



**Национални програм за Републику Србију IPA 2013
Финансира Европска унија**

**Заштита и унапређење имовинских права
интерно расељених лица, избеглица и
повратника на основу споразума о
реадмисији**

Уговор бр. 48-00-133/2014-28

Тематски извештај на тему „Приступ правди“

Немања Илић, експерт



Овај пројекат финансира
Европска унија



Овај Пројекат спроводи Европска консалтинг група у
сарадњи са Human Dynamics, IBC и PDC Србија



САДРЖАЈ

1.	УВОД	1
1.1	ПРИСТУП ПРАВДИ У ПРАВНОМ СИСТЕМУ ПИС: МАТЕРИЈАЛНИ АСПЕКТИ	1
1.2	ПРОЦЕДУРАЛНИ АСПЕКТИ: (НЕ)МОГУЋНОСТ КОРИШЋЕЊА ПРАВНИХ СРЕДСТАВА ВАН СИСТЕМА ПИС	3
2.	ПРАВНА ТЕОРИЈА И ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА РЕЛЕВАНТНА ЗА СЛУЧАЈЕВЕ КРШЕЊА ПРАВА ИЗ ЕВРОПСКЕ ПОВЕЉЕ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА НА АП КИМ	5
2.1	БЕНРАМИ АНД БЕНРАМИ v. FRANCE АНД САРАМАТИ v. FRANCE, GERMANY АНД NORWAY	5
3.	МОГУЋНОСТ ПРИСТУПА ЕСЉП У СЛУЧАЈЕВИМА КРШЕЊА ПРАВА ИЗ ЕКЉП НА АП КИМ	14
3.1	RATIONE MATERIAE/RATIONE PERSONAE (МАТЕРИЈАЛНИ И ПЕРСОНАЛНИ ОКВИР).....	14
3.2	RATIONE TEMPORIS (ВРЕМЕНСКИ ОКВИР)	15
4.	ПРАВНА ПОМОЋ И ПРИСТУП ПРАВДИ - ЗАКЉУЧЦИ И ПРЕПОРУКЕ	16



1. УВОД

1.1 ПРИСТУП ПРАВДИ У ПРАВНОМ СИСТЕМУ ПИС: МАТЕРИЈАЛНИ АСПЕКТИ

У материјално-правном смислу, правни систем привремених институција самоуправе са седиштем у Приштини (у даљем тексту: „ПИС“) је заснован на директној примени међународних споразума и инструмената наведених у члану 22. Устава ПИС¹, и то:

- Универзалне декларације о људским правима;
- Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода са протоколима (у даљем тексту: „ЕКЉП“);
- Међународног пакта о грађанским и политичким правима са протоколима;
- Оквирне конвенције Савета Европе о заштити националних мањина;
- Конвенције о елиминацији свих облика расне дискриминације;
- Конвенције о елиминацији свих форми дискриминације жена;
- Конвенције о правима детета;
- Конвенције против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих казни или поступака.

Ови акти у складу са Уставом ПИС имају примат над законима и другим прописима ПИС, и права и слободе која су кодификована у њима су заштићена и самим Уставом ПИС, чему је посвећено његово Поглавље 2.

У погледу корпуса права и слобода које се уобичајено обухватају појмом приступа правди (*access to justice*)², она се у Уставу ПИС могу наћи у члановима 31. (Право на правично и непристрасно суђење), 32. (Право на правни лек) и 54. (Судска заштита права):

- *Article 31 [Right to Fair and Impartial Trial]*
- Члан 31 (Право на правично и непристрасно суђење)

1. Everyone shall be guaranteed equal protection of rights in the proceedings before courts, other state authorities and holders of public powers.

1. Свакоме се гарантује једнака заштита права у поступку пред судовима, другим државним органима и носиоцима јавних овлашћења.

2. *Everyone is entitled to a fair and impartial public hearing as to the determination of one's rights and obligations or as to any criminal charges within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.*

¹ Устав ПИС је доступан на сајту Скупштине ПИС:

<http://www.kushtetutakosoves.info/repository/docs/Constitution.of.the.Republic.of.Kosovo.pdf>.

² Погледати, примера ради, како се овај појам дефинише од стране релевантних тела или механизма ОУН и ЕУ:

<https://www.un.org/ruleoflaw/thematic-areas/access-to-justice-and-rule-of-law-institutions/access-to-justice/> или <http://fra.europa.eu/en/theme/access-justice>.



2. Свако има право на правичну и непристрасну јавну расправу у погледу утврђивања (одређивања) својих права и обавеза као и у погледу кривичних оптужби, у разумном року од стране независног и непристрасног суда установљеног законом.

3. *Trials shall be open to the public except in limited circumstances in which the court determines that in the interest of justice the public or the media should be excluded because their presence would endanger public order, national security, the interests of minors or the privacy of parties in the process in accordance with law.*

3. Суђења ће бити отворена за јавност осим у ограниченим околностима у којима суд утврди да у интересу правде, јавност и медије треба искључити, јер би њихово присуство могло да угрози јавни ред, националну безбедност, интересе малолетника или приватност странака у поступку у складу са законом.

4. *Everyone charged with a criminal offense has the right to examine witnesses and to obtain the obligatory attendance of witnesses, experts and other persons who may clarify the evidence.*

4. Свако ко се терети за кривично дело има право да испитује сведоке и да захтева обавезно присуство сведока, вештака и других лица, чије присуство може бити значајно за разјашњење доказа.

5. *Everyone charged with a criminal offense is presumed innocent until proven guilty according to law.*

5. Свако ко се терети за кривично дело се сматра невиним док се не докаже његова кривица у складу са законом.

