

Др Ане ван Акен

редовни професор Правног факултета Универзитета Сент Гален

ВАГАЊЕ ЉУДСКИХ ПРАВА – УСТАВНО ТУМАЧЕЊЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ

У овом раду представљен је аналитички поглед на оправданост употребе уставног тумачења у фрагментираним међународним праву. Ауторка сматра да питања људских права преовлађују у међународном праву, упркос чињеници да постоји само неколицина специјализованих механизма пресуђивања. Такође, велики број режима у међународном јавном праву тежи различитим циљевима, али многи случајеви не могу да се подведу под ове различите режиме. Хоризонтална функција међународног система људских права јесте да међународним судовима обезбеди смернице у тумачењу права које се не бави људским правима. Ако се предмет и сврха једног уговора дотичу питања људских права, то се може искористити за телеолошко тумачење самог тог споразума, али проблем је што већина уговора који се не баве људским правима не садржи такву референцу. Осим тога, чл. 31 (3) Бечке конвенције о уговорном праву, према којем се приликом тумачења морају узети у обзир „сва она релевантна правила међународног права која се примењују у односима страна уговорница“, сматра се општим принципом тумачења уговора. Међутим, он нуди само одговор на питање који се то остали међународноправни инструменти могу узети у обзир када се ради о споразуму који се не бави људским правима. Стога, ауторка тврди да се јединство међународног правног поретка може постићи путем уставних средстава тумачења, нарочито путем уравниотеженог приступа какав постоји у немачкој правној теорији, како би се ублажила тензија која постоји између права људских права и других питања међународног јавног права.

Кључне речи: Вагање људских права. – Уставно тумачење. – Фрагментација међународног права. – Алексијева рационална теорија вагања. – Међународно инвестиционо право.

1. УВОД

Људска права заузимају водећи нормативни положај у међународном јавном праву и у расправама о конституционализацији међународног права. Без обзира на то, њихов нормативни значај није тренутно праћен остваривањем права људских права путем међународних институција и судова. Упркос чињеници да постоји само неколико специјализованих правосудних механизма (не нужно и делотворних¹) који се експлицитно баве људским правима, у међународном праву преовлађују питања која се тичу људских права. Веома делотворни правосудни механизми који се не тичу људских права, као што су систем решавања спорова у Светској трговинској организацији (СТО), као и међународна инвестициона арбитража, такође се баве стварима које дотичу питање људских права.² Велики број режима у међународном јавном праву тежи различитим циљевима: право СТО-а тежи слободној трговини, инвестиционо право тежи заштити страних улагача, као и развоју, међународно право људских права тежи заштити основних људских права, мултилатерални споразуми о заштити средине теже заштити средине. Како Извештај Међународне правне комисије (МПК) о фрагментацији уверљиво показује, велики број случајева не може лако да се подведе под неки од ових режима.³ У расправи пред Апелационим телом лако може да се постави питање људских права или заштите средине. Слично томе, имовинска расправа пред Европским судом за људска права⁴ може да изискује питања из инвестиционог права и обрнуто, у инвестиционим расправама могу се поставити питања у вези са људским правима и заштитом средине.⁵ Много тога зависи од изабраног форума и права према којем се утврђује надлежност. И

¹ У вези са емпиријским проучавањима ефикасности уговора о људским правима, вид. О. А. Hathaway, „Do Human Rights Treaties Make a Difference?“, *Yale Law Journal* 8/2002, 1935. и Е. Neumayer, „Do International Human Rights Treaties Improve Respect for Human Rights?“, *Journal of Conflict Resolution* 6/2005, 925. Ефикасност није исто што и усклађеност: њоме се мери узрочност и поставља питање да ли „право има удела“ у промени понашања држава. Демократија, а не ратификација уговора о људским правима, представља најважнију експланаторну варијабилу за добар досије једне земље, када је реч о људским правима.

² L. E. Peterson, K. R. Gray, *International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration*, International Institute for Sustainable Development, април 2003, доступно на адреси http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_int_human_rights_bits.pdf (2003).

³ International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission*, финалну верзију припремио Марти Коскенијемми А/CN.4/L.682, 13. април 2006 (2006), para. 21 и даље.

⁴ U. Kriebaum, *Eigentumsschutz im Völkerrecht*, Berlin 2008.

⁵ Детаљније у А. van Aaken, „Fragmentation of International Law: The Case of International Investment Law“, *Finnish Yearbook of International Law* 17/2008a.

улагања и трговина представљају питања-области међународног права, која укључују регулаторна питања која би – да нису транснационална – захтевала доношење административних или уставних одлука о људским правима. У националном праву, супротстављене вредности, то јест, унутар-уставни сукоби, решавају се путем вагања ових вредности (које је обично саставни део примене принципа пропорционалности). С методолошке тачке гледишта, сличан механизам у међународном јавном праву није довољно развијен.

Фрагментација међународног јавног права представља један од главних разлога због којих се разматра конституционализација међународног јавног права. Интерпретативно нивелисање фрагментираних међународног права можда не представља најбоље решење, оно није панацеја. Било би боље када би постојали међународни нормотворци који размишљају о питањима фрагментације и однос између уговора објашњавају у процесу кодификације и/или путем експлицитније хијерархизације. Пошто се ово ретко дешава, мој предлог је да се у циљу ублажавања тензије између права људских права и других питања-области међународног права, употреби метод уставне интерпретације, а нарочито онај приступ који подразумева вагање. При том бих се позвала на Бечку конвенцију о уговорном праву (БКУП),⁶ посебно чл. 31 (3) (ц) БКУП-а, као и на ону теорију вагања која је развијена у немачкој правној теорији. У Извештају МПК-а о фрагментацији, између осталог, каже се:

Супротно ономе што се понекад предлаже, решавање сукоба и тумачење не могу се раздвојити једно од другог. Да ли постоји сукоб и шта може да се учини са *prima facie* сукобима зависи од начина на који се тумаче релевантна правила. Ово вреди више пута поновити.⁷

Тако се дефрагментација међународног права може постићи помоћу средстава уставног тумачења. О потенцијалу и ограничењу оваквог приступа даље се расправља.

У даљем раду се затим разматрају следећа питања: најпре, феномен фрагментације, који укључује и захтеве за конституционализацију, укратко је описан у међународном праву како би се оправдала примена уставног тумачења (II), затим се разматрају методе тумачења, са посебним освртом на чл. 31 (3) (ц) БКУП-а (III). Његово коришћење ће бити истакнуто у вези са уставноправном теоријом вагања (IV). Неке могуће примене имају за циљ да илуструју потенцијал ове методе тумачења (V). У последњем делу износи се закључак (VI).

⁶ Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna, 23 мај 1969. године, на снази од 27. јануара 1980. године, 1155 *United Nations Treaty Series* 331; *International Legal Materials* 8/1969, 679.

⁷ International Law Commission, para. 412.

2. ФРАГМЕНТАЦИЈА И КОНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЈА

Иако има оних који фрагментацију међународног јавног права не сматрају проблематичном, постоји широки консензус о томе да сваки правни поредак, па и онај међународни, тежи јединству и кохерентности. Међународна правна комисија сматрала је да је институционална, као и супстантивна фрагментација међународног јавног права довољно велика претња за међународни правни поредак да завређује посебан извештај. Централна места у расправи заузимају питања као што су СТО и однос између споразума СТО-а⁸ и других области међународног права, као што су мултилатерални споразуми о заштити животне средине или међународно право људских права.⁹ Мање пажње посвећено је питањима означеним као „улагања и [...]“¹⁰, иако она постају све значајнија. Иако се често сматра да се међународно право људских права налази на врху захтева за конституционализацију¹¹, улога људских права у областима на међународном нивоу која се не тичу људских права, није тако развијена, нарочито са становишта правне методологије. Стога ћу се у овом раду усредсредити на ове потенцијалне сукобе.

Правни сукоби се могу дефинисати у ужем смислу, чиме се сужава обим питања које треба разматрати, а могу се дефинисати и у ширем смислу.¹² У Извештају МПК-а о „фрагментацији међународног

⁸ Споразум из Маракеша којим се оснива Светска трговинска организација, у Маракешу, 15. априла 1994. године, ступио на снагу 1. јануара 1995. године, 1867 *United Nations Treaty Series* 154.

⁹ Вид. нпр., J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, New York 2003, R. Wolfrum, N. Matz, *Conflicts in International Environmental Law*, Berlin 2003, P. Alston, „Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann“, *European Journal of International Law* 4/2002; R. Howse, „Human Rights in the WTO: Whose Rights, What Humanity? Comment on Petersmann“, *European Journal of International Law* 4/2002; E.-U. Petersmann, „Time for a United Nations ‘Global Compact’ for Integrating Human Rights Into the Law of Worldwide Organizations: Lessons From European Integration“, *European Journal of International Law* 3/2002, G. Marceau, „WTO Dispute Settlement and Human Rights“, *European Journal of International Law* 4/2002.

¹⁰ Вид. A. van Aaken (2008a); M. Hirsch, „Interactions Between Investment and Non-Investment Obligations in International Investment Law“, *Oxford Handbook of International Investment Law* (eds. C. Schreuer, P. Muchlinski, F. Ortino) Oxford 2008, 154.

¹¹ S. Gardbaum, „Human Rights and International Constitutionalism“, *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Government* (eds. J. L. Dunoff, J. Trachtman), (у штампани).

¹² Вид. један од првих значајнијих радова на ту тему – B. Simma, „Self-Contained Regimes“, *Netherlands Yearbook of International Law* 16/1985. Вид. такође C. W. Jenks, „The Conflict of Law Making Treaties“, *British Yearbook of International Law* 30/1953, 418; N. Matz, *Wege zur Koordinierung völkerrechtlicher Verträge. Völker-*

права“¹³, усвојен је шири појам сукоба јер он дозвољава обухватнију анализу међусобног односа уговора. Сукоб постоји не само када „страна потписница два уговора (може да) поштује једно правило само ако тиме не поштује друго правило“ (некомпатибилност), већ и када уговор „спречава остварење циљева другог уговора а да при том не постоји никаква стриктна некомпатибилност између њихових одредби“.¹⁴ У овом раду држаћу се овог ширег појма.

