

ČLANCI I RASPRAVE

Prof. dr Momir MILOJEVIĆ*

UDK: 341.231.14(4-672 EU)
342.7(4-672 EU)
str. 5-28.
naučni rad

EVROPSKA KONVENCIJA O LJUDSKIM PRAVIMA I DUŽNOSTI DRŽAVA I EVROPSKA KONVENCIJA I UNUTRAŠNJE PRAVO

SAŽETAK

Evropska konvencija o ljudskim pravima je prvi međunarodni ugovor i prva regionalna kodifikacija u toj oblasti. Konvencija sadrži kako osnovna ljudska prava i slobode tako i mehanizam nadzora od strane Evropskog suda za ljudska prava i Komiteta ministara Evropskog saveta. Iako su Konvencijom države prihvatile određene dužnosti one su zadržale veliku slobodu u zakonskom uređivanju uslova za uživanje prava i sloboda, uključujući znatna ovlašćenja u pogledu uvođenja ograničenja u opštem društvenom interesu kao i pravo da stavljaju rezerve na pojedine odredbe Konvencije i protokola u slučaju njihove nesaglasnosti sa zakonom, Uprkos tome Evropska konvencija doprinosi ujedinjavanju standarda ljudskih prava. Ona je poslužila kao uzor Američkoj konvenciji o ljudskim pravima (1969) i Afričkoj povelji o ljudskim pravima i pravima naroda (1981).

Ključne reči: *Evropska konvencija o ljudskim pravima, Evropski savet, Evropski sud za ljudska prava, dužnosti država, ograničavanje prava i sloboda.*

Key-words: *European Convention on Human Rights, Council of Europe, European Court of Human Rights, duties of States, derogations of rights and freedoms.*

* Redovan profesor Pravnog fakulteta u Beogradu.

Evropska konvencija o ljudskim pravima,¹ potpisana u Rimu 4. novembra 1950², predstavlja prvo konkretno ostvarenje ciljeva Evropskog saveta izloženih u uvodu i prvom članu njegovog Statuta među kojima glavno mesto zauzima očuvanje i unapređivanje zajedničkih ideala i načela što se može postići zaštitom i razvijanjem ljudskih prava i osnovnih sloboda. Ta ideja je ponovljena i u uvodu Konvencije i kasnije u Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima. U Evropskom savetu, stvorenom u košmaru posle Drugog svetskog rata,³ u kome Evropljani nisu bili saglasni ni po jednom pitanju (čak ni mala grupa zapadnoevropskih zemalja)⁴ ljudska prava su u „evropskim ujedinjenim nacijama“ dobila značajnije mesto nego u svetskim Ujedinjenim nacijama što je u vreme njihovog stvaranja ocenjivano kao veliki napredak. To nije slučajno jer je Evropski savet proistekao iz projekta Haškog kongresa Evropskog pokreta (1947) u kome je izraženo zalaganje za međunarodno garantovanje ljudskih prava čega nema ni u Povelji UN ni u kasnije usvojenoj Sveopštoj deklaraciji o ljudskim pravima od 10. decembra 1948. Zbog toga se Evropska konvencija o ljudskim pravima pojavila kao prvi međunarodni ugovor o ljudskim pravima, ma koliko ograničen kako obuhvaćenim pravima tako i brojem država koje su ga prihvatile. U decenijama koje su usledile taj se nedostatak umanjivao usvajanjem više dopunskih protokola i povećanjem broja članova Evropskog saveta na koje je vršen politički pritisak da prihvate Evropsku konvenciju.⁵ Zato se ova konvencija smatra najznačajnijim delom Evropskog saveta, s kojim se on s pravom ponosi i u mnogo čemu revolucionarnijim od svih ugovora Evropskih zajednica.⁶

¹ Službeni naziv na engleskom jeziku je: Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms a na francuskom: Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

² Stupila je na snagu 3. septembra 1953. Uporedni tekstovi na oba jezika su objavljeni u zbirci ugovora Evropskog saveta *European Treaty Series/ Série des traites européens, No 5*. Srbija i Crna Gora je potpisala 3. aprila 2003. a ratifikovala 26. decembra 2003. Službeni list SCG - Međunarodni ugovori, 2003, br. 9, od 26. decembra 2003, str. 16-32. Mnogo ranije su, u više publikacija, objavljeni prevodi na naš jezik među kojima i pisca ovih redova. *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, 1972, br. 2-3, str. 412-421.

³ O osnivanju i ciljevima više M. Soerensen, *Le Conseil de l'Europe, Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1952, t. 81, pp. 121-125, 130; P. Reuter *Organisations européennes*, Paris 1965, pp. 106-108, 111-122; M. Milojević, »Jugoslavija i Evropski savet«, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 2003, br. 2-3, str. 238-240.

⁴ P. Reuter, *op. cit.*, p. 10.

⁵ P. Reuter ističe da njeno prihvatanje nije obavezno i navodi primer Francuske i Švajcarske. P. Reuter, *op. cit.*, p. 120. Međutim, države srednje i istočne Evrope su primane u Evropski savet samo ako se politički obavežu da će ubrzo prihvatiti Konvenciju što je nespojivo s prirodom ugovora. M. Milojević, *nav. delo*, str. 257.

⁶ P. Reuter, *op. cit.*, p. 108.

Ugovorni oblik je namerno izabran, kao i u mnogim drugim međunarodnim organizacijama koje su prihvatile dotadašnji način stvaranja pravnih pravila, da se članovima organizacije ne bi automatski nametala pravila ponašanja; ta pravila važe samo za države koje ih izričito prihvate što se najbolje postiže putem ugovora koji se (bar teorijski) slobodno prihvataju. Pošto ugovori iz oblasti ljudskih prava stupaju na snagu posle ratifikovanja sasvim je beznačajno da li države prihvataju monističko ili dualističko shvatanje o odnosu između međunarodnog i unutrašnjeg prava.

Posle uvođenja u pravni sistem države ne samo da je moguće neposredno primenjivanje pojedinih odredaba međunarodnog ugovora već im se može priznati i primat nad unutrašnjim propisima.⁷ Takve odredbe sadrže poslednja četiri jugoslovenska ustava (1963, 1974, 1992, 2003) sa izvesnim razlikama. Po ustavima od 1963. (čl. 153) i 1974. (čl. 210) sudovi su ovlašćeni da neposredno primenjuju međunarodne ugovore koji su „objavljeni”, tj. ratifikovani. Po ustavu od 1992. „potvrđeni i objavljeni” međunarodni ugovori su „sastavni deo unutrašnjeg pravnog porетка” (čl. 16, st. 2) i samim tim neposredno primenljivi. Uz to oni imaju primat nad zakonima i drugim propisima (čl. 124, st. I, t. 2). Ustavna povelja Srbije i Crne Gore (2003) propisuje da se „odredbe međunarodnih ugovora o ljudskim i manjinskim pravima koji važe na teritoriji Srbije i Crne Gore” neposredno primenjuju (čl. 10) a ratifikovani međunarodni ugovori „Imaju primat nad pravom Srbije i Crne Gore i pravom država članica” (čl. 16).

Ove odredbe, a naročito odredbe Ustavne povelje, su od najvećeg značaja za Evropsku konvenciju o ljudskim pravima zato što se neke njene odredbe, naročito iz prvog dela (čl. 2-14) i većine dodatnih protokola, mogu neposredno primenjivati iako ne bez ikakve intervencije države. Razni oblici intervencija države su u Konvenciji izraženi kao njene dužnosti a još više kao normativna i upravna ovlašćenja, posebno kao prava na uvođenje ograničenja.

II DUŽNOSTI DRŽAVA

Evropska konvencija je po svojim ciljevima i službenom nazivu posvećena osnovnim ljudskim pravima i slobodama. Stoga su dužnosti država više prećutane ili veoma obazrivo naznačene. Međutim, podrobija analiza pokazuje da dužnosti država nisu malobrojne kako bi na prvi pogled izgledalo. Naprotiv, njih ima dosta od prvog stava uvodnog dela (u kome su države predstavljene kao „vlade potpisnice”) do poslednjeg člana u kome se pominju kao „članovi Evropskog saveta” kojima je Konvencija otvorena za potpisivanje ili kao „Visoke Strane Ugovornice” koje

⁷ U tom smislu P. Reuter, *op. cit.*, p. 121.

su ratifikovale Konvenciju. Taj termin se najčešće upotrebljava a „država” se pominje u Konvenciji samo u četiri člana (10, 17, 56. i 57) a znatno češće u dodatnim protokolima, naročito novijim. To ne smeta da se govori o pojedinim dužnostima država.