6. *Free legal assistance shall be provided to those without sufficient financial means if such assistance is necessary to ensure effective access to justice.*

6. Бесплатна правна помоћ се обезбеђује онима без довољних финансијских средстава ако је таква помоћ неопходна како би се обезбедио ефикасан приступ правди.

7. *Judicial proceedings involving minors shall be regulated by law respecting special rules and procedures for juveniles.*

7. Судски поступци који укључују малолетнике биће регулисани законом, поштујући посебна правила и поступке за малолетнике.

- *Article 32 [Right to Legal Remedies]*
- Члан 32 (Право на правне лекове)

Every person has the right to pursue legal remedies against judicial and administrative decisions which infringe on his/her rights or interests, in the manner provided by law.

Свако лице има право на правне лекове против судских и управних одлука, које повређују његова/њена права или интересе, на начин прописан законом.

- *Article 54 [Judicial Protection of Rights]*
- Члан 54 (Судска заштита права)

Everyone enjoys the right of judicial protection if any right guaranteed by this Constitution or by law has been violated or denied and has the right to an effective legal remedy if found that such right has been violated.



Свако има право на судску заштиту ако је било које право загарантовано овим Уставом или законом повређено или ускраћено и има право на ефективан (делотворан) правни лек ако се утврди да је то право повређено.

У ширем смислу, поједина права загарантована припадницима тзв. заједница и њихових чланова, која су дефинисана у Поглављу 3. Устава ПИС се такође могу посматрати као део овог корпуса, пре свега у делу у ком се гарантује заштита ових права односно лица од стране ПИС.

У том смислу, посебно треба скренути пажњу на одредбе чл. 58. ст 3. и 4. Устава ПИС-а.

Мишљења смо да, у случају да приступ међународној правди није могућ, ове одредбе могу да послуже као основ за политички захтев да се формира посебан судски механизам у правном систему ПИС, по угледу на Специјализована већа и Специјализовано тужилаштво ПИС. Такав механизам би имао за циљ да се припадницима тзв. заједница омогући поновно разматрање њихових захтева о којима су претходно одлучивале друге судске instance ПИС, као и адекватна компензација, у складу са стандардима ЕКЉП (коју би тај механизам директно примењивао).

Имајући у виду аналогију са Специјализованим већима и Специјализованим тужилашвом, формирању оваквог механизма би морала да претходи одговарајућа међународна иницијатива, чији би крајњи резултат био одговарајући акт Савета Европе, чиме би се додатно учврстила органска веза између таквог механизма и ЕКЉП. Отворено је питање да ли би формирању оваквог механизма морала де претходи измена Устава ПИС у делу који уређује судску власт, мада се на први поглед чини да то не би нужно морао бити случај, с обзиром да друге примере попут Специјалне коморе Врховног суда ПИС.

1.2 ПРОЦЕДУРАЛНИ АСПЕКТИ: (НЕ)МОГУЋНОСТ КОРИШЋЕЊА ПРАВНИХ СРЕДСТАВА ВАН СИСТЕМА ПИС

У процесно-правном смислу, Устав ПИС познаје више облика судске заштите, која се ефективно своди на заштиту пред редовним судовима (Поглавље 7), као и пред Уставним судом ПИС (Поглавље 8).

У погледу редовних судова, Устав ПИС препознаје вишестепеност судске заштите, са Врховним судом ПИС као највишом инстанцом (чл. 103). С друге стране, Устав ПИС у чл. 113. став 7. препознаје институт уставне жалбе, коју свако лице може поднети Уставном суду ПИС у случају кршења њихових права и слобода гарантованих Уставом ПИС од стране ПИС, под условом да су претходно исцрпљена сва законом предвиђена средства. У том смислу, лице чија су права загарантована неким од међународних споразума или инструмената из чл. 22. Устава ПИС, односно самим Уставом ПИС, повређена, свој пут ка правди унутар система ПИС ефективно може завршити пред Уставним судом ПИС.

Коришћење правних средстава ван система ПИС, а која се уобичајено могу користити у оваквим случајевима, као што је нпр. тужба пред Европским судом за људска права (у даљем тексту: „ЕСЉП“) услед повреде неког од права загарантованих ЕКЉП, тренутно није могуће, услед тога што ПИС није чланица Савета Европе, нити ЕКЉП садржи одговарајући процесни механизам који би то омогућио нечланици. Једини вид поступка који је у одређеним случајевима било могуће водити у вези с оваквим повредама права, а који пак нема елементе



судске заштите, је био поступак пред Саветодавним панелом за људска права УНМИК³, који је притом престао да ради у јулу 2016. године. Слично је и са Комисијом за ревизију људских права ЕУ, која на исти начин прати мандат ЕУЛЕКС⁴, и чији ће мандат самим тим престати кад и мандат ЕУЛЕКС.

Како је тужба ЕСЉП најзаступљенији вид заштите индивидуалних права ван територијалних правних система⁵, овај извештај ће се фокусирати на могућности њеног подношења у вези са кршењем права заштићених ЕКЉП и Уставом ПИС на територији Аутономне покрајине Косово и Метохија (у даљем тексту: „АП КиМ“), посебно с обзиром на то да други међународни инструменти чија примена долази у обзир, попут Оквирне конвенције Савета Европе о заштити националних мањина, не познају одговарајуће процесне механизме који би се могли подвести под појам приступа правди.

