

**SRPSKO UDRUŽENJE ZA MEĐUNARODNO PRAVO**

**Serbian International Law Association**



**SRPSKI GODIŠNJAK  
ZA MEĐUNARODNO PRAVO**  
**The Serbian Yearbook of International Law (SYIL)**

(Četvrto izdanje/Fourth annual edition)

Duško Dimitrijević (ur.)

Beograd, 2024.

**Izdavač**

Srpsko udruženje za međunarodno pravo  
(Serbian International Law Association)  
Bulevar Kralja Aleksandra br. 67, Beograd

**Za izdavača**

Prof. dr Milenko Kreća

**Glavni i odgovorni urednik**

dr Duško Dimitrijević

**Zamenici glavnog i odgovornog urednika**

Prof. dr Aleksandar Gajić  
dr Marko Novaković

**Uređivački odbor**

1. Professor Don Wallace, Jr, International Law Institute, Washington, USA
2. Professor Sienho YEE, China Foreign Affairs University, Beijing, China
3. Professor Alexander N. Vylegzhanin, MGIMO-University, Moscow, Russia
4. Professor Artur G. Bezverhov, Faculty of Law, Samara University, Russia
5. Professor Hans Köchler, University of Innsbruck, Austria
6. Professor Thomas Giegerich, Saarland University, Germany
7. Professor Carsten Stahn, University of Leiden, Netherlands
8. Professor Ewa Sałkiewicz-Munnerlyn, Calisia University, Kalisz, Poland
9. Professor Charalambos Pamboukis, Hellenic Institute of International and Foreign Law, Athens, Greece
10. Professor Tibor Várady, Academician, Serbian Academy of Sciences and Arts, Belgrade, Serbia
11. Professor Vlado Kambovski, Academician, Macedonian Academy of Sciences and Arts, Skopje, Macedonia
12. Professor Cheng Weidong, Institute of European Studies, Chinese Academy of Social Sciences, Beijing, China

13. Professor Jean-Sylvestre Bergé, Jean Moulin University Lyon, France
14. Professor Aneta Spaić, Faculty of Law, University of Monte Negro, Podgorica, Montenegro
15. Associate Professor Giuseppe Puma, LUMSA University Maria SS. Assumption of Rome, Palermo, Italy
16. Associate Professor Dragan Bolanča, Faculty of Law, Split, Croatia
17. Associate Professor Ezio Benedetti, University of Trieste, Italy
18. Associate Professor Boško Tripković, Birmingham Law School, University of Birmingham, United Kingdom
19. Associate Professor Lucia Mokra, Faculty of Social and Economic Sciences, Comenius University, Bratislava, Slovakia
20. Associate Professor Anita Rodina, Faculty of Law, University of Latvia, Riga, Latvia
21. Associate Professor Dmitry Galushko, Financial University, Moscow, Russia
22. Associate Professor Li Xixia, Institute of International Law, Chinese Academy of Social Sciences, Beijing, China
23. Assistant Professor Bérénice Schramm, Bahçeşehir University, Istanbul, Turkey

### **Kompjuterska obrada**

Snežana Vojković

### **Štampa**

Pharmalab laboratorija  
Poručnika Spasića i Mašare 22,  
11030, Beograd

**Tiraž: 30**

ISBN-978-86-903836-3-4

---

Odricanje od odgovornosti: Stavovi izneti u objavljenim radovima ne izražavaju stavove Glavnog i odgovornog urednika i članova Uređivačkog odbora Godišnjaka.

Disclaimer: The views expressed in the published papers do not reflect the views of the Editor-in-Chief and the members of the Editorial Board of the Yearbook.

---

## **SUDSKE ODLUKE – POMOĆNO SREDSTVO ZA UTVRĐIVANJE PRAVILA MEĐUNARODNOG PRAVA – NOVA KONSTRUKCIJA KOMISIJE ZA MEĐUNARODNO PRAVO?**

Vesna ĆORIĆ\*

### APSTRAKT

Komisija za međunarodno pravo je 2021. godine prepoznala potrebu da dodatno razjasni značaj, ulogu i mesto sudskih odluka kao uostalom i drugih pomoćnih sredstava za utvrđivanje pravnih pravila u smislu člana 38. stav 1. tačka d) Statuta Međunarodnog suda pravde. Značaj interevenisanja u ovu oblast proizilazi iz činjenice da se u doktrini već decenijama pružaju različiti odgovori u pogledu pravne snage sudskih odluka kao pomoćnih sredstava za utvrđivanje pravnih pravila u smislu člana 38. Statuta Međunarodnog suda pravde. Pitanje pravne snage međunarodnih sudskih odluka dodatno je aktueliziovano zbog fenomena proliferacije međunarodnih sudskih i kvazisudskih tela, kao i judikalizacije međunarodnog prava koje dovode do sve naglašenije uloge međunarodnog sudstva. U radu se najpre pristupa istorijskom i jezičkom tumačenju odredaba Statuta Međunarodnog suda pravde i analizi sudske prakse Međunarodnog suda pravde i njegovog prethodnika Stalnog suda međunarodne pravde. Nakon toga, pažnja se posvećuje kritičkoj analizi nacрта zaključaka koje je Komisija za međunarodno pravo privremeno usvojila u maju i julu 2024. godine, a koji se tiču uloge, značaja i mesta sudskih odluka kao pomoćnih sredstava za utvrđivanje pravila međunarodnog prava kako bi se ocenilo u kojoj je meri došlo do odstupanja od ranije prakse. Autor nalazi da razjašnjenje koje nudi Komisija za međunarodno pravo, a shodno kojem međunarodne sudske odluke nisu pomoćni izvori međunarodnog prava predstavlja pravno konfuzan i teško održiv zaključak koji se protivi prisutnim tendencijama u međunarodnom pravu. Stoga predlaže njegovu izmena u daljem radu Komisije za međunarodno pravo.

*Ključne reči:* Komisija za međunarodno pravo, pomoćni izvori međunarodnog prava, sudska odluka kao pomoćno sredstvo za utvrđivanje pravnih pravila, Statut Međunarodnog suda pravde, Međunarodni sud pravde

---

\*Viši naučni saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd. E-mail: vesnacoric@yahoo.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4240-7469>. This paper is a result of the research conducted at the Institute of Comparative Law financed by the Ministry of Science, Technological Development and Innovation of the Republic of Serbia under the Contract on realization and financing of scientific research of SRO in 2024 registered under No. 451-03-66/2024-03/200049.

## UVOD

Na međunarodnoj sceni primetan je stalan porast broja međunarodnih sudova i tribunala. Različiti autori navode drugačije podatke u pogledu ukupnog broja međunarodnih sudova i tribunala, u zavisnosti od toga da li uzimaju u obzir i tzv. *kvazisudske institucije* ili ne, kao i u zavisnosti od kriterijuma od kojeg polaze prilikom razgraničenja međunarodnih sudskih od međunarodnih kvazisudskih tela.<sup>1</sup> Tako, na primer, Romano navodi da ukupno postoji preko 125 međunarodnih sudskih i kvazisudskih tela koja su ovlašćena da primenjuju i tumače međunarodno pravo.<sup>2</sup> Nasuprot tome, drugi autori, poput Vladimira Čolovića, navode da danas postoji preko 20 međunarodnih sudova i pored njih još najmanje 50 međunarodnih institucija koje obavljaju sudsku ili kvazisudsku funkciju, ali ne ispunjavaju u potpunosti uslove da bi se mogli smatrati međunarodnim sudskim telima.<sup>3</sup> Iako su neka od ovih međunarodnih sudskih tela poput Suda pravde Evropske unije i Evropskog suda za ljudska prava osnovana pre više od pola veka, većina ih je ustanovljena u toku poslednje tri decenije.<sup>4</sup> To potvrđuje tendenciju naglog porasta broja međunarodnih sudskih tela, koja je postala očigledna nakon završetku Hladnog rata i koja se naziva proliferacijom međunarodnih sudskih tela. Ona se smatra jednim od uzroka koji su doveli do uvećanje razmera problema fragmentacije međunarodnog prava, kao i do sve češće interakcije između različitih međunarodnih sudova i tribunala.<sup>5</sup> Istovremeno, ističe se da je proliferacija

<sup>1</sup> Tako se, na primer, Romano zalagao da se razgraničenje između međunarodnih sudskih i kvazisudskih tela sprovede na osnovu kriterijuma da li postoji nezavisnost sudijske funkcije, da li su odluke obavezujuće za (bar dve ili više stranaka) stranke, kao i da li se u svojstvu bar jedne od stranaka u datim postupcima pojavljuje država ili međunarodna organizacija. Videti: Cesare P. Romano, „The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle,” *New York University Journal of International Law and Politics*, 1999, Vol. 31, pp. 709–751.

<sup>2</sup> Tačnije, Romano ističe navodi da je prema stanju iz 1999. godine postojalo ukupno 18 međunarodnih sudskih tela i 78 međunarodnih kvazisudskih tela, a da je do 2015. godine ukupni broj međunarodnih sudskih i kvazisudskih tela porastao na 125. Videti: Cesare P. Romano, “Project on International Courts and Tribunals: The International Judiciary in Context”, Retrieved from: [www.pict-pcti.org/synoptic/chart2.html](http://www.pict-pcti.org/synoptic/chart2.html), 14.10.2024, p. 2; Taj stav je naknadno potvrđen u literaturi. Videti: Benjamin Faude, “How the Fragmentation of the International Judiciary Affects the Performance of International Judicial Bodies”, in: Theresa Squatrito, Oran R. Young, Andreas Follesdal, and Geir Ulfstein (eds.) *The Performance of International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, Online, 2018, pp. 234–260.

<sup>3</sup> Vladimir Čolović, „Stalni Arbitražni sud”, u: Jovan Ćirić (ur.) *Srpsko pravo i međunarodne sudske institucije*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2009, str. 106.

<sup>4</sup> Mario Prost, Paul Kingsley Clark, “Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law: How Much Does the Multiplication of International Organizations Really Matter?“, *Chinese Journal of International Law*, 2006, Vol. 5, No. 2, pp. 341–370, 341; Vesna Ćorić Erić, “Odnos Evropskog suda pravde i Evropskog suda za ljudska prava,” doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2013, Internet:<https://nardus.mpn.gov.rs/bitstream/handle/123456789/2642/Disertacija.pdf?sequence=4&isAllowed=y>, 15.10.2024., str. 3.

