

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ
ФАКУЛТЕТ ПОЛИТИЧКИХ НАУКА

Милош Р. Хрњаз

Настанак и утврђивање постојања међународне
обичајне норме: пракса Међународног суда
правде

Докторска дисертација

Београд, 2016. године.

University of Belgrade
Faculty of Political Sciences

Miloš R. Hrnjaz

Formation and Identification of Customary
International Norm: Jurisprudence of International
Court of Justice

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2016

Ментор

Проф. др Весна Кнежевић – Предић, *Универзитет у Београду – Факултет политичких наука*

Комисија

Проф. др Зоран Радивојевић, *Универзитет у Нишу – Правни факултет*

Доц. др Василка Санцин, *Универзитет у Љубљани – Правни факултет*

Датум одбране:

Настанак и утврђивање постојања међународне обичајне норме: пракса Међународног суда правде

Резиме

Теорија о формалним изворима међународног права, и поред својих несавршености, представља најсигурнији водич за откривање међународноправних норми. У теорији међународног права постоји консензус у вези са тим да је један од формалних извора права и међународни обичај, али је све остало у вези са овим извором међународног права спорно: начин настанка, његови саставни елементи, однос тих елемената, као и његово мењање и нестајање.

У дисертацији се најпре указује на то да је схватање правне природе међународне обичајне норме детерминисано схватањем аутора о правној природи и системском карактеру међународног права. Следећи део дисертације је посвећен концепту извора права. У њему се најпре приказују постојећи доктринарни ставови о концептима материјалних и формалних извора права, да би се затим посебна пажња посветила концепту међународног обичајног права. У вези са тим се закључује да постоји веома убедљиво оправдање за инсистирање на прављењу разлике између материјалних и формалних извора права, а да сâмо име међународно обичајно право открива да међународне обичајне норме не настају спонтано, већ су резултат циљно-рационалне одлуке субјеката који имају правно стваралачку способност.

Одређење међународне обичајне норме из Статута Међународног суда правде указује на постојање два елемента међународне обичајне норме: праксу и *opinio iuris*. У дисертацији се критички преиспитују постојећи доктринарни ставови у вези са природом и односом ова два елемента у процесу настанка међународних обичајних норми. Такав истраживачки поступак у дисертацији је показао да је раздвајање материјалног и субјективног елемента међународне обичајне норме могуће из аналитичких разлога, али да су они заправо нераскидиво повезани. То се можда најбоље види на примеру тумачења уздржавања од праксе као једном од начина за настанак међународних обичајних норми.

У дисертацији се затим истражују специфичности у погледу настанка регионалних (посебних) и локалних међународних обичајних норми, као и утицаја међународних уговора, једностранних правних аката држава и одлука међународних организација на овај процес. Основни закључак овог дела дисертације је да иако у фактичком смислу ови правни акти могу на различите начине утицати на процес настанка међународних обичајних норми, критеријуми за настанак међународних обичајних норми увек остају исти.

Закључци у вези са доктринарним ставовима о настанку и утврђивању међународних обичајних норми се у другом делу дисертације пореде са јуриспруденцијом Међународног суда правде у овој области. Због тога се у четвртом поглављу дисертације даје кратак приказ историјата и значаја овог Суда, његовог положаја у систему Уједињених нација, обима његове јуриспруденције, као и оцени природе његове правосудне функције. У том контексту се закључује да се његова правосудна функција налази негде између два екстремна доктринарна становишта: техничке примене међународноправних норми и стварања права.

У наредном делу дисертације се конкретније пореде доктринарна становишта о настанку и доказивању постојања међународних обичајних норми са закључцима Међународног суда правде. Истраживање је показало да се Суд очекивано није озбиљно бавио самим појмом међународне обичајне норме, већ је углавном преузимао одређење из свог Статута. Суд је такође у својој досадашњој јуриспруденцији инсистирао на томе да морају да постоје оба елемента међународне обичајне норме. У дисертацији се показује да је Суд формирао критеријум да пракса мора да буде општа, стална и једнообразна. Иако је овакав закључак Суда у великој мери прихваћен у теорији међународног права, он се у дисертацији критички преиспитује (нарочито захтев да пракса мора да буде једнообразна). Истраживање судске јуриспруденције у погледу субјективног елемента међународне обичајне норме показује да га је Суд углавном посматрао као веровање да је неко правило постало обавезно, иако се у дисертацији износи став да је можда боље то посматрати као прихватање да неко правило постане обавезујуће (део судске праксе је на трагу оваквог закључка). У дисертацији се показује да је и Суд имао одређених потешкоћа приликом покушаја потпуног раздвајања два елемента међународне обичајне норме.

Јуриспруденција Суда у вези са настанком регионалних и локалних обичајних норми је релативно скромна, али је, како се у дисертацији закључује, имала великог утицаја на доктринарна становишта. Суд је потврдио постојање ових врста обичајних норми, иако на нека питања у вези са њиховом природом није одговорио. Суд је такође потврдио да различите фазе у закључивању међународних уговора могу имати утицај на настанак, утврђивање постојања и нестанак међународних обичајних норми. У пракси Међународног суда правде су бројни примери у којима је он настанак међународних обичајних норми тумачио уз помоћ размене једностраних правних аката држава. Међународни суд правде је такође у неколико наврата анализирао правну природу резолуција Генералне скупштине УН и понудио важне закључке у погледу њиховог утицаја на настанак и утврђивање постојања међународних обичајних норми.

На самом крају дисертације се налазе закључна разматрања у којима се проверава у којој мери закључци истраживања потврђују основне хипотезе од којих се у раду пошло. Осим тога се наводи и за која будућа истраживања ова дисертација може да послужи као референтно место.

Кључне речи: међународно право, међународна обичајна норма, Међународни суд правде, извори међународног права, *opinio iuris*, правна природа међународног права.

Научна област: Политичке науке

Ужа научна област: Међународно-правна област

Formation and Identification of Customary International Norm: Jurisprudence of International Court of Justice

Abstract

Despite having some imperfections, the theory of formal sources of International Law is the most certain guide for identification of international legal norms. In theory of International Law there is a consensus about international custom being one of the formal sources of International Law, but apart from that, everything that has to do with the custom in International Law is disputable: the way it is being created, its constituent elements, relation among these elements, as well as changing and extinction of international custom.

The dissertation firstly presents the conclusion that perception of customary international norm is determined by author's perception of legal nature of International Law. The subsequent part of dissertation is dedicated to the concept of the "source of law". Firstly, this part contains presentation of the existing doctrines in reference to the concepts of "material" and "formal sources of law". Afterwards, it elaborates on the concept of "customary international law". It also provides a conclusion that there is a rather convincing justification for insisting on demarcation between material and formal sources of law, and that the very name of Customary International Law reveals that the customary international norms are not being created spontaneously, but as a result of intentional and rational decision of the actors having the capacity to make international law.

Definition of international customary norm in the Statute of the International Court of Justice indicates existence of two elements of international customary norm: international practice and *opinio juris*. The dissertation critically reviews existing doctrines in reference to the nature and relation between these two elements in a process of creation of international customary norm. Employment of this research method demonstrated that it was possible to demarcate material and subjective element of international customary norm for the analytical purposes, but that they are actually inextricably bonded. Perhaps it is the most obviously visible in the example of interpretation of refraining from action as one of the ways of creation of international customary norm.

Further in dissertation, the author indulges in analysis of singularity of creation of regional (special) and local international customary norms, as well as of influence of international

agreements, unilateral acts of states and decisions of international organisations on this process. The main conclusion of this part of the dissertation is that, even though in practice these legal acts can affect the process of creation of international customary norms in different ways, the criteria for creation of international customary norms always remain the same.

In the second part of the dissertation, the conclusions of its first part referring to doctrines on creation and determination of international customary norms are being compared with jurisprudence of International Court of Justice in this field. That is the reason why the fourth chapter of the dissertation contains a short history and explanation of significance of this Court, its place within the United Nations system, scope of its jurisprudence, as well as assessment of a nature of its judicial function. It is being concluded that the Court is the most important international judicial institution in international community and that its judicial function is somewhere between two extreme standpoints: technical implementation of international law and creation of law.

Further in dissertation, the author compares doctrines on creation and proving of existence of international customary norms with conclusions of International Court of Justice more concretely. The research has demonstrated that the Court did not seriously deal with the very notion of customary international norm, but it mostly used a definition from its Statute. In its previous jurisprudence, The Court was also insisting on mandatory existence of both elements of customary international norm. It is also shown that the Court had created a criterion stating that practice had to be general, constant and uniform. Although this Court's conclusion has been widely accepted in the theory of International Law, it is being critically reviewed in the dissertation (especially insistence on uniformity of practice). The research of the judicial jurisprudence regarding subjective element of international customary norm reveals that the Court mostly interpreted it as a belief of the states that a certain rule had become obligatory although the author states in the dissertation that it might be better to interpret subjective element as an acceptance that a certain rule has become mandatory. It is also being demonstrated in the dissertation that the Court was facing certain difficulties when trying to completely separate two elements of international customary norm.

Jurisprudence of the Court in reference to creation of regional and local customary norms is relatively modest, but, as the author concludes in the dissertation, it had a significant impact on

international legal doctrines. The Court has confirmed existence of these categories of customary norms, although it did not reply to some questions regarding their legal nature. The Court has also confirmed that different stages of the conclusion of the international treaties can affect the creation, identification and extinction of customary international norms. There are a number of examples in the jurisprudence of the Court in which the creation of customary international norms were interpreted by exchange of unilateral legal acts of the states. International Court of Justice has also analyzed the legal nature of UN General Assembly resolutions and offered important conclusions about their influence on formation and identification of customary international norms.

Concluding remarks at the end of the dissertation are used to check compatibility between research conclusions and its starting hypothesis. Additionally, it mentions for which further researches this dissertation could be a referent place.

Keywords: International Law, customary international law, International Court of Justice, the sources of international law, *opinio juris*, the legal nature of international law.

Field of study: Political Science

Academic Discipline: International Law

Садржај

Скраћенице

I УВОД	1
II ПРАВНА ПРИРОДА МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА И ИЗВОРИ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА	15
2.1 Правна природа и системски карактер међународног права	15
2.2 Материјални извори међународног права	24
2.3 Формални извори међународног права: појам и класификација	34
2.4 Закључак	48
III НАСТАНАК И УТВРЂИВАЊЕ ПОСТОЈАЊА МЕЂУНАРОДНЕ ОБИЧАЈНЕ НОРМЕ: ДОКТРИНАРНЕ РАСПРАВЕ	52
3.1 Појам међународног обичајног права	52
3.2 Пракса као елемент међународне обичајне норме	56
3.3 <i>Opinio iuris</i> као елемент међународне обичајне норме	71
3.4 Настанак међународне обичајне норме	82
3.4.1 Нагласак на материјални елемент при стварању међународних обичајних норми.....	84
3.4.2 Нагласак на субјективни елемент приликом стварања међународне обичајне норме	91
3.4.3 Алтернативни приступи у схватању односа два елемента међународне обичајне норме	96
3.5 Утврђивање постојања међународне обичајне норме – њено мењање, нестајање и повлачење из обичаја	104
3.6. Настанак и утврђивање постојања регионалних и локалних обичајних норми.....	120
3.7 Утицај уговора на настанак и утврђивање постојања међународних обичајних норми.....	125
3.8 Утицај једностранних правних аката држава на настанак и утврђивање постојања међународне обичајне норме	134
3.9 Утицај одлука међународних организација на настанак и утврђивање постојања међународне обичајне норме	137

3.10 Закључак	147
IV ПОЈАМ МЕЂУНАРОДНОГ ОБИЧАЈНОГ ПРАВА И НЕОПХОДНИ ЕЛЕМЕНТИ ЗА НАСТАНАК И УТВРЂИВАЊЕ ПОСТОЈАЊА МЕЂУНАРОДНЕ ОБИЧАЈНЕ НОРМЕ У ПРАКСИ МЕЂУНАРОДНОГ СУДА ПРАВДЕ	
4.1 Међународни суд правде: оцена правосудне функције Суда у његовој досадашњој пракси	155
4.2 Појам међународне обичајне норме у пракси Међународног суда правде	170
4.3 Тумачење праксе као једног од елемената међународне обичајне норме у пракси Међународног суда правде	177
4.4 Тумачење <i>opinio iuris</i> као једног од елемената међународне обичајне норме у пракси Међународног суда правде	201
4.5 Тумачење настанка и утврђивања постојања међународне обичајне норме на основу постојања праксе и <i>opinion iuris</i> у пракси Међународног суда правде.....	215
4.5.1 Настанак међународне обичајне норме на основу њена два елемента у пракси МСП	216
4.5.2 Доказивање постојања међународне обичајне норме у јуриспруденцији МСП	220
4.6 Тумачење настанка и утврђивања регионалне и локалне обичајне норме у пракси Међународног суда правде	236
4.7 Закључак	241
V УТИЦАЈ МЕЂУНАРОДНИХ УГОВОРА, ЈЕДНОСТРАНИХ ПРАВНИХ АКТА ДРЖАВА И ОДЛУКА ОРГАНА УЈЕДИЊЕНИХ НАЦИЈА НА НАСТАНАК И УТВРЂИВАЊЕ ПОСТОЈАЊА МЕЂУНАРОДНИХ ОБИЧАЈНИХ НОРМИ У ПРАКСИ МСП	
5.1 Тумачење утицаја међународних уговора на настанак и утврђивање постојања међународне обичајне норме у пракси МСП	249
5.2 Тумачење утицаја једностраних правних аката држава на настанак и утврђивање постојања међународне обичајне норме у пракси МСП	265
5.3 Тумачење утицаја одлука тела у оквиру УН на настанак и утврђивање постојања међународне обичајне норме у пракси МСП	268
5.3.1 Одлуке Генералне скупштине УН.....	268
5.3.2 Резолуције Савета безбедности УН	277

5.3.3 Рад Комисије за међународно право и Шестог комитета	280
5.4 Закључак	284
VI ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА	290
VII ЛИТЕРАТУРА.....	301

СКРАЋЕНИЦЕ

КМП – Комисија за међународно право

ГСУН – Генерална скупштина Уједињених нација

МКЦК – Међународни комитет Црвеног крста

МСП – Међународни суд правде

МХП – Међународно хуманитарно право

НАТО – North Atlantic Treaty Organization

САД – Сједињене Америчке Државе

СБУН – Савет безбедности Уједињених нација

СРЈ – Савезна Република Југославија

ССМП – Стални суд међународне правде

УК – Уједињено Краљевство Велике Британије и Северне Ирске

УН – Уједињене нације

I УВОД

Настанак и опстанак међународног друштва/заједнице је нераскидиво повезан са међународним правом (*Ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi ius*).¹ У том смислу се међународно право не разликује од националног: „права улога права у међународној заједници је потпуно иста као права функција права у било ком људском друштву“.² Ова чињеница нам, међутим, не говори *на који начин* међународно право уређује међународну заједницу или које су његове функције у тој заједници. Одабир ових функција и стављање приоритета међу њима зависи од теоријског опредељења аутора, али издвајамо неколико њих које нам се чине важним и које се најчешће могу наћи у литератури:

- 1) Оцена понашања субјеката међународног права према бинарном коду легално/нелегално;
- 2) Заштитна функција – да заштити оне којима су права прекршена и да обезбеди систем санкција за оне који га крше;
- 3) Комуникацијска функција/функција бирања и креирања будућности - координација и прилагођавање међусобно супротстављених интереса субјеката, али и изражавање заједничких идеја, вредности и интереса које доводе до стабилнијег скупа очекивања у друштву у коме је предвидљивост на цени;³
- 4) Легитимацијска функција – средство легитимисања сопствених интереса у међународној политици;

¹ Термин међународна заједница може бити споран као појам у међународним односима, али је широко прихваћен у терминологији међународног права. Потврда оваквог става се може пронаћи, на пример, у: Hernandez G. I: *A Reluctant Guardian: the International Court of Justice and the Concept of "International Community"*, The British Year book of International Law, vol. 83, 2012, pp. 13 – 60; Simma B: *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, 250 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 217, 1994; Dé Burca G: *The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, The Jean Monnet Working Papers No. 01/09, 2008.

² Allott P: *The True Function of Law in International Community*, Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 2, Issue 5, 1998, pp. 391-413.

³ Ibid, p. 399.

5) Функција остваривања правде.⁴

Неопходан предуслов за испуњавање ових функција је, међутим, да јасно одговоримо на питање шта јесте, а шта није међународно право. У том смислу је неопходно одвојити појам међународног права „...највишим напорима мишљења... од феномена“.⁵ Теорија о изворима међународног права и поред одређених критика даје најпоузданији одговор на питање шта чини међународно право.⁶ Осим тога, и поред чињенице да међународноправни систем не представљају искључиво норме, ми остајемо при ставу да оне јесу његови основни елементи.⁷ У том смислу међународно право одређујемо као „сустав правила која уређују односе у међународној заједници признатих субјеката“.⁸

Иако постоје одређене дилеме у вези са тим шта све спада у формалне изворе међународног права, постоји сагласност, изражена и у члану 38 Статута Међународног суда правде, да је међународни обичај један од њих. Ту се, међутим, сагласност завршава. У доктринарним расправама о међународном обичајном праву остаје спорно на који начин настаје међународни обичај⁹, који су његови саставни елементи и какав је њихов однос¹⁰, која правила треба следити приликом утврђивања њиховог постојања¹¹, па чак и само

⁴ О овим функцијама погледати, на пример, у: Onuma Y: *International Law in and with International Politics: The Functions of International Law in International Society*, European Journal of International Law, Vol.14, No.1, 2003, pp. 105 – 139.

⁵ Хајдегер М: *Битак и време*, Службени гласник, 2007, стр. 21.

⁶ Упоредити са, на пример: Ross A: *A Textbook of International Law: General Part*, The Lawbook Exchange, 2008.

⁷ Упореди са: Higgins R: *Problems and Processes, International Law and How We Use It*, Oxford University Press, 1995.

⁸ Andrassy J: *Međunarodno pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 1971, str. 1.

⁹ У обиљу литературе погледати на пример: Hoof G. J. H: *Rethinking the Sources of International Law*, Springer, 1985; Kammerhofer J: *Sources of International Law: Customary International Law and Some of its Problems*, European Journal of International Law, Vol. 15, No.3, 2004, pp. 523-553; Koskenniemi M. (ed.): *Sources of International Law*, Ashgate (Brookfield, Vt.), 2000; Danilenko G. M: *Law-making in International Community*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

¹⁰ Mendelson M: *The Formation of Customary International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1999; D'Amato A. A: *The Concept of Custom in International Law*, Cornell University Press, 1971; Wolfke K: *Custom in Present International Law*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 1964.

¹¹ Ближе о томе погледати у Извештају Специјалног известиоца Комисије за међународно право *Идентификација међународног обичајног права*: доступно на интернет адреси: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_672.pdf

његово име¹². Оно што је специфичност међународног обичајног права и што отежава његово истраживање је неформалан процес његовог настанка. То је и главна разлика овог процеса у односу на међународно уговорно право које има јасна формална правила и у вези са настанком уговорних норми и у вези са њиховим каснијим тумачењем.

Тако се, на пример, у процесу настанка међународних обичајних норми прави разлика између два приступа: индуктивни и дедуктивни.¹³ Индуктивни приступ је повезан са традиционалним начином схватања настанка међународне обичајне норме. Присталице овог приступа сматрају да она настаје устаљеном и дуготрајном праксом која је била праћена уверењем да је таква пракса правно обавезна за државе као тада једине субјекте међународног права (*opinio iuris sive necessitas*). Нагласак се међу присталицама овог приступа ставља на праксу као елемент међународне обичајне норме. Дедуктивни приступ је пре свега настао као последица развоја међународноправних норми у области међународног права људских права и међународног хуманитарног права и подразумева настанак обичајног правила на основу конститутивног поретка међународне заједнице на чијем врху се налазе највиши принципи и из којих је могуће извући појединачне норме.¹⁴ У њему је ипак нешто већи нагласак на *opinio iuris*.

Као што је могуће приметити из текста члана 38 Статута Међународног суда правде (МСП) и кратког приказа индуктивног и дедуктивног приступа настанку међународних обичајних норми пракса и *opinio iuris* се истичу као њена два елемента. У доктрини, међутим, не само да је споран однос ова два елемента, већ се срећу и становишта која заправо међународну обичајну норму свODE на једну од њих.

Како је могуће да један од кључних појмова научне дисциплине остане у тој мери споран и да ли то у великој мери ограничава њене научне домете и практичну корисност?

¹² Petersen N: *Customary Law Without Custom? Rules, Principles and the Role of State Practice in International Norm Creation*, American University International Law Review, 2008, pp. 275-310.

¹³ За разлику погледати, на пример: Simma B., Paulus A. L: *The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View*, American Journal of International Law, Vol. 93, No. 2 (Apr., 1999), pp. 302-316.

¹⁴ Ближе о овоме погледати у: Tomuschat C: *Obligations Arising for States Without or Against their Will*, Recueil de Cours, vol. 241, 1993.

Заправо, вероватно ништа више него у било којој другој друштвено - хуманистичкој научној дисциплини. У њима се „својствено „кретање“ знаности одиграва... у више или мање радикалној и самој себи непрозирној ревизији основних појмова. Ниво једне знаности одређује се из тога колико је она *способна* за кризу основних појмова“.¹⁵ Управо стога истраживачи увек треба да изнова постављају не само питања у вези са садржином и начином настанка међународних обичајних норми, већ и да проналазе нове *начине* истраживања тог проблема. Истраживање међународних обичајних норми је значајно и са друштвеног аспекта. Боље разумевање његове правне природе и структуре доводи до јасније ситуације у вези са међународноправним правима и обавезама држава, међународних организација па и појединаца. Осим тога, оно омогућава и лакше остваривање свих функција међународног права о којима смо већ кратко говорили.

Постављено питање о правној природи и „суштинској структури“ међународног обичајног права је на овај начин начето и свакако захтева прецизирање и конкретизацију јер је немогуће у једном раду одговорити на њега. Предмет истраживања овог рада се задржава на процесима настанка и утврђивања постојања међународних обичајних норми. Оно се, дакле, бави истраживањем процеса претварања материјалних извора међународног права (различити чиниоци у оквиру међународне заједнице који утичу на процес настанка и садржај норми међународног права) у обичајно право као један од формалних - алхемијом у којој из неправда настаје право. Осим тога, истраживање обухвата и могућности утврђивања постојања међународних обичајних норми или, речником Комисије за међународно право, истраживањем доказа којима се можемо служити да бисмо доказали постојање међународне обичајне норме.¹⁶

Раздвајање процеса настанка и утврђивања постојања обичајних норми је веома важно јер се током истраживања показало да приликом њихове анализе треба применити различита правила.¹⁷ Укратко, за разлику од доминатне већине доктринарних ставова у

¹⁵ Хајдегер М: *op.cit.* стр. 29 (курзив у оригиналу).

¹⁶ Као што смо већ поменули, Комисија за међународно право је на својој 64. сесији 2012. године уврстила тему *Formation and evidence of customary international law* у своју агенду. Рад Комисије је могуће пратити на интернет адреси: <http://www.un.org/law/ilc/>. Приступљено: 20.10.2014.

¹⁷ То је веома убедљиво показано још у: Hoof G. J. V: *op.cit.*

вези са овом темом, у докторату показујемо да услови који су неопходни за настанак обичајне норме нису исти као услови да би она, након настанка, наставила да важи у међународном праву. За настанак међународне обичајне норме је неопходно да одређени број субјеката међународног права јасно и релативно недвосмислено артикулише став да одређено чињење или уздржавање од чињења представља обавезно понашање у међународној заједници. Након настанка, међународна обичајна норма ће постојати све док исти број субјеката не промени свој став у вези са њеним важењем (није, дакле, довољно да поједини субјекти промене став, већ је потребно да то уради исти онај број субјеката који су учествовали у њеном стварању – ова теза ће бити детаљније аргументована у наставку рада) или док се не донесе нова норма међународног права која би на другачији начин правно уредила то питање.

Ово истраживање се не бави *садржином*, односно тумачењем појединачних међународних обичајних норми. Оно се не бави ни одговором на питање да ли је неко конкретно правило постало обичајна норма или не. Чак и у овом смислу ограничено истраживање је веома тешко спровести у једном раду и захтева додатно ограничење. Иако доктринарне расправе о начину настанка и утврђивању постојања међународних обичајних норми представљају неопходан почетни корак у сваком истраживању ове врсте, наше истраживање у овом раду се ту не зауставља. Валидност различитих теоријских концепата је, наиме, најбоље тестирати у пракси. Један од основних начина тестирања међународноправних теоријских концепата је истраживање праксе међународних правосудних институција.

С обзиром на карактеристике међународног права (његова хоризонтална природа, односно децентрализован легислативни систем и систем санкција) судска пракса још више добија на значају. Осим тога, начин доношења међународноправних норми (или кроз тражење компромиса на преговорима држава приликом доношења међународних уговора или кроз неформалан процес настанка обичајних норми) често доводи до усвајања недовољно прецизних, дипломатских формулација код међународних уговора, односно

питања о природи праксе и постојању *opinio iuris* код међународних обичаја.¹⁸ Тиме пракса међународних судских тела постаје можда још значајнија на међународном него на унутрашњем плану. При томе би требало, ипак, имати у виду формално ограничење те судске праксе у међународном праву. Судске одлуке служе за решавање конкретног случаја и могу се користити као помоћно средство за утврђивање постојања формалних извора међународног права, али не могу бити самостални извор за доношење нове судске одлуке.¹⁹

Без обзира на чињеницу правог процвата разних међународних судских тела у последњих тридесетак година, нема сумње да Међународни суд правде (МСП) остаје међународна правосудна институција са највећим угледом у свету.²⁰ Због тога смо се ми усредсредили на праксу МСП. Осим тога, овај суд има надлежност да суди државама у споровима који се тичу свих области међународног права за разлику од судова који су специјализовани за поједине области (на пример Међународни суд за право мора или Међународни кривични суд). То је један од начина обезбеђивања репрезентативности његових пресуда јер неки аутори тврде да постоје значајне разлике у погледу настанка обичајних норми у различитим областима међународног права.

Друга предност МСП је што он има надлежност да суди свим чланицама Уједињених нација (под условима прописаним његовим Статутом), па чак, под одређеним условима и државама које нису чланице. Као додатак томе се може навести и податак да према Статуту МСП у његовом саставу „морају бити представљени главни облици цивилизације и најважнији правни системи света“.²¹ То му даје предност над регионалним судским телима данас (попут Европског суда за људска права или Интерамеричког суда за

¹⁸ Значај језика у настанку међународног права се може на пример видети у: Beaulac S: *The Power of Language in the Making of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

¹⁹ У том смислу погледати, на пример, Статут МСП (чланови 38 и 51). Упоредити са: Shahabuddeen M: *The Precedent in the World Court*, Cambridge University Press, 1996. Стране у спору пред неким арбитражним телима могу донети другачију одлуку, али то пре представља изузетак него правило.

²⁰ О томе како процват међународних правосудних институција утиче на питање фрагментације међународног права погледати, на пример: Fauchald O. K., Nollkamper A. (ed.): *The Practice of International and National Courts and the (De)Fragmentation of International Law*, Hart Publishing, 2012.

²¹ Статут Међународног суда правде, чл. 53.

људска права) и нуди одговор на аргумент да су његове пресуде под доминантним утицајем неког регионалног схватања међународног права или регионалних правних извора права.

Трећа предност МСП у односу на нека друга тела је чињеница да постоји већ скоро седамдесет година, а при доношењу својих пресуда се позива и на праксу свог претходника (Сталног суда међународне правде).²² Ова чињеница омогућава да се прате и препознају евентуалне правилности у начину настанка и доказивања постојања међународне обичајне норме.

Постоји неколико пресуда МСП у којима се он директно бавио процесом настанка међународних обичајних норми.²³ Постоји, међутим, још већи број њих у којима је Суд морао да се позабави питањем утврђивањем постојања тих норми јер је то била чињеница од које је директно зависила одлука у појединим случајевима.²⁴ На крају, чак и у оним случајевима у којима анализа ових питања није била у фокусу доношења пресуде или саветодавног мишљења, Суд се њима бавио у образложењу своје одлуке. При свему томе не треба заборавити да судије МСП имају могућност давања издвојених и супротних мишљења која могу имати велики значај у анализи поменутих питања иако немају формални утицај на пресуду.

Анализа праксе МСП је веома развијена. Постоји велики број истраживања чији је фокус анализа праксе ове судске институције и, чини се још већи, оних истраживања која анализирајући поједине аспекте међународног права цитирају пресуде и саветодавна мишљења Суда као аргументе у прилог својим тезама. Па ипак, готово сва она су ограничена на питања утврђивања садржаја појединих норми међународног права или

²² На овом месту би требало поменути да ће се ово истраживање задржати на анализи праксе Међународног суда правде (МСП), али ће пракса Сталног суда међународне правде бити поменута у мери у којој је она важна за разумевање јуриспруденције МСП.

²³ На пример: International Court of Justice, *North Sea Continental Shelf* (Judgment) I.C.J. Reports 1969, p. 3; International Court of Justice, *Fisheries case*, Judgment of December 18th, 1951, I.C. J. Reports 1951, p. 116.

²⁴ Примера ради: International Court of Justice, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14; International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion), I.C.J. Reports 1996, p. 226.

