

Др Иван Илић,*
Доцент,
Правни факултет, Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfm1-36869

UDK: 341.24:342.7

Раd примљен: 09.03.2022.
Раd прихваћен: 31.03.2022.

ШИРЕЊЕ ОПСЕГА ОБАВЕЗЕ ДРЖАВЕ ДА ШТИТИ ПРАВО НА ЖИВОТ ЛИЦА ПОД СВОЈОМ ЈУРИСДИКЦИЈОМ ПРЕМА НОВИЈОЈ ПРАКСИ ЕВРОПског СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА**

Апстракт: Најзначајније од свих људских права је, недвосмислено, право на живот. Тај поредак уважавају готово све међународне конвенције о људским правима. Тако и у Европској конвенцији за заштиту људских права и слобода (у даљем тексту: Конвенција, ЕКЉП), право на живот је наведено пре осталих људских права. Јуриспруденција Европског суда за људска права (у даљем тексту: Суд, ЕСЉП) установила је одређене обавезе за државе с циљем заштите људских права. Једна од њих је позитивна обавеза која подразумева предузимање мера од стране државе с циљем заштите права на живот од деловања трећих лица која нису државни органи. У пракси Суда такође је познат принцип да се Конвенција тумачи као „живи инструмент“ у светлу савремених околности. Применом те догме, опсег позитивне обавезе државе да штити право на живот лица која се налазе под њеном јурисдикцијом у новијој пракси Суда бива проширен. Аутор рада се бави анализом праксе Суда, покушавајући да одговори на питање које су границе позитивне обавезе заштите права на живот. Аутор такође настоји да утврди да ли су ставови новије праксе Суда по питању опсега позитивне обавезе у сагласју са осталим раније утврђеним принципима и ставовима у јуриспруденцији ЕСЉП.

Кључне речи: право на живот, члан 2, позитивна обавеза, ЕСЉП, ЕКЉП.

* ivan@prafak.ni.ac.rs

** Раd је настао као резултат финансирања научноистраживачког рада НИО, од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја РС, према уговору, евиденциони број 451-03-68/2022-14/200120.

1. Уводне напомене

Право на живот је најзначајније и фундаментално људско право. Од постојања права на живот зависи постојање свих других права (Onuegbulam, C, 2015:162). Без постојања овог права и темељне вредности савременог човечанства, сва остала људска права била би обесмишљена. Стога се право на живот на лествици људских права поставља на прво место (Dragne, L, Balaceanu, C, 2014).

Ипак, право на живот није неприкосновено и апсолутно право. Релативизација заштите се огледа у, још увек, постојећој смртној казни (Riga, P, 1981:23–46) у неким државама, али се актуелизује и по питању еутаназије (Chetwynd, S. B, 2004:173–82) и абортуса (Copelon, R, Zampas, C, Brusie, E, de-Vore, J, 2005:120–129). Осим тога, право на живот на пољу заштите губи своју неприкосновеност стога што држава, у склопу монопола власти, оставља могућност да се током деловања својих органа, у одређеним случајевима, посегне за правом на живот. Право на живот је по номенклатури у Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода заузело прво место, испред свих других права, и стипулисано је у члану 2. Заштита права на живот ни у Конвенцији није апсолутна, већ су предвиђена одступања, у виду примене смртне казне, мада је допунским протоколима то одступање практично дерогирано (Илић, I, Knežević, S, 2020: 607–620), а у ставу 2 је прописана употреба смртоносне силе када је то апсолутно нужно. Јуриспруденција Европског суда за људска права је изнедрила доктрину негативних и позитивних обавеза за државу. У склопу позитивне обавезе је настала и процедурална обавеза. Ове обавезе највећу афирмацију добијају управо на терену заштите права на живот. У новијој пракси Суда, приметна је тенденција ширења позитивне обавезе државе у погледу заштите права на живот, те се у науци поставља питање граница те обавезе, као и оправданости проширења њеног опсега.

2. Право на живот и обавезе државе

Право на живот представља једну од темељних вредности у демократском друштву држава које чине Савет Европе. Стога се одредба из члана 2 Конвенције сматра једном од најтемељнијих. Од ове одредбе не може се одступити чак ни у време рата, а изузеци од заштите права на живот морају да се тумаче уско.¹ Осим примене смртне казне, која је прописана у ставу 1, у ставу 2 су предвиђена три изузетка од права на живот. Лишење живота неког лица се не сматра противним члану 2 ако је учињено с циљем одбране неког лица од незаконитог насиља. Лишење живота није противно

1 McCann and others v. UK, app. 18984/91, 27/09/1995, §147.

члану 2 ни ако је до тога дошло током законитог хапшења неког лица, или с циљем спречавања бекства неког лица које је претходно законито лишено слободе. Најзад, ако је до лишења живота дошло применом законитих мера које су предузете с циљем сузбијања нереда или побуне, то такође није у супротности са чланом 2 Конвенције. У сва три случаја употребљена сила мора бити апсолутно нужна. Према томе, у члану 2 Конвенције су предвиђена намерна и ненамерна лишења живота. У сва три изузетка од права на живот, из става 2, употреба смртоносне силе мора да буде сразмерна одређеном циљу. Приликом испитивања да ли је дошло до повреде члана 2 Конвенције, у пракси суда размотриће се природа циља, затим природа ризика по живот, као и степен могућег губитка живота у конкретном случају (Leach, P, 2011:184).