<sup>5</sup> Pierre-Marie Dupuy, “The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice“, *New York University Journal of International*

međunarodnih sudskih i kvazisudskih institucija, kao i uvećanje njihovog priliva predmeta uticala na pojavu fenomena judikalizacije međunarodnog prava, odnosno postavljanja međunarodnih sudskih odluka, pa i međunarodnih sudskih i kvazisudskih institucija u samo središte međunarodnog prava.<sup>6</sup> Na pojavu judikalizacije ukazuje i Specijalni izvestilac Komisije za međunarodno pravo, primećujući da je judikalizacija doprinela porastu značaja sudskih odluka u odnosu na doktrinu najpozvanijih stručnjaka javnog prava različitih naroda, kao i u odnosu na druga pomoćna sredstva namenjena utvrđivanju pravnih pravila u smislu člana 38. stav 1, tačka d) Statuta Međunarodnog suda pravde (u daljem tekstu: MSP). U izveštaju Specijalnog izvestioca dalje se ističe da dodatni značaj koji se pridaje sudskim odlukama nije tih razmera da bi se moglo reći da je usled njega došlo do uspostavljanja hijerarhije između ova dva pomoćna sredstva za utvrđivanja pravila međunarodnog prava.<sup>7</sup> U naučnim krugovima se već decenijama razmatra pitanje tumačenja i primene međunarodnog prava od strane međunarodnih sudova i tribunala. Pojedini autori navode da preovlađuje stav u pogledu toga da međunarodni sudovi i tribunali idu dalje od pukog identifikovanja i primene međunarodnog prava, te ga dodatno oblikuju i razvijaju, i na taj način učestvuju u njegovom stvaranju.<sup>8</sup> Slično tome u doktrini je zastupljen i stav da se uloga domaćih sudova ne ograničava isključivo na primenu domaćeg i međunarodnog prava, već da i oni imaju doprinos utvrđivanju i daljem razvoju pravila međunarodnog prava.<sup>9</sup> Iako u doktrini preovlađuje stav da praksa međunarodnih sudova utiče na oblikovanje i razvoj normi međunarodnog prava, dolazi do suprotstavljenih stanovišta kada je potrebno precizirati u kojoj meri i na koji način sudska praksa utiče na sadržinu normi međunarodnog prava. Nailazi se na različite stavove počevši od toga da sudske odluke kao pomoćno sredstvo za utvrđivanje

---

*Law and Politics*, 1999, Vol. 31, p. 805; Jonathan I. Charney, „Is International Law Threatened by the Multiplication of International Tribunals“, *Recueil des Cours* Vol. 271, 1998, p. 125; Na problem proliferacije međunarodnih sudskih tela su u više navrata ukazivali predsednici Međunarodnog suda prava u svojim godišnjim obraćanjima Generalnoj skupštini Ujedinjenih nacija. Videti: Branko M. Rakić, „Fragmentacija međunarodnog prava i evropsko pravo – na Zapadu nešto novo“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2009, br. 1, str. 126.

<sup>6</sup> Stephan W. Schill, Michail Risvas, „Symposium: Re-thinking the Role of Domestic Law in International Adjudication“, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2024, Vol. 23, p. 73; Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, Oxford University Press, New York, 2004, pp. 297–337.

<sup>7</sup> “International Law Commission: Second report on subsidiary means for the determination of rules of international law By Charles Chernor Jalloh, Special Rapporteur,” International Law Commission, Seventy-fifth session Geneva, 30 January 2024, A/CN.4/769\*, para. 73, p. 21.

<sup>8</sup> Stephan W. Schill, Michail Risvas, „Symposium: Re-thinking the Role of Domestic Law in International Adjudication“, *op. cit.* p. 74.

<sup>9</sup> Andrea Roberts, “Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law”, *International & Comparative Law Quarterly*, 2011, Vol. 60, pp. 57–92; André Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

pravila međunarodnog prava predstavljaju formalne izvore međunarodnog prava, preko toga da one ne predstavljaju glavne već pomoćne izvore, pa sve do toga da one uopšte ne predstavljaju izvore međunarodnog prava.<sup>10</sup> Iako se MSP u svojoj praksi redovno poziva na svoje ranije odluke, kao i na odluke drugih sudova i tribunala, on po pravilu propušta da ih kvalifikuje kao izvore prava.<sup>11</sup> Pojedini elementi određenja pojma pomoćnih izvora se javljaju kao sporni u doktrini. Stoga, za potrebe ovog rada polazi se od shvatanja da pomoćni izvori međunarodnog prava predstavljaju sredstvo za utvrđivanje pravila sadržanih u glavnim izvorima.<sup>12</sup> Ovakvo shvatanje je zasnovano na podeli izvora međunarodnog prava na glavne i pomoćne, gde se kao kriterijum njihovog razgraničenja uzima njihova uloga, te se uloga glavnih izvora ogleda u stvaranju prava, a uloga pomoćnih u utvrđivanju prava.<sup>13</sup> Pomoćni izvori su podređeni glavnim izvorima i njima se pribegava kada se oslanjanjem na glavne izvore ne može utvrditi pravilo međunarodnog prava koje je potrebno primeniti.<sup>14</sup>

Potrebu za dodatnim intervenisanjem u oblast značaja, uloge i mesta sudske prakse kao pomoćnog izvora za utvrđivanje pravila međunarodnog prava prepoznala je Komisija za međunarodno pravo 2021. godine kada je našla da treba da se razjasni i dodatno precizira šta se smatra pomoćnim sredstvom za utvrđivanje pravnih pravila u smislu člana 38 stav 1 tačka d Statuta MSP. Ona je 2021. godine, na svojoj 72. sednici uključila ovo pitanje u svoj dugogodišnji program rada, da bi ga već naredne godine unela u svoj tekući radni program i odredila Specijalnog izvestioca za to pitanje. Otvaranju ovog pitanja prethodio je rad Komisije za

<sup>10</sup> O tome da međunarodne sudske odluke predstavljaju formalne izvore međunarodnog prava videti: Robert Yewdall Jennings, "The Judiciary, International and National, and the Development of International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, Vol. 45, No. 1, pp. 3–4; Mohamed Shahabuddeen, "Judicial creativity and joint criminal enterprise", in: Shane Darcy and Joseph Powderly (eds), *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford University Press, New York, 2010, p. 186. O tome da međunarodne sudske odluke predstavljaju pomoćne izvore prava, videti: Milenko Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014, str. 110. O tome da sudske odluke ne predstavljaju izvor međunarodnog prava videti: Alain Pellet, "Decisions of the ICJ as Sources of International Law?" in: Enzo Cannizzaro, *et al* (eds), *Gaetano Morelli Lectures Series*, International and European Papers Publishing, Rome, 2018, Vol. 2, pp. 31–32, 56.

<sup>11</sup> "International Law Commission: Memorandum by the Secretariat on subsidiary means for the determination of rules of international law Elements in the previous work of the International Law Commission that could be particularly relevant to the topic", Geneva, 8 February 2023 (A/CN.4/759), para. 219.

<sup>12</sup> Milenko Kreća, *Međunarodno javno pravo*, *op. cit.*, str. 110.

<sup>13</sup> Martin Dixon, *Textbook on International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 25; Mutiah Wenda Juniar, "Subsidiary Sources of International Law: Is It Only as Law Determining?", *International Journal of Global Community*, 2021, Vol. 4 No. 3, pp. 191–198.

<sup>14</sup> Michael Peil, "Scholarly Writings as a Source of Law: A Survey of the Use of Doctrine by the International Court of Justice", *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2012, Vol. 1, No. 3, pp. 136–161, at p. 141.

međunarodno pravo na drugim izvorima međunarodnog prava koji su obuhvaćeni članom 38 Statuta MSP, pa se ovo smatralo logičnim nastavkom. Naime, iako se Komisija za međunarodno pravo u okviru pitanja koje je opredelila u okviru svog tekućeg radnog programa bavi različitim elementima pomoćnih sredstava za utvrđivanje pravila međunarodnog prava, za potrebe ovog rada njeni rezultati će se analizirati jedino u meri u kojoj su od značaja za sagledavanje uloge, mesta i značaja sudskih odluka kao pomoćnih sredstava za utvrđivanje pravila međunarodnog prava u smislu člana 38. stav 1, tačka d) Statuta MSP.<sup>15</sup> Iz provizornog radnog programa koji je izneo Specijalni izvestilac u pogledu pomoćnih sredstava za utvrđivanje pravila međunarodnog prava ne može se sa izvesnošću zaključiti, da li će se rad Komisije za međunarodno pravo na ovu temu završiti do 2027. godine, budući da je ostavljena mogućnost za njegovo produženje?<sup>16</sup> U predmetnom ratu otud nije moguće pružiti zaključne sudove na konačnim rezultatima Komisije za međunarodno pravo. Umesto toga, autor će se nastojati da razmotri ključne dileme na koje se nailazilo u praksi i teoriji na putu formulisanja, pa i naknadne primene i tumačenja odredaba statuta Stalnog suda međunarodne pravde (u daljem tekstu: SSMP) i MSP o sudskim odlukama kao „pomoćnim sredstvima za utvrđivanje pravnih pravila“. Nakon toga, autor će pružiti osvrt na pravce njihovog rešavanja koje nudi Komisija za međunarodno pravo u nacrtima zaključaka koji su privremeno usvojeni u toku 2024. godine. Tačnije, autor će sagledati dosadašnji doprinos Komisije za međunarodno pravo rasvetljavanju pitanja značaja i uloge sudskih odluka kao pomoćnog sredstva za utvrđivanje pravila međunarodnog prava. Pritom je potrebno imati u vidu da su do sada usvojena dva od ukupno tri izveštaja Specijalnog izvestioca koja su planarina u okviru razjašnjavanja značaja, uloge i mesta pomoćnih sredstava za utvrđivanje pravila međunarodnog prava. Treći, još uvek neusvojeni izveštaj, ne bi trebalo da se bavi problematikom sudskih odluka, već drugih pomoćnih sredstava za utvrđivanja pravila međunarodnog prava, tako da je i pre njegovog usvajanja moguće sveobuhvatno sagledati stavove Specijalnog izvestioca koji se tiču uloge i značaja sudske prakse. U radu će se najveća pažnja posvetiti kritičkoj analizi nacrtu zaključaka koji je Komisija za međunarodno pravo privremeno usvojila u maju i julu 2024. godine, a koji se tiču uloge, značaja i mesta sudskih odluka kao pomoćnih sredstava za utvrđivanje pravila međunarodnog prava, kako bi se ocenilo u kojoj meri se njima odstupa od ranije prakse. U okviru nacrtu zaključaka, Komisija za međunarodno pravo, između ostalog, pruža i smernice

<sup>15</sup> Charles Chernor Jalloh, “The International Law Commission’s Seventy-Fourth (2023) Session: General Principles Of Law And Other Topics”, *American Journal of International Law*, 2024, Vol. 118, No. 1, p. 129.

<sup>16</sup> Tada se naime, očekuje da se završi drugo čitanje svih zaključaka, dok se završetak prvog čitanja planira u 2025. godini. Između faze prvog i drugog čitanja, država će se ostaviti dovoljno vremena (ILI prostora) za upućivanje komentara. V. “International Law Commission: Second report on subsidiary means for the determination of rules of international law By Charles Chernor Jalloh, Special Rapporteur,” *op. cit.*, para. 17, p. 70.



odnosno kriterijume na osnovu kojih bi trebalo da se vrši odabir sudske prakse koja se smatra značajnom i koja bi kao takva trebalo da uživa prvenstvo prilikom utvrđivanja pravila međunarodnog prava.<sup>17</sup> Ponuđene smernice neće biti detaljno analizirane u okviru ovog rada, budući da njihova kompleksnost i višestruko dejstvo koje mogu imati na dijalog između različitih međunarodnih sudskih i kvazisudskih tela zahtevaju da budu predmet posebnog istraživanja.

