

Европски суд за људска права

ВЕЛИКО ВЕЋЕ

СЛУЧАЈ МАРКОВИЋ И ДРУГИ против ИТАЛИЈЕ

(Представка бр. 1398/03)

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

14. децембар 2006. године

*Ова пресуда је правоснажна али може бити предмет техничких
измена.*

У случају Марковић и други против Италије,

Европски суд за људска права, на седници Великог већа у саставу:

г. L. WILDHABER, *председник*,

г. C. L. ROZAKIS,

г. J. –P. COSTA,

сеп Nicolas BRATZA,

г. B. M. ZUPANČIĆ,

г. L. CAFLISCH,

г. I. CABRAL BARRETO,

г. K. JUNGWIERT,

г. J. HEDIGAN,

гђа M. TSATSA-NIKOLOVSKA,

г. M. UGREKHELIDZE,

г. A. KOVLER,

г. V. ZAGREBELSKY,

г. E. MYJER,

г. DAVID THOR BJORGVINSSON,

гђа D. JOČIENE,

г. J. ŠIKUTA, судије

и г. T. L. EARLY, *секретар Одељења*

После већања без присуства јавности 14. децембра 2005. године, 9.

јануара и 25. октобра 2006. године,

доноси следећу пресуду, која је усвојена последњег наведеног дана:

ПОСТУПАК

1. Поступак је покренут представком (бр. 1398/03) против Републике Италије коју је поднело Суду по члану 34 Конвенције за заштиту људских права и основних слобода (Конвенција), десет држављана Србије и Црне Горе, г. Душан Марковић и г. Зоран Марковић, гђа Душица Јонтић и г. Владимир Јонтић, гђа Драга Јанковић, гђа Мирјана Стевановић и гђа Славица Стевановић и гђа Милена Драгојевић, г. Обрад Драгојевић и г. Дејан Драгојевић (подносиоци представке), 6. децембра 2002. године.

2. Подносиоци представке су се обратили Суду преко гђе А. Rampelli а заступа их г. G. Bozzi, адвокат из Рима, и г. А. Bozzi и гђа С. Gatti, адвокати из Милана. Италијанску владу (тужена Влада)

заступали су њен заступник, г. I. M. Braguglia и ко-заступник, г. F. Crisafulli.

3. Подносиоци представке су се посебно жалили на повреду члана 6 Конвенције, као и члана 1, као последицу одлуке Касационог суда да домаћи судови нису имали надлежност да разматрају њихов тужбени захтев за накнаду штете као последицу ваздушног удара НАТО снага.

4. Представка је додељена Првом одељењу Суда (Правило 52 § 1 Пословника Суда). У одлуци од 12. јуна Одељење је прогласило представку делимично неприхватљивом у односу на притужбе по члановима 2, 10, 13 (у оној мери у којој је обухваћена чланом 6) и 17 Конвенције и одлучило да достави остали део представке туженој Влади ради писаних запажања. 28. априла 2005. године веће тог Одељења, у саставу г. В. М. Zupančič, председник, г. J. Hedigan, г. L. Caflisch, гђа М. Tsatsa-Nikolovska, г. V. Zagrebelsky, г. Е. Мујер и г. David Thor Bjorgvinsson, судије, и г. V. Berger, секретар Одељења, уступило је надлежност Великом већу, при чему ни једна страна није ставила приговор на ово уступање (члан 30 Конвенције и правило 72 Пословника Суда).

5. Састав Великог већа је утврђен према одредбама члана 27 §§ 2 и 3 Конвенције и правилу 24.

6. Према члану 29 § 3 Конвенције и правилу 54А § 3, Велико веће је обавестило стране да може одлучити да приступи испитивању меритума предмета у исто време када и питања прихватљивости.

7. И подносиоци представке и тужена Влада су доставили поднеске. Запажања су такође добијена од владе Уједињеног Краљевства, којој је Председник дао дозволу да се умеша у писани поступак (члан 36 § 2 Конвенције и правило 44 § 2). Влада Србије и Црне Горе је остварила своје право да се умеша (члан 36 § 1 Конвенције и правило 44 § 1 (б)). Подносиоци представке су одговорили на коментаре страна које су се умешале на рочишту (правило 44 § 5).

8. Расправа је одржано у присуству јавности у Згради људских права, Стразбур, 14. децембра 2005. године (правило 59 § 3).

У Суду су се појавили:

(а) за тужену Владу
г. F. CRISAFULLI

Ко-агент

гђа А. СИАМПИ

Саветник

(b) *за подносиоце представке*

г. G. BOZZI, из Римске коморе,

г. А. BOZZI, из Миланске коморе

г. D. GALLO,

Саветник,

Саветник;

(c) *за Владу Србије и Црне Горе*

г. С. ЦАРИЋ

гђа К. ЈОСИФОР

гђа И. БАНОВЦАНИН – ХЕУБЕРГЕР,

Заступник,

Саветници.

Суд је саслушао обраћања г. Crisafulli, гђе Ciampi, г. G. Bozzi, г. А. Bozzi и г. Царића и њихове одговоре на питања судија.

ЧИЊЕНИЦЕ

1. ОКОЛНОСТИ СЛУЧАЈА

9. Десет подносилаца представке су сви грађани Србије и Црне Горе, која је у време предметних догађаја била позната као Савезна Република Југославија (СРЈ)

Прва два подносиоца представке, Душан и Зоран Марковић, рођени су 1924. године, односно 1952. године и обратили су се Суду у име Дејана Марковића, преминулог сина Душана Марковића и брата Зорана Марковића.

Трећи и четврти подносилац представке, Душика и Владимир Јонтић, рођени су 1948. године, односно 1978. године, а обратили су се Суду у име Слободана Јонтића, преминулог мужа Душике Јонтић и оца Владимира Јонтића.

Пети подносилац представке, Драга Јанковић, рођена је 1947. године и обраћа се Суду у име свог преминулог супруга, Милована Јанковића.

Шести и седми подносилац представке, Мирјана и Славица Стевановић, рођене су 1945. године, односно 1974. године, а обраћају се Суду у име Славише Стевановића, преминулог сина Мирјане Стевановић и брата Славице Стевановић.

Осми, девети и десети подносилац представке, Милена, Обрад и Дејан Драгојевић, рођени су 1953. године, 1946. године, односно 1975. године, а обраћају се Суду у име Драгорада Драгојевића, преминулог сина Милене и Обрада Драгојевића и брата Дејана Драгојевића.

10. Подносиоци представке су доставили предметну представку са циљем притужбе на исход тужбе за претрпљену штету коју су поднели италијанским судовима у вези са ваздушним нападом на СРЈ.

А. Историјска позадина и бомбардовање Радио телевизије Србије (РТС)

11. Чињенице случаја односе се на исте догађаје као што су они које је Суд разматрао у својој одлуци у случају *Банковић и други против Белгије и 16 других држава уговорница* (дец) [GC] бр. 52207/99, ЕCHR 2001-XII). Чињенице тог случаја су биле сумиране на следећи начин:

«Сукоб на Косову између снага Срба и косовских Албанаца у току 1998. године и 1999. године је добро документован. На основу историјске позадине растућег сукоба, заједно са растућом забринутости и неуспелим дипломатским иницијативама међународне заједнице, Контакт група од шест држава (основана 1992. године на Лондонској конференцији) се састала и договорила да одржи преговоре између страна у сукобу.

30. јануара 1999. године, а на основу одлуке Северноатлантског савета (САС), Организација северноатлантског пакта (НАТО) најавила је ваздушне нападе на територији СРЈ у случају непоштовања захтева међународне заједнице. Сходно томе преговори између страна у сукобу одржани су између 6. и 23. фебруара 1999. године у Рамбујеу и од 15. до 18. марта 1999. године у Паризу. Резултирајући предложени мировни споразум потписала је делегација косовских Албанаца а српска делегација није.

С обзиром да су сви напори да се преговорима постигне политичко решење за косовску кризу пропали, САС је одлучио, а 23. марта 1999. године генерални секретар НАТО-а је најавио почетак ваздушних напада (Операција здружених снага) против СРЈ. Ваздушни напади трајали су од 24. марта до 8. јуна 1999. године.

Три телевизијска канала и четири радио станице радиле су у просторијама РТС-а у Београду. Просторије главног програма биле су смештене у три зграде у Таковској улици. Главна контролна соба налазила се на првом спрату једне од зграда и у њој је углавном било смештено техничко особље.

23. априла 1999. године, мало после 2.00 сата ноћу, једну од зграда РТС-а у Таковској улици погодио је пројектил испаљен из НАТО авиона. Два од четири спрата зграде су срушена, а главна контролна соба је уништена.... Те ноћи је у СРЈ погођено 24 циља, укључујући три у Београду.»

12. Делимично рушење зграде РТС-а проузроковало је смрт шеснаест људи, укључујући пет рођака подносилаца представке.

В. Парнични поступак у Окружном суду у Риму

13. 31. маја 2000. године прва четири подносиоца представке су подигла тужбу за претрпљену штету у Окружном суду у Риму према члану 2043 Италијанског грађанског законика. Осталих шест подносилаца представке се пријавило да се придруже поступку 3. новембра 2000. године.

14. Подносиоци представке су веровали да грађанска одговорност за смрт њихових рођака стоји на страни Канцеларије председника Италијанске владе и Министарства одбране као и НАТО команди здружених снага у Јужној Европи (АФСОУТХ)

Они су тврдили да су италијанску судови надлежни да суде у овом случају. Посебно, на основу текста члана 6 Италијанског кривичног законика, они су изнели да незаконит поступак који је проузроковао наводну штету треба сматрати као да је почињен у Италији у оној мери у којој је војна акција била организована на италијанској територији и чији је део ту и извршен. Они су засновали ову тврдњу на обиму ангажовања Италије – што је подразумевало значајну политичку и логистичку подршку – војној акцији у питању. Посебно, Италија је, за разлику од других НАТО чланица, обезбедила војне базе из којих је авион који је бомбардовао Београд и РТС узлетео. У прилог њиховој тужби они су се такође позвали и на члан 174 Војног кривичног законика који се примењује у ратно време и Лондонску конвенцију из 1951. године и додатни Протокол бр. 1 уз Женевску конвенцију.

15. Тужени су тврдили да италијански судови немају надлежност да суде у овом предмету. Поступак против АФСОУТХ-а прекинули су подносиоци представке.

16. Канцеларија председника Владе и Министарство одбране накнадно су тражили прелиминарну одлуку Касационог суда по питању судске надлежности (*regolamento preventivo di giurisdizione*) према члану 41 Италијанског законика о парничном поступку.

17. У писаним поднесцима од 16. новембра 2001. године, помоћник главног државног саветника је у Касационом суду тврдио да захтев за прелиминарну одлуку треба прогласити неприхватљивим јер се односи на меритум предмета, а не на питање судске надлежности. Он је навео следеће:

„Владини органи који бране ову тужбу захтевали су прелиминарну одлуку по питању судске надлежности; они су тврдили да:

- (a) пошто је тужба подигнута против италијанске државе као специфичног (унитарног) субјекта међународног права за дела почињена у остваривању државне власти (*iure imperii*), она се не може подићи у италијанским судовима;
- (b) Став 5 члана VIII Лондонске конвенције од 19. јуна 1951. године, коју је Италија ратификовала законом бр. 1335 из 1955. године, такође не предвиђа основ за ту тужбу, пошто се она примењује за штету проузроковану у земљи пријема.

Влада је настојала да покаже кроз ово питање судске надлежности да италијански правни систем не садржи никакву одредбу или принцип који може да обезбеди основ за наводно лично право (*diritto soggettivo perfetto*) или да га гарантује уопштено.

Сходно томе, ситуација је да:

- (a) Влада тврди да се италијанска држава не може сматрати одговорном за дела почињена у остваривању њеног *imperium-a*;
- (b) Поред тога, она пориче да се наведена Лондонска конвенција може користити за одређивање места где су се дела која су проузроковала наводну штету догодила (није случајно да је подносилац представке цитирао одредбе Кривичног законика које се односе на место извршења кривичног дела).

Произилази да питања тако постављена спадају у меритум, а не у питање судске надлежности (видети пресуду бр. 903 Касационог суда, у пуном саставу, од 17. децембра 1999. године).

Из тих разлога, од Касационог суда, у пуном саставу, је тражено да прогласи представку неприхватљивом, са свим последицама које то повлачи по закону.“

18. Одлуком (бр. 8157) од 8. фебруара 2002. године, која је достављена Секретаријату 5. јуна 2002. године и прослеђена подносиоцима представке 11. јуна 2002. године, Касациони суд, у пуном саставу (*Sezioni Unite*), нашао је да италијански судови немају судску надлежност. Он је навео следеће разлоге:

„2. Тужба тежи да припише одговорност италијанској држави по основу ратног дејства, посебно због спровођења непријатељстава у ваздуху. Избор средстава која ће се користити за спровођење непријатељстава је акт владе. То су акти кроз која се извршавају политичке функције а Устав предвиђа да се оне уступају уставном телу. Природа таквих функција искључује сваку тужбу на заштићени интерес у вези са истима, тако да поступци којима се оне извршавају могу или не могу имати посебан садржај – видети пресуде суда у пуном саставу од 12. јула 1968. године (бр. 2452), 17. октобра 1980. године (бр. 5583) и 8. јануара 1993. године (бр. 124). У вези са актима овог типа, ни један суд нема овлашћење да преиспита начин на који је функција извршена.

3. Док је сврха одредби међународних споразума који регулишу спровођење непријатељстава – Додатни протокол уз Женевску конвенцију (чланови 35.2, 48, 49, 51, 52 и 57) и Европска конвенција о људским правима (чланови 2 и 15 § 2) – да заштите цивиле у случају напада, то су правила међународног права, и тако такође регулишу односе између држава.

Ови исти споразуми прописују поступак за утврђивање повреде и санкција у случају одговорности (члан 91 Протокола и члан 41 Конвенције); они такође додељују међународним судовима и трибуналима надлежност да то утврђују.

Међутим, законодавство које примењује ова правила у италијанској држави не садржи ни једну изричиту одредбу којом се омогућује оштећеним странама да траже одштету од државе за штету претрпљену као последицу повреде правила међународног права.

Идеја да су се одредбе са таквим значењем могле прећутно увести у систем кроз примену правила међународног права није у складу са поменутим супротним принципом који сматра да заштићени појединачни интереси нису препрека за обављање функција политичке природе.

Заиста, да би се омогућила одштета која се обезбеђује у домаћем систему за претрпљени губитак као последицу повреде захтева „разумног рока“ по члану 6 Конвенције о људским правима, [држава] је увела одговарајуће законодавство (Закон бр. 89 од 24. марта 2001. године).

4. У Лондонској конвенцији из 1951. године не може се наћи право на преиспитивање владине одлуке која се односи на спровођење непријатељстава у вези са НАТО ваздушним операцијама против Савезне Републике Југославије.

