

ПРАВЕН ДИЈАЛОГ

БР. 19



Институт за човекови права

Содржина

Сурогатството и човековите права

— Проф. д-р Александра Деаноска – Трендафилова..... 2

Копенхагенската декларација и претстојните предизвици за европскиот суд за човекови права

— Д-р Весна Стефановска..... 8

Третиот факултативен протокол за комуникациски процедури кон конвенцијата за правата на детето

— Катерина Конеска..... 13

Уставно-судска контрола над управните прописи

— Доц.д-р Блертон Синани..... 19

Дали човековите права се универзални?

— Невена Димовска..... 24

Сурогатството и човековите права

Проф. д-р Александра Деаноска – Трендафилова

Констатацијата дека т.н. „сурогат – мајчинство“ е старо колку и Библијата не е далеку од вистината. Имено, таму може да се сретнат експлицитни примери за она што денес го нарекуваме традиционално сурогатство.[1] Постои мноштво на извори, историски документи, религиски и други книги, преданија итн. каде што ќе се соочиме со фактот дека ова не е нов феномен.[2]

Од современа перспектива, сурогат – мајчинството е една од репродуктивните опции што претставува алтернатива за *in vitro* оплодувањето, кога тоа ќе се покаже како неуспешно во конкретен случај. Сурогатството предизвикува сериозни дебати, особено поради случаите на интернационално сурогатство, различна регулатива, непризнавање на родителството на оние парови кои до потомство дошле преку оваа метода итн. Ова, особено е актуелно кога станува збор за правата на децата.

Но, што всушност претставува сурогатството? Сурогатството или сурогат – мајчинството најопшто кажано претставува раѓање на дете за друг. Сурогат - мајката всушност го носи и раѓа детето, а потоа го предава на други лица (најчесто брачен пар кој од медицински причини не може да има деца) тие да го одгледуваат и да бидат негови родители.[3]

Постојат различни критериуми според кои сурогатство може да се појави во различни видови: алтруистичко или комерцијално, традиционално или гестациско итн.[4] Вторава поделба е, всушност, основната и притоа, кај традиционалното сурогатство, сурогат – мајката всушност е и биолошка (и генетска) мајка на детето, додека кај гестациското, детето нема генетска поврзаност со неа, односно таа е само гестациска носителка.[5] Всушност, токму поради ова во современите законодавства кои го регулираат ова прашање, се користи терминот гестациски носител, а не сурогат – мајка. Но, разноликоста во компаративното право, како и дилемите и аргументите *pro et contra*, нужно го отворија прашањето за човековите права во оваа сфера.

Оваа проблематика е повеќедимензионална. Прво, историски секогаш постоеле дилеми како ќе се чувствува сурогат – мајката по раѓањето и предавањето на детето на други лица (неговите идни родители). Дали таа не ужива родителско право со самиот факт на раѓање, особено тргнувајќи од класичната максима дека „мајка е секогаш жената што го родила детето“?[6] Се чини дека во современите законодавства и модерната пракса ова прашање претставува во голема мера историски надминат проблем. Имено, во време кога се практикувало традиционалното сурогат – мајчинство, ваквите прашања за нејзините права биле сосема оправдани, бидејќи таа е мајката која го родила и чиј генетски материјал носи детето.[7] Денес, во државите каде што се регулира и/или практикува сурогат – мајчинството, доминира и е единствено правно допуштено само гестациското сурогат

– мајчинство. Се смета дека во отсуство на било каква генетска поврзаност со детето, гестациската носителка нема да има и родителска емотивна поврзаност со него, особено што таа во рамките на целиот процес поминува најчесто и низ низа психолошки и правни советувања.[8] Но, притоа повторно ужива определени права, на пример, оние од областа на репродуктивните слободи – таа има право, на пример, на абортус, согласно законски определените услови, право на соодветна здравствена заштита и соодветна медицинска нега, право на надомест на трошоците итн.[9]

Втората димензија ја претставуваат т.н. „наменети“ родители (intended parent). Имено, кај аргументите за легализирање на сурогатството на глобално ниво, претежнува тој дека секој има право на семејство[10] и родителство, а научниот развој не смее да биде лимитиран ако овозможува остварување на ваквите права кај лица кои не можат по природен пат да станат родители.

Но, третата димензија е всушност и најважната, а тоа се правата на детето родено по пат на сурогатство. А, токму неговите права се најзасегнати од непостоењето на еднаков пристап кон ова прашање на меѓународно ниво. Имено, граѓани на државите кои го забрануваат сурогатството, а се соочуваат со нерешлив проблем на неплодност или неможност за носење на плодот од страна на идната мајка, често патуваат во држави каде што тоа е дозволено, со цел да добијат свое (генетски поврзано) потомство. Притоа, после раѓањето на детето/децата и добивањето на соодветни документи од државата каде што бил реализиран сурогат – аранжманот, тие се обраќаат во дипломатско – конзуларните претставништва на својата матична држава со барање за регистрирање на детето во матичните книги и најчесто се одбивани. Со тоа всушност се врши сериозна повреда на едно од најважните права на детето – правото на идентитет. Гледано од аспект на Европската конвенција за човекови права, ова претставува кршење на правото на приватен живот од чл. 8 од ЕКЧП, каде што всушност и припаѓа правото на идентитет.[11]

Во услови на поделена Европа по ова прашање, голем удел во заштитата на правата, пред сè, на децата има Европскиот суд за човекови права. Имено, преку неколку пресуди за случаи на сурогатство, Судот не навлегувајќи во прашањето за допуштеноста или недопуштеноста на ова прашање, застапа на страна на децата и нивното право на идентитет, нагласувајќи дека „најдобриот интерес на детето е секогаш во прв план.

Наведено, илустрирано низ призмата на судската пракса на ЕСЧП изгледа вака: Случајот Менесон (Menesson) против Франција[11] се однесува на француски државјани кои добиле деца преку сурогат - мајка во Калифорнија, САД. Во пресуда на Калифорнискиот суд било наведено дека г-дин Менесон ќе биде "генетски татко", а г-ѓа Менесон "правната мајка" на децата (со оглед на тоа што јајце-клетката била обезбедена од донатор). По раѓањето на близнаците, г-дин Менесон се обратил во конзулатот на Франција во САД со цел близнаците да бидат регистрирани во Францускиот регистар на раѓања и нивните имиња да бидат внесени во пасошот на

нивниот татко. Но, неговото барање било одбиено од страна на Конзулатот заради тоа што не можело да се утврди дека г-ѓа Менесон ги родила децата, сомневајќи се дека постоел аранжман за сурогатство и случајот бил пријавен до Јавното обвинителство во Нант, со оглед на тоа што сурогатството во Франција не е дозволено. Откако го изгубиле предметот во сите судски инстанци во својата држава, во 2014 година, г-ѓа и г-ѓа Менсенсон и нивните близнаци застапувани од родителите поднеле апликација до ЕСЧП, повикувајќи се на повреда на чл. 8 од ЕКЧП - право на приватен и семеен живот. Судот едногласно одлучил дека нема повреда на чл. 8 во однос на правото на г-дин и г-ѓа Менесон на семеен живот, бидејќи тие не биле физички одвоени од своите деца, но дека постои повреда на чл. 8 во однос на правото на почитување на приватниот живот на близнаците, Валентина и Фиорела Менсон во чии рамки спаѓа и правото на детето да им сопствен идентитет признаен од државата.

Истото резонирање и аргументација Судот го изнесува и во случајот Лабасе (Labassee) [12] кој е скоро идентичен со преходниот, при што ЕСЧП одлучи дека со ваквите постапки, француските власти и судови ги ставаат децата во состојба на правна несигурност и дека негирањето на нивниот статус ги дискриминира во поглед на многу други права кои им следуваат согласно француското семејно законодавство. Со ова, Франција извршила повреда на членот 8 од правото на ЕКЧП - правото на приватен живот на детето. И во случаите на Foulon и Bouvet v. France [13] кои се, исто така, случаи на меѓународно сурогатство при што децата се родени во Индија, тие имале генетска врска со нивните татковци во двата случаи, па Судот утврдил дека постои повреда на на правото од чл. 8 на ЕКЧП.