Из члана 2 произлазе две обавезе за државу. Најпре, постоји негативна обавеза, која се састоји у потреби да се експоненти државне власти уздрже од употребе смртоносне силе, осим ако је то апсолутно нужно, ради остварења неког од циљева из става 2, члана 2 Конвенције. Осим негативне, држава такође има и позитивну обавезу, да заштити право на живот лица која се налазе под јурисдикцијом државе. Она произлази из члана 1 Конвенције, који налаже заштиту права лица која се налазе под јурисдикцијом државе. Ова обавеза се назива и позитивна материјална обавеза државе. Осим материјалне, држава има и процедуралну позитивну обавезу да спроведе делотворну службену истрагу када дође до употребе смртоносне силе, или у другим случајевима када дође до смртног исхода.

Позитивна материјална обавеза државе је тековина праксе Суда. На основу јуриспруденције може се извести закључак о појму и садржини ове обавезе. Позитивна обавеза је први пут споменута у тзв. случају Белгијске Лингвистике.² Ту је апликант истакао да на страни државе постоји обавеза да нешто учини с циљем заштите појединца. Суд је, међутим, у каснијим случајевима³ развио појам и садржину позитивне обавезе. Синтетички, она представља захтев да држава предузме разумне, одговарајуће мере, с циљем заштите права појединца (Akandji-Kombe, JF, 2007:7). Протективна функција државе, према томе, обухвата не само заштиту појединаца од радњи представника сопствених државних органа, већ и од радњи трећих лица. Мере које држава треба да предузме треба да буду на нормативном и практичном плану. Другим речима, треба обезбедити адекватан правни оквир за заштиту права појединаца од делатности других појединаца.

2 Belgium Linguistics case, app. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 03/10/1972.

3 Hokkanen v. Finland, app. 19823/92, 23/09/1994, §55, Lopez Ostra v. Spain, app. 16798/90, 09/12/1994, §51.

Осим тога, држава треба да предузима радње којима ће имплементирати прописане протективне мере. Примера ради, држава треба да предвиди заштитне механизме за превенцију самоубиства у затворима, али истовремено и да предузима радње којима би се спречила самоубиства у затворима у пракси, у случајевима када постоји опасност од те појаве.

Позитивна обавеза државе, кад је реч о заштити права на живот, изводи се из језичког тумачења става 1 члана 2 Конвенције, у коме је наведено: „право на живот сваког заштићено је законом“. Из те одредбе произлази обавеза државе да предузме мере с циљем заштите права на живот. Из праксе Судасе такође може закључити да је правни основ за позитивну обавезу државе члан 1 Конвенције, који захтева од држава потписница да предузму мере којим се штите права из Конвенције (и протокола уз Конвенцију) свих лица која се налазе под њеном јурисдикцијом.⁴ Ова одредба Конвенције има само привидно аутономно значење. Њена примена се може проверити само применом критеријума за заштиту права гарантованих Конвенцијом (Akandji-Kombe, JF, 2007, 9). Овај приступ се у одлукама Суда материјализује у сентенци да „Конвенција има за циљ да гарантује права која нису теоријска и илузорна, већ права која су практична и ефективна“. Најзад, новија школа теорије европског права људских права заступа становиште да позитивна обавеза за државу проистиче из принципа „владавине права“.

Враћајући се на заштиту права на живот лица под јурисдикцијом државе од радњи трећих лица (других појединаца), поставља се питање досега те обавезе. До које границе сеже дужност државе да предузима мере којима штити животе појединаца како би испунила своју позитивну обавезу. С тим питањем се суочила и јуриспруденција Суда. Настојање да се одреде границе позитивне обавезе у пракси Суда је до дана данашњег обележено тенденцијом да се одреде јасни и прецизни критеријуми за то.

3. „Осман тест“

Кад је реч о позитивној обавези заштите права на живот, од круцијалног значаја је предмет *Осман против Уједињеног Краљевства*.⁵ У том случају је дошло до убиства оца бившег ученика и до рањавања ученика од стране учитеља, према коме је развио опсесивну страст. Учитељ је претходно непримерено сексуално узнемиравао ученика. Директор школе је о томе обавестио полицију. Спроведено је психијатријско вештачење, те је утврђено да учитељ није психички болесник, али да је његово понашање забрињавајуће. Ученик је променио школу, а учитељ је касније такође

4 Assanidzé v. Georgia app. 71503/01, 08/04/2004, §146,147.

5 Osman v. UK, app. 23452/94, 28/10/1998.

премештен на друго радно место, али је наставио да узнемирава ученика и његову породицу. На крају је учитељ пуцао у ученика и његовог оца. Отац је подлегао повредама, а ученик је задобио тешке телесне повреде. Учитељу је након тога изречена медицинска заводска мера безбедности. Подносиоци представке, жена и син човека кога је убио учитељ, тврдили су да полиција није предузела адекватне кораке како би заштитила живот њиховог оца и супруга од стварне и озбиљне опасности која је претила од учитеља.

Суд је установио критеријуме за процену да ли је држава испунила позитивну обавезу. У оваквим случајевима, неопходно је утврдити да ли су власти знале или морале да знају за постојање стварне и непосредне опасности по живот конкретног лица од противправне радње трећег лица и да ли су предузеле разумне мере за отклањање те опасности.⁶ То је у каснијој јуриспруденцији Суда означавано као тзв. Осман тест. Овај тест је примењиван у случајевима када је потребно утврдити да ли је држава испунила позитивну обавезу заштите права на живот тачно идентификованог појединца, или појединца који може бити идентификован, од опасности која долази од другог лица које није представник државног органа.