анализирају само један ограничени временски период у досадашњој пракси Суда.²⁵ Мањи број радова се бави истраживањем досадашње праксе Суда у вези са начином настанка и доказивања постојања правила обичајне природе. Чак и у њима се досадашња пракса Суда обично превасходно анализира у контексту појединих грана међународног права.²⁶

Рад Биргит Шлитер је од постојеће литературе вероватно најближи предмету истраживања овог доктората. Кључна разлика између њеног и нашег истраживања се састоји у томе што је она првенствено покушала да покаже како пракса Суда гледа на настанак међународних обичајних норми у две области међународног права: међународном праву људских права и међународном хуманитарном праву. Њен закључак је да се настанак обичајних норми у поменуте две гране међународног права разликује од истог процеса у осталим гранама међународног права. За разлику од тога, у овом раду се доказује хипотеза да пракса Суда исто гледа на настанак међународних обичајних норми у свим областима међународног права. Разлика међу гранама међународног права понекад настаје због разлика у њиховим материјалним изворима, али процес претварања тих извора у формалне мора бити исти и то потврђује и пракса Међународног суда правде. Дакле, иако је предмет истраживања Биргит Шлитер и овог истраживања у неку руку сличан (поређење доктринарних ставова о међународном обичајном праву и праксе међународних правосудних институција) фокус њеног истраживања је на две гране међународног права и праксу и Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију, а и закључци два поменута истраживања су значајно другачији.

Због свега наведеног се чини да је истраживање досадашње праксе Међународног суда правде (истраживање је временски обухватило период од доношења прве пресуде Суда 1947. године до 1. јануара 2014. године) по питању настанка и утврђивања постојања међународних обичајних норми веома важна за даљи развитак међународног права. Оно нам може открити трајне обрасце (правилности) поменутих процеса који нам могу послужити не само за научно разумевање процеса који су се већ десили, већ и за

²⁵ Skubiszewski K: *Elements of Custom and the Hague Court*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1971.

²⁶ Schlutter B: *Developments in Customary International Law: Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International Ad Hoc Criminal Tribunals*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

практична упутства за деловање у будућности. Са друге стране, истраживање јуриспруденције Међународног суда правде је значајно и за питања која се уопште не тичу међународног обичајног права. Ово истраживање, наиме, може послужити и као тест (не)конзистентности праксе и ауторитета ове судске институције што може дати добру подлогу следећим сличним истраживањима.

Основни материјал који се користи у делу истраживања који се бави праксом Међународног суда правде представљају све пресуде и саветодавна мишљења Суда, сва издвојена и супротна мишљења судија и у нешто мањој мери аргументи страна у споровима пред Судом. Коментари доктрине на ове пресуде и саветодавна мишљења ће бити консултовани, али су због природе истраживања у овом раду углавном изабрани они који су се бавили анализом процеса настанка и утврђивања постојања међународних обичајних норми.

Након уводног дела рада, у другом делу рада – *Правна природа међународног права и извори међународног права* се говори о правној природи међународног права и његовим изворима. Правилно разумевање процеса настанка међународних обичајних норми је, наиме, немогуће уколико оно не проистиче из јасног и доследног теоријско - епистемолошког становишта о правној природи међународног права. У овом делу рада се налази и класификација извора међународног права на формалне и материјалне, а у оквиру формалних на међународне уговоре, међународне обичаје и општа правна начела прихваћена од стране просвећених народа. Тиме се постављају темељи за даље истраживање о међусобном утицају ових извора у пракси Међународног суда правде.

У трећем делу, *Међународна обичајна норма: доктринарне расправе*, се укратко описују постојећи доктринарни ставови у вези са настанком међународне обичајне норме. На почетку овог дела се, пре свега, инсистира на разликама међу теоретичарима међународног права поводом овог питања. У њему ће се изоштрили линије подела међу поменутиим теоретичарима да би се показала неопходност истраживања процеса настанка и утврђивања међународних обичајних норми у пракси МСП. У закључку ове главе рада се нуди донекле модификовани позитивистички модел схватања поменутих процеса који се тестира у каснијим деловима истраживања.

У четвртом, централном делу рада се најпре бавимо оснивањем, основама надлежности и кратким приказом досадашње праксе МСП. Указујемо да иако је Суд званично основан 1946. године он на неки начин наставља праксу Сталног суда међународне правде (ССМП) који је основан након Првог светског рата. Затим се објашњава страначка способност пред МСП и стварна надлежност овог Суда и даје се кратак приказ његове досадашње праксе. Након тога се се кроз целокупну досадашњу праксу МСП тестира валидност теоријског модела који је постављен у трећем делу истраживања. Пракса Суда се бавила готово свим важним питањима у вези са настанком и утврђивањем постојања међународне обичајне норме: утврђивањем неопходних услова за њен настанак (пракса и *opinio iuris*), анализом карактеристика које ти елементи морају да задовоље, као и истраживањем могућности настанка регионалних и локалних међународних обичајних норми. У овом делу рада се у великој мери потврђује валидност позитивистичког схватања настанка и утврђивања постојања међународних обичајних норми, али се он у одређеној мери допуњује предлогом о потреби другачијег позитивистичког схватања елемента праксе као дела међународне обичајне норме.

У петом делу рада истражујемо утицај који други формални извори права и једностранни правни акти имају на настанак и утврђивање постојања међународних обичајних норми. Посебан нагласак је стављен на истраживање утицаја међународних уговора на поменуте процесе јер је то питање најзаступљеније у пракси Суда. Анализа поменутих елемената праксе Суда открива правилности у процесу настанка и утврђивања постојања међународних обичајних норми и њихову генезу и могућност прилагођавања спољним утицајима.

У *Закључним разматрањима* износимо основне резултате истраживања и још једном критички преиспитујемо тренутно стање у доктрини међународног права и јуриспруденцији МСП у погледу схватања настанка и утврђивања постојања међународних обичајних норми.

Општа хипотеза у раду је да иако у доктрини међународног права нема сагласности у погледу настанка и утврђивања постојања међународних обичајних норми, пракса МСП нуди доследан и кохерентан позитивистички модел тумачења ових процеса у

коме се, и поред одређене флексибилности приликом начина њиховог утврђивања, инсистира на неопходности присуства два елемента те норме: праксе и *opinio iuris*. Јуриспруденција Суда открива такође сложене правилности утицаја уговора на настанак и утврђивање постојања међународне обичајне норме, али и утицај једностраних правних аката у међународном праву (једностраних правних аката држава и одлука међународних организација) на настанак међународних обичајних норми.

Из ове опште хипотезе рада се извлаче и посебне и појединачне хипотезе. Прва посебна хипотеза је да је објашњење правне природе и структуре међународне обичајне норме детерминисана схватањем о правној природи и системском карактеру међународног права.

Следећа посебна хипотеза у раду је да доктрина међународног права нуди веома различита решења по питању правне природе, структуре и географског домета међународних обичајних норми што представља препреку остварењу правне сигурности у међународној заједници.

Наредна посебна хипотеза у раду је да дубоке разлике међу доктринарним ставовима у вези са начином настанка међународних обичајних норми показује неопходност њихове емпиријске провере која подразумева и критичку анализу студија случаја међународних правосудних институција.

Следећа посебна хипотеза у раду је да Међународни суд правде због своје вишедеценијске праксе, универзалног карактера и начина избора судија представља најбоље место за тестирање теоријских модела настанка и утврђивања постојања међународних обичајних норми. Суд одређује праксу (чињење или уздржавање од чињења) и *opinio iuris* као неопходне елементе за настанак међународне обичајне норме.

Из ове посебне хипотезе је могуће извући неколико појединачних хипотеза. Прва је да се МСП, и поред одређених флексибилности у својој анализи међународних обичајних норми, доследно држао приступа у којем је пракса држава морала да задовољи критеријуме једнообразности, континуираности и општости да би настала универзална међународна обичајна норма. Друга појединачна хипотеза је повезана са првом и гласи да

се МСП у својој пракси доследно држао приступа по којем једнообразна, континуирана и општа пракса није довољна за настанак обичајне норме, већ је осим тога потребно да та пракса буде праћена и ставом субјеката међународног права да је таква пракса обавезујућа (*opinio iuris*). Трећа појединачна хипотеза је да пракса Међународног суда правде препознаје постојање и регионалних и локалних међународних обичајних норми, али се због малог броја примера из ње не могу извући све карактеристике ове две врсте међународних обичајних норми, нити до краја извести закључци о свим аспектима њиховог односа са универзалним обичајним нормама.

Следећа посебна хипотеза у раду се тиче утицаја међународних уговора на настанак и утврђивање постојања међународних обичајних норми и гласи да међународни уговори могу имати важан утицај на ове процесе, али да то не мења потребу за испуњавањем критеријума за настанак међународних обичајних норми. Саопштење и протест као врсте једностраних правних аката држава могу имати важан утицај на настанак и утврђивање постојања међународних обичајних норми, док се утицај одлука донетих у оквиру Уједињених нација мора процењивати од случаја до случаја.

Прва појединачна хипотеза настала на основу ове посебне хипотезе је да пракса МСП показује да различите фазе у процесу доношења међународних уговора могу утицати на настанак међународне обичајне норме, као и да могу бити индикатори да она већ постоји. Осим тога, међународна уговорна и међународна обичајна норма могу, према пракси Међународног суда правде, паралелно постојати чак и уколико им је садржина идентична. Друга појединачна хипотеза је да пракса Међународног суда правде показује да једностранни правни акти држава осим тога што могу бити кључни за настанак међународних обичајних норми (у форми саопштења која не наилазе на протест других субјеката међународног права) могу и потпуно да спрече настанак обичајног правила (уколико значајан број држава у форми протеста негира легалност неке праксе) или да издејствују да се нека међународна обичајна норма на њих не примењује (такозвана доктрина упорног противника према којој је могуће да се неко обичајно правило не примењује на државу уколико се она стално и недвосмислено противила некој пракси пре него што је она постала међународна обичајна норма). Трећа појединачна хипотеза је да

пракса Међународног суда правде нема једнозначан одговор на питање утицаја одлука Генералне скупштине Уједињених нација (резолуција и декларација) на процес настанка међународних обичајних норми (овај утицај се мора процењивати од случаја до случаја). Са друге стране, пракса Суда у вези са утицајем резолуција Савета безбедности УН на процес настанка међународних обичајних норми још увек није довољно развијена иако постоје неке одлуке Суда и мишљења судија која помињу ово питање. Суд се у својој пракси позивао на рад Комисије за међународно право и рад Шестог комитета Генералне скупштине УН као индикаторе постојања међународних обичајних норми.

Истраживање о процесима настанка и доказивања постојања међународних обичајних норми у јуриспруденцији МСП је у овом раду засновано на **позитивистичком** теоријско – методолошком приступу и *доктринарном истраживању* који инсистирају на теорији извора међународног права, кључној улози држава при настанку норми међународног права и јасном разликовању позитивног (важећег) права (*lex lata*) и онога што би право требало да буде (*de lege ferenda*).²⁷ Овакав теоријско – методолошки приступ истраживања у потпуности одговара природи оног истраживаног – настанку и утврђивању постојања међународне обичајне норме у пракси Међународног суда правде („као тражењу, испитивању је потребно да га оно тражено претходно некако води“²⁸). У том смислу он је доминантан у односу на друга правна теоријска полазишта попут, на пример, социолошких или критичких правних студија.

Социолошке правне студије су, наиме, с правом скренуле пажњу на чињеницу да право није изоловани систем који постоји у некаквом вакууму већ да је део друштва који уређује па да се тако мора и истраживати. Представници критичких правних студија су разбили илузију правника о сопственој „објективности“ и правни мејнстрим оптужиле да заправо служи идеологији очувања *status quo* (што је често и био случај). Без обзира на поменуте чињенице у истраживању смо показали да су доктринарно истраживање и правни позитивизам који се за њега најчешће везује адекватнији начини истраживања проблема којима се у докторату бавимо. Ради се, наиме, о томе да у докторату

²⁷ О овом и другим правним теоријско – методолошким полазиштима погледати, на пример: Watkins D, Burton M. (ed.): *Research Methods in Law*, Routledge, 2013.

²⁸ Хајдегер М: *op.cit.* стр. 25.

истражујемо начин настанка међународних обичајних норми, а не садржину појединачних норми. Осим тога, за разлику од социолошко правних и критичких студија, у истраживању смо показали да процес утврђивања постојања норми (њихово откривање) мора бити независан од егзогених утицаја као што су вредности или моћ иако они свакако имају утицаја на то каква ће бити садржина норми. Као што смо већ навели, показаћемо и да се МСП доследно држао оваквог правног резонувања у својој досадашњој пракси.

Доктринарном истраживању се замера да је сувише дескриптиван и да, самим тим, не одговара донетима који се остварују у другим друштвеним наукама. Ова констатација је само условно тачна. Она, наиме, с правом упозорава да правници „имају право“ и да се баве питањима као што су морална вредност, легитимност или практична остваривост одређених правних решења. Са друге стране, све ово се односи на поступак који се примењује или на процес тумачења садржине појединих норми или на утицај друштвених фактора на то каква ће бити садржина тих норми, а не на начин утврђивања да ли норме уопште постоје или не. Процес утврђивања постојања норми мора према нашем мишљењу бити на неки начин „објектизован“, односно мора бити подвргнут правним техничким правилима која се не смеју мењати од случаја до случаја. Све ово, међутим, не значи да досадашња пракса утврђивања постојања норми међународног обичајног права коју ћу приказати у раду неће бити предмет критичких опсервација и да у докторату неће бити предлога како да се позитивистички модел унапреди.

II ПРАВНА ПРИРОДА МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА И ИЗВОРИ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА

2.1 Правна природа и системски карактер међународног права

Основни задатак овог дела рада је да постави темеље даљем истраживању које се односи на испитивање правне природе међународне обичајне норме, као и да укаже на правац даљег истраживања у погледу начина настанка и утврђивања постојања тих норми. То ће се учинити тако што ће се показати да схватање правне природе међународне обичајне норме произилази из схватања правне природе међународног права.

Прво питање које се у поменутом контексту намеће је да ли је оно што зовемо међународним правом заиста право. Иако, наиме, постоје аутори који указују да је међународно право достигло своју постонтолошку еру у којој више не мора да доказује свој правни педигре²⁹ радови неких других савремених аутора као да то негирају.³⁰ Не само да су погледу испитивања правног педигреа међународног права могући различити одговори, већ су могући и различити путеви тражења тог одговора. Један од њих је да нам и не треба теоријски одговор на ово питање јер се државе, међународне организације и појединци толико често позивају на међународно право да то само по себи представља довољан доказ његовог постојања (такозвани егзистенцијалистички аргумент).³¹ Ако, наиме, они који користе међународно право у пракси не доводе у питање његово постојање, онда се, сматрају присталице оваквог аргумента, теоријска разматрања чине сасвим сувишним.

²⁹ Franck T. M: *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford University Press, 1998, p. 1. У наставку рада ћемо видети да неки аутори другачије користе ову одредницу *постонтолошко* у вези са међународним правом.

³⁰ Погледати, на пример: Goldsmith J. L., Posner E. A: *The Limits of International Law*, Oxford University Press, 2006. Иако аутори и у наслову користе термин међународно право и у књизи тврде да оно није сасвим безначајно, њихови главни закључци у великој мери доводе у питање постојање међународног права као нормативног оквира међународне заједнице.

³¹ D'Amato A. A: *International Law as a Unitary System*, Northwestern Public Law Research Paper No. 08-02.

Други правац у тражењу одговора на питање да ли је међународно право заиста право би могао да буде онај који се ослања на изреку *ubi societas, ibi ius* (тамо где постоји друштво, постоји и право). Постоје ипак бар два проблема у вези са оваквом одбраном постојања међународног права које желимо сада да истакнемо. Први је тај да је за један мањи део доктрине међународног права и већи део доктрине међународних односа спорно постојање међународне заједнице, па и међународног друштва. Други, свакако важнији, разлог је чињеница да је можда могуће постојање неког облика друштва (бар примитивног) које не функционише на основу права, већ неког другог нормативног система попут морала, обичаја или религије.

Позивање на међународно право, а у вишем ступњу чак и доказивање његове практичне користи или неопходности у сваком друштву, можда није довољно да би се оно сматрало правом. Као подврста или грана ширег концепта права оно мора да покаже да садржи минимум атрибута тог ширег концепта како би „заслужило“ да се зове правом. Другим речима одговор на питање да ли је оно што зовемо међународно право заиста право зависи на првом месту од тога како разумемо концепт права, а затим и од степена подударности тог концепта са природом међународног права. Или, можда још важније, истраживање би морало да понуди одговор на питање које карактеристике морају да имају одређена правила понашања да би се сматрала (међународним) правом.

Оно што би могло да представља проблем у оваквом истраживачком поступку је чињеница да је међународно право како га данас разумевамо много млађе од истраживања права уопште као и да је већина правних теоретичара стварала своја одређења концепта права гледајући га скоро искључиво кроз призму националних правних система. Друга препрека би могла да буде чињеница да је међународно право доживело прави процват током 20. века, те да неке његове оцене пре овог периода једноставно више не стоје. У сваком случају, ми не покушавамо да на овом месту све постојеће дилеме разрешавамо, већ да их правилно поставимо како би до неких одговора могли да стигнемо у наставку истраживања.

Кључна дилема теоретичара међународног права од XIX века па све до друге половине XX века (за многе ова дилема остаје кључна и данас) је како помирити његово

постојање са одсуством суверена у међународним односима. Шта у том случају може бити основ правног обавезивања држава? Од овог чворишта креће разрешавања свих осталих дилема. Ако нема суверена како може бити санкције, обавезног судства или законодавца? Ако њих нема, како може бити међународног права?

У давању одговора на постонтолошко питање о међународном праву³², приметимо да: „све дефиниције... права варирају између две крајње позиције: једна наглашава његов карактер принуде; други подвлачи значај друштвеног прихватања, практично поштовање права у заједници на коју се односи“.³³ Ова два виђења и неке њихове варијације је веома лако пратити и у теорији међународног права.

На једну страну се могу сврстати аутори који су сматрали да је елемент принуде тај који суштински одређује његову природу (Остин, Келзен, Лукић). Занимљиво је, међутим, приметити да их то, ипак, није водило до истих крајњих решења. Бележећи да је тај елемент принуде у међународном праву или сасвим другачији од унутрашњег права или да га једноставно нема, неки од њих су дошли до закључка да међународно право није ништа више од морала (Остинов чувени налаз да се међународно право може изједначити са моралношћу - *morality*).³⁴ Друге је иста полазна тачка довела до закључка да децентрализовани систем санкција међународног права функционише на нивоу рата и репресалија.³⁵ Трећи аутори су услед одређења права као „скупа друштвених норми које су санкционисане државним апаратом принуде...“³⁶ дошли до закључка „... да се оно, сходно терминологији коју смо усвојили, не може сматрати правом у строгом смислу те речи“.³⁷ Услед оваквих и сличних ставова се искристалисао и један начин „одбране“ међународног права као специфичног нормативног поретка са децентрализованим системом санкција и он је постао веома заступљен у теорији међународног права (иако је

³² Постонтолошко питање о међународном праву подразумева питање о томе *како о њему говоримо*, за разлику од онтолошког које подразумева одговор на питање *шта оно јесте*.

³³ Friedmann W: *Legal Theory*, Columbia University Press, 1958, p. 32.

³⁴ Austin J: *The Province of Jurisprudence Determined*, Weidenfeld and Nicholson, 1998, pp. 140 – 142.

³⁵ Kelsen H: *Rechts-Staat: Staat, internationale Gemeinschaft und Völkerrecht*, Nomos, 2008.

³⁶ Лукић Р: *Увод у право (осмо издање)*, Научна књига, 1988, стр. 57.

³⁷ *Ibid*, стр. 444.

у међувремену нешто допуњен). У сваком случају, ако се неко одлучи за овај правац готово неминовно долази до закључка о некој врсти дефектности међународног права јер њему недостаје тај централизован систем санкција који би омогућио ефикасну примену принуде.

Друга група аутора је, као што смо већ истакли, одбацила елемент принуде као кључан за постојање (међународног) права (на пример Л. А. Харт). Харт у својој веома утицајној књизи *Појам права* веома стрпљиво и педантно одбацује становиште да је елемент принуде кључан за постојање система права.³⁸ У последњем поглављу своје књиге које је посвећено међународном праву Харт тврди да се о правилима међународног права „разговара и мисли као обавезујућим... постоји општи притисак за поштовањем правила; аргументи и правни поднесци су засновани на њима и њихово кршење се сматра довољним не само за тренутне одштетне захтеве, већ и репресалије и противмере“.³⁹

Осим тога, истиче Харт, треба се ослободити и схватања суверености као власти која није подложна никаквим правним ограничењима.⁴⁰ Овакво њено виђење прави препреке правилном схватању не само међународног, већ и унутрашњег права. Суверенитет мора бити схваћен негативно – као одређени ниво независности од других правних поредака. Колики је тај ниво независности зависи од правила међународног права. На трагу овога, Харт критикује и волунтаристичке концепције међународног права које покушавају да помире концепте апсолутне суверености и обавезујуће природе међународног права тиме што обавезност изводе искључиво из воље држава да буду обавезане.⁴¹ Харт на другачији начин објашњава евентуалну обавезност међународног права:

„У било ком друштву, састављеном од појединаца или држава, оно што је неопходно и довољно да би обећање, споразум или уговор производили обавезе јесте да правила која њих садрже и која одређују процедуру за ово самообавезивање буду генерално говорећи, а

³⁸ Hart H. L. A: *The Concept of Law*, Clarendon Press, 1961.

³⁹ Ibid, p. 220.

⁴⁰ Овде Харт стоји на веома сличним позицијама са Келзенем.

⁴¹ Иако их Харт не помиње изричито погледати на пример Јелинека, Вердроса или Трипела.

не обавезно универзално, прихваћена. Тамо где су она прихваћена појединац или држава које својевољно користе ове процедуре су тиме и обавезани на њихово поштовање, без обзира на то да ли то желе или не“.⁴²

Ово би можда могао да буде теоријски основ обавезности међународног права. Друга је ствар што ће у неким конкретним случајевима основ обавезности за конкретне државе бити њено прихватање одређених конкретних обавеза, али из тих примера се не може извлачити генерални основ обавезности међународног права.

За Харта, након овога, остају два отворена питања у вези са међународним правом која су међусобно повезана. Једно је однос међународног права према моралу, односно како одвојити ово двоје. Друго је могућност постојања основне норме међународног права (и на овом месту Харт одговара Келзену), односно у Хартовој терминологији правила признања (енг. *rule of recognition*).

Харт наводи неколико разлога због којих се међународно право не може поистоветити са моралом (одговор Остину). Први је да се државе код навођења аргументације за кршење међународног права не позивају искључиво, па чак ни највише, на савест других актера (што је случај код морала), већ на правне обавезе у виду прецедената, уговора или писања правника. Други разлог је чињеница да је у пракси могуће пронаћи безброј примера у којима су правна правила међународног права потпуно индиферентна у односу на морална. Иако Харт не иде тако далеко у овом примеру, могуће је можда пронаћи и примере правила међународног права која многи сматрају супротним неким моралним начелима.⁴³ Ове разлике настају као последица неких другачијих функција морала и права у сваком друштву, па и у међународном. Као неке од примера можемо да сврстамо повећање предвидљивости и правне сигурности у друштву. На крају, Харт критикује и аргумент да је крајњи основ обавезности међународног права „свест“ његових субјеката о његовој моралној обавезности. С тим у вези, он истиче да је можда тачно да су најздравији правни системи засновани на томе, али да мотиви за поштовање

⁴² Hart H.L.A., *op.cit.* p. 225.

⁴³ Аргументовану тезу да је заправо читаво међународно право засновано на упитним моралним темељима је могуће пронаћи у: Anghie A: *Imperialism, Sovereignty and International Law*, Cambridge University Press, 2005.

међународног права могу бити сасвим различити (калкулација дугорочног интереса или на пример традиција).

Све ове разлоге за разликовање међународног права и морала је Харт извукао из разликовања унутрашњег права и морала. То, ипак, не значи да унутрашње и међународно право немају значајне разлике. Међу њима Харт истиче ту разлику да је међународно право у овој фази сопственог развоја засновано искључиво на примарним правилима обавезивања. Оно што, дакле, разликује међународно од унутрашњег права је по мишљењу Харта недостатак секундарних правила и правила признања.

Харт не тврди да међународно право није право, односно да његова правила не обавезују његове субјекте, већ да оно није правни систем у смислу да примарна правила међународног права нису уједињена и да у оквиру њега не постоје секундарна правила. Горан Дајовић на следећи начин резимира Хартова секундарна правила и правило признања: „Секундарна правила постоје на рачун примарних, јер она прописују како се уводе или мењају постојећа примарна правила (секундарна правила промене), на који начин се утврђује да ли се она поштују или су можда прекршена и на који начин се ти прекршаји кажњавају (секундарна правила пресуђивања) и најзад, која друштвена правила уопште јесу правна правила (правило признања)“.⁴⁴

Овако описана правила међународног права по Хартовом мишљењу представљају само скуп различитих правних правила која ипак свеједно обавезују његове субјекте. Негативне последице оваквог статуса нису, међутим, мале. Међу њима се издавају одређена доза *несигурности* у погледу тога која су правила обавезујућа и за кога; затим *статичности* јер не постоје посебна правила која говоре о томе како да се донесу нова правила која боље одговарају промењеним фактичним околностима у друштву; трећи битан недостатак је *неефикасност* јер се у друштвима која су заснована искључиво на примарним правилима санкцијом сматра искључиво нека врста дифузног друштвеног притиска.

⁴⁴ Дајовић Г: *Хартова теорија права – основне црте*, Страни правни живот 3/2011, стр. 15.

Посебно је, наравно, питање да ли је Харт у праву када овако оцењује међународно право. Ово није место на коме је могуће дати једнозначан одговор.⁴⁵ Одговор је могуће дати једино посебним истраживањем одлика које је Харт навео у наставку овог рада. И то ће, у одређеној мери, и бити урађено нарочито када се буде разматрало питање формалних извора међународног права и њиховог значаја за његов системски карактер. У том смислу ће за нас најважнији бити онај део истраживања у коме ћемо говорити о процесу настанка међународних обичајних норми. Уколико ми у том процесу пронађемо правила о њиховом настанку, мењању и нестајању то би могла бити нека врста одговора Харту.

У сваком случају, на овом месту ћемо се задовољити са три констатације. Прва је да је Харт понудио само један од могућих модела разумевања системског карактера међународног права у коме се прави кључна разлика између примарних и секундарних правила, а ми ћемо у наставку покушати да препознамо још неке. Друга је да чак и ако прихватимо његово дефинисање правног система, остаје отворено питање да ли сваки скуп правних правила оцењујемо као систем или не по бинарном принципу јесте – није, или је могућа анализа по континууму где се скуп правних правила може у мањој или већој мери одредити као правни систем. Трећа констатација је да је Хартово главно дело написано 1961. године и да се међународно право од тада у одређеној мери променило.⁴⁶

Сада се окрећемо другачијим виђењима у погледу системског карактера међународног права. Једно од њих је понудио Антонио Дамато (енг. *Antonio D'Amato*). Његово виђење међународног права као система може да буде корисно не само због крајњих закључака које ћемо овде кратко изнети, већ и због чињенице да су они засновани на неким постулатима опште теорије система. У свом раду *Међународно право као јединствени систем* Дамато на основу радова из опште теорије система наводи да систем представља: „механичку или теоријску организацију елемената, различиту од свог окружења, која додаје нешто ново, и то често нешто неочекивано ново, скупу елемената

⁴⁵ Payandeh M: *The Concept of International Law in the Jurisprudence of H. L. A. Hart*, European Journal of International Law, Vol. 21, 2011, pp. 967 – 996.

⁴⁶ Један од важних примера који би могли имају везе са секундарним нормама у области уговорног права је усвајање Бечке Конвенције о уговорном праву 1963. године.

од којих је састављена“.⁴⁷ У овој дефиницији, Дамато наглашава да је систем нешто више (или другачије) од простог збира својих елемената. Осим тога, ти елементи морају бити међусобно повезани на одређени начин, тј. морају представљати уређену структуру. На трагу овога је и одређење Жана Комбакуа (фр. *Jean Combacau*) који на следећи начин дефинише систем:

„систем представља целину чији делови нису сједињени у случајном распореду већ чине поредак у оквиру кога су ти делови везани један за други на такав начин да би свака анализа било кога од ових делова изоловано од остатка целине била немогућа и погрешна“.⁴⁸

Слично овоме, Рос сматра да правни систем представља индивидуални систем одређен „унутрашњом кохерентношћу значења“.⁴⁹ Радомир Лукић одређује систем права као „... сређен скуп свих општих правних норми једног правног поретка тако да представља јединствену и непротивречну целину“.⁵⁰ Ово нас доводи до два веома важна питања у вези са системским карактером међународног права. Прво од њих је на које његове саставне елементе мислимо када говоримо о природи међународног права. Друго питање је каква веза или односи између тих елемената морају да буду да бисмо говорили о системском карактеру међународног права. Мора ли, на пример, међу њима постојати хијерахија или не?

У теоријском смислу посебно занимљива теорија о системском карактеру (међународног) права је она о праву као аутопоетичком систему.⁵¹ Ова теорија потиче из опште теорије система и тврди да је право аутопоетички систем у том смислу да је у стању да „производи и мења своје елементе интеракцијом тих елемената“.⁵² Основни елемент сваког друштвеног система, па и права, није по мишљењу аутора овакве теорије правна норма, па ни његов субјект (појединац, држава, међународна организација) већ

⁴⁷ D'Amato A. A: *International Law as a Unitary System*, pp. 7-8.

⁴⁸ Combacau J: *Le droit international, bric – a – brac ou systeme*, Archives des philosophies de droit, pp. 85 – 105).

⁴⁹ Ross A: *On Law and Justice*, Berkley: University of California Press, 1958, p. 34.

⁵⁰ Лукић Р: *op.cit.* стр. 395.

⁵¹ Teubner G. (ed.): *Autopoietic Law: New Approach to Law and Society*, de Gruyter, 1987.

⁵² *Ibid*, p. 3.

комуникација међу елементима. Право је стога систем комуникација у којем на епистемолошком нивоу не постоји строга подела на објекат и субјекат, већ се оно сматра системом који сам себе производи и сам себе посматра. Већ поменути Дамато ову теорију примењује на ниво међународног права.

