

*Др Сања Бајић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду*

НАКНАДА НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ У ПОСТУПКУ ПРЕД ЕВРОПСКИМ СУДОМ ЗА ЉУДСКА ПРАВА: КИПАР ПРОТИВ ТУРСКЕ¹

Сажетак: У раду је даи приказ недавно донете одлуке Евројској суда за људска права у предмету Кипар против Турске. То је први међународни спор у којем је досуђена накнада штете и то за моралну штету коју су прејимала лица на подручју северној Кипра. Након прелета основних чињеница и захтева у овом предмету, аутор посматра проблем у шири контексти међународној права анализирајући инстинктивни моралне штете у оштри међународном праву и у пракси Међународној суда правде, Евројској суда за људска права и у инвестиционој арбитражи. Међународни судови различито одређују накнаду за моралну штету те се она креће од деклараторних пресуда до високих новчаних износа. Посебно ишање које је у раду обрађено је ишање казнене одштете те да ли морална штета у одређеним случајевима има функцију казне за одговорну државу. Док је оштри међународно право ближе ставу да међународно право не познаје казнену штету мишљења појединих арбитража и судија Евројској суда за људска права доушита ипакво тумачење.

Кључне речи: Кипар против Турске – Евројски суд за људска права – морална штета – накнада штете – казнена штета

Увод

У мају 2014. године Европски суд за људска права је први пут у својој историји досудио накнаду нематеријалне (моралне) штете у једном међународном спору. Међународни спорови су пред овим Судом заиста рет-

¹ Рад је настао као резултат рада на пројекту „Теоријски и практични проблеми у стварању и примени права (ЕУ и Србија)“ чији је носилац Правни факултет Универзитета у Новом Саду. Назив пријављене теме истраживача: *Улога међународној правосуђа у решавању спорова.*

кост у поређењу са споровима по тужбама појединаца. До данас је пред овим Судом донето око 17.000 пресуда.² Међутим, у међудржавним споровима донето је тек пет пресуда Суда и пет мишљења Комитета министара, што чини, дакле, тек десет мериторно окончаних предмета у међудржавним споровима.³ Иако ова статистика може објаснити зашто раније није било пресуда са накнадом моралне штете у споровима по тужби држава, ова пресуда ипак сведочи о развоју заштите људских права у погледу накнаде штете јер отвара нове могућности обештећења жртава. Пресуда у предмету Кипар против Турске⁴ поново ставља у фокус и међудржавне спорове и институт нематеријалне штете у међународном праву.

У овом раду ћемо се прво осврнути на чињенице и основна правна питања у предмету Кипар против Турске, а потом ћемо покушати да, у ширем контексту, отворимо питање развоја института нематеријалне штете у међународном праву и како је овај институт прихватио и применио Европски суд за људска права.

Кипар против Турске:⁵ основне чињенице

Кипарски проблем је већ довољно познат јавности. Кипар је стекао независност од Уједињеног Краљевства 1960. године, а 1974. године долази до сукоба између припадника турске и грчке етничке групе на Кипру и покушаја државног удара који организују грчки десничари ради уједињења са матицом, Грчком. Након тога Турска ће извршити инвазију на Кипар и окупирати трећину њене територије бранећи напад својим правом да заштити турску мањину на Кипру. Овај напад Турске су осудиле скоро све државе и Уједињене нације као акт агресије. Скоро деценију касније, 1983. године, проглашена је Турска Република Северни Кипар када је донета декларација о независности, али до данас је Турска једина држава која је признала овај део окупиране територије као самосталну државу. Након

² Преглед праксе Европског суда за људска права (Overview of the ECHR 1959-2013), http://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592013_ENG.pdf, 7. октобар 2014.

³ По некадашњем систему Комитет министара је, према тадашњем члану 32 Европске конвенције, доносио одлуку о постојању повреде, уколико предмет није био изнет пред Суд. На тај начин је Комитет министара практично обављао судску функцију, све до велике реформе европског система за заштиту људских права, 1. новембра 1998. године ступањем на снагу Протокола бр. 11. Из овог разлога је ових пет мишљења Комитета министара изједначено са пресудама Суда јер се у тим мишљењима Комитет министара изјашњавао о повредама Конвенције.

⁴ *Cyprus v Turkey* (IV), App. No. 25781/94, Пресуда Суда којом се установљава одговорност тужене државе за повреду Конвенције од 10. маја 2001. године и друга пресуда Суда којом се изриче накнада нематеријалне штете од 12. маја 2014.

⁵ *Cyprus v Turkey* (IV), App. No. 25781/94, Пресуда Великог већа од 12. маја 2014.

проглашења независности грчки Кипрани су почели да воде судске поступке против Турске због повреде људских права и најчешће због повреде права на имовину. Истим поводом је 1994. године покренут и један међудржавни спор када је Кипар тужио Турску због повреде права кипарских држављана грчког етничког порекла на Кипру. Велико веће је донело пресуду 2001. године утврдивши повреде права на живот, забране мучења и права на личну безбедност у погледу 1500 несталих лица као и оних лица која су остала у енклави у области коју контролише Турска. У том моменту Велико веће није било спремно да досуди накнаду штете већ је то питање остављено за политичке преговоре који су били нужни и због ширег решавања кипарског проблема. Како до тога није дошло, Кипар је поново покренуо поступак 2010. године, овај пут ради накнаде штете. У мају 2014. године Велико веће је и досудило накнаду нематеријалне штете у износу од 90 милиона евра. Ово је први пут у историји Суда да је досуђена накнада штете у једном међудржавном спору која истовремено представља и највиши износ накнаде нематеријалне штете досуђен у пракси Суда.