Друго прашање кое исто така се поставува од страна на правниците е правото на детето да го знае идентитетот на своите родители. Па, тука се отвораат дилемите од типот – дали гестациската носителка се смета за родител и дали детето треба да го знае нејзиниот идентитет? Или, пак, дали ваквото право треба да се ужива во случаите кога ембрионот од кој потекнува детето бил креиран од една или две донирани полови клетки? Што се однесува до првото прашање, определни законодавства содржат решенија според кои детето има право да биде информирано дека е родено од сурогат – мајка и да го дознае нејзиниот идентитет. А, што се однесува до второто прашање, се чини дека поставувањето на ваквата дилема е преценето и неоправдано. Донирањето на полови клетки – сперма и јајце - клетки не се врши со цел донаторот да стекне родителски права во иднина. *Argumentum ad absurdum* [14] во спротивен случај еден донатор би можел да се соочи со фактот дека е генетски родител на многу деца!

Највисокото или последно ниво на заштита на правата на човекот е казненоправната заштита. [15] Во одделни држави постои целосна забрана за сурогатството, но и во тие што го регулираат по правило постои забрана за комерцијалното сурогатство. Има држави во кои кои се забранети сите видови на сурогатство, како што се Франција, Германија, Италија, Швајцарија, Малта и други, држави кои го регулираат – такви се Северна Македонија и Грција, како и држави каде сурогатството не е прецизно

регулирано, но се изведува во практика, како што е случајот со Белгија, Шведска и Холандија. За жал, постојат и држави кои се дестинации за репродуктивен туризам и во кои дури се практикува комерцијалното сурогатство, како што се Русија и Украина, на пример.[16]

Сурогатството треба да е хуман чин на помош на оние кои не можат на друг начин да дојдат до потомство, а не средство за присилба или остварување на противправна имотна корист. Комерцијалното сурогатство претставува грубо кршење на правата и дигнитетот на сурогат – мајката и повреда на етиката на човечката репродукција.

Да резимираме, гестациското сурогатство е последно средство и т.н. златна шанса за многу двојки да добијат потомство. Меѓутоа, недостатокот на глобално прифатен став по ова прашање, доведува до различни решенија во националните законодавства, а тоа пак, предизвикува појави на интернационално сурогатство, репродуктивен туризам итн. Во пракса – резултатот е дека децата често се најголеми жртви, односно токму нивните права се загрозени: често остануваат без идентитет, односно не се заведуваат во матичните книги на родените доколку се родени од сурогат – мајка во странство, без можност да влезат во земјата од каде што доаѓаат нивните родители или дури и без јасно определување на нивните родители. Затоа, ставовите на Еврпскиот суд за човекови права во случаите на сурогатство тргнуваат од принципот дека најдобриот интерес на детето во конкретниот случај мора да се стави над сè друго. Овој принцип го опфаќа не само чл. 8 од ЕКЧП, туку и чл. 3 од Конвенцијата на ОН за правата на детето. Ова особено се однесува на случаите кога детето родено од сурогат има генетска поврзаност со барем еден од т.н. наменети родители. Тоа de facto значи дека дури и правниот ефект на забраната за сурогатство во националните законодавства ќе биде ограничен или исклучен кога детето ќе се роди преку сурогат – мајка односно гестациски носител во странска земја. Практиката на Судот, односно ставовите по одредени прашања кои изнесени во пресудите, се релевантни за сите земји кои пристапија кон ЕКЧП и домашните судови особено треба да ги земат предвид ваквите, ставови, резонирања и стандарди со цел да не ги доведат граѓаните во ситуација своите и правата на своите деца да ги бараат пред Европскиот суд за човекови права.

[1] The Book of Genesis, Chapter 16, http://www.vatican.va/archive/bible/genesis/documents/bible_genesis_en.html

[2] The Code of Hammurabi, The Avalon Project, Yale Law School, <http://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp>

[3] American Law Reports, Validity and Construction of Surrogate Parenting Agreement, (1989)

[4] Seymour, J., Magri, S., A.R.T., Surrogacy and Legal Parentage: A Comparative Legislative Review, Victorian Law Reform Commission (2004): 37

[5] Mickovik, D., Deanoska, A., Surrogacy in the West: Giving Birth in the Shadow of the Law (2017): 5

[6] Согласно начелото „Mater semper certa est“ кое потекнува од римското право, за мајка секогаш се смета жената којашто го родила детето. Со примената на in-vitro технологиите и сличните репродуктивни методи, ова начело го изгуби своето значење, иако во некои држави во соодветните правните акти истото е афирмирано, но во други се разликува генетската од природната и социјалната мајка како опција. Германија, на пример, не го регулира сурогатството, па во нејзиниот Граѓански кодекс, во чл. 1591 е внесена следната дефинија за мајка :„мајка на детето е жената којашто го родила“. В. German Civil Code: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/

[6] Таков е случајот Baby M: In re Baby M, 537A.2d 1227, 109 N.J.396 (N.J.02/03/1988)

[8] Македонското законодавство предвидува психолошко и правно советување како услов низ кој мора да помине гестацискиот носител пред да се изврши имплантирањето на ембрионот. Види: Закон за биомедицинско потпомогнато оплодување, Службен весник на РМ, бр. 37/2008, 164/2013, 149/2014,192/2015 и 37/2016

[9] Види: Закон за биомедицинско потпомогнато оплодување, чл.12-г и чл. 18.

[10] Согласно чл. 12 од Меѓународната декларација за човековите права, секој има право да основа семејство. Ваквото право е заштитено со различни механизми на глобално, како и на европско ниво, но и во националните законодавства. Подеално в.: Universal Declaration of Human Rights: <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>

[11] European Court on Human Rights, Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights, CoE (2018): 41-46

[11] Mennesson v. France, Application No. 65192/11, достапно на: <https://hudoc.echr.coe.int/>

[12] Labassee v. France, Application No. 65941/11, достапно на: <https://hudoc.echr.coe.int/>

[13] Foulon and Bouvet v. France, Application No. 9063/14, 10410/14, достапно на: <https://hudoc.echr.coe.int/>

[14] Камбовски, В., Казнено право – општ дел, Скопје (2011): 113

[15] Повеќе меѓународни инструменти за заштита на човековите права содржат забрани човечкото тело да биде извор на финансиска добивка. Ова опфаќа низа биомедицински интервенции како што е нелегалната трансплантација, трговјата со органи, комерцијалното сурогатство итн. В: Charter of fundamental rights of the European Union, Official Journal of the European Communities, (2000/C 364/01), чл. 3, ст. 2

[16] Mickovik, D., Deanoska, A., Surrogacy in the West: Giving Birth in the Shadow of the Law (2017): 46-62

Копенхагенската декларација и претстојните предизвици за европскиот суд за човекови права

Д-р Весна Стефановска

Вовед

Во многу прилики беше истакнато дека Европскиот суд за човекови права (ЕСЧП) се смета за заштитник на правните доктрини поврзани со основните и неприкосновени човекови права содржани во одредбите на Европската конвенција за човекови права (ЕКЧП). Низ годините и преку различните случаи од судската пракса се покажа дека оваа заштитна, но и воедно еволутивна улога е екстремно тешка во одржување на константноста која е предвидена во работата на Судот. Судот честопати се наоѓа во улога на креатор на техники за аргументација и судски дискурс којшто би бил прифатлив за сите држави-членки на Советот на Европа и би бил компатибилен со мноштвото од правни системи и традиции. Воедно, Судот, треба и внимателно да координира и балансира помеѓу целта на ЕКЧП, а тоа е ефективната заштита на фундаменталните права и потребата за почитување на националните традиции и низа сензитивни прашања. Меѓутоа, се покажа дека главниот предизвик со којшто Судот се соочува овие години е зголемениот број на предмети и огромниот заостаток во нерешени предмети. Од овие причини, на долго очекуваната Копенхагенска декларација се гледаше како на позитивен предизвик во трансформирањето на работата на Судот. Но вистинското прашање е: дали успеа да ја оствари посакуваната цел?