³ Саветодавни панел за људска права УНМИК је био посебан орган УНМИК који није био судски, већ би се пре могао назвати квази-судским. Суштински, он је био покушај УНМИК да опере своју савест у случајевима тешких кршења људских права где није пружена благовремена и адекватна правна заштита. Формално, функционисао је тако што би доносио мишљења, која би Специјални представник генералног секретара ОУН, формално на челу УНМИК, примао к знању, и давао одређене препоруке. Иако није доносио ауторитативне одлуке, ипак је поседовао одговарајући ауторитет и легитимитет.

⁴ Комисија за ревизију људских права је такође квази-судски орган ЕУ, који је пандан Саветодавном панелу за људска права, и у том смислу доноси одлуке којима даје одговарајуће препоруке шефу мисије ЕУЛЕКС.

⁵ Погледати статистике доступне на сајту ЕСЉП: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports>.



2. ПРАВНА ТЕОРИЈА И ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА РЕЛЕВАНТНА ЗА СЛУЧАЈЕВЕ КРШЕЊА ПРАВА ИЗ ЕВРОПСКЕ ПОВЕЉЕ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА НА АП КиМ

2.1 BEHRAMI AND BEHRAMI v. FRANCE AND SARAMATI v. FRANCE, GERMANY AND NORWAY

Ова два придружена случаја се тичу ситуација у којима су права Албанаца са КиМ повређена од стране међународних мисија присутних на АП КиМ у складу са Резолуцијом 1244 Савета безбедности ОУН, те су та лица тужила државе чије су јединице у саставу тих међународних мисија биле одговорне у зонама у којима су се те повреде десиле.

У случају Бехрами, радило се о два албанска дечака из породице Бехрами, од којих је један погинуо, а други ослепео, приликом детонирања касетне бомбе у Косовској Митровици (заостале после НАТО агресије на СР Југославију 1999. године) током 2000. године, што је била зона одговорности француских јединица у саставу КФОР.

У случају Сарамати, радило се о Албанцу који је приведен због нелегалног поседовања оружја у Призрену 20001. Године, што је била зона одговорности немачких јединица у саставу КФОР, али је заповедник у том тренутку био Норвежанин.

Суштински аргумент суда у овој одлуци је да се радње којима су повређена права Бехрамија и Сараматија могу приписати мисијама УН и НАТО тј. УНМИК-у и КФОР-у, те да се у том смислу, услед раздвојеног правног субјективитета тих међународних организација и њихових држава чланица, државе чланице не могу тужити пред ЕСЉП за повреде права загарантованих ЕКЉП од стране међународних организација чије су чланице:

149. In the present case, Chapter VII allowed the UNSC to adopt coercive measures in reaction to an identified conflict considered to threaten peace, namely UNSC Resolution 1244 establishing UNMIK and KFOR.

Since operations established by UNSC Resolutions under Chapter VII of the UN Charter are fundamental to the mission of the UN to secure international peace and security and since they rely for their effectiveness on support from member states, the Convention cannot be interpreted in a manner which would subject the acts and omissions of Contracting Parties which are covered by UNSC Resolutions and occur prior to or in the course of such missions, to the scrutiny of the Court. To do so would be to interfere with the fulfilment of the UN's key mission in this field including, as argued by certain parties, with the effective conduct of its operations. It would also be tantamount to imposing conditions on the implementation of a UNSC Resolution which were not provided for in the text of the Resolution itself. This reasoning equally applies to voluntary acts of the respondent States such as the vote of a permanent member of the UNSC in favour of the relevant Chapter VII Resolution and the contribution of troops to the security mission: such acts may not have amounted to obligations flowing from membership of the UN but they remained crucial to the effective fulfilment by the UNSC of its Chapter VII mandate and, consequently, by the UN of its imperative peace and security aim.

149. У садашњем случају, Поглавље VII допуштало је Савету за безбедност Уједињених Нација (у даљем тексту UNSC) да усвоји мере принуде у реакцији на идентификовани сукоб који се



сматра претњама за мир, који је и усвојио Резолуцију UNSC 1244 о успостављању Мировних снага УН на Косову (УНМИК-а) и Мировних снага НАТО (КФОР)

Пошто су операције које су успостављене резолуцијама у складу са Поглављем VII Повеље УН фундаменталне за мисију UNSC да осигурају међународни мир и сигурност и пошто се ослањају на њихову ефикасност на подршку држава чланица, Конвенција се не може тумачити на начин који подлеже поступцима и пропустима уговорних страна које су обухваћене резолуцијама Савета безбедности Уједињених нација и које се јављају пре или током таквих мисија под надзором суда. Када би то урадили, то би значило уплитање у испуњавање кључне мисије УН у овој области у погледу ефикасног спровођења операција, како су то истицале одређене стране. То би било равно наметању услова за примену Резолуције UNSC, који нису предвиђени текстом саме Резолуције. Ово образложење се једнако односи на добровољне радње тужених држава, као што је и глас сталног члана Савета безбедности УН-а у корист релевантног Поглавља VII Резолуције и доприноса трупа у сигурносној мисији: такви поступци можда нису представљали обавезе које потичу од чланства у УН-у, али су остали кључни за ефикасно испуњавање мандата UNSC из Поглавља VII и сходно томе испуњења њиховог императивног циља мира и сигурности.



150. The applicants argued that the substantive and procedural protection of fundamental rights provided by KFOR was in any event not "equivalent" to that under the Convention within the meaning of the Court's Bosphorus judgment, with the consequence that the presumption of Convention compliance on the part of the respondent States was rebutted.

