

Др Јуриј Тоћлак,

Универзитет у Марибору - Правни факултет

Др Срђан Ђорђевић,

Универзитет у Крагујевцу - Правни факултет

УДК: 342.82

Примљено: 7.06.2010.

Изворни научни чланак

КОЛИКО ВРЕДИ ОДУЗЕТ ГЛАС НА ИЗБОРИМА?

Аутори обрађују проблем обима заштитне бирачкој права, када оно буде угрожено до мере немогућности његовој остваривања, односно, када је оно постојано ускраћено. При томе, грађанин појединац, коме нормативно-правни поредак признаје стањус бирача, не успева да реализује највиши део структуре социјалне "политичке личности", што је последица одговорности државних органа, односно, државе. У раду је истакнуто компаративно, енглеско и америчко, искуство у области заштитне бирачкој права, у смислу новчане накнаде нематеријалне штете, која тим поводом настаје. Посебно је назначена и пракса Европској суда за људска права, коју треба имати у виду и када се буду ова питања разматрала у оквиру националној правној оквиру Републике Србије.

Кључне речи: бирач, бирачко право, изборно право, судска заштита бирачкој права, судска пракса, Дом лордова, Врховни суд САД, Европски суд за људска права, Устав Републике Србије.

I

Бирач би желео да гласа путем поште, али му надлежни изборни орган није послао гласачки листић. Други бирач је задржан у полицијском притвору од суботе увече и због тога не може сутрадан отићи до бирачког места да гласа. Трећи, инвалид, не може да гласа, јер гласачки листић није материјализован у њему разумљивој форми или бирачко место њему није физички доступно. Четвртом бирачу бирачки одбор не дозвољава да гласа, јер је, по евиденцији чланова бирачког одбора, његово име на бирачком списку већ заокружено, те сматрају да је тиме он већ обавио радњу гласања. Да ли ови бирачи имају право да им се надокнади нематеријална штета коју су

претрпели, тиме што им је повређено активно бирачко право и који би био адекватан износ таквог вида материјалне компензације због повреде тако значајног људског права? Овим чланком се представља европска и америчка судска пракса, поводом постављених питања.

Након недавних парламентарних избора у Енглеској, одржаних маја 2010. године, у јавности се говори о хиљадама бирача, који ће, наводно, тужити државу зато што им је онемогућено остваривање активног бирачког права, јер нису могли гласати, и то, не својом вољом. Односно, спречени су да искажу сопствену политичку вољу, али зато што су, по њиховом виђењу, надлежни државни органи били недовољно одговорни. У крајњој консеквенци, ствари треба поставити на јасну раван: с једне стране имамо грађанина који жели да буде саучесник изборног процеса и жели да се осети саставним делом бирачког тела; да тиме оствари сувереност, тежећи да у трећем миленијуму осети, макар мало оног политичког достојанства, који су имали грађани полиса, захваљујући привилегији живљења у малим, али јасно политички дефинисаним и заокруженим целинама. С друге стране је држава, која има обавезу да организује реализацију процеса, којима јој грађанин даје легитимитет. Иако је држава најчешће расположена да проблеме у изборним процесима третира по методу статистичке рачунице, полазећи од става да се регуларност изборног процеса тумачи процентима, овом приликом се врши евиденција назначених проблема са аспекта људских права. Реч је о индивидуалном политичком праву, које се везује за личност појединца и представља његов неодвојиви део. Осим што је у трену лаганог летења гласачког листића кроз омеђен простор гласачке кутије, бирач саучесник моћног сувереног тела, он је у том тренутку и актер сопственог самодоказивања. Како би се другачије могла доказати иницијална егзистенција политичког дела личности појединца, ако не преко остваривања бирачког права, и то, примарно његовог активног дела? Управо зато, када размишљамо о проблемима у остваривању бирачког права, нећемо се оптерећивати "статистичким грешкама", што је гломазној државној изборној администрацији прворазредни циљ када се утврђује регуларност изборног процеса, већ ћемо посматрати грађанина-бирача. Људска индивидуа је центар тог процеса; држава је одговорна уколико постоји препрека за остваривање бирачког права, за коју није одговоран сам бирач. Јер, држава је у обавези да обезбеди све неопходне услове за неометано остваривање свих индивидуалних људских права. Њена улога се не своди само на уздржавање од понашања, којим би се могло угрозити остваривање бирачког права, већ и на предузимање мера, којима се обезбеђују услови за остваривање бирачког права.