Копенхагенска декларација: што предвидува и кои се претстојните предизвици

Потребата од трансформацијата на работата на ЕСЧП започна уште пред неколку години, иако официјалниот почеток е инициран во Интерлакен (2010), за потоа да продолжи на следните конференции на високо ниво во Измир (2011), Брајтон (2012) и Брисел (2015), овозможувајќи важна можност за да се постават следните насоки кон кои ќе се движи промената на ЕКЧП, притоа водејќи сметка за нејзината одржливост. На конференцијата во Копенхаген во април, 2018 година, земјите-договорнички ја истакнаа потребата од обезбедување на ефективен, фокусиран и балансиран конвенциски систем каде примарна цел ќе биде ефективното имплементирање на ЕКЧП на национално ниво при што Судот ќе може да ги насочи своите напори кон идентификување на сериозни и систематски прекршувања на човековите права [1]. Можеби целта на оваа декларација лежи во надежта дека земјите-членки ќе останат посветени во одржување на ефективноста на ЕКЧП, но првичната (драфт) верзија од оваа декларација наиде на сериозни критики во однос на неколку, особено, битни сегменти. Она што можеби наиде на изненадување на пошироката јавност е што дури и Парламентарното Собрание на Советот на Европа изрази доза на загриженост во

однос на Копенхагенската декларација во однос на неефективното имплементирање на ЕКЧП и несоодветното извршување на Стразбуршките одлуки [2].

Првиот сегмент којшто беше критикуван во драфт верзијата на Копенхагенската декларација е тоа што таа ја истакнува потребата од 'подобар баланс' помеѓу Судот и земјите-членки базиран на 'поделена одговорност' во однос на заштитата на конвенциските права. Параграф 11 од драфт - декларацијата, меѓу другото, го истакнува следново: "Концептот на поделена одговорност, означува остварување подобар баланс помеѓу националното и европско ниво на конвенцискиот систем и обезбедување подобрена заштита на загарантираните права". Конвенцијата предвидува комплементарни улоги и одговорности за националните авторитети и за Судот во рамките на конвенцијата, бидејќи обврската на земјите-членки е да ги почитуваат и заштитуваат правата кои произлегуваат од ЕКЧП [3]. Во оваа конотација, дури и самиот Стразбур истакна дека содржината на параграф 14 од драфт - декларацијата е конфузна во однос на уставните традиции и националните услови. Не постои сомнеж дека овие два елементи се релевантни при оценувањето дали една држава се придржува кон ЕКЧП во одреден случај, но сепак останува на Судот да одлучи како што и веќе тоа го прави преку својата судска пракса [4].

Вториот аспект од Декларацијата се однесува на супсидијарноста на Судот. Имено, принципот на супсидијарност е одамна воспоставен во судската пракса и истиот ја препознава потребата од самостојна оценка на националните авторитети во однос на 'локалните потреби и услови' во имплементирањето на човековите права, но таа имплементација мора секогаш да биде во духот на нормите воспоставени од ЕСЧП [5]. Она што е интересно е фактот дека драфт декларацијата преку принципот на супсидијарност вусност ја ограничува улогата на Судот, притоа истакнувајќи дека Судот не треба да ја презема улогата на земјите-членки која што се состои во обезбедување на правилна примена и почитување на правата загарантирани со ЕКЧП.

Супсидијарноста може да се сфати и како контролен механизам: кога националните авторитети нема да ги исполнат своите обврски, супсидијарноста може да означува и потреба од интервенција на ЕСЧП со цел да се зајакнат напорите во почитување на одредбите од Конвенцијата кои може да се однесуваат како на законодавната, така и на извршната или судската власт. Токму од оваа причина, драфт-декларацијата го подрива принципот на супсидијарност во корист на државниот суверенитет [6]. Имајќи го предвид погоре наведеното, беше направена интервенција особено во овој дел од декларацијата на начин кој би упатувал на вистинскиот опсег на супсидијарноста. Имено, принципот на супсидијарност не е наменет за намалување или ослабнување на заштитата на човековите права, туку тој има за цел да ги потенцира обврските на националните авторитети во изнаоѓање на ефективни механизми за намалување на прекршувањата на човековите права на национално ниво во согласност со веќе воспоставените конвенциски стандарди [7].

Третиот аспект од драфт-декларацијата којшто можеби е и најдискутабилен, е делот кој го промовира 'дијалогот' помеѓу земјите-членки и Судот и истиот предлага "конструктивен дијалог помеѓу земјите-членки и Судот во однос на нивните улоги во имплементацијата и развивањето на ЕКЧП" [8]. Имено, овој дијалог би придонел кон појасна слика во однос на позициите на владите и другите иматели на власта во соочување со предизвиците кои ги носи ЕКЧП, но и постојаните прекршувања на човековите права [9]. Иако овој термин 'дијалог' звучи доста оптимистички, сепак во својата содржина крие одредени опструкции, првенствено бидејќи се фокусира исклучиво на земјите-членки, а со тоа и на односните политички партии, истовремено не земајќи ги предвид граѓанското општество и граѓанскиот сектор. Оттаму, сосема е погрешно да се употребува терминот 'дијалог' кога не се опфтени повеќе страни, а и кога помеѓу постоечките не постои рамноправност во позициите [10]. Дури и самиот Суд изрази одредена доза на резерва и сомнеж во однос на оваа одредба, доколку се тргне од фактот дека и Судот отсекогаш се залагал да постои интеракција со врховните судови на земјите-членки и особено интензивирање на соработка изразена преку постапката за давање советодавни мислења. Поради оваа причина, овој дел беше повторно преформулиран на начин на кој 'дијалогот' сега се разгледува преку призмата на интеракција на национално и европско ниво вклучувајќи го и граѓанскиот сектор.

Заклучни согледувања

Постои значителна разлика меѓу нацрт (драфт) и официјалната верзија на Копенхагенската декларација. Оној дел што се претпоставуваше дека може да ја загрози заштитата на човековите права во однос на државниот суверенитет е отстранет. Сериозни забелешки беа нотираны од страна на Судот поради отсуството на ангажираност на граѓанските општества во процесот на дијалог, па од таа причина овие забелешки беа инкорпорирани во финалната верзија на декларацијата. Сепак, проблематична област во однос на сериозниот заостаток со решени предмети и понатаму продолжува да биде предизвик како за Судот, така и за евентуалните измени на Копенхагенската декларација или други претстојни документи кои ќе помогнат во надминување на овој предизвик.

Од друга страна, статистички гледано кога реформскиот процес беше инициран во Интерлакен во 2010 година, Стразбург се соочуваше со 140,000 апликации кои чекаа епилог, а неколку години подоцна овој број е значително намален, но сепак не до тоа ниво за и понатаму да не претставува загрижувачки проблем за Судот [11]. Оттаму, оваа декларација, за што и сите страни се согласни е дека проблемот не треба да се лоцира во Судот, туку во неуспехот на државите да ги имплементираат и извршуваат одлуките на ЕСЧП. Понатаму, беше истакнато дека поделената одговорност и потребата за дијалог како важни сегменти на оваа декларација треба да го подобрат и да го одржуваат Европскиот систем за заштита на човековите права. За таа цел,

потребно е тие и понатаму да се развиваат со цел да го прошират опсегот на принципот на супсидијарност и да обезбедат пообеман дијапазон на примена на маргината на уважување.

За волја на вистината, голем дел од темите кои беа предмет на дискусија во рамките на оваа декларација можат да се пронајдат и во претходните декларации и акциски планови кои ја елаборираат темата за трансформација на работата на ЕСЧП. Доколку целта е навистина доготрајната ефективност на ЕСЧП потребен е 'револуционерен' пристап којшто ќе понуди вистински решенија за постоечките проблеми. Потребна е декларација која ќе содржи јасни и практични обврски за земјите-членки во однос на имплементација и извршување на Стразбуршките одлуки. Декларација која ќе обезбеди силна политичка ре-афирмација на поддршката за независност на ЕСЧП. Копенхагенската декларација во постоечката форма остава простор за различни мислења, шпекулации и предизивици кои тешко се премостуваат.

