



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

EUROPSKI SUD ZA LJUDSKA ZA PRAVA

VELIKO VIJEĆE

PREDMET MOREIRA FERREIRA protiv PORTUGALA (br. 2)

(Zahtjev br. 19867/12)

PRESUDA

STRASBOURG

11. srpnja 2017. godine

Ova je presuda konačna, no može biti podvrgnuta uredničkim izmjenama.

U predmetu Moreira Ferreira protiv Portugala (br. 2),

Europski sud za ljudska prava (Veliko vijeće), zasjedajući u Velikom vijeću u sastavu:

Guido Raimondi, *Predsjednik*,
İşıl Karakaş,
Angelika Nußberger,
Luis López Guerra,
András Sajó,
Mirjana Lazarova Trajkovska,
Nona Tsotsoria,
Vincent A. De Gaetano,
Paulo Pinto de Albuquerque,
Helen Keller,
Paul Mahoney,
Krzysztof Wojtyczek,
Faris Vehabović,
Egidijus Kūris,
Jon Fridrik Kjølbro,
Síofra O’Leary,
Marko Bošnjak, *suci*,
te Françoise Elens-Passos, *zamjenica tajnika*

Nakon vijećanja zatvorenog za javnost 1. lipnja 2016. i 5. travnja 2017. godine,

donosi sljedeću presudu koja je usvojena posljednjeg navedenog datuma:

POSTUPAK

1. Postupak u ovome predmetu pokrenut je na temelju zahtjeva (br. 19867/12) protiv Republike Portugal koji je portugalska državljanka, gđa Francelina Moreira Ferreira („podnositeljica zahtjeva”) podnijela Sudu 30. ožujka 2012. godine, na temelju članka 34. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda („Konvencija”).

2. Podnositeljicu zahtjeva, kojoj je odobrena pravna pomoć, zastupao je g. J.J. F. Alves, odvjetnik iz Matosinhos. Portugalsku Vladu („Vlada”) zastupala je njezina zastupnica gđa Maria de Fátima da Graça Carvalho.

3. Pozivajući se posebice na članke 6. i 46. Konvencije, podnositeljica zahtjeva prigovorila je odbijanju njezinog zahtjeva za preispitivanjem presude koja je donesena protiv nje u kaznenom postupku.

4. Zahtjev je dodijeljen Prvom odjelu Suda (pravilo 52. stavak 1. Poslovnika Suda). Dana 1. travnja 2014. godine, predsjednik odjela odlučio je temeljem pravila 54. stavka 2. točke b. obavijestiti tuženu Vladu o

prethodno spomenutim prigovorima. Ostatak zahtjeva proglašen je nedopuštenim u skladu s pravilom 54. stavkom 3.

5. Nakon promjene sastava odjela Suda (pravilo 25. stavak 1.). predmet je dodijeljen Četvrtom odjelu (pravilo 52. stavak 1.).

6. Dana 12. siječnja 2016. godine, Vijeće tog odjela, u sastavu Andrés Sajó, predsjednik, Vincent A. De Gaetano, Boštjan M. Zupančič, Nona Tsotsoria, Paulo Pinto de Albuquerque, Krzysztof Wojtyczek, Egidijus Kūris, suci, i Fatoş Aracı, zamjenik tajnik Odjela, ustupilo je nadležnost Velikom vijeću, a niti jedna stranka nije prigovorila ustupu (članak 30. Konvencije i pravilo 72.).

7. Sastav Velikog vijeća određen je u skladu s odredbama članka 26. stavaka 4. i 5. Konvencije i pravila 24.

8. Podnositeljica zahtjeva i Vlada podnijeli su pisana očitovanja o dopuštenosti i osnovanosti predmeta.

9. Javna rasprava održana je 1. lipnja 2016. godine u Zgradi ljudskih prava u Strasbourgu (pravilo 59. stavak 3.).

Pred Sudom su se pojavili:

(a) *za Vladu*

Gđa M. de Fátima da Graça Carvalho, *zastupnica*,

G. J. Conde Correia,

Gđa A. Garcia Marques, *savjetnici*;

(b) *za podnositeljicu zahtjeva*

G. J.J.F. Alves, *odvjetnik*.

Sud je saslušao izlaganja gđe da Graça Carvalho i g. Alvesa, i također njihove odgovore na pitanja koja su postavili suci.

ČINJENICE

I. OKOLNOSTI PREDMETA

10. Podnositeljica zahtjeva rođena je 1961. godine i živi u Matosinhosu.

A. Činjenična pozadina

11. Nakon svađe s određenim osobama, podnositeljica zahtjeva optužena je od strane javnog tužitelja za prijeteće ponašanje pred okružnim sudom u Matosinhosu. Tijekom istrage provedeno je vještačenje gdje je utvrđeno da

podnositeljica zahtjeva posjeduje ograničene intelektualne i kognitivne sposobnosti, ali da treba biti kazneno odgovorna za svoja djela.

12. U presudi od 23. ožujka 2007. godine, okružni sud u Matosinhosu nije uvažio obranu podnositeljice zahtjeva temeljenu na smanjenoj kaznenoj odgovornosti te joj je odredio plaćanje 320 dnevnih novčanih kazni što iznosi ukupno 640 eura (EUR) zbog prijetecjeg i uvredljivog ponašanja i naložio joj da plati odštetu žrtvama.

13. Dana 13. travnja 2007. godine, podnositeljica zahtjeva je uložila žalbu protiv presude Prizivnom sudu u Oportu („Prizivni sud“). Ponovila je kako nije bila svjesna da su njezini postupci nezakoniti i zatražila je oslobođanje od kaznene odgovornosti zbog psihijatrijskih poremećaja od kojih je, po vlastitim tvrdnjama, patila. Posljedično, zatražila je novo ocjenjivanje činjenica i priliku da izloži svoju obranu na raspravi.

14. Dana 12. prosinca 2007. godine, Prizivni sud održao je raspravu na kojoj su bili prisutni javni tužitelj i odvjetnik podnositeljice zahtjeva. No nije provedeno ispitivanje same podnositeljice zahtjeva.

15. U pravomoćnoj presudi od 19. prosinca 2007. godine, Prizivni sud potvrdio je osuđujuću presudu protiv podnositeljice zahtjeva zbog prijetecjeg i vrijeđajućeg ponašanja, no smanjio je kaznu na 265 dnevnih novčanih kazni što iznosi ukupno 530 EUR. Smatrao je kako nema potrebe za novim ocjenjivanjem činjenica zbog toga što podnositeljica zahtjeva nije uspjela osporiti valjanost ocjenjivanja kojega je proveo prvostupanjski sud.

16. Podnositeljica zahtjeva platila je novčanu kaznu u nekoliko rata.

17. Tijekom rasprave pred Sudom, istaknuto je da je u siječnju 2016. godine, pet godina nakon što je novčana kazna u cijelosti plaćena, zapis o osuđujućoj presudi protiv podnositeljice zahtjeva izbrisan iz njezine kaznene evidencije.

B. Zahtjev br. 19808/08 i presuda Suda od 5. srpnja 2011. godine

18. Dana 15. travnja 2008. godine, podnositeljica zahtjeva podnijela je zahtjev Sudu u kojem je prigovorila kako je Prizivni sud nije osobno saslušao i kako je time povrijeđen članak 6. stavak 1. Konvencije.

19. U presudi od 5. srpnja 2011. godine, Sud je zahtjev podnesen temeljem članka 6. stavka 1. Konvencije proglasio dopuštenim i utvrdio povredu te odredbe smatrajući kako slijedi:

„...“

33. Sud primjećuje da je u ovom predmetu Prizivni sud bio pozvan utvrditi nekoliko pitanja koja se odnose na činjenice predmeta i na osobu podnositeljice zahtjeva. Kao i pred prvostupanjskim sudom, podnositeljica je istaknula, posebice, pitanje treba li se smanjiti njezina kaznena odgovornost – što bi moglo imati velik utjecaj na utvrđivanje kazne.

34. Sud smatra da Prizivni sud nije mogao riješiti to pitanje bez izravnog ocjenjivanja osobnog svjedočenja podnositeljice zahtjeva, posebice zbog toga što presuda okružnog

suda u Matosinhosu malo odstupa od zaključaka psihijatrijskog izvješća bez navođenja razloga za takvo odstupanje sukladno zahtjevima domaćeg prava... Ponovno ispitivanje tog pitanja od stane Prizivnog suda stoga se trebalo sastojati od potpunog novog saslušanja podnositeljice zahtjeva...

35. Ti faktori dovoljni su za Sud da zaključi kako je u ovom predmetu pred prizivnim sudom trebalo provesti javnu raspravu. Stoga je došlo do povrede članka 6. stavka 1. Konvencije.”

20. U pogledu tvrdnji u odnosu na imovinsku i neimovinsku štetu temeljem članka 41. Konvencije, Sud je naveo sljedeće:

„41. Sud kao prvo smatra da kada je, kako što je slučaj u ovom predmetu, pojedinac osuđen nakon postupka koji je uključivao povrede zahtjeva članka 6. Konvencije, ponovno suđenje ili ponovno otvaranje predmeta, ako je zatraženo, predstavlja u načelu odgovarajući način ispravljanja povrede. U tom pogledu, primjećuje da članak 449. portugalskog Zakon o kaznenom postupku dopušta ponovno otvaranje postupka na domaćoj razini ako Sud utvrdi povredu temeljnih prava i sloboda neke osobe. Ipak, specifična pravna sredstva, ako ih ima, koje se zahtijevaju od tužene države kako bi izvršila svoje obveze temeljem Konvencije, moraju ovisiti o pojedinačnim okolnostima pojedinog predmeta i moraju biti određena u skladu s uvjetima iz presude Suda donesene u tom predmetu (vidi *Öcalan protiv Turske* [VV], br. 46221/99, odl. 210., ESLJP 2005-IV, i *Panasenko protiv Portugala*, br. 10418/03, odl. 78., 22. srpnja 2008.). U ovom predmetu, jedino mjerodavno pitanje je činjenica da Prizivni sud nije podnositeljici zahtjeva osigurao raspravu.

42. Drugo, Sud primjećuje da ovom predmetu jedina primjenjiva osnova za dodjelu pravične naknade leži u činjenici da podnositeljici zahtjeva nisu omogućene mjere zaštite iz članka 6. U tom pogledu, on ne nalazi nikakvu uzročnu vezu između utvrđene povrede i navodne imovinske štete i odbija ovaj zahtjev. Sud ne može spekulirati u pogledu toga kakav bi bio ishod postupka pred Prizivnim sudom da je on ispitao podnositeljicu zahtjeva u javnoj raspravi (vidi *Igual Coll protiv Španjolske*, br. 37496/04, odl. 51., 10. ožujka 2009.). S druge strane, on smatra prikladnim dodijeliti podnositeljici zahtjeva 2400 EUR na ime neimovinske štete.”

C. Postupak pred Odborom ministara za izvršavanje presude od 5. srpnja 2011. godine

21. Dana 5. srpnja 2012. godine, portugalska Vlada podnijela je akcijski plan Odboru ministara u pogledu izvršenja presude Suda od 5. srpnja 2011. godine. Potvrdili su da je iznos dodijeljen podnositeljici zahtjeva plaćen u njezinu korist 14. prosinca 2011. godine. U pogledu općih mjera, Vlada je istaknula da je Ured premijera predložio izmjene Zakona o kaznenom postupku kako bi se omogućilo održavanje rasprave pred svakim prizivnim sudom koji odlučuje o pitanju krivnje ili kazne u odnosu na optuženika.

22. Tijekom rasprave pred Sudom, istaknuto je da prethodno spomenuti prijedlog nije odobren i stoga nije uključen u završnu verziju izmijenjenog Zakona o kaznenom postupku.

23. U vrijeme donošenja ove presude, na dnevnom redu domaćih tijela nema nikakvih planova za reformu Zakona o kaznenom postupku. Postupak

za nadzor nad izvršavanjem presude od 5. srpnja 2011. godine još uvijek je u tijeku pred Odborom ministara.

D. Podnositeljičin zahtjev za preispitivanjem

24. Istovremeno, 18. listopada 2011. godine, pozivajući se na članak 449. stavak 1. točku g. Zakona o kaznenom postupku, podnositeljica zahtjeva podnijela je Vrhovnom sudu zahtjev za preispitivanjem. Navela je kako presuda Prizivnog suda od 19. prosinca 2007. godine nije spojiva s presudom Suda od 5. srpnja 2011. godine.

25. Tužiteljstvo je izjavilo kako zahtjev treba prihvatiti na temelju toga što postoje legitimne ozbiljne sumnje u pogledu osuđujuće presude donesene protiv nje, posebno u pogledu određivanja kazne.

26. U presudi od 21. ožujka 2012. godine, Vrhovni sud odbio je odobriti preispitivanje. Smatrao je kako nema razloga za preispitivanjem zbog toga što presuda Prizivnog suda nije bila nespojiva s presudom Suda. Smatrao je kako neodržavanje rasprave pred Prizivnim sudom za podnositeljicu zahtjeva predstavlja postupovnu nepravilnost koja ne podliježe preispitivanju, te je utvrdio kako slijedi:

„... prema domaćem pravu, zahtjev za preispitivanjem moguće je podnijeti isključivo u pogledu presuda (posebice osuđujućih presuda), a ne u pogledu rješenja koja se odnose na vođenje postupka pri čemu se smatra da „presuda” označava svaku sudsku odluku o predmetu ili o postupovnoj primjeni (vidi članak 156. stavak 2. Zakona o parničnom postupku).

Ipak, u svjetlu domaćeg prava, preispitivanje presude u ovom predmetu ne može biti dopušteno na osnovi na koju se poziva podnositeljica zahtjeva zbog toga što osuđujuća presuda nije nespojiva s presudom Suda (članak 449. stavak 1. točka g. Zakon o kaznenom postupku). S druge strane, postupak kojega se pridržavao Prizivni sud održavajući raspravu na kraju koje je određeno da je žalba nespojiva s onim što je Sud smatrao odlučujućim za jamčenje prava na obranu.

Prema domaćem pravu, gdje je optuženik zakonski obvezan pojaviti se na sudu, njegova odnosno njezina odsutnost uključuje nepopravljivu ništavost (članak 119. točka c. Zakona o kaznenom postupku).

Ipak, čak i kada je ništavost nepopravljiva, ona ne može dovesti do izvanrednog zahtjeva za preispitivanjem presude...

Štoviše, kako je to primijetio Sud, nije moguće spekulirati o odluci koju bi Prizivni sud možda donio da je osuđena osoba ispitana na raspravi koja je dovela do odluke o njezinoj žalbi i, posebice, o tome bi li kazna bila ista ili ne.

Sud je tako od samog početka isključio svaku mogućnost da bi njegova odluka mogla stvoriti ozbiljne dvojbe o osuđujućoj presudi bez obzira na stvarno izrečenu kaznu.

Ukratko, osuđujuća presuda nije nespojiva s obvezujućom odlukom Suda i nisu nastale nikakve ozbiljne dvojbe u pogledu njezine valjanosti.

Zbog tog razloga, svjestan kako nije uvijek moguće osigurati ponovno suđenje ili ponovno otvaranje postupka temeljem primjenjivog domaćeg prava, kako je tome slučaj u ovom predmetu, Sud je odlučio zahtijevati od države Portugal da osigura

naknadu podnositeljici zahtjeva u pogledu neimovinske štete i time pruži pravnu zaštitu, ne zbog nepravdičnosti osuđujuće presude, što nije utvrđeno, već zbog ozbiljnog nedostatka u vođenju postupka kojim se mijesalo u prava podnositeljice zahtjeva na obranu...

Zbog prethodno navedenih razloga, tvrdnja podnositeljice zahtjeva kojom podupire svoj zahtjev da joj se odobri preispitivanje nije potkrijepljen.

Posljedično, suci kaznenog odjela Vrhovnog suda odlučuju ne odobriti preispitivanje.”

II. MJERODAVNO DOMAĆE PRAVO I PRAKSA

D. Zahtjev za preispitivanjem

27. Člankom 449. stavkom. 1 točkom g. Zakona br. 48/2007 od 29. kolovoza 2007. godine kojim se mijenja Zakon o kaznenom postupku uspostavlja se novi temelj za zahtjev za preispitivanjem pravomoćne presude. Mjerodavni članak formuliran je na sljedeći način:

Članak 449. (osnove za podnošenje zahtjeva za preispitivanjem)

„1. Moguće je preispitati presudu koja je postala pravomoćna i to na sljedećim osnovama:

(a) pravomoćnom presudom utvrđeno je da su dokazi na kojima počiva osuđujuća presuda nevaljani;

(b) jedan od sudaca ili porotnika koji su sudjelovali u postupku koji je doveo do pravomoćne presude pravomoćno je osuđen zbog djela povezanog s izvršavanjem njegovih ili njezinih dužnosti;

(c) činjenice iz kojih proistječe osuda nespojive su s činjenicama utvrđenima u nekoj drugoj presudi gdje takva razlika stvara ozbiljnu sumnju u valjanost osuđujuće presude;

(d) nakon donošenja pravomoćne presude, otkriveni su novi dokazi koji stvaraju ozbiljnu sumnju u pogledu valjanosti osuđujuće presude;

(e) osuđujuća presuda temeljila se na nezakonito pribavljenim dokazima;

(f) Ustavni sud proglasio je neustavnim jednu od odredbi na kojoj se temelji osuđujuća presuda;

(g) osuđujuću presudu nije moguće uskladiti s presudom koja je obvezujuća za državu Portugal, a koju je izreklo međunarodno tijelo ili takva presuda baca ozbiljnu sumnju u valjanost predmetne osuđujuće presude.

2. Za potrebe prethodnog stavka, svaka odluka kojom se obustavlja kazneni postupak smatrat će se presudom.

3. Za potrebe stavka 1. točke d., zahtjev za preispitivanjem bit će dopušten ako mu je jedini cilj osigurati drugačiju kaznu.

4. Zahtjev za preispitivanjem može biti dopušten čak i ako je postupak obustavljen, kazna je u potpunosti odslužena ili je vremenski rok za njezinu provedbu istekao.”

28. U presudi od 27. svibnja 2009. godine (domaći postupak br. 55/01.OTBEPS-A.S1), Vrhovni sud je utvrdio da novi temelj, kako je opisan u članku 449. stavku 1. točki g. Zakona o kaznenom postupku, za preispitivanje pravomoćne presude mora biti tumačen restriktivno. U svjetlu Preporuke br. R (2000) 2 Odbora ministara, smatrao je da je ponovno otvaranje postupka nužno „kada je odlukom Europski sud za ljudska prava zaključio da je domaća presuda bila suprotna Konvenciji ili kada postoje postupovne greške ili nedostaci takve težine da bacaju ozbiljnu sumnju na odluku (*fortes dúvidas sobre a decisão*) donesenu na završetku postupka i istovremeno gdje oštećena stranka nastavlja trpjeti vrlo ozbiljne nepovoljne učinke uslijed te nacionalne odluke, a te učinke nije moguće otkloniti putem dodjeljivanja pravične naknade od strane Suda, a *restitutio in integrum* je moguće postići jedino pomoću novog suđenja ili ponovnog otvaranja postupka”.

U posebnom mišljenju, jedan od tri sudaca u vijeću koje je razmatralo zahtjev za preispitivanjem, premda se složio s odlukom, izrazio je stajalište prema kojemu je tumačenje članka 449. stavka 1. točke g. od strane Vrhovnog suda bilo suviše restriktivno. Sudac je naveo sljedeće:

„Prema mom viđenju, nova točka g. članka 449. stavka 1. Zakona o kaznenom postupku uvela je mehanizam za izvršavanje presuda koje su donijeli međunarodni sudovi i koje država Portugal priznaje kao obvezujuć, gdje ga se poziva da razmotri zahtjev za preispitivanjem, Vrhovni sud mora se ograničiti na utvrđivanje je li zadovoljen formalni uvjet naveden [u članku 449. stavku 1. točki g.], i to postojanje presude koju je donijelo međunarodno tijelo, koja je obvezujuća za državu Portugal, koja je nespojiva s osuđujućom presudom ili koja baca ozbiljnu sumnju na njezinu valjanost. U toj fazi postupka, jedini zadatak Vrhovnog suda je – ponavljam – odrediti je li taj formalni uvjet za odobravanje preispitivanja zadovoljen. Bit će zadatak tijela koje izvršava preispitivanje da donese novu presudu (članci 460. et seq. Zakona o kaznenom postupku) koja uključuje izvršavanje odluke Europskog suda za ljudska prava.”

29. U predmetnoj presudi, Vrhovni sud je prihvatio zahtjev za ponovno otvaranje kaznenog postupka u kojemu je novinar osuđen zbog kršenja sudske tajne (*segredo de justiça*), uzimajući u obzir utvrđenja Suda u predmetu *Campos Dâmaso protiv Portugala* (br. 17107/05, 24. travnja 2008.) da je tom presudom prekršeno pravo podnositelja zahtjeva temeljem članka 10. Konvencije.

30. Vrhovni sud je prihvatio tri zahtjeva za preispitivanjem temeljem članka 449. stavka 1. točke g. Zakona o kaznenom postupku koji se odnose na osuđujuće presude zbog klevete koje je Sud smatrao nespojivima s člankom 10. Konvencije:

(a) u svojoj presudi od 23. travnja 2009. godine, (domaći postupak br. 104/02.5TACTB-A.S1) koja se odnosi na osuđujuću presudu donesenu u kaznenom postupku protiv autora knjige zbog klevete, Vrhovni sud je utvrdio da je ta osuđujuća presuda nespojiva s presudom Suda u predmetu *Azevedo protiv Portugala* (br. 20620/04, 27. ožujka 2008.);

(b) u svojoj presudi od 15. studenog 2012. godine, (domaći postupak br. 23/04.0GDSCD-B.S1) koja se odnosi na osuđujuću presudu zbog klevete, Vrhovni sud je utvrdio da je ta osuđujuća presuda nespojiva s presudom Suda u predmetu *Alves da Silva protiv Portugala* (br. 41665/07, 20. listopada 2009.); i

(c) u svojoj presudi od 26. ožujka 2014. godine, (domaći postupak br. 5918/06.4TDPRT.P1) koja se odnosi na ponovno otvaranje kaznenog postupka u kojemu je autor knjige osuđen zbog klevete i novčano kažnjen, Vrhovni sud je utvrdio da je ta osuđujuća presuda nespojiva s presudom Suda u predmetu *Sampaio e Paiva de Melo protiv Portugala* (br. 33287/10, 23. srpnja 2013.). Utvrdio je, posebice, kako ponovno otvaranje postupka nije namijenjeno ponovnom ispitivanju presude koja je već donesena već osiguravanju nove odluke nakon ponovnog suđenja na temelju novih dokaza.

B. Ostale mjerodavne odredbe

31. Ostale mjerodavne odredbe Zakona o kaznenom postupku u mjerodavnom su razdoblju glasile:

Članak 119. (nepopravljiva ništavost)

„Sljedeće će predstavljati temelje za nepopravljivu ništavost (*nulidades insanáveis*), na koju se mora pozvati *proprio motu* u svakoj fazi postupka, uz one koji su određeni u drugim zakonskim odredbama:

- (a) povreda zakonskih odredbi kojima se uređuje sastav suda;
- (a) povreda zakonskih odredbi kojima se uređuje uloga ureda javnog tužitelja tijekom faze kaznenog progona;
- (c) izostanak tuženika ili branitelja u okolnostima u kojima je njihovo pojavljivanje zahtijevano zakonom;
- (d) izostanak obveznih koraka u provedbi postupka;
- (e) povreda pravila koja se odnose na nadležnost suda...;
- (f) vođenje postupka u skladu s neodgovarajućim procedurama.”

Članak 122. (posljedice ništavosti)

„1. Čin za koji se utvrdi da predstavlja ništavost, zajedno sa svim drugim djelima koja proistječu iz njega, smatrat će se nevaljanim.

2. Sud koji utvrdi postojanje ništavosti odredit će koji se čin ima smatrati nevaljanim i naložit će, kad god je to nužno i moguće, ponavljanje tog čina. Sve povezane troškove snosit će stranka koja je odgovorna za čin koji se smatra nevaljanim.

3. Sud koji smatra čin nevaljanim potvrdit će, kada je to moguće, da su ostali koraci u postupku i dalje valjani.”

Članak 450. (*locus standi*)

„Preispitivanje presude može zatražiti:

(a) državni odvjetnik;

...

(c) osuđena osoba.”

Članak 457. (odobravanje preispitivanja)

„1. Kada se odobri preispitivanje, Vrhovni sud uputit će predmet najbližem mogućem sudu iste kategorije i istog sastava kao što je bio sud koji je donio odluku koja je predmet preispitivanja.

2. Ako osuđena osoba izdržava zatvorsku kaznu ili je podvrgnuta sigurnosnoj mjeri, Vrhovni sud će odlučiti, uzimajući u obzir ozbiljnost sumnji koje se odnose na tu osuđujuću presudu, hoće li se izvršavanje kazne ili mjere privremeno obustaviti.

3. Ako se naloži takva privremena obustava ili osuđena osoba još nije počela izdržavati kaznu, Vrhovni sud može naložiti preventivnu mjeru.”

Članak 458. (ukidanje nespojivih presuda)

„1. Ako je odobreno preispitivanje temeljem članka 449. stavka 1. točke c. zbog postojanja nespojivih presuda uslijed osuđujućih presuda protiv različitih osoba zbog istih djela, Vrhovni sud će ukinuti presude, naložiti ponovno suđenje svim dotičnim pojedincima i vratiti predmet nadležnom sudu.

2. U slučaju ponovnog suđenja, predmeti će se spojiti.

3. Ukidanje presude dovest će do prestanka izvršavanja presude. Vrhovni sud ipak može naložiti preventivne mjere u odnosu na pojedince kojima se ponovno sudi.”

Članak 460. (ponovno suđenje)

„1. Kada se predmet jednom pripremi za suđenje, odredit će se datum rasprave i slijedit će se uobičajena postupovnih pravila.

2. Ako je preispitivanje odobreno na temelju članka 449. stavka 1. točke a. ili b., pojedincima koji su osuđeni ili protiv kojih je pokrenut postupak zbog djela koja su bila odlučna za ishod postupka koji se ponovno otvara neće biti dopušteno sudjelovanje u ponovnom suđenju.”

III. PREPORUKA br. R (2000) 2 ODBORA MINISTARA

32. U svojoj Preporuci br. R (2000) 2, donesenoj 19. siječnja 2000. godine na 694. sastanku zamjenika ministara, Odbor ministara je naveo kako je njegova praksa u pogledu nadzora izvršavanja presuda Suda pokazala da se u iznimnim okolnostima preispitivanje predmeta ili ponovno otvaranje postupka pokazalo najučinkovitijim, ako ne i jedinim, sredstvom kojim se postiže *restitutio in integrum*. Stoga je pozvao države da uvedu mehanizme za preispitivanje predmeta u kojima je Sud utvrdio povredu Konvencije, posebno kada:

„(i) oštećena stranka nastavlja trpjeti vrlo ozbiljne negativne posljedice zbog ishoda predmetne domaće odluke koje nisu na odgovarajući način otklonjene pravičnom naknadom i ne mogu se ispraviti osim ponovnim razmatranjem ili ponovnim otvaranjem, i

(ii) presuda Suda vodi k zaključku da

(a) osporena domaća odluka je u meritumu suprotna Konvenciji, ili

(b) utvrđena povreda temelji se na postupovnim greškama ili nedostacima takve težine da se baca ozbiljna sumnja na ishod domaćeg postupka kojemu se prigovara.”

33. Memorandum obrazloženja navodi općenitije primjedbe u vezi pitanja koja nisu izrijekom obrađena u Preporuci. U pogledu predmeta koji odgovaraju prethodno navedenim kriterijima, primjećuje sljedeće:

„12. Svrha točke (ii) je naznačiti... onu vrstu povreda kod kojih će ponovno ispitivanje predmeta ili ponovno otvaranje postupka biti od posebne važnosti. Primjeri situacija na koje se cilja pod točkom a. su osuđujuće presude u kaznenim postupcima kojima se krši članak 10. zbog toga što izjave koje su domaća tijela okarakterizirala kao kaznena djela predstavljaju legitimno uživanje slobode izražavanja stranke koja je pretrpjela povredu ili one kojima se krši članak 9. zbog toga što je ponašanje, okarakterizirano kao kazneno djelo, legitimno uživanje slobode vjeroispovijesti. Primjeri situacija na koje se cilja pod točkom b. su one gdje stranka koja je pretrpjela povredu nije imala niti vremena niti sredstva za pripremanje svoje obrane u kaznenom postupku, gdje se osuđujuća presuda temelji na izjavama pribavljenima mučenjem ili na materijalu koji stranka koja je pretrpjela povredu nije mogla provjeriti ili gdje stranke u parničnom postupku nisu tretirane s dužnim poštovanjem za načelo jednakosti oružja. Svi takvi nedostaci moraju, kako se čini iz teksta samih preporuka, biti takve težine da se baca ozbiljna sumnja na ishod domaćeg postupka.”

IV. PRAVO I PRAKSA U DRŽAVAMA ČLANICAMA VIJEĆA EUROPE

34. Komparativna studija zakonodavstva i prakse u četrdeset i tri države članice Vijeća Europe pokazuje kako su brojne države članice uvele domaće mehanizme za zahtijevanje, na temelju utvrđenja povrede Konvencije od strane Suda, ponovno ispitivanje ili ponovno otvaranje kaznenopravnih predmeta u kojima je donesena pravomoćna sudska odluka.

35. Posebice, u značajnom broju tih država, domaći Zakon o kaznenom postupku izrijekom ovlašćuje pojedinca, u odnosu na kojega je Sud donio presudu kojom se utvrđuje povreda Konvencije u kaznenopravnom predmetu, da zatraži ponovno razmatranje ili ponovno otvaranje predmeta na temelju tog utvrđenja. Među te države članice pripadaju: Andora, Armenija, Austrija, Azerbajdžan, Belgija, Bosna i Hercegovina, Bugarska, Hrvatska, Češka Republika, Estonija, Francuska, Gruzija, Njemačka, Grčka, Mađarska, Latvija, Litva, Luksemburg, Makedonija, Moldova, Monako, Crna Gora, Nizozemska, Norveška, Poljska, Rumunjska, Rusija, San Marino, Srbija, Slovačka, Slovenija, Španjolska, Švicarska, Turska i Ukrajina.

36. U većini tih država, zahtjev za ponovnim razmatranjem ili ponovnim otvaranjem mora se podnijeti sudu, no razina nadležnosti varira od jedne

države do druge. U nekim državama, pogođeni pojedinci moraju podnijeti zahtjev najvišem sudu, to jest Vrhovnom sudu (Albanija, Andora, Armenija, Austrija, Azerbajdžan, Belgija, Bugarska, Estonija, Grčka, Mađarska, Litva, Luksemburg, Moldova, Monako, Nizozemska, Poljska, Rusija, Španjolska i Švicarska) ili Ustavnom sudu (Češka Republika). U drugima, zahtjev za ponovno ispitivanje ili ponovno otvaranje predmeta mora se podnijeti sudu koji je donio odluku kojoj se prigovara (Hrvatska, Makedonija, Slovenija, Turska i Ukrajina).

37. U nekim državama članicama, zahtjev za ponovnim ispitivanjem ili ponovnim otvaranjem predmeta mora se podnijeti tijelima koja nisu sudska, kao što su neovisna upravna ili kvazi-pravosudna povjerenstva (Island, Norveška i Ujedinjeno Kraljevstvo), ministru pravosuđa (Luksemburg), premijeru koji ima diskrecijsko pravo uputiti predmet kaznenom prizivnom sudu (Malta) ili javnom tužitelju (Latvija).

38. Ponovno ispitivanje ili ponovno otvaranje predmeta obično se ne odobrava automatski i primjena mora zadovoljiti kriterije dopuštenosti kao što su usklađenost s rokovima i postupovnim formalnostima. U nekim državama, nacionalno zakonodavstvo određuje dodatne uvjete: na primjer, podnositelji zahtjeva moraju navesti pravni temelj kojim potkrepljuju svoj zahtjev (Njemačka, Makedonija i Turska), pozvati se na novu okolnost (Armenija) ili izložiti dovoljne činjenice i dokaze da potkrijepe zahtjev (Italija i Makedonija).

