

MEĐUNARODNI SUD PRAVDE – VLADALAC ILI MISLILAC? **

1. POSTOJI LI DILEMA?

Međunarodni sud pravde je glavni sudski organ Ujedinjenih nacija¹, čija je nadležnost da rešava sporove između država i daje savetodavna mišljenja direktno zavisna od volje stranaka, zbog čega se često i opisuje kao konsenzualna, fakultativna nadležnost.² Pri vršenju te nadležnosti, Sud primenjuje međunarodno pravo, odnosno norme međunarodnog javnog prava koje proizlaze iz formalnih izvora nabrojanih u odredbi člana 38. njegovog Statuta. Tom je odredbom propisano da su, pod uslovom člana 59. Statuta, sudske odluke i doktrina najpozvanijih stručnjaka javnog prava različitih naroda pomoćno sredstvo za utvrđivanje pravnih pravila. Drugim rečima, ti pomoćni izvori prava predstavljaju samo sredstvo za utvrđivanje pravila sadržanih u glavnim izvorima.³ Odredba člana 59. Statuta izričita je tome da su presude Suda obavezujuće samo za stranke u sporu i u odnosu na konkretan predmet spora. Ovakvo ograničenje pravne snage sudske odluke služi jasnom pojašnjenju da Sud nije legislativni organ, kao i da koncept stare decisis, obavezujućeg precedenta, nije primenljiv u postupku pred ovim organom.⁴ Međutim, u praksi je situacija drugačija. Ne samo da se odluke Međunarodnog suda pravde prihvataju i tretiraju kao autoritativna tumačenja međunarodnog javnog prava, što je objašnjivo iz perspektive ugleda koji ovaj Sud uživa⁵, već se i sam Sud poziva na ranije odluke, kako svoje tako i svog prethodnika – Stalnog suda međunarodne pravde. Tim oslanjanjem na raniju praksu, stavovi Suda utvrđeni u određenoj odluci, koji su kasnije ponovo invocirani, odnosno potvrđeni u drugim odlukama, stiču kvazilegislativni karakter, uprkos ograničenjima iz člana 59. Statuta.⁶ Dakle, u specifičnom pravnom poretku decentralizovane međunarodne zajednice u kojoj nema podele vlasti svojstvene unutrašnjem državnom uređenju, uloga Međunarodnog suda pravde prevazilazi

* Autorka je demonstrator Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, student doktorskih akademskih studija i stipendista Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije, ana.zdravkovic@ius.bg.ac.rs.

** Rad je rezultat istraživanja sprovedenog u okviru projekta „Konstitucionalizam i vladavina prava u izgradnji nacionalne države – slučaj Srbije” (ИИИ 47026).

¹ Član 92. Povelje UN, 1 UNTS XVI.

² Milenko Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2014, Beograd, str. 709.

³ Isto, str. 110.

⁴ James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 38.

⁵ Formalni autoritet Suda proizlazi iz okolnosti da se radi o glavnom sudskom organu UN, a materijalni iz sastava Suda, koga čine najugledniji stručnjaci iz oblasti međunarodnog prava koji predstavljaju sve pravne sisteme i civilizacije savremenog sveta (a među njima su najčešće i predstavnici država stalnih članica Saveta bezbednosti), isto, p. 97.

⁶ *Asylum (Columbia v. Peru)*, Judgment of 20 November 1950, Dissenting Opinion by Judge Azevedo, *ICJ Reports 1950*, para. I.

granice njegove osnovne sudske funkcije. Perom sudije Ficmorisa, ova okolnost je objašnjena na sledeći način: „Dva su moguća pristupa ulozi sudije, bilo u međunarodnoj ili drugoj oblasti prava. Prema jednom, primarni ako ne i jedini njegov zadatak je da odluči o predmetu pred njim, uz minimum praznoslovlja, i da se na tome zaustavi. Drugi pristup podrazumeva da je ispravna funkcija sudije da, dok odlučuje u konkretnom sporu, uz pružanje odgovarajućeg obrazloženja i ne izlazeći izvan okvira konkretnog predmeta, iskoristi one aspekte slučaja koji su od šireg interesovanja ili konotacije, kako bi pružio opšta proglašenja pravnih pravila i principa koja mogu obogatiti i razviti pravo”.⁷ Ovaj potonji pristup naročito je karakterističan za Međunarodni sud pravde, koji je svojom praksom, kao i njegov prethodnik, odlučujuće uticao na tokove i razvoj međunarodnog prava, a prema pojedinim autorima, čak i stvarao pravila međunarodnog javnog prava.⁸

Premda je Generalna skupština UN još davne 1947. godine prepoznala ulogu koju Sud ima u progresivnom razvoju međunarodnog prava⁹, ovaj organ se u nekoliko navrata veoma jasno i nadasve uzdržano izjasnio o legislativnim aspektima svojih aktivnosti.

U sporu protiv Južnoafričke Republike, Sud je izričito istakao da „prema odredbi člana 38. stav 1. Statuta, Međunarodni sud pravde nije legislativno telo. Njegova dužnost je da primenjuje pravo onakvo kakvo je, a ne da ga stvara”.¹⁰

Savetodavno mišljenje o legalnosti pretnje upotrebom ili upotrebe nuklearnog oružja sadrži jednu od najpoznatijih izjava Suda o ovom pitanju: „pojedine države su tvrdile da bi Sud, davanjem odgovora na postavljeno pitanje, izašao izvan granica svoje pravosudne funkcije i na sebe preuzeo nadležnost za stvaranje prava. Jasno je da Sud ne može da stvara pravo i da u okolnostima ovog slučaja, nije ni pozvan da to učini. Umesto toga, njegov zadatak je da se upusti u normalnu sudsku funkciju procene postojanja ili nepostojanja pravnih principa i pravila primenljivih na pretnju upotrebom ili upotrebom nuklearnog oružja. Pretpostavka da bi odgovor na postavljeno pitanje zahtevao od Suda da stvara pravo je zasnovana na uverenju da u važećem pravnom korpusu nema pravila koja uređuju ovu oblast. Sud ne može da podrži ovakav stav; on utvrđuje postojeće pravo i ne vrši legislaciju. To je tako, čak i ako, prilikom utvrđivanja i primene prava, Sud neizostavno mora pojasniti njegov domašaj i ponekad zabeležiti njegov opšti trend”¹¹. Najizvesnije iz ovog kontroverznog citata Suda je čvrsto uverenje da u tom konkretnom slučaju njegov zadatak nije bio stvaranje, već utvrđivanje prava. Međutim, da li je moguće da upravo preko utvrđivanja, odnosno procene postojanja ili nepostojanja pravnih principa i pravila, Sud zapravo stvara međunarodno javno pravo?

⁷ Sir Gerald Gray Fitzmaurice, “Hersch Lauterpacht – The Scholar as Judge”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 37, No. 1, 1961, pp. 14-15

⁸ Sir Franklin Berman, “The ICJ as an Agent of Legal Development”, in: Christian J. Tams (eds.), James Sloan, *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 7-25.

⁹ UN General Assembly, *Need for greater use by the United Nations and its organs of the International Court of Justice*, Resolution 171 (II), 14 November 1947, p. 103.

¹⁰ South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa, Liberia v. South Africa), Second Phase, Judgment of 18 July 1966, *ICJ Reports 1966*, para. 89.

¹¹ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996, *ICJ Reports 1996*, para. 18.

2. MEĐUNARODNI SUD PRAVDE U ULOZI IDENTIFIKATORA POSTOJANJA I SADRŽINE OBIČAJNIH PRAVNIH PRAVILA

Dugo je međunarodno javno pravo bilo pretežno sazdano iz nepisanih, običajnih pravnih pravila, koja i danas predstavljaju jedan od dva glavna formalna izvora međunarodnog prava.¹² Zato je Međunarodni sud pravde u velikoj većini svojih dosadašnjih odluka morao da ispituje njihovo postojanje i sadržinu. Drugim rečima, Sud nije u mogućnosti da, poput nacionalnih sudova na kontinentu, odlučuje isključivo o mogućnosti ili nemogućnosti primene određene pravne norme na konkretan slučaj, već je pre toga često nužno utvrditi postojanje i značenje tih normi, pogotovo kada je reč o običajnim pravnim pravilima. U ovom svetlu postaje jasnije zašto odredba člana 38. Statuta Suda kvalifikuje sudske odluke kao pomoćni izvor prava, čija je uloga utvrđivanje sadržine pravnih pravila iz glavnih formalnih izvora, odnosno običajnih pravnih pravila. I upravo u ovoj aktivnosti Suda, njegova kreativna uloga i uticaj na međunarodno javno pravo postaju i više nego očigledni.

