали деца, поповолно е мајката да се грижи за нив ..., ова важи само под услов дека сите други околности се исти Не постои никаква привилегија со која мајката би била повластена кога станува збор за доверување на родителските права Стресот предизвикан кај децата од преселувањето кај другиот родител кој би требало да се грижи за нив, а што во секој случај обично е од времен карактер, треба да се прифати како нешто што е во нивен најдобар интерес Во судските списи нема материјали кои би ја поткрепиле претпоставката дека промена, односно преселување кај другиот родител 'би предизвикало, со голема веројатност, сериозна психолошка штета на децата' Дури и според мислењето на пониските судови, таткото е способен да се грижи за децата и да ги одгледува и воспитува, бидејќи тие имаат добар однос со него и со својата баба, која би се грижела за нив и би ги одгледувала и воспитувала додека таткото е отсутен поради работа; утврдено е дека во куќата на родителите на таткото има можност за сместување на децата. Според тоа, во интерес на децата е само да се префрлат родителските права и должности на таткото.“

II. ЈЕХОВИНИ СВЕДОЦИ

16. Јеховините сведоци, кои ги има околу четири милиони ширум светот, без да се вбројат и симпатизерите кои не се официјално запознаени со верата, претставува посебно верско движење. Движењето настанало во Америка во текот на седумдесетите години. Јеховините сведоци, порано познати под други имиња, како што е Меѓународни истражувачи на Библијата, го користат сегашното име од 1931 година.

17. Централна карактеристика на доктрината на Јеховините сведоци е верувањето дека Светото писмо во изворната хебрејска и грчка верзија е откровение на Јехова Богот и, според тоа, мора да биде прифатено како буквална и апсолутна вистина.

Одбивањето да се прифати трансфузија на крв се заснова на неколку упатувања во Светото писмо, пред сè на Делата Апостолски 15: 28-29, каде стои (превод Нов Свет):

„Зошто Светиот Дух и ние решивме да не ставаме никакво друго бреме на вас, освен ова што е неопходно, да се воздржувате од она што е жртвувано на идоли, од крв, од удавено и од блуд. Ако се чувате од тоа, добро ќе направите ...“

III. РЕЛЕВАНТНО ДОМАШНО ПРАВО

A. Граѓанскиот законик

18. Член 177 од австрискиот Граѓански законик (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch) се однесува на старателството над децата во случај нивните родители да се разведат. Тој член гласи како што следи:

„(1) Кога бракот помеѓу родителите на законски роден малолетник е раскинат, поништен или прогласен за ништовен, или кога родителите се раздвоени на период кој не е привремен, тие може да поднесат до судот договор кој се однесува на тоа кој од нив во иднина ќе го има старателството над детето. Судот го одобрува договорот ако тој е во интерес на благосостојбата на детето.

(2) Кога нема да се постигне договор во разумен временски рок, или доколку постигнатиот договор не е во интерес на благосостојбата на детето, судот одлучува кој родител во иднина ќе има целосно старателство над детето; во случај на раздвојување на родителите, кое не е од привремен карактер, судот донесува таква одлука единствено по барање на еден од родителите.“

19. И за време на и по истекот на бракот на родителите, од судот може да се побара да го замени одобрието или согласноста на родителите (или на едниот родител) со свое одобрение или согласност. Соодветната одредба е членот 176, кој гласи како што следи:

„Кога однесувањето на родителите ја загрозува благосостојбата на малолетник, од судот се бара, без оглед на тоа кој му се обратил, да издаде налог потребен за заштита на благосостојбата на детето. Таквиот налог може, исто така, да се издаде на барање на еден од родителите кога тие нема да успеат да постигнат договор за прашања кои се важни за детето. Поконкретно, судот може да го одземе правото на старателство над дете, целосно или делумно, вклучувајќи ги и правата на давање одобрение и согласност пропишани со закон. Во поединечни случаи, кога нема оправдана причина за одбивање, од судот, исто така, се бара да го замени родителското одобрение или согласност со свое одобрение или согласност.“

20. При донесување одлуки во согласност со членовите 176 и 177, судовите постапуваат во согласност со критериумите утврдени во член 178а, кој гласи како што следи:

„При одлучување за интересите на малолетник, мора соодветно да се земе предвид неговата или нејзината личност, особено неговите или нејзините таленти, способности, склоности и можности за развој, како и материјалните услови во кои живеат родителите.“

Б. Регулација на верскиот живот

21. Верските слободи се гарантираат со член 14 од Основниот закон (Staatsgrundgesetz), кој гласи како што следи:

„(1) На секој човек му се гарантира целосна слобода на вероисповед и совест.

(2) Уживањето граѓански и политички права е независно од верските убедувања; меѓутоа, вероисповедта не може да претставува препрека за извршување на граѓанските должности.

(3) Никој нема да биде принуден да презема било каква активност во врска со црквата или да учествува на било каква прослава која е поврзана со црквата, освен при остварување на правата, доделени со закон, на други лица под чие старателство е доверено лицето.“

22. Австрија има систем на признавање на верските заедници. Тој систем се регулира со Законот за правно признавање на верски заедници од 20 мај 1874 година (Gesetz betreffend die gesetzliche Anerkennung von Religionsgesellschaften), RGBI (Reichsgesetzblatt, Службен весник на Австриското царство) 1874/68. На тој начин признати се само пет верски заедници, меѓу кои и Римокатоличката црква, но не и Јеховините сведоци. Верските групации кои не се законски признати имаат статус на правни лица како „заедници“ (Vereine) според општата законска регулатива.

23. Верското образование на децата се регулира со Сојузниот закон за верско образование на децата, со кој е повторно воведен германски закон кој потекнува од 1921 година, кој беше инкорпориран во австриското право во 1939 година (види став 15 погоре).

Член 1 гласи како што следи:

„Родителите слободно се договараат за верското образование на детето, доколку одговорноста за водењето грижа за детето и неговото одгледување и воспитување ја сносат родителите. Таквиот договор може да се раскине во кое било време и престанува да важи на денот на смрт на кој било од сопругниците.“

Член 2 гласи како што следи:

„(1) Доколку не постои таков договор или доколку таквиот договор престане да постои, тогаш одредбите од Граѓанскиот законик кои се однесуваат на водењето грижа за децата и нивното одгледување и воспитување се прошируваат на нивното верско образование.

(2) Додека трае бракот, ниту еден од родителите не може да одлучи, без согласност на другиот родител, дека детето треба да се одгледува и воспитува во духот на вероисповед која е различна од онаа на која припаѓале родителите за време на бракот или од онаа во која детето (синот или ќерката) било дотогаш одгледувано и воспитувано, ниту може да донесе одлука дека детето треба да престане да посетува часови по верска настава.

(3) Во случај да нема таква согласност, може да се достави барање за посредување на, или донесување одлука од, старателски суд. При донесување на секоја таква одлука најважни се интересите за образование, дури и во случаи кои не се опфатени со член 176 од Граѓанскиот законик. Пред да се донесе одлуката мора да се сослушаат родителите на детето, и доколку е потребно и крвните роднини, роднините по брак и наставниците, и, доколку е можно, тоа да се стори без некакво значително одложување или несразмерни трошоци. Самото дете мора да биде сослушано доколку има наполнето десет години.“

В. Медицински мерки

24. Потребата за дозвола од родителите за давање трансфузија на крв на малолентици произлегува од законот со кој се регулираат медицинските прашања во целина.

Оттука, Законот за болници (Krankenanstaltengesetz), BGBl 1/1957, во член 8 пропишува:

«(1)...

(2) Пациентите во болница може медицински да се лекуваат само во согласност со принципите и признатите методи на медицинската наука.

(3) Посебни методи на лекување, вклучувајќи и хируршки операции, може да се применат на пациент единствено со негова согласност, но доколку пациентот сè уште не е на возраст од осумнаесет години или доколку не е ментално или здравствено способен да ја процени неопходноста или корисноста од лекувањето, единствено со согласност на негов правен застапник. Согласност не е потребна доколку лекувањето е толку итно неопходно што одложувањето, до кое би дошло поради добивање согласност од пациентот или неговиот правен застапник или поради назначување правен застапник, би го загрозило неговиот живот или би предизвикало сериозна опасност по неговото здравје. Медицинскиот директор на болницата или лекарот одговорен за управување со односите болнички одделенија одлучува за неопходноста и итноста на лекувањето.“

25. Медицинско лекување без потребната согласност претставува кривично дело; ова произлегува од член 110 од Кривичниот законик (Strafgesetzbuch), кој гласи како што следи:

„(1) Секој кој лекува друго лице, дури и во согласност со правилата на медицинската наука, без да добие согласност од тоа лице, подлежи на казна затвор во траење до шест месеци или на парична казна во висина до 360 дневни износи.

(2) Доколку сторителот не ја обезбедил согласноста од пациентот бидејќи претпоставил дека одложување на лекувањето би предизвикало сериозен ризик по животот и здравјето на пациентот, тој се казнува во согласност со став 1 само доколку претпоставениот ризик не постоел и доколку, ако посветел должно внимание ... можел да биде свесен за тоа.

(3) Сторителот се казнува само по барање на лицето кое било подложено на неовластено лекување.“

ПОСТАПКА ПРЕД КОМИСИЈАТА

26. Г-а Хофман доставила апликација до Комисијата на 20 февруари 1987 година. Таа се жалела дека ѝ било одбиено старателството врз децата врз основа на нејзините верски убедувања. Таа се повикала на своето право на почитување на нејзиниот семеен живот (член 8 од Конвенцијата) (чл. 8), своето право на слобода на вера (член 9) (чл. 9) и на своето право да обезбеди образование за своите деца во согласност со нејзините верски убедувања (член 2 од Протокол бр. 1) (П1 – 2); таа, исто така, тврдела дека била дискриминирана врз основа на своите верски убедувања (член 14) (чл. 14).

27. Апликацијата (бр. 12875/87) беше прогласена за прифатлива на 10 јули 1990 година. Во својот извештај од 16 јануари 1992 година (член 31) (чл. 31), Комисијата го изнела следното мислење:

(а) со осум гласа наспрема шест, заклучено е дека постои повреда на член 8 во врска со член 14 (чл. 14+8);

(б) со дванаесет гласа наспроти два, заклучено е дека не постои никакво посебно прашање во врска со член 9 (чл. 9), без разлика дали одвоено или во врска со член 14 (чл. 14+9);

(в) заклучено е, едногласно, дека нема повреда на член 2 од Протоколот бр. 1 (П1 – 2).

Целиот текст од мислењето на Комисијата и од посебните мислења содржани во извештајот се приложени како анекс на оваа пресуда^{79*}.

79 * Белешка на секретарот на Судот: од практични причини, овој анекс се додава само во отпечатената верзија на пресудата (свеска 255-С од Серија А од Публикациите на Судот), но примерок од извештајот на Комисијата може да се добије во Секретаријатот.

ПРАВО

I. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕН 8 (чл. 8), ЗЕМЕН ЗАСЕБНО И ВО ВРСКА СО ЧЛЕН 14 (чл. 14+8)

28. Апликантот се пожалила дека Врховниот суд на Австрија му ги доверил родителските права на децата Мартин и Сандра на нивниот татко наместо на неа, поради тоа што таа е припадник на верската заедница на Јеховини сведоци; таа тврдела дека станува збор за повреда на нејзините права кои произлегуваат од член 8 (чл. 8) од Конвенцијата, земен засебно и во врска со член 14 (чл. 14+8).

Владата одбила дека воопшто дошло до повреда на Конвенцијата, додека Комисијата се согласила дека постои повреда на член 8 во врска со член 14 (чл. 14+8).

29. Во согласност со член 8, став 1 (чл. 8-1) од Конвенцијата,

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

На самиот почеток, Судот констатира дека децата живееле со апликантот две години откако таа го напуштила заедничкиот дом заедно со нив, а пред Врховниот суд да ѝ нареди на апликантот, со одлуката од 3 септември 1986 година, да му ги предаде децата на таткото. Оттука, одлуката на Врховниот суд претставува мешање во правото на апликантот на почитување на нејзиниот семеен живот и, според тоа, овој случај спаѓа во опфатот на член 8 (чл. 8). Фактот на кој се потпира владата за да го поткрепи спротивното мислење, имено дека одлуката на Врховниот суд била донесена во контекст на спор помеѓу две приватни лица, не е од никакво значење во оваа смисла.

A. Наводна повреда на член 8 во врска со член 14 (чл. 14+8)

30. Во врска со природата на дадените тврдења, Судот, исто како и Комисијата, смета дека е соодветно да се разгледа конкретниот случај во согласност со член 8, а во врска со член 14 (чл. 14+8), кој гласи како што следи:

„Уживањето на правата и слободите, признати во [оваа] Конвенција, треба да се обезбеди без никаква дискриминација по кој било основ, како што се пол, раса, боја на кожа, 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.“

31. При уживање на правата и слободите гарантирани со Конвенцијата, член 14 (чл. 14) обезбедува заштита против различен третман, без објективно и разумно оправдување, на лица кои се наоѓаат во слична ситуација (види, помеѓу останатите правни извори, пресуда во случајот Сандеј Тајмс против Обединетото Кралство (*Sunday Times v. the United Kingdom*) (бр. 2) од 26 ноември 1991 година, *Серија А бр. 217*, стр. 32, став 58).

Прво мора да се утврди дали апликантот може да тврди дека била подложена на различен третман.

32. При доверување на родителските права – на кои претендирале и двете странки - на мајката, а не на таткото, Окружниот суд во Инсбрук и Регионалниот суд морале да го разгледаат прашањето дали апликантот била способна и подобна да ја сноси одговорноста за водење грижа за децата и нивно одгледување и воспитување. При тоа, тие ги земале предвид практичните последици од верското убедување на Јеховините сведоци, вклучувајќи го и нивното неприфаќање на празници како што се Божиќ и Велигден кои традиционално ги слави мнозинството од населението во Австрија, нивното противење на давање трансфузија на крв и, генерално, нивната положба како малцинство во општеството кое живее по сопствени, поинакви правила. Окружниот суд и Регионалниот суд ја земале предвид изјавата на апликантот дека таа била подготвена на им дозволи на децата да ги слават празниците со својот татко, кој останал римокатолик, и да дозволи на децата да им се даде трансфузија на крв доколку и кога тоа ќе биде потребно според закон; тие, исто така, го земале предвид и психолошкиот однос помеѓу децата (кои во тоа време биле многу мали) и апликантот и нејзината општа подобност за водење грижа за децата и нивно одгледување и воспитување.

При проценување на интересите на децата, Врховниот суд ги разгледал можните ефекти врз нивниот социјален живот од нивната поврзаност со едно одредено верско малцинство и опасноста кој произлегува од целосното одбивање на трансфузијата на крв карактеристично за апликантот, и тоа не само давање трансфузија на крв на неа, туку - во отсуство на судски налог - и на нејзините деца; со други зборови, можните негативни ефекти од нејзината припадност на верската заедница на Јеховини сведоци. Врховниот суд ги одмери тие ефекти во однос на можноста дека преселувањето на децата кај таткото за тој да води грижа за нив и да ги одгледува и воспитува би можело да им предизвика психолошки стрес, кој, според мислењето на Врховниот суд, треба да се прифати во нивен најдобар интерес.

33. Овој Суд не негира дека, во зависност од околности на случајот, факторите на кои се потпираше Врховниот суд на Австрија за да ја поткрепи својата одлука може, сами по себе, да ја променат рамнотежата во корист на едниот, а не во корист на другиот родител. Меѓутоа, Врховниот суд, исто така, воведо нов елемент, имено Сојузниот закон за верско образование на децата (види ставови 15 и 23 погоре). Овој фактор очигледно беше одлучувачки за Врховниот суд.

Според тоа, Европскиот суд прифаќа дека дошло до разлика во третманот и дека таа разлика била врз основа на вероисповед; овој заклучок е поткрепен со тонот и формулацијата на согледувањата на Врховниот суд во врска со практичните последици од вероисповедта на апликантот.

Таквата разлика во третманот е дискриминаторна во отсуство на „објективно и разумно оправдување“, односно, доколку таа не е оправдана со „леgitимна цел“ и доколку не постои „разумен однос на пропорционалност помеѓу применетите средства и целта која се настојува да се оствари“ (види, помеѓу останатите правни извори, пресуда во случајот Дарби против Шведска (*Darby v. Sweden*) од 23 октомври 1990 година, Серија А бр. 187, стр. 12, став 31).

34. Целта кон која се тежнеело со пресудата на Врховниот суд била легитимна, односно заштита на здравјето и на правата на децата; сега мора да се разгледа дали бил исполнет и вториот услов.

35. Во овој контекст, може да се повикаме на член 5 од Протокол бр. 7 (П7-5), кој влезе во сила за Австрија на 1 ноември 1988 година; иако тој член не е користен како помошно средство во оваа постапка, со него се пропишува основната еднаквост на сопругниците, меѓу другото, во поглед на родителските права и јасно посочува дека, во случаи од овој вид, интересите на децата се најважни.

36. Со оглед на тоа дека Врховниот суд на Австрија не се потпираше исклучиво на Сојузниот закон за верско образование на децата, тој ги проценил фактите поинаку од пониските судови, чие расудување било поддржано и со мислење на психолог – вештак. Без оглед на сите можни аргументи кои би биле во прилог на спротивно мислење, разлика која се темели исклучиво на разлика во вероисповедта не е прифатлива.

Според тоа, Судот не може да утврди потоење на разумен однос на пропорционалност помеѓу применетите средства и целта која се настојува да се оствари; оттука, постои повреда на член 8 во врска со член 14 (чл. 14+8).

Б. Наводна повреда на член 8 (чл. 8) земен засебно

37. Во поглед на заклучокот даден во став 36 погоре, Судот не смета дека е потребно да одлучува за наводите за повреда на член 8 (чл. 8) земен засебно; аргументите изнесени во врска со тие наводи се, во секој случај, исти со оние кои се веќе разгледани во врска со член 8, а земен во врска со член 14 (чл. 14+8).

II. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕН 9 (чл. 9)

38. Судот смета, исто како и Комисијата, дека не постои никакво посебно прашање во врска со член 9 (чл. 9) земен засебно или во врска со член 14 (чл. 14+9), бидејќи фактичките околности кои се наведени како основа за оваа претставка се исти како оние кои се с'ржта на претставката по член 8 во врска со член 14 (чл. 14+8), за што веќе е утврдено дека постои повреда.

III. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕНОТ 2 ОД ПРОТОКОЛ Бр. 1 (П1-2)

39. Апликантот не ја повела претставката врз основа на член 2 од Протокол бр. 1 (П1-2) пред Судот, кој не наоѓа никаква причина врз основа на која би ја разгледал по сопствена иницијатива.

IV. ПРИМЕНА НА ЧЛЕН 50 (чл. 50)

40. Во согласност со член 50 (чл. 50),

„Доколку Судот најде дека одлука донесена или мерка преземена од судски орган или кој било друг орган на Висока страна-договорничка е целосно или делумно во спротивност со обврските кои произлегуваат од ... Конвенцијата, и доколку внатрешното право на таа Висока страна-договорничка овозможува само делумна отштета за последиците од таа одлука или мерка, тогаш Судот, доколку е потребно, со одлука овозможува правично задоволување на оштетената странка.“

Апликантот не доставила барање за задоволување на име нематеријална штета, но бараше да ѝ бидат исплатени 75.000 австриски шилинзи (ATS) за трошоци и надоместоци кои настанале пред органите на Конвенцијата и кои не биле покриени со средства од правна помош.

Комисијата не изнесе никакво мислење во врска со ова барање. Владата утврдила дека барањето е прифатливо; Судот се согласи со тоа.

ОД ОВИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ

1. Заклучи со пет гласа наспроти четири дека постои повреда на член 8 во врска со член 14 (чл. 14+8);
2. Едногласно заклучи дека не е потребно да одлучува за наводите за повреда на член 8 (чл. 8) земен засебно;
3. Едногласно заклучи дека не постои никакво посебно прашање во врска со член 9 (чл. 9), било земен засебно или во врска со член 14 (чл. 14+9);
4. Едногласно заклучи дека не е потребно да одлучува за наводите за повреда на член 2 од Протокол бр. 1 (П2-1);
5. Заклучи со осум гласа наспроти еден дека тужената држава треба да му плати на апликантот, во рок од три месеци, 75.000 (седумдесет и пет илјади) австриски шилинзи на апликантот на име трошоци и надоместоци.

Изготвена на англиски и француски јазик и доставена на јавна расправа во зградата на Судот во Стразбур на 23 јуни 1993 година.

Марк-Андре АЈСЕН

Секретар

Рудолф БЕРНХАРТ

Претседател

Во согласност со член 51, став 2 (чл. 51-2) од Конвенцијата и Правило 51, став 2 од Деловникот за работа на Судот, следниве посебни мислења се дадени во прилог на оваа пресуда:

- издвоено мислење на г. Мачер;
- делумно издвоено мислење на г. Волш;
- издвоено мислење на г. Валтикос;
- издвоено мислење на г. Мифсуд Боничи.

Р.Б.

М.А.Е.

ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈАТА МАЧЕР

(Превод)

Јас не можам да се согласам со расудувањето и заклучокот на мнозинството во врска со наводната повреда на член 8 во врска со член 14 (чл. 14+8).

1. Пред сè, потребно е да се разгледа дали навистина дошло до мешање на јавната власт во семејниот живот на апликантот во рамките на значењето на член 8 (чл. 8). Кога родителите почнале да живеат одвоено, тие не постигнале договор за старателството над децата, при што и двете странки барале старателство, секоја за себе, пред надлежните судови. Првостепениот суд и другите судски инстанци кои одлучувале по жалбата утврдиле дека старателството треба да ѝ се довери на мајката, додека Врховниот суд одлучил во корист на таткото. Според тоа, случајот се однесувал на приватен спор помеѓу две приватни лица – од кои секое имало еднакви права од самиот поочеток – за кој судовите, на кои им се обратиле странките бидејќи тие не постигнале договор, требале да одлучат врз основа на применливото право, бидејќи фактот дека мајката – без овластување – ги земала децата со себе, не ѝ дава никакви дополнителни права на мајката. Следствено на тоа, фактот дека децата биле вратени во домот на својот татко по конечната одлука на Врховниот суд, самата по себе, не претставуваше мешање во правата на мајката во рамките на значењето на член 8 (чл. 8).

2. Дури и под претпоставка дека имало мешање, треба да се посвети внимание на следното.

Единствениот критериум на кој судовите треба да ја засноваат својата одлука во ваков случај е благосостојбата на децата. Врховниот суд ја дефинирал благосостојбата на децата различно од пониските судови. Не е на Судот во Стразбур да ја замени проценката на надлежните органи на државата, кои имаат широко дискреционо право, со своја проценка. Но, сепак е должност на Судот да преиспита дали одлуката која ја донеле тие судски органи била во рамките на дискреционото право кое им е доделено со Конвенцијата и дали таа претставува повреда на правата кои се гарантираат со Конвенцијата.

Во овој случај тоа не се случи. Врховниот суд им даде поголема важност на негативните ефекти врз благосостојбата на децата, кои би можеле да произлезат од припадноста на мајката на верската заедница на Јеховини сведоци. Според тоа, Врховниот суд не извршил дискриминација заснована на вероисповедта, како таква, на мајката, туку само земал предвид одредени последици кои припадноста на таа вероисповед би можела да ги предизвика за благосостојбата на децата, и мене ми се чини дека тоа било сосема легитимно.

Уште повеќе, Врховниот суд ги критикувал пониските судови поради занемарување на фактот дека мајката, кога еднострано одлучила за верското образование на децата во иднина, ги повредила одредбите од Законот од 1921 година.

3. Иако јас не сметам дека постои каква било повреда на член 8 во врска со член 14 (чл. 14+8), морам да изразам несогласување со формулацијата на некои причини дадени во пресудата на Врховниот суд. Но како што Судот констатира повеќе пати, несоодветно и лошо подготвени формулации во текст од судска одлука, самите по себе, не претставуваат повреда на Конвенцијата.

ДЕЛУМНО ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈАТА ВОЛШ

1. Јас не се согласувам дека во овој случај постои повреда на членовите 8 и 14 (чл. 14+8), без разлика дали се земени заедно или засебно, поради одлуката на Врховниот суд со која се поништила одлуката на понискиот суд и на апликантот ѝ е одземено правото на старателство над нејзините деца. Одземањето на старателството се засновало на стравот дека благосостојбата на децата би можела да се загрози поради намерата на апликантот да не дозволи трансфузија на крв, доколку таа биде медицински неопходна, било на едното или на другото дете, ако дојде до таква ситуација, освен во случај судот да издаде соодветен налог таа да го стори тоа.
2. Ставот на мајката бил диктиран од принципите на верската заедница или секта на која ѝ се приклучила по раѓањето на своите деца. Таа станала припадник на Јеховините сведоци откако ја напуштила Католичката црква и го прифатила мислењето според кое би било морално погрешно да дозволи трансфузија на крв на нејзините деца, кои биле под нејзино старателство. Нејзините деца останале да бидат припадници на Католичката црква, како што останал и нејзиниот сопруг. Нејзините деца, колку што е познато, немале никаква примедба во поглед на потребната трансфузија на крв. Во суштина, апликантот ги наметнувала своите верски убедувања за животот и здравјето на своите деца, не водејќи притоа сметка за правата на таткото и за одредбите од Законот за верско образование на децата од 1921 година.
3. Во жалбата на таткото до Врховниот суд конкретно се наведува одбивањето можна трансфузија на крв како причина поради која бара да се измени пресудата на понискиот суд. Тоа било објективна основа која суд можел, или не морал, во било кој даден случај, да ја смета за доволен доказ за префрлање на старателство. Ова не е прашање за кое овој Суд би смеел да ги узурпира дискреционите права на националниот суд. Прашањето поставено пред Врховниот суд било прашање на опасност по здравјето на децата. При одмерување на сериозноста на опасноста, Врховниот суд констатирал дека причините за опасноста биле, како што е познато, новите верски убедувања на апликантот. Меѓутоа, причината или мотивите за создавањето на опасноста се секундарни во однос на објективните последици од постоењето на опасноста. Дури и причината за ставот на апликантот да не можеше да се најде во верските убедувања, прашањето кое во врска со тоа би се поставило пред националниот суд би останало во суштина исто. Фактот дека опасноста беше предизвикана поради постоењето верско убедување со кое не се согласувале оние врз кои се настојува да се наметне, не создава ситуација во која на отстранувањето на опасноста би требало неопходно да се гледа – ако воопшто требало така да се гледа – како на дискриминација врз основа на верско убедување. Должност на националните судови беше да ги проценат или да ги одмерат ефектите независно од причината.
4. Жалбата поднесена до Врховниот суд била разгледана пред разводот на родителите да стане правосилен. После тоа се појавила поинаква правна ситуација која можела да даде основ за обраќање до националните судови како резултат на ефектите од разводот врз одредбите од Законот за верско образование на децата од 1921 година. Таа правна ситуација не се разгледува пред овој Суд.
5. Јас се согласуваме со одлуката на Судот во врска со член 8 (чл. 8) земен засебно, член 9 (чл. 9) и член 2 од Протоколот бр. 1 (П1-2).

ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈАТА ВАЛТИКОС

(Превод)

Јас не можам да се согласам со мислењето на мнозинството членови на овој Совет дека постела повреда на членовите 8 и 14 (чл. 8, чл. 14) од Конвенцијата во тоа што одлуката на Врховниот суд со која се одбило доделувањето старателство на г-а Хофман над нејзините деца претставува дискриминација врз основа на вероисповед.

Во суштина, според мое мислење, јасно е дека наведената одлука на Врховниот суд не се засновала исклучиво на фактот дека г-а Хофман била Јеховин сведок, туку суштински се засновала на последиците кои тоа би можело да го има врз иднината на децата. Сигурно е дека ова прашање не би се појавило во случај на различна вероисповед која ги нема посебните карактеристики како оние на Јеховините сведоци. Според тоа, одбивањето да се прими трансфузија на крв, без разлика што е речено за тоа, го загрозува здравјето, дури и животот, на децата. Специфичностите на основните принципи на оваа вероисповед би можеле да доведат до тоа децата да бидат одвоени од нормалниот социјален живот и би придонеле за нивна маргинализација и ограничување на нивната иднина и нивниот развој. Децата очигледно сè уште не ја прифатиле вероисповедта на Јеховините сведоци, но мајката ги водела со неа на неделните собири. Бидејќи одела во посета секоја недела заради ширење на својата вера (како што е познато без придружба на нејзините деца), би можело да се очекува дека нејзините деца, исто така, би станале предмет на нејзиниот стремеж за стекнување следбеници, бидејќи е природно таа да сака да им го обезбеди она што таа го смета за нивно спасување.

Оттука, би требало да се заклучи дека одлуката на Врховниот суд не произлегла од „разлика која суштински се засновала исклучиво на разлика во вероисповедта“, како што заклучило и мнозинството членови на Судот, туку од легитимната грижа за заштита на иднината на братот и сестрата Хофман.

ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈАТА МИФСУД БОНИЧИ

Јас не можам да се согласам со петте членови на Судот кои го сочинуваат мнозинството. Моите причини за тоа се следните:

1. Со член 8 (чл. 8) од Конвенцијата се забранува мешање на јавната власт во остварувањето на правото на приватен и семеен живот, дом и преписка.
2. Според мое мислење, мора да се направи суштинска разлика помеѓу мешање и интервенција. Мешање подразбира активност со која некој наметнува или се меша во нешто, без да има право на тоа. Интервенција, од друга страна, е активност со која некој интервенира за да спречи или оневозможи штета до која инаку би дошло.
3. Обично, секогаш кога некој брак пропаѓа, едната или и двете странки бараат од судот да интервенира; како што побараа апликантот и нејзиниот сопруг во конкретниот случај. Според тоа, првата потребна интервенција беше интервенцијата на Окружниот суд во Инсбрук. Мажот поднел жалба против оваа прва одлука на судот до Регионалниот суд, додека втората (вонредната) жалба беше поднесена до Врховниот суд на Австрија.
4. Секој од овие судови морал да донесе одлука во врска со водењето грижа и старателството над децата родени во тој брак. Секој од нив беше обврзан со закон да интервенира и не гледам како некој може да смета дека тие одлуки претставуваат мешање од страна на јавната власт во приватниот и семејниот живот на апликантот. Всушност, тие биле неопходни интервенции, онакви какви што ги има на стотина во секојдневното работење на судовите на сите земји-членки на Советот на Европа.
5. Со одлуката на Врховниот суд се укинали двете претходни пресуди во поглед на тоа што Врховниот суд сметал дека тие пресуди не биле во согласност со одредбите од Сојузниот закон од 15 јули 1921 година, со кои се регулирал проблемот на верското образование на децата.
6. Овој закон пропишува дека прашањето на верско образование на децата треба се регулира на следниот начин:
 - (а) во брачна заедница, прашањето се решава со слободно договарање помеѓу партнерите;
 - (б) првобитниот договор може да се промени со взаемна согласност на родителите во секое време;
 - (в) таткото или мајката не може еднострано да го сменат договорот;
 - (г) кога еден од сопружниците ќе почине, договорот престанува да важи.
7. Врховниот суд на Австрија одлучил дека верското образование на децата на сопружниците Хофман треба да се регулира во согласност со првобитниот договор кој слободно го склучиле родителите. Пропаѓањето на бракот не овластува ниту еден од родителите, ниту пак го овластува судот, да го измени првобитниот договор.
8. Барањето за ревизија (жалба за погрешна примена на правото) било поднесено до Врховниот суд, и тоа главно се однесувало на тоа што пониските судови не го зеле предвид Законот од 1921 година. Ова во суштина не можело да се оспори, и не гледам како и Врховниот суд можел, од своја страна, да го игнорира законот. Од тоа произлегува дека неговата одлука требала да се заснова и на елементите кои веќе постоеле во судската списа и на Законот од 1921 година. Ја не можам да видам како одлуката, поради овој додаток, претставува повреда на Конвенцијата. Адвокатот на апликантот, во своето усно излагање, изјавил дека „одлуката на Врховниот суд е во спротивност со австриското право“. Не верувам дека сум овластен да ги разгледувам и да решавам по жалбите на Врховниот суд на Австрија за одредбите од австриското право, како и за тоа дали одлуките на австриските судови се во спротивност со австриското право.

9. Со оглед на сето ова, јас сметам дека сите поднесоци во врска со добрите или лошите страни на вероисповедта на апликантот се ирелевантни за ова прашање. Единственото релевантно прашање е дали апликантот има или нема право да го измени првобитниот договор за верско подучување која таа го склучила со својот сопруг, без оглед на вероисповедта на која се однесувал тој договор. Ова прашање, како што е регулирано со австриското право, не претставува повреда на Конвенцијата.

10. Поради овие причини, јас не можам да заклучам дека одлуката на Врховниот суд на Австрија или пак Сојузниот закон за верско образование на децата на Австрија претставуваат повреда на Конвенцијата. Бидејќи сметам дека апликацијата е целосно неоснована, јас не сум подготвен да дадам какво било задоволување во смисла на член 50 (чл. 50).



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

ВТОР ОДДЕЛ

СЛУЧАЈ МИЛАНОВИЌ против СРБИЈА

(Апликација бр. 44614/07)

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

14 декември 2010 година

КОНЕЧНА

20/06/2011

Оваа пресуда е правосилна во согласност со член 44, став 2 (в) од Конвенцијата. Истата може да биде предмет на редакциски измени.

Во случајот **Милановиќ против Србија**,

Европскиот суд за човекови права (Втор оддел), заседавајќи во Совет составен од:

Франсоаз Тулкенс (Françoise Tulkens), Претседател,
Дануте Јочиене (Danutë Jočienë),
Драгољуб Поповиќ (Dragoljub Popović),
Андраш Шајо (András Sajó),
Нона Цоцорија (Nona Tsotsoria),
Кристина Пардалос (Kristina Pardalos),
Гуидо Раимонди (Guido Raimondi), судии,
и Стенли Најсмит (Stanley Naismith), секретар на Одделот,

расправајќи на затворена седница одржана на 23 ноември 2010 година,

ја усвои следнава пресуда, која беше донесена на тој датум:

ПОСТАПКА

1. Случајот беше инициран со апликација (бр. 44614/07) против Србија, поднесена до Судот во согласност со член 34 од Конвенцијата за заштита на човековите права и основните слободи („Конвенција“) од страна на државјанин на Србија, г. Живота Милановиќ („апликант“), на 2 октомври 2007 година.
2. Апликантот беше застапуван од страна на г-ѓа. Т. Дробњак (Т. Drobñjak), адвокат кој работи Белград. Српската влада („Влада“) ја застапуваше нејзиниот застапник, г-ѓа С. Цариќ (S. Carić).
3. Претседателот на Советот даде приоритет на разгледувањето на апликацијата во согласност со Правилото 41 од Деловникот за работа на Судот.
4. Апликантот се жалеше поради низа верски мотивирани напади извршени против него.
5. На 16 ноември 2009 година, Судот одлучи да ја достави апликацијата до Владата. Според одредбите од член 29, став 3 од Конвенцијата, исто така, беше одлучено основаноста на апликацијата да се разгледа заедно со допуштеноста.

ФАКТИ

1. ОКОЛНОСТИ НА СЛУЧАЈОТ

6. Апликантот, г. Живота Милановиќ е роден во 1961 година и живее во целото Белица, општина Јагодина, Србија. Меѓутоа, тој повремено престојува во празниот стан на свој роднина во Јагодина, град со околу 35.000 жители.

А. Вовед

7. Од 1984 година, апликантот е водечки член на верската заедница Ваишнава Хинду во Србија, инаку позната како Харе Кришна.
8. Апликантот наводно почнал да добива анонимни закани по телефон во 2000 година и 2001 година. Во една прилика наводно му е речено дека „ќе го запалат за ширење на неговата циганска вера“.
9. Подоцна во 2001 година, апликантот го известил СВР Јагодина (во понатамошниот текст „полиција“) за овие закани и го изнел својот впечаток дека таквите закани биле направени од членови на организацијата наречена Српски витези, локален огранок на попознатата крајно десничарска организација наречена Образ.

Б. Нападите од септември 2001 година и други поврзани факти

10. На неодреден датум во септември 2001 година, во вечерните часови, апликантот бил нападнат од зад грб од непознат маж пред станот на неговиот роднина во Јагодина и бил удрен по главата со предмет кој наликувал на некој вид дрвена палка.

11. На 24 септември 2001 година, околу 12:30 часот по полноќ, апликантот бил повторно нападнат од еден од тројца неидентификувани мажи, кои се наоѓале таму. Напаѓачот му нанел неколку исеченици на апликантот на главата и градите и му отсекол прамен коса – плетенка. Нападот повторно се случил пред станот на неговиот роднина во Јагодина.

12. На истиот ден, откако му била укажана лекарска помош, апликантот го пријавил овој случај во полицијата. Тој, меѓу другото, навел дека неговите напаѓачи веројатно припаѓаат на екстремистичка организација наречена Српски витези.

13. Подоцна тој ден, полицијата спровела увид на лице место и се обидела да стапи во контакт со апликантот, но без успех. Соседите наводно кажале дека апликантот ретко престојувал во станот на неговиот роднина.

14. На 25 септември 2001 година, полицијата повторно извршила разговор со апликантот, кој навел дека мажите кои го нападнале на 24 септември 2001 година биле „големи и силни“, но дека било премногу мрачно за да би видел било што друго. Тој, исто така, го прераскажал првиот напад, но објаснил дека не го пријавил во полицијата бидејќи не го „видел својот напаѓач“.

15. На истиот ден, полицијата издала интерен документ во кој го изнела „акциониот план“. Како дел од тој план, полицијата наводно испрашала тројца членови на локална скинхед група, но тие лица не ѝ дале „никакви корисни информации“.

16. На 30 септември 2001 година и на 5 октомври 2001 година, полицијата извршила разговор со директорите на сите локални училишта во обид да собере информации за организациите на кои се повикувал апликантот. Меѓутоа, повторно не добила „никакви корисни информации“.

В. Нападот од јули 2005 година и други поврзани факти

17. Вечерта на 11 јули 2005 година, апликантот претрпел уште еден напад. Во близина на станот на неговиот роднина во Јагодина, едно од тројца непознати момчињаго прободел апликантот во стомакот. Локалната болница, која му укажала итна лекарска помош на апликантот, го пријавила случајот во полиција.

18. Потоа полицијата пристигнала во болницата и извршила разговор со апликантот, кој го опишал нападот и инсистирал дека тој бил верски мотивиран.

19. Во пет засебни наврати помеѓу 13 јули 2005 година и 27 јули 2007 година, полицијата се обидела да стапи во контакт со апликантот на адресата на неговиот роднина во Јагодина, но без успех. Од соседите дознала дека апликантот главно живеел со неговите родители во селото Белица и дека само ретко поминувал време во Јагодина. Соседите, исто така, ја известиле полицијата дека тие не го виделе инцидентот за кој станува збор.

20. Во својата белешка од 13 јули 2005 година, полициски службеник навел дека, во текот на разговорот кој се извршил на 11 јули 2005 година, апликантот не ги дал потребните детали во врска со односниот инцидент. Покрај тоа, иако имал мобилен телефон со себе за време на и по нападот, тој не се јавил веднаш во полиција, што во голема мера би ја олеснило истрагата.

21. На 20 јули 2005 година, полицијата очигледно посетила неколку локации во обид да ја „идентификува“ организацијата наречена „Српски витези“, но „не добила никакви корисни информации“.

22. На 31 јули 2005 година, полицијата извршила краток разговор со апликантот во селото Белица. Во својот извештај од истиот датум таа навела дека апликантот „не сакал понатамошни контакти“ и ја констатирала неговата добро позната верска припадност, како и неговиот „прилично чуден изглед“.
23. На 4 август 2005 година, полицијата повторно се обидела да стапи во контакт со апликантот во селото Белица. Се покажало дека апликантот не бил таму, а соседите ѝ кажале на полицијата дека тој престојувал во селото најчесто во текот на зимските месеци.
24. На 25 август 2005 година, полицијата го известила Министерството за внатрешни работи дека не нашла никакви докази за постоење на организации наречени Српски витези и Образ во општина Јагодина. Полицијата понатаму констатирала дека апликантот бил член на „верска секта“ наречена Харе Кришна.
25. На 26 август 2005 година и на 29 август 2005 година, полицијата се обидела да стапи во контакт со апликантот на различни локации, но без успех.
26. На 15 септември 2005 година, полицијата поднела кривична пријава до Општинското јавно обвинителство во Јагодина против непознати сторители. Кривичната пријава се однесувала на нападот од 11 јули 2005 година, а случајот бил класифициран како „лесна телесна повреда нанесена со опасно оружје“.
27. На 19 септември 2005 година, полицијата повторно изврши разговор со апликантот.
28. Подоцна во текот на месецот, апликантот ѝ доставил на полицијата примерок од „Српски фронт“, наведувајќи дека споменатото списание било објавено од националистичките организации чии членови веројатно го нападнале.
29. На неодреден датум потоа, Комитетот на правници за човекови права му се обратил, во име на апликантот, на Министерството за внатрешни работи.
30. На 19 октомври 2005 година, Министерството навело дека локалната полиција навистина не ја извршила својата должност и не ги идентификувала напаѓачите на апликантот. Меѓутоа, Министерството ветило дека тоа набрзо ќе биде сторено и дека ќе поднесе пријави против одговорните поединци.
31. На 15 март 2006 година, апликантот и Иницијативата на млади за човекови права заедно поднеле кривична пријава до Окружното јавно обвинителство во Јагодина. Кривичната пријава се однесувала на инцидентот од 11 јули 2005 година и во неа се тврдело дека апликантот бил жртва на кривично дело „поттикнување етничка, расна и верска омраза и нетрпеливост“ (во понатамошниот текст „кривично дело на омраза“), кое е сторено со малтретирање. Кривичната пријава била надополнета со лекарско уверение со кое се документирале повредите на апликантот.
32. На 12 април 2006 година, Окружното јавно обвинителство ја известило полицијата за оваа кривична пријава и побарало „да се преземат потребните мерки“.
33. На 11 јуни 2006 година, полицијата се обидела да стапи во контакт со апликантот, но без успех.

Г. Нападите од јуни 2006 година и други поврзани факти

34. На 18 јуни 2006 година, околу 2:30 часот по полноќ, апликантот бил повторно нападнат на вратата од станот на неговиот роднина во Јагодина, овој пат од страна на еден непознат напаѓач, кој го прободел во стомакот и му нанел исеченица на главата во форма на крст. Апликантот навел дека неговиот напаѓач носел качулка, бил висок околу 180 см, бил облечен во темен џемпер, и бил во пријателска дружба на друг човек. Апликантот бил однесен во болница со такси, каде веднаш му била укажана лекарска помош и лекарите го пријавиле случајот во полиција, која веднаш земала изјава од апликантот и извршила увид на лице место. Меѓутоа, не биле материјални докази и не било идентификувано ниту едно лице кое одговарало на описот на напаѓачот кој го дал апликантот.

35. На 23 јуни 2006 година, полицијата повторно го посетила местото на злосторството и разговарала со сосед чиј балкон гледал на улицата. Соседот наводно изјавил дека не го видел инцидентот и дека никогаш не го видел апликантот во друштво на други лица.
36. Помеѓу 1 јули 2006 година и 8 јули 2006 година, полицијата испрашала и други соседи, но повторно без успех.
37. На 3 јули 2006 година, апликантот и Иницијативата на млади за човекови права заедно поднеле кривична пријава до Окружното јавно обвинителство во Јагодина во врска со инцидентот од 18 јуни 2006 година. Во кривичната пријава било наведено дека апликантот бил жртва на кривично дело на омраза, како и на кривично дело тешка телесна повреда. Апликантот приложил лекарско уверение со кое се документирале неговите повреди и бројни фотографии за истата цел.
38. На 7 јули 2006 година, полицијата извршила разговор со такси возач, меѓутоа тој не дал никакви дополнителни податоци за инцидентот.
39. На 20 јули 2006 година, апликантот ѝ дал изјава на полицијата, тврдејќи дека нападот против него го извршила „клеро-фашистичка“ организација. Во врска со ова, апликантот ја повикал полицијата да го испраша верскиот водач на една политичка партија во Србија во врска со тоа дали некои членови од неговата партија биле скинхедси, како и да посети локална црква во која организацијата наречена Образ наводно „имала свои простории“.
40. На 21 јули 2006 година, Окружното јавно обвинителство ја известило полицијата за кривична пријава поднесена на 3 јули 2006 година.
41. До август 2006 година, полицијата поднела кривична пријава до Општинското јавно обвинителство во Јагодина против непознати сторители. Кривичната пријава се однесувала на нападот од 18 јуни 2006 година, а повредите на апликантот биле класифицирани како лесни.
42. На 22 август 2006 година, полицијата извршила разговор со локалниот свештеник, кој го отфрлил тврдењето дека каква било екстремистичка организација или неформална група некогаш имала свое седиште во црквата или во кои било од нејзините простории. Тој понатаму посочил дека слушнал за организација наречена Образ само од медиумите.
43. До 25 август 2006 година, двајца постари членови на локалниот и регионалниот огранок на предметната политичка партија ѝ кажале на полицијата дека во нивното членство нема припадници на скинхедси ниту членови на Образ. Тие, исто така, нагласиле дека други политички партии можеби манипулираат со апликантот.

Д. Нападот од јуни 2007 година и други поврзани факти

44. Апликантот бил повторно нападнат на 29 јуни 2007 година, околу 4:20 часот наутро. Како што му ја отворил вратата од станот на неговиот роднина во Јагодина на човек кој му рекол дека е полицијата, апликантот бил прободен во градите, по рацете и нозете. Локалната болница, која му укажала итна лекарска помош на апликантот, го пријавила инцидентот во полиција.
45. Полицијата потоа пристигнала во болницата и извршила разговор со апликантот, кој го прераскажал нападот, додавајќи дека неговиот напаѓач бил голем човек со избричена глава и бил облечен во темна облека.
46. Полицијата дополнително извршила увид на лице место и го барала напаѓачот на апликантот, но не можела да најде никој кој одговарал на описот. Полицијата констатирала дека облеката на апликантот не била расечена ниту искината и не открила „никакви материјални докази“.
47. Апликантот поднел кривична пријава во полицијата на 2 јули 2007 година.
48. На 5 јули 2007 година, апликантот и Иницијативата на млади за човекови права заедно поднеле кривична пријава до Окружното јавно обвинителство. Кривичната пријава се однесувала на

инцидентот од 29 јуни 2007 година и во неа се тврдело дека апликантот бил жртва на кривично дело на омраза, како и на кривично дело тешка телесна повреда. Апликантот повторно приложил лекарско уверение со кое се документирале неговите повреди и бројни фотографии за истата цел.

49. На 11 јули 2007 година, Окружното јавно обвинителство ја известило полицијата за оваа кривична пријава и побарало да се преземат сите потребни чекори за да се идентификува сторителот.

50. Истата канцеларија на Окружното јавно обвинителство го повторила ова барање на 13 јули 2007 година.

Г. Други релевантни факти

51. Ножевите кои биле употребени за напад на апликантот наводно имале скратени острици и биле осмислени да не нанесат смртоносни повреди.

52. Во својот извештај од 27 септември 2001 година, полициски службеник констатирал дека на 26 септември 2001 година апликантот отишол во просториите на локална телевизиска станица да протестира поради емисија која претходно ја емитувала во која Харе Кришна била опишана како опасна секта. Полицискиот службеник констатирал дека апликантот вербално го навредил главниот уредник на телевизиската станица, како и еден новинар, и на крај бил отстранет од зградата од страна на службата за обезбедување.

53. На 28 септември 2005 година, како одговор на кривичната пријава поднесена во име на апликантот од страна на Комитетот на правници за човекови права, генералниот инспектор на Министерството за внатрешни работи навел дека полицијата не постапила со должно внимание во врска со нападите од септември 2001 година и од јули 2005 година. Врз основа на овој заклучок, на 7 ноември 2005 година, еден од полициските службеници вклучен во истрагата бил казнет со 10% намалување на платата.

54. Врз основа на бројните извештаи на медиумите се чини дека во декември 2005 година Министерството за внатрешни работи прогласило неколку организации како екстремистички, вклучувајќи ја и Образ, која била опишана како клеро-фашистичка.

55. На 19 октомври 2006 година, адвокатот кој го застапувал апликантот и Иницијативата на млади за човекови права (во понатамошниот текст „адвокат“) побарал од Окружното јавно обвинителство да го објасни статусот на двете кривични пријави поднесени во врска со нападите од 11 јули 2005 година и од 18 јуни 2006 година. На 31 октомври 2006 година, канцеларијата на Окружното јавно обвинителство го известила адвокатот дека кривичните пријави биле препратени до полицијата, но дека полицијата не ѝ доставила никакви информации. На 6 март 2007 година, адвокатот повторно побарал од Окружното јавно обвинителство да го објасни статусот на кривичните пријави и на 9 март 2007 година канцеларијата на Окружното јавно обвинителство ја известила дека допрва треба да добие информации од полицијата.

56. На 19 јули 2007 година, Окружното јавно обвинителство го известила апликантот дека полицијата не му доставила никакви информации во врска со трите кривични пријави поднесени од јули 2005 година.

57. На 7 март 2008 година, истражниот судија, како дел од предистражната постапка насочена кон идентификување на сторителите, го сослушал апликантот во врска со сите напади извршени врз него. Апликантот ги прераскажал инцидентите додавајќи, меѓу другото, дека верува дека го видел својот напаѓач од 29 јуни 2007 година во еден момент подоцна истата година. Младиот човек за кој станува збор се шетал по улица со уште едно избричано момче, а двајцата биле облечени во маици на кои била отпечатена 1389 година (очигледно наведената година се однесувала на средновековната битка на Косово помеѓу Србите и Турците, а можеби и на крајната десничарска организација која ја носи оваа година како дел од своето име, Српско народно движење 1389).

58. На 23 април 2008 година, медицински експерт констатирал дека физичката штета претрпена од апликантот претставувала лесна телесна повреда нанесена со опасно оружје.

59. На 7 мај 2008 година, Окружното јавно обвинителство ја известило полицијата за овој наод и побарало да се постапи на соодветен начин.

60. Во периодот помеѓу 10 октомври 2008 година и 20 јануари 2009 година, се чини дека полицијата извршила разговори со шест лица осомничени дека сториле кривични дела со употреба на нож, но „не се добиени никакви корисни информации“.

61. На 25 ноември 2008 година, полицијата извршила разговор со извесен Б.М., кој бил осомничен како еден од можните напаѓачи на апликантот. Меѓутоа, Б.М. останал на ставот дека не знаел ништо за кој било од инцидентите.

62. Апликантот останал на ставот дека, во една прилика, полицијата го посветувала да не излегува навечер бидејќи тоа „очигледно ги провоцирало“ другите, како и дека често се чинело дека таа е повеќе заинтересирана да разговара за неговите верски убедувања отколку за предметните инциденти. Владата навела дека апликантот не ги поткрепил таквите тврдења со докази.

63. Во септември 2009 година, Републичкиот јавен обвинител упатил барање до Уставниот суд да ја забрани работата на Образ и на Српско народно движење 1389, поради, меѓу другото, нивното поттикнување расна и верска омраза ширум Србија.

64. Во својот извештај од 12 април 2010 година, полицијата, меѓу другото, констатирала дека: (а) најголем број од нападите врз апликантот биле пријавени околу Видовден, голем православен верски празник; (б) апликантот дополнително им дал публицитет на овие инциденти преку средствата за јавно информирање и, додека го правел тоа, „ја нагласувал“ својата верска припадност; (в) природата на повредите на апликантот била таква што не можело да се исклучи дека можеби тој сам си ги нанел повредите; и (г) сите повреди биле многу плитки, што може да се смета за чудно и би подразбирало голема вештина на напаѓачите на апликантот кои никогаш не успеале да го задржат, туку „го нападнале од далечина“. Меѓутоа, во истиот извештај, полицијата потоа потсетила дека Окружното јавно обвинителство инсистирало таа да го испита аспектот на кривично дело на омраза кај нападите и навела дека истрагата ќе продолжи. Неодамна полицијата наводно испрашала неколку познати сторители, доушници и наркомени, како и неколку соседи на апликантот, но не добила никакви корисни информации.

II. РЕЛЕВАНТНО ДОМАШНО ПРАВО

65. Релевантните домашни одредби се содржани во членовите 19, 20, 46, 61, 223, 235, 241, 242, 433 и 437 од Законот за кривична постапка (објавен во „Службен весник на Сојузна Република Србија“, бр. 70/01 и 68/02, како и во „Службен весник на Република Србија“ - Сл. весник на РС - бр. 58/04, 85/05, 115/05, 46/06, 49/07, 122/08, 20/09 и 72/09) и член 317, став 2 од Кривичниот законик (објавен во Сл. весник на РС, бр. 85/05, 88/05 и 107/05).

66. Во согласност со овие одредби, официјална кривична постапка може да се поведе по барање на овластен тужител. Во врска со кривичните дела за кои се гони по службена должност, како што е кривичното дело „поттикнување етничка, расна и верска омраза и нетрпеливост“ сторено со малтретирање, кое претставува тешко кривично дело казниво со осум години затвор, овластениот тужител е лично јавниот обвинител.

67. Меѓутоа, овластувањето на јавниот обвинител да одлучи дали да преземе иницијатива за кривично гонење е поврзано со принципот на легалитет, според кој е потребно тој да постапува секогаш кога постои основано сомнение дека е сторено кривично дело за кое се гони по службена должност. Не постои разлика помеѓу тоа дали јавниот обвинител дознал за инцидентот од кривична пријава поднесена од страна на жртвата или друго лице или всушност само слушнал гласини во таа смисла.

68. Јавниот обвинител ги презема сите мерки потребни за предистражната постапка за кривични дела за кои се гони по службена должност и за идентификување на наводните сторители. За таа цел, тој има овластување да ја координира работата на различни органи за спроведување на законот и други владини тела.

69. Доколку јавниот обвинител утврди, врз основа на доказ кој го има пред себе, дека постои основано сомнение дека одредено лице сторило кривично дело за кое се гони по службена должност, тој ќе побара од надлежниот суд да поведе официјална кривична постапка.

70. Меѓутоа, доколку јавниот обвинител одлучи дека не постои основ за поведување таква постапка, тој мора да ја извести жртвата за таква одлука, која потоа има право да го преземе гонењето во тој

предмет во свое име, во својство на оштетена страна која дејствува како супсидијарентужител.

71. Не постои временски рок во кој јавниот обвинител, по поднесувањето на кривичната пријава од страна на жртвата, мора да одлучи дали да поведе официјална кривична постапка. Исто така, во врска со кривичните дела кои се казнуваат со затвор во времетраење подолго од пет години, без одлука на обвинителството за отфрлање на кривичната пријава поднесена од страна на жртвата, жртвата не може лично да го преземе гонењето во тој предмет. Во секој случај, ниту јавниот обвинител ниту жртвата која постапува во својство на оштетена страна која дејствува како супсидијарен тужител не може да побара поведување официјална кривична постапка во недостаток на информации во врска со идентитетот на наводниот сторител.

72. Меѓутоа, констатирано е дека домашните судови во минатото сметале дека, во врска со кривичното дело поттикнување етничка, расна или верска омраза и нетрпеливост, општеството како целина требало да се смета за жртва, а не лично оштетеното лице, што значи дека тоа лице можело само, по евентуално отфрлање на кривичната пријава од страна на обвинителството, да го преземе гонењето во случајот за некое друго помало кривично дело (мислење усвоено на заедничката седница на Сојузниот суд, Врховниот суд и Врховниот воен суд на Социјалистичка Федеративна Република Југославија одржана на 22 јуни 1989 година).

III. РЕЛЕВАНТНИ МЕЃУНАРОДНИ НАОДИ И МИСЛЕЊА

A. Европска комисија против расизам и нетрпеливост (ЕКРН), Извештај за Србија, КРН (2008) 25, усвоен на 14 декември 2007 година и објавен на 29 април 2008 година

73. Релевантните ставови во овој извештај гласат како што следи:

„45. ЕКРН констатира со загриженост дека ... постои клима на непријателство против верските малцинства [во Србија]. Оваа клима е делумно создадена од одредени медиуми и политичари. Членовите на овие групи, исто така, се напаѓани, понекогаш од страна на членови на неонацистички или крајно десничарски групи, и нивните места за богослужба се предмет на вандалски напади и/или намерно се палат. И покрај тоа што бројот на овие напади е намален во текот на последните неколку години, невладините организации, од кои некои биле напаѓани помеѓу 100 и 150 пати годишно, констатираат дека тие станале понасилни. Верските заедници нерадо ги пријавуваат овие напади или зборуваат за нив во јавност. Можеби поради тоа што полицијата и судскиот апарат не реагираат секогаш соодветно на овој проблем. Верските заедници го осудуваат фактот што само неколку лица се изведуваат пред лицето на правдата поради извршување вакви дела и што оние кои се прогласени за виновни често се казнуваат само парично.

...

52. Во моментот во Србија постои одредена клима на непријателство против ... верски групи [,] кое е поттикнато од бројни медиуми и политичари. Крајно десничарските групи, исто така, помагаат во создавањето негативни чувства кон тие заедници ... Невладините организации ја осудуваат извесната намера на страната на властите да ја заташкаат оваа клима на нетрпеливост против ... верските малцинства и фактот што тие преземале само неколку чекори за да го поправат тоа.“

Б. Мислења на „Форум 18“

74. „Форум 18“ е христијанска, норвешко-данска, добротворна иницијатива која дејствува преку Интернет и електронска пошта. Таа „известува изворно и ги анализира повредите на слободата на мислата, совеста и верата на сите луѓе, без оглед на нивната верска припадност, на објективен, точен и навремен начин“.

1. Србија: Насилството против верските заедници продолжува (статија објавена на 9 октомври 2007 година)

„... Се чини дека бројот на напади врз верските заедници во Србија продолжува да се намалува ... Меѓутоа, самите напади се чини дека стануваат понасилни и, како и во претходните години, постои особена веројатност припадниците на верските малцинства да бидат нападнати. Изгледа дека полицијата и понатаму е неволна да ги штити припадниците на верските малцинства или верските објекти за кои постои ризик да бидат нападнати – дури иако тие биле веќе нападнати. Минатата година,

припадниците на верските малцинства биле тепани и прободувани, а местата на богослужба биле цел на намерно палење. Местата на богослужба на Православната црква понекогаш биле ограбувани, но најголем број од нападите биле врз ... поединци припадници на лица припадници и имот на верски малцинства ...“

2. Србија: Зошто властите не го спречуваат верското насилство? (статија објавена на 7 февруари 2008 година)

„И покрај тоа што нападите врз верските заедници продолжуваат одреден број години, Службата за вести на иницијативата „Форум 18“ утврдила дека српските власти се чини преземаат само неколку чекори за да ги заштитат своите граѓани. Екстреман пример за тоа дека властите се неволни да обезбедат правда за жртвите кои се припадници на малцинските заедници е случајот на Живота Милановиќ, единствениот приврзаник на Харе Кришна во Јагодина ...“

3. Србија: Истражување за верската слобода, февруари 2009 година (истражување објавено на 26 февруари 2009 година)

„... Најсериозниот проблем кој влијае врз верата или верувањето во Србија се насилните напади, заедно со проблемот со властите кои покажуваат недостаток на волја да ги фатат и осудат напаѓачите. Меѓутоа, годишните истражувања спроведени од страна на Службата за вести на иницијативата „Форум 18“ покажуваат дека бројот на напади се намалува, со помалку напади во 2007 година и 2008 година во споредба со претходните години. Желбата на Србија да стане членка на Европската унија, заедно со посветувањето поголемо внимание од страна на политичарите на тоа Србија да стане поотворена земја, се чини дека влијае врз ставовите на населението, а со тоа и врз можноста за напади. Многу напади и закани против 'нетрадиционалните' верски заедници се чини дека се извршени од страна на екстремни националисти кои сметаат дека заедниците се во одредена смисла предавници на нацијата ... Не постои доследност во апсењето на напаѓачите и поведувањето судски постапки против нив. Со Уставот на Србија од 2006 година се гарантира слободата на вера и се забранува поттикнувањето верска нетрпеливост и омраза. Меѓутоа, припадниците на верските малцинства му кажаа на „Форум 18“ дека овие идеи треба допрва да станат реалност во нивното секојдневно искуство.“

ПРАВО

1. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕН 3 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

75. Во согласност со член 3 од Конвенцијата, апликантот се жалел на тоа што тужената држава не ги спречила повторените нападите врз него, како и на нејзината неволност да спроведе соодветна истрага на овие инциденти. Член 3 гласи, како што следи:

„Никој не смее да биде подложен на мачење, нечовечко или понижувачко постапување или казнување.“

A. Допуштеност

76. Владата остана при ставот дека апликацијата може да се смета дека не е во согласност со одредбите од Конвенцијата *ratione temporis* со оглед на тоа што таа се однесувала на настани кои се случиле пред Србија да ја ратификува Конвенцијата на 3 март 2004 година. Меѓутоа, таа потоа признала дека настаните од 2001 година може навистина да обезбедат важен контекст во врска со нападите кои се случиле после тоа.

77. Апликантот тврдел дека неговите жалбени наводи биле во согласност со одредбите од Конвенцијата *ratione temporis*.

78. Судот напоменува дека, во согласност со општо прифатените принципи на меѓународното право, држава-договорничка е обврзана со Конвенцијата единствено во врска со настани кои се случиле по нејзиното влегување во сила. Тој понатаму констатира дека Србија ја ратификувала Конвенцијата на 3 март 2004 година и дека некои од настаните за кои станува збор во апликацијата во конкретниот случај навистина се случиле пред тој датум. Според тоа, Судот има надлежност *ratione temporis* да ги разгледа наводите на апликантот само во делот кој се однесува на настаните почнувајќи од 3 март 2004 година. И покрај тоа, поради контекстот и разгледувајќи ја ситуацијата на која се жали како

целина (види, *mutatis mutandis*, Шобота – Гајик против Босна и Херцеговина, бр. 27966/06, став 45, 6 ноември 2007 година), Судот, исто така, го зема предвид секој и сите од релевантните настани пред тој датум (види, *mutatis mutandis*, Салонтаји – Дробњак против Србија, бр. 36500/05, став 110, 13 октомври 2009 година). Следствено на тоа, приговорот на владата мора да се отфрли.

79. Судот констатира дека жалбените наводи на апликантот не се очигледно неосновани во смисла на значењето на член 35, став 3 од Конвенцијата. Тој понатаму констатира дека тие не се недопуштени по ниту една друга основа. Оттука, истите мора да се прогласат за допуштени.

Б. Основаност

1. Наводи на странките

80. Апликантот повторно ги потврдил своите наводи. Тој додал дека, многу години по нападите, сторителитене се сè уште идентификувани, и дека се чини дека самата полиција и понатаму ја разгледува идејата дека тој сам си ги нанел повредите. Исто така, постоела многу лоша координација помеѓу јавниот обвинител и полицијата, а апликантот не бил известуван за текот на истрагата. Понатаму, полицијата главно го поминувала времето барајќи го и повторно разговарајќи со апликантот и покрај тоа што таа претходно го испрашала и, на сличен бесмислен начин, ги испрашувала соседите на апликантот, како и такси возачот, иако било јасно дека тие лица немале да понудат никакви корисни информации. На крај, апликантот посочи дека надлежните домашни власти не презеле никакви значајни чекори од јануари 2009 година.

81. Владата ги оспори тврдењата на апликантот. На почетокот, таа остана при ставот дека малтретирањето на кое бил изложен апликантот го немало минималното ниво на јачина за примена на член 3. Во секој случај, српското обвинителство и органите за спроведување на законот сториле сè што е во нивна моќ за целосно да ги истражат нападите и да ги идентификуваат сторителите. Биле сослушани бројни потенцијални сведоци, била обезбедена стручна лекарска помош, биле испитани сите достапни траги, а еден полициски службеник дури бил и дисциплински казнет. Меѓутоа, положбата на самиот апликантот изгледала несигурна, а неговото однесување некооперативно. Поконкретно, било тешко да се стапи во контакт со него, а тој не ги пријавил навремено нападите. Апликантот, исто така, не побарал да се следи неговиот телефонски број по законите кои ги добил во 2001 година, што можело да биде корисно за целите на идентификување и што можело да доведе до прогласување вина. Понатаму, описот од страна на апликантот на неговите напаѓачи бил нејасен, немало очевидци, а апликантот никогаш не останал во Јагодина по нападите, со што спречил да се изврши навремен увид на лице место во негово присуство. На крај, владата изјавила дека никогаш не се утврдиле никакви материјални траги од нападите, освен повредите кои ги претрпел апликантот, и му доставила на Судот неколку правосилни домашни пресуди, во неповрзани случаи, тврдејќи дека српското судство било сосема подготвено да осуди поединци за кривични дела од омраза секогаш кога тоа го гарантирале достапните докази.

2. Релевантни принципи

82. Судот повторува дека член 3 од Конвенцијата мора да се смета за една од најосновните одредби на Конвенцијата и дека тој ги содржи суштинските вредности на демократските општества кои го сочинуваат Советот на Европа (види Прети против Обединетото Кралство (*Pretty v. the United Kingdom*), бр. 2346/02, став 49, ЕКЧП 2002-III). Спротивно на другите одредби во Конвенцијата, тој е апсолутен, без исклучоци или услови, или можност за дерогација според член 15 од Конвенцијата (види, меѓу другото, Чахал против Обединетото Кралство (*Chahal v. the United Kingdom*), пресуда од 15 ноември 1996 година, став 79, Извештаи за пресуди и одлуки 1996-V).

83. Генерално, постапките кои не се во согласност со член 3 од Конвенцијата првенствено создаваат обврска за страната-договорничка, доколку тие се сторени од страна на лица кои се на функција. Меѓутоа, со обврската на високите страни-договорнички според член 1 од Конвенцијата да им ги обезбедат на сите лица под нивна надлежност правата и слободите утврдени во Конвенцијата, земена во врска со член 3, исто така, се бара државите да преземат мерки кои се подготвени и наменети да обезбедат дека поединците под нивна надлежност не се изложени на малтретирање од страна на други приватни лица (види *A. против Обединетото Кралство (A. v. the United Kingdom)*, пресуда од 23 септември 1998 година, став 22, Извештаи за пресуди и одлуки 1998-VI; 3 и други против Обединетото Кралство (*Z and Others v. the United Kingdom*) [GC], бр. 29392/95, ставови од 73 до 75,

ЕКЧП 2001-VII; Е. и други против Обединетото Кралство (E. and Others v. the United Kingdom), бр. 33218/96, 26 ноември 2002 година).

84. Имајќи ги предвид тешкотиите во одржување на поредокот во модерните општества, непредвидливоста на човечкото однесување и оперативните избори кои мора да се направат во смисла на приоритетите и средствата, опфатот на оваа позитивна обврска сепак мора да се толкува на начин на кој на властите не им се наметнува невозможно или несразмерно оптоварување. Според тоа, секое тврдење за постоење ризик од малтретирање не мора да повлекува обврска за властите кон Конвенцијата во смисла на тоа тие да преземаат оперативни мерки за да спречат тој ризик да се материјализира. За да настане позитивна обврска, мора да се утврди дека властите знаеле или требало да знаат за реалниот и непосреден ризик од кривично дело малтретирање на одреден поединец од трето лице во моментот на неговото постоење, како и дека тие не презеле мерки во рамките на нивните овластувања кои, судејќи разумно, можеле да се очекуваат за да се избегне тој ризик. Важно е, исто така, да се разгледа потребата да се обезбеди дека полицијата ги спроведува своите овластувања за контрола и спречување кривични дела на начин на кој целосно го почитува навременото постапување и другите гаранции со кои законски се ограничува опфатот на нејзиното работење поврзан со истрага на кривично дело и изведување на сторителите пред лицето на правдата, вклучувајќи ги и гаранциите содржани во член 5 и член 8 од Конвенцијата (види Мубиланзила Мајека и Каники Митунга против Белгија (Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium), бр. 13178/03, став 53, 12 октомври 2006 година; и Членови (97) на Глдани конгрегација на Јеховини сведоци против Грузија (Members (97) of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses v. Georgia), бр. 71156/01, став 96, ЕКЧП 2007V; исто така види, мутатис мутандис, Осман против Обединетото Кралство (Osman v. the United Kingdom), 28 октомври 1998 година, став 116, Извештаи за пресуди и одлуки 1998VIII).

85. Судот понатаму потсетува дека кога поединец аргументирано тврди дека бил сериозно малтретиран спротивно начлен 3, таа одредба, толкувана во врска со член 1 од Конвенцијата, следствено наложува дека, исто така, треба да постои и делотворна официјална истрага која може да доведе до идентификување и казнување на оние кои се одговорни (види Асенов и други против Бугарија (Assenov and Others v. Bulgaria), 28 октомври 1998 година, став 102, Извештаи за пресуди и одлуки 1998VIII). Во принцип, позитивна обврска од овој вид не може да се смета дека е ограничена единствено на случаи на малтретирање од страна на државни претставници (види М.Ц. против Бугарија (M.C. v. Bulgaria), бр. 39272/98, став 151, ЕКЧП 2003-XII; Шечик против Хрватска (Šečić v. Croatia), бр. 40116/02, став 53, ЕКЧП 2007VI).

86. На крај, опфатот на горенаведената обврска се однесува на средствата, а не на резултатите; властите морале да ги преземат сите разумни чекори кои им биле достапни за да ги обезбедат доказите во врска со инцидентот (види, мутатис мутандис, Менсон против Обединетото Кралство (Menson v. the United Kingdom) (одлука), бр. 47916/99, ЕКЧП 2003-V). Условот да се спроведе брза и разумна истрага се подразбира во овој контекст (види, мутатис мутандис, Јаша против Турција (Yaşa v. Turkey), пресуда од 2 септември 1998 година, Извештаи 1998-VI, стр. 2439, ставови од 102 до 104), бидејќи брз одговор од страна на властите може генерално да се смета дека е од суштинско значење за одржување на довербата на јавноста дека тие го гарантираат владеењето на правото и ја спречуваат секоја појава на прикривање на вистината или толерирање на незаконски дејствија (види Бати и други против Турција (Bati and Others v. Turkey), бр. 33097/96 и 57834/00, став 136, ЕКЧП 2004-IV (извадоци); Абдулсамет Јаман против Турција (Abdülsamet Yaman v. Turkey), бр. 32446/96, став 60, 2 ноември 2004 година; и, мутатис мутандис, Пол и Одри Едвардс против Обединетото Кралство (Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom), бр. 46477/99, став 72, ЕКЧП 2002-II).

3. Оценка на Судот

87. Во врска со предметниот случај, Судот смета дека повредите кои ги претрпел апликантот, кои во најголем дел се состоеле од бројни исеченици, во комбинација со неговите чувства на страв и беспомошност, биле доволно сериозни да претставуваат малтретирање во рамките на значењето на член 3 од Конвенцијата (види Прајс против Обединетото Кралство (Price v. the United Kingdom), бр. 33394/96, став 24, ЕКЧП 2001-VII).

88. Судот понатаму констатира дека до денес, многу години по нападите, од кои последниот се случил во 2007 година, сторителите сè уште не се идентификувани и изведени пред лицето на правдата. Во овој контекст, се чини дека апликантот не бил соодветно и напредно известуван за текот на

истрагата ниту пак му била дадена можност лично да ги види и евентуално да ги идентификува неговите напаѓачи меѓу бројните сведоци и/или осомничени кои ги испрашувала полицијата (види, на пример, ставови 60 и 61 погоре). Истовремено, полицијата сметала дека апликантот можеби сам си ги нанел повредите (види став 64 погоре), иако не постоел никаков медицински или друг значаен доказ, навистина ништо друго освен чиста претпоставка, во таа смисла. Исто така, соработката помеѓу полицијата и јавното обвинителство воопшто не била задоволителна (види ставови 55 и 56 погоре), а целата истрага се чини дека била фокусирана на Јагодина и покрај фактот што се знаело дека осомничените крајно десничарски организации дејствувале низ целата земја (види ставови 24 и 63 погоре). Всушност, според информациите содржани во списите на предметот, изјавата на апликантот во која се посочува дека еден од неговите напаѓачи можеби бил член на организација наречена Српско народно движење 1389 (види став 57 погоре) се чини дека воопшто не била земена предвид.

89. На крај, почнувајќи од јули 2005 година најдоцна, на полицијата требаше да ѝ биде јасно дека апликантот, кој бил член на ранливо верско малцинство (види, мутатис мутандис, *Okkali v. Turkey*), бр. 52067/99, став 70, ЕКЧП 2006XII (извадоци)), станал цел на систематски напади и дека било многу веројатно дека ќе следат напади и во иднина, особено во јуни или јули секоја година пред или набрзо после голем верски празник (види став 64 погоре). И покрај тоа, ништо не било сторено за да се спречат таквите напади во уште два наврати. Не бил поставен ниту видео ниту било каков друг надзор во близина на станот каде се случиле инцидентите, се чини дека воопшто не се размислувало за спроведување полициско надгледување, а на апликантот никогаш не му била понудена заштита од страна на специјална полициска единица, што би можело да ги спречи неговите идни напаѓачи.

90. Имајќи го предвид горенаведеното и иако властите на тужената држава презеле многу чекори и се соочиле со значителни објективни тешкотии, вклучувајќи го и донекаде неодредениот опис на напаѓачите од страна на апликантот, како и очигледното непостоење на сведоци, Судот смета дека тие не ги презеле сите разумни мерки за спроведување соодветна истрага. Тие, исто така, не презеле никакви разумни и ефективни чекори за да го спречат повтореното малтретирањето на апликантот, без оглед на фактот дека постојаниот ризик од тоа бил реален, непосреден и предвидлив.

91. Во такви околности, Судот не може а да не утврди дека дошло до повреда на член 3 од Конвенцијата.

II. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕН 14 ВО ВРСКА СО ЧЛЕН 3 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

92. Во согласност со член 14 од Конвенцијата, заедно со член 3, апликантот исто така се жалел дека тужената држава не ги истражила соодветно нападите врз него поради неговата верска припадност. Член 14 гласи, како што следи:

„Уживањето на правата и слободите, признати во [оваа] Конвенција, треба да се обезбеди без никаква дискриминација по кој било основ, како што се пол, раса, боја на кожа, 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.“

A. Допуштеност

93. Судот констатира дека овој жалбен навод е поврзан со наводот разгледан погоре и заради тоа мора исто така да се смета за допуштен.

Б. Основаност

1. Наводи на странките

94. Апликантот повторно го потврдил својот навод, додавајќи дека било јасно дека полицијата го сметала за „чуден“, дека не соработувал и дека дури бил и недруштвен само поради неговата вера. Освен испрашувањето на група скинхедси во 2001, властите на тужената држава се чини дека биле повеќе заинтересирани да разговараат за „сомнителната“ природа на заедницата на Харе Кришна отколку да го откријат верскиот аспект на предметните напади.

95. Владата останала при ставот дека апликантот не понудил никакви докази во смисла на повреда на член 14 од Конвенцијата Службената истрага на нападите врз апликантот била непристрасна, а сите тврдења дека овие инциденти биле верски мотивирани биле темелно проверени од страна на надлежните домашни власти. Понатаму, никогаш не бил пријавен ниту еден напад врз друг член на заедницата на Харе Кришна во Јагодина, и секоја заинтересираност на полицијата за оваа заедница би била совршено разумна имајќи ја предвид наводната мотивираност на напаѓачите на апликантот.

2. Оценка на Судот

96. Судот смета дека, исто како и во случај на расно мотивирани напади, кога вршат истрага за насилни инциденти, државните власти имаат дополнителна обврска да ги преземат сите разумни чекори за да го откријат секој верски мотив и да утврдат дали верска омраза или предрасуда можеби имала некаква улога во таквите настани. Како што е познато, докажувањето таква мотивација може да биде тешко во пракса. Обврската на тужената држава да ги истражи можните прекумерни верски тонови на некој насилен акт е, според тоа, обврска таа држава да вложи најголеми напори, а таквата обврска не е апсолутна; властите мора да го сторат она што е разумно во околностите на случајот (види, мутатис мутандис, Начова и други против Бугарија (Nachova and Others v. Bulgaria) [GC], бр. 43577/98 и 43579/98, став 160, ЕКЧП 2005VII; и Членови (97) на Глдани конгрегација на Јеховини сведоци против Грузија (Members (97) of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses v. Georgia), цитиран погоре, ставови од 138 до 142).

97. Судот смета дека горенаведеното, исто така, е неизбежно точно во случаи кога приватни поединци постапуваат спротивно на член 3 од Конвенцијата. Третирањето верски мотивирано насилство и бруталност на еднаков начин со случаите кои немаат такви прекумерни тонови би претставувало игнорирање на посебната природа на постапките со кои особено се кршат основните права. Пропустот да се направи разлика во начинот на постапување во ситуациите кои се суштински различни може да претставува неоправдано постапување кое не е во согласност со член 14 од Конвенцијата (ibid., исто така види, мутатис мутандис, Шечиќ против Хрватска (Šečić v. Croatia), цитиран погоре, став 67).

98. Во предметниот случај постои сомневање дека напаѓачите на апликантот припаѓале на една или на повеќе крајно десничарски организации кои, по својата природа, се раководеле од екстремистичка идеологија.

99. Судот понатаму смета дека е неприфатливо тоа што, иако свесни дека предметните напади најверојатно биле мотивирани од верска омраза, властите на тужената држава дозволиле истрагата да трае многу години без да се преземат соодветни дејствија во смисла на идентификување или гонење на сторителите (види ставови од 87 до 91 погоре).

100. На крај, иако тоа можеби е најважно, констатирано е дека самата полиција се повикувала на добро познатите верски убедувања на апликантот, како и на неговиот „чуден изглед“, и очигледно придавала особена важност на „фактот“ што најголем број од нападите врз него биле пријавени пред или по голем православен верски празник, на кои инциденти апликантот дополнително им дал публицитет преку средствата за јавно информирање во контекст на неговата сопствена верска припадност (види ставови 22 и 64 погоре). Судот повторно смета дека таквите ставови сами по себе подразбираат дека полицијата имала сериозни сомнежи, во врска со верата на апликантот, за тоа дали тој бил вистинска жртва, без оглед на тоа што немало никаков доказ со кој би се потврдиле таквите сомнежи. Иако властите истражиле неколку траги кои ги предложил апликантот во врска со основната мотивација на неговите напаѓачи, произлегува дека овие чекори не претставувале ништо повеќе од про форма истрага.

101. Имајќи го предвид горенаведеното, Судот смета дека постои повреда на член 14 земен во врска со член 3 од Конвенцијата.

III. ДРУГИ НАВОДНИ ПОВРЕДИ

102. На крај, во согласност со членовите 2 и 13 од Конвенцијата, апликантот во суштина ги повторил своите наводивеќе изнесени во согласност со член 3 од истата (види став 75 погоре).

103. Имајќи ги предвид наодите во согласност со член 3 (види ставови од 87 до 91 погоре), Судот смета дека не е неопходно посебно да се разгледува допуштеноста или основаноста на истите наводи на апликантот изнесени во согласност со членовите 2 и 13.

IV. ПРИМЕНА НА ЧЛЕН 41 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

104. Член 41 од Конвенцијата пропишува:

“Ако Судот оцени дека постои повреда на Конвенцијата или на нејзините протоколи, и ако внатрешното право на односната Висока страна-договорничка овозможува само делумно отстранување на последиците на таа повреда, Судот ѝ дава на оштетената страна, доколку е потребно, правично задоволување“.

A. Штета

105. Апликантот барал 20.000 евра (ЕУР) на име нематеријална штета.

106. Владата го оспори ова барање.

107. Судот смета дека апликантот претрпел нематеријална штета која не може доволно да се надомести само со утврдување повреда на Конвенцијата. Имајќи го предвид карактерот на повредите утврдени во конкретниот случај и проценувајќи врз основа на правичност, Судот му досудува 10.000 евра на апликантот по овој основ.

B. Трошоци и надоместоци

108. Апликантот, исто така, барал 1.200 евра за трошоците и расходите настанати пред Судот.

109. Владата го оспори ова барање.

110. Согласно праксата на Судот, апликантот има право на надоместок на неговите трошоци и надоместоци само доколку се докаже дека тие биле навистина направени и неопходни и биле разумни во поглед на износот. Во предметниот случај, земајќи ги предвид документите кои ги поседува и горенаведените критериуми, Судот смета дека е разумно да го досуди целиот износ кој го бара апликантот за постапката водена пред него.

B. Затезна камата

111. Судот смета дека е соодветно затезната камата да се заснова на најниската активна каматна стапка на Европската централна банка, на која треба да се додадат три процентни поени.

ОД ОВИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ

1.Едногласно ги прогласи за допуштени жалбените наводи по основ на членовите 3 и 14 од Конвенцијата;

2.Едногласно заклучи дека постои повреда на член 3 од Конвенцијата;

3.Заклучи со 6 гласа наспроти 1 дека, исто така, постои повреда на член 14 земен во врска со член 3 од Конвенцијата;

4.Едногласно заклучи дека не е неопходно посебно да се разгледуваат жалбените наводи во согласност со членовите 2 и 13 од Конвенцијата;

5.Едногласно заклучи

(а) дека тужената држава треба да му ги плати на апликантот, во рок од три месеци од датумот на кој оваа пресуда станува правосилна, во согласност со член 44, став 2 од Конвенцијата, следните износи, кои треба да бидат конвертирани во националната валута на тужената држава по курс кој важи на денот на исплатата:

(i) 10.000 евра (десет илјади евра) на име нематеријална штета, плус секој данок кој може да биде наплатен,

(ii) 1.200 евра (илјада и двесте евра) на име трошоци и надоместоци, плус секој данок кој може да му се наплати на апликантот;

(б) дека, по истекот на горенаведениот рок од три месеци до исплатата, се засметува проста камата на споменатите износи, по стапка еднаква на најниската активна каматна стапка на Европската централна банка за време на периодот во кој се доцни со плаќање на обврските плус три процентни поени.