### **SUDSKE ODLUKE KAO POMOĆNI IZVOR MEĐUNARODNOG PRAVA U STATUTIMA I PRAKSI STALNOG SUDA MEĐUNARODNE PRAVDE I MEĐUNARODNOG SUDA PRAVDE**

Polaznu tačku izučavanja izvora međunarodnog prava predstavlja član 38. Statuta MSP čije su odredbe, posebno u delu koje se odnose na značaj, mesto i ulogu sudskih odluka već decenijama predmet rasprava u stručnim i naučnim krugovima.<sup>18</sup> Odredbe sadašnjeg člana 38. Statuta MSP formulisane su po ugledu na rešenja iz nekadašnjeg člana 35. Statuta SSMP, odnosno prethodnika MSP. Stoga, začetke, različitih koncepcija, te i dalje aktuelnih rasprava o sudskim odlukama kao mogućem izvoru međunarodnog prava treba tražiti u stanovištima koja su zagovarana u vreme izrade Statuta SSMP. Bitno je imati u vidu da su rešenja iz Statuta SSMP, kao i Statuta MSP koja su bile predviđene za sudske odluke istovremeno važila i u pogledu doktrine najpozvanijih stručnjaka javnog prava različitih naroda, koja se u ovom radu neće detaljnije razmatrati. U okviru ove celine, analiza će se, najpre, ograničiti na utvrđivanje pravne snage sudskih odluka, na način na koje su regulisane statutima SSMP i MSP. Nakon toga, sagledaće se relevantna praksa SSPM i MSP u cilju što preciznijeg utvrđivanja domašaja odredbi člana 38. stav 1, tačke d) Statuta MSP koje se odnose na značaj sudskih odluka kao potencijalnog izvora međunarodnog prava.

#### **Sudske odluke kao pomoćni izvor međunarodnog prava u svetlu i storijskog i jezičkog tumačenja odredbi statuta Međunarodnog suda pravde**

Važnost sagledavanja celokupnog procesa izrade Statuta SSMP proizilazi i iz odredbi Bečke konvencije o ugovornom pravu. Na nju se, stoga, ukazuje u doktrini i u dokumentima Komisije za međunarodno pravo.<sup>19</sup> Naime, shodno Bečkoj

<sup>17</sup> Videti nacrt zaključajka 3 i 8 u: „International Law Commission: Chapter V Subsidiary means for the determination of rules of international law”, A/79/10, GE.24-14319, pp. 29-53.

<sup>18</sup> Amos O. Enabulele, “Judicial Lawmaking: Understanding Articles 38(1)(d) and 59 of the Statute of the International Court of Justice”, *Australian Year Book of International Law*, 2015, Vol. 33, p. 18.

<sup>19</sup> “International Law Commission: Second report on subsidiary means for the determination of rules of international law By Charles Chernor Jalloh, Special Rapporteur,” *op.cit.*, pp. 23-24; Amos O. Enabulele, “Judicial Lawmaking: Understanding Articles 38(1)(d) and 59 of the Statute of the International Court of Justice”, *op. cit.*, p. 26.

konvenciji o ugovornom pravu, ugovor se tumači prema uobičajenom smislu koji se daje izrazima u ugovoru u njihovom kontekstu i u svetlosti njegovog predmeta i cilja. U slučaju kada je pojedina odredba, kao što je to slučaj sa članom 38. stav 1, tačka d) Statuta MSP nedovoljno jasna ili dvosmislena, pribegava se dopunskim sredstvima tumačenja kao što su proučavanje pripremnih radova odnosno istorije izrade tog ugovora, te okolnosti pod kojima je on bio zaključen, u cilju utvrđivanja smisla sporne odredbe.<sup>20</sup> Iako se ne bi očekivalo da Statut MSP po svojoj pravnoj prirodi predstavlja međunarodni ugovor, u pogledu njega su značajne odredbe Bečke konvencije o ugovornom pravu budući da se on smatra sastavnim delom Povelje Ujedinjenih nacija.<sup>21</sup>

Početu formulaciju čije su naknadne izmene dovele do teksta današnjeg člana 38. stav 1, tačka d) Statuta MSP, bio je predložio čuveni baron *Descamps*, u svojstvu predsednika tadašnjeg Savetodavnog komiteta pravnika Društva naroda 1920. godine.<sup>22</sup> Shodno njegovom predlogu, između svih izvora međunarodnog prava, u koje je izričito ubrojao i sudsku praksu kao „sredstvo za primenu i razvoj prava“, nije trebalo da postoji hijerarhija, već je trebalo da imaju istu pravnu snagu. Izložen predlog išao je za tim da umanjuje u to vreme izraženu tadašnju neodređenost i nezrelost međunarodnog prava i olakša rad SSMP na taj način što bi mu se pružila „lista“ pravnih izvora na koje sudije mogu da se pozivaju prilikom primene međunarodnog prava.<sup>23</sup> Međutim, predložena formulacija shodno kojoj sudska praksa predstavlja „sredstvo za primenu i razvoj prava“ nije naišla na odobravanje od strane pojedinih članova Savetodavnog komiteta pravnika, pre svega američkog i engleskog predstavnika. Oni su zamerali da se njome nastojalo da se SSMP prošire nadležnosti dodeljivanjem ovlašćenja da razvija odnosno stvara pravna pravila a da su tvorci Pakta o Društvu naroda zapravo mogli jedino da raspolože ovlašćenjima koje su imali, odnosno da ustanove sud nadležan za pitanja tumačenja međunarodnih ugovora, kao i za bavljenje načelnim pitanjima međunarodnog prava.<sup>24</sup> S druge strane, holandski,

<sup>20</sup> Članovi 31. i 32. Bečke konvencije o ugovornom pravu. Videti „Uredba o ratifikaciji Bečke konvencije o ugovornom pravu“, *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, br. 30/72.

<sup>21</sup> Sličnu logiku sledi i Statut Suda pravde Evropske unije koji predstavlja Prilog br. 3 Ugovora o Evropskoj uniji. V. “International Law Commission: Second report on subsidiary means for the determination of rules of international law By Charles Chernor Jalloh, Special Rapporteur,” *op.cit.*, p. 38.

<sup>22</sup> Početkom 1920. godine, Savet Društva naroda je imenovao jedan savetodavni Komitet pravnika na čijem je čelu bio čuveni baron *Descamps*, sa zadatkom da izradi nacrt Statuta Suda. Videti: Duško Dimitrijević, „Sedam decenija međunarodnog suda pravde ujedinijenih nacija: Prolegomena“, *Pravni život*, br. 12/2017, str. 285–307, 285.

<sup>23</sup> Amos O. Enabulele, “Judicial Lawmaking: Understanding Articles 38(1)(d) and 59 of the Statute of the International Court of Justice”, *op. cit.*, p. 20.

<sup>24</sup> “Advisory Committee of Jurists, Procks-Verbaux of the Proceedings of the Committee”, 13th mtg (1 July 1920) 293 navedeno prema Amos O. Enabulele, “Judicial Lawmaking:

francuski i norveški predstavnici u Savetodavnom komitetu pravnika smatrali su da uloga SSMP ne treba da se ograniči na primenu pozitivnog međunarodnog prava, već da treba i da doprinese njegovom daljem razvoju. S tim u vezi, posebno je naglašavana stvaralačka uloga SSMP u slučaju kada se sudi o pitanjima u pogledu kojih postoje pravne praznine. Na taj način, oni su se zapravo zalagali za normiranje sudskih odluka kao glavnog izvora međunarodnog prava usled stvaralačke uloge koje vrše, a koja nadilazi pomoćni karakter. Formulacija pomenutih odredbi u konačnoj verziji Statuta SSMP koji je izradio Savetodavni komitet pravnika, odstupila je od inicijalnog predloga njenog predsednika, barona *Descamps*, a u nastojanju da se pronađe kompromis između izloženih suprotstavljenih stavova. Naime, njome je delimično umanjen značaj sudske prakse, budući da je predviđeno da sudske odluke ne predstavljaju „sredstvo za primenu i razvoj prava“ već jedino „pomoćno sredstvo za utvrđivanje prava”.<sup>25</sup> Izvršeno slabljenje značaja sudskih odluka kao „pomoćnih sredstava za utvrđivanje pravnih pravila“ je dobilo dodatni zamajac izmenama nacrtu Statuta SSMP od strane Saveta Društva naroda. Naime, u konačnoj verziji ove odredbe koju je sastavio Savet Društva naroda, a koja je nakon toga i zvanično usvojena, bilo je dodato da sudske odluke predstavljaju pomoćna sredstva za utvrđivanje pravnih pravila koja se primenjuju uz poštovanje odredbi tadašnjeg člana 57. Statuta SSMP, odnosno današnjeg člana 59. Statuta MSP. Datim odredbama se, naime, predviđa da je odluka SSMP obavezujuća samo za strane sporu i u odnosu na konkretan predmet spora. Ovakvo dovođenje u vezu *inter partes* dejstva odluka SSPM i određivanja sudskih odluka kao „pomoćnih izvora za utvrđivanje pravnih pravila“ svakako je imalo cilj da podcrta da SSPM nije ovlašćen da stvara pravna pravila, kao i da koncept *stare decisis*, odnosno obavezujućeg precedenta, u svom punom obimu nije primenljiv u postupku pred ovim organom.<sup>26</sup> Takvo pojašnjenje bilo je u tom trenutku neophodno kako bi se prevazišla postojeća neslaganja i otpori, te postigla jednoglasnost svih članova u pogledu teksta Statuta SSMP, imajući u vidu da je ona bila neophodna za njegovo usvajanje.<sup>27</sup> U literaturi se u tom pogledu komentarisalo da se sintezom i udruženim tumačenjem odredbi kojima se vrši pozivanje na *inter partes* dejstva odluka SSMP, uz istovremeno isticanje da su sudske odluke „pomoćna sredstva za utvrđivanje pravnih pravila“ uspostavila delikatna ravnoteža u pogledu mandata SSMP. Naime, s jedne strane, omogućeno mu je da delom razvija pravo u pogledu još neustaljene prakse

---

Understanding Articles 38(1)(d) and 59 of the Statute of the International Court of Justice”, *op. cit.*, p. 20.

<sup>25</sup> Amos O. Enabulele, “Judicial Lawmaking: Understanding Articles 38(1)(d) and 59 of the Statute of the International Court of Justice”, *op. cit.*, pp. 21–22.

<sup>26</sup> Ana Zdravković, „Međunarodni sud pravde – Vladalac ili mislilac?“, In: *Sudstvo kao vlast. Centar za pravosudna istraživanja*, Beograd, 2020, str. 155.