Чињеница да су авиони који су коришћени за бомбардовање Београдске радио и телевизијске станице могли да користе базе које се налазе на италијанској територији представља само један елемент високо сложене операције за коју се тражи преиспитивање законитости и зато није релевантна за примену правила утврђеног у ставу 5 члана VIII Конвенције, које напротив претпоставља извршење дела које подлеже преиспитивању.“

19. 19. Одлуком Касационог суда окончан је, *ipso jure*, поступак у Окружном суду у Риму.

II РЕЛЕВАНТНО ДОМАЋЕ ПРАВО И ПРАКСА

20. Релевантне одредбе италијанског Устава су следеће:

Члан 10 § 1

„Италијански правни систем ће бити сагласан опште признатим правилима међународног права.

...“

Члан 24 § 1

„Свако може покренути законски поступак ради заштите његовог или њеног права и законитих интереса.

“

Члан 28

„Државни службеници, други заступници државе и државна тела ће бити директно одговорни, у складу са кривичним, грађанским и управним правом, за дела почињена у кршењу права. У вези са таквим делима, грађанска одговорност ће се проширити на државу и државна тела.

...“

Члан 113

„Судска заштита права и легитимних интереса против дела државних административних власти увек лежи на редовним и административним судовима.

Ово се не може изоставити или ограничити на ванредна правна средства или посебне категорије дела.

Закон ће предвидети која судска тела имају овлашћења да стављају ван снаге дела државних власти, у којим случајевима и са којим дејствима.“

21. Члан 31 Краљевског декрета бр. 1024 од 26. јуна 1924. године предвиђа:

„Против дела или одлука Владе која укључују остваривање политичке власти не може се упутити ни једна жалба *Consiglio di Stato*, када заседа у својству суда.“

22. Члан 2043 Грађанског законика предвиђа:

„Свако незаконито дело које наноси штету другом ће учинити извршиоца одговорним за штету по грађанском праву.“

23. Члан 41 Законика о парничном поступку, који се бави питањем судске надлежности, предвиђа:

„Све док се не одлучи о меритуму поступка у првом степену, свака страна може тражити одлуку по питању судске надлежности по члану 37 од Касационог суда, у пуном саставу. ...“

Члан 37 Законика о парничном поступку предвиђа:

„Одлука да редован суд нема судску надлежност јер се предмет односи на државну власт или је у оквиру надлежности посебног суда може се донети у било ком тренутку и на сваком нивоу судске надлежности, укључујући и одлуку по службеној дужности.“

24. Релевантне одредбе Кривичног законика предвиђају:

Члан 6

„Свако ко почини кривично дело на територији државе казниће се у складу са италијанским правом.

Сматраће се да је кривично дело почињено на територији државе ако су радња или пропуштање одређене радње које чине кривично дело као и последице такве радње или пропуштања у целини или делимично настале у њој.“

Члан 185

„Успостављање ранијег стања и накнада штете.

Извршење кривичног дела ствара обавезу успостављања ранијег стања по грађанском праву [чланови 2043 и други Грађанског законика].

Свако кривично дело које има за последицу материјалну штету [члан 2056 Грађанског законика] или нематеријалну штету [члан 2059 Грађанског законика] намеће обавезу извршиоцу и онима који су одговорни за његове или њене поступке по грађанском праву [члан 2047 Грађанског законика] да успостави раније стање.“

25. Члан 174 Ратног војног кривичног законика гласи:

„Командант војних снага који, са циљем nanoшења штете непријатељу, нареди или одобри употребу средства или метода ратовања које је забрањено законом или међународним споразумом или које је у сваком случају супротно војном кодексу части подлеже затворској казни од најмање пет година сем ако предметно дело није кривично дело према посебној законској одредби.

Ако дело има за последицу масакр, минимални период затворске казне ће бити десет година.“

26. У пресуди од 10. јула 1992. године (бр. 124/1993), Касациони суд, у пуном саставу, утврдио је правило да судови немају судску надлежност да суде у случајевима против власти који се односе на политичка дела.

Синдикат је покренуо тужбу против председника Владе, Министарства за државне послове и Министарства јавног образовања на основу тога што се Влада није придржавала својих обавеза. Касациони суд је приметно, *inter alia*, да је такав пропуст могао само да укључи политичку одговорност Владе, али није могао да створи право. Он је донео одлуку да судови немају судску надлежност да суде након што је установио следећи принцип:

„Законодавна мера је политичко дело пошто је она стандардно средство извршавања политичких и владиних функција. Понашање владиног органа у овом случају није, према томе, могло по закону да проузрокује штету појединцима (ни њиховим личним правима ни њиховим легитимним интересима); она сходно томе избегава сваку судску контролу.“

27. Италијански судови су заправо већ разматрали ово питање у једном броју ранијих случајева и донели одлуку да су, пошто су били политичке природе, следећи случајеви ван контроле домаћих суда:

(i) одрицање од права остваривања надлежности према члану VII Споразума из 1951. године између страна у Северноатлантском пакту у вези са статусом њихових снага (Касациони суд, Треће кривично одељење, 21. март 1962. године, бр. 1645, *Kindardi u други, Giust. Pen.* [Кривична правда], 1963, III, 80);

(ii) уступање имовине која припада италијанским држављанима по Лондонској конвенцији из 1951. године (Касациони суд, у пуном саставу, 12. јули 1968. године, бр. 2452, *De Langlade против Државне благајне, Rivista diritto internazionale [Преглед међународног права]*, 1969, 583);

(iii) декрет Министарства транспорта којим се обуставља дозвола за превоз робе у Аустрију (Окружни суд у Риму, 18. мај 1993. године, *soc. S. i Transp. GmbH против Министарства транспорта, Rivista diritto internazionale privato e processuale [Преглед приватног међународног права и поступка]*, 1995, 755);

(iv) одлука Министарства запошљавања којом се именују представници запослених за делегате у Међународној организацији рада (Регионални административни суд у Лацијуму 20. август 1976. године, бр. 492, *CISNAL против Министарства запошљавања и Министарства спољних послова, Италијански годишњак међународног права*, 1978-79, 184);

(в) објава рата и одредбе споразума које се односи на накнаду ратне штете (Регионални административни суд у Лацијуму И), 28. јануар 1985. године, бр. 106, *Pestalozza против Државне благајне, Trib. Amm. Reg.* [Преглед Регионалног административног суда], 1985, 381).

28. Касациони суд, у пуном саставу, је изрекао даљу пресуду (бр. 5044) 11. марта 2004. године. Она се тичала судске надлежности италијанских грађанских судова да суде по захтевима за накнаду штете коју је претрпела особа заробљена од стране немачке војске 1944. године и депортована на рад у немачкој индустрији. Немачка се бранила државним имунитетом, а првостепени и апелациони судови су сматрали да немају надлежност да против ње донесу одлуку. Касациони суд је спровео веома опширан преглед међународних споразума о међународном криминалу, незастаривости, међународној одговорности држава, имунитету од надлежности разних међународних трибунала и њихове судске праксе. Сматрајући да захтев за имунитетом није прошао и да су италијански судови морали да донесу одлуку по тужби, он је навео *inter alia*:

„...У одлуци бр. 8157 од 5. јуна 2002. године, овај суд у пуном саставу је заиста донео одлуку да дела која је држава извршила у спровођењу непријатељстава не подлежу контроли од стране судова, пошто су то дела којима се обављају „политичке“ функције. Природа ових функција „искључује сваки захтев за заштићеним интересом у вези са истима, тако да може или не може бити специфичне садржине за дела кроз које се оне извршавају“. Сходно овом принципу, италијански судови су сматрали да они немају надлежност да суде у предмету против канцеларије председника италијанске Владе и италијанског Министарства одбране ради накнаде штете због уништења невојног циља за време НАТО ваздушних удара против Савезне Републике Југославије или за последичне цивилне жртве. Врло је очигледно, међутим, прво, да га чињеница да суд не може да оспорава начин на који се радње врховног вође *res publica* спроводе, не спречава да утврди да је кривично дело почињено или да постоји релевантна одговорност по кривичном или грађанском праву (чланови 90 и 96 Устава; поглавље 15 Уставног закона бр. 1 из 1953. године; поглавље 30 Закона бр. 20 из 1962. године); друго, на основу принципа прилагођавања који је утврђен чланом 10 § 1 Устава, „опште признати принципи“ међународног права који регулишу основне вредности успостављене слободом и достојанством човека и карактеристишу најозбиљније нападе на интегритет ових вредности као „међународна кривична дела“ су „аутоматски“ интегрисани у наш систем и у потпуности су подесни за употребу као стандарди којима се неправда од штете причињене другима намерним или немарним „делима“ може измерити. Очигледно је, према томе, да принципи о којима је реч у овој одлуци не могу бити узети у обзир у конкретном предмету. ...

9.1 Додела имунитета од судске надлежности државама које су криве за такво недело је у очигледној супротности са горе наведеним нормативним правилима јер представља препреку одбрани вредности чија заштита, као ове норме и принципи, мора напротив бити сматрана есенцијалном за целу међународну заједницу, чак и до тачке оправдања форми обавезног одговора у најозбиљнијим предметима. Такође нема сумње да противречност закона мора бити решена давањем приоритета

највишим нормама вредновања, као што су судије у мањини (осам према девет) навеле у њиховом издвојеном мишљењу које је пркључено уз пресуду *Al-Adsani [Al-Adsani против Уједињеног Краљевства [CG], бр. 25763/97, ECHR 2001-XI]*, искључујући у таквим случајевима сваки захтев државе за имунитетом од судског поступка у страним судовима.“

29. 1993. године Италијанска влада је одлучила да пошаље војне експедиционе снаге у Сомалију да обаве мировне операције. Пошто су се војне експедиционе снаге вратиле у Италију, откривено је да су неки њени припадници били укључени у мучење сомалијских затвореника. Два припадника експедиције су окривљена и добили су затворске казне. Њима је такође наређено да плате накнаду цивилној страни. Пресудом бр. 28154 од 7. марта 2002. године, чији је текст достављен Секретаријату 10. јула 2002. године, Парнични суд у Риму наложио је још једном италијанском војнику и Министарству одбране да изврше накнаду за штете које су претрпели рођаци цивила кога је војник убио незаконито.

III ОСТАЛЕ РЕЛЕВАНТНЕ ОДРЕДБЕ

30. Подносиоци представке су се ослањали у домаћим судовима на додатни Протокол бр. I од 8. јуна 1977. године уз Женевску конвенцију од 12. августа 1949. године, која се односи на заштиту жртава међународних оружаных сукоба. Протокол, који је Италија ратификовала законом бр. 672 од 11. децембра 1985. године садржи, *inter alia*, следеће одредбе:

Члан 35 – Основна правила

„1. У сваком оружаном сукобу право страна у сукобу да бира методе или средства ратовања није неограничено.

2. Забрањено је употребљавати оружје, пројектиле и материјал и методе ратовања који проузрокују сувише повреде или непотребне патње.

3. Забрањено је примењивати методе или средстава ратовања која су намењена, или од којих се може очекивати да ће проузроковати опсежна, дуготрајна и озбиљна оштећења природне околине.“

Члан 48 – Основно правило

„Да би обезбедиле поштовање и заштиту цивилног становништва и цивилних објеката, стране у сукобу треба у свако доба да праве разлику између цивилног становништва и бораца и између цивилних објеката и војних објеката и да, сходно томе, усмере своје операције само против војних објеката.“

Члан 49 – Дефиниција напада и домашај примене

Под изразом „Напади“ подразумевају се акти насиља против противника, било да су офанзивни или дефанзивни.

2. Одредбе овог протокола у погледу напада примењују се на све нападе, без обзира на којој се територији предузимају, укључујући националну територију која припада страни у сукобу, али која је под контролом противничке стране.

3. Одредбе овог одељка примењују се на копнено, ваздушно или поморско ратовање које може погодити цивилно становништво, појединце цивиле или цивилне објекте на копну. Оне се даље примењују на све нападе са мора или из ваздуха на објекте на копну, али који иначе не дирају у правила међународног права која се примењују у оружаним сукобима на мору или у ваздуху.

4. Одредбама овог одељка допуњују се правила о хуманитарној заштити садржана у IV Конвенцији, нарочито у Делу II те Конвенције и у другим међународним споразумима обавезују Високе стране уговорнице, као и друга правила међународног права која се односе на заштиту цивила или цивилних објеката на копну, на мору или у ваздуху против дејстава непријатеља.“

Члан 51 – Заштита цивилног становништва

„1. Цивилно становништво и поједини цивили уживају општу заштиту од опасности које проистичу из војних операција. Да би се спровела та заштита, поштоваће се, у свакој прилици, следећа додатна правила, поред других примењивих правила међународног права.

2. Цивилно становништво као такво, као и поједини цивили, неће бити предмет напада. Забрањени су акти или претње насиљем, којима је главни циљ да шире терор међу цивилним становништвом.

3. Цивили ће уживати заштиту која је предвиђена у овом одељку уколико не узимају директног учешћа у непријатељствима, односно за време док не узимају директног учешћа у непријатељствима..

4. Забрањени су напади вршени без избора циљева. Напади без избора циљева су:

- (а) они који нису усмерени на одређени војни објект;
- (б) напади при којима се примењује метод или користи средство борбе који не могу бити управљени на одређени војни објект; или
- (с) напади приликом којих се примењује метод или користи средство борбе чији се дејство не може ограничити онако како је то предвиђено овим Протоколом;

те, према томе, у сваком таквом случају, напади су такве природе да погађају војне објекте и цивиле и цивилне објекте без разликовања.

5. Између осталих, следеће врсте напада сматрају се да су извршене без избора циљева:

- (a) напад бомбардовањем било којом методом или средствима којима се низ јасно одређених и различитих војних објеката у неком граду, селу, или у другој зони која садржи сличну концентрацију цивила и цивилних објеката третира као један војни објект; и
- (b) напад од којег се може очекивати да ће изазвати успутне губитке цивилних живота, повреде цивила, штете на цивилним објектима, или комбинацију ових дејстава, која би била несразмерно велика у односу на конкретну и непосредну војну предност која се предвиђа.

6. Напади против цивилног становништва или цивила репресалијама забрањени су.

7. Присуство или покрети цивилног становништва или појединих цивила неће се користити да се извесне тачке или подручја учине имуним од војних операција, нарочито не као покушај да се заштите војни објекти од напада или да се штите, фаворизују или отежају војне операције. Стране у сукобу неће усмерити кретања цивилног становништва или појединих цивила да би покушале да заштите војне објекте од напада или да штите војне операције.

8. Ниједна повреда ових забрана не ослобађа стране у сукобу од њихових правних обавеза у погледу цивилног становништва и цивила, укључујући обавезу предузимања мера предострожности предвиђених у члану 57.“

Члан 52 – Општа заштита цивилних објеката

„1. Цивилни објекти не смеју бити предмет напада или репресалија. Цивилни објекти су сви објекти који нису војни објекти дефинисани у ставу 2.

2. Напади треба строго да се ограниче на војне објекте. Што се тиче објеката, војни објекти су ограничени на оне који по својој природи, локацији, намени или коришћењу ефикасно доприносе војној акцији, и чије потпуно или делимично уништење, заузимање или неутрализација, у условима који владају у то време пружају одређену војну предност.