150. Подносиоци представке су тврдили да материјална и процедурална заштита основних права које пружа КФОР није била у сваком случају "еквивалентна" оној у складу са Конвенцијом у смислу пресуде Суда у случају Bosphorus, што је имало за последицу претпоставку да је Конвенција примењива и на њихов случај, у делу у којем је захтев тужених држава одбијен.

*151. The Court, however, considers that the circumstances of the present cases are essentially different from those with which the Court was concerned in the Bosphorus case. In its judgment in that case, the Court noted that the impugned act (seizure of the applicant's leased aircraft) had been carried out by the respondent State authorities, on its territory and following a decision by one of its Ministers (§ 137 of that judgment). The Court did not therefore consider that any question arose as to its competence, notably *ratione personae*, vis-à-vis the respondent State despite the fact that the source of the impugned seizure was an EC Council Regulation which, in turn, applied a UNSC Resolution. In the present cases, the impugned acts and omissions of KFOR and UNMIK cannot be attributed to the respondent States and, moreover, did not take place on the territory of those States or by virtue of a decision of their authorities. The present cases are therefore clearly distinguishable from the Bosphorus case in terms both of the responsibility of the respondent States under Article 1 and of the Court's competence *ratione personae*.*

Међутим, Суд је сматрао да су околности ових предмета у суштини другачије од оних којима се Суд бавио у случају Bosphorus. У својој пресуди у случају Bosphorus, Суд је констатовао да је оспораван чин (одузимање авиона под закупом подносиоца представке) учињено од стране државних органа тужене на њеној територији и након одлуке једног од њених министара (§ 137 пресуде). Суд стога у случају Bosphorus није сматрао да постоји било какво спорно питање у вези с његовом надлежношћу, нарочито, *ratione personae* према туженој држави, упркос чињеници да је извор заплена била Уредба Европског савета, а која је применила Резолуцију УН-а.

У конкретним случајевима оспорена дела и пропусти КФОР-а и УНМИК-а не могу се приписати туженим државама, јер се нису одвијала на територији тих држава или на основу одлуке њихових власти. Према томе, став суда је био да се садашњи предмети јасно могу разликовати од случаја Bosphorus у погледу одговорности тужених држава према члану 1. и надлежности Суда *ratione personae*.

There exists, in any event, a fundamental distinction between the nature of the international organisation and of the international cooperation with which the Court was there concerned and those in the present cases. As the Court has found above, UNMIK was a subsidiary organ of the UN created under Chapter VII and KFOR was exercising powers lawfully delegated under Chapter VII of the Charter by the UNSC. As such, their actions were directly attributable to the UN, an organisation of universal jurisdiction fulfilling its imperative collective security objective.

*152. In these circumstances, the Court concludes that the applicants' complaints must be declared incompatible *ratione personae* with the provisions of the Convention.*



Постоји, у сваком случају, темељна разлика између природе међународне организације и међународне сарадње које је суд разматрао, а поводом постојећих предмета. Суд је утврдио да је УНМИК био помоћни орган УН-а створен у складу са Поглављем VII, а КФОР је вршио овлашћења која су законито делегирана у складу са Поглављем VII Повеље УН-а. Као такве, њихове акције су директно приписиване УН-у, организацији универзалне јурисдикције која испуњава свој императивни циљ колективне сигурности.

152. У овим околностима Суд закључује да жалбе подносилаца представке морају бити проглашене некомпатибилним *ratione personae* у складу са одредбама Конвенције

Овакво резонување је наишло на многобројне критике у правној теорији⁶:

Overall, whether or not a jurisdictional link existed between the applicants and the respondent States was, as Aurel S a r i correctly notes, a preliminary matter that should have, both in logic and in principle, be addressed before the enquiry into the attributability of the conduct to these States.³⁹ The Court, however, took a different route. It considered that the question raised by the cases was less whether the States concerned exercised extraterritorial jurisdiction in Kosovo but, more centrally, whether it was at all competent to examine those States' contribution to UNMIK and KFOR, as they exercised control over Kosovo.⁴⁰ Its reasoning which eventually led to an inadmissibility decision involved the operation of a con trick known as the Shell Game, in the course of which the pea disappears the quicker the shells are shuffled around. In this exercise, the Court was surrounded by a cheering throng of insiders – troop contributing nations as well as UNMIK. As in the reallife game, the ensuing decision in which responsibility for human rights violations vanished under the skilled hands of the judges gives rise to a heightened sense of anger and disappointment: it confirmed the unavailability of effective remedies against actions of international organizations in a situation in which they undoubtedly exercise effective control over territory and its people.

(...)

The threat that no operations of this kind could ever be mounted in the future if TCNs were told that they would be accountable for the violations of human rights they committed in the course of their military operations abroad was put to the Court in a vigorous manner. ⁷⁸ It appears the Grand Chamber was swayed as it produced the criterion of effectiveness – troop support from member states – which it saw as vital for the implementation of a Chapter VII mandate. In what may permanently deter persons under international mandate from seeking redress, the Grand Chamber held that “the Convention cannot be interpreted in a manner which would subject the acts or omissions of Contracting Parties which are covered by UNSC Resolutions and occur prior to or in the course of such missions, to the scrutiny of the Court. To do so would be to interfere with the fulfilment of the UN’s key mission in this field, including ... with the effective conduct of its operations.” With this statement of political expediency, the Grand Chamber not only achieved its aim of avoiding any further implication in issues of international peace and security. Considering the contemporaneous Opinion of the Lords of Appeal in Al-Skeini that affirmed that the 1998 Human Rights Act applied to acts of UK public authorities abroad as they brought persons within the jurisdiction of the UK for the purposes of Art. 1 ECHR, ⁸⁰ the Behrami and Saramati decision yielded a remarkably asymmetric protection outcome: an Iraqi claimant falling under the effective control of an occupying power by virtue of his detention in a military prison may be more successful in seeking remedies than a Kosovar applicant who is held in custody under an order of a TCN.