Moglo bi se pretpostaviti da u svakom konkretnom slučaju u kome se javi potreba za ispitivanjem da li je određeno pravilo steklo običajnopравни karakter, Sud pristupa detaljnoj analizi postojanja dva elementa ovih pravila – opšte prakse (odnosno njenih kvalitativnih i kvantitativnih uslova) i svesti o pravnoj obaveznosti (*opinio juris*). Na taj način, delovao bi u granicama svoje sudske funkcije, odnosno ispitivao bi postojanje i sadržinu pozitivnih pravnih pravila, da bi ih nakon toga primenio na konkretne okolnosti slučaja. Mada je Sud u određenom broju slučajeva sprovodio ovaj postupak¹³, njegova jurisprudencija pokazuje i drugačije pristupe.

Naime, veoma često se Sud opredeljuje da uopšte ne ulazi u komplikovan i obiman proces istraživanja prakse i svesti država. Kao što je već napomenuto, Sud se često poziva na stavove i nalaze iz svojih ranijih presuda, pa je takva aktivnost prisutna i u kontekstu identifikacije običajnih pravnih pravila. Dakle, za pojedina pravila međunarodnog prava, Sud nije smatrao potrebnim da ponovo dokazuje njihov običajni karakter, jer je to već utvrdio u nekom od prethodnih slučajeva.¹⁴ Sa jedne strane, takav potez Suda može biti shvaćen kao potvrda njegovog uverenja da je konkretno pravilo deo običajnog prava, a konzistentnost i doslednost u sudskim stavovima i praksi su svakako poželjne i dobrodošle u svakom pravnom poretku. Međutim, kod običajnih pravnih pravila je potreban poseban oprez. Kao sva ostala pravna pravila, i ova nepisana pravila međunarodnog prava karakteriše fluidnost,

¹²Prema opšteprihvaćenom tumačenju odredbe člana 38. Statuta Suda, glavni formalni izvori međunarodnog prava su međunarodne konvencije i međunarodni običaji, Milenko Kreća, *Međunarodno javno pravo*, nav. delo, str. 83. S obzirom da su postojanje, a najčešće i sadržina odredbi međunarodnih ugovora jasni, kreativna uloga Suda mnogo je očiglednija u odnosu prema običajnim pravnim pravilima.

¹³ *E.g.*, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 27 June 1986, ICJ Reports 1986, para. 183. i dalje; Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland), Judgment of 25 July 1974, ICJ Reports 1974, para. 52; North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark, Federal Republic of Germany v. Netherlands), Judgment of 20 February 1969, ICJ Reports 1969, para. 39. i dalje.

¹⁴ Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment of 6 November 2003, ICJ Reports 2003, para. 76; Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France), Judgment of 4 June 2008, ICJ Reports 2008, para. 112; Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment of 20 April 2010, ICJ Reports 2010, para. 273.

odnosno mogućnost izmene tokom vremena. Upravo usled okolnosti da ona najčešće nisu kodifikovana, moguće je da njihova izmena nastupi u praksi država, ali da to ne prođe jednako zapaženo kao u slučaju pisanih pravila. Zbog toga bi bilo opravdano očekivati od Suda da se prema njima ne ophodi kao prema nepromenljivim normama uklesanim u kamen, već da u svakom konkretnom slučaju u kome postoji potreba za njihovom primenom, postupkom dokazivanja proveri da li se ona i dalje percipiraju kao običajna pravna pravila u praksi država.

U drugim slučajevima, u kojima se takođe ne radi o pravom procesu dokazivanja, Sud je ipak potkrepio svoju kvalifikaciju. U sporu o primeni Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, Sud je istakao da „utvrđeno pravilo (koje je) jedan od temelja pravila o odgovornosti država, podrazumeva da se svaki akt državnog organa smatra aktom države prema međunarodnom pravu, ako predstavlja povredu međunarodne obaveze države. Ovo pravilo, koje je jedno od pravila međunarodnog običajnog prava, prikazano je i u članu 4. Nacrta pravila o odgovornosti države za protivpravni akt Komisije za međunarodno pravo”.¹⁵ U daljem obrazloženju presude, isti rezon pojavljuje se u još nekoliko stavova, u vezi sa pravilom o radnjama preduzetim po uputstvima ili pod kontrolom države iz člana 8. Nacrta¹⁶ i pravilom o odgovornosti države za pružanje pomoći drugoj državi u izvršenju međunarodnog protivpravnog akta iz člana 16. Nacrta¹⁷. Presuda u slučaju Gabčíkovo-Nađimaroš takođe sadrži stav Suda da su „uslovi za postojanje stanja nužde kao okolnosti koja isključuje protivpravnost akta, navedeni u članu 33. Nacrta pravila o odgovornosti države, deo međunarodnog običajnog prava”.¹⁸ Upućivanje na Nacrt Komisije za međunarodno pravo primenjeno je kao jedina potvrda o običajnom karakteru pravila i u savetodavnom mišljenju o imunitetu specijalnog izvestioca Komisije za ljudska prava.¹⁹ Na ovom mestu trebalo bi podsetiti da je Nacrt pravila o odgovornosti države za protivpravni akt jedan od najvećih doprinosa razvoju sekundarnih pravila međunarodnog prava. Istovremeno, činjenica je i da Nacrt nije prihvaćen u formi obavezujućeg dokumenta još od 2001. godine kada je Rezolucijom 56/83 Generalne skupštine UN usvojen u drugom čitanju.²⁰ Razlog leži u kompromisnoj odluci država da sačekaju sa zaključenjem konvencije o odgovornosti, pre svega u nadi da će Pravila postati deo običajnog međunarodnog prava. Dakle, postoji značajno mimoilaženje u shvatanjima država o tome da li su i koji članovi ovih Pravila iskristalisani kao međunarodno običajno pravo²¹, ali to nije sprečilo Sud u nepokolebljivom tretiranju Pravila kao običajnih pravnih pravila. Usled ovakvog stanja stvari, moglo bi se zaključiti da Sud time, osim što pruža svojevrstu podršku Komisiji za međunarodno pravo,

¹⁵ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment of 26 February 2007, *ICJ Reports 2007*, para. 385.

¹⁶ Isto, para. 398.

¹⁷ Isto, para. 420.

¹⁸ Gabčíkovo – Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), Judgment of 25 September 1997, *ICJ Reports 1997*, para. 52.

¹⁹ Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion of 29 April 1999, *ICJ Reports 1999*, para. 62.

²⁰ UN General Assembly, *Responsibility of States for internationally wrongful acts: Resolution adopted by the General Assembly*, 28 January 2002, A/RES/56/83.

²¹ Bojana Čučković, *Primena pravila o odgovornosti države za ekološku štetu*, neobjavljena doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, 2012, str. 13.

zapravo stvara svest država o pravnoj obaveznosti Pravila i time ih polako, ali sigurno uvodi u svet običajnog prava.