39. Konačno, u drugim državama članicama, ponovno ispitivanje ili ponovno otvaranje kaznenopravnih predmeta na temelju utvrđenja Suda o postojanju povrede Konvencije trenutačno nije izrijekom predviđeno u domaćem pravu (tome je tako, na primjer, u Albaniji, Danskoj, Islandu, Italiji, Malti, Švedskoj i Ujedinjenom Kraljevstvu). Ipak, u nekim od tih država, ta je mogućnost dostupna putem ekstenzivnog tumačenja općih odredbi o ponovnom otvaranju postupka (na primjer u Albaniji, Danskoj, Italiji i Švedskoj). Samo u jednoj državi članici, Lihtenštajnu, ne postoji mogućnost ponovnog ispitivanja ili ponovnog otvaranja kaznenopravnog predmeta na temelju presude Europskog suda za ljudska prava.

PRAVO

I. NAVODNA POVREDA ČLANKA 6. KONVENCije

40. Podnositeljica zahtjeva prigovara zbog toga što je Vrhovni sud odbio njezin zahtjev za preispitivanjem presude donesene protiv nje u kaznenom postupku. Navela je da presuda Vrhovnog suda predstavlja „uskraćivanje pravde” jer je taj sud nepravilno protumačio i primijenio mjerodavne odredbe Zakona o kaznenom postupku i zaključke presude Suda iz 2011. godine te je

njoj tako uskratio pravo na preispitivanje osuđujuće presude donesene protiv nje. Pozvala se na povredu članka 6. stavka 1. Konvencije čiji mjerodavni dijelovi glase:

„Pri utvrđivanju ... bilo kojeg kaznenog djela protiv osobe svatko ima pravo na pravedno ... suđenje ... pred ... neovisnim i nepristranim sudom ...”

A. Dopuštenost

1. Tvrdnje stranaka

41. Vlada je prigovorila da Sud nema nadležnost *ratione materiae* za odlučivanje o meritumu prigovora kojega je podnositeljica zahtjeva podnijela temeljem članka 6. Konvencije.

42. Tvrdili su, prvo, da novi zahtjev nije uključivao nikakve nove činjenice u usporedbi s prethodnim. On se isključivo odnosio na izvršavanje presude Suda iz 2011. godine i stoga članak 46. ne dopušta Sudu da ga razmatra.

43. Vlada je tvrdila, kao drugo, da članak 6. Konvencije nije primjenjiv na postupak pred Vrhovnim sudom za odobravanje preispitivanja presude Prizivnog suda od 19. prosinca 2007. godine i da ovaj predmet ne uključuje nikakva činjenična ili pravna pitanja koja bi mogla pokrenuti novo razmatranje od strane Suda temeljem članka 6. Konvencije.

Prema mišljenju Vlade, podnositeljica zahtjeva nije se mogla pozivati na nikakvo pravo na preispitivanje pravomoćne presude u kaznenom postupku. Izvanredan zahtjev za preispitivanjem predviđen člankom 449. Zakona o kaznenom postupku razlikovao se po prirodi, opsegu i specifičnim svojstvima od drugih redovnih pravnih sredstava dostupnih u portugalskom pravu (žalbe, u kojima se cijeli predmet upućuje prizivnom sudu na odlučivanje i *revista* žalbe, koje su se odnosile na primjenu zakona i, u iznimnim predmetima, ozbiljne činjenične nepravilnosti). Prema portugalskim pravilima o kaznenom postupku, nadležnost Vrhovnog suda ograničena je na odobravanje ili odbijanje ponovnog otvaranja postupka i svaka odluka o odobravanju takvog zahtjeva dovela je do upućivanja predmeta prvostupanjskom sudu.

44. U ovom predmetu, Vrhovni sud se ograničio na određivanje, u svjetlu domaćeg prava i zaključaka Suda, jesu li zadovoljeni uvjeti za ponovno otvaranje postupka. U tom je cilju usporedio presudu koju je donio Prizivni sud 19. prosinca 2007. godine s onom što ju je donio Sud 5. srpnja 2011. godine isključivo radi utvrđivanja jesu li one spojive i je li presuda Suda dovela do nastanka ikakvih ozbiljnih sumnji u pogledu valjanosti osuđujuće presude protiv podnositeljice zahtjeva.

45. S druge strane, podnositeljica zahtjeva je tvrdila kako presuda Vrhovnog suda od 21. ožujka 2012. godine sadrži nove informacije i da je

članak 6. Konvencije primjenjiv na postupak koji se tiče njezinog zahtjeva za preispitivanjem.

2. Ocjena Suda

46. Proučavajući dopuštenost ovog zahtjeva, Sud prije svega mora utvrditi je li nadležan razmatrati prigovor podnositeljice zahtjeva bez povrede prava tužene države i Odbora ministara temeljem članka 46. Konvencije i, ako je tome tako, je li mehanizam zaštite iz članka 6. Konvencije primjenjiv na predmetni postupak.

(a) Sprečava li članak 46. Konvencije razmatranje prigovora temeljem članka 6. Konvencije od strane Suda?

(i) Opća načela

47. Sud primjećuje da je u svojim presudama u predmetima *Bochan protiv Ukrajine* (br. 2) ([VV], br. 22251/08, ESLJP 2015.) i *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) protiv Švicarske* (br. 2) ([VV], br. 32772/02, ESLJP 2009.) i svojoj odluci u predmetu *Egmez protiv Cipra* ((odl.), br. 12214/07, odl. 48.-56., 18. rujna 2012.) razmotrio pitanje svoje nadležnosti u odnosu na prava tužene države i Odbora ministara temeljem članka 46. Konvencije. Načela koja je Sud naveo u tim presudama i toj odluci mogu se sažeti kako slijedi:

(a) Utvrđenja povreda u presudama Suda u suštini su deklaratorna i, prema članku 46. Konvencije, visoke ugovorne stranke preuzele su obvezu da će se postupati u skladu s konačnim presudama Suda u svakom predmetu u kojemu su stranke, time da izvršenje nadzire Odbor ministara (vidi *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT)* (br. 2), naprijed citirano, odlomak 61.).

(b) Međutim, uloga Odbora ministara u ovom području ne znači da mjere koje je poduzela tužena država kako bi ispravila povredu koju je utvrdio Sud ne mogu otvoriti novo pitanje o kojem nije odlučeno u presudi, i kao takvo, predstavljati predmet novoga zahtjeva o kojemu Sud može odlučivati. Drugim riječima, Sud može postupati po prigovoru da je ponavljanje postupka na domaćoj razini, kao provedba jedne od njegovih presuda, dovelo do nove povrede Konvencije (*ibid.*, odlomak 62.; vidi također *Bochan* (br. 2), naprijed citirano, odlomak 33., i *Egmez*, naprijed citirano, odlomak 51.).

(c) Na toj osnovi, Sud je utvrdio da je nadležan postupati po prigovorima u nekoliko predmeta koji predstavljaju naknadnu obradu, na primjer kada domaća tijela izvrše novo razmatranje predmeta provodeći jednu od presuda Suda – ponovno otvorivši postupak ili pokrenuvši posve nov postupak (vidi *Egmez*, naprijed citirano, odlomak 52., i upućivanja u tom predmetu).

(d) Proistječe iz sudske prakse Suda da utvrđivanje postojanja „novog pitanja” u velikoj mjeri ovisi o specifičnim okolnostima određenog predmeta i da razlike između predmeta nisu uvijek jasno vidljive (vidi *Bochan (br. 2)*, naprijed citirano, odlomak 34., i, u smislu razmatranja te sudske prakse, *Egmez*, naprijed citirano, odlomak 54.). Nema miješanja u ovlasti koje su dodijeljene Odboru ministara člankom 46. za nadzor izvršavanja presuda Suda i ocjenjivanje provedbe mjera koje su donijele države temeljem tog članka kada Sud mora postupati s mjerodavnim novim informacijama u kontekstu novog zahtjeva (vidi *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) (br. 2)*, naprijed citirano, odlomak 67.).

48. Sud ponavlja da on nije nadležan naložiti, konkretno, ponovno otvaranje postupka (*ibid.*, odl. 89.). Bez obzira na to, kako je navedeno u Preporuci br. R (2000) 2 Odbora ministara, praksa Odbora ministara u pogledu nadzora izvršavanja presuda Suda pokazala je da se u iznimnim okolnostima preispitivanje predmeta ili ponovno otvaranje postupka pokazalo najučinkovitijim, ako ne i jedinim, sredstvom kojim se postiže *restitutio in integrum*, to jest osiguravanje da žrtva povrede bude oštećena, u onoj mjeri u kojoj je to moguće, vraćanjem u stanje koje je uživala prije povrede Konvencije. Među predmetima u kojim Sud utvrdi povredu, ponovno razmatranje ili ponovno otvaranje bit će posebno važno u području kaznenog prava sukladno memorandumu objašnjenja uz Preporuku (vidi prethodne odlomke 32. i 33.).

49. Stoga je jasno, u pogledu ponovnog otvaranja postupka, da Sud nije nadležan naložiti takvu mjeru. Ipak, kada je pojedinac osuđen nakon postupka koji je uključivao povrede zahtjeva članka 6. Konvencije, Sud može naznačiti da ponovno suđenje ili ponovno otvaranje predmeta, ako je zatraženo, predstavlja u načelu odgovarajući način ispravljanja povrede (vidi *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) (br. 2)*, naprijed citirano, odl. 89.). Na primjer, u specifičnom kontekstu predmeta koji se odnose na neovisnost i nepristranost turskih sudova za nacionalnu sigurnost, Sud smatra da bi, u načelu, najprikladniji mehanizam pravne zaštite bio da se podnositelju zahtjeva sudi pred neovisnim i nepristranim sudom (vidi *Gençel protiv Turske*, br. 53431/99, odl. 27., 23. listopada 2003.).

50. Pristup je potvrđen u predmetu *Öcalan protiv Turske* ([VV], br. 46221/99, odl. 210., ESLJP 2005-IV) i *Sejdovic protiv Italije* ([VV], br. 56581/00, ESLJP 2006-II). U potonjoj presudi, Sud je naveo opća načela (odl. 126. i 127.) koja se mogu sažeti kako slijedi:

(a) Kada je pojedinac osuđen nakon postupka koji je uključivao povrede zahtjeva članka 6. Konvencije, ponovno suđenje ili ponovno otvaranje predmeta, ako je zatraženo, predstavlja u načelu odgovarajući mehanizam pravne zaštite od te povrede. Ipak, specifične sanacijske mjere, ako ih ima, koje se zahtijevaju od tužene države kako bi izvršila svoje obveze temeljem Konvencije, moraju ovisiti o određenim okolnostima pojedinačnog predmeta i moraju biti određene u svjetlu

presude Suda u tom predmetu i uz dužnu pažnju prema sudskoj praksi Suda.

(b) Posebice, nije na Sudu da naznačuje kako će bilo koje novo suđenje teći i koji će ono oblik poprimiti. Tužena država ostaje slobodna odabrati način na koji će izvršiti svoju obvezu dovođenja podnositelja zahtjeva, u onoj mjeri u kojoj je to moguće, u položaj u kojem bi bio da zahtjevi Konvencije nisu bili zanemareni, pod uvjetom da su takva sredstva spojiva sa zaključcima navedenima u presudi Suda i s pravima obrane.

51. U iznimnim predmetima, sama priroda utvrđene povrede može biti takva da ne ostavlja nikakvog stvarnog odabira u pogledu mjera potrebnih za ispravljanje iste, i to će navesti Sud da naznači samo jednu takvu mjeru (vidi, na primjer, *Assanidze protiv Gruzije* [VV], br. 71503/01, odl. 202. i 203., ESLJP 2004-II, i *Del Río Prada protiv Španjolske* [VV], br. 42750/09, odl. 138. i 139., ESLJP 2013.). S druge strane, u nekim od svojih presuda, Sud je sam izrijekom isključio ponovno otvaranje, nakon što je utvrdio povredu članka 6. Konvencije, postupaka zaključenih pravomoćnim sudskim odlukama (vidi, na primjer, *Henryk Urban i Ryszard Urban protiv Poljske*, br. 23614/08, odl. 66., 30. studenog 2010.).

(ii) *Primjena prethodnih načela na ovaj predmet*

52. Prethodno spomenuta opća načela ukazuju da utvrđivanje, od strane Suda, da je došlo do povrede članka 6. Konvencije ne zahtijeva automatski ponovno otvaranje domaćeg kaznenog postupka. Ipak, to je u načelu, prikladan i često najprikladniji način prekidanja povrede i pružanja pravne zaštite od njezinih učinaka.

53. Ovaj stav je potkrijepljen širokim rasponom pravnih sredstava u Europi koja omogućavaju pojedincima da zatraže, nakon što Sud utvrdi povredu Konvencije, ponovno otvaranje kaznenog predmeta koji je zaključen pravomoćnom presudom. U vezi s time, Sud primjećuje da nema jednoobraznog pristupa među državama ugovornicama u pogledu prava na podnošenje zahtjeva za ponovno otvaranje postupaka koji su zaključeni. Također primjećuje da u većini tih država, ponovno otvaranje postupka nije automatsko i podliježe kriterijima dopuštenosti čije ispunjavanje nadziru domaći sudovi koji imaju veću slobodu procjene u toj sferi (vidi odlomke 34 et seq. u prethodnom tekstu).

54. U ovom predmetu, Sud primjećuje da premda se postupak o kojemu je odlučivao Vrhovni sud neupitno odnosio na izvršavanje presude Suda iz 2011. godine, bio je nov u odnosu na domaći postupak koji čini predmet te presude i slijedio je nakon njega. U pogledu prigovora podnositeljice zahtjeva, Sud primjećuje da se on odnosi na razloge koje je Vrhovni sud naveo za odbijanje zahtjeva za preispitivanjem. S obzirom da je tome tako, pitanje je li postupak za razmatranje zahtjeva za preispitivanjem bio spojiv sa standardima poštenog suđenja koji proistječu iz članka 6. Konvencije može se ispitati odvojeno od aspekata koji se odnose na izvršavanje presude koju

je Sud donio 2011. godine (vidi, *mutatis mutandis*, *Bochan* (br. 2), naprijed citirano, odl. 37.).

55. Sud stoga primjećuje da je prilikom razmatranja zahtjeva za preispitivanjem, Vrhovni sud imao pred sobom novo pitanje, to jest valjanost osuđujuće presude protiv podnositeljice zahtjeva u svjetlu utvrđenja povrede prava na pošteno suđenje. Odbijajući argument podnositeljice zahtjeva da je osuđujuća presuda protiv nje nespojiva s presudom Suda iz 2011. godine, Vrhovni sud je izvršio vlastito tumačenje presude Suda, utvrdivši da su zaključci Suda zapravo spojivi s presudom Prizivnog suda. Sukladno tome, odlučio je da je ponuđeni argument kojim se potkrepljuje zahtjev za preispitivanjem temeljem članka 449. stavka 1. točke g. – članka kojega je Sud izrijeком spomenuo kao članka kojim se dopušta ponovno otvaranje postupka – neutemeljen.

56. U svjetlu prethodnoga, Sud smatra da je navodni nedostatak pravičnosti procedure koja se primjenjivala u razmatranju zahtjeva za preispitivanjem i, još točnije, greške koje su, prema tvrdnjama podnositeljice zahtjeva, učinile zaključivanje Vrhovnog suda nevaljanim, predstavljaju nove informacije u odnosu na prethodnu presudu Suda.

57. Nadalje, Sud primjećuje kako je procedura nadzora izvršavanja presude još uvijek u tijeku pred Odborom ministara (vidi prethodni odlomak 23.), premda to ne sprečava Sud u razmatranju novog zahtjeva u onoj mjeri u kojoj on uključuje nove aspekte o kojima nije odlučeno u početnoj presudi.

58. Sud stoga utvrđuje da članak 46. Konvencije ne priječi njegovo razmatranje novog prigovora temeljem članka 6. Konvencije.

59. Kako je zaključio da je nadležan razmotriti prigovor podnositeljice zahtjeva, Sud će sada razmotriti primjenjuje li se članak 6. Konvencije na predmetni postupak.

(b) Je li novi prigovor podnositeljice zahtjeva spojiv *ratione materiae* s člankom 6 stavkom 1. Konvencije?

(i) Opća načela

60. Sud ponavlja da je u predmetu *Bochan* (br. 2) (naprijed citirano) razmotrio pitanje primjenjivosti članka 6. na pravna sredstva koja se tiču ponovnog otvaranja parničnih postupaka koji su zaključeni pravomoćnim sudskim odlukama. Načela koja je Sud naveo u tom predmetu mogu se sažeti na sljedeći način:

(a) Sukladno dugogodišnjoj i ustaljenoj sudskoj praksi, Konvencija ne jamči pravo na ponovno otvaranje okončanog predmeta. Izvanredna pravna sredstva kojima je moguće tražiti ponovno otvaranje okončanih sudskih postupaka obično ne uključuju utvrđivanje „građanskih prava i obveza” ili „svake optužbe za kaznena djela” i stoga se smatra kako se članak 6. ne primjenjuje na njih. Taj je pristup također primijenjen u predmetima gdje je ponovno otvaranje okončanih domaćih sudskih

postupaka zatraženo temeljem utvrđenja Suda o povredi Konvencije (*ibid.*, odl. 44.-45., s daljnjim upućivanjima).

(b) Ipak, ako bi izvanredno pravno sredstvo dovelo, automatski ili u određenim okolnostima, do potpunog ponovnog razmatranja predmeta, članak 6. primjenjuje se na uobičajen način na postupak „ponovnog razmatranja”. Štoviše, utvrđeno je kako je članak 6. također primjenjiv u određenim primjerima gdje su postupci, premda su smatrani „izvanrednima” ili „iznimnima” u domaćem pravu, smatrani sličnima prema njihovoj prirodi i opsegu običnim žalbenim postupcima, pri čemu se nacionalna karakterizacija postupaka ne smatra odlučujućom za pitanje primjenjivosti (*ibid.*, odl. 46.-47.).

(c) Sveukupno, premda članak 6. stavak 1. obično nije primjenjiv na izvanredna pravna sredstva kojima se može tražiti ponovno otvaranje okončanih sudskih postupaka, priroda, opseg i specifična svojstva mjerodavne procedure u predmetnom pravnom sustavu mogu biti takvi da dovode tu proceduru unutar područja djelovanja članka 6. stavka 1. i zaštitnih mehanizama kojima se štiti pravično suđenje koje su tom odredbom dane strankama u parničnom postupku (*ibid.*, odl. 50.).

61. U pogledu kaznenih postupaka, Sud je utvrdio kako članak 6. nije primjenjiv na zahtjeve za njihovo ponovno otvaranje uzimajući u obzir da osoba koja podnosi takav zahtjev nakon što je pravomoćno osuđena nije „optužena za kazneno djelo” u smislu tog članka. Isto tako, članak 6. nije primjenjiv na tvrdnje o ništavosti radi očuvanja zakona, iznesene s ciljem ukidanja pravomoćne presude nakon što je Sud utvrdio povredu jer predmetna osoba jednako tako nije „optužena za kazneno djelo” u takvom postupku (vidi, na primjer, *Fischer protiv Austrije* (odluka), br. 27569/02, ESLJP 2003-VI, i *Öcalan protiv Turske* (odluka), br. 5980/07, 6. srpnja 2010.).

62. Ipak, u sferi kaznenog prava, Sud je utvrdio da zahtjevi u pogledu pravne sigurnosti nisu apsolutni. Pitanja kao što su pojavljivanje novih činjenica, otkriće temeljnih nedostataka u prethodnom postupku koje su mogle utjecati na ishod predmeta ili potreba pružanja pravne zaštite, posebno u kontekstu izvršavanja presuda Suda, redom podupiru ponovno otvaranje postupka. Sukladno tome, Sud je utvrdio kako je puka mogućnost ponovnog otvaranja kaznenog postupka prima facie spojivo s Konvencijom (vidi *Nikitin protiv Rusije*, br. 50178/99, odl. 55.-57., ESLJP 2004-VIII). Ipak, naglasio je da ovlasti viših sudova za provedbu preispitivanja treba jedino koristiti kako bi se ispravilo greške pravosuđa i sudskih pogrešaka, a ne radi provedbe novog ispitivanja. Preispitivanje ne treba tretirati kao prikrivenu žalbu i puka mogućnost postojanja dva gledišta na neku temu nije temelj za ponovno razmatranje. Odstupanje od tog načela opravdano je samo kada ga okolnosti bitnog i uvjerljivog karaktera učine nužnim (vidi *Bujnița protiv Moldove*, br. 36492/02, odl. 20., 16. siječnja 2007., i *Bota protiv Rumunjske*, br. 16382/03, odl. 33. i 34., 4. studenog 2008.).

63. Sud je stoga zauzeo stav da osuđujuća presuda kojom se zanemaruju ključni dokaze predstavlja sudsku pogrešku, i ona kojom se ostavlja takve greške neispravljenima, može značajno utjecati na poštenost, integritet i javi ugled sudskog postupka (vidi *Lenskaya protiv Rusije*, br. 28730/03, odl. 39. i 40., 29. siječnja 2009., i *Giuran protiv Rumunjske*, br. 24360/04, odl. 39., ESLJP 2011. (izvadci)). Isto tako, Sud je utvrdio da je potvrđivanje, nakon postupka preispitivanja, osuđujuće presude kojom se povrijedilo pravo na pravično suđenje predstavljalo grešku u procjeni kojom se ponovilo tu povredu (vidi *Yaremenko protiv Ukrajine (br. 2)*, br. 66338/09, odl. 52.-56. i 64.-67., 30. travnja 2015.). S druge strane, proizvoljnim ponovnim otvaranjem kaznenog postupka, posebno na štetu osuđene osobe, krši se pravo na pošteno suđenje (vidi *Savinskiy protiv Ukrajine*, br. 6965/02, odl. 25, 28. veljače 2006.; *Radchikov protiv Rusije*, br. 65582/01, odl. 48, 24. svibnja 2007.; i *Ştefan protiv Rumunjske*, br. 28319/03, odl. 18., 6. travnja 2010.).

64. Sud je također razmotrio druge faze u kaznenom postupku gdje podnositelji zahtjeva više nisu bili „osobe optužene za kazneno djelo”, već osobe „osuđene” kao rezultat sudskih odluka koje se temeljem domaćeg prava smatraju pravomoćnima. Kako je „optužba za kazneno djelo” autonoman pojam i uzimajući u obzir utjecaj koji procedura za razmatranje revizije može imati na utvrđivanje optužbe za kazneno djelo, uključujući mogućnost ispravljanja pravnih grešaka, Sud je utvrdio da je takva procedura obuhvaćena zaštitnim mehanizmom članka 6. (vidi *Francuske [VV]*, br. 32911/96, 35237/97 i 34595/97, odl. 40., ESLJP 2002-VII), čak i kada se tretira kao izvanredno pravno sredstvo u domaćem pravu i odnosi na presudu protiv koje nije moguće uložiti redovnu žalbu. Na isti način, Sud je utvrdio da su zaštitni mehanizmi članka 6. primjenjivi na kazneni postupak u kojemu je nadležni sud počeo rad ispitivanjem dopuštenosti zahtjeva za odobravanje mogućnosti ulaganja žalbe s ciljem ukidanja osuđujuće presude (vidi *Monnell i Morris protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 2. ožujka 1987., odl. 54., Serija A br. 115.).

65. Iz prethodno iznesenih općih načela proistječe da je članak 6. Konvencije primjenjiv, u njegovom kaznenom aspektu, na kazneni postupak koji se tiče pravnih sredstava koja se kategoriziraju kao izvanredna u domaćem pravu i gdje je domaći sud pozvan odlučiti o optužbi. Sud stoga razmatra pitanje primjenjivosti članka 6. na izvanredna pravna sredstva nastojeći utvrditi je li domaći sud, tijekom razmatranja predmetnog pravnog sredstva, morao odrediti optužbu za kazneno djelo.

66. Sud naglašava da se njegova ocjena predmeta *Bochan (br. 2)* (naprijed citirano) fokusirala na pitanja koja se odnose na građanski aspekt članka 6. Konvencije. Ipak, postoje značajne razlike između parničnih i kaznenih postupaka.

67. Sud smatra da prava osoba optuženih za kazneno djelo ili protiv kojih je podignuta optužnica zbog kaznenog djela zahtijevaju veću zaštitu od prava

stranaka u parničnom postupku. Načela i standardi primjenjivi na kazneni postupak moraju stoga biti određeni s posebnom jasnoćom i preciznošću. Konačno, dok u parničnom postupku prava jedne od stranaka mogu biti u sukobu s pravima druge stranke, takva pitanja nisu prepreka mjerama poduzetima u korist osoba koje su optužene, protiv kojih je podnesena optužnica ili osuđena, bez obzira na prava čije poštovanje žrtve kaznenih djela mogu zahtijevati pred domaćim sudovima.

(ii) *Primjena prethodnih načela na ovaj predmet*

68. Pri primjeni prethodno navedenih načela u ovom predmetu, Sud želi naglasiti kako on uzima u obzir domaće pravo na način na koji ga tumače sudovi u tuženoj državi. U ovom predmetu, primjećuje kako je domaće pravo, posebice članak 449 stavak 1. točka g. Zakona o kaznenom postupku, pružilo podnositeljici zahtjeva pravno sredstvo koje uključuje mogućnost preispitivanja od strane Prizivnog suda, u kontradiktornom postupku, spojivosti osuđujuće presude protiv nje, s utvrđenjima Suda u njegovoj presudi iz 2011. godine (usporedi *Bochan (br. 2)*, naprijed citirano, odl. 54.).

69. Sud primjećuje da Vrhovni sud nema slobodu odlučivanja o osnovama za preispitivanje jer su ti temelji iscrpno navedeni u članku 449. stavku 1. Zakona o kaznenom postupku (vidi odlomak 27 u prethodnom tekstu). Oni se odnose ili na pojavljivanje novog materijala ili na povrede materijalnih ili postupovnih pravila. U potonjem slučaju, Vrhovni sud mora odlučiti o sukladnosti s materijalnim pravom donesene odluke ili o zakonitosti procedure koja se primjenjuje i odlučiti opravdavaju li primijećeni nedostaci ponovno otvaranje postupka ili ne.

Posebice, u kontekstu razmatranja predviđenog člankom 449. stavkom 1. točkom g. Zakona o kaznenom postupku, zadatak Vrhovnog suda je razmotriti postupanje suda i ishod okončanog domaćeg postupka u odnosu na zaključke Suda ili nekog drugog međunarodnog tijela i, ako je to prikladno, naložiti ponovno razmatranje predmeta s ciljem osiguravanja novog utvrđivanja optužbe za kazneno djelo protiv oštećene stranke. Štoviše, temeljem članka 457. Zakona o kaznenom postupku, Vrhovni sud može, ako odluči odobriti preispitivanje, privremeno obustaviti izvršavanje kazne ili sigurnosne mjere ako on to smatra nužnim.

Sud stoga primjećuje da zakonodavni okvir zahtijeva da Vrhovni sud usporedi predmetnu osuđujuću presudu s temeljima na kojima je Sud našao uporište za svoje utvrđene povrede Konvencije. Razmatranje na temelju članka 449. stavka 1. točke g. Zakona o kaznenom postupku stoga će vjerojatno biti odlučujuće za utvrđivanje optužbe za kazneno djelo i u tom su mu pogledu ima neka zajednička svojstva s revizijom (usporedi *Maresti protiv Hrvatske*, br. 55759/07, odl. 25. i 28., 25. lipnja 2009.).

70. U pogledu kontrole koju je Vrhovni sud izvršio u ovom predmetu, Sud primjećuje kako je, premda je zadatak tog suda bilo odlučivanje o zahtjevu za odobravanje preispitivanja, on je ipak proveo ispitivanje osnovanosti

nekoliko aspekata spornog pitanja izostanka podnositeljice zahtjeva s rasprave o njezinoj žalbi i posljedica njezine odsutnosti u pogledu valjanosti osuđujuće presude protiv nje i kazne.

71. Vrhovni sud je tako utvrdio da presuda Prizivnog suda nije nespojiva s presudom Suda. Podržao je to utvrđenje vlastitim tumačenjem presude Suda, smatrajući da je Sud „od samog početka isključio svaku mogućnost da bi njegova odluka mogla stvoriti ozbiljne dvojbe o osuđujućoj presudi”. Premda je prihvatio da je izostanak podnositeljice zahtjeva s rasprave o njezinoj žalbi povrijedio njezina prava na obranu, Vrhovni sud je odlučio da je Sud u potpunosti i dovoljno otklonio taj nedostatak dodijelivši podnositeljici zahtjeva novčani iznos kao pravičnu naknadu. Zaključivši kako valjanost osuđujuće presude nije podlijegala nikakvoj ozbiljnoj sumnji, morao je potvrditi osuđujuću presudu i kaznu koju je izrekao Prizivni sud.

72. S obzirom na opseg ispitivanja od strane Vrhovnog suda, Sud smatra da se to ispitivanje treba smatrati nastavkom postupka zaključenog presudom od 19. prosinca 2007. godine. Vrhovni sud se još jednom fokusirao na utvrđivanje, u smislu članka 6. stavka 1. Konvencije, optužbe protiv podnositeljice za kazneno djelo. Posljedično, zaštitni mehanizmi članka 6. stavka 1. Konvencije bili su primjenjivi na postupak pred Vrhovnim sudom.

(c) Zaključak

73. Vladin prigovor da Sud nema nadležnost *ratione materiae* za ispitivanje osnovanosti prigovora kojega je podnositeljica zahtjeva podnijela temeljem članka 6. Konvencije mora biti odbijen.

74. Štoviše, Sud utvrđuje da ovaj prigovor nije očigledno neosnovan u smislu članka 35. stavka 3. točke a. Konvencije i da nije nedopušten ni po kojoj drugoj osnovi. Stoga proglašava prigovor dopuštenim.

75. Sud će sada nastojati utvrditi jesu li ispunjeni zahtjevi članka 6. stavka 1. Konvencije u ovom predmetu.

B. Osnovanost

1. Tvrdnje stranaka

(a) Podnositeljica zahtjeva

76. Podnositeljica zahtjeva tvrdi da su utvrđenja Suda u njegovoj presudi od 5. srpnja 2011. godine stvorila ozbiljne sumnje u pogledu ishoda domaćeg postupka koji je doveo do njezine osude.

77. Ona je navela da je Vrhovni sud, odbivši njezin zahtjev za preispitivanje, počinio ozbiljnu grešku u tumačenju i primjeni članka 449. stavka 1. točke g. Zakona o kaznenom postupku. Tvrdila je kako je njezin zahtjev za preispitivanjem trebalo odobriti, posebno zbog toga što je tužiteljstvo izjavilo kako preispitivanje treba odobriti na temelju toga što

postoje legitimne ozbiljne sumnje u pogledu osuđujuće presude protiv nje, posebno u pogledu određivanja kazne.

(b) Vlada

78. Vlada tvrdi da je Vrhovni sud tek usporedio presudu koju je donio Prizivni sud 19. prosinca 2007. godine s onom što ju je donio Sud kako bi utvrdio jesu li one spojive i je li potonja presuda potaknula ikakve ozbiljne sumnje u pogledu osuđujuće presude protiv podnositeljice zahtjeva.

79. Pozivajući se na praksu Vrhovnog suda u pogledu zahtjeva za preispitivanjem, primijetili su kako pravo na ponovno otvaranje okončanog kaznenog postupka nije, temeljem portugalskog prava, niti apsolutno ni automatsko.