⁶ Погледати Bernhard Knoll, *Rights Without Remedies: The European Court’s Failure to Close the Human Rights Gap in Kosovo*, доступно на: http://www.zaoerv.de/68_2008/68_2008_2_a_431_452.pdf.



Све у свему, без обзира да ли постоји веза у погледу надлежности између подносилаца представке и тужених држава, као што је Аурел Сари исправно приметио, прелиминарно питање које је требало бити решено пре испитивања приписивању одговорности тужених држава, како у логици тако и у принципу.

Међутим, Суд је имао другачији пут. Сматрао је да је питање постављено у предметима било мање питање тога да ли су дотичне државе извршиле екстериторијалну надлежност на Косову, већ се суд више базирао на то, да ли је уопште био надлежан да испита допринос тих држава поступању УНМИК-а и КФОР-а, пошто су вршили контролу над Косовом. 40 Резоновање суда које је на крају довело до одлуке о неприхватљивости захтева, укључивало је операцију попут оне у игри „шибицарења“ (Shell Game), током које, што се кутије брже померају, кликер брже нестаје из видокруга. У овој ситуацији, подршку суду је дала гомила „грлатих“ инсајдера којом је суд био окружен – и то држава које су учествовале у спорним догађањима, као и сам УНМИК. Као и у стварној игри „шибицарења“, суштинска одлука о одговорности за кршења људских права је нестала под вештим рукама судија, доводећи до појачаног осећаја љутње и разочарења: одлука је само потврдила недоступност ефикасних правних лекова против акција међународних организација у ситуацији у којима несумњиво врше ефективну контролу над територијом и њеним људима.

Претња да ниједна операција овакве врсте у будућности не би могла бити спроведена уколико би TCN било речено да ће бити одговорни за кршења људских права која су починили током својих војних операција у иностранству, било је постављено Суду на снажан начин.

Изгледа да је Велико веће имало замагљен поглед, јер је произвело критеријум ефикасности - подршке војним снагама државама чланица - што је оно оценило као кључну за примену мандата из Поглавља VII. Овакав став може трајно спречити/обесхрабрити лица под међународним мандатом од тражења накнаде, а Велико веће је закључило да "Конвенција не може бити тумачена на начин који би угрозио радње или пропусте уговорних страна које су обухваћене резолуцијама UNSC и које се јављају пре или током таквих мисија, те омогућити активан надзор Суда. То би значило мешање суда у испуњавање кључне мисије УН у овој области, укључујући ефикасно обављање својих операција." Са овом изјавом о политичкој оправданости, Велико веће не само да је постигло свој циљ избегавања даљег мешања/импликације у питања међународног мира и сигурности.

Међутим, ако узмемо у обзир истовремено мишљење апелационог суда у случају Ал-Скеини, које је потврдило да се Закон о људским правима из 1998. године примењује у Великој Британији и на поступке јавних власти у иностранству, јер су ти поступци довели до тога да лица дођу под надлежност Уједињеног Краљевства у смислу чл. 1 ЕКЉП, 80 одлука Бехрами и Сарамати дала је изузетно асиметрични резултат заштите: ирачки подносилац захтева који потпада под ефективну контролу окупацијских снага на основу свог заточеништва у војном затвору, може бити успешнији у тражењу правних лекова и заштити својих права, од косовског апликанта који је одржан у притвору по налогу ТЦН-а.



Међутим, ЕСЉП се држао овог случаја у низу каснијих одлука, иако околности случаја нису увек биле идентичне нпр. у случајевима везаним за агресију на Ирак, где није постојао правни основ у резолуцијама Савета безбедности ОУН еквивалентан Резолуцији 1244⁷.

Оваква пракса ЕСЉП је потврдила јурисдикциони вакуум који постоји ван правног система ПИС, с обзиром да су, с друге стране, међународне мисије и пред националним судовима биле заштићене од одговорности за своје радње почињене током мандата на АП КиМ. Још један пример, посебно значајан с обзиром на карактер приватизације која се спроводи(ла) од стране ПИС, је пресуда суда у Њујорку у случају Wood Industries v. Kosovo Trust Agency⁸, а поводом незаконитих радњи ПИС у вези са приватизацијом у којој је оштећено привредно друштво из САД.

Упркос оваквој пракси ЕСЉП, у стручној јавности постоји разумевање да је преседан успостављен у случају Бехрамија и Сараматија превазиђен, те да се више не сматра добром праксом⁹:

Despite the attempts by the ECtHR to pay lip-service to Behrami by distinguishing it on the facts, the practical result of Al-Jedda is that Behrami should no longer be considered 'good law' when it comes to attribution of conduct during UN-authorized peace support operations. This is a major development, given that Behrami was almost universally criticised by legal commentators for being wrong both as a matter of law and as a matter of policy.⁹

Упркос покушајима ЕСЉП-а да да на значају случају Бехрами тако што ће га разликовати по основу чињеничног стања од других случајева, практични резултат случаја Ал-Једда јесте да се случај Бехрами више не би требало сматрати "добром праксом" када је у питању процена понашања током операција подршке миру, овлашћених од стране УН-а. Ово је велики развој, с обзиром на то да је Бехрами скоро универзално био критикован од стране правних стручњака због тога што није био исправан, ни у погледу питања права, ни у погледу питања политике.⁹

Наставно на овакав став у стручној јавности, постоји низ каснијих случајева у којима се то потврдило¹⁰, али не у вези са ситуацијом на АП КиМ. У том смислу, може се рећи да овај преседан тек треба да се превазиђе у вези са случајевима на АП КиМ кроз коришћење нове аргументације, која ће бити детаљно разрађена у наредном одељку.