6.Едногласно го одби остатокот од барањето на апликантот за правично задоволување.

Изготвена на англиски јазик и доставена во писмена форма на 14 декември 2010 година во согласност со Правило 77, ставови 2 и 3 од Деловникот за работа на Судот.

Стенли Најсмит
Секретар

Франсоаз Тулкенс
Претседател

Во согласност со член 45, став 2 од Конвенцијата и Правило 74, став 2 од Деловникот за работа на Судот, издвоеното мислење на судијата Раимонди е дадено во прилог на оваа пресуда.

Ф.Т.
С.Х.Н.

ДЕЛУМНО ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈАТА РАИМОНДИ

Јас се согласувам со мнозинството дека во овој случај дошло до повреда на член 3 од Конвенцијата, и дека не постои никакво посебно прашање во врска со претставките поднесени во согласност со членовите 2 и 13 од Конвенцијата, но не можам да се приклучам на понатамошниот заклучок дека мора да се утврди посебна повреда на истиот член 3 во врска со член 14 од Конвенцијата.

Мојот став е поврзан со причините врз основа на кои утврдив повреда на член 3. Всушност, тие причини не соодветствуваат цо целост со оние на мнозинството.

Како и мнозинството, и јас сметам дека повредите кои ги претрпел апликантот, кои во најголем дел се состоеле од бројни исеченици, во комбинација со неговите чувства на страв и беспомошност, биле доволно сериозни да претставуваат малтретирање во рамките на значењето на член 3 од Конвенцијата.

Исто така, се согласувам со мнозинството дека апликантот, чиј физички интегритет бил сериозно доведен во опасност, изнел веродостојни тврдења за повторените кривични напади врз него и дека одговорот од страна на властите не бил на соодветно ниво во истрагата кое е потребно во согласност со судската пракса на Судот.

Всушност, истите власти на односната Висока страна-договорничка признаа дека полицијата не постапувала со должно внимание (види став 53 од пресуда).

Меѓутоа, јас не се согласувам со мнозинството дека активностите кои ги презела полицијата не претставувале „ништо повеќе од про форма истрага“. Според мое мислење, полицијата сериозно се обидувала, во секоја од релевантните прилики (во 2001, 2005, 2006 и 2007 година), да ги истражи тврдењата на апликантот, иако со тие обиди не се постигнало потребното ниво на итност и разумна брзина. Како што призна и мнозинството „властите на тужената држава презеле многу чекори и се соочиле со значителни објективни тешкотии, вклучувајќи го и донекаде неодредениот опис на напаѓачите од страна на апликантот, како и очигледното непостоење на сведоци“ (став 90 од пресудата).

Не се согласувам со критиката на мнозинството за фактот дека „не бил поставен ниту видео ниту било каков друг надзор во близина на станот каде се случиле нападите, се чини дека воопшто не се размислувало за спроведување полициско надгледување, а на апликантот никогаш не му била понудена заштита од страна на специјална полициска единица, што би можело да ги спречи неговите идни напаѓачи“ (став 89 од пресудата). Според мое мислење, наметнувањето на овие мерки би резултирало во несразмерно оптоварување за властите.

Фактот дека полицијата ја разгледувала можноста дека апликантот можеби сам си ги нанел повредите (види ставови 64 и 88 од пресудата) за мене не мора да претставува дискриминаторски став на властите.

Полицијата ја зела предвид наводно верски мотивираната природа на нападите. Како и тужената влада, и јас сметам дека се проверени тврдењата за верска мотивација на односните инциденти. Поточно, во 2005 година, полицијата очигледно посетила неколку локации во обид да ја „идентификува“ организацијата наречена „Српски витези“, која, според апликантот, била одговорна за нападите.

Поради овие причини, јас сметам дека не дошло до посебна повреда на член 3 во комбинација со член 14 од Конвенцијата.

Дискриминација врз основ на возраст

Предмет С476/11

ПРЕСУДА НА СУДОТ (Втор совет)

26 септември 2013 година (*)

(Начело на недискриминација по основ на возраст - Повелба за основните права на Европската унија – член 21(1) - Директива 2000/78/ЕС член 6, ставови (1) и (2) - професионален пензиски план – зголемување на износот на придонесите врз основа на возраста

Во случајот С476/11,

БАРАЊЕ за прелиминарна одлука според член 267 TFEU од Vestre Landsret (Данска), според одлука од 14 септември 2011 година, примено во Судот на 19 септември 2011 година, во постапката

НК Danmark,

во име на Glennie Kristensen,

против

Experian A/S,

Вмешувач (трета страна):

Beskæftigelsesministeriet,

СУДОТ (Втор судски совет),

составен од R. Silva de Lapuerta, претседател на советот, G. Arestis, J.C. Bonichot, A. Arabadjiev (известувач) и J.L. da Cruz Vilaça, судии,

Општ застапник: J. Kokott,

Записничар: A. Impellizzeri, администратор

согласно пишаната постапка и рочиштето одржано на 15 ноември 2012 г.,

по разгледувањето на забелешките поднесени во име на:

- НК Danmark, во име на Ms Kristensen, преку T. Sejr Gad, адвокат,
- Experian A/S, преку T. Brøgger Sørensen, адвокат,
- Beskæftigelsesministeriet, преку P. Biering, адвокат,
- Данската влада, преку C. Vang, во улога на агент, и преку P. Biering, адвокат,
- Белгиската влада, преку M. Jacobs и L. Van den Broeck, како агенти,
- Германската влада, преку T. Henze and J. Möller, како агенти,
- Шпанската влада, преку S. Centeno Huerta и S. MartínezLage Sobredo, како агенти,
- Холандската влада, преку C. Wissels and C. Schillemans, како агенти,
- Европската комисија, преку J. Enegren и C. Barslev, како агенти,

по сослушувањето на Мислењето на Општиот застапник, на 7 февруари 2013 година, ја донесе следната

Пресуда

1 Ова барање за прелиминарна одлука се однесува на интерпретацијата на член 6, став (2) од Директивата на Советот 2000/78/ЕС, од 27 ноември 2000 г., со кој се воспоставува општа рамка за еднаков третман во вработувањето и занимањето (ОЈ 2000 L 303, стр. 16).

2 Барањето беше поднесено во постапката помеѓу НК Danmark („ХК“), во име на Ms Kristensen („г-ѓа Кристенсен“), и Eхреgian A/S („Експеријан“) во врска со законитоста на професионалниот пензиски план со кој работел „Експеријан“.

Правен контекст

Легислатива на Европската унија

3 Воведните забелешки 1, 4, 13 и 25 во преамбулата на Директивата 2000/78 се формулирани на следниов начин:

„(1) Во согласност со член 6 од Договорот за Европска заедница, Заедницата се формира врз начелата на слобода, демократија, почитување на човековите права и основни слободи и почитувањето на правото, и принципите кои се заеднички за сите земји-членки, и ги почитува основните права, загарантирани со Европската конвенција за заштита на човековите права и основни слободи [потпишана во Рим, на 4 ноември 1950 г.], кои произлегуваат од уставните традиции на земјите-членки како основни начела на правото на Заедницата.

...

(4) Правото на еднаквост пред законот и заштитата од дискриминација за сите луѓе претставува универзално право признаено со Универзалната декларација за човекови права, Конвенцијата на Обединетите нации за елиминација на сите форми на дискриминација на жените, пактовите на Обединетите нации за граѓански и политички права и за економски, социјални и културни права и Европската конвенција за заштита на човековите права и основни слободи, потпишани од сите земји-членки. Конвенцијата бр. 111 на Меѓународната организација на трудот (ILO) забранува дискриминација во областа на вработувањето и занимањето.

...

(13) Оваа Директива не се однесува на социјалното осигурување и на шемите на социјална заштита, чиишто бенефиции не се третирали како приход согласно значењето што му се дава на тој термин, заради примена на член [157 TFEU], ниту на какво било плаќање од страна на државата заради обезбедување пристап до вработување или задржување на вработувањето.

...

(25) Забраната за дискриминација по основ на возраст е суштински дел од постигнувањето на целите утврдени во Упатствата за вработување и промовирање разновидност во работната сила. Меѓутоа, разликата во третманот во врска со возраста може да биде оправдана под одредени околности и затоа потребни се конкретни одредби кои може да варираат, во зависност од околностите во земјите-членки. Затоа, од суштинско значење е да се направи разлика помеѓу нееднаквиот третман кој е оправдан, особено, со легитимна политика на вработување, пазарот на трудот и целите на стручно усовршување и дискриминацијата која мора да се забрани“

4 „Според член 1 од Директивата 2000/78, „целта на [Директивата] е да утврди општа рамка за борба против дискриминацијата врз основа на религија или убедување, инвалидитет, возраст или сексуална ориентација, во врска со вработувањето и занимањето, со цел во земјите-членки да се обезбеди примена на начелото на еднаков третман.“

5 Членот 2, став (1) и (2), точка (а) од таа директива наведува:

‘1. За целите на оваа Директива, „начелото на еднаков третман“ ќе значи дека нема да има никаква, директна или индиректна, дискриминација по која било од основите наведени во член 1.

2. За целите на став 1:

(а) директна дискриминација ќе се смета дека постои кога едно лице се третира полошо отколку што се третира, било третирано или би се третираше друго лице во слична ситуација, по кои било од основите содржани во Член 1.

6 Членот 3 од Директивата, насловен „Обем“, во став (1) наведува:

‘1. „Во рамките на надлежноста на Заедницата оваа Директива ќе се однесува на сите лица од јавниот и приватниот сектор, вклучувајќи ги и јавните институции, а во врска со:

(в) „вработувањето и работните услови, вклучително и отпуштањата и надоместокот на плата

...“

7 Според член 6 од таа Директива, насловен „Оправдување на разликите во третманот врз основа на возраста“:

„1. Независно од член 2, став (2), земјите-членки може да предвидат нееднаквиот третман врз основа на возраста да не се смета за дискриминација, во случај кога, во контекст на националното законодавство, тој може објективно и разумно да биде оправдан со легитимна цел, вклучувајќи легитимна политика на вработување, пазарот на трудот и целите на стручно усовршување и доколку средствата за нивно остварување се соодветни и неопходни.

Таквите разлики во третманот може да вклучуваат, меѓу другото:

(а) определување посебни услови за пристап до вработувањето и стручното усовршување, вработување и занимање, вклучувајќи ги и условите за отпуштање и наградување, за младите луѓе, постарите работници и лицата кои се грижат за други лица, заради промовирање на нивната професионална интеграција или да се обезбеди нивна заштита;

...

2. Независно од член 2, став (2), земјите-членки може да предвидат дека определувањето возрасни граници во професионалните шеми на социјално осигурување, за пристап до или право на пензија или бенефиции поради инвалидитет, вклучително и определувањето, според тие шеми, различни возрасни граници за вработените или групи или категории на вработените, и употребата, во контекст на таквите шеми, на возрасниот критериум во статистичките пресметки, не претставува дискриминација врз основ на возраст, под услов тоа да не предизвика полова дискриминација.“

8 Кралството Данска ја искористи можноста од вториот подстав од член 18 од Директивата 2000/78 за продолжување на периодот за транспонирање на директивата што се однесува на критериуми за возраст и инвалидитетот. Тој период истече на 2 декември 2006 г.

Данското право

9 Директивата 2000/78 беше транспонирана во данското право со закон бр. 1417, кој го изменува Законот за начелото на недискриминација на пазарот на труд (lov nr. 1417 om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v.), од 22 декември 2004 г. („Законот за недискриминација“).

10 Членот 6а од тој закон е наменет да го имплементира членот 6(2) од Директивата 2000/78. Формулиран е на следниов начин:

„Независно од членовите 2 до 5, овој закон не го исклучува определувањето возрасни граници за влез во професионалните шеми на социјално осигурување или користењето, во контекст на овие шеми, на возрасниот критериум во статистичките пресметки. Употребата на возрасниот критериум не смее да резултира во полова дискриминација“.

Расправата во главната постапка и прашањата упатени на прелиминарна одлука

11 Г-ѓа Кристенсен (Ms Kristensen) се вработила во Службата за пост-продажба на „Експеријан“ на 19 ноември 2007 г., на возраст од 29 години. Клаузурата 5.1 од нејзиниот договор за вработување ги содржел следниве одредби во врска со пензијата:

„5.1 [Г-ѓа Кристенсен] од 19 август 2008 г. ќе биде дел од задолжителната пензиска шема на [„Експеријан“] управувана од „Скандија“ (Scandia). [„Експеријан“] ќе плаќа две третини од премијата, додека [Г-ѓа Кристенсен самата ќе придонесува со] една третина од премијата.

Што се однесува до пензиската шема на [„Експеријан“], [Г-ѓа Кристенсен ќе склучи] посебен договор со „Скандија“ (преку Willis), кој раководи со пензиската шема. Осигурувањето за старост и за болест ќе биде обезбедено во исто време како и договорот за вработување.

Важечки стапки:

„Под 35 години: придонес на вработениот 3% и придонес на [„Експеријан“] 6%;

Од 35 до 44 години: придонес на вработениот 4% и придонес на [„Експеријан“] 8%;

Над 45 години: придонес на вработениот 5% и придонес на [„Експеријан“] 10%.“

12 Според документите изложени пред Судот, професионалниот пензиски план опишан во претходниот став не е предвиден со закон или со колективен договор, туку произлегува единствено од договорот за вработување склучен помеѓу „Експеријан“ и неговите вработени.

13 Така, примањата на г-ѓа Кристенсен се состоеле од основна договорена плата, односно, 21.500 дански круни месечно, плус придонесот на работодавачот за пензија од 6%, така што тие примања, вклучително и придонесите на работодавачот за пензија биле во износ од 22.790 круни месечно. Кога г-ѓа Кристенсен би била на возраст помеѓу 35 и 44 години, таа би примала 23.220 круни месечно, а доколку би била постара од 45 години, би примала 23.650 круни, заедно со пензиските придонеси на работодавачот.

14 Г-ѓа Кристенсен поднела оставка со важност од 31 октомври 2008 г. Во нејзино име „ХК“ барал од „Експеријан“, согласно Законот против дискриминација, исплата на надомест во износ од девет месечни плати како и заостанати плаќања на пензиските придонеси по стапка применлива за вработени над 45 години, тврдејќи дека пензискиот план на „Експеријан“ претставувал незаконска дискриминација врз основа на возраст. „Експеријан“ ги отфрлил таквите тврдења на основа на тоа дека пензиските планови генерално не се предмет на забраната за дискриминација по основ на возраст, особено според Законот против дискриминација.

15 Во вакви услови Vestre Landsret (Западен регионален суд) одлучил да ја запре постапката и да ги упати следниве прашања до Судот за прелиминарна одлука:

‘(1) Треба ли исклучокот од член 6 став (2) од [Директивата 2000/78] во врска со определувањето на старосната граница за влез во шемата или за примање на пензиски или повластици за инвалидитет да се протолкува како дозволување на земјите-членки генерално да ги исклучуваат професионалните планови за социјално осигурување од забраната во член 2 од [директивата] за директна или индиректна дискриминација врз основа на возраст, се додека тоа не претставува полова дискриминација?

(2) Треба ли исклучокот од член 6, став (2) од [Директивата 2000/78] во врска со определувањето на старосната граница за влез во шемата или за примање на пензиски или инвалидски бенефиции да се протолкува како да не ја исклучува земјата-членка од одржувањето на правна ситуација во која работодавачот ќе плати, како дел од исплата, пензиски придонеси кои растат со возраста, со резултат, на пример, дека работодавачот плаќа пензиски придонеси од 6% за вработени под 35 години, 8% за вработени она возраст од 35 до 44 години и 10% за вработени над 45 години, се додека тоа не претставува дискриминација врз основа на пол?’

Разгледување на упатените прашања

Второто прашање

Прелиминарни забелешки

16 Со второто прашање, кое е соодветно прво да се разгледа, упатувачкиот суд во основа прашува дали професионалниот пензиски план според кој работодавецот врши исплата на пензиски придонеси како елемент на плата кои растат со возраста спаѓаа во доменот на член 6, став (2) од Директивата 2000/78.

17 Првата точка која тука треба да се земе предвид е дека расправата во главната постапка е меѓу две приватни страни во врска со наводна дискриминација врз основа на возраст, која не произлегува од закон или од колективен договор, туку само од договорот за вработување склучен помеѓу г-ѓа Кристенсен и „Експеријан“. Во контекстот на ваквата расправа ХК, во името на г-ѓа Кристенсен, се повикува на одредбите од Директивата 2000/78.

18 Судот постојано оценувал дека директивата, бидејќи технички се однесува на земјите-членки, не може самата да му наметне обврски на поединецот и следствено на тоа, не може да биде земена предвид против поединецот. (види меѓу другото, предмет 152/84 Marshall [1986] ECR 723, став 48; предмет C91/92 Faccini Dori [1994] ECR I3325, став 20; и предмет j C555/07 Küçükdeveci [2010] ECR I365, став 46).

19 Меѓутоа, треба да се наведе дека Судот го утврдил постоењето на начелото на недискриминација врз основа на возраст, кое треба да се гледа како основно начело на правото на ЕУ и кое конкретно се изразува во Директивата 2000/78 од областа на вработувањето и занимањето (види, за таа цел, Küçükdeveci, став 21). Забраната за каква било дискриминација врз основа на, меѓу другото, возраст е изложена во член 21 од Повелбата за основни права на Европската Унија („Повелбата“), која од 1 декември 2009 г. има ист правен статус како и Договорите.

20 Со цел начелото на недискриминација врз основа на возраст да важи во ситуација слична на оваа која е предмет на главната постапка, таа ситуација мора да спаѓа во доменот на правото на ЕУ. (Küçükdeveci, став 23).

21 Така е во конкретниов случај. Прво, член 6а од Законот против дискриминација е наменет да го имплементира член 6, став (2) од Директивата 2000/78. Токму во тој контекст, и во секој случај, по датумот на истекување на периодот пропишан за засегнатата земјата-членка за транспонирање на Директивата 2000/78, кој за Кралството Данска заврши на 2 декември 2006 г. се смета дека во конкретниов случај постоело наводното дискриминирачко однесување.

22 Второ, професионалниот пензиски план кој беше предмет на главната постапка, кој е наводно дискриминирачки, спаѓа во доменот на Директивата 2000/78.

23 Како што се гледа од насловот и од преамбулата како и од нејзината содржина и цел, Директивата 2000/78 е наменета да определи општа рамка со цел да се обезбеди еднаков третман во „вработувањето и занимањето“ за сите луѓе, преку овозможување ефективна заштита против дискриминација по која било основа наведена во член 1 од таа директива, вклучувајќи и по основа на возраст.

24 Особено се гледа од член 3, став (1), точка (с) од Директивата 2000/78 дека директивата треба да се примени, во рамките на надлежноста пренесена на Европската Унија „на сите лица од приватниот и јавниот сектор, вклучувајќи ги и јавните институции“ во врска со, меѓу другото, „вработување и работни услови, вклучувајќи и отпуштања и плата“.

25 Во тој контекст, опфатот на Директивата 2000/78 треба да се разбере во смисла на член 3, став (1), точка (с) и став (3) од директивата, читан во врска со воведната забелешка 13 во преамбулата на директивата, како да ги исклучува плановите на социјално осигурување и социјална заштита, чишто привилегии не се еквивалентни на „плата“, согласно значењето на тој термин дадено во член 157(2) TFEU и сите плаќања од страна на државата со цел овозможување пристап до вработување или задржување на вработувањето (предмет C267/06 Maruko [2008] ECR I1757, став 41, и предмет C147/08 Römer [2011] ECR I3591, став 32).

26 Согласно значењето на член 157(2) TFEU платата вклучува секоја сегашна или идна исплата, во пари или стоки/услуги која работникот ја примил, иако индиректно, во врска со работниот однос, од страна на неговиот работодавач (види особено, предмет C262/88 Barber [1990] ECR I1889, став 12).

27 Во предметот на главната постапка, се расправа за придонесите на работодавачот („Експеријан“) платени на неговите вработени за време на конкретниот ангажман, а не за пензиските бенефиции коишто треба да се исплатат по нивното пензионирање.

28 Понатаму, обврската на работодавачот да ги плаќа тие придонеси произлегува исклучиво од договорот за вработување, склучен помеѓу таа компанија и нејзините вработени и не му е наметната со закон. Финансирањето на професионалниот пензиски план кој е предмет на главната постапка се врши и од страна на работодавачот, во износ од 2/3 од придонесите, и од вработениот, во износ од преостанатата третина, без државата воопшто да придонесува, така што планот е дел од исплатата што работодавачот ја врши кон вработените.

29 Несомнено е дека придонесите не се исплаќаат директно на вработениот, туку во неговиот личен пензиски фонд. Сепак, како што изјави „Експеријан“ во одговор на прашањето поставено од Судот, секој вработен има пристап до својот пензиски фонд и одучува, со помош на специјализирани пензиски советници, како ќе се инвестира заштедената сума со цел да се користи пензија.

30 Следствено, придонесите на работодавачот, платени според планот кој е предмет на главната постапка, се директна повластица во готовина која ја исплаќа работодавачот на работникот во врска со работниот однос и затоа претставуваат „плата“ согласно значењето на член 157(2) TFEU. Следствено, тие спаѓаат во доменот на Директивата 2000/78.

31 Од горенаведеното следува дека врз основа на начелото на недискриминација врз основа на возраст, содржано во член 21 од Повелбата и конкретно изразено во Директивата 2000/78, прашањето дали правото на ЕУ го исклучува професионалниот пензиски план кој е предмет на главната расправа мора да се разгледа.

32 Следствено, второто прашање мора да се разбере како всушност да се однесува на тоа дали принципот на недискриминација врз основа на возраст, содржан во член 21 од Повелбата и конкретно изразена од Директивата 2000/78, и посебно, членовите 2 и 6, став (2) од таа директива, треба да се интерпретира како да го исклучува професионалниот пензиски план според кој работодавачот плаќа, како елемент на плата, пензиски придонеси кои се зголемуваат со возраста.

33 За да се одговори на тоа прашање нужно е пред сè да се утврди дали професионалниот пензиски план, кој е предмет на главната постапка, прави разлика во третманот врз основа на возраст.

Постоењето на различен третман врз основа на возраст

34 Според член 2, став (1) од Директивата 2000/78, „начелото на еднаков третман“ треба да се разбере дека забранува каква било директна или индиректна дискриминација по која било од основите наведени во член 1 од таа директива, кои ја вклучуваат и возраста. Член 2, став (2), точка (а) од таа директива наведува дека, заради применување на член 2, став (1), директна дискриминација ќе се смета дека постои кога едно лице се третира полошо отколку што се третира, било третирано или би се третираше друго лице во слична ситуација, по кои било од основите содржани во член 1 од таа директива;

35 Г-ѓа Кристенсен, која на датумот на нејзиното вработување имала помалку од 35 години, добивала исплата на придонеси од работодавачот „Експеријан“ во нејзиниот пензискиот план во износ од 6% од нејзината основна плата. Нејзината месечна плата, составена од основна плата плус придонесите на работодавачот, била пониска отколку целата месечна плата на вработен на истата основна плата, кој имал над 35 години. За вработените во „Експеријан“ на возраст од 35-45 години, придонесите на вработениот се 8% од основната плата, додека за вработените над 45 години тие изнесуваат 10% од нивната плата. Фактот што целосната месечна плата на помладите вработени е пониска, и соодветно, фактот што тие биле третирани на понеповолен начин е директно врзан за возраста.

36 Следува дека професионалниот пензиски план кој е предмет на главната постапка прави разлика во третманот врз основа на возраста.

37 Второ, неопходно е да се разгледа дали таа разлика во третманот претставува дискриминација, забранета од начелото на недискриминација врз основа на возраста, изразено во член 21 од Повелбата и конкретно изразено во Директивата 2000/78.

38 Член 6, став (2) од Директивата 2000/78, на кој алудира упатувачкиот суд во своето второ прашање, вели дека земјите-членки во одредени околности може да одредат дека нееднаквиот третман не претставува дискриминација врз основа на возраст.

39 Затоа неопходно е да се разгледа дали различниот третман, утврден во став 36 од оваа пресуда може да биде оправдан според член 6, став (2) од Директивата 2000/78.

Оправданоста според член 6, став (2) од Директивата 2000/78 за разликата во третманот врз основа на возраст

40 Според член 6, став (2) од француската верзија на Директивата 2000/78, земјите-членки може и покрај член 2, став (2) од Директивата 2000/78, *'ne constitue pas une discrimination fondée sur l'âge la fixation, pour les régimes professionnels de sécurité sociale, d'âges d'adhésion ou d'admissibilité aux prestations de retraite ou d'invalidité, y compris la fixation, pour ces régimes, d'âges différents pour des travailleurs ou des groupes ou catégories de travailleurs et l'utilisation, dans le cadre de ces régimes, de critères d'âge dans les calculs actuariels, à condition que cela ne se traduise pas par des discriminations fondées sur le sexe'* [„определувањето возрасни граници за влез во професионалните шеми на социјално осигурување или за добивање право на или бенефиции за инвалидитет, вклучувајќи го и определувањето возрасни граници за вработените или за групи или категории на вработените, и употребата, во контекст на тие шеми, на возрасните критериуми во статистички пресметки, не претставува дискриминација врз основа на возраст, доколку ова не резултира во дискриминација врз основа на пол“]

41 Данската верзија на член 6(2) од таа директива се разликува од текстот кој е изложен во претходниот став од оваа пресуда по тоа што посебно не посочува на, *'prestations de retraite ou d'invalidité'* [„пензиски или инвалидски бенефиции“].

42 Во контекст на ова, треба да се наведе дека според востановената судска пракса одредбите на правото на ЕУ треба да се толкуваат и применуваат подеднакво, со оглед на верзиите кои постојат на сите јазици во Европската унија. Кога постои разлика помеѓу различните јазични верзии на некоја одредба од правото на ЕУ, конкретната одредба мора да толкува со повикување на општата шема и целта на правилата чиј составен дел е (види и предмет C280/04 Jyske Finans [2005] ECR I10683, став 31, и наведената судска пракса).

43 Што се однесува до верзиите на член 6, став (2) од Директивата 2000/78 на другите јазици на Европската унија, тие јасно посочуваат, како на пр. француската верзија, изнесена во став 40 од оваа пресуда, на определувањето возрасни граници во професионалните шеми на социјално осигурување за влез во шемите или за добивање на право на пензија или инвалидски бенефиции. На пример, шпанската јазична верзија од оваа одредба се однесува на „определувањето возрасни граници за влез во професионалните шеми на социјално осигурување, за бенефиции или за право на пензионирање или инвалидски бенефиции“, додека полската јазична верзија од истата одредба ги користи зборовите *„ustalenie, dla systemów zabezpieczenia społecznego pracowników, wieku przyznania lub nabycia praw do świadczeń emerytalnych lub inwalidzkich“*.

44 Формулацијата на член 6, став (2) од Директивата 2000/78 во цитираните верзии во претходниот став од оваа пресуда, понатаму сугерира дека таа одредба се применува само на случаите кои се таксативно наведени таму. Така, ако правото на ЕУ имало намера да го прошири опфатот на таа одредба и надвор од случаите наведени таму, тоа би било кажано експлицитно, преку користење, на пример на прилошката фраза „меѓу другото“.

45 Генералната идеја и целта на Директивата 2000/78 го поддржуваат заклучокот дека директивата му дава специфични изразувања во сферата на работните односи и занимањето на начелото на недискриминација врз основа на возраст, кое се смета за општо начело на правото на ЕУ (види, во тој контекст, Küçükdeveci, член 21). Забраната за дискриминација по кој било основ, меѓу другото, и по возраст, е понатаму изложена во член 21 од Повелбата, која од 1 декември 2009 г. има ист законски статус како и Договорите (Treaties).

46 Бидејќи член 6, став (2) од Директивата 2000/78 дозволува земјите-членки да направат исклучок од начелото на недискриминација врз основа на возраст, таа одредба мора да се толкува рестриктивно (види предмет *C546/11 Dansk Jurist- og Økonomforbund [2013] ECR*, став 41).

47 Толкувањето на член 6, став (2) од Директивата 2000/78 според кое одредбата се однесува на кој било професионален план за социјално осигурување би имал ефект на проширување на опсегот, спротивно на рестриктивната природа на толкувањето на кое треба да биде подложена таа одредба (*Dansk Jurist- og Økonomforbund*, став 42).

48 Следува дека член 6, став (2) од Директивата 2000/78 се однесува само на професионални шеми за социјално осигурување кои го покриваат ризикот од старост и инвалидитет (*Dansk Jurist- og Økonomforbund*, став 43).

49 Во ваков случај, дури и ако покачувањата на пензиските придонеси врз основа на возраста се дел од професионалните планови за социјално осигурување кои го покриваат ризикот од старост, таквите покачувања би требало да спаѓаат и во случаите наведени во член 6, став (2) од Директивата 2000/78, имено „поставувањето...на старосни граници за влез или добивање на право на пензиски или инвалидски бенефиции“ „вклучително и „употребата ...на возрасниот критериум во статистичките пресметки“.

50 Во врска со ова мора да се посочи дека професионалниот пензиски план кој е предмет на главната постапка не поставува никаква возраст за добивање на пензиски повластици со оглед што вработените во „Експеријан“ автоматски се вклучуваат во шемата по девет месеци работа на конкретен ангажман. Следствено, зголемувањата на пензиските придонеси кои беа предмет на главната постапка не вклучуваат, како такви „определување...на возрасна граница за добивање право на пензиски...бенефиции“, како што беше посочено во член 6, став (2) од Директивата 2000/78.

51 Данските, белгиските и германските влади, како и Европската комисија поднесоа толкувања според кои таа одредба се однесува не само на фиксирањето граници за стекнување право на пензиски бенефиции туку, а fortiori, и на полесни форми на дискриминација врз основа на возраст, како што е предметот на главната постапка.

52 Тој аргумент не може да се прифати. Прво, пензиските бенефиции кои се предмет на главната расправа се дел, како што беше утврдено во став 30 од оваа пресуда, од платата на вработените во „Експеријан“. Следствено, зголемувањата врз основа на возраста во тие придонеси произведуваат ефект кој оди над чистото поставување на возрасни граници за стекнување со право на пензиски бенефиции. Второ, како што беше истакнато во став 46 од оваа пресуда, член 6, став (2) од Директивата 2000/78 треба да се толкува рестриктивно. Следствено, не сите аспекти на професионалните планови на социјално осигурување кои го покриваат ризикот на старост и инвалидитет, како на пример, меѓу другото, определувањето на износот на придонеси кон планот, спаѓаат во рамките на таа одредба, туку само оние кои се стриктно наведени таму.

53 Поради истата причина, определувањето на износот за придонесите не може да се подведе под „употреба на возрасните критериуми во статистички пресметки“, како што е посочено во член 6, став (2) од Директивата 2000/78, бидејќи ја нема формата на поставување возрасни граници за стекнување право на влез во шемата или на пензиски бенефиции.

54 Следува дека зголемувањата во пензиските придонеси врз основа на возраста не спаѓаат во доменот на член 6, став (2) од Директивата 2000/78.

Оправдувањето, според член 6, став (1) од Директивата 2000/78, за разликата во третманот врз основа на возраст

55 Со оглед дека возрасните зголемувања на придонесите на вработениот претставуваат различен третман врз основа на возраст кој не спаѓа во доменот на член 6, став (2) од Директивата 2000/78, како што беше утврдено во член 54 од оваа пресуда, соодветно е да се разгледа дали таа мерка може да биде оправдана врз основа на член 6, став (1) од таа директива.

56 Иако упатувачкиот суд ги ограничил своите прашања на толкувањето на член 6, став (2) од Директивата 2000/78, тоа не го спречува Судот да му ги даде на националниот суд сите елементи на интерпретација на правото на ЕУ, кои може да бидат од помош во конкретната пресуда за предметот,

без разлика дали тој суд конкретно упатил на нив во своето прашање (види, во тој контекст, предметот C503/09 Stewart [2011] ECR I6497, став 79, и наведената судска пракса).

57 Според првиот став од член 6, став (1) од Директивата 2000/78, разликата во третманот врз основа на возраст не претставува дискриминација кога, во контекст на националното право, таа е објективно и разумно оправдана со некоја легитимна цел, вклучително и со политиката на работните односи, пазарот на труд и стручното усовршување, како и кога средствата за остварување на таа цел се соодветни и неопходни.

58 Што се однесува најпрво до прашањето дали професионалниот план кој е предмет на главната постапка има легитимна цел, „Експеријан“ и данската влада оспоруваат дека планот е наменет (1) прво да им овозможи на постарите работници кои стапуваат на работа кај „Експеријан“ во подоцнежна фаза од нивниот живот, да акумулираат разумни пензиски фондови во релативно краток временски период на придонесување. Второ, наменета е да ги вклучи младите работници во истиот професионален план релативно рано и во исто време да им овозможи да располагаат со поголем процент од своите плати, при што предвид се зема пониската односна стапка на придонеси. Шемата на таков начин овозможува начин за сите вработени во „Експеријан“ да акумулираат разумни пензиски заштеди кои ќе ги имаат на располагање по пензионирањето.

59 Според „Експеријан“, порастот во пензиските придонеси што ја карактеризираат шемата за која се расправа се оправдани (2) преку потребата да се покријат ризиците од смрт, инвалидитет или сериозна болест, чијашто цена расте со староста. Дел од тие придонеси е наменет да се покријат таквите ризици.

60 Во оваа смисла треба да се наведе дека согласно важечкото право на ЕУ, земјите-членки и, каде соодветно, социјалните партнери на национално ниво уживаат широка дискреција во нивниот избор, не само да се спроведува одредена цел во сферата на социјалната и трудовата политика, туку исто така и во определувањето на мерките со кои целта може да се постигне. (Случај C411/05 Palacios de la Villa [2007] ECR I8531, став 68). (Случај C411/05 Palacios de la Villa [2007] ECR I8531, став 68).

61 Таквите согледувања исто така се однесуваат и на целите кои е планирано да се постигнат со професионалниот пензиски план во договорот за вработување, кој беше разгледуван во главната постапка.

62 Целите на кои е посочено во ставовите 58 and 59 од оваа пресуда, кои ги земаат предвид интересите на сите вработени во „Експеријан“ од гледна точка на социјалните, работните односи и трудовиот пазар, со цел да се обезбедат значителни заштеди кога вработениот ќе се пензионира, може да се сметаат за легитимни.

63 На второ место треба да се определи дали зголемувањата на придонесите по основ на возраст се во согласност со начелото на пропорционалност, односно, дали тие се соодветни и неопходни за постигнувањето на тие цели.

64 Што се однесува пред сè, на соодветноста на таквите зголемувања по основ на возраст, се чини дека, како резултат на примената врз постари работници со повисоки стапки на пензиски придонеси на работодавецот и вработениот, примената на зголемувањата по основ на возраст овозможува тие работници да акумулираат разумен пензиски капитал, дури и во случаите кога тие релативно скоро пристапиле кон конкретниот план. Таквите зголемувања исто така им овозможуваат на помладите работници да стапат во шемата, бидејќи шемата е отворена за секој вработен на „Експеријан“ без разлика на возраста, налагајќи им полесен финансиски товар, при што придонесите на помладите вработени се пониски од придонесите кои се плаќаат од страна на постарите работници.

65 Исто така примената на повисоките пензиски стапки на придонеси на работодавците и на вработените генерално се чини оправдана, бидејќи поголем дел од овие придонеси се остава на страна за да ги покрие ризиците на смрт, инвалидитет или сериозна болест, чијашто појава, статистички, е многу поверојатна кај постарите работници.

66 Во такви околности не изгледа неразумно да се смета дека придонесите се во прилог на остварување на целите посочени во став 58 и 59 од оваа пресуда.

67 Сепак, треба да се посочи дека, во согласност со востановената судска пракса, една мерка е оправдана за постигнување на посакуваните цели само ако вистински се стреми кон постигнување на тие цели, на конзистентен и систематски начин (здружени случаи *C159/10 и C160/10 Fuchs and Köhler* [2011] ECR I6919, став 85).

68 Останува на националниот суд да одлучи дали зголемувањето на придонесите по основ на возраст го исполнуваат тоа барање, притоа водејќи сметка таквите зголемувања да не ја преминат границата за постигнување на зацртаните цели. Во врска со последново, националниот суд треба, меѓу другото, да разгледа дали штетата која е резултат на забележаната разлика во третманот е предизвикана од бенефициите на професионалниот пензиски план кој е предмет на главната постапка. Националниот суд особено треба да го земе предвид фактот дека, прво, г-ѓа Кристенсен имала корист од тој план сè додека примала придонеси од страна на нејзиниот работодавач во нејзино име, и второ, дека понискиот износ на придонесите на работодавачот одговара на понискиот износ на придонесите на вработениот, како што процентот од основната плата што г-ѓа Кристенсен требало да го плати за пензиските придонеси бил понизок од тој што се плаќа од работник над 45 години старост. Националниот суд треба да ги одмери ваквите согледувања.

69 Со оглед на сите претходни согледувања, одговорот на второто прашање е дека начелото на недискриминација врз основа на возраст, изложено во член 21 од Повелбата и конкретно изразено во Директивата 2000/78, посебно во членовите 2 и 6, став (1) од таа директива, треба да се толкува како да не е спротивно на професионалниот пензиски план според кој работодавецот плаќа, како дел од платата, пензиски придонеси кои растат со возраста, земајќи предвид дека разликата во третманот врз основа на возраст која произлегува од таму е соодветна и неопходна за да се постигне легитимна цел, којашто треба да ја утврди националниот суд.

Првото прашање

70 Со оглед на одговорот кој беше даден на второто прашање, нема потреба да се одговара првото прашање.

Трошоци

71 Бидејќи за страните на главната постапка овие постапки се дел од постапката која е во тек пред националниот суд, одлуката за трошоците е прашање за тој суд. Трошоците за поднесување забелешки до Судот, освен трошоците на тие страни, се неповратни.

Врз тој основ Судот (Вториот судски совет) ја носи следната одлука:

Начелото на недискриминација врз основа на возраст, изложено во член 21 од Повелбата за основните права на Европската унија и конкретно изразено во Директивата на Советот 2000/78/ЕС, од 27 ноември 2000 г., која воспоставува општа рамка за еднаков третман во работните односи и занимањето, и особено, членовите 2 и 6, став (1) од таа директива, треба да се толкуваат како да не го исклучуваат професионалниот пензиски план според кој работодавачот плаќа, како дел од плата, пензиски придонеси кои растат со возраста доколку разликата во третманот врз основа на возраст, која произлегува од таму, е соодветна и неопходна за да се постигне легитимна цел, којашто треба да ја утврди националниот суд.

[Потписи]

Дискриминација врз основ на сексуална ориентација



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

ГОЛЕМ СУДСКИ СОВЕТ

СЛУЧАЈ ВАЛИАНАТОС И ДРУГИ ПРОТИВ ГРЦИЈА

(Жалби бр.29381/09 и 32684/09)

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

7 ноември 2013 година

Оваа пресуда е конечна. Истата може да подлежи на редакциски измени.

Во случајот **Валианатос и други против Грција**

Европскиот Суд за човекови права (Голем судски совет), заседавајќи како Голем судски совет составен од:

Деан Спиелман, Претседател

Јозеп Казадевал,

Гвидо Рајмонди,

Инета Зиемеле,

Марк Вилигер,

Изабел Бери-Лефевр,

Пеер Лорензен,

Дануте Јочиене,

Мирјана Лазарова-Трајковска,

Леди Бианку,

Анжелика Нусбергер,

Јулиа Лафранк,

Паоло Пинто де Албукерке,

Линос-Александра Сицилианос,

Ерик Мосе,

Андре Поточки,

Алеш Пејцал, судии

и Мајкл О Бојл, помошник судски администратор,

Расправајќи во рамки на советот на 16 јануари и на 11 септември 2013 година, ја донесува следната пресудата која беше усвоена на второпосочениот датум:

ПОСТАПКА

1. Случајот започна со две жалби (бр. 29381/09 и бр. 32684/09) против Република Грција, поднесени пред Судот на 6 и на 25 мај 2009 година согласно членот 34 од Конвенцијата за заштита на човековите права и основните слободи (« Конвенција »): првата (бр. 29381/09) од страна на двајца жители на Грција, г-н Grigoris Vallianatos, роден во 1956 година и г-н Nikolaos Mylonas, роден во 1958 година а втората (бр. 32684/09) од страна на шест жители на Грција, С.С.,Е.Д.,К.Т.,М.Р.,А.Н.,D.N., и на здружението “ Синтеси - информација, сензибилизација, истражување », правно лице со седиште во Атина (жалба бр. 32684/09).

2. За жалбата бр. 29381/09, жалителите ги застапува грчкиот Хелсиншки монитор, невладин организација со седиште во Глика Нера (Атина). За жалбата бр. 32684/09, жалителите ги застапуваат г-н Н. Аливизатос и г-н Е. Малиос, адвокати од Адвокатската комора на Атина. Грчката влада (« Владата ») ја застапуваат нејзини претставници, г-ѓа А. Григориу и г-ѓа Г. Пападаки, судски помошници во Државниот судски совет, како и г-н Д. Калогирос, ревизор во Државниот судски совет.

3. Жалителите, поради воведувањето на « граѓанско партнерство » со Законот бр. 3719/2008, а кое е наменето единствено за парови составени од полнолетни лица од спротивниот пол, наведуваат дека во однос на членот 8 а во врска со членот 14 се нанесува повреда на нивното право за приватен и семеен живот и претставува неоправдана дискриминација меѓу хетеросексуалните парови и хомосексуалните парови на штета на последните.

4. Жалбите беа доставени до првиот оддел на Судот (член 52, став 1 од правилникот). На 3 февруари 2011 година одделот одлучи истите да ги достави во Владата. Како што е предвидено во членот 29, став 1 од Конвенцијата, Судот одлучи истовремено да се произнесе и за допуштеноста и за основаноста. Претседателката на Советот го одобри барањето за анонимност кое беше побарано од страна на првите шест жалители во жалбата бр. 32684/09 (член 47, став 3 од правилникот на Судот).

5. На 11 септември 2012 година Советот составен од: Нина Вајиќ, Пеер Лорензен, Елизабет Штејнер, Мирјана Лазарова Трајковска, Јулиа Лафранк, Линос-Александре Сицилианос и Ерик Мосе, како и од Сорен Ниелсен, судски администратор на одделот, се повлече од случајот за да може да го решава Големиот Совет, а ниту една од консултираните страни по тоа прашање не се спротивстави (член 30 од Конвенцијата и член 72 од правилникот). Големиот Совет беше составен согласно членот 26 став 4 и 5 од Конвенцијата и 24 од правилникот.

6. Жалителите и Владата доставија писмени забелешки во однос на допуштеноста и во однос на основаноста на жалбите (член 59, став 1 од правилникот). Забелешките беа доставени преку Советодавниот центар за правата на лицата во Европа (AIRE), Меѓународната Комисија на правници (CIJ), Меѓународната Федерација на лигата за човекови права (FIDH) и европското крило на International Lesbian, Gay, Trans and Intersex Association (ILGA-Europe) за кои Претседателот даде согласност за да се вклучат во писмената постапка (член 36, став 2 од Конвенцијата и член 44 став 3 од правилникот).

7. Се одржа јавна расправа во Палатата за човекови права во Стразбур, на 16 јануари 2013 година (член 59, став 3 од правилникот).

На која присуствуваа :

За тужената држава:

Г-ѓа А. Григориу, судија, член на Државниот Судски Совет

Г-н Д. Калогирос, ревизор во Државниот Судски Совет

Г-ѓа М. Германи, ревизор во Државниот Судски Совет, како претставници на државниот службеник;

За жалителите:

Г-ѓа Ц. Мекари, адвокат

Г-н Н. Аливизатос, адвокат, правни советници

Г-н П. Димитрас,

Г-н Е. Малиос, адвокат, советници,

Судот ги сослуша изјавите на г-ѓа Германи и на г-н Мекари и г-н Аливизатос.

ФАКТИ

1. ОКОЛНОСТИТЕ НА СЛУЧАЈОТ

8. Во однос на жалбата бр. 29381/09 жалителите се во врска и живеат заедно во Атина. Во однос на жалбата бр. 32684/09 првата и втората жалителка од една страна, како и третата и четвртата жалителка од друга страна, од многу оддамна се во врска и живеат заедно во Атина. Петтиот и шестиот жалител се во врска но поради професионални и општествени причини не живеат заедно. Од нив-

ните изводи од банка утврдуваме дека шестиот жалител го покрива социјалното осигурување на петтиот жалител. Седмиот жалител е непрофитабилно здружение кое меѓу другото дава и психолошка и морална поддршка на хомосексуални лица.

9. На 26 ноември 2008г. Законот бр.3719/2008, насловен како « Реформи за семејството, децата и општеството » стапи во сила. За првпат во Грција истиот воведува официјална форма на партнерство поинаква од брак а станува збор за « граѓанско партнерство ». Во членот 1 е наведено дека таков договор може да склучат само две полнолетни лица од спротивен пол.

10. Според извештајот со објаснувања за Законот бр.3719/2008, самиот граѓанско партнерство признава една општествена реалност, односно заедничко живеење надвор од брак и со тоа на лицата им се овозможува својот однос да го стават во една правна рамка која е пофлексибилна од институцијата брак. Во извештајот е наведено дека бројот на деца во Грција кои се родени во парови кои живеат заедно а не се во брачна заедница забележително се зголемува и претставува отприлика 5% од вкупниот број на деца родени во земјата. Статусот на жената која, по долги години заеднички брачен живот, се соочува без никаква поддршка, а особено во самохраните семејства, претставуваат голем проблем за кој е потребна законска заштита. Сепак религиозниот брак поседува неспоредлива вредност и заедно со граѓанскиот брак претставуваат најдобар избор за парови кои сакаат да основаат семејство и да си ги обезбедат сите правни, економски и општествени гаранции. Во извештајот се наведува дека со членот 8 од Конвенцијата се заштитува, низ призмата за право на приватен и семеен живот, заедничкото живеење надвор од брачна заедница и истакнува дека одреден број на Европски Држави правно признаваат форма на регистрирано партнерство за хетеросексуални или хомосексуални парови. Без да се дадат повеќе објаснувања, во извештајот се наведува дека договорот се однесува само за возрасни лица од спротивен пол. Се заклучува дека « граѓанското партнерство » претставува нова форма на партнерство а не вид на « флексибилен брак ». Според извештајот, институцијата брак не е ослабната со новиот закон затоа што потпаѓа под посебен правен режим од оној на « граѓанско партнерство ».

11. Пред спроведувањето на Законот бр.3719/2008 имаше жестока дебата. Црквата во Грција и официјално заведе став против законот. Во едно соопштение објавено на 17 март 2008 година од страна на Светиот Синод, граѓанското партнерство беше оквалификувано како « проституција ». Министерот за правда, пред надлежната собраниска комисија изјави :

« (...) Сметаме дека не треба да одиме подалеку. Не треба да ги вклучиме истополовите парови. Убедени сме дека барањата и потребите на грчкото општество не ни препорачуваат да одиме подалеку од ова ; како законодавец, политичката партија која е на власт мора да дава отчет пред грчкиот народ. Тој има сопствени убедувања и веќе е разговарано за овој проблем ; мислам дека тоа е патот кој треба да го следиме ».

12. Државната Комисија за човекови права во своите забелешки од 14 јули 2008 година за предлог законот се повикува на поимот семеен живот објаснувајќи дека содржината не е статична но се менува во зависност од развојот на обичаите (подолу ставови 21-24).

13. На 4 ноември 2008 година научниот совет на Собранието, советодавен орган под надлежност на Претседателот на Собранието, подготви извештај за спорниот закон. Во него, повикувајќи се на судската практика на Судот, се заклучува дека заштитата на сексуалната ориентација влегува во областа на спроведување на членот 14 од Конвенцијата а поимот « семејство » не ги подразбира само односите меѓу лица во рамки на институцијата брак но се однесува пошироко на односите de facto на семеен живот воспоставен надвор од брачни врски (страница 2 од извештајот).

14. За време на собраниската дебата на 11 ноември 2008 година. во однос на граѓанското партнерство, Министерот за правда изјави : « општеството денес се уште не е зрело за да прифати заедничко живеење на парови од ист пол ». Повеќе говорници инсистираа на фактот дека Грција ги прекршува своите меѓународни обврски а со тоа и членовите 8 и 14 од Конвенцијата поради тоа што хомосексуалните парови се исклучени од оваа одредба.

15. На 27 септември 2010 година Државната Комисија за човекови права упати писмо до министерот за Правда повторувајќи го својот став дека Законот бр.3719/2008 има дискриминаторска природа. Во тоа писмо Комисијата наведе дека е неопходно да се подготви предлог закон во кој граѓанското партнерство ќе се прошири и кон лица од ист пол.

II. ПРАВОТО И РЕЛЕВАНТНАТА ДОМАШНА И МЕЃУНАРОДНА ПРАКТИКА

А. Правото и домашната практика

1. Законот бр.3719/2008

16. Релевантните членови од Законот бр.3719/2008, гласат :

Член 1

Заклучок

« Договорот меѓу две возрасни физички лица од спротивен пол со кој се уредува нивното заедничко живеење (« граѓанско партнерство ») е склучен со нотарски акт во нивно присуство. Договорот е полноважен од моментот кога ќе се достави негова копија во матичната служба според местото на живеење на двајцата партнери. Истиот се заверува во посебен предмет во матичните служби ».

Член 2

Постапки

1. За да се склучи граѓанско партнерство треба да се поседува целосна деловна способност.
2. Склучување на граѓанско партнерство не е дозволен ако : а) едно од засегнатите лица или двете лица веќе склучиле брак или граѓанско партнерство, б) меѓу родители по крв (...) или по брак (...) и в) меѓу посвоител и посвоеник.
3. Непочитувањето на одредбите од членот 1 ќе го прогласи за ништовен граѓанското партнерство ».

Член 3

Ништовност на договорот

« Договорните страни или било кое лице кое ќе се повика на легитимниот семеен или финансиски интерес може да побараат ништовност на граѓанското партнерство согласно претходниот член. Обвинителот може, по службена должност, да побара поништување на граѓанското партнерство ако истиот го нарушува јавниот ред ».

Член 4

Раскинување

1. Граѓанското партнерство се раскинува: а) со согласност меѓу страните во форма на договор заверен на нотар во нивно присуство, б) со еднострана изјава на нотар откако другата страна е писмено известена од судски записничар и в) полноправно во случај да договорните страни стапат меѓусебно во брак или доколку еден од нив стапи во брак со трето лице.
2. Раскинувањето на граѓанското партнерство стапува во сила во моментот на доставувањето на нотарскиот акт или едностраната изјава кај матичарот кој го заверил граѓанското партнерство».

Член 5

Презиме

« Со граѓанското партнерство не се менува презимето на договорните страни. Секој од нив може, доколку другиот е согласен, да го користи неговото презиме или на своето да го додаде неговото во општествените контакти ».

Член 6

Финансиски односи

« Финансиските односи на договорните страни особено за имотот стекнат за време на граѓанското партнерство (имот стекнат во брак) може да биде уреден со граѓанското партнерство или со нотарски акт склучен покасно. Во случај на непостоење на договор за имот стекнат во брак, по раскинувањето на договорот секоја од договорните страни има право на дел од имотот на другиот. Ова право не се однесува на наследниците, истото не може да се отстапи или пренесе преку наследство а е наменето против наследниците на договорната страна. Барањето важи за рок од две години од моментот на раскинување на договорот ».

Член 7

Обврска за издржување по раскинување на договорот

« 1. Според граѓанското партнерство или нотарскиот акт склучен покасно, една од договорните страни може да се обврзе да плаќа одредена сума за издржување на другата страна, или и двете договорни страни можат да се обврзат на тоа, единствено само кога едната или другата договорна страна, по раскинувањето на договорот, не може сама да се издржува. Оној кој не е во состојба да плаќа одредена сума за издржување како што се обврзал и притоа се нарушува неговото сопствено издржување, нема обврска истата да ја исплаќа. Оваа обврска нема да се однесува ниту на наследниците на лицето кое што должи.

2. Во однос на правото за издржување, истото е дел од граѓанското партнерство и лицето има исто ниво како на разведен сопружник во однос на лицето кое што должи.

3. По раскинувањето на граѓанското партнерство, лицето кое должи сума за издржување, не може да надвлее таква обврска за да се ослободи од неа, целосно или делумно, од својата обврска да придонесува (во издржувањето на) својот сопружник или неговите малолетни деца или нив да им исплаќа алиментација.

4. Без да им се наштети на ставовите 2 и 3, договорната обврска која е наведена во ставот 1 е поважна од обврската да се издржуваат други лица освен корисникот (на издршка) кој по раскинувањето на договорот не е во можност да ги задоволи своите потреби само со сопствени средства ».

Член 8

Презумпција на татковство

« 1. Дете родено за времетраењето на граѓанското партнерство или триста дена по раскинувањето или поништувањето на истиот може да претпостави дека негов татко е човекот со кого неговата мајка го склучила договорот. Оваа презумпција се укинува со неотповиклива судска одлука. Членовите 1466 и наредните од граѓанскиот законик и членовите 614 и сите наредни од законот за граѓанска постапка се спроведуваат по аналогија.

2. Ништовноста или раскинувањето на договорот нема влијание врз татковството на децата ».

Член 9

Презиме на децата

« Дете родено за времетраењето на граѓанското партнерство или триста дена по раскинувањето или поништувањето на истиот, го носи презимето избрано од неговите родители во заедничка и неотповиклива изјава која е потпишана во договорот или во нотарски акт склучен покасно, а составен пред раѓањето на првото дете. Избраното презиме е заедничко за сите други деца и задолжително тоа е едно од презимињата на еден од родителите или комбинација од нивните презимиња. Во никој случај не може да има повеќе од две презимиња. Ако не постои таква изјава, детето ќе има презиме составено од презимињата на двајцата родители. Ако презимето на еден од родителите или на двајцата родители е сложено, презимето на детето ќе биде составено од првото од двете презимиња ».

Член 10

Родителски авторитет

« 1. Родителскиот авторитет врз дете родено за времетраењето на граѓанското партнерство или триста дена по раскинувањето или поништувањето на истиот им припаѓа на двајцата родители и заеднички се остварува. Одредбите од граѓанскиот законик кои се однесуваат на родителскиот авторитет врз деца родени во брачна заедница се спроведуваат по аналогија.

2. Ако граѓанското партнерство е раскинато поради причини наведени во членот 2 и 4 од овој закон, тогаш членот 1513 од граѓанскиот законик се спроведува по аналогија за родителскиот авторитет ».

Член 11

Наследство

« 1. По престанувањето на граѓанското партнерство поради смрт, живото лице поседува наследно право. Ако покрај тоа лице има наследници од прв ред, тој или таа ќе наследи една шестина од имотот на партнерот. Доколку останатите наследници се од друг наследен ред, тој или таа ќе наследи една третина, и ако еден од партнерите почине, а не остави имот и без да има други наследници, преживеаниот партнер ќе го наследи целиот имот.

2. Живото лице има право на нужен дел од наследството кое изнесува половина од делот кој би му припаднал како *ab intestat*. (...).

3. Членовите 1823 и наредните, како и 1839 и наредните и 1860 од граѓанскиот законик се спроведуваат по аналогија. ».

Член 13

Поле на примена

« Овој закон се применува за секое граѓанско партнерство склучен во Грција или пред некоја грчка конзуларна установа. Во сите други случаи, правото кое ќе се спроведува е правото кое е уредено со прописите од меѓународното приватно право ».

2. Граѓански законик

17. Релевантни членови од граѓанскиот законик се следните:

Член 57

« Лице чија личност е повредена на нелегален начин има право да бара укинување на повредата, дури и нејзино неповторување во иднина (...).

Во спротивно, не е исклучено правото за надомест на штета, според одредбите кои се однесуваат на незаконски акт».

Член 59

« За случаи предвидени во двата претходни члена, судот може во пресуда, која е побарана од страна на повредената жртва а врз основа на природата на повредата, да го осуди лицето кое згрешило и на жртвата да и ја надомести претрпената нематеријална штета. Тој надомест може да биде во вид на исплата на одредена парична сума, објавување на оглас или секоја друга мерка во зависност од околностите. ».

Член 914

« Секој кој повредувајќи го законот, поради своја грешка предизвикува штета на друго лице мора истата и да ја надомести ».

Член 932

« Независно од висината на штетата настаната со незаконски акт, судот може според сопствено расудување да побара разумен финасиски надомест на штета за нематеријална штета. Ова правило може да го искористи секој кој претрпел штета по здравјето, честа или скромноста или кој бил лишен од својата слобода. Во случај на смрт на маж, надоместот може да биде доделен на семејството на жртвата во име на *pretium doloris* ».

Член 1444

« (...) »

Правото на надомест за издржување престанува доколку оној кој треба тоа да го обезбеди повторно се ожени/омажи или ако е во стабилна врска со друго лице или живее во слободна заедница (...)».

3. Дополнителниот закон на граѓанскиот законик

18. Членовите 104 и 105 од дополнителниот закон на граѓанскиот законик гласат:

Член 104

« Согласно одредбите од граѓанскиот законик кој се однесува на правни лица, Државата е одговорна за прописите или за непостоењето на соодветни органи за делување од областа на приватно право или приватното културно наследство. ».

Член 105

« Државата е таа која обезбедува обесштетување за активности или незаконски пропуст кој го направиле органите во спроведувањето на јавната власт, освен во случаи кога активноста или пропустот настанале поради непочитување на некоја одредба поради одржување на јавниот интерес. Лицето кое згрешило е одговорно заедно со Државата, освен ако не постојат специјални одредби за одговорност на министрите. ».

19. Овие одредби го воспоставуваат концептот на посебен акт за надомест од јавното право, создавајќи договорна одговорност на Државата. Оваа одговорност произлегува од активност или незаконски пропуст кои можат да бидат и правни акти но и материјални прописи на администрацијата, во принцип вклучувајќи ги и неизвршните акти. Допуштеноста на активност за надомест треба да исполни еден услов: незаконска природа на прописот или на пропустот.

20. Пресудите бр. 1141/1999, 909-910/2007, 1011/2008, 3088/2009, 169/2010 и 2546/2010 на Државниот Совет се примери на судска практика за повикување на договорна одговорност на Државата во случај на неуставност на некој закон. Особено во својата пресуда бр. 1141/1999 за законодавно отповикување на правото кое им е доверено на родители во многубројно семејство да возат автобуси за јавна цел, Вишиот управен суд ја одби жалбата за надомест поради тоа што законот кој се спроведувал не бил неуставен. Во своите пресуди бр. 909-910/2007 и 169/2010 Државниот совет призна дека граѓанската одговорност на Државата се состои во тоа што таа поставила јавни рекламни паноа покрај јавните патишта и со тоа ја прекршила Виенската конвенција за сообраќајна патна сигнализација. Во својата пресуда бр. 1011/2008 во однос на барањето за надомест поради ограничување по законски пат за право на сопственикот да гради на својата сопственост, барателот беше одбиен, сметајќи дека граѓанската одговорност на Државата не може да биде доведена во прашање поради одредба која била на штета на некоја норма која има виша правна сила за да служи на јавниот интерес. Во својата пресуда бр. 3088/2009 Државата требаше да ги обесштети странките затоа што законодавецот пропуштил да признае професионална квалификација, по системски пат, на категорија на дипломирани лица од Виши технолошки институти. И на крај, во својата пресуда бр. 2546/2010, Вишиот управен суд смета дека Државата е граѓански одговорна затоа што почнала обесштетување на пет земјоделци, наведени по име во посебен закон, поради невреме кое ја уништило нивната реколта, а пропуштила да го обесштети шестиот земјоделец кој се повредил за време на истите околности.

4. Извештај на Националната комисија за човекови права

21. Основана во 1998 година, со оваа Комисија раководи Претседателот на Владата. Истата е надлежна за подготовка и за објавување на извештаи кои се однесуваат на заштитата на човековите права, било по сопствена иницијатива или на барање на Владата, Собранието или невладини организации.

22. На 14 јули 2008 година Комисијата едногласно го усвои извештајот кој содржи предлози за предлог законот насловен како : « Реформи за семејството, децата и општеството ». Комисијата потврди дека не може да ја разбере причината поради која предлог законот е така именуван, во кој сепак се дозволува нов вид на заедничко живеење. Комисијата додава и дека предлог законот делумно, избрзано и недоволно оправдано ги менува одредбите од граѓанскиот законик кои се однесуваат на правото на семејство без претходно да биде организирана јавна консултација со општествените, академските и професионалните чинители.

23. Во својот извештај, Комисијата наведува и дека според одредени реченици во извештајот за објаснување на предлог законот, пишувачите на законот го подразбираат граѓанското партнерство како еден вид на правна институција пониска од брак. Комисијата додава и дека, покрај референтното објаснување на извештајот за усвојување на граѓанското партнерство од страна на други Европски држави, кој е наменет за хомосексуални парови, истиот не нуди никакво оправдување за нивното исклучување во примената на предлог законот.

24. Во тој поглед, Комисијата потсетува дека од 2004 година ги повикала компетентните власти правно да го признаат граѓанското партнерство за парови од ист пол. Во својот предлог, комисијата се повикува на развојот на меѓународното право на таа тема, а особено се повикува на судската практика на Судот во однос на членовите 8 и 14 од Конвенцијата. Комисијата смета дека грчката држава ја пропуштила единствената можност да ги поправи сторените дискриминации врз хомосексуалните парови во однос на можноста да основаат граѓански партнерства признати со закон. Комисијата истакнува дека законодавството се повикува на слободна заедница, еден вид на заедничко живеење кое претставува алтернатива за брак за лица од спротивен пол. Комисијата смета дека воведувањето на таков договор е посоодветен за парови од ист пол отколку за парови од спротивен пол.

Б. Споредбено, европско и меѓународно право

1. Споредбено-правни материјали

25 Материјалите од споредбеното право со кои располага Судот во однос на воведувањето на официјална форма на заедничко живеење поинакво од брак во рамки на правниот поредок на државите членки на Советот на Европа, покажуваат дека девет држави (Белгија, Данска, Шпанија, Франција, Исланд, Холандија, Норвешка, Португалија и Шведска) признаваат брак склучен меѓу лица од ист пол. Седумнаесет држави членки (Германија, Андора, Австрија, Белгија, Шпанија, Финска, Франција, Унгарија, Исланд, Ирска, Лихтенштајн, Луксембург, Холандија, Република Чешка, Обединето Кралство, Словенија и Швајцарија) дозволуваат одредена форма на граѓански партнерства за парови од ист пол. Данска, Норвешка и Шведска го признаваат правото на брак меѓу лица од ист пол, но без да ја предвидат истовремено можноста за склучување на граѓанско партнерство.

26. Литванија и Грција се единствените држави во рамки на Советот на Европа кои освен брак (кој евозможен единствено за хетеросексуални парови) предвидуваат друга форма на регистрирано партнерство кое е наменето единствено за парови од спротивен пол.

2. Релевантни текстови на Советот на Европа

27. Во својата Препорака 924 (1981) за дискриминација во поглед на хомосексуалците, Парламентарното Собрание на Советот на Европа (ПССЕ) ги истакнува разните облици на дискриминација во поглед на хомосексуалците во одредени држави членки на Советот на Европа. Во својата Препорака 1474 (2000) за « состојбата на лезбејките и геј мажите во државите членки на Советот на Европа » ги повикува државите членки, да усвојат, меѓу другото, законодавство кое предвидува регистрирано партнерство. Во својата Препорака 1470 (2000) која се однесува на специфична тема за « состојбата на геј мажите и лезбејките и на нивните партнери за азил и имиграција во државите членки на

Советот на Европа » го замогува Комитетот на Министри да побара од државите членки да « ја преиспитаат својата политика на поле на социјалните права и заштита на мигрантите со цел да хомосексуалните парови и семејствата се третираат според истите права како и хетеросексуалните парови и семејствата (...) ».

28. Парламентарното Собрание на Советот на Европа, во својата Резолуција 1728 (2010) на Парламентарното Собрание на Советот на Европа, усвоена на 29 април 2010 година и насловена како « Дискриминација врз база на сексуална ориентација и родов идентитет », ги поканува државите членки да « го гарантираат правното признавање на парови од ист пол доколку државното законодавство предвидува такво признавање како што беше веќе препорачано од страна на Собранието во 2000 година », предвидувајќи меѓу другото и:

« 16.9.1. исти финансиски права и обврски како оние кои важат за хетеросексуалните парови;

16.9.2. статус на « близок »;

16.9.3. кога еден од партнерите е странец во парови од ист пол, мерките кои на тој партнер му овозможуваат да ги користи истите права кои постојат во местото на живеење како правата кои ги ужива странски партнер во хетеросексуален пар;

16.9.4. признавање на усвоените одредби од страна на другите држави членки кои даваат слични ефекти;

29. Во својата Препорака CM/Res (2015) за « мерки кои се однесуваат на борба против дискриминација врз база на сексуална ориентација или родов идентитет », Комитетот на Министри им препорачува на Државите членки:

« 1. да ги проучат постоечките законодавни и други мерки, да ги следат, да ги приберат и да ги анализираат релевантните податоци, со цел да се контролира и да се поправи секој облик на директна или индиректна дискриминација врз база на сексуалната ориентација или родов идентитет;

2. да следат дали законодавните и други мерки се борат против дискриминација врз база на сексуална ориентација или родов идентитет, да го гарантираат почитувањето на човековите права на лезбејки, геј мажи, бисексуалци и трансексуалци, да ја унапредуваат толеранцијата кон нив, истите да ги усвојат и спроведуваат на ефикасен начин;

(...)»

30. Во истата Препорака, наведено е дека:

« 23. Кога националното законодавство доверува права и обврски на невенчаните парови, Државите членки треба да ја гарантираат нивната примена без никаква дискриминација кон паровите од ист пол како и кон оние од различен пол дури и во поглед на придонесите за пензија на преживеаниот и правата за закуп.

24. Кога националното законодавство признава регистрирани партнерства меѓу лица од ист пол, државите членки треба да обезбедат нивниот правен статус и правата и обврските да бидат еднакви со оние кои важат за хетеросексуалните парови во слична ситуација.

25. Кога националното законодавство не признава ниту пак доверува права и обврски на регистрирани партнерства меѓу лица од ист пол или на невенчани парови, тогаш државите членки се повикани да ја испитаат можноста и да обезбедат, без никаква дискриминација дури и во однос на парови од спротивен пол и на парови од ист пол, правни и други средства кои ќе одговорат на практичните проблеми поврзани со општествената реалност во која живеат. »

3. Правото на Европската унија

31. Членовите 7, 9 и 21 од Повелбата за основните права на Европската унија, потпишана на 7 декември 2000 година и која стапи во сила на 1 декември 2009 година гласат :

Член 7

« Секој има право на почитување на неговиот приватен и семеен живот, дом и комуникации ».

Член 9

« Правото на склучување брак и правото на основање семејство се гарантирани во согласност со законите на државите со кои се уредува остварувањето на овие права ».

Член 21

« 1. Се забранува секаква дискриминација заснована врз пол, раса, боја, етничко или социјално потекло, генетски особености, јазик, религија или уверување, политичко или какво било друго мислење, припадност на национално малцинство, сопственост, раѓање, посебни потреби или сексуална ориентација.

2. Во рамките на примената на Договорот за основање на Европската заедница и на Договорот за Европската Заедница, и во контекст на специјалните одредби на тие договори, забранет е секаков вид на дискриминација врз основа на националност ».

32. Коментарот кој се однесува на Повелбата за основните права на Европската заедница, составен во 2006 година од страна на « ЕУ мрежа на независни експерти од областа на основните права » го најавува она што следи во членот 9 од Повелбата (неофицијален превод):

« Врз основа на тенденциите и новиот развој на внатрешното право во одреден број на земји кои посакуваат поголема отвореност и поголемо прифаќање на хомосексуалните парови, сепак одредени држави имаат јавни политики и/или прописи кои на експлицитен начин го отфрлуваат правото на склучување на брак на хомосексуални парови. Во моментот постои слабо правно признавање на постоење на односи на лица од ист пол и затоа бракот не е отворен кон хомосексуални парови. Поинаку кажано, внатрешното право во мнозинството Држави поаѓа од идејата дека идните сопружници се од различен пол. Сепак, во мал број на земји, како Холандија и Белгија, бракот на лица од ист пол е дозволен со закон. Во други земји, како на пример, скандинавските, е усвоено законодавство за регистрирани партнерства, а тоа значи дека најголемиот број од одредбите кои се однесуваат на брак, а особено правните последици за поделбата на имот, правото на наследство итн.. се спроведуваат и за овој вид на заедница. Во истовреме треба да се истакне и дека поимот « регистрирано партнерство » беше намерно избран за да се направи разграничување со брак и тој вид на договор е создаден како посебен вид на признавање на лични односи. Оваа нова институција по дефиниција е достапна само за парови кои неможат да се венчаат, а партнерството меѓу лица од ист пол го нема истиот статус и не ги ужива истите предности како бракот (...).

За да можат да се земат во предвид различните законодавства во однос на брак, во членот 9 од Повелбата постои повикување кон домашните закони. Така како што е напишано, оваа одредба има пошироко поле од предметните членови од другите меѓународни инструменти. Сепак, спротивно на другите инструменти за одбрана на човековите права, во членот 9 не е наведено само « маж и жена » а тоа значи дека ништо не се спротивставува на признавањето на односи меѓу лица од ист пол во поглед на брак. Сепак оваа одредба не значи дека домашните закони го олеснуваат тој тип на брак. Меѓународните судови и комитети сеуште се двоумат за отвореноста кон хомосексуални бракови. (...) ».

33. Одреден број на директиви покажуваат интерес во таа насока. Директивата бр. 2003/86/СЕ на Советот од 22 септември 2003 година за правото на семејно обединување ги утврдува условите под кои се спроведува правото за семејно обединување за граѓани од трети земји кои легално престојуваат на територијата на Државите членки.

Во својот член 4 од поглавјето « членови на семејство » во оваа директива е наведено:

« 3. Државите членки можат, преку законодавството или прописи да дозволат влез и престој, согласно оваа директива, и под услов за почитување на условите дефинирани во поглавјето IV, на невенчан партнер, граѓанин од трета земја кој со лицето кое сака да го обедини семејството има докажани трајни и стабилни односи или лицето од трета земја е поврзано со обединување преку регистрирано партнерство, согласно членот 5 став 2 (...)».

Членот 5 од истата директива гласи вака:

« 1. Државите членки одлучуваат дали барањето за влез и за престој треба да биде доставено до надлежните власти од засегнатата за групирање држава членка или од страна на членовите на семејството со цел да се спроведе правото за семејно обединување.

2. Кон барањето се приложуваат и докази кои ќе посведочат за постоењето на семејни врски почитувајќи ги условите предвидени во членовите 4 и 6 или во спротивно, во членовите 7 и 8 како и заверени копии од документите за патување на членовите на семејството.

Во спротивно, за да се добие доказ за постоењето на семејни врски, Државите членки можат да организираат средби со барателот за обединување и членовите на неговото семејство како и секаков вид неопходна истрага.

Во тек на разгледување на барање од невенчан партнер кој е цел на обединувањето г, државите членки го имаат предвид и претходното заедничко живеење за да можат да утврдат дали постојат семејни врски, како што е на пример заедничко дете, регистрирање на партнерството или секаков друг вид на веродостоен доказ.

(...) »

34. Директивата 2004/38/СЕ на Европскиот парламент и на Советот од 29 април 2004г. се однесува на правото на граѓаните на Заедницата и на членовите на нивните семејства слободно да се движат и да престојуваат на територијата на Државите членки.

Во членот 2 е дадена следната дефиниција:

« Согласно оваа директива, се подразбира под

(...)

2) « член на семејство » :

а) сопружник ;

б) партнер со кој граѓанинот на Заедницата склучил регистрирано партнерство врз основа на законодавството на една Држава членка ако согласно на законодавството на Државата членка домаќин регистрираните партнерства се еднакви на брак и почитувајќи ги условите предвидени во релевантното законодавство на Државата членка домаќин;

в) директните потомци кои имаат помалку од дваесет и една година или кои се издржуваат, и директните потомци на сопружникот или на партнерот како што е дефинирано под точката б ;

г) директни предци кои се издржуваат и оние на сопружникот или на партнерот како што е дефинирано под точката б ;

ПРАВО

1. СПОЈУВАЊЕ НА ЖАЛБИТЕ

35. Судот констатира дека во двете жалби жалителите се жалат дека паровите од ист пол се исклучени од примената на Законот бр.3719/2008. Бидејќи жалбите се слични врз основа на фактите и на суштинското прашање кое се поставува, Судот одлучува да ги спои и заеднички да ги разгледа во една пресуда.

II. ЗА НАВОДНАТА ПОВРЕДА НА ЧЛЕНОТ 14 ВО ВРСКА СО ЧЛЕНОТ 8 ОД КОНВЕНЦИЈАТА.

36. Жалителите наведуваат дека поради тоа што « граѓанското партнерство », кое е воведено со Законот бр.3719/2008 е наменето само за парови кои се полнолетни и од различен пол се повредува нивното право на приватен и семеен живот и претставува неоправдана дискриминација меѓу хетеросексуални парови и хомосексуални парови и тоа на штета на последните. Тие се повикуваат на членот 14 во врска со членот 8 од Конвенцијата, чии одредби гласат вака:

Член 14

« Уживањето на правата и слободите, признати со (...) 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 ».

Член 8

« 1. Секој човек има право на почитување на неговиот приватен и семеен живот, [и на] домот (...).

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 здравјето и моралот или заштитата на правата и слободите на другите, во едно демократско општество ».

А. За допуштеноста

Аргументи на страните

а) Владата

37. Владата најпрвин смета дека оваа жалба не е допуштена *ratione personae*. Што се однесува до здружението « Синтеси – информација, сензибилизација, истражување » поддржува дека, како правно лице, истото не може да се смета за директна ниту пак за индиректна жртва на сторени повреди. Освен тоа, Владата смета дека жалителите кои се физички лица не можат да се сметаат за жртви на повреда од аспект на членовите 14 и 8 бидејќи истите не трпат директни и конкретни негативни последици поради тоа што не можат да склучат таков договор. На пример, Владата истакнува дека исплатата на средства за издржување по престанокот на граѓанското партнерство е предвидено само факултативно во членот 6 од Законот бр.3719/2008. Освен тоа, жалителите се слободни да создадат таков вид на обврска и реципрочно право преку договор во рамки на нивната заедница. Што се однесува до наследството на партнерите, Владата смета дека во оспоруваниот закон во членот 11 е предвидено наследно право *ab intestat* во корист на живиот партнер во рамки на граѓанското партнерство. Сепак, имајќи ја во предвид возраста на жалителите – а највозрасниот од нив нема повеќе од шеесет години, не може да се сметаат за хипотетички жртви на наведената повреда. Во секој случај, странките ја имаат можноста во секој момент да го решат прашањето поврзано со наследството или генерално наследниот статус на секој од нив преку тестамент или спогодбен договор, вклучувајќи ги дури и финансиските односи.

38. Впрочем, Владата смета дека жалителите не ги исцрпиле сите внатрешни правни лекови кои им се дадени. Генерално, Владата истакнува дека неможноста на жалителите да го оспоруваат спорниот закон пред домашните судови не се должи на отсуството на ефикасен правен лек во грчкото право туку на неуспехот на секоја конкретна и директна штета која произлегува од исклученоста на страните од граѓанското партнерство. Како заклучок, за Владата сите жалители кои се физички лица немаат својство на жртва поради хипотетичкиот и шпекулативен карактер на штетите на кои тие се повикуваат во однос на правото за евентуална сума за издржување, околноста на наследното право и уредувањето на финансиските односи во секоја брачна заедница.

39. Владата истакнува дека надоместот на штета пред управните судови, согласно членот 105 од дополнителниот закон на граѓанскиот законик би можело да претставува еден вид на ефикасен правен лек. Владата објаснува дека согласно со оваа одредба, државата мора да ја надомести штетата настаната поради некоја постапка или пропуст на своите органи, во рамки на своите привилегии на јавна власт единствено доколку постапката или пропустот биле незаконски, односно доколку го прекршува некое владеење на право жртвувајќи некое право или личен интерес. Во овој случај, повикувајќи се на членовите 57, 914 и 932 од граѓанскиот законик во врска со членот 105 од дополнителниот закон на истоимениот законик, жалителите ќе можат пред судовите да ја истакнат повредата врз нивната личност и претрпената општествена маргинализација поради нивното исклучување од полето на примена на Законот бр.3719/2008, бидејќи се од ист пол. Според Владата, преку оваа жалба, жалителите ќе можат да побараат евентуално надомест на штета причинета од страна на спорниот закон и оспорувајќи ја неговата уставност, Според судската практика

на домашните судови, Владата забележува дека истите можат да го толкуваат пошироко уставниот принцип на еднаквост, проширувајќи некоја законска одредба која е благонаклонета кон специфична категорија на лица кон друга категорија која се наоѓа во слична состојба. Во тој поглед, Владата цитира две пресуди на Врховниот суд (бр. 60/2002 и 9/2004) кои се однесуваат на третманот на плати и доделувањето на паричен надомест на разни категории на вработени лица, прашање кое врховниот Суд го проучи од аспект на принципот на еднаквост.

40. Владата додава и дека контролата на уставноста е опширна и случајна во Грција и сите домашни судови можат, преку жалбите кои ги добиваат, да го проучат прашањето за уставноста и за усогласеноста со Конвенцијата. Владата напоменува дека, според членот 28 од Уставот, одредбите од меѓународните договори по нивната законодавна ратификација имаат предност пред другите државни закони а со законодавниот указ бр. 53/1974 се ратификуваше Конвенцијата во домашното право. Владата цитира и одредени пресуди од Државниот Совет, Врховниот Суд и Државниот завод за ревизија бидејќи овие органи случајно ја испитаа усогласеноста на одредени законски одредби со грчкиот Устав и/или со членовите 7, 11 и 12 од Конвенцијата и членот 1 од Протоколот бр. 1. Во тој поглед Владата ги посочува пресудите бр. 867/1988, 33/2002, 2960/2010, 1664/2011 и 1501/2012 од Државниот Совет, пресудата бр. 982/2010 од Врховниот Суд и пресудата бр. 2028/2004 од Државниот Завод за ревизија. Владата истакнува и дека оспоруваниот закон може да биде променет откако во судска пресуда ќе биде утврдена неговата неуставност. Владата посочува и пример, односно укинувањето на членот 65 од законската одлука бр. 1400/1973 врз основа на Законот бр.1848/1989, по пресудата бр. 867/1988 од Државниот Совет кој се однесува на формалните услови за служење на офицерите од грчката војска во однос на правото на брак.

41. Врз основа на сето претходно изнесено, Владата заклучува дека жалителите можеле да се повикаат на членовите 14 и 8 од Конвенцијата пред домашниот судија во рамки на барање за надомест на штета врз основа на членот 105 од дополнителниот закон на граѓанскиот законик, и по тој основ да ја бранат жалбата која се однесува на дискриминаторниот карактер на спорниот закон.

Б) Жалителите

42. Жалителите забележуваат дека теоретски можеле да се обратат до нотар и од него да побараат да склучи граѓанско партнерство врз основа на спорниот закон. Во тој случај, тие потврдуваат дека доколку нотарот го прифател нивното барање, тој ќе бил изложен на дисциплинско гонење за пропуст на службена должност. Според жалителите, очигледно е дека никој нотар нема да се одлучи да го прекрши законот за да го удоволи нивното барање. Жалителите потсетуваат и дека нотарите во Грција се дел од либералните професии. Секоја постапка пак пред Управен суд не би успеала, бидејќи нотарите не се државни службеници. Што се однесува до постапка пред граѓански суд, и таа не би имала шанси за успех, затоа што нотар никогаш не би ја довел во прашање својата одговорност надвор од договорот поради тоа што одбил да состави нотарски договор за пар од ист пол. Неговото одбивање не би било ни противзаконско ни намерно, бидејќи во домашното право не може да се доведе во прашање одговорноста на едно лице надвор од договорот.

43. Во однос на постапката за надомест на штета, врз основа на членот 105 од дополнителниот закон на граѓанскиот законик, жалителите го негираат неговиот ефикасен карактер, спротивно од она што го поддржува Владата. Генерално, тие тврдат дека постапките кои се во тек ја засегаат нивната брачна состојба и нивната положба во грчкото општество. Поради овие причини, евентуален надомест од страна на домашните судови во никој случај не би го ублажило нивното чувство на исклученост и општествена маргинализација, која произлегува од Законот бр.3719/2008. Според жалителите, единствено утврдувањето на повредата на членовите 8 и 14 од Конвенцијата од страна на Судот би можело да ја намали штетата која тие ја претрпеле.