Овом приликом не можемо да дамо оцену теорије међународног права као аутопоетичког система какву она заслужује. Задовољићемо се само тиме да укажемо да она на нови начин поставља питање односа система (међународног) права према свом окружењу и упозорава да оно у процесу оцене (не)дозвољености одређеног понашања мора бити независно („затворено“) у односу на сопствено окружење иако од њега прима чињенице које оцењује. Са друге стране, и даље на неки начин остаје отворено питање могућности правног система да се мења и потпуно развија независно од спољних утицаја.⁵³ Ми ћемо у наставку рада у коме будемо говорили о материјалним изворима међународног права изразити делимично неслагање са таквом могућношћу. У сваком случају, оно што у великој мери заокупља пажњу оних који праву приступају на овакав начин је питање како се постиже јединство правног система.⁵⁴

У својој књизи *Појам јединства у међународном праву*, Марио Прост разматра однос целине (у овом случају међународног права) и његових саставних елемената.⁵⁵ При томе се значајно ослања на мереологију (као грану онтологије) која разматра питање односа целине и њених делова у историји филозофије. У поменутој књизи Марио Прост истиче да зависно од перспективе посматрача међународно право може да се посматра као целина састављена од више врста елемената.

Међународно право можемо, на пример, посматрати као систем састављен од великог броја правних норми. Или га можемо посматрати као систем састављен од својих субјеката (око 200 држава, веома великог броја међународних организација, а по неким ауторима и појединаца). Или га чак можемо посматрати као систем састављен од својих подсистема (у другој терминологији грана). Важно је приметити да ниједна од ових

⁵³ Dupuy J. P: *On the Supposed Closure of Normative Systems*, in: Teubner (ed.), pp. 51 – 70.

⁵⁴ Luhmann N: *The Unity of the Legal System*, in: Teubner (ed.), pp. 12 – 36.

⁵⁵ Prost M: *The Concept of Unity in Public International Law*, Hart Publishing, 2012.

перспектива није права или погрешна, односно да међународно право јесте састављено од свих ових елемената тако да је веома важно одредити коју перспективу ће користити овај рад.

Циљ овог рада је да прикаже процес настајања и утврђивања постојања међународних обичајних норми у пракси Међународног суда правде. С обзиром на тако одређен истраживачки задатак, ми ћемо се у наставку истраживања бавити истраживањем карактера норми у међународноправном систему, као и питања одакле те норме долазе, односно какав мора бити начин њиховог настанка да би могле да испуне циљеве због којих су настале. У складу са тим ћемо најпре истражити концепте материјалних и формалних извора међународног права, да бисмо затим одредили одговарајуће место међународног обичајног права у систему међународног права.

Пре него што, међутим, пређемо на истраживање ових извора права, желимо да веома кратко сумирамо закључке из овог дела рада. Сматрамо, наиме, да одговор на питање да ли је међународно право заиста право заправо зависи од разумевања самог концепта права. Сматрамо да је Харт у праву када одбацује принуду као најважнији елемент концепта права. Због тога сматрамо и да међународно право не мора да доказује постојање овог елемента како би доказало своју правну природу. Довољно је да међународноправна правила која садрже обавезе и правила која одређују процедуру за самообавезивање буду у принципу, а не обавезно универзално прихваћена. У том контексту се слажемо са Хартом и да системски карактер међународног права зависи од тога да ли је оно способно да докаже постојање секундарних правила и правила признања. Није могуће очекивати да ово истраживање да потпуни одговор на то питање, али ће оно макар делимично допринети потпунијем одговору тиме што ће у наставку истражити секундарна правила у домену међународног обичајног права.

2.2 Материјални извори међународног права

У међународном праву постоји поприлична конфузија, или ако хоћемо да будемо благонаклони, разноврсност, приликом одређивања појма извори права. Нису чак ретки ни

они који сматрају да овај термин у потпуности треба одбацити.⁵⁶ Због тога је изузетно важно одмах на почетку представити наше разумевање извора права у материјалном смислу (у делу 2.3 ћемо обавити прецизирање и у погледу извора права у формалном смислу). Материјални извори међународног права представљају чиниоце утицаја међународне заједнице на процес настанка и садржај норми међународног права. Овакво одређивање на самом почетку је важно јер у доктрини међународног права постоје веома угледни аутори који на другачији начин одређују материјалне изворе – као конкретне акте у којима је формалне изворе могуће наћи.⁵⁷

Потребно је дати још једну напомену чији ће значај бити јаснији током наставка рада. Када говоримо о утицају међународне заједнице на настанак међународног права ми говоримо о перцепцији циљева, вредности, потреба, интереса чланова те међународне заједнице који утичу на *процес стварања* међународног права. О могућој улози ових фактора на садржину норми међународног права кад се процес настанка његових правила формално оконча ће више речи бити када будемо обрађивали питање формалних извора међународног права.

Ово нас доводи и до веома важног питања односа међународне заједнице и међународног права. На жалост, ми овде немамо довољно простора да се на одговарајући начин позабавимо овом темом и задовољићемо се само неким најопштијим закључцима који ће, међутим, бити важни за правилно разумевање даљих поставки овог рада. Требало би приметити чињеницу да разматрање овог односа у теорији међународног права/међународних односа далеко каска за сличним разматрањима у односу на релацију унутрашње право/друштво у којем се формира. Један од разлога би могао да буде (изразито) непријатељски став некада веома доминатне реалистичке школе међународних односа према међународном праву.⁵⁸ Неки други правци показују више осетљивости у

⁵⁶ За примере погледати, на пример: Hoof, *op. cit.* pp. 57 – 60.

⁵⁷ Brownlie I: *Principles of International Law* (5th edition, 1998), Oxford University Press; Thirlway H: *The Sources of International Law*, Oxford University Press, 2014.

⁵⁸ Погледати, на пример: Morgenthau H. J, Thompson K., Clinton D: *Politics Among Nations*, McGraw Hill Education, 2005; Carr E. H: *Twenty Years Crisis*, Palgrave Mcmillan, 2001.

истраживању овог односа – (нео)либерални институционализам, енглеска школа, конструктивизам.⁵⁹

У сваком случају, међународно право јесте део међународне заједнице и, како смо већ истакли, директно из ње проистиче и то због тога да би задовољило њене потребе/циљеве/вредности, и(ли) потребе/циљеве/вредности њених појединачних актера. Оно, међутим, има и своју унутрашњу логику и начин функционисања која се понекад директно супротставља краткорочним утицајима међународне заједнице. Осим тога, међународно право није само објект утицаја међународне заједнице, већ у одређеној мери и врши повратни утицај на њу. У таквој подели улога, међународно право је свакако далеко од господара, али није ни само слушкиња.

Приликом разматрања материјалних извора међународног права је могуће понудити веома широко тумачење које обухвата и моћ (меку и тврду), морал, међузависност актера, њихове интересе и многе друге факторе.⁶⁰ Оно што је, међутим, важно схватити је да сви ови фактори доводе у исто време и до сарадње и до сукоба актера. Међународна заједница није статична, већ веома динамична позорница у којој је веома тешко препознати вечне обрасце или рационални напредак који води ка јасном и унапред постављеном циљу. Пре ће бити да је то један чуд(ес)ан амалгам дихотомија или противречности: рационалног и ирационалног, реда (поретка) и хаоса, партикуларног и универзалног у коме нема коначних победника, већ је све питање тренутно успостављене равнотеже (мере).

У описаној ситуацији, међународно право се у одређеној мери прилагођава овим утицајима своје спољне околине и покушава да успостави неки еквилибријум не заборављајући, при томе, своју инхерентну конзервативну природу. Јер, уколико би међународно право било осетљиво на сваку промену у својој околини, оно више не би могло да обавља улогу нормативног фактора у међународним односима. Хју Тирлвеј (енг. *Hugh Thirlway*) тако примећује да „заједница која се брзо мења и развија обично захтева

⁵⁹ Погледати, на пример приказ односа различитих теорија међународних односа према међународном праву у: Dunoff J. L, Pollack M. A: *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations*, Cambridge University Press, 2012.

⁶⁰ Besson S, Tasioulas J. (ed.): *Philosophy of International Law*, Oxford University Press, 2010.

систем права који се мења или је подложен променама готово једнако брзо – „готово једнако“ јер је обично пожељно да право мало касни, а не да покушава да прати темпо због нечега што се може сматрати неважним променама“.⁶¹ При томе би требало увек имати у виду да његова нормативност није суштинска одлика која га разликује од других система јер и неки други системи попут морала имају ту нормативну црту. Оно што је, по нашем мишљењу, његова основна одлика (*differentia specifica*) је могућност бинарног одлучивања између тога да ли је неко понашање легално/нелегално.

Са друге стране, уколико би међународно право постало потпуно неосетљиво на своје спољно окружење, оно би постало толико удаљено од стварног да не би више могло да га уређује. У том смислу оно не може бити никакав затворен систем. Зато је кључан задатак оних који стварају међународно право и оних који га касније примењују да нађу ту фину меру у процесу претварања материјалних чинилаца у норме међународног права. Како ће касније бити јасно, количина времена за тако нешто није кључна (добар пример је стварање међународних обичајних норми) јер ће различите потребе међународне заједнице захтевати различите реакције.

Данас је и у литератури и у пракси међународних односа и међународног права веома лако наићи на тезу да међународно право са својим спорим реакцијама, конзервативним приступом настанка формалних извора и бесконачним теоријским поделама није у стању да одговори на све веће потребе међународне заједнице. У том смислу се понекад лamentsира над *старим, добрим временима* када је међународно право било јединствено, процес стварања норми једноставан и када је постојао позитивистички консензус међу европским правницима. Заборавља се, међутим, да таквог времена у том смислу заправо никад није било и леп пример за то је Коскениемијева (*Marti Koskenniemi*) књига *The Gentle Civilizer of the World* у којој он убедљиво указује на поделе, сумње и несавршености међународног права и у његовом „златном добу“ од 1870. до 1960. године.⁶²

⁶¹ Thirlway H.W.A: *International Customary Law and Codification*, Sithoff – Leiden, 1972, p. 1.

⁶² Koskenniemi M: *The Gentle Civilizer of the World*, Cambridge University Press, 2003.

Велика брзина претварања материјалних извора права у формалне не гарантује сама по себи стабилне, па ни праведне односе у међународној заједници. Чини се, заправо, да је ситуација сасвим супротна ако се, на пример, погледају Конвенције о дипломатским и конзуларним односима⁶³ или Конвенција о праву мора.⁶⁴ Веома велики напор и дужина трајања дипломатских конференција које су претходиле њиховом усвајању довеле су до стабилности ових режима у међународном праву.⁶⁵ Теза која се веома често може чути да међународна заједница данас пролази кроз незабележене, судбоносне и темељне промене је само делимично тачна. Ако погледате полице професора међународног права видећете много наслова књига који алудирају на овакво стање од XVII века па до данас. Свако је време у којем је живео видео као судбоносно, пуно невероватних промена које прете да угрозе (имагинарну?) стабилност међународног права и међународних односа.

Истина је, ипак, да смо данас сведоци промена које се одвијају веома брзо захваљујући пре свега развоју технологије и већем броју субјеката међународног права и међународних односа. Ово доводи и до много веће учесталости контаката субјеката међународног права. Истина је и да пред међународном заједницом стоје проблеми који захтевају релативно брзо решавање и активну улогу свих субјеката (људска права, заштита животне средине, солидарност између Севера и Југа), али као што смо већ истакли, њихово брзо решавање у плуралистичком друштву не мора да буде рецепт за успех. Просто претварање материјалних извора права у нове правне норме без искрене подршке и њихове утемељености у међународној заједници може само да допринесе смањењу моћи међународног права, али и осећању немоћи и фрустарције на пољу

⁶³ Текст Конвенције о дипломатским односима на енглеском језику, стране уговорнице и њихове резерве на одређене чланове је могуће пронаћи на интернет адреси: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-3&chapter=3&lang=en. Текст Конвенције о конзуларним односима, стране уговорнице и њихове резерве на одређене чланове је могуће пронаћи на интернет адреси: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=UNTSOLiNE&tabid=2&mtdsg_no=iii-6&chapter=3&lang=en.

⁶⁴ Текст Конвенције, стране уговорнице и њихове резерве на одређене чланове је могуће пронаћи на интернет адреси: http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_overview_convention.htm.

⁶⁵ Denza E: *Diplomatic Law* (3rd edition), Oxford University Press, 2008.

међународних односа јер не треба заборавити да спровођење међународноправних норми и даље доминантно лежи у рукама држава.

Уколико се описани процес претварања материјалних извора права у формалне обави успешно, постојаће много мање шансе за мешање *lex lata* и *de lege ferenda*. Без обзира што је данас у литератури међународног права прилично популарно критиковати потребу за прављењем разлике између *lex lata* и *de lege ferenda*⁶⁶, управо се у њој крије једна од финих нити међународног права – његова способност да у исто време буде и отворен и затворен систем (ово је по мишљењу Тојнбера, као што смо већ споменули, једна од кључних одлика аутопоетичких система).⁶⁷ Отворен, као што смо рекли, за утицаје спољног окружења. Затворен у смислу да кад већ настане одређено правило међународног права његово откривање може зависити једино од унутрашње правне логике која је ослобођена утицаја перципирања морала, правде, улоге моћи и других фактора. Намерно инсистирамо на томе да откривање, а не тумачење норме мора бити ослобођено ових примеса јер су, као што то исправно примећује Даспремон, критичке теорије међународног права аргументовано „раскрстиле“ са покушајима ове друге врсте.⁶⁸

Постоји више разлога за неопходност оваквог разумевања односа материјалних извора према међународном праву. Први од њих је да су ти извори већ део самих правних норми. Правна норма је већ на неки начин одраз равнотеже тих фактора. Други је да уколико право нема могућност да независно одређује шта јесте, а шта није правна норма оно не само да губи своје основне функције, већ га је услед тога немогуће разликовати од других нормативних система или односа моћи који постоје у међународном друштву. Ово гледиште је одраз позитивистичког схватања функције међународног права и ми нећемо крити овакво теоријско опредељење иако по нашем мишљењу нема основаних разлога да и друге теоријске концепције зазиру од оваквих закључака.

⁶⁶ Прегледни чланак о овим појмовима се може наћи у: Thirlway H: *Reflections on lex ferenda*, Netherlands Yearbook on International Law, Vol. 32, 2001, pp. 3-26.

⁶⁷ Погледати у овом смислу: Brownlie I: *To what Extent are the Traditional Categories of Lex Lata and Lex Ferenda still viable?*, in: Cassese A, Weiler J. H. H (ed.) *Change and Stability in International Law-making*, Walter de Gruyter, 1988, p. 66 – 92.

⁶⁸ Daspremon't J: *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford University Press, 2011.

Критичари позитивизма ће, ипак, упозорити на неке његове слабости. Тако ће се њему често замерати да је заправо *status quo* теорија која под плаштом наводног објективизма игра веома важну идеолошку улогу одржавања постојећег стања које може бити веома неправедно.⁶⁹ При томе ће се, на неки начин, тврдити да у овом несавршеном свету у којем живимо, међународно право као да понавља Лајбницево рече да је ово најбољи свет од свих могућих иако нам искуство говори сасвим другачије.⁷⁰ Ми смо о овој конзервативној природи (међународног) права нешто већ говорили. Овде ћемо додати да неразумевање позитивизма и његових критичара произилази можда пре свега због различитих функција које му се придају. Вредност правде не може бити задовољена искључиво на нивоу међународног права иако је оно способно да буде њен слуга.⁷¹ То је по нашем мишљењу, пре свега поље међународне политике. Оно мора у свој инпут међународном праву унети довољно елемената који ће омогућити праведна решења.

Оваква подела задатака је нарочито важна у међународном систему чија је главна одлика остала плурализам без обзира на снажну међузависност чији смо данас сведоци. Питања попут одрживог развоја необично снажно показују да на међународном плану не постоји консензус о праведним решењима. У таквој ситуацији, популарно замагљивање разлика између међународних односа и међународног права, материјалних и формалних извора и *lex lata* и *de lege ferenda* не помаже већ одмаже и једнима и другима.

На крају, требало би упозорити и на снажну критку коју позитивизму упућују конструктивизам и остали правци у оквиру критичке теорије. Они, наиме, између осталог указују на наивност позитивистичког приступа односу материјалних и формалних извора, као и на илузорност покушаја да се буде објективан. Њихов поступак деконструкције међународног права јасно показује његове бројне слабости и недовршености попут доминантности мачо културе, недовољно развијеног апарата аргументације,

⁶⁹ На овом трагу стоје моћна дела једног аутора: Allot P: *Eunomia: A New Order for a New World*, Oxford University Press, 2001; *The Health of Nations: Society and Law Beyond the State*, Oxford University Press, 2002.

⁷⁰ Leibniz G. W: *Teodiceja: ogledi o dobroti božijoj, slobodi čovjekovoj i podrijetlu zla*, Demetra, Zagreb, 2012.

⁷¹ О овоме говори и Розалин Хигинс у својим предавањима на Хашкој академији преточеним у књигу: Higgins R: *Problems and Process, International Law and How We Use it*, Oxford University Press, 1993: „Pravo, naravno, ne može samo da ostvari pravdu“ (kurziv u originalu).

несавршености (правничког) језика и многих других.⁷² Уместо тога они нуде окретање питањима идентитета, моћи, плурализма и предностима фрагментације. Операционализација ових питања у пракси није, међутим, лака, а она и поред своје несумњиве важности, нису у стању ни да помогну у превазилажењу конкретних проблема са којима се међународно право данас суочава.

Нама се пре чини да се закључци критичких школа морају прихватити као неопходна допуна позитивизму и упозорење која су његова ограничења. Немогућност да се у потпуности буде објективан, немоћ међународног права да се приликом примењивања потпуно отме односима моћи (опет: мешање материјалних и формалних извора у пракси) или несавршеност правничког језика само говоре о потреби сталног прилагођавања (да не кажемо усавршавања). Осим тога, поменуте примедбе се пре односе на процес тумачења садржине норми међународног права, док се ми у овом раду бавимо процесом утврђивања постојања норми међународног права.

У овом делу рада желимо само још да појаснимо следеће у вези са термином *материјални* извори права. Када говоримо о материјалним изворима права ми заправо говоримо о томе какво је друштвено порекло норми међународног права. Један број аутора не прави разлику између материјалних и формалних извора права или чак има негативан став према класификацији ове врсте. Тако, на пример, у уџбенику *Основи међународног јавног права* група аутора тврди да: „писци који хоће да остану у области међународног права, а да при томе јасно означе његове „материјалне изворе“ међународног права наилазе на велике тешкоће“.⁷³ Наводећи у том смислу тешкоће са којима се по њиховом мишљењу суочио Милан Бартош, они га цитирају и залажу се да се треба сложити са његовим закључком да подела на изворе у материјалном и формалном смислу није неопходна.⁷⁴ При томе поделу на материјалне и формалне изворе везују углавном за марксистичку теорију.⁷⁵

⁷² Погледати, на пример: Koskenniemi M: *Politics of International Law*, Hart Publishing, 2011.

⁷³ Димитријевић В, Рачић О, Папић Т, Петровић В, Обрадовић С (ур.) *Основи међународног јавног права*, Београдски центар за људска права, 2005, стр. 29.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ibid.

Мање је важно да ли ће се чиниоци утицаја међународне заједнице на процес стварања конкретних норми међународног права називати *материјални* извори права или некако другачије. Чак се у том смислу можемо сложити са поменутиим ауторима који поменути назив повезују са марксистичком теоријом међународног права и можемо и да додамо да би проблем могао да буде и у томе да се међу тим „материјалним“ изворима права налазе и сасвим нематеријални чиниоци. Видели смо да и Келзен материјалне изворе права сврстава у неправне елементе, а Јурај Андраши за материјалне изворе међународног права каже следеће: „извори права у материјалном смислу исти су као и свега осталог права, па се о томе расправља у оквиру опће теорије права...“.⁷⁶ Но, ми смо се определили за термин материјални јер је готово општеприхваћен у доктрини међународног права на овим просторима.

У складу са тим неопходан први корак у нашем истраживању је јасно разликовање материјалних и формалних извора права. Само на тај начин ми можемо доћи до тога како настају међународне обичајне норме. Тек је други, много амбициознији, корак испитивање погодности (моралне или неке друге) идентификованих норми у оквиру међународноправног система. О односу те моралне погодности и међународног права је написано обиље литература у којој не треба очекивати трагове било каквог теоријског компромиса. Ми ћемо се задовољити констатацијом да често западамо у проблеме када покушамо да откријемо моралну основу међународног права. Проблеми, осим тога, понекад настају и приликом покушаја да откријемо шта је опште добро међународне заједнице коју то право нормативно уређује. Не ради се, међутим, ни само о практичним потешкоћама. Правни позитивисти су покушали да укажу и на теоријске. О овоме је, уосталом, писао и Келзен са већ чувеном теоријом о моралном релативизму, односно о „тези одвајања“.⁷⁷

У вези са тим би најпре требало рећи следеће: једна ствар је тврдити да перцепција правде или морала у друштву утичу у мањој или већој мери на садржину

⁷⁶ J. Andrassy, *op. cit.* str. 3.

⁷⁷ Један од критичких приказа Келзенових ставова по овом питању је могуће пронаћи у: Paulson S. L., Paulson B. L. (ed.): *Normativity and Norms, Critical Perspectives on Kelsian Themes*, Oxford University Press, 1998.

међународноправних норми. Друго питање је, међутим, да ли моралне претпоставке или осећај правде треба да имају утицај приликом *утврђивања постојања* међународноправних норми или, што је за ово истраживање веома важно, за утврђивање постојања извора права. У оцени овог питања не постоји сагласност ни међу оним ауторима који се сврставају међу позитивисте. Наиме, једна од најчешће помињаних подела у оквиру овог тора је она на ексклузивисте и инклузивисте.⁷⁸ Ови први тврде да се утврђивање постојања норми никада не ослања на моралне аргументе, док други сматрају да је то некад потребно/могуће. Тако, на пример, један од познатих Хартових ученика, Јозеф Рац (енг. *Joseph Raz*) у најкраћем представља своје виђење суштине позитивистичког става према праву (иако признаје да је ово помало поједностављивање сложеног проблема): „правна теорија је прихватљива једино уколико њене провере утврђивања садржине права и одређивања његовог постојања зависе искључиво од чињеница људског понашања које је могуће изразити вредносно неутралним терминима и који могу бити примењени без коришћења моралних аргумената“.⁷⁹ Овом питању ћемо се вратити на крају овог дела рада.

Важно је да на крају овог дела рада још једном подсетимо на чињеницу да материјални извори међународног права још увек не представљају међународно право. Сви ти различити чиниоци утицаја међународне заједнице стварају само поље *могућности*, а не нужности у погледу настанка или обликовања садржине правних норми.⁸⁰

Субјекти међународног права, а пре свега представници држава, су приликом стварања норми међународног права на неки начин ограничени јер се крећу у том сложеном пољу могућности, али међународно право, ипак, настаје тек актом њихове воље (разума) и разрађеним правним техникама, процедурама, једну од могућности претвара у норму међународног права. Тим поступцима ћемо се бавити у следећем делу рада.

⁷⁸ Видети, на пример: Jovanović M.: *Is Legal Positivism Tenable Beyond Moral Relativism*, dostupan na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2140664

⁷⁹ Raz J: *Authority of Law*, Oxford University Press, 2009.

⁸⁰ Васић Р, Чавошки К: *Увод у право II*, Драганић, 1997.

2.3 Формални извори међународног права: појам и класификација

У претходном делу рада смо одредили појам материјалних извора права и покушали смо да покажемо зашто је разликовање материјалних и формалних извора права кључно за разумевање процеса настанка међународних правних норми. Овај посао остаје, међутим, недоречен, уколико се ближе не одреди појам формалних извора права. Управо то ћемо покушати у овом делу рада.

Најпре ћемо кратко додатно образложити зашто и даље сматрамо да је важно „открити“ правила о настанку правила у међународном праву. Затим ћемо укратко приказати како доктрина међународног права (нарочито позитивистичка) гледа на концепт извора права у формалном смислу. Испитаћемо ваљаност класификације извора права у формалном смислу и на крају ћемо се кратко задржати на односу извора права у формалном смислу нарочито испитујући међународне обичајне норме.

Као што смо већ утврдили, различити фактори у оквиру међународне заједнице утичу на процес настанка и садржај међународних норми (перцепција вредности попут правде и правичности, моћ актера, перцепција шта је морално понашање, материјални интереси актера, историјске детерминанте, итд.). Они, међутим, посредством воље субјеката међународног права морају бити преточени у конкретне правне акте и то *на унапред прописан начин*. Другим речима, морају добити неку конкретну правну *форму* захваљујући којој их могу јасно препознати субјекти међународног правног система. Ево шта о томе каже Р. Лукић: „... правна форма је нужна и остаће док буде права, ма и врло истанчана, скоро неопазива... прерађивање стварности правном формом врши се њеним „превођењем постојећег чињеничног стања у правни свет, при чему се оно прерађује помоћу одговарајућих техничких правних средстава...“⁸¹ Уколико не постоји унапред одређен начин на који се материјални извори права претварају правном технику у форму у којој их право препознаје Хартова опаска о непостојању секундарних правила међународног права и последична несигурност коју та чињеница изазива би била

⁸¹ Лукић Р: *Систем филозофије права*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2012, стр. 472.

оправдана. При томе, као што ћемо видети, та форма у међународном праву не мора да значи постојање неког текста или некаквог другог материјалног облика.

У поменутом смислу ово истраживање користи резултате до којих је дошао Даспремон и наслања се на његову тежњу да (ре)валоризује значај формализма као теорије о формалним критеријумима за откривање норми (међународног) права.⁸² При томе би требало имати у виду да поменути аутор инсистира на прављењу разлике између апстрактног одређивања у којој форми се могу наћи норме међународног права и доказа (индикатора) којима се користимо да би утврдили да ли је у некој конкретној ситуацији постоји формални извор права или не.⁸³ Претварање материјалних извора права у формалне представља и сложену правну технику (или по неким мишљењима чак вештину или уметност). Овладавање овом техником представља неопходан услов за оне који стварају међународноправне норме.

Као што смо у претходном делу рада истицали, нису све теорије међународног права подједнако пријатељски расположене према теорији о изворима међународног права и формализму. Они се углавном везују, у добру и у злу, за позитивистичку школу. То, међутим, не значи да су формализам, теорија о изворима међународног права и позитивизам једно те исто, као и да друге теорије међународног права не говоре о изворима међународног права.

Тако, на пример, Ле Фир (фр. *Louis Le Fur*) у свом познатом делу прави разлику између како га он назива објективног (или како га ми чешће налазимо у литератури природног) и позитивног права.⁸⁴ Иако Ле Фир отворено тврди да рационално право мора имати предност у односу на позитивно, по његовим речима

„...сваки правни однос, чак и (сиц!) међународни, може бити схваћен на два начина, или, још боље, да постоје два нужна елемента у једном потпуном праву, један основни елемент, природно право (или рационално, објективно право), с моралним и економском основом, само по себи апстрактна истина која објективно постоји, али која остаје непозната људима

⁸² J. Daspremon't, *op.cit.*

⁸³ Ibid, p. 13.

⁸⁴ Ле Фир Л: *Међународно јавно право*, Правни факултет Универзитета у Београду. Београд, 2010, стр. 145.

докле год је људски ум не открије; затим један формални елемент, позитивно право, помоћу кога управљачи покушавају да остваре ово прво право ради општег добра заједнице, града или државе“.⁸⁵

Јасно је, дакле, да и природноправна школа признаје одређену улогу позитивном праву, те да „само“ жели да укаже да се и оно мора оцењивати према неким вишим начелима. На крају крајева, без позитивног права, природноправна школа не би имала шта да упореди са тим вишим начелима.

Међународно право је у односу на пре сто година захватило потпуно нове области (на пример међународно право заштите животне средине, космичко право, међународно кривично право, итд.), добило је нове субјекте (сасвим сигурно међународне владине организације, а по неким ауторима и појединце), добило је многе нове правосудне институције, а и број норми у већ постојећим гранама међународног права се нагло повећао. О овим променама смо делимично говорили и у претходном делу рада.

С обзиром на све ове промене на које се непрекидно указује, природно је не само да се повећао број међународноправних норми, већ се поставило и питање начина доношења тих норми. Тако ће се скоро свако ново истраживање о начинима доношења норми успињати да покаже како се некадашње „свето тројство“ формалних извора међународног права оличено у међународним уговорима, обичајним нормама и општим правним начелима које су прихватили цивилизовани народи распало у парампарчад. На место тог светог тројства о коме ће нешто више причати у наставку рада не долазе, међутим, само неки нови кандидати већ се прича о изворима и нормативности међународног права некако разводњава. Доктрина међународног права као да се помирила са тим да је процес утврђивања шта јесте, а шта није међународно право инхерентно обележен несигурношћу.

Због свега наведеног се према речима Даспремона усвојила концепција према којој је „однос права и неправа схваћен као континуум, те стога формални механизми за утврђивање постојања права постају потпуно непотребни“.⁸⁶ На тај начин феномени у

⁸⁵ Ibid, p.159.

⁸⁶ J. Daspremon't, *op. cit*, p. 169.

мањој или већој мери могу да се оцене као међународноправни, субјекти који доносе норме могу бити веома различити (напушта се етатистичка основа међународног права), а и саме норме могу опет у већој или мањој мери да буду обавезне. Ранији периоди у развоју међународног права се означавају као периоди лажне сигурности, а онима који желе да се даље баве међународним правом се препоручује да се помире са сталном несигурношћу. Као што примећује Малколм Шо (енг. *Malcolm Shaw*) сваки студент права остаје зачуђен над оваквом ситуацијом у међународном праву јер је навикао да се у националном правном систему релативно лако даје одговор на питање шта јесте важеће право, а да се битке воде углавном у вези са интерпретацијом важећих правних норми.⁸⁷

Ми смо у претходном делу рада већ навели да сматрамо да је обезбеђивање правне сигурности једна од основних функција сваког правног система, па и међународног права.⁸⁸ Немогуће је остварити ову функцију а да не постоје правила о томе на који начин настају норме међународног права и како се утврђује њихово постојање. Ми сматрамо да је теорија о формалним изворима права и даље добар почетни корак у том правцу јер покушава, са мањим или већим успехом, да препозна у којој форми се могу јавити норме међународног права и каква је њихова правна природа.