Даљи развој судске праксе је ишао ка томе да је позитивна обавеза државе шира и да обухвата потребу заштите не само лица која могу бити идентификована, већ и када је потребна општа заштита друштва од криминалитета. Та разлика је најпре била истакнута у случајевима *Мастроматео против Италије* и *Мајорано против Италије*,⁷ да би затим у пуном опсегу била изражена у случају *Бљакaj и други против Хрватске*. Суд најпре истиче да је у случајевима где постоји потенцијална опасност по живот идентификованог лица потребно испитати да ли постоји кључни тренутак у развоју догађаја за који би се могло утврдити да су власти знале за постојање стварног и непосредног ризика по живот, а да нису предузеле мере за отклањање тог ризика.⁸ Осим тога, направљена је разлика између потребе заштите идентификованог појединца и опште заштите друштва. У овом другом случају, позитивна обавеза, према ставу Суда, обухвата велики распон делатности које настају у случају сваке јавне или друге активности услед које право на живот може да буде угрожено.⁹ Суд је, на

6 Osman v. UK, § 116.

7 Mastromatteo v. Italy, app. 37703/97, 24/10/2002, §69; Maiorano and Others v. Italy, app.28634/06, 15/12/2009, §107.

8 Bljakaj and others v. Croatia, app. 74448/12, 18/09/2014, §108.

9 Bljakaj and others v. Croatia, §109.

овај начин, значајно проширио опсег позитивне обавезе државе у два смера. Најпре је обавеза државе да заштити тачно идентификованог појединца или појединца који бар може да буде идентификован, претворена у обавезу државе да штити *целокупно друштво*. Са друге стране, ова обавеза за државу постоји код *сваке, јавне или друге активности*, и обухвата *велики дијапазон активности*.

4. Критеријум новије праксе – поступање са дужином пажњом

Суд је потврдио тековине дотадашње праксе у случају *Котилаинен и други против Финске*. Овај случај се тичао пуцњаве у стручном институту у граду Куахајоки, у коме је смртно страдало 10 људи, 9 студената и један професор. Они су убијени од стране 22-годишњег студента института. Представку је поднело 19 рођака страдалих студената и професора. Студент који је извршио овај масакр је у јуну 2008. године затражио дозволу за ношење оружја. Месец дана касније се обратио психологу због депресије и напада панике. Том приликом су му преписани лекови за те болести. У августу исте године, након што је обављен разговор с њим, одобрено му је ношење оружја. Инспектору који је обавио разговор с њим није била позната околност да је имао психичке проблеме и да му је због тога преписана терапија. Септембра 2018. године су откривени видео-снимци са друштвених мрежа на којима учинилац пуца из пиштоља, као и упаљена свећа у близини института. Осим тога, он је објављивао и текстове о оружју и умирању. Сав материјал је достављен полицији. Полиција се упознала са материјалом и на основу тога је покренут поступак да му се привремено одузме оружје. Међутим, полиција није успела да пронађе учиниоца који је био ван града у том моменту. Дан пре пуцњаве, главни инспектор је обавио разговор са учиниоцем након што га је полиција упознала са целокупним материјалом. Епилог разговора је било изрицање усмене опомене, а инспектор је сматрао да нису испуњени услови за одузимање оружја. Дан касније се догодило убиство десет лица у просторијама института.

Суд је нашао да обавеза државних органа да обезбеде општу заштиту друштва дефинитивно постоји у случајевима у којима је повреди права на живот претходио низ повезаних догађаја који су указивали на то да ће до повреде заиста и доћи. Суд у овом случају уводи додатну дужност марљивог надзора и поступања („*due diligence*“) у ситуацијама када је актима појединаца угрожено право на живот других лица.¹⁰ Овакав став Суда је подигао прашину у теорији и изазвао доста коментара (Pekkarinen, E, 2020, Pro vaznik, J, 2020: 64–73). Поставило се питање где су границе

10 Kotilainen and Others v. Finland, app. 62439/12, 17/09/2020, §71.

позитивне обавезе за државу уколико је дужна да заштити право на живот било ког појединца од криминалних аката трећих лица и то у контексту било које, не само јавне, већ и друге делатности. Да ли то значи да ће доћи до повреде члана 2 Конвенције у било ком случају када дође до лишења живота појединца од стране другог појединца? Одговоре на та питања можда ће нам дати увид у образложење пресуде.

Суд је у рекапитулацији општих принципа истакао примену тзв. Осман критеријума у ситуацијама када дође до лишења живота неког лица радњом другог лица које није припадник државног органа. Осим тога, направљена је јасна разлика између случајева где опасност по живот прети лицу које је идентификовано или може бити идентификовано¹¹ и случајева где постоји општа дужност заштите права на живот лица које није нити може бити идентификовано.¹² У другом случају, постоји додатна обавеза за државу да врши дужну пажњу (*due diligence*) над активностима појединца кад код њега постоји потенцијална опасност по право на живот других лица. Ова дужност је нарочито наглашена код опасних делатности, што је Суду случају *Котилаинен* установио у погледу руковања ватреним оружјем.

Дужност марљивог надзора се, пре свега, огледа у постојању адекватног легислативног оквира, који пружа могућност делотворне заштите права на живот, као и у ефикасној примени постојећег легислативног оквира.¹³ Уколико држава поседује адекватан легислативни оквир, онда појединачна лоша процена ризика или пропусти у комуникацији међу представницима државних органа нису довољни да би била утврђена повреда супстанцијалне позитивне обавезе из члана 2 Конвенције. У сваком случају, примена позитивне обавезе не сме за државу да представља несразмеран терет и у сваком случају се мора узети у обзир непредвидивост људског понашања и оперативне могућности које морају бити усклађене са приоритетима и доступним ресурсима.¹⁴ Суд, такође наводи да не може сваки потенцијални ризик да доведе до активирања позитивне обавезе за државу да заштити право на живот. Опсег позитивне обавезе зависи од врсте ризика и могућности његовог ублажавања.¹⁵

И заиста, из примене општих принципа на чињенице случаја у предмету *Котилаинен* и други, могло би се закључити да ће суд донети одлуку да

11 *Osman v. UK*, § 115, *Nicolae Virgiliu Tănase v. Romania*, app. 41720/13,25/06/2019, § 136.

