

Проф. др Родољуб Етински

Правни факултет Универзитета у Новом Саду

ЛОЈЗИДУ И БАНКОВИЋ: СУПРОТНА ТУМАЧЕЊА ЧЛАНА 1 ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА И УНИВЕРЗАЛНЕ ВРЕДНОСТИ

Европски суд за људска права је применом истих правила о тумачењу, кодификованих у чл. 31 и 32 Бечке конвенције о праву међународних уговора, тумачио чл. 1 Европске конвенције о људским правима у предмету Лојзиду 1995. године и у предмету Банковић 2001. године и дошао је до супротних значења поменутог чл. 1 Правила о тумачењу међународних уговора, како се сада примењују, не искључују могућност супротних исхода процеса тумачења, дакле она остављају довољно широк дискрециони простор да тумач може да бира неко од могућих тумачења. Различит избор који је Европски суд за људска права учинио у поменута два предмета биће размотрен у светлу универзалних вредности. Преамбула Универзалне декларације о људским правима и њен чл. 28 могу и треба да чине релевантан вредносни оквир. Тај вредносни оквир захтева широко тумачење чл. 1 Европске конвенције о људским правима.

Кључне речи: Тумачење; Европска конвенција о људским правима; Надлежност.

1. УВОД

Европски суд за људска права (даље у тексту: Суд) донео је две различите одлуке о допуштености представке у два предмета која су тицала истог питања: да ли Европске конвенције о људским правима (даље у тексту: Конвенција) може да производи дејство изван територија држава уговорница, односно да ли лица која се налазе изван територије уговорнице штити ова Конвенција. Реч је о предмету *Лојзиду*,¹ у коме

Родољуб Етински, etinskirodoljub@yahoo.com

¹ *Loizidou v. Turkey*, пред. бр. 15318/89, пресуда од 23. марта 1995.

је Суд одлучио о допуштености представке 1995. године, и о предмету *Банковић*,² у коме је Суд одлучио о допуштености представке 2001. године. У оба предмета тужене државе су оспориле надлежност Суда. У предмету *Лојзиду*, Суд је нашао да има надлежност, а у предмету *Банковић* нашао је да нема надлежност. Како је Суд дошао до супротних одговора на исто постављено питање? Суд је тумачио исти пропис Конвенције, применио је иста правила о тумачењу, а дошао је до супротних тумачења. То је питање које ће бити истражено у тексту који следи.

2. ЛОЈЗИДУ И БАНКОВИЋ – ОСНОВНЕ ЧИЊЕНИЦЕ

Госпођа Лојзиду је учествовала у маршу који је организовала женска група „Жене иду кући“, с циљем да посете своје куће на Северном Кипру, 19. марта 1989. године. Пошто су прешле зону раздвајања, коју су чувале мировне снаге УН, на територији Северног Кипра су биле прво задржане од турских војника, а онда ухапшене од локалне полиције турских Кипрана и после задржавања од десет часова амбулантним колима враћене у Никозију. Неспорно је било да је госпођа Лојзиду изгубила контролу над својом имовином на Северном Кипру због турске окупације тог дела острва.

Госпођа Лојзиду је поднела представку против Турске, наводећи да је Турска одговорна за повреду њеног права својине над имовином на Северном Кипру и повреду права на дом. Турска је ставила два приговора у погледу допуштености представке. Први се тичао чл. 1 Конвенције, којим је одређен територијални простор примене Конвенције. Турска је тврдила да се госпођа Лојзиду налазила изван тог простора. Други приговор се тичао тадашњих чл. 25 и 46 Конвенције, којима је остављена могућност уговорницама да једностраним изјавама прихвате као обавезну надлежност Европске комисије за људска права (даље у тексту: Комисија) и обавезну надлежност Суда. Турска је ограничила у својим изјавама прихватање надлежности два поменута органа на своју територију. Пошто су се спорни догађаји десили ван територије Турске, она је тврдила да Суд нема надлежност.

У ноћи 23. априла 1999. године, зграда РТС-а погођена је ракетом лансираном са борбеног авиона под командом НАТО-а. Зграда је срушена и погинуло је и рањено више лица запослених у РТС-у. Поједини сродници погинулих и неки поврђени поднели су представку Суду, наводећи да су Белгија и све друге чланице НАТО-а, које су биле уговорнице Конвенције одговорне због повреде права на живот, слободе информисања и права на делотворан правни лек. Тужене државе су уложиле више приговора у погледу допуштености представке. Један се тичао чл. 1 Конвенције и тврдио је да су се жртве налазиле ван области територијалне примене Конвенције.

² *Vlastimir and Borka Bankovic and other v. Belgium and others* (пред. бр. 52207/99, Одука о допуштености од 12. децембра 2001).

3. ТУМАЧЕНИ ПРОПИСИ КОНВЕНЦИЈЕ И ПРАВИЛА ТУМАЧЕЊА

У оба предмета, Суд је тумачио чл. 1 Конвенције који гласи: „Високе стране уговорнице обезбедиће свима под њиховом надлежношћу права и слободе дефинисане у одељку I Конвенције.”

У предмету *Лојзиду*, Суд је још тумачио тадашње чл. 25 и 46 Конвенције. Протоколом бр. 11 из 1994. године, који је ступио на снагу 1998. године, садржај тих чланова је брисан. Комисија је укинута, право на представку и надлежност Суда нису више били факултативни, дакле постали су обавезни за све уговорнице. Члан 25 Конвенције у време предмета *Лојзиду* је предвиђао:

„1. Комисија може да прими петиције ... под условом да је висока страна уговорница против које је жалба поднета изјавила да признаје надлежност Комисије да прима такве петиције. Оне високе стране уговорнице које учине овакву изјаву обавезују се да не спречавају на било који начин делотворно вршење овог права.

2. Ова изјава може да се учини за одређени период.“

Такође, у време предмета *Лојзиду*, чл. 46 Конвенције је гласио:

„1. Свака висока страна уговорница може у било које време да изјави да признаје као обавезну *ipso facto* и без специјалног споразума надлежност Суда у свим стварима у вези са тумачењем и применом ... Конвенције.