Dužnost obezbeđenja prava

Članom prvim Konvencije države („Visoke strane ugovornice”) su se obavezale da svakom licu u njihovoj vlasti (nadležnosti), tj. na njihovoj teritoriji obezbede uživanja prava i sloboda⁸ koje sadrži Konvencija. Smisao ove opšte dužnosti treba tražiti u svakoj pojedinoj odredbi, naročito u odredbama o pravima u postupcima za zaštitu prava (čl. 5, 6, 13). U tom pogledu je najobuhvatniji član 13. koji propisuje da svako kome su povređeni prava i slobode priznati Konvencijom ima pravo na uspešno pravno sredstvo pred nacionalnim vlastima čak i ako su povredu nanela lica u vršenju službene dužnosti. To je čuveno pravo na delotvornu zaštitu koje ima svoj osnov u Sveopštoj deklaraciji o ljudskim pravima (čl. 8) u kojoj je to predviđeno u nešto suženom obimu jer je ograničeno na sudsku zaštitu. Doduše, sudska nadležnost predstavlja možda najupečatljiviji primer delegirane nadležnosti.⁹ Štiteći prava iz Konvencije sudovi država ugovornica, nacionalni po organizaciji i sastavu, dobijaju međunarodno obeležje po funkciji koju obavljaju. Razumljivo je da pri tom primenjuju međunarodno pravo, posebno ako su međunarodni ugovori neposredno primenljivi, iako je to zaodeno nacionalnim ruhom (presudom nacionalnog suda). To je prihvaćeno odavno u međunarodnom krivičnom pravu. Po članu 13. Evropske konvencije povređeni ima pravo da traži zaštitu od svih državnih organa a to znači i upravnih, odnosno i u upravnom postupku. U raspravi o nacrtu Savetodavne skupštine je Sir Oscar Dowson predložio da se izričito prizna pravo na pristup sudu i na izvršenje donete odluke,¹⁰ ali je u konačnoj verziji prihvaćeno šire shvatanje koje uključuje zaštitu pred sudovima ali ne obuhvata izvršenje odluke¹¹ iako se to podrazumeva.

Deceniju i po kasnije ovo pitanje je mnogo potpunije rešeno Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima (1966).¹² U prvom stavu člana 2. se ponavlja opšta dužnost država da svim licima na njihovim teritorijama i pod njihovom

⁸ U francuskom tekstu: „priznaju” prava i slobode.

⁹ M. Milojević, Izvedena nadležnost država, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1986. br. 4, str. 320.

¹⁰ G.E.A. 782, p. 1.

¹¹ Više o tome P. Mertens, Le droit à un recours effectif devant l'autorité nationale compétente dans les conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme, *Revue belge de droit international*, 1968, No 2, p. 452.

¹² Službeni list SFRJ, 1971, br. 7, od 4. februara 1971, str. 73-87.

vlašću obezbede poštovanje prava priznatih Paktom bez diskriminacije čime se obuhvataju odredbe člana 14. Evropske konvencije i ponavlja u članu 26. Drugim stavom se bliže određuje dužnost država da preduzmu zakonodavne i druge mere koje su potrebne za zaštitu prava priznatih Paktom ako to već nije učinjeno,¹³ a trećim se obuhvata član 13. Evropske konvencije, dopunjen dužnošću razmatranja žalbi i njihovog usvajanja ako su opravdane. Time se dužnost država upotpunjuje. U izvršavanju Pakta one su dužne da, po potrebi, donose zakone i druge propise kojima se obezbeđuje zaštita osnovnih prava, uključujući potrebne izmene u građanskom, upravnom, krivičnom i svakom drugom postupku, posebno uvodeći višestепенost u odlučivanju. Takva dužnost nije novina u međunarodnom pravu. Međunarodni ugovori iz 1904. i 1910. su obavezali države da ustanove ili odrede vlast koja treba da prikuplja obaveštenja o trgovini belim robljem što je podrazumevalo obavezu dopunjavanja nacionalnih zakonodavstava. Države su odgovorne za ispunjavanje međunarodnih obaveza i neretko su dužne da odrede vlasti koje će se o tome starati. Van domašaja međunarodnih ugovora je ostala obaveza država da stvaraju opšte uslove za uživanje ljudskih prava.¹⁴

Evropska konvencija ne razrađuje dužnosti država u zakonodavnoj i uopšte normativnoj oblasti, verovatno zato što su njeni redaktori smatrali da u državama članovima Evropskog saveta postoje izgrađeni sistemi zaštite prava pa je dovoljno da se izlože najvažnija ljudska prava i slobode koji će biti pod međunarodnom zaštitom. Međutim, takva delatnost države se snažno oseća u odredbama Konvencije u kojima se govori o zakonima. Nadležnost država je diskreciona u meri u kojoj im se ostavlja da ocene koje su mere potrebne za primenjivanje ugovora i za obezbeđenje efikasnih sredstava za individualnu zaštitu osnovnih ljudskih prava i sloboda, uključujući pravne lekove (čl. 2. i 20. Pakta o građanskim i političkim pravima), zabranu diskriminacije i slično.¹⁵

U sistemu zaštite prava prednost je data zaštiti pred domaćim organima a izuzetno pred organima Evropskog saveta. To pokazuju odredbe člana 26. izvornog teksta, odnosno člana 35. revidiranog teksta o nadležnosti organa Evropskog saveta tek ako su prethodno iscrpljena sva unutrašnja pravna sredstva po opštepriznatim načelima međunarodnog prava. Time se mire odbrana suvereniteta država i zahtevi međunarodne zajednice.¹⁶ Krug se time zatvara jer se upućuje na dužnost

¹³ U prevodu je kraj rečenice pogrešno vezan za pravo umesto za mere država.

¹⁴ R. Lukić, Društveni uslovi ljudskih prava, *Letopis Matice srpske*, jun 1979, str. 997-1004; *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 1979, br. 3, str. 309-315. Kasnije preštampan u više publikacija.

¹⁵ Više M. Milojević, Nadležnost država i ljudska prava, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1990, br. 3, str. 291-307, naročito str. 304.

¹⁶ J. Chappez, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, Paris 1972, pp. 26-29.

država da omoguće ili ustanove mehanizme za zaštitu prava. Bez toga bi odredba člana 1. Konvencije bila puka deklaracija bez stvarne vrednosti.

Dužnost obaveštavanja o primeni odredaba Konvencije

Evropska konvencija obavezuje države da, na zahtev generalnog sekretara Saveta, dostave „objašnjenja”¹⁷ o načinu na koji njihovo unutrašnje pravo obezbeđuje stvarnu primenu svih (istakao M. M.) odredaba Konvencije (čl. 57. izvornog, čl. 52. izmenjenog teksta). To je na neki način logična posledica i razrada obaveza iz članova 1. i 13, ali i proširenje dužnosti država jer se ne radi samo o obezbeđenju zaštite, koja se često svodi na pristup državnim organima i na donošenje odluke, već o primeni svih odredaba Konvencije što uključuje i zakonodavnu i drugu delatnost jer sve može da bude povod za spor. Mnogo je više posebnih slučajeva u kojima Konvencija zahteva obaveštenja od država.

Najvažnija dužnost obaveštavanja se odnosi na mogućnost odstupanja od obaveza obezbeđenja prava u slučaju rata ili druge javne opasnosti koja pretila opstanku nacije (čl. 15, st. 1). Država koja koristi to pravo je dužna da obavesti generalnog sekretara Saveta u potpunosti o preduzetim merama i razlozima za njihovo preduzimanje kao i o prestanku primene tih mera (čl. 15, st. 3).¹⁸ Takvu dužnost nemaju države u slučaju ograničavanja prava u redovnim prilikama ali njihovu odgovornost može da ocenjuje Evropski sud za ljudska prava u svakom sporu.¹⁹

Države su bile dužne da obavestavaju i o zakonima kojima je bila predviđena smrtna kazna za dela izvršena u doba rata ili neposredne ratne opasnosti (čl. 2. Protokola 6 (1963) kojim su bila sužena prava država iz člana 2. Konvencije), ali je ova dužnost prestala za države koje su prihvatile potpunu zabranu smrtne kazne Protokolom br. 13 (2002).

Posebnu vrstu objašnjenja predstavljaju „kratke izjave”²⁰ o zakonima (u tekstu je namerno upotrebljena reč: „zakonu” u jednini) zbog kojih može biti stavljena re-

¹⁷ U engleskom tekstu: „explanation” a u francuskom: „explications”.

¹⁸ Takva odredba se nalazi i u drugim međunarodnim ugovorima iz oblasti ljudskih prava. Više M. Milojević, *Les droits de l'homme en période d'exception*, La Haye, 1986; *Ustav, pravni poredak i međunarodne obaveze Jugoslavije*, Beograd 1989, str. 7 4-76; V. Vasilijević, *Ljudska prava u vanrednim prilikama, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1993, br. 1-2, str. 43-58; S. Gajin, *Zaštita ljudskih prava u uslovima vanrednog stanja, Pravni život*, 1995, br. 5, str. 835-851; M. Paunović, *Ograničenja ljudskih prava, Pravo ljudskih prava*, Beograd 1996, str. 33-38; V. Dimitrijević – M. Paunović (u saradnji sa V. Đerićem), *Ljudska prava*, Beograd 1997, str. 202-207; V. Dimitrijević i dr, *Međunarodno pravo ljudskih prava*, Beograd 2006, str. 129-132,

¹⁹ Više M. Milojević, *Ustav, pravni poredak i međunarodne obaveze Jugoslavije*, str. 68-71; M. Paunović, *nav. delo*, str. 38-51; V. Dimitrijević - M. Paunović, *nav. delo*, str. 207-220; V. Dimitrijević i dr, *nav. delo*, str. 132-138.