Досадашње компаративно искуство изборног процеса нам указује да је могуће наићи на различите ситуације у којима грађанин, против његове воље и без његове одговорности, бива спречен да сопствену личност оплемени "бирачком маском". Реч је о случајевима у којима држава није на адекватан начин прописала одређене ситуације у изборном процесу, па радња гласања остаје нереализована жеља грађанина, који је био у претпостављеном бирачком статусу. Наиме, такав грађанин испуњава правно утврђене и прописане услове, који су неопходни за стицање статуса бирача. Али, захваљујући неадекватној активности државе, ођједном се, сасвим неочекивано, испостави да норме из уставног и законског прописа о бирачком праву не буду остварене, из разлога који нису у њима предвиђени. Тако, на пример, неки грађани нису могли гласати, јер су бирачка места затворена у тренутку док се они налазе испред бирачког места. Или, грађани нису могли гласати, јер су били у притвору.¹ У Словенији један бирач тужи државу за 50.000 евра, јер је хтео да гласа у свом стану, али га бирачки одбор није посетио.² Ни Србија није имуна од случајева ове врсте, па се дешава да грађанин не буде на бирачком списку, иако је предузео све неопходне радње, које су прописане диспозицијама правних норми, чији је творац држава.³

У вези са свим овим и њима сличним случајевима, нужно је поставити и питање заштите бирачког права, као једног од основних политичких права. Без тренутног улажења у проблем специфичности сваког од појединачних случајева, вреди запазити да све њих карактерише ускраћивање бирачког права, што представља апсолутно онемогућавање грађанина да се користи индивидуалним правом, које је утврђено највишим правним нормама. Стога се неминовно проблематизује и судска заштита бирачког права и, у том контексту, питање права на накнаду штете. Ово питање је енглеска судска пракса актуелизовала и решила још пре више од три века, 1703. године, у случају *Ashby v. White*⁴, познатом и под називом "*Изборни случај Aylesbury*". У овом случају, енглески Дом Лордова је признао право бирача на жалбу суду и право на

¹ A. Wagner, "The human rights cost of preventing people from voting", *UK Human Rights Blog*. 7. мај 2010, <http://ukhumanrightsblog.com/2010/05/07/the-human-rights-cost-of-preventing-people-from-voting/>

² M. Pigac, "50.000 evrov, ker ni mogel voliti" *Dobro jutro* (Savinjska izdaja), 3. april 2010, str. 17. Takođe, videti i: J. Toplak i T. Dubrovnik, "Vrednost odvzetega glasu na volitvah", *Pravna praksa*, br. 21, 27. мај 2010, str. 13.

³ На пример: Интернет Новине Србске "Тадић победио у дијаспори", *Српска Дијаспора. Инфо* 2008. <http://www.srpskadijaspora.info/vest.asp?id=10086>

⁴ *Ashby v. White* (1703) 92 ER 126 (Aylesbury election case). Овај случај често је употребљаван као пример максиме "ubi jus ibi remedium" - "тамо где је право, тамо је могуће и решење". "Ubi jus ibi remedium - *Ashby v White*, action on the case"

<http://law.jrank.org/pages/17980/ubi-jus-ibi-remedium.html#ixzz0nR34sYIm>

новчану накнаду штете, а лорд Холт⁵ је у пресуди истакао: "Ако тужилац има неко право, онда увек треба да има и начин да штити то своје право у случају кад му је ограничена његова реализација."⁶ Свако ограничење права доводи до настанка штете, односно, лице је претрпело штету нематеријалне природе. "Као и у случају вербалне увреде, иако човек не изгуби ни пенија због тога јер га је неко увредио, њему ипак припада право да тужи."⁷ Лорд Холт иде у својим ставовима и даље, утврђујући да је финансијска одговорност државе пожељна и корисна и зато, јер се тиме државни органи приморавају на коректније и квалитетније поштовање правних прописа.