44. Жалителите поддржуваат и дека традиционално домашните судови не се воопшто благонаклонети да судат за некоја надокнада кога тоа е резултат на некоја законска одредба или пропуст за конкретна област. Тие објаснуваат дека судската практика на домашните судови на која се повикува Владата е далеку од тоа да ја признае граѓанската одговорност на Државата секогаш кога за некој закон се смета дека е спротивен на некоја супра-законодавна норма. Без разлика дали станува збор за Уставот или за некоја меѓународна Конвенција, Управните судови се двоумат за посветувањето на генералниот принцип со кој се ограничува дискреционото право на законодавецот. Второ, жалителите поддржуваат дека цитираните примери на судска практика од страна на Владата не се

релевантни затоа што немаат никаква допирна точка со овој случај. Тоа уште повеќе се однесува на судската практика на домашните судови бидејќи истата е многу порестриктивна од судската практика на Судот во однос на поимот « семејство ». Во тој поглед, жалителите ја цитираат пресудата бр. 1141/2007 од Врховниот Суд во која експлицитно се отфрла придружничката на покојниот како член на неговото « семејство ».

45. Поради опширната и случајна контрола на уставноста, жалителите истакнуваат дека во внатрешното право не постои процедурално законодавство кое би можело да наметне ревизија на некоја законска одредба која се смета за неуставна, а со тоа на нотарите ќе им се овозможи да составуваат договори за заедничко живеење и за парови од ист пол. Со други зборови, хипотетички кажано, дури и при надомест на штета согласно членот 105 од дополнителниот закон на граѓанскиот законик и доколку истата би била прифатена од страна на домашните судови, сепак администрацијата не би имала никаква обврска да го смени спорниот закон.

В) Други учесници

46. Другите учесници не се изјаснуваат за допуштеноста на жалбата.

2. Мислење на Судот

а) За својството на жртва

47. Судот потсетува дека, за да може некој жалител да се повикува на членот 34 од Конвенцијата, истиот мора да исполнува два услова: треба да биде во една од категориите на баратели наведени во оваа одредба од Конвенцијата и треба да се смета за жртва поради повреда на Конвенцијата. Во однос на поимот « жртва » според постојаната судска практика на Судот, истиот треба да се толкува независно и автономно од внатрешните поими како оние кои се однесуваат на интересот и својството да се реагира (Gorraiz Lizarraga и други против Шпанија, бр. 62543/00 став 35, ЕЧП 2004-III). Со поимот « жртва » во членот 34 од Конвенцијата се означува секоја директна или индиректна жртва или жртви од наводната повреда. (SARL du Parc d'Activites de Blotzheim против Франција, бр. 72377/01, став 20, 11 јули 2006г.). Во членот 34 е опфатена не само директната жртва или жртви од сторената повреда но и секоја друга индиректна жртва чија повреда и предизвикала штета или која поседува личен интерес кој треба да се постигне а кој бил укинат (да се види *mutatis mutandis*, Defalque против Белгија, бр. 37330/02, став 46, 20 април 2006г; Tourkiki Enosi Xanthis и други против Грција, бр. 26698/05, став 38, 27 март 2008г.).

48. Што се однесува до здружението « Синтеси – информација, сензибилизација, истражување » Судот истакнува дека станува збор за непрофитабилна организација чија основна цел е да дава психолошка и морална поддршка на хомосексуални лица. Сепак покренатите жалби во овој случај се однесуваат на членот 1 од Законот бр.3719/2008 кој не им го доделува правото на физички лица од ист пол да склучат « граѓанско партнерство ». Бидејќи седмата жалителка во жалбата бр. 32684/09 е правно лице, во ова својство не може да се смета за « жртва » ниту директна ниту индиректна во смисла на членот 34 од Конвенцијата (да се види *mutatis mutandis*, Христијанска Федерација на Јеховини сведоци во Франција против Франција (одлука) бр. 53430/99, 6 ноември 2001г.).

49. Што се однесува до другите жалители, Судот констатира дека станува збор за возрасни физички лица кои, според дадените искази пред судот, негуваат хомосексуална врска во рамки на заедничко живеење или надвор од рамки на заедничко живеење. Во рамки кога, со ефектот од членот 1 од Законот бр.3719/2008 во кој хомосексуалните парови се исклучени од примената на овој закон, истите не можат да склучат « граѓанско партнерство » и да ја организираат својата брачна врска според правен поредок кој се пропишува со овој закон, Судот смета дека се директно засегнати од состојбата и имаат лично легитимно право да му стават крај на тоа. Судот заклучува и дека жалителите кои се физички лица во овие жалби треба да се сметаат за « жртви » поради наводната повреда на членот 34 од Конвенцијата.

50. Поради сето погоренаведено, Судот смета дека седмата жалителка нема својство на жртва во жалбата бр. 32684/09, согласно членот 34 од Конвенцијата, и предметната жалба во делот во кој е поднесена од страна на здружението, треба да биде одбиена во согласност со членот 35 став 4. Судот го одбива приговорот на Владата останатите жалители да не се сметаат за жртви.

Б) Во однос на исцрпеноста на домашните правни лекови

51. Судот потсетува дека правилото за исцрпување на домашните правни лекови, кои се наведени во членот 35 став 1 од Конвенцијата се засноваат врз претпоставка која е вклучена во членот 13 (и со кој е тесно поврзан) и дека домашниот правен поредок нуди ефикасен правен лек и во практиката и во правото во однос на наводната повреда (Kudla против Полска [ГС], бр. 30210/96, став 152, ЕСЧП 2000-XI; Nassan и Tchaouch против Бугарија [ГС], бр. 30985/96, ставови 96-98, ЕСЧП 2000-XI). Судот напоменува дека согласно правилото за исцрпување на домашните правни лекови, жалителот пред да се обрати до Судот, треба да и овозможи на одговорната Држава да ги санира наводните повреди со домашни средства, користејќи ги судските извори кои ги нуди домашното законодавство а кои можат да се сметаат за ефикасни и доволни (меѓу другото, да се види и Fressoz и Roire против Франција [ГС], бр. 29183/95, став 37, ЕСЧП 1999-I).

52. Во членот 35 став 1 од Конвенцијата се пропишува исцрпувањето само на правните лекови кои се однесуваат на сторените повреди кои се достапни и соодветни. Истите треба да постојат не само во теорија туку и во практика без да им недостасува посакуваната ефикасност и достапност ; Државата е таа која треба да покаже дека нејзините барања се обединети (да се види меѓу другото и McFarlane против Ирска [ГС], бр. 31333/06, став 107, 10 септември 2010г.). Постојењето на сомнежи во однос на изгледите за успех на конкретен правен лек кој очигледно не е бесполезен, сепак не е доволна причина за да се оправда неискористувањето на домашните правни лекови (Akdivar и други против Турција, 16 септември 1996г, став 71, Збирка на пресуди и одлуки 1996-IV). Конечно, жалител кој употребил правен лек кој може директно, а не само индиректно да ја поправи ситуацијата која довела до повреда, не е обврзан да употреби други правни лекови кои му биле достапни, но чија ефикасност не е извесна (Manoussakis и други против Грција, 26 септември 1996, став 33, Збирка 1996-IV; Anakomba Yula против Белгија, бр. 45413/07, став 22, 10 март 2009г.).53. Во конкретниот случај, Судот смета дека основниот аргумент на Владата во однос на исцрпеноста на внатрешните правни лекови, кој е се заснова на тоа дека со поднесување на тужба за надомест на штета согласно член 105 од Воведниот закон на Граѓанскиот законик, жалителите можеле да ја оспорат уставноста на Законот бр.3719/2008. Законот бр.Според Владата, жалителите можеле да го достават до домашните судови прашањето за компатибилноста на спорниот закон со членовите 8 и 14 од Конвенцијата.54. Најпрвин Судот истакнува дека правниот лек на кој се повикува Владата му овозможува единствено на засегнатото лице да добие отштета поради сторен акт или пропуст од страна на државата при извршувањето на јавната власт. И следствено на тоа, проучувањето на уставноста на некој закон се прави случајно од страна на компетентен суд за да се утврди дали државата треба да го обесштети лицето за прекршување на некое правно правило кое посветува одредено право или индивидуален интерес. Сепак, во конкретниот случај, жалителите се жалат на континуирана повреда на членовите 14 и 8 од Конвенцијата поради неможноста тие да склучат « граѓанско партнерство граѓанско партнерство» бидејќи се пар од ист пол, иако оваа можност постои по законски пат за парови од спротивен пол. Доделувањето на одредена сума како отштета се чини дека не може да ја поправи штетата која им е нанесена.

55. Како второ, во однос на природата на жалбата на која се повикува Владата, Судот констатира дека дури и во случај да барањето за надомест на штета врз база на членот 105 од воведниот закон на граѓанскиот законик биде прифатено од страна на домашните судови, сепак не постои никаква законска обврска за да Државата го смени законот во прашање.

56. И на крај, и како надополнување, Судот забележува дека од цитираните пресуди од страна на Владата за надомест на штета врз база на членот 105 од воведниот закон на граѓанскиот законик произлегува дека домашните судови продолжуваат стриктно да ја спроведуваат оваа одредба кога станува збор за вон-договорна одговорност на Државата во случај на неуставност на некој закон. Судот констатира дека, ниту една пресуда од највисоките грчки судови кои ги цитира Владата не се однесуваат на прашање кое овде се поставува, односно за неуставноста на некој закон поради неговиот дискриминаторски карактер особено за правата на приватен живот и правото на семеен живот. Ова е уште по вистинито бидејќи во ниту една од посочените пресуди не се испитува прашањето за обесштетување на барателите поради некомпатибилноста на закон со членовите 8 и 14 од Конвенцијата. 57. Како заклучок, Судот смета дека Владата не дала примери на судска практика за да покаже на убедлив начин дека тужбата која е предвидена во членот 105 од воведниот закон на граѓанскиот законик може да ја поправи штетата на која се повикуваат жалителите согласно членовите 8 и 14 од Конвенцијата. Државата треба да објасни за неисцрпувањето на домашните

правни лекови и да воспостави ефикасни и задоволителни правни лекови. (Soto Sanchez против Шпанија, бр. 66990/01, став 34, 25 ноември 2003; L. против Литванија, бр. 27527/03, ставови 35 и 36, ЕСЧП 2007-IV; Sampanis и други против Грција, бр. 32526/05, став 58, 5 јуни 2008г.).

58. Поради погоре изнесеното, Судот смета дека, имајќи ја предвид природата на обесштетувањето врз основа на членот 105 од воведниот закон на граѓанскиот законик и спроведувањето на судската практика, оваа активност не може да претставува правен лек кој би можел да се исцрпи согласно членот 35 став 1 од Конвенцијата. И поради тоа, Судот го одбива барањето за исклученост на Владата кој произлегува од неисцрпеноста на домашните правни лекови.

В) Заклучок

59. Судот смета дека оваа жалба треба да биде одбиена, согласно членот 35 став 4 во однос на седмата жалителка во жалбата бр. 32684/09 затоа што погрешно се наведува како « жртва » повикувајќи се на членот 34 од Конвенцијата. Приговорот на Владата поради неисцрпувањето на домашните правни лекови е одбиен. Во однос на осумте жалители кои се сметаат за « жртви » согласно членот 34 од Конвенцијата, Судот смета дека овој жалбен навод не е недопуштен по ниту еден друг основ: и затоа истиот го прогласува за допуштен.

Б. За основаноста

Аргументи на странките

а) Жалителите

60. Жалителите се повикуваат на пресудата Schalk и Kopf против Австрија (бр. 30141/04, ЕСЧП 2010) во која Судот призна дека еден пар од ист пол, кој заедно живее во стабилно de facto партнерство е дел од поимот « семеен живот ». Според нив, иако законодавство на европските земји не е целосно хомогено по тоа прашање, сепак постои тренд во насока на правно признавање ба двојките од ист пол..

Жалителите истакнуваат дека според нивните сознанија, Грција е единствената европска држава која вовела законска алтернатива за бракот која се однесува само на парови од спротивен пол. Поинаку кажано, Грција е единствената држава која усвоила закон со кој се уредува вид на регистрирано партнерство и со тој ист закон истовремено ги исклучува паровите од ист пол од неговата примена. Со тоа, Грција на јасен и радикален начин се оддалечува од она што е норма за европските земји по тоа прашање. Жалителите тврдеа дека желбата да се зачуваат врските на традиционалното хетеросексуално семејство не може да претставува суштинска причина за оправдување на различниот третман на двојките од ист пол. Наместо да се преземат позитивни чекори за надминување на предрасудите кон геј мажите и лезбејките во грчкото општество, тужената држава уште повеќе ги зајакнала со донесувањето на ЗЗаконот бр.3719/2008 без да ги вклучи паровите од ист пол. Според жалителите, спорниот закон содржи негативно морално расудување во однос на хомосексуалноста, затоа што било одраз на неоправдана резервираност дури и непријателство кон парови од ист пол: од моментот кога законодавецот го напуштил бракот како единствен формален столб на семејниот живот, покажал очигледно занемарување на паровите со нивно исклучување од примената на ЗЗаконот бр.3719/2008.

61. На крај, жалителите не можат да го прифатат аргументот на Владата дека целта на законодавецот била да ги заштити децата на хетеросексуални парови кои живеат во де факто партнерство. Тие сметаат дека, преку спорниот закон, законодавецот јасно сакал да го уреди животот на парови кои не сакаат да стапат во брак, без да се земе предвид фактот дали тие имаат или посакуваат да имаат деца. Со нивното исклучување од полето на примена на спорниот закон тие сметаат дека не постои објективно и разумно објаснување, и последователно на тоа тој е дискриминаторски.

Б) Владата

62. Во однос на легитимните цели кои требало да се остварат, за ЗЗаконот бр.3719/2008, Владата објаснува дека граѓанското партнерство треба да се смета како низа на одредби кои ќе им овозможат на родителите да ги одгледаат своите биолошки деца со подеднакво учество и на таткото во спроведувањето на своето татковско право, без притоа да бидат приморани да стапат во брак. Во таа смисла, Владата смета дека со граѓанското партнерство се ослободуваат паровите од обврската

да склучат брак поради настаната бременост и стравувањето дека не ќе можат да ја воспостават посакуваната врска со своите деца, кои ќе ги сметаат како деца родени надвор од брак. Според Владата, со граѓанското партнерство грчкиот законодавец покажува дека е традиционалист но сепак се инспирира со модерни идеи. Со Законот бр.3719/2008 грчкиот законодавец сакал да ја зајакне институцијата брак и институцијата семејство во традиционална смисла на зборот, бидејќи сега одлуката за склучување брак ќе биде независна од перспективата да се има дете, единствено врз база на волјата за заедничко обврзување на две лица од спротивен пол врз база на одлука без никакви надворешни влијанија.

63. Владата истакнува и дека со Законот бр.3719/2008 ќе се уреди постоечкиот општествен феномен, а тоа се парови составени од лица од спротивен пол кои не се во брак а имаат деца. Со таа точка, грчкиот закон, кој признава « граѓанско партнерство » ќе биде поразличен од европското законодавство. Грчкиот законодавец, во извештајот кој дава објаснувања за законот, експлицитно најавува дека не само што не сака да ги уреди сите видови на слободна заедница туку сака и да ги заштити децата кои се раѓаат во тие слободни заедници меѓу хетеросексуални лица и да ги заштити и нивните родители кои не сакаат да склучат брак. Според Владата, целата структура на законот и содржината на неговите одредби се насочени кон таа цел. Воведувањето на граѓанско партнерство за парови од ист пол ја наметнува потребата од поразлична законска рамка со која ќе се уреди слична, но не и идентична состојба на онаа кога парот е составен од две лица од спротивен пол.

64. Владата посочува дека пред Законот бр.3719/2008 внатрешното право на ограничен начин го признавал заедничкиот живот надвор од брак на две лица од спротивен пол. Особено « де факто партнерство » би било еден вид на заеднички живот наведен во членот 1444 од Граѓанскиот законик според кој разведениот сопругник кој повторно ќе стапи во брак или живее во де факто партнерство го губи правото на издршка. Владата забележува и дека де факто партнерството е наведено и во членовите 1456 и 1457 од Граѓанскиот законик кој се однесува на вештачко оплодување. Така во членот 1456 предвидувал дека ако немажена жена сакала се подвргне на вештачко оплодување, мажот со кој живеела во де факто партнерство требало да даде согласност и истата да биде заверена на нотар. Во членот 1457 од граѓанскиот законик билр уредени условите под кои било дозволено « вештачко оплодување по смртта на сопругникот или на мажот со кој таа живеела во де факто партнерство».65. Владата смета дека при проучувањето на усогласеноста на првиот член од Законот бр.3719/2008 со членовите 8 и 14 од Конвенцијата, и особено оцената на пропорционалноста на спорното мешање, Судот треба да го земе во предвид и општиот контекст на предметот како и сите претходно посочени одредби од законот кои се однесуваат на граѓанското партнерство. Најпрво, Владата го повикува Судот да направи разлика меѓу жалителите кои живеат заедно и жалителите кои не живеат заедно. За првите, нивната жалба треба да се проучи од аспект на правото на « семеен живот ». За другите пак, применлив би бил поимот « приватен живот ».

66. Потоа, Владата ги анализираше правата и обврските кои произлегуваат од граѓанското партнерство и заклучува дека имотот како и личниот статус на жалителите не бил засегнат поради нивното исклучување од рамката на законот за граѓанските партнерства. Што се однесува до имотното прашање, Владата ги повторува аргументите кои се однесуваат на допуштеноста на *ratione personae* на жалбениот навод. Владата забележува дека граѓанското партнерство не произведува никаков директен и обврзувачки ефект за имотната состојба на партнерите. Што се однесува до прашањата за социјално осигурување, паровите од ист пол би се нашле во иста состојба со паровите од различен пол кои одлучуваат да склучат таков договор. Што се однесува до издршката и наследното право, истите можеле да се уредат со договор во рамки на паровите од ист пол и тоа надвор од граѓанското партнерство.67. Што се однесува до личната состојба на жалителите, Владата остана на ставот дека биолошката разлика меѓу парови од спротивен пол и парови од ист пол, во делот во кој вторите парови не можат да имаат биолошки деца, го оправдува фактот што граѓанските партнерства се однесуваат само за парови од ист пол. Владата се повикува на членовите 9 и 10 од Законот 3719/2008 кој му овозможува на татко на дете кое е родено надвор од брачна заедница да утврди татковство и да учествува во неговото воспитување без да мора да стапи во брак со неговата мајка. Со тоа бракот и судското или доброволно признавање на татковството врз едно дете ќе престанат да бидат единствениот начин за воспоставување на сродство. Владата истакнува дека целта на овие одредби претставува « цврсто јадро » на законот за граѓанските партнерства и по дефиниција тие можеле се однесуваат само на парови од спротивен пол. Врз база на тој аргумент, Владата истакна дека овој предмет не може да наведе Судот да заклучи дека има повреда на членовите 14 и 8 од Конвенцијата. Според Владата паровите од ист пол не се наоѓаат во слична или идентична состојба со паровите од

спротивен пол, поради тоа што првите во никој случај не можат заедно да имаат биолошки деца.⁶⁸ Владата додава и дека, така како што е наведено во Законот бр.3719/2008, законот за граѓанското партнерство се разликувал од сличните такви закони усвоени од страна на други држави членки на Советот на Европа. Владата прецизира дека иако тие закони имаат влијанија врз финансиските односи на договорните страни единствено грчкиот закон воспоставува презумпција на татковството во однос на децата родени во рамки на граѓанското партнерство. Така Владата заклучува дека Законот бр.3719/2008 се фокусира пред сè на личните односи на партнерите отколку на уредувањето на имотно-правните аспекти од нивната врска.

В) Третите страни

69. Третите страни, Центарот AIRE, Меѓународната комисија на правници, FIDH и ILGA- Европа (погоре став б) упатуваат на судската практика на Судот, особено на пресудата *Karner* против Австрија (бр. 40016/98, ЕСЧП 2003-IX) и на домашните судови, особено на унгарскиот Уставен суд, Врховниот суд на Канада, Домот на Лордовите на Обединетото Кралство и бразилскиот Уставен суд. Според овие судови неопходно е убедливо оправдување кога постои дискриминација врз основа на полот или врз основа на сексуалната ориентација. Истите истакнуваат и дека голем број на домашни судови во европски и во меѓународни рамки бараат невенчаните хетеросексуални или хомосексуални парови да се третираат на сличен начин. Истакнуваат и дека во моментот голем број на држави членки на Советот на Европа предвидуваат законско признавање на врски меѓу лица од ист пол. И според нив, случајот со Грција е уникатен затоа што станува збор за единствената европска држава која вовела « регистрирани партнерства » исклучувајќи ги од нивниот опсег на примена паровите од ист пол. Според нив, релевантните законодавства на договорните држави за регистрирано граѓанско партнерство за парови од ист пол биле засновани на два модела и тоа а) « данскиот модел » заснован на дански закон воведен во 1989 година според кој оваа форма на заеднички регистриран живот е призната единствено за парови од ист пол, поради фактот што паровите од спротивен пол имаат можност да стапат во брак б) или « францускиот модел » според кој постои право на основање на граѓанско партнерство за секој невенчан пар, без оглед на нивната сексуална ориентација.

2. Мислење на Судот

а) За применливоста на членот 14 во врска со членот 8

70. Судот веќе има одлучувано во повеќе предмети, во кои жалителите тврделе дека имало дискриминација врз основа на сексуална ориентација од областа на приватниот и семејниот живот. Одреден број од нив беа проучени само од аспект на членот 8. Овие предмети се однесуваат на забраната во кривичното право на хомосексуални врски меѓу возрасни лица (*Dudgeon* против Обединетото Кралство, 22 октомври 1981, серија А, бр. 45; *Norris* против Ирска, 26 октомври 1988, серија А бр. 142 и *Modinos* против Кипар, 22 април 1993, серија А бр. 259) или отповикувањето на хомосексуалците од воените сили (*Smith i Grady* против Обединетото Кралство, бр. 33985/96 и бр. 33986/96, ЕСЧП 1999-VI). Другите беа проучени низ призма на членот 14 во врска со членот 8. Тие се однесуваат на различната возраст во кривичното право за давање на согласност за хомосексуални односи и хетеросексуални односи (*L. I V.* против Австрија, бр. 39392/98 и бр. 39829/98, ЕСЧП 2003-I), за доделување на родителското право (*Salgueiro da Silva Mouta* против Португалија, бр. 33290/96, ЕСЧП 1999-IX) и за давање на согласност за подносителите на барањето за посвојување на дете (*Frette* против Франција, бр. 36515/97, ЕСЧП 2002-I; *E.V.* против Франција [ГС], бр. 43546/02, 22 јануари 2008г. и *Gas и Dubois* против Франција, бр. 25951/07, 15 март 2012), за правото на живиот партнер за пренесување на договорот за закуп кој го склучи покојниот (*Karner*, погорецитиран и *Kozak* против Полска, бр. 13102/02, 2 март 2010г.) за правото на социјално осигурување (*P.V. i J.S.* против Австрија, бр. 18984/02, 22 јули 2010г.), за пристапот на хомосексуални парови кон брак или друга форма на правно признание (*Schalk и Kopf*, погоре цитирани) како и исклучувањето на парови од ист пол од можноста за посвојување од страна на вториот родител (*X и други* против Австрија [ГС], бр. 19010/07, 19 февруари 2013г.).⁷¹ Во случајот, жалителите го формулираа жалбениот навод од аспект на членот 14 во врска со членот 8, а Владата не ја оспорува применливоста на овие одредби. Судот смета дека е најдобро да се следи овој пристап (во таа смисла да се види *Schalk и Kopf*, погорецитиран, став 88).⁷² Понатаму, Судот во повеќе наврати истакнал дека членот 14 не е автономен: истиот има дејство само во релација со другите материјали одредби на Конвенцијата и на Протоколите, кои тој ги надополнува. Тој член не е независен., бидејќи има дејство само во однос на « уживање на правата и на слободите » кои

со се загарантирани со тие одредби. Иако применувањето на член 14 не претпоставува повреда на тие одредби – и во тој обем тој е автономен – не може да дојде до негова примена освен ако фактите за кои се одлучува не спаѓаат во опсегот на една или повеќе од материјалните одредби (да се види меѓу другите пресуди и Petrović против Австрија, 27 март, 1998, став 22, Збирка 1998-II ; E.V. против Франција, веќе цитирана, став 47; Schalk и Kopf, веќе цитирани, став 89, и X и други, веќе цитиран, став 94).73. Според списите на предметот, Судот констатира дека жалителите се во стабилни хомосексуални врски. Понатаму, не се оспорува дека нивните врски влегуваат во поимот « приватен живот » во смисла на членот 8 од Конвенцијата. Судот исто така напоменува дека во својата пресуда Schalk и Kopf, семтал дека со оглед на брзиот развој во голем број на земји членки во однос на правното признавање на парови од ист пол, « (би било) неприродно да се одржи стаот дека, за разлика од хетеросексуален пар, хомосексуален пар не би можел да води « семеен живот » во смисла на членот 8 » (погорецитирана пресуда, став 94). Оттука, Судот смета дека врските на жалителите се дел од поимот « приватен живот » како и од поимот « семеен живот » на ист начин како и врските на паровите од спротивен пол кои се во иста ситуација. Судот не гледа причина за да се направи разлика, како што бара Владата (став 65 in fine) помеѓу жалителите кои живеат заедно и оние кои – поради професионални или општествени причини – не живеат заедно (став 8), бидејќи во овој предмет фактот што не живеат заедно не ја доведува во прашање стабилноста на врската на засегнатите парови поради која тие влегуваат во опсегот на семејниот живот согласно на членот 8.74. Како заклучок, Судот смета дека членот 14 од Конвенцијата во врска со членот 8 може да биде применет во овој случај.

Б) За почитувањето на членот 14 во врска со членот 8

i. За опсегот на предметот

75. Судот смета дека е важно да се разграничи опсегот на овој предмет. Жалбениот навод на жалителите не се однесува in abstracto на генерална обврска на грчката држава да предвиди во внатрешното право некој вид на законско признавање на врски меѓу хомосексуални лица. Во овој случај, жалителите се жалат дека во Законот бр.3719/2008 се предвидува « граѓанско партнерство » само за парови од спротивен пол, отстранувајќи ги така de plano паровите од ист пол од полето на негова примена. Поинаку кажано, жалителите не се жалат дека грчката држава не исполнила позитивна обврска која и била наметната од Конвенцијата, туку затоа што државата, преку Законот бр.3719/2008 вовела разликување поради кое тие сметаат дека се дискриминирани. Затоа, прашањето кое на кое треба да се одговори во овој случај е дали грчката држава, од аспект на членовите 14 и 8 од Конвенцијата, можела да донесе закон, во кој покрај институцијата брак, се воведува и нов систем на регистрирано партнерство кое е наменето за парови кои не се во брак, ограничувајќи ја оваа можност само за парови од спротивен пол, и на тој начин исклучувајќи ги оние од ист пол.. i.i. Начела кои произлегуваат од судската практика на Судот

76. Според воспоставената судска практика на Судот, за да може да се покрене прашање во поглед на членот 14, потребно е да постои разлика во постапувањето со лица кои би се нашле во слична ситуација. Таквата разлика е дискриминаторска кога истата не е заснована врз објективно и разумно оправдување, односно ако истата не служи за некоја легитимна цел или ако не постои разумен сооднос на пропорционалност меѓу употребените средства и посакуваната цел. Договорните држави уживаат дискреционо право при оцената дали и во која мера разликите во состојбите во поглед на слични ситуации го оправдуваат различното постапување (Burden против Обединетото Кралство [ГС], бр. 13378/05, став 60, ЕСЧП 2008, Schalk и Kopf, веќе цитирани, став 96 и X и други, веќе цитиран, став 98). Поимот дискриминација во поглед на членот 14 вклучува и случаи кога со едно лице или група се постапува понеповолно отколку со друго и тоа без соодветно објаснување, иако во Конвенцијата не се бара поповолно постапување (Abdulaziz, Cabales и Balkandali против Обединетото Кралство, 28 мај 1985, став 82, серија А бр. 94).77. Сексуалната ориентација спаѓа во доменот на примена на членот 14. Судот во повеќе наврати одлучил дека, исто како за разлики засновани на пол така и за разлики врз база на сексуална ориентација, треба да постои оправдување со « посебни цврсти и убедливи причини » (да се види на пример Smith и Grady, став 90; Karner, ставови 37 и 42; L. i V. против Австрија, став 45 и X и други, став 99). Во однос на различното постапување врз база на полот или на сексуалната ориентација, дискреционото право на државите е тесно (Karner, став 41 и Kozak став 92, погорецитирани). Разликите засновани единствено од причини кои се поврзани со сексуалната ориентација се неприфатливи според Конвенцијата (Salguiero da Silva Mouta, став 36; E.B. ставови 93 и 96 и X и други, став 99).i.i.i. Спроведување на горенаведените начела во овој случај

а) Споредба на состојбата на жалителите со хетеросексуален пар и постоење на различно постапување

78. Првото прашање кое му се поставува на Судот е дали состојбата на жалителите може да се споредува со состојба на хетеросексуален пар кој сака да склучи « граѓанско партнерство » согласно Законот бр 3719/2008. Судот напоменува дека хомосексуалните парови, како и хетеросексуалните парови, се способни да имаат стабилни посветени врски (Schalk и Kopf, погорецитиран став 99). Судот затоа смета дека жалителите се наоѓаат во состојба која може да се спореди со состојбата на хетеросексуалните парови по однос на нивната потреба за судско признавање и заштита на нивната заедничка врска (Schalk и Kopf, лок. цит.). 79. Судот понатаму истакнува дека првиот член од Законот бр.3719/2008, изречно ја предвидува можноста за склучување на « граѓанско партнерство » само за физички лица од спротивен пол. И последователно на тоа, исклучувајќи ги имплицитно физичките лица од ист пол од полето на примена на овој закон, спорниот закон воведува различно постапување засновано врз сексуалната ориентација на засегнатите страни.

б) Легитимна цел и пропорционалност

80. Судот истакнува дека Владата воглавно се повика на две серии на аргументи со кои го оправдува изборот на законодавецот да не ги вклучи паровите од ист пол во полето на примена на Законот бр.3719/2008. Владата најпрво смета дека, ако граѓанското партнерство кое се воведува со овој закон се однесува и на жалителите, тогаш истиот ќе им наметне права и обврски во однос на имотната состојба, финансиските односи во рамки на врската и право на наследување на кои веќе можат да им дадат правна рамка спроведувајќи го заедничкото право преку договорни односи. Второ, спорниот закон бил предвиден за постигнување на повеќе цели: заштита на децата родени надвор од брак, заштита на семејствата со еден родител – како што е објаснето во извештајот за објаснување на законот – да одговори на желбите на родителите да ги воспитуваат своите деца без да бидат принудени да стапат во брак и на крај, да се зајакне институцијата брак и семејство во традиционална смисла на зборот. 81. Во однос на првиот аргумент истакнат од Владата, Судот смета дека, дури и да се претпостави дека е валиден, сепак со него не се зема предвид фактот дека граѓанското партнерство кое е предвидено во Законот бр.3719/2008 како вид на заедничко живеење кое е официјално признато како поинакво од брак, самото по себе има одредена вредност за жалителите, независно од правните последици кои можат да бидат проширени или ограничени. Како што веќе забележа Судот, хомосексуалните парови се способни да се обврзат во стабилни врски подеднакво како и хетеросексуалните парови. Паровите од ист пол кои живеат заедно имаат исти потреби за поддршка и взаемна помош како и паровите од спротивен пол. Затоа, можноста да се склучи граѓанско партнерство ќе им овозможи единствената можност во грчкото право да ја официјализираат нивната врска во правен облик признат од државата. Судот истакнува дека проширувањето на граѓанското партнерство и за парови од ист пол ќе им овозможи да ги решат и имотно=правните прашања, прашањата за издршка и наследство не како поединци кои склучуваат договори туку врз основа на правните норми со кои се уредува граѓанското партнерство, а на тој начин нивната врска да има официјалното признавање од страна на државата. 82. Точно дека вториот основен аргумент на Владата е дека Законот бр.3719/2008 е предвиден да зајакне правниот статус на деца родени надвор од брак и да им олесни на родителите да ги воспитуваат децата без да бидат приморани да стапат во брак. Владата тврди дека овој аспект ги разликува паровите од спротивен пол од парови од ист пол бидејќи од биолошка гледна точка вторите не можат да создаваат потомство. 83. Судот смета дека од аспект на членот 8 од Конвенцијата сосема е легитимно законодавецот да донесува закони за да се уреди состојбата на децата родени надвор од брак и индиректно да ја зајакне институцијата брак во рамки на грчкото општество, промовирајќи ја, како што објаснува Владата, идејата дека одлуката за стапување во брак ќе биде донесена само врз база на заедничко обврзување на две лица независно од надворешните ограничувања или од изгледите да се добие дете (погоре став 62). Судот прифаќа дека заштитата на семејството во традиционална смисла е во принцип важен и легитимен мотив со кој би можела да се оправда разликата во постапувањето (Karner став 40 и Kozak став 98, веќе цитирани). Се подразбира дека заштитата на интересот на детето е исто така легитимна цел (X и други, погорецитирани, став 138). Останува единствено да се види дали во случајот бил испочитуван принципот на пропорционалност. 84. Судот потсетува на принципите кои произлегуваат од неговата судска практика. Целта за заштита на семејството во традиционална смисла на зборот е доста апстрактна и можат да се искористат низа на конкретни мерки за таа и да се спроведе (Karner, став 41 и Kozak став 98, погоре). Бидејќи Конвенцијата е жив инструмент која треба да се толкува според актуелните услови (меѓу другото да се види и Тугер против Обединетото

Кралство (Tyger c. Royaume-Uni), 25 април 1978г. став 31, серија А бр. 26 и Christine Goodwin против Обединетото Кралство (Christine Goodwin c. Royaume-Uni), [ГС] бр. 28957/95, став 75, ЕСЧП 2002-VI), при изборот на мерките предвидени да обезбедат почитување на семејниот живот како што наложува членот 8, државата нужно треба да ги земе предвид развојот на општеството и промените во перцепцијата на општествените прашања, прашањата поврзани со граѓанскиот статус и врските, вклучително и фактот дека нема само еден начин или избор кога станува збор за начинот на кој ќе го водиме приватниот или семејниот живот (X и други погорецитиран, став 139).⁸⁵ Во случаи кога дискреционото право кое го имаат државите е ограничено, на пример во случај на различно постапување врз база на полот или на сексуалната ориентација, принципот на пропорционалност бара мерката која ќе биде употребена не само да биде соодветнаовозможи реализација на посакуваната цел, но и неопходно е да се покаже дека за да се постигне таа цел, било неопходно да се исклучат одредени лица – во овој случај лицата кои живеат во хомосексуална врска – од полето на примена на посочената мерка (Karner став 41, Kozak став 99). Врз основа на веќе споменатата судска практика, товарот на докажување во овој поглед е на тужената држава. Затоа во овој случај, грчката Влада е таа која треба да покаже дека во остварувањето легитимните цели на кои се повикува било неопходно да не им се на хомосексуалните парови да склучуваат « граѓански партнерства » предвидени со Законот бр.3719/2008 (во таа насока да се види X и другите став 141).⁸⁶ Судот истакнува дека спорниот закон не предвидува само мерки со кои ќе се уреди општествената реалност и со кои ќе се постигнат посочените цели од страна на Владата (погоре став 80). Тој е предвиден пред се и над се, да обезбеди правно признавање на еден вид на партнерство кое е поинакво од брак, а тоа е « граѓанското партнерство ». Ова јасно произлегува од содржината и од структурата на овој закон. Во првиот член од овој закон, граѓанското партнерство е дефинирано како « договор меѓу две физички лица кои се полнолетни и од спротивен пол, преку кој го уредуваат нивниот заеднички живот ». Наредните членови не се сведени само на уредувањето на статусот на децата родени надвор од брак и туку исто регулираат и модалитети на живеење на парови кои склучиле « граѓанско партнерство ». Членовите 6 и 7, на пример, се однесуваат на финансиските односи на договорните страни и на обврската за издршка по завршувањето на договорот. Во членот 11 е предвидено дека живиот член, во случај кога едниот партнер ќе почине, преживеантниот партнер има право на наследување (став 16).⁸⁷ Судот забележува во тој поглед дека во својот извештај за предлог законот, Националната комисија за човекови права наведува дека не е сосема јасно поради која специфична причина предлог законот бил насловен како « реформи за семејството, децата и општеството » иако тој всушност предвидувал нов вид на правна рамка за партнерства различни од брак (погоре став 22). Со поглед на сето веќе кажано, и покрај името на Законот бр.3719/2008 и декларираниите намери на законодавецот, Судот смета дека неговата основна цел била правно да се признае новата форма на заедничко живеење која е различна од брак. ⁸⁸ Во секој случај, па дури и да претпоставиме дека намерата на законодавецот била да се зајакне правната заштита на децата родени надвор од брак, а индиректно и институцијата брак, сепак преку Законот бр.3719/2008 се воведува вид на граѓанско партнерство односно « граѓанско партнерство » од кој се исклучени паровите од ист пол, а на хетеросексуалните парови им овозможува, без разлика дали имаат или немаат деца, да уредат голем број на аспекти од нивната врска.⁸⁹ По ова прашање, Судот истакнува дека образложението на Владата е насочено врз состојбата на парови од спротивен пол кои имаат деца без да се дава оправдување за различното постапување кое произлегува од законот меѓу хомосексуалните и хетеросексуалните парови кои не се родители. Како второ, Судот не е убеден од аргументот на Владата дека постигнувањето на целите посочени преку Законот бр.3719/2008 подразбира исклучување паровите од ист пол од неговото поле на примена. Сепак за законодавецот не било невозможно да се предвидат одредени специфични одредби во однос на децата родени надвор од брак истовремено проширувајќи ја генерално можноста за склучување на « граѓанско партнерство » за парови од ист пол. Судот во врска со тоа напоменува дека извештајот во кој се дава објаснување за спорниот закон, не се дава никакво образложение во однос на изборот на законодавецот да го ограничи « граѓанското партнерство » само за парови од спротивен пол (погоре став 10). Судот понатаму забележува и дека Националната комисија за човекови права сметала дека предлог законот е дискриминаторен бидејќи истиот не се однесувал и на хомосексуалните парови (погоре ставови 23-24), а исто мислење имал и научниот Совет на Собранието (погоре став 13).⁹⁰ На крај, Судот истакнува дека според грчкото право, како што посочува и Владата (погоре став 64), хетеросексуалните парови – за разлика од паровите од ист пол – можеле, дури и пред воведувањето на Законот бр.3719/2008 – да ја направат својата врска целосно призната преку институцијата брак или на поограничен начин, согласно одредбите од граѓанскиот законик кој се повикува на де факто заедница. Последователно на ова, би било во посебен интерес на самите парови од ист пол да имаат можност

за склучување на « граѓанско партнерство » бидејќи истото ќе им ја обезбеди, за разлика од паровите од спротивен пол, единствената правна основа во грчкото право нивната врска да биде правно призната.

91. Понатаму, Судот би посочил на фактот, иако нема консензус помеѓу правните системи на државите членки на Советот на Европа, во моментот се развива тренд во поглед на воведувањето на форми за правно признавање на врски меѓу лица од ист пол. Во девет држави членки е воведен брак меѓу лица од ист пол. Исто така, во седумнаесет држави членки е дозволено граѓанско партнерство за парови од ист пол. Во однос на специфичното прашање кое овде се покренува (погоре став 75), Судот смета дека тенденцијата која произлегува од правниот поредок на Државите членки на Советот на Европа е јасна: од седумнаесет држави во кои е дозволен одреден вид на регистрирано партнерство кое е различно од брак, Литванија и Грција се единствените земји кои тоа право го ограничуваат само за парови од спротивен пол (погоре ставови 25 и 26). Со други зборови, само во два исклучоци, кога држава членка на Советот на Европа ќе одлучи да пропише закон со кој воведува нов систем на регистрирано партнерство како замена на бракот за невенчани парови, истото важи и за паровите од ист пол. Оваа тенденција се одразува и во релевантните документи на Советот на Европа. Во тој поглед, Судот се повикува на Резолуцијата 1728 (2010) на Парламентарното Собрание на Советот на Европа и на Препораката на Комитетот на Министри (CM/Res (2010) 5 (погоре ставови 28-30)). 92. Фактот дека некоја земја, после постепениот напредок, е во состојба на изолација во поглед некој аспект на своето законодавство, нужно не подразбира дека тој аспект се судира со Конвенцијата (Ф.против Швајцарија, 18 декември 1987, став 33, серија А бр. 128). Сепак, со оглед на претходните согледувања, поради сето ова, Судот смета дека Владата не даде солидни и убедливи објаснувања со кои би го оправдала исклучувањето на паровите од ист пол од полето на примена на Законот бр.3719/2008. Затоа, Судот заклучува дека постои повреда на членот 14 во врска со членот 8 од Конвенцијата.

III. ЗА НАВОДНАТА ПОВРЕДА НА ЧЛЕНОТ 13 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

93. Жалителите се жалат на отсуството во домашното право на ефикасен правен лек, преку кој би можеле да ги истакнат своите жалбени наводи пред домашните судови во поглед на дискриминаторниот карактер на « граѓанското партнерство ». Тие се повикуваат на членот 13 кој гласи:

« Секој човек, чии права и слободи признати со оваа Конвенција, се нарушени, има право на ефикасен правен лек пред националните власти, дури и тогаш кога повредата на овие права и слободи ја сториле лица при вршење на службена должност ».

94. Судот напоменува дека членот 13 не оди дотаму да наметнува правен лек со кој може да биде оспорен некој закон на договорна страна пред државен орган бидејќи како таков, тој закон е спротивен на Конвенцијата (меѓу другото да се види и Roche против Обединетото Кралство [ГС], 19 октомври 2005, бр. 32555/96, став 137, ЕСЧП 2005-X, Paksas против Литванија [ГС], бр. 34932/04, 6 јануари 2011г. став 114). Во овој случај, жалбата на жалителите врз основа на членот 13 се судира со овој принцип. Оттука овој жалбен навод е очигледно неоснован и како таков се прогласува за неоснован согласно членот 35 став 3 а) и членот 4 од Конвенцијата.

IV. ЗА СПРОВЕДУВАЊЕТО НА ЧЛЕНОТ 41 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

95. Членот 41 од Конвенцијата гласи:

« Ако Судот оцени дека постои повреда на Конвенцијата или на нејзините протоколи, и ако внатрешното право на заинтересираната Висока договорна страна овозможува само делумно отстранување на последиците на таа повреда, Судот и дава на оштетената страна, доколку е потребно, правично задоволување ».

A. Штета

96. За жалбата бр. 29381/09 жалителите заедно бараат 10 000 евра за нематеријална штета која ја претрпеле поради повредата на членот 14 во врска со членот 8 од Конвенцијата и отсуството на ефективна жалба. Исто така го повикуваат Судот да даде прецизни препораки до Владата со цел да се промени Законот бр.3719/2008 и да се прошири спроведувањето на « граѓанското партнерство » и кон парови од ист пол.

97. Во однос на жалбата бр. 32684/09 жалителите бараат 15 000 евра по пар за нематеријална штета која ја претрпеле, или вкупно 45 000 евра. Тие тврдат дека биле предмет на неприфатлива дискриминација поради нивниот сексуален избор и почувствувале голема фрустрација поради нивната исклученост од полето на примена на Законот бр.3719/2008.

98. Владата смета дека износот кој го бараат жалителите е превисок а тие не докажале дека претрпеле лична и директна повреда на нивниот приватен и семеен живот. Владата смета дека самото утврдување на повредата е доволно само по себе како правично задоволување.

99. Спротивно на Владата, Судот смета дека самото утврдување на повредата на членот 14 во врска со членот 8 од Конвенцијата не е доволно само по себе како правично задоволување за нематеријална штета која ја претрпеле жалителите. Засадавајќи правично како што е овозможено со членот 41 од Конвенцијата, Судот му доделува на секој од жалителите, освен на седмата жалителка од жалбата бр. 32684/09, по 5000 евра поради претрпена нематеријална штета и секој друг износ што може да биде предмет на оданочување. Судот го одбива преостанатиот дел барањето за правично задоволување.

Б. Трошоци и расходи

100. За жалбата бр. 29381/09, жалителите заедно бараат сума од 7 490, 97 евра за да си ги покријат трошоците и расходите за постапката пред Судот. Во оваа сума е пресметано времето од дваесет работни часа кое го посветиле во овој предмет нивните претставници од грчкиот Хелсиншки Монитор, со единечна цена од 100 евра за час. Жалителите приложуваат и детален документ како доказ за времето кое нивните претставници го посветиле за забелешките доставени до Судот. Тие бараат и 4 485 евра за нивно застапување од страна на Г-ѓа Мекари пред Големиот Совет, и е доставена сметка за нејзиниот хонорар. Жалителите бараат и 1005,97 евра во име на правни трошоци за нивните претставници за време на расправата во Големиот Совет. Жалителите појаснуваат дека во договор со своите претставници, сумата која ќе ја додели Големиот Совет ќе биде целосно наменета за нивните претставници на име на расходи доколку се утврди повреда на Конвенцијата. Тие замолуваат, секое обештетување кое би им било доделено да биде уплатено директно на банкарските сметки на нивните претставници.

101. Во однос на жалбата бр. 32684/09 жалителите заедно бараат сума од 8 000 евра како трошоци за постапката пред Судот и приложуваат фактури и сметки.

102. Владата му посочува на Судот да додели средства на име на трошоци и на расходи на жалителите единствено кога истите се доволно оправдани.

103. Според судската практика на Судот на жалител можат да му се вратат средства за покривање на трошоците и на расходите доколку истите се реално утврдени, биле неопходни и нивната висина е разумна (Creanga против Романија [Голем Совет] бр. 29226/03, став 130, 23 февруари 2012г.). Поради поседувањето на документите и горенаведените критериуми, Судот смета дека на жалителите заедно треба да им се додели сума од 5 000 евра по жалбата бр. 29381/09, а дополнително и секој друг износ што може да биде предмет на оданочување; истата да ја уплати директно на банкарските сметки на нивните претставници (во тој поглед да се види Carabulea против Романија, бр. 45661/99, став 180, 13 јули 2010г.). Што се однесува до жалителите во жалбата бр. 32684/09, Судот смета дека треба да им се додели заедно сума од 6 000 евра за трошоци и расходи а дополнително и секој друг износ што може да биде предмет на оданочување;

В. Затезна камата

104. Судот смета дека е соодветно да се пресметува стапката на затезна камата со најниската каматна стапка на позајмени средства од Европската Централна Банка зголемена за три процентни поени.

ОД ОВИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ,

1. Одлучува едногласно да ги спои жалбите;
2. Ги прогласува со мнозинство на гласови жалбите за жалителите G. Vallianatos, H. Mylonas како и C.S.,E.D.,K.T.,M.P.,A.H.,D.N.,во однос на повредата на членот 14 во врска со членот 8 од Конвенцијата за допуштени, а едногласно останатите жалби ги прогласува за недопуштени;

3. Одлучува со шеснаесет гласа за и еден глас против дека има повреда на членот 14 во врска со членот 8 од Конвенцијата;

4. Одлучува со шеснаесет гласа за и еден глас против,

а) дека тужената држава во наредните три месеци треба да ги исплати следните суми :

i. 5 000 евра на секој жалител, освен на седмата жалителка во жалбата бр. 32684/09 за претрпена нематеријална штета, а дополнително и секој друг износ што може да биде предмет на оданочување;

ii. 5 000 евра заедно за сите жалители од жалбата бр. 29381/09 во име на трошоци и расходи а дополнително и секој друг износ што може да биде предмет на оданочување и истата да биде директно уплатена на банкарската сметка на нивните претставници;

iii. 6 000 евра заедно за сите жалители од жалбата бр. 32684/09, освен на седмата, во име на трошоци и расходи а дополнително и секој друг износ што може да биде предмет на оданочување;

б) по истекот на рокот а сè до исплаќањето, износот ќе биде зголемен со камата со стапка еднаква на каматната стапка на Европската Централна Банка која важи за тој период, зголемена за 3 процентни поени;

5. Го одбива едногласно останатиот дел од барањето за правичен надоместок.

Составено на француски и на англиски јазик и објавено на јавна седница во Палатата за човекови права во Стразбур, на 7 ноември 2013г.

Мајкл О Бојл,

Помошник судски администратор

Деан Спиелман

Претседател

Согласно членот 45 став 2 од Конвенцијата и членот 74 став 2 од Правилникот, во прилог на пресудата се наоѓа и излагањето на следните одделни мислења:

- заедничко издвоено мислење на судиите Казадевал, Зиемеле, Јочиене и Сицилианос;

- издвоено мислење со делумно согласување и со делумно несогласување на судијата Пинто де Албукерке.

Д.С.

М.О.Б.

ЗАЕДНИЧКО ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИИТЕ КАЗАДЕВАЛ, ЗИЕМЕЛЕ, ЈОЧИЕНЕ И СИЦИЛИАНОС

Гласавме за утврдување на повредата на членот 14 во врска со членот 8 од Конвенцијата за предметниот случај. Имајќи ги во предвид предметните одредби и причината за дискриминација – сексуалната ориентација – кои во овој случај се идентични на случајот X и други против Австрија (пресуда на Големиот Совет од 19 февруари 2013 година) треба првин да се запрашаме дали нашите ставови се кохерентни во двата случаи. Ќе напомене и дека во случајот X и други против Австрија гласавме против утврдувањето на повредата на членот 14 во врска со членот 8 од Конвенцијата и ги објаснивме причините за нашето несогласување во заедничкото издвоено мислење со тројца други наши колеги (X и други против Австрија, погорецитирана пресуда, заедничко делумно издвоено мислење на судиите Казадевал, Зиемеле, Ковлер, Јочиене, Шикута, Де Гаetano и Сицилијанос). Сепак убедени сме дека, и покрај наведените сличности, двата случаја јасно се разликуваат еден од друг, а со тоа се објаснува и разликата во нашето гласање во едниот и во другиот случај.

Освен своите специфичности – анализирани *in extenso* во веќе споменатото делумно издвоено мислење (ставови 2-11) случајот X и други против Австрија како што знаеме е дел од проблематиката која се однесува на посвојувањето во рамки на парови од ист пол. Особено, во овој случај се однесува на можноста за првата жалителка да го посвои детето на својата животна сопатничка. Освен што станува збор за хомосексуален пар, таквото посвојување неопходно ќе ја загрози па дури и радикално состојбата на детето кое треба да се посвои со состојбата на другиот биолошки родител покренувајќи деликатни прашања во однос на вишиот интерес на детето и на правата на другиот родител, согласно Конвенцијата. Но овде не станува збор за тоа. Во предметниот случај, жалителите основаат возрасни парови од ист пол и тие едноставно сакаат да ја официјализираат нивната врска. Ниту едно друго лице не е засегнато. Треба и да се напомене дека грчкиот закон во « граѓанското партнерство » не ја предвидува можноста за посвојување ниту за хетеросексуални парови (текст од Законот бр.3719/2008 цитиран во ставот 16 од оваа пресуда). Односно, евентуалното проширување на полето на примена на овој закон за парови од ист пол не покренуваат проблеми слични на оние во случајот X и други против Австрија.

Оваа прва важна разлика е тесно поврзана со друг показател кој треба да се земе во предвид. Како што наведовме во веќе споменатото делумно издвоено мислење во случајот X и други против Австрија, Државите потписнички на Конвенцијата, вклучувајќи ги и тие кои овозможуваат ко-родителско посвојување на невенчани парови « се силно поделени и [...] и не постои консензус » за прашањето кое е покренато во овој случај (цит. став 14). Забележуваме разни видови на решенија кои постојат во домашните законодавства во поглед на посвојувањето. Во овој случај, постои јасна тенденција за отворање на институција за регистрирано партнерство за парови од ист пол. Оваа тенденција е истакната во ставот 91 од предметниот случај кој доаѓа до заклучокот според кој, освен во два случаи, кога Држава членка на Советот на Европа одлучува да промовира закон со кој се воведува вид на регистрирано партнерство како алтернатива за брак, « тогаш и паровите од ист пол се вклучени ».

Сепак, сложеноста на прашањата кои се поттикнати со случајот X и други против Австрија според нас се одразува и во членот 7, став 2 на европската Конвенција во поглед на посвојувањето на деца (прегледано и во 2008 година), а која стапи во сила на 1-ви септември 2011 година. Во одредбата е наведено дека: « Државите имаат можност да го прошират опсегот на оваа Конвенција за хомосексуални парови во брак или кои склучиле регистрирано партнерство. Имаат и можност за проширување на полето на оваа Конвенција кон хетеросексуални парови и хомосексуални кои живеат заедно во рамки на стабилна врска ». Со други зборови, поради веќе споменатите разлики, новиот конвенционален инструмент на Советот на Европа им дава целосна слобода на Државите во однос на уредувањето на законодавството за посвојување на деца во случаи кои се опишани погоре како и за предметот во случајот X и други против Австрија.

Ова « слободно » размислување е спротивно на релевантните инструменти на Советот на Европа, наведени во ставовите 27-30 во оваа пресуда. Овие инструменти јасно водат во насока на прекршување на членот 14 во врска со членот 8 од Конвенцијата во предметниот случај. Ова особено важи за Препораката CM/Rec(2010)5, усвоена од страна на Комитетот на Министри на 31 март 2010 година во однос на « мерките кои треба да се превземат за борба против дискриминација врз база на сексуалната ориентација или родов идентитет », и Резолуцијата 1728 (2010) усвоена од Парламентарното собрание на 29 април 2010 година за « дискриминација врз основа на сексуална ориентација и на родов идентитет ». Односно: утврдувањето на повредата поради која е донесена оваа пресуда е во « фаза » со сите релевантни инструменти на Советот на Европа, вклучувајќи ги особено најновите. Слични забелешки важат за *mutatis mutandis* за правото на Европската Унија чии релевантни одредби се наведени во ставовите од 31 до 34 во оваа пресуда.

ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ СО ДЕЛУМНО СОГЛАСУВАЊЕ И СО ДЕЛУМНО НЕСОГЛАСУВАЊЕ НА СУДИЈАТА ПИНТО ДЕ АЛБУКЕРКЕ

Она што е интересно во случајот Валианатос и други е фактот што Големиот Совет почнува апстрактна контрола на « конвенционалноста » на грчки закон и тоа во својство на основен суд⁸⁰. Големиот Совет не само што ја контролира усогласеноста со Конвенцијата на некој закон кој не бил спроведен за жалителите, но го прави тоа без да тој закон бил претходно проучен од страна на домашните судови. Големиот Совет си доделува моќ да ја проучува *in abstracto* усогласеноста со Конвенцијата на закони кои претходно не биле подлежни на судска контрола во државни рамки.

Јас мислам како и мнозинството, дека жалбата поднесена од страна на Здружението « Синтеси - информација, сензибилизација, истражување », правно лице чие седиште се наоѓа во Атина е недопуштена поради сторена грешка што истото се смета за жртва. Го делам и мислењето дека жалбата на другите жалители врз основа на членот 13 е недопуштена поради очигледен недостаток во суштината. Сепак јас не сум согласен со мнозинското мислење во однос на повикувањето во жалбата на повредата на членот 14 во врска со членот 8 на Европската конвенција за човекови права (« Конвенција ») за која сметам дека е недопуштена поради неисцрпувањето на домашните правни лекови. Жалителите, индивидуално имале жалба која може да се одбрани но тие воопшто и не се обратиле до домашните судови. Споменатите судови ја немале можноста да ја проучат жалбата на жалителите. И на крај, постои непознавање на принципот на супсидијарност.

Потенцијална жртва и апстрактна контрола на конвенционалноста на законите.

Европскиот механизам за заштита на човековите права во принцип не овозможува апстрактна контрола за усогласеноста на државните закони со Конвенцијата⁸¹ а уште помалку да се отпочне *actio popularis* против законодавството⁸². Оттогаш, кога лице ќе се обрати до Европскиот Суд за човекови права (« Судот ») треба да биде во можност да потврди дека бил, е или ќе биде жртва поради некоја активност на Државата, дури и кога тоа лице лично не било, не е или нема да биде цел на таа активност⁸³. Сепак едно лице може да тврди дека некој закон го повредува неговото право поради отсуство на секоја специфична мерка за спроведување во однос на реален ризик врз него и од кој лично би бил засегнат преку овој закон. Судот утврди кои категории на лица се ризични: станува збор за оние кои треба да го сменат своето однесување поради можност за кривично гонење⁸⁴ или онаа класа на лица кои ризикуваат да бидат директно засегнати од законодавството, без разлика

80 Апстрактната контрола на « конвенционалноста » е контрола на компатибилноста на еден државен закон со Конвенцијата надвор од рамките на еден посебен случај каде овој закон се спроведува (за употребата на поимот « конвенционалност » види Michaud против Франција, бр. 12323/11, став 73, ЕКЧП 2012, Vassis и други против Франција, бр. 62736/09, став 36, 27 јуни 2013, Kanagaratnam против Белгија, бр. 15297/09, став 75, 13 декември 2011, Duda против Франција, (дек.), бр. 37387/05, 17 март 2009, и Kart против Турција, бр. 8917/05, став 83, 8 јули 2008).

81 Ова важи само за индивидуалните жалби (види на пример De Wilde, Ooms i Versyp против Белгија, 18 јуни 1971, став 22, серија А, бр. 12, Findlay против Обединетото Кралство, 25 февруари, 1997, став 67, Збирка на пресуди и одлуки, 1997-1, и Von Hannover против Германија (бр. 2), [ГС], бр. 40600/08, бр. 60641/08, став 116, ЕКЧП, 2012). За случаи меѓу државите, една Држава може апстрактно да оспорува законска одредба, бидејќи со членот 33 од Конвенцијата и се дозволува на една Држава да се обрати до Судот за « секој пропуст » во однос на одредбите од Конвенцијата кои би можеле да и бидат наметнати на друга Држава членка (Ирска против Обединетото Кралство, 18 јануари, 1978, став 240, серија А, бр. 25, и Кипар против Турција [ГС], бр. 25781/94, став 358, ЕСЧП, 2001-IV).

82 Една *actio popularis* е тужба покрената од член од јавноста кој делува само во интерес на јавниот ред и кој не бил, не е и нема во иднина да биде жртва од спорниот закон или од друг акт на Државата. (види меѓу другото и Tanase против Молдавија [ГС], бр. 7/08, став 104, ЕСЧП 2010, и X и други против Австрија [ГС], бр. 19010/07, став 126, ЕСЧП 2013).

Во тој случај, жалителот треба да биде во можност да потврди дека припаѓа на група лица кои претставуваат цел на активноста на Државата. (Aksu против Турција [ГС], бр. 4149/04, бр. 41029/04 став 50, ЕСЧП 2012). Врската меѓу група која е цел во активноста на Државата треба да постои во моментот на фактите и во моментот на доставувањето на жалбата до Судот.

83 Во тој случај, жалителот треба да биде во можност да потврди дека припаѓа на група лица кои претставуваат цел на активноста на Државата. (Aksu против Турција [ГС], бр. 4149/04, бр. 41029/04 став 50, ЕСЧП 2012). Врската меѓу група која е цел во активноста на Државата треба да постои во моментот на фактите и во моментот на доставувањето на жалбата до Судот.

84 Dudgeon против Обединетото Кралство, 22 октомври 1981, став 41 серија А, број 45, Norris против Ирска, 26 октомври 1988, став 32, серија А бр. 142, и S.L. против Австрија, бр. 45330/99, ЕСЧП 2003-1 (извадоци).

дали станува збор за општи закони⁸⁵ или за уставно законодавство⁸⁶. Овие две категории на лица кои можат да бидат доста широки за да се вклучат на пример « сите корисници или виртуелни корисници на поштенски или телекомуникациски служби⁸⁷, незаконските деца⁸⁸, жените на возраст за создавање потомство⁸⁹ или лица со ромско или со еврејско потекло⁹⁰, се оние за кои ние велеме дека се « потенцијални жртви »⁹¹.

Во предметниот случај, индивидуалните жалители тврдат дека се дел од група на лица со идентификувана карактеристика (парови од ист пол кои не се во брак) која не може да ја користи правната заштита која постои со закон а која може да ја користи друга група на лица која се наоѓа со состојба која е фактички споредлива (парови од спротивен пол кои не се во брак). Нивното тврдење е речиси слично со тврдењето на жалителката Александра во големиот случај *Marckx* против Белгија бидејќи и таа тврдела дека припаѓа на група лица кои се обединети со идентификувана карактеристика (деца родени надвор од брак) кои не можат да ја користат заштитата која им е доверена со белгискиот граѓански законик а која може да ја користат друга група на лица (легитимни деца)⁹². Принципот за допуштеност во случајот *Marckx* важи и за овој случај. Поинаку кажано, кога со закон или со пропис се доделува право кое е загарантирано со Конвенцијата само на една група на лица, а во однос на некоја идентификувана карактеристика која ја има групата, а друга група на лица која се наоѓа во иста или слична состојба е лишена од уживањето на тоа право, без да се даде објективно оправдување, конвенционалноста на овој закон или пропис може да биде контролирана *in abstracto* од страна на Судот, доколку до Судот се обрати член на група кој бил лишен од тоа право⁹³. Истиот заклучок важи за закон или пропис со кој се забранува или ограничува уживањето на некое право кое е гарантирано со Конвенцијата за група на лица кои сите имаат идентификувана карактеристика а кои се подложни на поразличен третман и се лишени, без никакво објективно оправдување во однос на друга група лица кои се наоѓаат во иста или во слична ситуација, (директна дискриминација)⁹⁴,

85 *Marckx* против Белгија, 13 јуни 1979, став 27, серија А, бр. 31, *Johnston* и други против Ирска, 18 декември 1986, став 42, серија А, бр. 112 и *Burden* против Обединетото Кралство [ГС], бр. 13378/05, ставови 33-34, ЕСЧП 2008).

86 *Sejdic i Finci* против Босна и Херцеговина [ГС], бр. 27996/06, ставови 28-29, ЕСЧП 2009).

87 *Klass* и други против Германија, 6 септември 1978, ставови 34-37, серија А, бр. 28.

88 *Marckx* погорецитиран, ставови 44-48.

89 *Open Door et Dublin Well Woman* против Ирска, 29 октомври 1992, став 44, серија А бр. 246-А.

90 *Sejdic i Finci*, погорецитирани, став 45.

91 Постои трета група на потенцијални жртви, оние кои сеуште не претрпеле повреда на Конвенцијата, но кои ќе претрпат ако спорната активност на Државата се спроведува (на пример одлука за протерување). Не треба да се мешаат потенцијалните жртви со индиректните жртви, израз со кој се означуваат лица кои претрпеле индиректни негативни последици од некоја акциозност или пропуст на Државата, како на пример жена и деца на илегално убиен маж од страна на државни службеници.

92 *Marckx*, погорецитиран, став 27

93 *Marckx*, погорецитиран, став 27 и *Sejdic i Finci*, погорецитирани, ставови 28-29.

94 *S.L.* против Австрија (дек.) бр. 45330/99, 22 ноември 2001, и цитираната судска практика.

D.H. и други против Република Чешка [ГС], бр. 57325/00, став 184, ЕСЧП 2007-IV. Закон или пропис кој предвидува позитивни мерки и доколку тие мерки се неопходни за да се стави крај или да се ублажи некоја дискриминација *de facto* во уживањето на правото кое произлегува од Конвенцијата од страна на група на лица кои се оштетени врз база на идентификувана карактеристика може апстрактно да биде проучена од страна на Судот. *Stec* и други против Обединетото Кралство, [ГС], бр.65731/01 и бр. 65900/01, ставови 61 и 66, ЕСЧП 2006-VI и *Wintersberger* против Австрија (дек.) бр. 57448/00, 27 мај 2003). Поради непознавањето на правото да не се трпи дискриминација во уживањето на правата кои се загарантирани со Конвенцијата, кога Државите еднакво постапуваат со лица кои се наоѓаат во сосема различна ситуација, тогаш законот или прописот кои не предвидуваат позитивни мерки и со тоа се оправдува нееднаквата фактичка состојба во која се наоѓа групата на лица кои имаат идентификувана карактеристика може да биде оспорена пред Судот, без разлика дали претходно постоел или не извршен акт. Во обратниот случај, кога закон или пропис воведуваат еднаквост во уживањето на некое право загарантирано со Конвенцијата, почнувајќи од најниските слоеви за група на лица кои поради идентификувана карактеристика се во предност во однос на друга група на лица кои ја немаат таа предност, може да биде предмет на проучување *in abstracto* од страна на Судот. (*Runkee i White* против Обединетото Кралство, бр. 42949/98 и бр. 53134/99, ставови 40-43, 10 мај 2007).

како и закон или пропис со кој се постапува на идентичен начин врз група на лица кои се наоѓаат во различна ситуација и тоа без објективно оправдување (индиректна дискриминација)⁹⁵. И во двата случаи членовите на групата кои се лишени од целосното уживање на правото кое произлегува од Конвенцијата можат тој закон или пропис да го оспоруваат пред Судот, независно од спроведувањето на истиот. А fortiori секој дискриминаторски закон или пропис кој се однесува на идентификувани лица или кои јасно можат да се идентификуваат, може да биде оспорен и од страна на лица пред Судот, независно од актот за негова примена (дискриминација *intuitu personae*). Сите овие наведени заклучоци се однесуваат на правата, кои и без да бидат посебно предвидени во Конвенцијата, се дел од полето на примена на правото кое е загарантирано со Конвенцијата, дури и кога немало повреда на самото материјално право.

Кога се покренува ова прашање, тогаш сите жалители освен еден, можат да тврдат дека биле потенцијални жртви според горенаведената дефиниција на зборот. Сепак жалбата доставена од здружението « Синтеси – информација, сензибилизација, истражување » не се заснова врз никаков ризик од претрпување на лична штета врз жалителката и затоа таа не може да се смета за потенцијална жртва.

Неисцрпување на сите домашни правни лекови против дискриминаторски закони

Не само што не станува збор за едноставен мултилатерален договор во однос на реципрочните обврски на Државите потписнички, туку Конвенцијата создава за Државите потписнички одредени обврски за сите лица во поглед на своето судство за да може конкретно да се спроведат во домашниот правен поредок сите загарантирани права и слободи⁹⁶. Од тој момент, сите Држави потписнички на Конвенцијата се правно обврзани воопшто да не го попречуваат ефективното спроведување на правото на индивидуална жалба и да воведат во внатрешниот правен систем амандмани кои се неопходни за да обезбедат целосно спроведување на обврските кои ги имаат⁹⁷. Гледано од друг аспект,

95 Д.Н. и други против Република Чешка [ГС], бр. 57325/00, став 184, ЕСЧП 2007-IV. Закон или пропис кој предвидува позитивни мерки и доколку тие мерки се неопходни за да се стави крај или да се ублажи некоја дискриминација *de facto* во уживањето на правото кое произлегува од Конвенцијата од страна на група на лица кои се оштетени врз база на идентификувана карактеристика може апстрактно да биде проучена од страна на Судот. *Stec* и други против Обединетото Кралство, [ГС], бр.65731/01 и бр. 65900/01, ставови 61 и 66, ЕСЧП 2006-VI и *Wintersberger* против Австрија (дек.) бр. 57448/00, 27 мај 2003). Поради непознавањето на правото да не се трпи дискриминација во уживањето на правата кои се загарантирани со Конвенцијата, кога Државите еднакво постапуваат со лица кои се наоѓаат во сосема различна ситуација, тогаш законот или прописот кои не предвидуваат позитивни мерки и со тоа се оправдува нееднаквата фактичка состојба во која се наоѓа групата на лица кои имаат идентификувана карактеристика може да биде оспорена пред Судот, без разлика дали претходно постоел или не извршен акт. Во обратниот случај, кога закон или пропис воведуваат еднаквост во уживањето на некое право загарантирано со Конвенцијата, почнувајќи од најниските слоеви за група на лица кои поради идентификувана карактеристика се во предност во однос на друга група на лица кои ја немаат таа предност, може да биде предмет на проучување *in abstracto* од страна на Судот. (*Runkee i White* против Обединетото Кралство, бр. 42949/98 и бр. 53134/99, ставови 40-43, 10 мај 2007).

96 Меѓународниот суд на правдата особено го исклучува поимот на реципрочни обврски кога станува збор за договори за заштита на човековите права (со резерва во однос на Конвенцијата за геноцид, советодавно мислење, МСП, Збирка, 1951, стр. 23 па и *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, пресуда, МСП, Збирка 1964, стр. 32 и Спроведување на Конвенцијата за заштита и за репресија од злосторство на геноцид, прелиминарни исклучоци, пресуда МСП, Збирка 1996, стр. 20) откако постојаниот Суд за меѓународна правда призна дека « целта на меѓународен договор во однос на очекувањата на Државите потписнички е да Државите ги усвојат утврдените прописи од кои произлегуваат права и обврски за лицата кои би се примениле од страна на домашните судови » (Надлежност на судовите во *Dantzig*, Советодавно мислење, 1928, ПСМП, серија Б, бр. 15, 3 март 1928, стр. 17). Интер-американски суд за човекови права (советодавно мислење бр. ОС-2/82, 24 септември 1982 во однос на резервираноста кон Интер-американската Конвенција за човекови права, став 29) и Комитетот за човекови права (генерална забелешка бр. 24, 2 ноември 1994, во однос на резервираноста кон PIDCP став 17) беше дадено истото мислење. Мошне рано, поранешната Комисија во својата одлука од 11 јануари 1961 во однос на допуштеноста на жалбата бр. 788/60 за Австрија против Италија (Именик, том 4 стр. 167-169) го објави истиот принцип потврдувајќи го « објективниот карактер » на Конвенцијата (« (...) и обврските на договорните држави од Конвенцијата кои имаат објективен карактер бидејќи нивна основна цел е заштита на основните права на поединци од вмешување на договорните Држави отколку создавање на субјективни и реципрочни права на нив »). Судот ја следеше оваа доктрина во пресудата *Ирска против Обединетото Кралство*, веќецитирана, став 239).

97 Овој генерален принцип од меѓународното право кој « се подразбира » во случајот *Размена на грчко и турско население*, Советодавно мислење, 1925, ПСМП, серија Б, бр. 10 (21 февруари 1925), стр. 20 беше опишан од страна на Судот во пресудата *Maestri* против Италија [ГС], бр. 39748/98, став 47, ЕСЧП 2004-1) на следниот начин « (...) од Конвенцијата произлегува, а особено од нејзиниот член 1 дека со ратификацијата на Конвенцијата, Државите потписнички се обврзуваат дека нивното внатрешно право ќе биде усогласено со неа. Секоја тужена Држава треба да ја отстрани секоја пречка од својот внатрешен правен поредок и да му обезбеди соодветна отштета на жалителот.

станува збор за последици од принципот на добра волја за спроведувањето на обврските кои произлегуваат од Конвенцијата и кои се наведени во членовите 26 и 31 од Виенската Конвенција за правото на договорите.

Преку членот 13 од Конвенцијата не се наметнува потребата од постоење на жалба за да може да се пристапи кон контрола на усогласеноста на законите на домашните судови со Конвенцијата⁹⁸, кога сторената повреда на некое право кое е гарантирано со Конвенцијата е дел од дискриминаторски закон или пропис од кој жалителот или група на лица на која тој и припаѓа е директно засегнат, тогаш внатрешниот правен систем треба да понуди ефективно право на жалба со кој ќе овозможи оспорување на тоа право или пропис⁹⁹.

Во обратен случај, Договорната страна не би им обезбедила никаква правна заштита на лицата преку своето законодавство во однос на нивното право кое е загарантирано со Конвенцијата и единствениот пат за жалба би бил директниот пристап до Судот. Но тоа не е случај во Грција.

Грција поседува систем за контрола на уставноста и на усогласеноста на законите со Конвенциите кој истовремено е и конфузен и конкретен, последователен и по пат на исклучок¹⁰⁰; но тој систем е ефективен. Всушност, грчките судови објавија низа на законски одредби на основните неуставни закони или на оние кои се спротивни на Конвенцијата¹⁰¹. Во својата пресуда бр. 3/2012, грчкиот Врховен суд (на пленарна седница) досуди дека од членот 12 став 1 од Уставот и од членот 11 од Конвенцијата произлегува дека лицата кои служат во вооружените сили имаат право на здружување, а заклучокот на Апелациониот суд според кој одредбите на членот 30 од Законот бр.1264/1982 и на членот 1 од Законот бр.2265/1994 не важат за воениот персонал затоа што истиот предизвикува повреда на одредбите на Уставот и на Конвенцијата. Врховниот суд заклучи дека « во отсуство на специфично законодавство, се спроведуваат генералните одредби на членовите 78 и натаму од граѓанскиот законик » .

98 James и други против Обединетото Кралство, 21 февруари, 1986, став 85, серија А, бр. 98, Roche против Обединетото Кралство, [ГС], бр. 32555/96, став 137, ЕСЧП 2005-Х, и Paksas против Литванија, [ГС], бр.34932/04, став 114 ЕСЧП 2011 (извадоци).

99 Најголемиот дел од правата кои се загарантирани со Конвенцијата ако не и сите, се признати и во уставите на Страните потписнички. Уставна жалба против закон кој повредува некое право кое е загарантирано со Конвенцијата е доволно само по себе, согласно членот 13 од Конвенцијата, а со тоа и механизмот за уставна контрола би бил конкретен или апстрактен, концентриран или конфузен, со основен карактер (превентивен или последователен) или по исклучок.

100 Види Spiliotopoulos, Judicial Remedy of Legislative Acts in Greece, in Temple Law Quarterly, 1983, стр. 463-502; Maniatakis, Fondements et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Grèce, in RIDC, 1988, СТР. 39-55, Skouris, Constitutional disputes and judicial review in Greece, in Landfried (ed.), Constitutional Review and Legislation : An International Comparison, 1988, стр. 177-200; Dagtoglou, Judicial Review of Constitutionality of Laws, in European Review of Public Law, 1989, стр. 309-327; Spyropoulos et Fortsakis, Constitutional Law in Greece, 2009, Koutnatzis, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts : Griechenland, in Boddandy et al. (ed.), Handbuch Ius Publicum Europeum, 2007, стр. 151-215; Piopoulos-Strangas et Koutnatzis, Greece, Constitutional courts as positive legislators, in Brewer-Carias, Constitutional courts as positive legislators, A comparative law study, 2011, стр. 539-574.

101 Види пресуда бр. 867/1988 од грчкиот Државен совет, каде е даден заклучок дека членот 65 од предлог-законот 1400/1973 не е усогласен со членот 12 од Конвенцијата, пресуда бр. 1664/2011 од Државниот совет каде е даден заклучок дека членот 4(3) од законот 383/1976 е спротивен на членот 5 од Уставот, пресуда бр. 3103/1997 од Државниот совет каде е даден заклучок дека членот 25 (1) (2) од законот бр. 1975/1991 не е соодветен на Женевската Конвенција од 28 јули 1951, пресуда бр. 1501/2012 од Државниот совет каде е даден заклучок дека законот бр. 2120/1993 е спротивен на членовите 4 став 5 и 17 став 1 на Уставот и на членот 1 од Протоколот бр. 1; пресуда бр. 2960/2010 од Државниот совет каде е даден заклучок дека членот 16 од законот бр. 2227/1994 не е во согласност со членот 7 став 1 од Конвенцијата; пресуда бр. 982/2010 од Врховниот Суд каде е даден заклучок дека членот 13 (4) од законот бр. 2882/2001 е спротивен на членот 1 на Протоколот бр. 1, ; пресуда бр. 33/2002 од Врховниот Суд каде е даден заклучок дека членот 5 (3) од законот бр. 2246/1994 е спротивен на членот 5 став 1 од Уставот, ; пресуди бр. 5251/2004 и бр. 16520/2004 од Основниот Суд во Солун каде е даден заклучок дека членот 107 од законот за дополнување на граѓанскиот законик не е усогласен со членовите 11 и 14 од Конвенцијата; пресуда бр. 954/1999 од Вишиот Управен Суд на Атина каде е даден заклучок дека членот 31 од законот бр. 2470/1997 е спротивен на членот 1 од Протоколот бр. 1; пресуда бр. 748/2011 од Вишиот Управен Суд на Атина каде е даден заклучок дека членот 64 од предлог-законот бр. 1400/1973 е спротивен на Европската социјална повелба и на забраната за присилна работа; пресуда бр. 2377/2007 од Судот по дистрикти во Атина каде е даден заклучок дека членот 30 (2) од законот бр. 2789/2000 не е усогласен на членовите 2 и 17 од Уставот и на членот 1 од Протоколот бр. 1; пресуда бр. 2250/2008 од Управниот Суд на Атина каде е даден заклучок дека членот 60 од законот бр. 2084/1992 е спротивен на членот 1 од Протоколот бр. 1; и пресуда бр. 2028/2004 од Државниот совет каде е даден заклучок дека членот 7 (1) од законот бр. 2703/1999 е спротивен на членот 1 од Протоколот бр. 1.

Бидејќи не постои ниту една законска одредба која им дозволува на воениот персонал да основа здружение тоа воопшто не го спречи Врховниот суд да каже дека тоа право е загарантирано и со Уставот и со Конвенцијата, и остварувањето на тоа право не зависи од донесувањето на општ закон, а во отсуство на специфично законодавство, тогаш треба да се спроведат генералните одредби од граѓанскиот законик.

Во овој случај, жалителите не им дале можност на домашните судови да го спроведат истото размислување по однос на нивната жалба. Во правен поредок, каде основните права се заштитени со Уставот, страната која смета дека била лишена од тие права, треба да ја докаже големината на таа заштита и да им даде можност на домашните судови да го унапредат своето право преку толкување на законите¹⁰². Судот не ќе може да претпостави, како што тоа го направија жалителите, дека домашните судови нема да им доверат целосен влијание на одредбите од Уставот од нивната земја.

Обврска која произлегува од Конвенцијата за да можат лицата кои се жртви на дискриминација да ги користат поволните одредби

Во грчкиот закон е предвидена специфична активност, за штета која и се припишува на Државата или на државна институција¹⁰³. Во членот 57 од граѓанскиот законик е наведено дека секое лице кое е жртва на лична штета има право да бара надомест на штета но и да « бара укинување на повредата и апстинирање во иднина од секоја друга повреда ». Според државната судска практика, постои обврска за исплата на одредена сума кога постоела активност или пропуст на законодавецот во момент кога законодавството кое е на сила или отсуството на законодавство поради непознавањето на вишите правни норми како што се одредбите од Уставот или ратификуваните со закон меѓународни конвенции, како што е Конвенцијата¹⁰⁴. Според домашната судска практика, секоја повреда на принципот на еднаквост која произлегува поради пропуст од страна на законодавецот да предвиди во своето законодавство категории на лица кои се наоѓаат во идентична ситуација со лицата за кои тоа законодавството и било наменето, ги прави и Државата и државните институции одговорни и треба да ги обесштетат тие лица. Според судската практика « ако законот основа специјален пропис за одредена категорија на лица, а за друга категорија на лица за кои постои истата причина за да им се довери посебно постапување, а тие лица се исклучени од овој пропис и врз нив се прави назаслужена и непријатна дискриминација, одредбата со која се предвидува тоа негативно постапување ќе биде оценета како невалидна бидејќи е спротивна на Уставот. Во ист случај, за да се воспостави повторно истиот уставен принцип на еднаквост одредбата која се спроведува за категорија за која и бил донесен тој посебен пропис ќе важи и за категоријата на лица кои биле жртви на дискриминација. Во тој случај, судските власти не можат да ја добијат репутацијата дека го повредиле принципот на поделба на власт во согласност со членовите 1, 26, 73 итн. и 87 од Уставот¹⁰⁵. За дискриминаторски закон, грчките судови треба да спроведат, во согласност со членовите 87 став 1 и 2, 93 став 4, и 120 став 2 од Уставот, моќ на контрола врз активностите на законодавниот корпус и да го спроведат принципот на еднаквост колку што е можно повеќе, и врз база на тој принцип да ја спроведат поволната одредба врз повредената група¹⁰⁶. Овој правен лек би бил доволен за да се постигне целта на Конвенцијата. Доколку домашните судови се ограничуваат само на изјавување дека одредбата е дискриминаторска и спротивна на Уставот или на Конвенцијата а без притоа да може да се спроведе посебната поволна одредба кон лицето кое претрпело дискриминација, а повредата на принципот на еднаквост и понатаму ќе постои а побараната судска заштита ќе биде лишена од секој реален контекст. Конвенцијата треба да ја спроведува судија, без разлика на кој начин се спроведува процесот на правни реформи на внатрешен план бидејќи « слободата на избор која ја има Државата во однос на средствата кои ќе ги примени за спроведување на обврската предвидена во членот 53 не и

102 Vincis и други против Србија, бр. 44698/06 и други, став 51, 1 декември 2009г. и А, В, С против Ирска [ГС], бр. 25579/05, став 142, ЕСЧП 2010.

103 Види член 105 од законот кој го наподоолнува граѓанскиот законик и членовите 57, 914 и 932 од граѓанскиот законик.

104 Види пресуда бр. 169/2010 од грчкиот Државен Совет и пресудите бр. 743/2006, 3928/1992, 409/2007 и 6/2007 на Вишиот управен суд на Атина.

105 Судската практика е различна и усогласена во однос на проширувањето на поволното постапување кон група на лица кои биле жртви на дискриминација дури и кога тоа има последици по буџетот, види пресуди бр. 1578/2008, 60/2002, 7/1995, 40/1990 и 3/1990 од Грчкиот Врховен суд ; пресуди бр. 3088/2007, 2180/2004 и 14 67/1994 од Државниот Совет ; пресуда бр. 3717/1992 од Вишиот управен суд на Атина и пресуда бр. 10391/1990 од Управниот суд на Атина.