[1] Paragraph 2 of the Copenhagen Declaration adopted on a High Level Conference Meeting 13 April 2018, <https://rm.coe.int/copenhagen-declaration/16807b915c>

[2] Council of Europe Parliamentary Assembly (PACE), "The Assembly concerned about certain aspects of the Copenhagen Declaration, 26 April 2018,

[3] Article 1 of the European Convention on Human Rights,

[4] European Court of Human Rights (ECtHR), "Opinion on the draft Copenhagen Declaration" adopted by the Bureau in light of the discussion in the Plenary Court on 19 February 2018

[5] Roisin Pillay, "The European Convention on Human Rights: the Draft Copenhagen Declaration and the Threat to the European Court", 2 March 2018, www.icj.org

[6] Andreas Follesdal and Geir Ulfstein, "The Draft Copenhagen Declaration: Whose Responsibility and Dialogue", 22 February 2018, www.ejiltalk.org

[7] paragraph 10 of the Draft - Copenhagen Declaration. https://menneskeret.dk/sites/menneskeret.dk/files/media/dokumenter/nyheder/draft_copenhagen_declaration_05.02.18.pdf

[8] *ibid*, paragraph 31

[9] *ibid*, see footnote [5]

[10] Geir Ulfstein and Andreas Follesdal, "Copenhagen – much ado about little", 14 April 2018. www.ejiltalk.org

[11] Paragraph 43 of the Copenhagen Declaration

[12] *ibid*, paragraph 11

Третиот факултативен протокол за комуникациски процедури кон конвенцијата за правата на детето

Катерина Конеска

Вовед

Секојдневно сме сведоци на зголемување на повредите на децата и нивните права. Ова неизбежно бара цврсто воспоставена структура за заштита на нивните права како на национално така и на меѓународно ниво. Креирањето на соодветна правна рамка и воспоставувањето на инструменти и механизми за ефективна заштита на децата и нивните права е своевидена гаранција на реализација на правата на децата, како што се оние кои се насочени кон следење и контрола на државите при исполнувањето на обврските што ги презеле со потпишувањето на Конвенцијата за правата на детето [1] (КПД, Конвенцијата) како највисок меѓународно-правен акт и нејзините факултативни протоколи: Протоколот за вклучување на деца во вооружени конфликти [2] и Протоколот за продажба на деца, детска проституција и порнографија.[3]

Секој кој го проучува меѓународното право, може слободно да заклучи дека меѓународните инструменти и механизми претставуваат важен сегмент од оваа правна гранка. КПД и нејзините факултативни протоколи подолго време беа единствените носечки меѓународни документи кои немаа воспоставена процедура за комуникации/жалби. Токму затоа неколку години по донесувањето на КПД е покрената иницијатива, а подоцна е започнат и процес за подготовка на Факултативен протокол со кој ќе се даде надлежност на Комитетот за правата на детето [4] (Комитетот) да разгледува индивидуални претставки и меѓудржавни комуникации со што би се унапредил механизмот за контрола на почитувањето на детските права.

После повеќегодишни преговори, на 19 декември 2011 година, Генералното собрание на Обединетите нации го усвојува Третиот факултативен протокол за комуникациски процедури кон КПД. [5] Од 28 февруари 2012 година, протоколот е отворен за потпишување и ратификација и до сега го имаат потпишано 51 држава, а го имаат ратификувано 44 држави. [6] Протоколот стапува на сила на 14 април 2014 година. [7] И Македонија го има потпишано овој Протокол на 23 мај 2012 година, се чека на негова ратификација од страна на Собранието со што ќе му се даде правна сила на истиот.

Со донесувањето на овој Протокол е окончан системот на заштита на човековите права на универзално ниво затоа што и последното договорно тело добива надлежност која другите комитети веќе ја имаат и ја практикуваат. [8]

Овој протокол ги става правата на децата во рамноправна положба во однос на сите останати човекови права. Со протоколот се реafirмира положбата на децата како субјекти на права и личности со достоинство и развојни потенцијали. [9] Протоколот претставува механизам со кои се осигуруваат правата на децата од КПД, Факултативниот протокол за деца во вооружени судири и Факултативен протокол за продажба на деца, детска проституција и детска порнографија.

Овој протокол дава можност децата и нивните претставници да поднесат претставка директно до Комитетот на Обединетите нации (ОН) за правата на детето во Женева доколку нивните права се прекршени и не успеале да остварат заштитата на истите во својата земја. Овој протокол ја воведува и можноста за меѓудржавни комуникации до Комитетот за правата на детето. Покрај тоа, надлежноста на Комитетот дополнително се проширува со можноста да се иницира истрага во случаи на сериозно и систематско кршење на правата гарантирани од страна на КПД и нејзините протоколи.

Секоја држава со потпишувањето и ратификацијата на овој Протокол, покрај преземањето на законска одговорност, покажува подготвеност да создаде свет кој ќе го следи најдобриот интерес на децата.

Третиот факултативен протокол за комуникациски процедури кон Конвенцијата за правата на детето и неговото значење

Третиот Факултативен протокол за комуникациски процедури претставува меѓународен договор кој овозможува на поединци, групи и други претставници поднесување на жалба против државите пред Комитетот за правата на детето при ОН, кои тврдат дека постои повреда на било кое право кое е предвидено во Конвенцијата и двата факултативни протоколи кон оваа Конвенција, доколку државата е потписник на овие документи. Предуслов е државата да го потпишала и ратификувала Протоколот.

Особено е важно да се подвлече тежината и важноста на механизмите со кои се контролира оствраувањето на носечките документи за правата на детето како во меѓународното право, така и во националното законодавство. Првенствено се наметнува прашањето на важноста на меѓународните тела, а со тоа и улогата што ја добива Комитетот за правата на детето со влегувањето во сила на овој Протокол. Комитетот го сочинуваат 18 меѓународни независни стручњаци за човекови права и претставува надзорно тело за спроведување на одредбите од Конвенцијата за правата на децата и на двата Факултативни протоколи. [10]

Втората работа што е особено важна е подготвеноста на државните институции за спроведување на ратификуваните меѓународни договори кои треба да бидат вградени во домашното законодавство. Во исто време, државата презема обврска да

ги промовира меѓу децата и граѓаните можностите кои ги нуди Протоколот во однос на заштитата на правата на децата (член 17).

Според Протоколот, предвидени се неколку видови на комуникации/процедури:

1. *Индивидуални претставки* (регулирани се од чл.5 до чл.11 од Протоколот) [11]

Протоколот пропишува дека поединци, групи и други претставници кои тврдат дека нивните права наведени во КПД и двата факултативни протоколи се повредени од страна на одредена држава можат да поднесат претставка/жалба до Комитетот за правата на детето

- Со индивидуалната претставка може да се бара заштита на правата кои се гарантирани со трите меѓународни инструменти: КПД, Факултативниот протокол за учество на деца во вооручени судири, Факултативниот протокол за продажба на деца, детска проституција и детска порнографија, под услов државата да е членка на истите.
- Претставките мора да бидат во пишана форма, потпишани од подносителот, и образложени што значи дека претставката не може да биде анонимна. Во случај на неопходност на заштита на интересот на детето. Комитетот ќе оневозможи пристап на јавноста до идентитетот на жртвата и/или подносителот.
- Претставките мораат да содржат докази дека се исцрпени сите национални правни лекови (со исклучок ако постапката по тие правни лекови трае неразумно долго или не е ефикасна)
- Претставките не може да се поднесат по изминувањето на една година од исцрпувањето на националните правни лекови. Исклучок постои во делот на непочитување на пропишаните рокови, доколку подносителот на претставката докаже дека објективно не бил во можност да поднесе претставка на време.
- Индивидуалната претставка не може да се однесува за случај кој што веќе е разгледуван од Комитетот (*ne bis in idem*) или се разгледува или е разгледуван од некое друго меѓународно тело (забрана за двојна литиспенденција)

2. *Меѓудржавна комуникација* (предвидено во чл.12 од Протоколот) - Една држава може да поднесе жалба против друга држава во која тврди дека другата држава не ги исполнува своите обврски во согласност со било кој од инструментите (КПД, двата факултативни протоколи) на кои таа држава е членка. Значи услов е обете страни да бидат членки на инструментите на кои се повикуваат. Државите договорнички мора да дадат посебна изјава со која ја прифаќаат ваквата надлежност. Врз основа на принципот на реципроцитет, и државата подносител и државата кон која е поднесено соопштението, мораат да го прифатат овој вид на надлежност на Комитетот, како би можело да се покрене процедурата пред Комитетот.