<sup>27</sup> Amos O. Enabulele, “Judicial Lawmaking: Understanding Articles 38(1)(d) and 59 of the Statute of the International Court of Justice”, *op. cit.*, p. 20.

primene međunarodnog prava, dok mu s druge strane, nisu ostavljena preširoka ovlašćenja da preinači postojeća pravila međunarodnog prava koja pre svega neposredno proizilaze iz međunarodnih ugovora.<sup>28</sup> Sledstveno, izvršen osvrt na istoriju izrade Statuta SSMP potvrđuje da početna namera tvoraca Statuta SSMP nije bila da se tadašnjim članom 35. (današnjim članom 38. Statuta MSP), potpuno onemogućí stvaralačka sudska uloga, već pre da se ona ograniči. Naime, propisivanje „liste“ izvora međunarodnog prava u Statut SSMP odražavalo je inicijalnu potrebu za umanjnjem neodređenosti i nerazvijenosti međunarodnog prava koja je postojala u to vreme. Na taj način, nastojalo se da se pruže oslonci SSMP na osnovu kojih bi on utvrđivao pravila međunarodnog prava u svojim odlukama. Naknadnom izmenom da se radi o „pomoćnom sredstvu za utvrđivanje prava“, kao i da sudske odluke deluju *inter partes* nije se u potpunosti uklonila mogućnost da sudske odluke kao izvor međunarodnog prava služe ne samo njegovom utvrđivanju, već povremeno i njegovom daljem razvoju.<sup>29</sup>

### **Sudske odluke kao kao pomoćni izvor međunarodnog prava u svetlu prakse Stalnog suda međunarodne pravde i Međunarodnog suda pravde**

Iako se prilikom formulisanja odredbi Statuta SSMP odustalo od prvobitno predložene formulacije da sudske odluke predstavljaju „sredstvo za primenu i razvoj prava“, naknadna praksa SSMP i MSP, potvrđivala je, međutim, njihovu razvojnu ulogu.<sup>30</sup> U tom kontekstu, navodilo se da su se ostvarila predviđanja lorda Balfora (*Balfour*) iz dvadesetih godina prošlog veka da će sudska praksa SSMP postepno dovesti do oblikovanja i menjanja međunarodnog prava. Ona se zasnivala na njegovom poznavanju teksta konačne verzije Statuta SSMP.<sup>31</sup> Slične prognoze davala je i Generalna skupština UN 1947. godine, kada je prepoznala ulogu MSP u progresivnom razvoju međunarodnog prava.<sup>32</sup>

I pored toga što su SSMP i MSP bili veoma aktivni na terenu utvrđivanja i razvoja međunarodnog prava, oni su se u svega nekoliko navrata izričito izrazili o

<sup>28</sup> Gilbert Guillaume, “The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2011, Vol. 2, No. 1, p. 8.

<sup>29</sup> Amos O. Enabulele, “Judicial Lawmaking: Understanding Articles 38(1)(d) and 59 of the Statute of the International Court of Justice”, *op. cit.*, p. 26

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>31</sup> Earl Arthur Balfour, “Note on the Permanent Court of International Justice Submitted by Mr Balfour to the Council of the League of Nations”, October 1920, navedeno prema Amos O. Enabulele, “Judicial Lawmaking: Understanding Articles 38(1)(d) and 59 of the Statute of the International Court of Justice”, *op. cit.*, str. 24.

<sup>32</sup> “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; Amos O. Enabulele, “Judicial Lawmaking: Understanding Articles 38(1)(d) and 59 of the Statute of the International Court of Justice”, *op. cit.*, str. 156.

svojoj razvojnoj ulozi. Primera radi, MSP je u odluci u predmetu: *Pomorsko razgraničenje i teritorijalna pitanja između Katara i Bahreina*, uputio na pravila „razvijena nakon 1958. u sudskoj praksi“, priznajući na taj način svoju razvojnu ulogu.<sup>33</sup> U prilog postojanju pomenute razvojne, pa i stvaralačke dimenzije SSMP i MSP govori bogata sudska praksa iz koje proizilazi da su izvesne njihove odluke imale odlučujući uticaj na razvoj određenih koncepata pa i čitavih oblasti međunarodnog prava. Zahvaljujući svom autoritetu, SSMP i MSP su uspeli da stvore potpuno nova pravila međunarodnog prava, poput koncepta *erga omnes* obaveza.<sup>34</sup> Takođe, neke njihove odluke su postavile i produbile temelje pojedinim oblastima međunarodnog prava poput prava mora, pravnog subjektiviteta međunarodnih organizacija i pravila o odgovornosti države.<sup>35</sup> Pored izloženog doprinosa, SSMP i MSP su se u svojoj jurisprudenciji, kao što je napomenuto, po pravilu, držali uzdržano primenjujući pažljivo izbalansiran pristup kada su se izjašnjavali o stvarnom domašaju svoje uloge. Tako je MSP veoma obrazivo postupao u brojnim predmetima, uključujući u *sporu protiv Južnoafričke Republike*, gde je zazeo stav 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”.<sup>36</sup> Slično tome, nešto izbalansiraniji pristup, mada i dalje veoma obazriv, zauzeo je MSP u Savetodavnom mišljenju o *legalnosti pretnje upotrebom ili upotrebe nuklearnog oružja*, koje sadrži jednu od najpoznatijih izjava MSP na ovu temu. Povodom navoda pojedinih država da je MSP davanjem odgovora na postavljeno pitanje izašao van granica svoje sudske funkcije i na sebe preuzeo nadležnost za stvaranje prava, MSP je istakao sledeće:

„Jasno je da Sud ne može da stvara pravo i da u okolnostima ovog slučaja, nije ni pozvan da to učini. [...] 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 legislativnu aktivnost. To je tako, čak i ako, prilikom utvrđivanja i primene prava, Sud neizostavno mora pojasniti njegov domašaj i ponekad zabeležiti njegov opšti trend”.<sup>37</sup>

Iz ovog čuvenog stava MSP proizilazi njegovo čvrsto uverenje da njegov zadatak u konkretnom slučaju nije bio stvaranje, već utvrđivanje prava. Ipak,

<sup>33</sup> *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar v Bahrain (Qatar v Bahrain)* (Merits) [2001] ICJ Rep 40, 76, 111 navedeno prema Amos O. Enabulele, “Judicial Lawmaking: Understanding Articles 38(1)(d) and 59 of the Statute of the International Court of Justice”, *op. cit.*, str. 32.

<sup>34</sup> Ana Zdravković, „Međunarodni sud pravde – Vladalac ili mislilac?“, *op. cit.*, str. 164–169.

<sup>35</sup> Alain Pellet, “Decisions of the ICJ as Sources of International Law?” *op. cit.*, pp. 39–46.

<sup>36</sup> *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa, Liberia v. South Africa)*, Second Phase, Judgment of 18 July 1966, ICJ Reports 1966, para. 89.

<sup>37</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, ICJ Reports 1996, para. 18.

prilikom komentarisanja ovog stava u doktrini se opravdano primećuje da MSP svojim odlukama neminovno stvara međunarodno javno pravo u brojnim situacijama kada ga naizgled samo utvrđuje, tačnije, kada procenjuje da li u konkretnom slučaju postoje ili ne postoje pravna načela i pravila međunarodnog prava.<sup>38</sup> Sudije MSP u pojedinim izdvojenim mišljenjima ispoljile su manji stepen suzdržanosti u poređenju sa pristupom koji je svojstven sudskim odlukama, budući da su donekle smelije isticale razvojnu i stvaralačku ulogu suda. Tako je, primera radi, sudija *Alvarez* u predmetu *Reparacija za povrede pretrpljene u službi Ujedinjenih nacija* prepoznao da MSP ima ovlašćenje da razvija međunarodno pravo i da doprinosi njegovom stvaranju kada se suočava sa novim okolnostima koje zahtevaju rešenje.<sup>39</sup> U ovom kontekstu, u doktrini se opravdano ističe da je teško povući jasnu liniju razgraničenja između razvijanja i stvaranja prava i da se stoga neretko ti pojmovi koriste kao sinonimi. Slično tome, sudija *Ficmoris* se u svom izdvojenom mišljenju u predmetu *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, izjasnio u pogledu razvojnog delovanja MSP 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”.<sup>40</sup>

Iz navedenog proizilazi da se stavovima iz izdvojenih mišljenja MSP može pružiti ograničena pažnja budući da se prihvata stanovište da ona odražavaju stav naučne misli, te se podvode pod doktrinu najpozvanijih stručnjaka javnog prava različitih naroda, a ne sudsku praksu kao pomoćni izvor prava u smislu odredaba člana 38. Statuta MSP. U pogledu što potpunijeg sagledavanje uloge, značaja i mesta sudskih odluka kao (pomoćnog) izvora međunarodnog prava, bitno je imati u vidu na koji način se u sudskoj praksi do sada tumačio član 59. Statuta MSP, odnosno član 57. nekadašnjeg Statuta SSMP. Njime se predviđa da su sudske odluke obavazujuće jedino između strana u sporu. Iz sudske prakse proizilazi da je ovu odredbu potrebno pažljivo tumačiti uz jasno razgraničenje između pojmova sudskih odluka i načela. Naime, iz pojedinih odluka MSP proizilazi da ovu odredbu treba tumačiti tako da se ograničeno, odnosno *inter partes* dejstvo sudskih odluka, odnosi isključivo na dispozitiv odluke, a ne i na njeno obrazloženje u kojem su sadržana načela kojima se MSP rukovodio prilikom odlučivanja. Na osnovu ovakvog razgraničenja, dalje proizilazi da konačnu

<sup>38</sup> Ana Zdravković, „Međunarodni sud pravde – Vladalac ili mislilac?“, *op. cit.*, str. 156.

<sup>39</sup> *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (Advisory Opinion)* [1949] ICJ Rep 174, 190 (Opinion of Judge Alvarez) navedeno prema Amos O. Enabulele, “Judicial Lawmaking: Understanding Articles 38(1)(d) and 59 of the Statute of the International Court of Justice”, *op. cit.*, str. 32.