106 Пресуда бр. 60/2002 од грчкиот Врховен Суд.

дозволува да не ја спроведе Конвенцијата¹⁰⁷. Во практика, домашните судови треба да усвојат толкување на националното законодавство кое ќе биде најсоодветно со Конвенцијата за да се усогласи со меѓународната обврска за спречување на секаква повреда на Конвенцијата¹⁰⁸. И покрај сето ова, жалителите воопшто не се обиделе да побараат од домашните судови нивниот случај да се разгледува согласно со горенаведената судска практика.

Обврска која произлегува од Конвенцијата за да се преиспита законодавството кое не е усогласено на неа.

Во случаи кога, усогласеноста на некој општ закон со Уставот и со Конвенцијата е доведен во прашање, тогаш е неопходна интервенција на законодавецот, а сепак беа донесени неопходните амандмани на законот во Грција. Како пример може да го посочиме усвојувањето на пресудата бр. 867/1988 на грчкиот Државен Совет кој заклучува дека одредбите на членот 65 на предлог-Законот бр. 1400/1973 не се усогласени со членовите 2 став 1 и 4 став 1 од Уставот и со членот 12 од Конвенцијата, и беше усвоен членот 18 (1) од Законот бр. 1848/1989 со кој се укина спорната одредба. Точно е дека ниту една одредба од грчкото законодавство не ја наметнува обврската за проверка на неусогласеноста на законодавството со Уставот или со Конвенцијата. Во однос на законодавството кое не е усогласено со Конвенцијата, постои обврска која произлегува од самата Конвенција за нејзино вметнување во домашниот судски поредок.

Обврската да се предупреди за повреда на Конвенцијата го оправдува усвојувањето на генерални мерки кога не постои домашна правна рамка која е усогласена со Конвенцијата¹⁰⁹ или кога домашната правна рамка или административната практика која е во сила се спротивни на Конвенцијата¹¹⁰. Во одредени случаи е неопходна и промена на државниот Устав бидејќи Конвенцијата « не прави никаква разлика врз спорните прописи или мерки и не исклучува ниту еден дел од « судството » од спроведувањето на Конвенцијата во Државите членки¹¹¹. Според принципот на корисно влијание и на принципот на супсидијарност на Конвенцијата, секоја повреда на Конвенцијата, вклучувајќи ја и онаа на законодавецот, треба да биде решена на државно ниво од моментот кога истата била дефинитивно воспоставена во домашните судови. Кога законодавецот не превзема никаква активност по однос на конечна судска одлука во која се утврдува дека некоја законска одредба или пропис и штетат на Конвенцијата, може да се поднесе жалба поради нереагирање во однос на конечна судска одлука, согласно членот 6 од Конвенцијата. Според толкувањето на членот 6, во однос на корисниот ефект на Конвенцијата и на принципот на супсидијарност, на Државите потписнички им се

107 *Vermiere* против Белгија, 29 ноември 1991г., став 26, серија А бр. 214-С.

108 Да се види моето издвоено мислење во пресудата *Fabris* против Франција, [ГС], бр. 16574/08, ЕСЧП 2013 (извадоци).

109 *Malone* против Обединетото Кралство, 2 август 1984, став 82, серија А бр. 82; *X i Y* против Холандија, 26 март 1985, став 27, серија А бр. 91 и *Viasu* против Романија, бр. 75951/01, став 83, 9 декември 2008; *Mandic i Jovic* против Словенија, бр. 5774/10 и 5985/10, став 128, 20 октомври 2011, *Pulath* против Турција, бр. 38665/07, став 39, 26 април 2011. Судот го проучи развојот на законодавството по сторените повреди и го критикуваше недоволното ниво на развој (на пр. види *Odievge* против Франција [ГС], бр. 42326/98 ставови 15-17, ЕСЧП 2003-III; *Brauer* против Германија бр. 3545/04, став 24, 28 мај 2009; *Dumitru Popescu* против Романија (бр.2) бр. 71525/01, став 82-84, 26 април 2007).

110 *Dudgeon* цитиран, ставови 41 и 63, *Johnston* и други, став 42, *Norris*, цитиран, став 38, или *Manoussakis* и други против Грција, 26 септември 1996, став 45, Збирка 1996-IV. За одредени случаи, Судот детално ги образложува законодавните мерки кои треба да се превземат (*M* и други против Бугарија, бр. 41416/08, став 138, 26 јули 2011). Една административна практика како што е неделното систематско прегледување на телото во затвор може да се смета за генерална мерка. (*Salah* против Холандија, бр. 8196/02, ставови 77-79, ЕСЧП 2006-IX, извадоци). Воопшто не станува збор за бизарност на европскиот систем за заштита на човековите права. Комитетот за човекови права веќе препорача измена на законодавството во случајот *Ballantines, Davidson i McIntyre* против Канада, дописи бр. 3591/1989, 185/1989, 31 март 1993, став 13 и *Toonen* против Австралија, допис бр. 488/1992, 31 март 1994, став 10. Во своите општи забелешки бр. 24, 2 ноември 1994, став 17, Комитетот го отфрли секој исклучок од оваа обврска сметајќи дека истиот е спротивен на целта и на предметот на Пактот.

111 *Parti communiste unifie de Turquie* и други против Турција, 30 јануари 1998, ставови 29-30, Збирка 1998-1 и *Dumitru Popescu* против Романија (бр.2) веќе цитиран, став 103. Со практикаат на Судот и со прифаќањето на Државите потписнички се потврдува ова толкување (да се видат уставните измени усвоени по пресудата од 27 август 1991 во случајот *Demicoli* против Малта, серија А, бр. 210 како и Резолуцијата за ЧП (95) 21 од 11 септември 1995, по пресудата усвоена на 29 октомври 1992 за случајот *Open Door i Dublin Well Woman* против Ирска, серија А, бр. 246-А, како и Резолуцијата за ЧП (96) 386 од 26 јуни 1996 и по пресудата усвоена на 23 октомври 1995 за случајот *Palaog* против Австрија, серија А, бр. 329-Б, како и Резолуцијата за ЧП (96) 150 од 15 мај 1996).

наметнува обврската да го проверат секој закон или пропис за кој било утврдено со конечна судска одлука усвоена од страна на домашен суд дека не е во согласност со Конвенцијата. Жалителите целосно го игнорирале тој друг правен лек¹¹².

Големиот судски совет сепак се убеди да ги проучи « основните » намери на грчкиот законодавец надвор од « изјавената » намера (став 87 од пресудата) и истите да ги критикува и воопшто не се воздржа да и го наметне начинот според кој тужената Држава треба да го уредува законот (став 89). По постапката за « пилот пресуда¹¹³ и пресудите член 46 (или квази пилот пресуди)¹¹⁴, Големиот судски совет со оваа пресуда

воведува нов правен лек кој најавува специфично законско решение за општествен проблем кој не бил решен од страна на домашниот законодавец, откако засегнатите лица директно се обратиле до Судот. Судот повеќе не е само « законодавец за негатива » туку има улога на « позитивен законодавец » на супранационално ниво кој делува директно поради настанат законски пропуст сторен наводно од страна на Државата членка.

Заклучок

Поради сето погоре изнесено, жалителите не ги исцрпиле правните лекови кои би им овозможиле на грчките судови да ја проучат нивната жалба во однос на повредата на Конвенцијата. Големиот судски совет на Судот не требало да го проучи случајот во неговата суштина, но сепак тоа и го направил однесувајќи се како европски уставен Суд, играјќи ја улогата на « позитивен законодавец » на директно барање на засегнатите лица. Ханс Келсен, кој е основач на овој судско-уставен контролен систем, не би можел ни да замисли дека еден ден би се направил таков исчекор во Европа.

112 Да се има сомнеж во однос на ефективноста на жалбата не претставува доволна причина за да се оправда нејзиното неискористување (Akdivar и други против Турција, 16 септември 1996, став 71, Збирка 1996-IV).

113 Види нова пресуда Broniowski против Полска ([ГС], б. 31443/96, ЕСЧП, 2004-V) кое е резултат на « неусогласеноста на полското судство со административната практика ». Оваа постапка беше воведена со членот 61 од Правилникот на Судот. Пред извесно време, во пресудата Ananyev и други против Русија бр. 42525/07 и 60800/08, 10 јануари 2012, ставови 191-240 и точка 7), Судот отиде уште подалеку со потенцијалот на оваа нова постапка, наложувајќи и на тужената Држава во рок од шест месеци да презентира акционен план преку кој ќе се спроведат низа на превентивни мерки и надокнати посочени од Судот.

114 Со « квази пилот пресудите » Судот ги идентификува системските проблеми кои се појавуваат во судскиот систем и домашната практика и кои можат да претставуваат извор на повреди на Конвенцијата кои се повторуваат, без притоа да се пропишат општи мерки во содржината на пресудата. Во одредени случаи Судот отиде дотаму што ги вклучи тие обврски во содржината на пресудата без притоа да напомене дека станува збор за « пилот » (да се види на пр. Lukenda против Словенија, бр. 23032/02, став 98, ЕСЧП 2005-X, Xenides-Arestis против Турција, бр. 46347/99, став 40, 22 декември 2005). Во други случаи, обврската беше наведена единствено во образложението на пресудата, без истата да биде наведена во содржината (на пр. Hasan i Eylem Zengin против Турција, бр. 1448/04, став 84, 9 октомври 2007, и Manole и други против Молдавија, бр. 13936/02, став 117, ЕСЧП 2009 (извадоци)). Судот наведе и краен датум за усвојување на неопходните мерки (Xenides-Arestis, веќеспоменати, став 40, и Bourdov против Русија (бр. 2) бр. 33509/04, став 141, ЕСЧП 2009) или да ја потврди « итноста » (Ramadhi и други против Албанија, бр. 38222/02, став 94, 13 ноември 2007). Судот, една пресуда која имаше последици по однос на допуштеноста врз друга пресуда, ја квалификува како ретроактивна пилот пресуда. (Isueg против Турција (дек.), бр. 18888/02, став 67, ЕСЧП, 2006-I, упатувајќи на пресудата Dogan и други против Турција, бр. 8803-8811/02, 8813/02 и 8815-8819/02, ЕСЧП 2004-VI извадоци)).



ГОЛЕМ СУДСКИ СОВЕТ

ПРЕДМЕТ НА ИКС И ДРУГИ против АВСТРИЈА

(Апликација бр. 19010/07)

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

19 февруари 2013

Оваа пресуда е конечна, но може да биде предмет на уредувачки промени

Во предметот на **Икс и другите против Австрија**,

Европскиот суд за човекови права, заседавајќи како Голем судски совет, составен од:

Dean Spielmann, Претседател,
Josep Casadevall,
Guido Raimondi,
Ineta Ziemele,
Nina Vajić,
Lech Garlicki,
Peer Lorenzen,
Anatoly Kovler,
Elisabeth Steiner,
Khanlar Hajiyev,
Egbert Myjer,
Danutė Jočienė,
Ján Šikuta,
Vincent A. de Gaetano,
Linos-Alexandre Sicilianos,
Erik Møse,
André Potocki, судии,

и Johan Callewaert, Заменик-секретар на Големиот судски совет,

По затворено заседание на 3 октомври 2012 и 9 јануари 2013,

Ја донесува следнава пресуда, усвоена на гореспоменатиот датум:

ПОСТАПКА

1. Предметот отпочна со апликација (no. 19010/07) против Република Австрија поднесена во Судот согласно Член 34 од Конвенцијата за заштита на човековите права и темелните слободи („Конвенцијата“) од страна на тројца државјани на Австрија („апликантите“), на 24 април 2007. Претседателот на Големиот совет се согласи со барањето на апликантите нивните имиња да не се обелоденат (Правило 47 § 3 од Правилникот на Судот).

2. Апликантите ги застапуваше г-дин Н. Graupner, адвокат од Виена. Австриската влада („Владата“) беше застапувана од нивниот Агент, Амбасадорот Н. Tichy, раководител на Секторот за меѓународно право при Федералното министерство за европски и меѓународни прашања.

3. Апликантите наведуваат дека биле дискриминирани во споредба со разнополови двојки, зашто посвојувањето од страна на втор родител била легално невозможно за истополови двојки.

4. Апликацијата била распределена на Првата секција на Судот (Правило 52 § 1 од Правилникот на Судот). На 29 јануари 2009 за апликацијата беше известена Владата. Исто така, истовремено беше одлучено и за допуштеноста и за меритумот на апликацијата (член 29 § 1). Беше одржана седница на Првата секција на 1 декември 2011. На 5 јуни 2012, Советот на тоа Одделение, составен од следниве судии: Nina Vajić, Anatoly Kovler, Elisabeth Steiner, Khanlar Hajiyev, Julia Laffranque, Linos-Alexandre Sicilianos и Erik Møse, а исто така и од Søren Nielsen, секретар на Одделението, ја отстапи апликацијата на надлежност на Големиот совет (член 30 од Конвенцијата), на што не приговори ниедна од странките во рамки на дозволеният рок (Правило 72).

5. Составот на Големиот совет беше определен согласно одредбите на член 26 §§ 4 и 5 од Конвенцијата и Правилото 24 од Правилникот на Судот.

6. И Владата и апликантот поднесоа натамошни писмени согледувања околу допуштеноста и меритумот.

7. Покрај ова, беа добиени и заеднички коментари од трети страни, од проф. R. Wintemute во име на следниве шест невладини организации: Меѓународната федерација на лигите за права на човекот (Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme, FIDH), Меѓународната комисија на правници (the International Commission of Jurists, ICJ), Европскиот регион на меѓународната асоцијација на лезбејки, геј, бисексуални, трансексуални и интерсексуални лица (the European Region of International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, ILGAEurope), Британското здружение за посвојување и згрижување (the British Association for Adoption and Fostering, BAAF), Мрежата на Европски здруженија на ЛГБТ семејства (the Network of European LGBT Families Associations, NELFA) и Европската комисија за правото во врска со сексуалната ориентација (the European Commission on Sexual Orientation Law, ECSOL), на кои од страна на Претседателот на Големiot совет им беше дадена дозвола да интервенцираат во пишаната процедура. Натamoшни коментари од трета страна се добиени од the European Centre for Law and Justice (ECLJ), Јавниот правобранител за Северна Ирска, Amnesty International (AI) и Alliance Defending Freedom (ADF), од кои секој имаше добиено дозвола да интервенира во писмената постапка.

8. Седницата се одржа јавно, во Зградата на човекови права, Стразбур, на 3 октомври 2012 (Правилото 59 § 3).

Пред Судот се јавија:

(а) за Владата

г-ѓа В. Ohms, Federal Chancellery, заменик - агент,
г-дин М. Stormann, Federal Ministry of Justice,
г-ѓа А. Jankovic, Federal Ministry for European and
International Affairs советници;

(б) за апликантите

г-дин Н. Graupner, застапник.

Судот ги ислуша обраќањата на г-ѓа Ohms и г-дин Graupner, како и нивните одговори на прашањата поставени од судиите.

ФАКТИ

1 ОКОЛНОСТИ НА ПРЕДМЕТОТ

9. Првиот и третиот апликант се родени во 1967 година, а вториот апликант е роден во 1995 година.

10. Првиот апликант и третиот апликант се две жени кои живеат во стабилна врска. Вториот апликант е син на третиот апликант и е роден вонбрачно. Неговиот татко го призна татковството и неговата мајка има ексклузивно старателство над него. Апликантите живеат во заедничко домаќинство од времето кога вториот апликант беше на возраст од околу пет години, а првиот и третиот апликант заеднички се грижат за него.

11. На 17 февруари 2005 првиот апликант и вториот апликант, застапуван од неговата мајка, склучија договор дека вториот апликант ќе биде посвоен од првиот апликант. Намерата на апликантите беше да создадат законски однос меѓу првиот и вториот апликант што ќе одговара на врската меѓу нив, без да ја прекинат врската со мајката на детето, третиот апликант.

12. Апликантите, свесни дека формулацијата на член 182 § 2 од Граѓанскиот законик (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch) може да се разбере така што ќе исклучи посвојување на детето на еден од партнерите во истополова двојка од страна на другиот партнер, а без да се раскине сродството со биолошкиот партнер, побараа од Уставниот суд да ја прогласи таа одредба за неуставна, зашто ги дискриминира врз основа на нивната сексуална ориентација. Во случајот на хетеросексуални двојки, член 182 § 2 од Граѓанскиот законик дозволува посвојување од страна на втор родител, односно посвојување од страна на едниот партнер на детето на другиот партнер, без тоа да се одрази на законското сродство на вториот со детето.

13. На 14 јуни 2005 Уставниот суд го отфрли барањето како недопуштено според Член 140 од Федералниот устав. Тој забележа дека надлежниот Окружен суд, одлучувајќи дали да го одобри догово-

рот за посвојување, би требало да го испитува прашањето дали член 182 § 2 од Граѓанскиот законик дозволува посвојување од втор родител во случај на истополова двојка. Доколку Окружниот суд одбие да го одобри договорот за посвојување, апликантите се и натаму слободни да ги поднесат своите аргументи во однос на наведената неуставност на таа одредба до апелационите судови, кои од своја страна можат да го покренат прашањето пред Уставниот суд доколку го споделуваат гледиштето на апликантите.

14. Последователно, на 26 септември 2005, апликантите побараа од Окружниот суд да го одобри посвојување, за и првиот и третиот апликант да бидат родители на вториот апликант. Во своите поднесоци тие објаснија дека првиот и вториот апликант развиле блиски емотивни врски и дека вториот апликант имал полза од тоа што живее во домаќинство со двајца возрасни кои го сакаат и се грижат за него. Нивна цел била да се стекне законско признавање на нивната *de facto* семејна единица. Оттука, првиот апликант би го заменил таткото на вториот апликант. Тие забележаа дека таткото на вториот апликант не се согласил со посвојувањето, без да даде причини за својот став. Понатаму, тие наведуваат дека тој покажувал краен антагонизам кон семејството и дека, оттука, Судот треба да го пренебрегне неговото одбивање да даде согласност, според член 181 § 3 од Граѓанскиот законик, зашто посвојувањето било во најдобар интерес на вториот апликант. Во поддршка на своите аргументи, апликантите приложија и извештај од Службата за грижа за младите којашто потврди дека првиот и третиот апликант ги споделуваат секојдневните задачи поврзани со грижата за вториот апликант и севкупната одговорност за неговото одгледување и којашто заклучи, иако изрази сомнежи во однос на законската положба, дека доделувањето заедничко старателство би било пожелно.

15. На 10 октомври 2005 Окружниот суд одби да го одобри договорот за посвојување, сметајќи дека член 182 § 2 од Граѓанскиот законик не пропишува ни една форма на посвојување што ќе го даде ефектот посакуван од апликантите. Неговото образложение гласи:

“Г-ѓа ..., третиот апликант, има ексклузивно старателство врз својот малолетен син ..., кој е роден вонбрачно. [Таа] го споделува домот во ... со нејзиниот партнер... (првиот апликант) и со ... (вториот апликант).

Апликацијата до судот поднесена заеднички на 12 октомври 2001 од страна на мајката на детето и нејзината партнерка, за делумно пренесување на старателството врз [детето] на партнерката на мајката, за двете жени да може да остваруваат заедничко старателство, беше отфрлена, со правосилно дејство.

Согласно условите на договорот за посвојување од 17 февруари 2005 за којшто сега се бара одобрување, првиот апликант, како партнерка на мајката на [детето] се согласи да го посвои детето.

Апликантите бараат од Судот одобрение за посвојување така што врските со биолошкиот татко и неговите роднини според семејното право би престанале да постојат, додека врската со биолошката мајка би останала целосно зачувана. Тие бараат од Судот да го пренебрегне одбивањето на таткото на детето да даде согласност.

Апликацијата, којашто, *de facto* има за цел обезбедување заедничко старателство за биолошката мајка и мајката – посвоител (која живее во истополова заедница со неа) – е неуспешна на правна основа.

Член 179 од Граѓанскиот законик пропишува посвојување било од страна на едно лице, или од страна на брачна двојка. Само под определни строги услови може лице во брак самостојно да посвои дете. Согласно втората реченица од член 182 § 2 од Граѓанскиот законик, правниот однос според семејното право – над и надвор од самото законско сродство – престанува само во поглед на биолошкиот татко (биолошката мајка) и неговите (нејзините) роднини, доколку детето се посвои само од страна на маж (или жена). Бидејќи врската со другиот родител останува недопрена, потоа (т.е., по посвојувањето), Судот ја огласува за прекината во однос на тој родител, со негова/нејзина согласност како услов.

Член 182 од Граѓанскиот законик е последен пат изменет и дополнет во 1960 (*Federal Gazette* 58/1960). Врз основа на недвосмислената формулација на оваа одредба и несомнената намера на законодавецот во тоа време, мора да се препостави дека, во случај на посвојување од страна на едно

лице, законската врска со биолошкиот родител од ист пол како родител–посвоител (адоптивен родител) престанува да постои, додека вркката со родителот од спротивниот пол останува недопрена (види и Schlemmer in Schwimann, ABGB2 I § 182, точка 3). Само при вакво сценарио законот дозволува Судот да огласи дека втората врска – на којашто посвојувањето, само по себе, не се одразува – е прекината.

Аранжманот што го барале апликантите, при што [детето] би било посвоено од жена, а вркката со неговиот биолошки татко, но не и со неговата биолошка мајка, би била прекината е, оттука, некомпатибилен со законот. Според ставот на Судот, толкувањето на оваа законска одредба согласно Уставот – што, се разбира, е задолжително – со ништо не го менува овој наод.

Точно е да се каже дека, согласно востановеното прецедентно право на Европскиот суд за човекови права, прашањата во врска со сексуалната ориентација спаѓаат во делокругот на заштитата на правото на приватен и семеен живот (член 8). Исто така, вистина е дека, според прецедентното право на Судот, дискриминацијата врз основа на сексуална ориентација е темелно некомпатибилна со член 8 и член 14 од Конвенцијата. Сепак, треба да се забележи дека Европскиот суд, исто така, постојано пресудува дека на земјите-членки на Советот на Европа треба да им се дозволи маргина на дискреција во оваа смисла, што е онолку поширока колку што е помала согласноста меѓу правните поредоци на земјите-членки. Во точка 41 од својата пресуда во *Fretté v. Франција* (апликацијата по. 36515/97, 26 Мај 2002), Европскиот суд изрично кажува дека, во сферата на правото на хомосексуалците да посвојуваат, на земјите-членки треба да им се даде широка маргина на дискреција, зашто односните прашања биле предмет на општествена промена и се во состојба на транзиција; сепак, оваа маргина на дискреција не треба да се толкува како нешто што на државите им дава *carte blanche* да извршуваат арбитрарни овластувања.

Прашањето дали земја-членка дава можност две лица од ист пол да воспостават законска врска со дете на еднаква основа е, оттука, прашање за кое треба да одлучи самата држава, земајќи ги предвид ограничувањата пропишани со член 8 § 2 од Конвенцијата. Според ставот на овој Суд, ваква можност не постои според сегашниот австриски закон, дури и кога законот се толкува, како што е и задолжително, во согласност со Уставот. Аранжманот што го барале апликантите би барал амандманско дополнување на законодавството; тој не може да се одобри по пат на обична одлука на Судот со којашто член 182 од Граѓанскиот законик би се толкувал на начин што е спротивен на недвосмислената формулација на таа одредба.

Од овие причини, Судот ја отфрли Апликацијата за одобрување на договорот за посвојување.”

16. Апликантите поднесоа жалба. Повикувајќи се на член 8 и член 14 од Конвенцијата, тие тврдеа дека член 182 § 2 од Граѓанскиот законик е дискриминирачки во смисла дека довел до неоправдано правење разлика меѓу истополовите и разнополовите двојки. Таканареченото посвојување од втор родител било можно за брачни или вонбрачни хетеросексуални двојки, но не и за истополови двојки. Сегашниот случај треба да се разграничи од *Fretté*, којшто се занимаваше со посвојување од страна на хомосексуалец – sameц. Спротивно на ова, во сегашниот случај се работи за разлика во третманот меѓу разнополови и истополови двојки.

17. Имајќи ја предвид пресудата на Судот во *Karner v. Австрија* (по. 40016/98, ECHR 2003-IX) разликата во третманот меѓу вонбрачните хетеросексуални двојки и истополовите двојки е особено проблематична. Само неколку европски држави дозволуваат посвојување од втор родител од страна на истополови двојки; мнозинството држави го резервираат посвојувањето од втор родител за брачните двојки, а постои и консензус дека вонбрачните разнополови двојки и истополови двојки не треба да се третираат различно. Разликата на која се однесува жалбата не служи за легитимна цел: особено, таа не била неопходна за да се заштитат интересите на детето. Постои истражување што покажува дека децата се развиваат подеднакво добро во семејства со хомосексуални партнери, како и во семејства со хетеросексуални партнери. Она што е важно не е сексуалната ориентација на родителите, туку нивната способност да обезбедат стабилно и грижливо семејство. Апликантите побарале од Апелациониот суд да ја укине одлуката на Окружниот суд и да го одобри нивното барање од 26 септември 2005 или, алтернативно, да го проследи предметот назад до Окружниот суд за предлучување.

18. Регионалниот суд, без да одржи седница, ја отфрлил жалбата на апликантите на 21 февруари 2006. Во својата одлука, тој опишал мноштво постапки (во врска со правото на таткото на вториот

апликант да се гледа со детето, како и неговите обврски за издршка, како и постапката во која првиот и третиот апликант неуспешно се обиделе да остварат заедничко старателство над вториот апликант). Регионалниот суд воочил дека има сомневања во однос на тоа дали третиот апликант може да го застапува својот син во постапката, зашто може да постои потенцијален конфликт на интереси. Понатаму, тој го изјавил следново:

“Натамошното испитување на ова прашање е, сепак, објективно не е нужно, зашто, според ставот на овој Суд – како што е подолу изложено – одобрувањето на договорот за посвојување треба во секој случај да се одбие, без потреба од натамошно истражување, а навистина и било одбиено од првостепениот суд, со резултат дека делотворното застапување на детето во постапката не се поставува како прашање.

Што се однесува до одлуката за барањето за делумно пренесување на старателството врз [детето] на [партнерот на мајката], судовите што го разгледувале предметот воочиле дека, иако австриското семејно право не содржи правна дефиниција на поимот „родители”, сепак е мошне јасно од одредбите на австриското семејно право како целина дека законодавецот имал намера родителската двојка, во принцип, да се состои од двајца родители од различни полови. Законодавецот, оттука, пред сè и над сè предвидел старателството да го имаат биолошките родители, или биолошката мајка во случај на дете родено вон брак. Само кога тоа не е можно, законот предвидел на други лица да се додели старателството над детето. Доколку биолошките родители (татко и мајка) се присутни, не е нужно да се додели старателство на друго лице, дури и ако, од чисто фактографска гледна точка, тоа лице има близок однос со детето (спореди OGH, 7 Ob 144/02 f). Судовите нагласиле дека од овој правен став не може да се изведе дискриминација против лицата во истополово партнерство, туку одредбите на семејното право се базирани, согласно биолошката реалност, на присуството на двојка сочинета од родители од спротивни полови.

Според гледиштето на овој Суд, овие размислувања се применуваат и на прашањето што е предмет на испитување тука, имено – одобрувањето за посвојување на малолетно дете од страна на истополовиот партнер на еден од родителите на детето. Тука, исто така, не е нужно да се создаде дополнителен „законски родител” кога обата разнополови родители на детето се присутни. Целта не е на ниеден начин да се дискриминира истополовото партнерство на мајката на детето; сепак, кога обажцата разнополови родители се присутни, едноставно нема потреба од одредба што ќе овозможи еден од родителите да биде заменет од истополовиот партнер на другиот.

Посвојувањето на малолетно дете е во основа осмислено за да создаде врска што наликува на онаа што постои меѓу биолошките родители и нивните деца. Досието на овој предмет покажува дека биолошкиот татко има редовен контакт со своето дете, што резултира со тоа дека детето одржува содржаен однос со обата свои родители од спротивен пол. Во ваквите околности, сепак, нема потреба да се замени ниту едниот од биолошките родители со истополовиот партнер на другиот родител, со тоа што ќе се одобри посвојувањето на детето.

Прецедентното право што се однесува на правата на родителите на контакт (со детето) исто така, општо и неспорно признаваат дека, согласно расположливите психолошки и социолошки наоди, од особена важност за натамошниот развој на детето е да се одржува соодветен личен контакт со родителите со кого тоа не живее (види, меѓу другото, EFSlg 100.205). Соодветно, законодавството оди и дотаму што на детето му дава право да има личен контакт со родителот кој не живее во истото домаќинство (види, меѓу другото, OGH, 3 Ob 254/03 z). Исто така, неспорно е дека за малолетното дете да просперира, мошне е пожелно тоа да има лична врска со обажцата родители – од спротивен пол – со други зборови, и со женскиот (мајката) и со машкиот (таткото) згрижувач и дека треба да се вложат напори за тоа да се оствари (спореди, меѓу другото, EFSlg 89.668). Оттука, извонредно е пожелен барем минимален степен на личен контакт меѓу детето и обата родители и тоа општо се дава како задолжително во интерес на здрав развој на детето (спореди OGH, 7 Ob 234/99 h). Овие размислувања, исто така, јасно противречат на одобрувањето на посвојување на дете од страна на истополовиот партнер на еден од неговите родители доколку тоа има за последица прекинување на врската според семејното право со другиот родител.

Како што е искажано погоре, овој правен став во никаква смисла не претставува дискриминација против луѓето во истополови партнерства. Околу оваа поента, првостепениот Суд, во образложението на нападнатата одлука, коректно посочува на востановеното прецедентно право на Европскиот суд за човекови права, согласно кое сексуалната ориентација спаѓа во делокругот на заштита на приватниот и семејниот живот (Член 8 од Конвенцијата), со резултат дека дискриминацијата врз основа на сексуална ориентација е фундаментално некомпатибилна со Член 8 и Член 14 од Конвенцијата. Сепак, првостепениот суд исто така коректно посочил дека на националните правни системи мора да им се дозволи маргина на дискреција при донесувањето на законодавството, маргина што е дотколку поширока онаму каде во односната сфера нема јасен консензус меѓу правните системи на земјите-членки. Забележувајќи дека маргината на дискреција не смее да се толкува како *carte blanche* дадена на државите за да

донесуваат арбитражни одлуки, првостепениот суд воочи дека таа мора да се сфати мошне широкоградо во сферата на правото на хомосексуалците да посвојуваат, зашто тоа се прашања што се предмет на општествена промена. Во контекст на оваа проценка, австрискиот правен систем нема донесено одредби за посвојување на дете од страна на истополов партнер на еден од родителите.

Жалителите немаат понудено уверливи аргументи што ќе укажат дека одредбите во сила претставуваат дискриминација против истополовите партнери. Дури и во случај на хетеросексуални двојки, единствена законска врска што може да се прекине кога детето се посвојува е врска меѓу детето и родителот од ист пол како и родителот-посвоител. Во вакви случаи, оттука, детето и натаму има двајца родители и старатели од спротивен пол. Ваквата состојба, којашто е важна за развојот на детето, сепак не се применува во случај на негово посвојување од страна на истополов партнер на еден од родителите; оттука, не постојат докази за неоправдана разлика во третманот во оваа смисла. Понатаму, во пресудата на Европскиот суд за човекови права цитирана од жалителите (види *Karner v. Австрија*, 24 јули 2003), Судот повторил дека разлика во третманот на луѓе кои живеат во истополова врска треба да се смета за дискриминирачка само доколку за неа нема објективно и разумно оправдување, односно ако таа не се стремела кон легитимна цел, или ако немало разумен однос на пропорционалност меѓу употребените средства и целта кон чија реализација се стремело. Судот, оттука, би ја сметал разликата во третманот за компатибилна со Конвенцијата само кога се изнесени причини со голема тежина. Оттука, треба да се истакнат особено уверливи причини за да се оправда секоја разлика во третманот врз основа на сексуалната ориентација. Сепак, Судот исто така изрично оддаде признание во оваа смисла дека заштитата на „традиционалното семејство“ е, во принцип, легитимна причина со голема тежина што би можела да ја оправда разликата во третманот од страна на националниот законодавец. Истовремено, тој најде дека целта на заштита на семејството во традиционалната смисла е доста апстрактна и дека, за таа да се оствари, може да се користи широк спектар конкретни мерки. Треба да се дадат уверливи причини за да се исклучат луѓето кои живеат во хомосексуални врски од опфатот на примената на одредени законски одредби. Во предметниот случај, што се однесуваше на право на истополов партнер на починато лице да го наследи станарското право, Судот сметал дека такви причини не биле дадени.

Сепак, односната пресуда не дава никаква поддршка на аргументите на жалителите во предметниот случај. Врз основа на правото – признаено од Судот – во националниот правен систем да се вклучат мерки за заштита на “традиционалното семејство”, ставот заземен во австрискиот правен систем каде, како прашање на принцип и согласно биолошката реалност, малолетно дете треба да има како родители двојка со спротивни полови, треба да се почитува. Оттука, според гледиштето на овој Суд, одлуката на законодавецот да не предвиди дете да се посвои од истополовиот партнер на еден од родителите, со резултат дека врска со родителот од спротивниот пол ќе биде прекината, несомнено се стреми кон ‘легитимна цел’. Исто така, не може да се каже дека ‘не постои разумен однос на пропорционалност’ меѓу оваа цел и употребеното средство. Правната ситуација не почива – спротивно на тврдењата на жалителите – врз ‘предрасудата на хетеросексуалното мнозинство кон хомосексуалното малцинство’, туку е само осмислена така што ќе обезбеди дека малолетните деца имаат редовен контакт и со женскиот и со машкиот родител, додека растат. Оваа цел мора да се почитува на потполно истиот начин како и одлуката на мајката на детето да живее во истополово партнерство. Оттука, нема очигледно оправдување за тоа детето да се лиши од неговиот однос според семејното право со својот родител од другиот пол. Сепак, тоа е токму она што го бараа мајката на детето и нејзиниот партнер го барале во предметниот случај и продолжиле да го бараат од поднесувањето на жалбата, па наваму.

Соодветно, имајќи ги предвид севкупните аспекти, оваа жалба треба да биде отфрлена.

Пресудата во врска со допуштеноста на жалбата врз правна основа почива врз ставовите 59(1)(2) и 62(1) од Законот за вонпарнична постапка. Иако е вистина дека Врховниот суд веќе издаде една пресуда во овој случај, таа одлука се однесуваше на законитоста на (делумното) пренесување на старателството врз детето на истополовиот партнер на мајката. Во однос на прашањето за кое треба а се одлучи сега, сепак, имено дали посвојувањето на дете од страна на истополовиот партнер на еден од родителите е законито, досега не постојат конкретни и изрични пресуди на Врховниот суд на оваа тема, колку што му е познато на овој Суд. Од таа причина, сегашната одлука е од значителна важност во смисла на единството на правото, правната сигурност и развојот на правото.”

19. Апликантите пред Врховниот суд поднесоа жалба во врска со примената на правото. Тие наведоа член 182 став 2 од Граѓанскиот законик, онака како што е применет од судовите, довел до разлика во третманот меѓу разнополови и истополови двојки во случаите кога еден партнер сака да го посвои биолошкото дете на другиот партнер. Додека хетеросексуалните двојки (вклучувајќи ги и вонбрачните) можат да воспостават дополнителен однос на родител-дете меѓу детето и партнерот на неговиот родител, ова е невозможно за истополови двојки, зашто истополовиот партнер би го заменил биолошкиот родител. Оттука, секој содржаен вид на посвојување од втор родител бил

исклучен. Регионалниот суд се обидел да ја оправда оваа разлика во третманот повикувајќи се на целите на заштита на семејството во традиционална смисла и овозможување детето да расте и со машки и со женски згрижувач. Сепак, Регионалниот суд не покажа дека исклучувањето на истополовите семејства од посвојувањето од страна на втор родител е неопходно за да се постигне оваа цел. Неодамнешни студии покажаа дека истополовите двојки се подеднакво способни за одгледување деца како и разнополовите двојки. Понатаму, предметниот случај не се однесува на прашањето дали вториот апликант треба или не треба да расте во истополово семејство. Тој веќе бил дел на *de facto* истополово семејство. Оттука, прашањето е дали било оправдано да се ускрати правно признавање на врската меѓу него и првиот апликант. Не е покажано дека е неопходно да се прави разлика меѓу вонбрачните хетеросексуални и истополови двојки. Конечно, апликантите тврдеа дека во многу европски земји посвојувањето од втор родител е резервирано за брачни двојки. Тие тврдеа дека кога државата ќе одбере, како што тоа го стори Австрија, да дозволи посвојување од втор родител за вонбрачни двојки, таа нема слобода да прави разлика врз основа на сексуалната ориентација.

20. На 27 септември 2006 Врховниот суд ја отфрли жалбата во врска со примената на правото, поднесена од апликантите. Тој сметаше вака:

“[Малолетникот] е биолошко дете на третиот апликант, г-ѓа..., и на г-дин ..., роден на ... Мајката на детето има ексклузивно старателство. Таа го споделува домот во ... со нејзиниот партнер (првиот апликант) и со [детето]. Апликантите побараа од Судот одобрение за договор за посвојување склучен на 17 февруари 2005 од страна на првиот апликант и малолетното дете, застапувано од неговата мајка, договор под чии услови првиот апликант се согласил да го посвои детето. Сепак, договорот предвидувал првиот апликант да го заземе местото не на мајката на детето, туку на неговиот биолошки татко. Апликантите барале од Судот одобрение за посвојување такво што врската со биолошкиот татко и неговите роднини според семејното право би престанала да постои, додека врската со биолошката мајка на детето би останала целосно сочувана. Тие побарале од судовите да го пренебрегнат одбивањето на таткото на детето да даде согласност.

Првостепениот суд го отфрлил барањето, заземајќи став дека член 182 од Граѓанскиот законик ја одразува јасната намера на законодавецот дека, во случај на посвојување од страна на едно лице, законската врска со родителот од истиот пол како родителот – посвојувач треба да престане да постои, а врската со родителот од спротивниот пол треба да се зачува. Само при ова сценарио, според првостепениот суд, законот им овозможува на судовите исто така да ја огласат втората врска, којашто не е засеegnата од посвојувањето *per se*, за прекината. Според гледиштето на првостепениот суд, аранжманот што го барале апликантите, со којшто [детето] би било посвоено од жена, а законската врска со неговиот биолошки татко, но не и со неговата биолошка мајка би прекинала, е некомпатибилен со законот. Толкувањето е во согласност со Уставот, а особено со член 8 и член 14 од Европската конвенција за човекови права. Согласно прецедентното право на Европскиот суд за човекови права, земјите-членки имаат особено широка маргина на дискреција во сферата на посвојување од страна на хомосексуалците, зашто овие прашања се предмет на општествена промена и се во состојба на транзиција. Прашањето дали земја-членка обезбедила можност две лица од ист пол да создадат законска врска со дете, на рамноправна основа, оттука е прашање за кое одлучува самата држава, но со ограничувањата пропишани во член 8 § 2 од Конвенцијата. Аранжманот што го барале апликантите не бил можен според австриското право.

Апелациониот суд ја потврдил одлуката на првостепениот суд, заземајќи став дека законот е јасно заснован на премисата дека поимот „родители” нужно се однесува на две лица од спротивен пол. Ова е отсликано во законот за старателство, којшто како прашање на принцип дава приоритет на биолошките родители, над други лица. Истите размислувања важат и во сферата на законот за посвојување. И тука, законските одредби се засновани, согласно биолошката реалност, на присуството на двојка сочинета од родители од спротивни полови. Кога се присутни обајцата родители од спротивни полови, нема потреба од одредба што ќе овозможи едниот од родителите да биде заменет со истополовиот партнер на другиот; ова не отсликува никаква желба да се дискриминираат истополови партнери. Во сферата на правото на контакт, исто така е неспорно признаено дека, за малолетно дете да просперира, мошне е пожелно тоа да има личен однос со обајцата родители – од спротивен пол; со други зборови и со женски (мајка) и со машки (татко) згрижувач. Пожелен е барем минимален степен на личен контакт меѓу детето и обајцата (биолошки) родители и, генерално, тој се поставува како барање во интерес на здравиот развој на детето. И овие размислувања може да се применат во врска со посвојувањето. Апелациониот суд, исто така, го потврди гледиштето на првостепениот суд дека нема дискриминација против истополови партнери од гледна точка на прецедентното право на Европскиот суд за човекови права. Разликата во третманот на лицата што живеат во истополова врска се смета за дискриминирачка само ако таа нема објективно и разумно оправдување; со други зборови, доколку односното правило не се стреми кон легитимна цел или доколку не постои разумен однос на

пропорционалност меѓу употребените средства и целта кон чие остварување се стреми. Најдено е дека разликите во третманот се компатибилни со Конвенцијата кога се изнесени причини со значителна тежина. Австрискиот законодавец се стремел кон една ваква легитимна цел, тежнеејќи да обезбеди дека децата, како што растат, имаат редовен контакт и со машки и со женски родител, што е потребно за нивниот развој. На оваа цел треба да ѝ се укаже истото почитување како и на одлуката на мајката да живее во истополово партнерство. Сепак, нема оправдание за тоа детето да се лиши од врската според семејното право со неговиот родител од другиот пол.

Апелациониот суд пресуди дека треба да се даде дозвола за жалба во врска со примената на правото, бидејќи не постои прецедентно право за прашањето на законитоста на посвојувањето дете од страна на истополовиот партнер на еден од неговите биолошки родители.

Жалбата на апликантите во врска со примената на правото е допуштена од причините дадени од Апелациониот суд. Сепак, таа е неоснована.

Член 179 § 2 од Граѓанскиот законик пропишува дека посвојувањето дете од страна на повеќе од едно лице е дозволено само кога родителите – посвоители се брачна двојка. Правните коментатори заклучија од ова дека посвојувањето од страна на повеќе од едно лице од ист пол (без разлика дали истовремено или последователно) е забрането (види Schwimann во Schwimann, Граѓанскиот законик § 179, точка 6, и Hopf во Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, § 179, точка 2, обата цитирани од страна на Регионалниот граѓански суд на Виена, 27 август 2001 – EFSlg 96.699).

Втората реченица од член 182 § 2 од Граѓанскиот законик ги уредува ефектите произведени во случај на посвојување од страна на еден родител-посвоител. Доколку детето е посвоено само од адаптивен татко (адаптивна мајка), врските на сродство се прекинуваат само во однос на биолошкиот татко (биолошката мајка) и неговите (нејзините) роднини. Од материјалите (ErlBem RV 107 BlgNR IX. GP, 21) е доста јасно дека оваа одредба треба да се сфати така што ќе значи дека законските врски се прекинуваат само со биолошкиот родител кој се заменува со адаптивен родител од ист род. Експлицитно кажано, тоа значи дека детето не може, на пример, да биде лишено од својот биолошки татко, доколку е посвоено само од жена (види исто така: Schwimann во Schwimann, *op. cit.*, § 182, потточка 3; Stabentheiner во Rummel I § 182, потточка 2).

Спротивно на тврдењето на апликантите, оваа одредба не треба да се сфати проширено, на начинот што тие го наведуваат, ниту пак постои ненамерен законодавен јаз што, оттука, треба да се пополни по аналогија. Според материјалите (*op. cit.*, 11), главна цел на посвојувањето е да ја унапреди добросостојбата на малолетното дете (заштитниот принцип). Посвојувањето треба да претставува соодветен начин да се довери на соодветни и одговорни поединци грижата и воспитувањето на децата кои немаат родители, оние кои доаѓаат од растурени домови или чии родители, од која и да е причина, не се во можност за своите деца да обезбедат соодветно воспитување или дури можеби и воопшто не сакаат да ги имаат своите деца. Сепак, оваа цел може да се постигне само кога посвојувањето дозволува состојбата во биолошко семејство да се пресоздаде во што е можно поголема мерка.

Прецедентното право (6 Ob 179/05z) исто така јасно става до знаење дека врската меѓу детето и адаптивниот родител треба да се разбере како социјална и психолошка врска, слична на онаа меѓу биолошките родители и нивните деца. На моделот за односот дете-татко во контекст на посвојувањето влијаат специфичните социјални и психолошки врски на физичка и лична близина (заедничко домаќинство, грижа за физичките и психолошките потреби на детето од страна на неговите родители), коишто опфаќаат емотивни врски споредливи со љубовта меѓу родителите и нивните деца и специфична улога за родителите како ментори и модели за пример.

Член 182 § 2 од Граѓанскиот законик наметнува генерална забрана (односно, не само во случај на истополови партнери) на посвојување од страна на маж сè додека врските на сродство со биолошкиот татко на детето сè уште постојат, и од страна на жена, кога такви врски сè уште постојат со биолошката мајка. Според член 182 § 2, оттука, лице кое посвојува дете самостојно, не го зазема местото на кој и да е од родителите по избор, туку само местото на родителот од истиот пол. Посвојувањето на детето од страна на женскиот партнер на биолошка мајка, оттука, не е законски можно.

Спротивно на гледиштето на апликантите, оваа одредба го преживува и тестот на компатибилност со Уставот (перспектива на фундаментални права). Во предметот на Fretté v. Франција, Европскиот суд за човекови права беше повикан да испита дали одбивањето на властите да одобрат посвојување на дете од страна на хомосексуален маж претставувало дискриминација. Во својата пресуда од 26 февруари 2002, Судот нашол дека посвојувањето значи „обезбедување на семејство за детето, а не обезбедување дете за семејството”. Според Судот, задача на државата е да се погрижи дека лицата одбрани да посвојат се оние кои можат да му понудат на детето најсоодветен дом во секоја смисла. Водејќи сметка за големите разлики во националното и меѓународното мислење во врска со можните

последници на тоа детето да е посвоено од страна на еден или повеќе хомосексуални родители, и имајќи го на ум фактот дека нема доволно деца за посвојување за да се задоволи побарувачката, на државите треба да им се дозволи голема маргина на дискреција во оваа сфера. Одбивањето да се одобри посвојување од страна на хомосексуалец не би претставувало повреда на член 14 од Конвенцијата читан во врска со член 8 доколку тој се стреми кон легитимна цел, имено, заштита на најдобрите интереси на детето, и не го нарушува принципот на пропорционалност меѓу употребеното средство и целта кон чие остварување се целело.

Апликантите не покажале, ниту пак постојат докази што би сугерирале, дека одредбите на член 182 § 2 од австрискиот Граѓанскиот законик ја пречекоруваат маргината на дискреција дозволена од Европскиот суд, или дека го нарушуваат принципот на пропорционалност. Оттука, Врховниот суд нема сомнение во компатибилноста на оваа одредба со Уставот, што е доведено во прашање од страна на апликантите.

Имајќи ја предвид правната неможност за посвојување, исто така не е нужно понатаму да се испитува дали се исполнети условите за пренебрегнување на одбивањето на таткото да даде согласност, како вонредна мерка согласно член 181 § 3 од Граѓанскиот законик.”

Пресудата е доставена на застапникот на апликантите на 24 октомври 2006.

II. РЕЛЕВАНТНО ДОМАШНО ПРАВО И ПРАКСА

A. Посвојување

21. Граѓанскиот законик (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch) ги содржи следниве дефиниции за “мајка” и “татко”:

Член 137б гласи вака:

“Мајка е жената која го родила детето.”

Член 138 пропишува:

“(1) Татко на детето ќе биде мажот

1. кој е оженет со мајката на детето во време на раѓање на детето, или бил сопруг на мајката, а починал не порано од триста дена пред раѓањето на детето, или

2. кој го признал татковството, или

3. чие татковство е утврдено од Судот.”

22. Следниве одредби од Граѓанскиот законик за посвојување се релевантни во предметниов случај.

Член 179, во однос на она што е релевантно, го пропишува следново:

“(1) Полнолетните лица кои поседуваат правна способност ... можат да посвојуваат. Посвојувањето создава врска адоптивен родител – дете.

(2) Посвојувањето на дете од страна на повеќе од едно лице, без оглед дали е истовремено или – сè додека адоптивната врска сè уште постои – последователно, ќе се дозволи само доколку адоптивните родители се брачна двојка. По правило, сопружниците може да посвојат дете само заеднички. Може да се направи исклучок кога детето што се посвојува е биолошко дете на сопружникот, кога еден од сопружниците не ги исполнува условот за полнолетност или за задолжителната разлика во години со посвоеникот, кога не е познато каде се наоѓа еден од сопружниците најмалку една година, кога сопружниците не живеат заедно во брачна заедница најмалку три години или кога има слични и особено сериозни основи што оправдуваат посвојување од само еден сопружник.”

23. Според член 179а од Граѓанскиот законик за посвојување е потребен писмен договор меѓу адоптивниот родител и адоптивното дете (кој, доколку е малолетник, ќе биде застапуван од неговиот правен застапник) и одобрување на тој договор од страна на надлежен суд.

24. Судот мора да го одобри договорот доколку тој служи на интересите на детето и доколку врската што коренсподира на биолошката врска родител – дете веќе постои, или доколку се има намера да се создаде таква врска (член 180а од Граѓанскиот законик).

25. Член 181 од Граѓанскиот законик, во верзијата во сила во односното време, и во делот што е релевантен, пропишува вака:

“(1) Одобрување може да се дозволи само доколку следниве лица се согласуваат на посвојувањето

1. родителите на малолетното посвоено дете;
2. сопружникот на adoptивниот родител;
3. сопружникот на посвоеното дете;
4. посвоеното дете, на возраст поголема од четиринаесет години;

...

(3) Кога едно од лицата споменато во точките 1 до 3 од став 1 одбие да даде согласност без оправдана основа, Судот ќе го пренебрегне одбивањето на барање на една од странките.”

26. Согласно прецедентното право на домашните судови, пренебрегнувањето на одбивањето на странка да даде согласност според член 181 (3) од Граѓанскиот законик е вонредна мерка што ќе се предвидува само кога интересите на детето за посвојувањето јасно претежнува над интересите на биолошкиот родител, на пример, да има контакт со детето. Исто така, може да се предвиди доколку одбивањето не е оправдано во морална смисла, на пример доколку родителот кој одбива согласност постојано покажувал исклучителен антагонизам кон семејството или е виновен за флагрантно занемарување на своите законски обврски кон детето, така што развојот на детето е загрозен на трајна основа, или би бил загрозен без помош од трети лица.

27. Член 182 од Граѓанскиот законик ги регулира ефектите од посвојувањето. Тој го пропишува следново:

“(1) Истите права што произлегуваат како последица на легитимно потомство ќе се создадат во тоа време меѓу adoptивните родители и нивните потомци од една страна, и adoptивното дете и неговите потомци кои се малолетници во време кога посвојувањето стапува во сила, од друга страна.

(2) Доколку детето се посвојува од брачна двојка, законската врска според семејното право – над и надвор од самото законско сродство (член 40) – меѓу биолошките родители и нивните роднини од една страна, и посвоеното дете и неговото или нејзино потомство кои се малолетници во време кога посвојувањето стапува во сила, од друга страна, прекинува во тоа време, освен исклучоците споменати во член 182а. Доколку детето се посвојува само од adoptивен татко (adoptивна мајка), врската престанува само во поглед на биолошкиот татко (биолошката мајка) и неговите (нејзините) роднини; а бидејќи законската врска со другиот родител останува недопрена по посвојувањето, Судот ќе ја огласи за прекината, под услов за тоа да има согласност од односниот родител. Врската престанува да постои од датумот на кој е дадена согласноста, но не порано од датумот на кој стапува во сила посвојувањето.”

Како што покажува пресудата на Врховниот суд во предметниот случај, оваа одредба се разбира како нешто што исклучува посвојување на детето на едниот партнер од страна на другиот партнер во истополова двојка.

28. Во случај на посвојување, постојат сите врски по семејното право, освен законската врска меѓу посвоеното дете и неговиот биолошки родител или родители, што престануваат да постојат. Ова особено значи дека биолошките родители или родител ги губат сите родителски права, како што се старателство, право на видување и право на информирање и консултирање (види подолу).

29. По посвојувањето, останува само супсидијарна обврска за издршка, од биолошкиот родител или родители кон детето, согласно член 182а од Граѓанскиот законик. Врската останува, исто така, и во наследното право: според член 182б посвоеното дете сè уште има наследни права преку своите биолошки родители, додека биолошките родители и нивното потомство имаат супсидијарни наследни права преку посвоеното дете; наследните права на adoptивните родители и нивното потомство имаат предимство над тие права.

30. Од одредбите на Граѓанскиот законик изложени погоре следи дека според австриското право посвојувањето е или заедничко посвојување од страна на двојка (при што оваа форма е резервирана за брачни двојки) или посвојување од страна на едно лице. Лицата кои посвојуваат сами може да се хетеросексуални и да живеат во брачна заедница (во кој случај можностите да посвојат сами се строго ограничени), во вонбрачна заедница или сами. Тие може, исто така, да бидат хомосексуални и да живеат во регистрирано партнерство, во неформална двојка или сами.

31. Посвојување од втор родител, имено посвојување на биолошкото дете на едниот партнер, од страна на другиот партнер, е дозволено кај хетеросексуалните двојки (венчани или невенчани), но не е можно за истополовите двојки.

32. Во моментот, во подготовка е нацрт-закон со кој се предлагаат измени кон одредбите на Граѓанскиот законик што ги регулираат односите меѓу родителот и детето и право да се носи името, како и измени кон бројни други закони (Kindschaftsrechts- und Namensrechtsänderungsgesetz). Тука не се вклучени предлози да се сменат одредбите што се од значење тука, особено членовите 179 до 182 од Граѓанскиот законик. Иако овие одредби се сега се нумерирани под нов број согласно предложените измени, нивната формулација останува неизменета.

В. Истополови двојки

33. На истополовите двојки не им е дозволено да стапат во брак, согласно член 44 од Граѓанскиот законик (за ова прашање, види Schalk и Kopf v. Австрија, по. 30141/04, 24 јуни 2010). Член 44 од Граѓанскиот законик пропишува:

“Брачниот договор претставува основа за семејните односи. Според брачната спогодба, две лица од спротивен пол ја изјавуваат својата законита намера да живеат заедно во нераскинлив брак, да добијат и пораснат деца и меѓусебно да се поддржуваат.”

34. На 1 јануари 2010 стапи во сила Законот за регистрирано партнерство. Тој им дава на истополовите двојки можност да стапат во регистрирано партнерство.

35. Член 2 од Законот за регистрирано партнерство пропишува:

“Регистрирано партнерство може да се склучи само од страна на две лица од ист пол (регистрали партнери). Со тоа, тие се обврзуваат на трајна врска со меѓусебни права и обврски.”

36. Правилата за склучување регистрирано партнерство, неговите последици и раскинување наликуваат на правилата со кои се уредува бракот (за повеќе детали, види Schalk и Kopf, цитиран погоре, §§ 16-23). Како и од брачните двојки, и од регистрираните партнери се очекува да живеат заедно како сопругници во секој поглед, да споделуваат заеднички дом, да се однесуваат еден кон друг со почитување и да си даваат меѓусебна помош (член 8(2) и (3)). Регистрираните партнери ги имаат истите обврски во поглед на издршката како и сопругниците (член 12). Законот за регистрирано партнерство содржи и широк спектар амандмани на постојното законодавство, со цел да им обезбеди регистрираните партнери ист статус како и на сопругниците во другите сфери од правото, како што се наследното право, трудовото, социјалното и правото за социјално осигурување, фискалното право, законот за управна постапка, законот за заштита на податоци и јавна служба, прашања поврзани со патни исправи и регистрација, како и законот за странци.

37. Сепак, остануваат некои разлики меѓу бракот и регистрираното партнерство, од кои најважната се однесува на родителските права. Имено, потпомогнатото оплодување е достапно само за брачни или вонбрачни разнополови двојки (член 2(1) од Законот за вештачко оплодување – Fortpflanzungs-medizingesetz).

38. Понатаму, на регистрираните партнери не им е дозволено заеднички да посвојат дете, ниту е дозволено посвојување од втор родител.

39. Член 8(4) од Законот за регистрирано партнерство пропишува:

“На регистрираните партнери нема да им се дозволи заеднички да посвојат дете, ниту на еден од регистрираните партнери ќе му се дозволи да го посвои детето на другиот партнер.”

40. Лице кое живее во регистрирано партнерство може да посвои самостојно: амандман на член 181 § 1, потточка 2, од Граѓанскиот законик воведен истовремено со Законот за регистрирано партнерство наведува дека регистрираниот партнер мора да се согласи доколку неговиот или нејзиниот партнер сака да посвои дете.

41. Општиот член од појаснителниот извештај кон нацрт-законот (Erläuterungen zur Regierungsvorlage, 485 од Анексот кон Записникот на Националниот совет, XXIV GP) бележи дека целта на Законот за регистрирано партнерство е да предвиди за истополовите двојки формален механизам за признавање и давање правно дејство на нивните врски, со особен осврт на развојот на настаните во други европски земји. Сепак, не била намерата да се вклучат одредби што се однесуваат на децата, или амандмани на законот во сила, а во поглед на децата. Во врска со тоа, појаснителниот извештај бележи дека заедничкото посвојување дете од страна на регистрираните партнери е исклучено, како и посвојувањето на детето на едниот од регистрираните партнери од страна на другиот партнер.

42. Специфичниот коментар на член 8(4) од Законот за регистрирано партнерство бележи дека оваа одредба содржи забрана за посвојување, како што е повеќекратно побарано во тек на постапката за консултации. Понатаму, коментарите го изразуваат гледиштето дека пресудите на Европскиот суд за човекови права во предметите *E.B v. Франција* (no. 435466/02, 22 јануари 2008) и *Fretté* (цитиран погоре) не биле релевантни во овој контекст, зашто тие се однесувале само на способноста на апликантите да одгледаат дете. Законодавецот имал слобода го регулира ова прашање. Понатаму, посвојувањето од страна на втор родител или заедничкото посвојување од страна на регистрираните партнери било во секој случај исклучено, зашто австриското право за посвојување, какво што било, не дозволувало ситуации во кои детето би имало, во правна смисла, двајца татковци или две мајки.

43. Специфичниот коментар на амандманот кон член 181 § 1, потточка 2, од Граѓанскиот законик само набележува дека, како резултат на превид, нацрт-законот нема предложено амандман, пропуст што е подоцна поправен.

С. Деца родени вон брак

44. Според член 166 од Граѓанскиот законик мајката на дете родено надвор од брак има ексклузивно старателство (што значи дека таа ја извршува родителската одговорност, грижата за детето и неговото одгледување, го застапува детето во правни прашања и управува со неговиот имот).

45. Доколку родителите на дете родено надвор од брак живеат во заедничко домаќинство, тие може да се договорат заеднички да го остваруваат старателството, согласно член 167 од Граѓанскиот законик. Откако, на 1 јули 2001, стапија во сила измените и дополнувањата на Граѓанскиот законик, родителите на дете родено надвор од брак може, исто така, да се договорат да остваруваат заедничко старателство доколку не живеат во заедничко домаќинство. Договорот за остварување заедничко старателство е предмет на одобрување на Судот, којшто треба да процени дали договорот е во интерес на детето.

46. Обајцата родители се обврзани да даваат издршка за детето (член 140 § 1 од Граѓанскиот законик). Во принцип, издршката се дава во натура. Родителот кој не живее во истото домаќинство како детето мора да дава издршка во форма на уплати на издршка.

47. Родителот кој не живее во истото домаќинство како и детето има право на контакт според член 148 § 1 од Граѓанскиот законик. Од 1 јули 2001 година ова, исто така, се смета како право на односното дете (претходно се сметаше како право за родителот). Родителите и детето треба да се договорат околу остварувањето на правото на контакт. Доколку тие не можат да постигнат согласност, Судот, на барање на едно од засегнатите лица, а имајќи ги предвид потребите и желбите на детето, мора да воспостави аранжман за контакт што ќе служи на интересите на детето.

48. Понатаму, согласно член 178 § 1 од Граѓанскиот законик родителот кој нема старателство има право да биде информиран за определени важни прашања во врска со детето, за некои од кои е потребно негово (или нејзино) одобрување.

III. МЕЃУНАРОДНИ КОНВЕНЦИИ И МАТЕРИЈАЛИ НА СОВЕТОТ НА ЕВРОПА

A. Конвенцијата за правата на детето

49. Конвенцијата за правата на детето е усвоена од страна на Генералното собрание на Обединетите нации на 20 ноември 1989 и стапи во сила на 2 септември 1990 година. Таа е ратификувана од сите земји-членки на Советот на Европа. Нејзините релевантни одредби гласат:

Член 3

“1. Во сите постапки што се однесуваат на децата, без оглед дали се поведени од јавни или приватни установи за социјална заштита, судовите, управните органи или законодавните тела, првенствена грижа е најдобриот интерес на детето.

2. Земјите-членки се обврзуваат да обезбедат за детето заштита и грижа каква што е неопходна за неговата или нејзина добросостојба, земајќи ги предвид правата и должностите на неговите родители, законски старатели или други поединци правно одговорни за него и, за оваа цел, ќе ги преземат сите соодветни законски и административни мерки.

3. Земјите-членки ќе се погрижат институциите, службите и установите одговорни за грижа или заштита на децата да се придржуваат кон стандардите воспоставени од надлежни власти, особено во сферата на безбедност, здравје, во однос на бројот и соодветноста на својот персонал, како и на компетентен надзор.”

Член 21

“Земјите-членки кои го признаваат и/или дозволуваат системот на посвојување ќе се погрижат најдобриот интерес на детето да биде врвна грижа и тие ќе:

(а) се погрижат посвојувањето на дете да се одобрува само од страна на надлежни власти кои ќе определат, согласно позитивното право и процедури, а на основа на сите релевантни и веродостојни информации, дека посвојувањето е дозволено во однос на статусот на детето во врска со родители, роднини и законски старатели и дека, доколку е потребно, засегнатите лица имаат информации дека посвојувањето е дозволиво имајќи го предвид статусот на детето во врска со родители, роднини и законски старатели и дека, доколку е потребно, засегнатите лица дале своја информирана согласност за посвојувањето, врз основа на евентуално неопходното советување ...”

Б. Европската конвенција за посвојување деца (ревидирана 2008)

50. Ревидираната Европска конвенција за посвојување деца беше отворена за потпишување на 27 ноември 2008 и стапи во сила на 1 септември 2011. Таа беше ратификувана од седум држави, имено Данска, Финска, Холандија, Норвешка, Романија, Шпанија и Украина. Австрија ја нема ратификувано, ниту потпишано Конвенцијата.

51. Една од причините за ревизијата, како што е искажано во преамбулата на Конвенцијата од 2008, беше тоа што некои од одредбите на Европската конвенција за посвојување деца од 1967 беа застарени и спротивни на прецедентното право на Европскиот суд за човекови права. Релевантните одредби на Конвенцијата од 2008 гласат:

Член 4 – Одобрување на посвојување

“1. Надлежниот орган нема да дозволи посвојување доколку не е уверен дека посвојувањето ќе биде во интерес на детето.

2. Во секој случај, надлежниот орган ќе посвети посебно внимание на тоа посвојувањето да му обезбеди на детето стабилен и хармоничен дом.”

Член 7 – Услови за посвојување

“1. Законот дозволува дете да биде посвоено:

а. од страна на две лица од спротивен пол

i. кои се во брак едно со друго, или

ii. кога ваква институција постои, стапиле во регистрирано партнерство еден со друг;

b. од страна на едно лице.

2. Државите се слободни да го прошират опфатот на оваа Конвенција на истополовите двојки кои се во брак или кои стапиле во регистрирано партнерство. Тие се, исто така, слободни да го прошират опфатот на оваа Конвенција на двојки од различен пол и на истополови двојки кои живеат заедно во стабилна врска.”

Член 11 – Последици од посвојувањето

“1. По посвојувањето, детето станува полноправен член на семејството на посвоител(и) и има во поглед на посвоителот/посвоителите и неговото, нејзиното или нивното семејство исти права и обврски како и дете на посвоителот/посвоителите чие родителство е законски засновано. Посвоителот/посвоителите имаат родителска одговорност за детето. Посвојувањето ја окончува законската врска меѓу детето и неговите татко, мајка и матично семејство.

2. Сепак, сопругникот или партнерот на посвоителот, без оглед дали е регистриран или не, ќе ги задржи своите права и обврски во поглед на посвоеното дете, доколку тоа е негово дете, освен доколку законот не пропишува поинаку.

...”

52. Појаснителен извештај кон Конвенцијата од 2008 го искажува следното под заглавјето “Општи ставови”:

“14. Во извесна смисла, има само еден принцип суштествен за добрата пракса на посвојување – имено, дека посвојувањето треба да биде во најдобар интерес на детето, како што е искажано со член 4, став 1, од Конвенцијата. ...”

53. Под заглавието “член 7 – Услови за посвојување” појаснителниот извештај истакнува, во смисла на релевантност за предметниот контекст:

“42. Овој Член пропишува посвојување, било од двојка или од едно лице.

43. Иако опфатот на Конвенцијата од 1967 е ограничен на хетеросексуални брачни двојки, опфатот на ревидираната Конвенција е проширен и на хетеросексуални вонбрачни двојки кои стапиле во регистрирано партнерство во државите што ја признаваат таа институција. Со ваквата регулатива е земен предвид трендот во бројни држави.

..

45. Во врска со став 2, се набележува дека определени земји-потписнички (Шведска во 2002 и Обединетото Кралство во 2005) ја осудија Конвенцијата од 1967 врз основа на тоа што истополовите регистрирани партнери согласно нивното домашно право можат заеднички да побараат да станат adoptивни родители, што не било во согласност со Конвенцијата. Слични состојби во други држави би можеле, исто така, да доведат до осудување на Конвенцијата од 1967. Сепак, исто така беше забележано дека правата на истополовите регистрирани партнери заднички да посвојат дете не беше решение што голем број од земјите-членки беа подготвени да го прифатат во тој момент.

46. Во вакви околности, став 2 ќе им овозможи на оние држави кои сакаат тоа да го направат, да ја прошират ревидираната Конвенција за да го покрие и посвојувањата од страна на истополови двојки кои се во брак или се регистрирани партнери. Во оваа смисла, не е невообичаено инструментите на Советот на Европа да воведуваат иновативни одредби, но да им препуштат на земјите-членки да одлучат дали ќе ја прошират примената и на нив, или не ...

47. Државите се, исто така, слободни да го прошират опфатот на Конвенцијата на разнополовите или истополовите двојки што живеат заедно во стабилна врска. На земјите-членки е препуштено да ги специфицираат критериумите за оценка на стабилноста на таквата врска.”

В. Препораката од Комитетот на министри

54. Препораката CM/Rec(2010)5 на Комитетот на министри до земјите-членки за мерките за борба против дискриминацијата врз основа на сексуална ориентација или родов идентитет, усвоени на 31 март 2010, покрива широк спектар области каде лезбејките, геј, бисексуалните или трансродовите лица може да се сретнат со дискриминација. Во поглавјето што се однесува на „Правото на почитување на приватен и семеен живот” се пропишува следново:

“23. Кога националното законодавство доделува права и обврски на вонбрачни двојки, земјите-членки треба да обезбедат дека тоа се применува на недискриминирачки начин и на истополовите и на разнополовите двојки, вклучувајќи во поглед на пензиските права од надживување и станарските права.

24. Кога националното законодавство ги признава регистрираните истополови партнерства, земјите-членки треба да се стремат да обезбедат дека нивниот правен статус и нивните права и обврски се еквивалентни на оние на хетеросексуалните двојки во споредлива ситуација.

25. Кога националното законодавство не признава, ниту доделува права или обврски на регистрираните истополови партнерства и вонбрачни двојки, земјите-членки се поканети да размислат за можноста да обезбедат за истополовите двојки правни или други средства со кои би одговориле на практичните проблеми поврзани со општествената реалност во која живеат, без дискриминација од кој и да е вид, вклучително и онаа кон разнополовите двојки.

...

27. Водејќи сметка дека најдобрите интереси на детето треба да се првенствена грижа при одлуките во врска со посвојувањето дете, земјите-членки чие национално законодавство дозволува поединци што не се во врска да посвојуваат деца, треба да се погрижи законот да се применува без дискриминација врз основа на сексуалната ориентација или родовиот идентитет.”

IV. КОМПАРАТИВНО ПРАВО

Г. Студија на Комесарот за човекови права на Советот на Европа

55. Една неодамнешна студија на Комесарот за човекови права на Советот на Европа наречена „Дискриминација врз основа на сексуалната ориентација и родовиот идентитет во Европа” (Council of Europe Publishing, јуни 2011 година) ги содржи следниве информации за ова прашање:

“LGBT [лезбејки, геј, бисексуални и трансродови лица] може да посвојат дете преку една од три процедури. Лезбејка или геј маж кој не е во врска може да стане adoptивен родител (посвојување од страна на родител – sameц). Алтернативно, истополова двојка може да ги посвои биолошките или посвоените деца на својот партнер без да се прекинат родителските права на првиот родител. Ова се таканаречените ‘посвојувања од втори родители’ и тие му даваат на детето двајца законски старатели. Посвојувањето од втори родители исто така ги штити родителите, со тоа што на обајцата им дава правно признаен родителски статус. Непостоењето на посвојување од втор родител го лишува детето и небиолошкиот родител од правата доколку биолошкиот родител почине или во случај на развод, разделба или други околности што би го спречиле родителот да ги остварува своите родителски одговорности. Детето, исто така, нема право да наследи од небиолошкиот родител. Понатаму, на секојдневно ниво, непостоењето на посвојување од втор родител го исклучува родителското отсуство, што може да е финансиски штетно за ЛГБТ-семејствата. Трета процедура е заедничко посвојување на дете, од страна на истополова двојка.

Десет земји-членки дозволуваат посвојување од втор родител за истополовите двојки (Белгија, Данска, Финска, Германија, Исланд, Холандија, Норвешка, Шпанија, Шведска и Обединетото Кралство). Освен Финска и Германија, овие земји-членки на истополовите двојки им даваат пристап и кон заедничко посвојување. Во Австрија и Франција нема пристап кон посвојување од втор родител, но на истополовите двојки во регистрирани партнерства им се дозволени некои родителски овластувања или одговорности. Немањето пристап кон заедничко посвојување или посвојување од втор родител е стварност во 35 земји-членки: Албанија, Андора, Ерменија, Азербејџан, Босна и Херцеговина, Бугарија, Хрватска, Кипар, Чешката Република, Естонија, Грузија, Грција, Унгарија, Ирска, Италија, Латвија, Лихтенштајн, Литванија, Луксембург, Малта, Молдавија, Монако, Црна

Гора, Полска, Португалија, Романија, Руската Федерација, Сан Марино, Србија, Словачка, Словенија, Швајцарија, „поранешната југословенска Република Македонија”, Турција и Украина. ...”

Д. Натомошни информации за компаративното право

56. Од информациите достапни на Судот, вклучувајќи истражување на триесет и девет земји-членки на Советот на Европа, се чини дека покрај десетте земји-членки споменати во студијата на Комесарот, (Белгија, Данска, Финска, Германија, Исланд, Холандија, Норвешка, Шпанија, Шведска и Обединетото Кралство (со исклучок на Северна Ирска)), уште една земја-членка, имено Словенија, го прифати посвојувањето од страна на втор родител за истополовите двојки во скорешното прецедентно право на своите судови.

57. Мнозинството (дваесет и четири) од триесет и деветте земји-членки на Советот на Европа за кои информации му се достапни на Судот го резервираат посвојување од втор родител за брачните двојки.

Десетте земји-членки (Белгија, Исланд, Холандија, Португалија, Романија, Русија, Словенија, Шпанија, Украина и Обединетото Кралство (со исклучок на Северна Ирска)) исто така дозволуваат посвојување од втор родител од страна на вонбрачни двојки. Шест држави во оваа група дозволуваат посвојување од втор родител, подеднакво од страна на хетеросексуални и истополовите двојки, додека четири (Португалија, Романија, Русија и Украина) го дозволуваат – како и Австрија – само за невенчаните разнополови двојки, но не и за невенчаните истополови двојки.

Преостанатите испитани држави имаат усвоено различни решенија, на пример – дозволувајќи посвојување од втор родител за брачни двојки и регистрирани партнери (на пример, во Германија и Финска), но не и за вонбрачни двојки, било хетеросексуални или хомосексуални.

ПРАВО

НАВЕДЕНИ ПОВРЕДИ НА ЧЛЕН 14 ОД КОНВЕНЦИЈАТА ВО ВРСКА СО ЧЛЕН 8

58. Апликантите се жалеа согласно член 14 од Конвенцијата во врска со член 8 дека биле дискриминирани во уживањето на нивниот семеен живот врз основа на сексуалната ориентација на првиот и третиот апликант. Тие истакнале дека немало разумно и објективно оправдување за тоа да се дозволи посвојување на детето на едниот партнер од страна на другиот партнер кога станува збор за хетеросексуалните двојки, без оглед дали се венчани или невенчани, а истовремено да се забранува посвојување на детето на едниот партнер од страна на другиот партнер во случај на истополовите двојки.

Член 8 од Конвенцијата гласи:

„1. Секој има право на почитување на неговиот приватен и семеен живот, неговиот дом и својата преписка.

2. Не треба да има мешање на јавните органи со остварувањето на ова право, освен она што е во согласност со закон и е неопходно во демократско општество во интерес на националната сигурност, јавната безбедност или економската добросостојба на земјата, за спречување нереди или криминал, за заштита на здравјето или моралот или за заштита на правата и слободите на другите.”

Член 14 пропишува:

“Уживањето на правата и слободите пропишани со Конвенцијата се обезбедува без дискриминација според било која основа, како што се полот, расата, бојата, јазикот, вероисповеста, политичкото или другото мислење, националното или социјалното потекло, припадноста на национално малцинство, имотната состојба, статусот по раѓање или друг статус.”

А. Допуштено

59. Владата тврдеше дека апликацијата треба да се прогласи за недопуштена, зашто е очигледно неоснована. Тие тврдеа дека врз основа на фактите на предметот не се поставува прашањето на дискриминација. Особено, тие наведоа дека домашните судови одбиле да го одобрат посвојувањето

на вториот апликант врз основа на тоа што неговиот татко не се согласил и на тоа што тоа не било во интерес на детето. Тоа значи дека правната неможност хомосексуалец да го посвои детето на својот партнер, што резултирало од член 182 § 2 од Граѓанскиот законик, не дошло во игра. Според мислењето на Владата, апликантите, оттука, барале од Судот апстрактно да ја разгледа оваа одредба.

60. Владата оттука, се чини дека тврди дека апликантите не можат да тврдат дека се жртви на наводна повреда во смисла на член 34 од Конвенцијата зашто, во конкретните околности на случајот, тие не се директно засегнати од законот на којшто се жалат. Сепак, Судот забележува дека Владата нема истакнато изричен приговор на допуштеноста по таа основа. Судот смета дека е допуштено да се занимава со прашањата покренати од Владата во контекст на испитување на меритумот на предметот.

61. Судот забележува дека Апликацијата не е очигледно неоснована во смисла на член 35 § 3 (а) од Конвенцијата. Судот, понатаму, забележува дека таа не е недопуштена според ни една друга основа. Оттука, таа мора да се прогласи за допуштена.

В. Меритум

1. Поднесоци на странките

(а) Апликантите

62. Апликантите тврделе дека се во релевантно слична ситуација со разнополови двојки што одгледуваат деца. Тие се повикале на бројни научни студии што потврдиле дека децата се развиваат еднакво добро во истополови и во разнополови семејства.

63. Апликантите забележале дека посвојување од втор родител било достапно на венчани двојки. На истополовите двојки не им било дозволено да се венчаат согласно австриското право. Дури и ако станале регистрирани партнери, посвојувањето од втор родител било изречно забрането со член 8(4) од Законот за регистрирано партнерство. Сепак, апликантите нагласиле дека тие не посакувале да остварат право што е резервирано за семејствата засновани на брак.

64. Тие нагласиле дека клучно прашање во овој случај е нееднаквиот третман меѓу вонбрачните разнополови двојки и невенчаните истополови двојки. Според австриското право, посвојување од втор родител било можно за невенчаните хетеросексуални двојки, но не и за невенчаните истополови двојки. Апликантите посочиле дека ова е клучна разлика во споредба со *Gas и Dubois v. Франција* (по. 25951/07, 15 март 2012), зашто според француското право посвојувањето од втор родител било резервирано за брачни двојки. Предметниот случај, оттука, покренува прашање слично на она во *Karner v. Австрија* (по. 40016/98, ECHR 2003IX), во смисла дека правото што било достапно на невенчаните хетеросексуални двојки им било ускратено на истополовите двојки. Понатаму, тие посочиле дека само четири земји-членки на Советот на Европа го усвоиле истиот став како Австрија, односно, дозволиле посвојување од страна на втор родител кај невенчани двојки од спротивен пол, истовремено забранувајќи ја за истополовите двојки. Големото мнозинство или го резервирало посвојувањето од втор родител за венчаните двојки или го дозволило и за вонбрачните двојки без оглед на сексуалната ориентација.

65. Апликантите тврделе дека навистина биле третирани поинаку во предметните постапки. Пред домашните судови, тие тврдеа дека одбивањето на таткото на вториот апликант да се согласи на посвојувањето не било оправдано, зашто тој делувал спротивно на интересите на детето. Последователно, интересот на вториот апликант за посвојување претежнувал над интересот на неговиот татко да се спротивставува на посвојувањето. Оттука, тие тврделе дека судот требало да го пренебрегне одбивањето на таткото согласно член 181 § 3 од Граѓанскиот законик. Во случај на двојка од спротивни полови, Окружниот суд ќе спровел детално испитување и би морал да донесе посебна одлука за ова прашање. Сепак, во случајот на апликантите, тој им ја ускратил можноста за какво и да е испитување на фактите, врз основа на тоа што посвојувањето што тие го побарале во ни еден случај не било можно според австриското право. Овој став бил изрично потврден од Врховниот суд.

66. Апликантите нагласиле дека сржта на нивната жалба била дека тие биле автоматски исклучени од каква и да е можност за посвојување. Оттука, предметот бил сличен на *Е.Б. v. Франција* ([GC], по. 43546/02, 22 јануари 2008) во смисла дека биле исклучени од каква и да е суштинска можност да посвојат, врз основа на сексуалната ориентација на првиот и третиот апликант.

67. Апликантите приговориле на аргументот на Владата дека австриското право за посвојување било насочено кон заштита на интересите на детето. Според прецедентното право на Судот, обврска на Владата е да покаже дека исклучувањето на истополовите двојки од посвојувањето од втор родител било неопходно за да се постигне таа цел. Постои далекусежен научен консензус дека истополовите двојки се подеднакво способни како и разнополовите двојки да обезбедат позитивен развој на децата. Меѓу студиите што ги поднесоа, апликантите на седницата на судот се повикаа на една обемна студија под наслов „Животот на децата во истополови партнерства“ нарачана од германското Министерство за правда (Rupp Martina (ed.), *Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften*, Келн, 2009).

68. Бидејќи Владата тврдеше дека австриското право настојува да одбегне ситуација каде дете има двајца татковци или две мајки во правна смисла, апликантите посочиле дека тие де факто сочинувале семејство веќе многу години, но сè уште им била ускратена можноста за правно признавање на нивниот семеен живот. Понатаму, тие наведоа дека согласно австриското право дете често има две мајки или двајца татковци. Согласно член 182 § 2 од Граѓанскиот законик посвојувањето ги прекинува односите според семејното право меѓу посвоеното дете и биолошките родители или родител. Сепак, меѓусебните обврски за издршка и наследните права, иако супсидијарни на оние на адоптивните родители, остануваат недопрени.

69. Апликантите поднеле натамошен аргумент заснован на Европската конвенција за посвојување деца од 2008, Препораката на Комитетот на министри од 31 март 2010 и Конвенцијата за правата на детето на Обединетите нации. Во сите овие текстови, клучен концепт во однос на посвојувањето е најдобриот интерес на детето, а не родот или сексуалната ориентација на родителите. Конечно, тие го оспорија аргументот на Владата дека имало доволно алтернативни можности според австриското право за да се даде законско признавање на врската меѓу детето и истополовиот партнер на неговиот родител.

(б) Владата

70. Владата не ја оспори применливоста на член 14 во врска со член 8. Тие прифатија дека врската меѓу тројцата апликанти претставува семеен живот. Сепак, тие посочија дека фактите од предметниот случај се разликуваат од оние во *Gas* и *Dubois* (цитиран погоре), зашто вториот апликант има татко со кого, исто така, одржува семејна врска.

71. Понатаму, Владата тврдеше дека ситуацијата на апликантите не била споредлива со онаа на брачна двојка во која еден сопругник сакал да го посвои детето на другиот сопругник, и го поканил судот да ги следи своите наоди во *Gas* и *Dubois* (цитиран погоре, §§ 66-68).

72. Во однос на споредбата со невенчана разнополова двојка, Владата прифатила дека апликантите се во споредлива ситуација, признавајќи дека, во лична смисла, истополовите двојки може во принцип да се еднакво како и разнополовите двојки подобни или неподобни за посвојување деца во општа смисла, или за посвојување од втор родител, конкретно. Тие, исто така, биле во споредлива ситуација во смисла дека за секое посвојување е потребна согласноста на обајцата биолошки родители.