3. *Истрага* – во случај на сериозни повреди на правата на децата, Комитетот за правата на децата може самостојно да покрене истрага. (предвидено со чл.13 и 14 од Протоколот) – Со Протоколот е предвидено надлежност на Комитетот во случај на систематско или тешко кршење на правата на децата, но оваа надлежност на Комитетот, државите не ја прифаќаат по автоматизам, туки постои посебна клаузула која подразбира дека државите мораат претходно да дадат посебна изјава со која ја прифаќаат ваквата надлежност на Комитетот. Оваа изјава може да биде дадена и повлечена во било кое време. Доколку една држава има дадено ваква изјава, а Комитетот добие веродостојна информација која укажува на систематско и грубо кршење на правата наведени во КПД и/или во Факултативните протоколи, Комитетот по сопствена иницијатива ќе покрене процедура за истрага.

Комитетот за правата на детето има усвоено посебни правила според кои постапува во рамките на Третиот факултативен протокол за комуникациски процедури и истите се прилагодени за деца, водејќи сметка за најдобриот интерес на децата. [12]

Карактеристики на Протоколот

Овој протокол има низа на карактеристики, но за потребите на овој текст во продолжение се издвоени неколку:

- Одлуките на Комитетот за правата на детето немаат обврзувачка сила за државата странка во постапката односно истите се исклучиво со советодавен карактер пропратен со препораки.
- Не постојат правни механизми за контрола на спроведувањето на препораките на Комитетот.
- Исклучива примена во земјите кои го имаат ратификувано Протоколот.

Следејќи ги неколкуте погоре наведени карактеристики, со влегувањето на сила на овој Протокол се наметнуваат неколку прашања:

- До кој степен усвојувањето на Факултативниот протокол кон КПД за постапката за комуникација ќе ја зајакне КПД?;
- Во која мера чинот што ќе им даде можност на децата или нивните претставници директно да се обратат до независно меѓународно тело, ги прави земјите поодговорни и посветени во однос на почитувањето на правата на децата?;
- Која е вистинската моќ на меѓународните тела и меѓународно право во областа на детските права значително и/или правно обврзувачки да влијаат на земјите како посебни субјекти во меѓународното право?

Одговорот на овие прашања ќе го очекуваме по извесен период на примена на овој Протокол во пракса.

Заклучни согледувања

Со овој Протокол покрај тоа што се зајакнува КПД и факултативните протоколи, исто така, може да се каже дека се зајакнува еден од основните принципи врз кои КПД се темели, а тоа е принципот на учество на децата. Со овој Протокол на децата и/или нивните претставници им се дава можност да учествуваат во борбата за остварување на нивните права и да се свртат директно кон независен меѓународен експертски орган, односно Комитетот за правата на детето. Високиот комесар за човекови права во ОН, Нави Пилај, по усвојувањето на овој Протокол има изјавено дека „Децата сега можат да се придружат на другите носители на правата кои се овластени да поднесат жалба за кршење на човековите права пред меѓународните институции“.

Се надеваме дека и нашата држава ќе го ратификува овој протокол наскоро. Исто така, се надевам дека ова ќе помогне во однос на воведувањето на оваа можност и дисиминирање на Протоколот, како и поттикнување и стимулирање на користењето на можностите предвидени со истиот.

Меѓу бранителите на детските права постои заинтересираност за тоа како тоа ќе функционираат во пракса одредбите од овој Протокол, дали истиот ќе ги исполни очекувањата или дали децата што биле повредени ќе се свртат кон меѓународната сцена кога ќе најдат на тоа нивните права да не можат да бидат заштитени во домицилната држава. Се надеваме дека сите релевантни чинители кои работат на полето на заштита на детските права ќе ги поттикнат децата да зборуваат гласно за кршењето на нивните права, за насилството од кое секојдневно страдаат, за злоупотребите, за нееднаков третман и сл. Па оттука, овој текст можам да го заклучам со познатата поговорка: „ова е мал чекор за меѓународното право, но е голем за бранителите на децата, а особено за децата како носители на права“.

[1] Конвенција за права на дете,
<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>

[2] Факултативен протокол кон Конвенцијата за правата на детето за вклучување на деца во вооружени конфликти
<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/opaccrc.aspx>

[3] Факултативен протокол кон Конвенцијата за правата на детето за продажба на деца, детска проституција и детска порнографија
<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OPSCCRC.aspx>

[4] За улогата и работата на Комитетот за правата на детето повеќе е достапно на
<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx>

[5] Трет факултативен протокол за комуникациски процедури кон Конвенцијата за правата на детето
<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/467/10/PDF/N1146710.pdf?OpenElement>

[6] Статус на бр. на држави кои го имаат потпишано и ратификувано Факултативниот протокол за комуникациски процедури на 27.05.2019

[7] <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OPICCRC.aspx>

[8] Ђорђевиќ Сања, „Треќи факултативни протокол уз Конвенцију о правите детета“, Зборник радова - Заштита људских и мањинских права у европском правном простору, 2012 год, страна. 505 – 522

[9] Лукшиќ-Орландиќ Тамара, „Поводом усвајања Протокола на Конвенцију о правима детета“, ауторски текст заменице заштитника граѓана Тамаре Лукшиќ - Орландиќ у дневном листу "Данас" (02 март 2012)

[10] Повеќе информации за составот на Комитетот и неговата улога се достапни на <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crc/pages/crcindex.aspx>

[11] Трет факултативен протокол кон КПД за комуникациски процедури, од страна 3 до 5; <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/467/10/PDF/N1146710.pdf?OpenElement>

[12] Правилата според кои постапува Комитетот за правата на децата се достапни на следниот [линк https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/62/3&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/62/3&Lang=en)

Уставно-судска контрола над управните прописи

Доц.д-р Блертон Синани

Надзорот на уставноста на законот, односно надзорот на уставноста и законитоста на другите правни прописи на државните тела, претставува една од најважните функции во модерната демократска правна држава. Ова од причина што, не се исклучени државните органи кои донесуваат закони или подзаконски правни акти да постапаат спротивно на уставот односно на законот во формална и материјална смисла. Се донесува општ нормативен правен акт во облик или на начин односно чија содржина е спротивна со уставните или законските норми. Не може начелно да се дозволи, да се применува неуставен односно незаконит правен пропис кој е понизок во хиерархијата на правните прописи. Примената на понискиот незаконит правен пропис може да биде штетен кога граѓаните се лишуваат или се ограничуваат во правата кои на нив им се признати од хиерархиските повисоки правни прописи. Важен правен инструмент за зацврстување на владеењето на правото е судската контрола на уставноста на законите и законитоста на управните прописи на јавните органи. Така, во бројни држави денес постои посебно уставно судство кое врши контрола и оценка на согласноста на општите нормативни правни акти со уставот односно со законот. [1] Според Иво Крбек уставното судство во поширока смисла подразбира решавање во судска форма на одредени уставно-правни прашања со цел заштита на уставот, додека во потесна смисла подразбира испитувања на уставноста на законот од судот [2]. За уставните судови и со тоа за уставните спорови важен е правниот пропис кој се оспорува и односот на тој акт спрема правните норми на уставот или законот. Тоа е, воедно, по Марковиќ, и прва карактеристика на поимот уставен спор, со оглед на предметот на спорот. Втора карактеристика на уставниот спор, со оглед на целта на спорот, според која уставниот спор е објективен спор, треба да се види како последица на фактот дека уставниот спор не е странечки спор бидејќи, кај уставниот спор органот кој тој спор го решава (судот) не оди во насока за да го задоволи барањето на едниот или другиот учесник, туку според начелото на материјалната вистина да утврди тоа што најмногу одговара на објективното право. Тоа е карактеристиката на уставниот спор со оглед на целта на тој спор и според неа тој е објективен спор. За објективниот спор не е од пресудна важност да се прифати или одбие барањето на апликантот, туку прашањето на уставноста и законитоста потполно да се решава. Од тие причини уставниот суд не може да се инхибира (задржува) или ограничува на причините кои ги наведува апликантот како иницијатор на уставниот спор, туку тој мора да тежнее на пронаоѓање на причините кои ќе придонесуваат кон максималната заштита на уставноста. Целта на уставниот спор е да се утврди дали е еден општ нормативен правен акт уставен или не е, а не дали тој е така со оглед на одредените причини. Поради тоа во водењето на уставниот спор строго се почитува инквизиционото начело. Имено, кога уставниот спор веќе е покренат, исклучителен, *dominus litis* е уставниот суд, а не учесниците на спорот. [3]