12 *Mastromatteo v. Italy* [GC], § 69, *Maiorano and Others v. Italy*, § 107, *Choreftakis and Choreftaki v. Greece*, app. 46846/08, 17/01/2012, §§ 48–49.

13 *Kotilainen and Others v. Finland*, §75.

14 *Ciechońska v. Poland*, app. 19776/04, 14/06/2011, §§ 63, 64.

15 *Tınarlıoğlu v. Turkey*, app. 3820/03, 31/03/2009, § 90.

није дошло до повреде члана 2 Конвенције. Суд је, најпре, закључио да је регулаторни оквир о употреби ватреног оружја задовољавајући. Суд, такође, истиче да није било пропуста у поступку за издавање дозволе за ватрено оружје (саглашавајући се са налазом финског апелационог суда). Осим тога, наглашено је да није задатак Суда да замени став домаћег суда у погледу чињеничног стања и да морају да постоје веома озбиљни разлози да Суд одступи од закључака домаћег суда. Примењујући тај постулат, Суд се у потпуности сложио са закључком финског апелационог суда о томе да ништа што је било познато полицији није указивало да може доћи до убиства, те да догађај у инситуту није могао бити разумно предвидив.¹⁶

Штавише, Суд прави поређење између овог случаја и случаја *Ван Кол против Уједињеног Краљевства*, те истиче да се не може ставити знак једнакости између постављања видео-снимака и мистериозних објава на интернету које не садрже спецификоване претње и неселективног убијања више лица на јавном месту.¹⁷ Овде бисмо се осврнули на чињеницу да је учинилац злочина у коме су страдали Котилаинен и други пре него што је извршио масакр постављао на друштвене мреже видео-записе који величају школска убиства, са коментарима да су ти снимци најбоља забава. Према тврдњи полиције, он је чак гестикулацијама и начином одевања имитирао учиниоца школског убиства које се догодило у Финској годину дана раније. Суд, најзад, закључује да у конкретном случају није било стварног и непосредног ризика по живот лица које су могла бити идентификована, те да не постоји кључни тренутак у развоју догађаја када се може рећи да су власти знале или могле знати за постојање ризика.

Суд иде и даље и одбацује аргумент апликаната да је било потребно прибавити документацију о душевном здрављу учиниоца током поступка издавања дозволе за ношење оружја. Суд се позива на право на заштиту приватности података о здравственом стању, те истиче да се ти подаци могу прибављати само у посебно оправданим ситуацијама. Чак и да је прибављена таква документација, према ставу Суда, не може се утврдити у којој мери би од тога могла зависити процена о постојању стварног и непосредног ризика на страни учиниоца. Заиста се са таквим ставом Суда тешко можемо сложити. Овде имамо јасне чињенице да је реч о опасној делатности, што је Суд посебно подвукао, а с друге стране, оспорава се важност утврђивања душевног здравља у поступку одобравања ношења оружја, или у случају потребе да се дозвола одузме неком лицу, чак и у случају када постоје индиције да би такво лице, на основу својих поступака, могло да представља ризик по живот других лица.

16 Kotilainen and Others v. Finland, § 80.

17 Van Colle v. the United Kingdom, app. 7678/09,13/11/2012, § 99.

Анализирајући овакав налаз Суда, рекло би се да је држава у конкретном случају испунила своју позитивну обавезу заштите права на живот. Међутим, применом новоуведених критеријума, наступа преокрет. Наиме, Суд истиче да је у контексту опасних активности (каква је употреба ватреног оружја) држава испунила своју обавезу марљивог надзора (дужне пажње) над заштитом јавне безбедности.¹⁸ Суд истиче да дужност опште заштите друштва постоји у два случаја. Прво, када је реч о посебно опасним затвореницима, дакле особама које су у апрехензији државних органа. Друга ситуација постоји када је реч о особама код којих постоји непосредна опасност (темибилитет), која је постала очигледна за полицију (органа кривичног гоњења) на основу поступања према том лицу. Суд сматра да се дужност марљивог надзора над заштитом јавне безбедности мора применити и у овом предмету, иако учинилац убистава није био у директној надлежности државних органа. С обзиром на то да употреба ватреног оружја носи са собом висок ризик, надлежни органи су дужни да реагују када до њих дођу информације које стварају конкретну сумњу у погледу поштовања услова за ношење оружја.

Суд истиче да је у конкретном случају локална полиција сазнала за објаве учиниоца на интернету које нису садржале конкретне претње, али су представљале сумњу да ли учинилац треба и даље да остане у поседу дозволе за поседовање оружја. Полиција је обавила разговор са учиниоцем, али ништа није предузела да одузме оружје од њега. Ту Суд први пут истиче да је држава начинила грешку у процени, али да појединачна грешка у развоју догађаја не може бити довољна да се изведе закључак да је дошло до повреде позитивне обавезе из члана 2 Конвенције. Суд одбацује навод апликаната да је до злочина дошло због тога што је учинилац био испровоциран разговором у полицији. Суд истиче да је кључно питање да ли су постојале мере које су власти могле предузети како би спречиле ризик по живот који произлази из потенцијалне опасности на коју указује понашање учиниоца, конкретно, његове објаве на интернету. Важно је утврдити да ли су постојали стварни изгледи да су мере које власти нису предузеле могле да промене исход или да ублаже насталу штету.