Занимљиво је приметити да без обзира на чињеницу да се у многим чланцима о међународном праву могу наћи већ поменуте констатације о анахроној причи о формалним изворима међународног права, то није превише утицало на уџбенике међународног права који, по правилу, негде на свом почетку образлажу овај концепт. Један од ретких изузетака у том смислу је уџбеник професора и судије Антонија Касезеа (итал. *Antonio Cassese*) у коме он по свему судећи намерно избегава да говори о изворима међународног права.⁸⁹ У неким од уџбеника, попут оног професора Родољуба Етинског, се задржава волунтаристичко одређење (формалних) извора када тврде да „сагласност субјеката међународног права, изражена на одговарајући начин, чини извор међународног права... Правила међународног права о томе како се воља субјеката манифестује у форми

⁸⁷ Shaw M: *International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 34.

⁸⁸ Hart: *op.cit.* p. 88.

⁸⁹ Cassese A: *International Law*, Oxford University Press, 2001.

правила међународног права и како се из ових деривирају субјективна права и обавезе чине материју извора међународног права“.⁹⁰

Дејвид Кенеди (енг. *David Kennedy*) показује како је, заправо, цео дискурс извора међународног права заснован на овој његовој особини – (не)консесуалности.⁹¹ У том смислу аргументи да ли је нека држава обавезана нормама међународног права зависе од тога да ли користите тврд (консесуални) или мек (неконсесуални) приступ при чему су оба сваки за себе недовољни, а мешање немогуће.⁹² Због тога је важно овде напоменути да се ми не бавимо изворима у контексту извора обавезности међународног права, већ изворима као техникама настанка норми међународног права, односно различитим процесима у оквиру којих могу настати норми међународног права.⁹³ Или мало другачије речено: “норме међународног јавног права сазнају се из њихових извора“.⁹⁴ Слично томе, професори Јанковић и Радивојевић сматрају да су формални извори међународног права „... спољни облици у којима се појављују правила међународног права“.⁹⁵ Мартин Диксон (енг. *Martin Dixon*) сматра да су извори међународног права „... признати и прихваћени начини настанка правних правила, као и неколико начина уз помоћ којих је могуће открити прецизни садржај правних правила“.⁹⁶ С обзиром на тему нашег истраживања ово схватање извора као начина настанка међународних норми нам се чини изузетно важним.

У једном од најутицајнијих и најобимнијих уџбеника међународног права професор Малколм Шо (енг. *Malcolm Shaw*) даје релативно кратко одређење извора међународног права: „Постоје „извори“ међународног права из којих можемо извучити и анализирати правила. Под „изворима“ се подразумевају оне одредбе у оквиру правног система које постоје на техничком нивоу... Процес на основу кога настају правила

⁹⁰ Етински Р: *Међународно јавно право*, Нови Сад: Правни факултет, 2002, стр. 12.

⁹¹ Kennedy D: *The Sources of International Law*, American University International Law Review, no. 1, 1986, pp. 1 – 96.

⁹² Ibid.

⁹³ Degan Ђ: *Међународно право*, Правни Факултет у Ријечи, 2004, стр. 63; Schwarzenberger G: *International Law* (3rd ed.), Vol. I, 1957, pp. 26-27.

⁹⁴ В. Димитријевић, О. Рачић, В. Ђерић, Т. Папић, В. Петровић, С. Обрадовић (ur.) *op.cit.* стр. 27.

⁹⁵ Јанковић Б. М, Радивојевић З: *Међународно јавно право*, Свен Ниш, Ниш, 2005, стр. 20.

⁹⁶ Dixon M: *Textbook on International Law*, Oxford University Press, 2007, p. 23.

међународног права“.⁹⁷ Професор Јурај Андраши још краће помиње формалне изворе права као начине стварања права.⁹⁸ Професор Ђуро Деган цитира Херберта Бригса и његову класификацију различитих значења термина извори међународног права и опредељује се за ону која под тим термином подразумева „начине или процедуре уз помоћ којих настаје међународно право“.⁹⁹

Келзен критикује термин извори међународног права због своје амбивалентности јер тврди да се он користи „не само да означи различите начине стварања права, већ и да означи разлог важења права, нарочито врховни разлог... На крају, израз „извори“ права се такође користи у неправном смислу. У том смислу он обухвата све оне идеје које заправо утичу на органе који стварају право као, на пример, моралне норме, политички принципи, правна доктрина...“.¹⁰⁰ Келзен на поменути начин под изворима подразумева и основ обавезности међународног права (тема за коју смо већ рекли да се њоме нећемо бавити), материјалним изворима права (тема коју смо већ обрадили) и начине стварања права.

Алф Рос (енг. *Alf Ross*) сматра да је „традиционална доктрина извора права заснована на ставу да све право црпи своје важење из настанка у одређеној форми. Извори права, стога, представљају управо те форме из којих је могуће закључити шта се може сматрати правом“.¹⁰¹ Рос, међутим, није био благонаклон према теорији извора и са одређеном дозом ироније закључује:

„... концепт да важење права може да се „дедуктивно изведе“ из одређених извора је метафизички. Заснован је на томе да је важење права нешто што се не може докучити чулима... Извори су канали кроз које се важење сипа у свет реалности и даје праву његову „обавезујућу снагу“. Према реалистичком схватању, важење права је у последњој инстанци манифестација одређених социо-психолошких чињеница. За њихово настајање и развој је, међутим, од кључне важности редовно „спровођење“ судова... Покушај да се на аутентичан

⁹⁷ M. Shaw, *op. cit.* p. 66.

⁹⁸ Andrašić J, Bakotić B, Vukas B: *Međunarodno pravo I*, Školska knjiga Zagreb, 1998, str. 14.

⁹⁹ Degan Đ: *Sources of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 1.

¹⁰⁰ Kelsen H: *Principles of International Law*, The Lawbook Exchange, 2003, pp. 303 – 304.

¹⁰¹ Ross A: *A Textbook of International Law: General Part*, The Lawbook Exchange, 2008, p. 79.

начин одреде извори се морају сматрати као накнадне доктринарне рефлексије о чињењу које су често непотпуне или заводе у односу на реалност¹⁰².

Овакав Росов став према теорији извора, па према и формалним изворима права је у сагласности са његовим теоријским полазиштем, али је нама изузетно занимљив овај део у коме истиче важност рада судова јер ћемо се тиме бавити у наставку рада.¹⁰³

Из до сада приказаних теоријских одређења формалних извора међународног права је могуће извући неколико закључака. Иако се поменути термин веома често користи у доктрини не постоји консензус у вези са његовим значењем. То, међутим, није никакво изненађење и важи за све најважније термине у међународном праву. Следећи закључак који се може извући из приказаних теоријских схватања концепта извора је да је већина аутора ипак под тим концептом подразумевала начине настанка норми међународног права. Нама је, нарочито с обзиром на предмет истраживања овог рада, то одређење веома блиско. Том смислу можемо да поменемо и Саманту Бесон (енг. *Samantha Besson*) која под изворима права сматра „све чињенице или догађаје који предвиђају начине за стварање, мењање или нестајање важећих правних норми“.¹⁰⁴ Нама то личи на оно што се у Хартовој теорији права назива секундарним нормама неког правног система.

Хју Тирлвеј свој приступ изворима међународног права такође заснива на овој подели на примарна и секундарна правила међународног права:

„ова секундарна правила се у међународном праву називају *изворима* међународног права. Ова терминологија подвлачи идеју да правило мора да дође *однекуда*, као и из идеје да постоји ток, процес који може да потраје: правило може да постоји концептуално, као предлог или нацрт, а да касније буде прихваћено као обавезно. Проблем стога може да буде одређивање у ком тренутку је неко првило стекло статус важећег, обавезујућег правила...

¹⁰² Ibid, p. 80, 83.

¹⁰³ Видети главе IV, V и VI овог рада.

¹⁰⁴ Besson S: *Theorizing Sources of International Law*, in: Besson S, Tasioulas J: *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, 2010, p. 169.

Питање ауторитета правила као правног правила, обавезујућег за државе, је одређен *формалним* изворима правила¹⁰⁵.

Ричард Гардинер пише и о правилу признања (или признавања) у изворима међународног права: „формални извори (међународног права, прим. М.Х.) су они који су подржани правилом признања у оквиру правног система, то јест *правним* критеријумима утврђивања шта је право“.¹⁰⁶

Овакво одређивање појма формалних извора права које указује и на правне критеријуме за настанак и утврђивање постојања међународноправних норми је такође важно с обзиром на тему овог истраживања. Остаје, међутим, питање да ли међународно право прописује само одређене начине за настанак и утврђивање постојања норми или је оно у том смислу сасвим отворено. Другим речима, поставља се питање који су то извори права у формалном смислу у међународном праву, односно на које све начине оно може настати и у којим облицима се може појавити.

Постоје аутори који се залажу за то да међународно право мора имати ограничени број извора права у формалном смислу и не либе се ни да их изричито наведу.¹⁰⁷ Готово свако ко прихвати употребу термина извори права у формалном смислу у међународном праву набрајање отпочиње навођењем члана 38 Статута Међународног суда правде. Због важности тог члана за међународно право цитираћемо га у целости:

„1. Суд, чији је задатак да спорове који су му поднети решава сагласно међународном праву, примењује:

- а) међународне конвенције, било опште или посебне, којима установљавају правила изричито призната од држава у спору;
- б) међународни обичај, као доказ опште праксе прихваћене као право;
- ц) општа правна начела призната од цивилизованих народа;

¹⁰⁵ Thirlway H: *The Sources of International Law*, in: Evans M. (ed.): *International Law*, Oxford University Press, 2005, p. 116

¹⁰⁶ Gardiner R: *International Law*, Pearson education Limited, 2003, p. 25 (kurziv dodat).

¹⁰⁷ Danilenko G. M: *Law-making in the International Community*, Martinus Nijhoff Publishers 1993.

д) под условима одредаба члана 59, судске одлуке и доктрину најпозванијих стручњака јавног права разних народа, као помоћно средство за утврђивање правних правила.

2. Ова одредба не прејудуцира право Суда да један спор решава *ex aequo et bono*, ако странке у спору на то пристају¹⁰⁸.

Анализа како је од одредбе која је „само“ требало да помогне Суду да решава конкретне спорове члан 38 догурао до, по неким мишљењима (квази)конституционалне одредбе међународног права је веома занимљива, али је немогуће овде представити је у свим појединостима. Ми ћемо се на њој задржати само онолико колико је неопходно да бисмо представили поделу формалних извора међународног права и како бисмо дали довољно основа за даље истраживање међународног обичајног права. Нећемо говорити о формалним изворима појединачно. О међународним обичајима јер се њима детаљно бавимо у наставку рада, а о уговорима и општим правним начелима јер то није основни предмет нашег истраживања.

Они који студирају међународно право обично долазе на прва предавања са предрасудом да ће током курса морати да науче заиста много чланова из разних међународних уговора. Иако је то погрешно, члан 38 Статута Међународног суда правде представља вредан изузетак. Као што ће моћи да се види, разлог за то није (само) позиција овог члана у целокупном Статуту и његова важност за функционисање Међународног суда правде. Члан је толико пута цитиран или макар поменут да се готово стиче утисак да је то нека врста Библије међународног права која није човекових руку дело и да ту постоји одувек. Историја правосудног решавања спорова у међународној заједници открива, међутим, не само да није тако, већ да се из генезе развоја сличних одредби у статутима различитих правосудних институција може пуно сазнати о данашњој природи и структури формалних извора права.

Почеци међународних правосудног решавања спорова су заправо прилично скромни и само се условно могу тако назвати. У доктрини међународног права се као почетак најчешће узима Општи уговор о пријатељству, трговини и проласку бродова (познатији као Цејев уговор по имену америчког преговарача) између Сједињених

¹⁰⁸ Хаџи Видановић В, Милановић М (пр.) *Међународно јавно право – збирка докумената*, Београдски центар за људска права. стр. 193.

Америчких Држава (САД) и Уједињеног Краљевства Велике Британије и Северне Ирске (УК).¹⁰⁹

Уговором је, између осталог, требало решити и питање *на основу чега* ће та комисија донети решење које је обавезујуће за обе стране уговорнице.¹¹⁰ У члану IV Уговора се наводи да ће се спорно питање решити „на основу правде и обостране користи, као и у складу са намером поменутог уговора (мировни уговор између ове две стране, прим. М. Х.)“.¹¹¹ Занимљиво је у том смислу приметити да се све до почетка XX века од међународних судија и очекивало да одлуке доносе (и) на основу њиховог осећаја правде и правичности.¹¹²

Хашке конвенције о мирном решавању спорова представљају у том смислу помак јер предвиђају да ће се међународне арбитраже решавати „на основу поштовања права“.¹¹³ Пеле цитира део случаја *Норвешких бродовласника* (спор између Сједињених Америчких Држава и Норвешке 1921. године) као случај у коме се прецизира да се то право извлачи из „оба извора ове науке, не само из уговора, већ и из обичајног права, као и праксе судија у другим међународним судовима“.¹¹⁴ У параграфу пре овог судије, међутим, са одобравањем цитирају закључак да пресудити нешто у складу са правом заправо значи и да ће „судија пресудити у складу са правичношћу, *ex aequo et bono*, када нема позитивних правила међународног права“.¹¹⁵

¹⁰⁹ Текст Уговора је доступан на: <http://memory.loc.gov/>. Посећено: 24.10.2014.

¹¹⁰ У већ поменутом члану Уговора се прецизира да су „... обе стране сагласне са тим да се таква одлука [комисије] сматра коначном и обавезујућом и да се она више неће доводити у питање и да неће након тога бити довођена у питање, нити ће бити предмет спора међу њима“.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Ово није место на коме би требало расправљати о томе колико је сличан осећај судија и данас фактор при њиховом доношењу одлука. Аргумент је само да је тај простор њихове слободе у прошлости без сумње био већи.

¹¹³ Текст Конвенције из 1899. године је доступан на: www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=192, а Конвенције из 1907. године на: www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=193.

¹¹⁴ Pellet A: *Article 38*, у: Zimmermann A, Oellers K. F, Tommushat C, Tams C. J (ed.), *A Statute of International Court of Justice, A Commentary*, Oxford University Press, 2012, p. 735. Текст пресуде коју Пеле цитира је доступан на интернет адреси: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_I/307-346.pdf. Посећено: 24.10.2014.

¹¹⁵ Ibid.

Овај историјски сиже показује да се у току нешто више од једног века (од краја 18. до почетка 20. века) у међународном праву јавило неколико кандидата за основ доношења пресуда. Од правде и правичности дошло се до тога да су извори правне науке уговори и обичаји. Нема сумње да су на ово утицали развој позитивизма и његов снажнији утицај у правној науци овом периоду, као и потреба држава које износе своје спорове пред међународне судске институције да унапред знају на основу чега ће те институције доносити одлуке.

Саветодавни комитет правника је састављен пред оснивање Сталног суда међународне правде (ССМП) са циљем да на основу искустава претходних судских институција и *ad hoc* арбитража одреди на основу чега ће нови суд доносити своје пресуде. Председник комитета, барон Десамп (фр. *Descamp*) је на основу предлога чланова комитета саставио предлог који је укључивао уговорно право, међународни обичај, правила међународног права која су призната у правној свести цивилизованих држава и међународна судска пракса као средство примене и развоја права.¹¹⁶

На основу овог предлога је вођена расправа која је завршила малим изменама. Највећа расправа се водила у вези са општим начелима и улогом судске праксе и доктрине. Компромисно решење је пронађено тако што је прихваћено да се у нацрт укључе и општа правна начела (иако је било предлога да се Суд прогласи ненадлежним уколико нема уговора и обичаја на основу којих би могао да донесе пресуду), а да судска пракса и доктрина буду супсидијарна средства за одређивање правних правила.¹¹⁷ Овакав предлог је прихваћен у Друштву народа са неколико мањих измена. Приликом оснивања Међународног суда правде није се много расправљало о овом члану Статута. Иако је било примедби на неке формулације, констатовано је да у пракси Сталног суда међународног суда правде није било никаквих потешкоћа због оваквог члана.

Као што је могуће приметити листа правних извора на основу којих су ССМП и његов наследник могли да доносе пресуде није „сама по себи природна“ нити се подразумева(ла). Она је плод развоја међународног права као научне дисциплине и

¹¹⁶ Ibid, p. 739.

¹¹⁷ Ibid.

перцепције тог развоја у очима правних стручњака, дипломатских представника држава и њиховог често напорног преговарања. Они су тај развој компромисно претварали у конкретне правне акте на основу којих су међународне правосудне институције функционисале и функционишу и данас. То другим речима значи да листа није непроменљива. Друго је питање, на које ћемо покушати да дамо одговор, да ли је та листа данас застарела и ако јесте, чиме би евентуално могла да се допуни.

Комитет правника није имао ни као циљ, ни као задатак, да састави листу извора међународног права или да одговори на питање шта је међународно право. Он је имао задатак да ауторитативно одлучи на основу чега ће нови суд у кога се полагало много наде одлучивати. С правом се може тврдити да су чланови Комитета у том тренутку сматрали да постоји још неки извор међународног права они би га у члан 38 Статута и ставили. Наиме, из припремних радова на доношењу Статута је јасно, на пример, да су општа правна начела додата у члан 38 како би се на сваки могући начин избегла ситуација да Суд прогласи *non liquet*.

Но, и на ову аргументацију се могу ставити приговори. Један од њих би био да је члан 38 Статута, као што смо већ рекли, плод компромиса и да је било предлога неких чланова Комитета да се листа извора допуни. Другим речима, аргумент би могао да буде да већина чланова Комитета у том тренутку није донела одлуку која би била у складу са тада постигнутим развојем међународног права. Други аргумент би могао да буде да чак и да су 1920. године извори поменути у члану 38 били једини извори права, у последњих готово па сто година се међународно право толико развило да је то довело и до појаве нових формалних извора права. Због тога нам једино преостаје да видимо како сада ствари стоје.

Можда је најлакше дати одговор на то питање тако што ће се представити различита мишљења два веома уважена правника које смо већ помињали. Оба мишљења су подржана у доктрини међународног права, мада чини се неједнако. Овде су узета као адекватне супротстављене парадигме иако постоје бројни примери који би подржали једну или другу аргументацију. На једној страни је Хју Тирлвеј, а на другој Алан Пеле. Хју Тирлвеј је још у књизи *Међународно право и кодификација* изразио став да листу извора

представљену у члану 38 Статута треба (бар у том тренутку када је он писао ову књигу) сматрати исцрпном (вреди га у том смислу цитирати нешто шире):

„...иако није логички немогуће да допунски извор права настане и да ствара правила која би обавезивала целу, или можда само део међународне заједнице, ово се очигледно не може сматрати уобичајеном појавом. Шта више, сматрамо да мора да постоји кључна допуна аргумента да нови извори могу настати: није могуће да правило о том и том новом извору уђе у међународни правни поредак другачије него кроз постојеће изворе права препознате у међународној заједници. Ово проистиче из природе идеје о „изворима“: правило или постулат који одређује који су извори права у одређеној заједници мора бити, у одређеном моменту, исцрпан став о начинима настанка и промене права; то је оно што је професор Харт називао „секундарним“ принципом чија је сврха да осигура стабилност и сигурност у откривању права“.¹¹⁸

Поменути награђена књига је написана сада већ давно и неко би могао да помисли да не одсликава неке савремене тенденције међународног права (шта год то значило). Професор Тирлвеј је остао доследан својој позицији и у његовој најновијој књизи *Извори међународног права*.¹¹⁹ Анализирајући, наиме, потенцијалне „кандидате“ за нове изворе међународног права он закључује да они своју правну релевантност у крајњем исходу заправо црпе из постојећих формалних извора права који су поменути у члану 38 Статута Међународног суда правде.¹²⁰

Алан Пеле, са друге стране, започиње свој опсежан коментар члана 38 Статута следећом констатацијом: „по мишљењу овог аутора, члан 38 не заслужује ни претерану похвалу, нити претерани презир“.¹²¹ Оно што је, међутим, јасно након пажљивијег читања његовог целокупног коментара је да он заправо сматра да је члан 38 солидно функционисао у пракси, али да у смислу „дефиниције извора права – не може бити сумње да је листа из члана 38 непотпуна“.¹²² У наставку коментара члана 38 Пеле као кандидате

¹¹⁸ Thirlway H: *International Customary Law and Codification*, Sijtof Leiden, 1972, , p. 39 (цитирано без фуснота из оригинала).

¹¹⁹ Thirlway H: *The Sources of International Law*, Oxford University Press, 2014, pp. 19 – 28.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ Pelle A: *op.cit.* p. 734. (цитирано без фуснота из оригинала).

¹²² Ibid, p. 763.

за формалне изворе који се помињу у члану 38 анализира једностране правне акте држава, одлуке међународних организација, меко право, национално право и правичност. Пеле за прво двоје изричито тврди да могу представљати изворе међународног права.

Занимљиво је да том приликом на неколико места полемише баш са Тирлвејом (на неким местима отворено цитирајући га, а на неким посредно, али без велике дилеме да ли се ради управо о њему). Ни Тирлвеј му није остао дужан у том смислу у својој најновијој књизи (ни у цитатима, ни у посредном помињању). Укратко, главни спор између њих двојице и свих оних које они посредно представљају је у томе да ли су једностранни правни акти држава и одлуке међународних организација сами по себи довољни да производе правне последице по субјекте међународног права (како тврди Пеле¹²³) или ови акти у крајњој линији и макар посредно то могу радити само на основу уговора или обичаја (како тврди Тирлвеј¹²⁴). Занимљиво је при томе да се Пеле уопште не осврће на Тирлвејову кључну аргументацију зашто систем извора мора бити затворен без обзира на сам текст члана 38 Статута суда. За предмет истраживања овог рада је такође занимљиво да се и један и други обилно позивају на праксу Међународног суда правде, али ће више речи о томе бити у наставку рада.

Приметно је такође да Пеле и Тирлвеј у складу са својим основним поставкама другачије тумаче и значај и садржину почетка члана 38 у Статуту Међународног суда правде - *Суд, чији је задатак да спорове који су му поднети решава сагласно међународном праву, примењује...* (курзив додат). Наиме, Пеле сматра да оваква одредница и формално дозвољава Суду да примењује и друге изворе права, док Тирлвеј сматра да тај део одредбе треба тумачити као да управо параграфи од *a* до *d* члана 38 представљају целикупно међународно право. Обојица се опет позивају на праксу Суда.

На крају, и Пеле и Тирлвеј и многи други аутори анализирају и улогу и значај судских одлука и ставова доктрине као помоћних извора или како у тексту члана 38 прецизно стоји *помоћних средстава*. Овде се, међутим, уз све нијансе Тирлвеј и Пеле слажу. Судска пракса и ставови доктрине не представљају самосталне изворе права већ

¹²³ Ibid, pp. 763 – 771.

¹²⁴ Thirlway H: *The Sources of International Law*, Oxford University Press, 2014, p. 27.

служе као средства доказивања да постоји један од извора који се помињу у претходним параграфима члана 38. У наставку рада ћемо моћи ближе да утврдимо у којој мери се Суд држао оваквог закључка у својој пракси.

2.4 Закључак

У овом делу рада смо пошли од истраживања правне природе међународног права и представили неке од одговора на питање да ли је међународно право заиста право. При томе смо препознали два основна правца у тражењу одговора на то питање. Припадници једног правца сматрају да је елемент *принуде* тај који суштински одређује правни карактер неке друштвене појаве. Овај приступ неминовно доводи до закључка о дефектној природи међународног права јер се не може спорити чињеница да у њему не постоји централизован систем санкција који би омогућио принуду над субјектима који крше његове норме. Представници другог правца у тражењу одговора на питање о правној природи права, па и међународног, инсистирају на елементу *прихватања* правила која садрже обавезе субјектата и одређују процедуре самообавезивања. Субјекти који својевољно користе те процедуре су, тврде ови представници, обавезани на њихово поштовање.

Ми смо се, уверени у аргументацију коју је Харт понудио, определили за овај други правац. Остаје, међутим, отворено питање какве су последице по међународно право ако се следи понуђени модел. Наиме, добро је познато да је Харт изразио значајне резерве према међународном праву. Иако није негирао његову правну природу, није га сматрао правним системом јер по његовом мишљењу међународно право не поседује секундарна правила која би утврђивала како се примарна правила уводе у правни систем, како се мењају и нестају. Евентаулне последице таквог статуса нису мале: несигурност, статичност и неефикасност.

Са ставом Харта о недостатку секундарних норми у међународном праву па самим тим и недостатку његовог системског карактера се може полемисати. Нама се чини да су одређени кораци у исправљању овакве ситуације донети од објављивања чувене Хартове књиге *Појам права*. Крајњи одговор би у овој фази истраживања ипак на неки начин

назвали прелиминарним питањем и њему ћемо се вратити на крају овог рада кад будемо имали далеко више материјала за то (макар у вези са обичајним нормама).

Хартово одређење системског карактера права није, међутим, једино. Ми смо, на пример, издвојили гледишта о (међународном) праву као аутопоетичком систему који сам себе ствара независно од утицаја спољашње средине. Иако смо испољили и одређене резерве у том смислу, нагласили смо и поједине вредности оваквог гледишта. Оно што је заједничко различитим одређењима правног система је да то значи да се право састоји из одређених елемената. Како нам с правом указује Прост у том смислу нема исправне перспективе већ се право може посматрати као систем састављен од норми, његових подсистема или нечег трећег. Иако сматрамо да се међународно право не састоји *искључиво* од правних норми, сматрамо да су оне његов *доминантан* елемент. Чак и да оне нису његов доминантан елемент, једна врста тих норми је основни предмет овог истраживања.

Норме међународног права морају проистичати однекле. Сматрамо да оне проистичу из материјалних извора права – чиниоце утицаја међународне заједнице на процес настанка и садржај норми међународног права. Тај друштвени супстрат је састављен из веома великог броја различитих чинилаца који су међусобно различити, па понекад и међусобно директно супротстављени. Крајњи производ у виду правног акта као материјализације те правне норме представља заправо тренутно разрешење тих контрадикторности. Материјалне изворе права можемо у том смислу, следећи неке наше поменуте ауторе, разумети као могућности које стоје на располагању онима који имају надлежност за доношење правних норми и правних аката. Немогуће је до краја оценити однос простора нужности и слободе која је тим актерима остављена. Оно што јесте јасно је да се један од основних правних парадокса налази у томе да правне норме не смеју одударати превише од материјалних извора права јер ће онда изгубити своју утемељеност и могућност нормативног деловања, али у исто време не могу се никад ни изједначити са њима јер би у том случају изгубили свој *raison d'etre*. Ово ће, као што ће моћи да се види у наставку рада, нарочито значајно за обичајне норме. Они који имају надлежност за стварање међународног права морају својом слободном вољом (разумом) одлучити за

једну могућност која ће најбоље одговарати њиховој перцепцији вредности и интереса. Тек тим додатним кораком се материјални извори међународног права претварају у правне норме.

Разликовање међународног права од других нормативних система или од међународне политике је могуће искључиво уколико се дозволи да оно само, у складу са инпутима који су претходно унети, одлучује када је пређена рубиконова коцка и када је чудесном алхемијом из не – права настало право. Та алхемија у праву не би смела да остане тајна великих мајстора, иако изгледа да је осуђена на неки степен тајанствености. Мора се, другим речима, проникнути у технике, процесе за настанак норми међународног права. Ми сматрамо да се те технике могу пронаћи у ономе што се најчешће назива формалним изворима међународног права. Како би се обезбедиле вредности правне сигурности и правне једнакости поменуте технике морају бити *унапред одређене* и као такве представљати тест правне природе норми. При томе би требало имати у виду да ми под овим формалним изворима права не мислимо, попут појединих аутора, на конкретне *облике* или *спољне манифестације* у којима се норме налазе. Наиме, као што ће моћи да се примети у наставку овог рада, оне се могу наћи у различитим облицима, али ће увек у крајњој инстанци црпети своју међународноправну природу из једног од извора права у формалном смислу. Ми се у том погледу слажемо са Тирлвејом који у овим формалним изворима права види секундарна правила. Друго је, међутим, питање како да знамо која су и колико их има.

Отежавајућу околност у том смислу представља чињеница да међународна заједница нема формални устав у коме би такве ствари биле записане. Неки ипак говоре о (квази)конституционалној природи Повеље уједињених нација и конкретније у овом контексту члана 38 Статута Међународног суда правде. Иако смо указали на неке од критика које су упућене овом члану он остаје почетно место истраживања ове врсте.

Генеза правила на основу којих су међународна правосудна тела доносила своје одлуке показују пут од права и правичности као те основе до уговора и обичаја као извора *правне науке*. Ова генеза је последица, дакле, мењања међународног права као научне дисциплине и перцепције тог развоја у очима оних који га стварају и примењују. С

обзиром на ову историјску условљеност одређивања формалних извора права једини логичан закључак је да она нису непроменљива. Чини нам се, међутим, да треба прихватити Тирлвејов закључак да је њихова промена сада могућа једино на основу постојећих извора права у формалном смислу.

Досадашњим закључцима је ударен темељ даљем истраживању које ће се фокусирати на један од извора права у формалном смислу – међународном обичају. Без обзира на силне недоумице у доктрини међународног права, може се рећи да интересовање за обичај не јењава. Део разлога се крије у томе да је поље међународних уговора, као што смо већ истакли, делимично регулисано. Са друге стране, правна природа, настанак, мењање и нестанак међународних обичаја остаје и поред бројних истраживања под одређеним велом тајне. Сигурно и због тога што представља неформалан начин настанка међународноправних норми. Томе ће бити посвећен наставак овог рада.