Расправе о хијерархији, о фрагментацији, о деконсензуализацији у међународном праву, о новим структурама, као што су административне мреже, углавном су уско повезане са расправом о међународном конституционализму. У овом раду не може много речи бити о овој, све широј расправи, али ћу је, када то буде неопходно, индиректно споменути и усредсредити се на конституционализам као средство за решавање проблема фрагментације. Значења која се приписују појму конституционализма у великој мери се разликују, између осталог, због различитих идеја које се иза њега крију, али постоје неке основне црте које можемо издвојити, иако, да употребимо речи Џозефа Вајлера:

Конституционализам представља такође (неки би рекли и само) призму кроз коју се може посматрати један предео на одређен начин, научни артефакт уз помоћ којег се могу поставити знакови и оријентирани на том пределу (тачније, утврдити шта су знакови или оријентирани), интелектуалну творевину помоћу које се може дати значење ономе што се посматра, па чак то и створити.¹⁵

Конституционализам треба разликовати од устава и конституционализације.¹⁶ *Устав* се традиционално везује за државе нације, а то је још израженије код немачких аутора, код којих се то огледа чак и у избору терминологије (*Verfassungsstaat*, *Rechtsstaat*, *Staatsvolk*), што немачким ауторима отежава да устав појме без државе и њеног демоса.¹⁷ У овом раду ослањаћемо се на функционални приступ, и

vertragsrechtliche und institutionelle Ansätze, Berlin 2005, 8–18 и R. Wolfrum, N. Matz, 6–13.

¹³ International Law Commission.

¹⁴ *Ibid.*, para. 24. Вид. такође C.W. Jenks, 426.

¹⁵ J. H. N. Weiler, „The Reformation of European Constitutionalism“, *Journal of Common Market Studies* 1/1997, 99. Слично томе, A. Peters, „Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures“, *Leiden Journal of International Law* 3/2006, 605, који исправно закључује да херменеутичка премиса доводи до тога да је реконструкција (правних) текстова не само неопходна, већ и незамислива без тумачења.

¹⁶ Веома добар преглед дефиниција дат је у A. Peters (2006), 581 и даље.

¹⁷ У вези са критиком, вид. B. O. Bryde, „Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts“, *Der Staat* 1/2003, 61 и даље, и

стога се неће користити ово историјско поимање устава са његовом ограничавајућом терминологијом (на немачком језику).¹⁸ У складу са мишљењем осталих аутора, устав ћемо схватити у нормативном смислу као збир основних и материјално најважнијих правних норми које свеобухватно регулишу друштвени и политички живот политичке заједнице и обично се због посебних ограничења не могу лако мењати.¹⁹ Норме не морају да буду садржане само у једном документу.²⁰ Оне обухватају најосновније вредности једне политичке заједнице, као и њену институционалну и процедуралну организацију и могу се, у терминима децизионистичке теорије, преформулисати у принципе које треба максимално искористити (види IV део).

Конституционализација означава процес путем којег настаје уставно право, то јест, појаву уставног права. Постоји широки консензус о томе да је међународно право доживело свој нагли развој након Другог светског рата и да оно све више ограничава суверенитет држава, њихов *domaine réservé* (друго, нормативно питање јесте како неко оцењује овај процес). Док већина аутора прави разлику између некадашњег права коегзистенције, права сарадње које се у међувремену појавило, и данашњег процеса конституционализације,²¹ Томушат говори о четири фазе развоја – прва је међународно право као право коегзистенције, друга је међународно право као право сарадње, трећа фаза је међународно право као свеобухватни план друштвеног живота и четврта фаза јесте међународно право међународне заједнице.²² Овај процес је настао као последица детерито-

V. O. Bryde, „International Democratic Constitutionalism“, *Towards World Constitutionalism* (eds. R. St. J. MacDonald, D. M. Johnston) Leiden 2005. Наравно, суштински разлози крију се иза овог „јаког“ појма устава, за који се каже да му је потребан демос (Staatsvolk): вид. D. Grimm, „The Constitution in the Process of Denationalization“, *Constellations* 12/2005 и J. Isensee, „Staat und Verfassung“, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (Hrsg. J. Isensee, P. Kirchhof) Heidelberg 1987, § 13.

¹⁸ Више детаља дато је у А. van Aaken, *A Functional Approach to International Constitutionalism: Methodological Suggestions* (у штампи, 2009).

¹⁹ Слично томе, А. Peters (2006), 581, који не узима у обзир променљивост.

²⁰ Као што, рецимо, показују британски устав и израелски устав који функционишу без формалног, интегрисаног устава. Израелски Врховни суд је 1995. године донео одлуку да 11 периодично донетих Основних закона треба да функционишу као национални устав и да Суд треба да врши судску контролу уставности по узору на амерички модел. Вид. М. Edelman, „The New Israeli Constitution“, *Middle Eastern Studies* 2/2000 и D. Domer, „Does Israel Have a Constitution?“, *St. Louis University Law Journal* 4/1999.

²¹ Вид. А. Peters (2006), 580 и *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community* (eds. R. MacDonald, D. M. Johnstons.) Leiden 2005.

²² C. Tomuschat, „International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, General Course on Public International Law“, *Recueil des cours* /

ријализације економских, еколошких и друштвених проблема које треба решити и стога је допринео још израженијој неспособности саме државе нације да настави да обавља своје традиционалне функције, као што су регулисање друштвеног поретка и заштита њених грађана. Повећана глобална међузависност и појава транснационалних актера који граде транснационалне мреже изискују чвршће међународне норме – не само због даљег, реалног, светског развоја којем је потребна међународна регулација, већ и у циљу надокнаде необављања традиционалних функција државе²³ и њене касније дисагрегације услед стварања норми од стране међународне организације, транснационалне сарадње извршних органа у мрежама, као на пример, у европској комитологији или у базелској Комисији за банкарски надзор,²⁴ као и услед истакнутијег приватног постављања стандарда.²⁵ Остали правни феномени који се наводе као доказ међународног конституционализма укључују све већи број норми које се доносе без претходног консензуса на међународном плану,²⁶ хијерахизацију међународног права путем *ius cogens*-а и чл. 103 Повеље Уједињених нација, као и појаву појединаца у улози субјеката међународног права. Поједини аутори, ипак, сувише идеалистички гледају на могућност надокнаде губитка уставних функција на националном нивоу:

за сада је неминовно да ће и даље бити немогуће остварити мноштво уставних функција, које је до сада обављала држава нација. Оне су нестале на нивоу државе нације и у овом тренутку, не могу се обављати на неком другом месту.²⁷

Покушаћу да покажем да интерпретативне методе могу да, у најмању руку, умање овај проблем.

Конституционализам се дефинише на различите начине који се у великој мери преклапају. Можемо издвојити два средишња

Académie de Droit International de La Haye 281/1999, 56–88. У вези с анализом општег курса Томушата, вид. А. von Bogdandy, „Constitutionalism in International Law“, *Harvard International Law Journal* 1/2006.

²³ А. Peters (2006), који говори о компензаторном конституционализму. Вид. такође С. Walter, „Constitutionalizing (inter)national Governance“, *German Yearbook of International Law* 44/2001, 173, 188.

²⁴ В. N. Krisch, В. Kingsbury, „Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order“, *European Journal of International Law* 1/2006; у вези са, на пример, транснационалном сарадњом у постављању стандарда у сектору тржишних финансија, А. van Aaken, „Democracy in Times of Transnational Administrative Law: The Case of Financial Markets“, *Perspectives and Limits of Democracy* (eds. Н. Eberhard et al.) Baden-Baden 2008b, 41.

²⁵ Вид. А. М. Slaughter, *A New World Order*, Princeton 2004.

²⁶ Опис је дат и у L. R. Helfer, „Participation, Compliance, and Nonconsensual International Lawmaking“, *Illinois Law Review* 1/2008, 71.

²⁷ С. Walter, 188.

мишљења,²⁸ од којих оба износе аргументе у прилог конституционализму. Док се поједини аутори усредсређују на питање да ли постоје међународне уставне димензије као правно обавезујући оквир за међународне организације,²⁹ државе, односно међународну заједницу,³⁰ други се фокусирају на дефинисање поднивоа конституционализма, то јест, на заједницу којој је устав намењен. Они се фокусирају, рецимо, на питање да ли је могуће замислити развој међународне заједнице без неопходног елемента државе.³¹ Они замишљају – нормативно – светски поредак укорене у конституционализму и „теже глобалној правној заједници која уоквирује и усмерава политичку моћ у светлу заједничких вредности и заједничког добра.“³² Према речима Брајда: „конституционалистички концепт међународног права настоји да веже ове актере [државе и међународне организације] [...] за супстантивне уставне принципе, нарочито владину права и људска права.“³³

Аутори се углавном усредсређују на супстантивна питања области која ограничавају национални суверенитет на још увек непознат начин. Она се пре свега односе на основне вредности које чине заједничко језгро вредности међународне заједнице (држава), са одређеним функцијама. Фокусирање на уставне функције омогућава премештање појма конституционализма на европске заједнице, као и на међународну сферу. Стога ћемо међународно уставно право у овом раду дефинисати на начин као што то чини и Петерс, као „скуп најважнијих норми којима се регулишу политич-

²⁸ С. Walter, 171.

²⁹ Често се оснивачки уговори међународних организација сматрају делимичним уставима, на пример Споразум СТО-а, СЗО, Уједињене нације. Ови функционални уставни стога оличавају „правни оквир унутар кога аутономна заједница функционалног (секторског) карактера остварује свој функционални циљ, на пример, либерализацију трговине, заштиту људских права или одржавање међународног мира и безбедности“. Вид., Е. de Wet, „The International Constitutional Order“, *International and Comparative Law Quarterly* 1/2006, 53 и С. Walter, 193 и даље.

³⁰ Нпр. Р. М. Dupuy, „The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited“, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 1/1997 и В. Fassbender, „The United Nations Charter as Constitution of the International Community“, *Columbia Journal of Transnational Law* 3/1998.