²⁰ U engleskom tekstu: „brief statement”, u francuskom: »bref exposé”.

zerva u slučaju njihove nesaglasnosti s nekom odredbom Konvencije (čl. 64. izvornog, čl. 57. revidiranog teksta). Rezerve se mogu stavljati (prilikom potpisivanja Konvencije ili deponovanja ratifikacionog instrumenta) na bilo koji član Konvencije ali nisu dopuštene rezerve opšteg karaktera što u slučaju spora ocenjuje Evropski sud za ljudska prava jer je isključeno svako drugo rešavanje sporova (čl. 62. izvornog, čl. 55. revidiranog teksta). U skladu s tim je Skupština SCG odlučila (čl. 3. Zakona o ratifikaciji) da se, prilikom deponovanja ratifikacionog instrumenta,²¹ stave rezerve na članove 5 (zbog postojanja pritvora i prekršajnog postupka), 6 (zbog nepostojanja javnosti u upravnim sporovima) i 13 (zbog nemogućnosti da se obezbedi višestепенost dok ne počne da radi Sud SCG).²² Kasnijom izmenom od 29. juna 2005,²³ su brisane tačke 1. i 4. iz člana 3. Zakona o ratifikaciji (2003) čime su praktično povučene rezerve koje su se odnosile na pritvor i Sud SCG koji je u međuvremenu počeo da radi. Poslednja rezerva je imala privremeni karakter.

Smatramo da je rezervu trebalo staviti i na član 1. u pogledu autonomne pokrajine Kosovo i Metohija u kojoj se Konvencija počela privremeno primenjivati na osnovu sporazuma između Evropskog saveta i Ujedinjenih nacija (UNMIK). Rezervom je trebalo reći da će SCG obezbeđivati poštovanje prava i sloboda navedenih u Konvenciji po vaspostavljanju nadležnosti na tom delu svoje teritorije. To je važno zbog pravila o prethodnom iscrpljivanju unutrašnjih pravnih sredstava.

Dužnost zaštite bez diskriminacije

Mnogim međunarodnim ugovorima je predviđeno uživanje ljudskih prava i sloboda bez diskriminacije po više osnova. Evropska konvencija propisuje da uživanje u njoj priznatih prava i sloboda treba da bude obezbeđeno bez razlike zasnovane naročito na polu, rasi, boji kože, jeziku, veroispovesti, političkom ili drugom mišljenju, nacionalnom ili socijalnom poreklu, pripadnosti nacionalnoj manjini, imovnom stanju, rođenju ili drugom položaju (čl. 14). Tekst je jasan u svakom pogledu. On isključuje diskriminaciju kako u materijalnom tako i u procesnom pravu iako se iz teksta (zbog reči: „obezbeđuje se“) može steći utisak da je reč pretežno ili isključivo na proceduralnom planu. Međutim, treba da bude jasno da sva prava

²¹ Do ovakvog rešenja u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima se došlo zbog teksta Bečke konvencije o ugovornom pravu (1969) po kome se pod ratifikacijom podrazumeva „međunarodni akt kojim država na međunarodnom planu izražava saglasnost da bude vezana ugovorom“ (čl. 2, st. I, t. b). Ovde su pomešani unutrašnji pravni akti (zakon o ratifikaciji i ratifikacioni instrument) i deponovanje ili razmena ratifikacionih instrumenata. U tom smislu se mora tumačiti član 19. Bečke konvencije po kome se rezerva može staviti najkasnije prilikom ratifikacije ili pristupanja.

²² »Službeni list SGG - Međunarodni ugovori«, br. 9/2003, str. 37.

²³ »Službeni list SCG - Međunarodni ugovori«, br. 5, od 1. jula 2005, str. 31-32.

iz Konvencije pripadaju svima bez diskriminacije i da se ona ne vezuje samo za zaštitu na osnovu člana 13.²⁴

Shvatanje nediskriminacije u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima je danas znatno prošireno. Dopunskim protokolom broj 12 uz Konvenciju (2000)²⁵ je propisano da će se „svako pravo koje zakon predviđa“ ostvarivati bez diskriminacije po bilo kom osnovu a javne vlasti neće vršiti bilo kakvu diskriminaciju (čl. 1). Na prvi pogled se čini da se nediskriminacija odnosi na sva prava u državi jer se pominju prava predviđena zakonom a ne Konvencijom. Međutim uvod pokušava da stvar vrati u okvire Konvencije pa se ona pominje u širem smislu obuhvatajući protokol čije će se odredbe smatrati dopunom Konvencije da bi se mogle primenjivati sve mere koje su njome predviđene (čl. 3). Protokolom se proglašava novo pravo na nediskriminaciju (čl. I) koja samo po sebi ništa ne znači jer se diskriminacija, odnosno nediskriminacija vezuje za neko pravo. Ako se ne odnosi samo na prava iz Konvencije (za šta je dovoljan član 14) onda ona izlazi iz njenog okvira i odgovor na koja se prava odnosi treba tražiti drugde.

Dužnost poštovanja prava neobuhvaćenih Konvencijom

Analitičari Evropske konvencije su posvetili malu pažnju ili skoro nikakvu dužnosti država da poštuju prava i slobode koji mogu biti priznati njihovim zakonima ili drugim međunarodnim ugovorima kojima mogu biti vezani (čl. 60. izvornog teksta, odnosno čl. 53. revidiranog teksta). Ona u Konvenciji nije formulisana kao dužnost ili zabrana već kao deklaracija da se neće tumačiti tako da ograničava, odnosno ugrožava ljudska prava i osnovne slobode koji bi bili priznati po nekom drugom pravnom osnovu. Kao takva ona je suvišna jer poštovanje tih prava i sloboda zavisi od država i nije podvrgnuto nadzoru kao prava iz Evropske konvencije i dodatnih protokola. Osim možda u granicama iz Protokola broj 12.

Dužnost poštovanja postojećih prava i sloboda je uneta u Pakt o građanskim i političkim pravima u kome se propisuje da se „ne može dopustiti nikakvo ograničavanje ili odstupanje“ od prava i sloboda priznatih na osnovu „zakona, konvencija, propisa ili običaja pod izgovorom da ih ...Pakt ne priznaje ili ih priznaje u užem obimu“ (čl. 5, st. 2). Može da izgleda čudno da međunarodni ugovori potvrđuju

²⁴ U tom smislu se u doktrini govorilo o „autonomiji“ člana 14. Vid. na pr. M. A. Eissen, L'«autonomie de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme, *Melanges offerts à Polys Modinos. Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Paris 1968, pp. 122-145; P. Guggenheim, *Quelques remarques au sujet de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, René Cassin amicorum discipulorumque liber I: Problèmes de protection internationale des droits de l'homme*, Paris 1969. pp. 95-100.

²⁵ Službeni list SCG - Međunarodni ugovori, 2003, br. 9, od 26. decembra 2003, str. 35-36.

ono što je u državama nastalo pre njihovog zaključenja ali je to učinjeno verovatno zbog međunarodnopravne zaštite. To ima svoje korene u međunarodnim obavezama država da štite ne samo pripadnike manjina već sve stanovnike ali je samo zaštita prvih bila pod međunarodnim nadzorom. Na taj način se potvrđuje da je zaštita ljudskih prava i sloboda nastala u državama i izražena u njihovim ustavima i drugim aktima²⁶ i da je kasnije sve više nalazila mesto u međunarodnim aktima koji ne zamenjuju već dopunjuju zakone i druge akte država u toj oblasti.

Ljudska prava su izvorno bila u nadležnosti država. To su ostala i dalje ali država više nije isključivo nadležna za njihovo propisivanje i poštovanje²⁷ Nadležnost država potvrđuju mnogi međunarodni ugovori, nekad prećutno (na pr. uslovljavanjem uživanja ljudskih prava i sloboda poštovanjem unutrašnjeg prava, propisa, običaja, morala...). Time se primena međunarodnih obaveza vezuje za pravni poredak svake države,²⁸ a s druge strane je postupanje po međunarodnim obavezama jedan vid uticaja međunarodnog prava na unutrašnje pravo.²⁹ To daje za pravo da se zaključi da dužnost država da obezbede poštovanje ljudskih prava i sloboda znači njihovu obavezu stalnog usavršavanja kako materijalnog tako i procesnog zakonodavstva. Međunarodno uređivanje ljudskih prava znači samo da ono više nije u isključivoj nadležnosti država, ali su one i dalje zadržale širok obim prava i nadležnosti uopšte.³⁰ Zato se u Evropskoj konvenciji i drugim ugovorima pominju zakoni država.