III НАСТАНАК И УТВРЂИВАЊЕ ПОСТОЈАЊА МЕЂУНАРОДНЕ ОБИЧАЈНЕ НОРМЕ: ДОКТРИНАРНЕ РАСПРАВЕ

3.1 Појам међународног обичајног права

У доктрини међународног права је све у вези са појмом међународног обичајног права спорно. Осим, можда, чињенице да међународно обичајно право постоји. Схватање овог појма зависи, како смо и покушали да покажемо у претходном делу рада, од схватања правне природе и структуре међународног права у целини. Различити ставови аутора о овим питањима су произвела огромну литературу о међународном обичајном праву у којој се, веома занимљиво, питање појма међународног обичајног права брзо прескаче и прелази се на истраживање његових саставних делова.

У овом делу истраживања о појму међународног обичајног права је можда најцелисходније поћи од имена ствари коју истражујемо. Име међународно *обичајно* право сугерише да се ради о праву које је настало из обичаја (*constuendo*). Процес претварања *обичајних* правила у *правне норме* се не одвија искључиво у међународном праву, већ постоји и у националним правним системима.¹²⁵ Карактеристике овог процеса у међународном праву понекад остају замагљене јер се губи из вида разлика између обичајних и правних правила. Обичајна правила се обично смештају негде између природних правила која су директна последица „људске природе“ и позитивних правних правила која су донета рационалном људском активношћу у унапред одређеном поступку. Ово се, између осталог, огледа и у двоструком начину сагледавања обичаја: обичаја као навике и обичаја као договора (конвенције).¹²⁶ „Понекад се обичајне навике пореде са природним инстинктима због тога што оне настају спонтано, аутоматски и прећутно... Са друге стране, обичај се описује и као скуп неформалних договора, друштвена

¹²⁵ Улога и значај обичаја у националним правним системима у великој мери варира од типа тих правних система, али то превазилази циљеве овог рада.

¹²⁶ Погледати о овој разлици: *Habit and Convention at the Foundation of Custom*, у: Perreau – Saussine A, Murphy J. B: *The Nature of Customary Law*, Cambridge University Press, 2007, pp. 53 – 79.

координација која настаје из неформалних споразума који нису наметнути важећим правом¹²⁷.

С обзиром да је обичај и навика и договор (конвенција), он се налази негде између чувене дихотомије која по значају превазилази право као научну дисциплину: природа – култура. У томе се налази његова генијалност, али и ограничења. Обичај „претвара наше природне потребе за храном, такмичењем и размножавањем у сложене друштвене конвенције узимања obroka, играња игара и венчавања; обичај такође претвара наше рационалне и правне конвенције давања аргумената, њихове оцене и суђења у прећутне праксе које су спонтане и лаке као природни инстинкти“.¹²⁸ На овај начин обичај представља мост између природног (инстинктивног) и културе (циљно – рационалног понашања).

Обичај као навика и конвенција доводи до појаве одређених правилности у понашању неких субјеката. Те правилности су некад потпуно спонтане и субјекти немају свест о њима, али неке од њих постају предмет рефлексije субјеката. У том смислу се може појавити и оцењивање њихове друштвене корисности или прихватљивости. Следећи, не и нужни, корак је евентуално прихватање обичаја под окриље права. До њега може доћи јер обичај и право имају неке заједничке особине: они представљају понашања актера које настају из потребе за друштвеном координацијом и производе легитимна очекивања актера у оквиру неког друштвеног система. Осим тога, оне су најделотворније уколико се ослањају на навике у понашању.

Ове заједничке особине се ипак не смеју пренаглашавати. Доношење правних *норми*, за разлику од спонтаног настанка обичајних, представља смислену, циљно – рационалну операцију којом се штите одређене друштвене вредности/потребе/интереси. У том смислу, правне норме уређују понашање одређених субјеката и то тако што могу подржавати, мењати или чак укидати одређене обичаје. Уосталом, како су то на пример показивали Келзен и многи пре њега, право и настаје и има свој разлог постојања због

¹²⁷ Ibid, p. 54.

¹²⁸ Ibid, p. 55.

разлике у оном што јесте (нем. *Sein*) и онога што би требало да буде (нем. *Sollen*).¹²⁹ Право тежи укидању ове разлике али би остваривањем овог циља дошло до његовог (само)укидања. У погледу међународних обичајних норми на поменутој разлици инсистира, на пример, Волфке.¹³⁰ Осим тога, поштовање права је у националним правним системима заштићено и централизованим системом санкција (принудом) чега наравно нема кад је у питању обичај.¹³¹

У складу са свим горе наведеним, *обичајно право* представља онај део права који је настао на основу обичаја, односно правилности у понашању правних субјеката, али се не може са њим у потпуности и аутоматски изједначити, већ је потребно да се он на одређени начин преточи у право. „Обичајно право се стога односи на подкуп обичаја одабраних са циљем посебног спровођења/наметања. У овом смислу, обичајно право одсликава не само спонтан обичајни поредак заснован на навици, већ и циљно постављени правни поредак“.¹³²

На крају остаје питање да ли *међународна* обичајна норма има одређене специфичности у односу на ово што смо до сада констатовали. Свака норма настаје у контексту одређеног правног система и њен настанак и садржина се не могу исправно протумачити уколико се не узму у обзир карактеристике тог правног система.¹³³ У том смислу се може констатовати да без обзира на одређене специфичности међународног правног система, међународна обичајна норма дели карактеристике оних које настају у унутрашњим правним системима. Основну разлику, ипак, представља чињеница да поступак доношења тих норми није прецизиран правилима међународног права (Хартовски речено нема секундарних правила или она, макар, нису прецизно евидентирана). Осим тога, међународну обичајну норму није могуће разликовати од

¹²⁹ Келзен Х: *Чиста теорија права (друго издање)*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2007.

¹³⁰ Wolfke К: *Custom in Present International Law*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 1964.

¹³¹ С обзиром да је основни предмет нашег истраживања међународно обичајно право ми на овом месту не можемо улазити у питање да ли је овај централизован систем санкција основни предуслов за постојање права. Ипак, нешто кратко о томе се може наћи у главама 2.1 и 2.2 овог рада.

¹³² J. V. Murphy, *op.cit.* p. 76.

¹³³ Погледати главу 2.1 овог рада.

обичаја по томе што је заштићена централизованим системом санкција јер он не постоји у међународном праву. С обзиром на ове две карактеристике, правила у вези са настанком и доказивањем постојања *међународне обичајне норме* је пре свега могуће тражити у ставовима доктрине и судској пракси. Тумачењем доктрине се бавимо у овом делу рада, док је следећи посвећен истраживању праксе Међународног суда правде.

У међународноправној литератури је уобичајено да се о појму међународне обичајне норме крене од члана 38 Статута МСП, па макар и само због тога да би се садржина тог члана жестоко критиковала.¹³⁴ Статут Суда је заправо нешто измењена верзија Статута ССМП. Оно што је свакако потпуно преузето је члан 38 (б)¹³⁵ у коме се наводи да ће Суд судити на основу „међународног обичаја, као доказа опште праксе прихваћене као право“.¹³⁶ Намера оних који су радили на доношењу Статута свакако није била да се дефинише међународни обичај као извор међународног права, али је, као што смо већ указали, ова одредба постала референтна тачка за све оне који се баве међународним обичајним правом.

Као што смо већ говорили, рад на Статуту ССМП је био поверен саветодавном комитету правника са бароном Едуардом Дескампом на челу (фр. *Baron Édouard Eugène François Descamps*). Интересантно је приметити да се одредба која се тичала примене обичајног права није сматрала нарочито спорном (за разлику од рецимо општих правних начела прихваћених од стране „цивилизованих“ народа).¹³⁷ Првобитни предлог барона Дескампа је само незнатно измењен. Наиме, његов првобитни предлог је био да Суд, осим конвенција, примењује и: „међународни обичај, који представља праксу држава прихваћену од њих као право“.¹³⁸ Приликом доношења стаута Међународног суда правде

¹³⁴ О значају овог члана смо већ нешто рекли говорећи о формалним изворима међународног права (глава 2.3).

¹³⁵ У Статуту Сталног суда међународне правде је ово био члан 38 (2).

¹³⁶ Статут Суда се може пронаћи на интернет адреси: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/documents/1920.12.16_statute.htm. Посећено: 24.10.2014.

¹³⁷ Ближе о овом процесу и целокупном историјату доношења Статута видети у: Andreas Zimmermann, Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat, Christian J. Tams (ed.), *The Statute of International Court of Justice: A Commentary*, Oxford University Press, 2012.

¹³⁸ Ibid, p. 112.

је констатовано да, иако постоје одређене замерке тексту члана 38 статута, то није представљало препреку ефикасности и праведности његове праксе. Једна од оних која се најчешће може чути у доктрини међународног права је да је формулација заправо требало да буде мало другачија – не да је међународно обичајно право доказ опште праксе прихваћене као право, већ да је, обрнуто, општа пракса прихваћена као право доказ постојања обичаја.¹³⁹

Иако, по свему судећи, намера оних који су радили на нацрту статута Суда није била да дефинишу обичај тако да се он састоји из два елемента (праксе и *opinio iuris*) данас се одредбе члана 38 најчешће узимају као потврда оваквог става. Осим тога, формулација *прихваћене као право* (или још снажније у првобитном предлогу прихваћену *од држава*) се често узима као доказ волунтаристичке потврде природе међународног обичаја иако је овакав став често критикован у доктрини.¹⁴⁰ У сваком случају, теорија о два елемента међународне обичајне норме данас представља најчешћи теоретски став са релативно ретким изузецима. Па ипак, треба имати у виду критику одређених аутора да је анализа међународне обичајне норме на елементе праксе и *opinio iuris* вештачка и да не одговара у потпуности стварности.¹⁴¹ Без обзира на то, ми ћемо се, бар у овој глави рада, придржавати ове поделе јер нам се чини ефикасним средством истраживања структуре међународне обичајне норме, а на крају ћемо дати и кратку оцену поделе међународне обичајне норме на праксу и *opinio iuris*.

3.2 Пракса као елемент међународне обичајне норме

У претходном делу рада смо говорили о појму међународне обичајне норме и приказали став већине теоретичара у вези са њеним саставним деловима. Констатовали смо да је порекло имена међународно *обичајно* право подразумева да је то право настало

¹³⁹ Погледати, на пример: R. Higgins, *Problems and Process*, p. 18, Hoof, *op.cit.*, p. 87.

¹⁴⁰ С. Tomushat, *op.cit.*

¹⁴¹ Погледати, на пример: Hagenmacher P: *La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale*, *Revue générale de droit international public*, no 1, pp. 1-125.

на основу одређених правилности у понашању (пракси) актера које су преточене у право.¹⁴² У овом делу рада ћемо анализирати став доктрине о томе какве критеријуме пракса мора да задовољи да би се сматрала делом међународне обичајне норме.

При томе би требало имати у виду да је на овом месту немогуће приказати чак и репрезентативан узорак доктринарних ставова у вези са темом коју истражујемо. С обзиром на природу нашег истраживања, ми ћемо у овом делу приказати она доктринарна схватања која на најбољи начин приказују дилеме у вези са настанком и утврђивањем постојања међународних обичајних норми да би их касније поредили са праксом Међународног суда правде.

Шта чини праксу?

Иако елемент праксе на први поглед изгледа саморазумљиво, у вези са њим се јављају бројна питања која наилазе на различите одговоре у теорији међународног права. Једно од њих је и где можемо тражити доказе о томе шта чини праксу држава. У свом радном извештају Комисији за међународно право (КМП) Специјални извештач Менли Хадсон (енг. *Manley O. Hudson*) је у том контексту најпре констатовао да „није изводљиво излистати све бројне примере материјала који откривају праксу држава по сваком од питања која се могу јавити у међународним односима“¹⁴³, да би након тога ипак набројао оне најважније: текстове међународних уговора, одлуке међународних судова, пресуде националних судова, национално законодавство, дипломатско саобраћање држава, мишљења државних правних саветника, пракса међународних организација.¹⁴⁴

Јан Браунли (енг. *Ian Brownlie*) помиње следеће изворе у којима је могуће пронаћи примере праксе држава: „дипломатско саобраћање, политичке изјаве, новинске извештаје, мишљења званичних правних саветника, званичне приручнике о правним питањима, као

¹⁴² У наставку рада ће се анализирати и дедуктивна теорија о настанку обичајних правила пре свега из *opinio iuris*, односно која негира став да се међународна обичајна норма развија пре свега из праксе. Поређење ставова ова два аутора се може наћи и у: Kammerhofer J: *op.cit.* pp. 523 – 553.

¹⁴³ Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, 1950, Document A/CN.4/16, pp. 25 – 32.

¹⁴⁴ Ibid.

на пример војне приручнике..., коментаре влада на нацрте Комисије за међународно право, државно законодавство, пресуде међународних и националних судова, формалне изјаве у уговорима и другим међународним документима... пракси међународних институција и резолуцијама Генералне скупштине Уједињених нација које се односе на правна питања¹⁴⁵.

Браунлијево набрајање извора у којима је могуће пронаћи примере праксе држава је корисно, али то не даје обавезно одговор на питање *шта чини праксу*. Међународни комитет Црвеног крста (МКЦК) је у својој Студији о међународном обичајном праву уврстио следеће акте у праксу држава:

„... и физички и вербални акти држава чине праксу која доприноси стварању међународног обичајног права. Физички акти укључују, примера ради, понашање на бојном пољу, употребу одеђених оружја и третман који уживају различите категорије особа. Вербални акти укључују војне приручнике, национално законодавство, националне пресуде, упутства оружаним и безбедносним снагама... дипломатске протесте, мишљења правних саветника, коментаре држава на нацрте уговора... поднеске пред међународним судовима, изјаве у међународним организацијама и на међународним конференцијама, као и позиције влада у односу на резолуције међународних организација¹⁴⁶“.

МКЦК се дакле одлучио да у праксу држава укључи и физичке и вербалне акте и тиме на неки начин одговори на стару дебату о томе да ли се и ова друга врста аката држава може сматрати праксом као елементом међународне обичајне норме (с обзиром на предмет истраживања њихове студије не треба да чуде карактеристични примери из области међународног хуманитарног права). У том смислу је главна дилема (била) да ли се и *тврдње* државних органа или органа међународних (владиних) организација могу сматрати праксом, или се под праксом могу подразумевати само конкретне мере, физичке радње које оне предузимају. Разлике се можда најбоље виде у сада већ релативно старим

¹⁴⁵ Brownlie I: *Principles of Public International Law*, 6th ed. Oxford; New York: Oxford University Press, 2003. p. 6.

¹⁴⁶ Henckaerts J. M, Doswald – Beck L (ed.): *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, xxxviii.

радовима два аутора: Ентонија Дамата (енг. *Anthony D'Amato*)¹⁴⁷ и Мајкла Ејкехурста (енг. *Michael Akehurst*).¹⁴⁸

Ентони Дамато праксу (у његовој терминологији квантитативни елемент или чин) сматра обавезним елементом међународне обичајне норме. Чин мора бити „видљив, реалан и значајан; он кристалише циљеве и показује који је од многих могућих различитих правних правила држава изабрала. Ова мешавина правила и чињења постаје моћан прецедент за следеће деловање...“¹⁴⁹ Дамато затим наводи примере чињења (слање вештачких сателита, избацивање странаца, претрага неутралних бродова) да би одмах затим нагласио: „са друге стране, тврдња не чини акт... иако саме тврдње могу *артикулисати* правну норму оне не могу чинити материјални део обичаја. Држава није ништа учинила кад тврди нешто; док год тај свој став не спроведе, он има веома малу вредност као предвиђање онога што ће држава заиста учинити“.¹⁵⁰ У прилог овој својој тези Дамато наводи да је сама прича јефтина (енг. *the talk is cheap*) и да држава у исто време може да тврди неколико различитих ствари, али да може да предузима само једну врсту акције.

Са друге стране, Ејкрст веома снажно критикује овакав Даматов став. Наводећи као примере неке пресуде Међународног суда правде, дипломатску кореспонденцију држава и њихове преговоре приликом закључивања неких међународних уговора, Ејкрст закључује да је готово општеприхваћени став да тврдње држава представљају материјални елемент обичаја – праксу. Уосталом, Ејкрст наводи да у одређеним случајевима став државе представља њену једину праксу у вези са том ситуацијом (случај признања неког ентитета као државе).¹⁵¹ Осим тога, он се не слаже са Даматом и поводом његовог става да држава

¹⁴⁷ D'Amato A. A: *The Concept of Custom in International Law*, Cornell University Press, 1971.

¹⁴⁸ Akerhurst M: *Custom as a Source of International Law*, British Yearbook of International Law, 1976, pp. 1 – 53.

¹⁴⁹ D'Amato A. A, *The Concept of Custom in International Law*, p. 47.

¹⁵⁰ Ибид. (курзив у оригиналу).

¹⁵¹ Овом примеру би, ипак, имало шта да се замери. Дамато, наиме, није тврдио да ставови државе изражени, на пример, кроз њене једностране правне акте попут признања немају никакво правно дејство, већ да не могу бити довољни за настанак обичајне правне норме што не мора бити иста ствар.

може да има неколико тврдњи, али да се увек понаша на један начин и наводи да се органи државе могу понашати на више различитих начина у исто време.

Став да се и тврдње могу сматрати праксом државе је готово општеприхваћен и Дамато до данас остаје у мањини. Тако је, на пример, Удружење за међународно право на својој конференцији у Лондону 2000. године усвојило Извештај о принципима применљивим на настанак општег међународног обичајног права.¹⁵² У принципу 4 овог извештаја се потврђује да вербални акти не само да могу представљати праксу као материјални елемент обичаја, већ и „чешћи облик државне праксе од физичких аката“.¹⁵³

Нема сумње да став да и вербални акти могу чинити праксу држава данас имају превагу над онима који тврде да ти вербални акти морају бити спроведени. Постоји неколико разлога за то. Први је чињеница да је потпуно нереално очекивати да државе активно делују у вези са свим што се дешава на међународном плану. Оне заиста могу сматрати да је неко чињење нелегално и протестовати против њега, а да при томе не учине никакве конкретне мере како би то чињење спречиле. Уколико би, на пример, држава У (која је при томе војно најмоћнија на свету) оружаном нападом државу А (која је при томе војно много слабија од државе У), држава С (која је такође војно далеко слабија од државе У) би могла да:

а) потпуно прећути тај напад (о одсуству чињења као доказу праксе ћемо говорити у наставку овог дела рада, па га нећемо коментарисати у овој анализи);

б) уложи протест због таквог напада (директно држави У или на пример некој међународној организацији);

в) директно војно интервенише како би помогла држави А.¹⁵⁴

¹⁵² Извештај Удружења за међународно право о настанку међународног обичајног права је доступан на интернет адреси: <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/30>. Посећено: 24.10. 2014.

¹⁵³ Ibid, p. 14.

¹⁵⁴ Могуће су, наравно, разне варијације на ове три опције као на пример: да држава С тајно, путем дипломатских канала ступи у разговоре са државом У и проба да утиче на њу како би окончала напад или да искористи свој утицај на четврте државе како би спречиле државу У у остваривању њених намера, али те варијације не мењају значајно валидност примера за истраживање праксе као елемента међународног обичајног права.

Уколико би прихватили Даматово објашњење праксе као елемента међународне обичајне норме, ситуација под *б* никако не би могла да се подведе под праксу већ једино ситуација под *в* која је у овим околностима потпуно нереална, односно, готово никад се неће остварити. Даматову тезу је могуће бранити тако што ће се навести да се улагање протеста не представља праксу већ *opinio iuris* (или Даматовим терминологијом *артикулацију*), те да и ситуација под *б* спречава настанак међународне обичајне норме, али са аспекта непостојања те артикулације.¹⁵⁵ Постоји, ипак, разлика која није занемарљива. Протест државе С може, али и не мора, садржати *правну* артикулацију ситуације коју Дамато захтева да би представљала елемент међународне обичајне норме. Уколико протест такву артикулацију не садржи он, према Даматовом мишљењу, не може бити сматран ни праксом ни *opinio iuris*, те не може имати никакав утицај на настајање обичајне норме. У Ејкерхустовом моделу би се он макар сматрао праксом. У практичном смислу, Даматов модел би несразмерно погодовао најмоћнијим државама које су више у стању да конкретним актима делују у међународној политици.¹⁵⁶

Са друге стране, иако Ејкрстов предлог делује прихватљивије јер обухвата и ове вербалне акте државе под праксу и он пати од одређених слабости. Основна слабост се, наиме, налази у томе да је у случају прихватања његовог модела веома тешко направити разлику између праксе и *opinio iuris*. Постојање оба елемента би се доказивала истим средствима што у великој мери доводи у питање овакво схватање структуре међународне обичајне норме.¹⁵⁷

На крају, два супротстављена става која смо представили нису можда непомирљива. Како и Менделсон тврди, треба разликовати *могућност коришћења* вербалних аката као праксе од њиховог степена *убедљивости* који ће се разматрати од случаја до случаја. То, између осталог, значи да ће вербални акти које прате конкретне акције имати већи степен уверљивости од оних код којих то није случај.

¹⁵⁵ О овоме ближе у следећем делу рада.

¹⁵⁶ Нема никакве сумње да на процес стварања међународне обичајне норме утиче и моћ држава. Овде је реч о томе да је у Даматовом моделу она детерминишући фактор настајања. Ближе о томе, погледати у: Byers M: *Introduction: Power, Obligation, and Customary International Law*, 11 Duke Journal of Comparative and International Law, L. 81,84 (2001).

¹⁵⁷ Ближе о овоме у наставку рада.

На крају овог дела рада можемо да резимирамо тиме што ћемо констатовати да већина доктринарних ставова *оправдано* у праксу као елемент међународне обичајне норме сврстава и физичке и вербалне акте. У исто време, овакав закључак представља и први индикатор да је праксу и *opinio iuris* веома тешко раздвојити, или, макар, да се и један и други елемент доказују кроз оно што субјекти међународног права чине. Овове ћемо се вратити и у неким следећим деловима рада.

Чија пракса?

Сви прегледи праксе које смо до сада приказали инсистирају на пракси *држава*. Овакав снажан етатистички став неких од њих не изненађује с обзиром на тренутак кад су њихови радови објављивани. Неки су, међутим, на ту етатистичку основу додавали и друге субјекте. Тако, на пример, и Менделсон и Ејкрст признају могућност да и пракса органа међународних владиних¹⁵⁸ организација у којима нису представљене државе чланице¹⁵⁹ улази у праксу као саставни део међународног обичајног права. У уводу Студије о међународном хуманитарном обичајном праву МКЦК говори и о пракси ове организације као саставном делу међународних обичајних норми у области међународног хуманитарног права.¹⁶⁰

Са ширењем концепта субјеката међународног права се ширио и круг субјектата који могу да утичу и на стварање међународних обичајних норми. Нас, дакле, овде пре свега занимају она схватања концепта субјективитета која под њим подразумевају способност актера да учествују у правностваралачком процесу у оквиру међународног

¹⁵⁸ Посебно питање је да ли пракса међународних невладиних организација може утицати на настанак међународне обичајне норме. Иако овде немамо довољно места да адекватно одговоримо на ово питање, задовољићемо се да кажемо да она јесте (може бити у мањој или већој мери) материјални извор међународног обичајног права, али се тешко може рећи да је пракса у смислу елемента међународног обичајног права као формалног извора међународног права.

¹⁵⁹ У случају да су у питању органи у којима су на директан начин представљене државе чланице те међународне владине организације, њихова пракса би се пре сматрала простим збиром пракси држава које сачињавају тај орган. Ово питање може бити нарочито значајно у контексту праксе Генералне скупштине УН и Савета безбедности, али ће то питање бити посебно обрађено у наставку рада.

¹⁶⁰ Henckaerts J. M., Doswald – Beck L (ed.), *op.cit.*, p. 41.

права.¹⁶¹ При томе треба имати у виду да је можда немогуће одговорити на ово питање тако да одговор на њега важи подједнако без обзира на контекст у коме се питање поставља.¹⁶² Тако се, на пример, у контексту међународног хуманитарног права понекад може говорити о припадницима *levée en masse* или побуњеницима који су признати као страна у сукобу као субјектима.¹⁶³

Вероватно је у овом контексту најспорније питање субјективитета појединаца у међународном праву. Теоријски ставови аутора о субјективитету појединаца на неки начин одређују и ставове о њиховој евентуалној улози у настанку правила обичајне природе. При томе треба имати у виду да је сасвим могуће тврдити да неко јесте субјекат међународног права, а да при томе не учествује директно у стварању обичаја јер се тестови субјективитета међусобно разликују и он не мора подразумевати правностваралачку способност.

Дамато уопште не разматра могућност да и појединци учествују у стварању међународних обичајних норми, Ејкрст испитује такву могућност, али одбацује све примере из праксе, али неки савремени аутори попут Кристијане Очоа (енг. *Christiana Ochoa*) отворено заговарају овакву могућност.¹⁶⁴ Иако сматрају да је таква могућност нарочито важна за поједине гране међународног права (очекивано се на првом месту те листе налази међународно право људских права) они су, ипак, спремни и да закључе да ће државе наставити да играју кључну улогу у настанку правила обичајне природе.¹⁶⁵

Следеће питање које се поставља када је у питању пракса државе је који органи државе могу учествовати у њој. Нема сумње да ту спадају органи који имају право да *ipso*

¹⁶¹ Постоје и аутори, па и читаве школе аутора, које у значајној мери негирају сврсисходност употребе концепта субјекта међународног права, али чак и за оне који не негирају значај овог концепта остаје спорно које критеријуме треба испунити да би неко могао да се назове *субјектом* међународног права и да ли је учествовање у правностваралачком процесу један од тих критеријума. За преглед теоријских ставова о субјективитету погледати, на пример: Кнежевић – Предић В: Оглед о међународном хуманитарном праву, Чигоја штампа, 2007, стр.175-184.

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ Ochoa C: *The Individual and Customary International Law Formation*, Virginia Journal of International Law, Vol. 48:1, 2007, pp. 119 – 186.

¹⁶⁵ Ibid, p. 185.

iure преузимају обавезе у име државе (шеф државе, министар унутрашњих послова, шеф владе), али да ли само они? Већина аутора прихвата да се и пракса других државних органа рачуна у државну праксу. У том смислу се нарочито издвајају закони државе, правоснажне судске пресуде (дакле одлуке свих грана власти у држави), саопштења министарстава спољних послова, изјаве других државних званичника, наредбе оружаним снагама, поднесци пред међународним судовима, коментари на нацрте међународних уговора, изјаве приликом доношења одлука у међународним организацијама, итд. На основу овог списка је јасно и који све то органи унутар државе могу да учествују у пракси – у зависности од контекста то могу бити органи војске, полиције, судства, законосавни орган, итд.

Овакво, прилично широко, схватање броја субјеката и броја „аката“ који могу да учествују у стварању међународне обичајне норме има ту предност реалнијег сагледавања улоге унутрашњих актера на међународном плану. Са друге стране, повећање броја актера (а нарочито ако у њих убрајамо и ентитете чији је субјективитет у међународном праву и даље упитан) доводи и до чешће појаве аката који су међусобно супротни (или макар несагласни). Ова чињеница, као што ће се видети, може веома негативно да утиче на настанак међународне обичајне норме. Требало би, ипак, имати две ствари у виду у вези са тим. Прва је основана претпоставка да су акције државних органа по правилу координисане јер се тиме остварује већа ефикасност државног апарата. Друга је да укључивање већег броја актера не значи да је њихова пракса подједнаке важности.

Каква пракса?

Као што смо већ поменули, члан 38 Статута Међународног суда правде дефинише обичај као доказ *опште* праксе прихваћене као право. Подвучени придев је једини критеријум праксе који нам ова дефиниција открива. У претходном делу рада смо већ констатовали да је пракса држава средишње место настанка обичаја. Сада би требало да откријемо колико држава, и можда које, треба да учествују у пракси како би она могла да створи међународну обичајну норму.

Термин општа пракса се најчешће објашњава кроз наглашавање разлике у односу на *универзалну* праксу. Тиме се наглашава да се приликом настанка обичајне норме не захтева учешће свих држава на свету у овом процесу.¹⁶⁶ Ово је вероватно нарочито важно у данашњем свету кога чини око 200 држава. Немогуће је очекивати да све оне активно учествују у пракси која би стварала међународну обичајну норму. Осим тога, неке државе или једноставно нису довољано заинтересоване за учешће у неким сферама међународне политике или немају могућности за тако нешто.¹⁶⁷

Са друге стране, овакав став утиче на волунтаристичка (консесуалистичка) схватања међународног права. Општа међународна обичајна норма обавезује све субјекте међународног права за разлику од уговорних које, по правилу, обавезују само потписнице. Ако све оне не морају да учествују у њеном настанку, а она их свеједно обавезује, онда то доводи у питање волунтаристичка схватања основе обавезивања у међународном праву. Присталице оваквог схватања истичу, ипак, да и код стварања опште међународне обичајне норме државе могу, веома посредно додуше, учествовати у пракси прећутним прихватањем те праксе.¹⁶⁸

У сваком случају, уколико се прихвати став да пракса не мора бити универзална већ општа, и даље остаје отворено питање колико држава мора да учествује у тој пракси? Скоро све? Квалификована већина? Проста већина? Повећавање броја и врсте субјеката међународног права, као и повећавање броја области које оно уређује неминовно доводе до потребе за већом флексибилношћу приликом доношења његових норми. На плану међународног уговорног права се то, на пример, види у институту резерви уз вишестране уговоре. Код међународног обичајног права је на први поглед то мање видљиво јер је процес доношења норми неформалан. Због свега тога се број држава за које се захтева да учествују у стварању међународне обичајне норме мора оцењивати од случаја до случаја. Овакав одговор не задовољава оне које у процесу настанка норми траже опипљивије, у

¹⁶⁶ Од старијих текстова на ову тему погледати, на пример: Kunz J. L: *The Nature of Customary International Law*, *The American Journal of International Law*, Vol. 47, No. 4, 1953, pp. 662-669.