У овом спору је покренуто неколико значајних питања који су сигурно имали утицаја на доношење коначне пресуде о накнади. Турска је сматрала да је захтев недопуштен јер је прошло више од девет година од доношења претходне пресуде пре него што се Кипар одлучио да понови свој одштетни захтев. Суд је одбио овај приговор уз образложење да овде није било неоправданог одлагања решавања накнаде штете јер су разлози били вишеструки, са константним настојањима Кипра да обезбеди накнаду штете пред Комитетом министара, уз чињеницу да се у међувремену стране нису договориле о обештећењу. Турска је оспорила и право Кипру да тражи накнаду штете у име жртава. Ово је свакако значајно питање јер се отворила расправа о тумачењу члана 41. Европске конвенције и надлежности Суда. Суд је остао непоколебљив закључивши да је члан 41. Конвенције заправо израз општег међународног права јер прописује последице одговорности. Члан 41. говори о правичном задовољењу (*just satisfaction*) али оно свакако обухвата различите обавезе одговорне државе, од повраћаја у пређашње стање до предузимања индивидуалних и општих мера, где индивидуалне мере могу обухватити накнаду материјалне и нематеријалне штете. Посебно је питање да ли је Кипар овлашћен да тражи ову накнаду штете или ово право припада само жртвама? Суд прво закључује да се одредбе члана 41. једнако примењују и на међудржавне спорове те да ништа у овој одредби не сугерише другачије.⁶ Ипак, Суд закључује да се накнада досуђује због повреде коју је претрпео појединац и да служи упра-

⁶ *Ibid.*, став 43.

во обештећењу жртве.⁷ Позивајући се и на Нацрт правила о дипломатској заштити и судској пракси у вези са дипломатском заштитом, Суд закључује да су захтеви у име жртава у међудржавним споровима допуштени ако се заштићена лица и повреде могу довољно прецизно идентификовати.⁸ (Судије су приметиле да је овде ипак реч о паушалним а не *per capita* износима).⁹ Суд ће, досуђујући накнаду, наложити тужиоцу да досуђену суму правично дистрибуира жртвама повреде Конвенције чија су права и била основ тужбеног захтева.¹⁰

Следеће питање је било како утврдити износ накнаде за нематеријалну штету у овом случају. Суд већ има богату и утемељену праксу изрицања накнада за нематеријалну штету.¹¹ Ипак, критеријуми нису егзактни не само зато што Конвенција не садржи одредбу о накнади нематеријалне штете већ и зато што повреде могу бити различите, што ће одредити накнаду, од изјаве да је дошло до повреде до материјалне накнаде у различитим износима. Повреде људских права не морају нужно да буду подобне за прецизну калкулацију већ се Суд руководи правичношћу.¹² Суд је, заправо, у једном пасусу констатовао вишедеценијско стање у којем се налазе жртве и одредио да се за нестала лица родбини досуди 30 милиона евра а лицима изолованим у енклавама 60 милиона евра на име нематеријалне штете.¹³

Међутим, поред ових редовних питања које је Суд морао да реши, утицај конкретног чињеничног стања (агресија и окупација) као и пропуст извршења претходне пресуде сигурно су додатно одредиле став Суда у погледу накнаде нематеријалне штете: Суд је сигурно осећао да деклараторна осуда повреда људских права више није довољна. Овај аспект пресуде најбоље се може видети из судијских мишљења уз пресуду. У једном групном мишљењу чак девет судија помиње се нова ера у заштити људских права и заштити владавине права у којој поштовање и извршење пресуда има кључну улогу. У другом мишљењу судија Пунта де Албукеркија и Вучинићанаглашен је један посебан аспект накнаде нематеријалне штете – њен казнени карактер. Судије су исказале дубоко уверење да правично задовољење из члана 41 укључује и кажњавање за груба кршења међународног права, оно што се иначе у теорији назива одговорност на основу кривице (судије користе уобичајени термин на енглеском: *fault*). Посебно оте-

⁷ *Ibid.*, став 46.

⁸ *Ibid.*, став 47.

⁹ Мишљења уз пресуду судија Пунта Албукеркија, Вучинића и Каракаша.

¹⁰ *Кийар против Турске* (IV), Пресуда од 12. маја 2014., *op. cit.*, став 58.

¹¹ Dragoljub Popović, *The Emergence of the European Human Rights Law*, Hag 2011, 143-144.

¹² *Кийар против Турске* (IV), Пресуда од 12. маја 2014., *op. cit.*, став 56.

¹³ *Ibid.*, став 58.

жавајуће околности које чине казнену штету овде оправданом, по мишљењу двојице судија, је чињеница да постоји констатно и грубо кршење међународног права, те ћесудије у том погледу закључити:

„Према томе, казнена штета представља одговарајући и нужни инструмент за остваривање мисије Суда у заштити људских права у Европи и ради обезбеђивања поштовања обавеза које су државе уговорнице Конвенције и Протокола преузеле (члан 19 Конвенције). Овај закључак има још већи значај у конкретном случају где тужена држава није само починила вишеструке и тешке повреде људских права током дужег периода на Северном Кипру, где није спровела истрагу најзначајних повреда на одговарајући начин и благовремено, већ је и намерно из године у годину одбијала да се повинује пресуди Великог већа која је донета у погледу ових конкретних повреда.“¹⁴

Судије ће закључити да је казнена одштета у овом случају примерена и оправдана управо због аката агресије:

„Коначно, ово је казна за неправедан рат и његове трагичне последице у Европи. Оваква казна се може изрећи и у међудржавним споровима пред Судом који је надлежан да утврди казнену одштету за нарочито тешке повреде људских права. То је управо овде случај.“¹⁵

Накнада нематеријалне штете у међународном праву

Опште међународно право познаје институт моралне штете и обавезу одговорне државе да за такву штету пружи обештећење. За ово питање меродавна су Правила о одговорности држава за противправни акт из 2001. године.¹⁶ Члан 31 Правила констатује обавезу одговорне државе да потпуно надокнади штету проузроковану противправним актом, а под штетом се подразумева сва материјална и нематеријална штета која је нанета противправним актом. Потребно је подсетити да штета није услов за одговорност државе јер је за то довољан акт противан међународном праву¹⁷ који чини повреда међународне обавезе која се може приписати одговорној држави.¹⁸ Потпуна накнада штете може се обезбедити реституцијом, новчаном накнадом или сатисфакцијом. Имајући у виду природу повреде код моралне (нематеријалне) штете чини се да је сатисфакција адекватна форма обе-

¹⁴ Мишљење уз пресуду судија Пунта де Албуркеркија и Вучинића, став 19.