80. Vlada tvrdi kako, za razliku od predmeta koji se odnose na povredu prava na slobodu izražavanja u kojima je nespojivost osuđujuće presude bila očigledna, Vrhovni sud je smatrao da postupovni nedostatak ne može dovesti do preispitivanja osuđujuće presude u kaznenom postupku bez potkopavanja načela *res judicata* osim ako je taj nedostatak bio izuzetne težine. Puka sumnja u valjanost osuđujuće presude ili jednostavna postupovna nepravilnost stoga je bila nedovoljna osnova za odobravanje preispitivanja i jedino oni nedostaci koji su kompromitirali odluku u takvoj mjeri da je društvo općenito ne može podnositi mogu opravdati ponovno otvaranje postupka.

81. Situacija nije bila takva u ovom predmetu. Jedina sporna pitanja su opseg kaznene odgovornosti podnositeljice zahtjeva i moguće posljedice u pogledu određivanja kazne. Kako je novčana kazna već plaćena, nije bilo nužno, u materijalnom i postupovnom smislu, ponovno otvarati postupak.

82. Zaključno, Vlada je navela kako su procedura koju je Vrhovni sud primijenio i zaključak koji je donio u potpunosti sukladni sa zahtjevima poštenog suđenja. U skladu s načelom supsidijarnosti, Vrhovni sud ima široku slobodu procjene u tumačenju i primjeni domaćeg prava i tu slobodu se mora poštovati.

2. Ocjena Suda

(a) Opća načela

83. Sud ponavlja da je u svojoj presudi *Bochan (br. 2)* (naprijed citirano) razmatrao, temeljem građanskopravnog aspekta članka 6. Konvencije, pitanje nepravichnosti koja proistječe iz zaključivanja što su ga prihvatili domaći sudovi. Načela koja je Sud naveo u tom predmetu mogu se sažeti na sljedeći način.

(a) Nije na Sudu da se bavi s navodnim pogrešnim primjenama prava ili utvrđivanjem činjenica od strane nacionalnih sudova osim u onoj mjeri u kojoj se time krše prava i slobode zaštićenih Konvencijom, na primjer

kada je u iznimnim predmetima moguće reći da takve greške sačinjavaju „nepoštenost” nespojivu s člankom 6. Konvencije (ibid., odl. 61.).

(b) Članak 6. stavak 1. Konvencije ne daje nikakva pravila o dopuštenosti dokaza ili načinu na koji ih treba ocjenjivati, što su stoga prvenstveno stvari koje trebaju urediti nacionalno pravo i nacionalni sudovi. Obično pitanja kao što je težina koju nacionalni sudovi daju određenim dokazima ili utvrđenjima ili ocjenama što im se podnose radi razmatranja nisu za razmatranje od strane Suda. Sud ne treba djelovati u svojstvu tijela četvrte instance, te stoga neće dovoditi u pitanje ocjenu domaćih sudova na temelju članka 6. stavka 1., osim u slučaju da se njihovi zaključci mogu smatrati proizvoljnima ili očigledno nerazumnim (ibid., odl. 61.; vidi također tamo citirane predmete: *Dulaurans protiv Francuske*, br. 34553/97, odl. 33.-34. i 38., 21. ožujka 2000.; *Khamidov protiv Rusije*, br. 72118/01, odl. 170., 15. studenog 2007.; i *Anđelković protiv Srbije*, br. 1401/08, odl. 24., 9. travnja 2013.; kao i primjenu sudske prakse u novijim presudama: *Pavlović i drugi protiv Hrvatske*, br. 13274/11, odl. 49., 2. travnja 2015.; *Yaremenko (br. 2)*, naprijed citirano, odl. 64.-67.; i *Tsanova-Gecheva protiv Bugarske*, br. 43800/12, odl. 91., 15. rujna 2015.).

84. Sud također ponavlja da prema utvrđenoj sudskoj praksi koja održava načelo povezano s pravilnom primjenom prava, presude sudova i sudišta trebaju na odgovarajući način navoditi razloge na kojima se osnivaju. Mjera do koje se primjenjuje ova dužnost davanja obrazloženja može se razlikovati prema naravi odluke i mora se utvrditi u svjetlu okolnosti predmeta (vidi *García Ruiz protiv Španjolske* [VV], br. 30544/96, odl. 26., ESLJP 1999-I). Bez zahtijevanja detaljnog odgovora na svaki argument iznesen od strane podnositelja žalbe, ova obveza pretpostavlja da stranke u sudskom postupku mogu očekivati poseban i izričit odgovor na argumente koji su odlučujući za ishod tog postupka (vidi, između ostalih izvora prava, *Ruiz Torija protiv Španjolske*, 9. prosinca 1994., odl. 29.-30., Serija A br. 303-A, i *Higgins i drugi protiv Francuske*, 19. veljače 1998., odl. 42.-43., *Izvjješća o presudama i odlukama* 1998-I). Štoviše, u predmetima koji se odnose na miješanje u prava osigurana temeljem Konvencije, Sud nastoji utvrditi jesu li razlozi odluka koje su donijeli domaći sudovi automatski ili stereotipni (vidi, *mutatis mutandis*, *Paradiso i Campanelli protiv Italije* [VV], br. 25358/12, odl. 210., ESLJP 2017.). Nadalje, Konvencija ne zahtijeva da porotnici daju obrazloženje svojih odluka i članak 6. ne sprečava suđenje tuženiku od strane porote sastavljene od laika čak i kada nisu dani razlozi za tu presudu. Bez obzira, kako bi zahtjevi pravednog suđenja bili zadovoljeni, javnost i, prije svega, tuženik moraju moći razumjeti donesenu presudu (vidi *Lhermitte protiv Belgije* [VV], br. 34238/09, odl. 66 i 67., ESLJP 2016.).

(b) Primjena prethodno navedenih načela na ovaj predmet

85. Proistječe iz prethodno spomenute sudske prakse da domaća sudska odluka ne može biti okvalificirana kao proizvoljna do točke kada ugrožava pravednost postupka osim ako za nju nisu navedeni razlozi ili ako se navedeni razlozi temelje na očiglednoj činjeničnoj ili pravnoj grešci koju je počinio domaći sud koja je dovela do „uskraćivanja pravde”.

86. Pitanje u ovom predmetu je jesu li razlozi koje je u sudskoj odluci dao Vrhovni sud sukladni sa standardima Konvencije.

87. Sud primjećuje da niti članak 6. ni neki drugi članak Konvencije ne propisuje opću obvezu navođenja razloga za sve odluke kojima se izvanredna pravna sredstva proglašavaju nedopuštenima. Domaće pravo može izuzeti takve odluke od obveze navođenja razloga. Ipak, u predmetima kada, tijekom razmatranja izvanrednog pravnog sredstva, domaći sud odlučuje o optužbi za kazneno djelo i navodi razloge za svoju odluku, ti razlozi moraju zadovoljavati uvjete iz članka 6. u pogledu navođenja razloga sudskih odluka.

88. U ovom predmetu, Sud također primjećuje da je u svojoj presudi od 21. ožujka 2012. godine Vrhovni sud smatrao da u svjetlu članka 449. stavka 1. točke g. Zakon o kaznenom postupku, preispitivanje presude Prizivnog suda ne može biti odobreno na osnovi na koju se podnositeljica zahtjeva pozvala. Vrhovni sud je smatrao da, premda je postupovna nepravilnost koju je primijetio Sud mogla imati utjecaja na kaznu izrečenu podnositeljici zahtjeva, nije bila dovoljno ozbiljna da bi se osuđujuća presuda smatrala nespojivom s presudom Suda.

89. Sud primjećuje da je obrazloženje dano za predmetnu sudska odluku odgovorilo na glavne argumente koje je iznijela podnositeljica zahtjeva. Prema tumačenju članka 449. stavka 1. točke g. Zakona o kaznenom postupku od strane Vrhovnog suda, postupovne nepravilnosti one vrste koja se može naći u ovom predmetu ne dovode do postojanja automatskog prava na ponovno otvaranje postupka.

90. Sud smatra da ovo tumačenje portugalskog prava koje ima učinak ograničavanja situacija u kojima može doći do ponovnog otvaranja kaznenog postupka koji je okončan pravomoćnom presudom ili ih bar učiniti podložnima kriterijima koje će ocjenjivati domaći sudovi ne čini se proizvoljnim.

91. Sud primjećuje da je to tumačenje potkrijepljeno njegovom ustaljenom sudskom praksom s učinkom da Konvencija ne jamči pravo na ponovno otvaranje postupka ili neku drugu vrstu pravnog sredstva pomoću kojega se pravomoćne sudske odluke može ukinuti ili podvrgnuti preispitivanju i nepostojanjem jednoobraznog pristupa među državama članicama u pogledu operativnih procedura svih postojećih mehanizama za ponovno otvaranje. Štoviše, Sud ponavlja da utvrđivanje povrede članka 6. Konvencije općenito ne stvara kontinuiranu situaciju i ne nameće tuženoj državi kontinuiranu postupovnu obvezu (za razliku od *Jeronovičs protiv Latvije* [VV], br. 44898/10, odl. 118., ESLJP 2016.).

92. U pogledu tumačenja, od strane Vrhovnog suda, presude koju je Sud donio 2011. godine, Veliko Vijeće naglašava da je Vijeće u toj presudi držalo da ponovno suđenje ili otvaranje postupka, ako je zatraženo, predstavlja „u načelu odgovarajući način za pružanje zaštite od te povrede”. Ponovno suđenje ili ponovno otvaranje postupka stoga su opisani kao prikladno rješenje, ali ne nužno isključivo rješenje. Štoviše, upotreba izraza „u načelu” sužava opseg preporuke, ukazujući da u nekim situacijama ponovno suđenje ili ponovno otvaranje postupka možda ne bi bilo prikladno rješenje (vidi odlomak 20. u prethodnom tekstu).

93. Čitanje ovog dijela presude i posebno riječi „u načelu” i „ipak” (vidi odlomak 20. u prethodnom tekstu), ukazuje da se Sud suzdržao od davanja obvezujućih naznaka kako izvršiti njegovu presudu i umjesto toga je odlučio pružiti državi široku slobodu manevriranja u toj sferi. Štoviše, Sud ponavlja da ne može prejudicirati ishod ocjenjivanja od strane domaćih sudova da li bi bilo prikladno, u svjetlu specifičnih okolnosti predmeta, odobriti ponovno suđenje ili ponovno otvaranje postupka (vidi *Davydov protiv Rusije*, br. 18967/07, odl. 29., 30. listopada 2014.).

94. Sukladno tome, ponovno otvaranje postupka nije se činilo da predstavlja jedini način izvršavanja presude Suda od 5. srpnja 2011. godine. U najboljem slučaju, ono je predstavljalo najpoželjniju mogućnost čiju su uputnost ocjenjivali domaći sudovi uzimajući u obzir portugalsko pravo i posebne okolnosti predmeta.

95. Vrhovni sud, u obrazloženju u presudi od 21. ožujka 2012. godine, analizirao je sadržaj presude Suda od 5. srpnja 2011. godine. Zaključio je iz vlastitog tumačenja potonje presude da je Sud „od samog početka isključio svaku mogućnost da bi njegova odluka mogla stvoriti ozbiljne dvojbe o osuđujućoj presudi” (vidi odlomak 26 u prethodnom tekstu) zbog izbivanja podnositeljice zahtjeva s rasprave o njezinoj žalbi. To je bilo vlastito tumačenje odluke Suda od strane Vrhovnog suda. U svjetlu slobode procjene koju uživaju nacionalna tijela u tumačenju presuda Suda i u svjetlu načela koja uređuju izvršavanje presuda (vidi, *mutatis mutandis*, *Emre protiv Švicarske (br. 2)*, br. 5056/10, odl. 71., 11. listopada 2011.), Sud smatra nužnim izraziti mišljenje o valjanosti tog tumačenja.

96. Zaista, dovoljno je da se Sud uvjeri da presuda od 21. ožujka 2012. godine nije bila proizvoljna, to jest da suci Vrhovnog suda nisu iskrivili ili pogrešno prikazali presudu koju je Sud donio (usporedi s *Bochan (br. 2)*, naprijed citirano, odl. 63.-65., i *Emre (br. 2)*, naprijed citirano, odl. 71.-75.).

97. Sud ne može zaključiti da je tumačenje presude Suda iz 2011. godine od strane Vrhovnog suda bilo, promatrano kao cjelina, rezultat očigledne činjenične ili pravne greške koja je dovela do „uskraćivanja pravde”.

98. Uzimajući u obzir načelo supsidijarnosti i formulaciju presude Suda iz 2011. godine, Sud smatra da odbijanje ponovnog otvaranja postupka od strane Vrhovnog suda na traženje podnositeljice zahtjeva nije bilo proizvoljno. Presuda Vrhovnog suda od 21. ožujka 2012. godine pruža

dovoljne naznake osnova na kojoj se temeljila. Te osnove nalaze se u granicama slobode ocjenjivanja nacionalnih tijela i nisu iskrivila utvrđenja iz presude Suda.

99. Sud naglašava da prethodno navedenim pitanjima nije svrha umanjiti važnost osiguravanja da su uspostavljene domaće procedure kojima se predmet može preispitati u svjetlu utvrđivanja da je došlo do povrede članka 6. Konvencije. Upravo suprotno, takve procedure mogu se smatrati važnim aspektom izvršavanja njegovih presuda i njihova dostupnost demonstrira predanost države ugovornice Konvenciji i sudskoj praksi Suda (vidi *Lyons i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (odluka), br. 15227/03, ESLJP 2003-IX).

100. Uzimajući u obzir prethodno, Sud zaključuje da nije došlo do povrede članka 6. stavka 1. Konvencije.

II. NAVODNA POVREDA ČLANKA 46. KONVENCIJE

101. Podnositeljica zahtjeva osim toga tvrdi da je odbijanje njezinog zahtjeva za preispitivanjem od strane Vrhovnog suda također povreda članka 46. Konvencije zbog neprimjenjivanja pojedinačnih mjera u provedbi presude Suda iz 2011. godine.

102. Sud ponavlja da pitanje usklađenosti od strane Visokih ugovornih stranaka s njegovim presudama nije u okviru njegove nadležnosti ako nije postavljeno u kontekstu „procedure povrede” kako je određeno člankom 46. stavcima 4. i 5. Konvencije (vidi *Bochan (br. 2)*, naprijed citirano, odl. 33.).

103. Sukladno tome, u onoj mjeri u kojoj podnositeljica zahtjeva prigovara zbog izostanka otklanjanja povrede članka 6. stavka 1. koju je Sud utvrdio u svojoj presudi iz 2011. godine, Sud nije nadležan *ratione materiae* postupati po ovom prigovoru.

IZ TIH RAZLOGA, SUD

1. *Utvrđuje*, odlukom većine, da je prigovor temeljem članka 6. Konvencije dopušten dok je ostatak zahtjeva nedopušten;
2. *Presuđuje* s devet glasova prema osam, da nije došlo do povrede članka 6. stavka 1. Konvencije.

Sastavljeno na francuskom i engleskom jeziku i objavljeno na javnoj raspravi u Zgradi ljudskih prava u Strasbourg 11. srpnja 2017. godine.

Françoise Elens-Passos
Tajnica

Guido Raimondi
Predsjednik

U skladu s člankom 45. stavkom 2. Konvencije i pravilom 74. stavkom 2. Poslovnika Suda, ovoj se presudi dodaju sljedeća izdvojena mišljenja:

- (a) zajedničko suprotstavljeno mišljenje sudaca Raimondia, Nußberger, De Gaetana, Keller, Mahoneya, Kjølbrea i O’Leary (*djelomičan prijevod*);
- (b) suprotstavljeno mišljenje suca Pinto de Albuquerquea kojemu su se pridružili suci Karakaş, Sajó, Lazarova Trajkovska, Tsotsoria, Vehabović i Kūris;
- (c) suprotstavljeno mišljenje suca Kūrisa kojemu su se pridružili suci Sajó, Tsotsoria i Vehabović;
- (d) suprotstavljeno mišljenje suca Bošnjaka.

G.R.
F.E.P.

ZAJEDNIČKO SUPROTSTAVLJENO MIŠLJENJE SUDACA
RAIMONDIA, NUßBERGER, DE GAETANA, KELLER,
MAHONEYA, KJØLBROA I O’LEARY

(Djelomičan prijevod)

1. Primivši na znanje mišljenje većine, odlučili smo se ne prikloniti mu se zbog razloga navedenih u nastavku. Prvo ćemo ispitati članak 46. Konvencije kako bismo procijenili njegov opseg u odnosu na specifične činjenice u predmetu (I). Potom ćemo razmotriti članak 6. stavak 1. Konvencije – koji zauzima središnje mjesto u argumentima podnositeljice zahtjeva – čija je primjenjivost na ponovno otvaranje kaznenog postupka, sukladno dobro utvrđenoj sudskoj praksi, otvoreno pitanje i podliježe ozbiljnom kvalificiranju (II). Konačno, dovršit ćemo našu demonstraciju zaključkom (III).

I. Nedopuštenost na osnovi nadležnosti Odbora ministara

2. Kratka rekapitulacija činjenica predmeta: nakon početne presude koju je Sud donio 2011. godine utvrdivši povredu članka 6. stavka 1. Konvencije od strane Portugala, podnositeljica zahtjeva podnijela je zahtjev Vrhovnom sudu za preispitivanjem prve presude koju je donio Prizivni sud u Oportu na osnovi toga što je ona nespojiva s presudom Suda. Presudom od 21. ožujka 2012. godine, Vrhovni sud je odbio taj zahtjev. Na temelju tog odbijanja ponovnog otvaranja kaznenog postupka, podnositeljica zahtjeva sada podnosi drugi zahtjev Sudu pozivajući se na članak 46. Konvencije tvrdeći da je došlo do nove povrede članka 6. stavka 1. Konvencije.

3. Prema našem viđenju, ključno pitanje koje se postavlja u ovom predmetu usko je povezano s distribucijom ovlasti između Suda i Odbora ministara i stoga nedvojbeno traži odluku u pogledu institucionalnog pravnog okvira Konvencije. U smislu obuhvaćenih činjenica, zahtjev protiv države Portugal jasno leži izvan nadležnosti Suda i posljedično treba biti proglašen nedopuštenim.

4. Formulacijom glavne odredbe u ovom pogledu – i to članka 46. – određeno je u njegovom stavku 2. da se „konačna presuda Suda dostavlja ... Odboru ministara, koji nadzire njezino izvršenje”. Iz toga nedvosmisleno slijedi da formulacija članka 46. čini Odbor ministara, kao političko tijelo, isključivim nositeljem nadležnosti u pogledu izvršavanja presuda Suda, jer ga tekst iz 1950. izrijekom ovlašćuje za osiguravanje odgovarajuće provedbe svih izrečenih presuda¹. U skladu s time, i za razliku od njega, Sudu nije dana

¹ U pogledu prirode potrebnih mjera za izvršavanje presuda kojima je utvrđena povreda Konvencije i trenutne prakse Suda u toj sferi, vidi Alastair MOWBRAY, *An Examination of the European Court of Human Rights; Indication of Remedial Measures* [Ispitivanje

nikakva nadležnost bilo kakve vrste u području izvršavanja presuda². Argumenti navedeni u prethodnom tekstu koji se odnose na pitanje primjenjivosti članka 46. Konvencije dodatna su podrška onima koji su navedeni u suprotstavljenom mišljenju suca Malinvernia priloženom uz presudu u predmetu *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) protiv Švicarske (br. 2)* ([VV], 30. lipnja 2009., br. 32772/02, ESLJP 2009.), koje mi podržavamo bez zadržke. Sudac Malinverni istaknuo je da članak 46. stavak 2. Konvencije daje nadležnost nad nadzorom izvršavanja presuda Suda isključivo Odboru ministara. Sud je ovlašten intervenirati samo kada se utvrdi prisutnost novih činjenica. Odbijanje ponovnog otvaranja postupka nije, samo po sebi, nova činjenica.

5. Ne želimo zanemariti više nedavnih događaja koji su utjecali na odnose između Odbora ministara i Suda niti smo nesvjesni činjenice da Sud ima sve aktivniju ulogu u proceduri za izvršavanje presuda³. Štoviše, nova formulacija članka 46. koja je uvedena u Protokolu br. 14. koji je stupio na snagu 1. lipnja 2010. godine potvrđuje naše tumačenje.

6. Distribucija ovlasti između Odbora ministara i Suda dopušta jednu iznimku: u skladu s naprijed citiranom presudom *VgT (br. 2)*, naš Sud može legitimno razmatrati novi zahtjev koji se odnosi na mjere koje je poduzela tužena država pri izvršavanju jedne od njegovih presuda „ako taj zahtjev obuhvaća nove mjerodavne činjenice koje utječu na pitanja o kojima nije odlučen u početnoj presudi” (vidi odl. 61.-63.). Nadležnost Suda stoga je uvjetovana zahtjevom postojanja novih činjenica.

7. Ipak, u svjetlu načela koja proistječu iz presuda u predmetima *VgT (br. 2)* i *Emre protiv Švicarske (br. 2)* (11. listopada 2011., br. 5056/10) – koja su izazvala kritike⁴ – prigovor o kojemu je Sud pozvan odlučivati u ovom

Europskog suda za ljudska prava; Naznake mjera za sanaciju], *Human Rights Law Review*, još neobjavljeno.

² Ovo tumačenje u potpunosti je u skladu s Obrazloženjem uz Protokol br. 14. uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda kojim se mijenja nadzorni sustav Konvencije, 13. svibnja 2004., Strasbourg, str. 18. i 19.

³ Kako je navedeno u Šestom godišnjem izvješću Odbora ministara iz 2012. godine pod naslovom „Nadzor izvršavanja presuda i odluka Europskog suda za ljudska prava”, Vijeće Europe, travanj 2013. godine, u kojem se spominje „pojačana interakcija između Suda i Odbora ministara” (str. 28.), i izjavi suca Linos-Alexandrea Sicilianosa pod naslovom „Uloga Suda u implementaciji njegovih presuda, ovlasti i ograničenja” u okviru „Dijalog između sudaca, Europski sud za ljudska prava, Vijeće Europe, 2014.”, gdje se ističe da je „[tijekom] proteklog desetljeća Sud ... izrekao nekih 150 presuda koje se pozivaju na članak 46. Konvencije i tiču se procesa izvršavanja” (str. 19.).

⁴ Vidi *VgT (br. 2)* i *Emre (br. 2)* presude, naprijed citirano, vidi Maya HERTIG RANDALL/Xavier-Baptiste RUEDIN, „Judicial activism and Implementation of the Judgments of the European Court of Human Rights” [Pravosudni aktivizam i implementacija presuda Europskog suda za ljudska prava], *Revue trimestrielle des droits de l’homme* 2010., br. 82, str. 421.-443.; odnosno Maya HERTIG RANDALL, Commentary on the *Emre (no. 2)* judgment of 11 October 2011 of the European Court of Human Rights [Komentar na presudu *Emre (br. 2)* od 11. listopada 2011. Europskog suda za ljudska prava], *Pratique juridique actuelle* 2012., br. 4, str. 567.-573.

predmetu u biti je identičan onome koji je spomenut u prethodnom zahtjevu kojega je podnijela ista podnositeljica zahtjeva i koji je doveo do presude *Moreira Ferreira protiv Portugala* od 5. srpnja 2011., br. 19808/08. Nije moguće, kako se čini, identificirati niti jednu činjenicu u drugom zahtjevu kojom bi se on razlikovao od prvog zahtjeva na kojoj bi podnositeljica zahtjeva razumno mogla temeljiti svoje tvrdnje. Posebice, proizlazi iz dobro utvrđene sudske prakse da odbijanje, od strane domaćih tijela, ponovnog otvaranja postupka nakon presude kojom je utvrđena povreda članka 6. stavka 1. kakvu je donio Sud ne može biti opisano kao nova činjenica (vidi *Lyons i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (odluka), 8. kolovoza 2003., br. 15227/03, ESLJP 2003-IX). Mislimo, u svjetlu okolnosti predmeta, da se može dovesti u sumnju okolnost može li se presuda koju je donio portugalski Vrhovni sud, kojom odbija zahtjev podnositeljice zahtjeva za ponovnim otvaranjem postupka, smatrati takvom da sačinjava ikakvu *novu činjenicu* za potrebe prethodne sudske prakse.

8. Postoji dodatni argument koji na dva područja govori protiv nadležnosti Suda i potpuno suprotno, u korist nadležnosti Odbora ministara. Prvo, nadzor nad izvršavanjem presude *Moreira Ferreira protiv Portugala* bio je u tijeku u trenutku podnošenja ovog zahtjeva, 30. ožujka 2012. godine. I povrh svega, procedura za nadzor nad izvršavanjem presude Suda od 5. srpnja 2011. godine još uvijek je u tijeku pred Odborom ministara (procedura je bila još uvijek u tijeku 22. svibnja 2017. godine). Ono što čini očiglednim činjenicu da je postavljeno pravno pitanje izvan nadzora Suda jest da je prije svega na samom Odboru ministara da okonča proceduru koja se vodi pred njim.

II. Nedopuštenost *ratione materiae*

9. Ako se, unatoč prethodnim argumentima koji se odnose na implikacije članka 46. Konvencije Sud ima proglasiti nadležnim za razmatranje ovog zahtjeva, tada bi bilo moguće prijeći na razmatranje članka 6. stavka 1. Naše viđenje je da se ta odredba ne može pravilno razmotriti kao primjenjiva na ponovno otvaranje kaznenog postupka.

10. Za početak, Konvencija ne jamči nikakvo pravo na ponovno otvaranje okončanih sudskih postupaka bez obzira jesu li oni parnični ili kazneni kako je to Sud u brojnim prigodama pažljivo istaknuo (vidi, u najskorije vrijeme, *Bochan protiv Ukrajine* (br. 2) [VV], br. 22251/08, odl. 44, ESLJP 2015.). Još važnije, kako je prepoznato u istraživanju o općim načelima u odlomcima 60. i 61. ove presude, također postoji dobro utvrđena sudska praksa, isto tako potvrđena tako skoro kao što je 2015. godine u presudi Velikog Vijeća u predmetu *Bochan* (br. 2) (u odl. 44.-45.), s učinkom da izvanredna pravna sredstva kojima se traži ponovno otvaranje okončanih sudskih postupaka, kaznenih i parničnih, obično nisu u opsegu primjene članka 6. stavka 1. U pogledu kaznenih postupaka, tome je tako, kako je izraženo u odlomku 61.

presude zbog toga što „članak 6. nije primjenjiv na zahtjeve za ponovno otvaranje postupaka uzimajući u obzir da osoba koja podnosi takav zahtjev nakon što je pravomoćno osuđena nije ‘optužena za kazneno djelo’ u smislu tog članka”. Ipak, primjena članka 6. i njegovih jamstava pravednog suđenja u građanskim i kaznenim pitanjima može iznimno biti primjenjiva ako se, zbog posebnih svojstava predmetnog nacionalnog pravnog sustava, može reći da odluka o izvanrednom zahtjevu za ponovnim otvaranjem postupka uključuje „potpuno razmatranje predmeta” (vidi odlomak 60. točke b. i c. presude).

11. Prema našem mišljenju, ova se presuda kosi s načelima koje sama utvrđuje u svojim odlomcima 60. i 61. Ona to čini asimilirajući (i) odluku o sigurnosti osuđujuće presude nakon što je osuđujuća presuda postala pravomoćna (vrsta odluke koju nacionalni sud obično donosi u okviru izvanrednih pravnih sredstava kojima se traži ponovno otvaranje okončanog kaznenog postupka) s (ii) „utvrđivanjem” izvorne „optužbe za kazneno djelo” protiv tuženika (predmet članka 6. stavka 1.). Time se miješaju dvije različite stvari. Upravo je ta zbrka u osnovi zaključka većine da je članak 6. stavak 1. primjenjiv na ponovno otvaranje postupka kojega je ova podnositeljica zahtjeva izložila pred portugalskim Vrhovnim sudom.

12. Stoga se presuda (u odlomku 69., posljednja točka) oslanja na činjenicu da domaće pravo (i to članak 449. stavak 1. točka g. portugalskog Zakona o kaznenom postupku – „ZKP”) nudi podnositeljici zahtjeva pravno sredstvo koje omogućava nacionalnim sudovima da ocijene spojivost njezine osuđujuće presude sa utvrđenjima Suda u njegovoj presudi iz 2011. godine na osnovi ranijeg zahtjeva kojega je ona podnijela. To je naravno istina, no uvijek će tome biti tako kada nacionalni sud raspravlja o izvanrednom zahtjevu kojim se traži ponovno otvaranje okončanog kaznenog postupka na osnovi presude ovog Suda. To ne može samo po sebi značiti da je izvorna „optužba za kazneno djelo” protiv predmetne osobe, iznimno, istovremeno podvrgnuta novom „utvrđivanju” njezinih osnova („*le bien fondé*”, da se upotrijebe riječi iz francuske verzije članka 6. stavka 1.). Ipak, to je ono što većina naših kolega sugerira u ovom dijelu njihovog razmišljanja.

13. Sama većina objašnjava da je „zadatak Vrhovnog suda je da razmotri postupanje suda i ishod okončanog domaćeg postupka u odnosu na zaključke Suda ili nekog drugog međunarodnog tijela i, ako je to prikladno, naložiti ponovno razmatranje predmeta s ciljem osiguravanja novog odlučivanja o optužbi protiv oštećene stranke” (vidi odlomak 69., drugu točku presude). Prema našem shvaćanju, ono što je portugalski Vrhovni sud radio prilikom raspravljanja o podnositeljčinom izvanrednom „zahtjevu za preispitivanjem” temeljem članka 449. stavka 1. točke g. ZKP-a je ispitivanje je li „valjanost” osuđujuće presude protiv nje – da upotrijebimo stvarne riječi odluke Vrhovnog suda (vidi odlomak 26. presude) – bila izvrgnuta tako nepovoljnom utjecaju uslijed postupovnih nedostataka, koje je utvrdio ovaj Sud u svojoj presudi iz 2011. godine, da presudu treba poništiti i naložiti ponovno suđenje

pred nižestupanjskim sudom. Tek bi nakon pozitivne odluke Vrhovnog suda o ponovnom otvaranju, u okviru ponovnog suđenja naloženog na taj način, odluka o izvornoj optužbi za kazneno djelo bila preispitana i time bi se postigla primjenjivost članka 6. stavka 1.

14. Tretirajući odluku o sigurnosti ili „valjanosti” osuđujuće presude kao jednaku odlučivanju o izvornoj optužbi za kazneno djelo, većina je u stvarnosti preinačila, bez da je to priznala, prethodnu dugogodišnju sudsku praksu koju je temeljito razmotrilo i potvrdilo Veliko Vijeće prije samo dvije godine u predmetu *Bochan* (br. 2). Govoreći o „utvrđivanju”/„*le bien fondé*” osuđujuće presude – to jest, koristeći jezik koji se koristi u članku 6. stavku 1. u svojim verzijama na engleskom i francuskom kada govori o odluci o izvornoj „optužbi za kazneno djelo” – nije dovoljno otkloniti nejasnoću logike (između sigurnosti osuđujuće presude i utvrđivanja optužbe za kazneno djelo) na kojoj se temelji zaključak većine. Riječima korištenima u predmetu *Fischer protiv Austrije* ((odluka), br. 27569/02, ESLJP 2003-VI), postupak pred portugalskim Vrhovnim sudom temeljem članka 449. stavka 1. točke g. ZKP-a „pokrenula je osoba čija je osuđujuća presuda postala pravomoćna i ne tiče se „utvrđivanja optužbe za kazneno djelo” već pitanja jesu li zadovoljeni uvjeti za ponovno suđenje”.

15. Niti jedna sudska praksa na koju se upućuje u odlomcima od 62. do 64. presude ne dovodi u sumnju niti uobičajeno pravilo, koje je prethodno navedeno u odlomcima 60. i 61., o primjenjivosti članka 6. stavka 1. na izvanredne žalbe ni na brojne presedane na koje se upućuje u predmetu *Bochan* (br. 2) kao izvor prava za to redovito pravilo.