¹⁶⁷ Један од примера који се у том смислу често наводи су државе које немају излаз на море. Пример је, међутим, само делимично тачан, јер и такве државе могу утицати на стварање неких обичајних правила у области права мора.

¹⁶⁸ У наставку рада ћемо се ближе бавити овим питањем.

правном смислу сигурније корене. Па ипак, описана ситуација не мора да води у правни нихилизам. Одређене, мање или више поуздане, генерализације је могуће извести.

Следеће питање које захтева одговор је да ли је свеједно *које* државе (не) учествују у пракси (тзв. квалитативни критеријум). Морају ли најмоћније државе учествовати у стварању обичаја? Или оне које су „нарочито важне“ за праксу у одређеној области? Може ли се говорити, на пример, о обичајном праву које би забрањивало високу емисију гасова који су штетни по озон, уколико највећи загађивачи (Кина и Сједињене Америчке Државе) одбијају да смање своју емисију? Или о слободи риболова у одређеним морским појасевима уколико Исланд, Норвешка и Јапан одбијају да дозволе овакву праксу?¹⁶⁹ И из ова два примера је јасно да се приликом анализе праксе свакако мора водити рачуна о томе које државе у пракси учествују и да ће то можда најчешће бити најмоћније државе. То, ипак, не мора да значи да ће се увек радити о њима јер постоје нека доста специфична поља међународне политике у којима њихова пракса неће бити релевантна (на пример питање неутралности у међународном праву за које је много важнија пракса Швајцарске и Аустрије него Русије).

Ми смо у претходном делу рада већ поменули аргументе да би овако схваћено стварање међународне обичајне норме могло да значи доминантан утицај моћи на стварање међународне обичајне норме. Иако ово није место за адекватан одговор на ту тврдњу, подсетићемо да моћ мора имати утицај на стварање правних норми (уосталом, то се може видети и приликом преговора о доношењу међународних уговора). Са друге стране, моћ не сме бити једина детерминанта јер би међународно право онда постало апологија.¹⁷⁰ Међународно обичајно право стога мора наћи равнотежу између ових супротних полова уколико жели да остане у контакту са заједницом коју правно уређује, али мора задржати и ту нормативну компоненту да би на њу утицало. Ове констатације само потврђују оно што смо већ говорили у вези са изворима међународног права.

¹⁶⁹ У пракси Међународног суда правде се ове државе зову *посебно погођене* (енг. *especially affected*). Ближе о овоме у наставку рада.

¹⁷⁰ Овде је јасна терминолошка аналогија са Коскениемијем иако он термине употребљава у другачијем контексту: Koskeniemi M: *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, 2006.

Следеће питање у вези са праксом која чини међународну обичајну норму је *колико дуго* та пракса мора да траје. Кунц у већ поменутом раду критикује ставове одређених аутора да та пракса мора бити веома дуга, древна (енг. *ancient*).¹⁷¹ Чини се, међутим, како то примећује и Ејкрст, да кључно питање није колико је пракса дуго трајала, већ *колико пута је одређено понашање поновљено*. Пре XX века и процеса унапређења технологије пракса држава на међународном плану је изгледала много другачије него што је то данас. Контакти између државних органа су били много ређи, формалнији и, као што смо већ констатовали, мање органа је у њима учествовало. С обзиром на поменуте промене, нарочито након Другог светског рата, потребно је много мање времена за настанак обичаја него раније. Данас за веома кратко време може доћи до многобројних интеракција између великог броја актера. Прилагођавајући се на овај начин савременим околностима међународно обичајно право показује своју флексибилност и актуелност.

У сваком случају, остаје питање колико пута неко понашање мора бити поновљено да би се сматрало праксом која чини међународну обичајну норму. Дамато сматра да и једном може бити довољно. Ми на овом месту нећемо покушавати да понудимо одговор на ово питање јер он зависи од много фактора. Један од њих је и однос елемената међународне обичајне норме – праксе и *opinio iuris*, па ћемо се овим питањем бавити више у наставку рада.

Логички, пракса би морала да буде континуирана, без прекида. Уколико би, наиме, она у једном дугом временском интервалу била прекинута, могло би да се постави питање да ли она и даље одговара савременим међународним односима. Осим тога, из онога што смо већ говорили о критеријумима коју пракса мора да задовољи, може се извући и логичан закључак да се пракса може односити искључиво на праксу државе која има своју међународну компоненту. Па ипак, треба бити опрезан приликом примене овог критеријума. И овде се, наиме, могу приметити промене које су последица промена на међународном плану. Данас је, наиме, много мање области у искључивој надлежности држава и то утиче и на домен примене међународног обичајног права. Тако се оно, на пример, примењује у немеђународним оружаним сукобима и то у виду норми

¹⁷¹ Kunz. *op.cit.*

међународног хуманитарног права и међународног права људских права. Некада је то било незамисливо.

На крају, морамо приметити још једну карактеристику праксе која, бар на први поглед, логички произилази из појмовног одређења међународне обичајне норме. С обзиром, наиме, да пракса представља правилности у понашању актера на међународној сцени, чини се да се она мора одвијати на исти начин. Уколико тих правилности нема, односно уколико је пракса различита, не можемо ни говорити о пракси која чини међународну обичајну норму. Па ипак, аутори који се баве областима међународног права као што су међународно право људских права и међународно хуманитарно право су често упозоравали да се чини да се неке норме међународног права које без сумње јесу и обичајне веома често крше у пракси.¹⁷² То отвара и теоријски и практичан проблем у вези са настанком и утврђивањем постојања међународне обичајне норме који није лако решити и њиме ћемо се позабавити у наставку рада. У наставку овог рада ћемо покушати да дамо и одговор на питање да ли ова пракса мора да буде буквално иста (једнообразна) или су могућа одређена одступања и у којим фазама настанка међународне обичајне норме.

Уздржавање од чињења као део праксе?

Мајкл Бајерс (енг. *Michael Byers*) у својој веома утицајној књизи о међународном обичајном праву¹⁷³ у једном делу цитира де Ватела (*de Vattel*) који пише да је међународно обичајно право „засновано на прећутној сагласности, или можда пре на прећутном договору држава које га поштују...“¹⁷⁴ Да ставимо сад на страну део цитата који се односи на волунтаристичко и етатистичко одређивање процеса настанка међународног обичајног права. У овом делу нашег рада нам је занимљивији део о *прећутној* сагласности као начину настанка обичајних норми. Нема сумње да је оваквом изјавом Вател пре мислио на

¹⁷² Schlutter B, *op.cit*; Higgins R, *op.cit*.

¹⁷³ Byers M: *Custom, Power and the Power of the Rules: International Relations and Customary International Law*, Cambridge University Press, 2003.

¹⁷⁴ Ibid, p. 152.

други елемент обичаја о коме ће бити речи у наставку рада, *opinio iuris*, али да ли се ова прећутна сагласност може изразити нечињењем, односно уздржавањем од чињења о коме смо до сада расправљали? Може ли се, дакле, и уздржавање од чињења сматрати праксом?

С обзиром на повећање броја субјеката међународног права о чему смо већ говорили тешко је поставити услов да готово све државе и међународне организације морају активно да учествују у некој пракси да би она, заједно са *opinio iuris*, могла да формира обичајну правну норму. Осим тога, указали смо и да је јасно да у фрагментираној међународној политици немају све државе интерес да учествују у свим процесима који се у њој одвијају. Ови аргументи говоре у прилог тези да и уздржавање од чињења треба, *под одређеним околностима*, сматрати праксом као саставним делом међународне обичајне норме. И у доктрини готово да постоји општа сагласност у вези са тим.¹⁷⁵ Неслагања, међутим, настају у вези са тим у којим околностима, или под којим условима, се уздржавање од чињења може сматрати делом праксе или доказом о постојању *opinio iuris* (о овоме ће бити више речи у следећем делу рада).

Важно је у том смислу најпре напоменути да уздржавање од чињења само по себи не може да представља праксу. Уздржавањем од чињења субјект међународног права мора да изрази свој став у вези са неком појавом или проблемом, а не да уздржавање од чињења буде последица одсуства става. При томе и незаинтересованост за неко питање сматрамо ставом. У вези са тим је дакле потребно приметити да је значење или мотив за уздржавање од чињења оно које је важно посматрати. Тако, на пример, уздржавање од протеста као једностраног правног акта може настати као последица чињенице да држава (њени представници који по природи своје функције имају право на упућивање протеста) сматра да је понашање другог субјекта међународног права у складу са нормама међународног права. До уздржавања од чињења може, ипак, доћи и због других разлога. Тако се, на пример, држава може уздржати од протеста или неких других још оштријих мера јер жели да избегне реакцију друге стране. Ово се, наравно, најчешће дешава када је други актер моћнији од ње. Због тога већ поменути аутор, Мајкл Бајерс уводи термин процене

¹⁷⁵ Видети, међутим, позицију Дамата која заправо директно произилази из његовог уског одређења праксе као саставног дела међународне обичајне норме.

„трошкова“ (енг. *cost*) којим објашњава калкулацију државе у вези са улагањем протеста или применом неких других мера.¹⁷⁶

Контекст у коме се то уздржавање од чињења дешава је такође важно. У том смислу ваља приметити да уздржавање од чињења мора представљати слободну вољу онога ко се од тог чињења уздржава. У супротном, и то знамо на основу аналогije са сличним правилима у области међународног уговорног права, ово уздржавање не би могло да произведе никакве правне последице.¹⁷⁷

Правна теорија је питање значаја уздржавања од чињења понекад посматрала кроз призму могућности прећутног давања пристанка оних над којима се влада у теорији друштвеног уговора. Иако су ова истраживања по својој природи веома различита од нашег, нама се чини да њихови резултати могу бити занимљиви и употребљиви и код истраживања процеса настанка међународних обичајних норми. Тако, на пример, Кент Гринавалт (енг. *Kent Greenawalt*) наводи три услова да би се могло сматрати да уздржавање од чињења представља потврду правоваљаности понашања другог субјекта: да онај на кога се пракса односи буде свестан те чињенице, да му се да одређено разумно време у којем може да реагује на праксу и да се јасно укаже од ког тренутка протест више није могућ.¹⁷⁸

Први услов је комплементаран са захтевом који смо већ поменули да уздржавање од чињења мора бити последица става субјекта, а не одсуства става. Требало би ипак напоменути да постоје објективне околности у којима би субјекат морао да буде упознат са чињењем друге стране чак и ако ту чињеницу негира као у случају да му је достављена дипломатска пошта у вези са тим. Џонатан Черни (енг. *Jonathan Charney*) с тим у вези упозорава да је претпоставка о „разумним актерима/државама“ која на државе сваљује обавезу да буду упознати са процесом настанка нових норми или кристализацијом старих „често нереална... захваљујући аморфној природи чињеница које могу створити нове

¹⁷⁶ Byers M: *Custom, Power and the Power of the Rules: International Relations and Customary International Law*, p. 153.

¹⁷⁷ О овоме погледати на пример: Villiger M. E: *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

¹⁷⁸ Greenawalt K: *Conflict of Laws and Morality*, Oxford University Press, 1987, p. 64.

норме. Због политичких циљева, међутим, може бити пожељно укључити се у фикцију да недостатак протеста ствара пристанак... Заправо, право се ствара без свесног пристанка већине држава. Обичајно право је традиционално настајало вољом неколико заинтересованих држава¹⁷⁹.

Давање одређеног времена да субјекат реагује се такође чини сасвим разумним, али је немогуће унапред рећи о коликом времену се ради јер ће то зависити од околности самог случаја. Немогуће је, наиме, увек очекивати да субјекат реагује одмах, али се не би ни смело чекати превише, односно реаговање би морало да се сматра закаснелим када је обичајна норма у вези са тим понашањем већ настала. Од тог тренутка протест више није могућ, односно прецизније, неће производити никакве правне последице.

3.3 *Opinio iuris* као елемент међународне обичајне норме

Претходна расправа о пракси као елементу међународне обичајне норме и могућности да и уздржавање од чињења потпадне под термин пракса је већ начела питање значења тог уздржавања и контекста у коме се оно дешава. Тиме се отворио пут за питање да ли је сама пракса довољна за настанак међународне обичајне норме или је за то потребно и постојање неког додатног елемента. Већи део доктрине међународног права сматра да је за то неопходно и постојање субјективног елемента обичаја који се најчешће означава латинским изразом *opinio iuris sive necessitas* (или скраћено *opinio iuris*). У том смислу се поједини теоретичари међународног права позивају на већ помињани члан 38 Статута Међународног суда правде у коме се обичај помиње као „доказ опште праксе *прихваћене као право*“ (курзив додат).

Ј. Камерхофер по нашем мишљењу исправно открива главну тензију и место спорења о природи међународне обичајне норме и улози *opinio iuris* у вези са тим када тврди да:

¹⁷⁹ Charney J: *Universal International Law*, American Journal of International Law, Vol. 87, No. 4 (Oct., 1993), pp. 529-551.

„Концепт *opinio iuris* вероватно представља централно место међународног обичајног права. То је најспорнији, најмање јасан део радова о међународном обичајном праву. У сржи дебате је важан сукоб: са једне стране, настанак обичајног права се по својој природи сматра индиректним и ненамераваним. Са друге стране, настанак права обично захтева неки облик намераване активности, акт воље“.¹⁸⁰

Ми ћемо у овом делу рада представити основне ставове доктрине међународног права (у складу са теоријско – методолошким полазиштем истраживања нагласак ће бити на позитивистичкој теорији, али ће бити представљени и ставови у оквиру неких других школа) у вези са улогом *opinio iuris*, а на крају ћемо дати и кратку оцену која ће бити у складу са већ изнетим основним поставкама.¹⁸¹

Иако идеја да обичај потиче од материјалног и субјективног елемента највероватније потиче још из римског права, сам израз *opinio iuris sive necessitas* је много новијег датума и највероватније се појавио тек почетком двадесетог века. Дамато у свом већ поменутом истраживању нарочито инсистира на овом историјату јер говори о томе како је основна Генијева (фр. *F. Gény*) намера била да на основу *opinio iuris* објасни разлику између права и неправа.¹⁸² *Opinio iuris* је, дакле, према овом тумачењу требало да објасни разлику између међународне обичајне норме и простог обичаја, куртоазије или етикеције. Ово прихвата и Ејкрст који тврди да „уколико се напусти идеја *opinio iuris*, неки други критеријум за прављење ове разлике би био неопходан“.¹⁸³ О сличној функцији *opinio iuris* говори и Тирлвеј (енг. *Thirlway*) када каже да је управо овај елемент „камен мудрости који преводи инертну масу праксе у злато обавезујућег правног правила“.¹⁸⁴

Ова алхемија мора да од простог обичаја направи међународно обичајно право. Она се, по нашем мишљењу, не дешава сама од себе већ је, као и свако друго право, производ циљно рационалне одлуке/воље људи као представника субјеката међународног права. О

¹⁸⁰ Kammerhofer J, *op.cit.* p. 524.

¹⁸¹ Видети следећу главу овог рада.

¹⁸² D'Amato A. A: *The Concept of Custom in International Law*, p. 46.

¹⁸³ Akerhust M: *op.cit.* p. 33.

¹⁸⁴ Thirlway H: *The Sources of International Law, op.cit.* p. 24.

томе смо већ расправљали у претходном делу истраживања. Сада треба истаћи да, супротно ономе што тврди Камерхофер, чак ни прост обичај не настаје као последица потпуно спонтаног и ненамераваног процеса. Ми смо у том смислу много ближи ставу Џералда Постеме (енг. *Gerald Postema*) који тврди да су обичаји: „...*друштвена правила*, а не просте личне одлуке. Стога, одређено поклапање ставова *не може да буде случајно*“.¹⁸⁵

Став да међународно обичајно право настаје као последица рационалних одлука његових субјеката и даље не објашњава на који начин се овај процес одвија и каква је улога *opinio iuris* у томе. Теорије међународног обичајног права које заступају став о неопходности постојања два елемента – праксе и *opinio iuris*, се у том смислу могу поделити на два главна табора: оне који *opinio iuris* доживљавају као веровање (енг. *belief*) субјеката да је одређена пракса правно обавезујућа и оне који га доживљавају као прихватање (енг. *acceptance*) те чињенице.

Кристиан Далман (енг. *Christian Dalhman*) тврди да „према теорији веровања држава „препознаје“ право да се понаша у складу са праксом“¹⁸⁶, док „према теорији прихватања *opinio iuris* значи сагласност“.¹⁸⁷ Исти аутор закључује да је због проблема циркуларности теорија веровања данас готово напуштена.¹⁸⁸ Проблем циркуларности или хронолошког парадокса у контексту схватања субјективног елемента као веровања је међу првима уочио Ханс Келзен (нем. *Hans Kelsen*) и он заправо представља логички парадокс: „да би норма постала део међународног обичајног права она мора бити део опште праксе држава јер државе верују да је та норма део важећег међународног права. Ово доводи до тога да је једини начин да норма постане део међународног права то да је већ била део међународног права. Да би норма настала, мора већ да постоји. Ово је очигледно немогуће“.¹⁸⁹ Један од могућих начина покушаја спашавања теорије веровања је да

¹⁸⁵ G. Postema, *Custom, Normative Practice and the Law*, Duke Law Journal, Vol. 62:707, p. 716. (први курзив у оригиналу, други додат).

¹⁸⁶ Dahlman C: *The Function of Opinio Juris in Customary International Law*, Nordic Journal of International Law, Vol. 81, 2012, p. 330.

¹⁸⁷ Ibid, p. 331.

¹⁸⁸ Ibid, p. 332.

¹⁸⁹ Далман о Келзену. Ibid, p. 332.

међународно обичајно право настаје као последица почетног погрешног веровања држава, али се у теорији ово често критикује као очигледна теоријска фикција.¹⁹⁰

Са друге стране, теорија прихватања је последица позитивистичке, волунтаристичке теорије међународног права јер тврди да *opinio iuris* заправо представља сагласност држава да правило постане део међународног обичајног права. Иако је била веома заступљена у ранијим теоријским радовима, у другој половини двадесетог века се налази под рафалном паљбом многих теоретичара. Замера јој се да је анахрона јер је последица застарелог схватања концепта суверености у коме држава не може бити обавезана неким нормама међународног права уколико она на то није пристала (јасна аналогија са нормама међународног уговорног права).

Морис Менделсон (енг. *Morice Mendelson*) је један од оштрих критичара ове теорије који, између осталог, истиче да теорија прихватања једноставно не одговара савременој реалности међународних односа и међународног права.¹⁹¹ Чињенице, по његовом мишљењу, јасно показују не само да су државе обавезане нормама међународног обичајног права и без њихове сагласности, већ и да је немогуће замислити међународну заједницу од толиког броја држава која би функционисала на тај начин. Он томе додаје и примере нових држава насталих у периоду деколонизације које су након стицања независности биле обавезане правилима међународног обичајног права иако на то нису изричито пристале.

Да би на неки начин доказала своју релевантност теорија прихватања је пригрлила концепт „прећутне сагласности“ (*tacit consent*). Тај концепт, као што смо већ поменули, заправо предвиђа да се уздржавање од чињења (од протеста) може схватити као прећутна сагласност држава да одређена пракса постане део међународног обичајног права. На сличан начин и нове државе заправо пристају на међународне обичајне норме јер самим

¹⁹⁰ Payandeh M: *op.cit.*

¹⁹¹ Mendelson M: *The Subjective Element in Customary International Law*, British Yearbook of International Law, Vol. 66 (1), 1995, pp. 177 – 208.

стицањем независности пристају да се према свим члановима заједнице понашају у складу са њима. Менделсон овакве ставове оцењује крајњом правном фикцијом.¹⁹²

Други могући начин „прилагођавања“ теорије прихватања савременим међународним односима и међународном праву је да се прихватање не схвати као строго волунтаристичко и појединачно, већ као мека верзија у којој се *opinio iuris* схвата не као појединачно прихватање државе да буде обавезана нормама међународног обичајног права. Уместо тога, *opinio iuris* би представљао опште прихватање од међународне заједнице држава – нешто попут опште праксе као једног од елемената међународне обичајне норме - *opinio iuris communis*.¹⁹³ Овакво схватање *opinio iuris* је можда на неки начин перфидно у односу на волунтаризам – наиме, иако полази од појединачног прихватања правне обавезе, оно као крајњи резултат има чињеницу да се нека норма може примењивати и на субјекте који ту норму нису прихватили.

У том контексту је важно кратко прокоментарисати још један теоријски концепт – доктрину упорног противника. Доктрина упорног противника (енг. *persistent objector*) представља став по којем држава неће бити обавезана међународном обичајном нормом уколико се *пре њеног настанка* она том настанку упорно и доследно противила.¹⁹⁴ У овом смислу би доктрина упорног противника заправо представљала изузетак од правила да норме међународног обичајног права обавезују све субјекте међународног права.¹⁹⁵ Као и у вези са неким другим питањима која су повезана са међународним обичајним правом и овде постоје бројна спорења у доктрини. Спорно је чак и да ли државе имају овакву могућност на располагању.

¹⁹² Ibid, p. 186. Менделсон није усамљен у критикама оваквог става. Ближе о томе у следећој глави.

¹⁹³ Dahlman C, *op.cit.*

¹⁹⁴ У обиљу литературе о овој доктрини се на пример помињу: Stein T. L: *The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law*, Harvard International Law Journal, Vol. 26 (2), 1985, pp. 457 – 474; Charney, J: *The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law*, у: D'amato A. A (ed.): *International Law Anthology*, Anderson Pub. Co. 1994; Dumberry P: *Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited*, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 59 (3), 2010, pp. 779 – 802.

¹⁹⁵ Овде се мисли на опште међународне обичајне норме. О регионалним и локалним ће више речи бити у наставку рада.

Чини се да је један од основних разлога спорења већ много пута поменута борба између волунтаристичке и антиволунтаристичке концепције међународног права. Неки аутори, наиме, тврде да је доктрина упорног противника директна последица чињенице да међународно право настаје вољом држава и да оне не могу бити обавезане нормама међународног права уколико на то нису пристале. У том смислу се доктрина упорног противника тумачи као право државе да не буде обавезана међународном обичајном нормом на коју није пристала. Често се приликом таквог тумачења повлачи паралела међународног обичајног права са међународним уговорним правом. Са друге стране, као што смо већ и указивали, стоје аутори који указују да је овакво виђење међународног права једноставно потпуно погрешно.¹⁹⁶ С тим у вези они тврде да је доктрина упорног противника чиста фикција која нема своје упориште ни у пракси држава, ни у пракси националних и међународних судова.¹⁹⁷

Сам Ејкрст, међутим, оставља и један другачији простор за тумачење. Он, наиме, сматра да доктрину упорног противника треба посматрати као уступак волунтаристичким концепцијама међународног права и то са циљем прихватања тезе о могућности настанка међународне обичајне норме без изричитог пристанка државе.¹⁹⁸ С обзиром на природу настанка међународне обичајне норме и велики број држава у међународној заједници немогуће је захтевати изричито пристанак свих држава како би ова норма могла да настане (о овоме је већ било говора кад смо, на пример, анализирали критеријум општости праксе).

Да би државе, дакле, пристале на, Хартовски речено, секундарна правила о настанку међународне обичајне норме која не подразумевају обавезно и њихов изричито пристанак, уступак је направљен тако што им се оставља могућност да кроз доктрину упорног противника буду изузети од неких примарних обичајних правила. Другим речима, ако се следи оваква аргументација, доктрина упорног противника није, заправо,

¹⁹⁶ Видети, на пример: Charney J, *op.cit.*

¹⁹⁷ Dumbergy P, *op.cit.*

¹⁹⁸ Akehurst M: *op.cit.*

потврда волунтаристичке природе међународног обичајног права, већ изузетак од правила о неконсесуалној природи међународног обичајног права.

Приликом одређивања концепта упорног противника смо већ навели да је неопходан услов за његову примену то да се држава противи некој пракси *пре* него што међународна обичајна норма настане. Према Штајну (енг. *T. Stein*) који је написао један од најутицајнијих текстова о овој доктрини је за њену примену довољно да држава покаже своје неслагање „јавно током процеса настанка правила“.¹⁹⁹ Овакав став који је подржан праксом те државе мора бити конзистентан током читавог процеса, чак и када на крају норма настане.²⁰⁰

Занимљиво је, међутим, приметити да је велики број радова који је посвећен овој доктрини у неку руку несразмеран њеној релевантности у пракси. Државе су се, наиме, веома ретко позивале на њу, а и судска пракса у том смислу није богата.²⁰¹ Државе су много радије бирале стратегију да покушају да докажу да обичајна норма не постоји, а не да се и поред њеног постојања она не примењује на њих. Разлог за овакву праксу не мора обавезно да буде чињеница да државе не верују у постојање доктрине, већ може да буде ствар одабира тактике пред судом јер државе процењују да је лакше доказати да међународна обичајна норма не постоји него да постоји, али да се не примењује на конкретну државу.

Поједини аутори сматрају да је доктрина заправо настала због специфичних интереса САД и то у тренутку када су се због драстичног повећања чланица Уједињених нација забринули да би могло да дође до појаве нових норми међународног права која би их обавезивала и без њихове воље.²⁰² Осим тога, постоје аутори који упозоравају на специфичне гране међународног права попут међународног права људских права или међународног хуманитарног права у којима би примена ове доктрине могла да буде доста опасна. Индикативно је у том смислу поменути да су се аутори Студије о међународном

¹⁹⁹ Stein, *op.cit.* p. 458.

²⁰⁰ Loschin L: *The Persistent objector and Customary Human Rights Law: A Proposed Analytical Framework*, U.C. Davis Journal of International Law and Policy, Vol. 2, 1996, p. 150.

²⁰¹ Ближе о томе у Глави 4 овог рада.

²⁰² Dumbergy P, *op.cit.*

обичајном хуманитарном праву коју је припремио МКЦК одлучили да намерно не коментаришу евентуално постојање ове доктрине у МХП.²⁰³ Осим тога, већина аутора сматра да се доктрина упорног противника не може применити на когентне норме међународног права.²⁰⁴ У вези са тим би, ипак, требало поменути следеће: свака когентна норма међународног права мора у исто време бити и обичајна док обрнуто не важи. Бечка конвенција о уговорном праву из 1969. године за своје потребе дефинише когентну норму као ону коју „... је прихватила читава међународна заједница *држава* као норму од које није допуштено никакво одступање и која се може изменити само новом нормом општег међународног права исте природе“.²⁰⁵

Има различитих тумачења шта се подразумева под концептом међународне заједнице држава у овом контексту²⁰⁶, али се нама чини да се понекад прави грешка у разматрању односа доктрине упорног противника и когентних норми међународног права. По нашем мишљењу се, наиме, не ради о томе да је немогуће да нека држава постане упорни противник когентној норми (иако је ово фактички тачно), већ се ради о томе да норма не може на првом месту ни да постане когентна уколико има упорних противника (у том контексту ми читамо овај део о *целокупној* међународној заједници држава).

Иако је било процена да ће доктрина упорног противника доживети прави процват на крају Хладног рата и у постхладноратовском периоду испоставило се да то није био случај. Прави процват нових грана међународног права довео је и до повећања норми међународног обичајног права. Како, ипак, тумачити чињеницу да то није довело до већег позивања држава на доктрину упорног противника? Један део одговора би могао да буде повезан са повећаном међузависности држава и притиском којем су изложене државе које сеprotиве успостављању нових обичајних норми. Односи међу државама су, наиме, веома интензивирани и у таквим околностима је много теже понашати се као изоловано острво него пре стотинак година. Неки покушаји коришћења поменуте доктрине нису

²⁰³ Henckaerts J. M, Doswald – Beck L (ed.):*op.cit.*

²⁰⁴ Simma B: *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, 250 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 1994.

²⁰⁵ Бечка конвенција о уговорном праву, чл. 53 (курзив додат)

²⁰⁶ Villiger M. E, *op.cit.*

били успешни чак и у ситуацијама када су се обичајној норми успростављале и најмоћније државе попут САД.

Други разлог би могла да буде чињеница да униформно међународно обичајно право има велику *практичну* предност у односу на систем који би био ишаран упорним противницима различитих норми. Униформно међународно обичајно право је једноставније, обезбеђује већу правну сигурност, а и правну једнакост. Због тога би се доктрина упорног противника заправо најпре могла користити само у крајњим, веома посебним случајевима како би се задовољио и захтев правичности. Иако је тешко пронаћи праве критеријуме за одређивање тога шта су *објективно* ти посебни случајеви, одговор би можда могао да буде много приземнији – они на које пристану друге државе.

На крају би требало напоменути да се значај доктрине упорног противника не исцрпљује у сфери међународног права.²⁰⁷ Њена макар теоријска могућност мења садржину међународних преговора у вези са одређеним питањима. На овај начин би држава која тврди да би могла да стекне статус сталног противника могла можда чак и да утиче на мање промене садржине обичајног правила у замену за одустајање од противљења.²⁰⁸ Осим тога, према Бајерсу (енг. *Byers*), држава која се противи има и ту позитивну функцију да другим државама на тај начин скрене пажњу на одређену праксу и да их тиме подстакне да изразе свој став у вези са тим и самим тим евентуално учествују у формирању нових међународних обичајних норми.²⁰⁹

Како се доказује постојање opinio iuris?

У претходном делу рада смо говорили о томе на који начин се исказује пракса држава и каква она мора да буде да би могла да настане међународна обичајна норма.

²⁰⁷ Dumberry P, *op.cit.*

²⁰⁸ Овакав став је супротан идеји о међународном обичајном праву као продукту спонтаног, ненамераваног процеса, али ми смо већ изнели став да се не слажемо са оваквом идејом. Практика може бити спонтана, међународна обичајна норма не.

²⁰⁹ Byers M: *Custom, Power and the Power of the Rules: International Relations and Customary International Law*, p. 183.