<sup>40</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)* (New Application: 1962), Separate Opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice, Judgment of 5 February 1970, Second Phase, Procedure(s):Preliminary objection, para. 2.

formulaciju člana 38. Statuta MSP kojom se upućuje na *inter partes* dejstvo odluka treba tumačiti tako da dispozitiv sudske odluke nije obavezujući za sve one koji nisu strana u tom sporu, dok sudska načela sadržana u obrazloženju odluke treba da se uzimaju u obzir u sličnim slučajevima. Iz takvog tumačenja dalje proizilazi da formulacija o *inter partes* dejstvu odluka SSMP nije imala za cilj da apsolutno isključi mogućnost za sudiju SSMP, a kasnije i MSP da razvija međunarodno pravo na taj način što se pridržava načela iz svoje prethodne prakse kada ima osnova za to.<sup>41</sup> U tom pogledu, značajno je izdvojeno mišljenje sudije Dženingsa (*Jennings*) u predmetu *Libija protiv Malte* u kojem on ističe da je „iluzorna ideja“ shodno kojoj član 59. Statuta MSP štiti državu od prethodno usvojenih načela.<sup>42</sup> Analiza prakse SSMP i MSP govori u prilog toga da su se oba suda, po pravilu veoma dosledno držali načela koja su usvojili u svojoj prethodnoj praksi. Kao primere odstupanja, navode se svega dva slučaja u kojima je SSMP i jedan u kojem je MSP utvrdio da je cilj člana 59. Statuta, odnosno člana 57. nekadašnjeg Statuta SSMP da spreči da pravna načela koja su prihvaćena u određenom slučaju postanu obavezujuća u pogledu drugih država i drugih slučajeva.<sup>43</sup> Države u postupku pred MSP takođe se nisu protivile stanovištu da sudske odluke predstavljaju pomoćni izvor međunarodnog prava, već su se poput MSP ekstenzivno pozivale na načela primenjena u sličnim odlukama. Zanimljivo je da se SSMP i MSP nastojali da izbegnu da se izjasne u pogledu pravne snage njihovih sudskih odluka. Ipak, u izdvojenom mišljenju u predmetu *Barcelona Traction Light and Power Company Ltd*, sudija *Fouad Ammoun* potvrdio da je „međunarodna sudska praksa, sama po sebi, predstavlja pomoćni izvor prava“, za razliku od ugovornog prava i međunarodnog običajnog prava koji predstavljaju glavne odnosno primarne izvore prava.<sup>44</sup> Sudija je dakle primenio pažljivo izbalansiran pristup budući da je ukazao na pravnu snagu sudskih odluka koje predstavljaju izvor prava uz dodatnu napomenu da se radi o pomoćnom izvoru koji je hijerarhiski podređen glavnim izvorima međunarodnog prava. Ipak, imajući u vidu prikazanu razvojnu ulogu MSP, moglo bi se zaključiti da sudske odluke delom prevazilaze karakter pomoćnog izvora međunarodnog prava čija se funkcija, shodno predloženoj definiciji ograničava na „utvrđivanje“ pravila međunarodnog prava. Međutim, osvrt na drugo bitno obeležje sudskih odluka MSP jasno potvrđuje da se radi o pomoćnim izvorima međunarodnog prava. Reč je o tome da sudske odluke razvijaju, pa i stvaraju pravila međunarodnog prava

<sup>41</sup> Amos O. Enabulele, “Judicial Lawmaking: Understanding Articles 38(1)(d) and 59 of the Statute of the International Court of Justice”, *op. cit.* p. 19.

<sup>42</sup> *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v Malta)*, Order on Application by Italy for Permission to Intervene [1984] *ICJ Reports* 3, Opinion of Judge Sir Robert Jennings, para. 158.

<sup>43</sup> Amos O. Enabulele, “Judicial Lawmaking: Understanding Articles 38(1)(d) and 59 of the Statute of the International Court of Justice”, *op. cit.* p. 19.

<sup>44</sup> *Barcelona Traction Light and Power Company Limited (Second Phase) (Belgium v. Spain)*, Judgment of 5 February 1970, [1970] *ICJ Rep.* 3, at 315, para. 21 (Separate Opinion of Judge Fouad Ammoun).

jedino u slučajevima kada pomenuti glavni izvori međunarodnog prava ne pružaju dovoljne smernice za rešavanje slučaja.<sup>45</sup> Čini se stoga da prilikom kvalifikovanja sudskih odluka MSP kao pomoćnih izvora ključan pokazatelj predstavlja njihovo nesamostalna i supsidijarna priroda, odnosno činjenica da njihova razvojna i stvaralačka dimenzija dolazi do izražaja tek kada drugi izvori međunarodnog prava ne nude jasne i potpune odgovore. S druge strane, razgraničenje koje se u doktrini nudi između glavnih i pomoćnih izvora, a koje se zasniva na razlikovanju uloge glavnih izvora koja se ogleda u stvaranju međunarodnog prava, od uloge pomoćnih izvora koja se ispoljava u njegovom utvrđivanju čini se neodrživom. Naime, kao što je napomenuo proces utvrđivanja pravila međunarodnog prava neizostavno vodi i njegovom daljem razvoju, te se ne može sa sigurnošću razgraničiti. Dalje, prilikom analize doprinosa sudske prakse MSP razvoju međunarodnog prava, bitno je imati u vidu da razvoj međunarodnog prava za koji zaslužan MSP ne može u potpunosti da se pripíše ulozi sudskih odluka kao pomoćnih sredstava u smislu člana 38. stav 1, tačka d) Statuta. Naime, iako je doprinos MSP razvoju međunarodnog prava nesumnjiv, interesantno je da se u doktrini tzv. *kvazilegisativna funkcija* MSP delimično objašnjava učešćem MSP u identifikovanju i primeni opštih pravnih načela priznatih od strane prosvetljenih naroda koja predstavljaju zaseban izvor međunarodnog prava tzv. *glavni supsidijarni izvor* u smislu odredbe člana 38. stav 1, tačka c) Statuta MSP.<sup>46</sup> Da zaključimo, sudska praksa SSMP i MSP u kojoj se redovno pozivalo na načela primenjena u sličnim prethodnim odlukama bila je podsticana u preovlađujućem delu doktrine. Ipak, takva sudska praksa bila je prilično nedorečena budući da su SSMP i MSP sledili obazriv i uzdržan pristup, te su izbegavali da kvalifikuju sudske odluke kao izvor međunarodnog prava kao i da se osvrnu na sopstvenu stvaralačku ulogu. Stoga, ne čudi da je Komisija za međunarodno pravo u okviru svog rada koji se odnosio na različite izvore međunarodnog prava, u tom kontekstu povremeno zalazila i u pitanje njihovog odnosa sa sudskim odlukama MSP, kao i da je nedavno pitanje značaja i mesta sudskih odluka zajedno sa drugim pomoćnim sredstvima uvrstila kao samostalne u svoj radni program.

### **DOPRINOS KOMISIJE ZA MEĐUNARODNO PRAVO RASVETLJAVANJU SUDSKIH ODLUKA KAO POMOĆNOG SREDSTVA ZA UTVRĐIVANJE PRAVNIH PRAVILA MEĐUNARODNOG PRAVA**

Komisija za međunarodno pravo se u okviru svog rada na temu različitih izvora međunarodnog prava koji su obuhvaćeni članom 38. Statuta MSP već osvrta na pitanja koja se tiču pravne snage sudskih odluka kao pomoćnih

<sup>45</sup> Amos O. Enabulele, "Judicial Lawmaking: Understanding Articles 38(1)(d) and 59 of the Statute of the International Court of Justice", *op. cit.* pp. 31–32.

<sup>46</sup> Ana Zdravković, „Međunarodni sud pravde – Vladalac ili mislilac?“, *op. cit.*, str. 162.



sredstava za utvrđivanje pravnih pravila i to pre svega u delu u kojem se bavila odnosom ispitivanih izvora sa sudskom praksom i drugim pomoćnim sredstvima za utvrđivanje pravnih pravila. Tako se Komisija za međunarodnog pravo u svom dosadašnjem radu koji se odnosio na izvore međunarodnog prava, između ostalog, bavila sagledavanjem odnosa opštih načela međunaordnog prava i kogentnih normi međunarodnog prava sa pomoćnim sredstvima.<sup>47</sup> U dosadašnjem radu koji se odnosio na pojedine izvore međunarodnog prava i to pre svega na identifikaciju međunarodnog običajnog prava i tumačenje međunarodnih ugovora, Komisija za međunarodno pravo odustala je od iznošenja pravila za kodifikaciju od strane država. Time je potvrdila svoju izmenjenu ulogu u međunarodnom pravu koja se ogleda, između ostalog, u iznošenju nacrt zaključaka u pogledu kojih se očekuje da će izvršiti određeni uticaj na praksu država, a tek u nekom kasnijem periodu možda dovesti i do usvajanja tipične kodifikacije u ovoj oblasti.<sup>48</sup> Komisija otud primenjuje u svom tekućem radu koji se tiče sudskih odluka i drugih pomoćnih sredstava za utvrđivanje pravnih pravila posebnu metodologiju usvajanja nacrt zaključaka koji treba da dovede do konačnog rezultata bavljenja opredeljenim pitanjem. Iako ne postoji opšteprihvaćena definicija nacrt zaključaka koji često predstavljaju konačni rezultat rada Komisije u pogledu prethodno opredeljenog pitanja, njihovu suštinsku karakteristiku predstavlja pojašnjenje prava na osnovu trenutno postojeće prakse. Stoga, sadržina zaključaka Komisija odražava na prvom mestu elemente kodifikacije koji se ispoljavaju u već postojećim prikupljenim pravilima i na drugom mestu i elemente progresivnog razvoja međunarodnog javnog prava.<sup>49</sup> Takva sadržina zaključaka proizilazi iz mandata Komisije za međunarodno pravo koji su predviđeni njenim Statutom.<sup>50</sup> Iako je Specijalni izvestilac bio opredeljen za pitanje svih pomoćnih sredstava za utvrđivanje pravila međunarodnog prava u smislu člana 38. stav 1, tačka d) Statuta, u okviru ove celine, autor će analizirati stavove izvestioca i privremeno usvojene zaključke Komisije za međunarodno pravo u meri u kojoj su od značaja za sagledavanje evolucije uloge i pravne snage sudskih odluka kao jednog pomoćnih sredstava za utvrđivanje pravila međunarodnog prava u smislu člana 38. stav 1, d). U okviru ove celine, autor će nastojati da sagleda da li su stavovi izvestioca koji su izloženi u relevantnim izveštajima, pa i nakadno, u privremeno

<sup>47</sup> "International Law Commission: Second report on subsidiary means for the determination of rules of international law By Charles Chernor Jalloh, Special Rapporteur," *op. cit.*, para. 76, p. 22.

<sup>48</sup> Bojan Milisavljević, „Uloga Komisije za međunarodno pravo u izgradnji međunarodnog poretka“, in: Duško Dimitrijević (ur.) *Srpski godišnjak za međunarodno pravo*, 2021, str. 43–52.

<sup>49</sup> "International Law Commission: Second report on subsidiary means for the determination of rules of international law By Charles Chernor Jalloh, Special Rapporteur," *op. cit.*, para. 15, p. 6.

<sup>50</sup> Bojan Milisavljević, „ Uloga Komisije za međunarodno pravo u izgradnji međunarodnog poretka“, *op. cit.*, str. 46.

usvojenim zaključcima Komisije usklađeni sa ranijim nalazima Komisije, stavovima doktrine, te prethodnom sudskom praksom SSMP i MSP. Autor će najpre razmotriti novine u rezonovanju Komisije za koje se čini da ne proizilaze iz dosadašnjeg toka razvoja međunarodnog prava, a nakon toga i one doprinose Komisije koji pružaju pravna pojašnjenja koja se ne protive trenutnom toku razvoja međunarodnog prava.