Kreativna uloga Suda naročito je izražena u slučajevima u kojima ovaj organ samo deklarirše određeno pravilo kao deo međunarodnog običajnog prava, bez isticanja bilo kakvih argumenata ili referenci na kojima je njegovo uverenje zasnovano. Tako je, na primer, u slučaju pomorskog razgraničenja i teritorijalnih pitanja između Katara i Bahreina, Sud istakao da „u skladu sa pravilom iz člana 121. stav 2. Konvencije o pravu mora iz 1982. godine, koje predstavlja običajno pravno pravilo, ostrva, bez obzira na njihovu veličinu, uživaju isti status, pa samim tim i stvaraju ista pomorska prava, kao ostatak kopnene teritorije”.²² U teritorijalnom i pomorskom sporu između Nikaragve i Kolumbije, tvrdio je da „definicija epikontinentalnog pojasa iz člana 76. stav 1. Konvencije predstavlja deo međunarodnog običajnog prava. S obzirom da je zadatak Suda ograničen samo na ispitivanje mogućnosti razgraničenja epikontinentalnog pojasa u skladu sa zahtevom Nikaragve, Sud ne mora da odlučuje o tome da li ostale odredbe člana 76. Konvencije takođe predstavljaju deo međunarodnog običajnog prava”²³. Dakle, Sud se ograničio isključivo na puka proglašenja pravila za običajna, kao da je ta okolnost očigledna, opšteprihvaćena i nesporna, a ne upravo suprotno – okolnost koju bi u svakom slučaju trebalo dokazati ili makar proveriti. U ovom predmetu postojao je direktan sukob između Nikaragve i Kolumbije upravo po pitanju da li su stavovi 4-9. člana 76. Konvencije postali deo običajnog prava.²⁴ Stoga bi bilo višestruko korisno da se Sud upustio u rešavanje ovog pitanja i razjasnio dilemu od šireg značaja za međunarodno pravo, ali je to vešto izbegao.²⁵ Još jedna interesantna okolnost može se primetiti u ovom sporu. Naime, po pitanju razgraničenja epikontinentalnog pojasa i prava u vezi sa isključivom ekonomskom zonom, Sud je primenio tkz. „analizu u tri faze”, za koju je istakao da je „u brojnim prilikama jasno stavio do znanja da će je koristiti kada se od njega zahteva odlučivanje o pitanjima razgraničenja ...” i pozvao se na sporove između Libije i Malte i između Rumunije i Ukrajine.²⁶ Neobično je to što se ni u jednom ni u drugom citiranom slučaju ne pominju tri, već samo dve faze te analize.²⁷ Ona je suštinski ista u svim ovim presudama, tako da se uopšte ne radi o nekakvom materijalnom odstupanju od ranije prakse i nevažno je ima li ona dve ili tri faze. Važno je, pak, što je Sud spreman da „u hodu” koriguje, u ovom slučaju, proširuje pravila, bez izričitog priznavanja da to čini.

²² Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Judgment of 16 March 2001, *ICJ Reports 2001*, para. 185.

²³ Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment of 19 November 2012, *ICJ Reports 2012*, para. 118.

²⁴ Isto, para. 117.

²⁵ Isto postupanje Suda je zapaženo i u slučaju povodom primene Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, u kome je Sud ostao uzdržan po pitanju da li su drugi članovi Nacrta postali običajno pravo, jer u konkretnom slučaju nije bilo mesta njihovoj primeni, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment of 26 February 2007, *ICJ Reports 2007*, paras. 102-104. Zato Petersen ispravno ističe da Sud ponekad deluje zainteresovanije da reši spor koji je pred njega iznet, nego da doprinese razvoju međunarodnog prava, Niels Petersen, “The International Court of Justice and the Judicial Politics of Identifying Customary International Law”, *The European Journal of International Law*, Vol. 28, No. 2, 2017, p. 368.

²⁶ Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment of 19 November 2012, *ICJ Reports 2012*, para. 190.

²⁷ Case Concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta), Judgment of 3 June 1985, *ICJ Reports 1985*, para. 60; Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), Judgment of 3 February 2009, *ICJ Reports 2009*, paras. 115-116.

U presudi kojom je okončan spor između Nikaragve i SAD, Sud je objasnio da član 51. Povelje UN „ne sadrži pravilo o tome da bi samoodbrana bila opravdana samo u slučaju da su mere proporcionalne oružanom napadu i neophodne kako bi se na taj napad odgovorilo, što je pravilo dobro utvrđeno u međunarodnom običajnom pravu”.²⁸ Ponovo, bez dodatnog pojašnjenja na kome zasniva svoju tvrdnju, Sud proglašava pravilo običajnim. Kasnije se u nekoliko navrata pozvao na ovu presudu, kako bi opravdao zahtev ispunjenosti pomenutih uslova samoodbrane.²⁹ Dakle, potrebne su svega dve odluke Međunarodnog suda pravde u kojima se pravilo konzistentno proglašava za običajno, da bi se već u trećoj ono opisalo „kao pravilo čvrsto ustoličeno (u praksi Suda)”³⁰. Pozivajući se na svoju prethodnu praksu, Sud vrlo uspešno ostvaruje dvostruki cilj. Sa jedne strane, odaje utisak koherentnosti svoje jurisprudencije, dok sa druge, pod izgovorom primene pravila koje je prethodno „dobro utvrđeno u praksi”, zapravo vrši progresivni razvoj, što je u stvari samo elegantniji i prihvatljiviji naziv za stvaranje međunarodnog javnog prava.

Indikativni su i slučajevi u kojima se Sud pozivao na fundamentalni značaj određenih pravila, smatrajući da je to dovoljan pokazatelj njihove običajne prirode. U savetodavnom mišljenju povodom legalnosti pretnje upotrebom ili upotrebe nuklearnog oružja, Sud je tvrdio sledeće: „velika većina pravila međunarodnog humanitarnog prava koja se primenjuju u oružanim sukobima je fundamentalna za zaštitu ljudskih bića i osnovnih obzira čovečnosti, te su i Haške i Ženevske konvencije, koje ih sadrže, široko prihvaćene. Ova fundamentalna pravila bi kao takva morala biti prihvaćena od strane svih država, bez obzira da li su ratifikovale konvencije koje ih sadrže, jer ona predstavljaju nepovredive principe međunarodnog običajnog prava”.³¹ Ovakvo rezonovanje Suda veoma je blisko prirodi običajnih pravnih pravila. Naime, Sud je bio na tragu pravog dokazivanja običaja kada je primetio da je velika većina država prihvatila određene međunarodne ugovore i da se samo upustio u detaljniju analizu kvalitativnih i kvantitativnih uslova, verovatno bi se radilo o potpunom dokazu običajnog karaktera tih pravila. Umesto toga, Sud je veći akcenat stavio na značajnost i fundamentalnost tih pravila, što su njihovi tačni i nesporni atributi, ali ne i uslovi da bi se određeno pravilo smatralo običajnim.

Većina navedenih primera, pre svega oni u kojima Sud ne potkrepljuje svoje tvrdnje o običajnoj prirodi pojedinih normi, otvaraju mogućnost da ovaj organ, upravo putem procene postojanja i sadržine pravnih pravila, zapravo utiče na njihov nastanak. Drugim rečima, određeno pravilo, koje nije bilo deo običajnog prava će, nakon što ga Sud za takvo proglasi, a naročito ako to učini više puta, gotovo sigurno i postati običajno pravno pravilo.³² Države će

²⁸ Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 27 June 1986, ICJ Reports 1986, para. 176.

²⁹ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996, *ICJ Reports 1996*, para. 41.; Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment of 6 November 2003, *ICJ Reports 2003*, paras. 74,76.

³⁰ Isto, para. 76.

³¹ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996, *ICJ Reports 1996*, para. 79. Za slične stavove Suda, Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Second Phase, Advisory Opinion of 18 July 1950, *ICJ Reports 1950*, paras. 221, 229; South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa, Liberia v. South Africa), Second Phase, Judgment of 18 July 1966, *ICJ Reports 1966*, para. 91.

³² Prema Baksteru „sama procena Suda da su određena pravila deo običajnog prava učinila je da ta pravila stvarno i postanu običajna pravna pravila”, Richard Reeve Baxter, “Multilateral Treaties as Evidence of

biti uverene u njegovu pravnu obaveznost i shodno tome će se u praksi ponašati. U prilog ide i misao profesora Kasezea da „jednom kada Sud utvrdi da je određeno pravilo deo međunarodnog običajnog prava, malo ko bi to ozbiljno doveo u pitanje”³³. Zato pojedini autori tvrde da odluke međunarodnih sudova, kao faktori u evoluciji običajnih pravnih pravila, imaju mnogo ozbiljniju ulogu od one koja im se uobičajeno pripisuje, čak da su sudije „*par excellence* stvaraoci običaja”.³⁴ Petersenu običajno pravo deluje kao ulaznica za progresivni razvoj međunarodnog prava i sudsko stvaranje prava.³⁵ Sa druge strane, ima i stavova da, iako su pojedina pravila nesporno postala deo običajnog prava upravo zahvaljujući činjenici da su kao takva proglašena u brojnim presudama Stalnog suda međunarodne pravde ili Međunarodnog suda pravde, to ne znači da ih je Sud stvorio, već da je samo doprineo razjašnjenju njihove pravne prirode, koja je do tog momenta bila očigledno sporna.³⁶ Ovakav stav bio bi potpuno ispravan da Sud uvek pruža detaljnu analizu, argumene i objašnjenja na osnovu kojih izvodi zaključak o tome da pravilo jeste ili nije deo običajnog prava. Kako, međutim, postoje odluke u kojima takvo pojašnjenje ne prati proglašenje prava, nameće se zaključak da se Sud ponekad oslanja isključivo na svoj autoritet kada nas uverava da je određeno pravilo postalo deo međunarodnog običajnog prava.