16. Stoga se presuda *Nikitin protiv Rusije* (br. 50178/99, ESLJP 2004-VIII, odl. 55.-57. – citirana u odlomku 62. te presude) odnosi se na prilično različitu situaciju mogućeg ponovnog otvaranja, na štetu tuženika, kaznenog postupka koji su okončani oslobađajućom presudom. Presuda završava sljedećom izjavom (u odl. 60.):

„... sukladno utvrđenoj sudskoj praksi konvencijskih tijela, članak 6. se ne primjenjuje na postupke koji se odnose na neuspjele zahtjeve za ponovnim otvaranjem predmeta. Samo se za novi postupak nakon što je ponovno otvaranje odobreno može smatrati da se odnosi na utvrđivanje optužbe za kazneno djelo...”

Kako je objašnjeno u prethodnom tekstu (vidi odlomak 13. ovog izdvojenog mišljenja), to se podudara s načinom na koji bismo mi, za razliku od većine, analizirali djelovanje izvanrednog „zahtjeva za preispitivanjem” pred portugalskim Vrhovnim sudom u ovom predmetu.

17. Slično predmetu *Nikitin protiv Rusije*, predmeti *Bujnita protiv Moldove* (br. 36492/02, 16. siječnja 2007., odl. 20.) i *Bota protiv Rumunjske* (br. 16382/03, 4. studenog 2008., odl. 33.-34.), također citirani u odlomku 62. presude, odnosili su se na neopravdano ponovno otvaranje kaznenog postupka gdje je sud koji je ponovno otvorio postupak naložio zamjenu izvorne, oslobađajuće presude osuđujućom presudom protiv tuženika – podnositelja zahtjeva. Većina nije dala nikakvo objašnjenje načina na koji

takvi predmeti prikazuju ikakvo odstupanje od uobičajenog pravila kojim je regulirana primjenjivost članka 6. stavka 1. na izvanredne zahtjeve u kojima osuđeni tuženik traži ponovno otvaranje okončanog kaznenog postupka (bez obzira je li to na osnovi presude ovog Suda ili ne).

18. Podnositeljicu zahtjeva u predmetu *Lenskaya protiv Rusije* (br. 28730/03, 29. siječnja 2009., odl. 39.-40. – citirana u odlomku 63. presude) navodno je napao njezin suprug. Tvrdila je da je žrtva povrede vlastitog prava prema članku 6. stavku 1. (temeljem njegovog građanskopravnog, a ne kaznenopravnog aspekta) zbog činjenice da je osuđujuća presuda protiv njezinog supruga zbog napada ukinuta i preinačena u oslobađajuću što je uključivalo odbijanje njezinog zahtjeva za naknadom. Sud je „utvrdio da interesi pravde zahtijevaju ponovno otvaranje i ukidanje presude [kojom se osuđuje suprug, a supruzi dodjeljuje naknada]” (odl. 42.). Opet, pitanje koje se postavlja (je li, uslijed uspješnog korištenja izvanredne procedure preispitivanja u kaznenom predmetu od strane njezinog supruga, podnositeljici zahtjeva uskraćeno njezino „pravo na pristup sudu” temeljem građanskopravnog aspekta članka 6. stavka 1. u vezi s njezinim imovinskopравnim zahtjevom za naknadom zbog napada) prilično se razlikuje od pitanja primjenjivosti članka 6. stavka 1. u ovom predmetu. Teško je razumjeti kako obrazloženje tog pitanja u presudi *Lenskaya* na bilo koji način mijenja uobičajeno pravilo o neprimjenjivosti članka 6. stavka 1. na izvanredne zahtjeve putem kojih osuđene osobe traže ponovno otvaranje okončanog kaznenog postupka. Ovaj je komentar također primjenjiv na presudu u predmetu *Giuran protiv Rumunjske* (br. 24360/04, 21. lipnja 2011., odl. 39. – izvadci uključeni u izvješće ESLJP 2011-III) (također citirano u odlomku 63. presude), gdje su mjerodavna činjenična situacija i konvencijsko pitanje slični onima u predmetu *Lenskaya*.

19. Predmeti *Lenskaya* i *Giuran* potvrđuju da „Konvencija u načelu dopušta ponovno otvaranje pravomoćnih presuda radi ispravljanja sudskih grešaka” (vidi *Giuran*, odl. 39.), iako je „jedan od temeljnih aspekata vladavine prava načelo pravne sigurnosti, koji zahtijeva, između ostaloga, da kada sudovi pravomoćno odluče o nekom pitanju, njihova odluka ne treba biti dovedena u pitanje” (vidi *Giuran*, odl. 28.). U vezi s potonjim, ideja vodilja da se zlouporabljujuće ponovno otvaranje okončanog kaznenog postupka, na štetu osuđene kao i oslobođene osobe, upliće u zahtjeve vladavine prava svojstvene pravu na pošteno suđenje (posebno u pogledu pravomoćnosti presude u izvornom suđenju) ilustrirana je ne samo prethodno spomenutim predmetima *Nikitin*, *Bujnita* i *Bota*, već i predmetima citiranim na kraju odlomka 63. presude (*Savinkiy protiv Ukrajine*, br. 6965/02, 28. veljače 2006., odl. 25. – gdje je podnositelj zahtjeva osuđen po jednoj od optužaba protiv njega, ali oslobođen po ostalima; *Radchikov protiv Rusije*, br. 65582/01, 24. svibnja 2007., odl. 45.-53. – koja se odnosi na ukidanje oslobađajuće presude; i *Stefan protiv Rumunjske*, br. 28319/03, 6. travnja

2010., odl. 18. – gdje je podnositelj zahtjeva bio osuđen, ali s olakotnim okolnostima u njegovu korist).

Te dvije niti sudske prakse razvijaju kriterije za predmete kada može iznimno biti nužno odstupiti od načela pravne sigurnosti svojstvene pravu na pravedno suđenje temeljem članka 6. ponovnim otvaranjem okončanog suđenja u kaznenom predmetu radi ispravljanja sudske pogreške. No, kakva je njihova relevantnost za primjenjivost, ili neprimjenjivost, članka 6. na vođenje „zahtjeva za preispitivanjem” u ovom predmetu gdje je podnositeljica zahtjeva tražila, ali nije pribavila, ponovno otvaranje okončanog kaznenog postupka koji se vodio protiv nje?

20. S druge strane, u predmetu *Yaremenko protiv Ukrajine (br. 2)* (br. 66338/09, 30. travnja 2015., odl. 52.-56. i 64.-67. – također citiranom u odlomku 63. presude) ima neke sličnosti s ovim predmetom po tome što je podnositeljica zahtjeva osuđena osoba koja traži ponovno otvaranje okončanog kaznenog postupka na temelju presude ovog Suda kojom je utvrđena povreda članka 6. u odnosu na izvorno suđenje u kaznenom predmetu. Sud je, primjenjujući načela navedena nekoliko mjeseci ranije u presudi Velikog Vijeća u predmetu *Bochan (br. 2)*, potvrdio svoje pridržavanje uobičajenog pravila o isključivanju procedura izvanrednog preispitivanja iz područja djelovanja članka 6., ali je primijetio da se „novi postupak, nakon što je naloženo ponovno otvaranje, može smatrati takvim da se odnosi na utvrđivanje optužbe za kazneno djelo” (odl. 56 – isticanje je naknadno dodano). Ukrajinski Vrhovni sud, prihvativši zahtjeve za preispitivanjem koje su podnijeli podnositelj zahtjeva (djelomično) i tužitelj (u cijelosti) i isključivši neke dokaze i potom provodeći vlastito ocjenjivanje preostalih dokaza, prema mišljenju ovog Suda, pristupio potpuno preispitivanju predmeta podnositelja zahtjeva kao u predmetu *Bochan (br. 2)*, kako bi se time dovelo do nove odluke o meritumu. Članak 6. se smatrao primjenjivim zbog novog „utvrđivanja” krivnje podnositelja zahtjeva na temelju izvedenih dokaza (odl. 55. i 56.). Moguće je preformulirati to utvrđenje tako da se kaže da je, u skladu s mjerodavnim domaćim zakonodavstvom, ukrajinski Vrhovni sud proveo novo suđenje u kaznenom predmetu prilikom odlučivanja o izvanrednoj žalbi koja je dostupna podnositelju zahtjeva. Ova presuda (u odlomku 63.) zavarava u onoj mjeri u kojoj se može tumačiti na način kao da sugerira da se njome „potvrđuje, nakon postupka preispitivanja, osuđujuća presuda kojom je povrijeđeno pravo na pošteno suđenje” koje je učinilo članak 6. primjenjivim.

21. U ovom predmetu, nasuprot tome, ne može se reći da je postupak preispitivanja pred portugalskim Vrhovnim sudom sačinjavao ponovno suđenje u kaznenom predmetu ili novo „utvrđivanje” izvorne „optužbe o kaznenom djelu” protiv podnositeljice zahtjeva kao u predmetu *Yaremenko (br. 2)*, gdje je uloga dodijeljena sudu koji ponovno otvara postupak bila nešto drugačija temeljem primjenjivog domaćeg zakonodavnog okvira. Ponovno bismo htjeli uputiti na ulogu portugalskog Vrhovnog suda vezi s ovim kako

je sažeto opisana u drugoj točki odlomka 69. presude (citirano u odlomku 13. ovog izdvojenog mišljenja). „Ponovno razmatranje predmeta s ciljem donošenja nove odluke o optužbi za kazneno djelo protiv oštećene stranke” ima se izvršiti ne samo od strane samog Vrhovnog suda u izvanrednom „zahtjevu za preispitivanjem” pred njim, već nakon toga i od strane još jednog, nižeg suda. Postupovna jamstva članka 6. tada će biti primjenjiv na to kasnije ponovno suđenje i novo „utvrđivanje optužbe za kazneno djelo” protiv tuženika koji je uspio u svom izvanrednom „zahtjevu za preispitivanjem”. Ukratko, portugalski Vrhovni sud može naložiti, ali on sam ne izvršava, onu vrstu „ponovnog razmatranja” koja je sposobna dovesti do primjene članka 6.

22. Konačno, tumačenje dano (u odlomku 64. presude) predmetima *Meftah i drugi protiv Francuske* ([VV], br. 32911/96, 35237/97 i 34595/97, ESLJP 2002-VII, odl. 40.) i *Morrell i Morris protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (2. ožujka 1987., Serija A br. 115, odl. 54.) je prilično nategnuto. Nikada nije ozbiljno dovedeno u sumnju, unatoč uzaludnom argumentu tužene Vlade u predmetu *Meftah*, da su, u kaznenim predmetima, kasacijski zahtjevi one vrste kakva se nalazi u kontinentalnim pravnim sustavima i revizije u kaznenim predmetima u sustavima običajnog prava obuhvaćeni člankom 6., s obzirom da su oni jasno tek različiti aspekti (dio paketa, neki bi rekli) redovitog kaznenog procesa. Presude *Meftah* i *Monnell i Morris* stavile su kasacijske sudove na istu razinu kao redovite prizivne sudove kada je u pitanju primjenjivost članka 6. (vidi odl. 41. odnosno 54.), premda način primjene članka 6. na te dvije vrste sudova ovisi o njihovim posebnim svojstvima (vidi odl. 41. odnosno 56.). Zaista, već je 1970. navedeno u predmetu *Delcourt protiv Belgije* (17. siječnja 1970., Serija A br. 11, odl. 25.):

„Konvencija ne... prisiljava države ugovornice da uspostave žalbene ili kasacijske sudove. Ipak, država koja uspostavi takve sudove mora osigurati da osobe koja odgovara pred zakonom uživa, pred tim sudovima, temeljna jamstva ugrađena u članak 6.”

Veliko Vijeće u predmetu *Bochan (br. 2)* (u odl. 47.-49.), tijekom rasprave o „izvanrednim” postupcima koji su podvrgnuti ispitivanju u predmetu *San Leonard Boat Club protiv Malte* (br. 77562/01, ESLJP 2004-IX, odl. 41.-48.) i *Maresti protiv Hrvatske* (br. 55759/07, 25. lipnja 2009.), govorilo je o revizijama pred kasacijskim sudom na Malti i revizijama u parničnim postupcima u Hrvatskoj kao „običnim žalbenim postupcima” za potrebe primjenjivosti članka 6.

23. Stoga se čini prilično umjetnim, i ukazuje na slabosti u zaključivanju o primjenjivosti članka 6. u ovom predmetu, uspoređivati redovne kasacijske žalbe u kaznenim predmetima i revizije u kaznenim predmetima s izvanrednim „zahtjevom za revizijom” temeljem portugalskog prava (vidi, na primjer, odlomak 69., posljednja točka presude). Za kasacijske žalbe i revizije u kaznenim pitanjima, sudska praksa Suda jasna je bar od 1970. i prema njoj,

treba ih smatrati normalnim dijelom kaznenog procesa i obuhvaćenima člankom 6., dok je uobičajeno pravilo da izvanredne procedure preispitivanja (post *res judicata*) – čiji je primjer portugalski „zahtjev za preispitivanjem” – nasuprot tome nije obuhvaćen opsegom djelovanja članka 6.

24. Stoga, kada se analizira, sudska praksa navedena u odlomcima 62. do 64. presude ne podupire zamisao da se osnovno pravilo (o neprimjenjivosti članka 6. stavka 1. na izvanredne žalbe) nekako razvilo na neki način u korist primjenjivosti kad god se može reći da izvanredna žalba uključuje odluku o sigurnosti, valjanosti ili osnovanosti (*le bien fondé*, na francuskom) presude (za razliku od novog utvrđivanja izvorne optužbe za kazneno djelo).

25. Sveukupno, tvrdnju većine (u posljednjoj točki odlomka 69. presude) da je razmatranje podnositeljčinog „zahtjeva za preispitivanjem” temeljem članka 449. stavka 1. točke g. ZKP-a od strane Vrhovnog suda podlijegalo je „utvrđivanju” izvorne optužbe protiv nje za kazneno djelo (na francuskom jeziku: što je odlučujuće za „*le bien fondé*” te optužbe) teško može potkrijepiti bilo sadržaj primjenjivih portugalskih zakonodavnih odredbi ili ranija sudska praksa ovog Suda. Tvrdnja kako članak 449. stavak 1. točka g. ima neke zajedničke crte s redovnim kasacijskim žalbama nije samo pretjerana već bi općenito bila primjenjiva na procedure izvanrednog preispitivanja u većini zemalja dajući osuđenim tuženicima ovlasti da traže ponovno otvaranje okončanih kaznenih postupaka – time prikriveno preinačujući dobro utvrđenu postojeću sudsku praksu o ovom pitanju. Teško da je to vrlo kritički način postupanja Suda tek dvije godine nakon izricanja presude Velikog Vijeća u predmetu *Bochan* (br. 2).

26. Zbog prethodno navedenih razloga, stoga dolazimo do zaključka da, čak i uz pretpostavku da bi se moglo smatrati da je Sud nadležan uopće razmatrati taj zahtjev, članak 6. Konvencije nije primjenjiv na predmetni izvanredni postupak preispitivanja kaznenog predmeta u ovom predmetu, i posljedično taj zahtjev treba biti proglašen nedopuštenim *ratione materiae*.

III. Zaključak

27. Na temelju svih prethodnih razmatranja, glasali smo protiv dopuštenosti prigovora temeljem članka 6. Konvencije i posljedično za utvrđivanje kako nije bilo povrede te odredbe.

28. Sudska praksa u odnosu na zahtjeve koji uključuju članak 46. traži određeno pojašnjenje s obzirom na njegov dvosmislen i djelomično proturječan karakter. Čini se kako Odbor ministara nije iskoristio puni potencijal članka 46. stavka 3. izmijenjenog Protokolom br. 14. Cilj te ažurirane verzije članka je pojašnjavanje razdiobe ovlasti između dvije predmetne institucije (Suda i Odbora ministara).

29. Ono što ostaje nepromijenjeno jest da pojedinačni zahtjev temeljen na nespojivosti domaćih presuda s presudom Suda kojom se utvrđuje povreda treba proglasiti nedopuštenim *ipso facto* zbog toga što Sud nema nadležnost

u tom području. Istovremeno jasno je da prvenstvena uloga Odbora ministara u sferi izvršavanja presuda Suda nikako ne priječi Sud u pogledu razmatranja prigovora upućenih protiv mjera koje je donijela tužena država radi postizanja usklađenosti s presudom protiv nje, pod uvjetom da takav prigovor sadrži nove i mjerodavne informacije⁵. Kako je pokazano, osporeni zahtjev ne odnosi se niti na jednu novu činjenicu, već se odnosi na izvršavanje *per se* presuda Suda, a ta pitanja općenito ne pripadaju u područje nadležnosti Suda.

30. Kao zaključak, bez obzira na ovo ograničenje, čini se opravdanim da Sud nastoji izvršiti određenu mjeru utjecaja u području izvršavanja njegovih presuda. Sud to može legitimno učiniti kada je podnesen novi zahtjev koji, s materijalnog aspekta, uključuje nove činjenice na koje još nije dan odgovor, ili u suprotnom kada se utvrdi da je tužena država počinila novu povredu. S druge strane, jednako je nužno osigurati da Sud ne raspršuje svoje napore ili širi doseg svojih već ionako brojnih aktivnosti. U tom se području mora održavati ravnoteža koja zahtijeva usklađenost s raspodjelom ovlasti temeljem Konvencije. Kao što je dobro poznato, zaštita ljudskih prava mora biti i praktična i učinkovita, to jest niti teoretska ni iluzorna.

⁵ Vidi suglasno mišljenje sutkinje Keller u presudi *Sidabras i drugi protiv Litve* (23. lipnja 2015., br. 50421/08 i 56213/08).

SUPROTSTAVLJENO MIŠLJENJE SUCA PINTO DE
ALBUQUERQUEA KOJEMU SU SE PRIDRUŽILI SUCI
KARAKAŞ, SAJÓ, LAZAROVA TRAJKOVSKA,
TSOTSORIA, VEHABOVIĆ I KŪRIS

Sadržaj

I. Introduction (§ 1).....	37
First Part (§§ 2-34).....	38
II. The Court’s competence to impose individual measures of redress of a Convention violation (§§ 2-18).....	38
a. The retrial clause (§§ 2-7).....	38
b. The development of other individual measures (§§ 8-18).....	41
III. The right to reopen a criminal case after a Court finding of a Convention violation (§§ 19-34).....	48
a. The strict standard of Committee of Ministers Recommendation (2000) 2 (§§ 19-27).....	48
b. The broad European consensus in the implementation of the Recommendation (§§ 28-34).....	50
Second Part (§§ 35-56).....	58
IV. The applicability of Article 6 of the Convention to the extraordinary appeal to reopen a criminal case (§§ 35-44).....	58
a. The majority’s evolutive interpretation of Article 6 of the Convention (§§ 35-39).....	58
b. The majority’s misreading of Portuguese law (§§ 40-44).....	60
V. The application of Article 6 of the Convention in the present case (§§ 45-56).....	62
a. The Supreme Court interpretation of Article 449 § 1 g) of the Code of Criminal Procedure (§§ 45-50).....	62
b. The Supreme Court’s interpretation of the <i>Moreira Ferreira</i> judgment (§§ 51-56).....	64
VI. Conclusion (§§ (57-60).....	67

Error! No bookmark name given.

I. Uvod (odlomak 1.)

1. Predmet *Moreira Ferreira* (br. 2) tiče se nadležnosti Europskog suda za ljudska prava (dalje u tekstu: „Sud”) da odredi pojedinačne mjere, i to ponovno suđenje, preispitivanje, ponovno razmatranje, ili ponovno otvaranje kaznenog postupka¹, kako bi se pružila pravna zaštita od povrede Europske

¹ U ovom mišljenju, ti izrazi se koriste kao da imaju posve jednako značenje.

Konvencije o ljudskim pravima (dalje u tekstu: „Konvencija”), i pravne snage tih mjera. Ovo složeno pitanje obrađeno je u kontekstu neizvršavanja presude Suda koja je uključivala klauzulu o ponovnom suđenju – kontekstu koji je okolnosti činio još složenijima. U ovom predmetu, točka presude u predmetu *Moreira Ferreira*² u kojoj je određeno ponovo suđenje nije provedena od strane nacionalnih tijela u naknadnom nacionalnom postupku povodom izvanredne žalbe (*recurso extraordinário*) koju je pokrenula žrtva povrede Konvencije. Podnositeljica zahtjeva morala se obratiti ovom Sudu po drugi puta kako bi zatražila pravdu. Na žalost, upravo to joj je uskratila većina Velikog Vijeća.

Prvi dio (odlomci 2.-34.)

II. Nadležnost Suda za određivanje pojedinačnih mjera (odlomci 2.-18.)

a. Klauzula o ponovnom suđenju (odlomci 2.-7.)

2. Prilikom ocjenjivanja sprečava li članak 46. Konvencije Sud u razmatranju prigovora temeljem članka 6. Konvencije, većina u Velikom Vijeću ponavlja da Sud nema nadležnost naložiti ponovno otvaranje postupka, no također priznaju da, u određenim iznimnim okolnostima, ponovno otvaranje postupka predstavlja odgovarajući, ili najprikladniji, oblik pravne zaštite od povrede Konvencije³. U nastavku će se pokazati kako je to podcjenjivanje bogate sudske prakse Suda u pogledu pojedinačnih mjera kojima se otklanjaju povrede Konvencije.

3. Sud je potvrdio u više navrata da su njegove presude u biti po svojoj naravi deklaratorne i da je, općenito, na dotičnoj državi da odabere, podložno nadzoru Odbora ministara, sredstva koja će biti upotrijebljena u njezinom domaćem pravnom poretku kako bi ispunila svoju obvezu iz članka 46. Konvencije⁴. Kada pravni poredak tužene države ne može osigurati naknadu ili može jedino pružiti djelomičnu naknadu zbog utvrđene povrede Konvencije⁵, Sud može oštećenoj stranci pružiti pravičnu naknadu. Načelo na kojemu se temelji pružanje pravične naknade za povrede Konvencije jest da podnositelj zahtjeva treba biti, u onoj mjeri u kojoj je to moguće, doveden u položaj u kojemu bi bio da nije bilo te povrede (*restitutio in integrum*)⁶, pod

² Vidi predmet *Moreira Ferreira protiv Portugala*, br. 19808/08, 5. srpnja 2011.

³ Vidi odlomak 48. presude.

⁴ Kao rani primjer, *Marckx protiv Belgije*, 13. lipnja 1979., odl. 58., Serija A br. 31.

⁵ Kao neke rane primjere pune naknade vidi *Neumeister protiv Austrije* (članak 50.), br. 1936/63, odl. 40.-41., 7. svibnja 1974., a za djelomičnu naknadu vidi *Van Mechelen i drugi protiv Nizozemske* (članak 50.), br. 21363/93, 21364/93, 21427/93, odl. 16., 30. listopada 1997.

⁶ Vidi *Piersack protiv Belgije* (članak 50.), presuda od 26. listopada 1984., Serija A br. 85., odl. 11.-12. Sud je odabrao širi koncept *restitutio in integrum*, koji zahtjeva hipotetsko

uvjetom da su takva sredstva spojiva sa zaključcima navedenima u presudi Suda i s pravima obrane⁷. Plaćanje naknade spojivo je s drugim općim ili pojedinačnim mjerama nužnim za okončanje povrede koju je utvrdio Sud⁸.

4. Ipak, Sud je također potvrdio da priroda utvrđene povrede može biti takva da ne ostavlja nikakav stvaran izbor u pogledu mjera potrebnih za njezino otklanjanje, i Sud može odlučiti nametnuti takvu mjeru kao što je, na primjer, povrat izvlaštenog komada zemljišta⁹, povrat zgrade¹⁰, oslobađanje osobe¹¹, pravna zaštita od svih prošlih ili budućih, negativnih posljedica proisteklih iz disciplinske kazne¹², prekid zadržavanja u pritvoru i zamjena te mjere drugom razumnom i blažom mjerom opreza, ili kombinacijom takvih mjera¹³, zamjena doživotne kazne kaznom koja je spojiva s Konvencijom i

ispitivanje kakva bi bila situacija da štetna radnja nije bila počinjena. Manje zahtijevan koncept naknade, čiji je cilj utvrđivanje situacije koja je postojala prije nastupanja štetne radnje, je odbijen (vidi komentar na članak 35. nacrtu Članaka o odgovornosti države za međunarodno protupravne čine (DARSIWA) Komisije za međunarodno pravo, odlomak 2.). Treba dodati da se u komentaru članka 36 DARSIWA-e, u odlomku 19., navodi kako se „odluke tijela za zaštitu ljudskih prava o naknadama temelje na načelima naknade temeljem općeg međunarodnog prava.” Stoga se u tumačenju Konvencije mora uzeti u obzir doktrina DARSIWA-e o naknadi i posebno njezinih članaka 34.-37.

⁷ Vidi *Lyons i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (odluka), br. 15227/03, ESLJP 2003-IX.

⁸ Vidi *Scozzari i Giunta protiv Italije [VV]*, br. 39221/98 i 41963/98, odl. 249., ESLJP 2000-VIII, i *Christine Goodwin protiv Ujedinjenog Kraljevstva [VV]*, br. 28957/95, odl. 120, ESLJP 2002-VI.

⁹ Vidi *Papamichalopoulos protiv Grčke (članak 50.)*, br. 14556/89, odl. 38., 31. listopada 1995. Izreka je ponavljala obvezu uključenu u obrazloženje. U slučaju izostanka takve naknade, tuženoj državi je naloženo da podnositelju zahtjeva plati određeni iznos. Vidi i *Ramadhi i drugi protiv Albanije*, br. 38222/02, odl. 102, 13. studenog 2007.

¹⁰ Vidi *Brumarescu protiv Rumunjske (članak 41.)*, br. 28342/95, odl. 22., 23. siječnja 2001.; *Hirschhorn protiv Rumunjske*, br. 29294/02, odl. 114., 26. srpnja 2007.; i *Katz protiv Rumunjske*, br. 29739/03, odl. 42, 20. siječnja 2009. U svim tim predmetima izreka je ponavljala obvezu uključenu u obrazloženje presude temeljem članka 41. U slučaju izostanka takve naknade, tuženoj državi je naloženo da podnositelju zahtjeva plati određeni iznos.

¹¹ Vidi *Assanidze protiv Gruzije [VV]*, br. 71503/01, odl. 203., ESLJP 2004-II. Upotrijebljeni izraz je imperativ („mora osigurati... što je ranije moguće”) i obveza nametnuta temeljem članka 41. ponovljena je u točki 14.a izreke presude. Vidi također *Ilaşcu protiv Moldove i Rusije (VV)*, br. 48787/99, odl. 490., ESLJP 2004-VII, i točku 22. izreke presude; *Fatullayev protiv Azerbajdžana*, br. 40984/07, odl. 177., 22. travnja 2010., i točku 6. izreke; i *Del Rio Prada protiv Španjolske [VV]*, br. 42750/09, odl. 138., ESLJP 2013., i točku 3. izreke. U potonja dva predmeta, nalog je nametnut temeljem članka 46.

¹² Vidi *Maestri protiv Italije*, br. 39748/98, odl. 47., 17. veljače 2004. Unatoč upotrijebljenog izraza („na tuženoj državi je da poduzme odgovarajuće mjere za pravnu zaštitu od učinaka svake protekle i buduće štete za karijeru podnositelja zahtjeva”), u izreci presude se ne spominje obveza nametnuta u obrazloženju presude temeljem članka 41.

¹³ Vidi *Aleksanyan protiv Rusije*, br. 46468/06, odl. 239, 22. prosinca 2008. Upotrijebljeni izraz je imperativ („mora zamijeniti”) i obveza nametnuta u odjeljku s obrazloženjem temeljem članka 46. uključena je u točki 9. izreke presude.

ne premašuje 30 godina u zatvoru¹⁴, otvaranje nove istrage kaznenog djela¹⁵ ili zatvaranje istrage koja je u tijeku¹⁶, pribavljanje jamstava od libijskih tijela da podnositelji zahtjeva neće biti podvrgnuti tretmanu nespojivom s člankom 3. Konvencije ili proizvoljnoj repatrijaciji¹⁷, i ponovno postavljanje osobe na državnu funkciju¹⁸.

5. Klauzula o ponovnom suđenju po prvi puta je formulirana u specifičnom kontekstu predmeta protiv Turske koji se odnose na neovisnost i nepristranost sudova za nacionalnu sigurnost. Sud je naznačio, temeljem članka 41. Konvencije da je „u načelu, najprikladniji oblik pravne zaštite od povrede bilo da se podnositelju zahtjeva sudi pred neovisnim i nepristranim sudom bez odgode”¹⁹. To je poznato kao klauzula *Gençel*. Sličan je stav zauzet temeljem članka 41. u predmetu protiv Italije gdje utvrđenje povrede jamstava pravednosti sadržanih u članku 6. nije bilo povezano s manjkom neovisnosti ili nepristranosti domaćih sudova, već s miješanjem u njegovo pravo na sudjelovanje u svom suđenju²⁰. Nakon toga, klauzula o ponovnom suđenju zvala se klauzula *Gençel-Somogyi*. Važno je primijetiti da u oba predmeta utvrđivanje povreda samo po sebi predstavlja dovoljnu pravičnu naknadu za neimovinsku štetu koju je pretrpio podnositelj zahtjeva. U izreci nema upućivanja na ponovno suđenje ili ponovno otvaranje predmeta.

6. U predmetu *Öçalan protiv Turske*²¹, Veliko Vijeće je podržalo opći pristup prihvaćen u prethodno navedenoj sudskoj praksi, ali s različitom terminologijom i unutar drugačijeg normativnog okvira. Smatrao je temeljem članka 46. Konvencije da kada je pojedinac, kao što je slučaj u ovom predmetu, osuđen pred sudom koji ne zadovoljava konvencijske zahtjeve neovisnosti i nepristranosti, „ponovno suđenje ili ponovno otvaranje

¹⁴ Vidi *Scoppola protiv Italije (br. 2) (VV)*, br. 10249/03, odl. 154., 17. rujna 2009. Upotrijebljeni izraz je imperativ („je odgovorna za osiguravanje da”) i obveza nametnuta temeljem članka 46. ponovljena je u točki 6.a izreke presude.

¹⁵ Vidi *Abuyeva i drugi protiv Rusije*, br. 27065/05, odl. 243., 2. prosinca 2010. Unatoč upotrijebljenom izrazu („smatra neizbježnim da ... mora biti određeno”), izreka presude ne poziva se na obvezu nametnutu u obrazloženju presude temeljem članka 46. Vidi također *Benzer i drugi protiv Turske*, br. 23502/06, odl. 219, 12. studenog 2013.

¹⁶ Vidi *Nihayet Arıcı i drugi protiv Turske*, 24604/04 i 16855/05, odl. 176, 23. listopada 2012. Izraz je bio imperativ („*doit mettre en oeuvre... dans les plus brefs délais*”), no izreka presude nije se pozivala na obvezu nametnutu u obrazloženju presude temeljem članka 41.

¹⁷ Vidi *Hirsi Jamaa i drugi protiv Italije (VV)*, br. 27765/09, odl. 211., ESLJP 2012-II. Unatoč upotrijebljenom izrazu („mora poduzeti”), izreka presude ne poziva se na obvezu nametnutu u obrazloženju presude temeljem članka 46.

¹⁸ Vidi *Oleksandr Volkov protiv Ukrajine*, br. 21722/11, odl. 208., ESLJP 2013-I. Upotrijebljeni izraz je imperativ („osigurati će ... što je ranije moguće”) i obveza nametnuta u obrazloženju presude temeljem članka 41. i 46. ponovljena je u točki 9. izreke. Ipak, Sud nije slijedio tu sudsku praksu u predmetu *Kulykov i drugi protiv Ukrajine*, br. 5114/09 i 17 drugih, odl. 148., 19. siječnja 2017.

¹⁹ Vidi *Gençel protiv Turske*, br. 53431/99, odl. 27, 23. listopada 2003.

²⁰ Vidi *Somogyi protiv Italije*, br. 67972/01, odl. 86, ESLJP 2004-IV.

