

*Dr Sanja V. Đajić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
S.Djajic@pf.uns.ac.rs*

MEHANIZMI DEFRAGMENTACIJE MEĐUNARODNOG PRAVA: SISTEMSKO TUMAČENJE, EVOLUTIVNO TUMAČENJE I SUDSKI AKTIVIZAM EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA*

Sažetak: *U ovom radu predstavljeni su mehanizmi za prevazilaženje fragmentacije koje je razvio Evropski sud za ljudska prava: sistemsko tumačenje, evolutivno tumačenje, autonomna sredstva tumačenja, i drugi oblici sudskog aktivizma. Pregled sudske prakse pokazuje da se Sud redovno oslanja na sistemsko tumačenje iako Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava ne nalaže primenu drugih međunarodnopravnih izvora. Evropski sud tako koristi član 31(3)(c) Bečke konvencije o ugovornom pravu da bi rešio sukob između eksternih međunarodnih izvora i obaveza iz Evropske konvencije. Tom prilikom najčešće se opredeljuje za onaj pristup kojim je, bar načelno, omogućena istovremena primena oba izvora. Čak i kada odluči da prednost da jednom od dva izvora Evropski sud se poziva na sistemsko tumačenje, bilo ono iz Bečke konvencije (sistemsko tumačenje stricto sensu) ili širi koncept sistemskog tumačenja koje je Evropski sud razvio u svojoj praksi (sistemsko tumačenje lato sensu). Pored sistemskog tumačenja, Evropski sud koristi evolutivno tumačenje i mnoge druge oblike autonomnog tumačenja kojima pokušava da postavi Evropsku konvenciju u sistem međunarodnog prava. U radu je tako dat pregled presuda Evropskog suda u kojima se kao pravno pitanje javljao sukob između međunarodnog pravila o imunitetu stranih država i prava na pristup sudu iz člana 6 Evropske konvencije, kao i sukob između obaveza na osnovu rezolucija Saveta bezbednosti UN i prava na pristup Sudu. U svim ovim primerima sistemsko tumačenje je imalo ključnu ulogu. Oni*

* Rad je pripremljen u okviru projekta „Pravna tradicija i novi pravni izazovi” Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu i projektne teme „Procesi globalizacije i fragmentacije u savremenom međunarodnom pravu: međunarodno pravo između koherentnog sistema i dezintegracije”.

pokazuju da procese fragmentacije u međunarodnom pravu prate i procesi defragmentacije, kao i da je Evropski sud za ljudska prava jedan od faktora defragmentacije u međunarodnom pravu, možda i više nego neki drugi specijalizovani međunarodni sudovi.

Ključne reči: *Evropski sud za ljudska prava; fragmentacija međunarodnog prava; pravo na pristup sudu; rezolucije Saveta bezbednosti UN; sistemsko tumačenje; evolutivno tumačenje; sudski aktivizam.*

1. UVOD

O fragmentaciji međunarodnog prava postoji bogata literatura i praksa, naročito posle izveštaja Komisije UN za međunarodno pravo iz 2006. godine pod naslovom „Fragmentacija međunarodnog prava: poteškoće koje su posledica diversifikacije i ekspanzije međunarodnog prava“.¹ Komisija nije pokazala zabrinutost za budućnost međunarodnog prava jer fragmentacija nije nužno negativan fenomen. Nedavno je Ana Peters zaključila da je vreme da se okonča nepotrebna i beskorisna rasprava o fragmentaciji – drugim rečima „*it is time to bury the f-word*“.² U istom duhu će i ovaj rad predstaviti pojedine mehanizme za prevazilaženje fragmentacije: sistemsko tumačenje, evolutivno tumačenje, i druge metode sudskog aktivizma Evropskog suda za ljudska prava, jer oni pokazuju kako fragmentaciju nužno prati i defragmentacija. Pored postojeće ideje da fragmentacija nije nužno negativna, jer dokazuje specijalizaciju i razvoj međunarodnog prava,³ biće izložena i ideja da dinamika razvoja međunarodnog prava jednako proizvodi sile i instrumente defragmentacije kao prirodni odgovor na fragmentaciju.

Evropski sud za ljudska prava predstavlja dobar ogledni primer jer je reč o međunarodnom sudu sa verovatno najbogatijom praksom gde se nužno javlja fragmentacija. Sa druge strane, Evropski sud za ljudska prava je regionalni i specijalizovani sud pa je zbog toga možda i jedan od faktora fragmentacije, i pozitivne i negativne. Konačno, za razliku od Međunarodnog suda pravde koji se često smatra glavnim međunarodnim sudom, najviše zbog svog položaja kao

¹ The International Law Commission, “Conclusions of the work of the Study Group of the International Law Commission on the Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law”, (A/61/10, para. 251), *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, Part Two; Videti i komentar: *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi A/CN.4/L.682* 13 April 2006.

² Anne Peters, “The refinement of international law: From fragmentation to regime interaction and politicization“, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, no. 3 (2017), 671–704, 672.

³ Sanja Đajić, „Fragmentacija međunarodnog prava i specijalni pravni režimi“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2016, 439-459.

glavnog sudskog organa Ujedinjenih nacija, i zbog svoje opšte međunarodne nadležnosti, pa usled toga i „čuvara“ sistema međunarodnog prava na vrhu imaginarne hijerarhije međunarodnih sudova, Evropski sud za ljudska prava, bar načelno, nema ovu vrstu obaveze. Upravo iz ovih razloga pitanje je u kojoj meri Evropski sud može i mora da vodi računa o sistemu međunarodnog prava i da upotrebljava mehanizme defragmentacije. U nastavku ovog rada biće obrađena praksa Evropskog suda za ljudska prava u pogledu sistemskog tumačenja, evolutivnog tumačenja i drugih oblika sudskog aktivizma kojima Konvenciji i svojoj praksi obezbeđuje usklađivanje sa opštim međunarodnim pravom i tako deluje kao akter defragmentacije u međunarodnom pravnom sistemu.

2. SISTEMSKO TUMAČENJE U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

2.1. Sistemsko tumačenje u Bečkoj konvenciji o ugovornom pravu (1969)

Pravilo o sistemskom tumačenju međunarodnih ugovora nalazi se u članu 31 stav 3 tačka (c) Bečke konvencije o ugovornom pravu iz 1969. godine.⁴ Cela odredba člana 31 ukazuje na to da je sistem međunarodnog prava obavezni kontekst tumačenja ugovornih normi.

Član 31

Opšte pravilo o tumačenju

1. Ugovor se mora dobronamerno tumačiti prema uobičajenom smislu koji se mora dati izrazima u ugovoru u njihovom kontekstu i u svetlosti njegovog predmeta i njegovog cilja.

2. U cilju tumačenja ugovora, kontekst obuhvata, osim teksta, uvoda i uključenih priloga:

a) svaki sporazum u vezi sa ugovorom koji postoji između članica prilikom zaključivanja ugovora;

b) svaki instrument koji sačine jedna ili više članica prilikom zaključenja ugovora a koji prihvate ostale članice kao instrument koji se odnosi na ugovor.

3. Kao i o kontekstu, vodiće se računa:

a) o svakom docnijem sporazumu između članica u pogledu tumačenja ugovora ili primene njegovih odredaba;

⁴ Bečka konvencija o ugovornom pravu (*Vienna Convention on the Law of Treaties*) od 23. maja 1969. 1155 UNTS 331, Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori, br. 30/1972.

b) o svakoj docnijoj praksi u vezi sa primenom ugovora kojim je postignut sporazum između članica u pogledu tumačenja ugovora;

c) o svakom relevantnom pravilu međunarodnog prava koje se primenjuje u odnosima između članica.