Istina je da pozicija Suda nije zavidna prilikom ispitivanja postojanja običajnih pravila. Utvrđivanje samo subjektivnog elementa – svesti o pravnoj obaveznosti, veoma je zahtevan zadatak, jer jasni dokazi o tome da su se države ponašale u skladu sa određenim pravilom baš zato što su verovala da je ono za njih pravno obavezujuće, češće nedostaju nego što postoje. Usled ove okolnosti je *opinio juris* kritikovan, kao element običajnog pravila koji sudijama pruža široku slobodu, prostor za manevar i čak „element koji prikriva ulogu sudije u stvaranju prava”.³⁷

U svakom slučaju, potvrda o postojanju pravila međunarodnog običajnog prava u praksi Suda, pružena u sporu između dve države, nesporno ima mnogo značajniji efekat od pukog regulisanja odnosa između stranaka, odnosno dejstvuje izvan granica ocrtanih odredbom člana 59. Statuta.³⁸

Customary International Law”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 41, 1965-1966, p. 296. Isti stav i u Eyal Benvenisti, “Customary International Law as a Judicial Tool for Promoting Efficiency”, in: Eyal Benvenisti, Moshe Hirsch (eds.), *The Impact of International Law on International Cooperation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 85-87.

³³ Antonio Cassese, “The International Court of Justice: Is it High Time to Restyle the Respected Old Lady”, in: Antonio Cassese, (ed.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 239-240.

³⁴ Lazare Kopelmanas, “Custom as a Means of the Creation of International Law”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 18, 1937, p. 141.

³⁵ Niels Petersen, “The International Court of Justice and the Judicial Politics of Identifying Customary International Law”, nav. delo, p. 363.

³⁶ Bojan Milisavljević, Bojana Čučković, “Identification of Custom in International Law”, *Annals FLB – Belgrade Law Review*, No. 3, 2014, p. 41.

³⁷ Brigitte Stern, “Custom at the Heart of International Law”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 11, 2001, p. 101.

³⁸ Isto kod Paul Reuter, “Principes de droit international public”, *Recueil des Cours*, 1961, pp. 424, 558.

3. OSTAVLJA LI ČLAN 38. STATUTA PROSTOR ZA STVARANJE PRAVA U PRAKSI MEĐUNARODNOG SUDA PRAVDE?

Pored navedenih glavnih izvora međunarodnog prava, u odredbi člana 38. Statuta Suda postoji i glavni supsidijerni izvor – opšta pravna načela priznata od strane prosvćenih naroda. Ova rogoatna formulacija se zapravo odnosi na pravila unutrašnjeg prava koja bi Sud u svojoj praksi invocirao, u cilju popunjavanja pravnih praznina, u vremenu kada je međunarodno pravo njima obilovalo. Naime, u slučaju da naiđe na pravnu prazninu, Sud bi primenom komparativnog metoda, ispitivao norme unutrašnjeg prava i apstrahovao ona pravila koja su zajednička većini tih unutrašnjih pravnih poredaka, ili makar državama u sporu. Potom bi ta pravila kvalifikovao kao opšta pravna načela priznata od strane prosvćenih naroda i primenio ih u konkretnom slučaju. Radi se, dakle, o izvorno nacionalnim pravilima koja tek primenom od strane Međunarodnog suda pravde postaju pravila međunarodnog prava. Profesor Kreća ovo smatra „kvazilegislativnom funkcijom Suda, jer su pravila unutrašnjeg prava, u konkretnoj stvari, normativna građa iz koje (Sud, A.Z.) izvodi načelo za konkretan slučaj”.³⁹ I nema mnogo sumnje u istinitost ove tvrdnje, s obzirom da u slučaju pravnih praznina, pogotovo u nerazvijenom pravnom sistemu kakvo je međunarodno pravo do skoro bilo, tumač, odnosno sudija, sam stvara normu na osnovu koje rešava dati slučaj, čime preuzima ulogu zakonodavca.⁴⁰ Čini se naročito važnim i da se većina ovih pravila, stvorenih u praksi Suda, nije zadržala među listovima presuda u kojima su primenjena, već su ubrzo svoje mesto pronašla i u glavnim izvorima međunarodnog javnog prava. Tako je, na primer, pravilo „da se na zablude ne može pozivati ona strana koja je svojim delovanjem doprinela njenom nastupanju” iz presude u slučaju hrama *Preah Vihear*⁴¹, uvršteno u odredbu člana 48. stav 2. Bečke konvencije o ugovornom pravu iz 1969. godine.⁴²

Savremeno međunarodno pravo možemo okarakterisati kao relativno zaokružen sistem u kome pravne praznine više ne predstavljaju prepreku rešavanju sporova. Ili su popunjene brojnim kodifikacijama ili se mogu premostiti primenom analogije i ekstenzivnog tumačenja postojećih pravila. Ipak, iz svega navedenog proizlaze dve okolnosti. Međunarodni sud pravde je u svojoj praksi stvarao pravna pravila, koja ne samo da su služila regulisanju konkretnih sporova, već su postala opšte norme međunarodnog javnog prava. Sud je to činio na osnovu člana 38. stav 1. tačka c), koji očigledno dopušta mogućnost aktivnije, kvazilegislativne uloge Suda.

Potencijalno dodatni argument je i stav 2. člana 38. Statuta, prema kome je Sud ovlašćen da odlučuje *ex aequo et bono*, prema načelu pravičnosti, ako stranke u sporu na to pristanu. Jasno značenje ovog izraza i dalje je nerasvetljeno, jer Sud do danas nije bio u prilici da rešava spor prema ovom načelu. Međutim, u nekoliko prilika se o njemu izjasnio

³⁹ Milenko Kreća, *Međunarodno javno pravo*, nav. delo, str. 96-97.

⁴⁰ Živojin Perić, „O običajnom pravu u našoj državi”, *Branič*, broj 1, 1932, str. 5-6.

⁴¹ Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Judgment of 15 June 1962, *ICJ Reports* 1962, 26.

⁴² United Nations, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 May 1969, UN Treaty Series, Vol. 1155, p. 331.

kao o pravdi koja postoji izvan primenjivih pravnih pravila⁴³, odnosno pribegavanju pravdi *contra legem*⁴⁴. Sud razlikuje pravičnost *contra legem*, koja podrazumeva slobodu sudije da donosi presude po subjektivnom osećaju pravičnosti i pravičnost *praeter legem*, koja se odnosi na popunjavanje pravnih praznina analogijom ili ekstenzivnim tumačenjem, od pravičnosti *infra legem*, odnosno individualizacije pravnih pravila na relevantne okolnosti konkretnog slučaja.⁴⁵ Dok su potonja dva oblika integralni deo tumačenja i primene prava, pravičnost *contra legem* može se poistovetiti sa *ex aequo et bono*.⁴⁶ Prema jednom doktrinarnom tumačenju, pristanak stranaka na *ex aequo et bono* ne bi sprečavao Sud da primenjuje međunarodno pravo, već bi ga samo ovlastio da ne primeni one međunarodnopravne norme koje smatra nepravičnim u konkretnom slučaju.⁴⁷ Takođe je interesantno stanovište da se Sud kasnije ne bi mogao pozivati na svoje *ex aequo et bono* presude, jer one nisu zasnovane na međunarodnom pravu i ne čine deo jurisprudencije Suda.⁴⁸ Ove teze ostaće neproverljive sve dok praksa ne pokaže stvarno stanje stvari. Zbog toga, ostaje otvorena i mogućnost da član 38. i u stavu 2. ovlašćuje Sud da u konkretnom slučaju, uz pristanak stranaka i u saglasnosti sa imperativnim, kogentnim normama međunarodnog prava, stvara nova pravna pravila.