3. У случају да постоји сумња да ли се неки објект, који је нормално намењен за цивилне сврхе, као што су храм, кућа или друга пребивалишта или школа, користи тако да даје ефикасно допринос војној акцији, сматраће се не користи на тај начин.“

Члан 57 – Предострожности у нападу

„1. У спровођењу војних операција, мора се стално водити рачуна о томе да се поштеде цивилно становништво, цивили и цивилни објекти.

2. У вези с нападима, морају се предузети следеће мере:

- (a) они који планирају или одлучују о нападу дужни су:

(i) да предузму све што је могуће да провере да објекти које ће напасти нису ни цивили ни цивилни објекти, и да нису обухваћени посебном заштитом, већ да су војни објекти у смислу става 2. члана 52. и да одредбама овог протокола није забрањено нападати их;

(ii) да предузму све могуће мере предострожности при избору средстава и метода напада да би се избегли, и у сваком случају свели на минимум, случајни губици живота цивила, повреда цивила и оштећење цивилних објеката;

(iii) суздржавати се од одлуке да се крене у било који напад од кога се може очекивати да ће проузроковати случајне губитке живота цивила, повреде цивила, оштећење цивилних објеката, или комбинацију тога, који би били несразмерно велики у односу на предвиђену конкретну и директну војну предност;

(b) напад треба да буде анулиран или прекинут ако постане јасно да циљ није војни или да је обухваћен посебном заштитом, или да се може очекивати да ће проузроковати случајне губитке живота цивила, повреде цивила, оштећења цивилних објеката, или комбинацију тога, који би били несразмерно велики у односу на предвиђену конкретну и директну војну предност;

(c) давање унапред ефикасног упозорења о нападу који може угрозити цивилно становништво, осим ако околности то не допуштају.

3. Када је могућ избор између неколико војних објеката, при чему ће се добити слична војна предност, обраћа се онај објект код кога се очекује да ће напад проузроковати најмању опасност по животе цивила и оштећење цивилних објеката.

4. У вођењу војних операција на мору или у ваздуху, свака страна у сукобу мора, у складу са својим правима и дужностима по правилима међународног права која су примењују у оружаном сукобу, предузети све разумне мере предострожности да би се избегли губици живота цивила и оштећење цивилних објеката.

5. Ниједна одредба овог члана не може се протумачити тако да одобрава било какав напад на цивилно становништво, цивиле или цивилне објекте.

Члан 91 – Одговорност

„Страна у сукобу која повреди одредбе Конвенција или овог протокола биће, у зависности од случаја, обавезна да плати обештећење. Она ће бити одговорна за сва дела која учине лица која се налазе у редовима њених оружаних снага.“

31. Подносиоци представке су се такође ослонили пред домаћим судовима на став 5 члана VIII Лондонске конвенције од 19. јуна 1951. године између страна Северноатлантског пакта који се односи на

статус њихових снага¹, коју је Италија ратификовала законом бр. 1335 из 1955. године.

Члан I дефинише одређене услове на следећи начин:

”....

(d) „земља одашиљања“ значи Уговорну страну којој снаге припадају;

(e) „земља пријема“ значи Уговорну страну на чијој се територији налазе војне снаге или цивилна компонента, било да су тамо стациониране или су у транзиту;...”

Члан VIII предвиђа, *inter alia*:

5. Одштетни захтеви (сем уговорних захтева и оних на које се примењују ставови 6 или 7 овог члана) који произилазе из поступака или пропуста припадника снага или цивилне компоненте учињених у извршавању службене дужности, или због неког другог поступка, пропуста или догађаја за који је снага или цивилна компонента правно одговорна, а који изазива штету на територији земље пријема трећим странама, сем уговорних страна, решиће земља пријема у складу са следећим одредбама:

- (a) Одштетни захтеви ће се подносити, разматрати и решавати или ће се о њима пресуђивати сагласно законима и прописима земље пријема у односу на одштетне захтеве који проистичу из активности њених сопствених оружаних снага.
- (b) Земља пријема може решити било које такве одштетне захтеве, а исплата износа који је договорен или одређен пресуђењем извршиће земља пријема у њеној валути.
- (c) Таква исплата, било да је извршена сагласно поравнању или пресуђењу надлежног трибунала земље пријема, или правоснажном пресуђењу тог трибунала којим се одбија исплата, биће обавезујућа и коначна за Уговорне стране.
- (d) Сваки одштетни захтев који исплати земља пријема биће саопштен односним земљама одашиљања заједно са свим појединостима и предложеном расподелом трошкова у складу са под-ставовима е. (i), (ii) и (iii) у даљем тексту. У случају да нема одговора у року од два месеца, предложена расподела трошкова ће се сматрати прихваћеном.
- (e) Трошкови настали у задовољењу одштетних захтева сходно претходним под-ставовима и ставу 2 овог члана ће бити расподељени између уговорних страна, на следећи начин:
 - (i) Када је одговорна само земља одашиљања, додељени или досуђени износ ће се расподелити у пропорцији од 25 процената, којим ће се задужити земља пријема и 75 процената, којим ће се задужити земља одашиљања.

¹ Србија није страна у овом споразуму.

- (ii) Када је за штету одговорно више држава, додељени или досуђени износ ће бити једнако расподељен између њих: међутим, ако земља пријема није једна од одговорних држава, њен допринос ће бити половина доприноса сваке земље одашиљања.
 - (iii) Где су штету изазвале оружане службе уговорних страна а није могуће да се она припише посебно једној или више ових оружаных служби, додељени или досуђени износ ће бити подједнако распоређен између уговорних страна у питању: међутим, ако земља пријема није једна од држава чије су оружане службе проузроковале штету, њен допринос ће бити половина доприноса сваке земље одашиљања.
 - (iv) Полугодишње, изјава о сумама које је платила земља пријема у току тог полугодишњег периода у вези са сваким предметом за који је прихваћена предложена расподела на бази процента, послаће се земљама одашиљања у питању, заједно са захтевом за повраћај. Такав повраћај извршиће се у што краћем року, у валути земље пријема.
 - (f) У случајевима где би примена одредби под-ставова б. и е. овог става проузроковала једној уговорној страни озбиљне невоље, она може тражити од Северноатлантског савета да обезбеди решење другачије природе.
 - (g) Припадник снага или цивилна компонента неће бити предмет поступка ради примене неке пресуде против њега у земљи пријема у ствари која проистиче из вршења његових службених дужности.
 - (h) Сем у мери у којој се под-став е. овог става примењује на одштетне захтеве покривене ставом 2 овог члана, одредбе овог става се неће примењивати ни на један одштетни захтев који проистиче из или у вези са навигацијом или кретањем брода или утоваром, превозом, или истоваром товара, сем одштетних захтева због смрти или личне повреде на које се став 4 овог члана не примењује.
3. Одштетни захтеви против припадника снага или цивилне компоненте који проистичу из противправних поступака или пропуста у земљи пријема који нису направљени у вршењу службене дужности решаваће се на следећи начин:
- (a) Органи земље пријема размотриће одштетни захтев и утврдити накнаду потражиоцу по принципу правичности и поштења, узимајући у обзир све околности предмета, укључујући понашање погођеног лица, и припремиће о томе извештај.
 - (b) Извештај ће се доставити органима земље одашиљања, који ће онда без одлагања одлучити да ли ће понудити ех гратиа исплату, и ако је то случај, у ком износу.
 - (c) Ако се да понуда за плаћање ех гратиа, и ако је потражилац прихвати ради потпуног задовољења његовог захтева, органи земље одашиљања ће сами извршити плаћање и обавестити органе земље пријема о својој одлуци и о плаћеном износу.
 - (d) Ништа што је садржано у овом ставу неће утицати на судску надлежност судова земље пријема да поступи по тужби против припадника снага или цивилне компоненте сем ако и све док се не изврши плаћање ради потпуног задовољења одштетног захтева.
4. Одштетни захтеви који проистичу из неовлашћене употребе било ког возила оружаных служби земље одашиљања ће се разматрати у складу са

ставом 6 овог члана, сем у оној мери у којој је снага или цивилна компонента законски одговорна.

5. Ако дође до спора по питању да ли је штетна радња или пропуст од стране припадника снага или цивилне компоненте учињена у вршењу службене дужности или по питању да ли је употреба било ког возила оружаних служби земље одашиљања била неовлашћена, ово питање ће се доставити арбитру који је именован у складу са ставом 2 б. овог члана, чија ће одлука по овом питању бити коначна и закључна.
6. Земља одашиљања неће тражити имунитет од надлежности судова земље пријема за припаднике снага или цивилну компоненту у односу на грађанску надлежност судова земље пријема сем у мери како је предвиђено ставом 5 г. овог члана.
7. Органи земље одашиљања и земље пријема ће сарађивати у прибављању доказа за поштено Суђење и решавање одштетних захтева који се тичу заинтересованих страна....“

ПРАВО

I. ПРИХВАТЉИВОСТ ПРЕДСТАВКЕ

A. Приговор на пропуст да се исцрпе домаћа правна средства

32. Тужена Влада је истакла да током шест месеци после пресуде Касационог суда, који се бавио питањем судске надлежности само у вези са италијанском државом, не у вези са НАТО-ом или АФСОУТХ-ом, подносиоци представке нису наставили са поступком против НАТО-а. Према њеном наводу, у овоме се огледа недостатак заинтересованости на страни подносилаца представке и представља, мада индиректно, пропуст да се исцрпе домаћа правна средства која су им била расположива према италијанском праву. Тужена Влада је на усменој расправи додала да је одштетни захтев подносилаца представке био заснован на одредбама на које се, иако су релевантне за покретање кривичног поступка, не може валидно ослонити пред грађанским судовима, а истакла је и да подносиоци представке нису били у стању да дају ни један пример случаја у коме је одштетни захтев као њихов успешно одбрањен.

33. Подносиоци представке су рекли да су они поднели посебан и солидаран захтев за накнаду штете од италијанске државе и НАТО-а. Међутим, пошто је НАТО тражио имунитет у односу на његов главни штаб, они су повукли свој захтев уз његову сагласност. Поступак против НАТО-а је према томе коначно окончан. Ово, међутим, није угрозило тужбу против италијанске државе. Подносиоци представке су истакли да је тврдња тужене Владе нелогична тиме што од подносилаца представке тражи да наставе са поступком пред домаћим

судовима када, према сопственој пракси тужене Владе, они немају право које би тамо могли пуноправно истицати.

34. Суд истиче да у случају *Банковић и други против Белгије и 16 других држава уговорница* ((дец.) [GC], бр. 52207/99, ECHR 2001-XII), који се заснива на истим чињеницама као и ова представка, сем што у том предмету подносиоци представке нису подигли тужбу у италијанским судовима, италијанска држава је тврдила да је реч о пропусту да се исцрпе домаћа правна средства и заправо цитирала случај *Марковић* као доказ постојања правног средства. Подносиоци представке у предметном случају су употребили правно средство и наставили поступак који, по њиховом мишљењу, има највећи изглед да успе колико може пошто је НАТО захтевао имунитет од судске надлежности националних судова.

35. За Владу која истиче неисцрпљеност обавезујуће је да увери Суд да средство није ефикасно у теорији и у пракси у релевантном тренутку, другим речима, да је било доступно, да је могла да се обезбеди надокнаду у вези са тужбама подносилаца представке и да је понудила разумне могућности за успех (*Сејдовић против Италије* [GC], бр. 56581/00, § 46, ECHR 2006...).

Тужена Влада није обезбедила ни један конкретан пример грађанске тужбе која је успешно поднета против НАТО-а. Суд, према томе, не налази њихов аргумент убедљивим да би обнова поступка против НАТО-а понудила веће изгледе за успех него поступак против италијанске државе.

36. У оваквим околностима, представка се не може одбити због пропуста да се исцрпе домаћа правна средства у смислу члана 35 § 1 Конвенције.

В. Да ли подносиоци представке потпадају под „надлежност“ тужене државе у смислу члана 1 Конвенције

1. Наводи тужене Владе

37. Тужена Влада је изнела да је представка неприхватљива јер није у складу са одредбама Конвенције. У вези са чланом 6, она је позвала Суд да усвоји правне разлоге које је применио у случају *Банковић и други* када је објавио да су тужбе које се тичу основних права загарантованих Конвенцијом неприхватљиве *ratione loci*.

38. Позивање на члан 1 по питањима која је Суд поставио странама и веза која је без сумње постојала са чланом 6, указали су да је Суд сматрао релевантним питање да ли је право приступа судовима ради утврђивања права по Конвенцији насупрот уобичајеном грађанском праву постојало у предметном случају. Лице које не потпада под националну надлежност нема права приступа правном средству које би њему или њој омогућило да тражи одштету за губитак од органе државе у питању. Ако једна држава нема одговорност за дела почињена ван њене територије, она се тешко може критиковати за одбијање да прихвати представку којом се притужује на последице таквих дела. Тужена Влада је зато изјавила да, иако су – за разлику од подносилаца представке у случају *Банковић у други* – подносиоци представке у предметном случају су себе подвели под делокруг државне надлежности подношењем захтева за одштету за своје губитке њеним органима, њихова представка, као и она у случају *Банковић*, мора да се разматра као целина а све притужбе, укључујући и оне по члану 6, прогласе неприхватљивим.

39. Тужена Влада је даље истакла да анализа система доношења одлука у НАТО-у није открила да било какво учешће Италије у избору разних мета као и да су све војне акције изведене у складу са правилима међународног хуманитарног права. У тим околностима, било је веома тешко утврдити неку заједничку одговорност на страни Италије. Сходно томе, није било везе надлежности између подносилаца представке и италијанске државе.

40. Према наводима тужене Владе, било би апсурдно сматрати да је постојала обавеза да се заштити одговарајуће процедурално право у случају у коме није настала никаква обавеза да се заштити материјално право, другим речима, да се омогући средство истицања тог истог материјалног права у националним судовима.

41. Тужена Влада је такође изнела исте приговоре као у случају *Банковић и други* у вези са појединачном одговорношћу држава за дела почињена од стране међународне организације чији су оне чланови, примећујући да би било нелогично сматрати државу – која није одговорна за дела међународних организација чији је члан – одговорном по Конвенцији за непредузимање домаћих мера у циљу исправљања последица ових дела. Она је изнела да представку треба због тога прогласити неприхватљивом јер није сагласна *ratione materiae* одредбама Конвенције.

2. Наводи подносилаца представке

42. Подносиоци представке су се позвали на примедбу тужене Владе у случају *Банковић и други* због пропуста да се исцрпе домаћа правна средства. Они су изјавили да се то своди на признање, бар што се тиче домаћег правног поретка, да су у оквиру надлежности националних судова. Они су додали да помоћник главног државног саветника Касационог суда дели то мишљење пошто је, у писаном поднеску, тврдио да аргумент одбране о недостатку надлежности истакнут од стране Канцеларије председника Владе треба одбити.

43. Подносиоци су даље рекли да у случају *Банковић и други* није било претходног упућивања на националне судове. Они су тврдили да је разлика довољна да покаже да су они неоспорно потпадају под судску надлежност тужене Државе у смислу члана 1 Конвенције и да сходно томе уживају заштиту по Конвенцији.