Една држава за да може да се нарече демократска и правна, не е доволно само да донесе Устав и закони, туку е потребно да обезбеди нивното остварување и контрола над нивното спроведување. Само на тој начин, Уставот и законите ја добиваат својата смисла и стануваат вистинска брана од арбитрерност и самоволие. Со почитување на Уставот и законите се обезбедува правна сигурност, стабилност на државата и се гради доверба во државата. Освен тоа, гаранција за остварување на уставноста и законитоста како битни компоненти на правната држава претставува уставното судство. Уставното судство е најзначајниот актер во воспоставувањето и хармоничното функционирање на демократското општество и тој претставува камен темелник на демократијата, владеењето на правото и заштитата на човекови слободи и права.[4]

Уставниот суд на Република Северна Македонија е посебен и автономен државен орган, издвоен од судската власт и независен од законодавната и извршната власт, и кој извршува своевидна и посебна, уставно-судска функција. Спроведувајќи *sui generis* заштитна функција на уставниот поредок, низ призмата на уставно-судската практика тој има значајно влијание во обезбедувањето на принципот на владеењето на правото, уставноста и законитоста, почитувањето и заштитата на човековите слободи и права.[5] Тоа е видливо и во нормативните текстови на уставните акти на бројните европски држави, меѓу кои и на Република Северна Македонија, во кои уставните судови се уредени посебно, одвоено од организацијата на судската власт.

Компатибилност на управните прописи со Уставот

Управните прописи како општи нормативни правни акти од подзаконски ранг мораат да бидат во согласност со уставот и законот како најрелевнатни општи нормативни правни акти, па затоа обврската на нивните доносители е да се придржуваат на начелото на уставноста односно законитоста. Оттука, начелото на уставност и законитост е темелно правно начело на целокупниот правен поредок на една држава. Уставноста е услов и претпоставка на законитоста, додека законитоста е конкретен облик на остварување на уставноста во практиката. Само правниот акт што го донесува надлежен државен орган според предвидената правна постапка во устав, или закон, и во согласност со содржината на уставно-правните, или законско-правните норми, ги задоволува барањата на правното начело на уставност и законитост во формална и во материјална смисла. [6] Според тоа, контролата на уставноста и законитоста на управните прописи е со цел обезбедување на владеењето на правото и спречување на секоја арбитрарност на јавната управа. Ова отстранување на неусогласноста не е цел сама за себе, туку служи за зацврстување и понатамошното развивање на демократските принципи, а најмногу на владеењето на правото. Уставниот суд претставува орган кој обезбедува власта на државата да ја задржи во границите на уставните овластувања.

Контролата на уставноста и законитоста на нормативните правни акти се остварува како апстрактна и a posteriori (која се спроведува по објавување и стапување на сила на правниот пропис), односно таа е можно само врз важечки правни акти. [7] Нормативната контрола на општите нормативни правни акти е основна надлежност на Уставниот суд на Република Северна Македонија, додека останатите се изведени и не ја сочинуваат суштината на уставното судство. Така, контролата на уставноста и законитоста на нормативните правни акти е општа бидејќи ги опфаќа сите правни прописи од општ и апстрактен карактер. Во рамките на каталогот на надлежностите на Уставниот суд во член 110, став 1, алинеа 1, е пропишано дека “одлучува за согласноста на другите прописи и на колективните договори со Уставот и со законите”. Оттука, контролата на уставноста и на законитоста на правните прописи, *inter alia*, ги опфаќа и правилниците, наредбите и упатствата (инструкциите) на јавните органи. Нормативната контрола на уставноста на правните прописи се остварува во форма на апстрактен, а не во форма на конкретен правен спор. Апстрактното испитување на уставноста на законот, односно на уставноста и законитоста на другите правни прописи во правната теорија се дефинира како “класичен пример на објективен спор”. [8] Правниот спор е апстрактен затоа што тој во тематскиот контекст на управните прописи се води претежно меѓу правните норми на законот и правните норми на управниот пропис.

Уставниот суд не создава право и не утврдува што е право, туку констатира што е неправо. Тој не пропишува оригинерни правни норми, туку ги испитува, оценува и конечно одлучува дали пропишаните правни норми и утврдените односи се во согласност со уставот, односно законите и доколку не се, треба да се елиминираат неуставните правни прописи од правниот поредок. Одлуките на Уставниот суд се правна последица на повредите на уставот односно законот, поради што тие имаат интервентен карактер.

Заклучни согледувања

Како заклучок од сето погоре изложено може да се изнесе сознанието дека објективниот карактер на уставниот спор е содржано во целта на тој спор, бидејќи целта на уставниот спор е правна заштита на начелото на уставност и законитост т.е. начелото на владеењето на правото. Значи, според својот карактер, уставниот спор е правен спор помеѓу правните норми, од кои една е, по правило, уставно-правна норма, а другата е правната норма на некој друг општ нормативен правен акт (законот или подзаконскиот акт) која е во колизија со уставно-правната норма. Тоа е, всушност, колизија на волјите изразени во две правни норми, при што тој судир може да се реши двојно: или во согласност со временскиот критериум, според кој во случај на судир на две правни норми предност има правната норма која е донесена подоцна (*lex posterior derogat legi priori*) или во согласност со критериумот кој би можел да се нарекува хиерархиски, според кој правните норми според својата форма се градираат во

различни редови и категории, при што правните норми од повисокиот хиерархиски ред, без оглед на тоа дали се донесени порано или подоцна, имаат примат во однос на правните норми од понизок хиерархиски ред (*lex superiori derogat legi inferiori*). Оваа нужно доведува до заклучокот според кој уставниот акт е правна основа и рамка за донесување на законските акти, а законскиот акт е правна база и рамка за донесување на управните прописи. Имајќи го тоа предвид, логично е од правен аспект дека повисоката правна норма ја одредува формата и содржината на пониските правни норми, па оттука доаѓа, практично и реално, до израз начелото на уставноста и законитоста. [9] Сепак, колку и да е директната интенција на уставниот спор правната заштита на начелото на владеењето на правото, преку него се остварува и акцесорна правна заштита на човековите слободи и права. Преку оваа традиционална форма на *actio popularis*, апстрактната контрола на уставноста на законите, односно на уставноста и законитоста на другите прописи и општи акти се јавува како прашање од јавен интерес, иако најчесто во овие иницијативи е содржан вистински индивидуален правен интерес на граѓаните или други субјекти. На тој начин, апстрактната контрола претставува средство за остварување на индиректна правна заштита на човековите слободи и права со што се компензира ограничената надлежност на Судот во остварувањето на оваа заштита на непосреден начин. Ова од причина што во сферата на уставно-судската заштита на слободите и правата, Уставниот суд има релативно потесна надлежност, бидејќи ги штити само слободите и правата на човекот и граѓанинот што се однесуваат на слободата на уверувањето, совеста, мислата и јавното изразување на мислата, политичкото здружување и дејствување и забраната на дискриминација на граѓаните по основ на пол, раса, верска, национална, социјална и политичка припадност.[10]

Обезбедувајќи ја супрематијата, пред се и над се, на Уставот, но и на законот во интерниот правен поредок, Уставниот суд настојува да придонесе во создавањето единствен, кохерентен и конзистентен нормативен правен поредок. Во таа смисла, одлуките на Уставниот суд делуваат *erga omnes* и се задолжителни за сите органи на државната власт, што произлегува од апсолутниот авторитет на институцијата што ги донесува. Без сомнение, и судската контрола на уставноста на законите и законитоста на подзаконските акти, и судската контрола на законитоста на индивидуалните конкретните управни акти во правната држава се корисни и потребни правни инструменти за правната заштита како на објективниот правен поредок, така и на субјективните права на граѓаните. Практиката покажува дека и во државите во кои уставноста и законитоста традиционално е присутна во работењето на државната власт, сепак законодавната власт, понекогаш донесува противуставни закони, а со оглед на динамичноста на егзекутивно-административната власт постои и поголем правен пробабилитет да донесува противзаконски управни прописи и незаконити поединечни управни акти. Така, противуставните (*contra constitutionem*) закони и противзаконските (*contra legem*) управни прописи треба преку интервенцијата на уставното судство да се елиминираат од правниот поредок, додека

конечните поединечни управни акти треба преку интервенцијата на управното судство да се отстрануваат од правниот поредок.