¹⁵ *Ibid.*, став 24.

¹⁶ Нацрт правила о одговорности држава за међународно противправне акте (*Draft Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts*). Official Records of the General Assembly, A/RES/56/10). Усвојен 12. децембра 2001.

¹⁷ Члан 1 Правила о одговорности држава, *op. cit.*

¹⁸ Члан 2 Правила о одговорности држава, *op. cit.*

штећења.¹⁹ Задовољење (сатисфакција) може обухватити признање учињене повреде (што укључује деклараторну пресуду којом се констатује повреда), изјавом жаљења, формалним извињењем.²⁰ Ипак, по мишљењу Комисије УН за међународно право, која је и израдила нацрт ових правила, сатисфакција представља тек изузетну форму обештећења за повреду, због формулације првог става члана 37²¹ које уређује питање задовољења: „Држава одговорна за противправан акт има обавезу да пружи сатисфакцију за повреду проузроковану таквим актом у оном обиму у коме штета није надокнађена реституцијом или накнадом штете.“ Комисија је мишљења да је повреда међународног права у принципу подобна за материјалну накнаду јер је најчешће могуће установити висину стварне штете која је настала повредом. Тек када то није могуће, и када је повреда специфична (увреда државе и њених представника, повреда територијалног суверенитета и интегритета државе) задовољење ће представљати адекватну форму обештећења.²² Као типичну форму накнаде моралне штете Комисија наводи деклараторну пресуду међународног суда, дакле пресуду којом се констатује повреда и одговорност државе.²³ Комисија тако признаје моралну штету и могућност њеног отклањања путем материјалне накнаде или сатисфакције. Због природе повреде чини се да је сатисфакција адекватна форма обештећења иако је Комисија ову санкцију прогласила тек секундарном у односу на материјалну накнаду.

Потребно је посебно нагласити да је Комисија, у коментару уз члан 36, који уређује питање материјалне накнаде (*compensation*), изричито искључила казнену одштету:

„У поређењу са задовољењем функција материјалне накнаде је да обештети стварну штету која је наступила као последица противправног акта. Другим речима, функција члана 36 је искључиво компензаторна, како то и његов наслов означава. Обештећење кореспондира економски утврдивој штети коју је претрпела повређена држава или њени држављани. Она нема за циљ да казни одговорну државу нити је сврха материјалног обештећења морална поука или упозорење.“²⁴

¹⁹ „Кршење сваке међународне обавезе представља моралну, односно политичку штету. Последице ове врсте штете отклањају се пружањем задовољења.“ Родољуб Етински, Сања Ђајић, *Међународно јавно право*, 5. издање, Правни факултет, Нови Сад, 2012, стр. 263.

²⁰ Члан 37 Правила о одговорности држава, *op. cit.*

²¹ James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge 2003, 231, став 1.

²² *Ibid.*, 231-232, ставови 3-4.

²³ *Ibid.*, стр. 233, став 6.

²⁴ *Ibid.*, коментар уз члан 36, 219, став 4.

Комисија подсећа да међународно право не познаје казнену одштету и цитира више судских и доктринарних извора као потврду овог става.²⁵ Чак и у делу Правила која уређују питање императивних норми међународног права и последица њихове повреде Комисија не уводи казнену одштету: „Досуђивање казнене одштете није признато у међународном праву чак и у погледу озбиљних повреда обавеза које произилазе из императивних норми.“²⁶ Казнени карактер је искључен и код противмера.²⁷

Питање накнаде моралне штете постављало се не само пред Европским судом за људска права, о коме је у овом раду највише реч, већ и пред другим међународним судовима.

У пракси Међународног суда правде се необично ретко постављало питање новчане накнаде за међународни противправни акт.²⁸ Суд је тек у два случаја досудио новчану накнаду, у предметима *Крфски теснац* (Уједињено Краљевство против Албаније)²⁹ и *Дијало* (Гвинеја против ДР Конга).³⁰ Дакле, реституција или сатисфакција у форми деклараторне пресуде³¹ су чешћи облици обештећења од новчане накнаде. Делом је то и због чињенице да Међународни суд оставља питање материјалне накнаде за посебну фазу поступка коју не отвара по службеној дужности.³² Према томе, сатисфакција (када се пресудом констатује повреда без изрицања новчане

²⁵ *Ibid.*, стр. 233, став 6.

²⁶ *Ibid.*, Озбиљне повреде обавеза насталих на основу императивних норми општег међународног права, Поглавље III Правила, 243, став. 5.

²⁷ *Ibid.*, коментар уз члан 51, 296, став 7.

²⁸ Кристин Греј запажа да далеко већи значај деклараторних пресуда у односу на мандаторне и кондемпнаторне, у пракси Међународног суда правде, и сматра да се државе задовољавају деклараторним пресудама чак и када имају могућност да захтевају материјалну накнаду. Видети: Christine Gray, *Judicial Remedies in International Law*, Oxford 1990, 98-100.

²⁹ Крфски теснац (Уједињено Краљевство против Албаније), Међународни суд правде, Пресуда од 15. децембра 1949. (*Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania)*, Judgment of 15 December 1949, ICJ Reports 1949, 244).