2. Изјаве горе поменуте могу бити учињене безусловно или под условом реципроцитета ... других високих страна уговорница или на одређени период.“

У оба предмета Суд примењује правила Бечке конвенције о праву међународних уговора (даље у тексту: Бечка конвенција) којима је уређено тумачење међународних уговора. Ова правила су садржана у чл. 31–33 Бечке конвенције. Члан 31 под насловом „Опште правило о тумачењу“ таксативно наводи аутентична средства тумачења. Овде нећу излагати шире о овим правилима, већ само колико је нужно за овај текст.³ Став 1 каже да се уговор мора тумачити добронамерно према обичном (*ordinary*) значењу које се мора дати терминима у уговору у њиховом контексту, а у светлу његовог предмета и циља. Позивом на Оксфордски речник из 1989, Гардинер (*Gardiner*) у књизи о тумачењу међународних уговора каже да „обичан“ укључује значење „редован, нормалан или обичајен“.⁴

³ Види шире R. Etinski, “Means of Interpretation of International Treaties and Determinants of Their Significance“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2017, 1177–1206.

⁴ R. Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford 2008, 164.

Примећује да судови често користе речнике или у техничким областима специјализоване књиге да утврде значење термина.⁵ Тако, Суд се користио речницима да утврди значење речи „право на правичну и јавну расправу“ у предмету *Голдер (Golder)*.⁶ Питање коме је уговор упућен, да ли општој публици или експертској, такође, може бити релевантно за одређивање значења термина.⁷ Наравно, термин може да има више обичних значења и тада обично контекст одређује право значење. Сагласно ст. 2, чл. 31 поред текста, преамбуле и анекса, контекст обухвата и споразуме између свих уговорница и инструменте једне или више страна који се односе на тај уговор и постигнути су, односно учињени у време закључивања уговора. Заједно са контекстом треба узети у обзир, сагласно ст. 3, чл. 31 споразуме постигнуте после закључења уговора који се односе на његову примену или тумачење, праксу примене уговора која указује на постојање униформног разумевања спорног прописа међу свим уговорницама, као и свако релевантно правило међународног права примењиво међу странама. Специјално значење ће бити дато термину, према ст. 4, чл. 31, ако се установи да је то била намера страна.

Комисија за међународно право дала је овом члану наслов „Опште правило о тумачењу“, желећи да истакне да је реч о једном, мада сложеном правилу. Редослед излагања појединих средстава тумачења у чл. 31 не значи хијерархијски однос међу њима. Сви су исте важности. Текст чл. 31 компонован је тако да указује на међуповезаност свих средстава. Комисија је сматрала да приликом тумачења треба применити сва средства наведена у чл. 31, те да ће се њиховом интеракцијом у примени доћи до исправног тумачења.⁸

Члан 32 под насловом „Допунска средства тумачења“ одређује када се користе допунска средства и, примерично, наводи два допунска средства. Допунска средства морају да буду коришћена да би се одредило значење термина, каже чл. 32, када се тумачењем према чл. 31 стиже до двосмисленог или нејасног значења, односно до резултата који је очигледно апсурдан или неразуман. Допунска средства могу да буду коришћена ради потврде значења до кога се дошло применом чл. 31. Имајући у виду да допунска средства могу да се користе увек ради потврде значења до кога се дошло применом чл. 31, Комисија је конста-

⁵ *Ibid.*

⁶ Наведено према R. Gardiner, 168.

⁷ Наведено према R. Gardiner, 173.

⁸ Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session, Geneva, 4 May – 19 July 1966, *The Yearbook of the International Law Commission* 2/1966, 219, para 8. Види о раду Комисије за међународно право о кодификацији ових правила, R. Etinski, “Means of Interpretation and Their Interrelationship“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2016, 9–37.

товала да не постоји ригидна линија у погледу коришћења средстава из чл. 31 и 32.⁹ Као допунска средства, члан помиње само припремене радове (*travaux préparatoires*) и околности у којима је уговор закључен. У допунска средства спада још и пракса примене уговора, када не рефлектује једнако разумевање неког прописа уговора код свих уговорница већ само код неких, *case law*, доктрина водећих правника итд.

У оба предмета, Суд примењује опште правило о тумачењу, изложено у чл. 31 Бечке конвенције као и допунска средства тумачења. У предмету *Банковић*, он се изричито позива на чл. 32 Бечке конвенције, док у *Лојзиду* не помиње тај члан, али примењује допунска средства. Поред тога, примена чл. 31 није потпуно идентична у оба предмета. У предмету *Лојзиду* примењује ст. 1 и 3 (б) тог члана, а у предмету *Банковић* ст. 1 и 3 (б и ц). У предмету *Лојзиду* истиче значај посебних карактеристика Конвенције за њено тумачење, што не чини у предмету *Банковић*.

4. ТУМАЧЕЊЕ У ПРЕДМЕТУ *ЛОЈЗИДУ*

Да би одлучио о приговорима Турске у погледу допуштености представке, односно о томе да ли има надлежност да поступа у том предмету, Суд је морао да одговори на два питања. Прво питање је било да ли се госпођа Лојзиду, односно спорни догађаји налазе у области просторне надлежности Турске како је она одређена чл. 1 Конвенције? Друго питање је да ли су ограничења у једностраним изјавама Турске о ограничавању надлежности Комисије и Суда на њену државну територију валидна. Суд је посветио много више пажње и простора одговору на друго питање, сматрајући то питање, вероватно, сложенијим и тежим.

Одговор на прво питање почиње констатацијом да „иако члан 1 (...) поставља границе досега Конвенције, концепт ‘надлежности’ у том пропису није ограничен на националну територију високе стране уговорнице“.¹⁰ Суд налази потврду за ову тврдњу у свом *case law* као и у предмету и циљу Конвенције. Он се позива на *case law* да би показао да је у ранијим предметима прихватао да уговорница има надлежност у погледу неких дејстава Конвенције ван њене територије. При томе, он наводи предмете који се односе на различите ситуације дејства Конвенције ван националне територије. Једна група предмета односила се на ситуацију када би лице које се налазило на територији уговорнице у случају екстрадиције или протеривања на територију друге државе било изложено у тој другој држави тешком кршењу људских права (*Soering*

⁹ Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session, 220, пар. 10.