²¹ Vidi *Öçalan protiv Turske [VV]*, br. 46221/99, odl. 210. in fine, ESLJP 2005-IV.

predmeta, ako se zatraži, predstavlja u načelu prikladan način pružanja pravne zaštite od povrede” (takozvana klauzula *Oçalan*)²². Ipak, dodao je kako specifične sanacijske mjere, ako ih ima, koje se zahtijevaju od tužene države kako bi izvršila svoje obveze temeljem članka 46. Konvencije, moraju ovisiti o određenim okolnostima pojedinačnog predmeta i moraju biti određene u svjetlu odredbi presude Suda u tom predmetu i uz dužnu pažnju prethodno navedenoj sudskoj praksi Suda. Sud je također smatrao da njegova utvrđenja povreda članaka 3., 5. i 6. Konvencije sama predstavljaju dovoljnu pravičnu naknadu za svaku štetu koju je pretrpio podnositelj zahtjeva²³.

7. U predmetu *Verein gegen Tierfabriken VgT (br. 2)*, Veliko Vijeće je detaljno objasnilo značenje klauzule *Oçalan*. Kamen temeljac presude Velikog Vijeća je ideja da je ponovno otvaranje domaćeg postupka „ključno sredstvo” za pravilno izvršavanje presuda Suda i treba se dogoditi u skladu sa „zaključcima i duhom izvršavanja presude Suda”²⁴. Sud je preuzeo svoju inherentnu (implicitnu) nadležnost ispitivanja postupanja nacionalnih tijela nakon prve presude *Verein gegen Tierfabriken*, uz argument kako bi ono, ako Sud ne bi mogao razmotriti ga, bilo izvan svake kontrole temeljem Konvencije. Stoga nadležnost Suda obuhvaća, sukladno zaključcima iz predmeta *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) (br. 2)*, ne samo postupke domaćih tijela koja su u sukobu s klauzulom o ponovnom otvaranju, već *a fortiori* i njihov propust u pogledu ponovnog otvaranja domaćeg postupka²⁵.

b. Razvoj drugih pojedinačnih mjera (odlomci 8.-18.)

8. Sudska praksa Suda razvijala se brzo, obuhvaćajući druge teme i područja prava. Rezultat je da je nadležnost Suda u pogledu naloga u smislu ponovnog suđenja ili ponovnog otvaranja predmeta sada dobro utvrđena. Zapravo, klauzula o ponovnom suđenju primijenjena je nakon utvrđivanja

²² Ova klauzula također je poznata kao klauzula *Oçalan-Sejdovic* jer je potvrđena i dodatno razvijena u predmetu *Sejdovic protiv Italije [VV]*, br. 56581/00, odl. 86., ESLJP 2006-II. Vidi također *Abbasov protiv Azerbajdžana*, br. 24271/05, odl. 42, 17. siječnja 2008., i *Albanije*, br. 12315/04 i 17605/04, odl. 76, 20. travnja 2010.

²³ Unatoč intervenciji Velikog Vijeća u predmetu *Öçalan protiv Turske* i dvije godine kasnije u predmeti *Sejdovic protiv Italije*, praksa Suda ostala je nesigurna što dokazuje činjenica da je nekoliko vijeća zadržalo nekadašnju klauzulu *Gençel*, kako će biti prikazano u nastavku teksta. Ova nesigurnost je pojačana kada se Veliko Vijeće vratilo klauzuli *Gençel* temeljem članka 41. Konvencije u predmetu *Salduz protiv Turske (VV)*, br. 36391/02, odl. 72., 27. studenog 2008., i u predmetu *Sakhnovskiy protiv Rusije [VV]*, br. 21272/03, odl. 112, 2. studenog 2010., upotrijebilo je klauzulu *Gençel*, ali je krivo citiran presedan *Oçalan*.

²⁴ Vidi *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) protiv Švicarske (br. 2) [VV]*, br. 32772/02, odl. 90., ESLJP 2009.

²⁵ Vidi također *Wasserman protiv Rusije (br. 2)*, br. 21071/05, odl. 37., 10. travnja 2008., i *Ivančoc i drugi protiv Moldove i Rusije*, br. 23687/05, odl. 86. i 95.-96., 15. studenog 2011.

povrede članka 6. zbog miješanja u pravo pristupa sudu²⁶, pravo na suđenje pred sudom uspostavljenim zakonom²⁷, načelo nepristranosti ili neovisnosti suda²⁸, pravo na sudjelovanje u suđenju²⁹, pravo na ispitivanje svjedoka³⁰, pravo na osobno davanje iskaza³¹, pravo na dobivanje detaljnih informacija o

²⁶ Nakon utvrđivanja povrede prava na pristup sudu, klauzula *Oçalan-Sejdovic* korištena je u predmetu *Perlala protiv Grčke*, br. 17721/04, odl. 36, 22. veljače 2007., no klauzula *Gençel-Somogyi* je korištena u predmetu *Kostadin Mihaylov protiv Bugarske*, br. 17868/07, odl. 60, 27. ožujka 2008., i *Demerdžieva i drugi protiv Republike Makedonije*, br. 19315/06, odl. 34, 10. lipnja 2010. U predmetu s istom temom gdje je zatraženo poništavanje suđenja, Sud nije naložio ponovno suđenje (vidi *De la Fuente Ariza protiv Španjolske*, br. 3321/04, odl. 31, 8. studenog 2007.).

²⁷ Formulacija *Gençel-Somogyi* korištena je *mutatis mutandis* u predmetu *Claes i drugi protiv Belgije*, br. 46825/99, 47132/99, 47502/99, 49010/99, 49104/99, 49195/99 i 49716/99, odl. 53, 2. lipnja 2005., *Lungoci protiv Rumunjske*, br. 62710/00, 26. siječnja 2006., i *Ilatovskiy protiv Rusije*, br. 6945/04, odl. 49, 9. rujna 2009. (pogrešno citira predmet *Oçalan*).

²⁸ Osim u predmetima turskog suda za državnu sigurnost, klauzula *Oçalan-Sejdovic* pojavila se u predmetima koji se odnose na osuđujuću presudu civila od strane vojne jurisdikcije nakon vodećeg predmeta *Ergin protiv Turske* (br. 6), br. 47533/99, ESLJP 2006., odl. 61. No u nekim drugim predmetima koji se odnose na isto pitanje, Sud nije primijenio klauzulu o ponovnom suđenju (vidi *Karatepe protiv Turske*, br. 41551/98, odl. 37, 31. srpnja 2007., *Hüseyin Simsek protiv Turske*, br. 68881/01, odl. 83, 20. svibnja 2008.). U tim je predmetima podnositelj zahtjeva bio uvjetno oslobođen prije donošenja presude Suda. Ipak, oslobođanje podnositelja zahtjeva ne može se smatrati temeljem za neprimjenjivanje klauzule o ponovnom suđenju jer je Sud također primjenjivao klauzulu o ponovnom suđenju u predmetima gdje je izrečena uvjetna zatvorska kazna (vidi *Kenar protiv Turske*, br. 67215/01, odl. 50., 13. prosinca 2007., i *Zekeriya Sezer protiv Turske*, br. 63306/00, odl. 32, 29. studenog 2007.).

²⁹ Nakon utvrđivanja povrede prava na sudjelovanje na suđenju, klauzula *Gençel-Somogyi* korištena je u predmetu *R.R. protiv Italije*, br. 42191/02, odl. 76., 9. lipnja 2005., no kasnije je napuštena i umjesto nje se koristi klauzula *Oçalan-Sejdovic* u predmetu *Hu protiv Italije*, br. 5941/04, odl. 71., 28. studenog 2006., *Csikos protiv Mađarske*, br. 37251/04, odl. 26., 5. prosinca 2006., *Kollcaku protiv Italije*, br. 25701/03, odl. 81., 8. veljače 2007., *Pititto protiv Italije*, br. 19321/03, odl. 79., 12. lipnja 2007., *Kunov protiv Bugarske*, br. 24379/02, odl. 59, 23. svibnja 2008., i *Georghe Gaga protiv Rumunjske*, br. 1562/02, odl. 68, 25. ožujka 2008. U jednom predmetu o istom pitanju, Sud uopće nije primijenio klauzulu o ponovnom suđenju (*Da Luz Domingues Ferreira protiv Belgije*, br. 50049/99, 24. svibnja 2007.).

³⁰ Nakon utvrđivanja povrede prava na ispitivanje svjedoka, klauzula *Oçalan* je korištena u predmetima *Bracci protiv Italije*, br. 36822/02, odl. 75., 13. listopada 2005., *Vaturi protiv Francuske*, br. 75699/01, odl. 63., 13. travnja 2006., *Zentar protiv Francuske*, br. 17902/02, odl. 35., 13. travnja 2006., *Balšán protiv Češke Republike*, br. 1993/02, odl. 40., 18. srpnja 2006. (pogrešno citira predmet *Somogyi*), *Reiner i drugi protiv Rumunjske*, br. 1505/02, odl. 93., 27. rujna 2007. (pogrešno citira predmet *Gençel*), ali je klauzula *Gençel* korištena u predmetima *Majadallah protiv Italije*, br. 62094/00, odl. 49., 19. listopada 2006., *Popov protiv Rusije*, br. 26853/04, odl. 263., 13. srpnja 2006. (pogrešno citira predmet *Oçalan*), *Sakhnovskiy protiv Rusije [VV]*, br. 21272/03, odl. 112., 2. studenog 2010. (pogrešno citira predmet *Oçalan*), i *Duško Ivanovski protiv Republike Makedonije*, br. 10718/05, odl. 64., 24. travnja 2014.

³¹ Vidi *Spinu protiv Rumunjske*, br. 32030/02, odl. 82., 29. travnja 2008.

optužbi³², pravo na raspolaganje vremenom i sredstvima za pripremu vlastite obrane³³, načelo kontradiktornosti postupka i jednakosti oružja³⁴, pravo na pravnu pomoć³⁵, načelo pravednog suđenja, uključujući zabranu poticanja na kazneno djelo od strane policije³⁶, i pravo na obrazloženu presudu³⁷.

Osim predmeta temeljem članka 6., ta je klauzula korištena u predmetima temeljenima na članku 2.³⁸ i članku 7³⁹. Dodatno, ta je klauzula proširena na građanske, upravne i porezne predmete⁴⁰. Kriteriji za primjenu klauzule o ponovnom suđenju u predmetima koji nisu kaznjeni nisu uvijek jasni i Sud bi ponekad odbio primijeniti je unatoč izričitom traženju podnositelja zahtjeva⁴¹. Zbog toga podnositelji zahtjeva nisu imali izbora već ponovno tražiti naknadu putem međunarodnog parničnog postupka pred Sudom, što zahtijeva vrijeme i novac, kad tužene države ne postupe u skladu s izvornim utvrđenjima Suda.

9. U svjetlu prethodno navedenog, reći, kao što to čini većina u ovoj presudi, da su to iznimni predmeti, predstavlja podcjenjivanje sudske prakse suda. Nadalje, većina ne ocjenjuje u potpunosti prirodu, opseg i učinak klauzule o ponovnom suđenju. Odlomci od 49. do 51. presude jednostavno

³² Vidi *Miriaux protiv Francuske*, br. 73529/01, odl. 42., 26. rujna 2006., i *Drassich protiv Italije*, br. 25575/04, odl. 46., 11. prosinca 2007.

³³ Vidi *Mattei protiv Francuske*, br. 34043/02, odl. 51., 19. prosinca 2006.

³⁴ Vidi *Ünel protiv Turske*, br. 35686/02, odl. 55., 27. svibnja 2008. Osim odbijanja ispitivanja određenih svjedoka, podnositelj zahtjeva prigovorio je nedostatku pristupa određenim dokazima kao što je zvučni zapis njegovog zadržavanja u pritvoru.

³⁵ Klauzula *Oçalan-Sejdovic* korištena je u predmetu *Sannino protiv Italije*, br. 30961/03, odl. 70, 27. travnja 2006., *Kemal Kahraman i Ali Kahraman protiv Turske*, br. 42104/02, odl. 44., 26. travnja 2017., i *Sacettin Yildiz protiv Turske*, br. 38419/02, odl. 55., 5. lipnja 2007., no klauzula *Gençel-Somogyi* korištena je u predmetima *Salduz protiv Turske (VV)*, br. 36391/02, odl. 72., 27. studenog 2008., i *Shulepov protiv Rusije*, br. 15435/03, odl. 46., 26. lipnja 2008.

³⁶ Vidi *Malininas protiv Litve*, br. 10071/04, odl. 43., 1. srpnja 2008.

³⁷ Vidi *Huseyn i drugi protiv Azerbajdžana*, br. 35485/05, 45553/05, 35680/05 i 36085/05, 4 odl. 213. i 262., 26. srpnja 2011.

³⁸ Vidi *Abuyeva i drugi*, naprijed citirano.

³⁹ Vidi *Dragotoniu i Militaru-Pidhorni protiv Rumunjske*, br. 77193/01 i 77196/01, odl. 55., 24. svibnja 2007., gdje se također poziva na članak 408. Zakona o kaznenom postupku.

⁴⁰ Vidi *Yanakiev protiv Bugarske*, br. 40476/98, odl. 90., 10. kolovoza 2006., *Paulik protiv Slovačke*, br. 10699/05, odl. 72., 10. listopada 2006., *Mehmet et Suna Yigit protiv Turske*, br. 52658/99, odl. 47., 17. srpnja 2007., *CF Mrebeti protiv Gruzije*, br. 38736/04, odl. 61., 31. srpnja 2007., *Paykar Yev Haghtanak protiv Armenije*, br. 21638/03, odl. 58., 20. prosinca 2007., *Cudak protiv Litve (VV)*, br. 15869/02, odl. 79., 23. ožujka 2010., *Kostadin Mihailov protiv Bugarske*, br. 17868/07, odl. 60., 27. ožujka 2008., *Vusic protiv Hrvatske*, br. 48101/07, odl. 58., 1. srpnja 2010., *Bulfracht Ltd protiv Hrvatske*, br. 53261/08, odl. 46., 21. lipnja 2011., i *Vojtěchová protiv Slovačke*, br. 59102/08, odl. 27. i 48., 25. rujna 2012.

⁴¹ *Freitag protiv Njemačke*, br. 71440/01, odl. 61., 19. srpnja 2007. U predmetu se citiraju predmeti *Sejdovic*, naprijed citirano, odl. 119., i *Monnat protiv Švicarske*, br. 73604/01, odl. 84., ESLJP 2006., u kojima je Sud odbio povući zabranu prodaje predmetnog izvješća za koje je utvrdio kako predstavlja povredu članka 10. Konvencije.

izostavljaju takvo ocjenjivanje, ograničavajući se na ponavljanje i djelomičan pregled sudske prakse Suda.

10. Obično se Sud poziva na klauzulu o ponovnom suđenju kao „načelno” pitanje, no u nekim je prigodama spominje kao „pravilo”⁴², izjednačujući pravna načela i pravila. Ponovno suđenje ili ponovno otvaranje postupka također je opisano bez ikakvog spominjanja „načela” ili „pravila” jer ono „predstavlja najprikladniji mehanizam pravne zaštite u okolnostima predmeta”⁴³.

11. Za razliku od početnih presuda, klauzula *Oçalan* koristila se temeljem članka 41.⁴⁴, dok se klauzula *Gençel* koristila temeljem članka 46⁴⁵. U nekim rjeđim predmetima, u samu izreku presude ugrađena je posebna klauzula o ponovnom suđenju. Na primjer, u predmetu *Lungoci* Sud je naložio, u izreci, tuženoj državi da ponovno otvori domaći postupak u roku od šest mjeseci od datuma pravomoćnosti presude, ako podnositelj zahtjeva to zatraži⁴⁶. U predmetu *Maksimov*, Sud je utvrdio u izreci da „tužena država mora poduzeti sve mjere da ponovno otvori kasacijski žalbeni postupak propisan odredbama Tranzicijskog prava”⁴⁷. U drugim predmetima, Sud je naložio u izreci, ne ponovno otvaranje predmeta, već namjeravani pravni učinak kao „najprikladniji oblik odštete” kao što je, na primjer, potpuni povrat vlasničkog prava podnositelja zahtjeva nad stanom i poništavanje naloga o njezinoj deložaciji⁴⁸. U ovoj vrsti predmeta, Sud je nametnuo, temeljem članka 41., opoziv naloga o deložaciji kojega su izdali domaći sudovi kao i dodjelu odštete. Ako stan više nije vlasništvo države ili ako je on otuđen na drugi način, tužena država treba osigurati da podnositeljica zahtjeva dobije „jednakovrijedan stan”⁴⁹. U nekim drugim predmetima, Sud je odredio, u

⁴² Vidi *Yanakiev protiv Bugarske*, br. 40476/98, odl. 90., 10. kolovoza 2006.; *Lesjak protiv Hrvatske*, br. 25904/06, odl. 54., 18. veljače 2010.; *Putter protiv Bugarske*, br. 38780/02, odl. 62., 2. prosinca 2010.; i *Kardoš protiv Hrvatske*, br. 25782/11, odl. 67., 26. travnja 2016.

⁴³ Vidi *Vojtěchová protiv Slovačke*, br. 59102/08, odl. 27. i 48., 25. rujna 2012.; *Harabin protiv Slovačke*, br. 58688/11, odl. 60. i 178., 20. studenog 2012.; i *Zachar i Čiorny protiv Slovačke*, br. 29376/12 i 29384/12, odl. 85., 21. srpnja 2015.

⁴⁴ Vidi, na primjer, *Hu*, naprijed citirano, odl. 71., ili *Sacettin Yildiz*, naprijed citirano, odl. 55., i *Flueraş protiv Rumunjske*, br. 17520/04, 9. travnja 2013. (pogrešno citira predmet *Gençel*).

⁴⁵ Vidi, na primjer, *Karelin*, naprijed citirano, odl. 97., *Scoppola*, naprijed citirano, odl. 154., i *Oleksandr Volkov*, naprijed citirano, odl. 206.

⁴⁶ Vidi *Lungoci protiv Rumunjske*, br. 62710/00, 26. siječnja 2006. Isto se pojavljuje u *Ajdarić protiv Hrvatske*, br. 20883/09, 13. prosinca 2011.

⁴⁷ Vidi *Maksimov protiv Azerbajdžana*, br. 38228/05, 8. listopada 2009., i *Claes i drugi*, naprijed citirano.

⁴⁸ Vidi *Gladysheva protiv Rusije*, br. 7097/10, odl. 106., 6. prosinca 2011., i *Anna Popova protiv Rusije*, br. 59391/12, odl. 48., 4. listopada 2016.

⁴⁹ Vidi *Ponyayeva i drugi protiv Rusije*, br. 63508/11, odl. 66., 17. studenog 2016.; *Alentseva protiv Rusije*, br. 31788/06, odl. 86., 17. studenog 2016.; i *Pchelintseva i drugi protiv Rusije*, br. 47724/07, odl. 110., 17. studenog 2016.

izreci presude da se kumulativno uz dodjelu pravične naknade od strane Suda provede i domaća sudska odluka kako bi se proizveo njezin stvaran učinak⁵⁰.

12. U predmetu *Laska i Lika*, Sud je išao korak dalje i smatra temeljem članka 46. kako postoji pozitivna obveza tužene države da „otkloni svaku prepreku u svom domaćem pravnom sustavu koja bi mogla sprečavati odgovarajuće popravljjanje situacije u kojoj su podnositelji zahtjeva (...) ili uvede novo pravno sredstvo” za ponovno otvaranje predmeta u svjetlu nedostatka takvog pravnog sredstva u nacionalnom pravu⁵¹. Točnije rečeno, Sud se nije suzdržavao podsjetiti da države ugovornice imaju obvezu organizirati svoje pravosudne sustave na takav način da omogućuje svojim sudovima da zadovolje uvjete Konvencije, već je inovativno zaključio kako se to načelo također primjenjuje na ponovno otvaranje postupaka i ponovno ispitivanje predmeta podnositelja zahtjeva. Ipak, takvo nametanje nije ponovljeno u izreci u kojoj se spominje dodjela naknade za neimovinsku štetu, ali ne i ponovno otvaranje predmeta⁵².

13. U predmetu *M.S.S.*, uzimajući u obzir posebne okolnosti predmeta i žurnu potrebu prekidanja tih povreda članaka 13. i 3. Konvencije, Sud je smatrao da je „Grčka u obvezi, bez odlaganja početi ispitivanje osnovanosti zahtjeva za odobravanjem azila podnositelju zahtjeva koje zadovoljava zahtjeve Konvencije i, ovisno o ishodu tog ispitivanja, suzdržati se od deportiranja podnositelja zahtjeva”⁵³. Ipak, niti jedna od tih pojedinačnih mjera naznačena temeljem članka 46. nije uključena u izreku presude.

14. Sudska praksa također je promjenjiva u pogledu akumuliranja pravične naknade i klauzule o ponovnom suđenju. Unatoč činjenici da niti presuda *Gençel* ni presuda *Oçalan* nije dodijelila pravičnu naknadu, Sud kumulativno nameće pravičnu naknadu i klauzulu o ponovnom suđenju u ogromnoj većini predmeta⁵⁴. Rjeđe odbija zahtjeve za pravičnom naknadom u svjetlu klauzule

⁵⁰ Vidi *Gluhaković protiv Hrvatske*, br. 21188/09, odl. 89., 12. travnja 2011., *Plotnikov protiv Rusije*, br. 43883/02, odl. 33., 24. veljače 2005., i *Makarova i drugi protiv Rusija*, br. 7023/03, odl. 37., 24. veljače 2005. Ipak, u točno sličnoj situaciji u predmetu *OOO Rusatommet protiv Rusije*, br. 61651/00, odl. 33., 14. lipnja 2005., Sud se suzdržao od toga da učini to isto.

⁵¹ Vidi *Laska i Lika protiv Albanije*, br. 12315/04 i 17605/04, odl. 76., 20. travnja 2010. Suočen sa sličnim sustavnim problemom u predmetu *Karelin protiv Rusije*, br. 926/08, 20. rujna 2016., Sud nije slijedio isti pristup.

⁵² Ovaj predmet je različit od predmeta *Klaus i Iouri Kiladze protiv Gruzije*, br. 7975/06, odl. 85. i 90., 2. veljače 2010., kojim je utvrđena naknada kao alternativa usvajanju općih mjera. U predmetima *Ûrper i drugi protiv Turske*, br. 14526/07, 14747/07, 15022/07, 15737/07, 36137/07, 47245/07, 50371/07, 50372/07 i 54637/07, odl. 52., 20. listopada 2009., i *Gözel i Öser protiv Turske*, br. 43453/04 i 31098/05, odl. 76., 6. srpnja 2010., Sud je naložio uvođenje zakonodavnih, tj. općih mjera kao dodatak uz naknadu.

⁵³ Vidi *M.S.S. protiv Belgije i Grčke [VV]*, br. 30696/09, odl. 402., ESLJP 2011.

⁵⁴ To je bio stav Suda čak i kada je razlikovao odluku o osnovanosti od odluke o pravičnoj naknadi (vidi *Barberà, Messegué i Jabardo protiv Španjolske*, presuda od 13. lipnja 1994., Serija A br. 285-C, str. 56., odl. 15., i *Schuler-Zraggen protiv Švicarske (članak 50.)*, br.

o ponovnom suđenju⁵⁵ ili ih nameće kao alternative⁵⁶. Osnove za takav odabir nisu očigledne.

15. Povremeno Sud tek upućuje na postojanje nacionalnog mehanizma za preispitivanje domaće presude, ponekad dodatno uz dodjeljivanje pravične naknade⁵⁷, a u drugim prilikama uz njezin izostanak⁵⁸.

16. Ukratko, Sud može nametnuti pojedinačne mjere sukladno jednoj od sljedeće tri vrste rješenja:

A. Obveze nametnute u izreci:

1. Obveza postizanja određenog stvarnog učinka „u najskorije moguće vrijeme” ili „odmah” (rješenje *Assanidze*)
2. Obveza ukidanja domaće sudske odluke i postizanja određenog pravnog učinka koji je „najprikladniji oblik obeštećenja” u određenom roku poput tri mjeseca od dana kada presuda postane pravomoćna (rješenje *Gladysheva*)
3. Obveza implementiranja domaće sudske odluke i postizanja njezinog stvarnog učinka bez ikakvog određenog roka (rješenje *Plotnikov-Gluhaković*)

B. Obveze uključene samo u obrazloženje:

1. Obveza „bez odgode” donošenja domaće sudske odluke „koja zadovoljava uvjete Konvencije” i suzdržavanje od svake aktivnosti do njezinog donošenja (rješenje *M.S.S.*)
2. Obveza poduzimanja određene pojedinačne mjere koja je „neizbježna” i „mora biti određena” sukladno određenim uvjetima navedenima u presudi Suda (rješenje *Abuyeva*)
3. Obveza poduzimanja specifične pojedinačne mjere zajedno s općim mjerama potrebnima za njezinu implementaciju bez ikakvog roka (rješenje *Laska i Lika*)

14518/89, odl. 14. i 15., 31. siječnja 1995.). Sada se pravična naknada dodjeljuje čak i kada se klauzula o ponovnom suđenju uključi u izreku presude (vidi *Lungoci*, naprijed citirano).

⁵⁵ Vidi *Bocos-Cuesta protiv Nizozemske*, br. 54789/00, odl. 82., 10. studenog 2005.; *Kaste i Mathisen protiv Norveške*, br. 18885/04 i 21166/04, odl. 61., 9. studenog 2006.; *Vusic protiv Hrvatske*, br. 48101/07, odl. 58., 1. srpnja 2010.; i *Bulfracht Ltd protiv Hrvatske*, br. 53261/08, odl. 47., 21. lipnja 2011.

⁵⁶ Vidi *Caes i drugi*, naprijed citirano.

⁵⁷ Vidi *Taxquet protiv Belgije (VV)*, br. 926/05, odl. 107., 16. studenog 2010.; *Delespesse protiv Belgije*, br. 12949/05, odl. 44., 27. ožujka 2008.; *Nikolitsas protiv Grčke*, br. 63117/09, odl. 47., 3. srpnja 2014.; i *Mitrov protiv Republike Makedonije*, br. 25703/11, odl. 64., 2. lipnja 2016.

⁵⁸ Vidi *Dvorski protiv Hrvatske (VV)*, br. 25703/11, odl. 117., 20. listopada 2015.

4. Obveza poduzimanja specifične pojedinačne mjere koja „predstavlja najprikladniji mehanizam pravne zaštite u okolnostima predmeta” (rješenje *Vojtěchová*)
5. Obveza poduzimanja određene pojedinačne mjere koja je „načelno, najprikladniji oblik pravne zaštite” (rješenje *Gençel-Somogyi*)
6. Obveza poduzimanja specifične pojedinačne mjere koja „ako je zatražena, predstavlja u načelu prikladan način pružanja pravne zaštite od povrede” (rješenje *Oçalan-Sejdovic*)

C. Druge pojedinačne mjere uključene u obrazloženje:

1. Obveza poduzimanja (neodređenih) „svih mogućih mjera” za pružanje pravne zaštite od učinaka svih proteklih ili budućih šteta proisteklih iz povreda Konvencije (rješenje *Maestri*)
2. Obveza (sredstava) poduzimanja „svih koraka” za pribavljanje jamstva od treće stranke potpisnice Konvencije (rješenje *Hirsi*)
3. (Implicitna) mogućnost korištenja domaćih pravnih sredstava za preispitivanje predmeta spomenutih u obrazloženju.

17. U svjetlu prethodnih razmatranja, nije moguće poreći da, u dugogodišnjoj praksi Suda, obveze nametnute u izreci i one uključene samo u obrazloženje presude imaju istu pravnu snagu bez obzira na različite formulacije korištene u njima. Klauzula o ponovnom otvaranju ključno je sredstvo za izvršavanje presuda Suda čija pravna snaga ne ovisi o tome je li umetnuta u obrazloženje ili izreku presude. Suprotan zaključak značio bi ili da je jezik presuda podložan diktatu kapricioznih promjena raspoloženja ili, još gore, političkih razloga. Odabir formulacije u presudama Suda nije niti pitanje ukusa onoga koji je piše ni politika vijeća određena potrebom davanja više ili manje empatičkog tona pojedinačnoj mjeri u svjetlu očekivane nevoljkosti ili privremene neaktivnosti tužene države u pogledu izvršavanja uputa.

18. Sveukupno, člankom 46. Konvencije osiguravaju se rješenja, kada je to prikladno, za imperativne, pojedinačne pravne učinke presuda Suda u domaćem pravnom poretku tužene države, uključujući nalog za ponovno suđenje, preispitivanje ili ponovno otvaranje kaznenog predmeta. Klauzulu *Oçalan* mora se tumačiti koherentno i dosljedno u svjetlu sudske prakse Suda koja se razvija. Kako će biti demonstrirano, raznovrsnost formulacija koja se može naći u sudskoj praksi ne samo da postavlja pitanje manjka čitljivosti presude i posljedično pravne sigurnosti, već i potkopava potpunu i učinkovitu provedbu presuda Suda. Na žalost, ova presuda ne daje prijeko potrebne smjernice u ovom području u pogledu stavljanja klauzule *Oçalan* u perspektivu naspram pozadinske slike bogate sudske prakse Suda o pojedinačnim mjerama pravne zaštite od povreda Konvencije i objavljivanja njihove pravne snage iznova.

III. Pravo na ponovno otvaranje kaznenog predmeta nakon što je Sud utvrdio povredu Konvencije (odlomci 19.-34.)

a. Strogi standard Preporuke Odbora ministara (2000.) 2 (odlomci 19.-27.)

19. Većina Velikog Vijeća odriču pravo na ponovno otvaranje kaznenog predmeta nakon što je Sud utvrdio povredu na temelju nedostatka „jednoobraznog pristupa među državama ugovornicama”. U njihovom ocjenjivanju implementacije Preporuke (2000.) 2 o preispitivanju ili ponovnom otvaranju određenih predmeta na domaćoj razini nakon presuda Europskog suda za ljudska prava (dalje u tekstu: „Preporuka”), većina zaključuje da „u većini tih država, ponovno otvaranje postupka nije automatsko i podliježe kriterijima dopuštenosti”⁵⁹. U svojoj vodećoj presudi od 27. svibnja 2009. godine, Vrhovni sud je također protumačio, većinom od dva naprema jedan, članak 449. stavak 1. točku g. Zakona o kaznenom postupku u svjetlu i s točno istim sadržajem Preporuke Odbora ministara br. R (2000.) 2⁶⁰.

Kako se i većina Velikog Vijeća i većina Vrhovnog suda u svojoj presudi od 27. svibnja 2009. godine poziva na standarde Preporuke Odbora ministara (2000.) 2 kao ishodište njihovog vlastitog razmišljanja, nužno je analizirati tu Preporuku i njezinu implementaciju od strane stranaka ugovornica Konvencije.

20. Preporuka Odbora ministara navodi da „u iznimnim okolnostima, ponovno razmatranje predmeta ili ponovno otvaranje postupka dokazalo se kao najučinkovitijim, ako ne i jedinim, sredstvom kojim se postiže *restitutio in integrum*.” Štoviše, Odbor ministara potiče ugovorne stranke Konvencije da osiguraju rješenja za ponovno otvaranje domaćih postupaka u slučaju materijalne ili postupovne povrede Konvencije. U oba slučaja, žrtva povrede ljudskih prava mora i dalje trpjeti njezine vrlo ozbiljne negativne posljedice u vrijeme kada Sud utvrdi tu povredu i te posljedice mogu se jedino otkloniti ponovnim otvaranjem postupka. Kada se presudom Suda ili utvrdi postupovna greška ili nedostatak, ponovno otvaranje predmeta također ovisi o težini greške ili nedostatka i ozbiljnosti proistekle sumnje u ishod domaćeg postupka.

21. Razlika režima između materijalnih i postupovnih povreda Konvencije za potrebe ponovnog otvaranja domaćeg postupka stvara nepoželjnu nesigurnost. Razmatrajući činjenicu da Sud ne pravi uvijek razliku između materijalnih i postupovnih povreda radije utvrđujući opću povredu, neće uvijek biti jasno koje kriterije treba primijeniti: strože kriterije za ponovno

⁵⁹ Vidi odlomak 53. presude.