Према њиховим наводима, одлука Касационог суда је била неспојива са чланом 1 Конвенције тиме што је искључивала сваку практичну примену одредби Конвенције у домаћем праву.

3. Наводи страна које су се умешале

(а) Влада Србије и Црне Горе

44. Влада Србије и Црне Горе је изнела да тужба према члану 6 Конвенције није некомпатибилна *ratione loci* одредбама Конвенције. Она је приметила су дела почињена или на територији Србије и Црне Горе или на територији Италије, а да су последице настале искључиво у Србији и Црној Гори. Према њеним наводима, први моменат који је Суд морао да размотри је да је авион који је бомбардовао зграду РТС-а полетео из Италије, док је одлука да се изврши напад донета у сарадњи са главним штабом НАТО-а у Бриселу. Предметна дела су такође укључивала сву физичку и логистичку припрему операције, која је имала за последицу смрт шеснаесторо људи. У то време, Италија и друге државе чланице НАТО-а имале су тоталну контролу над употребом оружја у ваздушном простору Србије и Црне Горе, али је на крају Италија била та која је имала могућност да из ваздуха бомбардује зграду РТС-а. Ови фактори су јасно показали везу између догађаја у питању и Италије, мада су последице настале само у Србији. У наводима Владе Србије и Црне Горе, предметни случај је био довољно различит од случаја *Банковић и други* (цитиран у горњем тексту) да се гарантује другачији закључак и то такав који ће избећи ускраћивање правде. Из горе наведеног Влада је закључила, да дело на које се у овом предмету притужује није искључиво екстериторијално.

(b) Влада Уједињеног Краљевства

45. Британска влада је приметила да је у случају *Банковић и други* Суд одлучио једногласно да се све одредбе Конвенције морају тумачити у светлу члана 1 Конвенције, који дефинише обим њихове примене. Дејство члана 1, како је Суд одлучио у случају *Банковић* и у својој ранијој одлуци у предметном случају (видети став 4 у горњем тексту), је било да права и слободе загарантоване Конвенцијом нису примењиви на случај као што је напад – извршен у току оружаног сукоба – на зграду ван територије државе уговорнице у питању, јер лица погођена тим нападом нису у оквиру надлежности држава уговорница у питању.

46. Пошто је утврђено да се Конвенција није могла применити, следи да они који туже у вези са тим случајем нису поседовали права по Конвенцији. Сходно томе, не може се поставити питање дужности на страни држава уговорница по Конвенцији да обезбеде да се исправи повреда таквих права у националним судовима.

47. Према томе, било је потпуно логично што је Велико веће у случају *Банковић и други* требало да нађе да је одштетни захтев неприхватљив у односу на члан 13 након што је утврдило да представка не потпада под чланове 2 и 10. Позивајући се на случај *Z и други против Уједињеног Краљевства* ([GC], бр. 29392/95, § 103, ECHR 2001-B), Британска влада је изнела да у оној мери у којој члан 6, насупротив члану 13, има јасну улогу у погледу примене права по другим одредбама Конвенције, одговор мора бити исти као по том члану.

48. Што је појединачни подносилац представке накнадно ушао на територију државе уговорнице и настојао да тамо покрене поступак ништа не мења. Док је такво лице могло доћи под надлежност те државе уговорнице кад је он или она ушао на њену територију, та чињеница није могла дати Конвенцији ретроактивну примену на прошли догађај на који Конвенција тада није била примењива. То не мења ни чињеница да, у време случаја, то лице није потпадало под надлежност и да сходно томе држава није имала дужност по члану 1 да им гарантује права и слободе утврђене Конвенцијом. Ни члан 13 ни члан 6, нису захтевали од државе уговорнице да обезбеди правни лек за повреду других одредби Конвенције ако те друге одредбе нису примењиве на догађај у питању због њиховог обима примене по члану 1.

4. Процена Суда

49. Подсетићемо се да је у случају *Банковић и други*, Суд навео: „Што се тиче „убичајеног значења“ релевантног израза у члану 1 Конвенције, Суд задовољава да је, са тачке гледишта јавног међународног права, надлежност једне државе првенствено територијална. Док међународно право не искључује да држава примењује надлежност екстериторијално, предложене основе такве надлежности (укључујући држављанство, заставу, дипломатске и конзуларне односе, утицај, заштиту, пасивну личност и универзалност) су, као опште правило, дефинисане и ограничене сувереним територијалним правима других односних држава“.

50. Он није утврдио никакву „везу надлежности“ у сврхе члана 1 Конвенције између жртава дела за које се тужи и тужених држава и сматрао је да предметна тужба не укључује одговорност потоњих по Конвенцији. У светлу тог налаза, сматрао је да је непотребно да се разматрају преостала питања прихватљивости која су стране поставиле.

51. Што се тиче осталих тужби које су подносиоци представке у конкретном случају навели у својој представци (видети став 4 у горњем тексту), Суд их је прогласио неприхватљивим на основу тога што специфичне околности случаја, посебно чињеница да су подносиоци представке тражили правни лек у италијанским судовима, не јемче одступање од судске праксе из случаја *Банковић*.

52. Међутим, што се тиче притужбе по члану 6, а у вези са чланом 1 Конвенције, Суд истиче да је у случају *Банковић* тужена Влада нагласила да је могуће да се поступак покрене у италијанским домаћим судовима, имплицирајући на тај начин да се постојање везе надлежности не може искључити за будуће тужбе поднете по другом основу. Подносиоци представке су заправо већ започели поступак пред домаћим судовима.

53. Суд не дели мишљење Италијанске и Британске владе да накнадно покретање поступка на националном нивоу не ствара ни једну обавезу на страни државе према лицу које покреће поступак. Све зависи од права која се могу тражити према закону државе у питању. Ако домаће право признаје право да се подигне тужба и ако је право које се тражи оно које *prima facie* поседује карактеристике потребне по члану 6 Конвенције, Суд не види разлог зашто такви домаћи поступци не би требало да буду подвргнути истом нивоу верификације као и сваки други поступак покренут на националном нивоу.

54. Иако екстериторијална природа догађаја, који су наводно били у основи тужбе може имати утицаја на примењивост члана 6 и коначни исход поступка, она ни у ком случају не може утицати на надлежност *ratione loci* и *ratione personae* држава у питању. Ако је парнични поступак покренут у домаћим судовима, по члану 1 Конвенције држава је обавезна да обезбеди да се у овим поступцима поштују права заштићена чланом 6. Суд сматра да пошто неко лице подигне грађанску тужбу у судовима или трибуналима једне државе, неспорно постоји, без прејудуцирања исхода поступка, „веза надлежности“ у сврхе члана 1.

55. Суд примећује да су подносиоци представке у конкретном случају поднели тужбу у италијанским грађанским судовима. Сходно томе, он констатује да је постојала „веза надлежности“ између њих и италијанске државе.

56. У овим околностима, прелиминарни приговори Влада заснованих на недостатку везе надлежности се морају одбити.

Ц. Да ли је члан 6 био примењив на поступак

1. Наводиш тужене Владе

57. Тужена Влада је навела да се чланови 6 и 13 не примењују на политичке акте. Ослањајући се на пресуду у случају *Z и други против Уједињеног Краљевства* (цитирана у горњем тексту), она је навела да се концепт политичког акта не може сматрати „процедуралном сметњом“ за право домаћих судова да утврде материјално право, већ ограничење тог права.

58. Она је навела да у конкретном случају нема грађанског права за које се може рећи, бар на аргументованој основи, да се признаје по домаћем праву.

59. За ово су постојала три разлога: прво, није постојало никакво право на накнаду штете проузроковане наводно незаконитим вођењем рата, ни по правилима међународног права примењивог у конкретном случају нити по италијанском домаћем праву; друго, оспоравано дело се приписивало НАТО-у, а не италијанској држави; треће и последње, право које су подносиоци представке настојали да остваре није признато по домаћем праву јер доктрина политичких аката искључује сваку *in limine* тужбу против државе.

2. Наводи подносилаца представке

60. Подносиоци представке су истакли да је суд требало да утврди питање да ли је њихова тужба добро или лоше утемељена према домаћем правном систему. Међутим, одлука Касационог суда их је спречила у остваривању права признатог чланом 2043 Грађанског законика пред италијанским судовима. Шта више, она је у супротности са постојећом праксом суда и каснијим одлукама. Према изјави подносилаца представке, пресуда Касационог суда бр. 5044 од 11. марта 2004. године (видети став 25 у горњем тексту) показала је, прво, да се имунитет од надлежности никада не протеже на кривично право тако да грађанска одговорност за кривична дела не може, према томе, да се икада изузме и, друго, да су правила међународног порекла, која штите основна људска права, саставни део италијанског система и да се према томе на њима може засновати захтев за накнаду у вези са штетом која је проузрокована кривичним делима или немаром. Следи да свако ко наводи повреду права загарантованог таквим правилима увек има право на заштиту судова.

61. Подносиоци представке су додали да је понашање тужене Владе било двосмислено најблаже речено: у случају *Банковић и други* она се бранила пропустом да домаћа правна средства нису исцрпљена и позивала се на поступке самих подносилаца представке код домаћих судова који су тада били у току код Касационог суда. Међутим, тужена Влада је сада тврдила да подносиоци представке немају право које би могли истицати пред националним судовима, иако се чини да је имала супротан став док су поступци били још у току. Подносиоци представке су тврдили да је стога за њих било оправдано да сматрају да поседовали у најмању руку дискутабилно право када су започели поступак у домаћим судовима, пошто је чак тужена Влада била довољно уверена да они нису могли ништа друго већ да се ослањају на такав аргумент у међународном поступку.

3. Наводи страна које су се умешале

(а) Влада Србије и Црне Горе

62. Влада Србије и Црне Горе је истакла да је након догађаја у питању Србија приступила Конвенцији и да њеним грађанима мора бити дозвољено да остваре своја права не само у судовима своје државе већ и у судовима других држава страна по Конвенцији у свим случајевима где за исто постоји основа у закону.

(б) Влада Уједињеног Краљевства

63. Британска влада је тврдила да члан 6 § 1 не трансформише тела за примену Конвенције у жалбени трибунал који би утврђивао жалбе из националних судова у погледу садржаја права примењивог у овим судовима, без обзира да ли је то право у потпуности национално у извору или је изведено из јавног међународног права. Према њеним наводима, општа правила одговорности која ослобађају државу од одговорности из разлога јавне политике уопште не спадају под члан 6 § 1.

4. Процена Суда

64. Суд сматра да је приговор да је представка некомпатибилна *ratione materiae* одредбама Конвенције веома тесно повезан са суштином тужбе подносилаца представке по члану 6 Конвенције. Зато он сматра одговарајућим да се овај приговор споји са меритумом (видети, међу многим другим ауторитетима, пресуду *Airey protiv Ирске* од 9. октобра 1979. године, серија А бр. 32, § 19, и *Ferrazzini против Италије* [GC], бр. 44759/98, § 18, ECHR 2001-VII).

65. Суд, даље, истиче да представка поставља чињенична и правна питања која захтевају испитивање меритума. Он сходно томе закључује да представка није очигледно неоснована. Пошто је такође утврдио да не постоји никаква друга препрека за њену прихватљивост, он проглашава остатак представке прихватљивим (*Vo против Француске* [GC], бр. 53924/00, § 45, ECHR 2004-VIII). У складу са његовом одлуком да се примени члан 29 § 3 Конвенције (видети став 6 у горњем тексту), Суд ће одмах размотрити меритум тужбе подносилаца представке (*Klein и други против Холандије* [GC], бр. 39343/98, 39651/98, 43147/98 и 46664/99, § 162, ECHR 2003-VI).

II НАВОДНА ПОВРЕДА ЧЛАНА 6 § 1 КОНВЕНЦИЈЕ, А У ВЕЗИ СА ЧЛАНОМ 1

66. Ослањајући се на члан 6 Конвенције, а у вези са чланом 1, подносиоци представке су се жалили на одлуку Касационог суда да италијански судови немају надлежност.

Релевантни делови члана 6 гласе како следи:

„Свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама ..., има право на правичну ...расправу... пред (а) ... трибуналом...“

Члан 1 предвиђа:

„Високе стране уговорнице јемче свакоме у својој надлежности права и слободе одређене у Делу I (ове) Конвенције.“

A. Наводи страна

1. Наводи подносилаца представке

67. Подносиоци представке су истакли да је, у својим писаним поднесцима, помоћник главног државног саветника Касационог суда изјавио да се питања која су покренута тичу меритума случаја, а не питања надлежности. Даље, према домаћем праву грађанска тужба за накнаду штете проузроковане кривичним делом стоји без обзира да ли се кривично дело разматра ван кривичног суђења или је починилац окривљен од стране кривичног суда. Сходно томе, они су тврдили да су имали потпуно право да траже одштету за штету које су претрпели а да се при томе од њих не тражи да прво покрену кривични поступак ради утврђивања појединачне кривичне одговорности, што је потпуно независан облик тужбе.

68. Према њиховим наводима, њихова тужба у Окружном суду у Риму задовољила је све услове који су потребни по члану 6 Конвенције да би је квалификовали као захтев за утврђивање грађанског права. Пошто су они поднели редовну тужбу за одштету за нематеријалну штету проузроковану незаконитим делом, не може бити сумње да су они истакли право заштићено домаћим правом за које су судови имали пуну надлежност да о њему одлучују, да је тужени имао пребивалиште у Италији. Шта више, чак и да је ово питање разматрано са територијалне перспективе, другим речима позивањем на *locus commissi delicti*, члан 6 Италијанског кривичног законика дозвољавао је да се поступак покрене чак и ако је само део оспораваног акта почињен на италијанској територији. Бомбардовање није могло да се изврши без сагласности италијанских политичких власти и војних објеката који су стављени на располагање НАТО-у од стране Италије, пошто су напади обављени са италијанске територије. Надаље, члан 185 Италијанског кривичног законика захтевао је да накнада за кривична дела буде извршена у складу са грађанским правом. Следило је да је природа права коју су подносиоци представке настојали да остваре заиста била грађанско правног карактера и да је само због тога што је тај закључак био неизбежан, Касациони суд био приморан да пресуди да италијански судови немају надлежност, на тај начин заобилазећи закључке помоћника главног државног саветника.

69. Подносиоци представке су остали при томе да је судска пракса Касационог суда и пре и после пресуде у конкретном случају показала да се може сматрати да национални суд нема надлежност по италијанском праву само ако нема правила или принципа у домаћем правном поретку који теоретски могу да штите лично право које се настојало остварити (видети пресуде Касационог суда, у пуном саставу, бр. 3316 од 31. маја 1985. године и 5740 од 24. октобра 1988. године). У случају подносилаца представке, међутим, Касациони суд је једино био у могућности да изрекне пресуду у корист тужене Владе и да тако одбије приступ подносилаца представке суду непоштујући одредбе домаћег и међународног права на којима су подносиоци представке засновали свој захтев за накнаду штете проузроковане актима италијанског државног органа која су укључивала не само бомбардовање зграде РТС-а, већ и све припремне радње извршене у Италији уз дозволу и помоћ италијанских власти (видети члан 2043 Грађанског законика, члан 6 Кривичног законика и члан 174 Ратног кривичног војног законика). Његова одлука је лишила Европску конвенцију о људским правима сваког утицаја на домаће право и била у супротности са судском праксом Суда која захтева од држава страна по Конвенцији да обезбеде ефикасно поштовање права заштићених Конвенцијом. Даље, Касациони суд је окарактерисао поступак државе који је у извору тужбеног захтева као „акт Владе“. Из овог је извео закључак да акт у питању не потпада под контролу судова и продужио је са тврдњом да овај принцип има предност над Европском конвенцијом о људским правима, па подносиоци представке нису могли да се на њу ослоне како би обезбедили право приступа судовима.