¹⁰ *Loizidou*, пар. 62.

v. *the United Kingdom, Cruz Varas and Others v. Sweden, Vilvarajah and Others v. the United Kingdom*). Један предмет тицао се ситуације када су лица ван националне територије могла да буду погођена актом који је орган државе учинио ван националне територије (*Drozđ and Janousek v. France and Spain*).¹¹ У вези са предметом и циљем Конвенције, Суд је нашао да одговорност уговорнице може, такође, да настане када као последица војне акције, законите или незаконите, држава врши ефективну контролу у области изван њене националне територије.¹² Коначно, у погледу аката које је турска војска чинила ван територије Турске, Суд закључује да су такви акти подобни да дођу под „надлежност“ Турске у оквиру значења чл. 1 Конвенције.¹³

Како је Суд дошао до одговора на питање о валидности турских територијалних ограничења? Тражећи информације релевантне за одговор, Суд је консултовао углавном оне изворе на које га је упутио чл. 31 Бечке конвенције. Испитивао је текст директно релевантних прописа чл. 25 и 46, такође, и контекст ових прописа, дакле текст чл. 1 и 63 Конвенције и неке чланове појединих протокола уз Конвенцију, те праксу примене чланова 25 и 46 од стране уговорница. Поред тога, истраживао је праксу примене чл. 36 Статута Међународног суда правде, чији текст је готово идентичан чл. 46 Конвенције. Последња два извора спадају у домен чл. 32 Бечке конвенције, који Суд није поменуо.

Извори које је консултовао Суд у складу са чл. 31 и 32 Бечке конвенције пружали су контрадикторне информације. Текст чл. 25 и 46 Конвенције, преовлађујућа пракса примене тих чланова, текст чл. 64 Конвенције, текст неких чланова у појединим протоколима уз Конвенцију и *case law* у вези са применом чл. 1 упућивали су на закључак да су територијална ограничења неваљана, док су чл. 63 Конвенције и пракса примене чл. 36 Статута Међународног суда правде упућивали на супротан закључак. Суд је објаснио зашто је дао примат информацијама које су упућивале на неваљаност територијалних органичења. У том објашњењу, значајну улогу имало је начело ефикасности које је једна компонента начела добронамерности, као и разматрање предмета и циља Конвенције.

Суд је изашао из оквира чл. 31 Бечке конвенције у овом предмету, те се позвао на посебан карактер Конвенције. Изгледа да је Европски суд за људска права у том позивању био инспирисан резоновањем Суда Европске уније у пресуди од 5. фебруара 1963. у предмету *van Gend &*

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*, пар. 64.

Loos v Netherlands.¹⁴ У том предмету, у коме је Суд Европске уније био питан да ли прописи Уговора о оснивању Европске економске заједнице производе директно правно дејство, Суд Европске уније (тада Европских заједница) указао је на посебне карактеристике тог уговора као релевантне за давање одговора на постављено питање. Он се, такође, позвао на начело ефикасности, и истакао значај чл. 12 Уговора, у вези са којим је постављено питање за остваривање царинске уније. Он је то урадио у вези са питањем које је било од посебног значаја за даљи развој правног система тада Европских заједница и битно је утицао на тај развој. У сличној позицији се нашао Европски суд за људска права у предмету *Лојзиду*. Постављено је изузетно значајно питање да ли је Европски суд надлежан за акте државних органа учињене ван националних граница и Суд је нашао да јесте.

5. ТУМАЧЕЊЕ У ПРЕДМЕТУ *БАНКОВИЋ*

У овом предмету, да би одговорио на питање да ли су се жртве бомбардовања РТС-а налазиле под надлежношћу тужених држава, а сагласно чл. 31 и 32 Бечке конвенције, Суд консултује текст чл. 1 Конвенције, на кога се питање односи, чл. 15 Конвенције као контекст, праксу примене у упоредним ситуацијама, припремне радове, *case law*, упоредне међународноправне акте и праксу и одговарајућу стручну литературу. Тумачећи чл. 1 Конвенције, који гласи: „Високе стране уговорнице обезбедиће свима под њиховом надлежношћу права и слободе дефинисане у одељку I Конвенције”, Суд се концентрисао на утврђивање значења термина *под њиховом надлежношћу*. Тражио је њихово обично значење, анализирајући релевантну међународноправну литературу и стигао до закључка да иако међународно право не искључује вршење од стране државе надлежности екстратериторијално, основе такве надлежности су дефинисане и ограничене сувереним територијалним правима других држава.¹⁵ Дакле, компетенција државе да врши надлежност над својим држављанима у иностранству потчињена је територијалној компетенцији друге државе. Поред тога, држава не сме стварно вршити своју надлежност на територији друге државе без сагласности те државе, изузев ако се не ради о ратној окупацији.¹⁶ Упориште за тумачење да *под њиховом надлежношћу* значи на територији државе уговорнице, Суд налази у припремним радовима, као и у чл. 2 (1) Међународног пакта о грађанским и политичким правима, који из-

¹⁴ Предмет 26–62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration*, пресуда од 5. фебруара 1963. године.

¹⁵ *Vlastimir and Borka Bankovic and other*, пар. 59.

¹⁶ *Ibid.*

ричито каже: „у оквиру њене територије и под њеном надлежношћу“. У пракси примене Конвенције не налази доказе супротног разумевања уговорница. Консултујући раније своје предмете, Суд је констатовао да је сматрао да Конвенција може да производи дејство ван националне територије, да су то изузеци од правила и да се односе на ситуације које нису упоредиве са бомбардовањем РТС-а.