И у судској историји САД се може наићи на примере, који потврђују став о неопходности утврђивања одговорности државе у случају ускраћивања бирачког права. Тако је, на пример, Врховни суд САД је право бирача на материјалну, финансијску накнаду нематеријалне штете потврдио 1900. године у случају *Wiley v. Sinkler*⁸ и 1903. године у случају *Giles v. Harris*.⁹ У првом од ова два случаја, Врховни суд је утврдио, да је бирачко право лично право, чије ускраћивање може изазвати и утврђивање егзактне вредности штете која тим поводом настане.¹⁰ Врховни суд је касније потврдио и право на накнаду штете у примеру кршења изборног права на примарним изборима кандидата унутар саме политичке партије.¹¹ Када порота утврђује висину накнаде штете, пред собом не сме имати представу о некој апстрактној вредности или важности бирачког права,¹² већ се висина накнаде штете у случају повреде бирачког права утврђује на један од следећа два начина. Прва могућност се своди на претходно истраживање душевних болова, патњи и стреса, који настану услед ускраћивања бирачког права; а друга могућност полази од утврђивања претходне претпоставке (пресумед дамагес) о томе колико бирачко право заиста вреди конкретном грађанину у конкретном случају, што ће утврђивати сваки члан пороте.

⁵ Лорд Холт, који је у време решавања овог случаја био Врховни судија Енглеске и Велса, дао је dissent opinion, логички образложено издвојено мишљење, да би се Дом Лордова, након тога, приликом одлучивања са педесет гласова за и шеснаест против приклонио његовом мишљењу.

⁶ Lord Holt, str. 273-274.

⁷ Ibid.

⁸ *Wiley v. Sinkler*, 179 U.S. 58 (1900). Подносилац представке је у истакао захтев за накнаду штете у висини од 2500 долара, што би у данашњој вредности износило око 65.000 долара.

⁹ *Giles v. Harris*, 189 U.S. 475 (1903).

¹⁰ *Wiley v. Sinkler*, na str. 65.

¹¹ *Nixon v. Herndon*, 273 U.S. 536 (1927). У том случају, као и у каснијем случају *Lane v. Wilson*, 307 U.S. 268 (1939), подносиоци представке су потраживали од државе по 5000 долара, због онемогућавања коришћења права на гласање.

¹² *Memphis Community School District v. Stachura*, 477 U.S. 299 (1986).

Стога указујемо да Европски суд за људска права признаје бирачима, којима је ускраћено бирачко право - право на накнаду нематеријалне штете. У својим првим решењима суд није пресуђивао материјалну накнаду штете или је решење око накнаде штете препуштао држави чланици.¹³ Међутим, у новијим одлукама, Суд странкама константно досуђује по 1500 евра "правичног задовољења", и због самог кршења изборног права и Конвенције, без потребе да подносилац представке истиче и исказује захтевану висину штете.¹⁴ У својој најсвежијој одлуци *Kiss против Мађарске*, Суд је досудио 3000 евра правичног задовољења и 5000 евра за трошкове поступка особи, која је у Мађарској изгубила изборно право због маничне депресије.¹⁵ Треба додати да је "правично задовољење", које досуђује Европски суд, само минимални стандард заштите права, а државе чланице могу признати и јако виши износ накнаде штете. После британских парламентарних избора године 2010. почело је провејавати мишљење међу стручним коментаторима, да право на накнаду штете треба да имају сви они, који, из различитих разлога, нису могли гласати, дакле, право на неку сличну накнаду штете, коју досуђује Европски суд у Стразбуру.¹⁶ А у случају када би бирач, поред самог кршења бирачког права успео доказати и штету која је настала у виду душевних болова и патњи, та заштита би варијала од случаја до случаја. Важи додати да, у случају када је онемогућено изборно право грађанина, понекада и кандидат има право на накнаду штете, јер кршење изборног права бирача може утицати и на