³¹ Вид. између осталог, В. Simma, А. L. Paulus, „The ‘International Community’: Facing the Challenge of Globalization“, *European Journal of International Law* 2/1998; А. L. Paulus, *Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht*, München 2001 и С. Tomuschat, 161 и даље. Вид. такође С. Walter, 172, где се наводи чл. 42 lit. b и 48 Sec. 1 lit. b ILC Нацрт закона о одговорности држава (UN Doc. A/CN.4/L.602/Rev.1.(2001)), који се односи само на „међународну заједницу“, али не и на „међународну Заједницу држава“, као у чл. 53 БКУП-а.

³² А. Von Bogdandy, 223.

³³ В. О. Bryde (2005), 103.

ка активност и однос у глобалној политичкој заједници (састављеној од држава и других субјеката међународног права)³⁴. Не постоји потпуни консензус о томе шта су уставне функције у међународном јавном праву, али се неке заједничке тачке ипак могу издвојити. Апстрактније речено, од устава се очекује да ограничи, усмери и легитимише политику.³⁵ Постоје различите дефиниције функција – појам који је више минималистички довољан је само за организацију и институционализацију политичке заједнице, а појам који је одређенији односи се на

правила и принципе *који испуњавају типичне уставне функције* [...] [које] конституишу политички ентитет као правни ентитет, да га организују, да ограниче политичку власт, дају политичке и моралне одреднице, оправдају политичку власт и коначно, допринесу интеграцији.³⁶

Петерс такође даје једну, више нормативну, на вредностима базирану дефиницију. Овде су додате супстантивне функције, као што су људска права, подела власти, као нужни елементи, као и друге функције, попут демократије или минималних гаранција социјалне сигурности.³⁷ Говорећи посебно о међународној сфери, Томушат сматра да се ова јака уставна функција у погледу међународног права огледа у

очувању међународног мира, безбедности и правде у односима између држава, као и људских права и владавине права унутар држава у корист људи, који су, у суштини, крајњи корисници међународног права.³⁸

Тако су класичне функције државе нације, као што су заштите индивидуалне слободе и сигурности пренете на међународни ниво. Европски суд за људска права чак је изјавио да је Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода³⁹ „устав-

³⁴ A. Peters (2006), 582, који не узима у обзир променљивост, као што то не чини ни де Вет (E. de Wet, 53): „У овом чланку проширује се употреба термина устав [...] како би се описао систем у којем различити национални регионални и функционални (секторски) уставни режими формирају стубове међународне заједнице (‘међународне политичке заједнице’) у чијој основи се налази систем суштинских вредности заједничких за све заједнице и укорених у мноштву правних структура за његову примену.“

³⁵ A. Von Bogdandy и A. Peters (2006), 585.

³⁶ A. Peters (2006), 585 и детаљније, A. Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Berlin 2001.

³⁷ A. Peters (2006), 585.

³⁸ C. Tomuschat, 23.

³⁹ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Рим, усвојена 4. новембра 1950. године, ступила на снагу 3. септембра 1953. године, 213 *United Nations Treaty Series* 222.

ни инструмент европског јавног реда“,⁴⁰ који има обавезујући карактер.⁴¹

Не постоји, међутим, консензус по питању тога да ли конституционализам треба посматрати као појаву која се може применити на целокупну међународну заједницу или се он дешава само у секторским режимима, као што је, на пример, право Светске трговинске организације.⁴² Сасвим је могуће да међународне организације, као што је СТО, имају сопствени секторски устав (као што је Споразум из Маракеша). Међутим, ако тежимо међународном конституционализму, јединство међународног јавног права је *desideratum*. Конституционализам међународне заједнице мора да се усредсреди на супстантивне вредности или заједничко добро, који можда не могу да се пронађу у само једном секторском режиму, већ приликом разматрања различитих принципа који се налазе у различитим режимима и њиховом усклађивању. У немачким терминима везаним за националне уставе, ово би се звало *praktische Konkordanz*: усклађивање различитих уставних принципа на веома увиђаван начин. Стога, ако размишљамо у терминима уставних функција, за нас у овом моменту није важно да ли постоје само секторски уставни или један свеобухватан устав – „глобални конституционализам не изискује глобално уставно право“.⁴³

Који су то онда „уставни принципи“ које треба размотрити на међународном плану? За међународни конституционализам треба пронаћи „емпиријски“ случај, који мора да буде уочен у различитим секторским догађајима и издвојен уз помоћ индуктивног доктринарног рада, при чему ће правни феномени представљати „емпиријски“ материјал. Питања-области из литературе на која се треба ослонити углавном се односе на међународна људска права, која претендују да заузму место националног уставног права, међународног хуманитар-

⁴⁰ ECtHR, Case 15318/89, *Loizidou v. Turkey* (прелиминарни приговори), пара. 75.

⁴¹ ECtHR, Case 45036/98, *Bosphorus Hava Yollari Turzim ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland*, пара. 154.

⁴² C. Walter, 195: „Конституционализација се дешава само унутар различитих секторских режима, али не успева да дотакне међународну заједницу као целину. Имајући у виду ограничен број области у којима Савет безбедности може да донесе правно обавезујуће одлуке, ова изјава односи се и на Уједињене нације“. Другачији став изнет је у, E. U. Petersmann, „Constitutionalism, International Law and ‘We the Peoples of the United Nations’“, *Tradition und Weltoffenheit des Rechts. Festschrift für Helmut Steinberger* (ed. H. J. Cremer) Berlin – Heidelberg 2002, 291. У вези са конституционализацијом СТО-а, вид. нарочито E. U. Petersmann, „Human Rights, Constitutionalism and the World Trade Organization“, *Leiden Journal of International Law* 3/2006.

⁴³ S. Gardbaum, 30.

ног права, самоопредељења, међународног кривичног права, све екстензивније легислативне праксе Савета безбедности Уједињених нација када делује у оквиру Главе VIII Повеље Уједињених нација, појединих аспеката међународног еколошког права, а додала бих и међународног привредног права, као и међународног инвестиционог права (као принципа индивидуалних својинских права и слобода професије/занимања и слободне трговине). У овом раду пажњу ћу усмерити ка супстантивним правним принципима, као што су људска права, с једне стране, и принципима трговине и улагања, с друге стране. Међутим, уставни принципи могу да се прошире, рецимо, и на заштиту животне средине.

Уврежено је мишљење да зарад постизања јединства и међународног правног поретка, уставно тумачење представља одговарајуће средство,⁴⁴ иако у одсуству хијерахије и категоричких норми, оно представља друго најбоље могуће решење. Ово није нека нова идеја,⁴⁵ али до сада је ово у литератури о међународном конституционализму навођено као *desideratum*; нису предузимане никакве темељне правне теоријске нити методолошке анализе, нарочито не када је реч о хоризонталним сукобима „унутар-уставних“ конфликта. Ваљало би у целости цитирати Брајда:

Методолошки гледано, за класично међународно право, референтну тачку представља приватно уговорно право. Снажна инспирација за тумачење јесте намера уговорних страна [...]. Са промењеном структуром међународног права, у којем интереси човечанства представљају врхунску вредност и у којем процес стварања права подлеже уставним принципима, и методологија такође, може и мора да буде конституционализована. Тумачење међународног права мора да буде усмерено ка остваривању уставних принципа. Ови уставни принципи имају много отворенију структуру и стога се много лакше могу прилагодити новим приликама и прихватању нормативних аргумената, а нарочито исходима дискурса о људским правима.⁴⁶

Тако се сукоби вредности и принципа различитих питања-области међународног јавног права могу решити путем вагања ових супротстављених принципа у циљу решавања унутар-уставних сукоба на међународном плану.

⁴⁴ Вид. О. Bryde (2005).

⁴⁵ *Ibid.*, 109; В. Fassbender, 595 и даље; Ј. Е. Alvarez, „Constitutional Interpretation in International Organizations“, *The Legitimacy of International Organizations* (eds. J. M. Coicaud, V. Heiskanen) Tokyo 2001, 104; G. Ress, „Interpretation“, *The Charter of the United Nations. A Commentary* (eds. В. Simma et al.) Oxford 2002, 13.

⁴⁶ В. О. Bryde (2005), 109.

3. ДЕФРАГМЕНТАЦИЈА ПУТЕМ ТУМАЧЕЊА

Конституционализоване правне системе карактеришу правила за решавање сукоба, од којих је најважније *lex superior* правило, које уставном праву даје предност над осталим правима. Осим ако се не тврди да би људска права требало *увек* да имају предност над другим међународним правом, што није баш одржива тврдња, још увек нам остаје претежно хоризонталан систем, са изузетком *ius cogens*-а (који садржи извесна људска права) и чл. 103 Повеље Уједињених нација.⁴⁷

Јасно је да у контексту међународног конституционализма постоји неколико функција људских права. Од њих се очекује да попуне празнине у националној заштити људских права, било суштински, било у погледу територијалних ограничења националног устава; од њих се очекује да поставе границе у опхођењу државе према свом становништву; она уводе додатну обавезу тако што дозвољавају да се контрола заштите људских права обавља „споља“, што представља „други сет правних ограничења“.⁴⁸ Све ове функције очигледно имају вертикалну импликацију: оне описују однос између међународног и националног правног поретка.⁴⁹ Постоји, међутим, још једна додатна функција међународног система људских права која се може назвати хоризонталном функцијом: она дају смернице међународним судовима како да тумаче право које се не бави људским правима. О овоме ћу касније говорити, пошто међународна људска права представљају један део међународног система вредности, али не и једини део у фрагментованом међународном систему. То значи да ће се анализирати хоризонтална функција људских права у међународном присуству, а не вертикална.

Полазне тачке за тумачење уговора јесу чл. 31 и чл. 32 БКУП-а.⁵⁰ Члан 31 наводи као опште правило тумачења (1) уобичајено

⁴⁷ Вид. детаљније у J. H. N. Weiler, A. L. Paulus, „The Structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law?“, *European Journal of International Law* 4/1997. У вези с незнатном променом тумачења вид. чл. 103 Повеље Уједињених нација, Kadi/Barakaat Joined Cases C–402/05 P и C–415/05 од 3. септембра 2008, para. 303; „Ове одредбе, међутим, не могу да се тумаче тако као да овлашћују било које одступање од принципа слободе, демократије и поштовања људских права и основних слобода установљених чланом 6(1) ЕУ који представљају основу Уније. У para. 307 и даље каже се да ће Повеља Уједињених нација имати предност над законима секундарног права Заједнице, али се та предност на нивоу права Заједнице неће ипак проширити на примарно право, нарочито на опште принципе чији су саставни део основна права.