6. УПОРЕДНА АНАЛИЗА ТУМАЧЕЊА ЧЛАНА 1 КОНВЕНЦИЈЕ У ПРЕДМЕТИМА *ЛОЈЗИДУ* И *БАНКОВИЋ*

У року од шест година, дакле између 1995. и 2001, Суд је различито тумачио чл. 1 Конвенције у предметима *Лојзиду* и *Банковић*. У погледу права, релевантних правних извора, правила тумачења није било промена. Суд је настојао да објасни зашто је тумачење у предмету *Банковић* било супротно оном у предмету *Лојзиду*, када је Суд експлицитно рекао да сагласно концепту „надлежности“ у чл. 1 Конвенције, одговорност државе може настати у погледу аката и догађаја изван граница државе.¹⁷ Суд је инсистирао на разлици у чињеницама. Посредством присуства својих трупа на Северном Кипру, Турска је имала пуну ефективну контролу над Северним Кипром. Чланице НАТО које су учествовале у агресији на Југославију нису имале своје трупе на територији Југославије, дакле нису вршиле пуну контролу територије. Услов важења Конвенције, по мишљењу Суда, је да држава врши потпуну и делотворну контролу над неком територијом, да би лицима на тој територији обезбедила сва права и слободе зајемчене Конвенцијом. Суд није прихватио тезу подносилаца представке да садржај и обим обавезе уговорнице у погледу поштовања права и слобода може да буде сразмеран обиму контроле коју уговорница врши.¹⁸

Овакво резонавање Суда може да има смисла, али оно није нужно у складу са чл. 15 (1) Конвенције. Ставом 1, чл. 15 предвиђено је да у доба рата или друге јавне опасности која прети опстанку нације, страна уговорница може да предузме мере које одступају од њених обавеза по Конвенцији у нужној мери коју тражи ситуација, с тим да мере не буду у нескладу са другим обавезама према међународном праву. Уговорнице су, дакле, предвиделе ситуације у којима уговорнице не извршавају неке обавезе установљене Конвенцијом. Два су могућа разлога суспензије: први, разлози одбране захтевају да се суспендују нека права и слободе и други, ситуација рата не омогућава држави да врши све своје функције као у доба мира, те отуда држава не може да извршава неке обавезе пре-

¹⁷ *Loizidou*, пар 87.

¹⁸ *Vlastimir and Borka Bankovic and other*, пар. 75.

узете Конвенцијом. Заиста, у време трајања оружаног сукоба на територији на којој се он одвија, разумљиво је да држава не може да извршава своје обавезе, на пример, у погледу слободe окупљања и сл.

У предмету *Исајева (Isayeva)* појавио се чињенични склоп који је био између релевантних чињеница у *Лојзиду* и *Банковић*. Суд је пресудио о представци подносилаца без улажења у питање да ли је Русија имала надлежност и ако јесте какву надлежност је имала у области у којој се догађај десио. Руске снаге су 4. фебруара 2000. године артиљеријом бомбардовале чеченско село у коме су се налазили чеченски борци и којом приликом су погинули чеченски цивили. Суд је нашао да је Русија одговорна за повреду права на живот тих цивила.¹⁹ Руске трупе су се тада налазиле у Чеченији на неким локацијама, али оне нису контролисале целокупну територију Чеченије. Оне свакако нису контролисале то село у коме су се налазили чеченски борци. Чињенична ситуација у овом предмету била је негде између оне у *Лојзиду* и *Банковић*. Основна разлика је била у томе што су се жртве у предмету *Банковић* налазиле изван територија уговорница, а у предмету *Исајева* на територији уговорнице.

Поред ове чињеничне разлике, у предметима *Лојзиду* и *Банковић* постојала је разлика у оријентацији тумачења. У оба предмета Суд је могао да тумачи релевантна правна правила на супротан начин. Дакле, у погледу тумачења чл. 1 у предмету *Лојзиду* били су доступни сви извори на којима је Суд у предмету *Банковић* засновао тумачење: стручна литература о надлежности у међународном праву, припремни радови Конвенције, чл. 2 Међународног пакта о грађанским и политичким правима. Суд није користио ове изворе, већ је консултовао свој *case law* и позвао се на предмет и циљ конвенције. Да је дао примат чл. 63 Конвенције, који је дозволио уговорницама да из примене Конвенције искључе своје колоније, као и пракси примене чл. 36 Статута Међународног суда правде која је дозвољавала територијална ограничења у једностраним изјавама о прихватању надлежности, Суд је могао у предмету *Лојзиду* да нађе да су турска територијална ограничења надлежности Комисије и Суд валидна, те је могао да одбије представку као недозвољену. У предмету *Банковић* Суд је могао да потражи значење речи *под њиховом надлежношћу* у обичним речницима у којима се каже да реч „надлежност“ значи „власт, овлашћење, контрола“.²⁰ Могао је да умањи значај припремних радова позивом на став Суда из предмета *Лојзиду* да намере странака изречене пре више деценија не могу да имају одлучујући значај, те да Суд тумачи Конвенцију у складу

¹⁹ *Isayeva v. Russia*, (пред. бр. 57950/00) пресуда од 24. фебруара 2005.

²⁰ <http://www.dictionary.com/browse/jurisdiction>

са садашњим околностима.²¹ Могао је у свом претходном *case law* да нађе доказе да је и раније Суд прихватао дејство Конвенције ван националне територије, како је то урадио у предмету *Лојзиду*, уместо да те раније случајеве тумачи као ограничену групу изузетака. Могао је да нагласи посебне карактеристике Конвенције и нагласи важност начела ефикасности. Дакле, у предмету *Банковић*, Суд је могао да тумачи чл. 1 Конвенције једнако убедљиво у правцу да Суд има надлежност над бомбардовањем РТС-а.