Прихватили смо становиште које веома широко схвата праксу и оно мора да има последице и по наше схватање *opinio iuris*. Колико год да је ситуација сложена у вези са питањем шта све може да се сматра праксом субјектата међународног права, толико је једноставна у вези са манифестацијом *opinio iuris* – субјективни елемент се идентификује кроз изјаве држава и међународних организација. Или мало другачије речено: „пракса ствара правило међународног обичајног права... уколико је праћена изјавама држава да је такво понашање обавезујуће“.²¹⁰

Сложеније питање је, међутим, какве те изјаве морају да буду да би могле да формирају *opinio iuris*. Већ више пута поменути Ејкрст тврди да начин на који *opinio iuris* може бити откривен зависи од природе норме о којој се расправља.²¹¹ Тако треба разликовати правила која одређена понашања допуштају (енг. *permissive rules*) и она која налажу одређено понашање (енг. *imposing duties*):

„У случају допуштајућих правила, могуће је пронаћи изричите изјаве да је државама дозвољено да се понашају на одређени начин, али изричите изјаве нису неопходне како би се успоставило допуштајуће правило... Тврдње да државе имају право да се понашају на одређени начин, било да су изричите или се могу извући на основу њиховог понашања, морају да буду праћене пристајањем (нпр. у виду недостатка протеста) других држава чији су интереси нарочито погођени.

У случају правила која налажу одређено понашање није довољно показати да су се државе понашале у складу са наводним правилом и да су се друге државе прећутно сагласиле са тим. Морају постојати изјаве држава да оне одређене акције сматрају обавезним, а не питањем слободне воље. Такве изјаве могу бити у облику уопштене декларације да све државе имају обавезу да се морају понашати на одређени начин, признавања државе да има обавезу да се понаша на одређени начин, или изјавом државе да друга држава има обавезу да се понаша на тај начин“.²¹²

На овој разлици у типу изјава код доказивања *opinio iuris* инсистира и МКЦК у својој Студији о обичајном међународном хуманитарном праву с тим што се, у складу са

²¹⁰ Akehurst M: *op.cit.* p. 36.

²¹¹ Ibid.

²¹² Ibid, p. 38.

природом међународног хуманитарног права, овде наглашавају три типа норми: оне којима се забрањује одређено понашање, оне којима се успоставља нека обавеза (нпр. брига о рањеницима) и оне којима се допушта одређено понашање.²¹³

У сваком случају, оно што јесте важно је шта држава изјављује, а не оно у шта она заиста верује. Често је, наиме, немогуће одговорити на питање који су *заиста* мотиви државе и да ли она заиста верује у то што изјављује (да сад ставимо на страну чињеницу да не верује држава, већ људи који представљају њене органе).

Ово отвара и питање односа онога што државе чине и онога што тврде. Чему дати предност и ако предност ипак дамо ономе што тврде, ствара ли се тиме нека нова врста извора која се назива декларативно, а не обичајно право?²¹⁴ Бодански оцењује да „фокус научника (оних који се баве међународним правом, примедба М. Х.) на вербалној пракси није само методолошко питање; оно представља значајно другачију онтологију међународног права – оног које је у својој оријентацији пре дискурзивно него бихејвиорално“.²¹⁵ Користећи пример норме међународног права заштите животне средине, он, на неки начин слично Џералду Постеми, закључује да оне „не одражавају како се државе уобичајено понашају, већ како једне са другима опште. Оне представљају стандарде оцењивања које државе користе како би оправдале своје акције или критиковале акције других“.²¹⁶

Овакве констатације отварају неколико проблема. По нашем мишљењу најважнији од њих би могао да буде тај да се нагласком на оно што државе изјављују, а не шта чине, заправо губи разлика између субјективног елемента и праксе. То је један од основних разлога зашто је Дамато тврдио да се изјаве не могу сматрати праксом, а субјективни елемент замењивао концептом артикулације. Тако, на пример, аутори већ поменуте Студије о обичајном међународном хуманитарном праву закључују да се „током рада на студији строго разликовање елемената праксе и правног убеђења показало веома тешким

²¹³ Henckaerts J. M, Doswald – Beck L (ed.):*op.cit.* xlv.

²¹⁴ Bodansky D: *Customary (and not so customary) International Environmental Law*, Indiana Journal of Global Legal Studies, 1995, pp. 105 – 119.

²¹⁵ Ibid.

²¹⁶ Ibid.

и у великој мери теоретским. Најчешће се дешавало да исти акт представља и праксу и правно убеђење²¹⁷. Овакву могућност препознаје и Ејкрст и сматра да је она логична и нужна последица чињенице да се у његовој верзији прихвата доста широко разумевање концепта праксе.²¹⁸ С тим у вези се поставља и питање односа праксе и *opinio iuris* у процесима настанка, мењања и нестанка међународног обичајног права, али ћемо се тиме бавити више у наставку рада.

3.4 Настанак међународне обичајне норме

У претходном делу рада смо укратко изложили два елемента међународне обичајне норме који се најчешће помињу у доктрини међународног права и судској јуриспруденцији. Како то исправно примећује Биргит Шлитер (нем. *Birgit Schlütter*) подела међу теоријама о настанку међународног обичајног права постоји „на основу тога да ли теоретски приступи стављају нагласак на елемент *opinio iuris* или захтеве државне праксе, или обоје или ниједно“.²¹⁹

Можда је овај део рада најбоље започети анализом међународног обичајног права коју је понудио Марти Коскениеми. Та анализа представља одговор критичких правних студија на мејнстрим схватање процеса настанка међународне обичајне норме које се заснива на постојању и праксе и *opinio iuris*.²²⁰

Коскениеми наводи да је међународни обичај настао као последица компромиса између консесуалног и природноправног теоријског схватања међународног права.²²¹ Он у том смислу мора стално да балансира јер би његовим изједначавањем са консесуализмом изгубио могућност разликовања од прећутног споразума, односно уговора, док би

²¹⁷ Henckaerts J. M, Doswald – Beck L (ed.):*op.cit.* xlvii.

²¹⁸ Akehurst M: *op.cit.*

²¹⁹ Schlütter B: *Developments in the Customary International Theory and the Practice of International Court of Justice and the International ad hoc Tribunals for Rwanda and Yugoslavia*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 15.

²²⁰ Шлитер наводи зашто је најбоље звати их *критичким правним студијама*.

²²¹ M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia, The Structure of International Legal Argument.*, p. 397.

изједначавањем са природноправним концептима изгубио могућност разликовања од општих правних начела. Овај аргумент је, између осталог, занимљив због односа настанка обичаја и других формалних извора међународног права, али ћемо се тиме бавити у наставку рада.²²² За нас је у овом тренутку занимљивији онај део Коскениемијевог истраживања који проистиче из овог (не)консесуалног поимања међународног обичајног права и који говори о односу праксе и *opinio iuris*.

Коскениеми у том смислу наводи да је једини могући начин да се избегне апологијско схватање међународног обичајног права по коме је „све што државе чине ствара обичај“²²³ увођење унутрашњег аспекта - *opinio iuris*. У том смислу корисно је цитирати га нешто дуже кад тврди да ниједан од два елемента (пракса и *opinio iuris*)

„не може да се опише или да се на њега стави акценат, а да се при томе избегне примедба да је обичај или апологијски (због тога што не прави разлику између моћи и права) или утопијски (због тога што његове норме не можемо да прикажемо на јасан начин). С обзиром да оба елемента теже ограничавању разарајућег деловања овог другог, теорија обичаја мора да их држи одвојено. Она, међутим, не може ово да учини. Покушавајући да утврди присуство психолошког елемента, она се позива на претпоставке настале материјалном праксом. Да би се утврдило који акти материјалне праксе су релевантни за настанак обичаја, позива се на психолошки елемент... Психолошки елемент је дефинисан материјалним и обрнуто. Ова циркуларност спречава доктрину да развије јасан метод утврђивања постојања обичаја“.²²⁴

Овакав Коскениемијев закључак је захвалан за наше даље истраживање јер настаје на основу анализе материјалистичких теорија (како их он назива) које нагласак стављају на праксу држава и идеалистичких које нагласак стављају на *opinio iuris*. Одбацујући чисти материјализам, Коскениеми најпре наводи и критикује схватања која у потпуности одбацују психолошки елемент, а затим оним који тај елемент покушавају да замене моралном или праведном или разумном праксом јер се тиме запада у претерану

²²² Погледати главе 5 и 6 овог рада.

²²³ М. Koskeniemi, *From Apology to Utopia, The Structure of International Legal Argument*, p. 409. (курзив у оригиналу).

²²⁴ Ibid, p. 410.

субјективност.²²⁵ У наставку рада остаје да се види да ли је некако могуће избећи западање у ове екстреме које Коскениеми помиње. Ми ћемо најпре приказати оне правце који нагласак стављају на материјални елемент, затим на субјективни, а затим ћемо представити и неке алтернативне правце. При томе би требало имати у виду да су овакве поделе увек условне, те да неке теоретичаре и њихова виђења настанка међународне обичајне норме није лако сврстати ни у једну од понуђених категорија.

3.4.1 Нагласак на материјални елемент при стварању међународних обичајних норми

Коскениеми у једном делу свог најпознатијег рада помиње теорије међународног обичајног права које нагласак стављају на материјални елемент обичајног права, а које правну обавезност изводе из легитимних очекивања учесника у пракси. Међу представницима оваквог схватања настанка обичајне норме се издвајају професори Менделсон (енг. *M. H. Mendelson*) и Милерсон (енг. *Mullerson*). Они су своје ставове изнели и у Извештају о настанку међународног обичајног права који је израдила група аутора у оквиру Удружења за међународно право.²²⁶

У Извештају се правило међународног обичајног права дефинише као „оно које настаје и одржава се сталном и једнообразном праксом држава и других субјеката међународног права у или под утицајем њихових међународних правних односа, у околностима које доводе до легитимних очекивања у погледу сличног понашања у будућности“.²²⁷ Као што је могуће приметити у овој дефиницији се најпре не прави значајна разлика између процеса настанка и одржавања међународне обичајне норме, а и не помиње се изричито субјективни елемент међународне обичајне норме. У вези са тим, аутори Извештаја наводе следеће: „*обично* није неопходно показати постојање

²²⁵ Koskenniemi M: *From Apology to Utopia, The Structure of International Legal Argument*, p. 412. Као пример оваквог виђења може да се наведе: John Tasioulas, *Customary International Law and the Quest for Global Justice*, у: Perreau-Saussine A, Murphy J. B (ed.), *op.cit.*

²²⁶ International Law Association (Committee on Formation of Customary (General) International Law, *op.cit.*

²²⁷ Ibid, p. 8.

субјективног елемента пре него што правило обичајног права настане. Постоје, међутим, околности када је то неопходно“.²²⁸

У наставку аутори наводе да је веровање да је неко правило обавезујуће „једино могуће у случају праксе која је већ испунила захтеве општости“.²²⁹ Евентуална важност субјективног елемента у овом моделу се исцрпљује у томе што „у одређеним околностима претпоставка, веровање или заузимање позиције од стране државе да одређено понашање не може да створи или не ствара правну обавезу или право може спречити да понашање допринесе стварању правила обичајног права“.²³⁰

По правилу је, да сумирамо, довољно да постоји стална и једнообразна пракса која доводи до легитимних очекивања да би настало правило међународног обичајног права. Субјективни елемент је важан само у том смислу да може да спречи да одређена понашања која задовољавају ове услове постану део међународног обичајног права.

Аутори поменутог Извештаја нису једини који се позивају на легитимна очекивања као основ настанка међународних обичајних норми. Слично чини и Бајерс.²³¹ Он, наиме, сматра да се легитимна очекивања чак можда могу сматрати основом целокупног међународног права и да је њихов значај приметан и међу осталим формалним изворима права попут уговора (у виду начела *pacta sunt servanda*) или у контексту једностраних правних аката.²³² Он концепт легитимних очекивања одређује као она у коме „државе имају право да очекују једне од других да ће се понашати у складу са претходним уверавањима или обрасцима понашања – уколико су та уверавања или то понашање таквог типа и дешавају се у таквом контексту да га правно релевантним сматра већина, уколико не све државе“.²³³ Нешто касније, Бајерс тврди да „интердисциплинарни приступ истраживању међународног обичајног права стога води до тога да се обичајни процес

²²⁸ Ibid, p. 10.

²²⁹ Ibid, p. 31.

²³⁰ Ibid, p. 34.

²³¹ M. Byers, op. cit. p. 106 – 129.

²³² Ibid, p. 107.

²³³ Ibid.

схвати као скуп заједничких веровања, очекивања или схватања људи који управљају државом и представљају је“.²³⁴

Није, међутим, до краја јасно како направити разлику између праксе која рађа легитимна очекивања и оне која то не чини, као и одговорити на питање на основу чега настају легитимна очекивања. На ово упозорава и Коскениеми када се пита „која очекивања су легитимна или која је садржина начела добре вере?“.²³⁵ Бајерс у том смислу наводи да је кључан контекст у коме се пракса дешава и да је разликовање могуће извршити на основу заједничког разумевања те праксе (енг. *shared understandings*). Чини се, међутим, да концепт заједничког разумевања своју релевантност може пре пронаћи у вези са постојањем секундарних норми међународног права о начину настанка обичајних норми *као таквих*, него што може да у свакој конкретној ситуацији објасни разлику између праксе која ствара обичајну норму и оне која то не чини.

Бајерсова критика *opinio iuris* се заснива на његовом схватању као субјективног елемента као *веровања*, а ми смо такав став у претходном делу рада већ критиковали. На крају, чини се да Бајерсова критика и није толико радикална колико се у први мах чини јер он индивидуални пристанак држава да буду обавезане замењује колективним разумевањем да одређено правило теба да постане обичајна норма што заправо одражава и наш претходно изнет став. У вези са тим би требало приметити да ни у Бајерсовој теорији пракса *сама по себи* не може да објасни како настаје неко конкретно правило међународног обичајног права, већ је за то потребан колективни консензус држава.

Посебну теорију међународног обичајног права која такође негира значај и улогу субјективног елемента (бар онога што се у теорији традиционално сматрало субјективним елементом) изграђује Џералд Постема (енг. *Gerald Postema*). Она, по нашем мишљењу, заслужује нешто више простора. Постема најпре критикује мејнстрим модел настанка међународне обичајне норме и са становишта схватања материјалног елемента и са становишта схватања *opinio iuris* као индивидуалног веровања, прихватања или воље. Чини се, ипак, да је главна оштрица његове критике усмерена ка схватању улоге

²³⁴ Ibid, p. 151.

²³⁵ Koskenniemi M: *From Apology to Utopia, The Structure of International Legal Argument*, p. 414.

субјективног елемента у настанку међународне обичајне норме и зато ми његове ставове представљамо у овом делу рада.

Постема констатује да је постојање обичајног права „као и сваког другог права, условљена ствар с обзиром да је производ креације; међутим, обичај није створен појединачним напорима људи и њиховим вољама, већ *животом и временом*“.²³⁶ У складу и са нашим налазима у претходном делу истраживања²³⁷ Постема у једном свом другом тексту тврди да су обичаји

„одређене врсте *норми*. Обичаји се на првом месту баве (друштвеним) понашањем, али они нису (само) обрасци понашања; они заправо постављају стандарде понашања, стандарде за дозвољено и недозвољено понашање и стога настоје да наводе то понашање и пружају основ за његову оцену. Просте правилности у понашању саме по себи – *usus* или пракса држава у дискурсу међународног права стога не само да не могу да чине обичаје међународног права, оне не могу да сачињавају обичај било које врсте, укључујући и куртоазију...“²³⁸

Објашњавајући даље елемент праксе у обичајној норми, Постема са правом упозорава да је „опште место савремене филозофије да проблем није у томе да ниједно правило или образац не може да се извуче из колекције понашања, већ пре да је логички могуће извући неограничен број тих правилности из истог скупа понашања“.²³⁹ У вези са тим се, наравно, одмах поставља питање како онда из тог неограниченог скупа правилности издвојити оне које се могу назвати обичајним нормама и у том смислу бити значајне за настанак обичајног права? Постема то објашњава на следећи начин: „Обичаји су норме које су укорене и настају из понашања које чини нормативну праксу. То су правилности у понашању које се од других приметних правилности не разликују по

²³⁶ G. J. Postema, *Custom, Normative Practice and Law*, Duke Law Journal, Vol. 62:707, 2012, pp. 707 – 738 (курзив у оригиналу).

²³⁷ Погледати део овог рада који се тиче појма обичајне норме.

²³⁸ G. J. Postema, *Custom in International Law as Normative Practice*, у: A. P. Suassine, J. B. Murphy (ed.), *op.cit.* p. 285 (курзив у оригиналу).

²³⁹ G. J. Postema, *Custom, Normative Practice and Law*, p. 715.

веровањима или ставовима оних који су у њих укључени, као што адитивна концепција сугерише, већ по начину њиховог учешћа у активностима“.²⁴⁰

Из овога се јасно може закључити да је за Постемино разумевање унутрашње структуре обичајне норме најважније разумевање концепта (дискурзивне) нормативне праксе.²⁴¹ Нормативне праксе су по његовом мишљењу укорењене у међузависност и људско друштвено међусобно деловање. Свако ко преузима одређене радње у том деловању преузима следеће обавезе: „(а) да оцењује одређене потезе као одговарајуће или тачне, а друге као погрешне; (б) да делује у складу са овим оценама кад за то дође прилика; (ц) да оспори понашање које није у складу са овим оценама; и (д) да спорења оцена сматра оправдањима за те акције или њиховим критикама“.²⁴²

Поменуто обавезивање је нормативно зато што „обавезати се на овај начин значи преузети одговорност за сопствене радње и оцене и признати могућност других да вас сматрају одговорним, као и оценити ваше поступке и оцене у светлу ове претпоставке о одговорности“.²⁴³ За разумевање концепта нормативне праксе и за оцену да ли се неко понаша у складу са њом није кључно „шта било која страна тврди или мисли... или чак шта већина (или чак сви) њих тврди или мисли о томе, већ шта *заправо чине*“.²⁴⁴

Посебан вид нормативне праксе је нормативна дискурзивна пракса. Она настаје као део мање или више намераваног, промишљеног деловања актера у коме је важна размена аргумената и оцена ваљаности неког понашања. Домашај, садржај и нормативна снага обичајне норме у оваквој пракси није одређен простим правилностима у понашању актера већ степеном њене укључености (коришћења) у дискурзивној мрежи актера. Другим речима, што се чешће актери позивају на одређену нормативну праксу и што чешће своје акције објашњавају позивањем на њу, она добија значајније место. На овај начин се у моделу нормативне дискурзивне праксе губи разлика између деловања и тврдњи о тим

²⁴⁰ Ibid, pp. 723 – 724.

²⁴¹ Постема наводи да је овај концепт преузео из: Brandom R. B: *Making it Explicit: Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, Harvard University Press, 1998; Brandom R. B: *Articulating Reasons: an Introduction Inferentialism*, Harvard University Press, 2001.

²⁴² G. J. Postema, *Custom, Normative Practice and Law*, p. 724.

²⁴³ Ibid.

²⁴⁴ G. J. Postema, *Custom in International Law as Normative Practice*, p. 289 (курзив у оригиналу).

деловањима.²⁴⁵ То, међутим, према Постеминим речима не значи „да је дело непотребно и да је све што је потребно за настанак обичаја аргументација... јер аргументација у дискурзивној нормативној пракси је аргументација о поступцима која је и настала из њих“.²⁴⁶

Постемина теорија о настанку (међународног) обичајног права је амбициозна јер доводи у питање мејнстрим теоријски модел који је у великој мери потврђен и у судској пракси.²⁴⁷ Она је и теоријски чврсто утемељена јер се заснива на природи обичаја као нормативног система. Осим тога, њена предност је и то што, макар на први поглед, превладава дуалистичко схватање настанка обичајне норме које пати од свих слабости било ког филозофског дуалистичког система (хијерархијски или неки други однос између два елемента, међусобно поништавање елемената, у овом конкретном случају циркуларност доказивања, итд.). Још једна вредност ове теорије је то што брише разлику између речи и дела као средстава доказивања елемената обичајне норме и обухвата и једно и друго концептом дискурзивне нормативне праксе. На крају, Постемина теорија негирањем постојања субјективног елемента у настанку обичајне норме превазилази слабости строго волунтаристичких теорија међународног права и питање како је могуће доказати вољу субјеката међународног права.

Са друге стране, тврдњом да „стандарди праксе не постоје у главама учесника, већ у пракси“²⁴⁸ Постемина теорија на неки начин доводи у питање по нашем мишљењу темељно разликовање између *јесте* и *треба* и тиме, речником Коскениемија, постаје апологетска. Осим тога, једна од најчешћих замерки међународном обичајном праву је недовољна могућност откривања садржине његових норми. Постемина теорија ту релативну непрецизност замењује другом када тврди да ми нормативне захтеве обичајних правила откривамо „не интуицијом или перцепцијом, већ истраживањем разлога и аргумената који се за њих наводе и разлога који они пружају за акције и оцене других“.²⁴⁹ Осим тога, за нас је проблематичан и Постемин став да „за разлику од правних система

²⁴⁵ Овај однос је био предмет разматрања и нешто старијих теорија Дамата и Ејкрста.

²⁴⁶ G. J. Postema, *Custom in International Law as Normative Practice*, pp. 731, 732.

²⁴⁷ Ближе о томе погледати у Глави V.

²⁴⁸ G. J. Postema, *Custom in International Law as Normative Practice*, p. 733.

²⁴⁹ Ibid.

који имају формално дефинисане институције за стварање и промену правних норми, обичајни режими не смеју да допусте оштро разликовање између настанка и примене њихових норми“.²⁵⁰

Иако и сам Постема признаје да овакав став доводи у питање „снажан појам кршења као неопходан услов да обичајна правилност функционише као норма“²⁵¹, он ипак закључује да „промена обичајне норме долази кроз исту врсту акција које лако могу да се оцене као прекршаји од стране неких актера: *ex iniuria ius oritur*. Ово је последица практичне конкретности обичајне нормативне праксе“.²⁵²

По нашем мишљењу овакви ставови доводе у питање *правни карактер* међународног обичајног права. Нама се у том смислу чини да Постема даје добар опис обичајне норме која још увек није постала правна. Обичајна *правна* норма мора, ипак, имати јасне нормативне захтеве од својих субјеката. Процес аргументације или дискурзивне нормативне праксе мора *претходити* настанку обичајне правне норме како би се ти нормативни захтеви искристалисали и како би у њима, у већој или мањој мери, били заступљени интереси/циљеви/вредности различитих актера који су у овом процесу заступљени. Ово не значи да се и након настанка обичајне норме не води аргументација субјеката у вези са неким њеним деловима, али се чини да то важи и за уговорне норме.

Уколико у одређеном тренутку међународна обичајна норма не постане макар релативно стабилна, она губи свој нормативни статус, односно могућност било каквог утицаја на понашање својих субјеката. Нешто што је у сталном покрету не може вршити неке функције конзервативног система попут права. Губи се, на пример, могућност да правна норма допринесе правној сигурности као једном од најважнијих начела сваког правног система. Како, онда, објаснити промену и настанак обичајних норми? Ми ћемо се у наставку рада више бавити овим питањем, а за сада ћемо се задовољити констатацијом да се одговор налази у разликовању материјалних и формалних извора права. Понашање које није у складу са већ насталом нормом међународног обичајног права је прекршај те норме све док она постоји. Са друге стране, и чињење које је прекршај одређене норме

²⁵⁰ Ibid.

²⁵¹ Ibid.

²⁵² Ibid.

може бити материјални извор или подстицај за настанак нове норме међународног обичајног права или мењање постојеће. Да ли ће ти прекршаји заиста довести до нове норме или мењања постојеће зависи од дискурзивне нормативне праксе субјеката међународног права.

3.4.2 Нагласак на субјективни елемент приликом стварања међународне обичајне норме

Ми смо у делу рада који се бави субјективним елементом обичајне норме већ дали јасне контуре оних теорија које нагласак при настанку међународне обичајне норме стављају на *opinio iuris*. У овом делу истраживања желимо да продубимо испитивање ових теорија и да понудимо критички осврт на њих.

Можда није лоше за почетно место овакве расправе изабрати утицајан чланак Антее Елизабет Робертс (енг. *Anthea Elisabeth Roberts*) која прави разлику између два приступа настанку међународних обичајних норми: традиционални (који се заснива на преимућству материјалог елемента у односу на субјективни и који смо већ обрадили у претходном делу рада) и модерни (који се заснива на преимућству *opinio iuris*).²⁵³ Марти Коскениеми у вези са овим тврди да први приступ фаворизује дескрипцију, а други нормативност.²⁵⁴

Антеа Робертс наводи да модерни (она га назива и дедуктивни) приступ формирању међународне обичајне норме „ставља нагласак на *opinio iuris* у односу на праксу држава јер се пре ослања на изјаве него на конкретне акте. Модерни обичај може да настане брзо јер се извлачи из мултилатералних уговора и одлука међународних тела као што је Генерална скупштина УН, која могу да објаве постојеће обичаје, кристализују оне који настају и створе нове обичаје“.²⁵⁵ Она даље упозорава на отворена питања која

²⁵³ Roberts A. E: *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*, The American Journal of International Law, Vol. 95:757, pp. 757 – 791.

²⁵⁴ Koskenniemi M: *From Apology to Utopia, The Structure of International Legal Argument*, p. 49.

²⁵⁵ Roberts A. E: *op.cit.* p. 758 (фусноте изостављене).

овакво схватање настанка међународних обичајних норми отвара: њихову легитимност и целовитост обичаја као извора међународног права.²⁵⁶

Инсистирање на дедуктивном приступу у схватању настанка међународних обичајних норми је нарочито присутно у неким гранама међународног права попут међународног кривичног, међународног права људских права или међународног права заштите животне средине.²⁵⁷ Аутори који се баве овим гранама међународног права су, наиме, покушавали да објасне како је могућ настанак норми међународног обичајног права у условима када смо сведоци бројних кршења њихових норми. Поставља се питање како је могуће уопште препознати материјалан елемент у тим обичајним нормама?

У давању одговора на ово питање је присутно неколико могућих праваца давања одговора. Један од њих је да приликом настанка оваквих међународних обичајних норми материјални елемент и није толико (или уопште) важан и ставља се акценат на вољу субјеката међународног права. Та воља је по неким ауторима последица снажних моралних разлога који стоје иза тих норми или процеса конституционализације међународног права у коме се појављују норме више нормативне снаге.

Већ поменути Антеа Робертс као један од повода за разликовање између традиционалног и модерног приступа изучавању настанка међународних обичајних норми наводи разликовање међународних норми на оне које треба да олакшају сарадњу држава (енг. *facilitative*) и оне које су засноване на моралу.²⁵⁸ У том смислу је вреди нешто дуже цитирати:

„Обичаји који олакшавају сарадњу држава су више дескриптивни него нормативни²⁵⁹ јер они претварају дескрипцију *постојеће праксе* у захтеве за будућом праксом. Морални обичаји су више нормативни него дескриптивни јер они постављају захтеве за будућом праксом на основу *нормативних оцена идеалне праксе*. Традиционални обичаји у принципу олакшавају коезистенцију и сарадњу суверених држава без обавезног моралног карактера... Међународно право се, међутим, након 1945. године проширило у смислу да обухвата многа *морална* питања као што су људска права, употреба силе и заштита животне

²⁵⁶ Ibid, p. 759.

²⁵⁷ Ближе о томе у: Schlütter B: *op.cit.*

²⁵⁸ Roberts A. E: *op.cit.*

²⁵⁹ А. Е. Робертс ову разлику, према сопственим речима изводи из учења Х. Л. А. Харта.

средине... Пракса држава је мање важна приликом настанка модерних обичаја јер ови прописују идеалне стандарде понашања пре него што описују постојећу праксу...²⁶⁰

Оваква аргументација на први поглед делује привлачно јер показује повезаност промена у међународном праву са променама у потребама међународне заједнице. Осим тога, чини се да је овакав налаз у одређеној мери и *фактички* исправан иако би неки аутори вероватно могли да са пуно цинизма прокоментаришу (наводни) морални успон држава у двадесетом веку. Чак и ако се не ради о чисто моралним узроцима те промене, јасно је, ипак, да међународно право данас обухвата области које није обухватало у, примера ради, 19. веку.

У вези са овом тезом постоје, међутим, и бројни проблеми. Један од њих је да заправо није лако разликовати питања која су морална или „само“ треба да олакшају сарадњу. И сама ауторка у том смислу признаје да је забрана употребе силе и једно и друго. Осим тога, као што су у традиционалном међународном праву настајала правила обичајне природе која су у себи носила снажну моралну потку, тако и данас настају норме међународног права чија би главна функција требало да буде олакшавање сарадње те би подела на *традиционални* и *модеран* обичај била доведена у питање.

На крају, највећи проблем у вези са овом теоријом је то што би она могла да подразумева другачија правила у вези са настанком различитих врста међународних обичајних норми. У ситуацији у којој је, као што смо већ рекли, готово немогуће направити разлику између многих норми међународног права увођење ове разлике би било прилично опасно. То је потврђено и ставовима држава приликом усвајања Извештаја о утврђивању постојања међународних обичајних норми у оквиру Комисије за међународно право.²⁶¹ Постојање разлика између материјалних извора права који утичу на настанак одређених норми не би, по нашем мишљењу, смео да буде довољан разлог за прављење разлике у погледу правила о њиховом настанку.

²⁶⁰ Ibid, p. 764.