⁴⁸ S. Gardbaum, 29.

⁴⁹ Генерално о овом међусобном односу, *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement* (eds. D. Sloss, D. Jinks) Cambridge 2009.

⁵⁰ Вид., између осталих, R. K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford 2008; *Oppenheim's International Law* (eds. S. Jennings, A. Watts), Vol. I, Part 2 to 4 (Peace),

значење термина уговора, (2) контекст и (3) уговор мора да буде тумачен у светлу уговорног циља и сврхе. Широко је прихваћен став да циљ тумачења уговора јесте остваривање намера страна уговорница. Нема консензуса о томе да ли постоји хијерархија у аргументацији. Док су правници англосаксонског правног система склони да наглашавају уобичајено значење,⁵¹ правници континенталног правног система радије наглашавају циљ и сврху као телеолошки метод.⁵² Преиспитивање расправе о интерпретативним методама чл. 31 (1) БКУП-а излази ван оквира овог рада. Без обзира на то, циљ и сврха уговора могу да имају посебан значај за тумачење усмерено на дефрагментацију. Ако циљ и сврха⁵³ уговора садрже (такође) људска права, она се могу употребити у телеолошком тумачењу самог уговора, што води складнијем тумачењу. Ако, на пример, Билатерални инвестициони споразум (БИС) садржи у својој преамбули део у којем се спомињу људска права, при тумачењу норми тог споразума требало би узети у обзир људска права када се тумаче норме инвестиционог споразума, чак и ако заштита људских права није главна сврха овог уговора.⁵⁴ Ипак, већина уговора који се не баве људским правима не садржи такве одреднице. Друга могућност да се приликом тумачења уговора који се не баве људским правима узму у обзир уговори о људским правима јесте чл. 31 (3) (ц) БКУП-а. Он је тек недавно почео да се чешће експлицитно користи; тек сада је скренута пажња на његов значај, премда се његова операционализација недовољно обрађује у литератури.⁵⁵ Могућност коришћења чл. 31 (3)

1992/1905, 1266 и даље. Ова правила тумачења представљају прихваћено обичајно међународно право. У вези с допунским средствима тумачења, као што су *contra preferentem*, *in dubio mitius* или *expressio unius est exclusio alterius*, вид. *ibid.*, 1277 и даље.

⁵¹ Иако је у правној теорији добро позната чињеница да су управо ове друге интерпретативне методе потребне да би се установило уобичајено значење једног термина. Као што је раније истакнуто у *Oppenheim's International Law* (eds. S. Jennings, A. Watts), 1267: „Открити да ли је један уговор јасан или не, не представља полазну тачку, већ резултат процеса тумачења.“

⁵² У вези са различитим школама мишљења о уговорном тумачењу, вид. G. Fitzmaurice, „Law and Procedure of the International Court of Justice 1951–4: Treaty Interpretation and Other Treaty Points“, *British Yearbook of International Law* 33/1957; T. Wälde, „Interpreting Investment Treaties. Considerations and Examples Highlighting Confusion Arising and Clarity Desired“, *Festschrift Christoph Schreuer* (у припреми).

⁵³ Нарочито код уговора уставног карактера, као што су Уговор о европским заједницама, циљ и сврха добијају већи значај. Генерално гледано, сврха уговора може се пронаћи у његовој преамбули и анексима. Вид. G. Fitzmaurice, 227–229 у делу који говори о судским одлукама.

⁵⁴ Вид. нпр., нацрт норвешког модела БИС-а (који је у међувремену одбачен), у чијој се преамбули наводи: „Још једном потврђујући своју приврженост демократији, владавини права, људским правима и основним слободама у складу са својим обавезама према међународном праву, укључујући принципе изнете у Повељи Уједињених нација и Универзалној декларацији о људским правима[...].“

⁵⁵ International Law Commission, para. 433.

(ц) БКУП-а разматра се у случају СТО-а, али не и за инвестиционо право, иако се трибунали установљени Конвенцијом о решавању инвестиционих спорова између држава и држављања других држава⁵⁶ у великој мери ослањају на примену БКУП-а,⁵⁷ нарочито на чл. 31 (1) БКУП-а. Они се, међутим, не позивају изричито на чл. 31 (1) (ц) БКУП-а када тумаче клаузуле Билатералних инвестиционих споразума, чак и када користе друго посебно међународно јавно право за тумачење. Међутим, одговарајуће средство за интеграцију права људских права, то јест, права које се не бави улагањем или права које се не бави трговином, у инвестиционе спорове или трговинске спорове јесте применљивост чл. 31 (3) (ц) БКУП-а, према којем тумачење треба да узме у обзир „сва релевантна правила међународног права која се могу применити у односима између страна уговорница“.⁵⁸

Аналитичари описују чл. 31 (3) (ц) као „општи принцип тумачења уговора, то јест, принцип системске интеграције унутар међународног правног система“, који има „статус уставне норме унутар међународног правног система. Обављајући ову улогу, он остварује функцију аналогну оној коју има главни кључ у једној великој згради.“⁵⁹ Ниједна норма међународног права не може да се сагледа изоловано, она мора да се тумачи у односу на друго међународно право, без обзира на то да ли се ради о општем међународном праву, обичајном међународном праву, или чак другим уговорним нормама које нису у складу са њом.

Гардинер на следећи начин посматра различите функције чл. 31 (3) (ц) БКУП-а:

- (а) решавање временских питања (укључујући примену интертемпоралног права);
- (б) добијање заокружене правне слике, или попуњавање празнина у уговору позивањем на опште међународно право;
- (ц) проналажење смерница у одредбама

⁵⁶ Конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (ICSID Convention), Washington D.C., 18. март 1965. године, ступила на снагу 14. октобра 1966. године, 575 *United Nations Treaty Series* 159. Већина инвестиционих расправа води се према правилима ове конвенције.

⁵⁷ Вид. С. Schreuer, „Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration, *Transnational Dispute Management* 3/2006 (online часопис) у вези с применом БКУП-а од стране инвестиционих судова и М. Hirsch. У вези са NAFTA, вид. *Pope & Talbot, Inc. v. Canada* (26 June 2000), Interim Award –Unreported (UNCITRAL), paras. 65–66 и *Mondev Int'l, Ltd. v. United States*, NAFTA, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Second Submission of Canada, para. 5.

⁵⁸ То је уобичајено становиште, вид. Ј. Pauwelyn, „The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?“, *American Journal of International Law* 3/2001, 554–566; G. Marceau.

⁵⁹ С. MacLachlan, „The Principle of Systematic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention“, *International & Comparative Law Quarterly* 2/2005, 280 и даље, као и International Law Commission, para. 413 и даље.

паралелног уговора; (д) решавање супротстављених обавеза проистеклих из различитих уговора; (е) узимање у обзир развој међународног права.⁶⁰

Ове последње две су од посебног значаја за овај рад, као што ће касније бити показано.

Постоји неколико питања која се разматрају у вези са тумачењем чл. 31 (3) (ц) БКУП-а: прво, који извори међународног права могу да се користе – обичајне норме, општи принципи и/или уговорно право. Као последица *travaux préparatoire* БКУП-а,⁶¹ овде се полако назире постизање консензуса о томе да би требало да се укључе сви извори међународног права, па и уговори.⁶² Право људских права, које је стекло статус обичајног међународног права стога такође може да се разматра при примени уговора који се не баве људским правима према чл. 31 (3) (ц) БКУП-а.

Друго, када је реч о уговорима, остаје отворено питање да ли, у случајевима мултилатералних уговора, све стране уговорнице морају такође да буду потписнице других уговора који су на њима засновани (услов идентичног чланства) или чл. 31 (3) (ц) већ омогућава примену међународног јавног права које је релевантно само за стране у дотичном спору – чиме се у великој мери повећава његов значај.⁶³ У литератури се обично заузима овај последње поменут, шири став. Један, по мом мишљењу, убедљив аргумент *ad absurdum* против аргумента идентичног чланства дала је Габријел Марсо. Када је реч о примени неког мултилатералног уговора, што је већи број чланица тог уговора, то су мање шансе да ће се у обзир узети неко друго уговорно право. Ако су, на пример, 153 чланице СТО-а приступиле уговорима о људским правима, чиме је омогућено да се уговор о људским правима узме у обзир, онда би следећа чланица која приступа СТО-у, а која није потписница уговора о људским правима, према овој претпоставци, онемогућила касније позивање на овај уговор о људским правима. Другим речима, што је мултилатерални уговор успешнији, то ће више бити потребно да се он тумачи изоловано.⁶⁴ Без обзира на то, у случају *Biotech*, панел СТО-а заузео је овај ужи став. Европска заједница тврдила је да се њена забрана на увоз генетски модификованих организама може оправдати, *inter alia*, правилима која се не односе на СТО. Посебно је истакнуто да се у обзир мора узети Конвенција о биолошкој разноврсности из 1992. године и с њом повезан Протокол о

⁶⁰ R. K. Gardiner, 260.

⁶¹ *Ibid.*, 256 и даље; International Law Commission, para. 429 и даље.

⁶² G. Marceau, 780; R. K. Gardiner, 261 и даље; International Law Commission.

⁶³ У вези с расправама, вид. G. Marceau, 781 и даље и С. MacLachlan, 314 и даље и R. K. Gardiner, 269–275.

⁶⁴ G. Marceau, 781.