³⁰ *Ахмаду Садио Дијало* (Република Гвинеја против Демократске Републике Конго), Међународни суд правде, Пресуда од 29. јуна 2012. (*Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guineav.DemocraticRepublic of the Congo)*, Judgment of 19 June 2012, ICJ Reports 2010, 324).

³¹ Ian Brownlie, *Remedies in the International Court of Justice, y: Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings* (eds. Vaughan Lowe, Malgossia Fitzmaurice), Cambridge 1996, 557-563.

³² Ово је посебно очигледно у предмету Никарагва. Суд је утврдио одговорност САД али је питање накнаде оставио за посебну фазу поступка која никада није отворена због промене власти у Никарагви. Наиме, нова влада је одлучила да повуче одштетни захтев (за који се наводи да је износио 12 милијарди америчких долара). Шире, види: Mary Ellen O'Connell, "The Prospects for Enforcing Monetary Judgments of the International Court of Justice: A Study of Nicaragua's Judgment against the United States", *Virginia Journal of International Law* 4/1990, 891-940.

накнаде) заиста представља пре правило него изузетак у пракси Међународног суда правде што је донекле супротно закључцима Комисије УН за међународно право. Међународни суд правде је овде занимљив и због чињенице да је у предмету *Дијало* одлучио да моралну штету (повреду људских права држављанина Гвинеје) обештети новчаном накнадом, што се чини као први пример материјалне накнаде моралне штете у пракси овог Суда.³³

Питање накнаде моралне штете појавило се и у међународној инвестиционој арбитражи. Ово је донекле и необично: инвестициони спорови су имовински спорови и инвестициона арбитража је позната управо по утврђивању материјалне накнаде наступеле штете која је, због природе инвестиција и њиховог материјалног карактера, увек материјална. Тужбени захтеви су по правилу високи (понекад износе и више милијарди долара) а досуђени износи превазилазе новчане износе које досуђују други међународни судови. Ипак, и пред овим арбитражним судовима појавило се питање материјалне накнаде за моралну штету. У предмету *Дезерти Лајн пројектс Јемена*³⁴ арбитражни суд је тужиоцу досудио милион америчких долара на име моралне штете због нарушеног угледа, узнемиравања, притвора и притисака којима је тужилац био изложен. Тужилац је захтевао извршење арбитражне одлуке јеменске арбитраже у целости тврдећи да је накнадни споразум о поравнању, који је предвиђао двоструко мањи износ од оног изреченог у арбитражној одлуци, био резултат принуде. Обештећење моралне штете арбитражни суд је образложио на следећи начин:

„Тужена држава није оспоравала могућност да се тужиоцу додели накнада за моралну штету у контексту ИКСИД поступка. Упркос томе што инвестициони уговори првенствено штите имовину и економске вредности, они не искључују, као такви, да стране могу, у изузетним случајевима, тражити накнаду моралне штете. Опште је прихваћено у већини правних система да се може надокнадити морална штета поред материјалне. Заиста, нема разлога да се она искључи.“³⁵

Правни основ за досуђивање новчане накнаде за моралну штету арбитражни суд проналази у широком тумачењу инвестиционог споразума (инвестициони споразуми не искључују ову врсту штете) и у општим правним начелима. Додатно, арбитражни суд ће у материјалној накнади моралне

³³ У својој пресуди, трећој по реду, у којој је Међународни суд досудио новчану накнаду за повреду међународног права, Суд је већи део (85.000 америчких долара) досудио на име нематеријалне штете док је 10.000 долара досуђено за имовинску штету. *Ахмаду Садио Дијало*, *op. cit.*, стр. 345.

³⁴ *Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/05/17, Арбитражна одлука од 6. фебруара 2008.

³⁵ *Ibid.*, став 289.

штете видети и казну за поступање државе на основу кривице: „Арбитражни суд закључује да је повреда БИТ-а од стране тужене државе, а нарочито физичко злостављање представника тужиоца, било злонамерно и као такво представља одговорност по основу кривице.“³⁶ Чини се да је арбитражни суд био мишљења да је накнада моралне штете делимично и казне-ног карактера.³⁷

Ова одлука ИКСИД арбитражног суда свакако заслужује пажњу. Признање моралне штете је овде резултирало материјалном накнадом. Може се поставити питање да ли би адекватна форма обештећења моралне штете могла бити и сатисфакција (задовољење) у облику одлуке о повреди међународног права, без материјалне накнаде, по угледу на судове за заштиту људских права. По мишљењу појединих аутора сатисфакција је одговарајућа форма обештећења у случају моралне штете коју претрпи држава (ако за ову врсту штете арбитражни суд уопште има надлежност) док је за инвеститоре одговарајућа форма обештећења материјална накнада.³⁸ Иако овај аргумент прати логику асиметричности инвестиционе арбитраже, није сасвим јасно зашто сатисфакција не би била одговарајућа форма обештећења и за тужиоце једнако као и за тужене, јер се она прилично често користи у пракси тела за заштиту људских права пред којима је појединац у сличном процесном положају као и инвеститор и где тужена држава нема право на противзахтев.

Инвестициона арбитража постаје све више предмет критике делом и због врло високих износа које се досуђују у корист тужилаца. Из ове перспективе морална штета би могла да послужи као нови основ за критику. Чини се да је нови тренд у пракси инвестиционе арбитраже приметио и УНКТАД јер је једном новијом иницијативом (ИПФСД)³⁹ затражио да се досуђивање казнене и/или моралне одштете изузме из инвестиционе арбитраже.⁴⁰

³⁶ *Ibid.*, став 290.

³⁷ За супротан став и мишљење да у овом арбитражном предмету није изречена казнена већ стварна одштета повреде моралног карактера, види: Patrick Dumberry, “Compensation for Moral Damages in Investor-State Arbitration Disputes”, *Journal of International Arbitration* 3/2010, 247–276.