73. Владата додаде дека фактот што посвојувањето на малолетник ги прекинува родителските врски се сметало за компатибилно со член 8 (тие се повикале на *Emonet* и други v. Швајцарија (no. 39051/03, 13 декември 2007), и *Eski v. Австрија* (no. 21949/03, 25 јануари 2007), и дека државите уживаат широка маргина на дискреција во сферата на правото за посвојување. Австриското право за посвојување им дава предимство на биолошките родители кога станува збор за грижата за нивното дете. Бидејќи посвојувањето резултира со губење на родителските права, тоа треба да се одобри само доколку е јасно во интерес на детето. Согласноста на заменетиот родител, чија врска со детето е исто така заштитена со член 8, е, оттука, предуслов за посвојување. Австриското право направило разумен баланс меѓу сите вклучени интереси.

74. Во однос на фактите на предметот, Владата тврдеше дека таа не го покренала прашањето на дискриминација зашто немало разлика во третманот меѓу предметот на првиот и третиот апликант и предметот на невенчана разнополова двојка. Тие тврделе дека домашните судови, а особено Регионалниот суд, темелно го процениле прашањето на интересот на вториот апликант за посвојување и дошле до заклучок дека тој има врска со својот татко и дека, оттука, немало потреба тој да биде

заменет со адоптивен родител. Владата особено нагласи дека согласноста на обајцата биолошки родители е суштествен предуслов за секое посвојување. Бидејќи таткото на вториот апликант не дал согласност во предметниот случај, судовите би биле слично спречени да се согласат на посвојување и доколку барањето било поднесено од невенчан разнополов партнер на третиот апликант. Владата понатаму тврдеше дека апликантите не ги поткрепиле своите наводи дека постоеле основи за пренебрегнување на одбивањето на таткото да даде согласност за посвојувањето, ниту пак побарале формална одлука за тоа.

75. Понатаму, Владата тврдела дека Граѓанскиот законик не е насочен кон исклучување на истополовите партнери. Неможноста жена да го посвои детето на друга жена би се применило и на тетка која сака да го посвои својов внук, додека неговиот однос со мајка му останува недопрен. Експлицитното исклучување на посвојувањето од втор родител за истополовите двојки е воведено дури со Законот за регистрирано партнерство во 2010. Тој закон не бил во сила кога се одлучувало за предметниот случај од страна на домашните судови, па оттука не бил релевантен во тековниот контекст.

76. Доколку Судот сметал дека имало разлика во третманот и навлегол во прашањето на оправдување на забраната за посвојување од втор родител кај истополовите двојки, Владата тврдела дека that пресоздавањето на биолошкото семејство и обезбедувањето добросостојба на детето биле легитимни цели. Австриското право за посвојување не се стремело да ги исклучи истополовите двојки, но се стремело, како генерално правило, да одбегне ситуации кога дете има две мајки или двајца татковци во правна смисла. Законот се стремел да ги оствари овие цели со користење соодветни средства, но исто така морал да ги земе предвид интересите на другите засегнати лица и да ги осигура интересите на партнерот на родителот на детето со други средства.

77. На крајот, Владата тврдела дека државите имаат широка маргина на дискреција околу прашањето на посвојување од втор родител кај истополовите двојки. Според информациите на Владата, само десет земји-членки на Советот на Европа дозволуваат вакво посвојување. Следи дека не постои европски стандард и не може дури да се каже ни дека постои тренд или тенденција.

(в) Трети страни

(i) FIDH, ICJ, ILGA-Europe, BAAF, NELFA u ECSOL

78. Во нивните заеднички коментари, овие шест невладини организации нагласиле дека, како во *Karner* (цитиран погоре), во предметниот случај се работи за разлика во третманот во смисла на тоа дека на невенчана разнополова двојка ѝ се дава право што е ускратено на невенчана истополова двојка. Стандардите развиени во *Karner*, оттука, треба да се применуваат. Понатаму, во *Salgueiro da Silva Mouta v. Португалија* (no. 33290/96, ECHR 1999-IX) и во *E.B. v. Франција* (цитиран погоре), Судот имплицитно прифати дека нема причини зошто дете да не биде одгледано од лезбејка или геј поединец кој живее со истополов партнер. Слични наоди се неодамна направени од Интерамериканскиот суд за човекови права во случајот на *Atala Riffo и ќерките v. Chile* (пресуда од 24 февруари 2012).

79. Понатаму, доколку се разгледа прашањето на европски консензус, оние кои интервенираа како трета страна забележаа дека мнозинството од четириесет и седумте земји-членки на Советот на Европа го имаат ограничено посвојувањето од втор родител на брачните разнополови двојки. Во предметниот случај, само оние држави што го имаат проширено посвојувањето од втор родител на други, на пример на истополови двојки (брачни, кои живеат во регистрирано партнерство или во кохабитација) или на невенчани разнополови двојки, може да служат за споредба. Во рамки на оваа група, четиринаесет држави го имаат проширено, или планирале да го прошират, посвојувањето од втор родител на истополовите двојки, додека само пет (вклучувајќи ја и Австрија) го прошириле на невенчаните разнополови двојки, исклучувајќи ги истополовите двојки.

80. Конечно, член 7 од Европската конвенција за посвојување деца од 2008 година, ја препознава разновидноста на законите за посвојување. Ова не го менува фактот дека членовите 14 и 8 од Конвенцијата им забрануваат на земјите-членки да го прошират правото на посвојување врз дискриминирачка основа - на една група, но не и на друга.

(ii) Европскиот центар за право и правда (The European Centre for Law u Justice, ECLJ)

81. ECLJ тврдеше дека член 8 не се применува, зашто немало попречување на де факто семејниот живот на апликантот. Тој понатаму забележа дека немало право да се посвои или да се биде посвоен. Во суштина, апликантите сакале да го остварат правото на законско признавање на нивниот семеен живот. Сепак, правото да се заснова семејство согласно член 12 било, како и правото на брак, резервирано за двојките од спротивни полови.

82. Доколку предметот се испитува согласно член 8, дури и кога се подразбира вмешување во правото на апликантите на почитување на нивниот семеен живот, тоа е пропишано со закон, имено член 182 § 2 од Граѓанскиот законик, и служи за легитимна цел, имено за да се заштити врската меѓу вториот апликант и неговиот татко, кој не се дал согласност за посвојувањето. Одбивањето на домашните судови да го одобрат посвојувањето побарано од апликантите исто така служи за легитимни цели на зачувување на природното семејство и обезбедување правна сигурност за детето. Биолошката реалност е објективен фактор и оттука треба да се смета како разумно оправдување.

83. Во поглед на член 14 во врска со член 8, ECLJ наведе дека првиот и третиот апликант не биле во слична ситуација како разнополовите двојки, зашто тие немале биолошка можност да основаат семејство. Немало разлика во третманот, зашто член 182 § 2 од Граѓанскиот законик важи за сите двојки, без оглед дали се од спротивни или од ист пол. Фактот што последиците биле различни за истополова двојка не претставувал дискриминација.

(iii) Јавниот правобранител за Северна Ирска

84. Јавниот правобранител за Северна Ирска се повикал на Европската конвенција за посвојување деца од 2008, забележувајќи дека таа може да послужи за да се оцени состојбата на европски консензус во поглед на посвојувањето. Тој воочил, особено, дека член 4 ги воспоставил најдобрите интереси на детето како водечки принцип при секое посвојување. Член 7 јасно укажува дека не постои консензус во поглед на посвојувањето од страна истополовите двојки.

85. Јавниот правобранител објаснил дека претстоела парница во Северна Ирска зашто, согласно член 14 и член 15 (1) од Законот за посвојување (Северна Ирска) од 1987 година, изменета и дополнета со Законот за цивилно партнерство, истополова двојка, ниту геј маж или лезбејка кои се во граѓанско партнерство не можат да поднесат барање за посвојување, додека sameц, без оглед на сексуалната ориентација, кој не е во граѓанско партнерство, може да поднесе барање за посвојување. Во овие постапки се наведува дека кумулативниот ефект на овие одредби го крши член 14 од Конвенцијата во врска со член 8.

86. Тргајќи од согледувањето дека Конвенцијата не гарантира право да се биде посвоител, Јавниот правобранител за Северна Ирска заклучил, врз основа на неодамнешното прецедентно право на Судот (Е.Б. v. Франција, Gas and Dubois, Schalk и Kopf, сите цитирани погоре, и S.H. и други v. Австрија [GC], no. 57813/00, 3 ноември 2011) дека Судот досега изразил судска воздржаност, прифаќајќи дека домашниот законодавец е во подобра положба од европскиот судија да ги процени прашањата во врска со концептот на семејство, брак и односите меѓу родителите и децата.

(iv) Amnesty International

87. Amnesty International даде преглед на клаузули поврзани со недискриминација во меѓународните и регионалните спогодби за човекови права и во релевантното прецедентно право на Судот и на Интерамериканскиот суд за човекови права. Тие, исто така, се повикаа на толкувањето на релевантните клаузули од страна на различни тела на Обединетите нации за мониторинг на спогодбите, особено Комитетот за човекови права и Комитетот за правата на детето.

88. Тие посочија дека разликите во третманот врз основа на сексуална ориентација бараат особено уверливи причини со голема тежина, и се повикаа особено на неодамнешната пресуда на Интерамериканскиот суд (Atala Riffo и ќерките v. Chile) којашто појасни дека „сексуалната ориентација е дел од интимата на лицето и не е релевантна кога се испитуваат аспектите поврзани со подобноста на поединецот како родител.”

89. Amnesty International понатаму се повика на Конвенцијата за правата на детето, забележувајќи дека член 3 ги поставува најдобрите интереси на детето како „првенствена грижа” при сите постапки во врска со децата. Во поглед на посвојувањето, член 21 од Конвенцијата за правата на детето

утврди дека најдобрите интереси на детето се „врвна грижа“. Оттука, Конвенцијата за правата на детето поставува важни ограничувања на маргината на дискреција на државите, забранувајќи им, на пример, да применуваат различни стандарди врз основа на составот на семејството на детето или на сексуалната ориентација на родителот. Како последица, секој систем на посвојување мора да дозволи судовите или другите релевантни органи да ги засноваат одлуките за барањата за посвојување првенствено врз она што е најдобро за детето.

(v) Алијанса во одбрана на слободата - Alliance Defending Freedom

90. Alliance Defending Freedom забележа дека Конвенцијата не гарантира право да се посвои, ниту пак прецедентното право на Судот признава такво право согласно член 8. Спротивно на ова, Судот има утврдено дека член 14 во врска со член 8 е применлив во случаите на наводна дискриминација во постапката на посвојување и има испитано мал број вакви предмети (Fretté v. Франција, no. 36515/97, ECHR 2002-I, Е.Б. v. Франција и Gas и Dubois, обата цитирани погоре). Важно е да се забележи дека во Е.Б. v. Франција еден од решавачките фактори за Судот беше фактот дека француското право им дозволува на самците да посвојуваат, со тоа отворајќи ја можноста за посвојување од страна на sameц – хомосексуалец. Предметниот случај е поинаков, зашто наодите за повреда би значеле дека треба да се измени домашното право, коешто дозволувало посвојување од втор родител само за хетеросексуалните двојки. Во тој контекст оној кој интервенира како трета странка забележува дека не постои европски консензус по ова прашање.

91. Како втора линија на аргументација, Alliance Defending Freedom наведе дека широко-распространетата теза за „немање разлики“ – односно, тврдењата на разни студии дека децата одгледани од страна на истополовите двојки не биле на ниту еден значаен начин во понеповолна положба, во споредба со децата одгледани од хетеросексуални родители – е доведено во прашање со неодамнешни општествени истражувања, особено со студии спроведени во Соединетите држави. Имајќи ги предвид неубедливите наоди на научното истражување и широката маргина на дискреција што државите ја уживаат во сферата на семејното право, билооправдано во интерес на детето да се резервира посвојувањето, вклучително посвојување од втор родител, за хетеросексуалните двојки.

2. Оценка на Судот

(a) Применливост на член 14 од Конвенцијата во врска со член 8

92. Судот има одлучувано по бројни предмети во врска со дискриминација врз основа на сексуалната ориентација во сферата на приватниот и семејниот живот. Некои се испитувани само по основ на согласно член 8, имено случаите на кривична забрана на хомосексуални врски меѓу возрасни (види Dudgeon v. Обединетото Кралство, 22 октомври 1981, Серија А no. 45; Norris v. Ireland, 26 октомври 1988, Серија А no. 142; и Modinos v. Сургус, 22 април 1993, Серија А no. 259) и отпуштањето на хомосексуалците од оружените сили (види Smith и Grady v. Обединетото Кралство, nos. 33985/96 и 33986/96, ECHR 1999VI). Други биле испитувани според член 14 во врска со член 8. Прашањата по кои се одлучувало вклучуваат различна возраст за доброволно стапување во сексуални односи според кривичното право за хомосексуални врски (види L. и V. v. Австрија, nos. 39392/98 и 39829/98, ECHR 2003I), доделувањето родителски права (види Salgueiro da Silva Mouta, цитиран погоре), одобрувањето да се посвои дете (види Fretté, Е.Б. v. Франција и Gas и Dubois, сите цитирани погоре), правото да се наследи станарското право на починатиот партнер (види Karner, цитиран погоре, и Kozak v. Poland, no. 13102/02, 2 март 2010), правото на социјално осигурување (види P.B. и J.S. v. Австрија, no. 18984/02, 22 јули 2010) и прашањето на пристапот кон брак или алтернативна форма на правно признавање за истополови двојки (види Schalk и Kopf, цитиран погоре).

93. Во тековниот случај, апликантите ја формулираа својата жалба според член 14 во врска со член 8, наведувајќи дека сите тројца заедно уживаат семеен живот. Владата не ја оспори применливоста на член 14 во врска со член 8. Судот не гледа причина да следи поинаков пристап, од следниве причини.

94. Како што Судот доследно сметаше, член 14 ги надополнува другите материјални одредби на Конвенцијата и нејзините Протоколи. Тој нема независно постоење, бидејќи има ефект исклучиво во врска со „уживањето на правата и слободите“ заштитени од тие одредби. Иако примената на член 14 не подразбира повреда на тие одредби – и во таа мерка тој е автономен – нема простор за негова примена освен кога фактите што се предмет на разгледување спаѓаат во опфатот на една или повеќе

од нив (види, на пример, Schalk и Kopf, цитиран погоре, § 89; E.B. v. Франција, цитиран погоре, § 47; Karner, цитиран погоре, § 32; и Petrovic v. Австрија, 27 март 1998, § 22, Извештаи за пресуди и одлуки - Reports of Judgments and Decisions 1998II).

95. Судот повторува дека врската на кохабитиращка истополова двојка што живее во стабилна де факто врска спаѓа во концептот „семеен живот“, исто како што би спаѓала врската на разнополова двојка во истата ситуација (види Schalk и Kopf, цитиран погоре, § 94). Понатаму, Судот најде во својата одлука за допуштеноста во Gas и Dubois v. Франција (no. 25951/07, 31 август 2010) дека врската меѓу две жени кои живеат заедно и стапиле во граѓанско партнерство, и детето зачнато од една од нив преку потпомогната репродукција, но израснато од нив две претставува „семеен живот“, во смисла на член 8 од Конвенцијата.⁹⁶ Првиот и третиот апликант во предметниот случај сочинуваат стабилна истополова двојка. Тие кохабитираат (живеат заедно) многу години и вториот апликант го споделува нивниот дом. Неговата мајка и нејзината партнерка заеднички се грижат за него. Оттука, Судот е на мнение дека врската меѓу сите три апликанти претставува „семеен живот“ во смисла на член 8 од Конвенцијата.

97. Судот заклучува дека член 14 од Конвенцијата во врска со член 8 се применува на фактите од предметниот случај.

(б) Усогласеност со член 14 во врска со член 8

(i) Принципи воспоставени во судската пракса на Судот

98. Востановена судска практика на Судот е дека за некое прашање да спаѓа под член 14 мора да има разлика во третманот на лицата во релевантно слични ситуации. Ваква разлика во третманот е дискриминирачка, доколку нема објективно и разумно оправдание; со други зборови, доколку не служи за остварување на легитимна цел или доколку нема разумен однос на пропорционалност меѓу употребеното средство и целта што се стреми да ја реализира. Државите – потписнички уживаат маргина на дискреција во проценката дали, и во колкава мерка, разликите во инаку слични ситуации оправдуваат разлика во третманот (види Schalk и Kopf, цитиран погоре, § 96, и Burden v. Обединетото Кралство [GC], no. 13378/05, § 60, ECHR 2008).

99. Сексуалната ориентација е концепт опфатен со член 14. Судот повеќепати сметаше дека, исто како и разликите врз основа на полот, разликите врз основа на сексуалната ориентација бараат особено сериозни причини како оправдание или, како што понекогаш се вели, особено уверливи и причини со значителна тежина (види, на пример, E.B. v. Франција, цитиран погоре, § 91; Kozak, цитиран погоре, § 92; Karner, цитиран погоре, §§ 37 и 42; L. и V. v. Австрија, цитиран погоре, § 45; и Smith и Grady, цитиран погоре, § 90). Кога разликата во третманот е заснована на полот или сексуалната ориентација, маргината на дискреција на државата е тесна (види Kozak, цитиран погоре, § 92, и Karner, цитиран погоре, § 41). Разликите базирани исклучиво врз факторот сексуална ориентација се неприфатливи според Конвенцијата (види E.B. v. Франција, цитиран погоре, §§ 93 и 96, и Salgueiro da Silva Mouta, цитиран погоре, § 36).

100. Пред да ја испита жалбата на апликантите Судот посочува дека може да се разликуваат три вида ситуации во контекст на посвојување од страна на хомосексуалците. Прво, некое лице може да сака да посвои самостојно (индивидуално посвојување). Второ, еден од партнерите во истополова двојка може да сака да го посвои детето на другиот партнер, со цел на обајцата да им се даде законски признаен статус на родител (посвојување од втор родител). Конечно, истополова двојка може да сака да посвои дете (заедничко посвојување) (види ја студијата на Комесарот за човекови права на Советот на Европа, цитирана во точка 55 погоре; види исто така E.B. v. Франција, цитиран погоре, § 33).

101. Досега, Судот има одлучувано во два случаи поврзани со индивидуално посвојување од страна на хомосексуалци (Fretté и E.B. v. Франција, обете цитирани погоре) и со еден случај поврзан со посвојување од втор родител од истополова двојка (Gas и Dubois, исто така цитиран погоре).

102. Во Fretté (цитиран погоре) француските власти го одбиле барањето за одобрување за посвојување, наоѓајќи дека поради неговиот „животен стил“ (што значеше неговата хомосексуалност) апликантот не обезбедувал неопходни заштитни механизми за посвојување дете. Судот, испитувајќи го предметот според член 14 во врска со член 8, забележа дека француското право дава на секое

невенчано лице, маж или жена, право да поднесе барање да посвои, и дека француските власти го одбиле барањето на апликантот за претходно одобрување – иако имплицитно – врз основа на неговата сексуална ориентација. Оттука, имало разлика во третманот врз основа на сексуалната ориентација (§ 32). Судот најде дека одлуката на домашните власти се стремела кон легитимна цел, имено – да ги заштити здравјето и правата на деца кои би можеле да се вклучени во процедура на посвојување. Во однос на тоа дали е оправдана разликата во третманот, Судот особено забележува дека има малку заедничка основа меѓу земјите-членки од Советот на Европа, каде се чини дека правото минува низ транзициона фаза, и дека националните власти треба да уживаат широка маргина на дискреција кога пресудуваат за вакви прашања. Во поглед на конкурентните интереси на апликантот и децата достапни за посвојување, Судот забележа дека научната заедница е поделена околу можните последици врз децата израснати од еден или повеќе хомосексуални родители, имајќи го предвид особено ограничениот број научни студии на темата, објавени во материјалното време. Како заклучок, Судот сметал дека одбивањето да се одобри посвојување не го прекршило принципот на пропорционалност и дека, соодветно, разликата во третманот на која апликантите се жалеле не била дискриминарачка во смисла на член 14 од Конвенцијата (§§ 37-43).

103. Во својата пресуда на Големиот совет во *E.B. v. Франција* (цитиран погоре), Судот, повторно испитувајќи го предметот според член 14 во врска со член 8, ја има преобратено својата позиција. Тој детално ги анализираше причините дадени од француските власти за да на одбие апликантот, кој живеел со друга жена во стабилна истополова врска, не му се даде одобрување да посвои. Судот забележал дека домашните власти ја засновале својата одлука на две главни основи, немањето „татковска фигура“ во домаќинството на апликантот или непосредниот круг на семејство и пријатели и немањето посветеност од страна на нејзиниот партнер. Тој додаде дека двете основи сочинуваат дел од една севкупна проценка на ситуацијата на апликантот, со тоа што нелегитимноста на едната причина негативно влијаела врз целата одлука. Иако втората основа не била неразумна, првата основа била имплицитно поврзана со хомосексуалноста на апликантот и повикувањето на таа основа било прекумерно во контекст на барање на sameц за одобрување на посвојување. Свкупно, сексуалната ориентација на апликантот била постојано во центарот на одлучувањето во поглед на неа и било решавачко за одлуката да се одбие одобрување на нејзиното барање да посвои (§§ 72-89). Судот понатаму рекол дека доколку причините изнесени за разликата во третманот почивале исклучиво врз факторите во поглед на сексуалната ориентација на апликантот, ова би претставувало дискриминација според Конвенцијата (§ 93). Тој воочи дека согласно француското право на поединец – sameц му е дозволено да посвои и дека е неспорно дека тоа отвора можност за посвојување и од страна на хомосексуалец кој не е во врска. Имајќи ја предвид анализата на причините изнесени од француските власти, тој заклучи дека, одбивајќи да дадат одобрение апликантот да посвои, тие направиле разлика врз основа на нејзината сексуална ориентација, што не е прифатливо според Конвенцијата. Судот, како последица, најде повреда на член 14 во врска со член 8 (§§ 94-98).

104. Предметот на *Gas и Dubois* (цитиран погоре) се однесува на две жени кои сочинуваат истополова двојка кои склучиле граѓанско партнерство (*pacte civil de solidarité (PACS)*) согласно француското право. Една од нив е мајка на дете зачната со потпомогнато оплодување. Согласно француското право таа е единствениот родител на детето. Апликантите се жалеле согласно член 14 во врска со член 8 од Конвенцијата дека едниот партнер не можел да го посвои детето на другиот. Поконкретно, тие сакале да добијат едноставно решение за посвојување (*adoption simple*) согласно француското право со цел да создадат врска родител – дете меѓу детето и партнерот на нејзината мајка, со можност да се споделува родителската одговорност. Домашните судови го одбиле барањето за посвојување врз основа на тоа што тоа би ги пренело родителските права од мајката на детето врз нејзиниот партнер, што не е во интерес на детето (§ 62). Судот ја испитал ситуацијата на во споредба со ситуација на брачна двојка. Тој забележал дека, во случаите на *adoption simple*, француското право им дозволувало само на брачните двојки да ги споделуваат родителските права. Бидејќи државите – потписнички не се обврзани да дадат пристап кон брак на истополовите двојки, и имајќи го предвид посебниот статус доделен со брак, правната ситуација на апликантите не била споредлива со онаа на брачна двојка (§ 68). Што се однесува до ситуацијата на невенчани разнополови двојки што живеат заедно, како апликантите, во граѓанско партнерство, Судот забележал дека посвојувањето од втор родител не е достапно ниту за нив (§ 69). Оттука, немало разлика во третманот врз основа на сексуалната ориентација. Како заклучок, Судот нашол дека немало повреда на член 14 во врска со член 8.

(ii) Примена на овие принципи на предметниот случај

(α) Споредбата со брачна двојка во која едниот сопружник сака да го посвои детето на другиот сопружник

105. Првото прашање што треба да се разгледа е дали апликантите, имено првиот и третиот апликант, кои живеат заедно како истополова двојка, и синот на третиот апликант се во ситуација што е релевантно слична на онаа на брачна разнополова двојка во која еден сопружник сака да го посвои биолошкото дете на другиот сопружник.

106. Судот неодамна негативно одговори на ова прашање, во *Gas и Dubois*. Судот смета дека е соодветно да ги повтори и потврди релевантните фактори и тука. Тој повторува дека, на прво место, член 12 од Конвенцијата не наметнува на државите – потписнички обврска да им дадат на истополовите двојки пристап кон брак (види *Schalk и Kopf*, цитиран погоре, §§ 54-64). Ниту пак може правото на истополов брак да се изведе од член 14 во врска со член 8 (*ibid.*, § 101). Кога државата ќе одбере да обезбеди за истополовите двојки алтернативен начин на правно признавање, таа ужива определена маргина на дискреција во поглед на точниот статус што им го доделува (*ibid.*, § 108; види исто така *Gas и Dubois*, цитиран погоре, § 66). Понатаму, Судот повеќе пати сметал дека бракот доделува посебен на статус на оние кои стапуваат во него. Остварувањето на правото на брак е заштитено со член 12 од Конвенцијата и повлекува општествени, лични и правни последици (види, меѓу другите авторитети, *Gas и Dubois*, цитиран погоре, § 68, и *Burden*, цитиран погоре, § 63).

107. Австриското право навистина создава специјален режим за брачните двојки, во поглед на посвојувањето. Согласно член 179 § 2 од Граѓанскиот законик, заедничкото посвојување е достапно само за брачни двојки. Исто така, брачните двојки можат, по правило, да посвојуваат само заеднички. Посвојување од втор родител на детето на другиот сопружник е пропишано во гореспоменатиот член како исклучок од тоа правило.

108. Владата, потпирајќи се на пресудата на Судот во *Gas и Dubois*, тврдеше дека апликантите не биле во релевантно слична ситуација како брачна двојка. Од нивна страна, апликантите нагласиле дека тие не сакале да остварат право што било резервирано за брачни двојки. Судот не гледа причина да отстапи од своето прецедентно право во оваа смисла.

109. Во светлина на овие размислувања, Судот заклучил дека првиот и третиот апликант не се во релевантно слична ситуација со брачна двојка во поглед на посвојувањето од втор родител.

110. Како последица на ова, немало повреда на член 14 од Конвенцијата во врска со член 8 кога ситуацијата на апликантите е споредлива со онаа на брачна двојка во која едниот сопружник сака да го посвои детето на другиот сопружник.

(β) Споредба со невенчана разнополова двојка во која едниот партнер сака да го посвои детето на другиот партнер

111. Судот забележува дека поднесоците на апликантите се концентрирале на споредбата со невенчани разнополови двојки. Тие посочиле дека според австриското право посвојување од втор родител не е достапно само на брачните двојки, туку, исто така, и на невенчаните хетеросексуални двојки, додека тоа е законски невозможно за истополовите двојки.

Релевантно слична ситуација

112. Судот воочува дека, спротивно на споредбата со брачна двојка, не се тврдело дека постои специјален правен статус што ќе ја разликува невенчаната хетеросексуална двојка од истополова двојка. Навистина, Владата не спорела дека ситуациите се споредливи, допуштајќи дека, во лична смисла, истополовите двојки можат во принцип да бидат еднакво подобни или неподобни за посвојување, вклучувајќи и посвојување од втор родител, како и разнополовите двојки. Судот прифаќа дека апликантите, кои сакале да создадат законска врска меѓу првиот и вториот апликант, биле во релевантно слична ситуација како и разнополова двојка во која едниот партнер сака да го посвои детето на другиот партнер.

Разлика во третманот

113. Судот сега ќе се сврти кон прашањето дали имало разлика во третманот врз основа на сексуалната ориентација на првиот и третиот апликант.

114. Австриското право дозволува посвојување од втор родител од невенчана разнополова двојка. Во општа смисла, поединците може да посвојат според Член 179 од Граѓанскиот законик, а ништо во член 182 § 2 од Граѓанскиот законик, којшто ги регулира ефектите од посвојувањето, не го спречува едниот партнер во невенчана хетеросексуална двојка да го посвои детето на другиот партнер без да ги раскине врските меѓу тој партнер и детето. Спротивно на ова, посвојување од втор родител во истополова двојка е законски невозможно. Ова следи од член 182 § 2 од Граѓанскиот законик, според кој секое лице кое посвојува го заменува биолошкиот родител од ист пол. Во предметниот случај, бидејќи првиот апликант е жена, нејзиното посвојување на вториот апликант би можело да ја прекине само врската со неговата мајка, која е нејзин истополов партнер. Оттука, посвојувањето не служи за да создаде врска родител – дете меѓу првиот и вториот апликант, дополнително на врската со неговата мајка, третиот апликант. Иако на прв поглед неутрален, член 182 § 2 од Граѓанскиот законик исклучува посвојување од втор родител за истополова двојка.

115. Заради комплетност, Судот воочува дека од стапувањето во сила на Законот за регистрирано партнерство on 1 јануари 2010 истополовите двојки имале можност да стапат во регистрирано партнерство. Првиот и третиот апликант не ја искористиле оваа можност. Во секој случај, ова не би ја отворило за нив можноста за посвојување од втор родител, зашто член 8(4) од Законот изрично забранува посвојување на детето на едниот од регистрираните партнери од страна на другиот партнер.

116. Оттука, нема сомнение дека важечкото законодавство водело до правење разлика меѓу невенчаните разнополови и истополови двојки во поглед на посвојувањето од втор родител. Согласно важечкото австриско право, посвојувањето од втор родител било и сè уште е невозможно во случајот на апликантите. Ова би било така дури и кога биолошкиот татко на вториот апликант би бил мртов или непознат или кога би имало основа за пренебрегнување на неговата согласност за посвојувањето. Би било невозможно дури и кога таткото на вториот апликант би бил подготвен да даде своја согласност за посвојувањето. Ова не било оспорено од Владата.

117. Сепак, Владата тврди дека фактите на случајот не обелоденуваат никаков елемент на дискриминација. Тие наведуваат дека барањето за посвојување на апликантите било одбиено врз основа неповрзана со сексуалната ориентација на првиот и третиот апликант. Прво, судовите, а особено Регионалниот суд го одбиле посвојувањето врз основа на тоа што не е во интерес на вториот апликант. Второ, за секое посвојување е задолжителна согласност на биолошките родители на детето. Бидејќи таткото на вториот апликант не дал согласност, судовите биле обврзани да го одбијат барањето за посвојување. Тие ќе морале да одлучат на сосема истиот начин и доколку првиот апликант бил машки партнер на третиот апликант. Со други зборови, законската разлика што резултира од член 182 § 2 од Граѓанскиот законик не дошла во игра во околностите на предметот на апликантите. Како последица, Владата тврдеше дека апликантите барале од Судот да изврши ревизија на законот *in abstracto*.

118. Имајќи ја предвид содржината на одлуките на домашните судови (види точки 15, 18 и 20 погоре), Судот не е уверен во аргументот на Владата. Најнапред, домашните судови јасно ставиле до знаење дека посвојувањето што произведува ефект посакуван од апликантите, имено – воспоставување врска родител – дете меѓу првиот и вториот апликант, покрај врската родител – дете меѓу вториот и неговата мајка, било во секој случај невозможно според член 182 § 2 од Граѓанскиот законик.

119. Окружниот суд се потпираше исклучиво на аргументот на законска невозможност. Тој не спровел истрага за околностите на предметот. Особено, не се занимавал со прашањето дали таткото на вториот апликант се согласил на посвојувањето или дали имало основа за пренебрегнување на неговото одбивање да се согласи, како што наведуваат апликантите.

120. Регионалниот суд, исто така, се потпираше на законската невозможност на посвојувањето побарано од апликантите, но воедно разгледал и некои други фактори. Тој изразил сомневање околу тоа дали вториот апликант можел да биде застапуван од неговата мајка во постапката на посвојување, поради можниот конфликт на интереси. Сепак, тој сметал дека прашањето не мора да се разреши,

зашто Окружниот суд со право одбил да одобри посвојување без каква и да е натамошна истрага. Врз основа на материјалите пред Судот не се чини дека Регионалниот суд извел докази од било кое од засегнатите лица, имено апликантите и таткото на вториот апликант. Што се однесува до улогата на таткото, Регионалниот суд се ограничил на тоа – врз основа на досието – дека тој има редовен контакт со својот син. Тој не се занимавал со прашањето дали, како што наведуваат апликантите, имало основа да се пренебрегне одбивањето на таткото да даде согласност, според член 181 § 3 од Граѓанскиот законик. Спротивно на ова, тој долго се задржал на фактот дека концептот на „родители“ во австриското семејно право значи две лица од спротивен пол. Исто така, тој се осврнал на интересот на детето да одржува контакт со двајца родители од спротивен пол, што, по негово мислење, јасно аргументира против одобрување на посвојување дете од страна на истополовиот партнер на еден од неговите родители. Понатаму, тој испитувал во светлина на пресудата *Karner* на Судот (цитирана погоре) дали законот за посвојување каков што бил во моментот ги дискриминирал истополовите партнери.

121. Натамошен важен елемент што треба да се разгледа е фактот што Регионалниот суд прогласил дека жалбата по однос на примената на правото до Врховниот суд е допуштена врз основа на тоа што нема судска пракса (прецедентно право) „за прашањето за кое сега треба да се одлучува ... имено, дали посвојување дете од страна на истополовиот партнер на еден од неговите родители е законито“. Според гледиштето на Судот, ова е во јасна контрадикција со тврдењето на Владата дека правната невозможност за посвојување од втор родител во истополова двојка не играла улога при определувањето во предметниот случај.

122. Врховниот суд потврдил дека посвојувањето дете од страна на женскиот партнер на неговата биолошка мајка било законски невозможно според член 182 § 2 од Граѓанскиот законик, наоѓајќи дека одредба била компатибилна со член 14 во врска со Член 8, зашто спаѓа во рамки на маргината на дискреција на државата. Конечно, тој исто така потврди дека имајќи ја предвид законската невозможност на побараното посвојување, не било неопходно да се испитува дали се исполнети условите за пренебрегнување на одбивањето на таткото да даде согласност, како вонредна мерка според член 181 § 3 од Граѓанскиот законик.

123. Како заклучок, Судот го отфрла аргументот на Владата дека апликантите не биле засегнати од разликата во правото што резултирала од член 182 § 2 од Граѓанскиот законик. Според мислењето на Судот законската невозможност за посвојувањето побарано од апликантите била постојано во центарот на разгледување на домашните судови (види, *mutatis mutandis*, *E.B. v. Франција*, цитиран погоре, § 88).

124. Навистина, овој факт ги спречил домашните судови на каков и да е содржаен начин да испитаат дали посвојувањето било во интерес на вториот апликант, како што е задолжително според член 180а од Граѓанскиот законик. Како последица на ова, тие не ги испитале детално околностите на случајот. Покрај тоа, тие не испитале дали постоеле причини заради кои би можело да е оправдано пренебрегнувањето на одбивањето на таткото да даде согласност, според член 181 § 3 од Граѓанскиот законик. Владата тврдела дека апликантите не ги поткрепиле доволно своите наводи дека вакви причини постоеле, и посочила дека тие пропуштиле да побараат формална одлука за ова прашање. За Судот е доволно да забележи дека домашните судови не ги отфрлиле поднесоците на апликантите по ниедна друга основа. Како што е изложено погоре, Окружниот суд и Регионалниот суд воопшто не се занимавале со тоа прашање, а Врховниот суд недвосмислено потврдил дека не било неопходно да се разгледува тоа прашање, имајќи ја предвид законската невозможност за побараното посвојување.

125. Да биле првиот и третиот апликант невенчана разнополова двојка, домашните судови не би можеле да го одбијат барањето за посвојување како принципиелно прашање. Наместо тоа, од судовите ќе се барало да испитаат дали посвојувањето служело на интересите на вториот апликант во смисла на член 180а од Граѓанскиот законик. Доколку таткото на детето не би дал согласност за посвојувањето, судовите би морале да испитуваат дали постоеле исклучителни околности што би оправдале да се пренебрегне неговото одбивање, според член 181 § 3 од Граѓанскиот законик (види, на пример, *Eski*, цитиран погоре, §§ 39-42, во врска со посвојување од втор родител во разнополова двојка, во којшто австриските судови спровеле детално испитување на тоа прашање, балансирајќи ги интересите на сите засегнати страни – двојката, детето и биолошкиот татко на детето – при што пописно извеле докази од нив и ги утврдиле сите релевантни факти).

126. Како последица на ова, Судот најде дека жалбата на апликантите во ниедна смисла не е *actio popularis*. Како што е веќе кажано (види точка 123 погоре), апликантите биле директно засегнати од законот на којшто се жалеле, зашто член 182 § 2 од Граѓанскиот законик содржи апсолутна забрана за посвојување од втор родител кај истополова двојка, што направило секое испитување на нивниот случај да е ненужно и ирелевантно и што довело до одбивање на нивното барање за посвојување како прашање на принцип. Следи дека Судот не го разгледува законот *in abstracto*: сеопфатната забрана што е тука во прашање, по самата своја природа, ги остранива фактичките околности на предметот од делокругот на обата домашни судови и од испитувањето на овој Суд (види, *mutatis mutandis*, *Hirst v. Обединетото Кралство* (no. 2) [GC], no. 74025/01, § 72, ECHR 2005IX).

127. Судот би додал дека, на прв поглед, разликата во третманот може да го засега главно првиот апликант, кој е третиран поинаку од еден член на невенчана разнополова двојка кој сака да го посвои детето на другиот партнер. Сепак, бидејќи сите тројца апликанти уживаат семеен живот заедно (види точка 96 погоре) и барањето за посвојување било насочено кон стекнување законско признавање на тој семеен живот, Судот смета дека сите тројца апликанти се директно засегнати од разликата во третманот за која тука станува збор и, оттука, може да тврдат дека се жртви на наводна повреда.

128. Конечно, Владата понуди уште еден аргумент, имено дека законската невозможност да се одобри барањето на апликантите за посвојување не било дискриминаторно, затоа што не било базирано на сексуалната ориентација на првиот и третиот апликант. Тие навеле дека член 182 § 2 од Граѓанскиот законик, кој направил да е невозможно жена да посвои дете додека законските врски со мајката на детето се задржани, се применува како општо правило. Тоа правило, исто така, би забранило тетка да го посвои својот внук додека неговиот однос со мајка му останува непроменет.

129. Овој аргумент не го увери Судот. Апликантите тврдеа дека тие биле третирани поинаку од невенчана хетеросексуална двојка во поглед на можноста да добијат законско признавање на нивниот семеен живот преку посвојување од втор родител. Судот прво забележува дека врската меѓу две возрасни сестри или меѓу тетка и нејзин внук во принцип не спаѓа во рамки на концептот на „семеен живот“, во смисла на член 8 од Конвенцијата. Второ, дури и кога би спаѓало, Судот веќе има одлучено дека врската меѓу две сестри кои живеат заедно е квантитативно од поинаква природа од врската на двојка, вклучувајќи и истополова двојка (види, *mutatis mutandis*, *Burden*, цитиран погоре, § 62). Последователно, член 182 § 2 од Граѓанскиот законик не ги засега другите луѓе на ист начин како што ги засега апликантите, чиј семеен живот е заснован на истополова двојка.

130. Имајќи ги предвид сите размислувања изнесени погоре, Судот смета дека имало разлика во третманот меѓу апликантите и невенчана разнополова двојка во која едниот партнер се стремел да го посвои детето на другиот партнер. Таа разлика е неразделно поврзана со фактот дека првиот и третиот апликант сочинуваат истополова двојка, па оттука е и заснован врз нивната сексуална ориентација.

131. Предметниот случај, оттука, треба да се разликува од *Gas и Dubois* (цитиран погоре, § 69), во кој Судот нашол дека нема разлика во третманот врз основа на сексуалната ориентација меѓу невенчана разнополова двојка и истополова двојка зашто, според француското право, посвојување од втор родител не било достапно за ниедна од нив.

Легитимна цел и пропорционалност

132. Иако произлегува од горенаведените разгледувања (види, особено, точки 116 и 126), Судот смета дека е соодветно да се нагласи фактот дека сегашниот случај не се занимава со прашањето дали требало да се одобри барањето за посвојување на апликантите или не, при околностите на предметот. Како последица на ова, тој не се занимава со улогата на таткото на вториот апликант или дали постоеле причини да се пренебрегне неговото одбивање да даде согласност. За сите овие прашања би требало да одлучуваат домашните судови, доколку имале можност да го испитуваат меритумот на барањето за посвојување.

133. Прашањето пред Судот е токму фактот дека во случајот на апликантите тие немале таква можност, зашто посвојувањето на вториот апликант од страна на истополовиот партнер на мајката би било во секој случај законски невозможно според член 182 став 2 од Граѓанскиот законик. Спротивно на ова, од домашните судови би се барало да го испитаат меритумот на барањето за посвојување од втор родител во невенчана хетеросексуална двојка.

134. Иако предметниов случај може да се посматра наспроти заднината на поширока дебата околу родителските права на истополовите двојки, Судот не е повикан да пресуди околу прашањето на посвојување од втор родител кај истополовите двојки, како такво, а уште помалку околу прашањето на посвојување од страна на истополовите двојки општо земено. Она за што тој треба да одлучи е тесно дефинираното прашање на наводна дискриминација меѓу невенчаните разнополови двојки и истополовите двојки во поглед на посвојување од втор родител.

135. Судот повторува дека забраната за дискриминација пропишана со член 14 оди и подалеку од уживањето на правата и слободите што Конвенцијата и протоколите кон неа бараат да ги гарантира државата. Таа се применува и на оние дополнителни права што спаѓаат во генералниот опфат на секој член од Конвенцијата, што државата доброволно решила да ги предвиди. Иако член 8 не гарантира право да се посвои, Судот веќе сметал, во поглед на посвојувањето од страна на хомосексуалец – sameц, дека државата која создала право што оди подалеку од нејзините обврски согласно член 8 од Конвенцијата не смее да го применува тоа право на начин што ќе е дискриминирачки во смисла на член 14 (види *E.B. v. Франција*, цитиран погоре, § 49).

136. Во контекст на предметниот случај, Судот забележува дека според член 8 од Конвенцијата нема обврска правото на посвојување од страна на втор родител да се прошири и на вонбрачните двојки (види *Gas и Dubois*, цитиран погоре, §§ 66-69; види, исто така, и *Emonet and Others*, цитиран погоре, §§ 79-88). Сепак, австриското право дозволува посвојување од втор родител кај невенчани разнополови двојки. Судот, оттука, мора да испита дали ускратувањето на тоа право на (невенчаните) истополови двојки служи на легитимна цел и е пропорционално на таа цел.

137. И домашните судови и Владата тврдеа дека австрискиот закон за посвојување се стремел да ги преслика околностите на биолошко семејство. Како што посочил Регионалниот суд во својата пресуда од 21 февруари 2006, одредбите што се предмет на разгледување се стремеле да го заштитат “традиционалното семејство”. Австриското право е засновано на принципот дека, во согласност со биолошката реалност, малолетно дете треба за родители да има две лица од спротивен пол. Оттука, одлуката да не се предвиди можност дете да биде посвоено од истополовиот партнер на еден од родителите, што би ја прекинало врската со родителот од спротивниот пол, служело за легитимна цел. Слично, Врховниот суд, во својата пресуда од 27 септември 2006, забележува дека примарна цел на посвојувањето е да обезбеди одговорни згрижувачи за децата што немаат родители или чии родители не можат да се грижат за нив. Оваа цел може да се постигне само со пресоздавање на ситуацијата на биолошко семејство во што е можно поголема мерка. Накусо, домашните судови и Владата се потпирале на заштитата на традиционалното семејство, врз основа на премолчаната претпоставка дека само семејство со родители од спротивен пол може соодветно да ги задоволи потребите на детето.

138. Судот прифати дека заштитата на семејството во традиционална смисла е, легитимна причина и причина со значителна тежина, што би можела да ја оправда разликата во третманот (види *Karner*, цитиран погоре, § 40, и *Kozak*, цитиран погоре, § 98). Се подразбира дека заштитата на интересите на детето е исто така легитимна цел. Останува да се утврди дали, во околностите на случајот, бил почитуван принципот на пропорционалност.

139. Судот ги повторува принципите развиени низ неговата судска пракса. Целта на заштита на семејството во традиционална смисла е доста апстрактна и постои широк спектар конкретни мерки што може да се употребат за тој да се оствари (види *Karner*, цитиран погоре, § 41, и *Kozak*, цитиран погоре, § 98). Исто така, имајќи предвид дека Конвенцијата е жив инструмент што треба да се толкува во денешните околности, државата, во својот избор на средства осмислени за да се заштити семејството и да се обезбеди почитување за семејниот живот како што се бара со член 8, мора нужно да ги земе предвид новините во општеството и промените во перцепцијата на општествениот, граѓанскиот статус и прашањата на сродството, вклучувајќи го и фактот дека нема само еден начин или еден избор како да се води нечиј семеен или приватен живот (види *Kozak*, цитиран погоре, § 98).

140. Во случаите кога маргината на дискреција е тесна, како што е случај кога се прави разлика во третманот врз основа на пол или сексуална ориентација, принципот на пропорционалност не бара само одбраната мерка да биде погодна во принцип за остварување на посакуваната цел. Мора, исто така, да се покаже дека било неопходно, за да се оствари таа цел, да се исклучат определени категории лица, во овој случај луѓе кои живеат во хомосексуална врска, од опфатот на примената на пред-

метните одредби (види Karner, цитиран погоре, став 41, и Kozak, цитиран погоре, став 99).

141. Применувајќи го прецедентното право цитирано погоре, Судот забележува дека товарот на докажување е на Владата. Задача на Владата е да покаже дека заштитата на семејството традиционална смисла и, поконкретно, заштитата на интересите на детето, бараат исклучување на истополовите двојки од посвојување од втор родител, што е достапно на невенчаните хетеросексуални двојки.

142. Судот би сакал да повтори дека член 182 став 2 од Граѓанскиот законик содржи апсолутна, иако имплицитна, забрана за посвојување од втор родител за истополовите двојки. Владата нема понудено никакви конкретни аргументи, никакви научни студии или било каков друг доказ што би покажал дека семејство со двајца родители од спротивен пол не би можело во никакви околности соодветно да ги задоволи потребите на детето. Спротивно на ова, тие прифатиле дека, во лична смисла, истополовите двојки би можеле да се подеднакво подобни или неподобни како и разнополовите двојки кога станува збор за посвојување деца. Понатаму, Владата наведе дека Граѓанскиот законик не бил насочен кон исклучување на истополовите партнери од посвојувањето од втор родител. Сепак, тие нагласиле дека законодавецот сакал да одбегне ситуација во која детето има две мајки или двајца татковци во правна смисла. Експлицитното исклучување на посвојувањето од втор родител за истополовите двојки е воведено дури со Законот за регистрирано партнерство во 2010, што не бил во сила кога домашните судови одлучувале за овој случај, па оттука не бил релевантен за овој предмет.

143. Судот веќе одговори на аргументот дека Граѓанскиот законик не се стреми специфично да ги исклучи истополовите партнери (види точки 128 и 129 погоре). Во поглед на Законот за регистрирано партнерство, Судот се согласува дека тоа не е директно тема во овој предмет. Сепак, може да биде релевантно, во смисла на тоа дека може да ги расветли причините што стојат зад забраната на посвојување како втор родител кај истополови двојки. Сепак, објаснителниот извештај за нацрт-законот (види точка 42 погоре) само кажува дека член 8(4) од Законот бил вклучен како резултат на повторените барања истакнати во тек на процедурата на консултации. Со други зборови, тој само го отсликува ставот на оние сектори на општеството што се спротивставени на идејата на отворање на посвојувањето од втор родител и за истополовите двојки.

144. Судот би сакал да додаде дека на австриското законодавство се чини дека му недостига кохерентност. Посвојувањето од страна на едно лице, вклучувајќи и еден хомосексуалец, е можно. Доколку тој или таа има регистриран партнер, тој/таа треба да даде согласност, според амандманот на член 181 став 1, потточка 2, од Граѓанскиот законик, што е воведен заедно со Законот за регистрирано партнерство (види точка 40 погоре). Законодавецот, оттука, прифаќа дека дете може да расне во семејство базирано на истополова двојка, со тоа прифаќајќи дека тоа не е штетно за детето. Сепак, австриското право инсистира дека детето не треба да има две мајки или двајца татковци (види, *tutatis mutandis*, *Christine Goodwin v. Обединетото Кралство* [GC], no. 28957/95, став 78, ECHR 2002VI, каде Судот исто така ја зел предвид некохерентноста на домашниот правен систем). 145. Судот смета дека има сила аргументот на апликантите дека *de facto* семејства засновани на истополова двојка постојат, но им е ускратена можноста да добијат правно признавање и заштита. Судот воочува дека, спротивно на индивидуалното посвојување или заедничкото посвојување, што се обично насочени кон создавање врска со дете кое претходно не било во сродство со посвојувачот, посвојувањето од втор родител служи да пренесе права во однос на детето на партнерот на еден од родителите на детето. Самиот Суд често ја нагласува важноста од давањето правно признавање на *de facto* семејниот живот (види *Wagner и J.M.W.L. v. Luxembourg*, no. 76240/01, став 119, 28 јуни 2007; види исто така, во контекст на посвојувањето од втор родител, *Eski*, цитиран погоре, став 39, и *Emonet и Others*, цитиран погоре, став 63-64).

146. Сите горенаведени фактори – постоењето на *de facto* семеен живот меѓу апликантите, важноста да се има можност да се добие негово законско признавање, неизведувањето докази од страна на Владата што би покажале дека за детето би било штетно да е израснато од истополова двојка или да има две мајки и двајца татковци во правна смисла, а особено нивното признание дека истополовите двојки може да се подеднакво подобни за посвојување од втор родител како и разнополовите двојки – фрлаат значителен сомнеж врз пропорционалноста на апсолутната забрана за посвојување од втор родител кај истополовите двојки, што произлегува од член 182 став 2 од Граѓанскиот законик. Освен ако нема некои особено уверливи причини и причини со значителна тежина што насочуваат во полза на ваква апсолутна забрана, досега изведените аргументи се чини дека претежнуваат во полза на тоа

да им се дозволи на судовите да извршат испитување на секој поединечен случај. Се чини дека ова би било и повеќе на линија на најдобрите интереси на детето, што е клучен концепт во релевантните меѓународни инструменти (види, особено, точка 49 погоре, и Е.Б. v. Франција, цитиран погоре, § 95).

147. Владата понуди уште еден аргумент за да се оправда разликата во третманот на која се поплакуваа апликантите. Потпирајќи се на член 8 од Конвенцијата, тие тврдат дека маргината на дискреција е широка во сферата на правото на посвојување, при што треба да изнајде внимателна рамнотежа меѓу интересите на сите засегнати лица. Во сегашниот контекст, таа е уште поширока, затоа што не постои европски консензус околу прашањето на посвојување од втор родител од страна на истополовите двојки.

148. Судот воочува дека широчината на маргината на дискреција на државата, според член 8 од Конвенцијата, зависи од бројни фактори. Кога станува збор за исклучително важен аспект на постоењето или идентитетот на поединецот, маргината дозволена на државата вообичаено ќе биде ограничена. Кога, сепак, нема консензус меѓу земјите-членки на Советот на Европа, било во поглед на релативната важност на интересот за кој станува збор, или за најдобриот начин тој да се заштити, а особено кога предметот покренува чувствителни морални или етички прашања, маргината ќе биде поширока (види, како скорешни примери, S. H. и други v. Австрија, цитиран погоре, § 94, и A, B и C v. Ирска [GC], no. 25579/05, § 232, ECHR 2010). Сепак, Судот повторува дека кога станува збор за прашања на дискриминација врз основа на пол или сексуална ориентација што се испитуваат согласно член 14, маргината на дискреција на државата е тесна (види точка 99 погоре).

149. Понатаму, и исклучиво за да се одговори на тврдењето на Владата дека не постои европски консензус, треба да се има на ум дека прашањето пред Судот не е генералното прашање на пристапот кон посвојување од втор родител за истополовите двојки, туку разликата во третманот меѓу невенчаните разнополови и истополови двојки во поглед на овој вид посвојување (види точка 134 погоре). Како последица на ова, само оние десет земји-членки на Советот на Европа кои дозволуваат посвојување од втор родител кај вонбрачни двојки може да се сметаат како основа за споредба. Во рамки на таа група, шест држави ги третираат хетеросексуалните двојки и истополовите двојки на ист начин, додека четири заземаат ист став како Австрија (види ги информациите за компаративното право во точка 57 погоре). Судот смета дека овој примерок е толку тесен што не може да се извлечат заклучоци околу постоењето на можен консензус меѓу земјите-членки на Советот на Европа .

150. Според мислењето на Судот, истото важи и за Конвенцијата од 2008 година за посвојување деца. Прво, тој забележува дека оваа Конвенција не е ратификувана од страна на Австрија. Второ, имајќи го предвид досега нискиот број ратификации, може да е отворено за сомнеж дали Конвенцијата го отсликува заедничкиот став на европските држави во моментот. Во секој случај, Судот забележува дека член 7 § 1 на Конвенцијата од 2008 за посвојување деца пропишува дека државите треба да дозволат посвојување од две лица од спротивен пол (кои се венчани, или, онаму каде таа институција постои, се регистрирани партнери) или од страна на едно лице. Согласно член 7 § 2, државите се слободни да го прошират опфатот на Конвенцијата на истополовите двојки што се венчани или стапиле во регистрирано партнерство, како и „на разнополовите двојки и истополовите двојки што живеат заедно во стабилна врска”. Ова укажува дека член 7 § 2 не значи дека државите се слободни различно да ги третираат хетеросексуалните и истополовите двојки што живеат во стабилна врска. Препораката од 31 март 2010 година на Комитетот на министри (CM/Rec (2010)5) се чини дека посочува во истата насока: точка 23 ги повикува земјите-членки да осигураат дека правата и обврските доделени на вонбрачните двојки се применуваат на недискриминаторен начин и на истополовите и на разнополовите двојки. Во секој случај, дури и доколку толкувањето на член 7 § 2 на Конвенцијата од 2008 би довело до поинаков резултат, Судот нагласува дека државите ја задржуваат одговорноста кон Конвенцијата во поглед на обврските преземени во спогодби по стапувањето во сила на Конвенцијата (види Al-Saadoon и Mufdhi v. Обединетото Кралство, no. 61498/08, § 128, ECHR 2010 (извадоци)).

151. Судот е свесен дека постигањето рамнотежа меѓу заштитата на семејството во традиционална смисла и правата на сексуалните малцинства според Конвенцијата е по самата своја природа тешка и деликатна задача, што може да бара од државата да помири спротивставени гледишта и интереси, онака како што ги восприематаат страните за кои се смета дека се во фундаментална опозиција (види Kozak, цитиран погоре, § 99). Сепак, имајќи ги предвид аргументациите изнесени погоре, Судот наоѓа дека Владата не изведе особено уверливи причини со значителна тежина што би покажале дека

исклучувањето на посвојување од втор родител за истополова двојка, истовремено дозволувајќи ја таа можност за невенчана разнополова двојка, било неопходно за заштитата на семејството во традиционална смисла или за заштита на интересите на детето. Оттука, разликата е некомпатибилна со Конвенцијата.

152. Судот уште еднаш нагласува дека сегашниот случај не се однесува на прашањето дали барањето за посвојување на апликантите требало да биде одобрено во околностите на предметот. Тоа се однесува на прашањето дали апликантите биле дискриминирани врз основа на фактот што судовите немале можност суштествено да испитаат дали побараното посвојување било во интерес на вториот апликант, земајќи предвид дека во секој случај било законски невозможно. Во овој контекст, Судот се повикува на неодамнешните пресуди во кои има најдено повреда на член 14 во врска со член 8 бидејќи татко на дете родено надвор од брак не можел да добие испитување од страна на домашните судови дали доделувањето на заедничко старателство на обајцата родители или исклучиво старателство нему било во интерес на детето (види *Zaunegger v. Германија*, по. 22028/04, став 61-63, 3 декември 2009, и *Sporer v. Австрија*, по. 35637/03, став 88-90, 3 февруари 2011).

153. Како заклучок, Судот наоѓа дека дошло до повреда на член 14 од Конвенцијата во врска со член 8 кога ситуацијата на апликантите се споредува со онаа на невенчана разнополова двојка во која едниот партнер сака да го посвои детето на другиот партнер.

ПРИМЕНА НА ЧЛЕН 41 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

154. Член 41 од Конвенцијата пропишува:

“Доколку Судот најде дека имало повреда на Конвенцијата или протоколите кон неа, и доколку домашното право на Високата договорна странка дозволува да се оствари само делумна репарација, Судот, доколку е неопходно, ќе додели праведен надомест за оштетената странка.”

А. Штета

155. Апликантите барале 50,000 евра (EUR) за секого во поглед на непарична штета.

156. Владата тврдела дека доделувањето надомест за непарична штета не било оправдано во околностите. Тие особено посочиле дека апликантите не биле спречени да живеат заедно како што сакаат. Во секој случај, сумата барана од апликантите не била во согласност со надоместоците доделени во споредливи случаи.

157. Судот смета дека апликантите мора да претрпеле непарична штета што не е доволно надоместена со самиот наод дека е имало повреда на член 14 во врска со член 8. Понатаму, Судот смета дека апликантите биле засегнати како семејство со утврдената повреда. Оттука, тој смета дека е соодветно да се додели заеднички надоместок на непарична штета. Правејќи проценка на правична основа и имајќи ја предвид сумата доделена во споредлив предмет (види *Е.Б. v. Франција*, цитиран погоре, § 102), тој на апликантите им доделува заеднички износ од EUR 10,000 во поглед на непарична штета.

В. Трошоци и расходи

158. Апликантите, исто така, побарале вкупен износ од EUR 49,680.94 под заглавието трошоци и расходи. Овој износ бил составен од EUR 6,156.59 за трошоците направени пред домашните судови и EUR 43,524.35 за оние направени пред Судот. Износите вклучуваат данок на додадена вредност (ДДВ).

159. Трошоците на домашната постапка вклучувале EUR 2,735.71 во однос на постапката пред Уставниот суд и EUR 3,420.88 во однос на постапката пред граѓанските судови. Апликантите тврделе дека постапката пред Уставниот суд била неопходна зашто дури преку одлуката на Уставниот суд станало јасно дека ќе може да аплицираат пред граѓанските судови за одобрување на договорот за посвојување без ризик дека апликацијата би резултирала во губење на родителските права за третиот апликант.

160. Трошоците на постапката според Конвенцијата вклучувале EUR 889.08 трошоци за пат и сместување за застапникот на апликантите за присуство на седница пред Првиот оддел и EUR 913.22 трошоци за пат и сместување направени за присуство на седницата пред Големиот совет. Тие, понатаму, вклучиле и вкупен износ од EUR 1,832.30 во поглед на надомест за загубеното време во врска со патувањето и престојот на застапникот во Стразбур за да присуствува на двете судења. Остатокот од бараните трошоци биле адвокатска награда. Апликантите посочиле дека постапката пред Големиот совет не била само повторување на постапката пред Советот, особено зашто Судот поставил бројни натамошни прашања за странките, а и голем број коментари од трети страни требало да се проучат и на нив да се одговори на седницата.

161. Владата зазела став дека не било нужно да се направат трошоците на постапката пред Уставниот суд. Тие тврделе дека во светлина на судската пракса на Уставниот суд за Член 140 од Федералниот устав, поединец можел да поднесе директна тужба пред Уставниот суд само доколку наводната повреда резултирала од директна примена на правото. Во конкретниов случај, апликантите имале можност да го поднесат својот случај пред граѓанските судови.

162. Во поглед на постапката според Конвенцијата, Владата наведува дека бараните трошоци биле прекумерни во целина. Понатаму, тие тврдат дека апликантите можеле, во голема мерка, да се потпираат на аргументите веќе поднесени во домашната постапка и дека во постапката пред Големиот совет тие можеле да се потпираат на своите поднесоци пред Советот.

163. Според прецедентното право на Судот, апликантот има право на надомест на трошоците и расходите во онолкува мерка колку што е покажано дека тие биле стварно и нужно сторени, и дека се разумни како квантум. Во поглед на домашната постапка, Судот смета дека не било нужно да се направат трошоците за постапката пред Уставниот суд. Тој забележува особено дека Уставниот суд ја отфрлил тужбата на апликантите како недопуштена. Оттука, тој ги доделува само трошоците побарани во однос на постапката пред граѓанските судови, имено EUR 3,420.88. Свртувајќи се кон трошоците на постапката според Конвенцијата, Судот, имајќи ги предвид сите документи во свој посед и гореспоменатите критериуми, смета дека е соодветно да додели EUR 25,000. Свкупно, Судот на апликантите им доделува EUR 28,420.88 под заглавието трошоци и расходи.

С. Затезна камата

164. Судот смета дека е соодветно затезната каматна стапка да биде врз основа на маргиналната стапка на позајмување на Европската централна банка, на која треба да се додадат три процентни поени.

ОД ОВИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ

1. Ја прогласува, едногласно, Апликацијата за допуштена;
2. Заклучува, едногласно, дека немало повреда на член 14 во врска со член 8 од Конвенцијата кога ситуацијата на апликантите се споредува со онаа на брачна двојка во која еден сопружник сака да го посвои детето на другиот сопружник;
3. Заклучува, со десет наспрема седум гласа, дека имало повреда на член 14 во врска со член 8 од Конвенцијата кога ситуацијата на апликантите се споредува со онаа на невенчана разнополова двојка во која едниот партнер сака да го посвои детето на другиот партнер;
4. Заклучува, со единаесет наспрема шест гласа,
 - (а) дека тужената држава треба да ги исплати, во рок од три месеци, следниве износи:
 - (i) EUR 10,000 (десет илјади евра), плус сите евентуално задолжителни даноци, заеднички на апликантите, во поглед на непарична штета;
 - (ii) EUR 28,420.88 (дваесет и осум илјади четиристотини и дваест евра и дваесет и осум центи), плус сите евентуално задолжителни даноци, на апликантите, во поглед на трошоци и расходи;

(б) дека од истекот на гореспоменатите три месеци, па сè до исплатата, ќе се плаќа проста каматна стапка на гореспоменатиот износ, по стапка еднаква на маргиналната стапка на позајмување од Европската централна банка во тек на периодот на неисполнување на обврската, плус три процентни поени;

5. Го отфрла, едногласно, остатокот од барањето на апликантите за правичен надомест.

Напишано на англиски и француски јазик и соопштено на јавна седница во Зградата на човековите права, Стразбур, на 19 февруари 2013, според Правилото 77 §§ 2 и 3 од Правилникот на Судот.

Johan Callewaert
Заменик - секретар

Dean Spielmann
Претседател

Во согласност со член 45 став 2 од Конвенцијата и Правилото 74 § 2 од Правилникот на Судот, кон пресудата се приклучени и следните издвоени мислења:

(а) Согласно мислење на судијата Spielmann;

(б) Заедничко, делумно несогласно мислење на судиите Casadevall, Ziemele, Kovler, Jočienė, Šikuta, de Gaetano и Sicilianos.

D.S.
J.C.

СОГЛАСНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈАТА SPIELMANN

(Превод)

1. Во поглед на точка 2 од оперативните одредби на пресудата, верувам дека ситуацијата на апликантите – првиот и третиот апликант, кои сочинуваат истополова двојка, и синот на третиот апликант – е споредлива со онаа на венчана разнополова двојка во која едниот партнер сака да го посвои детето на другиот партнер.

2. Во врска со оваа точка, би сакал да го повторам моето согласно мислење приложено кон пресудата во *Gas и Dubois v. Франција* од 15 март 2012 година, во кое ми се придружи мојата колешка *Isabelle Vergo-Lefèvre*. Како и *Gas и Dubois*, и предметниот случај се однесува на стабилна истополова двојка. Во поглед на прашањето испитано од Судот, првиот и третиот апликант се, по мое мислење, во ситуација споредлива со онаа на брачна двојка. Фактот што Конвенцијата не бара земјите-потписнички да направат бракот да е достапен за истополовите двојки и тоа што бракот доделува посебен статус на оние кои ќе стапат во него нема влијание врз прашањето што го покренува предметниот случај.

3. Причина што не гласав во полза на наодот дека имало повреда на член 14 во врска со член 8 е тоа што верувам дека не беше неопходно да се испитува ова прашање. Понатаму, апликантите и самите нагласија дека не сакаат да остварат право што е резервирано за брачни двојки. Иако нивниот став по ова прашање не е целосно лишен од двосмисленост, тие главно тврдат дека немало објективна и разумна основа за на првиот апликант да му се одбие правото да го посвои детето на нејзиниот партнер, имајќи предвид дека истото право би било дадено на партнер во невенчана хетеросексуална двојка. Вистина е дека, поднесувајќи го првично своето барање, првиот и третиот апликант ја споредиле својата ситуација со онаа на брачна двојка. Сепак, во своите согледувања од 31 јули 2012, примени во Секретаријатот (на Судот) на 1 август 2012, тие ја изразуваат својата позиција на следниов начин:

“34. Прашањето пред Судот во овој случај не е брачна привилегија. Апликантите не бараат право што е резервирано за семејства засновани на брак (со потатко и помајка), што е клучна разлика меѓу *Gas и Dubois* и овој предмет!).

35. Австрија дозволува посвојување од страна на потатко и помајка и на вонбрачни двојки.

36. Но додека невенчаните хетеросексуални двојки можат суштествено да ја уживаат оваа можност, невенчаните хомосексуални двојки и нивните посвојчиња тоа не го можат. Ова е ситуација токму како *Karner (Karner v Австрија 2003, Kozak v Poland 2010, P.B. и J.S. v Австрија 2010, J.M. v. UK 2010)*.”

4. Вака и самите апликанти ја опишаа темата за која треба да се дебатира пред Судот. Соодветно, верувам дека не беше неопходно Судот да го испитува прашањето на споредба меѓу ситуацијата на апликантите и онаа на брачна двојка, особено зашто немаше вистинска дискусија за тоа дали постоеле некои причини што би можеле да ја оправдаат разликата во третманот, во светлина на можната легитимна цел и со повикување на принципот на пропорционалност.

ЗАЕДНИЧКО ДЕЛУМНО НЕСОГЛАСНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИИТЕ КАСАДЕВАЛ, ЗИЕМЕЛЕ, КОВЛЕР, ЈОЦИЕНЕ, ШИКУТА, ДЕ ГАЕТАНО И СИЦИЛИАНОС

(Превод)

1. Со сета должна почит кон пристапот што го следело мнозинството, не можеме да се согласиме со точка 3 од оперативните одредби, што наоѓа повреда на член 14 од Конвенцијата во врска со Член 8 кога ситуацијата на апликантите се споредува со онаа на невенчана разнополова двојка во која едниот партнер сака да го посвои детето на другиот партнер, ниту со аргументите во поддршка на тој заклучок. Конкретните факти на случајот, комбинирани со содржината на австриското законодавство, од една страна, и бројни аргументи поврзани со компаративното и меѓународното право од друга страна, нè водат до заклучок дека немало повреда на член 14 во врска со член 8 од Конвенцијата во поглед на кој и да е од тројцата апликанти.

1. Конкретни карактеристики на предметот и на австриското право

Околности на предметот

2. Околностите на овој предмет се разликуваат од оние во претходните случаи што се однесуваат на прашањата на посвојување, испитани од нашиот Суд. Четири лица се засегнати во сегашниот случај: биолошката мајка, биолошкиот татко, партнерот на мајката и детето што треба да биде посвоено (син на првите две лица). Партнерката на мајката сака да го посвои детето, со согласност на мајката. Иако неговата мајка има родителска одговорност, детето задржало силни емотивни врски со својот татко, кого го гледал редовно, и кој, според досието на предметот, плаќал издршка за својот син со подеднаква редовност. Таткото одбил да даде согласност за посвојувањето, на што и имал право. Не е спорено дека детето добивало соодветно воспитание и одгледување во рамки на семејниот дом што го обезбедиле неговата мајка и нејзината партнерка. Немаме тешкотии да се согласиме дека врската меѓу тројцата апликанти спаѓа во рамки на концептот на „семеен живот“, во смисла на член 8 од Конвенцијата.

3. Имајќи на ум дека член 8 од Конвенцијата не го гарантира ниту правото да се основа семејство, ниту правото да се посвои (види, меѓу другите авторитетни референции, Е.Б. v. Франција ([GC], no. 43546/02, § 41, 22 јануари 2008)), ниту го гарантира правото да се има дете или правото да се биде посвоен, може со право да се запрашаме што е претпоставеното попречување од страна на националните власти на приваниот или семејниот живот на апликантите. Првиот апликант, кој е партнер на мајката, не можел да го оствари правото да го посвои нејзиното дете. Ниту вториот апликант, претпоставувајќи дека сакал да биде посвоен, не можел да го бара тоа право; понатаму, тој веќе имал татко и мајка. Правата на третиот апликант, мајката на детето, не се на ниеден начин прекршени. Спротивно, нападнатото законодавство едноставно ги зачувало нејзините родителски права, од коишто таа немала намера да се одрекне. Во секој случај, дури и претпоставувајќи дека имало попречување, тоа било согласно закон и се стремело кон остварување легитимна цел - заштита на семејните врски меѓу вториот апликант и неговиот татко, кој се спротивставувал на плановите за посвојување. Но, нема понатаму да се задржуваме на оваа поента.

Спорното законодавство

4. Спротивно на гледиштето на мнозинството (види точка 126 од пресудата), ние веруваме дека Судот требало да го испита прашањето врз основа на оваа специфична ситуација, наместо да врши апстрактна анализа на важечките законски одредби и нивната примена од страна на домашните судови, имено член 182 § 2 од австрискиот Граѓанскиот законик. Оттука “во случаи што произлегуваат од поединечни жалби, задача на Судот не е да го разгледува релевантното законодавство во апстрактна смисла. Наместо ова, тој мора да се ограничи, во што е можно поголема мерка, на испитувањето на прашањата покренати од предметот што е пред него...” (види *Taxquet v. Белгија* [GC], no. 926/05, § 83 in fine, ECHR 2010).

5. Следејќи го истото образложение како Окружниот суд и подоцна Регионалниот суд, австрискиот Врховен суд ја отфрлил жалбата на апликантите во однос на примената на правото. Меѓу причините

за својата одлука тој го навел фактот дека член 182 § 2 од австрискиот Граѓански законик ги уредува последиците од посвојувањето од едно лице, и сметал дека треба да се извлечат следниве заклучоци:

- доколку детето биде посвоено од само еден адоптивен родител, роднинските врски се прекинуваат само во поглед на биолошкиот татко (или биолошката мајка) и неговите (нејзините) роднини;

- ова значи, меѓу другото, дека посвојувањето дете од страна на жена не би можело да има за своја последица лишување на детето од неговиот биолошки татко;

- член 182 § 2 од Граѓанскиот законик наметна општа забрана (односно, не само во случај на истополовите партнери) на посвојување од страна на маж, сè додека сè уште постојат врските на сродство со биолошкиот татко на детето, и од страна на жена, кога сè уште постојат вакви врски со биолошката мајка;

- според член 182 § 2, оттука, лице кое самостојно посвојува дете, не го зазема местото на кој и да е родител, по избор, туку само местото на родителот од ист пол.

6. Член 182 § 2 е одредба со општа природа, што е строго неутрална и применлива во сите ситуации без да се прави никаква разлика врз основа на сексуалната ориентација на луѓето што бараат да посвојат. Дадена законска одредба може да предизвика различни последици зависно од ситуацијата на која се применува. „Разлика само во однос на последиците не претставува и не подразбира разлика во третманот, сè додека едно и исто правило ги произведува тие разновидни последици” (види ги согледувањата на ECJ што интервенираше како трето лице). Последиците што произлегуваат од одредбите на австриското право релевантни за апликацијата (прекинување на законската врска меѓу посвоеното дете и неговите биолошки татко или мајка), коишто се правна и логична последица на посвојувањето, се среќаваат и во законодавствата на бројни други земји-членки на Советот на Европа (види, меѓу другите примери, Член 360 и наредните од францускиот Граѓански законик). Нашиот Суд има претходно прифатно „дека логиката зад овој пристап кон посвојувањето, што подразбира прекинување на постојните родителски врски меѓу посвоеното лице и неговите биолошки родители, е валидна за малолетници” и дека, „во светлина на намерата и намената на член 365 од [францускиот] Граѓанскиот законик ..., нема оправдание, исклучиво врз основа на тоа што апликацијата ја оспорува таа одредба, да се одобри создавање на двојна врска родител - дете...” (види Gas и Dubois v. Франција, no. 25951/07, § 72, 15 март 2012). Тоа тврдење е валидно, *mutatis mutandis*, во сегашниот предмет. Фактот што се вклучени различни засегнати страни нема влијание врз произведените последици, коишто секогаш ќе останат исти: детето не може да биде посвоено без изрична согласност на таткото или мајката со кого останува родителската врска. Соодветно, кога лицето што бара да посвои е маж или жена, хетеросексуален или хомосексуален, посвојувањето ќе биде принципиелно невозможно во секој случај.

Позицијата на таткото на детето

7. Апликантите коректно наведуваат дека одобрувањето на посвојувањето ќе довело до прекинување на законската врска меѓу мајката и нејзиниот син, согласно релевантните законски одредби; истовремено, тие барале законско прекинување на врската меѓу детето и неговиот татко (со други зборови, партнерот на мајката да го заземе местото на биолошкиот татко). При ова, тие го превиделе легитимното право на таткото на почитување на неговиот приватен и семеен живот, исто така заштитено со Член 8. Без оглед на позицијата на мнозинството околу овој аспект (види точки 120 и 124 од пресудата), ние веруваме дека опцијата да се пренебрегнат желбите на таткото, достапна за судовите согласно Граѓанскиот законик, претставува исклучителна мерка што треба да се наметне само во сериозни и утврдени случаи на флагаантно кршење на родителските обврски; не се чини дека ова е случај тука. Таткото не треба да мора да ја оправдува својата желба и натаму да биде татко на својот син, а уште помалку кога, како што е тоа случај во овој предмет, тој целосно ги исполнува своите родителски одговорности.

Најдобрите интереси на детето

8. Нам ни преостанува да го испитаме елементот што е во сржта на секоја постапка на посвојување, имено – најдобрите интереси на детето (главен фактор превиден во овој случај). Занемарувајќи го можниот конфликт на интереси меѓу мајката како застапник и нејзиниот син (прашање покренато, но не и пресудено од страна на домашните власти, види точка 18 од пресудата), треба да се направи напор да се утврди ставот на детето. Во време на домашната постапка тој имал меѓу единаесет и дванаесет години, а сега се приближува кон полнолетство. Тој има мајка и татко: кои најдобри интереси би биле задоволени ако неговиот татко биде заменет со партнерот на неговата мајка? Првиот и третиот апликант, поврзани со емотивна врска, го изразиле својот интерес за посвојувањето, но не постоело ништо што ќе покажело дека тоа е во „најдобрите интереси“ на детето. Посвојувањето значи “обезбедување семејство за детето, а не обезбедување дете за семејството” (види *Fretté v. Франција*, no. 36515/97, § 42, ECHR 2002I). Но, факт е дека вториот апликант секогаш имал семејство. Пресудата молчи околу оваа клучна точка.

Посвојување од втор родител кај истополовите двојки

9. По посочувањето дека сегашниот случај не се занимава со прашањето дали барањето на апликантите за посвојување треба да биде одобрено во околностите на овој случај (види точки 132 и 152 од пресудата), мнозинството двапати истакнува дека „Судот не е повикан да пресуди околу прашањето на посвојување од втор родител кај истополовите двојки како такво, а ниту околу прашањето на посвојување кај истополовите двојки во општа смисла” (види точки 134 и 149 од пресудата). Мнозинството продолжува со тоа што додава – без да навлегува во натамошни детали - дека целта на заштитата на семејството во традиционална смисла е “доста апстрактна” и дека може да се користи широк спектар разновидни мерки за таа да се оствари (види точка 139 од пресудата). Околу прашањето од член 8(4) од Законот за регистрирано партнерство, мнозинството воочува дека оваа одредба „само го одразува ставот на оние сектори од општеството што се спротивставуваат на идејата посвојувањето од втор родител да стане достапно и за истополовите двојки” (види точка 143), без натаму да коментираат околу оваа објективна стварност, што може да е валидно за Австрија, но исто така, можеби, и за други земји-членки to Конвенцијата.

10. На крајот, тешко ни е да разбереме зошто мнозинството ја критикува Владата што пропуштила да понуди некои конкретни аргументи, научни студии или други доказни материјали што би покажале дека семејство со двајца родители од ист пол не би можело соодветно да ги задоволи потребите на детето (види точки 142 и 146 од пресудата). Зошто Владата би понудила вакви докази? Прашањето не се поставило во конкретните околности на овој случај. Тоа било ирелевантно. Фактот дека се чини дека вториот апликант добива соодветно воспитување од својата мајка и нејзиниот партнер не бил спорен.

11. Според наше видување мнозинството, со сета должна почит, има кажано премногу, а сепак недоволно, на темата посвојување од втор родител кај истополови двојки.

II. Компаративно право и меѓународно право

Компаративно право и прашањето на „консензус”

12. Во точка 149 од пресудата, како одговор на тврдењето на Владата дека не постоел европски консензус по ова прашање, Судот воочил дека „само оние десет земји-членки на Советот на Европа што дозволуваат посвојување од втор родител кај вонбрачни двојки може да се сметаат како основа за споредба”, дека „[в]о таа група, шест држави ги третираат хетеросексуалните двојки и истополовите двојки на ист начин”, додека „четири ја усвоиле истата позиција како и Австрија”. Судот потоа сметал дека „овој примерок е толку тесен што не може да се извлечат заклучоци околу постоењето на можен консензус меѓу земјите-членки на Советот на Европа ”.

13. Овој пристап предизвикува, пред сè, методолошко прашање, во врска со „примерокот” на земји-членки што треба да се земе предвид. Дали ова требало да биде ограничено на државите чии правни системи се погодни за речиси автоматска споредба со оној на тужената држава, или требало, исто така, да се земе предвид и законодавството поврзано со поширокиот контекст на предметот?

Доколку се користи првиот пристап, мнозинството е во право што го зема предвид само законодавството во десетте земји-членки кои направиле посвојувањето од втор родител да е достапно за вонбрачни двојки.

14. Но, претпоставувајќи дека всушност ова е исправното решение, заклучокот што Судот го извлекува од него е, во најмала рака, чуден. Земајќи предвид дека шест од овие десет земји се поделиле за еден пристап, додека останатите четири се определиле за поинаков, се чини очигледно дека односите земји се остро поделени и дека оттука нема консензус. Во вакви околности, се чини доста вештачко засолнувањето зад „тоа што овој примерок е тесен” со цел да се одбегне прашањето велејќи дека не може да се извлечат заклучоци „во однос на постоењето на можеен консензус”. Ова донекаде чудно образложение се објаснува со фактот што користената метода во ставрноста може да не е онаа вистинската.

15. Всушност, методата што е во прашање има како неодминлива последица занемарување на јасен тренд кој вели дека големото мнозинство од земјите-членки во моментот не одобруваат посвојување од втор родител за вонбрачни двојки, општо, а уште помалку за невенчани истополовите двојки. Да се каже дека ова не е релевантно во смисла на предметниот случај е, според наше мислење, заземање непотребно техничко – па оттука и редуktivно – гледиште врз ситуацијата ширум Европа. Иако Судот има и мора да има солидно техничко познавање на прашањата, тој не смее да ги загуби од вид главните трендови што се јасно воочливи ширум нашиот континент, барем во сегашните околности. Понатаму, и преминувајќи од методологијата на терминологија, дали секогаш треба да се придржуваме кон донекаде рестриктивниот концепт на „консензус”, што ретко се среќава во реалниот живот? Не би било ли посоодветно и поедноставно да се зборува за „тренд”? Овие оследувања не водат во подетално испитување на сегашната состојба на меѓународното право во овој поглед.

Меѓународното право и тренд кон пристап *laissez-faire*

16. Непостоењето на некој „консензус” и разновидните пристапи кон темата - посвојување од втор родител за вонбрачни двојки е јасно отсликано во член 7 § 2 од Европска конвенција за посвојување деца, што е ревидирана во 2008 и стапи во сила во 2011. Според таа одредба: „Државите се слободни да го прошират опфатот на оваа Конвенција и на истополови двојки што се венчани или кои стапиле во регистрирано партнерство. Тие се, исто така, слободни да го прошират опфатот на оваа Конвенција на разнополовите двојки и истополовите двојки кои живеат заедно во стабилна врска.” Со други зборови, оваа одредба им остава на државите слобода да донесуваат законодавство онака како што тие самите сметаат дека треба.

17. Односната Конвенција е третирана на доста амбивалентен начин во пресудата. Некои од нејзините одредби – вклучувајќи ја онаа цитирана погоре – и соодветните пасуси од појаснителниот извештај се репродуцирани во точките 51 до 53 од пресудата, под заглавието „Меѓународни конвенции и материјали на Советот на Европа”. Ова сугерира дека оваа Конвенција е инструмент што треба да се земе предвид, во согласност со она што станало вообичаена пракса на Судот. Знаеме дека Судот често се повикува на член 31 § 3 (в) од Виенската конвенција за правото на спогодби, со цел да се повика на други меѓународни инструменти што се релевантни за да се протолкува Конвенцијата (види I. Ziemele, “Други правила на меѓународното право и Европскиот суд за човекови права: Прашање на едноставна колатерална полза?” во D. Spielmann, M. Tsirli, P. Voyatzis (eds.), Европската конвенција за човекови права, жив инструмент. Есеи во чест на Christos L. Rozakis, Brussels, Bruylant, 2011, pp. 741-758).