¹³ Видети, на пример, *Hirst против Уједињеног краљевства* (бр. 2) (Бр. случаја 74025/01), Решење Великог сената од 6. октобра 2005 (Суд је одлучио, да је британски закон, који одузима право на гласање свим особама у затвору, супротан Европској конвенцији) и *Сатрагнапо против Италије* (Бр. случаја 77955/01) од 23. марта 2006 (Суд је одлучио, да је супротан Европској конвенцији италијански закон, који одузима право на гласање особама у банкруту).

¹⁴ *Pantuso против Италије* (бр. 21120/02) од 24. маја 2006; *Vona против Италије* (бр. 25513/02) од 24. маја 2006 (У оба случаја Pantuso и Vona примили су по 1500 евра правичног задовољења). По 1500 евра правичног задовољења је због кршења изборног права суд досудио и у многим другим решењима; између осталог, у случају *La Fazio против Италије* (бр. 4910/04) од 16 октобра 2007; *Melegari против Италије* (бр. 17712/03) од 13 новембра 2007; *Viola и други против Италије* (бр. 7842/02) од 8. јануара 2008.

¹⁵ *Alajoš Kiss против Мађарске* (бр. 38832/06) од 20. маја 2010. ЕСЈП је у овом предмету заузето став да апсолутна забрана права гласа лицима под делимичним старатељством представља кршење ЕКЈП. Тим поводом, Београдски центар за људска права је врло брзо и ажурно одреаговао упозоравајући на неусаглашеност правних прописа Србије у овој области, па препоручујемо: www.bgccentar.org.rs/index.php?option=com_content&view...

¹⁶ Видети, на пример, David Pannick. "Prisoners may be unpopular but they should still vote" *Times Online*. 6. мај 2010;

<http://business.timesonline.co.uk/tol/business/law/columnists/article7116044.ece>

реализовање пасивног бирачког права кандидата. Европски суд у оваквим случајевима признаје кандидатима накнаду штете у висини од 7500 евра¹⁷ до 8000 евра.¹⁸

Чини нам се занимљивом и недавна пресуда Трибунала за људска права Канаде, донета у случају хендикепираног бирача, који је, приликом уласка у бирачко место налетео на степенице и морао је да се клиза по њима задњим делом тела, да би могао гласати. Иако је на крају гласао, Трибунал му је пресудио 10.000 долара због неугодности, којима је био изложен, како би могао остварити активно бирачко право. Осим тога, Суд је држави наложио и да уведе систем редовне контроле бирачких места, да би сва бирачка места, а тиме и гласање било једнако доступно свима бирачима без дискриминације.¹⁹

II

Разматрање упоредне америчке и европске судске праксе поводом судско-правне заштите активног бирачког права планирано се усмерава ка постојећем правном стању у Републици Србији. Како смо ускраћени сазнања о евиденцији случајева коришћења расположивим правним средствима за заштиту активног бирачког права на приказани начин, остаје нам да се задржимо на нивоу позитивног нормативног поретка Србије. На том мисаоном путу, претходно указујемо на уставну конструкцију људских права у Србији, која подразумева скуп неколико основних прописаних принципа и правила. У поједностављеној интерпретацији ове конструкције, бележимо правило о непосредној примени, правило о сврси уставних јемстава, правило о ограничењу људских и мањинских права, о забрани дискриминације и о заштити људских и мањинских права. Презентирање управо предочене листе уставних правила и принципа је, за потребе овог рада, у функцији нормативне анализе његове централне теме; стога нас задовољава рестриктивно третирање уставне конструкције људских права, односно, њу доводимо у функционалну везу са активним бирачким правом.

¹⁷ Видети, на пример, *Namat Aliyev против Азербејџана* (бр. 18705/06) од 8. априла 2010 (било је више непоштовања изборних правила, између осталог већи број бирача није могао гласати, јер нису били уписани у бирачки списак).