70. Према наводима подносилаца представке, такво становиште је порекло примат Конвенције, примат који је такође признат у домаћем праву у члану 117 Устава, који предвиђа: „Законодавна власт се од стране државе и регија врши у сагласности са Уставом и везама које проистичу из организације заједнице и других међународних обавеза“. Надаље, бомбардовање централе РТС-а се не може класификовати у домаћем праву као акт Владе који може да искључи судску ревизију. По италијанском праву, акт Владе је искључивао надлежност административних судова, и то само административних судова, јер су једино они узели акта Владе у директно разматрање у својим одлукама или су имали овлашћење да их пониште. Мада је члан 31 Краљевског декрета бр. 1054 од 26. јуна 1924. године увео у систем ограничење судске ревизије, то није утицало на лична права, као што је право на накнаду штете, које се могло истицати у редовним судовима. У сваком случају, чак и кад би се могло рећи да ограничење надлежности и даље постоји у италијанском систему након ступања Устава на снагу, оно би

се могло односити једино на акт владе којим је одлучено о италијанском учешћу у војним операцијама у бившој СРЈ, а не на сваки изоловани акт или војну операцију као што је операција која је у извору овог случаја. У реалности, мисија бомбардовање те врсте не би се могла окарактерисати као акт Владе који не подлеже контроли судова. У сличном случају, одлучено је да надлежност италијанских судова да суде у случају који се односи на кривична дела која су починили италијански војници за време међународне војне мисије у Сомалији није искључена. Стога, према наводима подносилаца представке, ни домаће право нити Конвенција нису оправдавали искључење права приступа судовима ради остваривања права на накнаду штете проузроковане поступцима државног органа, чак и када су ти поступци произашли из политичке одлуке. Било је потребно направити разлику између меритума тужбеног захтева пред судовима и питања надлежности. Што се тиче општег питања ефеката Конвенције у домаћем праву, подносиоци представке су веома настојали да истакну тежину неких изјава које је Касациони суд навео у својој пресуди која пориче сваку надлежност италијанских судова. Они су приметили да је пресуда супротна одлукама самог Касационог суда у ранијим случајевима (видети, *inter alia*, пресуде *Polo Castro (1988)*, *Mediano (1993)*, *Galeotti (1998)*) и да би могла, да је потврђена, имати озбиљне последице које превазилазе њихов случај, у погледу улоге Касационог суда у пуном саставу као највишег судског органа. Они су додали, међутим, да је Касациони суд касније напустио линију коју је заузео у случају *Марковић*, тако даље истичући неправду коју су претрпели.

2. Наводи тужене Владе

71. Тужена Влада је изјавила да члан 6 није примењив. Први разлог за ово је био да право које траже подносиоци представке није оно за које се може валидно рећи да је признато у домаћем праву.

72. Она је приметила да су се подносиоци представке ослањали на члан 2043 Кривичног законика, члан 6 и 185 Кривичног законика и члан 174 Ратног војног кривичног законика. Што се тиче члана 2043, одговорност државе за штету може бити укључена само намерним или немарним поступцима који се могу приписати држави према разним одредбама домаћег права. Међутим, одредбе на које су се ослонили нису омогућавале никакво право на одштету за губитке проузроковане наводно незаконитим ратним дејством.

73. Ефекат члана 6 Кривичног законика био је да утврди и одреди обим територијалне надлежности државе у кривичним предметима. У

наводима тужене Владе, Италија није могла бити оптужена за кршење права приступа суду само зато што њено домаће право предвиђа већи приступ суду него права других држава, тиме што члан 6.2 Кривичног законика дозвољава правно средство које омогућава да се подносе захтеви за накнаду штете која је последица дела почињених у иностранству. Што се тиче комбиноване примене члана 174 Ратног војног кривичног законика и члана 185 Кривичног законика, она је омогућавала одговорност државе за дела која су починили припадници њених оружаних снага.

74. Све одредбе на које су се подносиоци представке ослонили тичале су се извршења појединачног кривичног дела при чему се њихова тужба у поступку позивала на штету коју су нанеле НАТО ваздушне снаге за коју се не може рећи да је укључивала појединачну кривичну одговорност припадника италијанских оружаних снага. Тужена Влада је узгред приметила да је судска пракса коју су цитирали подносиоци представке у потпуности ирелевантна пошто се тиче или случајева који се односе на појединачну одговорност једног припадника оружаних снага или случајева у којима грађанска одговорност државе није била утврђена.

75. Такође се не може наћи ниједан правни основ за право на одштету за које су подносиоци представке тврдили да се налази у правилима међународног обичајног права која се примењују. У домаћим судовима, подносиоци представке су се позивали на чланове 35, 48, 51 и 91 Протокола бр. И уз Женевску конвенцију од 12. августа 1949. године. Ове одредбе ограничиле су право страна у сукобу да бирају методе или средства којима ће водити рат чинећи незаконитим да се операције усмеравају против невојних циљева. Намера је била да се створе права и обавезе искључиво на међудржавном нивоу и да се не преносе права на појединце, чак и у случајвима који садрже обавезу да се плати накнада. Ове одредбе нису омогућиле ниједно лично право да се добије одштета за штету претрпљену у рату у судовима одговорне државе, или да се државама уговорницама наметне обавеза да промене своје домаће право како би предвиделе такво право.

76. Мада можда пожељно, никакво право на накнаду штете која је последица наводно незаконитог вођења рата тренутно не постоји по италијанском праву, а Италија није била међународно обавезна да уведе такво право у свој домаћи правни систем. Постизање супротног закључка би повукло за собом да се члан 6 тумачи на такав начин као да се ствара материјално право за које нема основа у праву државе у питању. Члан 6, међутим, није креирао права. Даље, закључити да је члан 6 Конвенције омогућио право приступа суду ради подизања

тужбе против државе за незаконита дела чак и у случајевима где је кршење грађанског права било последица дела међународне политике, укључујући операције за постизање и очување мира, би поткопало напоре који се чине ради охрабрења влада да сарађују у међународним операцијама те врсте.

77. Пошто је спорно дело било екстериторијално и пошто га је починила међународна организација чији је Италија члан, било би изузетно тешко утврдити било какву заједничку одговорност на страни Италије. Могућности успешног покретања поступка у Италији ради оспоравања законитости акција НАТО снага на Косову биле су нејасне и слабе. Заиста, подносиоци представке нису доставили ниједан једини пример случаја у коме је такав закон био успешан. Позивајући се на пресуду у случају *Принц Ханс-Адам II од Лихтенштајна против Немачке* ([GC], бр. 42527/98, ECHR 2001-VIII), тужена Влада је, стога, навела да није могуће тврдити да постоји довољна веза између исхода поступка и признавања права истицаних од стране подносилаца представке.

78. Најзад, спор није такве врсте да би се могао изнети пред судове. Касациони суд је утврдио да је фундаментално питање које лежи у основи тужбе подносилаца представке да ли је спорно дело незаконито и да ли укључује одговорност италијанске државе. Одлуком да је то „политички акт“ који је избегао контролу судова, Касациони суд није поставио границу права приступа суду већ је дефинисао обим материјалног права које су истицали подносиоци представке. Према наводима тужене Владе, доктрина политичког акта није створила процедуралну забрану која је одстранила или ограничила право да се тужбе упуте судовима, она је искључила тужбу против државе *in limine*.

79. Што се тиче меритума тужбе, и у случају да Суд констатује да је члан 6 Конвенције примењив упркос горе наведеним аргументима, тужена Влада је изјавила да није било повреде те одредбе и да је ограничење права приступа суду подносиоцима представке у складу и са владавином права и са принципом поделе власти и пропорционално легитимном циљу коме се тежи.

80. По њиховом мишљењу, недостатак надлежности националних судова није имао за последицу повреду права приступа суду загарантованог чланом 6 Конвенције. Ово право није неограничено: њега може регулисати држава и држава ужива слободу да врши процену у вези са истим. У Италији ни држава, ни Влада, ни државни органи не уживају неки општи облик имунитета од судске надлежности. Одлука Касационог суда у конкретном случају да

италијански судови немају надлежност не представља ограничење које се примењује на захтеве за накнаду за губитке од државе *per se*. Она се односи само на веома уску категорију аката којима се остварује „државни ауторитет“ на највишем нивоу. То су „политички“ акти, који се тичу државе као јединице у односу на коју се судство не може сматрати „трећом страном“. Законодавство је типичан пример „акта Владе“ који може проузроковати штету појединцима. Ипак, Суд је већ навео да Конвенција не иде тако далеко да захтева од држава да обезбеде механизам за оспоравање законодавства.

81. Остали акти којима се остварује „државни ауторитет“ на највишем нивоу су: акти међународне политике и преко њих вођење рата. Правило да су акти којима се извршавају основне политичке одлуке једне државе легитимно искључени из оквира судске надлежности проистекло је из принципа поделе власти и потребе да се избегне умешаност судство - које по дефиницији нема демократску легитимност – у задатку идентификације циљева који служе општем интересу или у избору средстава која се користе за постизање таквих циљева. Све у свему, судство није могло бити умешано, чак ни после догађаја у циљу одлучивања о националној политици.

82. Према наводима тужене Владе, ограничење приступа судовима има, дакле, легитиман циљ када оспоравани акт има политички циљ. Што се тиче правила које захтева пропорционалност између средстава која се користе и циља коме се тежи, тужена Влада је истакла да изузимање из надлежности не крши саму суштину права појединца на приступ суду, јер оно не спречава приступ читавом низу грађанских тужби нити преноси имунитет на велику групу људи, већ важи само за ограничену и веома строго дефинисану категорију грађанских тужби против државе. Није било ни сумње да се циљ коме се тежи доктрином политичког акта може постићи само искључењем надлежности судова. Из свих ових разлога није било повреде члана 6 Конвенције.

Б. Наводи страна које су се умешале

1. Влада Србије и Црне Горе

83. Влада Србије и Црне Горе је приметила да је принцип који захтева накнаду штете основни појам који датира још из времена принципа *neminem laedere* римског права који је признат као општи принцип у међународним уговорима цивилизованих народа. Она је рекла да је овај принцип примењен од стране суда у случају *Osman против Уједињеног Краљевства* (пресуда од 28. октобра 1998. године, *Извештај о пресудама и одлукама 1998-VIII*) када је суд донео одлуку

да је држава – која је сама себи доделила имунитет на основу јавне политике у једној тужби за штету – морала да обезбеди друга средства да омогући одштету жртвама штете претрпљене као последице дела или пропуста те државе.

84. Влада Србије и Црне Горе је додала да основно објашњење за члан 6 Конвенције треба наћи у принципу владавине права прокламованог у члану 3 Статута Савета Европе. Она је рекла да ће бити тешко предвидети примену тог принципа без приступа суду и позвала се на пресуду *Faued против Уједињеног Краљевства* (21. септембар 1994. године, серија А бр. 294-Б – стр. 49-50, §65), у којој је Суд навео: „[Н]е би било у складу са принципом владавине права у демократском друштву или са основним принципом члана 6 §1 – наиме да грађанске тужбе морају бити такве да могу да се доставе судији на пресуђење – ако би, на пример, држава могла, без ограничења или контроле од стране органа за примену Конвенције, одстранити из надлежности судова читав низ грађанских тужби или пренети имунитете од грађанске одговорности на велике групе или категорије лица“.

85. На крају, она је објаснила да у Србији и Црној Гори ни парнични ни уставни судови не могу одбити да одлучују о неком питању уз образложење да се оно тиче неког акта Владе. Једини проблем који би могао да искрсне јесте да ли постоје правила по домаћем праву која би омогућила да се акти у питању преиспитају. Усвајање доктрине акта Владе би значајно ограничило циљ коме се тежи у примени права, што се тиче и приступа и ефикасности правних средстава као што су она загарантована Конвенцијом. По самој својој природи, таква доктрина би оправдала акте који се односе на примену спољне политике која се изузима од контроле на основу „државних разлога“, што би имало за резултат да заштита људских права постане немогућа. У наводима Владе Србије и Црне Горе доктрина владавине права треба да преовлада над разлозима државе.

2. Влада Уједињеног Краљевства

86. Британска влада је навела да правило националног права да појединац нема право на накнаду или његов закључак да држава не сноси одговорност за дела извршена од стране државе у вођењу спољне политике не повређује члан 6 § 1.

87. Она је приметила да је то правило уобичајено и у законима земаља чланица Савета Европе и другде, мада га различити правни системи формулишу на различите начине (на пример, као правило да

одлуке у вођењу спољне политике нису правно основане или да се опште правило које се односи на обавезу не протеже на штету проузроковану вођењем рата или другим акцијама које држава предузима у својим међународним односима).

88. Како год да је формулисано, то правило је било ограничење обима материјалног права државе у питању а не ограничење права приступа судовима ради примене тог права. Према наводима Британске владе, суштинска позиција је била врло слична оној у *Z и други против Уједињеног Краљевства* (цитирано у горњем тексту). Као и ограничавајуће правило енглеског права које је било у питању у *Z и други*, правило националног права да држава не одговара за накнаду губитака појединцима које су претрпели на рачун државних одлука у вођењу спољне политике ограничило је обим општих правила о одговорности у њиховој примени на државу из разлога јавне политике. Британска влада је навела да би третирање тог правила као супротног члану 6 § 1 било исто оно што је Суд више пута рекао да не може да уради, наиме, да се створи, тумачењем члана 6 § 1, материјално право које нема основу у праву државе уговорнице у питању.

89. Док је Британска влада била мишљења да правила оне врсте која су разматрана у горњем тексту уопште не спадају у оквир члана 6 § 1 и ако се (супротно том мишљењу) држи да спадају, она је навела да њих треба сматрати разумним и пропорционалним ограничењима обима права која су додељена чланом 6 § 1 а која су потребна у демократском друштву.

90. Британска влада је већ приметила да многи системи националног права имају правило слично оном које је примењено од италијанских судова у овом случају. Она је додала да такво правило служи јасној јавној сврси у демократској држави у дефинисању природе поделе власти између судова и извршне власти у вези са вођењем спољне политике и војном активношћу.

91. По мишљењу Британске владе, за такво правило се не може рећи да повређује члан 6 § 1 Конвенције.