⁷ Погледати пре свега случајеве *Al Skeini v United Kingdom*, доступан на:

<http://www.refworld.org/pdfid/4e2545502.pdf>, и

Al Jedda v United Kingdom, доступан на:

[https://www.law.umich.edu/facultyhome/drwcasebook/Documents/Documents/14.6 Al-Jedda%202011%20ECHR.pdf](https://www.law.umich.edu/facultyhome/drwcasebook/Documents/Documents/14.6%20Al-Jedda%202011%20ECHR.pdf).

⁸ Пресуда је доступна на: <http://blogs.kentlaw.iit.edu/perrittcivpro/files/2016/07/Wood-v.-UN-Complaint.pdf>.

⁹ Погледати Francesco Messineo, *Things Could Only Get Better: Al-Jedda Beyond Behrami*, доступан на:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1960715.

¹⁰ Погледати пре свега случајеве *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council of the*

European Union and Commission of the European Communities, доступан на: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A62005CJ0402>, и *Nada v Switzerland*, доступан на:

<https://www.law.umich.edu/facultyhome/drwcasebook/Documents/Documents/14.7 CASE%20OF%20NADA%20v.%20SWITZERLAND.pdf>.



Основни (контра)аргумент би требало да буде концепт двоструке одговорности међународне организације и државе чланице, с тим да се у постојећој јуриспруденцији разлика прави пре свега у погледу трајања или других ограничења мандата међународне мисије, услед чега је ефективну контролу над јединицама преузела држава чланица (нпр. случајеви везани за одговорност холандских снага у Сребреници¹¹):

"... the court adopts as 0 starting point that the possibility that more than one party has 'effective control' is generally accepted which means that it cannot be ruled out that the application of this criterion results in the possibility of attribution to more than one party. For this reason the Court will only examine if the State exercised 'effective control' over the alleged conduct and will not answer the question whether the UN also had effective control".

"... суд усваја као полазну основу могућност да постоји више од једне стране која може имати "ефективну контролу", као општеприхваћен институт, што значи да се то не може искључити, а примена овог критеријума резултује могућношћу опредељивања више од једне стране. Због тога ће Суд само испитати да ли је држава извршила "ефективну контролу" над наводним понашањем и неће одговорити на питање да ли је УН такође евентуално имао ефикасну контролу".

Овакав став је потврђен и у стручној јавности¹², те се у том смислу може сматрати валидном теоријском конструкцијом:

*The choice for the criterion of effective control, in the way construed by the Court, implies that, in the words of the Court
'it cannot be ruled out that the application of this criterion results in the possibility of attribution to more than one party.'
(...)*

Избор критеријума ефективне контроле, на начин који је Суд тумачио, према речима Суда подразумева да се "Не може искључити да примена овог критеријума резултира могућношћу постојања више од једне стране."

The Court's observation that the possibility of dual attribution is 'generally accepted may be somewhat of an overstatement. Though the possibility of dual attribution has indeed been acknowledged in legal scholarship, and also the ILC recognized the possibility of dual attribution, the proper basis for such dual attribution is not well established. Indeed, the definition of effective control given by the ILC makes it unclear whether there can be dual attribution if one of the actors involved exercises effective control. The ILC emphasized 'the factual control that is

¹¹ Погледати пре свега случајеве *Mothers of Srebrenica v Netherlands*, доступан на:

<http://www.internationalcrimesdatabase.org/case/769/mothers-of-srebrenica-v-the-netherlands-and-the-un/>, *Mustafic-Mujic v Netherlands*, доступан на: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=003-5494500-6902015&filename=Decision%20Mustafic-Mujic%20and%20Others%20v.%20the%20Netherlands%20-%20claim%20that%20Netherlands%20peacekeepers%20at%20Srebrenica%20should%20have%20been%20prosecuted.pdf>,

и *The State of the Netherlands v. Hasan Nuhanović*, доступан на:

<http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/1005/The-Netherlands-v-Nuhanovi%C4%87/>.

¹² Погледати Andre Nollkaemper, *Dual Attribution: Liability of the Netherlands for Conduct of Dutchbat in Srebrenica*, доступан на: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1933719.



exercised over the specific conduct taken by the organ or agent placed at the receiving organization's disposal',⁴⁶ and the question is whether and in what cases such factual control over specific conduct can be exercised simultaneously by two actors.

Запажање Суда да је могућност двојног приписивања одговорности "генерално прихваћено" може ипак бити прејака изјава. Иако је могућност двојног приписивања одговорности заиста призната у правној науци, те да је такође ILC препознао могућност двојног приписивања одговорности, мора се констатовати да ваљана основа за такво двојно приписивање одговорности није широко распрострањено или прихваћено. Заиста, дефиниција ефективне контроле коју даје ILC је нејасна у смислу да ли може бити двојне одговорности ако се за једног од учесника везује вршење ефективне контроле. ILC је нагласио да је "ефективна контрола она контрола која се врши над одређеним радњама од стране тела или агента који се налази на располагању организацији", а питање је да ли и у којим случајевима је то и ефективна контрола над одређеним радњама коју могу истовремено вршити два учесника.