³⁸ Patrick Dumberry, “Satisfaction as a Form of Reparation for Moral Damages Suffered by Investors and Respondent States in Investor-State Arbitration Disputes”, *Journal of International Dispute Settlement* 1/2012, 1–38.

³⁹ United Nations Commission for Trade and Development, ‘Investment Policy Framework for Sustainable Development’ (IPFSD), (4 July 2012).

⁴⁰ Наведено према: Margaret B. Devaney, “Remedies in Investor-State Arbitration: A Public Interest Perspective”, *Investment Treaty News*, International Institute for Sustainable Development, 22. 3. 2012., доступно на: http://www.iisd.org/itn/2013/03/22/remedies-in-investor-state-arbitration-a-public-interest-perspective/#_ftnref21 (6.10.2014.).

Накнада нематеријалне штете у пракси Европског суда за људска права

Члан 41 Европске конвенције за заштиту људских права представља основ за изрицање мера којима се отклањају последице повреда људских права. Члан 41 гласи:

Правично задовољење

Када Суд утврди повреду Конвенције или протокола уз њу, а унутрашње право Високе стране уговорнице у питању омогућава само делимичну одштету, Суд ће, ако је то потребно, пружити правично задовољење оштећеној странци.

Члан 41, дакле, не пружа довољно упутства о начину изрицања санкција за повреду људских права. Не помињу се штета, нити врсте штета, као ни мере које ће Суд изрећи. Са друге стране, пракса Суда, али и Упутства о пракси (*Practice Directions*)⁴¹ указују на читав низ разноврсних мера које је Суд спреман, и за које очигледно сматра да има и надлежност, да их наложи одговорној држави. Те мере могу бити опште и индивидуалне, и могу обухватити конкретно чињење, повраћај у пређашње стање, накнаду материјалне и нематеријалне штете, измену прописа и слично. Дакле, Суд се није ограничио штуром формулацијом одредбе и правично задовољење је заиста тумачено широко.⁴² У погледу нематеријалне штете Упутства о пракси заиста предвиђају ову могућност наглашавајући да је потребно обештећење последица повреда те да она мора укључити и обештећење повреда емотивног и психолошког карактера.⁴³ У пракси су се ипак искристалисале ситуације у којима је Суд спреман да досуди накнаду за моралну штету. Тако, на пример, Филип Лич помиње више од десет околности које ће Суд третирати као нематеријалну штету: бол и патња, страх и стрес, траума, неизвесност, понижење, фрустрација, нелагода, осећај изолације и немоћи, губитак могућности, нарушен углед и прекид односа.⁴⁴

Постојање основа за досуђивање накнаде за нематеријалну штету је тек први корак у изрицању ове санкције. Други корак је начин на који ће Суд доћи до износа за који верује да на адекватан начин може обезбедити обештећење. У Упутствима о пракси Суд признаје да је тешко извести прецизну калкулацију штете те да се приликом досуђивања материјалне

⁴¹ *Practice Directions – Rules of Court of 1 July 2014: Just satisfaction claims*, доступно на: http://www.echr.coe.int/Documents/PD_satisfaction_claims_ENG.pdf (24.9.2014).

⁴² Шире, види: Dragoljub Popović, *The Emergence of the European Human Rights Law*, Hag 2011, 141-177.

⁴³ *Practice Directions – Rules of Court of 1 July 2014: Just satisfaction claims*, *op. cit.*, став 13.

⁴⁴ Philip Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, 3rd edition, Oxford 2005, 404.

накнаде за моралну штету руководи начелом правичности и ранијом праксом.⁴⁵ У предмету *Варнава и други против Турске* Суд је посветио посебну пажњу утврђивању моралне штете и обрачуна накнаде:

„Суд указује на то да не постоји изричита одредба о нематеријалној односно моралној штети. Развијајући стандард у пракси Суд је разликовао ситуације у којима је тужилац претрпео очигледну трауму, физичку или психичку, бол и патњу, стрес, анксиозност, фрустрацију, осећај неправде или понижења, дуготрајне неизвесности, поремећаје у животу, стварни губитак могућности (...) од оних ситуација у којима је јавна осуда повреде коју је претрпео тужилац, у обавезујућој пресуди за државу уговорницу, довољна да обезбеди обештећење. У великом броју случајева, када закони, поступци или пракса не испуњавају стандарде Конвенције ово је довољно да се исправи повреда. (...) У појединим ситуацијама, ипак, повреда се због своје природе и степена мора сматрати од утицаја на психичко стање тужиоца у мери у којој се захтева нешто више. Ови фактори не омогућавају прецизан обрачун нити квантификацију. Нити је функција Суда иста као и функција домаћих одштетних механизма где би Суд утврдио одговорност и сходну накнаду између парничних страна. Водеће начело за Суд је правичност, која пре свега подразумева флексибилност и објективну процену правичног, поштеног и разумног у околностима конкретног случаја, при томе укључујући не само положај тужиоца већ и целокупни контекст у којем је дошло до повреде; морална одштета није, нити би смела бити, намењена пружању финансијске добити односно утешног обогаћења на рачун одговорне државе уговорнице.“⁴⁶

Дакле, Суд је потпуно слободан да утврди износ накнаде на име нематеријалне штете и у том погледу Суд прави двоструку оgradu: штету је тешко квантификовати и његова улога и није да тачно одреди штету и накнаду како то чини домаћи парнични суд већ се он нужно руководи правичношћу приликом процене износа. Поједини аутори примећују да, генерално, износи одштета које досуђује Суд, су мањи од оних које би досудили домаћи судови.⁴⁷

⁴⁵ „Због саме природе нематеријалне штете није могуће урадити њену прецизну калкулацију. Ако се установи да је таква штета наступила, и ако Суд сматра да је потребно материјално обештећење, Суд ће урадити процену на основу правичности имајући у виду и стандарде развијене у својој пракси.“ – *Practice Directions – Rules of Court of 1 July 2014: Just satisfaction claims, op. cit.*, став 14.