Čini se da je prilično jasno da odredba člana 31(3)(c) koja glasi „svako relevantno pravilo međunarodnog prava koje se primenjuje u odnosima između članica“ predstavlja upućivanje na sistem međunarodnog prava. Reč je o obavezi koja se ne može isključiti – operacija tumačenja je jedinstvena i u sebi inkorporiše različite metode tumačenja. Bez obzira što postoje različiti metodi tumačenja, oni su jednako inkorporisani u jedinstvenom procesu tumačenja – to proizilazi i iz naslova člana 31 koji je formulisan u jednini.⁵

U Komentaru Bečke konvencije stoji da član 31(3)(c) upućuje na celokupno međunarodno pravo i referiše na sve izvore međunarodnog prava iz člana 38 stav 1 Statuta Međunarodnog suda pravde.⁶ Jedino ograničenje je merodavnost i obaveznost tog pravila za strane ugovora koje se tumači. Ovom odredbom je zapravo moguće promeniti prvobitno značenje neke odredbe i zameniti je novim koji odgovara važećem sistemu međunarodnog prava.⁷

Sistemska tumačenje upravo ima funkciju da integriše različite međunarodno-pravne obaveze jer izvori prava mogu nastati bez prethodne provere usaglašenosti svih međunarodnih obaveza. To, uostalom, i jeste jedan od uzroka pravnog partikularizma u međunarodnom pravu i potencijalnih sukoba između različitih obaveza i sukoba nadležnosti različitih međunarodnih sudova.

2.2. Sistemsko tumačenje u presudama Evropskog suda za ljudska prava

U pogledu primera sistemskog tumačenja koje primenjuje Evropski sud za ljudska prava možemo govoriti o bar dve grupe takvog tumačenja. Prva obuhvata sve one slučajeve kada Evropski sud koristi eksterne pravne izvore prilikom analize okolnosti konkretnog slučaja. Takvi primeri su izuzetno brojni jer Evropski sud za ljudska prava u velikoj većini slučajeva upućuje na eksterne izvore. Već ova ustaljena praksa svedoči o svesti Evropskog suda da pravo i praksa Evropske konvencije ne postoje u nekom pravnom vakuumu već da je integrativan pristup

⁵ „Sva četiri elementa člana 31 su formulisana kao obavezna i njihova svrha je da budu primenjeni u jedinstvenom i integrisanom postupku tumačenja međunarodnog ugovora. Član 31 Bečke konvencije se naziva ‚Opšte pravilo o tumačenju‘ a ne ‚Opšta pravila o tumačenju‘. Ovo se često zanemaruje.“ – Zachary Douglas, „The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails“, 2 *Journal of International Dispute Settlement* 2/2011, 97-113, 109.

⁶ Mark Villiger, *Commentary on the 1969 Treaty on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden – Boston 2009, str. 432-433, pasusi 24-25.

⁷ Nav. delo, str. 433, pasus 25.

ako ne obavezan onda je bar poželjan i doprinosi legitimitetu njegove prakse.⁸ Iako je upućivanje na spoljne, eksterne izvore vrlo često, učestalost pozivanja na član 31 Bečke konvencije o ugovornom pravu je daleko manja. Primeri sistemskog tumačenja Evropskog suda za ljudska prava se upravo tako mogu podeliti u dve grupe – u onu u kojoj je pozivanje na eksterne izvore stvar utemeljene prakse bez većeg značaja za odluku u konkretnom slučaju jer pravog normativnog sukoba ni nema, ali je pozivanje na spoljne izvore signal odobravanja sistemskog tumačenja. U drugoj grupi su oni primeri gde postoji stvarni normativni sukob između eksternih normi i normi iz Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava, kada je pravilo o sistemskom tumačenju iz člana 31 Bečke konvencije mehanizam za prevazilaženje takvog sukoba. Drugim rečima, u ovoj drugoj grupi je sistemsko tumačenje rešenje problema kojeg u prvoj grupi zapravo ni nema.

2.2.1. *Evropski sud za ljudska prava i sistemsko tumačenje lato sensu*

U pogledu prve grupe, koja više implicira sistemsko tumačenje nego što se na njega direktno oslanja, stavovi autora su da su sudije Evropskog suda za ljudska prava svesni složenog i diversifikovanog međunarodnog prava kao i trenda da se ukazuje na širi pravni kontekst.⁹ Zanimljivost je da Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda¹⁰ uopšte ne pominje korišćenje drugih pravnih izvora, osim same Evropske konvencije i njenih protokola.

Sa druge strane, a možda upravo i zbog masovne upotrebe spoljnih izvora, nije uvek jasan kriterijum kojim se sudije rukovode prilikom izbora relevantnih izvora. To nisu uvek pravni izvori, već umeju biti i *soft law*, različite deklaracije i rezolucije, odluke međunarodnih organizacija i slično.¹¹ Razlozi kojima se rukovode sudije prilikom korišćenja vrlo širokog kruga izvora mogu biti, između ostalih, i ideja da je Evropski sud za ljudska prava deo šireg sistema u kojem funkcioniše kao njegov integralni deo. U praksi Evropski sud tako koristi ne samo pravne izvore koji obavezuju strane ugovornice Evropske konvencije (kako to u pogledu sistemskog tumačenja zahteva član 31(3)(c)) već i one koji ne važe za dr-

⁸ Eva Brems, “Should Pluriform Human Rights Become One? Exploring the Benefits of Human Rights Integration“, *European Journal of Human Rights*, 4/2014, 447-470, na str. 455-458.

⁹ Vassilis Tzevelekos, “The Use of Article 31(3)(c) of the VCLT in the Case-law of the ECtHR: an Effective Anti-Fragmentation Tool or a Selective Loophole for the Reinforcement of the Teleology of Human Rights? Between Evolution and Systemic Integration“, *Michigan Journal of International Law*, vol. 31, 2010, 621-690; Adamantia Rachovitsa, “The Principle of Systemic Integration in Human Rights Law“, *International and Comparative Law Quarterly*, vol 66, July 2017, 557-588.

¹⁰ *Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda* iz 1950. godine (sa Protokolima), Sl. list Srbije i Crne Gore – Međunarodni ugovori, br. 9/2003.

¹¹ Dorothea Staes, “The Use of Documents Other than the European Convention on Human Rights and Its Protocols in Cases Before the European Court of Human Rights: Reflections from and upon a Users’ Perspective“, *Human Rights & International Legal Discourse* 2/2014, 186-215.

žave ugovornice ili koji uopšte nemaju obavezujuću snagu.¹² Na primer, u predmetu *Opuz protiv Turske*, Sud počinje obrazloženje na sledeći način:

„Sud odmah na početku ukazuje na to da prilikom razmatranja predmeta i cilja odredaba Konvencije uzima u obzir međunarodnopravni okvir pravnih pitanja o kojima odlučuje. Sačinjeni od grupe pravila i načela koje je prihvatila velika većina država, zajednički međunarodni i domaći pravni standardi evropskih država odražavaju realnost koju Sud ne može da ignoriše kada je pozvan da pruži objašnjenje o polju primene neke odredbe Konvencije koju druga sredstva tumačenja ne mogu da ustanove sa dovoljnim stepenom sigurnosti.“¹³

Sud dosta široko pristupa međunarodnim i domaćim pravnim standardima koji su načelno merodavni za pravni problem pred Sudom. Sud se ne oslanja uvek na Bečku konvenciju o ugovornom pravu niti nužno pominje pravilo o sistemskom tumačenju, već postavlja standard koji je, čini se, širi od onog u članu 31(3)(c) Bečke konvencije. To je njegov autentičan i dosta slobodan pristup sistemskom tumačenju.¹⁴ To se ogleda ne samo u mnogo širem i slobodnijem korišćenju eksternih izvora, obavezujućih i neobavezujućih, već i u konceptu tzv. „evropskog konsenzusa“ koji predstavlja posebnu vrstu sistema izvedenog iz nacionalne prakse država članica,¹⁵ kojem se Sud priklanja iako *stricto sensu* se evropski konsenzus ne može izjednačiti sa pojmom „važeca pravila međunarodnog prava“ iz člana 31(3)(c) Bečke konvencije o ugovornom pravu. Tako je, na primer, u slučaju *Helsinškog odbora Mađarske protiv Mađarske*, Veliko veće ustanovilo da se konsenzus država članica može izvoditi iz specijalnih međunarodnih ugovora i prakse država.¹⁶ U kontekstu sistemskog i integrativnog tumačenja konsenzus predstavlja koncept koji Sudu omogućava prilagođavanje normi Evropske konvencije drugim međunarodnim normama ili čak i šire, novoj međunarodnoj prak-

¹² Brems, 457.