Države su dužne da poštuju i obezbede poštovanje prava koja su zakonima priznale građanima. Još je nemačka pravna teorija u XIX veku isticala da postoje prava pojedinaca u čije uživanje pravna država ne srne da se meša.³¹ Taj krug prava se, sa izvesnim izuzecima, širio ali zbog slobode država da menjaju zakonodavstvo, naročito posle iskustva s nacizmom, međunarodna zajednica je počela da zabranjuje smanjivanje ili ograničavanje dostignutog pravnog standarda koji inače nije podložan međunarodnoj kontroli kao prava obuhvaćena međunarodnim ugovorima. Otuda su države dužne da obezbede stvarno uživanje prava samo iz članova 2-12 Evropske konvencije i dodatnih protokola (čl. 13), ali je nesumnjivo

²⁶ Najpoznatiji primeri su engleska Velika povelja o slobodama (1215) i francuska Deklaracija o pravima čoveka i građanina (1789).

²⁷ M. Milojević, *Nadležnost država i ljudska prava*, str. 303.

²⁸ Isto, str. 304.

²⁹ M. Milojević, *Izvedena nadležnost država*, str. 311.

³⁰ Više o tome M. Milojević, *Les droits de l'homme et la compétence nationale des Etats*, René Cassin *amicorum discipulorum-que liber IV: Méthodologie des droits de l'homme*, Paris 1972, pp. 331-372; *Nadležnost država i ljudska prava*, str. 291-307.

³¹ Paul Laband je isticao da su pravnim pravilima određene oblasti delovanja koje su zaštićene od zahvatanja države. Više o tome M. Gavrilovitch, *L'Etat et le droit*, Paris 1911.

da se to postiže u postupku koji važi za sva prava. Razlika je samo u tome što se Evropskom sudu za ljudska prava može obratiti zbog povrede člana 13. samo u vezi s nekim pravom iz Konvencija i protokola a ne zbog uskraćivanja pravosuđa uopšte (čl. 34).

Dužnost učestvovanja u postupku

Revidirana Evropska konvencija ne sadrži odredbe članova 25. i 46. izvornog teksta po kojima je nadležnost Evropske komisije (koja je ukinuta) i Evropskog suda za ljudska prava bila fakultativna. Države su bile dužne da se pojave u postupku samo ako su nadležnost izričito prihvatile. Takva nadležnost je postala uobičajena i danas još važeća po Statutu Međunarodnog suda pravde (čl. 36). Novim tekstom Konvencije nadležnost Evropskog suda za ljudska prava je postala obavezna iako se to izričito ne kaže. Propisano je samo da se njegova nadležnost proteže na sva pitanja koja se tiču tumačenja i primene Konvencije i protokola (čl. 52, st. I). To znači da se države moraju pojaviti pred Sudom ako su tužene za bilo koju povredu odredbi Konvencije ili protokola (čl. 33) ili u slučaju povrede nekog prava iz Konvencije ili protokola (čl. 34).

Dužnost pojavljivanja pred Sudom se ne ograničava na prosto uobičajeno prigovaranje nadležnosti i pobijanje tužbe već podrazumeva aktivno učestvovanje u postupku u cilju utvrđivanja relevantnih činjenica.³² Po potrebi Sud može da preduzme istragu »za čije će mu efikasno sprovođenje države u pitanju pružiti sve potrebne olakšice (čl. 38, st. I, t. a). Drugim rečima, države su dužne da omogućue utvrđivanje i činjenica koje govore protiv njih.

Dužnost izvršenja presude

Država je dužna da izvrši presudu ukoliko je na to obavezana. To opšte pravno pravilo je u Konvenciji izraženo odredbom o obavezi povinovanja odlukama Suda u sporovima u kojima je država stranka (čl. 53. izvornog teksta, čl. 46, st. 1. revidiranog teksta). Konvencija ne propisuje u čemu treba da se sastoji izvršenje presude. Za razliku od sudova država, nadležnost Evropskog suda za ljudska prava je načelne prirode i tiče se tumačenja i primene Konvencije i protokola. Stoga on nije nikakav viši instancijski organ koji može da preinačuje, poništava ili ukida odluke državnih sudova. On u presudama samo konstatuje da li je obezbeđena zaštita prava (čl. I, 13) zakonima i propisima država (čl. 33, 41) ili postoji povreda prava odlukama državnih organa (čl. 34). Zato se njegovim presudama samo konstatuje da li ima povrede neke odredbe Konvencije ili protokola.

³² Vid. čl. 7, st. 1-2. Zakona o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS* br. 125/2004.

Odredba člana 50. izvornog teksta Konvencije je bila određenija. Po njoj je Sud mogao da konstatuje da li je neka odluka ili mera sudske ili svake druge vlasti u državi, u celini ili delimično, u suprotnosti s obavezama koje proističu iz Konvencije. U revidiranom tekstu (sada čl. 41) od toga je ostalo: „Kada Sud utvrdi prekršaj³³ Konvencije ili protokola...” a zadržana je suština da će Sud, u slučaju da pravo države omogućava samo nepotpuno otklanjanje posledica (čl. 50. izvornog teksta), odnosno delimičnu naknadu štete (čl. 41. revidiranog teksta) i, ako je to potrebno, dosuditi pravično zadovoljenje oštećenoj stranci, tj. pojedincu. Konvencija ne pominje ali je očigledno da tu naknadu treba da plati tužena država.

Protokolom br. 7 (1984)³⁴ lice nepravilno osuđeno sudskom greškom je dobilo pravo na naknadu štete „u skladu sa zakonom ili praksom dotične države” ako se ne dokaže da je ono potpuno ili delimično odgovorno što nepoznata činjenica nije blagovremeno otkrivena (čl. 3). Ne treba sumnjati da bi Evropski sud za ljudska prava dosudio naknadu u takovom slučaju ako bi država propustila da to učini. Posle toga bi država morala da plati naknadu u izvršenju presude Evropskog suda.

Međunarodna obaveza izvršavanja presude Evropskog suda za ljudska prava je načelno nesporna, ali je pitanje da li je to dovoljno da bude izvršena u pravnom poretku države. U tom pogledu se pojavljuje više problema s obzirom na različitu sadržinu presude jer od toga zavisi nadležnost organa koji su dužni da obezbede izvršenje. Nedostatak propisa o izvršavanju međunarodnih ugovora proizvodi iste probleme kada se postavi pitanje izvršenja konkretnih odluka međunarodnih organa. Evropska konvencija je to pitanje ostavila po strani. Njeni redaktori su se zadovoljili da kažu da će se presuda Suda dostaviti Komitetu ministara Evropskog saveta „koji će nadgledati njeno izvršenje” (čl. 54. izvornog teksta, čl. 46, st. 2. revidiranog teksta) i da nijedna odredba Konvencije³⁵ ne vređa ovlašćenja poverena Komitetu ministara Statutom Evropskog saveta (čl. 61. izvornog teksta, čl. 54. revidiranog teksta). Međutim, to je nadzor nad izvršenjem u okviru Evropskog saveta ali se postavlja pitanje izvršenja u državama. Iz celine odredaba proizlazi da se presuda dostavlja i državi stranci u sporu iako se to nigde ne kaže.

Neki evropski ugovori kasnijeg datuma sadrže preciznije odredbe o tome. Evropski sporazum o prosleđivanju molbi za sudsku pomoć, od 27. januara 1977,³⁶ obavezuje države da odrede „jedan ili više organa koji će prosleđivati molbe za sudsku

³³ Netačan prevod reči violatin a treba povreda.

³⁴ „European Treaty Series/Série des traités européens», No 177. Stupio je na snagu 1. novembra 1988.

³⁵ U engleskom tekstu: »Ništa u ovoj Konvenciji«.

³⁶ *Službeni list SRJ - Međunarodni ugovori*, 2001, br. 9, od 28. septembra 2001.

pomoć direktno stranom organu" (čl. 2, st. 1) i „jedan centralni prijemni organ koji će primati i preduzimati dalje potrebne mere po molbama za sudsku pomoć koje dolaze iz drugih država ugovornica“.³⁷ Član 3. Zakona o ratifikaciji Evropske konvencije o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama, od 19. avgusta 1985,³⁸ propisuje da će se o sprovođenju Zakona starati „nadležni republički i pokrajinski organ“. To se ponavlja u članu 3. Zakona o ratifikaciji Evropske konvencije protiv dopingovanja u sportu, od 16. novembra 1989.³⁹ Bez obzira na to međunarodnu odgovornost za neprimenjivanje snosi samo država koja je međunarodni ugovor prihvatila. Zbog neprimenjivanja neke odredbe Evropske konvencije o ljudskim pravima Srbija može da bude tužena Evropskom sudu za ljudska prava (čl. 33).

Povelja o ljudskim i manjinskim pravima i građanskim slobodama⁴⁰ propisuje da „odluke međunarodnih organa izvršavaju i troškove snose državna zajednica, odnosno državni organi države članice u zavisnosti od toga da li je institucija državne zajednice, odnosno državni organ države članice ili organizacija koja vrši javna ovlašćenja povredila ili uskratila neko pravo zajemčeno međunarodnim ugovorom koji važi na teritoriji Srbije i Crne Gore" (čl. 9, st. 3).