4. NEKOLIKO PRIMERA PRAVILA MEĐUNARODNOG PRAVA STVORENIH U PRAKSI MEĐUNARODNOG SUDA PRAVDE

Presude i savetodavna mišljenja Međunarodnog suda pravde, kao i njegovog prethodnika, predstavljaju nezaobilazan faktor u evoluciji međunarodnog javnog prava. Stalni sud međunarodne pravde postavio je temelje pojedinim oblastima međunarodnog prava, kao što je odgovornost država⁴⁹, sa poznatim nalazom iz slučaja fabrike Horzov da je „princip međunarodnog prava i, čak opšta pravna koncepcija, da kršenje bilo kakve obaveze podrazumeva obavezu naknade štete”⁵⁰ ili institutu diplomatske zaštite sa *Mavromatis* formulom o ovlašćenju države da se supstituiše na mesto svog državljanina kome je aktom druge države, protivnim međunarodnom pravu, pričinjena šteta⁵¹. Otvoreno je pitanje da li bi međunarodne organizacije, pre svega Ujedinjene nacije, uživale subjektivitet na međunarodnom planu kakav danas imaju, da im Sud nije pružio inicijalnu podršku u

⁴³ North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark, Federal Republic of Germany v. Netherlands), Judgment of 20 February 1969, *ICJ Reports 1969*, para. 88.

⁴⁴ Case Concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso v. Republic of Mali), Judgment of 22 December 1986, *ICJ Reports 1986*, paras. 27-28.

⁴⁵ Milenko Kreća, *Međunarodno javno pravo*, nav. delo, str. 101.

⁴⁶ Isto.

⁴⁷ Markus Kotzur, “Ex Aequo et Bono”, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009, par. 11-14.

⁴⁸ Shai Dothan, “Ex Aequo Et Bono: The Uses of the Road Never Taken”, in: Achilles Skordas (ed.), *Research Handbook on the International Court of Justice*, Elgar Publishing, 2019, p. 7.

⁴⁹ Prema profesoru Peleu, čitava oblast odgovornosti država je suštinski stvorena od strane Suda, Alain Pellet, “Some Remarks on the Recent Case Law of the International Court of Justice on Responsibility Issues”, in: Peter Kovacs (ed.), *International Law – A Quiet Strength (Miscellanea in memoriam Geza Herczegh)*, Pazmany Press, Budapest, 2011, p. 112.

⁵⁰ Factory at Chorzow, Judgment of 26 July 1927, *PCIJ Series A. – No. 9*, p. 21.

⁵¹ The Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment of 30 August 1924, *PCIJ Series A - No 2*, p. 12.

savetodavnom mišljenju koje se ticalo naknade štete pretrpljene u službi Ujedinjenih nacija.⁵² Teorija kompatibiliteta rezervi sa predmetom i ciljem ugovora, koju je Sud uspostavio u savetodavnom mišljenju o dopuštenosti rezervi na Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida našla je svoje mesto među odredbama Bečke konvencije o ugovornom pravu iz 1969. godine.⁵³ Komisija za međunarodno pravo unela je u nacrt Konvencije o spoljnom morskom pojasu i teritorijalnom moru pravilo o širini teritorijalnog mora od maksimalno 12 nautičkih milja, koje je Sud utvrdio u sporu oko ribolova između Engleske i Norveške.⁵⁴ U svakom slučaju, teško je pronaći bilo koju oblast međunarodnog prava u kojoj stavovi Suda nisu imali odlučujuću, ili makar važnu ulogu.⁵⁵ Mada u ovom radu nije moguće, a nije ni potrebno, nabrojati sve odluke koje su presudno usmerile razvoj međunarodnog prava, nekoliko primera je dovoljno da pokaže na koji način je Sud stvarao nova pravna pravila.

Verovatno je najpoznatiji argument u prilog ovoj tezi, stvaranje koncepta *erga omnes* normi u predmetu *Barcelona Traction*. Prilikom procene da li je Belgija imala pravo da se generalno supstituiše na mesto belgijskih članova kanadskog privrednog društva, Sud je istakao da se mora povući „suštinska razlika između obaveza države prema celoj međunarodnoj zajednici i obaveza države *vis-à-vis* druge države u materiji diplomatske zaštite. Shodno njihovoj prirodi, prva grupa obaveza tiče se svih država. U svetlu značaja korelativnih prava, sve države se mogu smatrati pravno zainteresovanim za njihovu zaštitu. To su obaveze *erga omnes*.”⁵⁶ Potom je Sud nastavio sa njihovim preciziranjem: „takve obaveze proizlaze iz, na primer, zabrane zločina agresije, genocida, kao i iz principa i pravila koja se odnose na osnovna prava ljudskih bića, uključujući zaštitu od ropstva i rasne diskriminacije. Pojedina korelativna prava postala su deo opšteg međunarodnog prava.”⁵⁷ Sud se nije pozvao ni na kakvu prethodnu praksu, niti je pokušao da objasni odakle potiče ovaj koncept, na čemu se zasniva, na osnovu čega ga je determinisao ili zašto je konkretne principe i pravila pod njega podveo. Zato mnogi autori upućuju upravo na ovu presudu kao na očigledan primer stvaranja prava od strane Suda.⁵⁸ Objašnjenje bi moglo biti da se radi o *obiter dictum*, uzgrednoj napomeni bez obavezujućeg pravnog dejstva. Međutim, ta napomena nije bila potpuno iščašena iz okolnosti konkretnog slučaja, jer je Sud već u narednom stavu presude istakao da se Belgija ne može pozivati na povredu *erga omnes* obaveza u ovom sporu.⁵⁹ Što se tiče drugog dela citiranog stava, Sud se verovatno oslonio na neupitan moralni značaj pomenutih pravila, zbog čega nije smatrao potrebnim da dokazuje

⁵² Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion of 11 April 1949, *ICJ Reports 1949*, p. 179.

⁵³ Reservation to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion of 28 May 1951, *ICJ Reports 1951*, p. 24.

⁵⁴ Fisheries Case (United Kingdom v. Norway), Judgment of 18 December 1951, *ICJ Reports 1951*, p. 132.

⁵⁵ Christian J Tams, “The ICJ as a ‘Law-Formative Agency’ Summary and Synthesis”, in: Christian J Tams, James Sloan (eds.) *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 379.

⁵⁶ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, Judgment of 5 February 1970, Separate Opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice, *ICJ Reports 1970*, para. 33.

⁵⁷ Isto, para. 34.

⁵⁸ Niels Petersen, “Lawmaking by the International Court of Justice – Factors of Success”, *German Law Journal*, Vol. 12, No. 5, 2011, p. 1305.

⁵⁹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, para. 35.

njihov običajnopравни karakter.⁶⁰ Takav rezon Suda već je primenjivan u praksi, kada je oslanjanjem na fundamentalni značaj određenih pravila, izbegavao da opravda njihovo svrstavanje u običajno pravo. Međutim u ovom slučaju, Sud mudro i uzdržano govori da su samo „pojedina prava” postala opšte međunarodno pravo, *i.e.* međunarodno običajno pravo, neupuštajući se u preciziranje i konkretizaciju prava na koja se citirani stav odnosi. Sud je dakle začeo novi koncept i prepustio mu da se dalje samostalno razvija. Presuda *Barcelona Traction* značajna je i zbog toga što prvi put razjašnjava mogućnost države da se supstituiše na mesto privrednog društva, čime se institut diplomatske zaštite proširuje sa fizičkih i na pravna lica.⁶¹

Usputni komentar Suda o *erga omnes* obavezama snažno je uticao na međunarodno javno pravo.⁶² Rasplamsao je doktrinarnu debatu i inspirisao maštu teoretičara, da bi mu se tek posle dve decenije, nakon što je skoro univerzalno prihvaćen⁶³, Sud ponovo vratio, bez bojazni da će naići na značajnije kritike. U predmetu povodom Istočnog Timora, kvalifikovao je poštovanje prava naroda na samoopredeljenje kao obavezu *erga omnes*.⁶⁴ Zapravo je Sud u ovom slučaju prihvatio argument Portugala da „pravo na samoopredeljenje, onakvo kakvo se razvilo iz Povelje i prakse UN, ima *erga omnes* dejstvo” i objasnio da je „princip samoopredeljenja naroda prepoznat u Povelji UN, kao i u jurisprudenciji Suda, te je jedan od osnovnih principa međunarodnog običajnog prava”.⁶⁵ Ponovo, Sud se poziva na raniju praksu, konkretno savetodavno mišljenje o pravnim posledicama za države kontinuiranog prisustva Južne Afrike u Namibiji (Jugozapadnoj Africi) bez obzira na Rezoluciju Saveta bezbednosti 276 (1970)⁶⁶ i savetodavno mišljenje u slučaju Zapadne Sahare⁶⁷. Međutim, iako se i jedno i drugo savetodavno mišljenje bave principom samoopredeljenja, ona pre svega tumače sadržinu ovog principa u različitim pisanim dokumentima, a ne njegov običajni karakter. Ipak, Sudu je to bilo dovoljno da ih proglasi delom običajnog prava.