⁶⁰ Vidi odlomak 28. presude.

otvaranje nakon utvrđivanja postupovne povrede ili manje stroge kriterije za ponovno otvaranje nakon utvrđivanja materijalne povrede.

22. Štoviše, ponovno otvaranje predmeta bit će jedino dopušteno kada su zadovoljena dva kumulativna kriterija: neprekinuto trpljenje vrlo ozbiljnih negativnih posljedica i nemogućnost otklanjanja tih posljedica putem pravične naknade. Niti jedan od tih uvjeta ne nalazi se u članku 4. stavku 2. Protokola br. 7. Teško je razumjeti zašto ponovno otvaranje nakon utvrđivanja povrede Konvencije u presudi Suda treba biti podvrgnuto strožim uvjetima od onih navedenih u članku 4. stavku 2. Protokola br. 7. za bilo koju drugu proceduru ponovnog otvaranja u nacionalnom sustavu.

23. Nadalje, uvjet da negativne posljedice povrede Konvencije „nisu na odgovarajući način otklonjene putem pravične naknade i ne mogu se ispraviti osim ponovnim ispitivanjem ili ponovnim otvaranjem” uspostavlja odnos supsidijarnosti između ponovnog otvaranja domaćeg postupka i pravične naknade. Sukladno tome, kad god je to moguće, prednost se mora dati pravičnoj naknadi ispred ponovnog otvaranja domaćeg postupka. To pravilo o supsidijarnosti ponovnog otvaranja u proturječju je sa samim člankom 41. Konvencije. Sukladno toj odredbi, tužena država treba učiniti sve da osigura punu odštetu (a ne „djelomičnu odštetu”) kod proglašene povrede Konvencije, pri čemu je poželjno postići *restitutio in integrum*, što znači brisanjem pravnih i materijalnih posljedica njezine štetne radnje ponovnim uspostavljanjem situacije koja bi postojala da taj čin nije niti počinjen, i u svrhu ponovno otvarajući domaći postupak koji je doveo do štetne radnje⁶¹. Naknadu je zasigurno moguće dodati obeštećenju u onoj mjeri u kojoj šteta nije popravljena povratkom u prethodno stanje⁶², ali ne određena kao alternativa za to i još manje kao poželjnija alternativa. Opisujući to u logičkim pojmovima, Preporuka preokreće logički poredak poželjnosti utvrđen člankom 41. Konvencije. Na posljetku, vrlo stroge odredbe Preporuke nisu u skladu s načelima međunarodnog prava prema kojima je država koja je odgovorna za štetnu radnju obvezna uspostaviti stanje prije nego što se ona dogodila u onoj mjeri u kojoj je to moguće, a naknada se može razmatrati tek nakon što se zaključi da, zbog nekog razloga, nije moguće postići stanje prije te radnje⁶³.

24. Još je gore to što je temeljna pretpostavka uvjeta Preporuke to da se povrede ljudskih prava mogu „kupiti”. Vlade mogu izbjeći ponovno otvaranje domaćeg postupka plaćanjem zbog povrede Konvencije koju je Sud utvrdio

⁶¹ Logička i ontološka poveznica između *restitutio in integrum* i ponovnog otvaranja kaznenog postupka već su utvrđene u predmetu *Piersack protiv Belgije* (članak 50.), naprijed citirano, odl. 11. Vrijedi primijetiti da je ponovno otvaranje u ovom predmetu dovelo do kazne koja je identična onoj koja je izvorno izrečena. Ipak, Sud je utvrdio kako je drugi domaći postupak „doveo do rezultata kojemu je *restitutio in integrum* onoliko blizak koliko je to moguće po prirodi stvari”, jer je novo suđenje pred uredujućim sudom obuhvaćalo sva jamstva propisana Konvencijom.

⁶² U tom smislu, vidi članak 34. DARSIVA-e i odgovarajući komentar, odlomak 2.

⁶³ U točno tom smislu, vidi komentar uz članak 35. DARSIVA-e, odlomak 3.

pravomoćnom presudom bez obzira na prirodu konvencijskog prava ili povrijeđene slobode.

25. Osim toga, uvjet „neprekinutog trpljenja” proturječi razlozima za izvanrednu žalbu s ciljem ponovnog otvaranja domaćeg postupka. U ogromnoj većini država članica, ponovno otvaranje predmeta dopušteno je čak i kada je kazna već odslužena ili kada je osuđena osoba već umrla.

26. Nadalje, uvjet „neprekinutog trpljenja” vrlo je restriktivan zbog toga što se njime zahtijeva „izravna uzročna veza između utvrđene povrede i neprekinutog trpljenja od strane povrijeđene stranke”⁶⁴ i „vrlo ozbiljnih negativnih posljedica zbog ishoda predmetne domaće odluke”. Dvojbeno je da bi te „vrlo ozbiljne negativne posljedice” uključivale upisivanje osuđujuće presude u kaznenu evidenciju osuđene osobe⁶⁵, plaćanje novčane kazne u ratama⁶⁶ ili podvrgavanje ograničenjima društvenog i strukovnog života osuđene osobe koja su nametnuta uvjetnom kaznom, puštanjem na slobodu uz uvjet kušnje ili uvjetnim puštanjem na slobodu. Kada se povreda Konvencije počini u kaznenom postupku, ona može utjecati na osuđujuću presudu ili određivanje kazne. Osiguravanje da podnositelj zahtjeva bude vraćen u situaciju u kojoj bi se nalazio da povrede nije niti bilo može opravdati preispitivanje i osuđujuće presude i kazne ili samo kazne, bez obzira koja je težina potonje.

b. Široki europski konsenzus u provedbi Preporuke (odlomci 28.-34.)

28. U velikoj većini država članica, domaće zakonodavstvo izrijekom propisuje pravo podnošenja zahtjeva za preispitivanjem ili ponovnim otvaranjem kaznenog postupka na temelju utvrđivanja povrede od strane Suda ili presude međunarodnog suda što obuhvaća Sud⁶⁷. Tome je tako u članku 30*bis* andorskog Prijelaznog zakona o sudskim postupcima i članku 19*bis* Zakona o pravdi⁶⁸, članku 363. točki a. do 363. točke c. austrijskog Zakona o kaznenom postupku⁶⁹, člancima 442. *bis* i 442. *quinquies* belgijskog *Code d'instruction criminelle* i članka 116. Zakona od

⁶⁴ Vidi Obrazloženje Preporuke.

⁶⁵ Vidi odlomak 16. presude.

⁶⁶ Vidi odlomak 17. presude.

⁶⁷ Za potrebe ovog mišljenja konzultirao sam sva zakonodavstva država članica Vijeća Europe i ponovno provjerio informacije usporedbom sa „Zbirkom pisanih doprinosa o odredbi u domaćem pravnom poretku za ponovno ispitivanje ili ponovno otvaranje predmeta nakon presuda Suda” od 31. ožujka 2016. (DH-GDR(2015)002REV), koju je pripremio Upravni odbor za ljudska prava (CDDH) i Odbor stručnjaka za reformu Suda (DH-GDR), kao i materijalima dostupnima pred Velikim Vijećem.

⁶⁸ Nakon što su uvedene Zakonom br. 16/2014, od 27. srpnja 2014., te odredbe nisu primijenjene do današnjeg dana.

⁶⁹ Značajno je da je u svojoj presudi od 1. kolovoza 2007. austrijski Vrhovni sud proširio svoje ovlasti ponovnog otvaranja kaznenog postupka. U ovom slučaju, Vrhovni sud analogno primjenjuje kriterije dopuštenosti iz članaka 34. i 35. Konvencije.

5. veljače 2016.⁷⁰, članku 327. stavku 1. točki f. Zakona o kaznenom postupku Bosne i Hercegovine⁷¹, članku 422. stavku 1. točki 4. bugarskog Zakona o kaznenom postupku, članku 502. hrvatskog Zakona o kaznenom postupku⁷², članku 119. Zakona o Ustavnom sudu Češke Republike⁷³, ciparskom Zakonu br. 23(I)/2015 od 25. veljače 2015.⁷⁴, članku 457. stavku 1. točki b. nizozemskog Zakona o kaznenom postupku⁷⁵, članku 367. stavku 7. estonskog Zakona o kaznenom postupku, članku 622. stavku 1. francuskog Zakona o kaznenom postupku⁷⁶, članku 310. točki e. gruzijskog Zakona o kaznenom postupku⁷⁷, članku 359. stavku 6. njemačkog Zakona o kaznenom postupku⁷⁸, članku 525. stavku 1. točki e. grčkog Zakona o kaznenom postupku⁷⁹, članku 416. stavku 1. točki g. mađarskog Zakona o kaznenom postupku⁸⁰, članku 655. stavku 2. točki 5. latvijskog Zakona o

⁷⁰ Vidi, između ostalih, odluku belgijskog Kasacijskog suda P.08.05 F, 9. travnja 2008.

⁷¹ Osim toga, niže razine vlasti u Bosni i Hercegovini također propisuju pravo ponovnog otvaranja tamo gdje je Europski sud za ljudska prava utvrdio povredu ljudskih prava i gdje je presuda domaćeg suda temeljena na toj povredi (Zakon o kaznenom postupku Federacije BiH, članak 343. stavak 1. točka f.; Zakon o kaznenom postupku Republike Srpske, članak 342. stavak 1. točka đ.; Zakon o kaznenom postupku Distrikta Brčko, članak 327. stavak 1. točka f.). Nakon presude Suda u predmetu *Maktouf i Damjanovic*, odgovarajući kazneni postupci su ponovno otvoreni.

⁷² Vidi odluku hrvatskog Ustavnog suda br. U-III -3304/2011 od 23. siječnja 2013. godine, kojom su navedeni kriteriji za ocjenjivanje zahtjeva za ponovno otvaranje postupka na temelju utvrđenja povrede Konvencije od strane Suda.

⁷³ U Češkoj Republici, ponovno otvaranje postupka nakon presude Suda dostupno je u predmetima gdje je Ustavni sud donio svoju odluku. Temeljem članka 119. Zakona o Ustavnom sudu (br. 182/1993), podnositelj zahtjeva može zatražiti ponovno otvaranje postupka pred Ustavnim sudom ako je Sud smatrao da su njegova ili njezina prava povrijeđena. U pogledu domaće sudske prakse vidi Zbirku, naprijed citirano, str. 15.

⁷⁴ Do sada nije bilo zahtjeva upućenih Vrhovnom sudu temeljem ovog zakona. Taj zakon je donesen radi usklađivanja s presudama Suda u dva primjera (vidi *Kyprianou protiv Cipra* i *Panovitz protiv Cipra*).

⁷⁵ U pogledu domaće sudske prakse vidi Zbirku, naprijed citirano, str. 67.

⁷⁶ U pogledu domaće sudske prakse vidi Zbirku, naprijed citirano, str. 37.-42.

⁷⁷ Vidi ponovno otvaranje postupka nakon vodećeg predmeta *Taktakishvili protiv Gruzije* (odluka), br. 46055/06, 16. listopada 2012., i *Sulkan Molashvili protiv Gruzije* (odluka), br. 39726/04, 30. rujna 2014.

⁷⁸ Nema pravne presumpcije uzročne povezanosti između povrede osnovnih postupovnih prava zajamčenih Konvencijom i pravomoćne presude (vidi odluku Federalnog ustavnog suda od 12. siječnja 2000.). Na primjer, u predmetu *Gäfgen*, Viši regionalni sud u Frankfurtu odbio je ponovno otvaranje postupka jer je, prema njegovom viđenju, povreda Konvencije u tijeku istražnog postupka bila bez utjecaja na pravomoćnu osuđujuću presudu jer se domaća osuđujuća presuda temeljila na tuženikovom priznanju danom tijekom suđenja (Viši regionalni sud u Frankfurtu, odluka od 29. lipnja 2012.).

⁷⁹ U vezi domaće sudske prakse, vidi presude grčkog Vrhovnog suda br. 159/2005, 2214/2005, 1566/2010 i 1613/2010.

⁸⁰ Vidi, na primjer, presude Vrhovnog suda o ponovnom otvaranju domaćih postupaka u predmetima *Vajnai protiv Mađarske*, *Fratanoló protiv Mađarske* i *Magyar protiv Mađarske*.

kaznenom postupku⁸¹, članku 456. litavskog Zakona o kaznenom postupku⁸², članku 443. stavku 5. luksemburškog Zakona o kaznenom postupku⁸³, članku 449. stavku 1. točki 6. makedonskog Zakona o kaznenom postupku, članku 508. stavku 4. monegaškog Zakona o kaznenom postupku, članku 464. moldovskog Zakona o kaznenom postupku⁸⁴, članku 424. stavku 6. crnogorskog Zakona o kaznenom postupku, članku 391. stavku 2. norveškog Zakona o kaznenom postupku⁸⁵, članku 540. stavku 3. poljskog Zakona o kaznenom postupku⁸⁶, članku 449. stavku 1. točki g. portugalskog Zakona o kaznenom postupku, članku 465. rumunjskog Zakona o kaznenom postupku⁸⁷, članku 200. sanmarinskog Zakona o kaznenom postupku⁸⁸, članku 394. stavcima 1.-3. slovačkog Zakona o kaznenom postupku⁸⁹, članku 954. stavku 3. španjolskog Zakona o kaznenom postupku⁹⁰, članku 122. Saveznog zakona od 17. lipnja 2005. o Švicarskom federalnom sudu⁹¹, članku 311. točki f. turskog Zakona o kaznenom postupku⁹² i članku 445. ukrajinskog Zakona o kaznenom postupku⁹³.

⁸¹ U pogledu domaće sudske prakse vidi Zbirku, naprijed citirano, str. 55.-56.

⁸² U pogledu domaće sudske prakse vidi Zbirku, naprijed citirano, str. 60.

⁸³ Vidi na primjer presudu Kasacijskog suda od 9. lipnja 2016. (n° 26/16 pén., n° 3742).

⁸⁴ U pogledu domaće sudske prakse vidi Zbirku, naprijed citirano, str. 64.

⁸⁵ Vidi, na primjer, presudu Vrhovnog suda od 7. rujna 2016. nakon presude *Kristiansen protiv Norveške*.

⁸⁶ Vidi interpretativnu odluku poljskog Vrhovnog suda od 26. lipnja 2014. i drugu sudsku praksu u Zbirci, naprijed citirano, str. 71.-72.

⁸⁷ U pogledu domaće sudske prakse vidi Zbirku, naprijed citirano, str. 80.-82.

⁸⁸ S izmjenama uvedenima putem Zakona od 24. veljače 2000., br. 20., i kasnije Zakonom od 27. lipnja 2003., br. 89. Postojao je samo jedan predmet gdje je naloženo ponovno otvaranje, nakon presude *Tierce v. San Marina*.

⁸⁹ Vidi, na primjer, uspješno ponovno otvaranje nakon presude *Zachar i Čierny* (CM/ResDH(2016)294).

⁹⁰ U pogledu domaće sudske prakse, vidi Zbirku, naprijed citirano, str. 107., i posebno vodeću presudu Ustavnog suda br. 245/1991, 16. prosinca 1991. nakon presude *Barberà, Messegué i Jabardo protiv Španjolske*. Vidi i sporazum mimo područja nadležnosti Vrhovnog suda od 21. listopada 2014. i njegove presude br. 145/2015, 12. ožujka 2015. nakon presude *Almenara Alvarez protiv Španjolske*.

⁹¹ U pogledu domaće sudske prakse vidi Zbirku, naprijed citirano, str. 116., i posebno presudu švicarskog Federalnog suda br. 6S.362/2006 od 3. studenog 2006.

⁹² Vidi, na primjer, *Oçalan protiv Turske* (odluka), br. 5980/07, 6. srpnja 2010., i *Erdemli protiv Turske* (odluka), br. 33412/03, 5. veljače 2004.

⁹³ Vidi, na primjer, *Yaremenko protiv Ukrajine* (br. 2), br. 66338/09, 30. travnja 2015., i proceduru ponovnog otvaranja nakon presude *Zhyzitskyy protiv Ukrajine*.

U samo dvije države članice, Azerbajdžanu⁹⁴ i Rusiji⁹⁵, postojanje izričitih odredbi o ponovnom otvaranju kaznenog postupka na temelju presude Suda nije dovedeno u korelaciju s pojedinačnim pravom osuđene osobe na ponovno otvaranje.

29. U nekim državama članicama izostanak izričite odredbe za ponovno otvaranje kaznenog postupka na temelju pravomoćne presude Suda prevladan je dinamičkim tumačenjem općih odredbi o preispitivanju temeljem Zakona o kaznenom postupku ili postupovnog prava. Tome je tako u Albaniji⁹⁶,

⁹⁴ Vidi članak 456. Zakona o kaznenom postupku Republike Azerbajdžan. Vlada ima diskrecijsko pravo u smislu traženja ponovnog otvaranja, pri čemu je plenum Vrhovnog suda obvezan ponovno otvoriti predmet u roku od tri mjeseca nakon što primi mjerodavnu kopiju pravomoćne presude Suda. Žrtva povrede ljudskih prava nema pravo zatražiti ponovno otvaranje.

⁹⁵ U pogledu domaće sudske prakse vidi Zbirku, naprijed citirano, str. 86.-87. Plenum Vrhovnog suda, u svojoj je odluci br. 21 od 27. lipnja 2013. godine istaknuo da, prilikom razmatranja je li nužno preispitati presudu, treba uzeti u obzir uzročnu vezu između utvrđene povrede Konvencije i neprekinutih nepovoljnih posljedica koje trpi podnositelj zahtjeva. U svojoj odluci od 6. prosinca 2013. godine, Ustavni sud Rusije naglasio je da „sud općeg područja nadležnosti ne može odbiti ponovno otvaranje sudske odluke koja je postala pravomoćna kao postupovne faze zbog presude Europskog suda za ljudska prava.” U novije vrijeme, odluka Ustavnog suda Rusije od 14. siječnja 2016. godine odredila je da „Ako je [Sud] utvrdio povredu Konvencije, posebno zbog toga što je pravomoćna presuda u kaznenom predmetu nepravedna kao rezultat bitne greške suca koja utječe na bit presude i stoga presudu treba preispitati, a Predsjednik Vrhovnog suda obvezan je podnijeti odgovarajući zahtjev [za preispitivanjem].” Žrtva povrede ljudskih prava nema pravo zatražiti ponovno otvaranje.

⁹⁶ U Albaniji, Ustavni sud je priznao, na temelju tumačenja članaka 10. i 450. Zakona o kaznenom postupku, ovlaštenje Vrhovnog suda da naloži ponovno razmatranje pravomoćnih presuda koje se temelji na utvrđenjima Suda. U pogledu domaće sudske prakse vidi Zbirku, naprijed citirano, str. 3.-4.

Danskoj⁹⁷, Finskoj⁹⁸, Islandu⁹⁹, Irskoj¹⁰⁰, Italiji¹⁰¹, Švedskoj¹⁰² i Ujedinjenom Kraljevstvu¹⁰³.

Na Malti, bilo bi moguće zatražiti ponovno otvaranje na temelju članka 6. Zakona o Europskoj Konvenciji prema kojoj Ustavni sud može provesti svaku presudu Suda na koju se primjenjuje izjava vlade Malte u skladu s člankom 46. Konvencije. Nadalje, premijer može, *ex officio* ili na zahtjev osobe osuđene „po optužnici” uputiti predmet kaznenom prizivnom sudu. U

⁹⁷ Temeljem članka 977. stavka 1. danskog Zakona o provedbi pravde, osuđena osoba može zatražiti ponovno otvaranje kaznenog postupka ako posebne okolnosti snažno ukazuju da dokazi nisu bili ispravno posuđeni. Zapravo, presuda Suda u predmetu *Jersild* dovela je do ponovnog otvaranja postupka jer se smatrala „posebnom okolnošću” (vidi Odluku DH (95) 212)). Ta je praksa restriktivna jer je ponovno otvaranje u tim okolnostima naloženo samo u još jednom predmetu.

⁹⁸ Poglavlje 31., članak 1., stavak 1., točka 4., i članak 8. i članak 8. točka a. finskog Zakona o sudskom postupku. Praksa Vrhovnog suda varira, no vodeća odluka Vrhovnog suda od 24. svibnja 2012. godine pozvala se na Preporuku 2000. (2) (vidi Zbirku, naprijed citirano, str. 27.-29.).

⁹⁹ Ponovno otvaranje može biti zatraženo ako je došlo do značajnih nedostataka u postupku koji su utjecali na ishod predmeta. Kriterijima za ponovno otvaranje kaznenog postupka upravlja Zakon o kaznenom postupku (članci 211. i 215.), kao na primjer pojava novih dokaza koji bi se smatrali dokazima od velike važnosti za ishod predmeta da su bili dostupni prije izricanja konačne presude. Na primjer, domaći postupak je ponovno otvoren nakon presude *Arnarsson protiv Islanda*.

¹⁰⁰ U Irskoj, svaki podnositelj zahtjeva koji je pribavio utvrđenje povrede članka 6. obuhvaćen je odredbama članka 2. Zakona o kaznenom postupku iz 1993. godine, kojim se dopušta osuđenoj osobi koja je izjavila kako postoje nove ili novootkrivene činjenice koje pokazuju kako je došlo do sudske pogreške da podnese zahtjev Prizivnom kaznenom sudu kojim se traži nalog kojim se ukida osuđujuća presuda protiv njega ili nje. Zapravo, nakon presude Suda u predmetu *Quinn protiv Irske*, Visoki sud je ukinuo osuđujuću presudu na toj osnovi. To je jedini takav primjer.

¹⁰¹ U svojoj presudi br. 113. od 4. travnja 2011. godine, talijanski je Ustavni sud utvrdio da je članak 630. Zakona o kaznenom postupku nezakonit i to u onoj mjeri u kojoj on nije uključivao, između predmeta revizije presude ili ukaza, ponovno otvaranje kaznenog postupka nakon utvrđivanja povrede Konvencije od strane Suda putem pravomoćne presude Suda. No prije ove presude, Vrhovni sud je već dopustio ponovno razmatranje ili ponovno otvaranje kaznenog postupka nakon presuda Suda, i to na temelju članka 670. Zakona o kaznenom postupku. Vidi kao primjere presude Kasacijskog suda br. 2800/2006, u predmetu *Dorigo*, i br. 4463/2011 u predmetu *Labita*, prvi prije intervencije Ustavnog suda i potomji nakon nje.

¹⁰² Švedski Vrhovni sud je utvrdio, u svojoj presudi od 13. srpnja 2013. godine, da se ponovno otvaranje može odobriti u određenim situacijama na temelju članka 13. Konvencije i švedskog postupovnog prava. Tome može biti tako u situacijama gdje se ponovno otvaranje smatra značajno prikladnijom mjerom od pravične naknade u usporedbi s drugim dostupnim mjerama, pod uvjetom da je predmetna povreda ozbiljne prirode.

¹⁰³ Temeljem članka 13. Zakona o žalbi u kaznenom predmetu iz 1995. godine, Povjerenstvo za preispitivanje kaznenih predmeta uputit će predmet Prizivnom sudu kada Komisija smatra „da postoji stvarna mogućnost da osuđujuća presuda ne bi bila potvrđena da se pozvalo na nju”. Nakon odluke u predmetu *Salduz*, promijenjeni su kriteriji za upućivanje od strane škotskog Povjerenstva za preispitivanje kaznenih predmeta (članak 194. C stavak 2. (škotskog) Zakona o kaznenom postupku iz 1995. godine s izmjenama i dopunama).

tom slučaju, predmet će se obrađivati kao žalba tom sudu podnesena od strane osuđene osobe i za pretpostaviti je da bi taj sud mogao uzeti u obzir svaku povredu Konvencije koju je utvrdio Sud pri odlučivanju hoće li ukinuti osuđujuću presudu i naložiti novo suđenje. Ipak, niti jedan od ova dva mehanizma (provođenje od strane Ustavnog suda i upućivanje predmeta kaznenom prizivnom sudu od strane premijera) nije nikada upotrijebljen¹⁰⁴.

U Srbiji, članak 473. novog Zakona o kaznenom postupku bi mogao osigurati osnove za ponovno otvaranje kaznenog postupka na temelju presuda suda ako bi se one u budućnosti protumačile kao „nove činjenice” ili „novi dokazi”, no to još nije bio slučaj¹⁰⁵. Isto se može reći za Armeniju¹⁰⁶ i Sloveniju¹⁰⁷.

30. Konačno, Lihtenštajn je jedina država članica gdje ponovno otvaranje ili preispitivanje osuđujućih presuda u kaznenim predmetima na temelju presude Suda nije moguće. Izostanak ovog prava opravdan je pravnim konceptom *res judicata* i pravnom sigurnošću¹⁰⁸.

31. Ponovno otvaranje ponekad podliježe specifičnim uvjetima u skladu s kriterijima navedenima u Preporuci (2000.) 2 Odbora ministara (II. [i.] i [ii.]). Neke države članice odredile su da osuđena osoba mora nastaviti trpjeti negativne posljedice povrede koju je utvrdio Sud ili učinke osuđujuće presude (Belgija, Francuska, Republika Moldova, Monako, Portugal¹⁰⁹, Rumunjska, Ruska Federacija¹¹⁰, San Marino, Slovačka, Španjolska i Švedska¹¹¹). U nekim drugim državama članicama, ne postoji zahtjev stvarne uzročne povezanosti povrede i štete prouzročene domaćom presudom jer je

¹⁰⁴ Ipak, u svom izvješću iz 2008., CDDH je također uključio Maltu, Irsku i Ujedinjeno Kraljevstvo među države članice gdje je moguće ponovno otvaranje kaznenog postupka (CDDH(2008)008 Dodatak I., odl. 8).

¹⁰⁵ U prošlosti, temeljem prethodnog Zakona o kaznenom postupku, bila su samo dva slučaja ponovnog otvaranja kaznenog postupka nakon presuda Suda u predmetima *Stanimirovic protiv Srbije* i *Hajnal protiv Srbije*.

¹⁰⁶ Vidi članak 408. armenskog Zakona o kaznenom postupku.

¹⁰⁷ Vidi članak 416. slovenskog Zakona o kaznenom postupku. Nije bilo prakse ponovnog otvaranja kaznenog postupka nakon presude Suda do nedavno (Zbirka, naprijed citirano, str. 96.), no vidi odluku slovenskog Ustavnog suda br. U-I-223/09, Up-140/02 od 14. travnja 2001. o ponovnom otvaranju parničnog postupka.

¹⁰⁸ Odbor stručnjaka za reformu Suda (DH-GDR): Pregled razmjene mišljenja na 8. sastanku DH-GDR-a o odredbama u domaćem pravnom poretku za ponovno razmatranje ili ponovno otvaranje predmeta nakon presuda Suda, str. 4., odl. 8. Nakon presude *Steck-Risch i drugi protiv Lihtenštajna*, br. 63151/00, podnositelji zahtjeva zatražili su ponovno otvaranje nacionalnog postupka. Domaći sudovi odbili su odobriti to, što je dovelo do predmeta *Steck-Risch protiv Lihtenštajna* (br. 2). Taj je zahtjev proglašen nedopuštenim.

¹⁰⁹ Vidi tumačenje članka 449 stavka 1. točke g. od strane Vrhovnog suda u njegovoj vodećoj presudi od 27. svibnja 2009. godine.

¹¹⁰ Kao okolnost koju treba uzeti u obzir pri razmatranju je li nužno preispitati presudu, sukladno odluci br. 21 od 27. lipnja 2013. godine, Plenuma ruskog Vrhovnog suda.

¹¹¹ Jedna od mogućih osnova za ponovno otvaranje prema švedskoj sudskoj praksi je da je ta mjera nužna za prekid uskraćivanja slobode koje predstavlja povredu prava pojedinca. Vidi odluku Vrhovnog suda od 13. srpnja 2013.

potencijalna uzročna povezanost dovoljna. Na primjer, neke države dodatno zahtijevaju za ponovno otvaranje da osporena domaća presuda mora biti „temeljena” na povredi koju je Sud utvrdio (Bosna i Hercegovina, Njemačka i Crna Gora) ili da je povreda od „bitne važnosti za predmet” (Bugarska) ili da se mora pretpostaviti da bi nova rasprava dovela do drugačije odluke (Norveška). Čini se kako druge imaju niži prag i zahtijevaju samo da se ne može isključiti da je ta povreda mogla utjecati na sadržaj domaće odluke na način koji je štetan za dotičnu osobu (Austrija) ili da je utvrđivanje te povrede moglo utjecati na ishod predmeta (Estonija). U pogledu povreda Konvencije u tijeku domaćeg postupka, u nekim državama ponovno otvaranje jedino je dopušteno ako postupovni nedostaci dovode u sumnju ishod osporavanog postupka (Belgija, Litva, Norveška i Poljska). U Ujedinjenom Kraljevstvu, Povjerenstvo za preispitivanje kaznenih predmeta uputit će predmet Prizivnom sudu kada smatra „da postoji stvarna mogućnost da presuda ne bi bila potvrđena da se pozvalo na nju” (tj. stvarna mogućnost da bi Prizivni sud ukinuo osuđujuću presudu). Na Malti, ako premijer uputi predmet Kaznenom prizivnom sudu, potonji može naložiti ponovno suđenje na osnovi nepravilnosti tijekom postupka ili pogrešnog tumačenja ili primjene prava koja je mogla imati utjecaja na početnu presudu, „ako se čini sudu da interesi pravde tako zahtijevaju”.

Zakonodavstva drugih država članica zahtijevaju da je utvrđene učinke povrede moguće ispraviti ponovnim razmatranjem ili ponovnim otvaranjem, da je preispitivanje ili ponovno otvaranje nužno za popravljavanje tih učinaka ili da i se ne može popraviti naknadom ili pravičnom naknadom (Andora, Belgija, Estonija, Francuska, Italija, Litva, Republika Moldova, Monako, Nizozemska, Norveška, Portugal¹¹², Rumunjska, San Marino, Slovačka, Španjolska i Švicarska). U Crnoj Gori, dovoljno je ako ponovno otvaranje postupka može popraviti povredu koju je utvrdio Sud. U Švedskoj, domaća sudska praksa utvrdila je da ponovno otvaranje može biti naloženo ako se smatra da je to prikladnija mjera od drugih dostupnih mjera.

U nekim državama članicama, zakonodavstvo određuje obje vrste uvjeta (ponovno otvaranje kao jedino sredstvo popravljavanja učinaka povrede i neprekinutog postojanja negativnih posljedica te povrede) koje treba zadovoljiti kumulativno (Belgija, Francuska, Republika Moldova, Monako, Portugal, Rumunjska, San Marino, Slovačka i Španjolska).

32. U pogledu vrste povrede koju je utvrdio Sud, ogromna većina država članica ne razlikuje predmete u kojima je predmetni postupak bio nepravedan (povreda članka 6.) i predmete gdje je njihov ishod ili odluka o osnovanosti suprotna Konvenciji (na primjer članku 10.). Neka zakonodavstva izriječno se pozivaju na obje vrste povreda, u skladu s Preporukom (2000.) 2 Odbora ministara (Belgija, Grčka, Mađarska, Norveška i Poljska), no samo tri među

¹¹² Vidi vodeću presudu Vrhovnog suda od 27. svibnja 2009.

njima propisuju drugačija pravila skladno prirodi povrede (Belgija, Norveška i Poljska).

33. Uspješni slučajevi ponovnog otvaranja poznati su nekoliko domaćih jurisdikcija. U predmetima u kojima je Sud utvrdio povrede članka 6., ono je dovelo do poništavanja početnih domaćih presuda i ponovnog razmatranja predmeta, što je dovelo do ispravljanja nedostataka koje je Sud uočio s istim (osuđujuća presuda) ili različitim ishodom (npr. oslobađajuća presuda). Ti se predmeti odnose na različite vrste povreda članka 6., uključujući povrede načela pravne sigurnosti¹¹³, na pravo na obrazloženu presudu¹¹⁴, na pravo na javnu raspravu i na izravno ocjenjivanje dokaza pred sudom koji donosi osuđujuću presudu¹¹⁵, na prava obrane temeljem članka 6. stavka 3. točke d.¹¹⁶, na pravo na pravično suđenje u slučajevima poticanja na kazneno djelo od strane policije¹¹⁷ i na pravo na presumpciju nedužnosti¹¹⁸, između ostaloga.