С. Процена Суда

1. Општи принципи

92. Право приступа суду које се као питање поставља у овом случају је изведено из члана 6 и утврђено је у пресуди *Golder против*

Уједињеног Краљевства (21. фебруар 1975. године, серија А бр. 18, стр. 13-18, §§ 28-36), у којој је Суд утврдио, позивајући се на принципе владавине права и избегавања арбитарног овлашћења који су у основи Конвенције великим делом, да је право на приступ суду један неутуђив аспект заштите садржан у члану 6. Стога члан 6, § 1 обезбеђује свакоме право да тужбу која се односи на његова грађанска права и обавезе поднесе суду.

93. Суд се позива на његову сталну судску праксу у смислу да „члан 6 § 1 покрива само „оспоравања“ (спорове) око (грађанских) „права и обавеза“ за које се може рећи, барем на дискутабилној основи, да су призната по домаћем праву; он сам не гарантују никакву посебну садржину (грађанских) „права и обавеза“ у материјалном праву држава уговорница (видети *Jates и други против Уједињеног Краљевства*, пресуда од 21. фебруара 1986. године, серија А бр. 98, стр. 46-47, § 81, *Lithgow и други против Уједињеног Краљевства*, пресуда од 8. јула 1986. године, серија А бр. 102, стр. 70, § 192; и *Свети манастири против Грчке*, пресуда од 9. децембра 1994. године, серија А бр. 301-А, стр. 36-37, § 80). Суд не може интерпретацијом члана 6 § 1 креирати материјално право које нема правну основу у држави у питању (*Roche против Уједињеног Краљевства [GC]*, бр. 32555/96, §§ 116-117, ECHR 2005-X). Он ће се, међутим, примењивати на спорове „праве и озбиљне природе“ који се односе на стварно постојање права као и на обим и начин на који се оно остварује (видети *Venthet против Холандије*, пресуда од 23. октобра 1985. године, серија А бр. 97, стр. 14-15, § 32; и *Z и други*, цитиран у горњем тексту, § 87).

94. Разлика између материјалних ограничења и процедуралних сметњи одређује примењивост и, већ према случају, обим гаранција по члану 6. Чињеница да посебне околности случаја, и притужбе изнесене у њему, могу учинити да је непотребно да се повлачи разлика између материјалних ограничења и процедуралних сметњи (видети, међу многим другим одлукама, *A. против Уједињеног Краљевства*, бр. 35373/97, § 65, ECHR 2002 X) не утиче на обим члана 6 Конвенције који не може, у принципу, имати примену на материјална ограничења на право које постоји по домаћем праву.

95. Према томе, у оцени да ли постоји грађанско „право“ и у утврђивању материјалне или процедуралне карактеризације коју треба дати спорном ограничењу, почетна тачка морају бити одредбе релевантног домаћег права и њихово тумачење од стране домаћих судова (*Masson и Van Zon против Холандије*, пресуда од 28. септембра 1995. године, серија А бр. 327-А, стр. 19, § 49). Шта више, где су виши национални судови анализирали на темељан и убедљив начин

прецизну природу спорног ограничења, на основу релевантне судске праксе по Конвенцији и принципима изведеним из ње, овом Суду би требали јаки разлози да се диференцира од закључка до којих су ови судови дошли заменом својих сопствених погледа мишљењима националних судова по питању тумачења домаћег права (*Z и други*, пресуда цитирана у горњем тексту, § 101) и да, супротно њиховом мишљењу, нађе да евентуално постоји право признато домаћим правом.

96. Коначно, у овој процени, потребно је гледати ван појава и језика који се користи и концентрисати се на реалност ситуације (*Van Droogenbroeck против Белгије*, пресуда од 24. јуна 1982. године, серија А бр. 50, § 38). На Суд не смеју непрописно утицати, на пример, употребљене законодавне технике (види *Faued*, пресуда цитирана у горњем тексту, § 67) или имена коришћена за релевантно ограничење у домаћем праву: често коришћена реч „имунитет“ може значити „имунитет од одговорности“ (у принципу, материјално ограничење) или „имунитет од парнице“ (сугестија процедуралног ограничења) (видети *Roche*, пресуда цитирана у горњем тексту, §§ 119-121).

97. Ипак, не било у складу са владавином права у једном демократском друштву или са основним принципом који чини члан 6 § 1 – наиме да грађански тужбени захтеви морају да буду такви да могу да се поднесу судији на пресуђење – ако, на пример, држава може, без ограничавања или контроле од стране органа за примену Конвенције, одстранити из надлежности судова читав низ грађанских тужбених захтева или пренети имунитете од грађанске одговорности на велике групе или категорије лица (видети *Faued*, пресуда цитирана у горњем тексту, стр. 49-50, § 65).

98. На члан 6 § 1 може се такође ослонити „свако ко сматра да је мешање у вршење неког од његових (грађанских) права незаконито и ко се жали да није имао могућност да поднесе такав тужбени захтев трибуналу сагласно захтевима из члана 6 § 1“ (видети *Le Compte, Van Leuven и De Meyere против Белгије*, пресуда од 23. јуна 1981. године, серија А бр. 43, стр. 20, § 44). Када постоји озбиљан и прави спор око законитости таквог мешања, који иде или у само постојање или у обим истакнутог грађанског права, члан 6 § 1 овлашћује појединца „да о овом питању домаћег права одлучи трибунал“ (*Sporrong и Lonnroth против Шведске*, пресуда од 23. септембра 1982. године, серија А бр. 52, стр. 30, § 81; види такође *Tre Traktorer АВ против Шведске*, пресуда од 7. јула 1989, серија А бр. 159, стр. 18, § 40).

99. Ово право, међутим, није апсолутно. Оно може бити предмет легитимних ограничења као што су рокови застарелости, обезбеђење

трошкова наредби, прописи који се односе на малолетнике и лица неспособна за расуђивање (видети *Srubbing* и *други против Уједињеног Краљевства*, пресуда од 22. октобра 1996. године, Извештаји 1996-ИВ, стр. 1502-1503, §§ 51-52; *Tolstoy Miloslavsky против Уједињеног Краљевства*, пресуда од 13. јула 1995. године, серија А бр. 316-Б, стр. 80-81, §§ 62-67; и *Golder*, пресуда цитирана у горњем тексту, стр. 19, § 39). Где је приступ појединца ограничен било деловањем закона или фактички, Суд ће размотрити да ли је наметнуто ограничење угрозило суштину права, а нарочито, да ли је тежило легитимном циљу и да ли је постојао разуман однос пропорционалности између употребљених средстава и циља који се настојао остварити (*Ashingdane против Уједињеног Краљевства*, пресуда од 28. маја 1985. године, серија А бр. 93, стр. 24-25, § 57). Ако је рестрикција у складу са овим принципима, неће доћи до повреде члана 6 (*Z* и *други*, пресуда цитирана у горњем тексту, §§ 92-93).

2. Примена ових принципа у конкретном случају

(а) Примењивост члана 6 Конвенције

100. У овом конкретном случају, подносиоци представке су подигли тужбу за накнаду штете против државе по члану 2043 Грађанског законика и такође засновали свој тужбени захтев на члану 6 Кривичног законика, члану 174 Ратног војног кривичног законика и на одредбама Протокола бр. И уз Женевску конвенцију из 1977. године и Лондонској конвенцији из 1951. године (видети ставове 22-25 и 30-31 у горњем тексту). Они су се ослонили на различите изворе мада, као што је истакла тужена Влада, ниједан од њих није у потпуности примењив на конкретан случај, јер су се они првенствено тицали појединачне одговорности припадника оружаних снага. Тужена Влада је цитирала одлуку која се односи на политичке акте. Међутим, док би она могла бити од неког значаја за одлуку у конкретном случају, она није била довољно слична да буде квалификована као прецедент. Стога, на основу чињеница самог случаја подносилаца представке домаћи судови су били позвани да по први пут одлуче да ли таква ситуација потпада под члан 2043 Грађанског законика.

101. Суд према томе сматра да је од почетка поступка постојао озбиљан и прави спор око постојања права за које су подносиоци представке тврдили да га имају према грађанском праву. Аргумент тужене Владе да није било спорног (грађанског) права у сврхе члана 6 због одлуке Касационог суда да споран акт, као акт вођења рата, не подлеже судској ревизији, може бити релевантан само за будуће

тврдње других тужилаца. Пресуда Касационог суда није учинила тужбе подносилаца представке ретроактивно неспорним (*Z и други*, пресуда цитирана у горњем тексту, § 89). У овим околностима, Суд налази да су подносиоци представке барем дискутабилно имали тужбени захтев према домаћем праву.

102. Сходно томе, члан 6 је примењив на тужбу подносилаца представке против државе. Суд према томе одбија прелиминарни приговор тужене Владе по овој тачки. Он према томе мора испитати да ли су захтеви те одредбе испоштовани у односном поступку.

(b) Поступање по члану 6 Конвенције

103. У конкретном случају, подносиоци представке су навели да их је одлука Касационог суда да италијански судови немају надлежност спречила да добију приступ суду и осигурају одлуку о меритуму њиховог тужбеног захтева.

104. Подносиоци представке и Влада Србије и Црне Горе сматрали су да је право на одштету проистекло директно из текста релевантних законика, при чему су друге две владе тврдиле да се такво право не може примењивати на вођење рата, или на операције успостављања и очувања мира. Подносиоци представке су навели да је њихово право на одштету проистекло из члана 2043 Грађанског законика, такође га заснивајући на члану 6 Кривичног законика, члану 174 Ратног војног кривичног законика и Протоколу бр. И уз Женевску конвенцију из 1949. године.

105. Пре свега и највише Суд би приметио да подносиоци представке нису у пракси били спречени да своје тужбе подигну пред домаћим судовима.

106. Касациони суд је сматрао одговор јасним, што објашњава зашто је ово питање јурисдикције одбацио по прилично кратком поступку. Он је утврдио следеће: оспоравани акт је био акт вођење рата; пошто су такви акти манифестација политичких одлука, ниједан суд није имао овлашћење да преиспита начин на који је та политичка функција извршена; даље, законодавство путем кога су инструменти међународног права на које су се подносиоци ослањали ступило на снагу, није изричито омогућило повређеним странама право да траже одштету од државе за штету претрпљену као последицу кршења правила међународног права.

107. Суд поново наглашава основне принципе утврђене његовом судском праксом о тумачењу и примени домаћег права. Док је дужност Суда, према члану 19 Конвенције, да осигура поштовање обавеза које су преузеле стране уговорнице по Конвенцији, његова функција није да се бави грешкама у утврђеном чињеничном стању или примени права које је наводно починио национални суд осим ако су, и у оној мери у којој су оне евентуално повредиле права и слободе заштићене Конвенцијом.

108. Шта више, пре свега је на националним властима, посебно судовима, да тумаче и примењују домаће право. Ово такође важи где се домаће право позива на правила општег међународног права или међународне споразуме. Улога Суда је ограничена на утврђивање да ли су дејства таквог тумачења у складу са Конвенцијом (видети *Waite u Kennedy*, пресуда цитирана у горњем тексту, § 54; *Streletz, Kessler u Krenz против Немачке* [GC], бр. 34044/96, 35532/97 и 44801/98, § 49, ECHR 2001-ИИ; и *Принц Hans-Adam II од Лихтенштајна против Немачке*, пресуда цитирана у горњем тексту, §§ 43-50).

109. Мада његова улога није да износи било каква мишљења о примењивости Протокола из 1977. године или Лондонске конвенције, Суд примећује да коментари Касационог суда о међународним конвенцијама изгледа да не садрже грешке у тумачењу. За ово постоје два разлога: прво, изјава да Протокол из 1977. године регулише односе између држава је тачна; друго, подносиоци представке су се ослонили на став 5 члана VIII Лондонске конвенције, који се тиче дела „која на територији земље пријема узрокују штету трећим странама...” (видети став 31 у горњем тексту), док је штета подносилаца представке претрпљена у Србији, а не у Италији.

Што се тиче тврдње да је то једино тело са овлашћењем да утврђује повреде Конвенције, Суд поново истиче да је по члану 1, који предвиђа: „Високе стране уговорнице јемче свакоме у својој надлежности права и слободе одређене у Делу 1 ове Конвенције“, примарна одговорност за примену и остваривање права и слобода загарантованих Конвенцијом је на националним властима. Машинерија представке Суду је стога допуна националним системима који штите људска права (*Cocchiarella против Италије* [GC], бр. 64886/01, § 38, ECHR 2006-...). Пошто је, у овом конкретном случају, тужба по члану 2 Конвенције проглашена недопуштеном (видети став 4 у горњем тексту), Суд не сматра да ефекти тумачења Касационог суда изазивају било какве проблеме усклађености.

110. Суд даље примећује да би по члановима 41 и 37 Законика о парничном поступку, о прелиминарном ставу о надлежности који су

министарства заузела у овом случају, морало се поставити питање у неком тренутку, чак и од стране првостепеног суда његовим сопственим предлогом, с обзиром на умешаност државог органа (видети став 23 у горњем тексту). Према томе, оно се не своди на облик имунитета за који је држава имала слободу да га се одрекне.

111. Сходно томе, није могуће закључити на основу начина на који је тумачено домаће право или релевантни међународни споразуми примењени у домаћем праву, да је „право“ на накнаду по одштетном праву постојало у таквим околностима. Чак и да је тврдња подносилаца представке исправна да је, као последица промена у судској пракси, могуће тражити такво право почев од 2004. године, то не оправдава закључак да је такво право постојало пре тога.

112. Суд такође примећује да је Касациони суд већ донео одлуку у ранијем случају да италијански судови немају надлежност у односу на власти због дела политичке природе и да таква дела не дају основ за тужбу против државе јер не проузрокују штету личним законским интересима, који су једини интереси који могу омогућити право на накнаду према домаћој судској пракси (видети став 26 у горњем тексту). Заиста, тек после расправе пред њим, Касациони суд је дао разјашњење о томе шта представља споран захтев по закону. У одређивању граница његове надлежности, Касациони суд је означио границе одштетног права.

113. Суд не прихвата тврдњу подносилаца представке да је спорна одлука створила имунитет, ни *de facto* ни у пракси, због њене наводно апсолутне или опште природе. Као што је тужена Влада с правом приметила, одлука се тицала само једног аспекта права да се поднесе тужба против државе, а то је право да се тражи накнада штете за дело Владе које се односи на вођење рата, и не може се сматрати произвољним укидањем надлежности судова да одлучују о читавом низу грађанских тужбених захтева (видети *Faued против Уједињеног Краљевства*, пресуда цитирана у горњем тексту, стр. 49-50, § 65). Као што је истакла Британска влада и као што је Суд приметио у ставу 93 у горњем тексту, то је принцип судске праксе по Конвенцији да сам члан 6 не гарантује неки посебну садржину за грађанска права и обавезе у националном праву. Није довољно увести члан 6 § 1 у игру да би се непостојање основа тужбе по домаћем праву могло описати као да има исти ефекат као и имунитет, у смислу немогућавања подносиоца представке да тужи за дату категорију штете (*Z и други*, пресуда цитирана у горњем тексту, § 98).