U novi Zakon o parničnom postupku⁴¹ je uneta odredba po kojoj se postupak može ponoviti „ako je, po pravosnažno okončanom postupku pred domaćim sudom, Evropski sud za ljudska prava doneo odluku o istom ili sličnom pravnom odnosu protiv Srbije i Crne Gore" (čl. 422, t. 10). To bi trebalo da znači da bi domaći sud morao ponovo da razmatra slučaj i da donese odluku u skladu sa presudom Evropskog suda za ljudska prava. Evropski sud ne može da ukine ili preinači odluku domaćeg suda ali, praktično, može da mu ukaže kako treba da odluči. Takav zaključak ne proizlazi iz Konvencije ali se postavlja pitanje kakve su pravne posledice konstatacije Suda da je povređena neka odredba Konvencije jer on samo izuzetno dosuđuje „pravično zadovoljenje“. To bi se moralo utvrđivati u svakom pojedinom slučaju jer prava u Konvenciji i protokolima nisu formulisana na isti način niti se sva prava mogu jednako štititi u skladu s članom 13. Konvencije (na pr. iz člana 2, st. 1. koji je postao bespredmetan za države koje su prihvatile Protokol br. 13 ili pravo iz člana 3. Protokola br. I o pravu na slobodne izbore). Stoga ova kori-

³⁷ Članom 3. Zakona o potvrđivanju Sporazuma Jugoslavija je obavestila da su za otpremanje i prijem molbi nadležni organi uprave za pravosuđe u Srbiji i Crnoj Gori. *Isto*, str. 10.

³⁸ *Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori*, 1990, br. 9, od 10. avgusta 1990, str. 21.

³⁹ *Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori*, 1991, br. 4, od 22. februara 1991, str. 28.

⁴⁰ *Službeni list SGG*, br. 6, od 28. februara 2003.

⁴¹ *Službeni glasnik RS*, br. 125/2004.

sna dopuna u parničnom postupku može imati samo ograničen domašaj, naročito u zaštiti nekih privatnih prava.⁴²

Propis Zakona o parničnom postupku govori o „pravnom odnosu“ koji je bio predmet spora pred domaćim i Evropskim sudom. To nije dovoljno jasno jer Evropski sud ne raspravlja sporove između stranaka pred domaćim sudovima već ocenjuje da li je u tim postupcima bilo povreda Konvencije. To znači da bi se u ponovljenom postupku pred domaćim sudom raspravljalo samo o navodnim povredama Konvencije na koje je ukazao Evropski sud i donela odgovarajuća odluka. Nema ponavljanja postupka ako Evropski sud zaključi da je, zbog dugotrajnosti postupka pred domaćim sudom, prekršen član 6, st. 1. Konvencije koji zahteva okončanje postupka u razumnom roku. „Razumni rok“ se odnosi na ceo krivični ili građanski postupak od početka do pravosnažnog okončanja što uključuje sve pravne lekove. U tom slučaju se može postaviti pitanje ispunjenja dužnosti države da obezbedi sudsku zaštitu prava i sloboda iz Konvencije i protokola. Isto važi i za upravni postupak i upravni spor. U takvom slučaju postupanje po presudi Evropskog suda se sastoji i u izmeni zakona i boljem uređenju postupka jer se sporost ne može pravdati nedovoljnim brojem sudija. Ovo je važno zbog potrebe da, pre upućivanja Evropskom sudu, budu iscrpljena sva unutrašnja pravna sredstva (čl. 35, st. I). Zbog toga se, u slučaju preterano dugog trajanja postupka, tužba Evropskom sudu može podneti i pre njegovog okončanja pred domaćim sudom jer se u tom slučaju ne može govoriti o „roku od šest meseci od dana kada je doneta pravosnažna odluka“, kao u slučaju kada je postupak okončan posle dugog vremena.⁴³

III DUŽNOSTI I OVLAŠĆENJA DRŽAVA

Evropska konvencija sadrži više prava i dužnosti država koji su diskretno navedeni da ne bi prevladali nad odredbama o ljudskim pravima kojima je posvećeno srazmerno manji broj članova dok se najveći broj članova odnosi na organizaciju zaštite i druga pitanja. To važi i za dopunske protokole od kojih se neki ne odnose na ljudska prava i slobode (protokoli 2, 3, 5, 8, 9. i 10). Tako i Evropska konvencija,

⁴² Ostaje po strani pitanje da li je u skladu s članovima 13. i 35, st. 1. Konvencije zadržavanje tradicionalne dvostepenosti (bez vanrednih pravnih lekova) u nekim slučajevima (na pr. zaštite državine i dr. - čl. 450, st. 5. ZPP). Trebalo bi ceo Zakon ponovo pregledati u svetlu obaveza iz Konvencije iako je to verovatno učinjeno pre njegovog donošenja.

⁴³ Više o tome H. Wiebringhaus, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes dans la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme, Annuaire français de droit international*, 1959, pp. 685-704; J. Chappé, *op. cit.*, pp. 179-201; A.A.C. Trindade, *Exhaustion of local remedies in the jurisprudence of the European Court of Human Rights: An Appraisal, Human Rights Journal*, 1977, Nos 1-2, pp.141-185.

poput drugih ugovora o ljudskim pravima, nužno predstavlja i ugovor o dužnostima i ovlašćenjima država povodom ljudskih prava.

Po prirodi stvari propisi o ljudskim pravima, kako u unutrašnjem tako i u međunarodnom pravu, nalažu državama u najvećoj mogućoj meri pasivnu ulogu. Ljudska prava i slobode se najpotpunije mogu ostvarivati samo uz najveće moguće uzdržavanje države jer je njihov smisao u slobodnom uživanju bez ičijeg mešanja države jer je pojedinca trebalo zaštititi pre svega od samovolje državnih vlasti. Tim propisima pojedinac je zaštićen od države a mogućnost obraćanja sudovima i drugim organima je sredstvo za uspešnu zaštitu osnovnih prava.

Bez obzira na svrhu ljudska prava i slobode su čvrsto vezani za države, kako u segmentu priznavanja (normiranja) tako i u segmentu njihove zaštite. Otuda i u međunarodnim ugovorima ta veza dolazi do izražaja. Evropska konvencija o ljudskim pravima nije izuzetak u tom pogledu. To važi i za njene dopunske protokole. Iako u njima preovlađuje isticanje osnovnih ljudskih prava i sloboda (čiji spisak nije dug) malo je odredaba u kojima se prikriveno ili otvoreno ne pojavljuju ili ne naslućuju države sa svojim ovlašćenjima. Čak i u kratkoj odredbi člana 3, u kojoj se kaže da niko ne može biti podvrgnut mučenju ili nečovečnom ili ponižavajućem postupanju ili *kažnjavanju* jasno je da je upućena onima koji su nadležni za kažnjavanje a to mogu da budu samo državni organi. Isto važi i za odredbu o zabrani zatvaranja zbog neispunjenja ugovorne obaveze (ne misli se na poverioca!) (čl. 1. Protokola br. 4), zabranu proterivanja sopstvenih državljana (čl. 3. Protokola br. 4), zabranu kažnjavanja više puta u istoj stvari (čl. 4. Protokola br. 7) ili za pravo na sklapanje braka (čl. 12) ali se „države ne sprečavaju da preduzimaju neophodne mere u interesu dece“ (čl. 5. Protokola br.7). Država je dužna da poštuje pravo roditelja da obezbede obrazovanje dece „u skladu s njihovim verskim i filozofskim uverenjima“ (čl. 2. Protokola br. 1) i ima pravo da se meša i u porodične odnose kada je to u opštem interesu (čl. 8, st. 2).

Dužnosti države su izričito istaknute u vezi s obezbeđenjem izvesnih prava koja se posredno podrazumevaju. One su obvezane da povremeno, u primerenim vremenskim razmacima, organizuju slobodne izbore za zakonodavna tela s tajnim glasanjem pod uslovima koji obezbeđuju slobodno izražavanje mišljenja naroda (čl. 3. Protokola br. 1). Time građani posredno dobijaju biračko pravo koje u Konvenciji nije navedeno, ali se naknadno smatralo da je to potrebno. U drugim odredbama je način izražavanja drugačiji. Govori se o pravima čoveka ali se podrazumevaju mnoge obaveze država. To se najbolje vidi u odredbama o položaju uhapšenih ili optuženih u krivičnom postupku (čl. 6-7. Konvencije, čl.2-4. Protokola br. 7) koji ne moraju da strepe od smrtne kazne (čl. 1. Protokola br. 13). U tom sklopu je posebno značajna obaveza države da nadoknadi štetu nastalu nepravilnom osudom (čl. 3. Protokola br. 7).