биолошкој безбедности из 2000. године. Панел је сматрао да све потписнице уговора који треба да се тумачи морају да постану потписнице тог другог уговора:

примећујемо да се члан 31 (3) (ц) не односи на „једну или више страна“. Нити се он односи на „стране у спору“. Даље примећујемо да члан 2.1 (г) Бечке конвенције дефинише значење термина „страна“ за потребе Бечке конвенције. Стога, „страна“ означава „државу која је сагласна да се обавезе овим уговором и за коју је овај уговор ступио на снагу.“ Из овога би се могао извући закључак да су правила међународног права која се примењују у односима између „страна“ она правила међународног права која се примењују у односима између држава које су пристале да се обавезу уговором који се тумачи, и за које је уговор на снази. Ово схватање термина „стране“ логично води до става да су правила међународног права која ће се узети у обзир приликом тумачења СТО споразума, а о којима је реч у овом спору, она правила која се примењују у односима између чланица СТО-а.⁶⁵

Пошто САД није приступница Протокола о биолошкој безбедности, ово се није могло применити. Панел је такође сматрао да принцип предострожности није стекао статус обичајног права, нити је постао општи принцип међународног јавног права и да стога није могао да се примени.⁶⁶

Треће, постоји проблем да релевантна правила која ће се узети у обзир могу да функционишу на различитим нивоима општости; стога она могу да буду правила или принципи у правно-теоријском смислу. Ово није иста она разлика која се повлачи у чл. 38 Статута Међународног суда правде (МСП), у којој се као извор наводе „општи принципи права које признају цивилизовани народи“, већ је теоријски карактер принципа сличан принципима који се схватају у правнотеоријском смислу. Правила су неоспорно важна. Али, да ли су принципи важни? По мишљену *Biotech* панела, одговор је потврдан. Такође у случају *Iron Rhine*⁶⁷, Трибунал је изнео мишљење да

постоји значајно неслагање по питању тога шта, унутар области еколошког права, представља „правила“ или „принципе“; шта је то „меко право“; и које су врсте еколошког уговорног права или принципа допринеле развоју међународног обичајног права. Не улазећи даље у ова неслагања, Трибунал закључује да се у свим овим категоријама „животна средина“ у ши-

⁶⁵ European Communities–Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products, Reports of the Panel, 29. септембар 2006, WT/DS291–3/R, 333, para. 7.68.

⁶⁶ *Ibid.*, para. 7.89.

⁶⁷ Arbitration Regarding the Iron Rhine (‘IJzeren Rijn’) Railway (Belgium/Netherlands), одлука од 24. маја 2005.

рем смислу односи на све што има везе са ваздухом, водом, земљиштем, флором и фауном, природним екосистемима и местима, људским здрављем и безбедношћу и климом. Принципи који се јављају, без обзира на њихов тренутни статус, упућују на очување, одржавање, појмове превенције или одрживог развоја и заштите за будућа покољења [...]⁶⁸

Ови општи принципи такође би се уклопили у дефиницију принципа коју даје правна теорија: они се могу испунити у већој или мањој мери и морају бити максимално искоришћени.

Европски суд за људска права наводи такође принципе који су важни према чл. 31 (3) (ц) БКУП-а:

Члан 31, пара. 3 (ц) Бечке конвенције указује на то да се у обзир морају узети, заједно са контекстом, „сва релевантна правила међународног права која се примењују у односима између страна“. Међу овим правилима налазе се општи принципи права, а нарочито „општи принципи права које признају цивилизовани народи“ (члан 38 пара. 1 (ц) Статута Међународног суда правде) [...]. Принцип према којем мора да се омогући да грађански захтев буде поднет судији рангира се као један од универзално „признатих“ основних принципа права; исто важи и за принцип међународног права којим се забрањује порицање правде. Члан 6, пара. 1 мора да се тумачи у светлу ових принципа.⁶⁹

Четврто, постоје различити начини да се друго посебно право укључи у дати режим, од којих сваки даје различиту интерпретативну слободу међународним судовима и трибуналима. О њима се стога може расправљати само ако се разматра уговорна норма коју треба применити. У праву СТО-а, општи изузеци у члану XX Општег споразума о трговини и царинама (GATT)⁷⁰ или члану XIV и члану XIVбис Општег споразума о трговини услугама (GATS) представљају значајне уводне одредбе. Осим тога, може да се деси да у једном уговору постоји нека изричита одредба која позива на примену других уговора, као на пример у чл. 104 Северно-америчког споразума о слободној трговини (NAFTA) и у разјашњујућем прецеденту.⁷¹

⁶⁸ *Ibid.*, para. 58.

⁶⁹ *Golder v. the United Kingdom*, Series A, vol. 18 (одлука од 21. фебруара 1975), para. 35.

⁷⁰ Као што је нпр. Апелационо тело поступило у случају *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (6. новембар 1998) WT/DS58/AB/R, DSR 1998:VII, 2794–2797, paras. 127–131 при примени чл. XX GATT-а.

⁷¹ Чл. 104: „Однос према споразумима о заштити и очувању животне средине: 1. У случају било какве неусклађености између овог Споразума и специфичних трговинских обавеза утврђених у: а) Конвенцији о међународној трговини угроженим врстама [...]; б) Монреалском протоколу о материјама које црпе озонски омочак [...]; ц) Базелској конвенцији о контроли међуграничног протока опасног отпада

Надаље, уговорно правило може да буде нејасно и друго међународно јавно право може да се искористи како би се појаснило значење уз помоћ интерпретативних техника чл. 31 (1) БКУП-а. У овом последње поменутом случају, не ради се вагању, већ о појашњавању садржаја уз помоћ техника дефинисања. Међутим, бирање између тумачења према чл. 31 (1) и тумачења према чл. 31 (3) (ц) БКУП-а може да буде тежак задатак. Иако треба повући концепцијску разлику између, с једне стране, *примене* других (општих или посебних) норми међународног права у споровима који се не тичу људских права директно, и с друге стране, интерпретације права које се не бави људским правима разматрањем права о људским правима, индиректно, путем чл. 31 (1) или чл. 31 (3) (ц) БКУП-а, може се десити, међутим, да постоји само танка линија између директне примене права о људским правима и његовог усвајања путем тумачења:

У пракси [...] постоји велика шанса да се обе ове ствари (примена и тумачење) утопе једна у другу – то је готово неизбежно, ако ни због чега, а онда зато што би било тешко да применимо нешто а да у исто време то и не тумачимо, и да тумачимо један појам без контекста у којем треба да га применимо.⁷²

Члан 31 (3) (ц) БКУП-а не говори о томе *како* потенцијално супротне норме треба да буду интегрисане систематично, он само наводи да оне треба да буду интегрисане. Ваљало би у потпуности цитирати МПК:

Ништа од овога унапред не одређује шта значи „супротставити“ једну норму другој, нити како се оне могу довести у „сагласност“. Ова питања треба оставити тумачу који треба да донесе одлуку у складу са ситуацијом. Ствар је само у томе – али то је најважнија ствар – да нормативно окружење не може бити игнорисано и да би приликом тумачења уговора, требало имати на уму принцип интеграције. Ово указује на потребу да се изврши тумачење тако да правила могу да се сагледају у светлу неког свеобухватног и кохерентног циља, да се на уштрб мање важних циљева да приоритет питањима која су важна. То је све што се захтева у чл. 31 (3) (ц); да се у процес правног резоновања – укључујући резоновање судова и трибунала – интегрише осећај кохерентности и смислености. Успех

и њиховог одстрањивања [...] те обавезе ће имати предност у границама неусклађености, под условом да у ситуацији када страна може да бира између једнако ефикасних и разумно доступних средстава за усклађивање са таквим обавезама, страна изабере алтернативу која је најмање неусклађена са другим одредбама овог споразума.“

⁷² J. Klabbers, „Reluctant Grundnormen: Articles 31 (3) (c) and 42 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and the Fragmentation of International Law“, *Time, History and International Law* (eds. M. Craven, M. Fitzmaurice, M. Vogiatzi) Leiden – Boston 2007, 144.

или неуспех у том смислу мере се тиме како ће правни свет гледати на исход.⁷³

Каже се да чл. 31 (3) (ц) БКУП-а омогућава оно што немачки стручњаци уставног права називају „praktische Konkordanz“:⁷⁴ помирење различитих и супротстављених принципа уставног поретка у случајевима када чл. 31 (3) (ц) БКУП-а омогућава да се друга правила и принципи међународног јавног права узму у обзир.⁷⁵ Судови се тако могу бавити основним конфликтима између права људских права и осталих посебних области међународног јавног права помоћу интерпертативних техника, као што су вагање и принцип пропорционалности, тако што ће користити право људских права у тумачењу права које се не бави људским правима путем чл. 31 (3) (ц) БКУП-а. Члан 31 (3) (ц) БКУП-а не бави се питањем како друга правила међународној јавног права треба да буду инкорпорирана путем тумачења. Стога бих предложила да се користи функционалан приступ сличан националном уставном праву, заснован на рационалној теорији вагања коју је дао Роберт Алекси.⁷⁶

4. РАЦИОНАЛНА ТЕОРИЈА ВАГАЊА

Метод вагања се углавном користи у уставном праву и свој најистакнутији облик доживљава у принципу пропорционалности. Почевши од немачког права, овај метод распрострањен је у већини правних система света и дубоко укореењен у међународном праву.⁷⁷ Према мишљењу израелског Врховног суда, „[п]ропорционалност се данас признаје као општи принцип међународног права.“⁷⁸ Иако се

⁷³ International Law Commission, para. 419.

⁷⁴ K. Hesse, *Grundzüge der Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg 1995, para. 72: „Verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter müssen in der Problemlösung einander so zugeordnet werden, daß jedes von ihnen Wirklichkeit gewinnt. [...] beiden Gütern müssen Grenzen gesetzt werden, damit beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen können.“ Овај став прихватио је немачки Уставни суд, као и, рецимо, *Conseil constitutionnel* у Француској.

⁷⁵ Слично томе, R. K. Gardiner, 288 и даље.

⁷⁶ R. Alexy, „On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison“, *Ratio Juris* 16/2003; A. van Aaken (2009).

⁷⁷ У вези с детаљнијим описом распорстрањености, вид., A. Stone Sweet, J. Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, доступно на адреси http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=alec_stone_sweet (2008).