¹⁸ *Kovach против Украјине* (бр. 39424/02) од 7. фебруара 2008. (неко је у изборну кутију убацио већи број већ испуњених гласачких листића).

¹⁹ Пресуда Канадског трибунала за људска права (Canadian Human Rights Tribunal) *James Peter Hughes v. Elections Canada*, од 12. фебруара 2010. Доступно на http://www.chrt-tcdp.gc.ca/search/files/t1373_10308e120210.pdf

У том циљу, као нарочито вредну уставну норму истичемо ону, која је исказана одредбом чл. 18. ст. 4. Устава, јер су њоме утврђена инструктивна правила упућена ауторитативним тумачима одредби о људским и мањинским правима. Овом одредбом је исказан садржај циља када су предмет тумачења одредбе о људским и мањинским правима, тј. уставотворац је наметнуо обавезујућу суштину циљног тумачења таквих одредби, која се састоји у "користи унапређења вредности демократског друштва". Иако овако формулисан правно-политички стандард додатно оптерећују проблеми утврђивања његовог значења на терену изборног права (политика је флуидна категорија), ипак мора опстати утисак да је у значајној мери везан препознатљивим категоријама, које припадају вредностима демократског друштва (слобода, једнакост, плурализам, толеранција...). Разумевање одредби о људским и мањинским правима мора бити усаглашено са важећим међународним стандардима и са праксом међународних институција, које надзиру њихово спровођење. Сматрамо потребним истаћи и проблем, који је у првим коментарима на рачун Устава Републике Србије, већ уочен поводом одредбе чл. 18. ст. 4. јер су очигледно општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори изостављени из овог контекста, па "субјекти који буду у прилици да тумаче одредбе о људским правима... могу бити у недоумици којим изворима треба да се руководе приликом поступања: да ли важећим међународним стандардима људских права и праксом међународних институција које надзиру спровођење људских права на која Устав изричито наводи у одредби о тумачењу људских права (ст. 3), или потврђеним међународним уговорима и општеприхваћеним правилима међународног права на које их Устав упућује када дефинише оквир њиховог поступања (чл. 142. ст. 2; чл. 145. ст. 2; чл. 167. ст. 1. тачка 1)?"²⁰

Међутим, у случају теме предметног чланка, сматрамо да је овакву дилему отклонила сама пракса Европског суда за људска права, која је довољно садржајна да већ сада може бити од помоћи у решавању случајева ускраћивања или ограничавања активног бирачког права. Активно бирачко право је садржано у корпусу изборног права, које је регулисано одредбом чл. 52. Устава Републике Србије. Њоме се оно признаје сваком пунолетном и пословно способном држављанину Републике Србије и

²⁰ М. Рајванчић, *Коментар Устава Републике Србије*, Konrad Adenauer Stiftung, Београд, 2009., стр. 30. Такође, како ова ауторка упућује, шире се о овом проблему може видети у њеном тексту "Контраверзе уставног оквира заштите људских права."

утврђује да изборно право (а тиме и активно бирачко право) ужива правну заштиту. У нормативном процесу даљег регулисања проблематике бирачког права, законодавна власт је оивичена управо наглашеним стандардима и принципима цивилизованог правног поднебља.

При томе, свакако да имамо у виду неспорну нормативну чињеницу начина на који је Европском конвенцијом о људским правима утврђено право на изборе,²¹ и превладану недоумицу да је, у оквиру цитиране формулације чл. 3. Протокола бр. 1. ЕКЉП, нужно идентификовати и индивидуална права и слободе. Односно, право на изборе из ЕКЉП не подразумева само обавезу за односе међу државама као високим странама уговорницама, јер би такав приступ био исувише рестриктиван. На државама је, дакле, да схвате озбиљност преузетих обавеза, тј. да се првенствена обавеза у области која је у питању, "не састоји у томе да се држава уздржава или не меша, када се говори о већини грађанских или политичких права, већ да усваја позитивне мере да "одржи" демократске изборе".²² Овакав став је потребно непосредно довести у везу са активним бирачким правом, као субјективним правом неког лица да гласа, које јесте важно, али, ипак, није и апсолутно право, са становишта ЕКЉП. Наиме, државама се препушта широка слобода самосталне процене начина на који ће се нормативно уредити ово питање, али је на Суду "да утврди у последњој инстанци да ли се поступало по условима из Протокола бр. 1; он се мора уверити да ти услови не ускраћују права о којима је реч у тој мери да поништавају саму њихову суштину и лишавају их делотворности; да су ти услови постављени у тежњи да се постигне легитиман циљ; и да употребљена средства нису несразмерна".²³