¹³ *Opuz v. Turkey*, predstavka br. 33401/02, presuda od 9. juna 2009, stav 184.

¹⁴ Adamantia Rachovitsa, “Fragmentation of International Law Revisited: Insights, Good Practices, and Lessons to be Learned from the Case Law of the European Court of Human Rights”, *Leiden Journal of International Law*, t. 28, 2015, 863-885.

¹⁵ “Sud pod evropskim konsenzusom označava tumačenje koje je zajedničko državama ugovornicama, jedan široki konsenzus, rasprostanjeno shvatanje, konsenzus u nastanku ili zajednički stav... Docnija praksa u primeni Evropske konvencije za ljudska prava nije jedini način za nastanak evropskog konsenzusa. On se može postići i na druge načine, ukazivanjem na pravna shvatanja država ugovornica, kao što je učešće u raspravi i glasanju u međunarodnim telima, na međunarodnim konferencijama, u međunarodnim ugovorima itd. Kada Evropski sud za ljudska prava ispituje postojanje evropskog konsenzusa on pretražuje sve dostupne izvore.” – Rodoljub Etinski, “Subsequent Practice in the Application of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as a Means of its Interpretation”, *Harmonisation of Serbian and Hungarian Law with the European Union Law*, vol. III (ed. Ranko Keca), Novi Sad 2015, 17-36, 25.

¹⁶ „Konsenzus koji proizilazi iz specijalnih međunarodnih instrumenata i iz prakse država ugovornica može konstituisati osnov za tumačenje odredaba Konvencije u određenim slučajevima.“ – *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, predstavka br. 18030/11, presuda Velikog veća od 8. novembra 2016. godine, stav 124.

si i političkim idejama o razvoju pojedinih prava i sloboda.¹⁷ Međutim, ovakva upotreba konsenzusa koji je rezultat široke konvergentne prakse i, kako to Sud često naziva „stvarnost koju Sud ne može ignorisati“, nije sasvim u skladu sa opštim pravilom o tumačenju, pa time i ni u skladu sa konceptom sistemskog tumačenja, kako je to predviđeno Bečkom konvencijom o ugovornom pravu,¹⁸ već je od njega daleko šire. Svejedno, ovakva praksa ispitivanja konsenzusa, navođenja spoljnih izvora i drugih dokumenata, upravo tako fleksibilna kakva jeste, predstavlja poseban i autonoman metod sistemskog tumačenja i sredstvo defragmentacije.

2.2.2. *Evropski sud za ljudska prava i sistemsko tumačenje stricto sensu*

U drugoj grupi predmeta su oni slučajevi gde se Sud izričito poziva na član 31(3)(c) Bečke konvencije o ugovornom pravu.¹⁹ Već samo pozivanje na ovu odredbu Bečke konvencije pokazuje nameru Suda da primeni eksterne izvore kao obavezna pravna pravila. U ovoj grupi su i oni slučajevi kada se Sud suočava sa sukobom koji postoji između neke odredbe Evropske konvencije i drugih međunarodnih obaveza. U slučaju sukoba Sud može postupiti na nekoliko načina. Sud može zanemariti eksterne izvore i druge međunarodne obaveze tužene države i primeniti norme Evropske konvencije na uštrb drugih normi međunarodnog prava.²⁰ Drugi pristup je istovremena primena oba izvora uz pokušaj da ih tumačenjem pomiri i tako izbegne sukob. Konačno, Sud može i da primeni drugo pravilo međunarodnog prava na uštrb garancija iz Evropske konvencije.²¹ Sva tri pristupa ilustruju procese fragmentacije i defragmentacije – iako drugi pristup načelno najviše odgovara metodu defragmentacije, ona je moguća i u druga dva

¹⁷ „Prema tome, jasno je da su od usvajanja Konvencije doneti domaći propisi u velikom većini država članica Saveta Evrope, kao i brojni međunarodni instrumenti, koji pokazuju razvoj u tolikoj meri da se formirao široki konsenzus, u Evropi (a i šire) da postoji potreba da se prizna kao individualno pravo pravo na pristup informacijama kojima raspolaže država da bi javnost mogla da formira mišljenje o pitanjima od opšteg interesa.“ – Isto, stav 148.

¹⁸ Rodoljub Etinski, „Means of Interpretation of International Treaties and Determinants of Their Significance“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad*, 2017, vol. 51, br. 4, str. 1177-1206, 1192-93.

¹⁹ Više, videti: Campbell McLachlan, “The Principle of Systemic Integration and Article 31(3) (c) of the Vienna Convention“, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54. 2/2005, 279–320.

²⁰ Dobar primer predstavlja predmet Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine u kojem je Sud konstatovao nesaglasnost Dejtonskog sporazuma kao ustavnog aranžmana sa Evropskom konvencijom. Videti: *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, predstavke br. 27996/06 i 34836/06, presuda Velikog veća od 22. decembra 2009. godine. U odluci se Sud nije pozivao na pravila Bečke konvencije niti na sistemsko tumačenje.

²¹ *McElhinney v. Ireland*, predstavka br. 31253/96, presuda Velikog veća od 21. novembra 2001. U ovom presudi Sud se osvrnuo na član 31(3)(c) Bečke konvencije o ugovornom pravu i konstatovao da je cilj koji se želi postići (imunitet strane države garantovan međunarodnim pravom) proporcionalan ograničenju prava na pristup sudu iz člana 6 stav 1 Evropske konvencije.

pristupa ako je razlog za primenu jednog ili drugog izvora položaj i značaj odabranog izvora u sistemu međunarodnog prava.

Primer a eksplicitnog pozivanja na član 31(3)(c) Bečke konvencije o ugovornom pravu ima u praksi Evropskog suda iako ne u meri u kojoj bi se moglo očekivati. Verovatno je deo objašnjenja u tome što Sud svakako koristi sistemsko tumačenje, i to šire od onog iz ove odredbe Bečke konvencije, kako je već obrazloženo u radu. U bazi podataka Evropskog suda za ljudska prava navode se 73 sudske odluke u kojima se Sud izričito pozvao na član 31(3)(c) Bečke konvencije, od kojih je 58 presuda i to čak 31 presuda Velikog veća. U ovom broju se nalaze primeri sva tri pristupa članu 31(3)(c) Bečke konvencije, ali je najviše onih (čak 52 odluke) koji govore o sistemskom tumačenju kao sredstvu usaglašavanja i konvergencije različitih obaveza, dakle onih koji vide u ovoj odredbi njegovu defragmentirajuću funkciju. Tako, na primer, Sud u predmetu *Gizelyurtlu i drugi protiv Kipra i Turske*, koristi već uobičajenu formulaciju o sistemskom tumačenju koje podrazumeva usaglašavanje Konvencije sa drugim međunarodnopravnim normama:

„Sud ponovo ističe da mora uzeti u obzir sva relevantna pravila i načela međunarodnog prava koja su primenljiva u odnosima između država članica i da se Konvencija mora koliko god je to moguće tumačiti u saglasnosti sa drugim pravilima međunarodnog prava čiji je i ona deo.“²²

Sukob pravila o imunitetu stranih država i prava na pristup sudu

Ambivalentnost sudskog pristupa sistemskom tumačenju ilustruju stavovi Suda o odnosu prava na pristup sudu kao garancije iz člana 6(1) Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i imuniteta stranih država kao međunarodnog običajnog pravnog pravila. Sud je koristio član 31(3)(c) Bečke konvencije o ugovornom pravu u svim ovim slučajevima ali nije uvek dolazio do istog rezultata.

U predmetu *Al-Adsani protiv UK*²³ britanski sudovi su se oglasili nenadležnim na osnovu međunarodnog pravila o imunitetu stranih država povodom Al-Adsanijeve tužbe protiv države Kuvajt i bliskog srodnika vladarske porodice u Kuvajtu. Al-Adsani je tvrdio da je bio izložen torturi kuvajtske policije i članova vladajuće porodice. U svojoj presudi Evropski sud za ljudska prava je morao da ustanovi da li je uskraćivanje prava na pristup nacionalnom sudu, naročito ako se radi o povredi zabrane mučenja kao kogentnog pravnog pravila, opravdano pravilom međunarodnog pravila o imunitetu stranih država. Sud smatra da se ovde može razmatrati samo pitanje prava na pravično suđenje i da ovo pravo nije apsolutno, ali da njegova ograničenja moraju da budu opravdana i srazmerna drugom legitimnom

²² *Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey* (App. No. 36925/07), Presuda Velikog veća od 29. januara 2019. godine, stav 235.