Moreover, practice has provided little support of a general acceptance of dual attribution. The case-law of the ECtHR, notably the Behrami, judgment, points in a different direction. The ECtHR may have come back somewhat from that decision in the Al-Jedda judgment, rendered two days after the Nuhanović decision, which may be interpreted as recognizing the possibility of dual attribution. In examining whether conduct of the Multi-National Force in Iraq could be attributed to the United Kingdom, the Court did not consider that 'as a result of the authorization contained in Resolution 1511, the acts of soldiers within the Multi-National Force became attributable to the United Nations or - more importantly, for the purposes of the case - ceased to be attributable to the troop-contributing nations'. The Court did not state that in case these acts were to be attributed to the UN, they would cease to be attributable to the troop-contributing states, and in that respect it may not have excluded the possibility of dual attribution, as it did quite explicitly in Behrami. However, the fact that the Court eventually based (part of) its finding on attribution on both the criterion of effective control and that of 'ultimate authority and control' may speak against this interpretation. Whereas it may be possible that more than one actor has effective control over acts of someone else (effective control, certainly as interpreted by the Court of Appeals in the present decision, does not need to be exclusive control), it is more difficult to see that two different actors could both have 'ultimate' control.

Штавише, пракса је пружила слабу подршку по питању општег прихватања двојног приписивања одговорности. Судска пракса Европског суда за људска права, нарочито пресуда Behrami, указује на другачије схватање. Европски суд за људска права можда се вратио донекле овом ставу у одлуци из пресуде Al-Jedda, која је изречена два дана након одлуке у случају Нухановића, која се може тумачити као препознавање могућности двојне одговорности. У испитивању да ли се понашање Мултинационалних снага у Ираку може приписати Уједињеном Краљевству, Суд није сматрао да је "то резултат овлашћења садржаних у чл. 1511 Резолуције којим су војници послати унутар Мултинационалних снага и које снаге се могу прихватити као снаге Уједињених нација, или што је још важније, суд није навео да уколико се ове радње могу приписати у одговорност Уједињених Нација, онда престаје могућност да се исте радње припишу у одговорност држави која шаље војнике. У том погледу, овај случај није експлицитно искључио могућност двојне одговорности, као што је то



експлицитно учињено у случају Behrami. Међутим, чињеница да је Суд коначно донео свој закључак о приписивању одговорности на основу критеријума ефикасне контроле, тако и

"крајње власти и контроле" може се говорити против овог тумачења. Будући да је донекле могуће да више од једног учесника има ефективну контролу над радњама неког другог (ефективна контрола, свакако као што је тумачи Апелациони суд у овој одлуци, не мора бити ексклузивна контрола), теже је предвидети ситуацију да би два различита учесника могла истовремено да имају "коначну/ултимативну" контролу.

The Court of Appeals thus deviated from the approach of the ECtHR, and held, based on its combined construction of normative and factual control, that it is well possible that one and the same act is attributed both to the UN and to the Netherlands. In view of its finding on the possibility of dual attribution, the Court of Appeal could leave aside the question whether the United Nations possessed effective control,⁵³ and proceeded to examine whether the Netherlands had exercised effective control over the disputed action. That it could do so follows from the individual nature of attribution. In such a case of possible dual attribution, the question whether an act can indeed be attributed to the UN would not affect its attribution to the Netherlands.

Апелациони суд је тако одступио од приступа Европског суда за људска права и задржао став о комбинованој конструкцији нормативне и чињеничне контроле, да је тако могуће да се један исти чин приписује у одговорност и УН-у и у одговорност Холандије, која је вршила ефективну контролу. У погледу налажења могућности прихватања двојне одговорности, Апелациони суд би могао да питање, да ли су Уједињене Нације имале ефективну контролу остави са стране, и настави испитивати да ли је Холандија вршила ефективну контролу спорне акције. Да то може учинити, произлази из индивидуалне природе приписивања одговорности. У таквом случају могућег двојног приписивања одговорности, питање да ли је једну радњу могуће приписати у одговорност Уједињеним нацијама, не би утицало на могућност његовог приписивања и у одговорност Холандији.



3. МОГУЋНОСТ ПРИСТУПА ЕСЉП У СЛУЧАЈЕВИМА КРШЕЊА ПРАВА ИЗ ЕКЉП НА АП КиМ

Имајући у виду околности случаја Бехрамија и Сараматија, могућност приступа ЕСЉП је вишеструко ограничена, и могућа је само у случајевима који испуњавају одређене услове, који ће бити елаборирани *ratione materiae*, *ratione personae* и *ratione temporis* (према материји, лицима и времену).

3.1 RATIONE MATERIAE/RATIONE PERSONAE (МАТЕРИЈАЛНИ И ПЕРСОНАЛНИ ОКВИР)

У овом погледу, у обзир долазе само случајеви где су околности такве да је:

- Повређено одређено право гарантовано ЕКЉП и уставом ПИС;
- Повреда тог права учињена од стране међународних мисија присутних на КиМ у складу са Резолуцијом 1244 Савета безбедности ОУН, дакле УНМИК или КФОР, њиховим чињењем или нечињењем. Чини се да повреде учињене од стране ЕУЛЕКС не би могле да буду заштићене на овај начин, с обзиром на то како је формализован мандат ЕУЛЕКС¹³;
- Повреда учињена у зони одговорности државе чланице Савета Европе у саставу неке од наведених међународних мисија, односно у режиму одговорности надлежног лица које је држављанин државе чланице Савета Европе;
- Погођено лице искористило сва правна средства расположива у правном систему ПИС, закључно са уставном жалбом уколико су за њено подношење били испуњени услови.