Тако је, на пример, поступајући на линији оваквих ставова, Европски суд за људска права, решавајући предмет у којем је једно лице у Италији брисано са бирачког списка зато што се против њега водио кривични поступак под оптужбом да је члан мафије, заузело став супротан одлуци италијанског суда и италијанске владе. У образложењу је истакнуто да "пошто је име предлагача било избрисано из бирачког списка, није било конкретног доказа на којем би се темељила "сумња" да је предлагач припадао мафији...", због чега "... Суд не може сматрати да је мера о којој је реч

²¹ Чл. 3. Протокола бр. 1: "Високе стране уговорнице обавезују се да у примереним временским размацима одржавају слободне изборе с тајним гласањем, под условима кој обезбеђују слободно изражавање мишљења народа при избору законодавних тела".

²² *Mathieu-Mohin i Clerfayt v. Belgija* (2. март 1987, серија А бр. 113, стр. 22-24, ставови 48-54).

²³ *Ibid.* стр. 23, став 52.

сразмерна".²⁴ Овај пример је истакнут, како би се приказало виђење "Стразбура" на тему слободе државе у сопственој правној процени регулисања рестрикције бирачког права, уз обавезу поштовања стандарда, који се може исказати као "легитиман циљ". Односно, свако ограничење активног и пасивног бирачког права "мора да буде пропорционално остварењу неког легитимног циља",²⁵ што значи да национално право не сме да угрози саму суштину бирачког права. А уколико до тога дође, онда постаје неспорно право на правну заштиту активног бирачког права, које подразумева и на захтев за накнадом нематеријалне штете настале поводом ускраћивања бирачког права.

Аутори се надају да ће државна власт Републике Србије имати у виду истакнуто приказивање корпуса специфичних проблема у вези са остваривањем активног и пасивног бирачког права. У том смислу, било би неопходно извршити и одговарајућу нормативну реформу изборног законодавства у које убрајамо, како класичне законе из области изборне (али и из других области), тако и пратеће правилнике и упутства надлежних изборних комисија. Неопходно је евидентирати постојеће и потенцијалне пропусте и адекватно реаговати, како би се отклонили пропусти, који угрожавају једнаке могућности сваком грађанину-појединцу, тј. бирачу да може бити делатан саучесник изборног процеса.

Jurij Toplak - Srđan Djordjević

THE WORTH OF A HIJACKED ELECTORIAL VOTE

Summary

In the European and American practice of exercising the voting right, understood as a separate, individual political right, there have been cases recorded of its illegitimate deprivation. In that sense, the practice of court protection of the voting right has already been established, resulting in financial compensation for intangible damage incurred to a citizen who is deprived of the right to vote. In the modern legal system of the Republic of Serbia one may also expect to encounter the demands for protection from citizens who have been illegitimately and illegally deprived of the right to vote, due to lack of accountability of the central government. Thus, it is necessary to take timely normative and corrective measures

²⁴ Ж. Дитертр, Изводи из најзначајнијих одлука Европског суда за људска права, Службени гласник, Београд, 2006, стр. 381. Конкретно, реч је о случају *Лабииа в. Италија* (6. април 2000, поднесак бр. 26772/95, ставови 201-203).

²⁵ *Gitonas i drugi protiv Grčke, пресура од 1.07.1997, RJD, 1997-IV, бр. 52.*

which will help Serbia harmonize its state and legal system with the international and European principles in this area.

Key words: voting right, court protection of the voting right, Constitution, Republic of Serbia, European court of human right.