7. ПОКУШАЈ ОБЈАШЊЕЊА РАЗЛИЧИТИХ ПРИСТУПА СУДА У ПРЕДМЕТИМА *ЛОЈЗИДУ* И *БАНКОВИЋ*

У предмету *Лојзиду*, Суд је градио екстензивно тумачење чл. 1 и прописа о својој надлежности. У предмету *Банковић*, Суд је ишао ка рестриктивном тумачењу.²² Велики међународни правник и судија Међународног суда правде Лаутерпахт (*Lauterpacht*) писао је 1949. године да правила о тумачењу нису по правилу оно што детерминише судску одлуку, већ да су она само форма у коју судија огрће своју одлуку до које је дошао другим средствима. Елегантно је и инспирише поверење да се закључак у погледу значења уговора обуче у одећу правила о тумачењу. Заблуда је, каже даље овај аутор, веровати да постојање правила о тумачењу спасава од арбитрерности или пристрасности. Избор једног правила о тумачењу или више њих врши се независно од правила тумачења и ослања се на разматрање добронамерности, правде или јавне политике у оквиру орбите изражене или имплициране намере страна.²³ Ове констатације могу бити стресне и разочаравајуће за међународне правнике, али оне су тачне у значајном броју, ако не баш у свим случајевима тумачења међународних уговора.

У идеалној ситуацији, информације које суд прикупља из различитих извора појављују се у потпуном складу. Оно што су уговорнице хтеле, а то се види у припремним радовима, преточиле су у текст уговора, то су рекле и у споразумима или једностраним актима који су учињени у вези са уговором у време његовог закључивања. Оне су у то време имале у виду релевантна правила међународног права и ускладиле су своју намеру са тим правилима. Пошто су своју намеру сасвим јасно изразиле у тексту уговора, оне потпуно једнако разумеју текст, те примена угово-

²¹ *Vlastimir and Borka Bankovic and other*, пар. 64.

²² А. Orakhelashvili, “Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights“, *European Journal of International Law* 2003, 529–568.

²³ Н. Lauterpacht, “Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties“, *British Yearbook of International Law* 1949, 53.

ра рефлектује њихово једнако разумевање уговора. Отуда информације потребне за одговор на постављено питање, које се могу наћи у свим тим изворима, су у потпуно хармоничном односу. Међутим, тако идеална ситуација се врло често не догађа, а када су у питању легислативни уговори, који ће се примењивати на велики број ситуација у дужем временском периоду, она највероватније не може ни да настане.

Погледајмо, на пример, баш Европску конвенцију о људским правима. Она је усвојена 1950. године, када не само да није постојао интернет, већ није постојала ни идеја о интернету. Дакле, творци Европске конвенције нису могли ни да замисле примену Европске конвенције на питања везана за интернет и људска права. Али, није само објективна немогућност да се у време закључења уговора предвиде све ситуације у којима ће се уговор примењивати узрок проблема. Постоје и други разлози. Често уговорнице уговором остварују више циљева који не морају бити у пуној хармонији, те се та објективна дисхармоничност међу циљевима изражава извесном дисхармонијом у самом тексту уговора.²⁴ Понекад, уговорнице недовољно јасно изразе своју намеру у тексту уговора. Или, уговорнице нису постигле стварну сагласност око неке ствари, па намерно сачине нејасан пропис, да свака може да га тумачи сагласно свом интересу. Догађа се, не тако ретко, због ових и других разлога, да информације релевантне за одговор на постављено питање, које суд налази у различитим изворима, нису у хармонији, већ се показују као противречне. У таквим ситуацијама, суд настоји да нађе неки начин да их усагласи, али на крају суд даје превагу једном извору над другим. Тако, на пример, Стални суд међународне правде је питан да ли је рад у пољопривреди у надлежности Међународне организације рада.²⁵ Ниједан пропис XIII дела Версајског мировног уговора из 1919. године, који је тада чинио оснивачки акт Међународне организације рада, није давао директан и експлицитан одговор, али неки прописи су упућивали на закључак да је Организација основана једино због заштите радника у индустрији. Међутим, циљ оснивања Организације, наведен у преамбули, био је да се кроз остваривање социјалне правде, путем заштите најамних радника, обезбеди универзални мир. У то време, у годинама после Првог светског рата, више од половине укупно запослених најамних радника радило је у пољопривреди. Стални суд међународне правде је сматрао да овај циљ упућује на закључак да надлежност Организације покрива и заштиту

²⁴ Тако, на пример, поједини прописи Статута Међународног кривичног суда су у извесном нескладу који потиче од различитих циљева које се желе постићи Статутом. Види Р. Етински, „Тумачење Статута Међународног кривичног суда“, *Суверенитет и рад међународних судова*, (ур. С. Ного), Тара 2018, 65–77.

²⁵ *Competences of the International Labour Organization concerning the Conditions of Labour in Agriculture*, 1922 PCIJ Series B, No 2.

радника у пољопривреди, јер без тога се циљ не би могао остварити, те је дао такав одговор, упркос постојању конкретних прописа који су упућивали на супротан одговор. Дакле, Стални суд се суочио са две супротне информације, једне која је долазила из преамбуле, и друге, која је долазила из неких прописа у тексту XIII дела Версајског мировног уговора, и дао је предност информацији из преамбуле.

Не постоје правила у чл. 31–33 Бечке конвенције која би решила овакве конфликтне ситуације. Комисија за међународно право је сматрала да су сва средства наведена у чл. 31 исте важности, да редослед њиховог навођења не изражава хијерархијски однос међу њима, већ логичан пут процеса тумачења, који почиње текстом релевантног прописа уговора, а завршава другим правилима међународног права која су релевантна за то питање и која важе међу странама. Овај став Комисије представљао је миреша три различита приступа тумачењу: текстуалног, оног који је сматрао да је откривање намере најважније и телеолошког. И у самој Комисији су постојале разлике између чланова Комисије око важности појединих средстава, па је такав став био на неки начин и компромис унутар Комисије. Тај компромис је био прихватљив и на Конференцији у Бечу 1969. године, јер су и међу државама постојале разлике у погледу валоризације појединих средстава. Комисија за међународно право је сматрала да суд треба да примени сва средства из чл. 31, те да ће примена свих тих средстава у њиховој интеракцији довести до исправног тумачења. Направљена је извесна разлика између средстава предвиђених чл. 31 и средстава предвиђених чл. 32, утолико што тумач мора да користи средства из чл. 32 једино ако примена средстава из чл. 31 не доведе до потпуно јасног значења. Чињеница да тумач, по замисли Комисије, треба увек да примењује сва средства из чл. 31, а само у случају неуспешне примене тих средстава да примењује средства из чл. 32, даје првима већу важност. Међутим, та већа важност је релативизиована чињеницом да чл. 32 дозвољава примену допунских средстава и када примена чл. 31 доведе до потпуно јасног значења. Компромис у погледу једнаке важности свих средстава није оставио место за питање шта радити када поједини извори из чл. 31 пружају контрадикторне информације релевантне за одговор на постављено питање. Објашњење да треба применити сва средства и да ће њихова интеракција довести до исправног тумачења, не даје одговор на то питање.