U savetodavnom mišljenju o pravnim posledicama izgradnje zida na okupiranoj palestinskoj teritoriji, Sud je ponovo invocirao koncept *erga omnes* obaveza, kada je okarakterisao izgradnju zida kao povredu *erga omnes* obaveze poštovanja prava palestinskog naroda na samoopredeljenje.⁶⁸ Dodatno, „iz ovakve prirode i značaja pomenute obaveze”⁶⁹, Sud je izveo zaključak o drugim obavezama država, kao na primer da se uzdrže od priznavanja ilegalnih situacija koje proizlaze iz izgradnje zida ili da ne pružaju pomoć ili

⁶⁰ Niels Petersen, “The International Court of Justice and the Judicial Politics of Identifying Customary International Law”, nav. delo, p. 381.

⁶¹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, para. 78.

⁶² Pieter Kooijmans, “The ICJ in the 21st Century: Judicial Restraint, Judicial Activism, or Proactive Judicial Policy”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 56, No. 4, 2007, p. 751.

⁶³ Niels Petersen, “The International Court of Justice and the Judicial Politics of Identifying Customary International Law”, nav. delo, p. 382. Isto u Niels Petersen, “Lawmaking by the International Court of Justice – Factors of Success”, nav. delo, p. 1316.

⁶⁴ *Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment of 30 June 1995, *ICJ Reports 1995*, para. 29.

⁶⁵ Isto.

⁶⁶ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion of 21 June 1971, *ICJ Reports 1971*, paras. 52-53.

⁶⁷ *Western Sahara*, Advisory Opinion of 16 October 1975, *ICJ Reports 1975*, paras. 54-59.

⁶⁸ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004, *ICJ Reports 2004*, paras. 155-156.

⁶⁹ Isto, para. 159.

podršku održavanju takvih situacija.⁷⁰ Posebno je interesantno da su ove konkretne posledice navedene u članu 41. Nacrta pravila o odgovornosti država Komisije za međunarodno pravo, ali u vezi sa ozbiljnim povredama kogentnih normi međunarodnog prava. Međutim, niti je Sud kvalifikovao povrede kao ozbiljne, niti je tvrdio da se radi o kogentnim normama međunarodnog prava. Zato bi se ovakva pozicija Suda mogla tumačiti kao proširenje dejstva navedenih posledica, što bi bio još jedan indikator stvaranja, odnosno proširenja dejstva pravnih pravila. Ima i autora koji smatraju da se Sud ophodi prema kogentnim i *erga omnes* normama kao prema sinonimnim kategorijama, tačnije da u svojoj praksi nije napravio jasnu razliku između ova dva koncepta.⁷¹ Možda se i stiče takav utisak u posmatranju prakse Suda, ali u realnosti tvrdnja o istovetnosti ova dva koncepta ne nalazi osnov. Kogentne norme ne mogu biti isto što *erga omnes* norme, ako ni zbog čega drugog, jer *erga omnes* norme ne postavljaju uslov nederogativnosti. Primera radi, *erga omnes* obavezom smatra se obaveza obalnih država da omoguće ostvarivanje prava neškodljivog prolaza kroz njihovo teritorijalno more⁷², što izvesno nije i kogentna norma međunarodnog prava. Države mogu privremeno obustaviti vršenje ovog prava stranim brodovima, ako je to neophodno radi zaštite bezbednosti obalne države.⁷³ Dejstvo *erga omnes* Sud je pripisao i obavezama koje je Francuska preuzela jednostranim aktom u slučaju nuklearnih proba, a ponovo se ni tu nije radilo o kogentnim normama međunarodnog prava.⁷⁴ Ovo naravno ne znači, da kogentne norme ne deluju *erga omnes*, jer po svojoj prirodi obavezuju sve države i deluju prema svima. Dakle, preklapanje među ovim konceptima nesporno postoji, ali precizno razgraničenje Sud još uvek nije utvrdio. U svakom slučaju, Međunarodni sud pravde se nalazio na klizavom terenu progresivnog razvoja međunarodnog prava, ali ovoga puta nije bio dovoljno ubedljiv u određivanju jasnog pravca u kome bi međunarodno pravo trebalo dalje da se razvija.

5. MEĐUNARODNI SUD PRAVDE U ULOZI STVARAOCA KOSENTNIH NORMI MEĐUNARODNOG JAVNOG PRAVA

U praksi Suda se kogentne norme prvi put izričito pominju u izdvojenom mišljenju sudije Šukinga u slučaju *Oscar Chinn* pred Stalnim sudom međunarodne pravde, u stavu koji govori da je „moguće stvaranje kogentnih normi, čije bi dejstvo bilo, jednom kada se države saglase oko određenih pravnih pravila koja ne mogu biti izmenjena drugim pravilima, osim onim iste pravne snage, da su svi suprotni akti automatski ništavi”.⁷⁵ Nakon što su zvanično postale deo pozitivnog međunarodnog prava, usvajanjem Bečke konvencije o ugovornom pravu iz 1969. godine, koja ih definiše kao norme opšteg međunarodnog prava koje je prihvatila i priznala cela međunarodna zajednica kao norme od kojih nikakvo odstupanje nije

⁷⁰ Isto.

⁷¹ „Koncept *erga omnes* obaveza nije naišao na uniformnu primenu u praksi Suda ... čak nije ni jasno odvojen od koncepta kogentnih normi”, B. Simma, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, Recueil des cours, Vol. 250, 1994, pp. 221, 299.

⁷² Milenko Kreća, *Međunarodno javno pravo*, nav. delo, str. 352.

⁷³ Isto, str. 353.

⁷⁴ Nuclear Tests Case (Australia v. France), Judgment of 20 December 1974, *ICJ Reports 1974*, para. 50.

⁷⁵ The Chin Oscar Case, Judgment of 12 December 1934, Separate opinion of Judge Schücking, *PCIJ Series A/B No. 63*, p. 148.

dopušteno i koje se mogu izmeniti samo novom normom opšteg međunarodnog prava istog karaktera⁷⁶, pitanje svih pitanja postalo je koje su konkretne norme stekle status kogentnih normi međunarodnog prava. Još jednom, praksa Suda je i u ovom kontekstu od suštinskog značaja.

Primera radi, u sporu između Nikaragve i SAD, Sud je prilikom dokazivanja običajnog karaktera zabrane agresije istakao da se „države često pozivaju kako na običajni karakter ovog pravila, tako i na njegovu fundamentalnost. Komisija za međunarodno pravo je u okviru rada na kodifikaciji ugovornog prava, iskazala stanovište da je zabrana upotrebe sile iz Povelje UN primer pravila međunarodnog prava koje je kogentnog karaktera”⁷⁷. Pozivanjem na stavove država i Komisije za međunarodno pravo, Sud je ostavio utisak ambivalentnosti, zbog koga nije do kraja jasno da li Sud samo konstatuje da ima i stavova da je zabrana agresije kogentna norma ili i sam prihvata takvu kvalifikaciju.⁷⁸ Pojedine sudije, pak, nisu imale nikakvu dilemu o postojanju opšte saglasnosti da član 2. tačka 4) Povelje UN predstavlja jezgro kogentnih normi međunarodnog prava.⁷⁹

Nasuprot ovom uzdržanom pristupu, Sud je nedvosmisleno istakao „da je zabrana mučenja deo međunarodnog običajnog prava i da je postala kogentna norma”⁸⁰ u predmetu između Belgije i Senegala. Stoga, kod ove zabrane nije bilo prostora za sumnju u uverenje Suda da se radi o kogentnoj normi međunarodnog prava.