²³ *Al-Adsani v. United Kingdom*, predstava br. 35763/97, presuda Velikog veća od 21. novembra 2001. godine.

cilju koji se želi postići. Sud ovde poseže za članom 31(3)(c) i koristi poznatu formulaciju: „Konvencija se mora koliko god je to moguće tumačiti u saglasnosti sa drugim pravilima međunarodnog prava čiji je i ona deo, uključujući i pravila o pružanju imuniteta državi.“²⁴ Prethodno zaključivši da ne postoji kao obavezno pravilo o izuzetku od imuniteta za tužbe povodom povrede ljudskih prava protiv stranih država,²⁵ Sud smatra da pravilo o imunitetu opravdava nenadležnost domaćih sudova i da stoga ne predstavlja povredu člana 6(1): „Proizilazi da mere koje je preduzela država ugovornica odgovaraju opšte prihvaćenom pravilu međunarodnog javnog prava o imunitetu stranih država i da se ono u načelu ne može smatrati kao nesrazmerno ograničenje prava na sud kako je ono propisano članom 6(1).“²⁶ Dakle, sistemsko tumačenje dovelo je do isključenja primene Konvencije zbog drugih važećih međunarodnih obaveza tužene države. Odluka je doneta tesnom većinom – devet prema osam glasova protiv povrede prava na pristup sudu. Sistemsko tumačenje je ovde dovelo do izbora između dve međunarodne norme. Međutim, paradoks je da sistemsko tumačenje, dakle ono tumačenje koje se zasniva na sistemu, a time se pretpostavlja i na hijerarhiji pravnih normi, zanemaruje kogentnu prirodu zabrane mučenja, prava čija je zaštita uskraćena, dok pravilo o imunitetu Sud nijednom ne kvalifikuje kao kogentno pravno pravilo. *Al-Adsani* tako predstavlja primer trećeg pristupa sistemskom tumačenju u sukobu drugih međunarodnih obaveza tužene države sa obavezama iz Evropske konvencije.

Sistemsko tumačenje, ali sa drugačijim ishodom po pravo na pristup sudu, Sud je primenio u predmetima gde je pitanje bilo da li su nacionalni sudovi mogli da uskrate nadležnost na osnovu imuniteta stranih država po tužbama zbog raskida radnog odnosa sa stranim diplomatskim predstavništvom. U tri takva predmeta,²⁷ gde su se nacionalni sudovi oglasili nenadležnim pozivanjem na međunarodno običajno pravilo o imunitetu stranih država, Sud je konstatovao da je došlo do povrede prava na pristup sudu jer su nacionalni sudovi, po mišljenju Suda, bili dužni da odluče o ovim zahtevima. Sud ovde smatra da prednost ima Konvencija jer međunarodno običajno pravilo, smatra Sud, poznaje izuzetak od imuniteta za radnopravne sporove kada se posao obavlja na teritoriji države foruma.²⁸

²⁴ Isto, stav 55.

²⁵ Sud koristi Evropsku konvenciju o imunitetu stranih država iz 1972. godine koja propisuje izuzetak od imuniteta za povrede ljudskih prava pod određenim uslovima, ali konstatuje da ona nije stupila na snagu i da ima mali broj država ugovornica. U uporednom pravnom kontekstu pronalazi primere gde su nacionalni sudovi isključivali imunitet stranih država i njihovih službenika zbog povrede ljudskih prava.

²⁶ Isto, stav 56.

²⁷ *Cudak v. Lithuania*, predstavka br. 15869/02, presuda Velikog veća od 23. marta 2010.; *Sabeh El Leil v. France*, predstavka br. 34869/05, presuda Velikog veća od 29. juna 2011; *Radunović and Others v. Montenegro*, predstavke br. 45197/13 i dr., presuda od 25. oktobra 2016.

²⁸ Sud u predmetu *Cudak* posvećuje pažnju Konvenciji UN o jurisdikcionom imunitetu stranih država iz 2004. godine i konstatuje da ona nije stupila na snagu kao i da involvirane države

Sud i ovde koristi uobičajenu formulaciju pozivanjem na član 31(3)(c),²⁹ ali prednost daje Evropskoj konvenciji. *Cudak* i srodne odluke predstavljaju primer prvog pristupa sistemskom tumačenju u slučaju sukoba međunarodnih obaveza tuženih država sa njihovim obavezama na osnovu Evropske konvencije.

Dakle, u dve kategorije slučajeva o sukobu prava na pristup sudu i imuniteta propisanog međunarodnim pravom, Sud dolazi do različitih zaključaka iako su oba, bar načelno, rezultat sistemskog tumačenja. Istovremeno ovi primeri pokazuju da *Cudak* i docnije odluke pripadaju prvoj kategoriji slučajeva kada Sud daje prednost Konvenciji pozivanjem na sistemsko tumačenje, dok *Al-Adsani* i slični predmeti pripadaju trećoj kategoriji kada je prednost ustupljena drugim pravilima međunarodnog prava. Međutim, paradoks je ovde u tome što su u svim slučajevima to iste norme – o pravu na pristup sudu iz člana 6(1) i norme o imunitetu država. Ovde je ozbiljniji pristup sistemskom tumačenju mogao da pomogne u opravdanju različite prakse putem postavljanja izuzetaka u odnosu na opšte pravilo. Na primer, da je pravilo o imunitetu čije poštovanje jeste legitimni cilj koji može opravdati odstupanje od standarda zaštite ljudskih prava osim kada dođe do promene pravila o imunitetu putem formiranja izuzetaka. Iako se ovaj zaključak delimično može izvesti iz obrazloženja Suda, Sud nije ulazio u ovakvu analizu kojom bi zapravo zaštitio koherentnost sopstvenog tumačenja ali i sistem međunarodnog prava.

Sukob rezolucija Saveta bezbednosti UN i prava na pristup sudu

Posebna kategorija sudskih odluka je ona u kojoj je Sud odlučivao o odnosu standarda zaštite iz Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava, posebno prava na pristup sudu i prava na zaštitu imovine, sa jedne strane, i ograničenja ljudskih prava na osnovu rezolucija Saveta bezbednosti UN, sa druge. Hijerarhija normi u sistemu međunarodnog prava ovde je neizbežan faktor u rešavanju sukoba: član 30(1) Bečke konvencije o ugovornom pravu i član 103 Povelje UN propisuju jaču pravnu snagu obaveza na osnovu Povelje (a time i rezolucija Saveta bezbednosti koje obavezuju sve države članice na osnovu člana 25 Povelje UN), dok koncept kogentnih međunarodnih normi može da kvalifikuje pojedina ljudska prava kao najviše pravo, pa time i kao pravo jače od prava UN. Dve su odluke Evropskog suda za ljudska prava ovde paradigmatične. Prva je u predmetu *Bosforus protiv*

(SAD i Litvanija) nisu ovu konvenciju ratifikovale. Ipak zaključuje, na osnovu glasanja o nacrtu u Generalnoj skupštini, koje je bilo jednoglasno, da pravilo iz člana 11 ove Konvencije obavezuje Litvaniju kao običajno pravno pravilo koje se navodno nalazi u pripremnim radovima ove konvencije. O kritici zaključka Evropskog suda za ljudska prava da je u pogledu radopravnih odnosa nastalo međunarodno pravno pravilo koje dozvoljava izuzetak od imuniteta stranih država, vidi: Rodoljub Etinski, Sanja Đajić, Bojan Tubić, *Međunarodno javno pravo*, 7. izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad 2017, str. 51, 171.

²⁹ *Cudak*, stav 56.