Pravo države na intervenciju u vezi s mnogim pravima i slobodama je nekad jasno izraženo a nekad prikriveno pozivanjem na zakone (na pr. u čl. 2, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12. Konvencije, čl. 1. Protokola br. 1, čl. 2. Protokola br. 4, čl. 2. Protokola br. 6, čl. 1, 2, 3, 4. Protokola br. 7). Konvencija dopušta da se zakonima uređuju sadržina (na pr. u čl. 4, st. 3, čl. 5, st. 1. Konvencije) ili granice i način uživanja prava (na pr. čl. 9, st. 2, 10, st. 2, 11, st. 2. Konvencije, čl. 1, st. 2. Protokola br. 1, čl. 2, st. 3-4. Protokola br. 4). Najvažnija politička prava i slobode (veroisповедanja, izražavanja mišljenja, okupljanja i udruživanja) mogu da budu podvrgnuti formalnostima, uslovima i ograničenjima „propisanim zakonom i neophodnim u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, teritorijalnog integriteta ili javne bezbednosti, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, zaštite ugleda ili prava drugih, sprečavanja otkrivanja obaveštenja dobijenih u poverenju ili radi očuvanja autoriteta i nepristrasnosti sudstva“ (čl. 10, st. 2. Konvencije a ista misao se na sličan način izražava u stavu članova 9. i 11). Imovina se može oduzeti samo „u javnom interesu i pod uslovima predviđenim zakonom i opštim načelima međunarodnog prava“. Država ima pravo da „primenjuje zakone koje smatra potrebnim da bi regulisala korišćenje imovine u skladu s opštim interesima ili da bi obezbedila naplatu poreza ili doprinosa ili novčanih kazni“ (čl. 1. Protokola br. 1).

Istim ograničenjima su podvrgnuta prava koja su priznata dopunskim protokolima. Pod uticajem Ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice (25. marta 1957.), koji je kao jedan od ciljeva Zajednice istakao ukidanje prepreka slobodnom kretanju ljudi (čl. 3, t. c) i detaljno razradio sadržinu prava na kretanje i nastanjivanje (čl. 48-57) s manje ograničenja od Evropske konvencije (svakako zbog toga što je reč samo o radnicima) u Evropsku konvenciju je, Protokolom br. 4 (1963),⁴⁴ uneta sloboda kretanja i nastanjivanja lica koja se „zakonito“ nalaze na teritoriji države (čl. 2, st. 1), odnosno koja su u nju zakonito ušla. Logičnu dopunu predstavlja sloboda napuštanja bilo koje države, uključujući sopstvene (čl. 2, st. 2). Pravo na povratak u sopstvenu državu je propisano u okviru zabrane proterivanja sopstvenih državljana (čl. 3, st. 2). Ova prava imaju svoju predistoriju.

Pravo na napuštanje zemlje i pravo na povratak u nju su u Sveopštoj deklaraciji o ljudskim pravima objedinjena u jednom članu (čl. 13) i kasnije u Paktu o građanskim i političkim pravima (čl. 12) u kome se posebno ističe da niko ne može da bude lišen prava da uđe u svoju sopstvenu zemlju (st. 4). u Protokolu br. 4. uz Evropsku konvenciju je to pravo vezano za zabranu proterivanja iz sopstvene države. Nema sumnje da je to odjek političkih rasparava u doba hladnog rata kada su istočnoevropske države optuživane da, s jedne strane, ne dozvoljavaju svojim

⁴⁴ European Treaty Series/Série des traités européens, No 46. Stupio je na snagu 2. maja 1968.

državljanima izlazak iz zemlje a da ih, s druge strane, nasilno proteruju (tzv. „disidente“).

Pitanju slobode kretanja je bilo posvećeno posebno savetovanje u Upsali (od 19. do 21. juna 1972) na kome su usvojeni Deklaracija o pravu na napuštanje svake zemlje i na povratak u svoju zemlju (21. juna 1972.) i nacrt Konvencije o nekim vidovima slobode kretanja,⁴⁵ ali je možda najviše razrađeno (iako razbijeno) u odredbama Završnog akta Konferencije o bezbednosti i saradnji u Evropi (KEBS, 1975) o razvoju saobraćaja, unapređivanju turizma i kontaktima među ljudima, uključujući putovanja u lične i profesionalne svrhe, i o poboljšanju uslova za turizam na individualnoj i kolektivnoj osnovi što uključuje pojednostavljivanje graničnih formalnosti. Međutim, samo Rimski ugovor predviđa pravo ulaska u državu (za državljane država ugovornica) i (posredno) Završni akt KEBS dok svi ostali akti govore o slobodi kretanja lica koja se *zakonito nalaze* na teritorijama država. Svakako da zbog toga nije predviđeno pravo povratka u državu ranijeg boravka već samo u sopstvenu.

Sloboda kretanja u državi, ma kako bila sužena, je takođe podložna ograničenjima kao ostala prava (čl. 2, st. 3. Protokola br. 4) ali se mogu uvesti i dodatna (ne i sloboda napuštanja zemlje) u javnom interesu u demokratskom društvu (st. 4), tj. mogućnost određivanja prinudnog boravišta. Posle stupanja na snagu Protokola br. 4 je potpisan Završni akt KEBS kojim su se države potpisnice obavezale da će bezrezervno poštovati sve njegove odredbe kao i odredbe Sveopšte deklaracije o ljudskim pravima. Da je Završni akt KEBS međunarodni ugovor moglo bi se postaviti pitanje da li su njime ukinute sve odredbe Evropske konvencije koje su mu suprotne. Kako to nije slučaj⁴⁶ uporedo važe njihove odredbe a u praksi se države pozivaju na one koje im u datom trenutku više odgovaraju.

Praksa je pokazala da su države, i pored obaveza iz Završnog akta, zadržale svoju dotadašnju politiku u pogledu prava i sloboda ulaska stranaca (naročito SAD, Kanada i Velika Britanija). Neke zemlje Evropske zajednice (Evropske unije) su otišle korak dalje. Šengenskim sporazumima⁴⁷ su, suprotno zvaničnim nazivima, mnogo više ograničile slobodu ulaska stranih državljana nego što su ublažile kontrolu na međusobnim granicama (koja je i do tada bila smanjena). Saglasno tome su zajednički utvrđeni uslovi za izdavanje viza sa dugim ali ne i zatvorenim spisovima dokumenata koji se traže, čak i onim koji ne samo da nemaju veze s borbom

⁴⁵ Povodom nacrta konvencije je René Cassin uputio pismo šefovima država i vlada članica Evropskog saveta, Jugoslavije, Španije, Portugalije i Grčke.

⁴⁶ Njegova načela su, od 1. januara 1995, osnov delovanja Organizacije za evropsku bezbednost i saradnju (OEBS).

⁴⁷ Sporazum o postepenom ukidanju kontrole na zajedničkim granicama, od 14. juna 1985, osnov delovanja Organizacije za evropsku bezbednost i saradnju (OEBS).

protiv kriminala (kako se objašnjavaju mere kontrole na „spoljnim granicama“) već predstavljaju očiglednu diskriminaciju prema rođenju, imovnom stanju i socijalnom poreklu (na pr. potvrde o zaposlenju ili penziji, nepokretnoj imovini, sredstvima na računima u bankama, plaćenom porezu i sl.) što je suprotno Evropskoj konvenciji i Protokolu br. 12 (2000).⁴⁸

Evropska konvencija posebno dozvoljava ograničavanje samo političke delatnosti stranaca (čl. 16) imajući pri tom u vidu slobode javne reči, okupljanja i udruživanja koje se ne mogu pravdati zabranom diskriminacije po članu 14. To je u skladu s opštim pravilom da je političko delovanje dozvoljeno samo domaćim državljanima ali se smatralo da to nije potrebno unositi u Konvenciju i protokole. Moguće ograničavanje političke delatnosti stranaca znači da se smatra da je ona načelno dopuštena što predstavlja napredak, naročito za lica koja uživaju azil.

Redaktori Konvencije su, očigledno shvativši da su otišli dosta daleko u ograničavanju prava, smatrali za potrebno da naglase da se „ništa u...Konvenciji“ (a to znači i ograničavanje prava) ne može tumačiti kao pravo na delovanje koje je usmereno na „poništanje bilo kog od navedenih prava i sloboda ili na njihovo ograničavanje u većoj meri od one koja je predviđena Konvencijom“ (čl. 17). Protokolom br. 11 (1994) je takvo ponašanje nazvano zloupotreba prava (čl. 2, t. 7). Taj pojam je u izvornom tekstu bio upotrebljen samo u članu 27, st. 2. kao osnov za odbacivanje peticije i zadržan je u članu 35, st. 3. revidiranog teksta ali nije navedeno šta predstavlja zloupotrebu prava na tužbu, možda zato što se smatra da ovaj član ima u vidu relativno mali broj slučajeva zloupotrebe čiji je cilj rušenje demokratskog poretka.⁴⁹ Međutim, nije li to obuhvaćeno pravom države u slučaju javne opasnosti (čl. 15)? U nedostatku saglasnosti teorije i prakse nesumnjivo je da se subjektivna prava mogu vršiti samo dok to ne počne da škodi drugome. To nije dovoljno već je potrebna i namera da se nanese šteta ili da nastanu posledice koje su nespojive s duhom prava.⁵⁰ Bez obzira na teškoće određivanja pojma i elemenata zloupotrebe prava taj termin treba zadržati iako se on ponekad prepliće ili poistovećuje s pojmovima savesnosti i pravičnosti.⁵¹ Čini se da su u članu 17. Konvencije neo-

⁴⁸ Ista pravila je uvela i Švajcarska.

⁴⁹ Za tumačenje člana 17. Konvencije vid. N. Antonopoulos, *La jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme*, Leyde 1967, p. 253.