⁷⁸ *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, HCJ 2056/04 (30. jun 2004. godine), para. 37. Ово је у великој мери потврђено, вид. R. Higgins, *Problems and Process. International Law and How We Use It*, Oxford 1994, 219; T. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford 1989, 65; J. Delbrück, „Pro-

може назвати различитим именима, он се у великој мери примењује у свим земљама са судском контролом уставности, као и у међународном праву (на пример, од стране Европског суда за људска права, као и у одлукама Апелационог тела у СТО-у.)⁷⁹

Правнотеоријску разраду принципа пропорционалности дао је Роберт Алекси. Његов рад се наводи као „један од најоштроумнијих, аналитички најрафиниранијих и најутицајних општих описа уставних права које постоје“⁸⁰ и као „најважнији и најутицајнији рад из уставне теорије написан у последњих педесет година“.⁸¹ Две главне претпоставке заузимају централно место у Алексијевој теорији: прво, да постоји разлика између правила и принципа и друго, да принципи представљају програме за постизање оптималних резултата, то јест, да се они морају остваривати у највећој могућој мери, узимајући при том у обзир фактичка и правна ограничења. Правила могу, али не морају, да се примењују, али принципи се у мањој или већој мери остварују и захтевају оптималне резултате у зависности од фактичких и правних могућности, чиме се добија више простора за питања друштвене науке.⁸²

Правна методологија конвенционално прави разлику између супсумпције, с једне стране, и одмеравања или вагања, с друге стране. Док се ово прво користи када је реч о правилима, ово последње поменуто користи се када је реч о принципима. Права, било да се односе на колективно добро или на циљеве формулисане у уставу (*Staatszielbestimmungen*), као што је заштита животне средине, схватају се као принципи.⁸³ Пропорционалност се стога не своди само на вагање индивидуалних права. Ово се мора имати на уму, пошто првобитна и још увек најчешћа примена принципа пропорционалности јесте у одлукама о људским правима, где се легитиман државни или јавни интерес може искористити да се ограничи људска

portionality“, *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt), Vol. III, Amsterdam 1997, 1140.

⁷⁹ У вези с тестом нужности у праву СТО-а, вид. P. A. Delimatsis, „Determining the Necessity of Domestic Regulations in Services: The Best is Yet to Come“, *European Journal of International Law* 2/2008.

⁸⁰ M. Kumm, „Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice“, *International Journal of Constitutional Law* 2/2004, 596.

⁸¹ A. Stone Sweet, J. Mathews, 14, а односи се на R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M. 1996, енглески превод *A Theory of Constitutional Rights*, J. Rivers (trans.), 2002. Овде ће се користити немачка верзија.

⁸² У вези с разликом између правила и принципа о којој се овде говори, вид. R. Alexy (1996), 72 и даље и R. Alexy, „Zum Begriff des Rechtsprinzips“, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie* (Hrsg. R. Alexy) Frankfurt a. M. 1995, 177, у којем се такође говори о начину на који Дворкин схвата ову разлику.

⁸³ R. Alexy (1996), погл. 3, нарочито 98.

права или где се људско право једне особе одмерава у односу на право друге особе. Принцип пропорционалности, међутим, може да се искористи ако су у питању две супротстављене јавне сврхе или два државна интереса, као што су трговина или животна средина.

Принципи се тако примењују чак и када нису „потпуно“ испуњени; они представљају норме које могу бити мање или више остварене, на пример, демократски принцип, право на слободу мишљења или принцип слободне трговине. Они се могу назвати и концептима који морају да буду конкретизовани у дискурсу правне примене како би се дошло до (заједничких) концепција.⁸⁴ Концепти, као што су правда, правичност, људска права, мир и сигурност, као вредности конкретизовани су у међународном јавном праву, било путем уговора, обичаја или општих принципа, али, с обзиром на то да су понекад супротстављени, они морају да се даље конкретизују и у дискурсу примене права како би се пронашле (заједничке) концепције. Један вид остварења овог императива јесте принцип пропорционалности.

Сложићу се са Алексијем да, у свом главном делу, вагање представља рационалну процедуру и да оно веома подсећа на промишљање о постизању оптималних резултата (или на анализу трошкова и добити). Формулисано у терминима нормативне децизионистичке теорије,⁸⁵ ово значи оптималност мера уопште и регулације, закона и правних аката посебно, када се у обзир узме дефинисани систем циљева (међународни уставни принципи), као и (правна) ограничења. „Устав“ се сматра системом одлучивања који подразумева више критеријума и више димензија. Стога се различите алтернативе одлука могу упоређивати, када је реч о њиховом доприносу уставним циљевима. Оптимална одлука представља алтернативу која максимализује нето вишак, који се добија када се од добити одузму трошкови мерења. Добит и трошкови се дефинишу у уставним терминима и укључују позитивне ефекте дотичне мере на све релевантне уставне принципе, што је добит, и негативне ефекте, то јест, трошкове. Да би се процениле различите алтернативе одлука, користи се принцип пропорционалног вагања.

Принцип пропорционалности садржи три под-принципа: принцип примерености, принцип нужности и принцип пропорционалности у ужем смислу. Прва два под-принципа веома су погодна за консеквенцијалистички и инструменталистички начин резонавања,

⁸⁴ W. N. Hohfeld, „Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning“, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Essays* (ed. W. W. Cook) New Haven 1923 и W. B. Gallie, „Essentially Contested Concepts“, *Proceedings of the Aristotelian Society* 56/1956.

⁸⁵ Вид. детаљније, A. van Aaken, *Rational-Choice in der Rechtswissenschaft. Zum Stellenwert der ökonomischen Theorie im Recht*, Baden-Baden 2003, 288 и даље.

зато што они изискују упоредну институционалну анализу у вези са утицајем на дотични уставни принцип. Принцип примерености подразумева питање да ли су мера или закон у принципу примерени за постизање његовог циља. Принцип нужности подразумева питање да ли постоје друга, мање наметљива средства у погледу дотичног уставног принципа која једнако доводе до наведеног циља мере. Примена принципа пропорционалности, на начин на који су то урадили инвестициони судови, судови за људска права, као и Апелационо тело, стога нужно укључује консеквенцијалистичко резонување. Овај метод резонувања, са своје стране, захтева друштвено-научну анализу ако се не жели ослањање на свакодневну интуицију судије. Трећи принцип, пропорционалност *stricto sensu*, више је окренут вредносним судовима и није толико погодан за друштвено-научни приступ, колико за рационално оправдање при примени права. Алекси развија сложу формулу, у којој поставља скале интензитета повезаности са правима („благо“, „умерено“, „озбиљно“) и значаја права (на пример, право на живот има већу апстрактну тежину од слободе изражавања, иако се о конкретној тежини мора говорити од случаја до случаја). Ове скале нису произвољне, али да би биле контестабилне, морају се навести разлози њихове оправданости.⁸⁶ Није потребно да се уводе виши критеријуми за доношење одлука, али је потребно да се користе правила одлучивања и да се она учине транспарентним. Нормативна децизионистичка теорија развила је много тих правила, на пример, правила о пожељном нивоу задовољења (*Theorie des erwünschten Niveaus*; правно говорећи – суштински садржај принципа који се не може прекршити; *Wesengehalt*). Правило одлучивања попут тог наведеног обезбеђује контекст за захтевани ниво задовољења.⁸⁷ Одлуком немачког Савезног уставног суда о закону о безбедности у ваздушном саобраћају, на пример, предвиђени ниво задовољења, када је реч о људском достојанству, постављен је тако високо да се искључује могућност било каквог вагања (што је у складу са традиционалном доктрином у немачком уставном праву).⁸⁸

⁸⁶ R. Alexy (2003).

⁸⁷ Ово се може графички представити цртањем криве линије корисности у координатном систему, где је мерење *stricto sensu* могуће само на позицијама изнад одређеног редног броја. Вид. такође, R. Alexy (1996), 147 и даље. Суштински, ово је слично предлогу који су дали E. Zamir, B. Medina, „Law, Morality, and Economics: Integrating Moral Constraints With Economic Analysis of Law“, чланак представљен на Annual Conference of the European Association of Law and Economics, Copenhagen 2007 (2007).

⁸⁸ BVerfG 1 BvR 357/05 (First Senat) – одлука од 15. фебруара 2006. Вид. такође, O. Lepsius, „Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-Transport Security Act“, *German Law Journal* 7/ 2006 (online часопис).

Међутим, на који начин су принцип пропорционалности и чл. 31 (3) (ц) БКУП-а повезани? Према речима МПК-а, и као што је већ наведено:

Најпре ту је напор који се улаже да се ускладе наизглед супротстављене норме тако што ће се оне тумачити као да су компатибилне. Друго, ту је техника којом се питање важења замењује питањем приоритета. Норма која буде остављена по страни остаће као да је „у позадини“ и наставиће да врши утицај на тумачење и примену норме којој је дат приоритет. Из тога следи, супротно ономе што се понекад сматра, да решавање сукоба и тумачење не могу да се разликују једно од другог. Да ли постоји сукоб и шта се може учинити са *prima facie* сукобима зависи од начина на који се релевантна правила тумаче. Ово вреди више пута поновити.⁸⁹

Када је реч о сукобима у међународном праву између права које се не бави људским правима и права људских права, ово значи прво, да судија мора да размотри да ли право људских права даје информације за тумачење уговора који се не бави људским правима према чл. 31 (1) БКУП-а. Друго, судија мора да размотри да ли право људских права може да се примени између страна према чл. 31 (3) (ц) БКУП-а. Ово се дешава ако је дотична норма људских права стекла статус обичајног међународног права или ако су обе државе које учествују у спору потписнице дотичног уговора о људским правима. Судија тада мора да извага принцип уговора који се тумачи и да га у случају сукоба са правом људских права извага у односу на дотични принцип људских права. Да бих објаснила ову технику, изнећу неколико примера инвестиционог права и трговинског права у даљем тексту.

5. НЕКЕ МОГУЋЕ ПРИМЕНЕ

Сада бих се усредредила на интеракцију права људских права и међународног инвестиционог права, која представља пример општијих проблема, јер у међународном инвестиционом праву ови сукоби долазе до изражаја прилично очигледно.⁹⁰ Инвестиционо право, онако како је кодификовано у Билатералним инвестиционим споразумима, све више је предмет критика, углавном због тога што се сматра да се друге области посебног међународног права не узимају довољно у обзир. Билатерални инвестициони споразуми јесу уговори међународног јавног права, којима се у великој мери страни улагачи штите од политичких ризика, а тиме и обезбеђује одређено

⁸⁹ International Law Commission, para. 411 и даље.

⁹⁰ Вид. детаљније А. van Aaken (2008а).