*Irske*³⁰ gde su tužioci smatrali da im je povređeno pravo na imovinu iz člana 1 Protokola 1 oduzimanjem dva aviona koja su uzeli u zakup od JAT-a pre uvođenja sankcija UN SR Jugoslaviji.³¹ Osnov za oduzimanje bile su sankcije izrečene SR Jugoslaviji na osnovu Rezolucije Saveta bezbednosti UN br. 820 iz 1993. godine, i Uredbe EZ br. 990/93 kojom su sankcije unete u poredak EU i kojom je obezbeđeno neposredno dejstvo ovih sankcija. Kao savesni zakupci tužioci su smatrali da nisu smeli da budu predmet kaznenih mera UN i EU. Sud je problem postavio najviše kao odnos međunarodnih obaveza Irske na osnovu prava EU i prava Evropske konvencije³² delom zbog prirode irskog pravnog poretka ali i zbog postojanja presude Evropskog suda pravde koji je opravdao postojanje i zakonitost ove uredbe u postupku po prethodnom pitanju koje mu je uputio postupajući irski sud. Svejedno, problem je bio otvoren i pred Evropskim sudom za ljudska prava gde je Sud pravo prvenstva praktično ustupio i pravu EU i pravu UN pozivanjem na član 31(3)(c) Bečke konvencije o ugovornom pravu:

„Konvencija mora da se tumači u svetlu svih relevantnih pravila i načela međunarodnog prava koja važe između država ugovornica (član 31(3)(c) Bečke konvencije o ugovornom pravu, *Al-Adsani protiv UK*), a jedno od tih načela je i načelo *pacta sunt servanda*. Praksa Suda koja potvrđuje sve veći značaj međunarodne saradnje i potrebu da se obezbedi ispravno funkcionisanje međunarodnih organizacija (*Waite and Kennedy*, §§ 63 i 72, i *Al-Adsani*, § 54 (...); videti takođe član 234 (sada član 307) Ugovora o EZ) je utemeljena. Ovi razlozi su ključni za nadnacionalne organizacije kao što je Evropska zajednica. Sud stoga prihvata da je povinovanje država članica komunitarnom pravu legitiman opšti interes u smislu člana 1 Protokola br. 1.“³³

Sud je u obrazloženju naveo da je reč o pretpostavci koja zavisi od toga da li organizacija prema kojoj država ima obavezu, a koja dovodi u pitanje njene obaveze na osnovu Evropske konvencije, načelno poštuje ljudska prava i da je sposobna da pruži „jednaku zaštitu“ kao i država. Zaključivši da Evropska unija kao organizacija poštuje i kontroliše poštovanje ljudskih prava Sud smatra da nije došlo u ovom slučaju do povrede prava na imovinu. Pozivanjem na sistemsko tumačenje Sud ograničava ne samo tumačenje Konvencije već i svoju nadležnosti

³⁰ *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, predstavka br. 45036/98, presuda Velikog veća od 30. juna 2005.

³¹ Više o ovom slučaju u širem međunarodnopravnom kontekstu videti: Sanja Đajić, „Odnos Evropskog suda pravde i Evropskog suda za ljudska prava: slučaj *Bosphorus*“, u: *Vodič kroz Pravo Evropske unije* (ur. Blagoje Babić), Službeni glasnik – Institut za međunarodnu politiku i privredu – Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2009, 645-652.

³² „Tačno je da je Uredba EEZ br. 990/93 jdoneta na osnovu Rezolucije SB UN koja je usvojena na osnovu glave VII Povelje UN. Iako je ova rezolucija bila značajna za tumačenje uredbe (...), ona ipak nije bila deo unutrašnjeg pravnog poretka Irske i prema tome nije mogla da posluži Ministru saobraćaja kao pravni osnov za oduzimanje vazduhoplova.“ – *Bosforus*, stav 145.

³³ *Bosforus*, stav 150 (pojedine reference su izostavljene).

ustupajući prvenstvo pravu EU i Sudu pravde EU. Najveći deo obrazloženja posvećene je pravnoj prirodi Evropske unije i njenih institucija. U literaturi se predmet *Bosforus* najčešće navodi kao primer „dijaloga međunarodnih sudova“,³⁴ više nego primer sistemskog tumačenja jer se Evropski sud za ljudska prava nije bavio usaglašavanjem različitih obaveza koliko se trudio da ne poremeti već postavljeni poredak i postojeće presude Evropskog suda pravde. U svakom slučaju, predmet *Bosforus* ilustruje treću kategoriju slučajeva u kojima se Sud poziva na član 31(3)(c).

Ipak, u docnijim predmetima došlo je do obrta i to upravo pozivanjem na pravila o sistemskom tumačenju. U odnosu Evropskog suda za ljudska prava prema rezolucijama Saveta bezbednosti UN došlo je do promene u kontekstu antiterorističkih mera koje su usvojene u brojnim rezolucijama Saveta bezbednosti UN. Pojednim rezolucijama državama članicama je bilo naloženo da konfiskuju imovinu lica koja su bila navedena na spisku Komiteta Saveta bezbednosti UN. Upravo je način formiranja ovakvih spiskova (*listing procedure*) zajedno sa posledicom direktnog blokiranja imovine otvorilo pitanje poštovanja ljudskih prava budući da su ta lica bez prethodnog znanja i postupka u kojem bi mogli da učestvuju bili navedeni kao osumnjičeni za terorizam ili pomoć režimu protiv kojih su bile uvedene sankcije (Irak i režim Sadama Huseina, Avganistan i režim Talibana) tako da im je imovina bila blokirana i u pojedinim slučajevima prenetu u novoformirane državne fondove novih vlada. Zbog kritika, čak i u okviru UN, da je reč o postupcima koji flagrantno krše osnovna ljudska prava, poput prava na pravično suđenje, pravo na imovinu i slično, 2006. godine je usvojena rezolucija kojom je omogućen postupak brisanja imena sa liste (*de-listing procedure*) na zahtev zainteresovanih subjekata.

Predmet *Al-Dulimi i Montana menadžment protiv Švajcarske*³⁵ jedan je od slučajeva u kojima su tužioci osporavali mere oduzimanja imovine na osnovu lista Saveta bezbednosti UN kao suprotne ljudskim pravima, odnosno obavezama tužene države na osnovu Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava. Tužiocima je Švajcarska blokirala sredstva na bankovnim računima na osnovu Rezolucije Saveta bezbednosti 1483 (2003) jer su se oba tužioca našla na spisku osumnjičenih za terorizam Komiteta Saveta bezbednosti. Pitanje sukoba različitih međunarodnih obaveza je ovde bilo dvostruko: da li član 103 Povelje UN i obaveze iz rezolucija Saveta bezbednosti na osnovu glave VII Povelje UN i člana 25 imaju prevagu nad obavezama iz Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava, ili, sa druge strane, da li obaveza poštovanja ljudskih prava uopšte, ili bar onih kogentnog karaktera ima jaču pravnu snagu od obaveza na osnovu rezolucija Saveta bezbednosti UN?

³⁴ Tobias Lock, “The Court of Justice and European Court of Human Rights: A Special Relationship”, in: *European Court of Justice and International Courts* (Tobias Lock), Oxford 2015, 184.

³⁵ *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*, predstava br. 5809/08, presuda Velikog veća od 21. juna 2016.

Primenjeno u konkretnom slučaju pitanje je bilo da li pravo na pristup nacionalnom sudu (i mogućnost vođenja postupka radi zaštite prava) može biti uskraćeno zbog obaveza država na osnovu obaveznih rezolucija Saveta bezbednosti. Savezni sud Švajcarske odbio je tužbe za poništaj odluka Saveznog departmana za privredu Švajcarske kojima su sredstva tužioca blokirana uz nalog za transfer ovih sredstava na račun Razvojnog fonda za Irak. Kao razlog za odbijanje Savezni sud je naveo obaveznost rezolucija Saveta bezbednosti UN donetih na osnovu glave VII i primat obaveza iz Povelje UN na osnovu člana 103.³⁶ Dakle, Savezni sud Švajcarske je normativni sukob rešio osloncem na hijerarhiju pravnih normi.