⁵⁰ U tom smislu Dictionnaire de la terminologie du droit international, Paris 1960, p. 4; N. Politis, Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux, *Recueil des Cours*, 1925, t.6, p. 78; R. Rodijer, Zloupotreba prava, *Anali pravnog fakulteta u Beogradu*, 1960, br. 1-2, str. 10.

⁵¹ Više o tome M. Milojević, How can Protection of Human Rights be prevented from being abused?, *Revija za evropsko pravo*, 2004, br. 1, posebno strana 13. U doktrini su mišljenja podeljena u pogledu mogućnost postojanja zloupotrebe prava. Protiv su Planiol-Rippert, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, Paris 1900, No 871; J. D. Roulet, *Le caractère artificiel de la théorie de l'abus de droit en*

pravdano spojeni mogući slučajevi zloupotrebe prava koji imaju za cilj poništavanje sloboda ili prava iz Konvencije (u koje spada i prećutno pravo pojedinaca, nevladinih organizacija ili grupa lica iz člana 34. na koje se odnosi zloupotreba pomenuta u članu 35, st. 3) i prekoračenje ovlašćenja države za uvođenje ograničenja „u većoj meri od one koja je predviđena Konvencijom“. Pošto ograničenja mogu da uvode samo države ta prekoračenja su imala mesto u članu 18. koji (na osnovu člana 2, st. 7 Protokola br. 11) ima naziv: „*Granice... ograničavanja prava*“ iako se u tekstu tog člana govori o *svisi* što je nešto sasvim drugo. Meritornu ocenu može dati samo Evropski sud za ljudska prava, kako u vezi s povredama pojedinih prava iz Konvencije i protokola tako i van njih u sporovima između 23 država (čl. 33).

IV ZAKLJUČAK

Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda predstavlja prvi uspeli pokušaj regionalne kodifikacije ljudskih prava koja se između dva svetska rata svodila na ugovore o zaštiti manjina.⁵² Zasnovana uglavnom na Sveopštoj deklaraciji o ljudskim pravima⁵³ poslužila je kao obrazac Američkoj konvenciji o ljudskim pravima (1969.) i Afričkoj povelji o ljudskim pravima i pravima naroda (1981), ne samo u pogledu priznatih prava već i njihove institucionalne zaštite. Na taj način se u velikoj meri suštinski menjaju kako položaj i uloga pojedinca tako sudova, a samim tim i zakona sa dalekosežnim posledicama za čitavo pravo.

Evropska konvencija se najviše navodi kao prvi primer ostvarenih pokušaja da se pojedincu omogućiti da se za zaštitu svojih međunarodno priznatih prava pojavi

droit international, Neuchâtel 1958. Mogućnost zloupotrebe prava prihvata na pr. L. Jossierand, *Evolutions et actualités*, Paris, 1936, pp. 88-90. U našoj doktrini protiv zloupotrebe prava je bio Ž. Perić, O ustanovi zloupotrebe prava, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 1939, knj. XXXVIII (LV), br. 3, str. 193-209, dok većina drugih pisaca dopušta mogućnost postojanja zloupotrebe prava. Vid. na pr. N. Perić, *Teorija zloupotrebe prava i građansko zakonodavstvo*, Beograd 1912; M. Konstantinović, *Zabrana zloupotrebe prava i socijalizacija prava*, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 1925, knj. X (XXVII), br. 3, str. 169-189; *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1982, br. 3-4, str. 282-292; M. Markovitch, *La théorie de l'abus des droits en droit comparé*, Paris 1936; R. Lukić, O zloupotrebi prava, *Pravna misao*, 1941, br. 1-2, str. 28-43; M. Vuković, Zloupotreba subjektivnih prava, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 1953, br. 3, str. 40-52; A. Lazarević, O zloupotrebi prava i njenom pojmu, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1960, br. 1-2, str. 40-57; B. Jojić, Nekoliko napomena o pojmu zloupotrebe prava, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1971, br. 5-6, str. 593-603; D. Stojanović, Zloupotreba prava u našoj teoriji, zakonodavstvu i sudskoj praksi, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 1970, str. 87-99.

⁵² A.N. Mandelstam, *La protection internationale des droits de l'homme*, *Recueil des Cours*, 1931, t. 38, pp.144, 171; P. Gramain, *Les Droits Internationaux de l'Homme*, Paris 1933, p. 235.

⁵³ Zato je objavljena u *Yearbook on Human Rights for 1950*, United Nations, New York 1952, pp. 420-426.

pred jednim međunarodnim organom.⁵⁴ Time je u praksi konačno odbačeno shvatanje o državama kao jedinim subjektima međunarodnog prava i o zaštiti pojedinaca putem supstitucije od strane njihovih država. To shvatanje je u početku svog rada branio Stalni sud međunarodne pravde. U slučaju »Mavromatis« Sud je istakao da država, pokrećući postupak pred međunarodnim sudom, potvrđuje svoje pravo da obezbedi poštovanje međunarodnog prava prema njenim državljanima i zato međunarodni sud kao stranku poznaje samo državu.⁵⁵ Taj stav je potvrdio i razradio u slučaju fabrike u Hožuvu ističući da se pravila o naknadi štete nalaze u međunarodnom pravu koje važi između dve države i ono određuje samo u čemu se može sastojati naknada štete.⁵⁶ To je u skladu sa shvatanjem sudije Dionizija Ancilotija koji je u udžbeniku iz međunarodnog prava pisao da međunarodni spor može imati za predmet interese pojedinaca ili grupa ali ti interesi ne postaju za međunarodni poredak predmet uzajamnih dužnosti i prava država⁵⁷. Zato je mešovitim arbitražnim sudovima, obrazovanim na osnovu ugovora o miru posle prvog svetskog rata, odricao međunarodno obeležje. Oni su primenjivali pravila koja su, po njegovom shvatanju, postala unutrašnja pravna pravila država ugovornica čije je jednoobrazno sprovođenje garantovano postojanjem zajedničkog sudskog organa.⁵⁸ Ne mogući da promeni stvarnost Anciloti je poricanje međunarodnopravnog subjektiviteta pojedinca „pokrivao” rastućom ulogom međunarodnog prava koje je sve više uticalo na uređenje odnosa u državama u čemu je on video samo volju država. U savetodavnom mišljenju o nadležnosti danciških sudova Stalni sud međunarodne pravde je zastupao to gledište. On je istakao da se Sporazum između Poljske i Danciga o pravima i dužnostima danciškog železničkog osoblja u službi poljske uprave (1921) neposredno odnosi na osoblje i da se ono može pozivati na njega pred unutrašnjim sudovima jer je odlučujuća volja ugovornica.⁵⁹ Drugim rečima, voljom ugovornica se, doduše kao izuzetak, međunarodno pravo može uneti u pravni poredak država i u primeni dobiti prednost nad unutrašnjim pravom. U ovom slučaju se ne radi o međunarodnopravnom subjektivitetu pojedinca već o primeni međunarodnog prava od strane državnih sudova što je inače bilo uobičajeno u međunarodnom krivičnom pravu.

⁵⁴ Za neke pokušaje da se pojedincu omogući neposredno učešće u sporovima iz međunarodnog privatnog prava vid. F. Baumgarten, La protection des intérêts des particuliers devant les juridictions internationales, *Revue de droit international et de législation comparée*, 1932, No 4, pp. 742-799; M. Bartoš, Sporovi pojedinaca i stranih država, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 1938, knj. XXXVII (LIV), br. 3, str. 210-216; M. Milojević, *Položaj pojedinca i njegov aktivni subjektivitet u međunarodnom pravu*, Beograd 1987, str. 48-63.

⁵⁵ Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt No 2, 1924. C.P.J.I. série A No 2.

⁵⁶ Usine de Chorzów, fond, arrêt no 13, 1928, C.P.J.I. série A No 2.

⁵⁷ D. Anzilotti, *Cours de Droit international*, Paris 1929, p. 135

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 135-136.

⁵⁹ Compétence des tribunaux de Dantzig, avis consultatif, 1928, C.P.J.I. série B No 15, p. 17.

Ancilotijevo shvatanje o ljudskim pravima kao predmetu međunarodnog prava ima korene u shvatanju čoveka kao objekta prava i zaštite. Ono se i danas u velikoj meri održava u ugovorima o zabranama raznih povreda ljudskih prava (počev od trgovine robljem) a najviše u ratnom pravu.⁶⁰ Tog zaštitničkog odnosa država prema pojedincima nisu lišeni ni današnji ugovori u oblasti ljudskih prava, posebno kada je reč o izvesnim više ugroženim ljudskim grupama (kao što su na pr. žene, deca i sl.). Evropska konvencija je na najjasniji mogući način potvrdila da je i pojedinac postao, makar u ograničenoj meri, subjekt međunarodnog prava koje delimično uređuje njegov položaj kao ljudskog bića.