18. Сепак, вточка 150 од пресудата се чини како Судот одеднаш да се дистанцира од оваа пракса. Отпрвин, се чини дека сака да ја отфрли Конвенцијата од 2008 уште од почетокот, зашто „таа не била ратификувана од Австрија”. Овој аргумент се чини чуден, имајќи на ум дека вообичаена пракса на Судот е да се инспирира од бројни меѓународни инструменти, без оглед дали тие биле ратификувани од тужената држава, врз основа на тоа што тие ја отсликуваат сегашната состојба на општото меѓународно право (види, меѓу бројни други авторитетни референции, *Cudak v. Lithuania* [GC], no. 15869/02, § 66, ECHR 2010). Со цел да се оправда оваа промена на пристапот, Судот брза да изјави, прецизно, дека „имајќи го предвид нискиот број ратификации досега, може да е отворено за сомнеж дали Конвенцијата [од 2008] ја отсликува заедничката основа меѓу европските држави во моментот”. Овој аргумент, иако на прв поглед се чини релевантен од перспектива на меѓународно право, во стварноста претставува еден вид *petitio principii*. Всушност, единствена одредба на Кон-

венцијата од 2008 што може да е релевантна во контекст на овој случај е член 7 § 2 (цитиран погоре). Сепак, оваа одредба едноставно го доведува во поизострен фокус, би повториле непостоењето „заедничка основа меѓу европските држави во моментот“. Со други зборови, изготвувачите на Конвенцијата од 2008 се стремеле, преку оваа одредба, да го изразат имплицитно, но јасно, своето несогласување со темата посвојување од втор родител надвор од бракот и да си дадат целосна слобода кога станува збор за донесување законодавство на оваа тема. Наместо да ја признае оваа ситуација – па, оттука, и аргументот на австриската Владата во врска со непостоењето консензус – Судот одбрал да се посомнева во севкупната релевантност на Конвенцијата од 2008.

19. Сепак, веднаш по обидот да ја отфрли Конвенцијата од 2008, мнозинството се повикува на неа, во поддршка на нејзиниот главен аргумент во однос на повредата на член 14 од Конвенцијата во врска со Член 8. Откако ја повторува содржината на член 7 § 2 на Конвенцијата од 2008, пресудата додава: „Ова укажува дека член 7 § 2 не значи дека државите се слободни различно да ги третираат хетеросексуалните и истополовите двојки кои живеат во стабилни заедници“ (точка 150). Покрај фактот што, според нашетовидување, ова толкување не се придржува кон зборот на член 7 § 2, се чини дека е тоа спротивно на нејзината намена и намера, како што е посочено во појаснителниот извештај цитиран во точка 53 од пресудата. Исцртувајќи ја историјата на член 7 § 2 и размислувањето што водеше до негово посвојување, појаснителниот извештај наведува вака:

“45. Во врска со став 2 [од член 7] се бележи дека некои земји-потписнички (Шведска во 2002 и Обединетото Кралство во 2005) ја осудија Конвенцијата од 1967 врз основа на тоа што истополовите регистрирани партнери според нивното домашно право може заеднички да поднесат барање да станат посвоители, а тоа не било во согласност со Конвенцијата. Слични ситуации во други земји би можеле исто така да доведат до осуда на Конвенцијата од 1967. Сепак, се набележува, воедно, дека правото на истополовите регистрирани партнери заеднички да посвојат дете не е речение што во моментот се подготвени да го прифатат голем број од земјите-членки.

46. Во овие околности, став 2 треба да им овозможи на државите кои тоа сакале да го сторат, да ја прошират ревидираната Конвенција за таа да ги опфаќа посвојувањата од истополови двојки што се венчани или од регистрираните партнери. Во овој поглед, не е невообичаено инструментите на Советот на Европа да воведуваат иновативни одредби, но да им остават на земјите-членки да решат дали ќе ја прошират примената и на нив, или не (види член 5, став 2, од Конвенцијата од 2003 за контакт во однос на децата, ETS No. 192).

47. Државите се, исто така, слободни да го прошират опфатот на Конвенцијата на разнополови или истополови двојки што живеат заедно во стабилна врска. На земјите-членки е препуштено да ги специфицираат критериумите за оценка на стабилноста на ваквата врска.”

20. Не може да се избега од фактот дека погоре цитираните пасажии пред сè ги истакнуваат разликите во пристапот меѓу европските земји во поглед на посвојувањето од истополовите двојки, но, воедно, ја потцртуваат „иновативната“ природа на член 7 § 2 и, на крајот, дека тие го нагласуваат фактот дека, според овој член, државите се „исто така слободни да го прошират extend опфатот на Конвенцијата на разнополови или истополови двојки што живеат заедно во стабилна врска“ (закосените букви се додадени). Зборовите со закосени букви јасно укажуваат на комплетната слобода што ја уживаат државите кога станува збор за донесување закони во оваа сфера. Да се изведе од член 7 § 2 дека земјите – потписнички сакаат да ја ограничат маневарската слобода на своите домашни законодавства на кој и да е начин, претставува, според нашето мислење, погрешно толкување на оваа одредба.

21. Слични забелешки може да се дадат и во врска со Препораката CM/Rec(2010)5, усвоена на 31 март 2010 од страна на Комитетот на министри. Точка 23 од Препораката кажува дека “[О]наму каде националното законодавство доделува права и обврски на вонбрачните двојки, земјите-членки треба да обезбедат дека тоа се применува на недискриминирачки начин и на еднополовите и на разнополовите двојки”. Истата точка ги додава зборовите „вклучително во однос на пензиските права од надживување и станарските права”. Последниот дел од реченицата – кој е изоставен од цитатот во точка 150 од пресудата – е јасно инспириран од пресудата на Судот во *Karner v. Австрија* (no. 40016/98, особено §§ 34 et seq., ECHR 2003IX), и се чини дека е обид да се постави точка 23 од гореспоменатата Препорака во сферата на имотот – па дури и наследувањето – поскоро отколку во сферата на посвојувањето. Ова гледиште е поткрепено со фактот што Препораката содржи точка

(точка 27) посветена конкретно на посвојувањето. Оваа одредба – која е изоставена од точка 150 од пресудата – гласи: „Имајќи предвид дека најдобрите интереси на детето треба да се првенствен фактор при одлуките што се однесуваат на посвојувањето дете, земјите-членки чие националното законодавство дозволува самци кои не се во врска да посвојуваат деца треба да се погрижат дека правото се применува без дискриминација врз основа на сексуалната ориентација или родовиот идентитет.” Оваа точка ја отсликува ситуацијата испитувана од Големиот совет на Судот во неговата пресуда во *E.B. v. Франција* од 22 јануари 2008 (види, особено, §§ 70 et seq.). Таа не се однесува на посвојување од втор родител.

22. Точка 150 од пресудата содржи еден финален аргумент, во смисла дека: „... дури и ако толкувањето на член 7 § 2 од Конвенцијата од 2008 би довело до поинаков резултат, Судот повторува дека државите ја задржуваат одговорноста според Конвенцијата во поглед на обврските од спогодбите што следеле по стапувањето во сила на Конвенцијата (види *Al-Saadoon и Mufdhi v. Обединетото Кралство*, no. 61498/08, § 128, ECHR 2010)”. Ова е несомнено точно од гледна точка на меѓународната одговорност на државите. Сепак, член 7 § 2 на Конвенцијата од 2008 за посвојување деца не предизвикува никакви обврски. Спротивно, тој им остава на државите слобода да донесуваат законодавство какво што тие сметаат дека треба да биде. Последователно, пасажот цитиран погоре не се чини релевантен во сегашниот случај. Треба, исто така, да се посочи дека во својата скорешна пресуда во *Nada v. Switzerland* ([GC], no. 10593/08, § 170, ECHR 2012) Големиот судски совет го потврди својот претходен пристап, согласно кој, кога „се истовремено применливи неколку, навидум контрадикторни инструменти, меѓународното прецедентно право и академското мислење се стремат да ги разберат на начин што ќе ги координира нивните последици и ќе одбегне каква и да е спротивставеност меѓу нив. Оттука, дивергентните обврски мора да се усогласат во најголема можна мерка, за тие да произведат последици што се целосно во согласност со важечкото право (види, во оваа смисла, *Al-Saadoon и Mufdhi*, цитиран погоре, § 126; *Al-Adsani*, цитиран погоре, § 55; и одлуката *Banković*, цитирана погоре, §§ 55-57; види ги исто така референците цитирани во извештајот на студиската група на ILC, под наслов „Фрагментација на меѓународното право: тешкотии што произлегуваат од диверзификацијата и експанзијата на меѓународното право”, точка 81 погоре)”. Овој пристап заснован врз усогласеност – а не спротивставеност - меѓу релевантните инструменти од спогодбите, на сите нас ни се чини дотолку повеќе претпочитан во овој случај, имајќи предвид дека Конвенцијата од 2008 за посвојување деца е скорешен инструмент на Советот на Европа.

Границите на еволутивното толкување: „денешни услови” или оние од иднината?

23. Надоврзувајќи се на аргументите изнесени погоре, би сакале да заклучиме со неколку куси разгледувања што се однесуваат на таканаречената еволутивна метода на толкување. Знаеме дека од својата пресуда во *Tyger v. Обединетото Кралство*, Судот често повторува дека Конвенцијата е жив инструмент што мора да се толкува „во светлина на денешните услови” (види *Tyger v. Обединетото Кралство*, 25 април 1978, § 31, Series A no. 26). Со други зборови, поентата на еволутивното толкување, како што е замислено од Судот, е да ја придружува, па дури и канализира промената (види Ch. Rozakis, “The Particular Role од Strasbourg Case-Law in the Development of Human Rights in Europe” – Особената улога на судската пракса од Стразбур во развојот на човековите права во Европа, во 50 години на Европскиот суд за човекови права, *Nomiko Vima*, Athens Bar Association, Athens, 2010, стр. 20-30, и особено стр. 25 et seq.); не е да ја антиципира промената, уште помалку да се обидува да ја наметне. Без на ниеден начин да ја исклучиме можноста дека ситуацијата во Европа во иднина ќе еволуира во насоката што очигледно ја посакува мнозинството, ова се чини дека не е случај, како што видовме, во сегашноста. Оттука, веруваме дека мнозинството ги пречекори вообичаените граници на еволутивната метода на толкување.

ПРЕСУДА НА СУДОТ (Петти судски совет)

12 декември 2013 (*)

(Директива 2000/78/ЕК – еднаков третман – колективен договор кој ограничува право на надомест на плата и соодветни работни услови на вработените кои стапуваат во брак - Исклучување на партнери кои стапуваат во пакт на граѓанска солидарност – Дискриминација врз основа на сексуална ориентација

Во предметот С267/12,

БАРАЊЕ за прелиминарна одлука според член 267 TFEU од Касацискиот суд на Франција, според одлуката од 23 мај 2012 г., примено во Судот на 30 мај 2012 г., во постапката

ФРЕДЕРИК ХАЈ

против

Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres,

СУДОТ (Петти судски совет),

Составен од Т. Вон Данвиц (T. von Danwitz), претседател на судскиот совет, Е. Јухаш (E. Juhász), А. Роса (A. Rosas), Д. Шваби (D. Šváby) - Известувач и Ц. Вајда (C. Vajda), судии,

Општ застапник: Н. Јаскинен (N. Jääskinen),

Записничар: А. Calot Escobar,

Земајќи ја предвид пишаната постапка,

по разгледувањето на забелешките поднесени во име на:

- Г.Хеј (Hay), преку А.Ламамра (A. Lamamra), адвокат,
- Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres, преку Ј.Ј.Гатино (J.-J. Gattineau), адвокат,
- Француската Влада, преку Ж. Де Берго (G. de Bergues), (Д. Кола) D. Colas и Ц. Роси (J. Rossi), во својство на агенти,
- Белгиската Влада, преку М. Џејкобс (M. Jacobs), во својство на агент,
- Европската Комисија, преку Ј.Енегрэн (J. Enegren) и Д. Мартин (D. Martin), во својство на агенти,

одлучувајќи, по сослушувањето на општиот застапник, да продолжат со донесувањето на пресудата без Мислење,

ја донесува следнава

Пресуда

1 Ова барање за прелиминарна одлука се однесува на толкувањето на член 2(2) од Директивата на Советот 2000/78/ЕС, од 27 ноември 2000 г., со која се поставуваат насоки за еднаков третман во работните односи и занимањето (ОЈ 2000 L 303, р. 16).

2 Барањето беше поднесено во постапката помеѓу г.Хеј и Земјоделската банка на Франција (Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres - Crédit agricole), негов работодавач, во врска со одбивањето на Земјоделската банка да му одобри посебно отсуство и бонус кои им следуваат на вработените кои стапуваат во брак, согласно заклучокот на г. Хеј од Пактот на граѓанска солидарност (PACS).

Правен контекст

Право на ЕУ

3 Во воведната забелешка 22 од преамбулата на Директивата 2000/78 се вели:

„Оваа Директива не го исклучува домашното законодавство за брачниот статус и привилегиите кои произлегуваат од него“.

4 Според член 1 од Директивата 2000/78:

„Целта на оваа Директива е да ги постави општите рамки за борба со дискриминацијата врз основа на вера или уверување, инвалидитет, возраст или сексуална ориентација во вработувањето и занимањето, со цел да се обезбеди примена на принципот на еднаков третман во земјите-членки.“

5 Според член 2 од таа директива:

1. За целите на оваа Директива, „начелото на еднаков третман“ ќе значи дека нема да има никаква, директна или индиректна, дискриминација по која било од основите наведени во член 1.

2. За целите на став 1:

(а) директна дискриминација ќе се смета дека постои кога едно лице се третира полошо отколку што се третира, било третирано или би се третирано друго лице во слична ситуација, по кои било од основите содржани во член 1;

(б) индиректна дискриминација ќе се смета дека постои кога навидум објективна одредба, критериум или практика би ги ставила лицата со одредена вера или убедување, одреден инвалидитет, одредена возраст или одредена сексуална ориентација во понеповолна положба во однос на другите лица, освен:

(i) ако таа одредба, критериум или практика е објективно оправдана заради постигнување на легитимна цел и средствата за постигнување на таа цел се соодветни и неопходни...,

...

5. Оваа Директива не ги исклучува мерките предвидени од домашното законодавство кои во демократските општества се неопходни за јавната безбедност, за одржувањето на јавниот ред и за превенција на криминалот, заради заштита на правата и слободите на другите.“

6 Член 3(1) од директивата е изразен на следниов начин:

„Во рамките на надлежноста на Заедницата оваа Директива ќе се однесува на сите лица од јавниот и приватниот сектор, вклучувајќи ги и јавните институции, а во врска со:

...

(с) вработувањето и работните услови, вклучувајќи ги и отпуштањата и надоместокот на плата;

...“

Француско право

Граѓанскиот законик

7 Според член 144 од францускиот Граѓански законик (Code civil), изменат со Закон бр. 99-944, на 15 ноември 1999 г.:

„Маж и жена не можат да стапат во брак пред да наполнат 18 години.“

8 Според член 515-1 од Граѓанскиот законик:

„Пакт на граѓанска солидарност (Pacte civil de solidarité) е договор во кој стапуваат две полнолетни физички лица, од ист или од различен пол, со цел заеднички да си го организираат животот.“

9 Според член 515-4 од Граѓанскиот законик:

„Партнерите кои склучиле пакт на граѓанска солидарност се заветуваат на заеднички живот и на обезбедување меѓусебна материјална поткрепа и помош. Доколку партнерите тоа не го обезбедуваат, материјалната помош ќе биде определена пропорционално на средствата со кои располагаат. Партнерите ќе бидат заедно и поединечно одговорни кон трети лица за долговите на едниот од нив, направени заради потребите на секојдневниот живот...“

Законик за работни односи

10 Членот L.122-45 од францускиот Законик за работни односи (Code du travail), согласно верзијата која била на сила во времето на испитување на фактите во главната постапка, забранува директна или индиректна дискриминација врз основа на, меѓу другото, сексуална ориентација, во врска со правото на надомест на плата и соодветни работни услови.

11 Според членот L.226-1 од Законикот за работни односи:

„Сите вработени ќе имаат право на посебно отсуство заради семејни потреби, во случај кога тие се поткрепени со доказ, и тоа:

1. четири дена за стапување во брак;

...’

Национален колективен договор на Земјоделската банка (Crédit agricole’s)

12 Според член 20 од Националниот колективен договор на Земјоделската банка (Crédit agricole’s), заглавен како „посебно отсуство“:

„Целосно платено отсуство ќе следува во следниве случаи:

...

3. Лица вработени на неопределено време

Брак:

– на вработениот: 10 работни дена;

– на дете на вработениот: 3 работни дена;

– на сестра или брат на вработениот: еден работен ден.

...’

13 Според член 34 од Националниот колективен договор на Земјоделската банка (Crédit agricole's), со наслов „Бонуси и надоместоци по разни основи“:

„Бонус за стапување во брак“

Сите вработени, во моментот на стапување во брак, ќе примат подеднаков бонус, за секој месец од вработувањето, до 1/36-тина од нивната месечна плата пред стапувањето во брак.

...“

14 Со договорот од 10 јули 2008 г., со кој се изменија членовите 20, 22 и 34 од Националниот колективен договор на Земјоделската банка, таквите бенефиции се однесуваат и во случај на склучување на пакт на граѓанска солидарност (во понатамошниот текст „пакт“). Француското здружение на банки и синдикати (Association française des banques et les fédérations syndicales) исто така на 27 септември 2010 година усвои амандман на Националниот колективен договор на банката од 10 јануари 2000 година, проширувајќи го важењето на отсуството поради семејни настани и на вработените кои склучиле пакт на граѓанска солидарност. Со налог од 23 декември 2010 година, од министерот за труд, работни односи и здравство одредбите на тој амандман станаа важечки за целиот банкарски сектор,

Расправата во главната постапка и упатеното прашање

15 Г. Хеј бил вработен во Земјоделската банка на Франција (Crédit agricole) уште од 1998 г.

16 На 11 јули 2007 година, г. Хеј склучил пакт на граѓанска солидарност со лице од ист пол. Во таа прилика, г. Хеј поднел барање за посебно отсуство од работа и за брачен бонус предвиден при стапување во брак, во согласност со Националниот колективен договор на Земјоделската банка на Франција. Меѓутоа, Земјоделската банка го одбила користењето на таквите бенефиции со образложение дека, според колективниот договор, тие следуваат само откако ќе биден склучен брак.

17 На 17 март 2008 година, г. Хеј поднел тужба пред Трибуналот за труд (Conseil de prud'hommes de Saintes) со барање за исплата на брачен бонус во износ од 2637.85 евра и надомест за пропуштеното посебно отсуство, во износ од 879.29 евра. Со пресуда од 13 октомври 2008 година, Трибуналот за труд ја одбил неговата тужба, резонирајќи дека брачниот бонус не е поврзан со работните односи туку со брачниот статус, при што Граѓанскиот законик прави разлика меѓу брак и пакт на граѓанска солидарност [вид на граѓанско партнерство]. Сепак, Трибуналот заклучил дека Националниот колективен договор на Земјоделската банка бил изменет на 10 јули 2008 г. со што правата од тој договор кои се однесуваат на бонусот и платеното отсуство по повод стапување во брак се прошируваат и во однос на лицата кои стапиле во пакт на граѓанска солидарност, но таквото проширување не може да има ретроактивно дејство.

18 Со пресуда од 30 март 2010 година, Апелациониот суд (Cour d'appel de Poitiers) ја усвоил пресудата врз основа на тоа дека пактот на граѓанска солидарност се разликува од бракот од гледна точка на формалностите за неговото прославување, можноста тој да се склучи помеѓу две полнолетни лица од различен или од ист пол, начинот на кој може да биде раскинат, и во поглед на реципрочните обврски според имотното, наследното и родителското право. Судот понатаму оценил дека разликата во третманот на сопругниците, од една страна, и партнерите во пактот, од друга страна, во врска со привилегиите кои се испраќаат за семејни настани не произлегува од нивната семејна ситуација или од нивната сексуална ориентација, туку од различниот брачен статус, којашто не ги става во иста ситуација.

19 На 28 мај 2010 година, г. Хеј ја обжалил пресудата пред Касацискиот суд (Cour de cassation). Во претставката на г. Хеј, одбивањето на Земјоделската банка да му дозволи денови на посебно отсуство и брачен бонус врз основа на Националниот колективен договор на Земјоделската банка претставува дискриминација врз основа на неговата сексуална ориентација, спротивно на член L.122-45 од Законикот за работни односи, членовите 1-3 од Директивата 2000/78 и член 14 од Европската конвенција за заштита на човековите права и основни слободи, потпишана во Рим, на 4 ноември 1950 година. Г. Хеј забележува дека според член 144 од Граѓанскиот законик, само лицата од ист пол

може да склучат брак, додека, според член 515-1 од Граѓанскиот законик, лицата од ист пол имаат можност да склучуваат пакт на граѓанска солидарност. Таа одредба читана заедно со националниот колективен договор на Земјоделската банка создава ситуација каде лицата од ист пол кои стапиле во пакт немаат право на платено отсуство и брачен бонус, кој пак им следува на вработените од компанијата кои се во брак.

21 Во вакви околности, Касацискиот суд одлучил да го одложи судењето и да го предаде на разгледување на Судот следново прашање:

„Дали членот 2, став (2), точка (б) од [Директивата 2000/78] ... треба да се интерпретира на начин според кој изборот на националното законодавство да дозволи брак само помеѓу лица од различен пол претставува легитимна, соодветна и неопходна цел со која се оправдува индиректната дискриминација, која произлегува од фактот што колективен договор ограничува повластица во смисла на надомест на плата и работни услови на вработените кои стапуваат во брак и со тоа неизбежно ги исклучува од тоа право партнерите од ист пол кои стапуваат во [пакт на граѓанска солидарност]?“

Прашањето упатено на прелиминарна одлука

22 Упатеното прашање се заснова на премисата дека Националниот колективен договор на Земјоделската банка остава можност за индиректна дискриминација врз основ на сексуална ориентација, во рамките на значењето на член 2, став (2), точка (б) од Директивата 2000/78, и се однесува на прашањето дали таквата дискриминација може да биде оправдана.

23 Во таа смисла, мора да се земе предвид дека според востановената судска пракса, иако националниот суд формално ги ограничил своите прашања во врска со толкувањето на конкретна одредба на правото на ЕУ, тоа не го спречува Судот да на националниот суд му ги достави сите елементи на толкување на Правото на ЕУ кои може да му бидат од помош во пресудувањето за случајот, без разлика дали тој суд конкретно се повикал на нив во прашањата (види предметот C229/08 Wolf [2010] ECR I1, став 32 и наведената судска пракса).

24 Со оглед на околностите во главната расправа, согласно редоследот на референци, соодветно е да се разгледа прашањето дали еден Национален колективен договор, како тој на Земјоделската банка, остава можност за директна или индиректна дискриминација, согласно значењето на членот 2, став (2) од Директивата 2000/78.

25 Следствено на тоа, прашањето упатено од националниот суд мора всушност да се гледа како прашање за тоа дали членот 2, став (2), точки (а) и (б) од Директивата 2000/78 треба да се интерпретира како да ја исклучува одредбата од колективниот договор, разгледувана во текот на главната постапка, според која на вработен кој ќе склучи пакт на граѓанска солидарност со лице од ист пол не му следуваат истите права (како на пример, денови на посебно отсуство и платен бонус), кои инаку им следуваат на вработените кога стапуваат во брак, кога според домашното право на засегнатата земја-членка не е дозволено стапување во брак на лица од ист пол.

26 Како прелиминарна точка, треба да се заклучи дека, согласно наведеното во воведната забелешка 22 во преамбулата на Директивата 2000/78, законодавството за брачниот статус на лицата спаѓа во надлежност на земјите-членки. Сепак, во согласност со член 1 од Директивата, целта на Директивата 2000/78 е да се бори против одредени видови на дискриминација врз основ на сексуална ориентација, во областа на вработувањето и занимањето, со цел во земјите-членки да се овозможи примена на начелото на еднаков третман (види предметот C147/08 Römer [2011] ECR I3591, став 38)

27 Што се однесува до примената на Директивата 2000/78 врз одредбите од колективниот договор кој беше разгледуван во главната постапка, од прецедентното право на Судот јасно е дека кога се усвојуваат мерки кои спаѓаат во областите на Директивата, односно управувањето и трудот, таа директива мора да се почитува (види предмет C447/09 Prigge and Others [2011] ECR I8003a став 48, и предметот C132/11 Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt [2012] ECR I0000, став 22).

28 При гарантирањето на платено отсуство и брачен бонус во случај на склучување брак од страна на лице вработено во компанија, членовите 20 и 34 од Националниот колективен договор

на Земјоделската банка ги определуваат правилата во врска со вработувањето и работните услови, вклучувајќи ги тука особено, платежните услови, согласно значењето на член 3, став (1), точка (с) од Директивата 2000/78. Концептот за „плата“, согласно значењето на таа одредба, мора да се толкува пошироко. Тука се подразбира секоја моментална или идна исплата, во готово или во стоки или услуги, која вработениот ја примил од работодавачот, иако индиректно, во врска со неговото/нејзиното вработување, без разлика дали била примена врз основа на договор за вработување, законски одредби или на доброволна основа (види здружени предмети C124/11, C125/11 и C143/11 *Dittrich and Others* [2012] ECR I0000, став 35).

29 Следствено, треба да се смета дека Директивата 2000/78 е применлива во ситуација како онаа што беше предмет на главната постапка.

30 Според член 2 од Директивата „начелото на еднаков третман“ треба да значи дека не смее да има директна ниту индиректна дискриминација по која било од основите наведени во член 1 од Директивата.

31 Што се однесува до тоа дали постои директна дискриминација, според членот 2, став 2, точка (а) од Директивата 2000/78, директна дискриминација се смета дека настапила кога лицето се третира на понеповолен начин од друго лице во иста или слична ситуација, по една од основите наведени во членот 1 на Директивата, како и по основ на сексуална ориентација.

32 Следствено на тоа, постоењето на директна дискриминација претпоставува дека ситуациите кои се одмеруваат се споредливи (види, меѓу другото, *Römer*, став 41).

33 Во таа смисла, од една страна треба да се посочи дека не се бара ситуациите кои се споредуваат да бидат идентични, туку барем слични, а од друга страна, проценката за сличноста не треба да се направи на општ и апстрактен начин, туку на специфичен и конкретен начин, со оглед на засегнатото право (види предметот C267/06 *Maruko* [2008] ECR I1757, ставови 67 до 69, и *Römer*, став 42).

34 Така, во врска со регистрираните животни партнерства според германското право за регистрирани животни партнерства (*Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft*) Судот пресудил дека споредбата на околностите мора да се заснова на анализа која се фокусира на правата и обврските на сопругниците и регистрираните животни партнери, кои произлегуваат од позитивното домашно право, кои се релевантни земајќи ги предвид целта и условите за доделување на правото за кое е расправано на главната постапка, а не смее да се состои од испитување дали националното право регистрираните животни партнерства начелно ги третира како законски еквивалент на бракот (види *Römer*, став 43).

35 Што се однесува до деновите на платено отсуство и бонусот кои оспорените одредби во главната постапка им ги гарантираат на вработените во случај на стапување во брак, неопходно е да се испита дали лицата кои стапуваат во брак и лицата кои, бидејќи не се во состојба да стапат во брак со лица од ист пол, склучуваат пакт на граѓанска солидарност, се во слични ситуации.

36 Очигледно е, според редоследот на референците и списите поднесени до Судот, дека лицата од ист пол може да склучат пакт на граѓанска солидарност со цел да го организираат својот живот, преку заветување на заеднички живот и обезбедување материјална поткрепа и помош еден на друг. Пактот, за кој е потребна заедничка изјава на волја и заведување во судскиот регистар на територијата каде што лицата воспоставиле заедничко живеалиште, како и бракот, е форма на граѓанска заедница според француското право кое парот го става во специфична законска рамка, опфаќајќи меѓусебни права и обврски и права и обврски кон трети лица. Иако пакт може да склучат и лица од различен пол и генерално постојат разлики во правното уредување на бракот и пактот, во текот на разгледувањето на фактите во главната постапка, пактот беше единствената можност според француското право за паровите од истиот пол да добијат правен статус за нивната врска, која би давала гаранции кон трети лица.

37 Така, со оглед на правата на надомест на плата или на соодветни работни услови, т.е. право на посебно отсуство и бонус, кои беа расправани во главната постапка, што на вработениот му следуваат со склучувањето брак – која е форма на граѓанска заедница – лицата од ист пол, кои не можат да склучат брак и затоа склучуваат пакт на граѓанска солидарност, се во ситуација која е слична со онаа кога паровите склучуваат брак.

38 Во тој поглед треба да се забележи дека во согласност со судската практика, на која се посочува во став 33 од оваа пресуда, фактот што францускиот Уставен совет (French Conseil constitutionnel) одлучи во своето решение бр. 2011-155, г-ѓа Лоренс Л. (Ms Laurence L) дека паровите во брак и паровите во пакт на граѓанска солидарност не се во слична ситуација за преземање на пензијата на надживеаниот сопружник, не ја исклучува сличноста на ситуацијата на вработените кои се во брак и вработените хомосексуалци кои склучиле пакт заради добивање право на посебно отсуство и бонуси во времето на стапување во брак.

39 Слично на тоа, разликите меѓу бракот и пактот, забележани од Апелациониот Суд (Cour d'appel de Poitiers) во расправата на главната постапка, во врска со формалностите на прославувањето, веројатноста дека може да биде склучен од страна на две лица од различен пол или од истиот пол, начинот на кој може да се раскине и во врска со реципрочните обврски според имотното, наследното и родителското право, се ирелевантни за проценката на повластиците во смисла на плата или работни услови, како што се оние расправани во главната постапка.

40 Во таа смисла, треба да се забележи дека Националниот колективен договор на Земјоделската банка ги доделува тие права во случај на стапување во брак, независно од правата и обврските кои произлегуваат од бракот. Ова е потврдено со фактот што членот 20 од тој колективен договор доделува посебно отсуство, не само по основ на склучување брак од страна на лице вработено на неопределено време, туку и по основ на брак на неговите деца, браќа или сестри.

41 Што се однесува до самото присуство на дискриминација, очигледно е од прецедентното право на Судот дека законските одредби на земјата-членка која ги ограничува правата во смисла на условите за плата или работните услови за вработените во брак, а бракот е законски дозволен во таа земја-членка само помеѓу лица од различен пол, дава простор за директна дискриминација врз основа на сексуална ориентација против хомосексуалците кои се вработени на неопределено време, а кои склучиле пакт и кои се во слична ситуација (види, Maruko, став 73, и Römer, став 52).

42 Членовите 20 и 34 од Националниот колективен договор на Земјоделската банка определуваат платено отсуство и бонус за вработените кои стапуваат во брак. Бидејќи бракот не е, според информацијата дадена од упатувачкиот суд, пристапен до лицата од ист пол, тие не можат да се служат со тие повластици.

43 Фактот што пактот, за разлика од регистрираните животни партнерства расправани во случаите Maruko и Römer, не е ограничен само на хомосексуалните парови е ирелевантен и не ја менува природата на дискриминацијата против хомосексуалните партнери кои, за разлика од хетеросексуалните парови, во времето на разгледување на фактите во главната постапка, не можеле законски да стапат во брак.

44 Разликата во третманот врз основа на брачниот статус на вработените, а не само врз основа на нивната сексуална ориентација, сè уште е директна дискриминација бидејќи во брак може да стапат само лица од различен пол и затоа вработените хомосексуалци не се во можност да ги исполнат условите потребни за добивање на таквите повластици.

45 Понатаму, бидејќи дискриминацијата е директна, може да биде поддржана, не врз основа на „леgitимна цел“ согласно значењето на член “2, став (2), точка (б) од Директивата 2000/78, бидејќи таа одредба се однесува само на индиректна дискриминација, туку само врз една од основите наведени во член 2, став (5) од таа Директива, имено јавната безбедност, одржувањето на јавниот ред и мир и превенцијата од криминал, заштита на здравјето и заштита на правата и слободите на другите.

46 Во таа насока, треба да се заклучи дека ниту една од овие основи не беа посочени во главната постапка. Понатаму, бидејќи членот 2, став (5) утврдува исклучок од начелото на забрана за дискриминација, тој мора да се интерпретира стриктно (види Prigge and Others, став 56).

47 Согласно претходните согледувања, одговорот на упатеното прашање е дека член 2, став (2), точка (а) од Директивата 2000/78 мора да се интерпретира во насока на исклучување на одредбата од колективниот договор, расправана во главната постапка, според која на вработениот кој ќе стапи во пакт со лице од ист пол не му е дозволено да ги има истите повластици, т.е. посебно отсуство и платен бонус, кои ги имаат вработените кога стапуваат во брак, сè додека националното право на

засегнатата земја-членка не им дозволува на лицата од ист пол да стапат во брак, согласно целта и условите кои се однесуваат на дозволувањето на тие повластици, тој вработен е во слична ситуација со вработениот кој стапува во брак.

Трошоци

48 Бидејќи за страните на главната постапка овие постапки се дел од постапката која е во тек пред националниот суд, одлуката за трошоците е прашање за тој суд. Трошоците за поднесување забелешки до Судот, освен трошоците на тие страни, се неповратни.

Врз тој основ, Судот (Петтиот судски совет) ја донесува следната одлука:

Член 2, став (2), точка (а) од Директивата на Советот 2000/78/ЕС од 27 ноември 2000 г., воспоставувајќи општа рамка за еднаков третман во вработувањето и занимањето, треба да се толкува во насока на исклучување на одредбата на колективниот договор, расправана во главната постапка, според која вработен кој склучува пакт на граѓанска солидарност со лице од ист пол нема право на истите повластици, т.е. денови на посебно отсуство и платен бонус, кои ги имаат вработените кога стапуваат во брак, сè додека националното право не дозволува стапување во брак на лица од ист пол, согласно целта и условите кои се однесуваат на дозволувањето на тие повластици, тој вработен е во слична ситуација со вработениот кој стапува во брак.

[Потписи]

Дискриминација врз друг статус



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

ПРВ ОДДЕЛ

СЛУЧАЈ И.Б. против ГРЦИЈА

(Апликација бр. 552/10)

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

3 октомври 2013 година

КОНЕЧНА

Оваа пресуда е правосилна во согласност со член 44, став 2 од Конвенцијата. Истата може да биде предмет на редакциски измени.

Во случајот **И.Б. против Грција**,

Европскиот суд за човекови права (Прв оддел), заседавајќи во Совет составен од:

Изабел Беро-Лефевр (Isabelle Berro-Lefèvre), претседател,

Елизабет Стајнер (Elisabeth Steiner),

Ханлар Хацијев (Khanlar Hacıyev),

Мирјана Лазарова Трајковска,

Џулија Лафранк (Julia Laffranque),

Линос Александар Сицилианос (Linos-Alexandre Sicilianos),

Ерик Моз (Erik Mose), судии,

и Сорен Нилсен (Søren Nielsen), секретар на Одделот,

расправајќи на затворена седница одржана на 10 септември 2013 година,

ја усвои следнава пресуда, која беше донесена на тој датум:

ПОСТАПКА

1. Случајот беше инициран со апликација (бр. 552/10) против Република Грција, поднесена до Судот во согласност со член 34 од Конвенцијата за заштита на човековите права и основните слободи („Конвенција“) од страна на грчки државјанин, г-н И.Б. („апликант“), на 2 декември 2009 година. Претседателот на Одделот го прифати барањето на апликантот неговото име да не биде објавено (Правило 47, став 4, од Деловникот за работа на Судот).

2. Апликантот беше застапуван од страна на г. Г. Лецас (G. Letsas) и г-а В. Мантувалу (V. Mantouvalou), адвокати кои работат во Лондон. Грчката влада („Влада“) беше застапувана од делегати на нејзините застапници, г-ѓа Г. Пападаки (G. Papadaki), советник во Државниот правен совет, и г-ѓа Германи (Germani), правен помошник во Државниот правен совет.

3. Апликантот особено тврдеше дека постои повреда на член 14 во врска со член 8 од Конвенцијата.

4. Со одлука од 28 август 2012 година, Советот ја прогласил апликацијата за делумно допуштена.

5. Апликантот и Владата поднесоа дополнителни писмени забелешки (Правило 59, став 1).

ФАКТИ

1. ОКОЛНОСТИ НА СЛУЧАЈОТ

6. Апликантот е роден во 1980 година и живее во Атина.

7. Од 2001 година, апликантот работел во компанија за изработка на накит. На 4 март 2003 година, тој дал отказ на тоа работно место поради служење воен рок. Откако се вратил од војска, тој ја контактирал С.К., сопственикот на компанијата, која повторно го ангажирала на работа со полно работно време од 1 јули 2004 година, со месечна плата во износ од 722,92 евра (ЕУР).

8. Во јануари 2005 година, апликантот им кажал на тројца свои колеги – И.М., С.М и О.Г. - дека стравува дека му е пренесен вирусот на хумана имунодефициенција (ХИВ). На 11 февруари 2005 година, додека бил на годишен одмор, неговите стравови се потврдиле со тест со кој било утврдено дека тој навистина е носител на ХИВ вирус. На 15 февруари, неговиот работодавец, С.К., примил писмо од тројцата гореспоменати вработени во кое тие ѝ кажале дека апликантот „има СИДА“ и дека компанијата треба да го отпушти од работа пред да заврши неговиот годишен одмор. Сите тројца колеги се тестирале и резултатите биле негативни.

9. Во меѓувреме, информациите за здравствената состојба на апликантот се рашириле во целата компанија, во која биле вработени 70 работници. Вработените почнале да му се жалат на својот работодавец дека треба да работат со колега кој е носител на ХИВ вирус и барале тој да биде отпуштен од работа. Тогаш С.К. повикала доктор по медицина на труд да дојде во компанијата и да ги запознае вработените со ХИВ вирусот и начинот на тој може да се пренесе. Докторот се обидел да ги разубеди вработените, објаснувајќи им ги мерките на претпазливост кои треба да се преземат, но тие и понатаму барале апликантот да биде отпуштен од работа. Потоа, С.К. одлучила да го премести апликантот во друг сектор на различна локација, но раководителот на тој сектор ѝ се заканил дека ќе даде отказ доколку апликантот стане дел од неговиот тим. Тогаш С.К. му понудила на апликантот да му помогне да основа сопствен бизнис доколку тој даде отказ. Таа, исто така, му понудила да ги плати трошоците за обука за фризер. Апликантот сепак ги обвива сите нејзини понуди.

10. На 21 февруари 2005 година, триесет и тројца вработени во компанијата (околу половина од вкупниот број вработени) ѝ испратиле писмо на С.К. со кое барале апликантот да се отпушти од работа со цел „да го заштити своето здравје и своето право на работа“, бидејќи во спротивно, според нивно мислење, би се нарушиле добрите односи во компанијата. На 23 февруари 2005 година, два дена пред апликантот да се врати од годишен одмор, С.К. му дала отказ и му платила отпремнина во согласност со грчкото право, имено, една месечна плата и 843,41 евра за платен годишен одмор.

11. Набрзо откако добил отказ, апликантот нашол друга работа во приватна компанија.

12. На 13 мај 2005 година, апликантот му се обратил на првостепениот суд во Атина. Тој се жалел дека „неприфатливи општествени предрасуди и застарени табуа“ преовладувале над признавањето на неговиот придонес во компанијата во која работел. Тој, исто така, тврдел дека неправедно бил отпуштен од работа и дека отказот бил неважечки бидејќи не добил задоволителен надомест. Тој тврдел дека бил отпуштен врз основа на „подли коментари“ кои не го земале предвид „човечкиот фактор или неговата личност“, дека неговиот работодавец „останал очигледно рамнодушен кон фактот дека на тој начин му нанел тешка повреда на еден вреден и совесен работник и тоа токму во моментот кога елементарната човечност налагала да му се даде поддршка, истовремено сурово навредувајќи ја неговата личност“, како и дека неговиот работодавец „го третираше со неоправдана и нечовечна аверзија кон неговиот сериозен здравствен проблем“.

13. Апликантот додал дека единствената причина поради која С.К. го отпуштила од работа била (научно неоснована) предрасуда против лицата кои се носители на ХИВ вирус и наводниот „ризик“ кои тие го носат во нивните професионални и општествени односи. Оттука, било очигледно дека, со своето однесување, С.К. грубо ги повредила неговите права на личност, особено најинтимните аспекти кои се однесуваат на чувствителни лични податоци. Начинот на кој тој бил отпуштен од работа претставува негово неприфатливо омаловажување како човечко суштество, сведувајќи го апликантот на „предмет“ со кој може да се постапува според „лични предрасуди и опсесии“.

14. Апликантот побарал од Судот да го прогласи раскинувањето на договорот за незаконско, да му наложи на работодавецот да го задржи на работното место и да продолжи да му исплаќа плата, како и да му плати 9.397 евра на име неисплатена плата, 1.068,62 евра како надомест за годишен одмор и различни други износи кои ги пресметал тој и, на крај, износ од 200.000 евра за нематеријална штета.

15. Со пресуда од 13 јуни 2006 година, Судот го прогласил отпуштањето од работа за незаконско, со оглед на тоа дека било спротивно на член 281 од Граѓанскиот законик, со кој се забранува остварување на право кога е очигледно дека тоа ги надминува границите на добра намера или морал. Судот утврдил дека единствената причина за раскинување на договорот била болеста на апликантот и му досудил износ од 6.339,18 евра, што соодветствува на неисплатените плати откако бил отпуштен од работа. Судот сметал дека однесувањето на работодавецот, дури и кога ќе се земе предвид притисокот кој на него го вршеле неговите вработени, претставувало злоупотреба на правата. Тој сметал дека работодавецот одлучил да го отпушти апликантот од работа со цел да обезбеди дека неговата компанија ќе продолжи да функционира непречено и да избегне протести и приговори, на тој начин доволувајќи му на мнозинството од неговите вработени.

16. Меѓутоа, Судот ја одбил претставката на апликантот дека неговото отпуштање од работа ги повредило неговите права на личност, бидејќи не било утврдено дека отпуштањето било со намера да не се почитува законот или со намера да се клевети апликантот. Меѓутоа, Судот утврдил дека С.К.

му дала отказ на апликантот со цел да го зачува она што таа, погрешно, го сметала за прашање на мирни работни односи во рамките на компанијата. На крај, Судот одлучил дека не било потребно да се наложи повторно враќање на апликантот на работа, бидејќи тој во меѓувреме нашол нова работа.

17. На 26 февруари и на 15 март 2007 година соодветно, С.К. и апликантот поднеле жалба против таа пресуда до Апелациониот суд во Атина.

18. Со пресуда од 29 јануари 2008 година, Апелациониот суд ја отфрлил жалбата на С.К. и ја уважил жалбата на апликантот по две основи, имено, злоупотреба на права и повреда на правата на личност. Како и првостепениот суд, и Апелациониот суд потврдил дека С.К. му дала отказ на апликантот попуштајќи пред притисокот на вработените, со цел да ја зачува добрата работна атмосфера во рамките на компанијата. Апелациониот суд утврдил дека стравовите на вработените биле научно неосновани, како што објаснил и докторот по медицина на труд. Имајќи го предвид начинот на кој се пренесува болеста, не постоела опасност по нивното здравје. Според тоа, нивните стравови всушност биле засновани на предрасуди, а не на утврден ризик; следствено на тоа, болеста на апликантот не можела да влијае врз идното непречено функционирање на компанијата.

19. Апелациониот суд ја одмерил потребата за одржување непречено функционирање на компанијата, кое било загрозувано со научно неосновани стравови, во однос на оправданото очекување на апликантот да биде заштитен во текот на тешкиот период низ кој минувал. Тој констатирал дека кога болест на вработен не влијае негативно врз работните односи или врз непреченото функционирање на компанијата (како што е отсуствување од работа или намалување на способноста за работа), тогаш тоа не може да послужи како објективна причина за раскинување на договорот. Тој констатирал дека апликантот не отсуствувал од работа и дека не можело да се предвиди никакво отсуство врз основа на болест во блиска иднина. Покрај тоа, имајќи ја предвид природата на работата на апликантот, која не подразбирала прекумерен напор, апликантот не бил во опасност од намалување на неговата работна способност, бидејќи во текот на многу години во кои лице било само носител на ХИВ вирус, неговата или нејзината способност за работа не била значително намалена.

20. Тој утврдил дека болеста на апликантот не можела да влијае негативно врз идното непречено функционирање на компанијата, бидејќи ниту еден од вработените не ја напуштил компанијата од моментот кога се дознало за болеста на апликантот до моментот на раскинување на неговиот договор за вработување. Судот, исто така, заклучил дека фактот дека С. К. „попуштила пред барањата на нејзините вработени, го отпуштила апликантот од работа и го раскинала неговиот договор, не може да се оправда со добра намера или со интересите на работодавецот во рамките на соодветното значење на зборот“.

21. Апелациониот суд му досудил на апликантот износ од 6.339,18 евра на име неисплатени плати од денот кога бил отпуштен од работа. Тој, исто така, одлучил дека биле повредени правата на личност на апликантот, бидејќи неговото незаконско отпуштање од работа нанело штета и на неговиот професионален и на неговиот општествен статус, кои биле двата аспекта од личноста на секое лице. Тој му досудил дополнителен износ од 1.200 ЕВРА како нематеријална штета по тој основ.

22. На 4 јули 2008 година, С.К. изјавил ревизија против пресудата на Апелациониот суд.

23. На 16 октомври 2008 година, апликантот, исто така, поднел жалба против пресудата на Апелациониот суд. Тој се повикал на член 180 (ништовност на правен акт), член 281 (злоупотреба на права) и 932 (надомест на нематеријална штета) од Граѓанскиот законик и на член 22 (право на работа) од Уставот, и на принципот на пропорционалност во врска со износот на досудениот надомест. Повикувајќи се на судската пракса на Касацискиот суд, тој, исто така, навел дека кога, со судска одлука, отпуштањето од работа се смета за незаконско, работодавецот е обврзан да го врати работникот на работа. Поконкретно, во својата втора основа за жалба, апликантот изјавил дека Апелациониот суд погрешно го одбил неговото барање за враќање на работа во компанијата, наведувајќи дека враќањето на работа било правило во случај на повреда на член 281 или во случај на повреда на правата на личност или на правото на личен развој и учество во професионален живот.

24. Со пресуда бр. 676/2009 од 17 март 2009 година (прочистена на 4 јуни 2009 година), Касацискиот суд ја укинал пресудата на Апелациониот суд со образложение, меѓу другото, дека Судот погрешно го протолкувал и применил член 281 од Граѓанскиот законик врз фактите во конкретниот случај. Тој утврдил дека раскинувањето на договорот за вработување не е неправедно доколку е оправдано со

интересите на работодавецот „во рамките на соодветното значење на зборот“, како што е повторното воспоставување мирни работни односи помеѓу вработените и непреченото функционирање на компанијата во случај кога тие би биле нарушени со задржување на работа на отпуштениот работник. Касацискиот суд одлучил како што следи:

„Имајќи предвид дека отпуштањето од работа ... не било мотивирано од лоша намера, одмазда или каква било агресивност од страна на [работодавецот] кон [вработениот], отпуштањето од работа било целосно оправдано со интересите на работодавецот, во рамките на соодветното значење на зборот [интереси], бидејќи одлуката била донесена со цел повторно да се воспостави мир во компанијата, како и негово непречено функционирање. Вработените биле сериозно вознемирени поради крајно сериозната и заразна болест на [апликантот], која кај нив предизвикала чувства на несигурност и страв за нивното здравје, што ги навело да побараат – колективно и во писмена форма – негово отпуштање од работа, истакнувајќи дека доколку не биде отпуштен од работа, тоа сериозно би влијаело врз непреченото функционирање на компанијата ... ”

25. На крај, Касацискиот суд ја отфрлил жалбата на апликантот како беспредметна и го вратил предметот на повторно судење во Апелациониот суд.

26. Ниту апликантот ниту неговиот претходен работодавец не ја искористиле можноста, која е предвидена со закон, да бараат од Апелациониот суд да се произнесе за случајот кој бил вратен во повторена постапка.

II. РЕЛЕВАНТНО ДОМАШНО ПРАВО И ПРАКСА

A. Домашно право

27. Релевантните членови од Уставот на Грција гласат:

Член 9

„1. ...Приватниот и семејниот живот на секој поединец се неприкосновени ...“

Член 22

„1. Работата претставува право и ужива заштита од државата, која настојува да создаде услови за вработување за сите граѓани и за унапредување на моралниот и материјалниот напредок на активното рурално и урбано население.“

Член 25

„1. Правата на луѓето како поединци и членови на општеството и принципот на уставна и социјална држава ги гарантира државата.

Сите органи на државата се обврзани да обезбедат нивно непречено и делотворно остварување. Онаму каде што е соодветно, овие права, исто така, важат и за односите помеѓу поединците. Ограничувањата од кој било вид кои, во согласност со Уставот, може да се наметнат на овие права, се предвидуваат непосредно со Уставот или со статут ... и го почитуваат принципот на пропорционалност.“

28. Дел 1 од Законот бр.2112/1920 за отпуштање од работа и за раскинување на договори за вработување во приватниот сектор пропишува:

„Вработен во приватниот сектор, кој е вработен врз основа на договор на неодредено време и кој работи повеќе од два месеци, не може да се отпушти од работа без претходно писмено известување за раскинување на договорот за вработување ”

29. Релевантните делови од Законот бр.3304/2005 за еднаков третман (раса, националност, религија, возраст, сексуална ориентација) гласи како што следи:

Дел 1 (предмет)

„Предмет на овој Закон е усвојување општа законска рамка за борба против дискриминација врз основа на вероисповед или други уверувања, инвалидитет, возраст или сексуална ориентација во областа на вработување ... и за обезбедување примена на принципот на еднаков третман.“

Дел 2 (принцип на еднаков третман)

1. Забранета е директна или индиректна дискриминација врз основа на која било од причините наведени во Дел 1.
2. Вознемирување ..., кое има за цел или последица повреда на достоинството на лице и создавање заплашувачко, непријателско, деградирачко, понижувачко или агресивно окружување, исто така се смета за дискриминација.“

Дел 10 (разумни мерки на приспособување за лица со попреченост)

„Со цел да постапува во согласност со принципот на еднаков третман на лица со попреченост, работодавецот мора да ги преземе сите потребни мерки кои ги наложуваат околностите за да им обезбеди на лицата со попреченост пристап до работното место, извршување на активности и професионално развивање, како и учество во стручно оспособување, до степен до кој таквите мерки не претставуваат неразумен товар за работодавецот ...“

Дел 12 (позитивни активности и посебни мерки)

1. Усвојување или одржување посебни мерки подготвени за спречување или надомест за недостатоците врз основа на верски причини или други уверувања, или врз основа на попреченост, возраст или сексуална ориентација не се сметаат за дискриминација.
2. Усвојување или одржување мерки за заштита на здравјето и безбедноста на лицата со попреченост на работното место или мерки чија цел е создавање или одржување услови или можности за зачувување и унапредување на нивната интеграција во активностите и на работа не се смета за дискриминација.“

Б. Национална комисија за човекови права

30. На 27 јануари 2011 година, Националната комисија за човекови права подготви извештај во врска со „прашања поврзани со заштита на правата на лица кои се носители на ХИВ вирус“. Во воведот на извештајот е наведено следното:

„Националната комисија за човекови права е поттикната да ги разгледа прашањата поврзани со заштита на правата на лицата кои се носители на ХИВ вирус како резултат на согледаниот недостаток на уживање на основните права од страна на тие лица, кое е отежнато со стигматизација, покажување нетрпеливост, повреда на правата на доверливост на податоци и други форми на општествена дискриминација на нивна штета.

Поттикот за ова беше пресудата бр. 676/2009 на Касацискиот суд, во која Судот всушност ја уважил законитоста на отпуштањето од работа на вработен кој е носител на ХИВ вирус и ги оправдува условите под кои тој бил отпуштен. Имајќи го предвид значењето на таа одлука – која е прва судска одлука од ваков вид во судските анали во земјата – и фактот дека Судот посочил еден единствен, но значаен, аспект од проблемите со кои се соочуваат лицата кои се носители на ХИВ вирус, Комисијата организираше консултации со повеќе организации и институции за заштита на правата на тие лица. Во текот на дискусијата се покренаа многу прашања, но оние кои оценивме дека се најважни се следните: а) стигматизација како резултат на ХИВ/СИДА; б) дискриминаторски третман на лицата заразени од вирусот, особено на работното место; в) пристап на тие лица до здравствени услуги и г) заштита на нивниот приватен живот.“

31. Во своите завршни согледувања, Комисијата посочила:

„ Постои актуелна и итна потреба да се заштитат правата на лицата кои се носители на ХИВ вирус и да се институционализираат и да се применат основните принципи на кои се засноваат тие права, имајќи го предвид фактот дека, според последните официјални статистички податоци, оваа болест се чини дека достигнува загрижувачки размери во нашата земја.

Ризиците не потекнуваат единствено од самата болест и од фактот дека таа се шири, туку и од создавањето и соединувањето опасни и научно неосновани мислења преку судски одлуки, со кои се прифаќа дека вработените кои се носители на ХИВ вирус претставуваат „опасност“ на нивното работно место.

На крај, треба да посочиме дека заштитата на правата на лицата кои се носители на ХИВ вирус не се однесува само на нив, туку и на јавното здравство воопшто, бидејќи ако не се заштитат овие лица, тие ќе се двоумат дали да се тестираат ... со што ќе се поткопаат напорите на јавните здравствени организации да го спречат ширењето на болеста.“

III. РЕЛЕВАНТНИ ЕВРОПСКИ И МЕЃУНАРОДНИ ИНСТРУМЕНТИ

A. Препорака на МОТ во врска со ХИВ и СИДА и светот на трудот, 2010 година (бр. 200)

32. Оваа Препорака е првиот инструмент за човекови права во врска со ХИВ и СИДА во светот на трудот. Усвоена е со големо мнозинство гласови од страна на претставници на влади, работодавци и работници од земјите-членки на МОТ на Меѓународната конференција за труд одржана во јуни 2010 година. Препораката, меѓу другото, гласи:

„3. ...

(в) не треба да има дискриминација или стигматизација на работници, особено

на лицата што бараат работа или кои аплицираат за работно место, врз основа на нивниот реален или претпоставен статус на носител на ХИВ вирус или фактот што припаѓаат на региони од светот или групи

од населението за кои се смета дека се изложени на поголем ризик или се поранливи на ризик од инфекција од ХИВ

вирусот;

...

9. Владите, во консултација со најрепрезентативните организации на работодавци и работници, треба да обезбедат заштита еднаква на онаа предвидена во Конвенцијата против дискриминација (вработување и професија) од 1958 година, со цел спречување дискриминација врз основа на реален или претпоставен статус на носител на ХИВ вирус.

10. Реалниот или претпоставениот статус на носител на ХИВ вирус не треба да биде основа за дискриминација која би спречила вработување или континуирана работа или полагање право на еднакви можности во согласност со одредбите од Конвенцијата против дискриминација (вработување и професија) од 1958 година.

11. Реалниот или претпоставениот статус на носител на ХИВ вирус не треба да биде причина за отпуштање од работа. Привременото отсуство од работа поради болест или грижа за трето лице поврзана со ХИВ или СИДА треба да се третира на истиот начин како и отсуствата поради други здравствени причини, имајќи ја предвид Конвенцијата за прекин на работен однос од 1982 година.

12. Кога постојните мерки против дискриминација на работно место не се соодветни за ефективна заштита од дискриминација во однос на ХИВ и СИДА, земјите-членки треба да ги приспособат овие мерки или да ги заменат со нови и да обезбедат нивно ефективно и транспарентно спроведување.“

B. Текстови на Парламентарното собрание на Советот на Европа

33. Парламентарното собрание на Советот на Европа („ПССЕ“) го покренува прашањето за ХИВ/СИДА во одреден број документи. Во својата Препорака 1116 (1989) за СИДА и човекови права, Парламентарното собрание го навело следното:

„3. Посочувајќи дека, иако Советот на Европа се занимава со спречување уште од 1983 година, етичките аспекти се разгледани само површно;

4. Меѓутоа, имајќи предвид дека е од суштинско значење да се обезбеди дека човековите права и основните слободи не се загрозувани поради стравот од СИДА;

5. Особено загрижено поради дискриминацијата на која се подложени одредени лица заболени од СИДА, па дури и серопозитивни лица;

...

8. Му препорачува на Комитетот на министри:

да му наложи на Управниот одбор за човекови права да даде приоритет на зајакнување на клаузулата за недискриминација во член 14 од Европската конвенција за човековите права, или со додавање на здравјето меѓу забранетите основи за дискриминација или со подготвување општа клаузула за еднаков третман пред законот ...“

34. Во својата Резолуција 1536 (2007), ПССЕ ја потврдува својата заложба за борба против сите облици на дискриминација на лица кои живеат со ХИВ/СИДА:

„9. Посочувајќи дека пандемијата на ХИВ/СИДА достигнува критична точка од медицински, социјален и економски аспект, Собранието ги повикува собранијата и владите на земјите-членки на Советот на Европа:

9.1. да обезбедат дека нивните закони, политики и практики ги почитуваат човековите права во контекст на ХИВ/СИДА, особено во поглед на правото на образование, работа, приватност, заштита и пристап до превенција, третман, грижа и поддршка;

9.2. да ги заштитат лицата кои живеат со ХИВ/СИДА од сите облици на дискриминација и во јавниот и во приватниот сектор ...“.

В. Меѓународен пакт за економски, социјални и културни права

35. Член 2, став 2 од Меѓународен пакт за економски, социјални и културни права предвидува дека правата изнесени во овој инструмент „ќе се остваруваат без никаква дискриминација заснована на раса, боја на кожа, пол, јазик, вера, политичко или друго мислење, национално или социјално потекло, материјална положба, потекло по раѓање или кој и да е друг статус“. Во својот Општ коментар за недискриминација (бр. 20, 2009), Комитетот за економски, социјални и културно права недвосмислено навел дека изразот „кој и да е друг статус“, кој се наоѓа на крај во член 2, став 2 од Меѓународниот пакт, ја вклучува и здравствената состојба, особено статусот на носител на ХИВ вирус:

„33. Здравствената состојба се однесува на физичкото или менталното здравје на лицето. Земјите-членки треба да обезбедат дека реалната или претпоставената здравствена состојба на лицето не претставува пречка за остварување на правата од Меѓународниот пакт. Земјите често ја наведуваат заштитата на јавното здравје како основа за ограничување на човековите права во контекст на здравствената состојба на одредено лице. Меѓутоа, многу такви ограничувања се дискриминаторски, на пример, кога статусот на носител на ХИВ вирус се користи како основа за различен третман во врска со пристапот до образование, вработување, здравствена заштита, патување, социјална заштита, домување и азил ...“.

Г. Пресуда на Уставниот суд на Јужна Африка во случајот Хофман против авиокомпанијата „South African“ (Hoffman v. South African Airways)

36. Во случајот Хофман против авиокомпанијата „South African“ (ССТ 17/00) од 4 октомври 2000 година, доставена е апликација до Уставниот суд против одлука на Високиот суд од Витватерсранд во врска со дискриминација за вработувањето на г. Хофман како стјуард за авиокомпанијата „South African“ поради тоа што бил носител на ХИВ вирус. Компанијата навела три аргуенти: негативната реакција на лицата кои се носители на ХИВ вирус на вакцината против жолта треска; ризикот од пренесување на болеста на патниците и останатите членови во компанијата; и слаб поврат на инвестиции во такви работници, бидејќи просечниот животен век им е пократок во споредба со оној на другите лица.

37. Уставниот суд едногласно одлучил дека со таквата дискриминација се повредиле уставните права на г. Хофман.

38. Прво, Судот одлучил дека мора да се направи разлика помеѓу лицата кои се носители на ХИВ вирус и лицата кои боледуваат од имунодефициенција. Тој утврдил дека г. Хофман бил само носител на ХИВ вирус во моментот на неговото отпуштање од работа, како и во моментот на донесување на судската одлука. Судот додал дека праксата на други странски авиокомпаниии не влијаела врз разгледување на уставноста на одлуката. Второ, Судот констатирал дека комерцијалниот пристап на компанија е легитимен, но сметал дека тоа не треба да служи како изговор за ускратување на елементарните основни права, како што се сочувствување и толеранција на другите. Имајќи ги предвид овие важни согледувања, лицата заразени од ХИВ вирус се во исклучително деликатна ситуација и затоа им е потребна целосна заштита од страна на правниот систем. Соодветно на тоа, Судот одлучил дека компанијата мора, без одложување, да му понуди работно место на г. Хофман поради повреда на неговите права, како и да ги сноси судските трошоци.

IV. МАТЕРИЈАЛИ ОД КОМПАРАТИВНО ПРАВО

39. Компаративна студија за законодавството на триесет земји-членки на Советот на Европа во врска со заштитата од дискриминација на работното место за лица заразени од ХИВ вирус обезбедена во согласност со домашното право, покажува дека седум земји – Албанија, Азербејџан, Италија, Молдавија, Романија, Обединетото Кралство и Русија – усвоиле посебни закони во врска со ова. Во дваесет и три други земји-членки, кои не усвоиле посебни закони, лицата кои се носители на ХИВ вирус и кои се соочуваат со различен третман на работното место може да се повикаат на општите одредби од домашното право со кои се регулира недискриминацијата. Одлуките на домашните судови и другите тела за заштита на човековите права во некои од овие земји-членки покажуваат дека тие доделуваат заштита од отпуштање од работа на лицата кои се носители на ХИВ вирус преку забрана предвидена за други основи за дискриминација, како што се здравје или инвалидитет.

40. Во Франција, на пример, на 6 септември 2012 година, Комисијата за еднаков третман (Совет за човекови права од октомври 2012 година), утврдила дека Законот за еднаков третман на лица со попреченост или кои боледуваат од хронична болест не предвидува обврска за вработениот да ја пријави својата болест (во односниот случај станувало збор за вработен во кафетерија, кој бил носител на ХИВ вирус, и кој бил отпуштен од работа), освен доколку тоа е неопходно за извршување на неговите работни задачи. Комисијата, исто така, утврдила дека наводните предрасуди на гостите кон лицата кои се носители на ХИВ вирус не го оправдувале раскинувањето на договорот.

41. На 13 декември 1995 година, Кривичниот суд во Понтоаз, во Франција, осудил работодавец на условна казна затвор во траење од пет месеци и му наложил да плати 3.000 евра како отштета поради отпуштањето од работа – наводно од економски причини – на еден од неговите вработени, кој бил ветеринарен помошник, а носител на ХИВ вирус.

42. Дури и пред да се донесе Законот за борба против одредени облици на дискриминација во Белгија на 10 мај 2007 година, Судот за трудово право во Дендермонд, на 5 јануари 1998 година, одлучил дека работодавецот го злоупотребил своето право да раскине договор за вработување кога отпуштил вработен од работа поради тоа што бил заразен од ХИВ вирусот.

43. Федералниот суд во Швајцарија (пресуда ATF 127 III 86) одлучил дека отпуштањето од работа единствено поради инфекција со ХИВ вирус е дискриминаторско и неправедно во смисла на член 336 од Законот за облигациони односи.

44. На 18 октомври 2004 година, Регионалниот суд во Полтава, во Украина, му наредил на уредникот на едно списание да му плати надомест на новинар кој бил отпуштен од работа бидејќи бил носител на ХИВ вирус.

45. Во Хрватска, по реакцијата на Народниот правобранител, Правилникот на полицијата, кој претходно пропишувал дека лице кое е носител на ХИВ вирус ниту може да стане ниту пак може да остане да служи како полицаец, бил изменет.

46. На 23 ноември 2009 година, Уставниот суд на Полска ја прогласил за неуставна одредбата од прописите на Министерството за внатрешни работи според која секој полицаец кој бил носител на

ХИВ вирус автоматски се прогласувал за неспособен за таа служба.

47. На 26 април 2011 година, Врховниот суд на Русија ја поништил одредбата во Правилникот за цивилна воздушна пловидба со која се забранувало лице кое е носител на ХИВ вирус да работи како пилот на кој било вид летало.

ПРАВО

1. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕН 14 ВО ВРСКА СО ЧЛЕН 8 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

48. Апликантот се жалел на повреда на неговото право на приватен живот, наведувајќи дека Касацискиот суд досудил дека неговото отпуштање од работа врз основа на неговиот статус на носител на ХИВ вирус било законско. Тој, исто така, навел дека неговото отпуштање од работа било дискриминаторско и дека расудувањето на Касацискиот суд, според кое неговото отпуштање од работа било оправдано со потребата да се зачува добрата работна атмосфера во компанијата, не претставувало оправдана основа за различен третман во согласност со член 14. Тој се повикал на член 14 во врска со член 8 од Конвенцијата. Овие одредби гласат како што следи:

Член 8

„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.“

Член 14

„Уживањето на правата и слободите, признати во [оваа] Конвенција, треба да се обезбеди без никаква дискриминација по кој било основ, како што се пол, раса, боја на кожа, 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.“

А. Наводи на странките

1. Владата

49. Владата признала дека секое отпуштање на вработен од работа несомнено влијае врз неговиот или нејзиниот приватен живот. Меѓутоа, тоа не било доволно за примена на член 8. Според судската пракса на Судот, отпуштање од работа претставува проблем во смисла на член 8 само доколку тоа подразбира пошироки последици по вработениот, како што се неможност повторно да најде работа, а не само кога ќе го изгуби работното место. Отпуштањето на апликантот од работа не влијаело врз негово исклучување од пазарот на труд (како што тоа било случај во предметот Сидабрас и Џиаутас против Литванија (*Sidabras and Džiautas v. Lithuania*), бр. 55480/00 и 59330/00, ЕКЧП 2004VIII), ниту пак врз општото лишење на лицата кои се носители на ХИВ вирус од правото на вработување. Апликантот нашол работа набрзо откако бил отпуштен. Со член 8 се штитат односите кои двете странки имаат намера да ги воспостават, додека во случајот на апликантот, неговите колеги не сакале да работат со него. На крај, работодавецот на апликантот не ги злоупотребил информациите поврзани со неговата здравствена состојба.

50. Според Владата, апликантот не бил ниту жртва на дискриминација. Неговиот работодавец го отпуштил од работа со желба да ги заштити интересите на компанијата и да обезбеди мирни работни односи, а не поради предрасуда во врска со неговиот статус на носител на ХИВ вирус. Фактот дека Касацискиот суд констатирал дека тој бил отпуштен од работа на таа основа не значело дека тој бил со предрасуди или дека се однесувал пристрасно кон апликантот. Неговото расудување не зависело од фактот дека апликантот бил носител на ХИВ вирус. Понатаму, работодавецот на апликантот, С.К., не добила предност пред Касацискиот суд поради тоа што не е носител на ХИВ вирус.

51. Владата изјавила дека здравјето на апликантот и неговото останување на работа во компанијата не биле предмет на „переговори“ помеѓу работодавецот и колегите на апликантот. Работодавецот се обидел да најде решение со кое, без да се загрози опстанокот на компанијата, би се зеле предвид интересите на апликантот. Таа ја разгледала можноста за преземање помалку радикални мерки од отпуштањето од работа и се обидела да му помогне на апликантот нудејќи му обука за фризер или помагајќи му да основа своја компанија. Откако сите овие обиди биле без успех, работодавецот ги ставил своите сопствени интереси – да го зачува непреченото функционирање на компанијата – пред интересите на апликантот и одлучил да го отпушти од работа. Работодавецот не можел да ги игнорира стравовите на своите вработени. Обезбедувањето хармонична работна атмосфера не е само право на работодавецот, туку и негова обврска кон неговите вработени. Фактот дека работодавецот ги ставил своите сопствени интереси пред оние на еден од неговите вработени и дека не реагирал на „пожелен“ начин – имено, ги игнорирал стравовите на своите вработени – и фактот дека Касацискиот суд не му наложил на работодавецот да го стори она што би било „пожелно“ не претставуваат повреда на Конвенцијата.

52. Владата навела дека случаите *Обст против Германија (Obst v. Germany)* (бр. 425/03, 23 септември 2010 година) и *Шлут против Германија (Schlüth v. Germany)* (бр. 1620/03, ЕКЧП 2010 година), на кои се повикува апликантот, повеќе ја поддржуваат тезата за непостоење на повреда. Судот, особено во вториот случај, посебна тежина му дал на фактот дека отпуштањето на апликантот од работа може да го доведе во ситуација да биде целосно оневозможен да најде работа, што не било случај во конкретниот предмет. Со оглед на тоа што апликантот бил вработен од друга компанија набрзо по неговото отпуштање, тоа не влијаело за негова стигматизација или исклучување од професионалниот или социјален живот.

53. Владата сметала дека конкретниот случај треба да се разликува од случајот *Киутин против Русија (Kiyutin v. Russia)* (бр. 2700/10, ЕКЧП 2011 година), во кој ограничувањата наметнати на правата на апликантот биле резултат на постапување од страна на државата. Во конкретниот случај, наводниот дискриминаторски третман претставувало постапување од страна на поединец и Касацискиот суд требал да разгледа спор помеѓу поединци. Понатаму, европскиот консензус кој го констатирал Судот во предметот *Киутин* се однесувал на влезот, привремениот престој и постојаниот престој на лица кои се носители на ХИВ вирус во земјите-членки на Советот на Европа, а не на степенот на одговорност на поединци и издначување на нивната одговорност со онаа на државата.

54. Владата посочила дека Касацискиот суд не сметал дека стравовите на колегите на апликантот вреди да бидат заштитени. Неговото расудување не било ниту произволно ниту неразумно, дури и ако се смета дека полето на слободна проценка на државата било ограничено поради фактот дека апликантот бил носител на ХИВ вирус. Во конкретниот случај, судскиот систем во Грција не можел да бара повеќе од работодавецот, имајќи предвид дека таа била само поединец, се обидела да избегне да го отпушти апликантот од работа и да му помогне, како и дека атмосферата во компанијата била особено непријателска кон него.

55. Владата изјавила дека ниту Касацискиот суд ниту неговиот работодавец не постапувале лошо со апликантот заради неговата здравствена состојба. Работодавецот не ја споредил здравствената состојба на апликантот со онаа на нејзините други вработени; таа донела одлука да го отпушти од работа не поради тоа што бил носител на ХИВ вирус, туку со цел да го врати мирот во компанијата.

56. Владата тврдела дека ниту со член 8, без разлика дали земен засебно или во врска со член 14, ниту со Протокол бр. 12 се бара од земјите-членки да воведат закони со кои се забранува отпуштање на вработени кои се носители на ХИВ вирус од работа во приватниот сектор. Одредбата за таква обврска би довела до проширување на одговорноста на државата во врска со односите помеѓу поединци, додека, според судската пракса на Судот, земјите-членки имаат широко поле на слободна проценка во таа област. Тие се повикале на случајот *Еванс против Обединетото Кралство (Evans v. the United Kingdom)* ([GC], бр. 6339/05, став 77, ЕКЧП 2007I).

57. Според наводот на Владата, државите секако не биле спречени да донесат закони од таков вид, но тоа не би можело да се смета како обврска која произлегува од член 8 и член 14 од Конвенцијата. Грчката држава, во принцип, постапувала во согласност со нејзините позитивни обврски во областа на трудовото право, вклучувајќи ги областите во кои би можело да се покренат прашања кои влијаат врз приватниот живот на односното лице. Таа овозможувала ефективна заштита на вработените кои

се носители на ХИВ вирус преку добро утврдени одредби во трудовото право, граѓанското право, граѓанската постапка и одредби со кои се уредуваат посебни категории на вработени (Закон бр. 2643/1998 со наслов „заштита при вработување лица со попреченост“ и Закон бр. 3304/2005 во кој е вградена Директива 2000/78/ЕЗ на Советот од 27 ноември 2000 година за воспоставување општа рамка за еднаков третман во вработувањето и професиите).

58. Владата утврдила дека, повикувајќи се на соодветните одредби од граѓанското право и трудовото право, апликантот повел постапка пред граѓанските судови, кои го разгледале неговиот случај во согласност со посебните постапки кои се применуваат на работни спорови. Фактот дека пониските судови пресудиле во негова корист покажува дека гореспоменатите одредби претставуваат доволна рамка за заштита на вработените кои се носители на ХИВ вирус. Ефективноста на таа рамка не може да се доведе во прашање само поради тоа што Касацискиот суд на крај пресудил во корист на работодавецот на апликантот.

2. Апликантот

59. Повикувајќи се на случајот Сидабрас и Џиаутас, цитиран погоре, случаите Обст и Шлут, цитирани погоре, случајот Паломо Санчез и други против Шпанија (Palomo Sánchez and Others v. Spain) [GC], бр. 28955/06, 28957/06, 28959/06 и 28964/06, ЕКЧП 2011 година) и случајот Силиадин против Франција (Siliadin v. France) (бр. 73316/01, ЕКЧП 2005-VII), апликантот тврдел дека фактот што неговата претставка се однесувала на околностите поврзани со неговото отпуштање од работа, само по себе, не го прави неприменлив член 8 или принципот на позитивни обврски. Фактичката состојба покажа дека ставот на неговите колеги и на неговиот работодавец имал последици врз неговиот приватен живот, кои не може да се сметаат за занемарливи. Тој бил предмет на моментална, директна и ефективна стигматизација од страна на неговите колеги и со него се постапувало како со отпадник кој повеќе не би требало да има право на работа. Понатаму, неговиот работодавец можел, и требал, да заземе поинаков став кон него, особено да настојува неговиот статус на носител на ХИВ вирус да не биде основа за отпуштање од работа, а не таквиот статус да го претвори во предмет на преговори со останатите вработени. Апликантот навел дека ја изразил својата желба да ја задржи работата и покрај непријателските реакции и социјалното обележување кое му било наметнато. Вработувањето е важен елемент за самопочитта на поединецот, што е од суштинско значење за неговата или нејзината способност да создаде социјални и приватни односи.

60. Во својот навод, апликантот, исто така, се повикал на повеќе меѓународни инструменти, како што е Препораката бр. 200 на МОТ и Резолуцијата 1536 (2007) на ПССЕ, во кои се дефинира стигматизацијата во светот на трудот и повикал на заштита на лицата заразени од вирусот од кој било облик на дискриминација.

61. Апликантот навел дека Касацискиот суд „бил должен“, во околности на случајот, да го прогласи отпуштањето од работа за неправедно врз основа на дискриминација. Тој сметал дека добил помалку поволен третман од неговите колеги поради неговата здравствена состојба. Доколку не беше заразен од вирусот, неговите колеги немаше да одбијат да работат со него и неговиот работодавец немаше да го отпушти од работа. Доколку во Грција постоеше добро утврден принцип дека вработен, кој е носител на ХИВ вирус, не може да биде отпуштен од работа, вработените со предрасуди би знаеле дека не можат да издејствуваат отпуштање на такви лица од работа, не би го нарушувале функционирањето на компанијата и не би се мешале во професионалниот и приватниот живот на таквиот вработен. Во конкретниот случај, мотивите на вработените не може да се одвојат од оние на работодавецот и не може да се тврди дека отпуштањето од работа не било дискриминаторско под изговор дека мотивите на работодавецот, земени засебно, претставуваат оправдана причина за отпуштање од работа.

62. Апликантот останал при тоа дека доколку не се признае како незаконско, отпуштањето од работа на член на загрошена група врз основа на тоа што неговите колеги одбиле да работат со него поради предрасуди, тоа би довело до дискриминација и исклучување од големи размери: лицата со предрасуди во однос на други лица од одредена раса, етничка припадност или сексуална ориентација едноставно можат да одбијат да работат со нив и нивните работодавци ќе ги отпуштат. Доколку судовите не интервенираат, предрасудите на трети лица би имале ефект на исклучување на членовите на

загрозена група од повеќето работни места во приватниот сектор и на воспоставување облик на сегрегација помеѓу друштвата кои вработиле лица кои припаѓаат на таа група и оние кои не вработиле такви лица.

63. Апликантот навел дека, во конкретниот случај, Касацискиот суд не ја одмерил потребата за заштита на вработени кои се носители на ХИВ вирус од дискриминација во однос на потребата работодавците да ги заштитат своите интереси. Покрај тоа, пресудата на Касацискиот суд била особено кратка и не го проучила вистински прашањето на сразмерност на мешањето.

64. Апликантот навел дека постоеле повеќе фактори во конкретниот случај кои би го оправдале наодот – како што тоа го сторил Судот во случајот Киутин (цитиран погоре, став 63) – дека државата имала потесно поле на слободна проценка. Тие фактори биле: неспорната предрасуда на неговите колеги кон поединците кои се носители на ХИВ вирус; фактот дека таквите лица биле дел од посебно загрозена група, биле жртви на систематски дискриминаторски третман и биле подложени на стигматизација, социјална исклученост и маргинализација; и фактот дека статусот на носител на ХИВ вирус бил конечен и често се сметал како показател на сексуалната склоност на односното лице. Кога вработен, кој е носител на ХИВ вирус, е отпуштен од работа, стигматизацијата до која доаѓа има катастрофални последици. Тој или таа мора да се соочи не само со болеста, туку и со штетните последици од отпуштањето од работа поради болеста. Таквата стигматизација може да му оневозможи да најде нова работа.

65. Како поткрепа на своите наводи, апликантот, исто така, се повикал на повеќе пресуди на Врховниот суд на бројни земји, кој пресудил во корист на вработените кои се носители на ХИВ вирус во работна средина, особено на пресудата во случајот Хофман против авиокомпанијата „South African“ на Врховниот суд на Јужна Африка (види ставови од 36 до 38 погоре), кој одлучил дека предрасудата против таа категорија на лица не претставувала легитимен професионален интерес.

66. Повикувајќи се на случајот Бах против Обединетото Кралство (Bah v. the United Kingdom) (бр. 56328/07, ЕКЧП 2011 година), апликантот навел дека државите мора да предпочат многу цврсти аргументи за да ја оправдаат разликата во третманот која се заснова на здравствените околности, како што е статусот на носител на ХИВ вирус. Како што Судот навел во таа пресуда, разликата во третманот која се заснова на внатрешна лична карактеристика мора да биде објаснета подетално отколку разликата во третманот која се заснова на карактеристика која произлегла од некој избор. Во наводот на апликантот, статусот на носител на ХИВ вирус бил состојба која, кога еднаш ќе се појави, не може да исчезне.

Б. Оценка на Судот

1. Применливост на член 8 во врска со член 14

67. Во врска со тоа дали фактите во овој случај припаѓаат во опфатот на член 8, Судот повторил дека поимот „приватен живот“ е широк поим, кој не може исцрпно да се дефинира. Тој поим го опфаќа физичкиот и моралниот интегритет на лицето и понекогаш ги опфаќа аспектите на физичкиот и социјалниот идентитет на поединецот, вклучувајќи го правото на воспоставување и развивање односи со други лица, правото на „личен развој“ или правото на самоопределување како такво (види случај Шлут, цитиран погоре, став 53).

68. Како и во случајот Шлут, апликантот во конкретниот случај не се пожалил на директно мешање од страна на националните органи кое довело до негово отпуштање од работа, туку на пропуст од нивна страна да ја заштитат неговата приватна сфера од мешањето на неговиот работодавец, што би можело да повлече одговорност на државата (види, *mutatis mutandis*, случај Паломо Санчез и други, цитиран погоре, став 60).

69. Судот веќе имал можност да пресуди, во согласност со член 8, во случаи на отпуштање на вработени врз основа на одлука на нивни приватни активности (види случаи Обст и Шлут, цитирани погоре). Исто така, во друг контекст, Судот одлучил дека член 8 се применува во ситуација кога властите одбиле да издадат дозвола за престој бидејќи апликантот бил носител на ХИВ вирус (види случај Киутин, цитиран погоре) или кога на односните лица им било забрането да работат во приватниот сектор поради нивно претходно вработување (види случај Сидабрас и Џиаутас, цитиран погоре).

70. Според тоа, се утврдува дека и прашањата во врска со вработување и ситуациите во кои се вклучени лица кои се носители на ХИВ вирус припаѓаат во опфатот на приватен живот. Судот не може а да не го донесе овој заклучок, бидејќи епидемијата на ХИВ не може да се смета само за здравствен проблем, бидејќи нејзините ефекти се чувствуваат во секоја сфера од приватниот живот.

71. Вркајќи се на фактите во конкретниот случај, Судот констатира дека тој има една карактеристика по која се разликува од сите гореспоменати случаи: отпуштањето од работа на вработен кој е носител на ХИВ вирус. Нема никакво сомневање дека иако наведениот мотив за отпуштање на апликантот од работа бил да се зачува добрата работна атмосфера во компанијата, отпуштањето секако било иницирано од обелоденувањето дека тој бил носител на ХИВ вирус. Токму тоа ги поттикнало неговите колеги да одбијат да работат со него, и покрај уверувањето од страна на докторот по медицина на труд, кој бил повикан од работодавецот да им го објасни начинот на пренесување на болеста, работодавецот да се обиде да го убеди да ја напушти компанијата и, на крај, вработените отворено да се закануваат дека ќе го нарушуваат функционирањето на компанијата сè додека апликантот работи таму.

72. Јасно е дека отпуштањето на апликантот од работа довело од стигматизација на лице кое, иако било носител на ХИВ вирус, не покажувало никакви симптоми на болеста. Таквата мерка секако мора да има тешки последици по неговите права на личност, почитта која би можела да му се покаже и, на крај, по неговиот приватен живот. На тоа мора да се додаде неизвесноста во барањето нова работа, бидејќи можноста да најде работа би можела реално да се смета за многу мала имајќи го предвид неговото претходно искуство. Фактот дека апликантот нашол нова работа откако бил отпуштен не е доволен да се избрише штетниот ефект од неговото отпуштање врз неговата способност да води нормален личен живот.