Evropski sud se složio sa Švajcarskom da je ograničenje pristupa nacionalnom sudu u skladu sa legitimnim ciljem poštovanja obaveza iz Povelje UN, gde je postupanje po ovoj rezoluciji Saveta bezbednosti upravo jedna takva obaveza. Ipak, Evropski sud je našao da iako je ograničenje prava na pravično suđenje moguće ako se tim ograničenjem postiže opravdani cilj kao što je ovaj, takvo ograničenje ipak mora biti srazmerno cilju bez obzira koliko je on opravdan. Odmevajući srazmernost Sud polazi od pravila tumačenja u Bečkoj konvenciji o ugovornom pravu i od teze da je Evropska konvencija deo sistema međunarodnog prava, dakle, da se mora tumačiti u svetlu drugih normi međunarodnog prava što znači da Sud može tumačiti druge međunarodne obaveze tužene države. Švajcarska je smatrala da nije imala pravog izbora jer je bila u obavezi da oduzme („zamrzne“) imovinu tužioca na osnovu odluke Saveta bezbednosti – svako drugo postupanje može staviti Švajcarsku u položaj protivan obavezama iz Povelje UN. Kako rešiti normativni konflikt ako on postoji? Po mišljenju Suda to se može ostvariti „harmoničnim“ tumačenjem koje smatra da je usklađivanje različitih obaveza moguće uz dodatnu pretpostavku da prilikom formulisanja obaveza strane nisu imale nameru da izbegnu njihovo izvršenje niti da su imale nameru da krše ljudska prava.³⁷ U takvoj postavci problema Sud izraz „blokirati bez odlaganja“ (*freeze without delay*) iz stava 23 Rezolucije Saveta bezbednosti 1418 (2003) tumači zajedno sa celom rezolucijom i zaključuje da ništa u tekstu ove i narednih rezolucija ne nalaže izričito Švajcarskoj da isključi sudsku kontrolu nacionalnih

³⁶ „Član 103 Povelje propisuje da u slučaju sukoba između obaveza država članica UN na osnovu Povelje i njihovih obaveza na osnovu drugog međunarodnog ugovora, njihove obaveze iz Povelje će imati prednost. Ova vrsta prioriteta propisana je i članom 30 stav 1 Bečke konvencije o ugovornom pravu iz 1969. Pravna tumačenja i sudska praksa potvrđuju da je reč o apsolutnom i opštem prioritetu koji važi nezavisno od prirode ugovora koji se nalazi u sukobu sa Poveljom, bez obzira da li je reč o dvostranom ili višestranom ugovoru, i bez obzira da li je takav međunarodni ugovor stupio na snagu pre ili posle stupanja na snagu Povelje. Prioritet se garantuje ne samo obavezama koje su izričito navedene u Povelji već i, prema shvatanju Međunarodnog suda pravde, i onim obavezama koje proizilaze iz obaveznih odluka organa UN, naročito obaveznih odluka koje usvoji Savet bezbednosti na osnovu člana 25 Povelje.“

Dulimi, stav 29.

³⁷ *Dulimi*, stav 140.

mera u svetlu normi o zaštiti ljudskih prava.³⁸ Princip „harmoničnog“ sistemskog tumačenja kroz sistem pretpostavki da su sve obaveze međusobno usklađene u odsustvu jasno formulisanog izuzetka Sud formuliše na sledeći način:

„Ukoliko odredbe rezolucije Saveta bezbednosti UN nisu jasne Sud mora odabrati ono tumačenje koje je u najvećoj mogućoj saglasnosti sa zahtevima Konvencije i kojim se izbegava bilo kakav sukob normi.... Prema tome, ako u rezoluciji Saveta bezbednosti ne postoji jasna i izričita formulacija kojom se isključuje ili ograničava poštovanje ljudskih prava u kontekstu implementacije sankcija protiv fizičkih i pravnih lica na nivou država, Sud mora uvek pretpostaviti da su predložene mere u saglasnosti sa Konvencijom. Drugim rečima, u takvim slučajevima, u duhu systemske harmonizacije, Sud će u načelu zaključiti da ne postoji sukob obaveza koji može dovesti to primene pravila o prioritetu iz člana 103 Povelje UN.“³⁹

Pristup koji ovde koristi Sud je naizgled primer „harmoničnog“ tumačenja kojim Sud miri različite i sukobljene međunarodne obaveze države. Međutim, čini se da je imenovanje ovakvog pristupa kao mere harmonizacije ovde upotrebjeno iz drugačijih razloga – Sud izbegava da otvoreno sukobi obaveze iz Povelje UN i obaveze iz Evropske konvencije jer bi tada morao otvoreno da kvalifikuje akte Saveta bezbednosti UN kao protivne normama o zaštiti ljudskih prava. Zato Sud učitava u rezolucije tekst koji tamo zapravo ni ne postoji ali ovakvim „harmoničnim“ pristupom izbegava konfrontaciju sa Svetom bezbednosti a istovremeno obezbeđuje prednost Evropskoj konvenciji. Za razliku od odluka u *Bosphorusu* i *Al-Adsaniju*, Sud je ovde ustanovio povredu Evropske konvencije uprkos postojanju suprotnih normi međunarodnog prava. Novina u *Dulimiju* je ta što Sud prednost koju daje Evropskoj konvenciji na uštrb drugih međunarodnih obaveza kvalifikuje kao uspešno usaglašavanje suprotstavljenih međunarodnih normi a ne kao izbor između sukobljenih međunarodnih obaveza.

3. EVOLUTIVNO TUMAČENJE I SUDSKI AKTIVIZAM

Evolutivno tumačenje proizilazi iz sudskog aktivizma⁴⁰ pod kojim se podrazumeva odluka sudija da promenom tumačenja prošire zaštitu koju pruža Evropska konvencija. Sudski aktivizam, ili sudska kreativnost,⁴¹ se tako može identifikovati u promeni tumačenja pravila o nadležnosti, proširenju polja primene pojedinih prava i

³⁸ *Dulimi*, stav 143.

³⁹ *Dulimi*, stav 140.

⁴⁰ „Takvo profilisanje evropskog prava ljudskih prava zahvaljujući, pre svega, aktivizmu Evropskog suda, kao sudske instance najvišeg stepena, potvrđuje se, dakle, i njegovim različitim metodama primene Konvencije.“- Ivana Krstić, Tanasije Marinković, *Evropsko pravo ljudskih prava*, Svet Evrope, Beograd 2016, str. 23.

⁴¹ Alastair Mowbray, “The Creativity of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 5, 1/2005, str. 57-79 (autor ukazuje na sudsku kreativnost upravo u pogle-

sloboda uvođenjem, na primer, pozitivnih obaveza u sve širi krug prava i sloboda,⁴² proširenju pojedinačnih i opštih mera koje Sud izriče zbog povrede Konvencije, uvođenje koncepta „evropskog konsenzusa“, i slično. Obrazloženje da se Konvenciji pristupa kao „živom instrumentu“ jesu upravo promene, pravne i društvene, koje obavezuju Sud da ih ne ignoriše već inkorporira u svoj sistem. U predmetu *Rancev protiv Kipra i Rusije*⁴³ jedno od pitanja je bilo da li je zabrana trgovine ljudima deo garancije člana 4 Evropske konvencije koji zabranjuje ropstvo i prinudni rad budući da se trgovina ljudima ne pominje u ovoj odredbi. Sud je evolutivnim tumačenjem zaključio da se zabrana trgovine ljudima može podvesti pod zabranu ropstva:

„Nije iznenađujuće što u Konvenciji ne postoji izričito upućivanje na trgovinu ljudima. Konvencija je bila inspirisana Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima koju je usvojila Generalna skupština Ujedinjenih nacija 1948. u kojoj se ne pominje trgovina ljudima. U članu 4 Deklaracija zabranjuje ‘ropstvo i sve oblike trgovine robljem’. Ipak, prilikom utvrđivanja domašaja člana 4 Konvencije ne treba gubiti iz vida posebne odlike Konvencije niti činjenicu da je ona živi instrument koji se mora tumačiti u svetlu sadašnjih okolnosti. Visoki standardi zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda se podižu što istovremeno i neizbežno znači da je potrebno pokazati i sve veću odlučnost prilikom utvrđivanja povreda osnovnih vrednosti demokratskog društva.(..) Imajući u vidu svoju obavezu da tumači Konvenciju u svetlu sadašnjih okolnosti Sud smatra da nije potrebno da utvrđuje da li se tretman na koji se tužilac žali može podvesti pod ‘ropstvo’, ‘kmetstvo’ ili ‘prinudni rad’. Sud zaključuje da trgovina ljudima kao takva, u smislu člana 3(a) Protokola iz Palerma i člana 4(a) Konvencije protiv trgovine ljudima, može podvesti pod član 4 Konvencije.“⁴⁴