Zabrinjavajući signal indiferentnosti nacionalnih sudova naspram presuda Suda kojima se utvrdila povreda Konvencije jest nedostatak ili rijetkost sudske prakse ponovnog otvaranja kaznenog postupka na temelju presuda Suda u nekim pravosudnim sustavima kao što su oni u Armeniji, Danskoj, Irskoj, Malti, San Marinu i Srbiji. Još ozbiljnija je situacija u Rusiji i Azerbajdžanu gdje žrtve povreda ljudskih prava čak niti nemaju pravo na ponovno otvaranje postupka. To je stanje u opreci s otvorenošću prema presudama Suda u drugim pravosudnim sustavima kao što su oni u Albaniji, Austriji, Belgiji, Francuskoj, Gruziji, Grčkoj, Litvi i Moldovi.

34. Sveukupno uzevši, postoji europski konsenzus o pravu pojedinca na ponovno otvaranje kaznenog postupka na temelju utvrđenja povrede od strane Suda pri čemu samo tri države odstupaju od ovog rješenja¹¹⁹. Nadalje, mala manjina europskih država odredila je da se učinci utvrđene povrede mogu jedino popraviti ponovnim otvaranjem, a još manja manjina propisuje da osuđena osoba mora nastaviti trpjeti negativne posljedice povrede koju je utvrdio Sud. Samo je devet država propisalo i materijalne kriterije dopuštenosti.

Sukladno tome, zaključci većine temeljeni na komparativnom pravu, kakvi su izraženi u odlomcima presude od 34. do 39., ne odražavaju stanje u praksi. Manjkava metoda komparativnog prava koju koristi većina temelji se na strogo deskriptivnom pristupu i nju je moguće kritizirati zbog dva glavna

¹¹³ Ponovno otvaranje nakon presude *Xheraj protiv Albanije*, 29. srpnja 2008.

¹¹⁴ Ponovno otvaranje nakon presude *Fraumens protiv Francuske*, 10. siječnja 2013.

¹¹⁵ Ponovno otvaranje nakon presuda *Popovici protiv Moldove*, 27. studenog 2007, i *Almenara Alvarez protiv Španjolske*, 25. listopada 2011.

¹¹⁶ Ponovno otvaranje nakon presude *Taal protiv Estonije*, 22. studenog 2005.

¹¹⁷ Ponovno otvaranje nakon presude *Lalas protiv Litve*, 1. ožujka 2011.

¹¹⁸ Ponovno otvaranje nakon presude *A.P., M.P. i T.P. protiv Švicarske*, 29. kolovoza 1997.

¹¹⁹ Lihtenštajn nema mogućnost ponovnog otvaranja kaznenog postupka na temelju presude Suda, dok Azerbajdžan i Rusija imaju takvu mogućnost, ali žrtve povreda ljudskih prava nemaju pojedinačno pravo na ponovno otvaranje postupka.

razloga: prvo nije pravilno identificirala cilj usporedbe (zašto uspoređivati, s kojom svrhom) i posljedično nije uspjela odrediti prave izvore i razinu usporedbe (što uspoređivati ili kako uspoređivati). Temeljnost usporedbe također ostavlja puno prostora za poboljšanja, pri čemu je većina odabrala upotrijebiti čisto deskriptivno-kvantitativan pristup dostupnim materijalima, bez ikakve analize razlika i specifičnosti nacionalnih pravnih sustava, uključujući sudsku praksu nadležnih domaćih sudova i praksu drugih nadležnih političkih i upravnih tijela. Tako metodološki netočna komparativna metoda nije mogla postići išta drugo već dovesti do pogrešne procjene europskog konsenzusa.

Drugi dio (odlomci 35.-56.)

IV. Primjenjivost članka 6. na izvanrednu žalbu radi ponovnog otvaranja kaznenog predmeta (odlomci 35.-44.)

a. Evolutivno tumačenje sudske prakse Suda od strane većine (odlomci 35.-39.)

35. U skladu s tradicionalnim viđenjem da članak 6. stavak 1. Konvencije ne jamči pravo na ponovno otvaranje postupka¹²⁰, stav je Suda da je on nije nadležan *ratione materiae* u pogledu prigovora povezanih s izvanrednim pravnim sredstvima za ponovno otvaranje kaznenog predmeta jer se oni odnose na fazu postupka gdje se više ne može smatrati da je počinitelj „optužen za kazneno djelo”.

36. Godine 2015., Sud je zakoračio naprijed u području građanskog prava priznavši da članak 6. obično nije primjenjiv na izvanredne žalbe kojima se traži ponovno otvaranje okončanih sudskih postupaka, osim ako priroda, opseg i specifična svojstva postupka po dotičnoj izvanrednoj žalbi u određenom pravnom sustavu mogu biti takvi da dovode taj postupak po toj vrsti žalbe unutar područja djelovanja članka 6. stavka 1. i zaštitnih mehanizama kojima se štiti pošteno suđenje koje su tom odredbom dane strankama u parničnom postupku¹²¹. Ta sudska praksa Velikog Vijeća primijenjena je te iste 2015. godine u kaznenom predmetu¹²², gdje je Sud utvrdio da je Vrhovni sud, isključivši priznanje koje je podnositelj zahtjeva dao u odsutnosti svog odvjetnika iz dokaza nakon prethodne presude Suda i ponovno ocjenjujući ostatak dokaza da bi došao do zaključka kako osuđujuća presuda ostaje na snazi, poduzeo preispitivanje predmeta podnositelja zahtjeva. Sud je izjednačio pravnu situaciju u kojoj se našao podnositelj

¹²⁰ Vidi, *inter alia*, *Zawadzki protiv Poljske* (odluka), br. 34158/96, 6. srpnja 1999., i *Sablon protiv Belgije*, br. 36445/97, odl. 86., 10. travnja 2001.

¹²¹ Vidi *Bochan protiv Ukrajine (br. 2) [VV]*, br. 22251/08, odl. 50., 5. veljače 2015.

¹²² Vidi *Yaremenko protiv Ukrajine (br. 2)*, naprijed citirano.

zahtjeva sa situacijom u kojoj je bio podnositelj zahtjeva u predmetu *Bochan* (br. 2). Sud je tamo zaključio da se članak 6. primjenjuje s obzirom da je Vrhovni sud proveo „ponovno razmatranje” tvrdnje podnositelja zahtjeva na novim osnovama povezanim s njegovim tumačenjem presude Suda, premda je odlučio ne promijeniti ishod predmeta. Stoga se predmetni postupak odnosio na utvrđivanje krivnje podnositelja zahtjeva za kazneno djelo u smislu članka 6. Konvencije. Takvo preispitivanje predstavljalo je mjerodavne nove informacije u kontekstu novog zahtjeva po kojem Sud može postupati.

37. Sukladno ovoj presudi, članak 6. Konvencije primjenjiv je na izvanredna pravna sredstva za ponovno otvaranje kaznenog predmeta kad god je prizivni sud pozvan odlučiti o optužbi za kazneno djelo¹²³. Na posljertku, ovo evolutivno tumačenje članka 6. izjednačava redovite žalbe i izvanredne žalbe čiji je cilj ponovno otvaranje postupaka preobličujući potonje u „produžetak” prethodnog¹²⁴. U kristalno jasnim pojmovima, to je posljednji korak u procesu priznavanja pune primjenjivosti članka 6. na izvanredne žalbe čiji je cilj ponovno otvaranje kaznenog predmeta i također je dodana vrijednost ove presude¹²⁵.

38. Ovaj smion i pohvalan razvoj sudske prakse prati ništa manje značajno priznanje nadležnosti Suda nad neizvršavanjem njegovih presuda, i to kada domaći sudovi odbiju ponovno otvoriti predmet nakon utvrđivanja povrede Konvencije. Ovdje opet Sud konsolidira svoju sudsku praksu. Uloga Odbora ministara temeljem članka 46. stavka 2. Konvencije u području nadzora izvršavanja presuda Suda ne znači da mjere koje je poduzela tužena država kako bi provela presudu Suda ne mogu otvoriti novo konvencijsko pitanje o kojem nije odlučeno u presudi, i kao takvo, predstavljati predmet novoga zahtjeva o kojemu Sud može odlučivati¹²⁶.

39. Predmet *Emre* (br. 2)¹²⁷ unio je posljednji detalj u ovu grupu sudske prakse. U predmetu *Emre*¹²⁸, Vijeće je kritiziralo mjeru prisilnog premještanja na neodređeno vrijeme. U predmetu *Emre* (br. 2), drugo je Vijeće potvrdilo nadležnost Suda nad izvršavanjem njegove presude unatoč činjenici da je švicarski Federalni sud potvrdio zahtjev za ponovnim otvaranjem predmeta i zamijenio mjeru prisilnog premještanja izgonom

¹²³ Vidi odlomak 65. presude.

¹²⁴ Vidi odlomak 72. presude.

¹²⁵ To je u skladu s mišljenjem iz Odluke Odbora ministara DH (2004.) 31 u predmetu *Sadak, Zana, Dogan i Dicle protiv Turske*, prema kojemu države moraju zajamčiti načelo presumpcije nevinosti i načela koja se odnose na privremeno oduzimanje slobode tijekom postupka ponovnog otvaranja. Drugim riječima, članak 5. i 6. Konvencije primjenjuju se nakon odluke o ponovnom otvaranju kaznenog postupka.

¹²⁶ Vidi, inter alia, *Mehemi protiv Francuske* (br. 2), br. 53470/99, odl. 43., ESLJP 2003-IV, i *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) protiv Švicarske* (br. 2) [VV], naprijed citirano, odl. 62.

¹²⁷ Vidi *Emre protiv Švicarske* (br. 2), br. 5056/10, 11. listopada 2011.

¹²⁸ Vidi *Emre protiv Švicarske*, br. 42034/04, 22. svibnja 2008.

podnositelja zahtjeva iz Švicarske prisilnim premještanjem na neodređeno vrijeme izgonom na deset godina od 2. lipnja 2003. godine. Vijeće je utvrdilo da je došlo do povrede članka 8. u vezi s člankom 46. jer je Federalni sud pogrešno implementirao prvu presudu u predmetu *Emre*¹²⁹. Ovom presudom, Veliko Vijeće svojim autoritetom staje iza neposrednog pristupa iz presude *Emre* (br. 2) u pogledu pitanja nepostojeće ili nedostatne provedbe presuda Suda.

b. Pogrešno tumačenje portugalskog prava od strane većine (odlomci 40.-44.)

40. Pohvalan skok većine prema naprijed u smislu primjenjivosti članka 6. Konvencije na izvanredna pravna sredstva koja se odnose na ponovno otvaranje kaznenog postupka još je značajnije u svjetlu činjenice da se on temelji na pogrešnom tumačenju nacionalnog prava. Većina je pogrešno protumačila nacionalni pravni okvir o izvanrednim pravnim sredstvima u kaznenom postupku s ciljem donošenja zaključka kako izvanredna žalba, kojom se traži ponovno otvaranje predmeta, podnesena Vrhovnom sudu u skladu s člankom 449. Zakona o kaznenom postupku „utvrđuje optužbu za kazneno djelo” i stoga dolazi u opseg djelovanja članka 6. Konvencije¹³⁰. Takvo pogrešno tumačenje nacionalnog prava prikladno kroji ovaj predmet prema proširenju obrazloženja iz predmeta *Bochan* (br. 2), kojega podupire većina, tako da obuhvati kaznene predmete, u onoj mjeri u kojoj je potonje zahtijeva da izvanredna žalba s ciljem ponovnog otvaranja postupka bude „slična po prirodi i opsegu redovnim žalbenim postupcima”¹³¹ kako bi se jamstva članka 6. Konvencije primjenjivala na predmetnu izvanrednu žalbu.

41. To pitanje zahtijeva daljnje razmatranje složenih pojedinosti nacionalnog prava. Kao pravno pitanje, pogrešno je tvrditi da u portugalskom pravu izvanredna žalba čiji je cilj ponovno otvaranje kaznenog predmeta ima „neka zajednička svojstva s revizijom”¹³². Kod njih se razlikuju uvjeti dopuštenosti, *locus standi*, rokovi, formalnosti, nadležni sud, zadaće suda i postupovna jamstva podnositelja žalbe kako je to sama vlada pravilno istaknula¹³³. Redovne žalbe (*recursos ordinários*) i izvanredne žalbe (*recursos extraordinários*) regulirane su u Glavi I. odnosno II. Knjige IX. Zakona o kaznenom postupku. Postoje zajedničke odredbe primjenjive na redovne žalbe prizivnom sudu i redovne žalbe Vrhovnom sudu (članci od 399. do 426-A), no nema općih odredbi koje su primjenjive i na redovne žalbe i na izvanredne žalbe. One su regulirane zasebno, u različitim glavama zakona. Člankom 448. predviđena je supsidijarna primjena o redovnim

¹²⁹ Vidi *Emre protiv Švicarske* (br. 2), naprijed citirano, odl. 75.

¹³⁰ Vidi odlomak 70. presude.

¹³¹ Vidi odlomak 60. točku b. presude.

¹³² Vidi odlomak 69. presude.

¹³³ Vidi odlomak 43. presude.

žalbama na žalbe u pogledu jednoobraznosti sudske prakse, no ne postoji ekvivalentna norma za žalbu kojom se traži ponovno otvaranje predmeta. Stoga je pogrešno tvrditi da je u portugalskom pravu izvanredno pravno sredstvo iz članka 449. Zakona o kaznenom postupku „produžetak” prethodnog postupka zaključenog presudom od 19. prosinca 2007. godine¹³⁴. Sam Vrhovni sud je uvijek smatrao da izvanredno pravno sredstvo kojim se traži ponovno otvaranje predmeta nije „žalba pod krinkom” ili „zamjena za redovne žalbe” i stoga ne treba biti „popustljiv do one mjere u kojoj se ponovno otvaranje prikazuje trivijalnim i posljedično podcjenjuje” kao da se radi o pukom produžetku prethodnog postupka¹³⁵.

42. Sveukupno uzevši, Vrhovni sud nije pozvan „utvrđivati optužbu za kazneno djelo”¹³⁶ kada izvršava svoje ovlasti temeljem članka 449. Zakona o kaznenom postupku. Vrhovni sud jedino provjerava kriterije dopuštenosti zahtjeva za ponovnim otvaranjem i, ako je zahtjevu udovoljeno, novo utvrđivanje optužbe za kazneno djelo izvršava drugi sud u skladu s člankom 457¹³⁷.

43. Zaključak većine kako se „Vrhovni sud još jednom fokusirao na utvrđivanje, u smislu članka 6. stavka 1. Konvencije, optužbe protiv podnositeljice za kazneno djelo” rasteže samostalan pojam „utvrđivanja optužbe o kaznenom djelu” do njegovih granica. Ako ništa ne sprečava Sud od utvrđivanja autonomnog tumačenja pojma „utvrđivanja optužbe za kazneno djelo” za potrebe primjenjivosti članka 6. na izvanredna pravna sredstva čiji je cilj ponovno otvaranje kaznenog postupka, ovu radnju ne treba provoditi na temelju tumačenja nacionalnog prava kojim se iskrivljuje značenje izvanrednih žalbi u portugalskom Zakonu o kaznenom postupku.

44. Ne samo da je zaključak većine pravno neosnovan, već on također postavlja još jedno ozbiljno pitanje povezano s iscrpljivanjem domaćih pravnih sredstava. Šutnja većine o ovom pitanju dopušta vrlo problematičan zaključak da se zahtjev za ponovnim otvaranjem postupka ili upotreba sličnih pravnih sredstava mora, kao stvar općeg pravila, ima uzeti u obzir za potrebe članka 35. stavka 1. Konvencije¹³⁸. To bi bio razvoj sudske prakse za žaljenje.

¹³⁴ Vidi odlomak 72. presude.

¹³⁵ Vidi, na primjer, presude Vrhovnog suda od 17. lipnja 2015., domaći postupak br. 157/05.4JELSB-O.01, i od 26. ožujka 2014., domaći postupak br. 5918/06.4TDPRT.P1.

¹³⁶ Vidi odlomak 72. presude.

¹³⁷ Argumentacija većine u 69. i 72. odlomku školski je primjer argumenta „skliske padine”. Većina isprva tumači zadatak Vrhovnog suda u skladu s člankom 449. stavkom 1. točkom g. Zakona o kaznenom postupku kao „davanje naloga” za preispitivanje, potom priznaje kako će odluka Vrhovnog suda „vjerojatno biti odlučujuća” za novo utvrđivanje optužbe za kazneno djelo i dolazi do zaključka da se Vrhovni sud „fokusirao na utvrđivanje”.

¹³⁸ Takvim postupkom, većina proturječi utvrđenoj sudskoj praksi (*Jeronovics protiv Latvije* (VV), br. 44898/10, odl. 120., ESLJP 2016.).

V. Primjena članka 6. na ovaj predmet (odlomci 45.-56.)

a. Tumačenje članka 449. stavka 1. točke g. Zakona o kaznenom postupku od strane Vrhovnog suda (odlomci 45.-50.)

45. U svojoj presudi od 21. ožujka 2012. godine, Vrhovni sud je zaključio da osuđujuća presuda protiv podnositeljice zahtjeva nije nespojiva s presudom *Moreira Ferreira* i isključio je iz opsega primjene članka 449. stavka 1. točke g. Zakona o kaznenom postupku određene postupovne povrede, kao što je odsutnost tuženika tijekom postupka zbog toga što one nisu dovoljno ozbiljne da bi se osuđujuća presuda smatrala nespojivom s presudom *Moreira Ferreira*. Drugim riječima, Vrhovni sud je primijenio, u suštini, mišljenje većine u presudi Vrhovnog suda od 27. svibnja 2009. godine. Vrhovni sud također tvrdi da postupovna greška otkrivena u presudi Suda od 5. srpnja 2011. godine odgovara nepopravljivoj ništavosti (*nulidade insanável*) koja nije mogla, sama po sebi, biti okidač za ponovno otvaranje postupka u skladu s člankom 449.

46. To je tumačenje problematično zbog tri razloga. Prvo, članak 449. stavak 1. točka g. ne pravi razliku između materijalnih i postupovnih povreda. Drugo, to restriktivno tumačenje je odstupilo od niza presuda koje je ranije donio Vrhovni sud na temelju tog istog članka¹³⁹. Treće, argument koji se odnosi na nepopravljivu ništavost ima za cilj zazvati pravnu prepreku izvršavanja presude Suda unutar domaćeg pravnog okvira. Protuargument je očigledan: nije moguće pozvati se na nacionalno pravo kako bi se usprotivilo procesu koji je *restitutio in integrum* u obliku ponovnog otvaranja domaćeg postupka¹⁴⁰.

47. Ipak, većina Velikog Vijeća prihvaća da se tumačenje članka 449. stavka 1. točke g. od strane Vrhovnog suda ne „čini proizvoljnim”¹⁴¹ jer je bilo, pretpostavlja se, u skladu s sudskom praksom Suda u smislu da Konvencija ne jamči pravo na ponovno otvaranje postupka¹⁴². Demonstrirano je u prethodnom tekstu da ova izjava ne odgovara potpunoj slici sudske prakse Suda.

48. Štoviše, većina nije utvrdila postojanje „jednoobraznog pristupa među državama ugovornicama u pogledu prava na podnošenje zahtjeva za ponovno

¹³⁹ Vidi odlomke 29. i 30. presude.

¹⁴⁰ Komentar na članak 35. DARSIVA-e, odlomak 8: „povratak u izvorno stanje nije nemoguće samo na osnovi pravnih ili praktičnih teškoća, čak i ako bi odgovorna država morala izvršiti posebne napore da ih savlada. Temeljem članka 32. (DARSIVA-e) država koja je izvršila štetnu radnju ne može se pozvati na odredbe svog nacionalnog prava kao opravdanje za propust u pogledu pružanja pune odštete”.

¹⁴¹ Odlomak 90. presude.

¹⁴² U ocjenjivanju vlastite sudske prakse Suda, većina Velikog Vijeća ne razlikuje pravo na ponovno otvaranje postupka, općenito uzevši, i pravo na ponovno otvaranje postupka nakon što je Sud utvrdio povredu Konvencije.

otvaranje postupaka koji su zaključeni¹⁴³. Argument kojega ističe većina da „u većini tih država, ponovno otvaranje postupka nije automatsko i podliježe kriterijima dopuštenosti“¹⁴⁴ jednostavno je promašen. Nije bitno je li ponovno otvaranje automatsko. Zapravo, ponovno otvaranje nikada nije automatsko i usporedni pregled prava to jasno dokazuje. Uvijek postoje formalni kriteriji dopuštenosti, poput onih koji se odnose na *locus standi*. No to nije bitno. Bitno je postoje li značajni kriteriji dopuštenosti.

Slično, argument o nepostojanju „jednoobraznog pristupa među državama članicama u pogledu operativnih procedura svih postojećih mehanizama za ponovno otvaranje“¹⁴⁵ ne odgovara na pitanje o kojem se raspravlja u ovom predmetu. U pitanju nisu „operativne procedure bilo kojeg postojećeg mehanizma za ponovno otvaranje“ već postojanje značajnih kriterija dopuštenosti koji daju domaćem sudu diskrecijsku slobodu u ocjenjivanju zahtjeva za ponovnim otvaranjem kaznenog predmeta koji je zaključen pravomoćnom presudom nakon što je Sud utvrdio povredu Konvencije.

49. Kako je prikazano u prethodnom tekstu, postoji jasan europski konsenzus među državama članicama u pogledu pojedinačnog prava na preispitivanje predmeta, uključujući ponovno otvaranje postupka ili ponovno suđenje u primjerima kada Sud utvrdi povredu Konvencije. Tek je manjina država navela materijalne kriterije dopuštenosti za određivanje treba li odobriti ponovno otvaranje u obliku kriterija Odbora ministara (nastavljeno trpljenje negativnih posljedica ili povreda i učinci mogu biti jedino ispravljani ponovnim otvaranjem), a još manja manjina zahtijeva oba kriterija. U svjetlu europskog konsenzusa nije moguće drugo osim složiti se sa sućem koji je napisao izdvojeno mišljenje u presudi Vrhovnog suda od 27. svibnja 2009. godine. Njegovo tumačenje međunarodne obveze Portugala da ponovno otvori kazneni predmet nakon što je Sud utvrdio povredu Konvencije, bez ikakve diskrecijske slobode odlučivanja Vrhovnog suda odgovara europskom konsenzusu. Sudac Maia Costa zaista je bio u pravu.

50. Pod kombiniranim djelovanjem krive procjene postojećeg europskog konsenzusa o ponovnom otvaranju kaznenih predmeta nakon što bi Sud utvrdio povredu Konvencije i slobode odlučivanja tužene države koja je na raspolaganju domaćim tijelima u tumačenju presuda Suda, većina Velikog Vijeća odabrala je minimalistički pristup koji slabi autoritet Suda i malo je vjerojatno da će prosvijetliti domaće sudove. Većina se odlučila na nesretan korak primjenjivanja posebno visokog praga na europski konsenzus, čime je potencijalno proširila slobodu odlučivanja država izvan njezinih granica. Bez pružanja ikakvog obrazloženja za to, većina je postavila prag za taj konsenzus na najvišu moguću razinu „jednoobraznog“¹⁴⁶ uređivanja instituta izvanredne žalbe čiji je cilj ponovno otvaranje kaznenih predmeta. Proturječni pristup

¹⁴³ Vidi odlomak 53. presude.

¹⁴⁴ Vidi odlomak 53. presude.

¹⁴⁵ Vidi odlomak 91. presude.

¹⁴⁶ Vidi odlomke 53. i 91. presude.

većine determinativnoj vrijednosti europskog konsenzusa i objektivnim naznakama korištenima za određivanje konsenzusa tu su dovedeni do granica prijeteći velikom pravnom nesigurnošću.

b. Tumačenje presude *Moreira Ferreira* od strane Vrhovnog suda (odlomci 51.-56.)

51. U svojoj presudi od 21. ožujka 2012. godine, Vrhovni sud je pretpostavio da je Sud isključio svaku mogućnost da bi njegova odluka mogla stvoriti ozbiljne dvojbe o osuđujućoj presudi bez obzira na izrečenu kaznu. Dodao je kako je Sud već osigurao dovoljno obeštećenje za utvrđenu postupovnu povredu dodijelivši pravičnu naknadu podnositeljici zahtjeva. Tužitelj je pred Vrhovnim sudom branio suprotan stav, smatrajući da bi se osuđujuća presuda protiv podnositeljice zahtjeva mogla legitimno dovesti u sumnju. Posljedično, zatražio je prihvaćanje izvanredne žalbe.

52. U ovom predmetu, odbijanje Vrhovnog suda da provede presudu Suda iz 2011. godine ne daje nikakve nove informacije o činjenicama ili pravnim aspektima predmeta. To ne dodaje doslovno ništa materiji početnog kaznenog predmeta podnositeljice zahtjeva. Vrhovni sud nije izložio nikakve mjerodavne i dovoljne razloge za utvrđivanje da je presuda Prizivnog suda u Oportu od 19. prosinca 2007. godine bila spojiva s presudom Suda od 5. srpnja 2011. godine. Drugim riječima, u predmetu *Moreira Ferreira* (br. 2) Veliko Vijeće se suočava s čistim i jednostavnim neizvršavanjem presude *Moreira Ferreira*, a ne s novim utvrđivanjem optužbe za kazneno djelo.

53. Većina Velikog Vijeća utvrdila je da tumačenje presude *Moreira Ferreira* od strane Vrhovnog suda nije bilo „proizvoljno”¹⁴⁷. Na temelju podcjenjivanja obvezujućeg značenja klauzule *Oçalan*, koje nije u skladu s poviješću te klauzule, kako sam demonstrirao u prethodnom tekstu, većina pretpostavlja da je Vijeće tuženoj državi u predmetu *Moreira Ferreira* dalo „široku slobodu manevriranja”¹⁴⁸. Stoga je, prema mišljenu većine, tumačenje presude Vijeća od strane Vrhovnog suda bilo unutar „granica slobode odlučivanja koja je na raspolaganju domaćim tijelima u tumačenju presuda Suda”¹⁴⁹.

54. To je najgora tvrdnja koju je većina iznijela u cijeloj presudi – kako u pogledu domaćeg tako i u pogledu konvencijskog prava. Na ovom mjestu treba primijetiti da je većina Velikog Vijeća propustila dati točno tumačenje presude *Moreira Ferreira*, no istovremeno ona odobrava domaću presudu od

¹⁴⁷ Vidi odlomak 96. presude.

¹⁴⁸ Vidi odlomak 93. presude.

¹⁴⁹ Vidi odlomke 95. i 98. presude. Ovdje se može raspravljati je li sloboda ocjenjivanja uopće primjenjiva na ponovno otvaranje kaznenog postupka jer je to pitanje regulirano odredbom od koje se ne može odstupiti (članak 3. Protokola br. 7. (3)). Na posve kontradiktoran način, ovaj nedostatak diskrecijske slobode u tumačenju članka 449. većina Velikog Vijeća je zapravo priznala (vidi odlomak 69. presude).

21. ožujka 2012. godine kao presudu koja ne iskrivljuje prethodnu presudu Vijeća od 5. srpnja 2011. godine. Kako je javni tužitelj posve točno istaknuo pred Vrhovnim sudom, presuda *Moreira Ferreira* pokazuje upravo suprotan smjer.

U predmetu *Moreira Ferreira*, Sud je utvrdio da je pitanje kaznene odgovornosti podnositeljice zahtjeva bilo tako važno za ishod predmeta da je Prizivni sud trebao ne donositi odluku o žalbi bez da prvo provede potpuno ponovno ispitivanje podnositeljice zahtjeva. Stoga je Sud utvrdio ozbiljnu postupovnu povredu koja je mogla utjecati na ishod kaznenog postupka koji se odnosio na podnositeljicu zahtjeva, i to stupnja u kojem se podnositeljici zahtjeva mogla pripisati kaznena odgovornost i određivanje njezine kazne¹⁵⁰, i stoga je potrebno pridržavati se klauzule *Oçalan* ponovnim otvaranjem predmeta podnositeljice zahtjeva.

U svojoj presudi od 5. srpnja 2011. godine, Sud nije ocjenjivao je li presuda bila dvojbeno i on to nije morao učiniti. Stoga on nije isključio na samom početku svaku mogućnost da bi osporena domaća presuda od 19. prosinca 2007. godine mogla stvoriti ozbiljne dvojbe o osuđujućoj presudi. Izjava Suda da on ne može „spekulirati u pogledu toga kakav bi bio ishod postupka pred prizivnim sudom da je on ispitao podnositeljicu zahtjeva u javnoj raspravi” mora se tumačiti, ne kao potvrda valjanosti osuđujuće presude, već kao izraz načela supsidijarnosti. Posljedično, odbijanje Vrhovnog suda da ponovno otvori predmet podnositeljice zahtjeva temeljio se na *ultra vires* i nesvrhovitom tumačenju presude *Moreira Ferreira* kojom se nije uzelo u obzir cilj i svrha potonje, drugim riječima „zaključke i duh presude Suda koja se izvršava”¹⁵¹, čineći načelo *restitutio in integrum* iluzornim i narušavajući samu bit prava podnositeljice zahtjeva da se pojavi pred sudom koji utvrđuje optužbu protiv nje za kazneno djelo, točnije Prizivnim sudom u Oportu¹⁵².

Konačno, odbijanje od strane Vrhovnog suda neodrživo je čak i u svjetlu standarda navedenih u njegovoj vodećoj presudi od 27. svibnja 2009. godine. U vrijeme donošenja presude Vrhovnog suda u pogledu traženja ponovnog otvaranja (21. ožujka 2012.) od strane podnositeljice zahtjeva, posljedice osporene domaće presude od 19. prosinca 2007. godine (novčana kazna plaćena u nekoliko rata i presuda upisana u kaznenu evidenciju podnositeljice zahtjeva¹⁵³) nisu nestale kao posljedica presude Suda u predmetu *Moreira*

¹⁵⁰ Vidi predmet *Moreira Ferreira*, naprijed citirano, odl. 33.

¹⁵¹ Vidi *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) (br. 2)*, naprijed citirano, odl. 90.

¹⁵² Treba primijetiti u vezi s ovim da je španjolski Vrhovni sud, u svojoj presudi br. 145/2015, naprijed citiranoj, zauzeo vrlo različit stav, koji je skloniji ljudskim pravima, u sličnim okolnostima naloživši ponovno otvaranje domaćeg postupka nakon utvrđivanja povrede članka 6. Konvencije u predmetu *Almenara Alvarez protiv Španjolske* zbog nedostatka javne rasprave pred drugostupanjskim sudom koji je osudio podnositelja zahtjeva.

¹⁵³ Vidi odlomke 16. i 17. presude.

Ferreira i stoga je podnositeljica zahtjeva i dalje trpjela negativne učinke proistekle iz domaće presude¹⁵⁴.

55. Frustracija ne može biti veća. Obećani pristup većine sklon ljudskim pravima u fazi ispitivanja dopuštenosti onemogućava se u fazi ispitivanja osnovanosti. Ono što je čudno je da se test proizvoljnosti koristi tijekom ispitivanja osnovanosti kako bi se ocijenilo tumačenje presuda Suda od strane domaćih tijela kao i njihovo tumačenje nacionalnog prava¹⁵⁵. Većina Velikog Vijeća izjednačuje tumačenje presuda Suda od strane domaćih tijela vlasti s tumačenjem nacionalnog prava od strane domaćih tijela vlasti – kao da su presude Suda i nacionalno pravo na istoj razini. Većina se u potpunosti oslanja na tumačenja presuda Suda koje nudi upravo domaći sud, ne pripisujući Sudu nikakvu posebnu stručnost u pogledu tumačenja njegovih vlastitih presuda. U praksi, test proizvoljnosti je bjanko ček za domaće sudove, jer je procjena većine odbijanja Vrhovnog suda ograničena na formalističku provjeru da „Vrhovni sud pruža dovoljne naznake osnova na kojoj se temeljila”¹⁵⁶. Stav većine prema kojem se sami oslobađaju obveze svakog materijalnog ocjenjivanja tumačenja presude *Moreira Ferreira* od strane Vrhovnog suda znači da Sud prepušta svoju nadležnost u pogledu tumačenja svojih presuda, koja je sada izrijekom ugrađena u članak 46. stavak 3. Konvencije. Drugim riječima, ovo samonametnuto ograničenje ovlasti Suda u pogledu tumačenja kosi se sa samom Konvencijom i s izričitom voljom ugovornih stranaka kako je izražena u Protokolu br. 14. kojim se reformira članak 46. stavak 3. Konvencije.