Дакле, давање примата једном средству над другим је ствар судског дискреционог одлучивања. Још већи проблем је што судови не тако ретко не користе све изворе и методе предвиђене чл. 31 и 32 Бечке конвенције, а који су им доступни, већ бирају неке међу њима. У литератури се зато испитује пракса тумачења, како би се евентуално установили

неки објективни фактори одређења извесне хијерархије између средстава тумачења, како би се повећала предвидљивост резултата примене правила о тумачењу.²⁶

Ј. Паувлин (*J. Pauwelyn*) и М. Есих (*M. Elsig*) наводе низ фактора који одређују тумачење уговора. Ту спадају карактеристике самог уговора, његова општост, односно конкретност, те, како кажу, величина интерпретативне заједнице, као и степен развијености концепција и вредности коју та заједница дели. Ту је однос трибунала и странака, односно да ли су странке повериле трибуналу надлежност да решава један спор о минулом догађају, или су му повериле надлежност да решава неограничени број спорова у будућности, колико рад трибунала побуђује пажњу страна и шире публике, колика је та шира публика, како се конституише суд и бирају судије, да ли су реизборне, лична својства судија, правна традиција којој припадају, како судије виде суд и међународно право, претходна искуства, политичка и идеолошка припадност, да ли стране могу да врше неку *ex post* контролу над интерпретативном праксом и др.²⁷ Занимљиво је да је у великом већу у предмету *Банковић* било троје судија из великог већа у предмету *Лојзиду*. У предмету *Лојзиду*, одлука је донета већином 16:2. У предмету *Банковић*, одлука је донета једногласно. Троје судија који су учествовали у оба предмета гласали су за одлуку у оба предмета.

У књизи *Тумачење споразума и светски јавни поредак*, из 1967. године, МекДугал, Ласвел и Милер (*McDougal, H. D. Lasswell and J. C. Miller*) износе мишљење да је опасно фиксирати крута правила тумачења уговора, те да приликом тумачења уговора треба имати у виду велики број релевантних фактора, укључив светске социјалне процесе и светске процесе моћи.²⁸

8. АНАЛИЗА ТУМАЧЕЊА У ПРЕДМЕТИМА ЛОЈЗИДУ И БАНКОВИЋ У СВЕТЛУ УНИВЕРЗАЛНИХ ВРЕДНОСТИ

Гроцијус (*Grotius*) је увео вредности у тумачење међународних уговора. У тротомном делу *О праву рата и мира*, из 1625. године, које се убраја у литературу на основу које је конституисано класично међународно право, у другој књизи, у поглављу XVI, посвећеном тумачењу међународних уговора, Гроцијус запажа да многе речи имају више зна-

²⁶ Види о овоме шире Р. Етински, (2017), 1177–1206.

²⁷ J. Pauwelyn, M. Elsig, *The Politics of Treaty Interpretation: Variations and Explanation Across International Tribunals*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1938618.

²⁸ M. S. McDougal, H. D. Lasswell and J. C. Miller, *The Interpretation of Agreements and World Public Order*, 1967, 96.

чења, од којих су нека стриктна и прецизна, а друга лабава и широка.²⁹ Он сматра да избор ширег или ужег значења треба да зависи од природе обавезе. Повољне обавезе (*favourable*) захтевају широко значење. Одиозне (*odious*) обавезе захтевају уско значење.³⁰ Повољне су оне обавезе, каже Гроцијус, које у себи носе једнакост, и поштовање заједничке предности (*the common Advantage*) и што је више унапређују, повољније су. Повољније су оне у корист мира од оних у корист рата.³¹ Пуфендорф³² (*Pufendorf*) и Вател³³ (*Vattel*) преузимају и настављају Гроцијусово разумевање улоге вредности у тумачењу међународних уговора.

Европски суд за људска права не позива се често на вредности у својим одлукама. То не значи да вредности не утичу на тумачење Конвенције. Вредности су изражене у праву уговорница, међународном праву и актима Савета Европе, дакле у изворима које Суд консултује у процесу тумачења Конвенције. Оне су присутне у судском резонувању. Летсас (*Letsas*) сматра да управљање по вредносном компасу руководи Суд у Стразбуру у тумачењу Конвенције и примени правила тумачења из Бечке конвенције.³⁴ Када расправља питања слободе изражавања, каже овај аутор, Суд се руководи тиме како ће се његова одлука одразити на функционисање демократије.³⁵ Он је свестан плуралности у разумевању ствари везаних за тумачење, те каже да се расправа води и о улози међународних судова за људска права. Неки сматрају да ови међународни судови немају легитимитет да намећу обавезе државама на које ове нису експлицитно пристале. Други тврде да је суверенитет државе инхерентно ограничен начелима љуских права и да међународни судови не делују нелегитимно када намећу обавезе које државе никада нису намеравале или очекивале да имају.³⁶ Имајући у виду одредницу о Конвенцији као уставном инструменту европског јавног поретка у области људских права, те солидарност у извршавању преузетих обавеза, истакнути у преам-

²⁹ Н. Grotius, *The Rights of War and Peace*, 1625, превео са латинског на енглески Ј. Barbaugas, (1738), дигитализовано у *the Internet Archive* у 2011, друга књ., гл. XVI, пар. IX, 356, <https://archive.org/details/rightsofwarpeace00grot>

³⁰ *Ibid.*, пар. XII, 357.