Имајући у виду значај који има концепт двоструке одговорности, а који је посебно изражен у ванредним ситуацијама кршења људских права у којима бивају покидани уобичајени ланци командовања, пожељно је да се ради о случају који се десио било у првим данима мандата међународних мисија (јун-јул 1999. године), било 17.-18. марта 2004. године, када је долазило до насиља над српским становништвом АП КиМ широких размера, односно када међународне мисије нису имале потпуну контролу на терену.

Коначно, имајући у виду праксу Саветодавног панела за људска права, пожељно је, али не и неопходно, да у вези са конкретним кршењем права од стране УНМИК постоји и одлука овог панела, којом се признаје и потврђује да је УНМИК учинио пропуст у вршењу својих надлежности.

¹³ Мандат ЕУЛЕКС је формализован низом аката органа ЕУ, а не резолуцијом Савета безбедности ОУН, иако формално ЕУЛЕКС поступа, као се и у наведеним актима наводи, „у оквиру Резолуције 1244“. Кључна разлика је у томе што се у релевантној јуриспруденцији одговорност међународних мисија изводи из аката органа ОУН донетих на основу Повеље ОУН, којима је формулисан мандат тих мисија. Колико нам је познато, не постоје случајеви где су ЕУЛЕКС, односно државе-чланице ЕУ, били тужени на начин на који је то био случај са УНМИК и КФОР, односно њиховим државама-чланицама, што је можда и последица тога што је његов мандат почео 2008. године када више није било случајева масовног кршења људских права у обиму у ком се то дешавало 1999-2004. године.



3.2 RATIONE TEMPORIS (ВРЕМЕНСКИ ОКВИР)

У овом погледу, у обзир долазе само случајеви у периоду 1999. – 2008. године за одговорност УНМИК, с обзиром на смањивање његових надлежности у потоњем периоду услед појаве ЕУЛЕКС, односно до данашњег дана за одговорност КФОР. Додатно, треба имати у виду да се структура УНМИК односно КФОР мењала¹⁴, укључујући ту и државе чланице које су у овим мисијама учествовале, те да се исто може рећи и за њихове зоне одговорности.

Међутим, имајући у виду логику ванредне ситуације која је идентична концепту двоструке одговорности описаном у претходном одељку, чини се да би фокус требало ставити на случајеве у периоду јун-јул 1999. године или 17.-18. марта 2004. године.

Овде би требало узети у обзир случајеве у којима су пропуштени рокови за А) радње пред органима ПИС-а И Б) за подношење тужбе пред Европским судом за људска права



4. ПРАВНА ПОМОЋ И ПРИСТУП ПРАВДИ - ЗАКЉУЧЦИ И ПРЕПОРУКЕ

Имајући у виду наведено у овом извештају, може се закључити да приступ ЕСЉП у случајевима заштите права загарантованих ЕКЉП и Уставом ПИС још увек није тестиран, али да није немогуће да се у одговарајућим случајевима то учини – пре свега тамо где постоје одговарајуће материјалне и процесне претпоставке, те где је погођено лице вољно да покуша тако нешто. Састављање тужбе и заступање пред ЕКЉП захтева одговарајући вид професионалног ангажмана који се таквим лицима може омогућити кроз овај пројекат, па је у том смислу препорука да се размотре ови кораци већ током трајања овог пројекта.

Политички и правни ефекти једног таквог успешног случаја пред ЕСЉП су потенцијално неслагљиви, с обзиром на размере кршења људских права у периоду 1999. – 2004. године, као и на број поступака који се с тим у вези тренутно воде пред ПИС. Стварање једног таквог преседана значило би нови корак у свим поступцима који се воде пред ПИС, те би могло потпуно преокренути тренутно постојећу ситуацију. С друге стране, овде ће свакако бити потребни значајни напори, поготово ако се узме у обзир снага којом се ЕСЉП ослања на случајеве Бехрами и Сарамати, те интерес који су државе чланице релевантних међународних мисија, а које притом нису биле тужене, показале у овим случајевима усмереним на то да се њихова одговорност ограничи или елиминише.

Ефективно рушење преседана успостављеног овим случајевима је велики ризик, и то не само у политичком смислу, за све државе чије су снаге биле присутне у мисијама на АП КиМ, па у том смислу треба бити спреман на озбиљну правну борбу и жестоку размену аргумената.

Први корак у овој борби би требало да буде анализа како предмета који су обухваћени пројектом, тако и објављене јуриспруденције Уставног суда ПИС, како би се нашли случајеви који испуњавају услове наведене у претходном одељку, те организација састанка са погођеним лицима на ком би се дискутовало о могућности заступања пред ЕСЉП.

Алтернативно, може се формулисати политички захтев усмерен на формирање посебног механизма у правном систему ПИС који се у стручној јавности раније колоквијално називао „мали Стразбур“, који би био алтернатива ЕСЉП, примењивао исто материјално право, и пружао процесну могућност да се релевантни случајеви изнова размотре, те да се досуди адекватна компензација.

Први корак би, по аналогiji са постојећим механизмима, била одговарајућа међународна иницијатива, као и доношење акта Савета Европе, чему би уследила законодавна (потенцијално и уставотворна) активност ПИС.

Имајући то у виду, највећа препрека ће свакако бити став ПИС, како политички, тако и формално-правни, па треба бити спреман за вођење одговарајућег поступка пред Уставним судом ПИС, који се може очекивати као и у свим претходним случајевима који личе на овај (Заједница српских општина и Специјализована већа се намећу као два најкрупнија примера).