73. На крај, Судот повторува дека во случајот Киутин, цитиран погоре (став 57), тој одлучил дека здравствената состојба на лицето, вклучувајќи ја и онаа состојба како што е инфекција со ХИВ вирус, треба да биде опфатена – или како облик на инвалидитет или на ист начин како и инвалидитетот – со поимот „друг статус“ во текстот на член 14 од Конвенцијата.

74. Оттука произлегува дека член 14 во врска со член 8 од Конвенцијата е применлив на фактите во конкретниот случај.

2. Усогласеност со член 14 во врска со член 8

а) Дали апликантот се наоѓал во иста ситуација како и другите вработени во компанијата

75. Според воспоставената судска пракса на Судот, дискриминација значи различен третман, без објективно и разумно оправдување, на лица во иста, или релевантно слична, ситуација (види Д.Х. и други против Република Чешка (D.H. and Others v. the Czech Republic) [GC], бр. 57325/00, став 175, ЕКЧП 2007IV; и Брден против Обединетото Кралство (Burden v. the United Kingdom) [GC], бр. 13378/05, став 60, ЕКЧП 2008 година).

76. Како вработен во компанијата, апликантот може легитимно да се надева да продолжи да работи таму сè додека не стори нешто кое, според домашното трудово право, би го оправдало неговото отпуштање од работа. Меѓутоа, тој бил отпуштен од работа набргу откако било откриено дека бил позитивен на тестот за ХИВ.

77. Судот смета дека состојбата на апликантот треба да се спореди со онаа на другите вработени во компанијата, бидејќи е важна за проценка на основата за различен третман во неговата претставка. Јасно е дека апликантот добил помалку поволен третман отколку кој било од неговите колеги и тоа единствено поради тоа што бил носител на ХИВ вирус. Судот констатира дека работодавецот секако сакал да го врати мирот во компанијата, но таквата желба произлегла од ситуацијата која била создадена од ставот на колегите на апликантот кон неговиот статус на носител на ХИВ вирус.

б) Дали различниот третман за кој станува збор бил објективно и разумно оправдан

78. Откако апликантот докажал дека постоел различен третман, тужената влада е обврзана да докаже дека различниот третман бил оправдан. Таквото оправдување мора да биде објективно и разумно или, со други зборови, тоа мора да тежнее кон остварување легитимна цел и мора да постои разумен однос на пропорционалност помеѓу применетите средства и целта која се настојува да се оствари.

Државите договорнички уживаат поле на слободна проценка кога утврдуваат дали и до кој степен разликите во слични ситуации го оправдуваат различниот третман. Опфатот на ова поле на слободна проценка ќе се разликува во зависност од околностите, предметот и контекстот (види случај Киутин, цитиран погоре, став 62).

79. Во случајот Киутин, цитиран погоре, Судот навел дека ако ограничувањето на основните права се применува на посебно загрошена група во општеството која претрпела значителна дискриминација во минатото, тогаш полето на слободна проценка на државата е значително потесно и таа мора да има убедливи причини за воведување на ограничувањата за кои станува збор (*idem.*, став 63).

80. Лицата кои се носители на ХИВ вирус мора да се соочуваат со бројни проблеми, не само медицински, туку и професионални, социјални, лични и психолошки, а особено со предрасуди кои понекогаш се длабоко вкоренети дури и кај најобразованите лица.

81. Судот ја потврдил таквата состојба во случајот Киутин, цитиран погоре. Тој утврдил дека незнаењето за тоа како се шири болеста предизвикало предрасуди, кои пак довеле до стигматизација или маргинализација на оние лица кои се заразени од вирусот. Тој додал дека, следствено на тоа, лицата кои живеат со ХИВ вирус биле загрошена група со историја на предрасуди и стигматизација и дека на државата треба да ѝ се дозволи само тесно поле на слободна проценка при изборот на мерки со кои на таа група ќе ѝ се обезбеди различен третман врз основа на нивниот статус на носители на ХИВ вирус (*idem.*, став 64).

84. Исто така, Судот напоменува дека компаративната студија за законодавството на триесет земји-членки на Советот на Европа во врска со заштита од дискриминација на работното место за лица заразени од ХИВ вирусот покажува дека седум земји усвоиле посебни закони во врска со ова. Меѓутоа, во дваесет и три други земји-членки, кои не усвоиле посебни закони, лицата кои се носители на ХИВ вирус, и кои се соочуваат со различен третман на работното место, може да се повикаат на општите одредби од домашното право со кои се регулира недискриминацијата. Одлуките на домашните судови и другите тела за заштита на човековите права во некои од овие земји-членки покажуваат дека тие доделуваат заштита од отпуштање од работа на лицата кои живеат ХИВ вирус, така што ги вклучуваат под други основи за кои предвидуваат забрана на дискриминација, како што се здравје или инвалидитет (види став 39 погоре).

83. Оттука, се чини дека иако не сите земји-членки на Советот на Европа усвоиле посебни закони во корист на лицата кои живеат со ХИВ вирус, постои јасна тенденција за заштита на сите лица од каква било дискриминација на работното место преку поопшти законски одредби кои ги применуваат судовите при разгледување на случаите на отпуштање на вработени, кои се носители на ХИВ вирус, од работа и во јавниот и во приватниот сектор (види ставови од 40 до 47 погоре).

84. Покрај тоа, Судот констатира дека одредбите со кои се регулира недискриминацијата, содржани во различни меѓународни инструменти, предвидуваат заштита на лицата заразени од ХИВ вирусот. Во овој контекст, Комитетот за економски, социјални и културни права на ООН го прифаќа статусот на носител на ХИВ вирус како забранета основа за дискриминација. Исто така, сè поголем број посебни меѓународни инструменти содржат одредби за лицата кои се носители на ХИВ вирус, вклучувајќи ја особено забраната за дискриминација во областа на вработување, како што е Препораката на МОТ за ХИВ и СИДА и светот на трудот, бр. 200.

85. Врз основа на фактите за случајот, Судот напоменува дека работодавецот на апликантот му го раскинал неговиот договор поради притисокот кој му го вршеле вработените, кои дознале дека апликантот бил носител на ХИВ вирус и стравувале за своето здравје. Тој, исто така, констатира дека докторот по медицина на труд ги известил вработените во компанијата дека нивните работни односи со апликантот не ги изложувале на никаков ризик од инфекција.

86. Пониските судови ја одмериле потребата за заштита на непреченото функционирање на компанијата во однос на оправданото очекување на апликантот дека би бил заштитен во текот на тешкиот период низ кој минувал. Тие судови му дале предност на апликантот. Апелациониот суд особено утврдил дека заканата од нарушување на функционирањето во компанијата во конкретниот случај, како резултат на масовна реакција на вработените, била заснована на научно неоснована реакција. Судот констатирал дека кога болест на вработен не влијае негативно врз работните односи или врз непреченото функционирање на компанијата (како што е отсутување од работа,

намалување на способноста за работа, итн.), тогаш тоа не може да послужи како објективна причина за раскинување на договорот. Покрај тоа, имајќи ја предвид природата на работата на апликантот, која не подразбирала прекумерен напор, апликантот не бил во опасност од намалување на неговата работна способност, бидејќи во текот на многу години во кои лице било само носител на ХИВ вирус, неговата или нејзината способност за работа не била значително намалена.

87. Во конкретниот случај, Апелациониот суд недвосмислено прифатил дека статусот на апликантот како носител на ХИВ вирус не влијаел врз неговата способност да ги извршува своите работни задачи и не посочувал дека тој нема да може соодветно да го извршува неговиот договор за тоа да би можело да го оправда непосредното раскинување на договорот (види став 19 погоре). Апелациониот суд, исто така, прифатил дека самото постоење на компанијата не било загрозено од притисоците кои ги вршеле вработените (види став 20 погоре). Претпоставената или изразената предрасуда на вработените не може да се смета како изговор за раскинување на договорот на вработен кој е носител на ХИВ вирус. Во такви случаи, потребата за заштита на интересите на работодавецот треба да биде внимателно избалансирана со потребата за заштита на интересите на вработениот, кој бил најслабата страна во договорот, особено кога вработениот е носител на ХИВ вирус.

88. Меѓутоа, Касацискиот суд не ги одмерил сите вклучени интереси на внимателен и соодветен начин како што тоа го направил Апелациониот суд. Судот дал многу кратко образложение, имајќи го предвид важниот и невообичаен карактер на прашањата покренати во конкретниот случај, Судот одлучил дека отпуштањето од работа било целосно оправдано со интересите на работодавецот, во рамки на соодветното значење на зборот, бидејќи мерката била воведена со цел повторно да се воспостави мир во компанијата, како и да се обезбеди нејзино континуирано и непречено функционирање. Иако Касацискиот Суд не го оспорил фактот дека инфекцијата на апликантот не влијаела штетно врз неговата способност да го извршува договорот за вработување, тој сепак ја засновал својата одлука, оправдувајќи ги стравовите на вработените, на очигледно неточна претпоставка, имено, дека болеста на апликантот била „заразна“. Постапувајќи така, Касацискиот суд му го припишал истото она значење на непреченото функционирање на компанијата кое сакале да му го дадат вработените, на тој начин поистоветувајќи го тоа значење со субјективната перцепција на вработените.

89. Судот не се согласува со мислењето на Владата дека одлуката на Касацискиот суд во корист на апликантот не би го решила проблемот, бидејќи работодавецот потоа би требал да ги сноси трошоците од продолженото нарушување на функционирањето на компанијата, а апликантот би морал и понатаму да се соочува со непријателско окружување. Придобивките на апликантот пред Касацискиот суд се ограничени на надомест – кој му го одредил Апелациониот суд – бидејќи неговото првично барање (за повторно враќање на работа во компанијата) било одбиено и од првостепениот суд и од Апелациониот суд. Покрај тоа, не би можело да се шпекулира за тоа каков став би имале вработените доколку Касацискиот суд ја уважел одлуката на пониските судови, и уште повеќе доколку во Грција постоеја закони или добро воспоставена судска пракса за заштита на лицата кои се носители на ХИВ вирус на работното место.

90. Како заклучок, Судот смета дека Касацискиот суд не објаснил соодветно како интересите на работодавецот преовладале над интересите на апликантот, како и дека тој не ги одмерил правата на двете странки на начин во согласност со Конвенцијата.

92. Произлегува дека апликантот бил дискриминиран врз основа на неговата здравствена состојба, со повреда на член 14 во врска со член 8. Според тоа, постои повреда на овие одредби.

II. ПРИМЕНА НА ЧЛЕН 41 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

92. Член 41 од Конвенцијата пропишува:

„Ако Судот оцени дека постои повреда на Конвенцијата или на нејзините протоколи, и ако внатрешното право на односната Висока страна-договорничка овозможува само делумно отстранување на последиците на таа повреда, Судот ѝ дава на оштетената страна, доколку е потребно, првично задоволување“.

А. Штета

93. Апликантот барал 6.339,18 евра за претрпена материјална штета, износ кој му го досудил Апелациониот суд. Тој, исто така, барал и законска камата нарасната од датумот на кој Апелациониот суд ја донел пресудата. Понатаму, тој барал 20.000 евра на име нематеријална штета која ја претрпел поради негова стигматизација и дискриминаторско отпуштање од работа.

94. Владата побарала од Судот да ги отфрли барањата во врска со материјалната штета со образложение дека тие се однесувале на економски аспект од вработувањето, а не на правото на почитување на приватниот живот кое се гарантира со член 8. Во врска со нематеријалната штета, тврдењата на апликантот дека бил стигматизиран и дискриминиран биле неосновани, бидејќи набрзо откако бил отпуштен од работа тој нашол нова работа. Доколку Судот заклучел дека дошло до повреда на Конвенцијата, таквиот наод би бил доволно правично задоволување.

95. Судот повторува дека постои повреда на член 14 во врска со член 8 врз основа на фактот дека Касацискиот суд не ги одмерил правата на двете странки на начин во согласност со Конвенцијата. Судот, исто така, напоменува дека Апелациониот суд одредил износот од 6.339,18 евра кој треба да му се додели на апликантот за неоплатените плати, кој му го досудил на име материјална штета. Тој, исто така, смета дека на апликантот треба да му се додели износ од 8.000 евра на име нематеријална штета.

Б. Трошоци и надоместоци

96. Апликантот барал 6.000 евра како надомест за неговите двајца адвокати кои го застапувале пред Судот (шеесет часа работа по 100 евра на час).

97. Владата побарала од Судот да го отфрли барањето, бидејќи тоа не било поднесено заедно со потребните придружни документи.

98. Во согласност со утврдената пракса на Судот, трошоците и надоместоците нема да се доделат во согласност со член 14, освен доколку се утврди дека тие биле навистина направени, дека биле неопходни и биле разумни во поглед на износот (види случајот Иатридис против Грција (*Iatridis v. Greece*) (правично задоволување) [GC], бр. 31107/96, став 54, ЕКЧП 2000XI). Судот напоменува дека апликантот не ги поднел потребните документи во поткрепа на неговото барање за трошоци и надоместоци. Соодветно на тоа, барањето е одбиено.

В. Затезна камата

99. Судот смета дека е соодветно затезната камата да се заснова на најниската активна каматна стапка на Европската централна банка, на која треба да се додадат три процентни поени.

ОД ОВИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ ЕДНОГЛАСНО

1. Заклучи дека има повреда на членот 14 во врска со член 8 од Конвенцијата;

2. Заклучи

(а) дека тужената држава треба да му ги плати на апликантот, во рок од три месеци од датумот на кој пресудата станува правосилна, во согласност со член 44, став 2 од Конвенцијата, следните износи:

(i) 6.339,18 (шест илјади тристотини триесет и девет евра и осумнаесет центи), плус секој данок кој може да му биде наплатен во врска со материјалната штета;

(ii) 8.000 евра (осум илјада евра), плус секој данок кој може да му биде наплатен во врска со нематеријалната штета;

(б) дека, по истекот на горенаведениот рок од три месеци до исплатата, се засметува проста камата на споменатиот износ, по стапка еднаква на најниската активна каматна стапка на Европската централна банка за време на периодот во кој се доцни со плаќање на обврските плус три процентни поени;

3. Го одби остатокот од барањето на апликантот за правично задоволување.

Изготвена на француски и доставена во писмена форма на 3 октомври 2013 година, во согласност со Правило 77, став 2 и став 3 од Деловникот за работа на Судот.

Сорен Нилсен
Секретар

Изабел Беро-Лефевр
Претседател

И.Б.Л

С.Н



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

ГОЛЕМ СОВЕТ

СЛУЧАЈ ФАБРИС ПРОТИВ ФРАНЦИЈА

(Жалба бр. 16574/08)

ПРЕСУДА

(основа)

СТРАЗБУР

7 февруари 2013 година

Оваа пресуда е конечна. Истата може да подлежи на редакциски измени.

Во случајот **Фабрис против Франција**,

Европскиот Суд за човекови права, заседавајќи како Големи судски совет составен од:

Јозеп Казадевал, Претседател,

Франсоаз Тулкенс,

Нина Вајик,

Лех Гарлицки,

Карел Јунгвиерт,

Елизабет Штејнер,

Алвина Гиулумиан,

Егберт Мијер,

Драгољуб Попович,

Жорж Николау,

Андраш Шајо,

Леди Бианку,

Нона Цоцориа,

Ишил Каракаш,

Гвидо Раимонди,

Пауло Пинто де Албукерке,

Андре Поточки, судии

и Јохан Калеваерт, помошник судски администратор во Големиот Совет,

Расправајќи на затворена седница, на 4 април и на 24 октомври 2012 година, ја донесува следната пресуда која беше усвоена на истиот датум :

ПОСТАПКА

1. Случајот започна со жалба (бр. 16574/08) против Република Франција, поднесена пред Судот на 1-ви април 2008 г. од страна на г-н Анри Фабрис, државјанин на Франција, (« жалител »), согласно членот 34 од Конвенцијата за заштита на човековите права и основните слободи (« Конвенција »).
2. Жалителот го застапува г-н А. Отан, адвокат од Линел. Француската влада (« Владата ») ја застапува нејзин претставник, г-ѓа Е. Белиар, Директор за правни прашања при Министерството за надворешни работи.
3. Жалителот, кој е дете од « прељубничка врска », наведува дека бил изложен на дискриминација по основ на раѓање, во поглед на поделбата на наследството на својата мајка, што е спротивно на членот 14 од Конвенцијата во врска со членот 1 од Протоколот број 1 и со членот 8 од Конвенцијата.

4. Жалбата беше распределена до петтиот оддел на Судот (член 52, став 1 од правилникот). На 10 февруари 2010 г., Претседателот на одделот одлучи да ја достави жалбата до Владата. Како што беше предвидено во стариот член 29 став 3 од Конвенцијата, (сегашен член 29 став 1) и членот 54 А од правилникот, беше одлучено советот да се изјасни истовремено и за допуштеноста и за основаноста на случајот. На 21 јули 2011 г. Советот од петтиот оддел составен од судиите: Деан Шпилман, Претседател, Жан-Пол Коста, Боштјан М. Зупанчич, Марк Вилигер, Изабел Бери-Лефевр, Ан Пауер и Анжелика Нусбергер, судии како и Клаудија Вестердиек, судски администратор во одделот, одлучи дека жалбата е допуштена. Советот заклучи со пет гласа « за » и со два гласа « против » дека не постои повреда на членот 14 од Конвенцијата во врска со членот 1 од Протоколот број 1 и едногласно одлучи дека нема потреба од одделно проучување на жалбата врз основа на членот 14 од Конвенцијата во врска со членот 8.

5. На 6 септември 2011 година жалителот побара случајот да се препрати до Големиот судски совет, согласно членот 43 од Конвенцијата и членот 73 од правилникот. На 28 ноември 2011 година колегиумот на Големиот судски совет го одобри неговото барање.

6. Составот на Големиот совет беше одлучен, согласно членот 26 став 4 и 5 од Конвенцијата и членот 24 од правилникот.

7. И жалителот и Владата доставија опсервации до Големиот судски совет.

8. На 4-ти април 2012 година се одржа јавна расправа во Палатата за човекови права во Стразбур (член 59 став 3 од правилникот).

На која присуствуваа:

Во име на Владата:

Госпоѓите: А.-Ф. Тисие, помошник службеник,

Е. Топин, Министерство за надворешни и европски прашања,

М.-А. Решер, Министерство за Правда,

С. Азар, Министерство за Правда, советници,

Во име на жалителот:

Господин: А. Отан, адвокат

Госпоѓица М. Отан, адвокат, правни советници.

Судот ги сослуша изјавите на госпоѓица Отан и на госпоѓа Тисие.

ФАКТИ

1. ОКОЛНОСТИТЕ НА СЛУЧАЈОТ

9. Жалителот е роден во 1943 година и живее во Орлеан.

А. Контекст на случајот

10. Жалителот по раѓањето е признат од својот татко. Во време на зачнувањето, неговата мајка, г-ѓа Р. омажена М. беше во брачна заедница во која роди и две деца; А. е родена во 1923 година а Ј.Л. е роден во 1941 година Со одлука од 28 февруари 1967 година мајката на жалителот одлучува да живее одвоено од својот сопруг, г-н М.

11. Со нотарски акт од 24 јануари 1970 година брачниот пар М. одлучува да го подари-подели имотот на двете законски деца. Оваа одлука, заверена кај нотар, содржи и одредба за уживање на овие права и од страна на трето лице и можност за отповикување со цел да се гарантираат обврските и условите

на подарокот. Во текот на составувањето на одлуката, брачните сопружници изјавуваат дека немаат други деца освен двете деца на кои им го оставаат подарокот.

12. Со одлука од 24 ноември 1983 година Основниот суд од Монпелие го прогласува жалителот за родено дете на г-ѓа М., откако беше утврдено дека постои состојба на родено дете.

13. Во 1984 година жалителот изразува желба да се поништи нотарскиот акт за подарок-поделба кој беше склучен во 1970 година. На тој датум неговиот адвокат му посочува дека нотарскиот акт не може да биде оспоруван се додека дарителот е жив но може да се отпочне активност за намалување на оставината на подарокот во текот на наредните пет години по смртта на дарителот.

14. Во јули 1994г. починала мајката на жалителот. Со писмо од 7-ми септември 1994г. нотарот кој го склучил своевременно нотарскиот акт за наследство го потсетува жалителот, дека во својство на дете од « прељубничка врска », има право само на половината од наследството кое тој би го добил кога би бил законско дете (тогашното законодавство предвидуваше наследно право намалено за половина во однос на законско дете – да се видат подолу ставовите 26 и 27). Тој му посочи дека неговиот полубрат и неговата полусестра се спремни да му исплатат сума од 298 311 француски франци (фф) (што е отприлика еднакво на 45 477 евра (eur) напоменувајќи дека « во случај на намалување на оставината поради појавување на друго дете покасно, може да стане збор за намалување на оставината во парична вредност а во никој случај во имотна вредност ». Трите деца не постигнаа никаква согласност.

Б. Постапка за намалување на оставината покрената од жалителот

15. Со писмено известување од 7 јануари 1998г. жалителот ги повикува на суд својот полубрат Ј.Л. и својата полусестра А. за намалување на оставината на подарокот-поделба на наследство, согласно членот 1077-1 од Граѓанскиот законик (подолу став 25). Тој бара да му се обезбеди, како и на нив двајцата, еднаков нужен дел од наследството на неговата мајка.

16. По осудувањето на Франција од страна на Судот во предметот Mazurek против Франција (бр. 34406/97, 1-ви февруари 2000 година, ЕСЧП 2000-II), Франција го менува своето законодавство со Законот бр.2001-1135 од 3-ти декември 2001 година (во понатамошниот текст « Закон од 2001 година») и на деца « од прељубнички врски » им ги доделува истите наследни права како на законските деца (подолу став 28). Овој нов закон стапи во сила пред да се донесе одлука за спорот кој е во тек. Според преодните одредби, доколку не се постигне спогодбен договор меѓу страните и неотповикливи судски одлуки, одредбите кои важат за новите наследни права на родените деца, чии мајка или татко во моментот на зачнувањето биле во брачна заедница, се спроведуваат за наследства кои се отворени до датумот на објавувањето на законот во Службен весник (4 декември 2001г.), чие наследство се до тој датум сеуште не е поделено (подолу член 25-II од законот од 2001г., став 30).

17. Во заклучоците од 20 февруари 2003 година жалителот се повикува на одредбите од законот од 2001 година. Тој истакнува дека истиот го укинува членот 14 од законот од 3 јануари 1972 година во однос на сродството (подолу « закон од 1972 г. » став 27 и 29), преодна одредба која предвидува дека правата на наследниците за нужен дел со овој закон не можат да се спроведуваат на штета на наследство направено меѓу живи дарители, пред да влезе во сила. Според жалителот, укинувањето на оваа одредба го прави допуштено неговото барање за намалување на оставината предвидено во членот 1077-1 од Граѓанскиот законик, иако подарокот-поделба на наследството се случиле на 24 јануари 1970 година.

1. Одлука од Основен суд

18. Со одлука од 6 септември 2004 година Основниот суд во Безие го одобрува барањето на жалителот. За членот 14 од Законот од 1972 година судот сметал дека е спротивен на членовите 8 и 14 од Конвенцијата. Во таа насока, судот се повикува на одлуката Marckx против Белгија (13 јуни 1979г, серија А, бр. 31) признавајќи дека « поимот семеен живот подразбира и материјални интереси », како и на повеќе одлуки од Судот « кои продолжија да го потврдуваат дискриминаторскиот карактер при различното постапување при наследство меѓу законски и родени деца (одлуки Mazurek, Inze и Vermeire) ». Судот оценил дека овој член е спротивен на новиот закон од 2001г. Судот пресудич дека странката ги има истите наследни права како и својот полубрат и својата полусестра, образложувајќи ја својата одлука како што е наведено:

« Во членот 25-1 од законот од 3 декември 2001г е наведено дека овој закон се однесува за сите отворени наследства од моментот на неговата применливост: освен ако не се постигне спогодбен договор меѓу страните и неотповикливи судски одлуки, одредбите од овој закон важат за сите отворени наследства до датумот на објавувањето на законот во Службен весник на Република Франција, доколку поделбата на наследството не била решена пред овој датум;

Во случајот со наследството на Г-ѓа М. истото сеуште не е поделено и затоа се спроведуваат одредбите кои важат за новите наследни права на родените деца, чиј татко или мајка во моментот на зачнувањето биле обврзани во брачна заедница (...).

Всушност, не е воопшто сериозно да се поддржува законодавецот, кој усвојувајќи го законот од 3 декември 2001г. сакаше да задржи одредба која е спротивна и на духот и на целта од новиот закон ».

2. Одлука од Апелационен суд

19. Во октомври и декември 2004 година Ј.Л. и наследниците на А., која почина во текот на постапката, поднесоа жалба.

20. Со одлука од 14 февруари 2006 година Апелациониот суд од Монпелие ја поништи одлуката и изјави дека жалителот нема право да бара намалување на оставината на подареното-поделено наследство, согласно членот 14 точка 2 од законот од 1972 година. Во одлуката е наведено:

« (...) врз основа на (овој член) правата на нужен дел на наследници кои се воведени со овој закон или кои произлегуваат од новите правила за воспоставување на сродство не можат да се спроведуваат на штета на наследство направено меѓу живи дарители, а пред истиот да влезе во сила.

Овој текст, со кој се пропишува генерално правило, особено во однос на ретроактивноста на новите правила кои се однесуваат на сродство а кои произлегуваат од законот од 3 јануари 1972г. не беше изрично укинато со законот од 3 декември 2001г. а неговото премолчено укинување не ги отфрла поимите од овој закон, од една страна за она што не им е спротивно, а од друга страна за она што не беше ограничено за единствената применливост на членот 915 од Граѓанскиот законик укинат со овој закон ».

Апелациониот суд сметаше дека таков заклучок не е спротивен на генералниот принцип за еднаквост на правата без разлика какво е раѓањето, како што произлегува од членот 1 од Протоколот бр. 1, 8 и 14 од Конвенцијата:

« Најпрвин, одредбите од членот 14 од законот од 1972г. имаат за цел да ја забранат применливоста на правото на нужен дел на наследници кои се воведени со овој закон и проширени со законот од 3 декември 2001г. на штета на наследство направено меѓу живи дарители, пред 1-ви август 1972г. без да се лишат наследниците од нивните наследни права од таканаречениот нужен дел.

Потоа законот дава едно објективно и разумно објаснување во однос на легитимната цел која се бара, односно гарантира еден своевиден мир во семејните односи, штитејќи ги стекнатите права во тие рамки, понекогаш и доста стари, без притоа да се создаде прекумерно нарушување меѓу наследниците, забележувајќи дека (овие одредби) имаат ограничено делување и во времето и во слободното располагање со наследство ».

3. Одлука од Касационен суд

21. Жалителот поднесе ревизија. Во неа се повикува на повредата на членот 1 од Протоколот бр. 1 и 14 од Конвенцијата, истакнувајќи дека мирот во семејните односи не може да има приоритет пред еднаквоста, особено за права од граѓанската област, меѓу деца во брачна заедница и деца родени надвор од брачна заедница.

22. Во писмено известување до засегнатите страни, генералниот адвокат во Касациониот суд предложува да се одбие ревизијата. Тој им се обрати на судиите од првиот граѓански совет при Касациониот суд со следното образложение:

« (...) зарем не треба да се смета дека отвореното наследство не било предмет на поделба пред датумот на објавување на законот, од моментот кога е побарано намалување на оставината, кој до тој датум е сеуште во тек ?

Всушност, поради различниот пристап кој постои во предните одредби во законите од 1972г. и од 2001г се јавува

целата оваа потешкотија. Ниту отворените наследства ниту договорениот подарок меѓу живи дарители постигнат пред стапувањето во сила на законот од 1972г. не можат да бидат доведени во прашање со овој закон, законот од 2001г. им овозможува на родените деца, чиј татко или мајка во текот на зачнувањето биле во брачни заедници, да имаат наследни права во отворени наследства пред објавувањето на последниот закон.

Со оваа разлика се оправдува нерестриктивната применливост на одредбите од законот од 2001г. Само за реализирана поделба, за постигнат спогодбен договор или неотповиклива судска одлука може да ги исклучат од новите права овие деца за наследство кое е веќе отворено. Со применливоста на барањето за намалување на оставината, отвореното наследство на датумот на објавувањето на законот од 2001г. не може да биде предмет на « поделба » на датумот на објавување на законот.

Поради сето ова, не можам да кажам дека не се спроведува законот од 3 декември 2001г. Сепак поимите од членот 14 од законот од 3 јануари 1972г. се лишени од секаква двосмисленост. Правата кои постојат преку овој закон за нужниот дел на наследници не може да се спроведуваат « на штета на подароци меѓу живи дарители постигнат пред стапувањето во сила на законот » . Дали тогаш треба да сметаме дека овие определби беа премолчено укинати ?

Без разлика на времето, во долгата претставка е наведено дека спротивставувањето на завршните одредби од овие два закони наметнува премолчено укинување на истите, делувајќи според законот од 1972г. Ако пристапот е различен меѓу преодниот период воспоставен во 1972г. од оној кој беше усвоен во 2001г. сепак ми се чини дека не постои контрадикторност.

Исклучувајќи го преиспитувањето на договорениот подарок меѓу живи дарители постигнат пред стапувањето во сила на законот од 1972г. законодавецот сакаше да ја гарантира правната безбедност на овие подароци. Доведувањето во прашање на оваа правна сигурност со ништо не е оправдана во 2002г. бидејќи претходните преодни одредби биле комплементарни на оние кои се утврдени со законот од 2001г.

Поради сето ова, јас Ви предложувам да го отфрлите првиот дел од барањето, договорениот подарок меѓу живи дарители кој бил склучен на 24 јануари 1970г. не може да биде доведен во прашање поради наследните права кои се појавуваат поради новите правила во однос на постоење на сродство. Во тој поглед, доколку реалноста на подарокот пред датумот на објавувањето на законот од 3 декември 2001г. е дискутабилна, сепак постоењето на договорениот подарок меѓу живи дарители постигнат пред стапувањето во сила на законот од 3 јануари 1972г. не е дискутабилен (...) ».

23. Со одлука од 14 ноември 2007 година Касациониот суд ја отфрла жалбата повикувајќи се по службена должност на чисто правни причини. Судот одлучил дека, дејството на преодните одредби од законот од 2001г., новите наследни права на родените деца чиј татко или мајка биле во моментот на нивното зачнување во брачна заедница, се однесуваат само за отворени наследства кои до 4 декември 2001 година се уште не биле поделени (погоре став 16). Судот истакнува дека наследната поделба се случила со смртта на г-ѓа М. во јули 1994 година односно пред 4 декември 2001 година и погорецитираните одредби не можеле да се применат.

II. РЕЛЕВАНТНО ДОМАШНО ПРАВО И СУДСКА ПРАКТИКА

A. . Inter vivos поделба на имот и барање за намалување на оставината

24. Францускиот закон овозможува наследниците сами да го поделат наследството помеѓу себе. Во рамки на постапка за подарок-поделба, оставителот одлучува за моментална поделба на својот имот (поделба меѓу живи лица). Тоа е предвремена поделба на наследството која е конечна и договорена. Сопственоста на предметниот наследен имот се пренесува во моментот на склучувањето на подарокот, кој истовремено е и прв (предвремен) акт на наследна постапка која би се отворила покасно. Според судската практика на Касациониот суд, подарокот-поделбата станува поделба на наследство откако ќе почине оставителот. Наследната постапка е отворена и истовремено распределена или поделена на денот на починувањето на оставителот (Касационен суд. Граѓ. 7 март 1876, 1 граѓ. 5 октомври 1994г. Бил. 1994г. I., бр. 27).

25. Потомокот кој не бил вклучен во распределбата е повикан да го достави своето барање за нужен дел од имотот кој постои во моментот на отворањето на наследството. Ако овој имот не е доволен, има право да побара намалување на оставината во рок од пет години по смртта на оставителот. Жалителот ја искористи постапката по жалба согласно членовите 1077-1 и 1077-2 од граѓанскиот законик, каков што бил напишан во моментот на фактичката состојба:

член 1077-1

« Потомокот кој не учествувал во подарокот-поделбата, или кој добил помал дел од неговиот нужен дел, може да побара намалување на оставината доколку не постои друг имот во текот на отворањето на оставинската постапка и кој не е доволен за да се побара или комплетира нужниот дел, земајќи го во предвид слободното располагање кое тој може да го искористи. »

член 1077-2

« Подарокот-поделбата ги следат правилата за дарување меѓу живи лица за се она што се однесува на доделување, пресметка на нужниот дел и барање за намалување на оставината.

Барањето за намалување на оставината може да започне по смртта на оставителот кој го поделил имотот или наследниците на оставителите во случај на заедничка поделба на наследството. Истото се пропишува во рок од пет години по смртта на оставителот.

Детето кое не е вклучено во моментот на подарокот-поделбата на наследството може да покрене постапка за составување или комплетирање на својот наследен дел. »

26. Членовите 913 и 915 од Граѓанскиот законик кои се однесуваат на « делот на расположливиот имот во подарок на оставина меѓу живи лица и преку тестаменти, кои оттогаш се укинати, се читаат како што следи :

член 913

« Слободното распределување на имот, било преку договор меѓу живи лица или тестамент не може да биде повисоко од половината на имотот на сопственикот, ако по неговата смрт остава само едно дете, една третина ако остава две деца, една четвртина ако остава три или поголем број на деца, без да се прави разлика меѓу законски или родени деца, освен во случаи поврзани со членот 915. »

член 915

« Кога родено дете, чиј татко или мајка во моментот на зачнувањето биле во брачна заедница со друго лице, истото учествува во наследството од оставителот заедно со законските деца од брачната заедница, со своето присуство тој се брои во расположливиот дел, но неговиот нужен дел од наследството е еднаков на половината од делот кој би му припаднал доколку сите деца, вклучувајќи го и него, би биле законски деца.

Делот за кој неговиот нужен дел е намален ќе го зголеми делот на законските деца, за кој вонбрачното дете се жали, и истиот ќе се дели само меѓу нив на еднаков дел ».

Б. Развој на правото кое се однесува на деца родени во « прељубничка врска »

27. Наследното право на родените деца беше изменето со законот од 1972 година во однос на сродството, со кој им се обезбедува еднаквост во наследството само со еден исклучок воспоставен за состојбата на дете од « прељубничка врска» (Mazurek, погоре цитиран, став 17) на кој му се ограничува правото на само « половина од оној дел на кој – тој би имал право – доколку сите деца на покојниот, вклучувајќи го и него, би биле законски » (да се видат старите членови 757 и 760 од граѓанскиот законик, *ibidem* ; а за подарок да се види и горенаведениот став 26).

28. Законот од 2001 година воведен по пресудата Mazurek, ги укинува ограничувањата од областа на наследното право на « вонбрачните » деца и воведува еднакво наследно право меѓу сите деца, законски, родени или вонбрачни. Во членот 1 од законот е наведено дека « не се прави разлика меѓу законско сродство и родено сродство за да се утврдат родителите кои ќе се наследат » (член 733 од граѓанскиот законик) и « децата или нивните потомци ги наследуваат таткото и мајката или другите претци, без разлика на полот, или редоследот на раѓање, иако доаѓаат од различни брачни заедници » (член 735 од граѓанскиот законик). Текстовите кои ја уредуваа рестриktivноста на нужниот наследен дел на « вонбрачно » дете и неговата способност да ги прима бесплатно, се укинати. Конечно одлуката бр. 2005-759 од 4 јули 2005 година со која се реформира сродството го посветува принципот на еднаквост на потеклото, отстранувајќи ги поимите на законско и вонбрачно дете.

В. Преодни одредби

1. Преодни одредби од законот од 1972 година

29. Овие одредби го ограничуваат полето на реформата воведена со законот од 1972 година. Во членот 14 се исклучува секаква моментална применливост на новите наследни права врз дете на родители кои не се во брак или дете од « прељубничка врска », за оставински постапки започнати пред неговото стапување во сила и го спречува тоа дете да го преиспита подарокот склучен меѓу живи лица, пред да стапи во сила законот, на 1 август 1972 година. Врз база на таа одредба Апелациониот суд од Монпелие го одби барањето на жалителот (погоре став 20).

2. Член 25 од законот од 2001 година

30. Според член 25-I од законот од 2001 година во принцип, стапувањето во сила на законот е продолжено до 1-ви јули 2002 година. Што се однесува пак до укинувањето на одредбите од граѓанскиот законик во однос на правата на децата од « прељубничка врска », законодавецот, во исклучителни околности, одлучи да спроведе мерка за моментално стапување во сила од датумот на објавување на законот во Службен весник, односно на 4 декември 2001 година. Така во член 25-II е наведено дека:

« овој закон ќе се применува за отворени наследства почнувајќи од [1 јули 2002г] во следните исклучителни случаи: (...)

2) освен ако не постои спогодбен договор и неотповикливи судски одлуки, ќе се спроведуваат за отворени наследства од датумот на објавувањето на овој закон во Службен весник на Република Франција и доколку не се случила поделба пред овој датум:

- одредбите кои се однесуваат на новите наследни права на родените деца чиј татко или мајка во моментот на зачнување биле во друга брачна заедница; (...)

31. Што се однесува до правата на децата од « прељубничка врска », законот од 2001 година би требало да се спроведува за сите отворени наследства до 4 декември 2001 година под услов да не се случила никаква поделба пред овој датум.

3. Законот од 23 јуни 2006 година со кој се реформираат наследствата и слободното располагање со имотот.

32. Со овој закон се менува членот 25-II од законот од 2001 година укинувајќи ги поимите « чиј татко или мајка во моментот на зачнувањето биле во друга брачна заедница ». Во членот 25-II 2 повеќе не споменува дали детето било родено во прељубничка врска или не..

4. Релевантна судска практика на Касациониот суд

33. Со одлука од 6 јануари 2004 година (1, граѓ, Билт. 2004, I, бр. 10), Касациониот суд ги спроведе преодните одредби од законот од 2001г, без да се повика на одредбите од Конвенцијата, за да поништи пресуда од Апелационен суд од 2002 година со која се укинуваат наследни подароци дадени на дете од « прељубничка врска » согласно старите одредби иако немало поделба на имотот. Во пресуда од 7 јуни 2006г. (1, граѓ, Билт. 2006, I, бр. 297), спроведувајќи исто така преодни одредби, Касациониот суд одбил жалба доставена од дете од « прељубничка врска » кое добило дел еднаков на половина од оној кој би го добил доколку би бил законско дете, иако поделбата се случила пред 4 декември 2001 година (всушност на 13 март 1996 година). Во пресуда од 15 мај 2008 година., Касациониот суд смета дека одредбите од законот од 2001г. кои се однесуваат на новите права на децата од « прељубнички врски » деца се применуваат на оставинска постапка отворена пред 1 август 1972г. (всушност во 1962г.) и кога тоа е довела до поделба пред 4 декември 2001г. (1, граѓ, Билт. 2008, I, бр. 139).

III. МАТЕРИЈАЛИ ОД СПОРЕДБЕНОТО ПРАВО

34. Во голем број од проучените земји (во четириесет од вкупно четириесет и две држави), статусот на детето во однос на наследството е независно од брачната состојба на неговите родители. Во дваесет и една земја постои еднаков статус за сите деца, а во деветнаесет други земји (Албанија, Азербејџан, Босна и Херцеговина, Кипар, Шпанија, Грција, Италија, Летонија, Луксембург, Молдавија, Монако, Црна Гора, Сан Марино, Србија, Словачка, Словенија, Обединето Кралство, Турција и Украина) се прави разлика меѓу законски деца и родени деца/незаконски, но доверувајќи им изрично еднакви наследни права. Поимот дете од « прељубничка врска » многу ретко се користи, и генерално, овие деца се во иста категорија со вонбрачните деца. Во Малта сè уште постои одредена разлика на поле на наследните права меѓу законски деца и вонбрачни деца/ деца од « прељубничка врска » незаконски. Единствената држава членка која прави јасна разлика во областа на наследното право за деца родени надвор од брачна заедница е Андора, каде овие деца се наоѓаат во понеповолна ситуација од законските деца.

IV. ДОКУМЕНТИ И РЕЛЕВАНТНА ЕВРОПСКА СУДСКА ПРАКТИКА

35. Групата на известувачи на Комитетот на Министри (GR-J) ја проучува нацрт препораката [CM/Res – 2012] до Државите членки за правата и правниот статус на децата и родителските одговорности (со објаснувачки меморандум) кој беше презентираан пред комитетот на Министри. Со нацрт препораката треба да се заменат застарените стандарди од Европската конвенција од 1975 година во однос на правниот статус на децата родени надвор од брак. (Конвенција која Франција не ја ратификувала) кои повеќе не се усогласени со судската практика на Судот. Во актуелниот текст, постои еден централен елемент кој се однесува на принципот на недискриминација во однос на принципот I кој гласи:

« децата не треба да бидат предмет на никаква дискриминација особено по основ на (...) раѓање (...).

Децата особено не треба да бидат предмет на никаква дискриминација поради брачната состојба на своите родители. »

Сепак, во принципот 5 « за право за наследство » е наведено дека, согласно дефиницијата на родителите дадена во принципот 2 и принципот 17.2 (забременување *post mortem*) « децата би требало, без разлика на околностите под кои биле родени да ги имаат истите наследни права врз имотот на секој од своите родители и на семејствата на истите ».

Релевантниот параграф од објаснувачкиот меморандум гласи:

« 22. Во поглед на генералниот принцип за недискриминација, таков како што е наведен во принципот 1 и во одлуките на Судот во предметите *Mazurek* против Франција, *Camp i Bourimi* против Холандија и *Marckx* против Белгија кои заклучуваат дека дискриминацијата врз деца родени во вонбрачни заедници и деца родени надвор од брачна заедница од областа на наследното право претставува повреда на членот 14 од Европската Конвенција за човекови права, во врска со членот 1 од првиот Протокол, во првиот предмет, и со членот 8 во вториот предмет, а генерално во принципот 5 е наведено дека, децата треба да имаат еднакви наследни права, без разлика на околностите во кои биле родени. Во тој поглед, овој принцип има поширока примена од членот 9 од Европската Конвенција од 1975г. во однос на правниот статус на деца родени надвор од брак, кој на овие деца им доделува исти наследни права како на деца родени во брак. Принципот 5 е подреден на дефиницијата за родители која е дадена во принципот 2 ».

ПРАВО

I. ЗА НАВОДНАТА ПОВРЕДА НА ЧЛЕНОТ 14 ОД КОНВЕНЦИЈАТА ВО ВРСКА СО ЧЛЕНОТ 1 ОД ПРОТОКОЛОТ БР.1

36. Жалителот се жали на неможноста за спроведување на своите наследни права како дете од « прељубничка врска » и дека таквата неоправдана дискриминација продолжила да трае и по пресудата во Mazurek и покрај усвојувањето на Законот од 2001 година.

Тој тврди дека постои повреда на членот 14 од Конвенцијата во врска со членот 1 од Протоколот бр. 1, кој гласи вака:

Член 14

« Уживањето на правата и слободите признати во (...) Конвенцијата треба да биде загарантирано, не правејќи никаква разлика, особено која се базира по основ (...) на раѓање (...) »

Член 1 од Протоколот бр. 1

« Секое физичко или правно лице има право на непречено уживање на својата сопственост. Никој нема да биде лишен од својата сопственост освен кога е тоа од јавен интерес и под услови определени со закон и општите принципи на меѓународното право.

Предходните одредби на никаков начин не го спречуваат правото на државата да ги примени оние закони кои се неопходни за да се контролира користењето на сопственоста, согласно на општите интереси или да се обезбеди плаќање на даноците или други придонеси или парични казни ».

A. Пресуда на Судскиот совет

37. Во својата одлука од 21 јули 2011 година Судскиот совет одлучи дека жалбата на жалителот навлегува во опсегот на членот 1 од Протоколот бр. 1 што е доволно за членот 14 од Конвенцијата да биде применлив. Поради признавање на мајчинското сродство во 1983г. жалителот имал интерес, кој можел да се изврши пред домашните судови, за применливост на своето право за наследство од неговата мајка на начин кој соодетствува со членот 14 од Конвенцијата (ставови 38-42 од пресудата на советот).

38. Судскиот совет, за меритумот на предметот, забележа дека законите од 1972г. и 2001г. воспоставуваат посебни преодни одредби што се однесуваат на новите наследни правагарантирани во тие закони. Советот исто така воочи дека домашните судови сметале дека жалителот не може да ги ужива тие права во моментот на започнувањето на постапката за намалување на подарокот-поделба на имотот од 1970 година. Според Апелациониот суд, преодната одредба од законот од 1972 година го исклучува оспорувањето на подарен имот меѓу живи лица пред стапувањето во сила на овој закон. Касациониот судима одлучено дека со оглед на тоа дека поделбата на имотот на се случила после смртта на мајката во 1994 година, согласно членот 25-II од законот од 2001 година со тоа се исклучувала примената на новите одредби кои предвидуваат еднакви наследни права. Овие толкувања на домашното законодавство служеле за легитимната цел на гарантирање на принципот на правна сигурност и оддамна стекнатите права од страна на законските деца: и истите не се неразумни, произволни или очигледно спротивставени со забраната за дискриминација. Судскиот совет ја одвои посебната состојба на овој предмет каде поделбата на наследството сеуште не било спроведено (погорецитираниот Mazurek и Merger и Gros против Франција, бр. 68864/01, 22 декември 2004г.) при носењето на заклучокот дека разликата во постапувањето во спорот е пропорционална со посакуваната цел и дека не постоела повреда на членот 14 од Конвенцијата во врска со членот 1 од Протоколот бр. 1 (ставови 50-59 од пресудата на Советот).

Б. Аргументи на страните

1. Владата

а) За применливоста на членот 14 од Конвенцијата

39. Владата истакнува дека фактите на кои се жали жалителот не спаѓаат во опсегот на членот 1 од Протоколот бр. 1 а со тоа членот 14 од Конвенцијата е неприменлив. Владата смета дека со оставинскиот подарок-поделба од 1970г. се направи пренос на сопственоста на имотот за двете законски деца и се воспостави таква правна состојба која му оневозможи на жалителот да добие дел однаследството. Ниту законот од 1972г. ниту оној од 2001г. Не делувале на начин да му овозможат да добие дел од имотот на кој би имал право доколку не постоел актот од 1970 година можеа да поттикнат реализација на неговото наследно право на кој ќе имаше право доколку нотарскиот акт од 1970 година не би постоел. За разлика од предметите Mazurek и Merger и Gros, во кои жалителите автоматски се стекнале со правото на наследство по смртта на нивните родители, ова наследство било решено во 1970 година пред да почине мајката на жалителот. Исто така, оваа поделба на имот се случила неколку години пред воспоставувањето на неговото сродство во 1983 година. Затоа според Владата, жалителот немало никакво наследно право врз оставината (да се види, *mutatis, mutandis, Alboize-Barthes i Alboize-Montezume* против Франција, (одлука) бр. 44421/04, 21 октоври 2008 година).

б) За основаноста

40. Како што истакна претходно и пред Судскиот совет, Владата остана на тврдењето дека жалителот не бил « исклучен » од наследството на својата мајка, но во мера во која имотот веќе бил распределен согласно оставинскиот подарок- поделба од 1970 година тој не би можел да го добие својот оставински дел кој би му припаднал врз база на законите од 1972 и 2001 година доколку не би постоел таков нотарски акт. Затоа, судските одлуки не биле тие кои му оневозможиле на жалителот да добие наследство од својата мајка, туку претходниот нотарски акт за пренесување на сопственоста која доведе до таква правна состојба.

41. Законодавецот во 2001 година, требало да ги има предвид при донесувањето на Законот токму тие стекнати права на другите наследници, исполнувајќи ги генералните обврски кои бил должен да ги преземе за да ја изврши пресудата Mazurek, Применувањето на новиот закон за состојби кои веќе постоеле морало да биде во согласност со принципот на правна сигурност и предвидливост на законот воспоставени во судската практика на Судот. Со членот 25 од законот од 2001 година на тој начин се исклучува применливоста на новите права кон оставински постапки веќе започнати на денот на негово објавување, а кои довеле до поделба на имото пред таа дата. Според Владата, толкувањето на Касациониот суд затоа не било спротивно на пресудата Mazurek. За разлика од таа пресуда и од случајот Merger и Gros, во кои жалителите оспорувале состојби кои се уште не биле утврдени во моментот на започнување постапка пред домашните судови, барањето за намалување на наследството поднесено од жалителот во 1998 година, имало за цел да оспори состојбата во која поделба на имотот веќе се случила.

42. Владата признава дека пресуда во која ќе биде утврдена повреда на Конвенцијата може да повлече генерални мерки во тужената држава и може да има пошироко влијание и надвор од предметниот спор меѓу страните пред Судот. Сепак Владата истакнува дека Судот никогаш не признава ретроактивно дејство за своите пресуди. Според неа, ако се тврди дека пресудата Mazurek треба да се примени и во овој предмет, односно на правна состојба која била дефинитвно утврдена пред донесувањето на таа пресуда и дека треба да има ретроактивно дејство, би тогаш член 46 би бил беспредметен..

2. Жалителот

а) За применливоста на членот 14 од Конвенцијата

43. Жалителот не дава дополнителни опсервации пред Големиот судски совет покрај оние кои веќе беа доставени пред Судскиот совет во кој го истакнува своето несогласување со Владата по таа точка (став 37 од одлуката од советот). Тој смета дека воспоставувањето на мајчино сродство во 1983г. му дава наследни права во моментот на отворањето на оставинската постапка за имотот на неговата мајка – која била се уште во тек на денот на поднесувањето на неговото жалба – и кое влегува во опсегот на применливоста на членот 1 од Протоколот бр. 1.

б) За основаноста

44. Според жалителот, ефикасноста на членот 14 од Конвенцијата морала да биде загарантирана и единствено « многу силни » причини можеле да доведат до тоа разлика во третманот по основ на раѓање да се смета компатибилна со Конвенцијата. Правната сигурност не е ниту право кое е загарантирано со Конвенцијата ниту причина од јавен интерес кој би можело да се оправда повреда на правото на мирно уживање на сопственоста согласно членот 1 од Протоколот бр. 1.45. Она што би можело да се толерира во 1972 година во име на концептот за правна сигурност, за да се избегне принципот за недискриминација кој е загарантиран со членот 14, по пресудата *Mazurek* веќе не може. Сепак жалителот истакнува дека неправедно стекнатите права не треба да бидат обезбедени преку преодни одредби од Законот од 2001г. со кои би требало да стави крај на видот на повреди утврдени со оваа пресуда. Тој смета дека преку надоместокот на штета која е причинета на г-н *Mazurek*, Судот одбил да ги обезбеди правните состојби кои постоеле пред оваа одлука. Жалителот смета дека Судот треба да го воочи непочитувањето на обврзувачката сила на пресудата *Mazurek* и дека треба во овој случај да одлучи против Франција. Да се донесе поинаков заклучок би значело прифаќање дека една земја, која усвојува законодавство е спремна и да ги сноси последиците од судската практика на Судот и располага со недефиниран рок за примена на одлуките на Судот, и може да се грижи во овој случај единствено за идните наследства и на тој начин да валидира *ex post facto* утврдени повреди на Конвенцијата. Жалителот се жалеше на континуирана дискриминација со која се продолжувале ефектите на Законот од 1972 година кои биле предмет на одлука на Судот против Франција и од кои се откажало законодавното тело во 2001 година.46. Жалителот истакнува и дека барањето за намалување на наследството, кое тој го покренал во 1998 година, за кое постапка се уште траела кога се објавил законот од 2001 година со што според него би требало да доведе до тоа тој да ги ползува новите права доверени на децата од «прељубничка врска ». Затоа, со оглед на тоа што постапката по неговото барање била во тек, имотот на неговата мајка не можел да дефинитивно поделен, спротивниот заклучок би довел до тоа да барањата за намалување на наследството подарок-поделба да стане неефикасен правен лек.

В. Мислење на Судот

1. За примената на членот 14 од Конвенцијата

а) Генерални принципи

47. Според воспоставена судска практика на Судот, членот 14 од Конвенцијата ги дополнува останатите материјални одредби од Конвенцијата и Протоколите. Тој нема независно постоење затоа што тој дејствува само во поглед « уживање на правата и слободите » кои се гарантирани со тие одредби. Иако примената на член 14 не претпоставува повреда на тие одредби – и во тој степен тој е автономен – не може да дојде до негова примена освен ако фактите не навлезат во полето на една од овие посочени одредби (да се види меѓу другото и *Van Raalte* против Холандија, 21 февруари 1997 година, став 33, Збирка на пресуди и одлуки 1997-1, *Petrovic* против Австрија, 27 март 1998 година, став 22, Збирка 1998-II, *Zarb Adami* против Малта, бр. 17209/02 став 42, ЕСЧП 2006-VIII, и *Konstantin Markin* против Русија [ГС] бр. 30078/06 став 124, ЕСЧП 2012 (извадоци)).

б) Во однос на прашањето дали фактите од овој предмет се во доменот на членот 1 од Протоколот бр. 1

48. Во овој случај треба да се испита дали жалбата на жалителот, која се однесува на неможноста да ги спроведува своите наследни права преку барање намалување на поделба на имот интер вивос која ја направила неговата мајка, без да го земе предвиднужен дел, влегува во доменот на примена на членот 1 од Протоколот бр. 1.

49. Судот потсетува дека поимот « имот » на кој се повикува во првиот дел од оваа одредба има автономно поле кое не се ограничува само на сопственоста на телесен имот и кое е независно од формалните класификации од домашното право : други одредени права и интереси кои се дел од актива можат да се сметаат за « имотни права » односно « имот » согласно со оваа одредба (*Beylet* против Италија [ГС] бр. 33202/96, став 100, ЕСЧП 2000-1).

50. Членот 1 од Протоколот бр. 1 не го гарантира правото за стекнување на имот (*Slivenko* и други против Летонија, одлука. [ГС] бр. 48321/99, став 121, ЕСЧП 2002-II (извадоци) и *Alisic* и други

против Босна и Херцеговина, Хрватска, Србија, Словенија и Поранешна Југословенска Република Македонија (одлука) бр. 60642/08, став 52, 17 октомври 2011г.) особено за наследство преку *ab intestat* или слободно располагање (да се види *mutatis mutandis*, *Marckx*, погоренаведен, став 50 и *Merger* и *Cros* погоренаведен, став 37). Сепак поимот « имот » може да се однесува на « актуелни имоти » но и на наследни вредности, дури и долгови врз основа на кои жалителот може да смета барем на « легитимно очекување » во однос на правото за уживање на едно право на сопственост (да се види меѓу другото *Pressos Compania Naviera S.A.* и други против Белгија, 20 ноември 1995г. став 31, серија А бр. 332, *Кореску* против Словачка [ГС] бр. 44912/98 став 35, ЕСЧП 2004-IX и *Association nationale des pupilles de la Nation* против Франција (одлука), бр. 22718/08, 6 октомври 2009 година).

Легитимното очекување мора да има « доволна основа во домашното право » (да се види *Кореску* погорецитиран, став 52, *Depalle* против Франција [ГС] бр. 34044/02, став 63, ЕСЧП 2010, и *Saghinadze* и други против Грузија, бр. 18768/05, став 103, 27 мај 2010г.). Исто така поимот « имот » може да се однесува и за дадена услуга од која заинтересираните биле лишени поради некој дискриминаторски услов (*Andrejeva* против Летонија [ГС] бр. 55707/00, став 79, ЕСЧП 2009г.). Надежта од признавањето на некое застарено право на сопственост, кое долго време не може да се спроведува, не може да се смета како « имот » во насока на членот 1 од Протоколот бр. 1 а истото важи и за некој условен долг кој згаснува поради неможноста за реализација на условот (да се види потсетување на релевантни принципи во *Malhous* против Република Чешка (одлука) [ГС] бр. 33071/96, ЕСЧП 2000- XII, со повикување на последователни референци на судската практика на Комисијата, да се види и *Prince Hans Adam II* од Лихтенштајн против Германија [ГС] бр. 42527/98, став 85, ЕСЧП 2001- VIII; *Nerva* и други против Обединетото Кралство, бр. 42295/98, став 43, ЕСЧП 2002- VIII; *Stretch* против Обединетото Кралство, бр. 44277/98, став 32, 24 јуни 2003г.).

51. Во секој предмет е важно да се испита дали околностите, во целина, му овозможиле на жалителот да се стекне со суштински заштитен интерес на членот 1 од Протоколот бр. 1 (*Vozaada Kiminis Teodoku Rum Ortodoks Kilisesi Vakfi* против Турција бр. 37639/03, бр. 37655/03, 26736/04 и 42670/04, став 41, 3 март 2009г. *Depalle*, погорецитиран, став 62, *Plalam S.P.A.* против Италија (меритум), бр. 16021/02, став 37, 18 мај 2010г. и *Di Marco* против Италија, (меритум), бр. 32521/05, став 50, 26 април 2011г.). Во таа насока Судот смета дека треба да бидат земени во предвид правните елементи и следните факти.

52. Судот истакнува дека единствено поради природата на неговиот статус на дете од « прељубничка врска » на жалителот му било одбиено неговото право да побара намалување на поделбата интервивос која ја направила неговата мајка, а тој статус бил основата на одлуката на Касациониот суд – толкувајќи ги преодните одредби од законот од 2001 година – за во неговиот случај да се исклучи применувањето на одредбите кои се однесуваат на новите наследни права кои се признати со овој закон. Сепак, во случаи кога, како што е и предметниот случај, еден жалител врз основа на членот 14 во врска со членот 1 од Протоколот бр. 1 се жали на работите од кои бил лишен, целосно или делумно поради дискриминаторска причина предвидена со членот 14, релевантен критериум е дали доколку не постоела дискриминаторската причина на која се жали жалителот, тој или таа би имал/а право, кое е звршно според домашното право, затоа што странката имала право кое и било ускратено од стана на домашните судови врз таа наследна вредност (да се види *mutatis mutandis*, *Stec* и други против Обединетото Кралство (одлука) [ГС] бр. 65731/01 и бр. 65900/01, став 55, ЕСЧП 2005-X ; претходно цитираната *Andrejeva* став 79). Тој критериум е исполнет во овој случај

53. Владата истакна дека жалителот немал право да бара било какво наследно право во поглед на интервивосподелбата од 1970 година, бидејќи со него веднаш и неотповликиво се распределил имотот на неговата мајка и тоа било сторено пред да биде утврдено по судски пат неговото сродство со мајката (погоре став 39). Судот не може да го прифати тој аргумент. Судот истакнува дека иако интервивос подарокот има моментално дејство на пренос на сопственост, според судската практика на Касациониот суд, истото не станува поделба во смисла на оставина до смртта на дарителот. Наследството е истовремено и отворено и дефинитивно распределено или поделено на денот на смртта на предокот (погоре став 24), кој во предметниот случај се случил дури во 1994 година. На тој датум, сродството на жалителот било утврдено. Затоа токму поради неговиот статусна дете од « прељубничка врска » жалителот бил исклучен од наследство на неговата мајка.

54. Во тој поглед, овој предмет е сличен на погоре цитираните предмети *Mazurek* и *Merger* и *Cros* а е различен од предметот *Alboize-Barthes* и *Alboize-Montezume* против Франција (цитиран погоре)

во кој беше одлучено дека решавањето на наследството на таткото на жалителите кое се случило во 1955 година и оттука многу времепред утврдувањето на нивното сродство им оневозможило да ги остварат своите наследни права во поглед на оставината на нивниот татко и да бараат да бидат сопственици на некој « имот ».

55. Следува дека паричните интереси на жалителот влегуваат во опсегот на членот 1 од Протоколот бр. 1 и во правото за почитување на имотот кое тој го гарантира, што е доволно за да членот 14 од Конвенцијата биде применлив.

2. За основаноста

а) Генерални принципи

56. Судот напоменува дека во уживањето на правата и на слободите признати со Конвенцијата, членот 14 се забранува различен третман на лица кои се наоѓаат во слични ситуации, освен ако не постои објективно и разумно објаснување за истото. Во однос на оваа одредба, разликата станува дискриминаторска кога « не постои објективно и разумно оправдување » односно ако истата не следи « легитимна цел » или ако нема « разумен сооднос на пропорционалност меѓу употребените средства и посакуваната цел » (претходно цитираниот Mazurek ставови 46 и 48). Државите потписнички уживаат одредено дискреционо право за да утврдат дали и во која мера постојат разлики меѓу такви состојби кон други лица и дали различниот пристап е оправдан (Stec и други против Обединетото Кралство [ГС], бр. 65731/01 и бр. 65900/01 ставови 51 и 52, ЕСЧП 2006-VI). Обемот на ова дискреционо право зависи од околностите, областите и контекстот, но Судот е тој кој треба да одлучи во крајна инстанца во однос на почитувањето на барањата на Конвенцијата. Конвенцијата е пред сè механизам за заштита на човековите права, но сепак треба да се зема предвид развојот на состојбата во Државите потписнички и да одговори, на пример, на консензус кој се појавува во однос на стандардите кои треба да се постигнат (претходно цитираниот Konstantin Markin, став 126).

57. Со веќе воспоставена судска практика по пресудата Marckx, која е погорецитирана, разликата која се прави за наследство меѓу «вонбрачни » деца и « законски » деца низ призмата на членот 8 од Конвенцијата претставува проблем, ако се гледа изолирано. Johnston и други против Ирска, 18 декември 1986г. серија А бр. 112) како и низ членот 14 од Конвенцијата во врска со членот 8 (Vermeire против Белгија, 29 ноември 1991г. серија А бр. 214-С, Brauer против Германија, бр. 3545/04, 28 мај 2009г.) и со членот 1 од Протоколот бр. 1 (Inze против Австрија, 28 октомври 1987г. серија А бр. 126; гореспоменатите Mazurek и Merger и Cros). Судот ја прошири оваа судска практика кон слободно располагање со подароците потврдувајќи ја забраната за дискриминација при составување на тестамент (Pla и Puncernau против Андора, бр. 69498/01, ЕСЧП 2004-VIII). Така, од 1979 година во пресудата Marckx, Судот ја потврди некомпатибилноста со Конвенцијата за ограничувања во наследните права по основ на раѓање на децата. Судот постојано го повторува тој суштински принцип, со кој се забранува дискриминација базирана врз раѓањето на детето « надвор од брак » како стандард на заштита на европскиот јавен поредок.

58. Судот напоменува дека помеѓу Државите членки на Советот на Европа е одамна воспоставена согласност во однос на важноста за еднаков третман меѓу деца кои произлегуваат од брачна заедница и деца родени надвор од брачна заедница, што доведен до усогласен пристап на националните законодавни тела за таа област – принципот на еднаквост со кој се бришат разликите во поимите меѓу законско и вонбрачно дете – како и социјални и правни промени со кои дефинитивно се одобрува целта на постигнување на еднаквост меѓу децата (гореспоменатите ставови 28, 34 и 35).

59. Затоа, само многу силни причини мора да се истакнат разлика која се базира врз раѓањето надвор од брачна заедница да се смета за компатибилна со Конвенцијата (гореспоменатиот Inze, став 41; Camp и Vooght против Холандија, бр. 28369/95, став 38, ЕСЧП 2000-X и гореспоменатиот Brauer, став 40).

60. Во принцип, Судот не е повикан да решава чисто приватни спорови. Сепак, во рамки на спроведување на европска контрола за која тој е надлежен, не може да остане инертен кога толкувањето на правен акт од страна на државно судство, без разлика дали станува збор за клаузула во тестамент, за приватен договор, за јавен документ, за правна одредба или административна практика, се чини неразумна, произволна или очигледна спротивна на забраната за дискриминација која е воведена

со членот 14 и поопшто со основните принципи на Конвенцијата (Larkos против Кипар [ГС] бр. 29515/95, ставови 30-31, ЕСЧП 1999-1; гореспоменатите Pla и Puncernau, став 59 и Kağan против Турција, бр. 6489/03, став 30, 15 јануари 2008г.).

б) Примената во овој случај

i. Дали имало различен третман по основ на раѓање надвор од брачна заедница

61. Во предметниот случај, никој не го оспорува фактот дека жалителот бил лишен од нужниот дел од наследството и дефинитивно се нашол во поразлична состојба од онаа на законските деца во однос на наследството од својата мајка. Му било оневозможено да добие намалување на подарокот-поделбата на наследството од кое бил исклучен како и да добие нужен дел од наследството поради неговиот статус на дете од « прељубничка врска».

62. Овој различен третман на жалителот во однос на неговиот полубрат и полусестра, произлегува од членот 25-II од законот од 2001 година кој ја ограничува примената на новите наследни права на децата од « прељубничка врска » на оставински постапки започнати пред 4 декември 2001 година и кои не довеле до поделба на имотот пред таа дата (погоренаведениот став 30). При толкување на предметната преодна одредба, Касациониот суд смета дека наследната поделба се случила во 1994 година кога починала мајката на жалителот (погоренаведениот став 23) следејќи на тој начин стара судска практика, која за подарок-поделба оценува дека наследната постапка е и отворена и поделена со настапувањето на смртта на оставителот (погоренаведениот став 24). За законско дете, заборавено во наследниот подарок-поделба или кое се уште не било зачнато во моментот кога бил потпишан, не би било исклучено ќе се соочи со таква пречка за да го добие својот нужен дел или својот наследен дел согласно членовите 1077-1 и 1077-2 од граѓанскиот законик (погоренаведениот став 25). Сепак не се оспорува дека единствената причина на различен третман кој постои врз жалителот базиран врз единствениот мотив што тој е роден надвор од брачна заедница.

63. Судот напоменува дека не е во негова улога да се изјаснува за најсоодветното толкување на домашното законодавство, но да испита дали со начинот на кој тоа законодавство се спроведува биле прекршени загарантираните права кои ги има жалителот согласно со членот 14 од Конвенцијата (да се види меѓу многу други и *mutatis mutandis*, Padovani против Италија, 26 февруари 1993г. став 24, серија А, бр. 257-В и погорецитираните Pla и Puncernau, став 46). Во предметниот случај, Судот треба да утврди дали има објективно и разумно оправдување за различниот третман, кој произлегува од одредба од домашното право.

ii. За оправданоста на различниот третман

а) Постигнување на легитимна цел

64. Владата не даде дополнително оправдување за дискриминацијата меѓу законски и децата « од прељубничка врска ». Судот констатира дека француската држава прифатила да го промени своето законодавство по пресудата Mazurek која е погорецитирана и го реформирала наследното право, укинувајќи ги сите дискриминаторски одредби во однос на деца од « прељубничка врска » за помалку од две години по донесувањето на таа пресуда. Судот ја поздравува оваа мерка за усогласување на француското право со принципот за недискриминација од Конвенцијата.

65. Сепак, според Владата, не било возможно да се оспоруваат веќе стекнати права на трети лица, во овој случај на другите наследници, и со тоа го оправдува ограничувањето на ретроактивното дејство од законот од 2001 година само на оставински постапки кои биле отворени на датумот на објавување на законот и во кои не дошло до поделба на оставината до тој датум. Така преодните одредби биле изменети за да можат да гарантираат мир во семејствата обезбедувајќи ги стекнатите права на корисниците на наследства кои се веќе поделени.

66. Судот не е убеден дека негирањето на наследните права на еден или на повеќе членови може да придонесе за зајакнување на мирот во рамките на семејството. Сепак, Судот смета дека заштитата на стекнатите права може да биде во интерес на правната сигурност, како темелна вредност на Конвенцијата (Brumarescu против Романија [ГС] бр. 28342/95, став 61, ЕСЧП 1999-VII; Veian против Романија – (бр. 1) – бр. 30658/05, став 39, ЕСЧП 2007-V (извадоци); Nejdet Sahin и Perihan Sahin против Турција [ГС] бр. 13279/05, ставови 56-57, 20 октомври 2011г.; Albu и други против

Романија бр. 34796/09 и наредните, став 34, 10 мај 2012г.) Во однос на наследство кое е прифатено од страна на дете од « прељубничка врска » за време на отворањето на наследството, во 1993 година и остварено во 1996 година, Судот оцени дека одлуката на Касациониот судза недопуштеност од причина што веќе имотот бил поделен, со што жалителот бил попречен да има полза од нови права, согласно преодните одредби од Законот од 2001 година, – е во согласност со принципот за правна сигурност кој што е повторно нагласено пресудата *Marckx*. Значи « не може од судски орган да се бара поништување на слободно распределеното наследство со оглед на пресуда на Судот донесена после таа поделба » (*E.S. против Франција (одлука)*, бр. 49714/06, 10 февруари 2009 година). Судот смета дека водењето сметка за обезбедување на стабилност заспроведени наследни договори, која била поважна обврска според законодавецот и за судијата во предметниот случај, претставува легитимна цел со која може да се оправда различниот третман во овој случај. Сепак разликата во постапувањето треба да биде пропорционална на таа цел.

б) Пропорционалност меѓу употребените средства и посакуваната цел

67. За предметниот случај, согласно законското право за поднесување на барање за намалување на наследството, Судот забележува дека полубратот и полусестрата на жалителот се стекнале со имотни права врз основа на интер вивос поделбата од 1970 година според која имотот на г-ѓа М. им бил пренесен со денот на нејзината смрт во јули во 1994 година. Поради оваа околност овој предмет е поразличен од предметите *Mazurek* и *Merger* и *Cros*, кои се погоренаведени, а каде имотот се уште не бил пренесен.

68. Сепак, Судот напоменува дека « заштитата на « легитимните очекувања » на починатиоти на неговото семејство мора да се потчинат на неопходноста од еднаков третман на деца родени надвор од брачна заедница и деца родени во брачна заедница » (погорецитиран *Brauer*, став 43). Во таа насока, Судот смета дека полубратот и полусестрата на жалителот знаеле – или би требало да знаат – дека нивните права би можеле да бидат оспорени. Во моментот на смртта на нивната мајка во 1994 година законот предвидуваше петгодишен рок за примена на барањето за намалување на наследството подарок-поделба. Законските наследници требало да знаат дека нивниот полубрат би можел да си го бара својот наследен дел се до 1999 година и дека со тоа барање би можела да се доведе во прашање, не толку поделбата сама по себе, колку степенот на правата на секој од наследниците. Понатаму, постапката по барањето за намалување на наследството кое го покренала жалителот во 1998 година, било во тек пред домашните судови во момент кога била изречена пресудата *Mazurek* во која се вели дека нееднаквоста во наследните права по основ на раѓање надвор од брачна заедница не е во согласност со Конвенцијата, и во моментот на објавување на Законот од 2001 година, со кој се спроведува таа пресуда преку вклучување на начелата воспоставени во таа пресуда во француското право. На крајот, жалителот не бил потомок за кои тие не знаеле, затоа што бил признат како родено дете од страна на нивната мајка со одлука од 1983 година (погорецитиран став 12 ; да се види *mutatis mutandis*, *Camp* и *Bourimi*, погорецитиран, став 39). Тоа било доволно за да постои оправдан сомнеж за тоа дали имотот навистина бил пренесен во моментот на смртта на г-ѓа М. во 1994г. (погоре да се видат заклучоците на генералниот адвокат, став 22).

69. За оваа последна точка, Судот истакнува дека, според Владата специфичноста на интер вивос поделбите спречувала било какво доведување во прашање на постоечка правна состојба, во овој случај поделба на имотот спроведена во 1970 година и покасно и дефинитивно имплементирана со смртта на сопственикот на имотот, и покрај судската постапка која била во тек (погоре ставови 40 и 41). Жалителот се спротивставува на оваа теза (погоре став 46). Во овие специфични околности на тековниот предмет, каде европската судска практика и реформите во домашното законодавство покажуваат јасна тенденција за отстранување на секаква дискриминација во поглед на нивните наследни права на деца родени надвор од брачна заедница, Судот смета дека барањето на жалителот поднесено во 1998 година пред домашниот суд и одбиено во 2007 година е важен фактор при испитувањена пропорционалноста на разликата во третманот (погоре ставови 22 и 68 и подолу став 72). Со оглед на тоа дека постапката по барањето во 2001 година била се уште, не можела а да не ги релативизира очекувањата на другите наследници на г-ѓа М. дека ќе успеат во утврдувањето на неоспорени права врз на нејзиниот имот. 70. Со оглед на претходно кажаното, Судот смета дека легитимната цел за заштита на наследните права на полубратот и полусестрата на жалителот не била од доволно значајна за да превагне над барањето на жалителот да добие дел однаследството на неговата мајка.

71. Згора на тоа, се чини дека за државните власти очекувањата на наследниците кои добиле подарок-поделба на наследство не треба да бидат заштитени под секакви услови. Ако истото барање за намалување на подарок-наследство било поднесено во исто време од страна на законско дете, родено по поделбата или намерно отстрането од поделбата, неговата жалба не би била недопоуштена.

72. Во тој поглед, судот оценува дека се спорни одулките на домашните судови, во 2007 година - години после пресудите *Marckx* и *Mazurek*, со кои принципот на правна сигурност се применува различно врз основа на тоа дали се бара од законско дете « од прељубничка врска. Судот забележува дека Касациониот судне одговорил на основниот аргумент на жалителот кој се однесува на повреда на принципот за недискриминација кој е гарантиран со членот 14 од Конвенцијата. Судот има претходно одлучувано дека кога аргументите на жалителот се однесуваат « правата и слободите » кои се гарантирани со Конвенцијата судовите се должни да ги испитаат со посебна строгост и вниманието и дека ова е последица на принципот на супсидијарност (*Wagner i J.M.W.L. против Луксембург*, бр. 76240/01, став 96, 28 јуни 2007г. и *Magnin против Франција* (одлука), бр. 26219/08, 10 мај 2012 година).

в) Заклучок

73. Врз основа на сите овие размислувања, Судот заклучува дека не постои разумен пропорционален сооднос меѓу употребените средства и посакуваната легитимна цел. Затоа, немало објективно и разумно објаснување за разликата во постапувањето со жалителот. Оттука, имало повреда на членот 14 од Конвенцијата во врска со членот 1 од Протоколот бр.1.

74. Овој заклучок не го доведува во прашање правото на државите да предвидуваат преодни одредби кога усвојуваат законодавна реформа за да ги исполнат своите обврски согласно членот 46 став 1 од Конвенцијата. (да се види на пример *Antoni против Република Чешка*, бр. 18010/06, 25 ноемри 2010г. ; *Нафтена компанија Примагас против Франција*, бр. 29613/08, став 18, 21 декемри 2010г. ; *Mork против Германија*, бр. 31047/04, и 43386/08 став од 28 до 30 и 54, 9 јуни 2011г. ; *Taron против Германија*,(одлука) бр. 53126/07, 29 мај 2012 година).

75. Сепак, иако во суштина декларативниот карактер на пресудите на Судот, им препушта на државите да ги изберат средствата за да ги отстранат последиците од некоја повреда (погорецитираниот *Marckx* став 58 и *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) против Швајцарија* (бр. 2) [ГС] бр. 32772/02, став 61, ЕСЧП 2009г.), во исто време треба да се посочи усвојувањето на генерални мерки наложува државата и се наметнува обврска внимателно да спречува нови повреди слични на оние кои веќе се утврдени во пресудите на Судот (да се види на пример *Салах против Холандија*, бр. 8196/02, став 77, ЕСЧП 2006-IX (извадоци)). Тоа наметнува обврска на домашните судови, да обезбеди, во согласност со уставниот поредок и почитувајќи го принципот на правна сигурност, целосно применување на стандардите од Конвенцијата и тоа на начин на кој нив ги толкува Судот. Тоа не беше сторено во овој случај.

II. ЗА НАВОДНАТА ПОВРЕДА НА ЧЛЕНОТ 14 ОД КОНВЕНЦИЈАТА ВО ВРСКА СО ЧЛЕНОТ 8

76. Жалителот се жали по истите основи како и оние покренати претходно во однос на правото за почитување на неговиот имот, на неоправдана дискриминација со која се повредува неговото право за почитување на неговиот приватен и семеен живот кои се загарантирани во членот 8 од Конвенцијата која гласи :

« 1. Секој човек има право на почитување на неговиот приватен и семеен живот (...) ».

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.

А. Пресуда на Советот

77. Исто како и во пресудата *Mazurek*, Советот сметаше дека не е неопходно да одлучи одделно за ова прашање затоа што не беа истакнати поразлични аргументи (став 60 од одлуката на советот).

Б. Аргументите на двете страни

78. Жалителот не достави опсервации во погледна членот 8 од Конвенцијата.

79. Главен аргумент на Владата беше дека смета дека немало нејзино мешање во овој предмет. Прашањата за наследство *ab intestat* можат да навлезат во полето на применливоста на членот 8 но истиот не гарантирал право на наследство. Одлуката да не се доведе во прашање на правна состојба стекната во 1970 година не значела мешање во правото на жалителот на почитување на неговиот семеен живот.

80. Ако сепак Судот оцени дека имало мешање, истото било предвидено со закон, во овој случај со законот од 1972 година забранувајќи им на наследниците на право на нужен дел да ги остваруваат тие права на штета на направен подарок меѓу живи пред 1972 година. Тоа мешањеслужело залегитимна цел, односно да гарантира одреден мир во семејните односи обезбедувајќи ги оддамна стекнатите права. Повикувајќи се на пресудата *Magckx*, Владата смета дека би било спротивно на принципот на правна сигурност доколку поништи поделба на наследство остварена пред повеќе години (закон од 1972 година) дури и повеќе децении (закон од 2001 година) пред законските промени и промените во судската практика со кои се промениле наследните права на децата од «прељубничка врска». Ова мешање било пропорционално затоа што применувањето на спорните одредби од страна на државните судови е ограничено временски како и во поглед о на видот на располагање со имотот.. Владата заклучува дека преодните одредби, на начинот на кој биле толкувани од домашните судови, биле во согласност со пресудата *Mazurek* и со Конвенцијата Законот од 2001 година, особено предвидува применување одредбите земајќи го предвид временскиот фактор, земајќи ги предвид стекнатите состојби чие доведување во прашање не е пожелноод социјален аспект, а во одредени случаи и неизводливо. Владата го истакна дискреционото право со кое располага државата при воспоставувањето на рамнотежа помеѓу конкурентни интереси.

В. Оцена на Судот

81. Со оглед на заклучоците кои Судот ги донесе согласно членот 14 од Конвенцијата и членот 1 од Протоколот бр. 1 (погоре став 73), Судот заклучува дека не е неопходно одделно да се проучува дали е сторена повреда на оваа иста одредба во врска членот 8 од Конвенцијата.

III. ЗА ПРИМЕНАТА НА ЧЛЕНОТ 41 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

82. Според членот 41 од Конвенцијата:

« Доколку Судот објави дека имало прекршување на Конвенцијата или на нејзините Протоколи, и доколку внатрешното право на Високата договорна страна дозволи да се избришат само последиците од тој прекршок, Судот, доколку е потребно, на оштетената страна ќе и додели правичен надоместок ».

83. Жалителот бара 128 550,75 евра (EUR) сума која одговара на наследниот дел кој тој би го добил доколку би го имал истиот третман како и неговиот полубрат и полусестра, со пресметана законска камата. Жалителот бара и надомест за нематеријална штета во висина од 30 000 евра (EUR). Жалителот бара и надомест за судски трошоци пред домашните судови и пред Судот.

84. Владата смета дека утврдувањето на повредата би било соодветенна надомест за материјална штета која ја претрпел жалителот. Во однос на нематеријалната штета, смета дека е доволно симбилична парична сума. Во однос на трошоците и расходите Владата смета дека на жалителот би можела да му се одреди вкупна сума од 10 000 евра (EUR).

85. Поради овие околности, Судот смета дека нема услови во овој момент да одлучи прашањето за примена на членот 41 од Конвенцијата. Таа треба да биде целосно резервирана и да се утврди наредната процедура во однос на можноста за постигнување договор меѓу Држава која е тужена и жалителот (член 75 став 1 од правилникот). За постигнување на таа цел, Судот, на двете страни им дава рок од три месеци.

ОД ОВИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ, ЕДНОГЛАСНО,

1. Заклучува дека имало повреда на членот 14 од Конвенцијата во врска со членот 1 од Протоколот бр.1;

2. Заклучува дека нема простор да се испитува одделно жалбата согласно членот 14 од Конвенцијата во врска со членот 8;

3. Заклучува дека нема простор да се испитува применливоста на членот 41 од Конвенцијата;

и затоа,

а) Ја резервира целосно;

б) Судот ги повикува и Владата и жалителот писмено да ги достават своите забелешки во однос на ова прашање, во рок од три месеци по добивањето на известувањето за оваа пресуда, и да го известат за секој договор кој би го постигнале ;

в) Ја резервира наредната постапка и го овластува Претседателот на Големиот Совет да ја закаже истата во согласност со потребата.

Составено на француски јазик и на англиски јазик и објавено на јавна седница во Палатата за човекови права во Стразбур, на 7 февруари 2013г.

Јохан Калеваерт

Помошник судски администратор

Жозеп Казадевал

Претседател

Согласно членот 45 став 2 од Конвенцијата и членот 74 став 2 од Правилникот, во прилог на пресудата се наоѓа и излагањето на следните одделни мислења:

- издвоено мислење со согласување на судијата Поповиќ, кон кое се придружува и судијката Гиулу-миан ;

- издвоено мислење со согласување на судијата Пинто де Албукерке.

Ј.Ц.М.

Ј.Ц.

ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ СО СОГЛАСУВАЊЕ НА СУДИЈАТА ПОПОВИЌ КОН КОЕ СЕ ПРИДРУЖУВА СУДИЈКАТА ГИУЛУМИАН

(превод)

Сметам дека Судот во ставот 75 од пресудата пропушти да истакне во што се состојат обврските на Државите потписнички кои треба да обезбедат целосно применување на прописите на Конвенцијата во однос на генералната обврска за усогласување со пресудите на Судот. Според мене, анализата на релевантната судска практика не остава никаков сомнеж во однос на полето на оваа обврска.