56. Postupivši na taj način, većina vidi Sud kako puko savjetodavno tijelo Vrhovnom sudu koji je na posljetku slobodan tumačiti presude Suda na način na koji to Vrhovni sud želi sve dok potonji odredi neke osnove, bilo koje osnove za njegovo tumačenje, bez obzira na sadržaj tih osnova. Primjenjujući na Sud vlastitu sudsku praksu, i to utjecajni predmet *Bentham protiv Nizozemske*,¹⁵⁷ moralo bi se zaključiti da, prema većini, Sud nije pravosudno tijelo jer on čak nije nadležan naložiti provedbu pojedinačne mjere radi otklanjanja povrede Konvencije kao što je ponovno otvaranje domaćeg postupka i tumačiti svoju vlastitu presudu kada se novi zahtjev podnese na temelju toga što se nije postupilo u skladu s nalogom Suda.

¹⁵⁴ Vlada je tvrdila pred Sudom da ponovno otvaranje u ovom predmetu ne bi imalo nikakvih praktičnih posljedica jer je kazna već bila odslužena i zbog toga nije više postojala. Taj argument nije moguće podržati. Člankom 449. stavkom 4. Zakon o kaznenom postupku izrijekom je dopušteno ponovno otvaranje postupka čak i ako je kazna u potpunosti odslužena. Vlada je također obavijestila Odbor ministara da su odobrili prijedlog za reformu portugalskog Zakona o kaznenom postupku kako bi otklonili one vrste nedostataka koji su uočeni u predmetu *Moreira Ferreira*. Zapravo, taj prijedlog nikada nije predstavljen parlamentu (vidi odlomak 22. presude).

¹⁵⁵ Vidi odlomke 90. i 96. presude.

¹⁵⁶ Vidi odlomak 98. presude.

¹⁵⁷ Vidi *Bentham protiv Nizozemske*, br. 8848/80, odl. 40., 23. listopada 1985., gdje je Sud naveo da je „ovlast odlučivanja svojstvena samom pojmu ‘sudišta’ u smislu Konvencije”.

VI. Zaključak (odlomci 57.-60.)

57. Presude Suda nisu tek deklaratorne. Sudska praksa u vezu članka 46. Konvencije nije ostala fosilizirana u prošlosti, i danas osigurava se rješenja, kada je to prikladno, za imperativne, pojedinačne pravne učinke presuda Suda u domaćem pravnom poretku tužene države, uključujući nalog za ponovno suđenje, preispitivanje ili ponovno otvaranje kaznenog predmeta. Klauzulu *Oçalan* mora se tumačiti u svjetlu ove sudske prakse koja se razvija.

58. Vrlo stroge odredbe Preporuke Odbora ministara br. R (2000.) 2 ukazuju na pitanje članka 4. stavka 2. Protokola 7. Štoviše, i *razlozi* za institut ponovnog otvaranja kaznenog postupka i načela međunarodnog prava o obeštećenju opravdavaju izdašnije poimanje prava na ponovno otvaranje kaznenog predmeta nakon što je Sud utvrdio povredu Konvencije. U stvarnosti, implementacija Preporuke otišla je znatno dalje od slova tog teksta. Danas postoji europski konsenzus o pojedinačnom pravu na ponovno otvaranje kaznenog postupka na temelju utvrđenja povrede od strane Suda bez diskrecijskog prava nadležnih domaćih tijela da ga odbiju na temelju kriterija materijalne dopuštenosti.

59. U svjetlu prethodno navedenih razmatranja, članak 6. Konvencije primjenjiv je na izvanredna pravna sredstva za ponovno otvaranje kaznenog predmeta. U svjetlu autonomne prirode tumačenja Konvencije od strane Suda, pohvalan korak većine u smislu priznavanja načela primjenjivosti članka 6. Konvencije na izvanredna pravna sredstva koja se odnose na ponovno otvaranje kaznenog postupka nije ugrožen činjenicom da se temelji na pogrešnom tumačenju nacionalnog prava.

60. Na temelju podcjenjivanja obvezujućeg pravnog značenja klauzule *Oçalan*, koje nije u skladu s poviješću te klauzule, većina je pogrešno pretpostavila da je Vijeće 2011. godine tuženoj državi dalo „široku slobodu manevriranja”. Poput javnog tužitelja pred Vrhovnim sudom, zaključujem da je Vrhovni sud trebao ponovno otvoriti predmet podnositeljice zahtjeva, i njegovim odbijanjem da to učini propustio je uzeti u obzir cilj i svrhu presude *Moreira Ferreira*. Stoga je došlo do povrede članka 6.

SUPROTSTAVLJENO MIŠLJENJE SUCA KŪRISA KOJEMU SU SE PRIDRUŽILI SUCI SAJÓ, TSOTSORIA I VEHABOVIĆ

1. Nisam mogao glasovati za to da nije utvrđena povreda članka 6. stavka 1. Konvencije (točka 2. izreke presude) zbog razloga koji uvelike odgovaraju onima koja su izložena u suprotstavljenom mišljenju koje je priložio sudac Pinto de Albuquerque. Želim naglasiti važnost bolje nijansiranog pristupa razlici između jednostavnih „naloga” Suda u pogledu ponovnog otvaranja postupka koji se zapravo izdaju domaćim pravosudnim tijelima vlasti i njegove manje asertivne sugestije da takvo ponovno otvaranje može biti (najprikladnije) prikladno ili čak jedini oblik pravne zaštite od povrede Konvencije (vidi, npr., odl. 2., 8., 18. i 57. mišljenja kojega je priložio sudac Pinto de Albuquerque), koje ne predstavlja „nalog” u pravom smislu te riječi, već samo neizravno prisiljava domaća sudbena tijela vlasti da ponovno otvore postupak kako bi se zadovoljilo bar zahtjeve Konvencije. Ipak, ova razlika u našim pristupima „diktatu” i „inženjeringu” Suda nije stvarno mjerodavna u ovom predmetu. Čak i ako *neke* „preporuke” Suda (obilne i raznovrsne kakve jesu) u pogledu ponovnog otvaranja postupaka ili primjene drugih pojedinačnih mjera ne mogu biti protumačene kao „naloz”, slažem se sa sveukupnim smjerom obrazloženja koje nudi sudac Pinto de Albuquerque u pogledu toga kako je trebalo odlučiti u *ovom konkretnom predmetu*.

Ipak, postoje neka pitanja koja želim naglasiti ili u nekim slučajevima dopuniti razmatranja mog cijenjenog kolege. Obrađujem ta pitanja u ovom dodatnom suprotstavljenom mišljenju, djelujući na osnovi utvrđenja većine (i, na kraju, dopustio sam da budem uvjeren) kako članak 46. ne sprečava razmatranje prigovora podnositeljice zahtjeva temeljem članka 6.

2. Jezik koji Sudu koristi posvuda u svojoj sudskoj praksi kojom „preporuča” da tužena država, nakon što je sud utvrdio povredu članka 6., provede ponovno suđenje ili ponovno otvori postupak često je bio suviše provizoran i stoga pomalo neravnomjeren, zbunjujući i nedosljedan biti poruke koju je trebao prenijeti dotičnim državama.¹ Stav Suda kojega jezik otkriva, ili ponekad učinkovito skriva, može se također doživljavati kao zbunjujući, bar u nekim predmetima.

Ova je presuda učinila situaciju ne manje, već možda i *više* zbunjujućom.

3. Ipak, ova opća nedosljednost (koja nije tako dominantna, tako da ovu kvalitetu ne treba preuveličavati) predmetnih „preporuka” *nevažna* je za ovaj

¹ Kako se može vidjeti, *inter alia*, iz „Zbirke pisanih doprinosa o odredbi u domaćem pravnom poretku za ponovno ispitivanje ili ponovno otvaranje predmeta nakon presuda Suda” od 31. ožujka 2016. godine koju je pripremio Upravni odbor za ljudska prava i Odbor stručnjaka za reformu Suda koje sudac Pinto de Albuquerque naširoko citira u svom suprotstavljenom mišljenju.

predmet. Tome je tako zbog toga što je stav Suda o ponovnom otvaranju postupka razmotren u presudi od 5. srpnja 2011. godine *nedvojben*, ili je bar *bio* nedvojben do donošenja ove presude. Ne bi bilo lako, ako bi uopće bilo moguće, razaznati išta iz odlomka 41. presude Suda od 5. srpnja 2011. godine što bi dopuštalo portugalskom Vrhovnom sudu da se suzdrži od ponovnog otvaranja predmeta podnositeljice zahtjeva.

4. Je li Sud trebao 2011. godine izričiti je navesti da se postupak u predmetu podnositeljice zahtjeva *moralo* ponovno otvoriti? Uz poznavanje proteklih događaja, moglo bi se pomisliti da je tako. Takva izričita odredba poštjednija bi ga od velike neugodnosti koju uključuje ova presuda.

5. U svakom slučaju, čak i uz izostanak takve izričite formulacije, poruka koja je sadržana u posljednjoj rečenici odlomka 41. presude Suda od 5. srpnja 2011. godine bila je vrlo jasna. *Vrlo, vrlo* jasna. Sud je naveo da „podnositeljici zahtjeva Prizivni sud u Oportu *nije pružio raspravu*” (moje naglašavanje).

Drugim riječima, Sud je tada zaključio da ono što je dano podnositeljici zahtjeva *nije bila rasprava*, jer rasprava zahtijeva, kao minimum, da osoba optužena za kazneno djelo bude *saslušana*.

Podnositeljica zahtjeva *nije saslušana*. Predmetna sudska procedura bila je *sve samo ne rasprava*.

6. To temeljno utvrđenje, jasno koliko je, nije moglo i nije trebalo biti zasjenjeno pitanjima vezanima za „posebne okolnosti pojedinačnog predmeta” (vidi odlomke 20., 93. i 94. presude).

Na žalost, to se dogodilo.

7. Poruka također nije mogla i nije trebala biti zamaskirana – no, na žalost, bila je tako zamaskirana – priznanjem Suda o „zadovoljstvu” time što Vrhovni sud tužene države, Portugala, nije prikazao nikakvu proizvoljnost u tretmanu predmeta podnositeljice zahtjeva zbog toga što, prema mišljenju većine, on nije „iskrivio ili pogrešno prikazao presudu koju je Sud donio” (vidi odlomak 96. presude).

Zapravo, *učinio je to*.

8. Nema sumnje da je portugalski Vrhovni sud s pravom zaključio iz sudske prakse Suda, u njezinoj cijelosti, da ponovno suđenje ili ponovno otvaranje postupka ne mora uvijek biti neophodno. Sam sud je potvrdio takvo tumačenje njegove sudske prakse potvrđujući, u ovoj presudi, da „ponovno suđenje ili otvaranje postupka, ako je zatraženo, predstavlja ‘u načelu odgovarajući način za pružanje zaštite od te povrede’” i da je „državama [dana] široka sloboda manevriranja u toj sferi” (vidi odlomke 92. i 93. presude). Ipak, Vrhovni sud je pogrešno protumačio, *ne sudsku praksu Suda u njezinoj cijelosti, već presudu od 5. srpnja 2011. godine*, posebno posljednju rečenicu odlomka 41. (u kontekstu općenitijeg predstavljanja „preporuka” sadržanih u drugim rečenicama tog stavka gdje se Sud pozvao na i citirao raniju sudsku praksu), zaključujući kako je ponovno suđenje ili

ponovno otvaranje postupka nepotrebno, ne općenito, već u predmetu podnositeljice zahtjeva.

9. Izraženo jezikom znanosti logike, ovo je *zabluda izvođenja zaključka metodom indukcije*. Induktivno izvođenje zaključaka, za razliku od deduktivnog, nikada nije sigurno: ti su zaključci u najboljem slučaju tek mogući i moraju biti potkrijepljeni dodatnim dokazima ili argumentima.

Ako se vratimo predmetnom pitanju, ponovno suđenje ili ponovno otvaranje postupka općenito zaista ne mora biti nužno u svakom pojedinačnom predmetu.

Ono može – opet općenito – čak biti „iznimno”, da citiram Preporuku br. R (2000.) 2 od 19. siječnja 2000. (vidi odlomak 32. presude).

To ipak ne znači da je isto također nepotrebno u predmetu gdje se nije održala nikakva rasprava.

10. Ova zabluda, banalna kakva jest, manje je vidljiva u obrazloženju portugalskog Vrhovnog suda zbog toga što se potonje izriječkom bavilo sa sudskom praksom Suda u njezinoj cijelosti samo uzgredno. Vrhovni sud bio je preokupiran, kao prvo i prije svega, s primjenom portugalskog domaćeg prava koje se odnosi na (izostanak) ponovnog suđenja ili (ne)otvaranje postupka još jednom, umjesto sa sveukupnim ocjenjivanjem ili detaljnom analizom sudske prakse Suda koji s više ili manje autoriteta „preporuča” ponovno suđenje ili ponovno otvaranje postupka.²

No ova je zabluda jednostavna, opipljiva, čak očigledno *izložena* u ovoj presudi Velikog Vijeća. Točnije, nakon što je priznala da „ponovno suđenje ili otvaranje postupka, ako je zatraženo, predstavlja ‘u načelu odgovarajući način za pružanje zaštite od te povrede’” i da je „[državama dana] široka sloboda manevriranja u toj sferi” (vidi odlomak 92. i 93. presude), većina je dalje zaključila da „[sukladno] tome, ponovno otvaranje postupka nije se činilo da predstavlja jedini način izvršavanja presude Suda od srpnja 2011. godine” (vidi odlomak 94., moje isticanje).

„Sukladno”?!

Ovo je indukcija *par excellence* – u svojoj najperverznijoj i manama ispunjenoj pojavnosti.

11. Većina jako ističe riječi „ipak” ili „u načelu” izrečene u odlomku 41. presude Suda od 5. srpnja 2011. godine (vidi odlomak 92. presude).

To dokazuje malo toga, ako išta, i ne samo zbog toga što su se te riječi, za razliku od posljednje rečenice navedenog stavka, koja se zaista odnosi na razmatranu situaciju, premjestile – kao tipična sudska praksa Suda – u tu

² Ne želim ovdje ulaziti u analizu tumačenja domaćih zakonodavnih odredbi od strane Vrhovnog suda i ocjenjivanje tog tumačenja od strane Suda. Ipak, moram reći, premda uzgredno, da sam skeptičan u pogledu zaključka da su te odredbe zaista omogućile izostanak ponovnog otvaranja postupka. Prema mom mišljenju, te odredbe, tumačene zajedno s presudom Suda od 5. srpnja 2011. godine (posebno odlomak 41. iste) i Preporuka br. R (2000.) 2 (kao i memorandum obrazloženja uz istu, sa svojim snažnim naglaskom na načelu jednakosti oružja; vidi odlomak 33. presude) zahtijevaju ponovno otvaranje postupka.

presudu iz ranije sudske prakse Suda i nisu „prilagođene” okolnostima predmeta podnositeljice zahtjeva.

Teško bi bilo moguće ne složiti se s većinom da „korištenje izraza „u načelu” sužava opseg preporuke, naznačujući da u nekim situacijama ponovno suđenje ili ponovno otvaranje postupka možda ne bi bilo prikladno rješenje” (*ibid.*). No, dokazuje li većina na bilo koji način da *ovu preporuku ne treba prihvatiti upravo u situaciji podnositeljice zahtjeva?*

Na veliku žalost ne.

12. Jako je uznemirujuće otkriti takve izražene logičke (bi li „nelogične” bio bolji izraz?) zablude u *izričitom* obrazloženju Velikog Vijeća. No čitatelji su prisiljeni čitati ono što je napisano, čak i ako ono što je napisano suprotno zakonima logike. Sada su te nelogičnosti uklesane u kamen konvencijskog prava kako ga tumači i primjenjuje Sud.

13. Članak 6. stavak 1. izrijekom govori o „pravednoj i javnoj raspravi” što je bit prava na pošteno suđenje.

Rasprava, ništa manje.

Bi li se ipak radilo o nogometu kada ne bi bilo lopte na terenu?

Bi li se ipak radilo o plivačkom natjecanju kada ne bi bilo vode u bazenu?

Da bi suđenje bilo „pošteno” (ili „nepošteno”) prije svega *mora postojati saslušanje optuženika.*

Nula, vakuum, nepostojanje, ništavilo, nešto što se nikada nije dogodilo, nikada nije postojalo i nastavlja ne postojati ne može biti „pošteno” ili „nepošteno”.

U svojoj presudi od 5. srpnja 2011. godine, sam je Sud naveo kako uopće *nije bilo rasprave* u predmetu podnositeljice zahtjeva. Tako tamo ne preostaje ništa što bi moglo biti „pošteno”.

I ništa što bi bilo u skladu s člankom 6. stavkom 1. – ne samo u njegovom postupovnom aspektu (na koji je portugalski Vrhovni sud ograničio svoje pogrešno prikazivanje i pogrešno prikazivanje presude Suda od 5. srpnja 2011. godine), već i, i prije svega (!), u njegovom *materijalnom* aspektu.

14. Je li se išta promijenilo u ovom pogledu od 5. srpnja 2011. godine – u pravu ili u stvarnosti?

Zapravo nije. Nije bilo rasprave *tada*, i niti jedna rasprava nije održana *nakon tog datuma* – u *istom* kaznenom predmetu.

Prije šest godina, činjenica o neodržavanju rasprave u kaznenom predmetu smatrana je, od strane Suda, jednoglasno, suprotnom članku 6. stavku 1. Danas se, međutim, *neprekinuti* izostanak rasprave u *istom* kaznenom predmetu ne smatra suprotnim članku 6. stavku 1.

15. Portugalski Vrhovni sud i većina Velikog Vijeća jednostavno (!) je zanemarila činjenicu da „podnositeljici zahtjeva *nije pružena rasprava*” u kaznenom predmetu protiv nje. Ako – kako to većina tako nekritički prihvaća – tužena država, Portugal, zaista uživa, ne samo općenito, već također *u ovom određenom predmetu podnositeljice zahtjeva*, „široku slobodu manevriranja” u „pružanju zaštite od te povrede” koja je utvrđena presudom Suda od

5. srpnja 2011. godine, bilo bi jako prigodno da je većina spomenula primjere jednog ili dva moguća „manevra” iz njihovog „širokog” spektra koji ne bi značili „ne pružiti raspravu podnositeljici zahtjeva”, posebno nakon što je navedeno kako bi ponovno otvaranje postupka – za pretpostaviti je na takav način da optužena osoba bude *saslušana* – bilo tek „najpoželjnija mogućnost” (*ibid.*).

Niti jedan takav primjer ne može se naći u presudi.

Ništa začuđujuće.

Ne može se naći u presudi zbog toga što se to, kao pitanje načela, *ne može* sročiti na niti jedan zadovoljavajući način.

I ne može se sročiti na niti jedan zadovoljavajući način zbog toga što pravna zaštita od „ne pružanja rasprave” jedino može biti (konačno!) *pružanje rasprave* osobi kojoj je ona bila uskraćena.

16. Dakle, što je bilo tako „zadovoljavajuće” za većinu u tretmanu predmeta od strane portugalskog Vrhovnog suda? *Što je to bilo*, uzimajući u obzir da su razlozi za takav tretman bili temeljeni na ignoriranje izričitog utvrđenja, od strane Suda, da je podnositeljici zahtjeva uskraćena rasprava u njezinom kaznenom predmetu – a to ignoriranje u stvarnosti čini *pogrešno tumačenje* presude Suda od 5. srpnja 2011. godine?

17. Odgovor većine je zapanjujući. Oni su zadovoljni da je „tumačenje Vrhovnog suda presude Suda iz 2011. godine ... *promatrano kao cjelina*, [nije bilo] rezultat očigledne činjenične ili pravne greške koja je dovela do ‘uskraćivanja pravde’” (vidi odlomak 97. presude, moje isticanje).

Grubo rečeno, od ovog trenutka, postupak koji dovodi do osude neke osobe može se opravdati s perspektive članka 6. kao „cjelina” *čak i kada ta „cjelina” ne obuhvaća raspravu*. Osuđujuća presuda bez rasprave prihvatljiva je s perspektive Konvencije! Za Sud, neodržavanje rasprave u kaznenom predmetu, no unatoč tome osuđivanje osobe *nije uskraćivanje pravde!*

Što onda predstavlja takvo uskraćivanje?

Da nastavim, pravda se *sada* u kaznenom predmetu može izvršavati bez rasprave.

Retoričko pitanje glasi koja bi bila *vrijednost* takve „pravde”?

18. Za podnositeljicu zahtjeva u ovom predmetu, ova presuda znači sljedeće: (i) nije joj odobrena rasprava u njezinom kaznenom predmetu; (ii) Sud je utvrdio da to nije u skladu s Konvencijom, (iii) i potom joj je takva rasprava višekratno uskraćivana; (iv) Sud je utvrdio da je *sada* ovo uskraćivanje rasprave u skladu s Konvencijom.

19. Čini se da većina Velikog Vijeća drži da ta rasprava, koja nikada nije pružena podnositeljici zahtjeva, *ionako nije bila potrebna*. Tako je osuđujuća presuda protiv podnositeljice zahtjeva ostala na snazi unatoč tome što je donesena izvan rasprave. Portugalski Vrhovni sud utvrdio je kako njezina „osuđujuća presuda nije [bila] nespojiva s obvezujućom odlukom Suda i nisu nastale nikakve ozbiljne dvojbe u pogledu njezine valjanosti” (vidi odlomak

26. presude) i „Sud” je potvrdio ovu iz temelja pogrešnu ocjenu premda je prethodno taj isti Sud već utvrdio da je ta osuđujuća presuda protiv podnositeljice zahtjeva donesena izvan procedure rasprave.

Ne predstavlja li to stvarno – premda neizravno i implicitno – preinačenje presude Vijeća od 5. srpnja 2011. godine – mnogo godina kasnije? Stvarna preinaka odluke, čime se nešto što se ranije smatralo temeljnim, bitnim *materijalnim* nedostatkom u ispitivanom sudskom procesu spustilo na razinu male, beznačajne *postupovne* greške.

20. Portugalski Vrhovni sud pogriješio je kada je utvrdio da je „Sud ... tako od samog početka isključio svaku mogućnost da bi njegova odluka mogla stvoriti ozbiljne dvojbe o osuđujućoj presudi bez obzira na stvarno izrečenu kaznu” (vidi odlomak 26. presude).

No on *je* stvorio sumnje – i to ozbiljne! – i tada i sada, premda su se te sumnje *mogle* odagnati pružanjem rasprave podnositeljici zahtjeva. (Ja bih sam bio spreman prihvatiti da one *jesu* odagnane da je podnositeljica zahtjeva bila saslušana u njezinom kaznenom predmetu.) Međutim, te dvojbe nisu raspršene niti malo ovom presudom koja je, uzgred rečeno, prihvaćena tankom većinom od samo jednog glasa (9 glasova naspram 8, pri čemu je jedan od sudaca koji je zapravo glasovao *za* izreku presude od 5. srpnja 2011. godine u većini, a dva su u manjini).

21. Štoviše, ne samo da ova presuda nije uopće pojasnila sudsku praksu Suda koja se odnosi na ponovno suđenje ili ponovno otvaranje postupka nakon što Sud utvrdi povredu članka 6., već je ona proizvela *nove dvojbe*. U nastavku ću imenovati samo neke od tih dvojbi (jedna se odnosi na osuđujuću presudu protiv podnositeljice zahtjeva, a jedna je hipotetske prirode i jedna je općenitijeg karaktera).

22. U odnosu na situaciju podnositeljice zahtjeva, postoji dvojba u pogledu legitimnosti (kao kategorije u njezinom najširem smislu koji nije pravnog karaktera u usporedbi s pa i povremeno suprotstavljen formalnoj zakonitosti) njezine osude bez rasprave, zapravo u kontekstu izričitog uskraćivanja rasprave. Može li se ova osuđujuća presuda smatrati takvom da zadovoljava standarde iz članka 6. stavka 1. s naglaskom na „raspravu”?

Sud je utvrdio da može. Bez obzira na to, netko se može i vjerojatno treba zapitati koliko je *legitimno* to utvrđenje u očima ne (samo) prava već (također i) temeljne pravde, za zadovoljavanje kojega zakona ono jest (ili treba biti) tek sredstvo za postizanje cilja, a ne cilj sam po sebi?

23. Hipotetska dvojba je sljedeća: ako se *ista podnositeljica zahtjeva* ikada zatekne u situaciji sličnoj onoj s kojom se bavio Okružni sud u Matosinhosu i Prizivni sud u Oportu, mogu li oni *opet* zaobići raspravu i osuditi je?

Bojim se da je Sud utvrdio da mogu. Ili, točnije, nisu mogli *prije* donošenja ove presude, no *sada* to mogu.

24. Međutim, ova presuda također postavlja općenitije pitanje načela, to jest zabrinjavajuće pitanje u pogledu spektra ili raznovrsnosti „manevara”

koje države članice smiju koristiti pri osuđivanju osoba bez održavanja rasprave³, a da su još uvijek „obuhvaćeni” „slobodom manevriranja” koju im je tako velikodušno odobrio Sud? Koliko je širok taj spektar? Koliko *drugih* situacija „bez rasprave” može potencijalno pripasti u ovu paletu da se time ne smatraju slučajevima uskraćivanja pravde?

25. U ovom kontekstu, ograda navedena u odlomku 99. presude ima malo praktične svrhe i daje slabu utjehu onima koji još uvijek čekaju da im Sud u Strasbourgu osigura pravdu u predmetima u kojima odlučuje. U tom odlomku, Sud ponavlja, kao i nebrojeno puta do tada u svojoj sudskoj praksi, „važnost osiguravanja da su uspostavljene domaće procedure kojima se predmet *može* preispitati u svjetlu utvrđivanja da je došlo do povrede članka 6. Konvencije” i da „takve procedure *mogu* se smatrati važnim aspektom izvršavanja njegovih presuda i njihova dostupnost demonstrira predanost države ugovornice Konvenciji i sudskoj praksi Suda” (moje isticanje). Kako ne samo „uspostavljanje” navedenih procedura, već i (pogrešno) tumačenje značenja „preporuka” Suda u potpunosti ovisi o volji tijela vlasti država ugovornica, čak i kada je ta volja *ne otvarati postupak* i Sud teži ograničavanju svoje uloge na puko odobravanje te volje, ta je ograda bezubi, umiljati podsjetnik na ono čemu je Konvencija trebala služiti, ali i ono što ponekad, kao u ovom predmetu – ne uspijeva postići.

³ Ili čak bez ikakvog sudskog postupka, što znači zakonodavnim, tj. političkim činom? Vidi, na primjer, nedavnu presudu u predmetu *Béres i drugi protiv Mađarske* (br. [59588/12](#), [59632/12](#) i [59865/12](#), 17. siječnja 2017.).

SUPROTSTAVLJENO MIŠLJENJE SUCA BOŠNJAKA

1. Na žalost, ne mogu se složiti s većinom kako nije bilo povrede članka 6. stavka 1. Konvencije u ovom predmetu.

2. Prema mom mišljenju, većina ispravno smatra da članak 46. Konvencije ne sprečava razmatranje prigovora podnositeljice zahtjeva temeljem članka 6. Konvencije od strane Suda. Premda je vjerojatno povezan s pitanjem izvršavanja presude Suda izrečene 5. srpnja 2011. godine povodom prvog podnositeljičinog zahtjeva, ovaj se prigovor fokusira na pristup kojega je poduzeo Vrhovni sud Portugala (dalje u tekstu: „Vrhovni sud”) prilikom razmatranja podnositeljičinog zahtjeva za ponovnim otvaranjem kaznenog postupka. Jednako tako, smatram da je većina u pravu u pogledu zaključaka u vezi primjenjivosti članka 6. stavka 1. Konvencije. Osim zbog razloga danih u ovom pogledu u presudi Suda, vjerujem da je u ovom predmetu, razmatranje zahtjeva za ponovnim otvaranjem kaznenog postupka nemoguće u potpunosti odvojiti od ocjenjivanja prava i činjenica primjenjivih na početno utvrđivanje optužbe za kazneno djelo protiv podnositeljice zahtjeva. U ovom se kontekstu od Vrhovnog suda očekivalo da iznova ocijeni činjenična utvrđenja i primjenu mjerodavnog prava u početnom kaznenom postupku u svjetlu presude Suda. Vrhovni sud je smatrao kako osuđujuću presudu protiv podnositeljice zahtjeva nije nemoguće pomiriti s presudom Suda i da ne mogu nastati ozbiljne dvojbe u pogledu osude podnositeljice zahtjeva. Stoga ne nalazim prepreke u pogledu primjenjivosti članka 6. stavka 1. Konvencije u ovom predmetu.

3. Prilikom ocjenjivanja pristupa Vrhovnog suda tijekom razmatranja podnositeljičinog zahtjeva za ponovnim otvaranjem kaznenog postupka, većina smatra da je taj pristup spojiv s člankom 6. stavkom 1. Konvencije. Ne mogu dijeliti to mišljenje.

4. Vrhovni sud nije dao nikakvo materijalno obrazloženje zašto, prema njegovom viđenju, osuđujuća presuda protiv podnositeljice zahtjeva nije nespojiva s presudom Suda. To je samo po sebi teško spojivo sa zahtjevima članka 6. stavka 1. Konvencije. Štoviše, Vrhovni sud se pozvao na tumačenje presude Suda od 5. srpnja 2011. godine koje je očigledno nedosljedno s njezinim pravim značenjem. Premda je Sud naznačio da ne može „spekulirati u pogledu toga kakav bi bio ishod postupka pred Prizivnim sudom (u Oportu) da je on ispitao podnositeljicu zahtjeva u javnoj raspravi” Vrhovni sud je protumačio tu naznaku kao da ona znači da presuda Suda ne može dovesti do nikakvih sumnji u pogledu osuđujuće presude protiv podnositeljice zahtjeva.

5. To tumačenje tim je manje prihvatljivo u svjetlu glavnih argumenata koje je Sud iznio u svojoj presudi. Sud je zapravo primijetio kako je Prizivni sud pozvan da razmotri nekoliko pitanja koja se odnose na činjenice kao i na osobne karakteristike podnositeljice zahtjeva i posebno pitanje njezine, kako se tvrdilo, smanjene sposobnosti, koja bi pak imala odlučujući utjecaj na određivanje kazne. Prema mišljenju Suda, to pitanje nije se moglo razriješiti

bez izravnog ispitivanja svjedočenja podnositeljice zahtjeva (vidi odlomke 33. i 34. presude). U skladu s tim argumentima, jasno je da je predmetnu povredu jedino bilo moguće u potpunosti otkloniti ponovnim otvaranjem postupka pred Prizivnim sudom koji je morao uključivati saslušavanje podnositeljice zahtjeva.

6. U svom suprotstavljenom mišljenju, sudac Pinto de Albuquerque, kojemu se pridružilo nekoliko drugih nezadovoljnika, analizira sudsku praksu Suda kako bi zaključio, *inter alia*, da je Sud ovlašten naložiti ponovno otvaranje kaznenog postupka u određenom predmetu ako je utvrđena povreda članka 6. Konvencije. Bilo kako bilo, treba smatrati nespornim da domaća tijela ne mogu pribjegavati očigledno netočnom tumačenju prava, a još manje temeljnih izvora prava u području ljudskih prava kao što su presude ovog Suda. Kako je u ovom predmetu Vrhovni sud učinio upravo to, očigledna je povreda članka 6. stavka 1. Konvencije.