Nesporna je činjenica da međunarodno pravo ne uređuje samo ljudska prava već niz drugih pitanja koja su nekada uređivale isključivo države. Zato su znatno promenjeni sadržina i uloga međunarodnih ugovora kao izvora prava koji od tipičnih pogodbi postaju pravi međunarodni zakoni pa se sve više nazivaju „ugovori-zakoni“, zakonodavni ili normativni ugovori.⁶¹ Zbog svoje osobine da okupljaju samo zainteresovane strane smatrani su za izvore partikularnog međunarodnog prava bez dejstva prema trećima (*pacta tertiis nec nocent, nec prosunt*). Danas više nije tako, međunarodni ugovori sve više sadrže opšta pravna pravila, stvaraju pravne režime koje moraju svi da poštuju bez mogućnosti da se pozivaju na reciprocitet.⁶² U savetodavnom mišljenju o primenljivosti obavezne arbitraže na osnovu sporazuma o sedištu Ujedinjenih nacija, od 26. juna 1947, Međunarodni sud pravde je rekao da je „osnovno načelo međunarodnog prava da međunarodno pravo ima primat nad unutrašnjim pravom“.⁶³ To može da bude samo izraz opšteg shvatanja da preovlađuje monizam s primatom međunarodnog prava ali on nije potpuno isti u svim pitanjima koja se uređuju međunarodnim i unutrašnjim pravom. Retko gde je prihvaćen primat međunarodnog prava nad ustavima a često se međunarodno pravo ne može sprovesti u život bez unutrašnjeg prava Evropska konvencija o ljudskim pravima se nalazi između monizma i dualizma. Imajući u vidu

⁶⁰ M. Milojević, Položaj pojedinca, str. 143-144, 147-154.

⁶¹ Više o tome M. Lachs, »Le développement et les fonctions des traites multilatéraux«, *Recueil des Cours*, 1957, t. 92, pp. 229-341.

⁶² To je izrazio i Sud Evropskih zajednica u dvema presudama ističući da je ugovor o stvaranju Evropske ekonomske zajednice više nego drugi sporazum koji stvara uzajamne obaveze između država. Arrêt 26/62. Van Gend en Loos c. Administration Fiscale néerlandaise, 5 février 1963, *Recueil de la Cour de justice des Communautés européennes*, 1963, p. 84. U drugom slučaju Sud je istakao da se Ugovor ne ograničava da uspostavi recipročne odnose između različitih subjekata na koje se primenjuje već uspostavlja novi pravni poredak. Arrêt 6/64. Flaminio Costa c. ENEL, 15 juillet 1964, *Recueil de la Cour de justice*, 1964, p. 593. Nav. prema W. Ganshof van der Meersch, L'ordre juridique des Communautés européennes et le droit international, *Recueil des Cours*, 1975, t. 148, p. 205; R. Vukadinović, *Pravo Evropske unije*, Beograd 1995, str. 58-60.

⁶³ Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'organisation des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1988.

znatna ovlašćenja država i ograničena ovlašćenja Evropskog suda za ljudska prava pre bi se moglo reći da je Evropska konvencija, gledana u celini, bliža dualizmu. Ona nalaže državama da obezbede poštovanje određenih prava i sloboda i određene dužnosti koje su s tim u vezi. U tom cilju je određena nova uloga domaćih zakona i sudova koji su pod izvesnim nadzorom Evropskog suda za ljudska prava. Neposredna primena glavnih odredaba Konvencije nesumnjivo govori u prilog monizmu. S druge strane zadržana diskreciona ovlašćenja država u normativnoj oblasti i pravosnažnost odluka njihovih organa koje ne može da izmeni ili ukine Evropski sud za ljudska prava su nesumnjiva obeležja državne samostalnosti koja pretežu. Ako se tome dodaju prvenstvena nadležnost domaćih organa (makar bila izvedena) i zvanično potvrđivanje unutrašnjih pravnih standarda (čl. 53) taj zaključak dobija dodatnu ubedljivost. Obaveza poštovanja viših standarda bez obzira da li imaju osnov u unutrašnjem ili međunarodnom pravu je privid jednakosti zbog nesporno većeg pravnog nasleđa unutrašnjeg prava i obaveznosti međunarodnih ugovora. Međutim, poštovanje ove obaveze ne podleže nadzoru Evropskog suda za ljudska prava (čl. 13).

Shvatanje o obaveznosti pravila o ljudskim pravima bez obzira na njihov formalni izvor omogućava da se poreklo nekih prava traži u prirodnom pravu. U izdvojenom mišljenju i u slučaju Jugozapadne Afrike, sudija K. Tanaka je rekao da postojanje ljudskih prava ne zavisi od država koje nisu sposobne da ih stvaraju zakonom ili ugovorom, već jedino mogu da potvrde njihovo postojanje. Uloga država je samo deklarativna.⁶⁴ Očigledno se misli na osnovna prava bez kojih nema ljudskih bića. Međutim, nesporna je činjenica da se krug prava i sloboda stalno širi ali da pravnu zaštitu mogu imati samo prava izričito navedena u pisanom pravnom aktu (čl. 13). U tome je najveći značaj Evropske konvencije o ljudskim pravima koja, naročito praksom Evropskog suda za ljudska prava, doprinosi ujedinjavanju standarda ljudskih prava u Evropi koja je naša zajednička domovina.

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

Rezime

Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (1950) je prvo konkretno ostvarenje ciljeva Saveta Evrope izloženih u Preambuli i članu 1 njegovog Statuta. Ona se pojavila kao prvi međunarodni ugovor o ljudskim pravima i

⁶⁴ Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil, 1966, p. 297. Slično gledište zastupa R. Higgins, »Problems and Process«, *International Law and How We Use it*, Oxford 2003, p. 96.

prva regionalna kodifikacija u toj oblasti u kojoj su spojeni ljudska prava i slobode i institucionalizovan nadzor nad njihovim poštovanjem. Države ugovornice su prihvatile mnoge dužnosti u tom pogledu, ali i zadržale važna ovlašćenja.

Članom 1 Visoke strane ugovornice su prihvatile obavezu da svakome u okviru svoje jurisdikcije, tj. teritorije, obezbede prava i slobode koje su definisane u Konvenciji. Bliže značenje ove obaveze treba tražiti u svakoj odredbi Konvencije, naročito u članu 13. koji propisuje da svako lice čija su prava i slobode, koja su istaknuta u ovoj Konvenciji, povređena uživa delotvornu zaštitu pred nacionalnim vlastima bez obzira što je povredu učinilo lice koje je delovalo u vršenju službenih dužnosti. Konvencija ne sadrži izričitu obavezu država kao u Međunarodnoj konvenciji o građanskim i političkim pravima (1966) da, kada to nije predviđeno u važećem zakonodavstvu ili drugim merama, preduzmu potrebne korake radi usvajanja zakonodavnih ili drugih potrebnih mera kako bi se omogućilo dejstvo pravima koja su priznata u Konvenciji (čl. 2, tač. 2) zato što se smatralo da države članice Saveta Evrope imaju izgrađene sisteme za zaštitu ljudskih prava.

Države ugovornice su, pored toga, dužne da, po prijemu zahteva od generalnog sekretara Saveta Evrope, pruže objašnjenje načina na koji će njihovo unutrašnje pravo obezbediti delotvornu primenu svih odredbi Konvencije (čl. 52) kao i o merama odstupanja koje će biti donete i razlozima za njihovo donošenje, uključujući i kad će te mere prestati da se primenjuju, kao i odredbe Konvencije koje su u potpunosti izvršene (čl. 15, tač. 3). Posebnu vrstu obaveštenja predstavljaju kratke izjave koje se odnose na zakone zbog kojih država može staviti rezervu (čl. 57).

Države su dužne da aktivno učestvuju u postupku pred Evropskim sudom za ljudska prava (čl. 38) i da izvrše njegovu presudu koja obavezuje u svim slučajevima u kojima su one stranke (čl. 46, tač. 1) a Komitet ministara nadgleda njeno izvršenje (čl. 46, tač. 2). U ispunjavanju obaveza države su dužne da, u razumnim intervalima, preduzmu mere da se održe slobodni i tajni izbori, prema uslovima koji će obezbediti slobodno izražavanje mišljenja naroda prilikom izbora zakonodavnih organa (čl. 3 Dodatnog protokola).

Ljudska prava i slobode su čvrsto vezani za pravni poredak države čiji su sastavni deo. Vršenje ovih prava i sloboda, budući da se vrše sa obavezama i odgovornostima, može biti predmet takvih formalnosti, uslova, ograničenja ili sankcija, koji su predviđeni zakonom koja su neophodna u domaćem društvu, u interesu nacionalne bezbednosti, teritorijalnog integriteta ili javne sigurnosti, za sprečavanje kriminala, za zaštitu zdravlja ili morala, za zaštitu ugleda ili prava drugih, sprečavanja otkrivanja informacija primljenih kao poverljivih ili koje služe za održavanje autoriteta i nepristrasnosti sudstva (čl. 10. tač. 2).

Evropska konvencija o ljudskim pravima, kako svojom sadržinom tako i praksom Evropskog suda za ljudska prava, doprinosi ujednačavanju standarda ljudskih prava. On ja poslužila kao obrazac Američkoj konvenciji o ljudskim pravima (1969) i Afričkoj povelji o ljudskim pravima i pravima naroda (1981).