[1] Đuro Vuković, *Pravna država*, Zagreb, 2005, стр. 220.

[2] Ivo Krbek, *Ustavno sudovanje*, Zagreb, 1960, стр. 6.

[3] Ivo Krbek, *Ustavno sudovanje*, Zagreb, 1960, стр. 77-78; Ivo Krbek, *Problem ustavnog suda kod nas*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1961, str. 14.

[4] Трендафил Ивановски, *Уставната правда во Република Македонија*, Светска конференција за Уставната Правда, Кејп Таун, 2009, стр. 2.

[5] Види: Драган Стојановић, *Уставно право-Књига II*, 2007, стр. 359. Стр.3.

[6] Branko Smerdel, Smiljko Sokol, *Ustavno pravo*, Zagreb, 2006, стр. 162-163.

[7] *Pravni leksikon*, Zagreb, 2007, стр. 1717.

[8] Ivo Krbek, *Ustavno sudovanje*, Zagreb, 1962, стр. 76.

[9] Ratko Marković, *Pokretanje ustavnog spora o ustavnosti normativnih akata*, Beograd, 1973.

[10] Трендафил Ивановски, *Уставната правда во Република Македонија*, Светска конференција за Уставната Правда, Кејп Таун, 2009, стр. 6-7.

Дали човековите права се универзални?

Невена Димовска

За да можеме да разговараме за човековите права и нивната универзалност воопшто, прво мораме да дефинираме што се всушност човековите права. Според дефиницијата на Комесарот за човекови права на Обединетите нации, "човековите права се својствени за сите човечки суштества, без оглед на нивната националност, место на живеење, пол, национално или етничко потекло, раса, религија, јазик или друго ..." [1] Овие права се загарантирани со меѓународното право, политичките декларации, меѓународните, билатералните и регионалните договори, практиката и работата на меѓународните судови и трибунали. На 10 декември 1948 година, Генералното собрание на Обединетите нации ја усвои Универзална декларација за човекови права. Декларацијата на Обединетите нации ги одбележува човековите права како општи. Во став 5 од Преамбулата се вели дека "... народот на Обединетите нации ја потврди својата верба во основните човекови права и достоинство и вредност на човечката личност, во рамноправноста на мажите и жените ...". Човечките суштества на Обединетите нации треба да ја потврдат "вербата во основните човекови права", иако значењето на фразата не е објаснето попрецизно. Иако Универзалната декларација за човекови права е насловена како "универзална", нејзиното усвојување беше неуниверзално, бидејќи беше изгласана само од 48 земји, со 8 воздржани, вклучувајќи го и целиот комунистички блок, вклучувајќи ја и нашата поранешна држава. Покрај тоа, само три африкански земји (Египет, Етиопија и Либерија) гласаа ЗА, што е разбирливо, бидејќи повеќето од африканските земји беа под маската на колонијалните владетели. Дури и азиските земји што гласаа за декларацијата беа само неколку. Затоа, постои сенка на сомневање за универзалноста на декларацијата прифатена од толку ограничен број членови на меѓународната заедница. Потеклото на теоријата на човековите права може да се најде дури и во античка Грција, во делата и говорите на грчките филозофи. Во средниот век, сакралната филозофија и теологијата продолжија со стремезот за воспоставување на човековите права како универзална категорија. По големите откритија на нови континенти, еволуцијата во филозофијата, хуманизмот и ренесансата, се појавува радикален промена во теоријата за човекови права. Модерните мислителци, Џон Лок, Томас Хобс, Жан-Жак Русо, Имануел Кант го свртеа своето внимание од надворешните основи на човековите права кон поединецот, содржани во личните верувања, моќта на разумот и моралната самоконтрола на поединците. Петвековниот процес на "индивидуализирање" на човековите права е "крунисан" со неколку меѓународни документи и декларација по Втората светска војна. Трагичното искуство од војната, злосторствата, истребувањето и злосторствата против човештвото го забрзаа обединувањето на меѓународната заштита на човековите права: Универзалната декларација за човекови права (1948), Декларацијата за правата на децата (1959),

Меѓународни договори за граѓански и политички права (1966), Меѓународни договори за економски, социјални и културни права (1966), итн.

Дали човековите права се универзални и дали сите права се универзални или само неколку од нив? Арапските земји на пример, генерално ја признаваат валидноста на човековите права ако не се спротивстават на исламскиот закон. Во пракса, второто често значи дека државните власти ја користат својата моќ неограничено и произволно, додека човековите права остануваат само мастило на хартија. Затоа, се поставува прашањето дали поимот универзалност на човековите права може да биде реален или утопичен? Дали сите човекови права произлегуваат од вредности како што се човековото достоинство, еднаквост и слобода и кои од нив се заеднички за сите општества на овој свет?. Јас лично, ја разбираам нивната универзалност како општа валидност, што е определена не само од правните рамки на меѓународниот и националниот закон, но и морално-етички принципи, култура и историски развој. Различни култури, верувања, традиции, обичаи и, пред сè, религија се првата закана на Западниот концепт за толкување на универзалноста. Заканите за универзалноста на правата се, според мое мислење, поради прекумерната западноцентричност на доминантната западна култура и нејзиното значително влијание врз западноста на концептот на човековите права, што, пак, значи исклучување и недоразбирање на другите, на незападните култури и традиции. И кога постои нарушување на универзалноста на човековите права, што конечно го чувствуваат поединци и општествата на работ, особено на незаинтересираниите и помалку развиени општества и цивилизации. Во секој случај, концептот што го знаеме денес треба да содржи неколку аспекти од другите култури, па верувам дека Универзалната декларација за човекови права како камен-темелник во овој поглед е несомнено неисправна. Затоа сакам да ја претставам универзалноста на правата преку разновидноста на ставовите на авторите. Некои се залагаат за универзализам на човековите права, а други пак се спротивставуваат на тоа. Зајц вели дека прашањето за универзалноста доаѓа од самиот концепт и природата на правата, земајќи ги предвид разновидноста на ставовите кои се условени од различни култури. Во секој човек постои иста природа од која одредени права непосредно се изведени и на неа непосредно се надоврзуваат. Универзалноста на правата не може целосно да ги исклучи цивилизациските и развојните разлики во просторот од кој тие права и слободи потекнуваат, при што државите сами на свој начин ги признаваат, земајќи ги предвид политичките, културните, историски, материјални, идеолошки или верски карактеристики, вклучувајќи ги и особености на националните од композицијата [2]. Ризман, од друга страна, смета дека универзалноста на човековите права не е во спротивност со почитувањето на специфичните социјални, политички, културни и материјални услови, што го потврдува нивното спроведување. Според тоа, не е спорно дека постојат минимум универзални човекови права кои воопшто не може да се преговара, како што е правото на живот, правото да не се мачат или на друг начин да бидат подложени на нечовечко малтретирање[3]. Додава дека контрадикторните гледишта ја негираат универзалноста и ја бранат историската состојба на човековите