понашање државе у којој они гостују, као и углавном директан приступ међународним арбитражним трибуналима.⁹¹

Прво, државе могу изричито предузети људским правима инспирисане опште мере како би испуниле своје међународне или уставне обавезе према људским правима, али ове мере могу да имају негативан утицај на стране улагаче. Овде је арбитражним трибуналима остављен значајан простор да тумаче одредбе билатералних инвестиционих споразума тако што ће вагати људска права и заштиту инвеститора, нарочито ако је држава предузела недискриминаторну меру. Најистакнутије и најчешће коришћене одредбе о заштити јесу индиректна експропријација и „праведан и правичан третман“. Ове норме, као веома неодређени правни термини, такође отварају простор да се норме људских права узму у обзир према чл. 31 (3) (ц) БКУП-а. Оне захтевају од инвестиционих трибунала да одреде одговарајуће референтне тачке за процену праведности и правичности мера које су усвојиле или даље примењују државе домаћини. У случају индиректне експропријације, трибунали не морају да примењују доктрину „јединих ефеката“ већ могу такође да укључе сврху регулаторне мере. На овај начин, они могу да наведу, на пример, потенцијалне еколошке обавезе или обавезе према људским правима државе као разумну сврху за дотичну националну меру.⁹² Тумачење „индиректне“ експропријације креће се од такозване „доктрине јединих ефеката“, то јест, гледа се само ефекат који мера има на власништво, до укључивања регулаторне сврхе. Укључивање овог последње поменутог омогућава примену принципа пропорционалности, као што, на пример, Европски суд за људска права то практикује када је реч о Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода (чл. 1 Протокола бр. 1 за право на власништво⁹³)⁹⁴. У литератури је ова идеја преузета из случаја *Tecmed*, где је трибунал изричито упу-

⁹¹ У вези с прегледом инвестиционог права, вид. R. Dolzer, C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford 2008 и *Oxford Handbook of International Investment Law* (eds. C. Schreuer, P. Muchlinski, F. Ortino) (2008).

⁹² Као што је нпр. Апелационо тело урадило у случају *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (6 November 1998) WT/DS58/AB/R, DSR 1998:VII, 2794–2797, para. 127–131 када се примењује чл. XX *GATT*-а.

⁹³ Протокол бр. 1 на Конвенцију о заштити људских права и основних слобода, Париз, усвојен 20. марта 1952. године, ступио на снагу 18. маја 1954. године, E.T.S 009.

⁹⁴ Вид. нпр. случајеве *James and Others v. the United Kingdom* (одлука од 21. фебруара 1986, Series A no. 98), *Lithgow and Others v. the United Kingdom* (одлука од 8. јула 1986, Series A no. 102), *Matos e Silva, Lda., and Others v. Portugal*, одлука од 16. септембра 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV, 1114, § 86. Вид. општије, U. Kriebaum, „Privatizing Human Rights: The Interface Between International Investment Protection and Human Rights“, *Transnational Dispute Management* 2006 (online часопис).

тио на надлежност ЕСЈП-а.⁹⁵ Коришћење вагања принципа пропорционалности значајно повећава могућност дефрагментације у овим случајевима. Нови амерички модел БИС-а из 2004. године то и налаже, када у свом Додатку Б о експропријацији наводи да

[о]сим у ретким приликама, недискриминаторне регулаторне радње стране уговорнице, које су осмишљене и који се примењују како би се заштитили легитимни циљеви јавног добра, као што су јавно здравље, безбедност и животна средина, не представљају индиректну експропријацију.

Држава против које се води спор може у том случају не само да се позове на сопствено право (ако тако одлучи), већ и на међународно не-инвестиционо право, било индиректно, путем националног права или директно. Надаље, у контексту праведног и правичног третмана, референтне тачке за процену праведности и правичности мере могле би да укључе посебне области међународног јавног права. Ако, рецимо, држава одлучи да уведе мере заштите за аутохтона племена и забрани улагање, примена конвенција МОР-а о аутохтоним народима могла би да постане део тумачења праведног и правичног третмана, као и експропријације.⁹⁶ Стога вагање супротстављених вредности – заштите инвеститора и људских права – догађало би се на међународном плану и спроводили би га међународни трибунали.

Друго, држава може да користи људска права као одбрану за предузимање акција против страног инвеститора који крши људска права, наводећи своју обавезу да их штити. Друга могућност јесте да су инвеститор и држава саучесници у кршењу људских права. Мало је вероватно да ће случај попут овог стићи до међународног инвестиционог трибунала, пошто трибунали немају надлежност да саслушају жалбе на кршење људских права које подносе треће (заинтересоване) стране. Наравно, у првом случају, ако је мера предузета како се не би кршила норма *ius cogens*-а, на пример, забрана присилног рада, обавезног рада, дужничког ропства или другог облика ропског рада, инве-

⁹⁵ *Tecnicas Medioambientales SA v. Mexico*, (ICSID Arbitration Nr. ARB (AF)/00/2) (29. мај 2003. године) (Tecmed), пара. 122: „Мора да постоји разуман однос пропорционалности између оптуге или терета под којима су се наши страни улагачи и циља чијем се остварењу тежи увођењем мере експропријације.“

⁹⁶ Вид. Non-Party Submission, *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, Submission of the Quechan Indian Nation, Nature of the Cultural Resources and Sacred Places at Issue in Claim, 8 и даље, доступно на адреси <http://www.naftaclaims.com/Disputes/USA/Glamis/Glamis-Amicus-Quechan-01--19-08-05.pdf>. Овде је реч о народу који може бити угрожен дотичним инвестиционим пројектом, у овом случају рудником, и који тврди да га, између осталог, штите Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966. године, Унескова Конвенција о светској културној баштини из 1972. године, Конвенција МОР-а о аутохтоним народима и племенима и Међуамеричка конвенција о људским правима.

стициони трибунал био би обавезан да размотри чл. 53 БКУП-а као меродавно право. Надаље, држава може да се брани тако што ће наводити своју дужност да поштује, штити и испуњава своје обавезе према људским правима.⁹⁷ Ово може да укључи предузимање мера против страног улагача или наметање правила страним улагачима.⁹⁸ Без обзира на то, државе се ретко позивају на своје обавезе према људским правима⁹⁹ и стога се трибунали још увек не баве њима детаљно, иако постоје неки интересантни случајеви које тек треба решити.

Један такав случај односи се на питања међународног права људских права у области дискриминације. У овом случају италијански инвеститори довели су у питање програм о давању економских овлашћења црнцима у Јужној Африци, који је делимично садржан у Закону о развоју минералних и нафтних ресурса.¹⁰⁰ Они су навели да овај афирмативни акциони програм Јужне Африке за „историјски материјално угрожене појединце“ крши њихова права према БИС-у склопљеном између Италије и Јужне Африке, укључујући и национални третман. Овај случај, који је у поступку, свакако ће поставити основна питања сукоба, не само између БИС-а и чл. 9 јужноафричког Устава, већ и на основу међународних норми људских права, као што су оне садржане у Конвенцији о елиминацији свих облика расне дискриминације¹⁰¹ и другим одредбама о дискриминацији у међународном праву људских права.¹⁰²

⁹⁷ О овим дужностима најпре је говорио Есбјорн Еиде у својству тадашњег специјалног извештача о праву на храну, члана подкомисије Уједињених нација за спречавање дискриминације и заштиту мањина. Вид. А. Eide, *Right to Adequate Food as a Human Right*, New York 1989 и *ibid.*, завршни извештај „The Right to Adequate Food as a Human Right“, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1987/23, 1987.

⁹⁸ Европски суд за људска права, нпр., утврдио је да државе имају позитивну обавезу да намећу одређене дужности обавештавања фирмама које испуштају гасове штетне по здравље, према чл. 8 ЕКЉП-а, вид. случај *López Ostra v. Spain* (Application No. 16798/90), одлука од 9. децембра 1994, Series A (1995) No. 303, 41, случај *Guerra and others v. Italy* (Application No. 14967/89), одлука од 19. фебруара 1998, ЕСЉП 1998-I, No. 64, 210.

⁹⁹ Колико је мени познато, једини случајеви који су до сада решени, односе се на аргентинску кризу, када се Аргентина позивала на обавезе према људским правима из свог устава, засноване на међународним документима о људским правима. Вид. *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, (ICSID Case No. Arb/01/8), (12. мај 2005), para. 114. Трибунал је нашао да не постоји сукоб између инвестиционе заштите и аргентинског устава, para. 115 и даље.

¹⁰⁰ *Piero Foresti, Laura De Carli and others v. Republic of South Africa*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/1 (31. август 2007).

¹⁰¹ G. A. Res. 2106A (XX), U.N. GAOR, XX, Supp. No. 14, 47, U.N. Doc A/6014, усвојена 21. децембра 1965, ступила на снагу 4. јануара 1969.

¹⁰² Вид. детаље у М. Coleman, К. Williams, „South Africa’s Bilateral Investment Treaties, Black Economic Empowerment and Mining: A Fragmented Meeting?“, *Business Law International* 9/2008.

Други потенцијални сукоби могу настати у области приватизованих јавних услуга, као што је вода.¹⁰³ Да ли је потребно да међународно право људских права, као што је право на воду, буде узето у обзир када се одлучује о мерама државе домаћина? Шта ако се, на пример, ограниче цене или се разлике у цени захтевају владиним мерама *ex post*? Шта ако постоји спор о испуњавању уговорних обавеза инвеститора и/или „нестанку“ воде или испоруци загађене воде? Слична питања већ су постављена у неким случајевима и још њих се тек очекује.¹⁰⁴ У зависности од тога на који начин (ни)су испуњене уговорне обавезе у вршењу јавних услуга, дужност државе да пружи заштиту може се довести у питање, то јест, може се догодити да држава мора да предузме одређене регулаторне мере како би испунила своје међународне (а вероватно и уставне) обавезе. Од ње се може захтевати да то уради тако што ће поступати поштујући принцип предострожности, чак и ако се *ex post* утврди да није било опасности по здравље.¹⁰⁵ Наравно, трибунали су свесни да су питања људских права доведена у питање¹⁰⁶ и они морају да имају интерпретативну слободу да узму у обзир обавезе према људским правима државе домаћина када одлучују о индиректној експропријацији, као и о праведном и правичном третману.

¹⁰³ О праву на воду говори CESCR General Comment No. 15 (2003), The right to water (Arts. 11 and 12 of the CESCR), E/C.12/2002/11, 20. јануар 2003.