### **Zaokreti u pojašnjenju pravne snage sudskih odluka Međunarodnog suda pravde**

Komisija za međunarodno pravo je već u svom ranijem radu na pitanjima izvora međunarodnog prava precizirala da je osnovna uloga sudske prakse pomoćnog karaktera. U zaključcima o identifikaciji običaja u međunarodnom pravu pokazala je dodatnu preciznost u pogledu određivanja pravne snage pomoćnih sredstava, koja uključuju i sudske odluke, istakavši da ona „ne predstavljaju izvore međunarodnog prava“ kao što su ugovorno pravo, međunarodno običajno pravo i opšta pravna načela, već da imaju „pomoćnu ulogu [...] razjašnjavajući međunarodno običajno pravo“.<sup>51</sup> Ova naizgled oštra i radikalna konstatacija Komisije, shodno kojoj sudske odluke nisu izvor međunarodnog prava, ublažena je izvršenim poređenjem sa drugim glavnim izvorima prava (ugovorno pravo i međunarodno običajno pravo), i tzv. glavnim supsidijarnim izvorom (opštim pravnim načelima). Stoga ima mesta tumačenju da Komisija ovom zaključkom zapravo nije porekla sudskim odlukama status izvora međunarodnog prava, već da je pre nameravala da naglasi da sudske odluke ne pripadaju glavnim izvorima međunarodnog prava. U sličnom neodređenom duhu, Komisija za međunarodno pravo je postupila i u nacrtima zaključaka koji se odnose na identifikaciju i pravne posledice kogentnih normi u međunarodnom pravu. Njima je predviđeno da se sudske odluke koriste kao pomoćna sredstva za identifikaciju i utvrđivanje kogentnih normi iako one ne predstavljaju dokaz takvog prihvatanja i priznavanja.<sup>52</sup> Komisija za međunarodno pravo je u svojim nedavnim nacrtima zaključaka posvećenim isključivo tematici pomoćnih sredstava za utvrđivanje pravila međunarodnog prava, ispoljila dodatnu oštrinu, mada pri tome nije značajno odstupila od svojih ranijih nedovoljno jasnih stanovišta Naime, u maju 2024. godine Komisija je privremeno usvojila nacrt zaključka br. 6 o prirodi i ulozi pomoćnih sredstava u kojem se izričito navodi da „pomoćna sredstva nisu izvori međunarodnog prava“. Pojašnjavajući dalje njihovu ulogu, navodi se da ona služe pružanju pomoći prilikom utvrđivanja postojanja i sadržine pravila međunarodnog prava, uz napomenu da se time ne dovodi u pitanje njihova

<sup>51</sup> Videti nacrt zaključka 13 u: “International Law Commission: Second report on subsidiary means for the determination of rules of international law By Charles Chernor Jalloh, Special Rapporteur,” *op. cit.*, para. 76, p. 23.

<sup>52</sup> Videti nacrt zaključka br. 9 navedeno prema para. 76, p. 22.

upotreba i u druge svrhe.<sup>53</sup> Ovakav nacrt zaključka dalje je bio dodatno pojašnjen pratećim komentarima, iz kojih se jasno vidi da se otišlo dalje od nešto umerenijeg predloga zaključka koji je pre toga ponudio Specijalni izvestilac. Naime, Specijalni izvestilac je, za razliku od Komisije, izbegao da u svom predlogu zaključka izričito zauzme stav u pogledu toga da li pomoćna sredstva za utvrđivanje pravila međunarodnog prava istovremeno predstavljaju pomoćne izvore međunarodnog prava, već se, umesto toga, ograničio na objašnjavanje njihove funkcije i pomoćnog karaktera. Komisija za međunarodno pravo, u nastojanju da obrazloži deo svog nacrta zaključka br. 6 o tome da sudske odluke nisu izvor međunarodnog prava, navodi da postoji ekstenzivan korpus međunarodne i nacionalne sudske prakse i naučnih radova koji govore u prilog zaključku da sudska praksa nije izvor međunarodnog prava. Štaviše, Komisija ističe da takav nalaz proizilazi i iz postupka izrade odredbi člana 38, odnosno nekadašnjeg člana 35. Statuta SSMP. Čini se ipak, da je Komisija izbegla da pruži dovoljno preciznu i uverljivu argumentaciju za radikalni nacrt zaključka koji je predložila i koji je u međuvremenu preliminarno usvojen. Naime, Komisija se poziva na deo ranije spominjanog izveštaja Specijalnog izvestioca, čije donošenje je neposredno prethodilo konačnoj formulaciji i privremenom usvajanju nacrta zaključka od strane Komisije.<sup>54</sup> Najpre, čini se neadekvatnim pristup Komisije u kojem se ona načelno poziva na drugi izveštaj Specijalnog izvestioca, bez preciziranja konkretnih argumenata iz datog izveštaja. Štaviše, ukoliko se detaljno sagleda pomenuti izveštaj Specijalnog izvestioca na koji se Komisija za međunarodno pravo pozvala, primetno je da Specijalni izvestilac ne iznosi čvrst stav u pogledu toga da postoji jednoobraznost mišljenja pre svega u doktrini o tome da pomoćna sredstva u smislu člana 38. stav 1, tačka d) Statuta ne predstavljaju izvor prava. Dalje, iz analiza, pre svega sudske prakse MSP, doktrinarnih rasprava a i istorije izrade člana 38. koje su u okviru ovog rada bile detaljno predstavljene ne proizilazi jednoobrazno odbacivanje sudskih odluka kao izvora prava, niti se naziru argumenti za takav radikalni stav. Pojedini autori prihvatili su sudske odluke kao „pomoćni izvor prava”, dok su drugi isticali da sudske odluke zajedno sa opšim načelima međunarodnog prava predstavljaju „kvaziformalni izvor prava”, što navodi i Specijalni izvestilac u pomenutom izveštaju.<sup>55</sup> Iako, Specijalni izvestilac

<sup>53</sup> Videti nacrt zaključka 6 u: „International Law Commission: Chapter V Subsidiary means for the determination of rules of international law”, A/79/10, GE.24-14319, pp. 31, 41; “International Law Commission: Texts and titles of draft conclusions 6, 7 and 8 as provisionally adopted by the Drafting Committee on 16, 21 and 22 May 2024”, A/CN.4/L.999, 28 May 2024.

<sup>54</sup> Komisija za međunarodno pravo se naime poziva na sledeće pasuse pominjanog Drugog izveštaja Specijalnog izvestioca: 64–126.

<sup>55</sup> Mišljenje o sudskim odlukama kao kvaziformalnom izvoru zauzeto je u: Gerald G. Fitzmaurice, “Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law”, Routledge, 2000, p. 493. Videti: “International Law Commission: Second report on subsidiary means for the determination of rules of international law By Charles Chernor Jalloh, Special Rapporteur,” *op. cit.*, para. 71, p. 20.

u svom izveštaju objektivno sagledava različite poglede na značaj i ulogu „pomoćnih sredstava”, čini se da on umereno nagoveštava stav koji Komisija zauzima, a to je, da se oni ne smatraju „izvorom prava”. Ipak, Specijalni izvestilac se uzdržao da u svom predlogu zaključka negira da sudske odluke predstavljaju izvor prava. Pri zauzimanju nedovoljno opredeljenog stava, Specijalni izvestilac se prevashodno „subjektivno” oslanja na prethodne dokumente Komisije, umesto da se upusti, otkrije i ponudi svoju dodatnu argumentaciju. Odsustvo jasne argumentacije koja bi opravdala naknadno radikalno istupanje Komisije predstavlja zapravo osnovni nedostatak obimnog izveštaja izvestioca. Zanimljivo je da se u samom komentaru koji prati preliminarno usvojen nacrt zaključka Komisije navodi da su postojali predlozi da se ublaži domašaj formulacije shodno kojoj pomoćna sredstva „nisu izvori” prava, budući da je ona kritikovana kao previše kategorična, odnosno radikalna. U tom kontekstu, predlagalo se da se data formulacija zameni umerenijom tvrdnjom prema kojoj, pomoćna sredstva jedino „nisu autonomni izvori prava”. Ipak, od predloženog ublažavanje se odustalo, budući da bi, prema rečima Komsije, svako dodatno ublažavanje konstatacije da se ne radi o izvorima prava zahtevalo kasnija pojašnjenja atributa koji se dodaju uz formulu „izvora prava”, kao što je bio predloženi dodatak „autonoman”. Ostaje da se vidi da li će navedena argumentacija Komisije opstati, budući da su vođena težnjom za opasnim pojednostavljenjima koja nemaju ničeg dodirnog sa preovlađujućim delom doktrine, izdvojenim mišljenjima pojedinih sudija MSP, pa i sudskom praksom MSP, iz koje nesumnjivo proizilazi doprinos MSP utvrđivanju i razvoju međunarodnog prava u različitim oblastima i vremenima. Komisija je propustila da objasni zbog čega se pojam „pomoćnih sredstava za utvrđivanje pravnih pravila“ u smislu člana 38. stav 1, tačka d) Statuta ne može smatrati sinonimom sa pojmom pomoćnog izvora međunarodnog prava na način na koji je određen u ovom radu, a i u preovlađujućem delu doktrine. Stepen razvojne i stvaralačke uloge MSP svakako nije lako merljiv, pa je samim tim i donekle sporan. Međutim, to ne može da posluži kao opravdanje za pokušaj Komisije da razdvoji koncepte pomoćnih sredstava u smislu člana 38. Statuta od koncepta pomoćnog izvora međunarodnog prava kada oni u suštini, u doktrini i praksi, označavaju isto: sredstva za utvrđivanje a katkad i razvijanje, međunarodnopravnih pravila sadržanih u glavnim izvorima. Ovakav radikalni zaokret Komsije prevazilazi izloženu terminološku dilemu i pokreće dodatna pitanja: Da li Komisija privremenim usvajanjem ovog zaključka zapravo planira da stane na put preovlađujućem stanovištu prema kojem sudska praksa MSP može da doprinese popunjavanju pravnih praznina u pojedinim slučajevima? Da li se Komisija okrenula pozitivnopravnom pristupu prema kojem međunarodno pravo odlikuju isključivo njegovi formalni izvori? Komisija je za sada propustila da pruži razložno objašnjenje za pokušaj umanjenja značaja i pravne snage međunarodnih sudskih odluka. Na taj način ostavila je prostor za opsežnu kritiku pa i eventualno unapređenje preliminarno usvojenih zaključaka.