114. Суд сматра да одлука Касационог суда у овом предмету не представља признавање имунитета већ да је само показатељ колика су

овлашћења суда да преиспита дела спољне политике као што су вођење рата. Долази се до закључка да је немогућност подносилаца представке да туже државу била последица не имунитета већ принципа који регулишу материјално право на тужбу у домаћем праву. У односном тренутку, ситуација према домаћој судској пракси је била таква да је у овој врсти случаја искључивала сваку могућност да се држава сматра одговорном. Према томе, није било ограничења приступа суду оне врсте о којој је реч у случају *Ashingdane* (видети пресуду цитирану у горњем тексту, § 57).

115. Произилази да подносиоци представке не могу тврдити да су били лишени било ког права за утврђивање меритума њихових захтева. Њихови захтеви су поштено испитани у светлу домаћих правних принципа који се примењују на одштетно право пошто је Касациони суд размотрио релевантне правне аргументе који су увели у игру примењивост члана 6 § 1 Конвенције, подносиоци представке више нису могли тврдити да имају било какво овлашћење по тој одредби за испитивање чињеница. Такво испитивање би само служило непотребном одуговлачењу домаћег поступка зато што би, чак и под претпоставком да одлука Касационог суда не би аутоматски окончала поступак који је у току пред Окружним судом у Риму, Окружни суд би једино имао овлашћење да одреди природу оспораваних дела и, у околностима случаја, не би имао избора сем да одбије захтев.

Суд се слаже са Британском владом да овај случај има сличности са горе наведеним случајем *Z и други*. Као и у *Z*, подносиоцима представке у конкретном случају је омогућен приступ суду; међутим, он је био ограничен, пошто им није омогућио да обезбеде одлуку о меритуму.

116. У светлу горе наведеног, Суд налази на нема повреде члана 6 Конвенције.

ИЗ ТИХ РАЗЛОГА, СУД

1. *Здружује меритум*, једногласно, прелиминарни приговор тужене Владе у односу на примењивост члана 6 Конвенције;
2. *Проглашава*, једногласно, преостали део представке прихватљивим;
3. *Сматра*, једногласно, да је члан 6 Конвенције примењив у конкретном случају и, сходно томе, *одбија* прелиминарни приговор тужене Владе;

4. *Сматра*, са десет гласова према седам, да нема повреде члана 6 Конвенције.

Састављено на енглеском и француском и објављено на јавној расправи у Згради људских права, Стразбур, 14. децембра 2006. године.

Luzius Wildhaber
Председник

T. L. Early
Секретар

У складу са чланом 45 § 2 Конвенције и правилом 74 § 2 Правилника Суда, следећа мишљења су приложена уз ову пресуду:

- (a) Сагласно мишљење г. Costa;
- (b) Сагласно мишљење сер Nicolas Bratza, коме се придружио г. Rozakis,
- (c) Издвојено мишљење г. Zagrebelsky, коме су се придружили г. Zupančič, г. Jungwiert, гђа Tsatsa-Nikolovska, г. Ugrekheldze, г. Kovler и г. David Thor Bjorgvinsson.

L. W.
T. L. E.

ПРЕСУДА МАРКОВИЋ И ДРУГИ ПРОТИВ ИТАЛИЈЕ

САГЛАСНО МИШЉЕЊЕ СУДИЈЕ ЦОСТА

(Превод)

1. Гласао сам са већином за изреку пресуде, посебно за тачке 3 и 4 те пресуде, али се не слажем са образложењем. Требало би да објасним зашто, али ћу се ограничити на главне тачке.
2. О чему је у основи био овај случај? Као у случају *Банковић*, радило се о трагичним последицама делимичног уништења зграде *Радио Телевизије Србије* (РТС) у Београду пошто ју је ударио пројектил испаљен од стране НАТО авиона. Петоро људи које је умрло као последица ваздушног удара, који је лансиран у вези са конфликтом на Косову, су били рођаци подносилаца представки у случају *Марковић*.
3. Подносиоци представке су сматрали италијанске власти и НАТО команду здружених снага у Јужној Европи одговорнима за њихове смрти и поднели тужбу за одштету против њих у Окружном суду у Риму (накнадно су повукли тужбу против НАТО снага).
4. Италијанске власти су сматрале да је тај спор поставио питање судске надлежности („*giurisdizione*“) и ослањајући се на одредбе Законика о парничном поступку, затражили прелиминарну одлуку по том питању од Касационог суда, у пуном саставу, пошто су имали право да поступају као било која друга парнична страна.
5. Касациони суд је сматрао да Окружни суд нема никакву судску надлежност. С обзиром на природу спора и као што је речено у ставу 19 пресуде, ова одлука је парницу која је текла пред Окружним судом довела до краја, *ipso iure*.
6. Под овим околностима, подносиоци представке су поднели представку Суду у којој су тврдили да је члан 6 § 1 Конвенције примењив и да је био прекршен пошто им је Италија одбила приступ суду.
7. Већина се сложила да је члан 6 § 1 примењив али је сматрала да није учињена никаква повреда.
8. У основи, одлука Суда да је та одредба била примењива се заснивала на чињеници да су подносиоци представке, чија тужба се заснивала одштетном праву (члан 2043 Грађанског законика), од почетка поседовали на барем оспоривим основама тужбени захтев према домаћем закону.
9. Донекле сам оклевао да се придружим већини у закључку да је члан 6 § 1 примењив. У прошлости сам се слично

ограђивао, посебно у случају *Принц Ханс-Адам II од Лихтенштајна против Немачке (Извештаји 2001-VIII)* и позвао бих се на своје сагласно мишљење које је приложено као Додатак тој пресуди. Међутим, Суд је нашао да је члан 6 § 1 примењив у сличним ситуацијама у једном броју случајева у прошлости, посебно тамо где постоји озбиљан и прави спор око самог постојања „права“ у оквиру значења члана 6 § 1 (видети, међу многим другим ауторитетима, пресуде у случајевима *Bentham против Уједињеног Краљевства*, Серија А бр. 97; *Mennitto против Италије*, *Извештаји 2000-X*, стр. 340-41, §§ 25 до 27; *3 и други против Уједињеног Краљевства*, (GC) бр. 29392/95, ECHR 2001-B, § 89; и *Принц Ханс-Адам II од Лихтенштајна против Немачке*, које су горе наведен; и, за супротно гледиште, *Roche против Уједињеног Краљевства*, пресуда од 19 октобра 2005. године, ECHR 2005 - ..., §§ 124 и 125). Ја сам према томе одлучио да се приклоним доминантној линији ауторитета у судској пракси. Заиста, добри разлози се могу дати за тврдњу да је постојао „оспорив“ тужбени захтев у сврхе судске праксе Суда, с обзиром да Окружни суд у Риму није одбио тужбу која је била пред њим *de plano* због недостатка надлежности (као што му је посебна одредба Законика о парничном поступку дозвољавала да то учини) или због недостатка основа за тужбу и, пошто је Касациони суд, у пуном саставу, морао да буде сазван да одлучи о овом питању.

10. Међутим, то није главна поента. Суд је стога био једногласан у мишљењу да је члан 6 примењив.
11. Супротно томе, био је изразито подељен по питању да ли је или није било повреде те одредбе.
12. Први аргумент на који се већина ослањала у закључивању да није било повреде је онај који ја не могу да прихватим. Он гласи како следи: « Као прво и најистакнутије Суд ће приметити да подносиоци представки нису у пракси спречени да поднесу своје тужбе пред домаћим судовима» (видети став 105 пресуде). Иако то може да буде истинито, па шта? Иако су могли да покрену поступак пред Окружним судом у Риму, Окружни суд је био спречен пресудом Касационог суда да испита тужбени захтев јер је поступак, понављам, доведен до краја *ipso iure*, пре него што је уопште и отпочео. Сигурно је веома чудно да се каже да нису били спречени од подношења својих тужби пред домаћим судовима. Да ли право приступа суду може да буде теоретско и илузорно (у овом примеру се своди на чисто

- «физички» приступ), или мора да буде практично и делотворно као што је било наведено у другим сферама у десетинама пресуда почевши са пресудом у случају *Artico*. У овом случају, то би значило омогућавање односно суду да донесе образложену одлуку (чак и ону којом се одбија тужбени захтев о меритуму спора, без *judex ex machina* изјаве да је био спречен да одлучује о било чему (став 113 пресуде је и овде информативан)
13. Но, дозволите ми да наставим даље. Пошто није задовољна овим првим аргументом, који би логично требало да буде самодовољан („као први“ и „најистакнутији“), пресуда наставља даље са дугачким образложењем, у ставовима 106 до 117, које се у бити своди на закључке:
- (i) италијански Касациони суд је најмеродавнији италијански суд да одлучује о питањима домаћег права:
 - (ii) његова одлука «је била резултат не имунитета већ принципа који регулише материјално право на тужбу у домаћем праву» (став 115);
 - (iii) чињеница да није било никакве могућности да се по италијанском праву држава сматра одговорном не своди се на «ограничење приступа суду исте врсте као у спору у случају *Ashingdane*» (исти став) .
14. Морам да кажем да налазим ову врсту резоновања неуверљивом и противречном самој себи. Неуверљива је зато што ако све што је Суд требало да учини је да призна да је Касациони суд имао право да тумачи домаћи закон, решење је требало да се да без потребе за било каквим европским надзором. Што се тиче позивања на *Ashingdane* пресуду, логично да је имала недостатке јер је Суд у том случају сматрао да није било никакве повреде(на основу шест гласова наспрам једног, једини судија у мањини био је мој жаљени претходник, судија Петтити). Како и на основу ког чудотворног процеса би чињеница да у садашњем случају није било никаквог ограничења «исте врсте као у спору у случају *Ashingdane* » могла да доведе до закључка да није било никакве повреде члана 6 § 1 ? То ја не могу да разумем.
15. По мени, било би једноставније – и јасније- да се примене стандардни принципи. Право на приступ суду није апсолутно, али може да буде предмет прећутних ограничења. Нека од тих ограничења су неотуђива у праву

- приступа суду, на пример она која произлазе из државног имунитета у међународном праву.
16. Као пример, Суд је применио те принципе у својој пресуди у *Fogarty против Уједињеног Краљевства (Извештаји 2001-ХИ)* са другачијим мишљењем мог колеге г. Лоуцаидес и мог сагласног мишљења као и мојих колега г. Цафлисцх и гђе Вајић. Истина је да се *Fogarty* односио на имунитет од надлежности који је одобрен од стране тужене државе трећој држави (Сједињене Државе). Али ситуација се лако може преместити на концепт *државног акта* који је познат и упоредном праву и у међународном праву и нема типичнијег примера државног акта него одлуке да се пошаљу трупе у борбу или, као са Италијом у овом садашњем случају, да учествује у ваздушним ударима као чланица међународне организације, нарочито обезбеђивањем база за ударе и логистичке подршке. Јасно је да члан 2043 италијанског Грађанског законика даје веома широки списак правних средстава за квази-штету и генерално се примењује на италијанску државу и у поступцима пред редовним судовима (као што је Окружни суд у Риму), а не у административним судовима, за разлику од земаља као што је Француска. Али то није забрана за надлежност домаћих судова да расправљају о тужбеним захтевима против италијанске државе који се окончавају када основа одговорности лежи у ономе што је несумњиво акт Владе. Другим речима, у италијанском домаћем праву, никакав тужбени захтев не може да се заснује на члану 2043 Грађанског законика када је наводно незаконити акт, којим је проузрокована повреда, акт Владе, резултат извршења таквог акта или његова индиректна последица.
17. Да ли ово изузеће од одговорности у домаћем закону чини непропорционално мешање у право приступа суду предвиђено Конвенцијом? Да ли оно значи одрицање правде које је несагласна са Конвенцијом? Ово је дискутабилно питање и ја свакако могу да разумем мишљење изражено од стране мањине која је гласала у корист налажења повреде члана 6. Међутим, ако човек одлучи да не иде тако далеко – из разлога, који по мом мишљењу, нису ни на који начин апсурдни и сагласи се са административним правом многих европских земаља и општим међународним правом како ствари стоје овде и сада – онда би требало тако да се каже и да се наведе стандардна линија ауторитета. Из тих разлога ја сам критичан у односу на образложење у случају *Марковић*, а да се, међутим, не размимоилазим са закључцима.

МАРКОВИЋ И ДРУГИ ПРОТИВ ПРЕСУДЕ ИТАЛИЈЕ

САГЛАСНО МИШЉЕЊЕ СУДИЈЕ BRATZA КОМЕ СЕ ПРИДРУЖУЈЕ СУДИЈА ROZAKIS

- 1 Ја делим мишљење већине из Великог већа да није било никакве повреде члана 6 Конвенције у овом случају и уопштено могу да се сложим са образложењем пресуде Суда. Додајем неке своје примедбе само због важности средишњег питања које је поделило Суд, наиме да ли се одлука италијанског Касационог суда да национални судови немају никакву надлежност да разматрају тужбу подносилаца представке за одштету у вези са смрћу њихових рођака, своди на неоправдано ограничење њиховог приступа суду у сврхе члана 6.
- 2 Разлика између одредби домаћег права и праксе која забрањује или ограничава приступ судском правном леку да се одлучује о меритуму тужбених захтева који се односе на „права“ грађанске природе призната у домаћем праву и која би, изузев ако не буду основана, била у супротности са чланом 6 и оних одредби које разграничавају суштински садржај самог „права“ и на које се у принципу члан 6 не примењује, је добро установљена у судској пракси Суда. Често је доказано да је тешко да се у пракси повуче гранична линија између ограничења правног поступка и материјалних ограничења. Остаје, ипак, важна разлика у погледу увреженог принципа да члан 6 не гарантује никакав одређени садржај за „права“ у материјалном праву Држава уговорница и да се његове гаранције протежу само на права за која се може рећи, барем на дискутабилним основама, да су призната у домаћем праву државе у питању.
- 3 Одређене одредбе јасно спадају у категорију процедуралних ограничења: оне обухватају примере рокова застарелости, обезбеђења судских трошкова и прописа који су меродавни за приступ суду од стране малолетних лица и особа неспособних за расуђивање. Даљи пример је дат у случају *Tinnelli и Sons Ltd* и *McElduff и други против Уједињеног Краљевства* (пресуда од 10. јула 1988. године, *Извештаји о пресудама и одлукама*, 1998-IV) који су се односили на питање коначног министарског уверења, чије је дејство било да спречи испитивање меритума тужбених захтева о дискриминишућем третману од стране домаћих судова. Можда су ближе граничној линији случајеви који се тичу давања разних имунитета од парничних поступака.

Међутим, у случајевима који се тичу преношења имунитета на државе (*Al-Adsani против Уједињеног Краљевства* (GC), бр. 35763/97 и *Fogarty против Уједињеног Краљевства* (GC), бр. 37112/67, ECHR 201-ХИ) и на међународне организације (*Waite и Kenedy против Немачке*, (GC), бр. 26083/99, ECHR 1999-I), Суд је тумачио такве имунитете као процедуралне забране који су захтевали оправдање радије него као ограничења материјалног права унутар домаћег права.