Остаје нејасно о каквим мерама је реч, када је Суд, неколико параграфа уназад, јасно истакао да није било стварног и непосредног ризика по живот, те да објаве на интернету нису представљале потенцијалну опасност? Суд у овој фази тестирања ставља у фокус примену могућих мера које би заштитиле право на живот других. У том смислу, Суд је става да је у конкретном случају превентивна мера одузимања оружја била целисходна, и да је она разматрана, али није спроведена. Суд сматра да

18 Kotilainen and Others v. Finland, §84.

примена такве мере не би значајно задирали у било које друго право, те не постоји ограничење ни терет тражења баланса. Суд се овде сложио са Апелационим судом Финске у погледу става да је пиштољ могао и требао бити одузет од учиниоца убистава. Суд затим износи кључну тврдњу. Закључак о томе да ли је требало одузети пиштољ је независан од тога да ли постоји узрочно-последична веза између одлуке о одузимању оружја и убистава и од тога да ли је том одлуком држава прекршила своју обавезу да жртвама пружи личну заштиту.¹⁹

Према томе, овде се Суд враћа на тезу да није битна појединачна заштита идентификоване жртве, већ општа заштита друштва од опасне делатности, и такође није битно да ли постоји узрочна веза између оmissивне делатности државе и последице по право на живот која је наступила. То је суштински допринос ове одлуке Суда у погледу ширења опсега позитивне обавезе државе у односу на ранију праксу. Суд, најзад, изводи закључак да је у конкретном случају држава повредила позитивну обавезу из члана 2 Конвенције стога што је пропустила вршење дужне пажње у погледу веома опасне делатности, каква је руковање ватреним оружјем од стране лица које није припадник државног органа који обавља послове јавне безбедности.

5. Значај издвојеног мишљења

Одлука Суда у случају Котилаинен није била једногласна. Фински судија Аике је издвојио мишљење у погледу одлуке да је у конкретном случају дошло до повреде позитивне обавезе из члана 2 Конвенције. Он је сматрао да увођење нове дужности државе да обавља „дужну пажњу“ представља превелико ширење позитивне обавезе, што ће довести до тога да ће државе покушати да ускладе своју регулативу, чак и увођењем ретроактивног дејства у прописе којима се регулише добијање дозволе за поседовање оружја. Судија Аике сматра да у том хтењу државе неће бити у могућности да у потпуности испуне захтеве правичности поступка. Он наглашава принцип, који иначе сам Суд примењује у погледу позитивне обавезе, да она не сме бити таква да државама намеће несразмеран терет, посебно имајући у виду непредвидивост људског понашања и оперативне одлуке које морају бити донете у складу са приоритетима и ресурсима.

Судија Аике се позива на случај *Никулае Вергилиу Танасе против Румуније*, где суд није класификовао вожење аутомобила као опасну делатност, иако подлеже поступку добијања дозволе за управљање, и чињеницу да се аутомобили чак често користе у терористичким нападима. У

¹⁹ Kotilainen and Others v. Finland, §89.

овом случају Суд истиче да је возња аутомобила делатност која може да доведе до озбиљних повреда или чак смрти. Суд је међутим сматрао да, с обзиром на обим прописа којима је регулисана, као и с обзиром на распрострањеност ове делатности, возња аутомобила у данашње време не представља опасну делатност. У том погледу се заиста отвара питање шта се све може подвести под „опасну делатност“. Суд не даје било какво одређење тог термина, што може створити правну несигурност код држава у којим координатама да се крећу код примене позитивне обавезе заштите права на живот.²⁰

Судија Аике се није сложио са увођењем нове обавезе „дужне пажње“ у заштити јавне безбедности, која иде изнад и преко обавезе да се заштити право на живот идентификованог лица. Он прави разлику између „дужности брижљивости“, која је примењена у ранијим пресудама *Мастроматео* и *Мајорано*. Битна разлика између те две обавезе је што обавеза брижљивости има сужен опсег и односи се на случајеве где се појединац непосредно пре критичног догађаја налазио у директној апрехензији државних органа (у притвору или затвору), па је држава процењивала испуњеност услова за пуштање на условни отпуст (*Mastromatteo v. Italy* § 72).

6. *Мастроматео* и(или) *Мајорано*

У случају *Мастроматео против Италије* син подносиоца представке је убијен од пљачкаша банке који су бежали од полиције и том приликом покушали да преузму контролу над његовим возилом. Суд је разматрао повреду позитивне обавезе државе да предузме мере с циљем заштите права на живот. Међутим, у овом случају је први пут разматрана обавеза државе да пружи општу заштиту друштву од аката појединаца којима се угрожава то право. У ранијој пракси суда је та обавеза имала досег заштите идентификованог појединца или појединца који може бити идентификован. Суд се овде оградио на утврђивање опсега опште заштите друштва од појединаца према којима је изречена казна затвора, па су пуштени на одсуство, или били у режиму полузатвора. Лице које је пуцало у младића се налазило на одсуству са служења затворске казне, уз услов да не напушта боравиште. Након истека одсуства, он се није вратио на издржавање затворске казне и надлежни органи су издали потерницу за њим. Један од његових саучесника се налазио у режиму полузатвора и само дан пре пре него што је младић убијен, он је извршио кривично дело. Трећи саучесник се такође није јавио у затворску установу након истицања одсуства и за њим је издата потерница, а четврти саучесник је

20 Nicolae Virgiliu Tănase v. Romania.

био на слободи у време критичног догађаја. Он је био осуђиван за бројна кривична дела.