Точно е дека Државата може да ги бира усвоените мерки, чије усвојување ќе овозможи спречување на нови повреди на одредбите од Конвенцијата, со контрола од страна на Комитетот на Министри. Сепак во предметот *Vermeire* против Белгија, (29 ноември 1991г. став 26, серија А бр. 214-С), Судот изјавува: « слободата на избор со која располага државата во однос на средствата кои ќе ги употреби за применување на својата обврска [во рамки на членот 46] не и овозможува прекин во применувањето на Конвенцијата очекувајќи да се спроведе слична реформа ». Во *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT)* против Швајцарија, (бр. 2) ([ГС], бр. 32772/02, став 37, ЕСЧП 2009), го потврди значењето Државите да ги спроведуваат договорите со добра волја. Истото важи и за Конвенцијата.

Судот повторно го истакна своето мислење за прашањето во *Dumitru Popescu* против Романија, (бр. 2) (бр. 71525/01, став 103, 26 април 2007г.) како и во *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT)* против Швајцарија, (бр. 2) (погорецитиран став 61). Во *Dumitru Popescu*, Судот, повикувајќи се на гореневадената пресуда *Vermeire* изјавува дека државниот судија имал обврска да обезбеди целосно применување на одредбите од Конвенцијата, сметајќи ги истите за супериорни со првенство пред секоја друга одредба од државното законодавство. Во *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT)* против Швајцарија, (бр. 2) Судот смета дека нејзината судска практика поминала и била потврдена од Високите договорни страни од Конвенцијата кои се обврзуваат да се усогласат со конечните пресуди на Судот за спорови во кои тие се една од страните.

Цврстиот и повторен став на Судот во однос на обврската на Државите потписнички да ги услогласат своите пресуди со Препораката од Комитетот на Министри, орган кој е надлежен за спроведување на контрола во однос на примената на пресудите. Во својата Препорака (2004)6 Комитетот на Министри истакнува дека Конвенцијата денес е составен дел од внатрешниот правен поредок на Државите потписнички.

Поради овие причини, сметам дека токму заради принципот на правна сигурност, државниот правен поредок требаше да се усогласи со прописите од Конвенцијата, дури и во отсуство на моментални мерки од страна на законодавецот

ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ СО СОГЛАСУВАЊЕ НА СУДИЈАТА ПИНТО ДЕ АЛБУКЕРКЕ

(превод)

Во предметот *Fabris* се покренува материјалното прашање за дискриминација пред законот во однос на наследните права на децата родени надвор од брачна заедница. Освен принципот за еднаквост пред законот, во овој предмет се отвараат и две други прашања кои се од суштинско значење за системот за заштита на човековите права во Европа, а тоа е ретроактивното влијание на пресудите од Судот и неговата способност за контрола врз државните власти за примена на тие пресуди. Се согласувам со утврдувањето на повредата на членот 14 во врска со членот 1 од Протоколот бр. 1, и со сета почит кон моите колеги, јас не го одобрувам размислувањето кое е наведено во пресудата и тоа поради следните причини :

Директно влијание и *erga omnes* на пресудите на Судот

На прв поглед, во Конвенцијата е наведено дека директното влијание на пресудите на Судот се однесуваат на странките во предметот, односно на жалителот (ите) и Државата или Државите кои се тужени. Тоа прво читање е збунувачко и соодветното толкување на членот 46 наложува оваа одредба да се чита заедно со членот 1. Во однос на тие одредби, прочитани заедно, пресудите на Судот имаат директно влијание и *erga omnes*¹¹⁵.

Судот го наведе влијанието *erga omnes* во своите пресуди, особено во пресудата *Ирска против Обединетото Кралство*, потврдувајќи дека своите пресуди служат за разјаснување, зачувување и унапредување на одредбите од Конвенцијата¹¹⁶. Судот во повеќе наврати одбил да се направи петиција и покрај тоа што жалителот сакал да ја повлече, зашто смета дека предметот отвара проблеми од генерален карактер во однос на проучување на Конвенцијата.

Токму со тој ист основен генерален интерес се оправдува воведувањето на поимот « потенцијална жртва¹¹⁷ » и практиката на интервенција на трета страна¹¹⁸. « Зачувувањето и унапредувањето на човековите права и основните слободи » во Советот на Европа и [остварувањето на потесна унија меѓу нејзините членки] повикува на широко толкување на задачата на Судот, не само во однос на допуштеноста и одбивањето на претставките доставени до Судот но и влијанието од нив. Заедничкиот карактер на жалбите кои се доставуваат до Судот има влијание и врз карактерот *erga omnes* на овие пресуди. Држави потписнички кои не се вклучени во некоја постапка не можат да го игнорираат автентичното толкување на Конвенцијата кое го дава Судот, крајната инстанца која го има тоа овластување¹¹⁹. Ако тоа го направат намерно или ненамерно ќе бидат во спротивност со своите обврски во рамки на Конвенцијата, на начин на кој ја толкува Судот и не би можеле да ја докажат својата вистинска волја за остварување на договорните обврски почитувајќи го принципот на добра волја во примената на некој договор. Ако пак Државите потписнички се во согласност со принципите воспоставени со судската практика на Судот и без притоа да бидат засегнати од специфични спорови кои произлегуваат од судската практика, не само што избегнуваат идно утврдување на повреда туку и предвремено ги спроведуваат правата и слободите наведени во Конвенцијата. Овој проактивен пристап од страна на Државите потписнички се обезбедува и преку строгото применување на принципот на супсидијарност. Целосното применување на Конвенцијата на државно ниво ги обврзува Државите потписнички да ги донесат сите неопходни мерки за да се поправи, а особено за да се спречи било каква повреда.

115 Во *Vermeire* против Белгија, 29 ноември 1991г. став 26, серија А бр. 214-С, Судот јасно посочи дека не може да ги одбие жалбите од 1991г. за отворено наследство на 22 јули 1980г. а кои биле слични на оние од 13 јуни 1979г. во одлуката *Marckx* против Белгија, 13 јуни 1979г., серија А бр. 31. Недостатокот на белгискиот законодавец да ја спроведе пресудата *Marckx* на државно ниво не ја ослободува тужената Држава од нејзината меѓународна обврска да избегнува повреди на Конвенцијата и истите да не се повторуваат поради истиот неуспех во наследните права, судовите се поврзани со Конвенцијата и тоа според начин на кој Судот ја толкува Конвенцијата. Судот ја призна надлежноста на преседанот (*stare decisis*) *Marckx* пресудата со која се реши веќе покренатото прашање од страна на жалителката во *Vermeire*.

116 Да се види *Ирска против Обединетото Кралство*, 18 јануари 1978г. став 239, серија А бр. 25 и *Karner* против Австрија, бр. 40016/98 став 26, ЕСЧП 2003-IX.

117 Да се види погорецитираниот *Marckx*, став 27, *Johnston* и други против Ирска, 18 декември 1986г. став 42, серија А бр. 112 и *Sejdic i Finci* против Босна и Херцеговина [ГС], бр. 27996/06 и бр. 34836/06, став 29, ЕСЧП 2009г.

118 Мислење во однос на примената на пресудите на Европскиот Суд за човекови права, усвоено од страна на Венецијанската комисија за време на 53-та пленарна седница, 2002г. ставови 86-87.

119 Изјавата од Брајтон, став 10.

Неусогласувањето со судската практика на Судот, дури и за држави кои не биле странка во некој спор откако е воспоставена оваа судска практика, е спротивно на посочената обврска да се реагира ефикасно, соодветно и на превентивен начин за да може на секое лице да му се гарантираат правата и слободите кои се наведени во Конвенцијата¹²⁰.

Овој настан доведе до прифаќање на Конвенцијата како « уставен инструмент на јавниот европски поредок¹²¹ » а на Судот како « уставен суд на Европа¹²² ». Оттогаш сите органи и претставници на било која државна власт од тужената Држава, на сите нивоа од својата поставеност (државно, федерално, регионално или локално) се директно поврзани со пресудите на Судот и, за да се наведе изразот употребен во Декларацијата од Брајтон « сите закони и политики како и постапувањето на државните службеници треба да бидат на тој начин кој ќе овозможи целосно влијание на Конвенцијата ». Во тој контекст, Судот со неговата улога да ја толкува и да ја спроведува Конвенцијата преку конечни и присилни пресуди (член 19 од Конвенцијата), има директно влијание и *erga omnes* на пресудите кое не може да се ограничи само на Држави потписнички. Само Судот може да одлучи за ограничување на влијанието од своите пресуди¹²³.

Надлежноста на Судот да го контролира извршувањето на своите пресуди

Појдовната политика на Судот, која се воздржуваше од носење на директиви, се состои од водење на генерална политика давајќи им насоки на тужените Држави, дури и инструкции, за начинот на кој треба да се изврши некоја пресуда. Пресудите на Судот не се само декларативни туку се нормативни¹²⁴.

Поради се поголемиот нормативен карактер на пресудите на Судот, и зголемената спротивставеност со обврската – за резултат и за средства - за Државите потписнички да се усогласат со пресудите на Судот, контролата на Судот за применливоста на членот 46 од Конвенцијата е од суштинско значење¹²⁵.

120 Во својот « Меморандум на Државите во поглед на Конференцијата од Интерлакен » од 3 јули 2009г. Претседателот на Судот ја истакна следната идеја: « не може повеќе да се толерира Држава која нема да ги сноси последиците од некоја одлука со која се потврдува повреда на Конвенцијата од страна на друга Држава доколку нејзиниот правен поредок го има истиот проблем. Толкувањето на Судот има овластување над *res judicata* во права смисла на зборот. Тој развој на настаните оди истовремено со « директното влијание » на Конвенцијата во домашното право и неговото присвојување од страна на Државите. » Оваа идеја, која фигурира во точка 4 в) од Декларацијата од Интерлакен ја содржи практиката на Држави потписнички (Мислење на погоре наведената Венецијанска комисија, став 32).

121 *Loisidou* против Турција (прелиминарни исклучоци) 23 март 1995г. став 75, серија А, бр. 310 и Мислењето на ЕСЧП во однос на реформата за системот за контрола на ЕСЧП, 4 септември 1992. став 1 (5).

122 Да се употребат поимите на поранешниот Претседател Рисдал « Кон Европски уставен суд » in *Collected Courses of the Academy of European Law II*, 1993г. стр. 20 и на поранешниот Претседател Вилдхабер « Уставна иднина за Европскиот Суд за човекови права ? » in *Rudh*, 2002г. стр. 1.

123 Проблематични се пресудите од Германскиот Федерален уставен суд од 14 октомври 2004г., 2 БвР 1481/04, став 47, од Италијанскиот Уставен суд бр. 311 од 26 ноември 2009г. кога оценуваат дека не постои можност – за целосно или делумно – спроведување на пресудите поради внатрешни неуставни причини (да се види подолу).

124 Да се види, меѓу другите пресуди и *Belvedere Alberghiera S.r.l.* против Италија, бр. 31524/96, став 69, ЕСЧП 2000-VI, *Fatullayev* против Азербејџан, бр. 40984/07, став 177, 22 април 2010г. и *Sejdovic* против Италија, [ГС] бр. 56581/00, став 126, ЕСЧП 2006-II, и се разбира сите други « пилот » пресуди или « речиси пилот ». Целата оваа политика покажува дека пресудите треба да се засноваат на пристап врз база на принципи а не врз пристап на случај сам по себе за правни прашања кои треба да дадат појаснувања, прецизност и неопходна предвидливост на државните власти за да можат целосно да ги разберат последиците од изборот на Судот. (да се види Резолуцијата на парламентарното собрание бр. 1226 (2000) од 28 септември 2000г. и мислењето на Венецијанската комисија погоренаведена, ставови 56-58). Очигледно е дека, колку повеќе судската практика се поврзува со околностите на предметот, толку помалку ќе има моќ на толкување и се повеќе ќе постои ризик за недоследност и се помалку ќе им нуди насоки на Државите потписнички и на тужената Држава. Нема да има вистинско *jurisdictio* без напори на судската власт за издигнување над факторите кои се својствени за предметот во прашање и без да се дадат основните прописи.

125 Во *Olsson* против Шведска, (бр. 2) 27 ноември 1992г. став 94 серија А бр. 250 Судот се соочуваше со постојано отсуство за дозвола на контакти меѓу жалителите и нивните деца од страна на државните власти, и покрај постојењето на пресуда на Судот во полза на жалителите. Судот се изјасни дека « фактите и дополнителните околности на жалбата на кои се повикуваат страните во согласност со членот 53 (...) се во голема мера соодветни со она што (би требало) да се проучува согласно со членот 8 без да се утврди повреда » и заклучува дека « не постои друго прашање во поглед на членот 53 ». Судот не се изјасни за можноста која постои една жалба која произлегува од стариот член 53 (сега член 46 став 1) да се проучи врз основа на Конвенцијата. Тоа е прашање на кое не беше одговорено во пресудата *Olsson* (бр.2) и повикува на телеолошко толкување на Конвенцијата.

Договорите од областа на човековите права треба да бидат толкувани на начин кој ќе овозможи најдобра заштита на наведените во нив права и слободи.

Во пресрет на овој принцип очигледно е дека правосудниот карактер на Судот би бил доведен во прашање доколку Судот не реагира кон нападите врз своите пресуди а особено во однос на извршувањето на пресудите кои *de facto* зависат од волјата на првите приматели на пресудите, односно Владите. Целиот систем на заштита на човековите права би бил засегнат од превзот на таквата политика, пресудите на Судот би биле сведени на привремени изјави за спорови, кои за да бидат ефективни, им е неопходна последователна *satisfecit* политика. Победата на жалителот во Палатата за човекови права би била Пирова победа, тужената Држава би имала втора можност да се брани во Палатата на Европа. Човековите права тогаш би биле лажно привидение во Европа. За да човековите права не станат едноставно привидение, неопходно е најзаштитничко толкување на правата и на слободите кои постојат во Конвенцијата: за да се гарантира – реална – а не виртуелна – независност на судската власт и од тоа да се има – корисно – а не – привидно – влијание за правата и слободите кои произлегуваат од Конвенцијата, неопходно е Судот да располага со имплицитна моќ за контрола во извршувањето на пресудите или да може да се спротивстави на некоја одлука на Советот на Министри за тоа прашање¹²⁶.

Одамна, меѓународното право и практика ја признаваат « теоријата на имплицитна моќ » со која меѓународните организации располагаат со моќ која се подразбира и која е предвидена во основачките текстови и во оние текстови кои се неопходни за што поефикасно спроведување на нивната задача. Во однос на посочениот предмет, со оваа теорија меѓународните судови и другите органи надлежни за решавање на спорови треба да поседуваат моќ за контрола во извршувањето на нивните пресуди кога тоа е неопходно за спроведување на нивната надлежност¹²⁷. Во европската правна рамка за човекови права, овластувањето на Судот да го контролира извршувањето на пресудите произлегува од постојата задача да обезбеди почитување на обврските од страна на Државите потписнички согласно Конвенцијата и нејзината можност да заседава за сите прашања поврзани со применливоста на Конвенцијата (член 19 во врска со членот 32).

Со Протоколот бр. 14 се направи исчекор во добра насока но сепак истиот не овозможи целосна посветеност на оваа имплицитна моќ. Со овој Протокол се предвидува проширување на надлежноста на Судот за контрола во извршната фаза: Судот може да ги толкува сопствените пресуди и да изјави дали една тужена Држава не е во согласност со пресудата особено кога ќе се појават проблеми за нејзино извршување. Да се признае, со Протоколот бр. 14, дека овие важни овластувања му припаѓаат на Судот не значи дека со тоа се крие фактот дека истите зависат од барањето на Комитетот на Министри, односно Државите-членки. Под претпоставка дека ова овластување за толкување на пресудите на Судот и увидувањето дека некоја тужена Држава не се усогласила, не значи дека на Судот ќе му се довери иницијатива која и припаѓа на оштетената Страна, не само што истата би се нашла во подредена состојба во однос на тужената Држава туку и полошо, тужената Држава би можела да го « блокира » влијанието на пресудите на Судот на ниво на Комитет на Министри, и во однос на една таква политичка « блокада », Судот не би можел ништо да превземе во извршната

126 *Wemhoff* против Германија, 27 јуни 1968г. став 8, серија А, бр. 7, следејќи ја долгата традиција на Интер-американскиот суд, *Ricardo Canese* против Парагвај, 31 август 2004г. серија Ц, бр. 111, став 181. Овој принцип се занова врз членот 31 од Виенската Конвенција за правото на договорите која пропишува телеолошко толкување на меѓународното право.

127 За изразување на оваа силна доктрина, да се види *Надомест на штета на службите на Обединетите Нации*, Советодавно мислење, Збирка ЦИЈ 1949, стр. 180 и особено за моќта која се подразбира на една меѓународна судска власт да се види *Фабриката на Шорзов* (Германија против Полска) 1927, ЦПЈИ, серија А, бр. 9, (26 јули) стр. 21-22, *Воени и паравоени активности во Никарагва и против неа* (Никарагва против Соединетите Американски Држави) Збирка ЦИЈ 1986, стр. 142 и *Ла Гранд* (Германија против Соединетите Американски Држави), пресуда, збирка ЦИЈ 2001, стр. 485 како и *МСЧП, Ваена-Ricardo* и други против Панама, пресуда за надлежност, 28 ноември 2003г. серија Ц, бр. 104 ставови 72, 114 и 132.

фаза¹²⁸. Во случај на нефункционирање на механизмот за следење на кој се повикува Комитетот на Министри, единствениот правен начин кој ќе и овозможи на оштетената страна да се спротивстави за неточно толкување на пресуда на Судот останува во надлежност на самиот Суд. Соочени со одредени лоши предмети за очигледно непочитување на пресуди на Судот, Судот го потврди своето овластување за цензура. Неможеше да направи поинаку. Тоа беше единствениот начин за да го заштити својот авторитет и правната сила на Конвенцијата. Ризикот од одрекување на авторитетот на пресудите на Судот и истовременото лишување на правната сила на Конвенцијата беа умешно избегнати во пресудата која беше изречена за предметот *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT)* (бр.2)¹²⁹. Цврсто потврдувајќи ја надлежноста на Судот за да ги контролира недостатоците на членот 46 од Конвенцијата, пресудата *Emre*, (бр.2) ја даде конечната поддршка кон овој пристап¹³⁰.

Во своето искажување во ставот 75, Судот го осуди однесувањето на тужената Држава по првата пресуда *Emre*. Судот директно потврди дека тоа беше «најприродното извршување» на првата пресуда *Emre* односно поништување со «непосредно влијание» на спорната мерка за забрана на државна територија. Во тој случај, утврдувањето на повредата на членот 46 беше логична и неопходна последица на превземеното расудување¹³¹.

Како заклучок, Судот не само што на разни начини помага во процесот на извршување, со давање на упатства за соодветните мерки за извршување, туку и е одговорен за долгорочната ефикасност на целокупниот систем за заштита на човековите права во Европа, грижејќи се за почитувањето на членот 46 преку процесот на извршување. Спроведувањето на надлежноста на Судот за контрола на извршувањето на нејзините пресуди е поважна од една спротивна одлука на Комитетот на Министри. Ако Судот не е обврзан со одлука на Комитетот на Министри да ја заврши постапката за извршување, тој а fortiori може поради независност да го проучи прашањето за извршување на пресудите.

128 Да се видат забелешките на поранешниот Претседател Коста, кој во своето издвоено мислење кон пресудата *Assanidze* против Грузија [ГС] опоменува дека «решението би можело да биде блокирано» на политички план. Постојат различни начини за да се заобиколи влијанието на пресудата на Судот, како што е однесувањето за да се добие на време во спроведувањето или во отстапувањето од Конвенцијата по утврдување на повреда, и со тоа се докажува дека ризикот е реален. Ризикот од «само-амнестирање» не е далечен. Квалификуваното двотретинско мнозинство на претставниците на владите им дава право да заседаваат во Комитетот кога треба да се почне постапка за толкување и за недоследност, а Комитетот има ограничени овластувања за истрага и за прибирање на информации, односно неможност да се посетат местата, сослушување на сведоци, и други начини за да се утврди реално влијание на усвоените прописи и на превземените мерки и неурамнотеженоста меѓу ставот на повредената страна и на владата во извршна постапка пред Комитетот на Министри; тој ризик се повеќе се влошува.

129 *Verein gegen Tierfabriken Schweiz* против Швајцарија (VgT) (бр.2) бр. 32772/02 [ГС], став 65, ЕСЧП 2009. Клучот за успех во пресудата на Големиот Совет се заснова врз принципот на Судот за неговата својствена надлежност да го проучува однесувањето на државните власти по првата пресуда од *Verein gegen Tierfabriken*, основниот аргумент беше дека ако Судот не може да го препознае тогаш ќе биде изземен од контрола на Конвенцијата. Образложението на *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT)* (бр. 2) не е само насочено кон актите на државните власти кои се конфронтираат со пресудата на Судот но и а fortiori и со пропустот на овие власти кога една пресуда на Судот ги замолува да превземат мерки за да престане повредата на Конвенцијата. Овој став е уште позајакнат со фактот што Судот не се двоумеше да и се спротивстави на Резолуцијата на Комитетот на Министри РесЧП (2003г.) 125 ставајќи крај на контролата на извршувањето за првата пресуда *Verein gegen Tierfabriken*. Да се види исто така и *Wasserman* против Русија (бр. 2), бр. 21071/05, став 37, 10 април 2008г. и *Ivantoc, Pora* и други против Молдавија и Русија, бр. 23687/05, ставови 86, 95 и 96, 15 ноември 2011г.

130 *Verein gegen Tierfabriken Schweiz* против Швајцарија (VgT) (бр.2) бр. 32772/02 [ГС], став 65, ЕСЧП 2009. Клучот за успех во пресудата на Големиот Совет се заснова врз принципот на Судот за неговата својствена надлежност да го проучува однесувањето на државните власти по првата пресуда од *Verein gegen Tierfabriken*, основниот аргумент беше дека ако Судот не може да го препознае тогаш ќе биде изземен од контрола на Конвенцијата. Образложението на *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT)* (бр. 2) не е само насочено кон актите на државните власти кои се конфронтираат со пресудата на Судот но и а fortiori и со пропустот на овие власти кога една пресуда на Судот ги замолува да превземат мерки за да престане повредата на Конвенцијата. Овој став е уште позајакнат со фактот што Судот не се двоумеше да и се спротивстави на Резолуцијата на Комитетот на Министри РесЧП (2003г.) 125 ставајќи крај на контролата на извршувањето за првата пресуда *Verein gegen Tierfabriken*. Да се види исто така и *Wasserman* против Русија (бр. 2), бр. 21071/05, став 37, 10 април 2008г. и *Ivantoc, Pora* и други против Молдавија и Русија, бр. 23687/05, ставови 86, 95 и 96, 15 ноември 2011г.

131 Да се види *Emre* против Швајцарија (бр.2), бр. 5056/10, став 43, 11 октомври 2011г. и во однос на извршувањето на оваа пресуда, да се види Резолуцијата на Комитетот на Министри КМ/РезЧП (2012) 139.

Примена на пресудата *Mazurek* во предметниот случај

Предметниот случај е тест за материјалното и временско влијание на пресудата на *Mazurek*¹³², особено кога истата го покренува прашањето за спроведливоста на пресудата од 2000г. за отворено наследство во Франција во 1994 година. Ретроактивното влијание на пресудите на Судот ја доведуваат во прашање предвидливоста на судската активност¹³³. Правната безбедност се бори за потенцијално влијание на пресудите. Целосното спроведување на правата и слободите кои се заштитени со Конвенцијата може да наметне некоја пресуда на Судот да биде ретроактивно спроведена, односно поседува нови факти кои се содржани во нова жалба но кои се случиле пред да стане пресудата конечна¹³⁴.

За предметниот случај жалителот имал законска надеж да се смета меѓу наследниците на неговата мајка помеѓу 24 ноември 1983 година – датум на утврдување на неговото сродство – и 28 јули 1994 година датум кога неговата мајка починала. Тој ден, законската надеж на жалителот се променила во стекнато право на нужен дел во отвореното наследство на неговата мајка¹³⁵. И покрај тоа што наследниот подарок-поделба се случил во 1970 година тој имал за цел да им додели на поклонопримачите имот, но тоа не значи дека станува збор за поделба на имот на оставителот кој има наследна цел само на датумот на настапувањето на нејзина смрт. На тој датум, веќе било утврдено сродството со жалителот, а чинот кој се случил пред отворањето на наследството на неговата мајка – подарокот - поделба, не може да го лиши од правото да го добие својот нужен дел¹³⁶. Да се потврдува спротивното би значело да се игнорира сродството воспоставено во 1983г. и да се отргне секое корисно влијание за побараното намалување на наследството во побараните рокови на странката¹³⁷.

Поинаку кажано, со воспоставувањето на сродство на жалителот со мајката во 1983г. му се доделуваат наследни права за време на отворањето на наследството на неговата мајка, права кои произлегуваат од членот 1 од Протоколот бр. 1.

Согласно законот од 3 декември 2001г. наследство кое е отворено на 4 декември 2001г. треба да се подели според принципот на еднаквост меѓу деца родени во брачна заедница и деца родени надвор од брачна заедница, освен ако поделбата на имотот се случила пред тој датум. Овој исклучок бил спроведен од страна на Врховниот суд за предметниот случај. По пресудата *Mazurek* оваа преодна одредба на законот од 2001г. не важи. Државниот законодавец избрал начин, преку преодните

132 *Mazurek* против Франција, бр. 34406/97, ЕСЧП, 2000-II.

133 Точно е дека Конвенцијата треба да се спроведува во согласност со сегашните услови. Се додека Судот не се обврзува на едноставно литературно читање или историско толкување на Конвенцијата, нејзините пресуди нема да бидат насочени кон откривање на оригиналното значење на одредбите од Конвенцијата, канонот на еволутивно толкување на Конвенцијата го фаворизира не-ретроактивното спроведување на пресудите на Судот. Принципот за правна сигурност го зајакнува овој заклучок. (Marckx, погоречитиран став 58).

134 Во *Merger et Gros* против Франција, бр. 68864/01, став 33, 22 декември 2004г. Судот го спроведе принципот на еднаквост во наследните права за отворено наследство на 12 март 1986г. На ретроактивен начин Судот ја спровел судската практика *Mazurek* за отворено наследство на датум пред да стане пресудата конечна. Во практика, сите наследства кои се веќе отворени и настанатата поделба, а кои биле во тек во Франција во време кога *Mazurek* станал конечен – а не само за поделба која се однесува на Г-н *Mazurek* – би требало да бидат решени според принципот на еднаквост на деца родени во брачна заедница и деца родени надвор од брачна заедница. Во ситуација кога, а по 1-ви февруари 2000г, имотот на покојниот не бил сеуште дефинитивно поделен и кога сеуште било возможно да се спроведе судската практика *Mazurek* и да им се обезбеди на децата родени надвор од брачна заедница еднаков дел од имотот, тоа требало и да се направи. Овој заклучок доби уште повеќе на сила по пресудата *Merger i Gros*.

135 Споредбеното право покажува дека « отворањето на наследството » се случува на датум на смртта на *de cuius* и честопати овој датум служи како појдовна точка за утврдување на преодните одредби од областа на наследното право (да се види членот 8 од Хашката Конвенција за конфликт на законите во однос на формата на одредбите во тестаментите и извештајот за подготовка на Конвенцијата каде што е наведено дека: « тоа е најчестото решение во споредбеното право » (прописи и документи од IX-та сесија, III, стр. 27). Таков е и случајот во Франција.

136 Затоа јас сметам дека ставовите од 52 до 55 од пресудата се недоволни, и тоа од три причини: првата не е наведено « правото » кон кое би можел жалителот да претендира а од кое тој бил лишен, второ; не е точно наведено кога жалителот го стекнал тоа право и во кој момент тоа право станало извршно во домашното право и трето, во поглед на имотот на мајката не се прави разлика меѓу правната положба на жалителот пред смртта на мајка си и неговата правна положба по смртта на мајка си.

137 Независно од расправата за природата на наследниот подарок-поделба, како преднаследна постапка или предвремена наследна постапка, суштината е дека жалителот бил лишен од секој дел од едноставна причина што не бил дел од нотарскиот акт од кој оставителите намерно го исклучиле.

одредби и без оправдана причина, да воспостави разлика меѓу деца кои произлегуваат од брачна заедница и деца кои произлегуваат надвор од брачна заедница¹³⁸. Со други зборови, овој закон е спротивен на *Mazurek* со кој се осуди секое дискриминаторно постапување во однос на наследните права на деца родени надвор од брачна заедница. Така Судот се дистанцира од Резолуцијата РезЧП (2005) 25, усвоена од Комитетот на Министри на 25 април 2005г. и од Резолуцијата КМ/РезЧП (2010) 191, усвоена на 2 декември 2010г. според која тужената Држава ја спровела, на задоволителен начин, пресудата *Mazurek* во својот внатрешен правен систем¹³⁹.

Бидејќи законската рамка беше слаба, државните судови можеле да ја спроведат *Mazurek* на ретроактивен начин за наследството на г-ѓа М. Бидејќи тоа наследство не било дефинитивно затворено кога пресудата *Mazurek* станала конечна, а поради отпочнатата активност за намалување на наследството, почитувајќи ги роковите од страна на наследник кој го поседува правото на нужен дел но кој е отстранет од наследниот подарок-поделба, судовите требало да одлучат дека *Mazurek* преовладува во однос на преодните одредби од законот од 2001г. и од законот од 1972г. давајќи и предност на Конвенцијата и признавајќи му го правото на жалителот на нужен дел од целото наследство на својата мајка¹⁴⁰.

Последиците од пресудата *Фабрис*

Со пресудата *Loizidou*, на Судот му се призна неговата улога на « Уставен суд на Европа » чија задача не може да биде компромитирана од страна на Државите потписнички кои го користат правото на резерва, пресудата *Fabris* повторно ја потврдува уставната вредност на пресудите на Судот и нејзината надлежност за да провери дали една Држава потписничка е усогласена со обврските кои произлегуваат од пресудите на Судот. Оваа вредност, која постојано беше зајакната со практиката на Судот и со Комитетот на Министри, како што веќе покажавме не е сигурно доведена во прашање поради несреќната формула која е наведена во ставот 75 од сегашната пресуда : « во согласност со уставниот поредок и почитувајќи го принципот за правна сигурност ». Оваа формула ја ограничува обврската на Државите потписнички да ги спроведат целосно прописите од Конвенцијата, на начин на кој тие се толкувани од страна на Судот за нивната « усогласеност со уставниот поредок ». Ако оваа формула се разбере како јасен механизам за целосно и нерестриktivно филтрирање, проверувајќи ја внатрешната уставност на пресудите на Судот, тогаш истата ќе го избрише со децении градениот европски систем за човекови права, ќе ја ослободи Конвенцијата од нејзината правна моќ и ќе го ограничи Судот на споредна улога во однос на државните уставни судови.

138 Не можам да го прифатам постоењето на посебен интерес за обезбедување на « мир во семејните односи » во рамки на наследство кога се во прашање деца родени надвор од брачна заедница. Не можам и да прифатам дека полето на исклучокот е ограничен временски и суштински. И покрај прифаќањето на ограничениот карактер на исклучокот, со овој аргумент никогаш не ќе може да се оправда фактот дека овие преодни правила го овековечуваат и ги зголемуваат нееднаквостите со кои се казнува дете кое е родено надвор од брачна заедница заради однесувањето на неговиот родител. Детето едноставно не треба да ги сноси последиците за одредени постапки на своите родители.

139 Оваа забелешка не ми се чини сосема точна, во ставот 68 од пресудата, според кој законот од 3 декември 2001г. « ја спроведува оваа пресуда внесувајќи ги во француското право потврдените принципи ». Со оваа генерална оценка се занемарува проблематичниот карактер на преодните одредби на законот. Овој проблем беше избегнат во Резолуцијата РезЧП (2005) 25 на Комитетот на Министри, кој пропушта секако повикување на преодните одредби од 2001г.

140 За да бидам попрецизен, треба да се напомене дека со пресудата *Marckx* се воспостави принцип кој треба да се спроведе во сите Држави потписнички на Конвенцијата, вклучително и тужената Држава во предметот *Fabris*. Факт е дека во моментот на настапувањето на смртта на Г-ѓа М. и во моментот кога жалителот го побарал својот нужен дел од целото наследство на неговата мајка кај нотарот (1994г.) и во моментот кога Г-н *Fabris* ја почнал постапката за намалување на наследството пред француските судови (1998г.) франциските власти биле запознаени со принципот на недискриминација во однос на наследните права на деца родени надвор од брачна заедница, кој бил веќе дефиниран долги години наназад, во *Marckx* во 1979г. и потврден во *Inze* 1987г. и во *Vermeire* во 1991г. и директно спроведен од страна на врховните судови како што е *Noog Raad* и Врховниот суд од Луксембург во своите извонредни пресуди од 13 јуни 1979г. и од 17 јануари 1985г. Принципот на добра волја во извршувањето на обврските кои произлегуваат од договорите требаше да ги наведат француските власти да го проучат барањето на жалителот на недискриминаторен начин. Откако пресудата *Mazurek* стана конечна во 2000г. меѓународната обврска за тужената Држава да избегнува идни повреди на Конвенцијата беше уште повеќе зајакната со фактот што таа не беше само поврзана со принципот на добра волја туку и со *erga omnes* државното влијание на *Mazurek*.

Ваквото читање би значело удар врз членот 27 од Виенската Конвенција за правото на договорите затоа што ќе и овозможи на Држава потписник на Конвенцијата да се повика на одредбите од своето уставно право за да го оправда својот недостаток за извршување на договорот. Валидноста и ефикасноста на пресудите на Судот не зависат од еден *fiat* на државните уставни судови¹⁴¹. Повикувањето на « усогласеност со уставниот поредок » е само тривијално повикување на принципот за заштита на признатите човекови права, наведени во членот 53 од Конвенцијата.

Во тие рамки, дополнителното повикување на принципот за правна сигурност не е толку проблематично. Домашните судови не можат да го поништат, ограничат или одложат влијанието на пресудите на Судот со образложение дека истите претставуваат закана за принципот на правна сигурност. Кога би можеле, тоа би им овозможило да имаат селективно спроведување на пресудите на Судот, изложувајќи се на ризикот за постоење на 47 разни начини за спроведување на една иста пресуда. Така, повикувањето на принципот за правна сигурност, освен повикувањето на оправдувањето во *Marckx*¹⁴² е исто така и наредба упатена до државните судови целосно да се усогласат и без никакво дискреционо право со пресудите на Судот. Секако дискреционо однесување на државните судови во спроведувањето на пресудите на Судот би го довеле во прашање принципот на правна сигурност.

Заклучок

Во поглед на директната применливост и на *erga omnes* на *Mazurek* во рамките на тужената Држава и ретроактивната примена за поделбата на имотот на г-ѓа М. и имајќи ја во предвид надлежноста на Судот да го контролира извршувањето на пресудата *Mazurek* во тужената Држава и спроведувајќи ги принципите за еднаквост пред законот и за недискриминација меѓу деца родени во брачна заедница и деца родени надвор од брачна заедница, сметам дека тужената Држава не ја спровела на задоволителен начин пресудата *Mazurek* во предметниот случај и со тоа го повредила членот 14 во врска со членот 1 од Протоколот бр. 1.

141 Да се види Постапување на полските државни претставници и на другите лица од полско потекло или јазик на територијата на Фантзиг. Советодавно мислење, 4 февруари 1932г. ЦПЈИ, серија А/Б, бр. 44 стр. 24 (« Една Држава не може да се повика на својот Устав во однос на друга Држава за да се ослободи од обврските кои и се наметнати со меѓународното право или договорите кои се во сила »); применливост на обврската за арбитража согласно одделот 21 од договорот од 26 јуни 1947г. кој се однесува на седиштето на Организацијата на Обединетите Нации, Советодавно мислење, Збирка ЦИЈ 1988г., стр. 34 и 35; *Dumitru Popescu* против Романија (бр.2) бр. 71525/01, став 103, 26 април 2007г. и прифаќањето на оваа идеја од страна на Државите потписнички, да се види Резолуцијата ЧП (95) 211 од 11 септември 1995г., Резолуцијата ЧП (96) 368 од 26 јуни 1996г. и Резолуцијата ЧП (96) 150 од 15 мај 1996г. Влијателната власт за меѓународните обврски во домашното право, особено уставното право, важи *a fortiori* и за областа од меѓународното право за човековите права, поради природата на човековите права, област која не е резервирана за национална надлежност на Државите (член 2 став 7 од Повелбата на Обединетите Нации) како и договорите кои се однесуваат на човековите права не само што ги поврзуваат државите потписнички туку и ги признаваат и правата и слободите на граѓаните во рамки на судовите во Државите потписнички (член 1 од Конвенцијата). Заклучокот е неминовен: без предрасуди за членот 15 од Конвенцијата, ниту една одредба од внатрешното право, ниту пак уставна одредба, не можат да ги ограничат или да ги повредат правата и слободите на било кое лице, а кои се наведени во Конвенцијата и тоа на начин на кој ги толкува Судот. Ништо не ги спречува државните судови, на чело со уставните судови, да понудат повисоко ниво на заштита на индивидуалните права и слободи (член 53) а тоа значи дека прописите на Конвенцијата можат да бидат отстранети само кога внатрешните одредби нудат подобра заштита за правото на жалителот.

142 Следејќи го « принципот за правна сигурност, суштински поврзан со правото на Конвенцијата » Судот « може да ги ослободи Државите од преиспитување на прописите или правните состојби кои им претходеа на пресудите на Судот прогласувајќи го државното законодавство за некомпатибилно со Конвенцијата » (*Marckx*, погорецитиран, став 58 и *Henryk Urban i Ryszard Urban* против Полска, бр. 23614/08, ста 65, 30 ноември 2010г.).



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

ПРЕДМЕТ

ЛАРКОС ПРОТИВ КИПАР

(тужба бр. 29515/95)

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

18 февруари 1999 година

Во предметот **Ларкос против Кипар**,

Европскиот суд за човекови права, заседавајќи согласно член 27 од Конвенцијата за заштита на човековите права и основните слободи („Конвенцијата”), согласно измените со Протоколот бр. 11¹⁴³, и релевантните одредби на Правилникот на Судот¹⁴⁴, како Голем судски совет составен од следниве судии:

г. Л. Вилдхабер претседател,	(L. WILDHABER)
г-ѓа Е. Палм	(E. PALM)
г.А. Пастор Ридруејо	(A. PASTOR RIDRUEJO)
г.Л. Ферари Браво	(L. FERRARI BRAVO)
г.Л. Кафлиш	(L. CAFLISCH)
г.И. Кабрал Барето	(I. CABRAL BARRETO)
г.Џ. П. Коста	(J.-P. COSTA)
г. К. Јунгвиерт	(K. JUNGWIERT)
г. М. Фишбах	(M. FISCHBACH)
г.Б. Зупанчиќ	(B. ZUPANČIČ)
г-ѓа Н. Вајиќ	(N. VAJIĆ)
г-ѓа В.Томасен	(W. THOMASSEN)
г-ѓа М. Цаца Николовска	(M. TSATSA-NIKOLOVSKA)
г.Т. Панциру	(T. PANȚÎRU)
г.Е. Левитс	(E. LEVITS)
г. К. Траја	(K. TRAJA)
г. А. Н. Луазу, ad hoc судија,	(A.N. LOIZOU)
и г. М. Де Салвиа, записничар,	(M. DE SALVIA)

Расправајќи на затворени седници, одржани на 7 јануари и 4 февруари 1999 година,

Ја донесе следнава пресуда, која беше усвоена на последниот од горенаведените датуми:

143 Протоколот бр. 9 стапи на сила на 1 октомври 1994 година и беше укинат со Протоколот бр. 11. Забелешки од Секретаријатот.

144 Забелешки од архивата 1-2. Протоколот бр. 11 и Правилникот на Судот стапија на сила на 1 ноември 1998 г.

ПОСТАПКА

1. Предметот беше упатен до Судот, согласно утврденото со поранешниот член 19 од Конвенцијата¹⁴⁵, од Владата на Кипар („Владата“) на 11 мај 1998 година, во рок од три месеци поставен од поранешниот член 32, став 1 и член 47 од Конвенцијата. Предметот произлезе од тужбата (бр. 29515/95) против Република Кипар, доставена до Европската комисија за човекови права („Комисијата“), согласно поранешниот член 25, од страна на кипарскиот државјанин, г. Ксенис Ларкос (Xenis Larkos), на 21 ноември 1995 година.

Тужбата на Владата се однесуваше на поранешните членови 44 и 48, согласно измените со Протоколот бр. 9¹⁴⁶, ратификувани од страна на Кипар. Предмет на тужбата беше да се добие одлука дали фактите на случајот претставуваат неисполнување од страна на тужената држава на нејзините обврски предвидени во член 14 на Конвенцијата, земен во врска со член 8.

2. Жалителот го назначил за свој застапник г. А. Деметриадес (A. Demetriades), правник кој работи во Никозија (Правило бр. 31 од поранешниот Правилник на Судот Б¹⁴⁷). Главниот државен адвокат на Република Кипар, г. А. Маркидес (A. Markides), бил во својство на застапник на Владата.

3. Како претседател на Советот кој првично бил формиран (поранешниот член 43 од Конвенцијата и поранешното правило бр. 21) со цел да се бави со евентуалните процедурални прашања пред влегувањето на сила на Протоколот бр. 11, г. Р. Бернхардт (R. Bernhardt), тогашниот претседател на Судот, постапувајќи преку Секретарот, се советува со застапникот на Владата, адвокатот на жалителот и делегатот на Комисијата, за организацијата на писмениот дел од постапката. Согласно налогот даден последователно, Секретарот ги примил опсервациите на жалителот и на Владата, на 20 ноември 1998 година, при што на двете страни им било одобрено од страна на претседателот продолжување на временскиот рок за доставување на нивните опсервации.

4. По стапувањето на сила на Протоколот бр. 11, на 1 ноември 1998 година, и во согласност со одредбите на член 5, став 5 од Протоколот, предметот беше упатен на Големиот судски совет. Големиот совет беше во следниов состав по службена должност: г. Л. Лукаидес (L. Loucaides), судија во чие портфолио спаѓа Кипар (член 27, став 2 од Конвенцијата и правило 24, став 4 од Правилникот на Судот), г. Л. Вајлдхабер (L. Wildhaber), претседател на Судот, г-ѓа Е. Палм (E. Palm), потпретседател на Судот, и г. Ж.П. Коста (J.-P. Costa) и г. М. Фишбах (M. Fischbach), потпретседатели на Оддели (Член 27, став 3 од Конвенцијата и правило 24, ставови 3 и 5, точка (а)). Останатите членови назначени да го дополнат составот на Големиот совет беа г. Л. Ферари Браво (L. Ferrari Bravo), г. Л. Кафлиш (L. Caflisch), г. И. Кабрал Барето (I. Cabral Barreto), г.К. Јунгвиерт (K. Jungwiert), г. Б. Зупанчич (B. Zupančič), г-ѓа Н. Вајиќ (N. Vajić), г. Џ. Хедиган (J. Hedigan), г-ѓа В. Томасен (W. Thomassen), г-ѓа М. Цаца Николовска (M. Tsatsa-Nikolovska), г. Т. Панциру (T. Panțiru), г. Е. Левитс (E. Levits) и г. К. Траја (Traja) (Правило 24, став 3 и Правило 100, став 4). Подоцна, г. Лукаидес (Loucaides), кој учествуваше во испитувањето на предметот од страна на Комисијата, се повлече од заседавање во Големиот совет (Правило 28). На негово место Владата го назначи г. А. Н. Луазу (A.N. Loizou), претходно избраниот судија во врска со Кипар, (Член 27, став 2 од Конвенцијата и Правило бр. 29, став 1). Подоцна, г. А. Пастор Ридруејо (A. Pastor Ridruejo), резервен судија, го замени г. М. Хедиган (M. Hedigan), кој не можеше да учествува во понатамошното разгледување на предметот (правило 24, ставови 3 и 5 (б)).

Судот одлучи дека не е потребно да бара од Комисијата да делегира еден од своите членови за да учествува во постапката пред Големиот совет (правило 99).

145 Со стапувањето на сила на Протоколот бр. 11, со кој се измени Член 19, Судот започна да функционира на постојана основа.

146 Протоколот бр. 9 стапи на сила на 1 октомври 1994 г. и беше укинат со Протоколот бр. 11. Забелешки од архивата

147 Правилник на Судот Б, кој стапи на сила на 2 октомври 1994 година; се применуваше до 31 октомври 1998 г. во сите случаи што се однесуваат на државите обврзани со Протоколот бр. 9

5. На 4 ноември 1998 година, по консултирањето со застапникот на Владата и претставникот на жалителот, Големиот судски совет одлучи да не одржи расправа ма за предметот, сметајќи дека за исполнувањето на неговите функции според член 38 став 1, точка (а) од Конвенцијата, не се бара одржување на расправа (правило 59, став 2). Откако им било одобрено да поднесе дополнителни коментари за односните забелешки во врска со оваа одлука, жалителот и Владата ги поднеле коментарите на 7 декември 1998 година. На 17 декември 1998 година Големиот судски совет одлучи да не го прифати о барање на Владата поднесено покасно да се одржи рочиште со оглед на одлуката која веќе била донесена за оваа работа и за причините кои одат во прилог на таквата одлука.

ФАКТИТЕ

1. ОКОЛНОСТИТЕ НА СЛУЧАЈОТ

А. Жалителот

6. Жалителот е кипарски државјанин роден во 1936 година. Тој е пензиониран државен службеник. На 1 мај 1967 година тој од кипарската држава изнајмил кука во која оттогаш живеел со неговата жена и четирите деца. Договорот за закуп бил класичен договор за изнајмување на имот што содржел одредби за плаќање на станарина од страна на жалителот, употреба и одржување на имотот, навремено известување за прекин на договорот и датум на престан на договорот. Според договорот, закупот престанувал во случај кога жалителот би бил префрлен во друга област, а не во онаа каде што се наоѓал имотот.

Б. Известувањето да ги напушти просториите

7. На 3 декември 1986 година Министерството за финансии го информирало жалителот дека дозволата врз основа на која престојувалво просториите била отповикана и дека имотот треба да биде предаден до 30 април 1987 година Тој не го направил тоа и на 3 јуни 1987 година главниот државен адвокат го известил дека доколку не ја напушти куќата пред 31 јули 1987 година, против него ќе биде покрената тужба.

8. На 3 јули 1987 година жалителот одговорил дека тој живеел заедно со своето семејство во куќата веќе 20 години. Тој бил обврзан да потроши значајна сума пари за одржување и реновирање на куќата, бидејќи надлежните власти не покажале никаков интерес за нејзино одржување. Тој тврдел дека бил „законски станар“ во смисла на Законот за контрола на станарините од 1983 година (Закон бр. 23/1983 – види став 14 и 15 подолу) и изјавил дека ќе продолжи да живее таму сè додека бил заштитен со закон.

9. На 9 март 1989 година, одговарајќи на второ писмо од главниот државен адвокат, од 5 јануари 1989 година жалителот го потврдил својот претходен став.

В. Постапка за евикција

10. На 3 февруари 1990 година Владата на Кипар покренала постапка за евикција на жалителот пред Окружниот суд во Никозија (District Court of Nicosia). Владата истакнала, меѓу другото, дека жалителот не живеел во куќата според договор за закуп, согласно значењето на Законот за контрола на станарини (Rent Control Law) од 1983 година туку дека просториите му биле доделени со административен налог поради неговата позиција во државната служба.

11. На 5 февруари 1992 година Окружниот суд во Никозија пресудил против жалителот. Судот не се изјаснил по однос на прашањето според која основа жалителот живеел во куќата. Интерпретацијата на Законот за контрола на станарините од 1983 годинаго навела судот да заклучи дека заштитата не се однесува на жалителот бидејќи ги обврзувала само приватните сопственици на имот, а не на државата Кипар. Лице кое изнајмило имот во сопственост на државата не можело да се смета за „законски станар“, заштитен со тој закон. На жалителот му било наложено да ги напушти просториите пред 30 јуни 1992 година.

Г. Оспорувањето на пресудата од страна на жалителот

12. Жалителот ја обжалил пресудата пред Врховниот суд повикувајќи се на член 14 од Конвенцијата и член 1 од Протоколот бр. 1. На рочиштето пред Врховниот суд жалителот главно се повикувал на следниов аргумент: неговите права како станар биле „имотни права“, во смисла на член 1 од Протоколот бр. 1, и тој бил жртва на дискриминација во уживањето на овие права бидејќи Законот за контрола на станарините од 1983 година, како што бил толкуван од Окружниот суд во Никозија, не давал заштита на станарите на државата, додека самиот Закон ја штител државата како „законски станар“ кога изнајмувала имот во приватна сопственост. Жалителот исто така истакнал дека тој е жртва на уште еден чин на дискриминација со тоа што според важечкото право уживал помалку заштита во споредба со станарите кај приватни лица.

Д. Отфрлањето на жалбата на жалителот

13. На 22 мај 1995 година Врховниот суд ја одбил жалбата на жалителот, со образложение дека тој не може да бара имотни права според член 1 од Протокол бр. 1 како станар. Судот исто така нашол дека, поимот наеднаквоста, не секогаш барал лице кое ужива заштита од Законот за контрола на станарините од 1983 година како станар да треба автоматски да бара да му биде дадена истата заштита на неговите или нејзините станари во случај кога тоа лице поседува имот. Конечно, Судот, во *obiter dictum*, оценил дека дури и ако предметот се однесувал на различен третман, различниот законски третман на имот изнајмен од страна на приватни сопственици и од страна на државата, нема да претставува повреда на Уставот или Конвенцијата бидејќи „разумно би било да се смета дека не е неопходно да се даде заштита [на станарите] наспроти [државата] која [не] е во иста позиција како приватен сопственик [и] не се очекува да го води државниот имот според критериуми слични на оние кои се однесуваат на приватен сопственик“.

Согласно оваа одлука, на жалителот му се заканувало непосредно иселување.

II. РЕЛЕВАНТНОТО ДОМАШНО ПРАВО

А. Закон за контрола на станарините од 1983 година (Закон. бр. 23/1983)

14. Член 3, став (1) од Законот за контрола на станарините од 1983 година се однесува само на живеалишта и продавници во реони означени како „регулирани реони“, кои во Член 2 се дефинирани како секој реон кој бил прогласен за таков, според претходното регулаторно законодавство за станарина, и го вклучува секој друг реон што е прогласен за таков со налог на Советот на министри. Член 3, став (1), кој не беше изменет со последователните амандмани на Законот од 1983 г., ги наведува околностите во кои може да се издаде налог.

Член 3, став (1) го наведува следново:

„Кога Советот на министри смета дека е неопходно или соодветно заради обезбедување на достапноста на живеалиштата и продавниците и нивното поседување, или кога е тоа потребно заради јавниот интерес, Советот на министри може со налог објавен во Службен весник на Републиката да ја прогласи која било област во Кипар за регулирана зона, и следствено, одредбите од овој закон ќе се применуваат на сите живеалишта или продавници во таа област.“

„Οσάκις το Υπουργικόν Συμβούλιον κρίνη ότι είναι αναγκαίον ή σκόπιμον προς τον σκοπόν της εξασφάλισης της διαθεσιμότητος των κατοικιών ή καταστημάτων αντί λογικών ενοικίων και της ασφαλείας της κατοχής τούτων, ή οσάκις το δημόσιον συμφέρον ούτως άλλως απαιτή, το Υπουργικόν Συμβούλιον δύναται δια διατάγματος δημοσιευομένου εις την επίσημον εφημερίδα της Δημοκρατίας να κηρύξη οιαδήποτε περιοχήν εν Κύπρω ως ελεγχομένην περιοχήν, τούτου δε γενομένου θα ισχύουν αι διατάξεις του παρόντος Νόμου δι' οιασδήποτε κατοικίας ή καταστήματα ενός της τοιαύτης περιοχής.“

15. Според член 11, станарите кои живеат во „регулирана резиденцијална зона“, кои по истекот на првиот рок од соодветниот договор за закуп, остануваат да живеат во живеалиштето („законски станари“) не можат да бидат иселени, освен во посебни случаи утврдени со Законот за контрола на станарини. Во овие околности спаѓаат неплаќање на закупнината, неовластена употреба на имотот и случаи кога живеалиштето му е потребно на сопственикот заради сопствено живеење или живеење на неговата жена, деца или други лица кои тој ги издржува.

Б. Уставни одредби

16. Според член 54, точка (е) од Уставот, Советот на министри ќе го надгледува и ќе располага со имотот кој е во сопственост на Република Кипар.

ПОСТАПКА ПРЕД КОМИСИЈАТА

17. Г. Ларкос поднел претставка до Комисијата на 21 ноември 1995 година. Тој се повикал на член 8 од Конвенцијата и член 1 од Протоколот бр. 1 во врска со член 14 од Конвенцијата. Тој се пожалил дека бидејќи бил станар на државата, тој не ја уживал заштитата која Законот за контрола на станарините од 1983 година им ја дава на лицата кои закупуваат имот од приватни сопственици.

18. Комисијата (Првиот совет) ја прогласила жалбата (бр. 29515/95) за допуштена на 21 мај 1997 година. Во извештајот од 14 јануари 1998 година (поранешен член 31 од Конвенцијата), Комисијата едногласно утврдила дека постоело повреда на член 4 од Конвенцијата во врска со член 8 и дека не е потребно да се испитува дали имало повреда на член 14 во врска со член 1 од Протоколот бр. 1. Целосниот текст на мислењето на Комисијата е приложен како анекс на оваа пресуда¹⁴⁸.

КОНЕЧНИ ПОДНЕСОЦИ ДО СУДОТ

19. Жалителот во своите опсервации барал од Судот да утврди дека тужената држава не ги исполнила своите обврски според член 14 од Конвенцијата во врска со член 8, како и според член 14 во врска со член 1 од Протоколот бр. 1 од Конвенцијата, и да му додели праведна отштета според член 41 од Конвенцијата.

20. Владата била на став дека фактите од предметот не укажуваат на повреда на Членовите на кои се повикал жалителот.

ПРАВО

I. ОПФАТ НА ПРЕДМЕТОТ

21. При упатување на предметот до Судот, Владата се изјаснила дека нивната цел била да добијат пресуда дали фактите укажувале на повреда на член 14 од Конвенцијата, во врска со член 8 (види став 1 погоре). Сепак, Судот има правна надлежност да го разгледа целиот предмет кој бил прогласен за допуштен од Комисијата, вклучително и претставката на жалителот според член 14 од Конвенцијата во врска со Протоколот бр. 1 (види, *mutatis mutandis*, Erdagöz против Турција, пресуда од 22 октомври 1997 г., Извештај за пресуди и одлуки 1997-VI, стр. 2310-11, ставови 34-36). Ова не беше оспорено од Владата, која другата жалба целосно ја разгледа во своите дополнителни забелешки.

II. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕН 14 ОД КОНВЕНЦИЈАТА ВО ВРСКА СО ЧЛЕНОТ 8

22. Жалителот, со кој се согласила Комисијата, тврдел дека како станар на државата бил незаконски дискриминиран во уживањето на правото на почитување на неговиот дом, врз основа на фактот дека тој, за разлика од приватниот станар кој изнајмува од приватен сопственик, не бил заштитен од иселување, по истекот на неговиот договор за закуп. Тој се повикал на член 14 од Конвенцијата во врска со член 8.

23. Член 14 во делот кој е релевантен гласи:

„Уживањето на правата и слободите, определени во Конвенцијата, ќе бидат обезбедени без дискриминација по кој било основ и тоа...или некој друг статус.“

148 Забелешка од записничарот. Од практични причини овој анекс ќе биде содржан само во финалната печатена верзија на пресудата (во службените извештаји на одредени пресуди и одлуки на Судот). Копија од извештајот на Комисијата може да се најде во архивата.

24. Член 8 во релевантиот дел гласи:

„1. Секој има право на почитување на...неговиот дом...”

25. Жалителот се изјаснил дека бил во аналогна ситуација со таа на приватниот закупец на стан од приватен сопственик. Договорот за закуп, кој тој го потпишал во 1967 година, содржел многу од обележјата на обичен договор помеѓу закуподавец и закупец на стан. Тој оспорувал дека разликата направена во Законот за контрола на станарините од 1983 година согласно интерпретацијата на домашните судови (види ставови 11 и 13 погоре), помеѓу станари како него и приватни станари кои закупуваат живеалишта во приватна сопственост, не може да се оправда според член 14. Тој особено тврдел дека тужената држава не успеала да го образложи различното третирање на станарите на државата во врска со заштитата од иселување, освен преку генерално повикување на интересите на јавноста. Дополнително, разликата не воведува рамнотежа помеѓу она што тужената држава го смета за јавен интерес и заштитата на неговото право на почитување на неговиот дом бидејќи имало непропорционално влијание врз уживањето на тоа право, обврзувајќи го него и неговото семејство да го напушти домот каде што живееле триесет и една година.

26. Владата подвлекла дека жалителот спаѓал во специфична категорија на станари, бидејќи закупувал имот во државна сопственост. Поради тоа, тој не бил во слична ситуација со станарот кој изнајмувал живеалиште во приватна сопственост. За разлика од приватниот сопственик, Владата била обврзана да располага со државните имотни средства на начин кој е во согласност со условите предвидени во Уставот и законите. Ова би значело дека наместо да изнајмува имот примарно заради профит, тие во своите трансакции треба да го земат предвид јавниот интерес. Следствено, правично било да не му се даде на жалителот заштита од иселување која им следува на другите категории приватни станари по завршувањето на нивните договори за закуп, согласно Законот за контрола на станарините од 1983 година, со цел да им се овозможи на властите поинаку да располагаат со имотот во прашање. Тие тврделе дека доколку му дозволат на станар како жалителот да живее во живеалиште во сопственост на државата неопределено време, тоа би ги ограничило должностите на властите да управуваат со државниот имот, согласно уставните и законските одредби.

27. Комисијата сметала дека Владата не успеала да даде разумно и објективно оправдување за разликата во третманот. Поради тоа, Судот најде дека имало повреда по однос на овој дел од жалбата.

28. Судот смета дека е повикан да разгледа како Законот за контрола на станарините од 1983 година, согласно неговата интерпретација од домашните судови, се одразил врз правата на жалителот загарантирани со Конвенцијата, како приватен станар кој изнајмува живеалиште во регулирана зона, а не да го разгледа неговиот ефект врз правата на физички или правни лица согласно Конвенцијата, кои изнајмуваат државен имот за друга намена, а не за живеење.

На ова Судот додава дека не било оспорено дека г-н Ларкос може да се повика на гаранцијата против незаконска дискриминација содржана во член 14 од Конвенцијата и не гледа причина за поинаков став. Во овој поглед Судот смета дека претставката на жалителот се однесува на начинот на кој наводната разлика во третманот негативно влијае на уживањето на неговото право на почит кон домот, загарантирано со член 8 од Конвенцијата. Г-н Ларкос не тврдел дека имало повреда на член 8 поради фактот што, како станар на државата, тој е соочен со закана од иселување од домот. Сепак, доволно е заради примена на член 14, што фактите на кои се повикуваат во овој предмет спаѓаат во доменот на член 8 и релевантноста на тој член не може да се оспори со оглед на пресудата на Окружниот суд во Никозија кој му наредил на г-н Ларкос да го напушти својот дом (види, *mutatis mutandis*, *Inze* против Австрија, пресуда од 28 октомври 1987 г., Серија А бр. 126, стр. 17, став 36). Понатаму, иако жалителот сè уште не бил иселен од неговиот дом, сепак во неговиот случај Законот за контрола на станарините од 1983 година бил применет на негова штета, бидејќи тој и неговото семејство живееле под закана од евикција уште од покренувањето на постапката за евикција и таквата закана станала уште пореална по пресудата на Врховниот суд (види став 13 погоре).

29. Што се однесува до опфатот на гаранцијата содржана во член 14, Судот наведува дека, согласно установеното судска пракса, различниот третман е дискриминаторен ако „нема објективно и разумно оправдување”, односно ако не служи за остварување на „легитимна цел“ или ако нема „разумен пропорционален однос помеѓу употребените средства и целта која треба да се постигне“. Понатаму, земјите-потписнички имаат определена слобода во оценувањето дали и до кој степен разликите во инаку слични ситуации го оправдуваат различниот третман (види, на пример, пресудата од *Gaugu-*

suz против Австрија, од 16 септември 1996 г., Извештаи 1996-IV, стр. 1142, став 42).

30. Судот мора особено да ги земе предвид условите на договорот за закуп кој г-н Ларкос го склучил со властите, при оценувањето на неговото тврдење дека тој бил во слична или аналогна ситуација со онаа на приватните станари кои закупуваат имот од приватни сопственици. Во овој поглед, Судот посочува дека договорот за закуп не упатува на фактот дека имотот му бил изнајмен додека тој извршувал функција на државен службеник или дека продолжувањето на договорот зависело од продолжувањето на неговото вработување во државната служба. Иако договорот за закуп содржел одредба за трансферот на жалителот од областа во која се наоѓала неговата куќа (види став 6 погоре), оваа клаузула била внесена за да се заштити неговиот интерес, а не интересите на државата, доколку дојде до таков случај. Понатаму, договорот за закуп не кажува ништо за последиците од евентуалното пензионирање или оставка на жалителот од државната служба. Ниту пак може да се претпостави дека станарината што жалителот треба да ја плаќа била утврдена по поповолна стапка поради неговиот статус. Навистина Владата не тврдела дека станарината на г-н Ларкос била пониска од вообичаената или дека договорот за изнајмување на стан бил различен од другите такви договори помеѓу сопственикот на станот и станарот. Со оглед на овие забелешки и особено со оглед на фактот што условите за закупот јасно покажуваат дека државата го изнајмува имотот како приватно лице, Судот смета дека г-н Ларкос може оправдано да тврди дека се наоѓа во релативно слична ситуација со онаа на станарите кои изнајмуваат сместување од приватни лица и чијшто имот се наоѓа во регулирана зона, согласно значењето на Законот за контрола на станарините од 1983 година.

31. Судот смета дека тужената држава се обидела да ја оправда разликата во третманот помеѓу станарите кои изнајмуваат државен имот (како жалителот) и други приватни станари кои изнајмуваат имот од приватни сопственици, преку посочување на обврските кои Уставот им ги наложува на властите при управувањето со државниот имот. Додека Судот прифаќа дека мерката која ќе предизвика различен третман на лицата во слична ситуација може да биде оправдана заради заштита на јавните интереси, сепак во конкретниов предмет, Владата не дала убедливо објаснување како ќе се заштити општиот интерес преку иселувањето на жалителот. Тие не укажале на некој повисок интерес кој би условил ограничување на заштитата на жалителот што ја уживаат другите станари според Законот за контрола на станарините од 1983 година. Што се однесува на образложението на Владата дека договорот за изнајмување државен стан не е примарно мотивиран од профит и поради тоа тие не може да се споредат со приватните сопственици (види став 26 погоре), Судот би нашол дека ништо не ги спречува властите да бараат од нивните станари да плаќаат редовна цена и, како што беше претходно забележано, во предметниов случај не било расправано дека станарината на жалителот била повластена. Мора да се наведе дека државата не му го доделила имотот на жалителот во својство на јавно лице и во интерес на интересите на заедницата, туку како страна во приватна трансакција (види став 30 погоре).

Судот исто така би забележал дека законот бил наменет да служи како мерка на социјална заштита за станарите кои живеат во одделни делови на Кипар. Одлуката да не се продолжи таквата заштита на станарите на живеалишта во сопственост на државата кои живеат врата до врата со станари на живеалишта во приватна сопственост, бара посебно оправдување, уште повеќе, бидејќи самата држава е заштитена со закон кога изнајмува имот од приватни лица (види став 12 и 13 погоре). Меѓутоа, Владата не дала никакво разумно или објективно оправдување за разликата при почитувањето на условите од член 14 од Конвенцијата, дури и со оглед на нивната слобода во определувањето на контролата врз имотот.

32. Судот следствено заклучува дека имало повреда на член 14 од Конвенцијата во врска со член 8.

III. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕН 14 ОД КОНВЕНЦИЈАТА ЗЕМЕН ВО ВРСКА СО ЧЛЕН 1 ОД ПРОТОКОЛОТ БР. 1

33. Жалителот тврдел дека согласно условите предвидени со договорот за закуп тој уживал одредени имотни права во однос на куќата во прашање, која, заедно со заштитата против евикција, гарантирана со Законот за контрола на станарините од 1983 година, сочинувале „владение“ во смисла на член 1 од Протоколот бр. 1. Според него, ускратувањето на заштитата од евикција поради неговиот статус како станар на државата го попречувало неговото право на мирно уживање на своите ствари и претставувало повреда на член 14 од Конвенцијата во врска со член од Протоколот бр. 1.

34. Член 1 од Протоколот бр. 1 во делот кој е релевантен предвидува:

„Секое физичко или правно лице има право на мирно уживање на своите ствари ...”

35. Владата во својот одговор до жалителот смета дека жалителот немал никаков интерес за имотот изнајмениот имот кој е во негово „владение“, во смисла на член 1 од Протоколот бр. 1. Поради оваа причина тој не можел да се повика на член 14 од Конвенцијата. Тие додале дека доколку Судот дојде до спротивен заклучок, аргументите врз основа на кои тие ја оправдале разликата во третманот во контекст на другата жалба на жалителот (види став 26 погоре) биле подеднакво валидни за поддржување на ставот дека немало повреда ниту по овој основ. 36. Судот наоѓа дека, согласно заклучокот на Комисијата, не е потребно посебно разгледување на овој жалбен навод со оглед на одлуката за жалбениот навод на жалителот според член 14, земен во врска со член 8 (види став 32 погоре).

IV. ПРИМЕНА НА ЧЛЕН 14 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

37. Жалителот барал надомест на материјална и нематеријална штета, како и надомест на трошоците и издатоците според член 41 од Конвенцијата, кој вели:

„Ако Судот најде дека имало повреда на Конвенцијата или на нејзините протоколи, и ако домашното право на Високата договорна страна која е во прашање дозволува само делумна репарација, Судот, ако е потребно, ќе додели правична отштета на оштетената страна.“

A. Материјална штета

38. Жалителот барал 2.400 кипарски фунти како надомест за разните трошоци за одржување на имотот во добра состојба, во периодот помеѓу 1986 година и 1998 година. Според жалителот, согласно договорот за закуп, државата била одговорна да се грижи за одржувањето на имотот. Меѓутоа од покренувањето на постапката за евикција, во 1986 година, државата не ја исполнувала оваа договорна обврска.

39. Владата ја оспорила одговорноста на државата која произлегува од договорот да се грижи за одржувањето на куќата. Во секој случај, жалителот немал право на надомест на наведената сума бидејќи немало каузална врска помеѓу наведената повреда и настанатите трошоци.

40. Судот се сложува со аргументот на Владата за непостоењето на каузална врска помеѓу прашањето кое се смета дека претставува повреда (види став 32 погоре) и материјалната штета која жалителот наведува дека ја претрпел. Следствено, неговото барање според оваа глава мора да се отфрли.

Б. Нематеријална штета

41. Според жалителот, тој и неговото семејство биле под закана за евикција од нивниот дом уште од 1986 година. Ова било извор на стрес и загриженост и постојаната несигурност околу евентуалното напуштање на куќата негативно се одразило врз неговиот семеен живот. Тој понатаму истакнал дека парничењето со државата, односно неговиот работодавец, ја оштетило неговата кариера во државната служба и дека негативните написи во локалните весници за неговиот обид да си ги оствари правата против државата го повредило неговиот локален углед. Жалителот тврдел дека имал право да му бидат доделени 10.000 кипарски фунти како надомест за претрпена нематеријална штета.

42. Владата одговорила дека жалителот не бил истеран од куќата и дека секоја наведена нематеријална штета мора да се гледа со оглед на овој факт. Понатаму, жалителот не докажал дека наведената повреда негативно влијаела врз неговите можности за унапредување во државната служба. Во претставката на Владата, доколку Судот најде повреда на Конвенцијата, таквото наоѓање самото по себе ќе претставува доволна и правична отштета според оваа глава.

43. Судот забележува дека од 1986 година жалителот живеел под закана од евикција од неговиот дом во кој тој живеел со својата фамилија уште од 1967 година. Решеноста на властите да го истераат и неговите неуспешни обиди да им се спротивстави на таквите обиди преку судовите, оправдано може да се смета дека му предизвикале стрес и загриженост на жалителот. Додека властите можеби не настојувале налогот за владение да се изврши по одлуката на Врховниот суд (види став 13 погоре), сепак жалителот веќе подолго време живеел со неизвесноста од загуба на неговиот дом, со соодветните последици за иднината за него и за неговата фамилија. Одлучувајќи врз правична основа, Судот му доделува на г-н Ларкос сума од 3.000 кипарски фунти по овој основ.

В. Трошоци и издатоци

44. Жалителот барал надомест на трошоците и издатоците нанесени од адвокатите во постапките пред домашните судови и пред Стразбушките институции. Со повикување на спецификациите поднесени во прилог на неговото барање, жалителот барал од Судот да му додели сума од 10.661 кипарски фунти.

45. Владата ја оспорила бараната сума, тврдејќи дека жалителот не докажал дека трошоците биле вистински, разумни и неопходно нанесени. Тие особено го оспориле инволвирањето на тројца адвокати во постапките пред домашните судови, чиешто трошоци изнесувале 6.388 кипарски фунти како и износот на бараните трошоци за адвокатот задржан за постапките во Стразбур (4.283 кипарски фунти). Според нивниот поднесок, жалителот не би требало да има право на надомест на трошоците за парничење на повеќе од еден адвокат во постапките пред домашните судови.

46. Со оглед на деталите на трошоците и издатоците кои ги прибавил жалителот за природата на постапката пред домашните судови и на мерките на справедливост, Судот му ја доделува на жалителот сумата од 5.000 кипарски фунти, заедно со евентуалниот доспеан данок на додадена вредност.

Г. Затезна камата

47. Според информациите со кои располага Судот, законската затезна каматна стапка, важечка во Кипар, на денот на донесување на оваа пресуда изнесува 8% годишно.

ПОРАДИ ОВИЕ ПРИЧИНИ СУДОТ, ЕДНОГЛАСНО

1. Одлучува дека имало повреда на член 14 од Конвенцијата во врска со член 8 од Конвенцијата;
2. Одлучува дека не е потребно да се земе предвид жалбениот навод на жалителот според член 14 од Конвенцијата во врска со член 1 од Протоколот бр. 1;
3. Одлучува
 - (а) дека тужената држава треба да му плати на жалителот 3.000 (три илјади) кипарски фунти за нематеријална штета, во рок од три месеци;
 - (б) дека тужената држава треба да му плати на жалителот, во рок од три месеци, 5.000 (пет илјади) кипарски фунти за трошоци и издатоци, заедно со доспеаниот данок на додадена вредност;
 - (в) дека по истекот на горенаведениот рок од три месеци ќе се засметува основна камата по годишна стапка од 8% до денот на исплатата;

4. Ги отфрла останатите барања на жалителот за правична оштета.

Изготвена на англиски и француски јазик, и донесена на јавно рочиште во зградата на човековите права, во Стразбур, на 18 февруари 1999 година.

Лузијус ВИЛДХАБЕР

Записничар

Мишел ДЕ САЛВИА

Претседател

Во согласност со член 45, став 2 од Конвенцијата и правилото 74, став 2 од Правилникот на судот, издвоеното мислење на г. Кабрал Барето (Cabral Barreto) е приложено кон оваа пресуда.

М. д. С.

Л.В.

ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈАТА КАБРАЛ БАРЕТО

(Превод)

Се согласувам дека предметов се однесува на евентуална повреда на член 14 од Конвенцијата, читан заедно со член 8.

Она во што не се согласувам со моите колеги е што тие го сметаат за повреда самиот факт што домашните судови одлучиле жалителот да го напушти својот дом, додека јас сметам дека би требало да има повреда само доколку заканата од евикција би се остварила.

Сè зависи од степенот на важност што ѝ се дава на конкретната ситуација на жалителот и на неговата фамилија, кои живееле под закана од евикција уште од покренување на имотната постапка.

Се согласувам дека болката што му била нанесена со ваквата ситуација Судот мора да ја смета за „нематеријална штета“ (види, *mutatis mutandis*, Beldjoudi против Франција, пресуда од 26 март 1992 г., Серија А бр. 234-А, стр. 30, став 86).

Сепак, што се однесува до прашањето дали имало повреда, претпочитам да заземам малку поинаков пристап и да кажам дека ќе има повреда на член 14, читан заедно со Член 8, ако одлуката за евикција на г-н Ларкос и неговата фамилија од неговиот дом била извршена.

Додека - за причини кои не е потребно да бидат наведени тука - недоволно е да се примени истото резонирање во случаите што се однесуваат на депортација на странци (види Beldjoudi пресудата наведена погоре и *Nastri* против Франција, пресуда од 13 јули 1995 г., серија А бр. 320-В, и моето мислење на согласување во овој случај од *H.L.R.* против Франција, мислење на Комисијата, Извештаи за пресуди и одлуки 1997-III, стр. 770), применувањето на таквото резонирање во конкретниов случај според мене би овозможило подобра заштита на правата на жалителот и неговата фамилија да не бидат исфрлени од нивниот дом.

Треба да се запомни дека целта на Конвенцијата не е да гарантира права кои се теоретски или илузорни, туку права кои се практични и ефективни (види, на пример, пресудата во предметот *Artico v. Italy* од 13 мај 1980 г., Серија А бр. 37, стр. 15-16, став 33).

СОДРЖИНА

ПРЕДГОВОР	3
ВОВЕД.....	5
ДИСКРИМИНАЦИЈА ВРЗ ОСНОВ НА РАСА И ЕТНИЧКА ПРИПАДНОСТ	7
СЛУЧАЈ ХОРВАТ И КИШ против УНГАРИЈА	8
<u>ПОСТАПКА</u>	9
<u>ФАКТИ</u>	9
<u>ПРАВО</u>	23
ПРЕДМЕТ СЕЈДИЌ И ФИНЦИ ПРОТИВ БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА	35
<u>ПОСТАПКА</u>	36
<u>ФАКТИТЕ</u>	37
<u>ПРАВО</u>	54
<u>МИСЛЕЊЕ НА ДЕЛУМНО СОГЛАСУВАЊЕ И ДЕЛУМНО НЕСОГЛАСУВАЊЕ НА СУДИЈАТА</u> <u>МИЈОВИЌ, ПОДДРЖАН ОД СУДИЈАТА ХАЦИЈЕВ</u>	64
<u>МИСЛЕЊЕ НА НЕСОГЛАСУВАЊЕ НА СУДИЈАТА БОНЕЛО</u>	73
ДИСКРИМИНАЦИЈА ВРЗ ОСНОВ НА ПОЛ И РОД.....	77
СЛУЧАЈ КОНСТАНТИН МАРКИН ПРОТИВ РУСИЈА	78
<u>ПОСТАПКА</u>	79
<u>ФАКТИ</u>	80
<u>ПРАВО</u>	93
<u>МИСЛЕЊЕ НА ДЕЛУМНО СОГЛАСУВАЊЕ И ДЕЛУМНО НЕСОГЛАСУВАЊЕ НА</u> <u>СУДИЈАТА ПИНТО ДЕ АЛБУКЕРКЕ</u>	113
<u>МИСЛЕЊЕ НА ДЕЛУМНО НЕСОГЛАСУВАЊЕ НА СУДИЈАТА КАЛАЈЦИЕВА</u>	123
<u>МИСЛЕЊЕ НА ДЕЛУМНО НЕСОГЛАСУВАЊЕ НА СУДИЈАТА НУСБЕРГЕР</u> <u>ПРИДРУЖЕНА ОД СУДИЈАТА ФЕДОРОВА</u>	124
<u>МИСЛЕЊЕ НА НЕСОГЛАСУВАЊЕ НА СУДИЈАТА ПОПОВИЌ</u>	125

СЛУЧАЈ НА ЕРЕМИА ПРОТИВ РЕПУБЛИКА МОЛДАВИЈА	127
<u>ПОСТАПКА</u>	128
<u>ФАКТИ</u>	128
<u>ПРАВО</u>	134
САРА МАРГАРЕТ РИЧАРДС	144
<u>ПРЕСУДА</u>	145
<u>ПРАВЕН КОНТЕКСТ</u>	145
<u>ГЛАВНАТА ПОСТАПКА И ПРАШАЊАТА УПАТЕНИ ЗА ПРЕЛИМИНАРНА ОДЛУКА</u>	147
<u>ПРВОТО ПРАШАЊЕ</u>	148
<u>ВТОРОТО ПРАШАЊЕ</u>	150
<u>ТРОШОЦИ</u>	151
ДИСКРИМИНАЦИЈА ВРЗ ОСНОВ НА РЕЛИГИЈА ИЛИ УВЕРУВАЊЕ	153
СЛУЧАЈ ХОФМАН против АВСТРИЈА	154
<u>ПОСТАПКА</u>	155
<u>ФАКТИ</u>	156
<u>ПРАВО</u>	164
ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈАТА МАЧЕР	168
ДЕЛУМНО ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈАТА ВОЛШ	169
ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈАТА ВАЛТИКОС	170
ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈАТА МИФСУД БОНИЧИ	171
СЛУЧАЈ МИЛАНОВИЌ против СРБИЈА	173
<u>ПОСТАПКА</u>	174
<u>ФАКТИ</u>	174
<u>ПРАВО</u>	181
ДЕЛУМНО ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈАТА РАЙМОНДИ	188
ДИСКРИМИНАЦИЈА ВРЗ ОСНОВ НА ВОЗРАСТ	189
<u>НК DANMARK</u> ,	190
<u>ПРЕСУДА</u>	191
<u>ПРАВЕН КОНТЕКСТ</u>	191
<u>РАЗГЛЕДУВАЊЕ НА УПАТЕНИТЕ ПРАШАЊА</u>	194

<u>ВТОРОТО ПРАШАЊЕ</u>	191
<u>ПРВОТО ПРАШАЊЕ</u>	194
<u>ТРОШОЦИ</u>	199
ДИСКРИМИНАЦИЈА ВРЗ ОСНОВ НА СЕКСУАЛНА ОРИЕНТАЦИЈА	201
СЛУЧАЈ ВАЛИАНТОС И ДРУГИ ПРОТИВ ГРЦИЈА	202
<u>ПОСТАПКА</u>	203
<u>ФАКТИ</u>	204
<u>ПРАВО</u>	213
ЗАЕДНИЧКО ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИИТЕ КАЗАДЕВАЛ, ЗИЕМЕЛЕ, ЈОЧИЕНЕ И СИЦИЛИАНОС	227
ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ СО ДЕЛУМНО СОГЛАСУВАЊЕ И СО ДЕЛУМНО НЕСОГЛАСУВАЊЕ НА СУДИЈАТА ПИНТО ДЕ АЛБУКЕРКЕ	229
ПРЕДМЕТ НА ИКС И ДРУГИ против АВСТРИЈА	236
<u>ПОСТАПКА</u>	237
<u>ФАКТИ</u>	238
<u>ПРАВО</u>	252
СОГЛАСНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈАТА SPIELMANN	270
ЗАЕДНИЧКО ДЕЛУМНО НЕСОГЛАСНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИИТЕ КАСАДЕВАЛ, ЗИЕМЕЛЕ, КОВЛЕР, ЈОЧИЕНЕ, ШИКУТА, ДЕ ГАЕТАНО И СИЦИЛИАНОС	271
ФРЕДЕРИК ХАЈ	277
<u>ПРЕСУДА</u>	278
<u>ПРАВЕН КОНТЕКСТ</u>	278
<u>РАСПРАВАТА ВО ГЛАВНАТА ПОСТАПКА И УПАТЕНОТО ПРАШАЊЕ</u>	280
<u>ПРАШАЊЕТО УПАТЕНО НА ПРЕЛИМИНАРНА ОДЛУКА</u>	281
<u>ТРОШОЦИ</u>	284
ДИСКРИМИНАЦИЈА ВРЗ ДРУГ СТАТУС	285
СЛУЧАЈ И.Б. против ГРЦИЈА	286
<u>ПОСТАПКА</u>	287

<u>ФАКТИ</u>	287
<u>ПРАВО</u>	295
СЛУЧАЈ ФАБРИС ПРОТИВ ФРАНЦИЈА	304
<u>ПОСТАПКА</u>	305
<u>ФАКТИ</u>	306
<u>Б. РАЗВОЈ НА ПРАВОТО КОЕ СЕ ОДНЕСУВА НА ДЕЦА РОДЕНИ ВО</u>	
<u>« ПРЕЉУБНИЧКА ВРСКА »</u>	310
<u>ПРАВО</u>	313
ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ СО СОГЛАСУВАЊЕ НА СУДИЈАТА ПОПОВИЌ КОН КОЕ	
СЕ ПРИДРУЖУВА СУДИЈКАТА ГИУЛУМИАН.....	323
ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ СО СОГЛАСУВАЊЕ НА СУДИЈАТА ПИНТО ДЕ	
АЛБУКЕРКЕ.....	324
ЛАРКОС ПРОТИВ КИПАР	331
<u>ПОСТАПКА</u>	333
<u>ФАКТИТЕ</u>	334
<u>ПРАВО</u>	336
ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈАТА КАБРАЛ БАРЕТО	342
<u>СОДРЖИНА</u>	343