⁴⁶ *Varnava and Others v. Bulgaria*, ECHR, Grand Chamber, Judgment of 18.9.2009, став 224.

⁴⁷ „Генерално, накнаде штете су релативно мање у односу на одштете које досуђују домаћи судови већине држава чланица Савета Европе. (...) То је вероватно зато што је преовлађујуће схватање да је основна санкција у Стразбуру утврђивање постојања повреде Конвенције.“ – Ph. Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, London 2001, 195-196.

Имајући у виду широка дискрециона овлашћења којима располаже Суд приликом процене висине накнаде за моралну штету, може се поставити питање да ли Суд може да досуди и казнену одштету? Питање казнене одштете је различито уређено у домаћим правним системима и бројни су они у којима је таква врста одштете забрањена или бар ретка. Комисија УН за међународно право је заузела став да опште међународно право не познаје институт казнене штете и да је сврха обештећења да отклони последице противправног акта сразмерно повреди. Поред тога, Суд је у предмету Варнава нагласио да сврха обештећења није стицање додатне финансијске користи. Са друге стране, Суд би могао, без посебног објашњења да користи одштету као казну имајући у виду ширину дискреционог овлашћења и право Суда да одреди накнаду као правичну без посебног упућивања на разлоге за висину накнаде.⁴⁸ Другим речима, док је прво питање да ли Суд може уопште да досуди казнену одштету, друго је питање да ли Суд заправо и прећутно досуђује казнену одштету у форми материјалне накнаде моралне штете.

Постоје аутори који сматрају да је казнена накнада штете недозвољена и да није у складу са основном функцијом Суда. То је и став Комисије УН за међународно право. Заправо, овде до изражаја долази разлика између англосаксонских и континенталних правних система: док први познају овај институт, у континенталним правним системима то није случај.⁴⁹ Други аутори сматрају да је то питање отворено.⁵⁰ Поједини, попут судија Европског суда за људска права, сматрају да је то могуће и чак пожељно у случајевима какав је управо Кипар против Турске где постоје тешке и дуготрајне повреде људских права, тешке повреде међународних забрана попут забране агресије, и намерно избегавање извршења пресуда Суда.

Кипар против Турске је и у том погледу значајна пресуда јер је дала прилику судијама да у индивидуалним мишљењима изразе свој став о казненом карактеру накнаде моралне штете. Судије Албукерки и Вучинић су посебан акценат ставили на чињеницу да се материјална накнада моралне штете изриче на основу правичности и независно од било каквог метода за израчунавање обима нематеријалне штете. Управо у овој чињеници (а то је правило које се увек примењује код изрицања новчане накнаде за нематеријалну штету), Албукерки и Вучинић виде казнени карактер одштете. По њиховом мишљењу, дакле, свака материјална накнада моралне штете има казнени карактер:

⁴⁸ Federica Gerbaldo, *Are moral damages really compensatory? An empirical analysis of ECtHR: the case of Italy and violation of property rights*, <http://www.eale.org/conference/Aix-Marseille2014/paper/downloadSuppFile/1128/24> (24.9.2014.)

⁴⁹ Barbra Fontana, "Damage Awards for Human Rights Violations in the European and Inter-American Courts of Human Rights", *Santa Clara Law Review* 4/1991, 1130.

⁵⁰ Ph. Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights* London 2001, 195.

„Када Суд досуди накнаду штете у износу који је већи од саме штете или чак када је она изречена независно од постојања одштетног захтева, природа правичног задовољења више није реститутивна већ казнена. Основни циљ овакве санкције више није да обезбеди оштећеном лицу положај у којем би био да није дошло до повреде, јер оштећено лице ни не поставља одштетни захтев или захтева мању накнаду. Према томе, основна сврха ове санкције је да казни одговорну државу и спречи понављање обрасца противправног понашања одговорне државе али и других држава уговорница Конвенције. Друго, у појединим случајевима Суд је досудио 'симболичну' или минималну одштету чија је очигледна намера била да тужену државу изложи осуди јер одштета служи за пример другим државама. Треће, Суд је досудио правично задовољење и у оним предметима у којима се тужилац жалио на домаће прописе не наводећи да је претрпео конкретну штету осим нелагодности које је услед тога имао. Јасно је да је овде правично задовољење заправо казна за тужену државу јер је усвојила законе супротне Конвенцији. Четврто, Суд је досуђивао накнаду и због 'могућих повреда' Конвенција. И овде је опет циљ правичног задовољења ограничење и кажњавање понашања тужене државе више него накнада штете која још није наступила. Пето, Суд није искључио могућност да је тужилац претрпео, услед 'могућих последица установљене повреде' губитак могућности које се узимају у обзир 'без обзира на чињеницу да је наступање таквих могућности спорно'. У овим случајевима правично задовољење нема за циљ да исправи виртуелну повреду, јер је и спорно да ли би до њих и дошло. Заправо, Суд жели да казни државу по основу кривице. Шесто, Суд понекад досуђује накнаду штете чак и када не располаже доказима и упркос контрадикторностима у изјавама тужиоца у погледу износа штете. Када нема доказа о постојању штете и због дискреционог права Суда да досуди накнаду, правично задовољење је инхерентно казног карактера, јер оно не обештећује за доказану штету, која остаје недоказана, већ уместо тога кажњава тужену државу за противправно понашање. Седмо, када општи интерес то захтева, Суд установљава правично задовољење узимајући у обзир казни карактер.“⁵¹

Судије надаље закључују да Суд прихвата могућност казнене одштете у најмање три ситуације:⁵² када постоје тешке повреде људских права нарочито онда када се те повреде понављају или трају дужи временски период, када постоји дуготрајно и намерно неизвршавање пресуда, и у оним ситуацијама када тужена држава ограничава тужиоцима приступ Суду. У свим овим ситуацијама реч је о грубој непажњи или намери коју Суд ка-

⁵¹ Мишљење уз пресуду судија Пунта де Албуркеркија и Вучинића, став 13.