Апликант је навео да је држава прекршила своју позитивну обавезу стога што државни органи надлежни за питање реинтеграције затвореника нису извршили правилно испитивање услова за давање концесија лицима која су лишила живота његовог сина, пре свега у погледу њихове опасности по друштво. Суд је најпре истакао да се овај случај разликује од случаја Осман по томе што је овде у питању општа заштита друштва од појединаца који су извршиоци кривичних дела. Суд такође наводи да с обзиром на то да су се три од четири саучесника налазила на издржавању затворске казне, овај случај укључује потенцијалну одговорност државе. Суд је затим испитивао адекватност легислативног оквира у Италији по питању реинтеграције осуђених лица и закључио да пружа довољни степен заштите друштва, узевши у обзир низак проценат извршених кривичних дела од стране лица која су у режиму полузатвора, као и ниску стопу бекстава лица која су у овом режиму.²¹ Најзад, Суд је утврђивао да ли је доношење одлуке о пуштању лица која су касније усрртила сина апликанта било у складу са дужношћу из члана 2 Конвенције.

Суд примењује Осман тест и закључује да судија надлежан за извршење кривичних санкција на основу расположивог материјала није могао да установи било какав стваран и непосредан ризик по живот нити да је потребно предузети додатне мере за заштиту права на живот у тренутку доношења одлуке о пуштању на слободу ових лица. Суд лишење живота сина апликанта назива случајним догађајем, а износи и мишљење да ни то што је одлука о пуштању другог саучесника донета када је извршилац убиства већ био у бекству није представљало аларм за државу да постоји стваран и непосредни ризик. Суд најзад истиче да чак и под претпоставком да су власти могле да предузму ефикасније мере с циљем трагања за лицима у бекству, то не значи да је дошло до кршења позитивне обавезе државе да заштити право на живот. Суд на основу свега изводи закључак да у конкретном случају није дошло до повреде члана 2 Конвенције.

Веома сличан случај је *Мајорано против Италије*. Реч је о човеку који је био осуђен на казну доживотног затвора због силовања и бруталног злостављања две младе жене од којих је једну и убио. Иако је током издржавања казне затвора учествовао у неколико инцидената, због којих је такође био осуђен за дисциплинске прекршаје, донета је одлука о превременом пуштању на слободу, али уз услов да похађа програм лечења и реинтеграције. Док се налазио на слободи, он је извршио убиство две жене.

²¹ *Mastromatteo v. Italy*, § 72.

Суд је најпре навео да у време пуштања на слободу учиниоца двоструког убиства, жртве нису могле да буду идентификоване као потенцијална мета. Такође, Суд није пронашао недостатке у италијанском систему рехабилитације и реинтеграције осуђеника, већ је подвукао да легислативни оквир пружа довољне мере заштите друштва. Суд се даље бавио питањем да ли је у конкретном случају пуштањем осуђеника на слободу дошло до кршења дужности бриге („duty of care“) у погледу заштите права на живот. Суд истиче да су, на једној страни, постојали позитивни извештаји пробационе службе и психијатара, али да су на другој страни стајале чињенице његовог понашања током издржавања казне, које је било далеко од узорног. Нарочито се истиче његово понашање након пуштања на дневно одсуство, тј. склоност ка вршењу кривичних дела. Суд истиче да је стога његова даља рехабилитација била под знаком питања, као и да је држава знала за планирање да изврши нова кривична дела. Међутим, држава је реаговала на то применом мера надзора над његовим кретањем. Суд сматра да је кључни пропуст који је довео до кршења обавезе бриге био у пропусту јавног тужиоца да органу извршења кривичних санкција достави сазнања о понашању осуђеника, што би консеквентно довело до опозива дневног отпуста. Сходно томе, Суд је закључио да је дошло до повреде позитивне обавезе из члана 2 Конвенције због тога што је држава пропустила да опозове режим дневног одсуства, иако свесна постојања опасности на основу резултата полицијске истраге.

Случајеви Мастроматео и Мајорано су по чињеничном стању веома слични. Пресуда у случају Мастроматео је донета 2002. године, док је пресуда у случају Мајорано донета 2010. године. Оне се разликују по одлуци Суда. У случају Мастроматео Суд није утврдио постојање повреде из члана 2 Конвенције, док је у случају Мајорано утврђена повреда позитивне обавезе из члана 2 Конвенције. У оба случаја Суд је применио концепт који до тада није постојао у његовој јуриспруденцији. Реч је о проширеном опсегу позитивне обавезе државе с циљем заштите права на живот, која, у односу на ранију праксу, подразумева општу заштиту друштва уместо заштите права на живот идентификованог лица или лица које може бити идентификовано. И када је реч о општој заштити друштва, ипак мора постојати идентификовано лице које представља стварну и непосредну опасност по живот. То је јасно на основу случајева које је Суд разматрао након 2010. године (Бљакај, Котилаинен и други...).

Међутим, оно што се може приметити је да казуистички приступ разматрању конкретног случаја у пракси Суда показује извесне недоследности. Наиме, уколико упоредимо случајеве Мастроматео и Мајорано, Суд је као кључни аргумент наводио да ли је држава учинила

пропуст у фази реинтеграције и ресоцијализације осуђеника, односно да ли је предузела адекватне мере да спречи стваран и непосредан ризик по живот. У првом случају је закључак Суда био да држава није знала за постојање стварног и непосредног ризика, иако су учиниоци били у бекству неколико дана пре него што су извршили убиство. У другом случају (Мајорано), акценат је стављен на лошу процену државних органа о постојању ризика за који је држава знала, са посебним нагласком на његово непримерено владање током извршења казне затвора и након тога, мада је он испуњавао одређене услове рехабилитације и није био недоступан државним органима. Очигледно је и у првом и у другом случају дошло до пропуста током периода реализације програма реинтеграције, с обзиром на бекство и у другом случају индиције припремања извршења кривичног дела. Одлуке Суда су међутим дијаметрално супротне, у веома сличним околностима, и засноване су на примени истих принципа. Такав приступ Суда не доприноси формирању јасних граница досега позитивне обавезе државе у погледу члана 2 Конвенције.