Ne treba zanemariti činjenicu da evolutivno tumačenje, koje predstavlja sredstvo i manifestaciju sudskog aktivizma, nije toliko često u sudskoj praksi – Sud češće koristi već utemeljenu praksu i poznate obrasce odlučivanja. Ipak, u situacijama kada prateći trendove razvoja zaštite ljudskih prava, bilo na nacionalnom nivou preko koncepta evropskog konsenzusa, ili u širem kontekstu, u praksi drugih tela za zaštitu ljudskih prava, želi da promeni postojeću praksu proširenjem zaštite, on poseže za konceptom evolutivnog tumačenja.⁴⁵

du tumačenja smatrajući da evolutivno i efektivno tumačenje, kao i koncept Konvencije kao „živog instrumenta“ i „stvarnih i efikasnih“ prava predstavljaju rezultat sudskog aktivizma i kreativnosti).

Takođe videti: Dragoljub Popović, *Postanak evropskog prava ljudskih prava: Esej o sudskoj kreativnosti*, Službeni glasnik, Beograd 2013.

⁴² Marc Bossuyt, “Judicial Activism in Strasbourg”, in: Karel Wellens (ed.), *International Law in Silver Perspective: Challenges Ahead*, Koninklijke Brill 2015, str 31-56.

⁴³ *Rantsev v. Cyprus and Russia*, predstava br. 25965/04, presuda od 7. januara 2010.

⁴⁴ *Rancev*, stav 277.

⁴⁵ Jukka Viljanen, “The Role of the ECtHR as a Developer of International Human Rights Law“, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* no. 62/63, 249-265. (<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26759.pdf>, 23.9.2019).

Sudski aktivizam se ne manifestuje jedino putem evolutivnog tumačenja koje ipak zahteva upućivanje na eksterne izvore, pravne ili društvene promenjene okolnosti van sistema Konvencije. Putem efektivnog tumačenja Sud, pozivanjem na pravilo da su prava garantovana Konvencijom „stvarna i delotvorna, a ne teorijska i nestvarna“ poseže za onim tumačenjem koje garantovanom pravu omogućava stvarnu primenu. Ovu već standardnu frazu Sud često koristi i ovde je efektivno tumačenje, koje Sud ponekad naziva i autonomnim tumačenjem, prikladno jer ostavlja Sudu prostor da samo na osnovu obaveze da obezbedi stvarna i delotvorna prava, proširi tumačenje Konvencije. U predmetu *Mihalače protiv Rumunije*,⁴⁶ u raspravi o načelu *ne bis in idem*, Sud je jednu nejasnu situaciju i razliku u francuskom i engleskom tekstu Konvencije, tumačio u korist tužioca: „Sud je u svojoj praksi razvio dodatna sredstva tumačenja, kao što su autonomno i evolutivno tumačenje, i doktrinu polja slobodne procene. Ova načela zahtevaju takvo tumačenje i primenu koja omogućavaju da ove garancije budu stvarne i delotvorne a ne teorijske i nestvarne.“⁴⁷ U mišljenju uz ovu presudu Velikog veća sudija Serhides je posebno istakao značaj efektivnog tumačenja Konvencije.⁴⁸

U predmetu *Helsinškog odbora protiv Mađarske* pitanje je bilo da li sloboda izražavanja kako je garantovana članom 10 Evropske konvencije obuhvata i pravo na pristup informacijama od javnog značaja. Sud je prvo ustanovio, proverom pripremljenih radova i kasnijih inicijativa u okviru Saveta Evrope, da ovo pravo prvobitno nije bilo predviđeno kao deo slobode izražavanja. Za razliku od nekih drugih međunarodnih instrumenata, poput Američke konvencije o ljudskim pravima,⁴⁹ pravo na pristup informacijama od javnog značaja nije bilo predviđeno kao deo osnovnog teksta Evropske konvencije. U nekim prethodnim predmetima Sud je ustanovio da je pravo na pristup informacijama utuživo na osnovu člana 10 jer su domaći propisi u konkretnim okolnostima tužiocima dali takvo pravo. Međutim, u predmetu *Helsinškog odbora* Sud je pitanje postavio kao načelno: da li član 10, uprkos pripremljenim radovima i drugačijoj formulaciji, ipak garantuje i pristup informacijama od javnog značaja, i nezavisno od domaćeg zakonodavstva. Odgovor je bio potvrđan a osnov za ovakvak zaključak Sud je našao ne samo u principu „evropskog konsenzusa“ već i u načelu efektivnosti:

⁴⁶ *Mihalache v. Romania*, predstavka br. 54012/10, presuda Velikog veća od 8. jula 2019.

⁴⁷ *Mihalače*, stav 91.

⁴⁸ „Načelo koje je integrisano u sve odredbe Konvencije ima značajnu ulogu i nije slučajno da su njegovo ime, uloga i funkcija identični osnovnom cilju i predmetu Konvencije, a to je efektivna zaštita ljudskih prava. Načelo je po svojoj prirodi identično ulozi i zadatku Suda da efikasno zaštiti ljudska prava. Prema tome, ogroman je značaj ovog načela čak i kada se Sud na njega ne poziva neposredno“ – Saglasno mišljenje sudije Serhidesa, *Mihalače*, str. 71, stav 3.

⁴⁹ Član 13 Američke konvencije o ljudskim pravima. Tumačenje po kojem ovo pravo zapravo izričito predviđa pravo na pristup informacijama od javnog značaja dao je Interamerički sud za ljudska prava predmetu *Klod Reyes protiv Čilea*. – *Claude Reyes et al. v. Chile* (19. septembar 2006).

„Sud smatra da član 10 ne daje pojedincu pravo na pristup informacijama kojima raspolaže javna vlast niti obavezuje državu da pruži takvu informaciju pojedincima. Ipak, imajući u vidu prethodnu analizu, takvo pravo i takva obaveza mogu nastati ako je pružanje informacije obavezno na osnovu sudske odluke (što nije pitanje u ovom sporu) ali i u okolnostima kada je pravo na pristup informacijama ključno za pravo pojedinca da koristi svoju slobodu izražavanja u delu ‘slobode da prima i pruža informacije’ i kada je uskraćivanje informacije zapravo mešanje u ovo pravo.⁵⁰ Iz ove i sličnih odluka sledi da je načelo efektivnosti u tumačenju ljudskih prava, po kojem Evropska konvencija garantuje prava koja su stvarna i delotvorna, deo sudskog aktivizma koji omogućava upodobljavanje Konvencije širem kontekstu i na taj način predstavlja sredstvo defragmentacije.

4. ZAKLJUČAK

Evropski sud za ljudska prava je svestan svog položaja u međunarodnom pravnom sistemu iako je reč o regionalnom i specijalizovanom međunarodnom sudu jer angažovano uključuje opšte međunarodno pravo i druga međunarodna pravila koja obavezuju države članice. Prilikom primene Evropske konvencije za ljudska prava Evropski sud polazi od sistemskog tumačenja i to na dva načina. Prvi je kada koristi i navodi sve relevantne međunarodnopravne izvore, ponekad i odluke koje nisu formalno obavezne, prilikom tumačenja odredaba Konvencije. Ovaj liberalan pristup eksternim izvorima, ali i društvenim okolnostima koje preovlađuju u državama članicama, formirao je neke od originalnih doktrina u praksi ovog Suda, poput „evropskog konsenzusa“, doktrine Konvencije kao „živog instrumenta“, načela „jednake zaštite“ i neke od posebnih metoda tumačenja, poput autonomnog i evolutivnog tumačenja. Drugi pristup Suda je kada se izričito poziva na pravilo iz člana 31(3)(c) Bečke konvencije o ugovornom pravu, najčešće da bi rešio sukob koji postoji između obaveza tužene države na osnovu Konvencije i na osnovu nekog drugog međunarodnog izvora. Prilikom rešavanja sukoba između različitih normi, dakle prilikom rešavanja problema fragmentacije, Sud pokazuje spremnost da evropski sistem zaštite ljudskih prava bude usaglašen sa drugim međunarodnim normama. Sud u većini slučajeva polazi od člana 31(3)(c) Bečke konvencije o ugovornom pravu što svedoči o njegovoj odluci da obezbedi defragmentaciju kada god je to moguće. Čak i kada daje prednost Evropskoj konvenciji u odnosu na drugu međunarodnu obavezu, ili obrnuto, Sud takvu prednost izvodi pozivanjem na pravilo o sistemskom tumačenju. Bez obzira što se i ovde mogu uočiti nedoslednosti i neobična usaglašavanja različitih međunarodnih obaveza, činjenica je da Sud ovakvim pristupom predstavlja jedan

⁵⁰ *Helsinki odbor*, stav 156.

od faktora defragmentacije u međunarodnom pravu, možda i više nego neki drugi specijalizovani međunarodni sudovi.