## Pravna pojašnjenja Komisije za međunarodno pravo koja se ne protive trenutnom toku razvoja međunarodnog prava

Nacrti zaključka koje je Komisija privremeno usvojila pružaju još nekoliko korisnih pojašnjenja koja se ne protive dosadašnjem toku razvoja naučne misli i sudske prakse u ovoj oblasti. Najpre, dok se u Statutu MSP jezgrovito formuliše da je namena pomoćnih sredstva utvrđivanje pravnih pravila, nacrt zaključka uvodi dodatno preciziranje predviđajući da se njihova namena ogleda u tome što ona služe utvrđivanju „postojanja i sadržine pravila međunarodnog prava”. Ovakva pojašnjenja čine se celishodnim budući da su jasnija od ponuđene neodređene alternative, koja je išla jedino za tim da se predvidi da pomoćna sredstva imaju promoćni karakter.<sup>56</sup> Dakle, korisno je izvršeno pojašnjenje u pogledu sažete odredbe Statuta MSP, kojom se predviđa da se sudskim odlukama utvrđuje postojanje i sadržina određenog pravnog pravila, uz napomenu da je reč o međunarodnopravnom pravilu. Pored toga, Komisija u jednom od svojih privremeno usvojenih nacrti zaključaka navodi da odluke međunarodnih sudova i tribunala ne predstavljaju pravnoobavezujuće presedane u međunarodnom pravu ukoliko se drugačije ne predvidi u posebnom instrumentu ili pravilu međunarodnog prava. Ovakav nacrt zaključka odražava stav koji je opšteprihvaćen u međunarodnopravnoj teoriji i praksi. Naime, ne postoji sistem pravnoobavezujućeg presedana u međunarodnim sudovima ni tribunalima, niti se primenjuje doktrina *stare decis*.<sup>57</sup> Doktrina *stare decis* se sreće jedino u *common law* (precedentim) pravnim sistemima i njena primena se po pravilu vezuje za sudove višestepene nadležnosti u tim sistemima, u kojima je sud više instance nadležan da ukine odluku nižeg suda koja se neopravdano nije pridržavala prethodne prakse.<sup>58</sup> U nacrtu zaključka dodatno se precizira da se odluke međunarodnih sudova i tribunala mogu poštovati u narednim odlukama u pogledu pravnih pitanja kada u njima razmatraju slična pitanja. Komisija dalje opravdano primećuje da standardi pravne sigurnosti, usklađenosti i stabilnosti koji su svojstveni vladavini prava zahtevaju da se sudovi i tribunali osvrću na pravna obrazloženja koja su sadržana u prethodnim odlukama, iako nisu obavezni i da ih primenjuju.<sup>59</sup> U dodatnom komentaru uz nacrt zaključaka objašnjava se da se namerno koristio termin pridržavanja “pravnih pitanja” pod kojim se podrazumevaju pravna obrazloženja i pravni zaključci. Prema objašnjenju

<sup>56</sup> Videti nacrt zaključka 6 u: “International Law Commission: Chapter V Subsidiary means for the determination of rules of international law”, A/79/10, GE.24-14319, para. 5, p. 42.

<sup>57</sup> Videti nacrt zaključka 7 u: “International Law Commission: Chapter V Subsidiary means for the determination of rules of international law”, A/79/10, GE.24-14319, p. 43., para. 1.

<sup>58</sup> “International Law Commission: Second report on subsidiary means for the determination of rules of international law By Charles Chernor Jalloh, Special Rapporteur,” *op. cit.*, p. 41, para. 140.

<sup>59</sup> Videti nacrt zaključka 7 u: “International Law Commission: Chapter V Subsidiary Means for the Determination of Rules of International Law”, A/79/10, GE.24-14319, para. 1, p. 43.

Komisije, na taj način nastojalo se da se uvaži postojeća, ranije spominjana razlika koja se pravi u teoriji u praksi, a shodno kojoj je uputno slediti obrazloženje sudskih odluka, kao i pravna pitanja obuhvaćena njime, a ne sam dispozitiv odluke. Komisija za međunarodno pravo je u jednom od svojih privremeno usvojenih nacrtu zaključaka uvela potrebno razlikovanje uloga koje imaju odluke nacionalnih sudova u odnosu na uloge koje imaju odluke međunarodnih sudova. U tom pogledu, Komisija zaključuje da odluke međunarodnih sudova predstavljaju pomoćna sredstva za utvrđivanje postojanja i sadržine pravila međunarodnih prava, dok za odluke nacionalnih sudova Komisija ustanovljava da one imaju ograničenu ulogu, budući da samo „u određenim slučajevima” mogu da se koriste kao pomoćna sredstva za utvrđivanje postojanja i sadržine pravila međunarodnog prava.<sup>60</sup> Ovakvo razgraničenje proizilazi iz ranijeg rada Komisije za međunarodno pravo i ne nalazi se u oštroj suprotnosti sa mišljenjima zastupljenim u doktrini i praksi. Komisija za međunarodno pravo u tom pogledu dodaje da iako u samom Statutu nije izvršeno razlikovanje između pravne snage međunarodnih i nacionalnih odluka, takvo razgraničenje je neophodno izvršiti budući da je potrebno da se koncept nacionalne odluke kao pomoćnog sredstva prihvati sa velikom dozom opreza.<sup>61</sup> U tom kontekstu, Komisija ističe da, za razliku od međunarodnih sudova, nacionalni sudovi nisu ustanovljeni da bi tumačili i primenjivali međunarodno pravo i da im usled toga po pravilu nedostaju potrebna stručnost i iskustvo u toj oblasti. Iz navedenih razloga, Komisija opravdano preporučuje da se od slučaja do slučaja procenjuje prednost određene nacionalne odluke da predstavlja pomoćno sredstvo u smislu člana 38. Statuta MSP, kao i da se u tom pogledu posebno uzme u obzir kvalitet obrazloženja sadržanog u konkretnoj odluci, kao i to da li se radi o odluci donetoj od strane suda više instance ili ne.<sup>62</sup> Konačno, Komisija proširuje koncept odluka koje predstavljaju pomoćna sredstva u smislu člana 38, na taj način što ga ne ograničava isključivo na sudske odluke, već i na odluke drugih organa čime odgovara na savremene potrebe, odnosno čime odražava tokove razvoja savremenog međunarodnog prava. Na taj način ona odstupa od formulacije Statuta koja koristi formulaciju „sudske odluke“. Komisija u tom pogledu vrši dva preciziranja. Najpre, ističe da pod pojmom odluka treba obuhvatiti ne samo pravnosnažne presude, već i savetodavna mišljenja, pojedine naloge i privremene mere.<sup>63</sup> Ova napomena Komisije čini se nepotrebnom budući da sama formulacija „sudske odluke“ iz člana 38. ide u pravcu takvog tumačenja koje se ne ograničava isključivo na akte meritornog i pravnosnažnog odlučivanja, tačnije na pravnosnažne presude, već obuhvata i druge vrste sudskih odluka. Drugo

<sup>60</sup> Videti nacrt zaključka 4 u: “International Law Commission: Chapter V Subsidiary Means for the Determination of Rules of International Law”, *op. cit.*, para. 18, p. 37.

<sup>61</sup> *Ibid.*, para. 16, p. 36.

<sup>62</sup> *Ibid.*, para. 20, p. 37.

<sup>63</sup> *Ibid.*, para. 3, p. 32.

preciziranje Komisije čini se značajnijim. Naima, ističe se da pojam „odluke međunarodnih sudova i tribunala” treba tumačiti tako da obuhvati i odluke bilo kog međunarodnog tela koje vrši sudsku nadležnost, te primenjuje međunaordno pravo ukoliko je pozvano da utvrdi postojanje i sadržinu pravila međunarodnog prava. Kao primere ovakvih tela Komisija navodi, pored MSP kao stalnog tela i brojna regionalna ili arbitražna tela, od kojih neka imaju *ad hoc* karakter. Iako Komisija u svom zaključku prilikom spominjanja odluka međunarodnih sudova i tribunala posebno upućuje na odluke MSP, bitno je da ona u tom pogledu dodatno pojašnjava da se izvršenim upućivanje na praksu MSP, nije nastojala uvesti hijerarhija u odnosima između različitih međunarodnih sudova i tribunala budući da bi se tako nešto protivilo međunarodnom javnom poretku. Štaviše, Komisija za međunarodno pravo dodatno naglašava širok domašaj odredbi člana 38. Statuta MSP, budući da se njima normira pravna snaga odluka svih međunarodnih sudova i tribunala koji primenjuju međunarodno pravo, pa i nacionalnih sudova.<sup>64</sup> Na taj način, izvršeno je podsećanje na dalekosežnost značaja člana 38. Statuta MSP, koji usmerava ne samo pravilno delovanje MSP, već svih međunarodnih i nacionalnih tela nadležnih za primenu i tumačenje međunarodnog prava.

## ZAKLJUČAK

Komisija za međunarodno pravo je u 2021. godini prepoznala potrebu da dodatno razjasni značaj, ulogu i mesto sudskih odluka kao uostalom i drugih pomoćnih sredstava za utvrđivanje pravnih pravila u smislu člana 38. stav 1, tačka d) Statuta MSP. Otvaranju ovog pitanja prethodio je rad Komisije za međunarodno pravo na drugim izvorima koji su obuhvaćeni članom 38. Statuta MSP, pa se stoga ova aktivnost smatrala logičnim nastavkom. Značaj interevenisanja u ovu oblast proizilazi i iz činjenice da se u doktrini već decenijama razmatra pitanje tumačenja i primene međunarodnog prava od strane međunarodnih sudova i tribunala, a da se i dalje pružaju različiti odgovori u pogledu pravne snage sudskih odluka kao pomoćnih sredstava za utvrđivanje pravnih pravila u smislu člana 38. Statuta MSP. Nailazi se na različite stavove počevši od toga da sudske odluke kao pomoćno sredstvo za utvrđivanje pravila međunarodnog prava predstavljaju formalne izvore međunarodnog prava, preko toga da one ne predstavljaju glavne već pomoćne izvore, pa sve do toga da one predstavljaju „kvaziformalne“ izvore međunarodnog prava. Imajući u vidu prisutnost proliferacije međunarodnih sudskih i kvazisudskih tela, kao i fenomen judiaklizacije međunarodnog prava koja dovodi do sve naglašenije uloge međunarodnog sudstva, od Komisije se nestrpljivo očekivalo da kroz nacрте zaključka pruži takozvano „pojašnjenje prava na osnovu trenutno

<sup>64</sup> S druge strane, izvršeno posebno upućivanje na praksu MSP proizilazi iz identičnog pristupa koji je Komsija ranije već sledila u zaključcima koji su se odnosili na međunarodno običajno pravo. V. *Ibid.*, paras. 6–11, pp. 33–35.