7. Пример добре праксе примене класичних принципа

Случај у коме је Суд донео одлуку 2012. године, *Горовенки и Бугара против Украјине*, најбољи је пандан случају *Котилаинен*, а истовремено и добар пример праксе примене класичних принципа приликом оцене наводне повреде позитивне обавезе државе.²² Реч је о случају у коме је полицајац, који се налазио ван дужности, тешко ранио сина подносилаца представке, господина Горовенка, и усмртио оца и мужа апликаната, господина Бугару, док се налазио ван дужности. Он се враћао са приватног пута и био је у пијаном стању када се посвађао са својим сапутницима и након тога је из службеног пиштоља пуцао у господина Бугару, кога је усмртио, док је другог сапутника промашио. Након тога је зауставио ауто господина Горовенка, кога је покушао да обмане да му се покварио ауто. Када је господин Горовенко покушао да побегне са тог места, полицајац је пуцао у њега и тешко га ранио.

Апликанти су аргументовали да је дошло до повреде позитивне обавезе из члана 2 Конвенције, с обзиром на то да је дошло до пропуста у погледу држања и употребе ватреног оружја. То је ситуација која је веома слична са случајем *Котилаинен*, у коме је такође било речи о регулисању ношења и употребе ватреног оружја, само у погледу цивилних лица, грађана. Апликанти су такође истакли да је до пропуста дошло зато што је и пре критичног догађаја полицијски службеник имао низ насилних инцидената у алкохолисаном стању.

22 Gorovenky And Bugara v. Ukraine app. 36146/05 and 42418/05, 12/01/2012.

Суд је најпре истакао да је у овом случају реч о позитивној обавези заштите права на живот, без обзира што је реч о државном службенику, јер је он у време догађаја био ван дужности. Надаље, Суд истиче примену позитивне обавезе у случају претње по живот идентификованог лица, али и опште заштите друштва. Суд у овом случају није елаборирао критеријум опасне делатности, за разлику од случаја *Котилаинен*. Суд није нашао недостатке у легислативи Украјине, али се сложио са домаћим судовима у погледу оцене да је дошло до пропуста у процени личности полицијског службеника, будући да му је допуштено ношење оружја упркос ранијим инцидентима. Такође, Суд је истакао пропуст у примени одредбе домаћег закона која налаже забрану ношења службеног оружја ван дужности ако се не утврди да полицијски службеник поседује сигурно место за складиштење.²³ Суд истиче да је нарочито битно постојање посебне контроле у погледу ношења ватреног оружја полицијских службеника, нарочито када су ван дужности. Суд закључује да је дошло до повреде позитивне обавезе из члана 2 Конвенције, с обзиром на пропусте у процени личности полицијског службеника и услова за складиштење службеног оружја.

У овом случају, Суд се заправо послужио критеријумима из Осман теста, уз додатак теста опште заштите друштва. Утврђено је постојање стварне и непосредне опасности на страни полицијског службеника за коју је држава знала или могла знати, а да није применила адекватне мере с циљем елиминисања тог ризика. Суду овде није било потребно да шири домен примене позитивне обавезе на опасне делатности и да уводи критеријум „дужне пажње“. Сасвим исправно је одлучено да је дошло до повреде позитивне обавезе из члана 2 Конвенције, применом добро утврђених, прецизних критеријума из раније праксе Суда.

8. Закључак

Државе би на основу праксе Суда морале да имају јасне смернице докле сежу њихове обавезе из Конвенције. С обзиром на тенденцију ширења ове обавезе у новијој пракси Суда, те увођења нових критеријума за оцену испуњености позитивне обавезе, за државу у блиској будућности могу настати озбиљне потешкоће усклађивања сопствене легислативе и судске праксе како би се прилагодила стандардима из праксе Суда. Може се рећи да за државе може настати латентни притисак испуњења позитивне обавезе, која подразумева да држава заштити право на живот сваког лица које се налази под њеном јурисдикцијом од аката било ког појединца, и то у погледу сваке јавне делатности (што се може прихватити),

23 *Gorovenky And Bugara v. Ukraine* §34, 35.

али и сваке друге делатности, што представља готово неограничено проширење. Управо се у проширењу опсега позитивне обавезе на „сваку другу делатност“ налази потенцијална опасност да Суд може прогласити државу одговорном за повреду члана 2 Конвенције за било које лишење живота лица од стране другог лица које се деси у било којој околности. То би значило да је држава потенцијално повредила позитивну обавезу у сваком случају када дође до убиства.

Такво схватање се не може прихватити с обзиром на то да су границе државе у испуњењу својих обавеза лимитиране, и од држава се не може захтевати оно што би представљало немогућ или несразмеран терет. Границе позитивне обавезе сам Суд је поставио тврдњама да није сваки ризик по живот такав да активира обавезу за државу да спречи такав ризик. Позитивну обавезу треба тумачити тако да властима не намеће претерани терет, имајући у виду непредвидивост људског понашања, као и оперативне изборе који се доносе у складу са приоритетима и расположивим ресурсима.²⁴ Обим позитивне обавезе зависи од врсте ризика по живот и могућност њиховог ублажавања.²⁵ Управо у тим тврдњама суда се налазе прихватљиве границе досега позитивне обавезе државе у погледу заштите права на живот. Стога је потпуно непотребно увођење додатних критеријума у том погледу, који садрже правне стандарде. Тај пут ствара правну несигурност, што свакако није била интенција писаца Европске конвенције, а не одговара ни њеном духу, као ни стварању заједничког европског правног простора (*espace juridique*).