LITERATURA I IZVORI

- Bossuyt, Marc, “Judicial Activism in Strasbourg”, in: Karel Wellens (ed.), *International Law in Silver Perspective: Challenges Ahead*, Koninklijke Brill 2015.
- Brems, Eva. “Should Pluriform Human Rights Become One? Exploring the Benefits of Human Rights Integration“, *European Journal of Human Rights*, 4/2014, 447-470.
- Douglas, Zachary, “The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails“, *2 Journal of International Dispute Settlement* 2/2011, 97-113.
- Etinski, Rodoljub, “Subsequent Practice in the Application of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as a Means of its Interpretation“, *Harmonisation of Serbian and Hungarian Law with the European Union Law*, vol. III (ed. Ranko Keca), Novi Sad 2015, 17-36.
- Etinski, Rodoljub, „Means of Interpretation of International Treaties and Determinants of Their Significance“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad*, 2017, vol. 51, br. 4, 1177-1206.
- Lock, Tobias, “The Court of Justice and European Court of Human Rights: A Special Relationship”, in: *European Court of Justice and International Courts* (Tobias Lock), Oxford 2015.
- McLachlan, Campbell “The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention“, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, 2/2005, 279-320.
- Mowbray, Alastair, “The Creativity of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 5, 1/2005, 57-79.
- Peters, Anne, “The refinement of international law: From fragmentation to regime interaction and politicization“, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, no. 3 (2017), 671–704, 672.
- Rachovitsa, Adamantia, “Fragmentation of International Law Revisited: Insights, Good Practices, and Lessons to be Learned from the Case Law of the European Court of Human Rights”, *Leiden Journal of International Law*, t. 28, 2015, 863-885.
- Rachovitsa, Adamantia, “The Principle of Systemic Integration in Human Rights Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol 66, July 2017, 557–588.
- Staes, Dorothea, “The Use of Documents Other than the European Convention on Human Rights and Its Protocols in Cases Before the European Court of Human Rights: Reflections from and upon a Users’ Perspective”, *Human Rights & International Legal Discourse* 2/2014, 186-215.
- Tzevelekos, Vassilis, “The Use of Article 31(3)(c) of the VCLT in the Case-law of the ECtHR: an Effective Anti-Fragmentation Tool or a Selective Loophole for the Reinforcement of the Teleology of Human Rights? Between Evolution and Systemic Integration“, *Michigan Journal of International Law*, vol. 31, 2010, 621-690.

- Viljanen, Jukka, "The Role of the ECtHR as a Developer of International Human Rights Law", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* no. 62/63, 249-265.
- Villiger, Mark, *Commentary on the 1969 Treaty on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden – Boston 2009.
- Đajić, Sanja, „Odnos Evropskog suda pravde i Evropskog suda za ljudska prava: slučaj Bosphorus“, u: *Vodič kroz Pravo Evropske unije* (ur. Blagoje Babić), Službeni glasnik – Institut za međunarodnu politiku i privredu – Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2009, 645-652.
- Đajić, Sanja, „Fragmentacija međunarodnog prava i specijalni pravni režimi“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2016, 439-459.
- Etinski, Rodoljub; Đajić, Sanja; Tubić, Bojan; *Međunarodno javno pravo*, 7. izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad 2017.
- Krstić, Ivana; Marinković, Tanasije, *Evropsko pravo ljudskih prava*, Savet Evrope, Beograd 2016.
- Popović, Dragoljub, *Postanak evropskog prava ljudskih prava: Esej o sudskoj kreativnosti*, Službeni glasnik, Beograd 2013.

Izvori prava i presude

- The International Law Commission, "Conclusions of the work of the Study Group of the International Law Commission on the Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law", (A/61/10, para. 251), *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, Part Two; Videti i komentar: *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi* A/CN.4/L.682 13 April 2006.
- Bečka konvencija o ugovornom pravu (Vienna Convention on the Law of Treaties)* od 23. maja 1969. 1155 UNTS 331, Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori, br. 30/1972.
- Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda* iz 1950. godine (sa Protokolima), Sl. list Srbije i Crne Gore – Međunarodni ugovori, br. 9/2003.

Evropski sud za ljudska prava

- Al-Adsani v. United Kingdom*, predstavka br. 35763/97, presuda Velikog veća od 21. novembra 2001.
- Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*, predstavka br. 5809/08, presuda Velikog veća od 21. juna 2016.
- Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, predstavka br. 45036/98, presuda Velikog veća od 30. juna 2005.
- Cudak v. Lithuania*, predstavka br. 15869/02, presuda Velikog veća od 23. marta 2010.
- Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey* (App. No. 36925/07), Presuda Velikog veća od 29. januara 2019.

Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary, predstavka br. 18030/11, presuda Velikog veća od 8. novembra 2016.

McElhinney v. Ireland, predstavka br. 31253/96, presuda Velikog veća od 21. novembra 2001.

Mihalache v. Romania, predstavka br. 54012/10, presuda Velikog veća od 8. jula 2019

Opuz v. Turkey, predstavka br. 33401/02, presuda od 9. juna 2009.

Radunović and Others v. Montenegro, predstavke br. 45197/13 i dr., presuda od 25. oktobra 2016.

Rantsev v. Cyprus and Russia, predstavka br. 25965/04, presuda od 7. januara 2010.

Sabeh El Leil v. France, predstavka br. 34869/05, presuda Velikog veća od 29. juna 2011.

Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina, predstavke br. 27996/06 i 34836/06, presuda Velikog veća od 22. decembra 2009.

Sanja V. Đajić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Djajic@pf.uns.ac.rs

Mechanisms of Defragmentation of International Law: Systemic Interpretation, Evolutive Interpretation and Judicial Activism of the European Court of Human Rights

Abstract: *This article explores mechanisms for overcoming fragmentation of international law which were developed by the European Court of Human Rights, such as systemic integration, evolutive interpretation, a set of autonomous methods of interpretation, and other forms of judicial activism. The overview of case law demonstrates that the European Court of Human Rights habitually relies on systemic integration despite the fact that the Convention itself does not mandate the reliance on general international law. European Court of Human Rights relies on Article 31(3)c of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties for solving conflicts between external international sources and obligations stemming from the European Convention. In doing so the Court tends, at least in principle, to harmonize conflicting instruments in order to give effect to both. Even when the Court opts for one of the two instruments this is the result, at least in the Court's view, of the systemic integration, whether systemic approach stricto sensu or lato sensu. In addition to systemic integration the Court also engages evolutive interpretation or other so-called autonomous methods of interpretation. The cases under discussion deal with issues of state immunity and the right to access to court, as well as with the conflict between UN SC Resolutions and the right to access to court. All these cases demonstrate the relevance of the principle enshrined in Article 31(3)c of the Vienna Convention on the Law of Treaties. They equally testify that the process of fragmentation of international law is coupled with the analogous process of defragmentation, but also that the European Court of Human Rights, unlike many of its counterparts, is one of the factors of defragmentation of international law.*

Keywords: *European Court of Human Rights; fragmentation of international law; right to access to court; UN Security Council Resolutions; systemic integration; evolutive interpretation; judicial activism.*

Datum prijema rada: 08.10.2019.