³¹ *Ibid.*, пар. X, 356.

³² S. Pufendorf, *Of the Law of Nature and Nations*, translated by B. Kennett (1729) b. V, ch. XII, at 542, 543, пар. XII, XIII, <https://archive.org/details/oflawofnaturenat00pufe>.

³³ E. Vattel, *The Law of Nations or Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, from the new edition by J. Chitty (1852) b. III, ch. XVII, at 363, пар. 300. <https://ia800203.us.archive.org/19/items/lawofnationsorpr00vatt/lawofnationsorpr00vatt.pdf>.

³⁴ G. Letsas, “Strasbourg’s Interpretative Ethic: Lessons for the International Lawyer“, *European Journal of International Law* 3/2010, 509–542.

³⁵ *Ibid.*, 510.

³⁶ *Ibid.*, 511.

були Конвенције, Суд најчешће не намеће државама обавезе које већина уговорница није намеравала или очекивала да има.³⁷

Вредносни оквир који би могао бити релевантан за евалуацију тумачења у предметима *Лојзиду* и *Банковић* могао би да се конституише на следећи начин. У преамбули Статута Савета Европе, чланице су, између осталог, „потврдиле своју посвећеност духовним и моралним вредностима које чине заједничко наслеђе њихових народа и истински извор индивидуалне слободе, политичке слободе и владавине права, начела која чине основу сваке праве демократије“. Члан 2 Уговора о Европској Унији наводи вредности на којима је заснована Европска унија, те у њих убраја поштовање људског достојанства, слободу, демократију, једнакост, поштовање људских права, укључив права лица која припадају мањинама.

Још пре Другог светског рата преовлађивало је мишљење међу државама да су људска права унутрашња ствар државе, те да се међународна заједница бави људским правима једино када је то неизоставно ради очувања мира и стабилности. Управо је то био разлог установљавања система заштите мањина у оквиру Друштва народа, односно разлог оснивања Међународне организације рада. Током Другог светског рата, такво мишљење је промењено, јер је уочена општа повезаност људских права и универзалног мира, те Универзална декларација о људским правима из 1948. године, која се сматра каменом темељцем савремених људских права, почиње речима: „Будући да је признање урођеног достојанства и једнакости и неотуђивих права свих чланова људске породице темељ слободе, правде и мира у свету...“

У вези са овим тесно је повезан чл. 28 Декларације који гласи: „Свако је овлашћен на друштвени и међународни поредак у коме ће права и слободе изложене у овој Декларацији моћи потпуно да буду остварена“. Тим прописом је положен темељ концепту владавине права у међународним односима, у међународној заједници. Можда би било претерано да се каже да је чл. 28 Декларације признато сваком појединцу право на одређен социјални и међународни поредак. То би могло да звучи утопистички. Али, могло би да се каже да чл. 28 поставља једну темељну вредност савремене међународне заједнице која би могла да буде релевантна за тумачење уговора о људским правима.

Европска конвенција о људским правима надовезује се на Универзалну декларацију о људским правима. Прва два става преамбуле Европске конвенције гласе: „Имајући у виду Универзалну деклара-

³⁷ R. Etinski, “Subsequent Practice in the Application of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as a Means of its Interpretation“, R. Keča (ed.), *Thematic Collection of Papers, Harmonisation of Serbian and Hungarian Law with the European Union Law* 2015, 17–36.

цију о људским правима коју је Генерална скупштина Уједињених нација прогласила 10. децембра 1948; Имајући у виду да ова Декларација има за циљ да обезбеди опште и делотворно признање и поштовање права прокламованих у њој“. Дакле, уговорнице и преамбули Конвенције говоре о општем и делотворном признању и поштовању људских права. Не би требало да буде сумње да Универзална декларација треба да буде присутна у тумачењу Европске конвенције о људским правима. Треба имати у виду да међународно хуманитарно право и нарочито Женевске конвенције из 1949, као и два протокола из 1977. имплементирају начело човечности у околности оружаних сукоба. Коначно, треба имати у виду општа обичајна правила о одговорности државе, према којима држава одговара за акте својих органа.

Према томе, намера уговорница Конвенције изражена у чл. 1 Конвенције, као и у чл. 2 Међународног пакта о грађанским и политичким правима, да обезбеде зајемчена права и слобода свима на њиховим територијама је, наравно, релевантна, али није једина релевантна намера изражена од стране уговорница. Уговорнице су изразиле своје намере и приликом гласања у Генералној скупштини УН за Универзалну декларацију о људским правима у погледу стварања међународног поретка који ће свим појединцима обезбедити коришћење права и слобода, приликом прихватања Женевских конвенција из 1949. у погледу примене људских права у оружаним сукобима, те прећутним прихватањем општих правила о одговорности државе у погледу одговорности државе за акте њених органа.

Имајући у виду што је горе изнето, термин *под њиховом надлежношћу* ваљало би широко тумачити, тако да обухвата и лица изван територија уговорница која су погођена актима уговорница, без обзира на то где су ти акти извршени.

9. ЗАКЉУЧАК

Примењујући иста правила тумачења међународних уговора, како су она кодфикована у чл. 31 и 32 Бечке конвенције о праву међународних уговора, на тумачење чл. 1 Европске конвенције о људским правима, и дајући одговор на исто питање о дејству Конвенције ван територија држава уговорница, у предмету *Лојзиду* 1995. године и у предмету *Банковић* 2001. године Европски суд за људска права даје два супротна одговора. Изворе које је Суд консултовао и методе које је применио, позивајући се на прописе о тумачењу у Бечкој конвенцији о праву међународних уговора, пружали су различите, супротне информације релевантне за одговор. Европски суд стиже до различитих тумачења тако

што у једном предмету даје предност неким средствима тумачења, а у другом предмету даје предност другим средствима тумачења. У првом предмету, Суд придаје одлучујући значај предмету и циљу Конвенције, као и посебној природи Конвенције и еволутивном тумачењу. У другом предмету, Суд даје одлучујућу важност припремним радовима, упоредној пракси и посебној функцији чл. 1 Конвенције.