postojeće prakse“. Odgovori koje je do sada pružila Komisija su zbunjujući i čini se da ne odražavaju tendencije prisutne u tekućoj praksi, kao ni davna predividjanja tvoraca Statuta SSMP prema kojima je međunarodna sudska praksa ta koja će postepeno doprinositi oblikovanju i unapređenju međunarodnog prava. I pored toga što je Specialni izvestilac imenovan od strane Komisije za međunarodno pravo nedavno ukazao da fenomen judakilizacije neizostavno utiče na porast značaja sudskih odluka, privremeno usvojeni nacrti zaključaka Komisije ne idu u pravcu ikakvog prepoznavanja takvog dodatnog značaja sudskih odluka kao pomoćnih sredstava u smislu člana 38. stav 1, tačka d) Statuta MSP. Neki od preliminarno usvojenih nacrti zaključaka nude korisna pojašnjenja, kao što su na primer oni kojima se precizira i proširuje koncept odluke u smislu člana 38. Statuta MSP. Međutim, čini se da ključno pojašnjenje koje uvodi Komisija, a koje se tiče mesta i pravne snage sudskih odluka kao izvora međunarodnog prava predstavlja najproblematičniju i najkontraverzniju tačku njenog rada na ovu temu. Naime, Komisija je neutemeljenim udaljavanjem koncepta pomoćnih izvora međunarodnog prava od koncepta pomoćnih sredstava za utvrđivanje pravila međunarodnog prava unela tektonske promene u ovu oblast. Takve promene ne samo da se čine nepotrebnim već se i protive trenutnim tendencijama u praksi. Istorijsko i jezičko tumačenje člana 38, kao uostalom i drugih odredbi Statuta potvrđuje da *stare decis* doktrina ne postoji, pa i da nema potrebe za tim da uskoro zaživi u međunarodnom pravu. Odsustvo presedana u praksi MSP međutim, ne treba shvatiti kao opravdanje za oduzimanje sudskim odlukama svojstva pomoćnog izvora međunarodnog prava koje po preovlađujućem mišljenju u doktrini već dugo postoji. Ako pođemo od prihvaćene definicije pomoćnih izvora međunarodnog prava, onda dolazimo do toga da pomoćni izvori upravo i jesu „pomoćna“ (a ne glavna) sredstva za utvrđivanje međunarodnog prava. Stoga se pokušaj kidanja veze koji je izvršen u preliminarno usvojenim nacrtima zaključaka čini krajnje neutemeljenim, a posebno ako se uzme u obzir da uža definicija pomoćnih izvora, upravo i potvrđuje da oni služe utvrđivanju sadržine i postojanja međunarodnog prava. Čini se stoga da bi pravovremeno odustajanje Komisije od konfuznog i teško održivog pojašnjenja koje se protivi trenutnom toku razvoja sudske prakse i doktrine predstavljalo pravi korak u pravcu očuvanje njenog autoriteta, kao uostalom i autoriteta međunarodnih sudova koji su svojom višedecenijskom razvojnom ulogom pozitivno uticali na evoluciju međunarodnog prava.



## **JUDICIAL DECISIONS – SUBSIDIARY MEAN FOR DETERMINING THE RULES OF INTERNATIONAL LAW – A NEW CONSTRUCTION OF THE COMMISSION FOR INTERNATIONAL LAW?**

### **ABSTRACT**

In 2021, the International Law Commission decided to place the topic on judicial decisions and other subsidiary means for the determination of rules of international law” in its long-term program of work. Since there was a point of divergence among legal scholars about the language of Article 38, paragraph 1 (d), there was a need to elucidate whether judicial decisions should be classed as a formal source of law, subsidiary source of law, or so-called “quasi-formal” source of international law. This paper aims to explore the evolution of the concept of judicial decisions as subsidiary means for the determination of international law and to assess to which extent the recent International Law Commission’s draft findings are in line with the doctrinal views and jurisprudence of the International Court of Justice. In doing so, the author will first examine the drafting history of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice. After that, the paper will explore the case law of the International Court of Justice and its predecessor, given its relevance for the interpretation and application of Article 38 paragraph 1 point d of the Statute of the International Court of Justice. Finally, the analysis of the recent clarifications made by the International Law Commission will be provided. The author concludes that in its draft conclusions, the International Law Commission failed to clarify the law based on current practice, considering that its findings are not in line with the existing case law and prevailing doctrinal views. In order to address the created confusion, the author suggests that the International Law Commission should consider modifying its draft conclusions which determine that international court decisions cannot be considered a source of international law.

*Key words:* International Law Commission, subsidiary sources of international law, judicial decision as subsidiary means for the determination of rules of law, Statute of the International Court of Justice, International Court of Justice

### **REFERENCES**

1. Barcelona Traction Light and Power Company Limited (Second Phase) (*Belgium v. Spain*), Judgment of 5 February 1970, [1970] ICJ Rep. 3, Separate Opinion of Judge Fouad Ammoun).
2. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (*Belgium v. Spain*) (New Application: 1962), Separate Opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice, Judgment of 5 February 1970, Second Phase, Procedure(s):Preliminary objection.

4. Charney, Jonathan I., „Is International Law Threatened by the Multiplication of International Tribunals“, *Recueil des Cours* Vol. 271, 1998.
5. Čolović, Vladimir, „Stalni Arbitražni sud“, u: Jovan Ćirić (ur.) *Srpsko pravo i međunarodne sudske institucije*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2009, str. 101–121.
6. Continental Shelf (*Libyan Arab Jamahiriya v Malta*), Order on Application by Italy for Permission to Intervene) [1984] ICJ Rep 3, Opinion of Judge Sir Robert Jennings.
7. Ćorić Erić, Vesna, „Odnos Evropskog suda pravde I Evropskog suda za ljudska prava,“ doktorska disertacija 2013, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Internet:<https://nardus.mpn.gov.rs/bitstream/handle/123456789/2642/Disertacija.pdf?sequence=4&isAllowed=y>, 15.10.2024.
8. Dimitrijević, Duško, „Sedam decenija međunarodnog suda pravde ujedinjenih nacija: Prolegomena“, *Pravni život*, br. 12/2017, str. 285–307, 285.
9. Dixon, Martin, *Textbook on International Law*, 6th edition, Oxford University Press, Oxford, 2007.
10. Enabulele, Amos O., “Judicial Lawmaking: Understanding Articles 38(1)(d) and 59 of the Statute of the International Court of Justice”, *Australian Year Book of International Law*, 2015, Vol. 33, pp. 14–44.
11. Faude, Benjamin, “How the Fragmentation of the International Judiciary Affects the Performance of International Judicial Bodies”, in: Theresa Squatrito, Oran R. Young, Andreas Follesdal, and Geir Ulfstein (eds.) *The Performance of International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, Online, 2018, pp. 234–260.
12. Fitzmaurice, Gerald G., “Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law”, Routledge, 2000.
13. Guillaume, Gilbert, “The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2011, Vol. 2, No. 1, pp. 5–23.
14. International Law Commission: Second report on subsidiary means for the determination of rules of international law By Charles Chernor Jalloh, Special Rapporteur, Seventy-fifth session Geneva, 30 January 2024, A/CN.4/769\*.
15. “International Law Commission: Chapter V Subsidiary Means for the Determination of Rules of International Law”, A/79/10, GE.24-14319.
16. “International Law Commission: Memorandum by the Secretariat on subsidiary means for the determination of rules of international law Elements in the previous work of the International Law Commission that could be particularly relevant to the topic”, Geneva, 8 February 2023 (A/CN.4/759).

17. “International Law Commission: Texts and titles of draft conclusions 6, 7 and 8 as provisionally adopted by the Drafting Committee on 16, 21 and 22 May 2024”, A/CN.4/L.999, 28 May 2024.
18. Jennings, Robert Yewdall “The Judiciary, International and National, and the Development of International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, Vol. 45, No. 1, pp. 1–12.
19. Jalloh, Charles Chernor, “The International Law Commission’s Seventy-Fourth (2023) Session: General Principles Of Law And Other Topics”, *American Journal of International Law*, 2024, Vol. 118, No. 1, pp. 120–144.
20. Kreća, Milenko, *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014.
21. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996, ICJ Reports 1996.
22. Luhmann, Niklas, *Law as a Social System*, Oxford University Press, New York, 2004.
23. Milisavljević, Bojan, „Uloga Komisije za međunarodno pravo u izgradnji međunarodnog poretka“, in: Duško Dimitrijević (ur.) *Srpski godišnjak za međunarodno pravo*, 2021, str. 43–52.
24. Mutiah, Wenda Juniar, “Subsidiary Sources of International Law: Is It Only as Law Determining?”, *International Journal of Global Community*, 2021, Vol. 4 No. 3, pp. 191–198.
25. Nollkaemper, André, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
26. Pellet, Alain, “Decisions of the ICJ as Sources of International Law?” in: Enzo Cannizzaro, et al (eds), *Gaetano Morelli Lectures Series, Vol. 2*, International and European Papers Publishing, Rome, 2018.
27. Peil, Michael, “Scholarly Writings as a Source of Law: A Survey of the Use of Doctrine by the International Court of Justice”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2012, Vol. 1, No. 3, pp. 136–161.
28. Pierre-Marie Dupuy, „The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice“, *New York University Journal of International Law and Politics*, 1999, Vol. 31, pp. 791–807.
29. Prost, Mario, Clark, Kingsley, Paul, „Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law: How Much Does the Multiplication of International Organizations Really Matter?“, *Chinese Journal of International Law*, 2006, Vol. 5, No. 2, pp. 341–370.

30. Rakić, Branko M., „Fragmentacija međunarodnog prava i evropsko pravo – na Zapadu nešto novo“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2009, br. 1, str. 122–147.
31. Roberts, Andrea, “Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law”, *International & Comparative Law Quarterly*, 2011, Vol. 60, pp. 57–92.
32. Romano, Cesare P. “The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle,” *New York University Journal of International Law and Politics*, 1999, Vol. 31, pp. 709–751.
33. Romano, Cesare P. “Project on International Courts and Tribunals: The International Judiciary in Context“, Retrieved from: [www.pict-pecti.org/synoptic/chart2.html](http://www.pict-pecti.org/synoptic/chart2.html)
34. Shahabuddeen, Mohamed, “Judicial creativity and joint criminal enterprise”, in: Shane Darcy and Joseph Powderly (eds), *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford University Press, New York, 2010.
35. Stephan W. Schill, Michail Risvas, “Symposium: Re-thinking the Role of Domestic Law in International Adjudication”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2024, Vol. 23, pp. 73–82.
36. South West Africa Cases (*Ethiopia v. South Africa, Liberia v. South Africa*), Second Phase, Judgment of 18 July 1966, ICJ Reports 1966.
37. „Uredba o ratifikaciji Bečke konvencije o ugovornom pravu“, *Sl. list SFRJ - Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, br. 30/72.
38. “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.
39. Zdravković, Ana, „Međunarodni sud pravde – Vladalac ili mislilac?“, In: *Sudstvo kao vlast. Centar za pravosudna istraživanja*, Beograd, 2020, str. 155–174.

CIP - Каталогизација у публикацији  
Народна библиотека Србије, Београд

341.215(082)  
327(082)

SRPSKI godišnjak za međunarodno pravo = The Serbian yearbook of international law / Duško Dimitrijević (ur.). - 4. izd. - Beograd : Srpsko udruženje za međunarodno pravo = Serbian International Law Association, 2024 (Beograd : Pharnalab laboratorija). - 511 str. ; 25 cm

Radovi na srp. i engl. jeziku. - Tiraž 30. - Str. 9-11: Predgovor = Foreword / Duško Dimitrijević. - Napomene i bibliografske reference uz tekst. - Bibliografija uz većinu radova. - Abstracts ; Apstrakti.

ISBN 978-86-903836-3-4

1. Димитријевић, Душко, 1965- [уредник] [аутор додатног текста]  
а) Међународно право -- Зборници б) Међународни односи --  
Зборници

COBISS.SR-ID 157556489