⁵² *Ibid.*, став 18.

жњава. Да би Суд очувао правни и морални ауторитет целокупног система за заштиту људских права, по мишљењу ових судија, казнена одштета је оправдана.

Међудржавни спорови пред Европским судом за људска права и накнада штете

Како је већ и речено у уводу, међудржавни спорови су права реткост у пракси Европског суда за људска права.⁵³ Из данашње перспективе то је сасвим разумљиво: овај систем се прославио управо директном судском заштитом појединаца те могућности које стоје на располагању свим лицима у надлежности сада већ бројних држава чланица Европске конвенције у највећем броју случајева чине међудржавну заштиту сувишном. Међутим, није увек било тако. Директан приступ међународној судској заштити појединци стичу тек 1998. године а у периоду који је претходио овој реформи систем судске надлежности је био факултативан. Ипак, ни у старом нити у новом систему међудржавне представке нису биле бројне.⁵⁴ То се може објаснити, пре свега, политичким избором државе тужиоца. Одлука да се покрене међудржавни спор је првенствено политичка и обухвата процену ризика и добити који могу услед тога да наступе: од конфронтације са туженом и другим државама до остварења неког другог жељеног политичког циља. Политички обзир тако једнако могу објаснити мали број међудржавних представки као и чињеница да систем међудржавних представки није једини начин заштите жртава кршења људских права.

Број представки и мериторно решених међудржавних представки је упадљиво мали. До данас је мериторно решено свега десет међудржавних представки⁵⁵ а два су у току (Грузија против Русије и Украјина против Русије). Иако систем међудржавних представки не представља дипломатску заштиту јер није условљен држављанством оштећеног лица чија повреда је предмет захтева, преглед предмета ипак показује да национални принцип игра кључну уло-

⁵³ „Почетни став је био да ће државе бити чувари јавног поретка Европе те да ће оне пред контролним механизмима Европске конвенције тужити државе у чијој је надлежности дошло до повреде људских права. Ипак, то се до краја није десило. У историји Европске конвенције која траје више од педесет година било је тек неколико међудржавних представки. Механизам контроле путем индивидуалних представки је био покретач Европске конвенције и он је заслужан за невероватно широку и богату праксу о правима и слободама гарантованим Европском конвенцијом.“ – Kevin Boyle, “The European Experience: The European Convention on Human Rights”, *Victoria University of Wellington Law Review* 1/2009, 169.

⁵⁴ Више о поступку по тужби државе пред Европским судом за људска права, види: Сања Ђајић, *Међународно правосудје*, Београд 2012, 184.

⁵⁵ У једном случају (Грузија против Русије, бр. 3) је предмет скинут са листе, док је у два дошло до поравнања.

гу у одлуци да се покрене спор. У свим предметима тужбе су подношене због повреда својих држављана или због повреде права становништва чије етничко порекло показује интерес матичне државе (Ирска против Уједињеног Краљевства у вези са Северном Ирском; Грчка против Уједињеног Краљевства у вези са Кипром). Другим речима, иако је постављени систем организован као колективни режим,⁵⁶ овај његов аспект није дошао до изражаја и више подсећа на традиционални концепт дипломатске заштите.

У пет од 17 покренутих спорова⁵⁷ је установљена повреда а накнада штете није изречена ни у једном случају⁵⁸ до пресуде Великог већа у спору између Кипра и Турске. Треба напоменути да је и овај број од 17 спорова заправо мањи јер се у неколико случајева јављају спорови између истих страна поводом сличних или повезаних догађаја. Тако, на пример, постоје по два спора између Грчке и Уједињеног Краљевства поводом ситуације на Кипру, те по два спора између Ирске и Уједињеног Краљевства поводом Северне Ирске, и по два спора између Данске, Норвешке, Шведске и Холандије против Грчке поводом ситуације у Грчкој за време војне диктатуре. Спор између Кипра и Турске поводом ситуације на северном Кипру довео је чак до четири тужбе, а спор између Грузије и Русије поводом руске војне интервенције до три (иако се прва тужба заправо односи на хапшење и прогон грузијских држављана из Русије). Преглед ових спорова показује да је овде заправо реч о правим међудржавним споровима поводом употребе силе где је заштита својих држављана или становништва по етничком пореклу можда тек супсидијарна. Само у два случаја, Данска против Турске⁵⁹ и Аустрија против Италије, било је речи о заштити (опет својих држављана) искључиво због индивидуалних повреда људских права у притвору и током кривичног поступка. И последњи регистровани

⁵⁶ Колективни режим конституише правни интерес код свих држава чланица одређеног режима. Члан 48 Правила о одговорности држава за противправни акт Комисије УН за међународно право дефинише овај тзв. систем *erga omnes partes*на следећи начин:

Држава која није оштећена може се позивати на одговорност друге државе у складу са ставом 2:

а) ако прекршена обавеза постоји према групи држава, укључујући државу која се на одговорност позива, и ако је обавеза установљена ради заштите колективног интереса групе, или

б) прекршена обавеза постоји према међународној заједници као целини.

⁵⁷ Преглед међудржавних тужби доступан је на: http://www.echr.coe.int/Documents/InterStates_applications_ENG.pdf (10.10.2014.)

⁵⁸ У спору између Данске и Турске дошло је до поравнања (*friendly settlement*) где је тужена Турска исплатила новчани износ али *ex gratia*. Суд, дакле, није досудио накнаду штете већ је само констатовао услове поравнања.