- 4 Од случајева који спадају са друге стране граничне линије, случајеви *Z и други против Уједињеног Краљевства* (GC), бр. 29392/95, ECHR 2001-B) и, скорији, *Roche против Уједињеног Краљевства* (Ц), бр. 32555/96, ECHR 2005-) су можда најзначајнији. У случају *Roche*, Суд узимајући као своју почетну тачку процену Горњег дома у *Matthews против Министарства одбране*, је закључио да одељак 10 Закона о парничном поступку државе (круне) представља одредбу материјалног права која одређује границе права лица у војној служби да подносе тужбене захтеве за накнаду штете против Круне за личне повреде које су претрпели док су били на дужности и није био виђен као да преноси на Круну имунитет од тужбених захтева због немара који би у супротном могао да буде доступан лицима у војној служби. Много више је релевантно за садашњи случај, да је Суд у случају *Z* закључио да је немогућност подносилаца представки да туже локалне власти за немар зато што су пропустили да преузму кораке да их удаље од старања родитеља од чије стране су били занемарени и злостављани, потекла не од имунитета који је пренет на локалну власт већ од примењивих принципа који се односе на материјално право на тужбу у домаћем праву, чији је битан елемент да би требало да буде правично и разумно да се наметне дужност старања на тужене према околностима случаја .
- 5 Предметни случај се не може лако уврстити ни у једну од установљених категорија. Подносиоци представки су били спречени да о меритуму њиховог тужбеног захтева за накнаду штете одлуче италијански судови и то одлуком Касационог суда према којој је тим судовима недостајала надлежност да разматрају тужбени захтев. У поступку за прелиминарну одлуку подносиоци представки су тврдили да италијански судови имају такву надлежност на основу, *inter alia*, да су наводни незаконити акти који су резултирали смрћу њихових рођака требали да буду сматрани као да су почињени у Италији, и по томе да је релевантна војна акција

била организована на италијанском тлу и да се део ње одиграо тамо: тврђено је да је Италија уступила материјалну и логистичку подршку НАТО акцији и да је, за разлику од других чланица НАТО-а, обезбедила ваздушне базе са којих су полетали авиони који су бомбардовали Београд и РТС. Подносиоци представке су се додатно ослонили на Војни кривични законик, на Лондонску конвенцију из 1951. године и на Протокол бр. 1 уз Женевску конвенцију за утврђивање надлежности националних судова.

6 У доношењу судске одлуке да судови нису имали надлежност да разматрају тужбене захтеве, Касациони суд је нашао да је природа поступака и функција на које су се ослањали да би се приписала одговорност држави Италији – а нарочито, вршење непријатељстава путем ратовања из ваздуха – била такве да суд није имао никакву надлежност да размотра начин на који су те функције извршене. Касациони суд је даље одбацио, на основама које су изнете у пресуди, тврдњу подносилаца представке да је надлежност италијанских судова требало сматрати као ствар домаћег права у међународним инструментима на које се ослањало.

7 У уочљивој супротности са типичним случајем процедуралне забране приступа суду, је чињеница да италијански судови нису били у могућности да испитају меритум тужбеног захтева која није проистекла ни из законских мера ни из вршења дискреционог овлашћења извршне власти да изузме надлежност судова или да ограничи њихова овлашћења да разматрају или да уклоне одређену врсту тужби из судске контроле. Шта више, одлука Касационог суда да је националним судовима недостајала надлежност не може се, по мом мишљењу, изједначити са додељивањем бланко (општег) имунитета туженима у овој парници. Одлука да се порекне надлежност је била самонаметнуто ограничење, имајући у виду да је Касациони суд закључио не само да таква надлежност није била пренесена правним инструментима на која су се подносиоци представки ослонили, већ и да је природа тужбеног захтева подносилаца представке поставила питања која нису могла да буду решавана у националним судовима. То је учинила, применом концепта државног акта, познатог концепта у систему грађанског права, према коме се политички акти државе у области која обухвата међународне односе, спољну политику и спровођење непријатељстава не могу разматрати од стране домаћих судова.

- 8 По мом мишљењу, на одлуку Касационог суда не треба гледати као да се њом ствара процедурална забрана одлучивања о правима подносилаца представке од стране националних судова већ пре као на материјално ограничење тих права, при чему је Касациони суд закључио да, због природе питања које је поставио њихов тужбени захтев, подносиоци представке нису имали никаквог оправданог основа за тужбу у домаћем праву.
- 9 Тврди се да је одлука Касационог суда била несагласна са његовом претходном и накнадном судском праксом, да бомбардовање РТС-а није могло да буде класификовано у домаћем праву као државни акт који може да искључи судску контролу и да је Касациони суд, сматрајући да није било никакве надлежности да решава тужбени захтев подносилаца представке, погрешно занемарио или лоше протумачио одредбе домаћег и међународног права на којима је тужбени захтев био заснован. Ослонац за ово се исто тако заснива на помањкању образложења суда и чињеници да није било одмеравања супростављених интереса од стране суда када је суд закључио да је надлежност искључена.
- 10 Што се тиче претходног аргумента, питања тумачења и примене домаћег права су, као што пресуда наглашава, првенствено да их решавају национални судови и по мом мишљењу нема основа на којима би Суд могао да замени свој сопствени став за став Касационог суда или да сматра те ставове произвољним или очигледно нереалним.
- 11 Овај последњи аргумент ми даје више разлога за сумњу. Образложење Касационог суда је било сажето и отворено за критику да не садржи никакво излагање о границама доктрине „државног акта“ који је примењивао и никакву јасну анализу питања које је тужбени захтев подносилаца представке постављао што је учинило да овај случај не подлеже судској надлежности. Међутим, колико год да је судско образложење језгровито, чини ми се да се основе за одлуку довољно јасно исказују, посебно када се читају заједно са претходном судском праксом цитираном од стране самог Касационог суда и у вези са ставовима 26 и 27 пресуде Суда. Тужбени захтев подносилаца представке се односио на погибије које су настале као последица бомбардовања радио станице у Београду као део НАТО операција за време изузетно сложеног сукоба на Косову и одлука о меритуму тужбеног захтева би неизбежно укључивала националне судове који би морали да решавају

питања која се односе на законитост операције као питању међународног права као и да ревидирају легитимност аката и одлука Италијанске владе у спровођењу својих суверених овлашћења у области спољне политике и извођења непријатељстава. Јасно је гледиште Касационог суда да ова питања спадају изван прописног домашаја контроле од стране националних судова и да подносиоци представке немају никакав основ за тужбу о којој би ови судови могли да одлучују.

- 12 Доктрина „акта државе“ нема никакве веома прецизне границе и њена примена мора неизбежно да зависи од одређених околности случаја у којима се поставља као питање. Шта више, као и доктрина државног имунитета, са којом понекад може да се преклопи, она није статичка већ је подложна променама и развијању током времена. По мом мишљењу, у релевантном тренутку када је донео закључак да, у посебним околностима случаја који је пред њим, доктрина не само да је била битна већ је и спречила националне судове да решавају питања покренута овим случајем, Касациони суд није прешао прихватљиве границе. Сходно томе, по мом мишљењу није било неоправданих ограничења за приступ суду од стране подносилаца представке којим би се повредио члан 6 Конвенције.

МАРКОВИЋ И ДРУГИ ПРОТИВ ПРЕСУДЕ ИТАЛИЈЕ

ИЗДВОЈЕНО МИШЉЕЊЕ СУДИЈЕ ЗАГРЕБЕЛСКУ КОМЕ СЕ
ПРИДРУЖУЈУ СУДИЈЕ ЗУПАНЧИЧ, ЈУНГВЕИРТ, ТСАТСА-
НИКОЛОВСКА, УГРЕКХЕЛДЗЕ, КОВЛЕР И ДАВИД ТХОР
БЈОРГВИНССОН

(Превод)

Овај случај који се искључиво тиче права на приступ суду на основу члана 6 Конвенције, повлачи питање највише важности по Конвенцији, наиме положај појединца када се нађе лицем у лице са влашћу. То је власт у свом најстрашнијем облику: власт заснована на „државном разлогу“. Само чистом случајношћу се то питање појавило у спору против Италије. Исто тако то је лако могла да буде нека друга држава. Стога је ово питање од интереса за све.

У свом обраћању Парламентарној скупштини 19. августа 1949. године, представљајући свој предлог да се оснује Европски суд за људска права, Р. Н. Teitgen је рекао: Три ствари још увек представљају претњу нашој слободи. Прва претња је вечити државни разлог. Иза државе, који год да је њен облик, чак и да је демократска, увек вреба као стални изазов, тај државни разлог.... Чак и у нашим демократским земљама морамо да будемо на опрезу због овог изазова подлегања државном разлогу.² Постоји ли било какав разлог да претпоставимо да је ово упозорење упућено 14 државама чланицама од којих се састојала Скупштина Савета Европе у то време, од мањег значаја од данашње Европе од 46 нација?

Жао ми је што је закључак који је усвојила већина укључивао ауторитативну подршку Суда снажном оправдању која се, чак и данас, чини у корист „државног разлога“. „Државни разлог“ има мало времена за право, још мање за „владавину права“ које човек једва може да разуме ако нема могућност приступа суду (видети *Golder против Уједињеног Краљевства*, пресуда од 21. фебруара 1975. године, Серја А бр. 18, стр. 17, § 35; и са истим дејством у односу на италијански правни систем, пресуду Уставног суда бр. 26, 1999).

Касациони суд је навео у овом случају: „... заштићени појединачни интереси нису никаква препрека за извршење функција политичке природе“. Политичке функције и појединачна права не могу, према томе, да ко-егзистирају, јер никаква права не могу да се полажу у вези са политичким деловањима. Ово је прилично слаба изјава, изјава која је несагласна Конвенцији и у најмању руку сумњива унутар домаћег права, као што се одражава у односним одредбама

² Сабрано издање „Travaux Preparatoires“ (Припремних радова), Књига И, стр. 41, Martinus Nijhoff, Haag, 1975

Устава (видети тачку 20 пресуде), у чињеници да је обим члана 31 Уредбе бр. 1024 из 1924. године ограничен искључиво на административни суд са овлашћењем ревизије (*Consiglio do Stato*) и у недостатку било ког примера међу одлукама Касационог суда цитираним од стране Владе о ситуацији која је упоредива са овом која је постигнута у садашњем случају (видети пасус 100 пресуде). Заиста, сам Суд је рекао да су подносиоци представке имали, у најмању руку на оспоривим основама, тужбени захтев по домаћем праву, због чега је пресуђено да је члан 6 примењив (видети тачку 101 пресуде).

Исто тако примењујем да Касациони суд није специфично навео – иако је истина да је разлика донекле вештачка у конкретном случају – да ли сматра да постоји „имунитет од одговорности“ или „имунитет од судског поступка“ (видети тачку 96 пресуде).

Заједно са туженом Владом и Британском владом, већина (видети тачку 115 пресуде) се позвала на случај *Z и други против Уједињеног Краљевства* (GC), бр. 29392/95, § 93, ECHR 2001 – В), у коме је Суд закључио да иако чињенице и меритум случаја нису испитани, степен приступа суду који је дат подносиоцима представке је био довољан да задовољи захтеве члана 6. Подносиоци представке су тражили да убеди судове да прошире обим права на накнаду штете изван онога што је претходно било прихваћено. Аргументи страна су саслушани на сваком од разних нивоа надлежности кроз које је случај прошао и исцрпно су наведени у коначној пресуди. Међутим, стање у овом садашњем случају је било сасвим супротно. Иако је подносиоцима представке дат приступ италијанским судовима, то је било само да им се каже да ни грађански судови, ни било који други италијански суд нема надлежност да разматра случај. Тиме је Касациони суд ограничио за све практичне сврхе обим општег права одштете који је садржан у члану 2043 Грађанског законика. Надаље, за разлику од домаћих судова у *Z и други*, није избалансирао супротстављене интересе који су у игри и није начинио никакав покушај да објасни зашто у специфичним околностима случаја подносилаца представке чињеница да је оспоравани акт био политичке природе треба да однесе превагу над грађанском тужбом.

Лако се види како дискрециона – понекад у потпуности дискрециона – природа политичких или владиних аката може да доведе до искључења било ког права у циљу њиховог оспоравања. Из ове перспективе, ово искључење може да буде оправдано природом функције која је извршена од стране Владе и потребе да се заштити слобода политичке одлуке. Нису само области као што су спољни послови, народна одбрана и општа безбедност оне области на које се односи ово искључење. Међутим, да би био сагласан са принципом владавине права и њему нераздвојном праву приступа судовима, јасно

је да обим овог искључења не може да се протеже изван граница које су прописане правним правилима која регулишу и ограничавају примењивање односних владиних функција (акт Владе). Горе поменути легитимни циљ не може да иде изван обима дискреције коју државна власт има право да примењује у оквиру ограничења која намеће право. У предметном случају, подносиоци представке су у домаћим судовима тврдили да су активности италијанских власти прекршиле правила националног права и међународног обичајног права о оружаним сукобима. Чинећи то, они су поставили питање граница које треба поставити на појам „ државног разлога“ ослобођеног од било какве судске контроле. Ради се о великој забринутости што ни Касациони суд ни Суд нису дали никакву дефиницију о томе шта може да буде квалификовано као „акт Владе“ или „ политички акт“ (што нису идентични појмови) или шта би ограничења таквих аката могла да буду. Било који акт државне власти ће, директно или индиректно, бити резултат политичке одлуке, било да је општи или специфичан по садржају. Међутим, по мом мишљењу, зато што је превише нејасан и превише уопштен концепт, формула „функције политичке природе“ искључује било каква „ прећутна ограничења“ на право приступа суду. У ставу 113 пресуде, Суд тежи да ограничи обим принципа који је прихватио примењујући да се одлука Касационог суда: „ односила само на један аспект права да се поднесе тужба против државе, а то је право да се захтева одштета због акта владе који се односи на вођење рата“. Међутим, одлука Касационог суда, која је по мишљењу Суда задовољила захтеве Конвенције, заснивала се само на политичкој природи оспораваног акта (видети став 106 пресуде). Није ни јасно како и зашто разлика може да се повуче између политичких аката рата и других облика политичких аката у сврху одлучивања да ли треба да се допусти приступ суду.

У доношењу свог закључка, Касациони суд је одабрао да занемари природу судских поступака које су покренули подносиоци представке: ти судски поступци се нису директно односили на учешће Италије у оружаном сукобу као чланице НАТО-а и њихов циљ није био да се акт Владе стави по страни. Њихов циљ је једноставно био да се добије одштета за удаљене последице политичких аката који су у питању, последице које су биле чисто потенцијалне и које нису биле повезане са циљем тих аката. Упркос општој природи права из члана 2043 италијанског Грађанског законика, Касациони суд је на крају одбио да прихвати да је било који италијански суд имао надлежност да разматра тужбене захтеве подносилаца представке на основу домаћег права, искључиво зато што је одлука да се учествује у горе наведеним војним операцијама била политичке природе. Касациони суд је стога отишао даље од било ког легитимног циља који оправдава доктрину политичког акта и далеко изван граница пропорционалности.

Могу да разумем зашто би државе тежиле да се заштите од претњи законским тужбама као у предметном случају. Међутим, жалим што је већина у Суду прихватила решење које задаје ударац самим темељима Конвенције.