¹⁰⁴ Поднето је неколико случајева у вези с дистрибуцијом воде и канализацијом: *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3 (20. август 2007.); *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, (14. јул 2006); *BiwaterGauff (Tanzania) LTD. v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22 (24. јул 2008); *Aguas del Tunari v. Boliva*, ICSID Case No. Arb/02/3, одлука о надлежности од 21. октобра 2005. Више од десет случајева тек треба да се реши у вези с водопривредом, од којих нису сви познати, вид. *Investment Treaty News* од 26. јула 2006.

¹⁰⁵ О томе је било речи у случају *Vivendi*, када је утврђено да је вода била замућена отприлике три месеца (пара. 4.13 и даље), али није представљала опасност по људско здравље. Упркос томе, чињенице говоре да су мере, које је влада предузела из предострожности, биле одговарајуће, па чак и неопходне.

¹⁰⁶ Вид. *Biwater v. Tanzania*, Procedural Order No. 5, доступно на http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC532_En&caseId=C67 (посећено 2. фебруара 2009.); Наредба као одговор на петицију за учешће у својству *amicus curiae*, у поступку између Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., и *InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. .v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17 (17. март 2006.), пара. 18: „Оно због чега је овај случај од нарочитог јавног интереса јесте чињеница да централно место у овом инвестиционом спору заузимају дистрибуција воде и системи канализације урбаних делова провинције Санта Фе. Ови системи обезбеђују основне јавне услуге стотинама хиљада људи, а као последица тога, може се појавити мноштво сложених питања из јавног и међународног права, укључујући питања људских права. Било која одлука донета у овом случају, без обзира да ли је она у корист потражиоца или тужене стране, може да утиче на функционисање ових система, а тиме и на јавност којој служе.“

Даљи проблем се може појавити у случајевима када је реч о аутохтоним правима, на пример у ископавању природних ресурса.¹⁰⁷ Један од НАФТА случајева који је у поступку то веома добро илуструје. Један калифорнијски закон¹⁰⁸ захтева комплетно засипање рудника са отвореним окнима поред светилишта америчких староседелаца, укључујући локације из планираног пројекта Гламиса Голда, канадског инвеститора који захтева индиректну експропријацију. Јума Индијанци, који тврде да су њихова верска светилишта угрожена рударским пројектом, поднели су *amicus curiae* поднесак,¹⁰⁹ у којем наводе, рецимо, значај чл. 27 Међународног пакта о грађанским и политичким правима.¹¹⁰ Они, као и оптужена страна, наводе релевантност неколицине других међународних правних инструмената који се односе на културну баштину.¹¹¹ И овде се опет поставља питање да ли ће трибунал тумачити индиректну експропријацију такође у светлу међународних инструмената људских права, нарочито норми којима се штите мањине и аутохтони народи¹¹², као и слобода вероисповести, тиме

¹⁰⁷ Случај који је могао да буде потенцијални инвестициони спор односи се на познати случај Међуамеричког суда за људска права: *The Mayagna (Sumo) Awastingu Community v. Nicaragua*, одлука од 31. августа 2001, Inter-Am. Ct. H.R., (Ser. C) No. 79 (2001), када је влада Никарагве доделила шумарским фирмама концесије за експлоатацију шуме на територији аутохтоног племена. Да је влада опозвала ове дозволе (као што је морала то да уради након одлуке), а да су фирме биле страни улагачи заштићени БИС-ом, случај пред инвестиционим трибуналом био би очигледно конфликтан. У вези са овом одлуком, вид. S. J. Anaya, C. Grossman, „The Case of *Awastingu v. Nicaragua*: A New Step in the International Law of Indigenous People“, *Arizona Journal of International and Comparative Law* 1/2002.

¹⁰⁸ California State Mining and Geology Board (SMGB) regulations and California Senate Bill (SB 22).

¹⁰⁹ Submission of Non-Disputing Party Quechan Indian Nation, *Glamis Gold Ltd v. The United States of America*, вид. фн. 96, 6 и даље.

¹¹⁰ International Covenant on Civil and Political Rights, усвојен 16. децембра 1966, ступио на снагу 23. марта 1976, 999 *United Nations Treaty Series* 171.

¹¹¹ Такође, контра-поднесак оптужене стране, САД-а, од 19. септембра 2006. године, 33 и даље, наводи мноштво различитих међународноправних инструмената у вези са културном баштином. УНЕСКО, Препоруке у вези са заштитом лепоте и изгледа природе и пејзажа, 11. децембар 1962. године (којима се усваја принцип да превентивне мере треба да штите места од опасности изазваних рудницима и испуштањем њихових отпада); УНЕСКО, Препоруке у вези са очувањем културног добра угроженог јавним или приватним радовима, 19. новембар 1968. године (државе чланице требало би да приоритет дају мерама које су поребне за очување *in situ* културног добра угроженог јавним радовима како би очувале историјску повезаност и континуитет); и УНЕСКО, Конвенција о заштити светске културне и природне баштине, Париз, усвојена 16. новембра 1972. године, ступила на снагу 17. децембра 1975. године, 1037 151 (да би осигурале ефикасне и активне мере за заштиту и очување културне и природне баштине, стране ће предузети правне, техничке и административне мере како би заштитиле ову баштину).

¹¹² За ову врсту случајева релевантни су и чл. 4, 5, и 7 Конвенције МОП-а (No. 169) у вези са аутохтоним народима и племенима у независним земљама, која је

узимајући у обзир сврху мере. Упркос томе, до сада инвестициони трибунали нису показали неку спремност да у одредбе инвестиционог права о заштити укључе друге посебне области међународног јавног права. У случају *St. Elena v. Costa Rica*¹¹³ трибунал је у спору у вези са штетама насталим услед експропријације зарад градње еколошког подручја сматрао следеће:

иако се експропријација или одузимање из еколошких разлога могу окарактерисати као одузимање зарад јавне сврхе, и стога могу бити легитимни, чињеница да је својина одузета из овог разлога не утиче ни на природу ни на меру накнаде која ће се платити за одузимање. То јест, *сврха заштите животне средине зарад које је својина одузета не мења правни карактер одузимања* за које се мора платити адекватна надокнада. *Међународни извор ове обавезе да се заштити животна средина нема никакав значај.*¹¹⁴

У случају *SPP v. Egypt*¹¹⁵, спору о експропријацији за прекид пројекта за развој туризма у близини пирамида, трибунал је сматрао да се Унескова Конвенција о заштити светске културне и природне баштине из 1972. године, која је у принципу релевантна,¹¹⁶ не може применити у овом случају, јер је међународна обавеза ступила на снагу само за Египат након што је завршено улагање. Овде је трибунал очигледно следио временски аргумент *lex posterior*, али је, у принципу, сматрао да друге међународноправне обавезе могу бити од значаја. Овај пример могли би да следе и други трибунали.

6. ЗАКЉУЧАК

Сва је прилика да ће фрагментација међународног права остати на сцени још дуго. Упркос томе, међународни правни систем тежи јединству и кохерентности. Све док државе не решавају проблем фрагментације приликом састављања уговора и све док не постоји хијерахија у међународном јавном праву, остаје проблем како постићи јединство. Стога, дефрагментација путем интерпретативних техника долази до изражаја. Системска интеграција се може постићи путем

усвојена 27. јуна 1989. године на Генералној скупштини Међународне организације рада, на њеној седамдесет и шестој седници и ступила на снагу 5. септембра 1991. године, *International Legal Materials* 28/1989, 1382. Њу је, међутим, ратификовало само 17 земаља, али не и Сједињене Државе. Ипак, могла би да постане релевантна у другим случајевима.

¹¹³ *Santa Elena v. Costa Rica* ILR 153 (2000).

¹¹⁴ *Santa Elena v. Costa Rica*, para. 71 (курзив мој).

¹¹⁵ *SPP (ME) v. Egypt*, 19 *Yearbook Commercial Arbitration* 51 (1994).

¹¹⁶ *Ibid.*, para.78.

тумачења углавном уз помоћ чл. 31 (3) (ц) БКУП-а. Бечка конвенција, међутим, говори нам само које друго међународно право може да се разматра при доношењу одлука о уговору који се не бави људским правима. Она нам не говори како то да урадимо. Принцип пропорционалности, као принцип међународног права представља најизгледнијег кандидата за интеграцију. Он разматра супротстављене принципе и усклађује их путем вагања. О правнотеоријским разлозима таквих поступака говори Роберт Алекси. Овим се омогућава разматрање људских права у другим областима међународног јавног права и стога нам помаже да дефрагментирамо међународно јавно право. Пошто људска права представљају један важан принцип и вредност у конституционализованом међународном поретку, она би требало да се поштују и у другим областима међународног права. Међународно пресуђивање може помоћи у овоме тако што ће тумачити међународно јавно право на адекватан начин.

Dr Anne van Aaken

Full Professor

University of St. Gallen, School of Law

BALANCING OF HUMAN RIGHTS – CONSTITUTIONAL INTERPRETATION IN INTERNATIONAL LAW

Summary

This essay provides an analytical perspective to the plausibility of the use of constitutional interpretation in fragmented international law. The author argues that human rights issues are pervasive in international law, despite the fact that only a few specialized adjudicatory mechanisms exist. Furthermore, many regimes in Public International Law pursue different goals, but many cases cannot be easily classified into those different regimes. The horizontal function of international human rights system is to provide guidelines to international courts in interpreting non-human rights law. If the object and purpose of one treaty contains human rights, it may be used in a teleological interpretation of the treaty itself, but the problem is that most non-human rights treaties do not contain such a reference. Furthermore, Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, under which an interpretation should take into account „*any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties*“, is perceived as a general principle of treaty interpretation. However, it provides only an answer to the question what other in-

ternational legal instruments can be taken into account if the interpretation of a non-human rights treaty is at stake. The author, therefore, argues that unity of the international legal order can be achieved through constitutional interpretational means, in particular the balancing approach as it is developed in German legal theory, in order to mitigate the tension between human rights law and other issues of Public International Law.

Key words: *Balancing of human rights. – Constitutional interpretation. – Fragmentation of international law. – Alexy's rational theory of balancing. – International investment law.*