Хуго Гроцијус, један од отаца класичног међународног права, је у другој књизи свог знаменитог дела *О праву рата и мира*, у првој половини XVII века указао на релевантност вредности у тумачењу међународних уговора. Иако се не може рећи да су вредности једини компас којим се руководи Европски суд за људска права у тумачењу Европске конвенције о људским правима, вредности имају значајну улогу у тумачењу Конвенције. Два предмета који су анализирани у овом тексту показују, међутим, да вредности нису једини и искључиви контролор тумачења.

С обзиром на значај и функцију чл. 1 Европске конвенције о људским правима, релевантне би биле оне вредности које одређују међународну позицију и функцију људских права. Те вредности инспиришу преамбулу Универзалне декларације о људским правима, као и чл. 28 Декларације. Преамбула повезује поштовање људских права са слободом, правдом и миром у свету. Члан 28 Декларације прокламује да свако има право на социјални и међународни поредак у коме ће моћи да оствари и заштити своја права. Ови прописи би требало да инспиришу свако тумачење људских права. Европска конвенција о људским правима се позива у преамбули на Универзалну декларацију о људским правима. Дакле, судије Европског суда за људска права могу да узму у обзир поруке Универзалне декларације и треба то да чине. Оне заиста то понекад чине, али не увек.

Вредности које стоје иза преамбуле Универзалне декларације о људским правима и чл. 28 те Декларације траже широко тумачење чл. 1 Европске конвенције о људским правима, онакво какво је Суд дао у предмету *Лојзиду*.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. *Competences of the International Labour Organization concerning the Conditions of Labour in Agriculture*, 1922 PCIJ Series B, No 2;
2. De Vattel, Emer, *The Law of Nations or Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, from the new edition by J. Chitty, 1852, <https://ia800203.us.archive.org/19/items/lawofnationsorpr00vatt/lawofnationsorpr00vat.pdf>;

3. Етински, Родољуб, “Means of Interpretation and Their Interrelationship“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2016;
4. Етински, Родољуб, “Means of Interpretation of International Traeties and Determinants of Their Significance“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2017;
5. Етински, Родољуб, “Subsequent Practice in the Application of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as a Means of its Interpretation“, ур. Р. Кеча (ed.), *Thematic Collection of Papers, Harmonisation of Serbian and Hungarian Law with the European Union Law* 2015;
6. Етински, Родољуб, „Тумачење Статута Међународног кривичног суда“, *Суверенитет и рад међународних судова*, ур. С. Ного, Тара 2018;
7. Grotius, Hugo, *The Rights of War and Peace*, 1625, превео са латинског на енглески J. Barbaugac, (1738), дигитализовано у the Internet Archive у 2011, друга књ., гл. XVI, пар. IX, <https://archive.org/details/rightsofwarpeace00grot>;
8. Lauterpacht, Hersch, “Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties“, *British Yearbook of International Law* 1949;
9. Letsas, George, “Strasbourg’s Interpretative Ethic: Lessons for the International Lawyer“, *European Journal of International Law* 3/2010;
10. McDougal, Myris, Lasswell, Harold, Miller, James, *The Interpretation of Agreements and World Public Order*, New Haven and London, Yale University Press 1967;
11. Orakhelashvili, Alexander, “Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights“, *European Journal of International Law* 2003;
12. Pauwelyn, Joost, Elsig, Martin, *The Politics of Treaty Interpretation: Variations and Explanation Across International Tribunals*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1938618;
13. Pufendorf, Samuel, *Of the Law of Nature and Nations*, translated by B. Kennett 1729. <https://archive.org/details/oflawofnatureat00pufe>;
14. Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session, Geneva, 4. May – 19. July 1966, *The Yearbook of the International Law Commission*, 2/1966.

Судске одлуке

1. *Isayeva v. Russia*, (пред. бр. 57950/00), пресуда од 24 фебруара 2005;
2. *Loizidou v. Turkey*, (пред. бр. 15318/89), пресуда од 23. марта 1995;
3. *Vlastimir and Borka Bankovic and other v. Belgium and others* (пред. бр. 52207/99, Одлука о допуштености, ВВ, 12. децембар 2001;
4. Предмет 26–62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration*, пресуда од 5. фебруара 1963. године.

Full Professor Rodoljub Etinski, LL.D.

Faculty of Law, University of Novi Sad

LOIZIDOU AND BANKOVIC: CONTRARY INTERPRETATIONS OF ARTICLE 1 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND UNIVERSAL VALUES

Summary

The European Court of Human Rights (hereinafter: the ECtHR or the Court) has applied the same rules on interpretation of international treaties, as they are codified in Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties to interpretation of Article 1 of the European Convention on Human Rights (hereinafter: the Convention) in the cases *Loizidou* 1995 and *Bankovic* 2001. The Court interpreted Article 1 to answer the same question about extraterritorial effects of the Convention in both cases. Article 1 reads: “The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.” The focus was on the words “within their jurisdiction”. By applying the same rules on interpretation on the same provision of the Convention, the ECtHR gave two different answers to the same question. The rules on interpretation of international treaties do not exclude a possibility of contrary outcomes of the process of interpretation. They leave enough broad discretion to an interpreter to choose one among possible interpretations. Choosing among available means of interpretation and attributing different significance to some of them, an interpreter chooses one among possible interpretation. Having emphasized importance of the purpose and object of the Convention and particular nature of the Convention in the *Loizidou* case, the Court found that “the concept of ‘jurisdiction’ under Article 1 is not restricted to the national territory of the High Contracting Parties” (para. 62). Shifting emphasize to the preparatory work, the comparative practice and the particular function of Article 1 in the Convention in the *Bankovic* case, the Court came to the opposite interpretation.

The different choice of the European Court of Human Rights in the two cases is considered in the light of universal values. The preamble of the Universal Declaration on Human Rights and its Article 28 can and should constitute the framework of relevant values. The framework requires a broad interpretation of Article 1 of the European Convention on Human Rights.

Key words: *Interpretation; European Convention on Human Rights; Jurisdiction.*