Литература/References

Akandji-Kombe, JF, (2007), Positive obligations under the European Convention on Human Rights – A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights.

Chetwynd, S. B, (2004), Right to Life, Right to Die and Assisted Suicide.” *Journal of Applied Philosophy* 21, no. 2/2004, pp. 73–82.

Copelon, R, Zampas, C, Brusie E, & deVore, J, (2005), Human Rights Begin at Birth: International Law and the Claim of Fetal Rights, *Reproductive Health Matters*, 13:26, pp. 120–129.

Dragne, L and Balaceanu, C, (2014), The Right to Life – A Fundamental Human Right, *Social Economic Debates*, Vol. 2, No. 2.

24 *Ciechońska v. Poland*, app. 19776/04, 14 /6/2011, §§ 63, 64.

25 *Cavit Tınarlıoğlu v Turkey*, app. 3648/04, 02/02/2016 § 90.

Ilić, I, Knežević, S, (2020), Does Article 2 of the European Convention on Human Rights prescribe an absolute Prohibition of the Death Penalty? The Impact of recent practice of European Court of Human Rights, *Teme*, 2/2020, pp. 607–620.

Leach, P, (2011), *Taking a Case to the European Court of Human Rights* 3rd Edition

Onuegbulam, C, (2015), Right to life under legal and jurisprudential standards: Implications for Nigeria, *Nnamdi Azikiwe University Journal of International Law and Jurisprudence*, Vol. 6/2015, pp. 156–167.

Pekkarinen, E, (2020), An endeavor towards more situational positive obligations stemming from article 2: case of *Kotilainen and others v. Finland*, preuzeto 8.2.2022: <https://strasbourgobservers.com/2020/10/16/an-endeavor-towards-more-situational-positive-obligations-stemming-from-article-2-case-of-kotilainen-and-others-v-finland/>

Provaznik, J, (2021), *Case Kotilainen and others v. Finland* (Positive obligation to prevention in the frame of protection of life in case of school shooting, *Soudní judikatura. Přehled rozsudků Evropského soudu pro lidská práva*. 2020, 24, 1/2021, pp. 64–73.

Riga, P, (1981), Capital Punishment and the Right to Life: Some Reflections on the Human Right As Absolute, *5 Seattle U. L. Rev.* 23/1981, pp. 23–46.

Судска пракса

Case *Assanidzé v. Georgia* (2004)

Case *Bljakaj and others v. Croatia* (2014)

Case *Cavit Tınarlıoğlu v. Turkey* (2016)

Case *Choreftakis and Choreftaki v. Greece* (2012)

Case *Ciechońska v. Poland* (2011)

Case *Gorovenky And Bugara v. Ukraine* (2012)

Case *Hokkanen v. Finland* (1994)

Case *Kotilainen and Others v. Finland* (2020)

Case *Maiorano and Others v. Italy* (2009)

Case *Mastromatteo v. Italy* (2002)

Case *McCann and others v. UK* (1995)

Case Nicolae Virgiliu Tănase v. Romania (2019)

Case of Belgium Linguistics (1972)

Case Osman v. UK (1998)

Case Tınarlıoğlu v. Turkey (2009)

Case Van Colle v. the United Kingdom (2012)

Ivan Ilić, LL.D.,

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**EXPANDING THE SCOPE OF THE OBLIGATION OF THE STATE
TO PROTECT THE RIGHT TO LIFE OF PERSONS UNDER ITS
JURISDICTION ACCORDING TO THE RECENT JURISPRUDENCE
OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS**

Summary

The right to life is indisputably the most important human right. It is safeguarded in almost all international human rights conventions which envisage the right to life before all other rights. Thus, in the European Convention on the Protection of Human Rights and Freedoms (ECHR), the right to life is enshrined in Article 2, which provides for the protection of this right and obligations stemming thereof. Under Article 2, a State is obliged to refrain from violating the right to life by the actions of its state bodies. On the other hand, the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR) has established additional obligations for states, aimed at protecting human rights. One of them is the positive obligation which implies taking measures by the State in order to protect the right to life from the actions of third parties, which are not state bodies. According to the so-called Osman test, when asked to establish whether there has been a violation of Article 2 of the Convention, the Court will examine whether the State was aware of the existence of a real and imminent risk to life, which the State knew or could have known of, and whether the State had undertaken adequate measures to eliminate that risk. The Court's case law also recognizes the principle that the Convention is to be interpreted as a "living instrument", in light of contemporary circumstances. By applying this principle, the Court has expanded the scope of the positive obligation of the State to protect the right to life of persons under its jurisdiction, which is evident in the recent practice of the Court. First, based on the Mastromatteo and Maiorano cases, the Court has established the criterion that there shall be a risk to society, instead

of a risk to the life of a specific or at least identifiable person. Then, based on the Bljakaj case, the Court introduced an additional criterion of “a critical moment in the development of events” which the State clearly identified as bearing a risk to human life. Finally, in the case of Kotilainen and Others v. Finland, the Court introduced the criterion of “due diligence”.

In this paper, the author analyzes the case law of the Court in an attempt to determine the actual limits of the positive obligation to protect the right to life. The author also seeks to establish whether the Court views on the scope of the positive obligation in the recent case law are in line with other previously established principles and positions in the ECtHR jurisprudence. Upon the analysis, the author concludes that the limits of the positive obligation to protect the right to life have already been determined in certain sentences from the Court’s judgments. Thus, it is unnecessary to introduce additional and insufficiently specified criteria, which can negatively affect legal certainty and impose an excessive burden on state authorities.

Keywords: *right to life, protection, positive obligation of the state, recent ECtHR jurisprudence.*