⁵⁹ *Denmark v Turkey*, App. No. 34382/97, Пресуда Суда од 5. априла 2000 (поравнање); *Austria v Italy*, App. No. 788/60, Одлука Комитета министара од 23. октобра 1963 (није установљена повреда Конвенције).

предмет сведочи у прилог тези да се међудржавне представке више користе ради остварења директних државних интереса: Украјина је тужила Русију 13. марта 2014. године због окупације Крима и Суд је истог дана изрекао привремене мере против Русије.⁶⁰ О томе да се међудржавном тужбом превасходно штите међудржавни интереси сведочи и чињеница да је поводом истих догађаја покренут велики број поступака на основу индивидуалних тужби.⁶¹

Можда је најбоље илустровати међудржавне спорове независно од статистике, најпознатијим случајевима. Први велики међудржавни спор у којем је установљена повреда свакако је онај између Ирске и Уједињеног Краљевства поводом ситуације у северној Ирској.⁶² Ирска овде није ни тражила накнаду штете али је свакако добила судску потврду да је постојала повреда Конвенције. Овој групи припада и спор између Кипра и Турске, у коме је досуђена накнада штете.⁶³ И, последња пресуда, такође донета ове године је из спора између Грузије и Русије где је Суд установио повреду Конвенције али је питање накнаде оставио за следећу фазу поступка.

Иако новија пракса показује ренесансу међудржавних спорова пред Европским судом за људска права, највише захваљујући вишеструким тужбама Грузије и Украјине против Русије, те и ако је прва накнада штете по тужби државе недавно изречена, и даље остаје питање да ли ће међудржавни поступци доживети неку значајнију афирмацију у европском систему заштите људских права. Посебно је питање да ли би међудржавни спорови између чланица Европске уније уопште били и допуштени имајући у виду искључиву надлежност Суда правде Европске уније, а питање је како би на расподелу надлежности за међудржавне спорове могло да утиче и најављено приступање Европске уније Европској конвенцији за заштиту људских права.⁶⁴

⁶⁰ *Ukraine v Russian Federation*, App. No. 20958/14, Наредба о привременим мерама од 13. марта 2014.

⁶¹ Само поводом сукоба у Грузији је поднето преко 2000 индивидуалних тужби против Грузије и 32 групне тужбе против Русије. Шире, видети: Bill Bowring, "Georgia, Russia and the Crisis of the Council of Europe: Inter-State Applications, Individual Complaints, and the Future of the Strasbourg Model of Human Rights Litigation", *Conflict in the Caucasus: Implications for International Legal Order* (eds. J. Green, C. Waters,), London 2010, 114-135.

⁶² *Ireland v United Kingdom*, App. No. 5310/71, Пресуда Суда од 18. јануара 1978.

⁶³ *Cyprus v Turkey* (IV), App. No. 25781/94, Пресуда Суда којом се установљава одговорност тужене државе за повреду Конвенције од 10. маја 2001. године и друга пресуда Суда којом се изриче накнада нематеријалне штете од 12. маја 2014.

⁶⁴ Шире, види: Tobias Lock, "The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 8/2009, 375–398.

Закључак

Европски суд за људска права је недавно по први пут у својој историји досудио материјалну накнаду штете у једном међудржавном спору и то за наступелу моралну штету. На овај начин су поново актуелизовани међудржавни спорови али и статус моралне штете у међународном праву. Опште међународно право и пракса међународних судова признаје институт моралне штете. Разлике постоје у погледу тога која се форма обештећења сматра адекватном за ову врсту штете. Међународни суд је ближи традиционалном разумевању обештећења моралне штете где је деклараторна пресуда или јавна осуда одговарајућа накнада за моралну штету. Европски суд за људска права прихвата равноправно обе врсте обештећења: морално и материјално. У предмету о којем је у овом раду највише било речи, Кипар против Турске, Суд се определио за материјално обештећење моралне штете. Инвестициона арбитража ретко признаје моралну штету али ће као обештећење пре изрећи материјалну накнаду. Посебно је питање да ли је морална штета инхерентно и казнена те да ли је казнена штета уопште и допуштена у општем међународном праву. Комисија УН за људска права сматра да казнена штета још увек нема основ у међународном праву. Чини се да је такав став заузео и Европски суд за људска права, бар до пресуде у предмету Кипар против Турске. Ипак, мишљења судија уз ову пресуду указују на то да је можда дошло и до промене овог тренда те да морална штета служи управо кажњавању држава за грубе повреде људских права.

Sanja Đajić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

Remedies for Moral Damage before the European Court of Human Rights: Cyprus V. Turkey Case

Abstract: *This article provides the overview of the Cyprus v. Turkey judgment, a recently decided case before the Grand Chamber of the European Court for Human Rights. This is the first inter-State case which ended with pecuniary judgment for moral damages. The article begins with the overview of factual and legal issues in the Cyprus v. Turkey case which is followed by contextualizing this judgment within the general legal framework regarding moral damages and remedies available. The second part provides the insight into the case law of the International Court of Justice, European Court for Human Rights and international investment arbitration in order to assess the status of moral damages under general international law. While all international courts and tribunals recognize moral damage as a cause of action, they seem to respond differently to the issue of remedies. International Court of Justice seems to favour declaratory over pecuniary judgments; European Court of Human Rights tend to award both non-pecuniary and pecuniary remedies for moral damages; international investment tribunals seem to favour pecuniary remedies for moral damages. A separate issue is whether international law permits or rather proscribes punitive damages. While the ILC finds that general international law does not allow for punitive damages there are different opinions, at least within the ECHR setting, that moral damages are inherently punitive for fault-based conduct of the responsible state.*

Key words: *Cyprus v. Turkey – ECHR – moral damages – remedies – punitive damages*