Isto važi i za zabranu genocida, o čijem kogentnom karakteru se Sud prvi put izjasnio u savetodavnom mišljenju o dopuštenosti rezervi na Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida. Mada nije eksplicitno koristio termine peremptorna ili kogentna norma, iz načina na koji je opisao zločin genocida i prirodu Konvencije, proizlazi da ju je tretirao kao kogentnu normu.⁸¹ To potvrđuje i okolnost da se pola veka kasnije, u sporu između Konga i Ruande, pozvao upravo na ovo savetodavno mišljenje i jasno pokazao da zabranu genocida smatra kogentnom normom međunarodnog prava⁸², što je nakon toga u nekoliko navrata ponovio⁸³.

Kao i kada je reč o običajnim pravilima, ove presude predstavljaju ultimativni dokaz da su pomenute norme stekle kogentni karakter. Od trenutka kada ih je Međunarodni sud pravde takvim proglasio, njihov status više nije predmet bilo koje ozbiljnije debate. Verovatno je isto mislio i specijalni izvestilac Komisije za međunarodno pravo, koji je u poslednjem, četvrtom izveštaju o peremptornim normama opšteg međunarodnog prava (*jus*

⁷⁶ Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, *supra* note 41.

⁷⁷ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States), para. 190.

⁷⁸ Za Grina nije sporno da je u ovom predmetu Sud proglasio zabranu agresije kogentnom normom, James A. Green, “Questioning the peremptory Status of the Prohibition of the Use of Force”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 32, 2011, p. 223.

⁷⁹ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States), Dissenting opinion of Judge Schwebel, p. 615.

⁸⁰ Questions relating to the Obligation to Prosecute and Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment of 20 July 2012, *ICJ Reports 2012*, para. 99.

⁸¹ Reservation to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 15, p. 23.

⁸² Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment of 3 February 2006, *ICJ Reports 2006*, para. 64.

⁸³ Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment of 26 February 2007, *ICJ Reports 2007*, para. 162; Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment of 3 February 2015, *ICJ Reports 2015*, para. 88.

cogens), odlučio da pruži ilustrativnu listu pravila koja su kogentnog karaktera.⁸⁴ Na prvi pogled izveštaj specijalnog izvestioca, pre svega u delu ilustrativne liste, predstavlja proizvod detaljne analize prakse Suda, drugih međunarodnih tribunala i kvazisudskih tela, nacionalnih sudova i prakse država. Međutim, oštrom oku posmatrača ne može promaći sledeća karakteristika ove ilustrativne liste. Kogentni karakter svih pravila međunarodnog prava koja su u nju svrstana imao je posrednu ili neposrednu potvrdu od strane Međunarodnog suda pravde.

Pored zabrane agresije, mučenja i genocida, koje je Sud izričito proglasio kogentnim normama međunarodnog prava, na listi su se našli i zabrana zločina protiv čovečnosti, aparthejda i rasne diskriminacije, ropstva, pravo na samoopredeljenje i osnovna pravila međunarodnog humanitarnog prava. Njihovo svrstavanje u listu opravdano je, na prvom mestu, činjenicom da se iz postojeće prakse Suda posredno može determinisati njegov stav o kogentnoj prirodi ovih pravila.

Prema specijalnom izvestiocu, proglašenje zabrane mučenja kogentnom normom međunarodnog prava od strane Suda, *a fortiori* podrazumeva i da zabrana zločina protiv čovečnosti, koja se suštinski odnosi na iste akte, preduzete kao deo šireg ili sistematskog napada, predstavlja kogentnu normu međunarodnog prava.⁸⁵ Iz ovakvog zaključka, specijalni izvestilac dedukovao je i da zabrana aparthejda i rasne diskriminacije mora biti kogentna norma, jer i ovi akti mogu biti deo zločina protiv čovečnosti.⁸⁶ Taj stav je dodatno potkrepio činjenicom da je Međunarodni sud pravde zabranu rasne diskriminacije proglasio *erga omnes* obavezom u slučaju *Barcelona Traction*.⁸⁷ Mada je diskutabilno može li *erga omnes* dejstvo neke obaveze biti indikacija njenog kogentnog statusa, ideja specijalnog izvestioca verovatno je bila da ukaže na značaj koju zabrana rasne diskriminacije ima, odnosno na značaj koji joj je i sam Sud priznao. Identični argument korišćen je i u pogledu zabrane ropstva. Nakon priznanja da Sud nije imao priliku da se izjašnjava o kogentnoj prirodi ove zabrane, specijalni izvestilac ističe da joj je indirektno priznao takav status kada ju je uvrstio među *erga omnes* obaveze.⁸⁸ Još jednom, ovo objašnjenje upotrebljeno je i u kontekstu prava na samoopredeljenje. Kao što je izloženo u prvom delu ovog rada, Sud jeste u više slučajeva, konzistentno, proglašavao poštovanje prava na samoopredeljenje za *erga omnes* obavezu, a specijalni izvestilac je to iskoristio kao potvrdu stava Suda da se i ovde radi o kogentnoj normi međunarodnog prava.⁸⁹ Međutim, kod ovog pravila pojavio se još jedan, jači argument. Naime, ukazano je na savetodavno mišljenje o pravnim posledicama izgradnje zida na okupiranoj palestinskoj teritoriji, u kome je Sud poistovetio posledice ozbiljne povrede kogentnih normi iz člana 41. Nacrta pravila o odgovornosti država sa posledicama povrede *erga omnes* obaveze.⁹⁰ Možda je ovo pravi pokazatelj uticaja koji praksa Suda ostavlja na razvoj međunarodnog prava. Dakle, jedan nedovoljno jasan postupak Suda preduzet u savetodavnom mišljenju, koje čak ni ne poseduje obavezujuću pravnu snagu, petnaest godina

⁸⁴ United Nations, International Law Commission, *Fourth report on peremptory norms of general international law (jus cogens)* by Dire Tladi, *Special Rapporteur*, 31 January 2019, A/CN.4/727.

⁸⁵ Isto, para. 84.

⁸⁶ Isto, para. 92.

⁸⁷ Isto.

⁸⁸ Isto, para. 102.

⁸⁹ Isto, para. 109.

⁹⁰ Isto.

kasnije invocira se u postupku kodifikacije (ili progresivnog razvoja) najvažnijih pravila međunarodnog prava. Naposljetku, osnovna pravila međunarodnog humanitarnog prava našla su se na listi, između ostalog, zato što ih je Sud u savetodavnom mišljenju o legalnosti pretnje upotrebom ili upotrebe nuklearnog oružja, opisao kao „nepovredive” principe međunarodnog običajnog prava, a prema tumačenju specijalnog izvestioca termin „nepovredive” ne može značiti ništa drugo do kogentne norme međunarodnog prava.⁹¹

I tako su neka druga pravila međunarodnog prava, poput zabrane arbitrnog lišenja života, prinudnih nestanaka ili drugih oblika diskriminacije, ostala uskraćena za mesto na ilustrativnoj listi specijalnog izvestioca. Potpuno je nejasno zašto se istim metodom tumačenja koje je korišćeno kada je iz statusa zabrane mučenja izveden zaključak o istovetnom statusu zabrane zločina protiv čovečnosti, nije moglo zaključiti da je zabrana arbitrnog lišenja života istovetnog statusa kao zabrana genocida, s obzirom da je prva konzumirana drugom. Ako je ovo tumačenje suviše ekstenzivno, kako je moguće tvrditi da je zabrana samo rasne diskriminacije kogentna norma, ali zabrana diskriminacije po nekom drugom osnovu, poput verske, rodne, nacionalne ili bilo koje druge, ne uživa takav status. Jesu li se države ikada izjasnile da rasnu diskriminaciju smatraju važnijom ili da je njen status drugačiji od opšte zabrane diskriminacije? Zapravo je suštinska prepreka kvalifikaciji ovih pravila kao kogentnih normi međunarodnog prava činjenica da im Međunarodni sud pravde nije pružio bilo kakvu podršku na putu ka sticanju ovog statusa. Drugim rečima, iz čitavog izveštaja specijalnog izvestioca nameće se zaključak da u pozitivnom međunarodnom pravu postoji jedan prikriveni, dodatni uslov za nastanak kogentnih normi, a to je kvalifikacija norme kao takve od strane Suda. Dakle, ispunjenje uslova iz člana 53. Bečke konvencije o ugovornom pravu nije dovoljno da bi norma postala kogentna. Neophodno je da to sve proceni i potvrdi Međunarodni sud pravde i tek tada svi članovi međunarodne zajednice mogu biti sigurni da je norma stvarno postala kogentna norma međunarodnog prava.