права како динамичен феномен. Филозофското размислување во современото време треба да овозможи менување на ставовите за развојот на човечкото општество. Ова гледиште е општо негирање на универзалноста на човековите права од една страна и акцент на културните, економските и политичките услови, од друга страна. Постапувањето на универзализмот претпоставува плуралистички свет со секаква разлика во вредностите и со културни, етички, цивилизациски и други автономни состојки. Тој верува дека правата на човековите права се, напротив, подлабоко во конвергенцијата на нормативната култура која не ги уништува онтолошките разлики со кои живее модерниот свет и дека на правата не му треба принцип на универзализмот како догма[4]. Всушност, универзалноста на човековите права значи дека поимот човекови права може да се најде во сите или повеќето општества во овој свет, и дека универзалноста на човековите права може да се подели на вредносна и нормативна универзалност. Вредносната универзалност на човековите права значи дека постојат некои основни етички и морални вредности кои се заеднички за сите општества на овој свет. Нормативната универзалност се однесува на нормативната заштита на човековите права на домашно, регионално и универзално ниво. Ќе биде тешко да се зборува за нормативната универзалност на човековите права. Во домашните јурисдикции, заштитата на човековите права не е универзална ниту во законски извори, ниту во пракса. Само повеќето демократски и правни држави можат да ги заштитат човековите права за сите жители. Иако повеќето уставни содржат каталози за човекови права, нивното спроведување е непостоечко, неефикасно и често дури и произволно. Регионалната заштита на човековите права е уште несоодветно регулирана. На пример, ако тројца поединци: во Република Северна Македонија, Виетнам и Египет ја доведуваат во прашање непристрасноста и независноста на судот кој одлучува за гонењето во кривичната постапка и поради тоа бара повреда на правото на правично судење, поединецот само од Република Северна Македонија има можност да поднесе жалба до регионална институција (Европски суд за човекови права) за заштита на човековите права за кршење на правото на фер судење. Азија не ја знае азиската конвенција за човекови права и, следствено, регионалните институции за нивна заштита. Африканските земји ја усвоија Африканската повелба за човекови и народни права, но нејзиното спроведување е неефикасно, бидејќи одлуките на Африканската комисија за човекови права се правно необврзувачки. Заштитата на човековите права на ниво на Обединетите нации е нормативно добро регулирана, бидејќи во моментот постојат девет меѓународни договори за заштита на човековите права, но никој не е универзално ратификуван. Најголем број ратификации се постигнати за правото на заштита на детските права правата, кое е ратификувано од сите земји, освен Сомалија и САД. Меѓутоа, механизмите за надзор на Обединетите нации за почитување и спроведување на споменатите договори можат да усвојат препораки од необврзувачка природа. Затоа, на позитивно правно ниво, нормативната универзалност на човековите права е тешка за одбрана, повеќе можности за таква аргументација се во вредносната компонентата на универзалноста или во обичајното право. Поимот вредносна универзалност на

човековите права е поврзан со потеклото и употребливоста на човековите права. Во продолжение, Kirchnschlaeger додава дека нивната универзалност е една од суштинските карактеристики на човековите права воопшто и дека човековите права по дефиниција се право кое се однесува на сите луѓе и затоа се универзални[5]. Сите луѓе се носители на човековите права, без разлика од каде доаѓаат, каде живеат или какво е нивното државјанство[6]. Лохман верува дека човековите права ги штитат повеќе права на поединецот, а не на заедницата, бидејќи не ја штитат традицијата, културата и религијата како таква, туку слободата на поединецот, односно на неговата индивидуа, која се рефлектира во индивидуалните верувања, мисли и дела [7]. Бремс тврди дека поимот универзалност не може да биде само дел од западниот дискурс, туку може да биде комбинација на концепти, а истовремено и динамичен процес ако го гледаме од политичка, економска или социјална гледна точка. Но, ако универзалноста на правата се гледа од статична гледна точка, таа може да се сфати како мултикултурен состав на човековите права [8]. Донели вели дека човековите права се универзални, бидејќи сите членови на расата "хомо сапиенс" луѓе и како такви се носители на човекови права. Тие се вродени и никој не може да ги одземе тие права, и никој не може да ги негира овие права. Нивната универзалност се однесува на глобалната валидност и универзалното прифаќање[9]. Различни автори, според тоа, различно гледаат на човековите права и нивната универзалност. Верувам дека универзалноста на човековите права, исто така, се однесува на универзализација на западната цивилизација, како што Levi-Strauss, во неговата статија "раса и историја" покажува дека сите други цивилизации почнаа да ја признаваат супериорноста на западната цивилизација. Додава дека светот сè повеќе ги презема нејзините техники, начин на живот, забава, па дури и облека. Ова не се случи спонтано, бидејќи западната цивилизација ширум светот директно или индиректно се меша во животот на другите цивилизации, и го потресе традиционалниот начин на живот од врвот до дното. Сепак, Levi-Strauss додава дека сите човечки општества работат во иста насока уште од најраните времиња, така што лесно можеме да ги споредиме со денешните народи [10]. Јас би додал дека во денешното пост-индустриско општество несомнено придонеле информациски и технолошки развој. World Wide Web ги донесе општите западни вредности поблиску до сите култури кои станаа универзални. Ако ги додадам човековите права кон тоа, лесно можам да заклучам дека, универзализација на западната цивилизација и вредности станаа, до тој степен универзални, без оглед на тоа дали се правно регулирани во одредени општества или не.

Почитувањето на човечкиот живот и човековото достоинство е предуслов за почитување и уживање на другите основни човекови права, бидејќи тоа е основно човеково право **conditio sine qua non** за уживање на други човекови права. Валидноста на кој било национален закон се заснова на принципите на човековото достоинство, еднаквост и слобода. Основните човекови права произлегуваат од домашното и меѓународното право, како и од моралните и етичките слоеви на секое општество. Универзалните морални вредности и основните човекови права се преклопуваат едни со други. Преплетувањето на вредностите и основните човекови

права опфаќа основно единство помеѓу јазикот на правото и јазикот на моралот. Според тоа, домашните и меѓународните вредносни системи, произлегуваат од суштинските вредности што се заеднички за сите заедници во светот. Од заеднички вредности можеме да ги формираме нормативните човекови права што се заеднички за сите општества на овој свет, како што се забраната за ропство, принудна работа, расна дискриминација, геноцид и злосторства против човештвото. Но, на која било страна во светот да свртеме, гледаме дека состојбата на човековите права не е ништо подобра од онаа пред 71 година, кога Генералното собрание на Обединетите Нации ја усвои Универзалната Декларација за човекови права. Денес, благодарейќи на современите средства за информирање многу подобро гледаме во сите нивни димензии. Во многу делови на светот приказната за човековите права и понатаму ја доживуваат како идеолошка колоритна лага. И додека тоа го прават не само што не нудат алтернатива, туку истовремено и продолжуваат, условно кажано, усогласените човекови права да ги кршат. И оние развиените и оние неразвиените држави. Зошто Универзалната декларација сите не ја доживуваат како "универзална"? И има ли смисла да се запрашаме дали современиот свет со својата современост, го современизира и кршењето на човековите права? Иако секогаш постои простор за критикување за основањето, потеклото и универзалноста на човековите права, не постои сомнеж дека човековите права се нешто за што не смееме да престанеме да се бориме и да се залагаме за тоа, доколку сакаме да живееме во свет без неправда.

[1] Sasa Gajin, Human rights, legal- systematical framework (Belgrade, 2012)

[2] ZAJC, Drago. Politika človekovih pravic (študijsko gradivo). Fakulteta za družbene vede Ljubljana, 2005 (Zajc 2005, стр.13).

[3] RIZMAN, Rudi. Izzivi sodobne družbe: sociološki komentarji. Liberalna Akademija Ljubljana, 1997. (Rizman 1997, pg. 94)

[4] RIZMAN, Rudi. Izzivi sodobne družbe: sociološki komentarji. Liberalna Akademija Ljubljana, 1997. (Rizman 1997, pg.114)

[5] KIRCHNSCHLAEGER, Peter. Universality of Human Rights (članek). URL=»<http://www.theewc.org/uploads/files/Universality%20of%20Human%20Rights%20by%20Peter%20Kirchschlaeger2.pdf>«, 15. 11. 2013

[6] Universality of Human Rights, 2012

[7] Universality of Human Rights, 2012

[8] BREMS, Eva. Human Rights - Universality and Diversity The Hague, Kluwer Law International Boston, 2001 (Brems 2001, pg.16).

[9] WOLF, Nataša. Univerzalnost človekovih pravic in tradicionalna konfucijanska miselnost. Diplomsko delo, Fakulteta za družbene vede Ljubljana 2005. URL= »<http://dk.fdv.uni-lj.si/dela/Wolf-Natasa.PDF>«, 15. 11. 2012. (Donnelly v Wolf 2005, pg. 31)

[10] LEVI-STRAUSS, Claude. Rasa in zgodovina (članek). Rasa in zgodovina. Totemizem danes. Studia Humanitatis Ljubljana, 1994.