6. POSTOJI LI REŠENJE DILEME?

Međunarodni sud pravde stvara međunarodno javno pravo. Ova teza je u različitim formama i pažljivijim izborom reči, bezbroj puta uvrštena u radove najvećih imena međunarodnog javnog prava. Sudija Lauterpaht isticao je obavezu svakog tribunala, kakav je i Međunarodni sud pravde, da osim što odlučuje o konkretnom slučaju ili pitanju koje je pred njega izneto, razjasni pravo i svako sa predmetom povezano pravno pitanje⁹² i čitavo jedno delo posvetio je „sudskom zakonodavstvu”⁹³. Međunarodni sud pravde opisivan je kao „čuvar međunarodnog poretka čitave međunarodne zajednice, kako unutar tako i izvan sistema Ujedinjenih nacija”.⁹⁴ Jednom od njegovih glavnih uloga smatra se razvoj pravila

⁹¹ Isto, para. 117.

⁹² Sir Gerald Gray Fitzmaurice, „Hersch Lauterpacht – The Scholar as Judge”, *British Yearbook of International Law*, nav. delo, str. 18

⁹³ Sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice*, Longmans Green and Co., 1934.

⁹⁴ *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention, Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, Order of 14 April 1992, Separate Opinion of Judge Lachs, *ICJ Reports 1992*, p. 26.

međunarodnog prava.⁹⁵ Termin razvoj mogao bi se zameniti i terminom kodifikacija ili progresivni razvoj, a svi oni u svojoj suštini znače isto – stvaranje pravila međunarodnog prava.⁹⁶ Taj proces stvaranja pravila najčešće je prikriven, jer Sud nikako ne priznaje vršenje ove uloge, dugotrajan, jer često prođe i po nekoliko decenija dok se pravilo ne formira i ne postane deo glavnih izvora međunarodnog prava, i ni malo ne liči na proces stvaranja prava u unutrašnjim sistemima država. Sudija Ficmoris je to objasnio na sledeći način: „S obzirom na nepostojanje specifičnog legislativnog procesa na međunarodnopravnom polju, sudske izjave zapravo predstavljaju glavni metod putem koga se pravo razjašnjava i razvija”.⁹⁷ I uopšteno govoreći, jednom kada se uspostavi sudska funkcija u bilo kom pravnom sistemu, ona funkcioniše, čak i unutar uskih granica svoje nadležnosti, kao (kreativni) izvor prava⁹⁸, pa je tako i u slučaju Međunarodnog suda pravde.

Mnogi autori su smatrali da je glavno oružje Suda sposobnost da ubedljivom argumentacijom i obrazloženjem uveri države u ispravnost svojih stavova.⁹⁹ Time bi obezbedio poštovanje svojih odluka, što je u međunarodnom pravu kao specifičnom pravnom poretku bez centralizovanog mehanizma sankcije, veoma značajno, zatim održao sopstveni autoritet i na kraju, uticao na stvaranje i razvoj pravila međunarodnog prava. Iako je ovakvo razmišljanje u potpunosti razumno i reklo bi se, uverljivo, primeri navedeni u ovom radu paradoksalno pokazuju sasvim suprotno. Puno puta je Međunarodni sud pravde uskratio svetu bilo kakvo obrazloženje, nekmoli ubedljivo, a ipak je uspeo da stvori potpuno nova pravila međunarodnog prava, poput koncepta *erga omnes* obaveza, i to isključivo zahvaljujući svom autoritetu. Interesantno je, pak, istaći da je taj njegov autoritet deontičkog karaktera samo kada je reč o presudama kojima rešava sporove između država, jer su one obavezujuće za strane u sporu i u odnosu na konkretan predmet spora, shodno odredbi člana 59. Statuta. Jedino u tim situacijama Međunarodni sud pravde se može ilustrativno obeležiti terminom *vladalac*, jer u svojstvu praktičkog autoriteta izdaje zapovesti i direktive koje bi adresati trebalo da prihvate kao isključujuće razloge svog budućeg delanja. U svim ostalim slučajevima, a pre svega u pogledu ovlašćenja za davanje savetodavnih mišljenja, koja po svom karakteru nemaju pravno obavezujuću snagu, ovaj organ nije zamišljen kao išta više od *mislioca*, skupa petnaest priznatih pravnih stručnjaka, koji pruža sopstveno tumačenje spornog pravnog pitanja. Svako poštovanje savetodavnih mišljenja, ali i poštovanje presuda od strane onih država koje nisu učestvovala u konkretnom sporu, Sud duguje isključivo svom epistemičkom autoritetu. Pa ipak, ako se uzme u obzir da Sud kroz te presude, ali i savetodavna mišljenja stvara međunarodno pravo, može se zaključiti da ovaj organ svojim delovanjem mnogo češće proizvodi efekte kao da je *vladalac*.

⁹⁵ Charles De Visscher, *Theory and Reality in Public International Law*, Princeton University Press, Princeton, 1968, p. 390.

⁹⁶ Arthur Watts, *The International Law Commission 1949-1998*, Vol. I, Oxford University Press, 1999, p. 9; Alain Pellet, “Shaping the Future of International Law: The Role of the World Court in Law-Making”, in: Mahnouch H. Arsanjani, Jacob Cogan, Robert Sloane, Siegfried Weissner (eds.), *Looking to the Future – Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Martinus Nijhoff Publishers, p. 1082.

⁹⁷ Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), para. 2.

⁹⁸ Sir Humphrey Waldock, “General Course on Public International Law”, *Recueil des Cours*, Vol. 106, 1962, p. 94.

⁹⁹ Niels Petersen, “Lawmaking by the International Court of Justice – Factors of Success”, nav. delo, p. 1316.

Njegov ugled i autoritet nisu ugrozili ni propusti koje je u svojoj jurisprudenciji pravio, poput pravila o nadležnosti za incidente na otvorenom moru iz slučaja *Lotus*¹⁰⁰ ili uzdržanosti po pitanju postojanja pravila po kome visoki državni zvaničnici ne uživaju imunitet od krivičnog gonjenja kada postoji sumnja da su izvršili ratne zločine ili zločin protiv čovečnosti¹⁰¹. Verovatno zahvaljujući činjenici da je sastavljen od najkompetentnijih stručnjaka međunarodnog javnog prava, mora se priznati da su ti promašaji u praksi Suda bili na nivou incidenta.

Davne 1920. godine kada je ideja o svetskom sudu napokon realizovana, nije bilo zamislivo da apsolutno suverene države, iznad kojih nije smela postojati bilo kakva nadređena vlast, priznaju novom i neproverenom telu ovlašćenje da stvara pravo, koje bi ih obavezivalo. Danas su okolnosti drugačije. Međunarodni sud pravde predstavlja instituciju od neupitnog autoriteta i kada bi mu se, primera radi, revizijom Statuta, ovlašćenja proširila i na stvaranje prava, malo ko bi time bio iznenađen. Mudrost takvog postupka ipak je diskutabilna, s obzirom da države teško prihvataju i fakultativnu klauzulu o obaveznoj nadležnosti Suda iz člana 36. stav 2. Statuta, a kamoli ratifikaciju tako invazivnih amandmana. Zbog toga bi jedini realni predlog bio priznavanje konstitutivne uloge Suda u stvaranju kogentnih normi međunarodnog prava. Samo na taj način bi ovom organu bila priznata uloga koja mu je faktički već potpuno i prepuštena – *vladaoca*, ako ne međunarodnim pravom, onda makar (ili za sada) imperativnim, kogentnim normama međunarodnog prava.

¹⁰⁰ The Case of the S.S. “*Lotus*” (France v. Turkey), Judgment of 7 September 1927, *PCIJ Ser. A, No. 10*, pp. 18-19.

¹⁰¹ Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium), Judgment of 14 February 2002, *ICJ Reports 2002*, para. 58.