²⁶¹ Комисија за међународно право је на својој 64. сесији 2012. године уврстила тему *Formation and evidence of customary international law*, *op.cit.*

Дедуктивни приступ у схватању процеса настанка међународних обичајних норми је довео и до појаве термина „инстант обичај“. По свему судећи, овај термин је први увео у употребу Бин Ченг (енг. *Bin Cheng*).²⁶² Ченг, је, наиме тврдио да је у одређеним ситуацијама за настанак међународне обичајне норме сасвим довољно да се усвоји нека резолуција Генералне скупштине Уједињених нација и да никакви докази о пракси држава за то нису потребни. Другим речима, Ченг је тврдио да је једини важан елемент обичаја *opinio iuris*, те да пракса као елемент уопште није важан. Један од најжешћих критичара оваквог Ченговог става је Ван Хуф који сматра да се оваквим ставовима губи *обичајна* природа обичајних норми и да она мора да подразумева *и* праксу држава.²⁶³

Без обзира на критике, нешто измењена теорија о инстант обичају остаје до данас актуелна. Наиме, као што смо већ истакли у делу рада који се бавио праксом као елементом међународне обичајне норме, није заправо кључно колико дуго је трајала нека пракса већ колико пута је одређено понашање поновљено. То су, по свему судећи, осетили и други аутори и ова теорија је доживела неколико покушаја реинкарнације.²⁶⁴

Тако, на пример, Мајкл Шарф (енг. *Michael Sharf*) тврди да не постоје разлози зашто међународна обичајна норма не би настала веома брзо, али он то не назива инстант обичајем, већ Гроцијусовим тренутком у међународном праву.²⁶⁵ У том смислу он критикује Ченгову тврдњу да све резолуције Генералне скупштине УН могу да створе инстант обичај и тврди да заправо треба испитати контекст доношења резолуције или неког другог документа, односно да ли је он донет у контексту *суштинске промене* у међународним односима.

²⁶² Cheng B: *United Nations Resolutions on Outer Space: "Instant" International Customary Law?* Indian Journal of International Law 23 (1965).

²⁶³ Hoof G. J. H: *op.cit.* p.86.

²⁶⁴ Погледати, на пример списак оваквих покушаја у: Scharf M. P: *Seizing the „Grotian moment“: Accelerated Formation of Customary International Law in Times of Fundamental Change*, Cornell Journal of International Law, Vol. 43, 2010. Занимљиво је приметити да се међу овим покушајима налазе и они који доктрину о инстант обичају не везују за нагласак на субјективном елементу обичајне норме, већ на Даматовој теорији о артикулацији и акту као деловима обичајне норме. Видети један такав, по свему судећи, неуспешан покушај у: Langille B: *It's „Instant Custom“: How the Bush Doctrine Became the Law after the Terrorist Attacks of September 11, 2001*, Boston College International and Comparative Law Review 145, 2003.

²⁶⁵ Ibid. Израз је заправо преузет од Ричарда Фолка.

Као пример оваквог Гроцијусовог тренутка Шарф наводи оснивање суда у Нирнбергу након Другог светског рата, односно усвајање Резолуције 95 (1) Генералне скупштине УН о потврди начела међународног права признатих у Повељи о суђењу у Нирнбергу. Он, наиме, тврди да је оснивање поменутог Суда „довело до рађања целокупне међународне парадигме о индивидуалној кривичној одговорности“ а потврду за овакав став налази и у ставовима Комисије за међународно право.²⁶⁶ Аргументујући додатно зашто је ова Резолуција 95 (1) Гроцијусов тренутак Шарф наводи праксу међународних и националних правосудних институција које су се на њу позивале у контексту потврде о обичајној природи неких норми међународног права.²⁶⁷

Нема сумње да глобализација, драстично интензивирани контакти међу државама и актерима унутар држава, као и међузависност који из ње проистичу могу да доведу до тога да међународна обичајна норма настаје много брже него што је некада то био случај. То, међутим, не мора да значи да се мењају *критеријуми* за настанак међународне обичајне норме, већ само да је у *фактичком смислу* лакше испунити те већ постојеће критеријуме. Иако ћемо се ми у наставку рада детаљније бавити утицајем одлука међународних организација на настанак и утврђивање постојања међународних обичајних норми, већ сада можемо да укажемо да те одлуке, по себи, не морају представљати обичајно право. За то је потребно да се испуне одређени критеријуми о чијој садржини ћемо детаљније говорити у наставку овог рада.²⁶⁸

На крају овог дела о правцима који стављају нагласак на субјективни елемент обичајне норме морамо да поменемо и волунтаристичке теорије.²⁶⁹ Представници ове теорије сматрају не само да је за настанак међународне обичајне норме кључна воља држава (овај део њихове теорије нам је прихватљив) већ и да се основ целокупног међународног права и обавезујуће снаге свих његових норми налази у пристанку држава, те да у том смислу и нема разлике између међународних уговора и међународних обичаја.

²⁶⁶ Scharf M. P, *op.cit.* p. 454.

²⁶⁷ Шарф у том контексту помиње и праксу Међународног суда правде којом ћемо се бавити у наставку овог рада.

²⁶⁸ Глава 3.8.

²⁶⁹ Ближе о овоме погледати у: Schlütter B: *op.cit.*

С обзиром да тврђа волунтаристичка схватања није лако помирити са тим да је *фактички* јасно да није неопходно да све државе на свету прихвате неко правило у понашању да би оно постало обичајна норма, волунтаристичка схватања се ублажавају увођењем концепта прећутне сагласности и о овоме смо већ нешто говорили у делу рада који се бавио анализом субјективног елемента међународне обичајне норме.²⁷⁰

Користећи Коскениемијеву терминологију, да тиме закључимо, Антеа Робертс каже да је традиционални приступ апологетски, а модеран утопијски и да се то нарочито односи на оне теорије које се ближе екстремима ова два приступа.²⁷¹ У складу са тим, она наводи и критике једном и другом приступу које су, чини се, иманентне целом међународном праву. Тако, на пример, апологетски приступ оцењује недемократским, ауторитарним, несигурним, колонизаторским и западноцентричним, а модеран по њеном мишљењу није лако помирити са начелом суверене једнакости, несагласан је са праксом држава и шовинистички.²⁷²

3.4.3 Алтернативни приступи у схватању односа два елемента међународне обичајне норме

Описана неадекватност два описана приступа у настанку међународних обичајних норми је довела до покушаја израде алтернативних модела у схватању односа праксе и *opinio iuris*. Два таква утицајна приступа у савременој доктрини међународног права су приступ клизајућих скала (енг. *slide scale*) и мисаони интерпретативни концепт (енг. *reflective interpretative concept*).

Приступ клизајућих скала је настао као последица тумачења пресуде Међународног суда правде у случају војних и паравојних активности у и против Никарагве (тужба Никарагве против Сједињених Америчких Држава).²⁷³ Ова пресуда

²⁷⁰ Видети главу 3.3 овог рада.

²⁷¹ Roberts A. E: *op.cit.* p. 767.

²⁷² Ibid.

²⁷³ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits,

којом су САД, између осталог, проглашене кривим за кршење забране интервенције у унутрашња питања других држава и забрану претње силом и употребе силе је очекивано прилично одјекнула у америчким академским круговима. Професор Фредерик Киргис (енг. *Frederic Kirgis*) је један од аутора који је у том смислу понудио тумачење пресуде у којем на неки начин предлаже помирење традиционалног и модерног тумачења настанка обичајних норми, односно предлаже реконструкцију односа материјалног и субјективног елемента у овом процесу:

„на клизајућој скали... стална пракса ствара обичајно правило без много (или било какве) потребе за потврдом доказивањем *opinio iuris*, све док није негирана доказима о не-нормативној намери. Што се учесталост и сталност праксе смањују у низу случаја, снажније доказивање *opinio iuris* је потребно. На другој страни скале, јасно доказан *opinio iuris* успоставља обичајно право без много (или без било какве) потребе за потврдом доказивањем праксе држава“.²⁷⁴

На први поглед овакво објашњење би могло да помири традиционалан и модеран приступ тиме што би недостатак једног или другог елемента у њима бивао надокнађен појачаним присуством овог другог елемента. Занимљива је у том контексту Киргисова оцена када ће се ово надокнађивање најчешће дешавати: „што више активност доприноси нестабилности или је морално упитна – на пример, недозвољена употреба силе или ускраћивање основних људских права – то ће међународни доносиоци одлука бити спремнији да замене један елемент замене другим. Важи, наравно, и обрнуто“.²⁷⁵

На овом Киргисовом таласу се налазе и Џон Тасиулас (енг. *John Tasioulas*)²⁷⁶ и већ поменути Антеа Робертс.²⁷⁷ Они на неки начин предлажу комбиновање приступа

Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14. Ми ћемо се у наставку рада детаљно бавити анализом овог случаја.

²⁷⁴ Kirgis, Jr F. L: *Custom on a Sliding Scale*, American Society of International Law, Vol. 81, 1987, p. 149. Према: A. Roberts, p. 772.

²⁷⁵ Ibid.

²⁷⁶ Tasioulas J: *In Defence of Relative Normativity: Communitarian Values and the Nicaragua Case*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 16, 1996, pp. 85 – 128.

²⁷⁷ Roberts A. E: *op.cit.*

клизатућих скала са теоријом Роналда Дворкина.²⁷⁸ Тасиулас свој приступ проблему настанка међународних обичајних норми смешта у шири контекст расправе између правног позитивизма и природноправне школе у међународном праву и у ужи контекст расправе о већ поменутом случају Никарагва пред Међународним судом правде.²⁷⁹

Ми ћемо се овом приликом задржати на његовом тумачењу настанка међународне обичајне норме након поменутог случаја пред МСП. Тасиулас Киргисово позивање на нестабилност и моралну упитност као критеријуме при одлуци да ли се и у којој мери може одустати од захтева за присуством оба елемента назива „садржинским разматрањима светског јавног поретка у процесу настанка норми“.²⁸⁰ Он се овим оштро супротставља Вејловим (позитивистичким) тврдњама да процес настанка норми треба да буде формалистички и одвојен од питања моралних или било којих других садржинских одлика тих норми. У овом поступку се Тасиулас позива на интерпретативну теорију Дворкина. Слично чини и Андреа Робертс.

Немогуће је на овом месту понудити одговарајућу виђење Дворкинових утицаја на ове две теорије. Због тога ћемо се ми задовољити тиме да понудимо веома скромну скицу овог утицаја. Тасиулас и Робертс нуде примену оног дела Дворкинове интерпретативне теорије који адекватност правне интерпретације заснива на два критеријума: облик (енг. *fit*) и садржина (енг. *substance*). Облик у овом смислу би требало да гарантује да било која интерпретација обичајног права мора да буде „подржана сировим подацима изабраним од стране централног концепта, примарних делова који су у овом случају општа пракса и *opinio iuris*...“²⁸¹ На тај начин би требало да се гарантује да се приликом интерпретације права неће прекорачити границе тумачења и ући у процес стварања права. Уколико је, међутим, након овог дела процеса интерпретације, могуће навести неколико подједнако валидних исхода, онда ће, по мишљењу Антее Робертс бити изабран онај који „поседује

²⁷⁸ Dworkin R. M: *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986.

²⁷⁹ Као типичног представника позитивизма Тасиулас узима: Weil P: *Towards Relative Normativity in International Law?*, 77 *American Journal of International Law*, Vol. 77, 1983, pp. 413 – 442.

²⁸⁰ Tasioulas J, *op.cit.* p. 110.

²⁸¹ *Ibid.* p. 112.

најснажнију садржинску моралну утемељеност²⁸², а по мишљењу Тасиуаласа онај који најбоље задовољава интересе сарадње и коегзистенције у међународној заједници.²⁸³

Антеа Робертс сматра да овакво виђење улоге облика и садржине у настанку међународне обичајне норме захтева и одређену допуну јер може да створи непремостиву препреку за настанак модерног обичајног права. Питање је, наиме, да ли би на пример испитивање облика у ситуацијама масовних кршења људских права уопште могло да изнедри више интерпретативних исхода. Уколико је, наиме, из облика могуће извући само један интерпретативни исход, онда, логично, нема ни вагања моралне утемељености различитих исхода. Како би спречила овакав резултат, Андреа Робертс предлаже нијансиранију оцену праксе држава. Она у том смислу предлаже да се пракса држава допуну праксом унутар државе (уз узимање у обзир и случајева поштовања норми међународног права, а не само кршења) као и да је испитивање праксе такође ствар интерпретације. О првом предлогу смо већ писали у претходном делу рада, па ћемо у овом делу посебно да се позабавимо овим другим предлогом.

Антеа Робертс тврди да неконзистентну праксу не треба поредити са субјективним елементом (како то тврди Киргис) већ да „она може бити интерпретирана или као кршење постојећег обичаја или као зачетак новог обичаја... Супротна пракса не мора нужно да подрије одговарајућу интерпретацију већ може да створи више могућих интерпретација“.²⁸⁴

У оваквој ситуацији када се пракса може тумачити на више од једног начина, облик (фит) се мери у односу на садржину и на тај начин се долази до коначног обичаја. Уколико правило о коме је реч нема у себи неку моралну (снажну нормативну) компоненту (нпр. да ли ће брод ићи левом или десном страном) онда ће на садржину обичајне норме утицати искључиво која интерпретација боље одговара облику. Другим речима, уколико бродови чешће плове левом страном, онда ће то постати и обавезна норма понашања јер у односу на друге интерпретације (да бродови иду десном страном)

²⁸² Ibid.

²⁸³ Тасиулас се при томе заправо позива на Вејла и заправо му одговара констатацијом да ће се сарадња и координација бити успешније заштићене у његовом, него у Вејловом теопријском моделу.

²⁸⁴ Roberts A. E: *op.cit.* p. 780.

више одговара облику. Уколико се, међутим, ради о правилима понашања која имају снажну моралну компоненту, онда ће се различите интерпретације облика мерити у односу на виђење држава о томе какво би право требало да буде у овој области (*lex ferenda*). Због тога ће, на пример, тортуре бити забрањена иако је у пракси често заступљена. Овакво резонување не црпи потпору само у теорији Дворкина, већ се, према ауторкином признању, ослања и на Ролсову теорију о мисаоној равнотежи у којој се два елемента (облик и садржина) непрестано мере један наспрам другог.²⁸⁵

У сличном тону Андреа Робертс тумачи и правила о мењању садржине обичајних правила. Она, наиме, наводи да „број аката који су потребни да би прекршај старог правила представљао основу новог правила зависи од обима претходне праксе и важности моралних принципа који су у њу укључени“.²⁸⁶ Занимљив је у том контексту њен третман спорних питања као што је концепт хуманитарне интервенције. Испитујући да ли је овај концепт постао део међународног обичајног права, она закључује:

„Тренутно стање праксе и принципа вероватно води до закључка да једнострана хуманитарна интервенција тренутно није призната као изузетак принципу неинтервенције. Уско право на једнострану хуманитарну интервенцију може, међутим, да настане у изузетним околностима када постоје тешка кршења људских права, када су исцрпљена средства за решавање спора, могућност вета спречава Савет безбедности да донесе принудне мере, акцију спроводи група држава са подршком (или бар одсуством противљења) већине држава и оружане снаге се користе искључиво како би се зауставили злочини. Да ли ће ова настајућа норма да се претвори у обавезујући обичај зависиће од будућег развоја праксе и принципа међународног права“.²⁸⁷

Нешто дужи цитат о примени теорије о мисаоном интерпретативном концепту у међународном обичајном праву је важан јер по нашем мишљењу открива слабости понуђеног модела. Најпре, није сасвим јасно како ауторка извлачи овакав закључак из понуђеног модела. Пракса држава показује, као што и сама ауторка тврди, много чешће уздржавање од интервенција у оваквим ситуацијама. Другим речима, од понуђене две

²⁸⁵ Ibid.

²⁸⁶ Ibid, p. 785.

²⁸⁷ Ibid, p. 788.

алтернативе (државе врше хуманитарну интервенцију и државе не врше хуманитарну интервенцију) елемент облика је много боље задовољен другопоменутом алтернативом.

Теорија мисаоног интерпретативног концепта налаже да у оваквој ситуацији друга алтернатива може да превагне само у случају када елемент садржине снажно преваже на њену страну. То, међутим, како закључује Андреа Робертс, није случај јер према њеном мишљењу постоје добри супстанцијални разлози и за и против интервенције. Закључак примене мисаоног интерпретативног концепта би, чини се, морао да буде да је хуманитарна интервенција забрањена међународним правом и није сасвим јасно одакле ауторка извлачи закључак да ће превага између тих принципа зависити од „екстремности хуманитарне кризе о којој је реч“.²⁸⁸

Чак и да, међутим, ми нисмо довољно добро разумели примену мисаоног интерпретативног концепта на пример хуманитарне интервенције, постоје дубљи, теоријски, проблеми у вези са њим. Примена мисаоног интерпретативног мисаоног концепта подразумева у контексту примене елемента садржине мерење моралних аргумената за и против могућих интерпретација насталих на основу елемента облика. Свака оваква оцена аргумената, можда нарочито у међународној заједници, је у мањој или већој мери субјективна.

У практичној примени мисаоног интерпретативног концепта не помаже много ауторкино оградавање од оваквих оцена тврдњом да она под моралним аргументима подразумева оне „заједничке вредности о добром и лошем које су усвојене од стране репрезентативне већине држава у уговорима и декларацијама“.²⁸⁹ Већ помињани пример хуманитарне интервенције је ваљда добар пример за то да до ових заједничких вредности о добром и лошем није тако лако доћи. Осим тога, постоје и аутори који сматрају да нам понуђени модел „не пружа никакав стабилан критеријум који би послужио оцени када је

²⁸⁸ Ibid, p. 787.

²⁸⁹ Ibid, p. 789.

за настанак одређене норме потребно оцењивање на основу вредносних елемената или *opinio iuris*, а када је за то потребно више праксе држава“.²⁹⁰

На крају, нама се чини да модел мисаоног интерпретативног концепта не разликује на одговарајући начин материјалне и формалне изворе међународног права. Он, наиме, можда може у одређеној мери да објасни *који су мотиви* субјеката приликом разматрања да ли нека пракса *тек треба да постане* норма међународног права и у том смислу исправно закључује да за то некад постоје морални основи, а некад не. И Тасиулас је у праву да државе процењују која ће правила понашања постати обавезујуће норме и по томе која од њих успешније граде сарадњу и коегзистенцију. Друго је питање, међутим, можемо ли се приликом истраживања да ли је нека норма обичајног права *већ настала* или не ослањати на моралне разлоге или сличне ставове. Оваква конфузија настаје по нашем мишљењу и због тога што се превиђа у којим условима важи и за које случајеве је заправо Дворкин креирао своју правну теорију.

Оно што смо до сада изложили у овом делу рада открива да у доктрини постоје значајна размимоилажења у погледу настанка међународних обичајних норми. Неки то чак наводе и као један од доказа непремостивих препрека у структури аргумената међународног права као научне дисциплине.²⁹¹ Нама се, ипак, чини да је могуће доћи до одређених закључака који ће у наставку рада бити тестирани кроз праксу Међународног суда правде.

Најпре, као што смо већ истицали у делу овог истраживања које се бавило појмом међународног обичајног права, пракса у виду правилности у чињењу или уздржавању од чињења *није довољна* за настанак међународних обичајних норми. Осим тога, из прикупљених информација о пракси је могуће извући више образаца понашања (она никада није апсолутно једнообразна) и неопходно је да постоји рефлексивност субјеката о тој пракси.

Због тога је за настанак норме међународног права неопходно да субјекти међународног права индивидуално или колективно артикулишу вољу (изјаве) да одређено

²⁹⁰ Schlütter B, *op.cit.* p. 59.

²⁹¹ Koskenniemi M: *From Apology to Utopia, The Structure of International Legal Argument.*

чињење или уздржавање од чињења треба да постане међународна обичајна норма уколико се то већ није десило или да констатују да их одређена пракса правно обавезује уколико се ради о норми која већ постоји. Да би из те њихове воље настала међународна обичајна норма потребно је да тај предлог подрже остали субјекти међународног обичајног права. Ово колективно прихватање субјеката међународног права је по нашем мишљењу најближе ономе што се у традиционалном схватању међународне обичајне норме зове *opinio iuris*.

Ми сматрамо да на одлуку субјеката међународног права да ли да прихвате захтев да одређена пракса постане део међународног обичајног права или не утиче велики број различитих фактора или, прецизније, извора права у материјалном смислу. Тако, на пример, на њихову одлуку утиче како они перципирају праведност таквог решења, њихова вредносна опредељења, моћ који други субјекти имају у процесу преговарања о том решењу, практична изводљивост таквог решења, итд.

Оно што при томе треба имати у виду је да се ми не слажемо са становиштем да се приликом истраживања да ли је нека пракса *већ постала* међународна обичајна норма уопште улази у питање идентификовања ових материјалних извора права у процесу настанка норме и да се онда, на основу тога, доноси закључак да ли норма постоји или не. Утврђивање да ли је норма настала или не мора бити последица утврђивања испуњености унапред одређених критеријума за настанак норме. У случају да су субјекти међународног права идентификовали одређени образац понашања као онај који треба да постане правно обавезујући и уколико је таква аргументација колективно прихваћена од стране истих тих субјеката међународна обичајна норма је настала. Овако настале међународне обичајне норме ће понекад бити наглашено апологијске, понекад наглашено утопијске, али ће оцену да ли су оне такве или не бити могуће донети једино уколико имамо релативно сигурне критеријуме за њихов настанак.

Приликом тумачења међународних обичајних норми ће долазити и до различитих тумачења о њиховој садржини. Иако то није одлика само међународних обичајних норми (исто важи и за уговоре) њихова специфичност се, између осталог, огледа и у томе што су неписаног карактера те да њихово језичко тумачење није могуће. С обзиром на то, они који тумаче садржину међународних обичајних норми ће морати да се ослоне на

интерпретације субјеката међународног права о пракси и колективном прихватању те праксе као правно обавезујуће и да из њих извлаче закључке о поменутој садржини. Ближе ће о овом важном процесу и шта он тачно укључује бити речи у наставку рада који се бави истраживањем праксе Међународног суда правде као органа који је, између осталог, надлежан за процес тумачења норми међународног обичајног права.

Оно што изазива одређену несигурност у области међународног обичајног права је чињеница да не можемо унапред знати *колико* тачно субјеката мора да прихвати захтев да одређена пракса постане правно обавезујућа и *који* тачно субјекти морају да га прихвате да бисмо са сигурношћу знали да је међународна обичајна норма настала. Ово се мора процењивати контекстуално од случаја до случаја. Описана ситуација представља препреку и приликом оцене у којем тренутку се може сматрати да је норма заиста настала. Па иако у теоријском смислу ово представља значајну препреку, у фактичком смислу ће у већини ситуација бити могуће доћи до одређених закључака јер постоје критеријуми којих се можемо држати приликом овакве оцене. Верујемо да ће ово бити могуће демонстрирати у наставку рада када будемо анализирали праксу Међународног суда правде.

3.5 Утврђивање постојања међународне обичајне норме – њено мењање, нестајање и повлачење из обичаја

Наслов овог рада сугерише да постоји разлика између настанка и утврђивања да ли је једна обичајна норма која је већ настала претрпела неке промене, да ли је у међувремену нестала и да ли поједини субјекти имају право да се након њеног настанка оградe од њеног важења. До сада смо се бавили утврђивањем када и под којим условима настаје нормe међународног обичајног права, а у овом делу рада желимо да објаснимо на који начин се утврђује њено постојање.

Уколико је за настанак нормe међународног обичајног права потребно да постоје *и* материјални *и* субјективни елемент, онда се поставља питање да ли она нестaje кад нестане било који од та два елемента? Осим тога се поставља питање које смо већ начели у претходном делу рада како разликовати кршење нормe од успостављања нове праксе.

Слично томе се поставља и питање односа прекршаја нормe са делимичним променама у њеној садржини (увођење изузетака, на пример).

Хуф у својој важној, већ више пута спомињаној, књизи наводи да је основни узрок ових проблема у чињеници да су државе у исто време и субјекти и творци међународног права.²⁹² Из тога даље произилази и то да треба разликовати њихову праксу када делују као „конзументи“ и праксу у којој делују као „творци“ међународног права.²⁹³ Према сопственом признању, Хуфова теорија је под значајним утицајем Мејерса (хол. *Meijers*) и његове теорије о три фазе у настанку међународне (обичајне) нормe.²⁹⁴ У првој фази долази до откривања садржаја правила понашања. У другој настаје став држава према том правилу понашања, док у трећој фази на основу воље држава настају обавезујуће нормe међународног права. Разлика између уговорног и обичајног права је управо у томе што је код обичајног права теже направити разлику између ових фаза. Хуф подвлачи да је *usus* карактеристичан за прву фазу, док је *opinio iuris* карактеристичан за другу и трећу фазу настанка међународне обичајне нормe.²⁹⁵

Хуф напомиње да је Мејерс ово објашњење креирао за настанак нових норми међународног (обичајног права), те допуњује модел објашњењем на који начин је могуће мењати постојеће нормe међународног обичајног права. Он, најпре, нама се чини са пуним правом, критикује Даматову концепцију по којој је свако понашање које није у складу са постојећом обичајном нормом заправо зачетак новог обичајног права. Хуф тврди да је то не само „противно максими *ex iniuria ius non oritur*, већ након онога што је речено о захтеву сигурности у праву није потребно додатно појашњење зашто је по нашем мишљењу све ово окренуто наопако... Уколико постоји обичајно правило, свако понашање или пракса која није у складу са тим... је прекршај међународног права“.²⁹⁶

²⁹² Hoof G. J. H, *op.cit.* p. 87.

²⁹³ Ibid. Он том приликом нарочито критикује Дамата што не препознаје поменуту разлику.

²⁹⁴ Meijers H: *How is international law made? – The stages of growth of international law and the use of its customary rules*, Netherland Yearbook of International Law, 1978, pp. 3 – 26.

²⁹⁵ Hoof G. J. H, *op.cit.* p. 93.

²⁹⁶ Ibid, pp. 99, 100. И ми смо у претходном делу рада заступали овакав став.

Хуф даље тврди да мењање садржине обичајног права не може настати као последица промене материјалног елемента већ да ту промену може изазвати искључиво *opinio iuris*. Разлог за то је чињеница да је управо овај последњи онај који обичајно правило претвара у обавезујућу правну норму: „оно што једино *opinio iuris* може да уради, једино он може и да поништи“.²⁹⁷ У складу са тим, до промене садржаја међународних обичајних норми би долазило обрнутим редоследом од онога који је постојао приликом њеног настанка: најпре би се променио *opinio iuris* држава који би затим утицао на промену праксе. Оно што по мишљењу Хуфа остаје спорно јесте што у међународном праву понекад није лако утврдити да ли је до промене *opinio iuris* дошло и што није до краја јасно колико то држава треба да промени своју вољу да би дошло до промене садржине међународне обичајне норме.

Мејерсова и Хуфова теорија је настала како би отклонила неке слабости у дотадашњим схватањима односа материјалног и субјективног елемента и разумевања промене међународних обичајних норми. Нама се чини да је једна од основних замерки на њихов модел то што, како с правом упозоравају Постема, Дворкин, Антеа Робертс, и пракса држава захтева одређену интерпретацију. Она, дакле, није сама по себи дата и потребно је да *и* она буде предмет рефлексije субјеката. Осим тога, с обзиром на помало ригидан став Хуфа у вези са природом односа праксе и *opinio iuris*, његов модел би тешко могао да обухвати неке међународне обичајне норме у областима попут међународног хуманитарног права или међународног права људских права.²⁹⁸

Чини се да Хуфова теорија боље објашњава промене међународног обичајног права. За разлику од већ поменутих Постеме, Дамата, Антее Робертс и многих других, он не прихвата тезу о сталном мењању међународних обичајних норми у којој је сваки прекршај семе нове норме. С обзиром на конзервативну природу међународног права и захтев за правном сигурношћу, норме морају имати релативно стабилни карактер како би

²⁹⁷ Ibid, p. 101.

²⁹⁸ По Хуфовом мишљењу нема никакве потребе да се овакве појаве на силу убацују у ред обичајних норми. Занимљиво је да до сличног става долазе и Сима и Паулус у: Simma B., Paulus A, *op.cit.* Чини се, ипак, да овакав став са собом носи више проблема него решења. Издајамо два: сада већ постоји богата судска пракса која потврђује постојање многих обичајних норми у овим областима, а осим тога ни предлог да се она, на пример, сматрају општим правним начелима није ослобођен бројних слабости.

обављале своје друштвене функције. Због тога сматрамо да је Хуф у праву када каже да свако понашање које је у супротности са важећом нормом представља кршење права.

Да би кршење међународне обичајне норме могло уопште да се разматра у контексту клице промене, њега мора да прати правна артикулација која би то понашање интерпретирала као правно ваљано. То би у идеалном случају значило да држава своје кршење подведе под *de lege ferenda* и чека реакцију других држава. Оно што је проблем у вези са тим је да није реално да држава која покушава да промени обичајно правило изричито тврди да оно што је она учинила кршење постојећих норми међународног права и да она жели да их мења (у том смислу је ова ситуација другачија од оне у којој држава жели да иницира настанак неке нове норме међународног обичајног права у области која до тада није уређена). Држава која жели промену ће из стратешких разлога обично тврдити да је њено понашање у складу са постојећим нормама.

Па ипак, с обзиром да ће њено понашање бити предмет оцењивања других субјеката (укључујући понекад и међународна судска тела) на основу њихове реакције ће бити могуће установити да ли је то заиста било у складу са правом или не.²⁹⁹ С обзиром на природу међународне заједнице (или, Хуфовски речено, чињеницу да су државе и творци и конзументи међународног права) постоји могућност да држава заправо формално прекрши постојећу норму међународног обичајног права, али да због прихватања њене правне аргументације од стране других држава то постане нова измењена норма међународног права.³⁰⁰ У таквој ситуацији држава ће вероватно проћи без икаквих последица иако је формално прекршила међународно право.

Нестајање норме међународног обичајног права је могуће на неколико различитих начина и нисмо сигурни да је Хуф сасвим у праву када нуди само један начин по коме до нестајања долази по обрнутом редоследу у односу на настајање. Наиме, по нашем мишљењу, до нестајања може доћи и тако што се субјекти међународног права најпре неће понашати у складу са том нормом, а да тек након тога дође на ред и правна

²⁹⁹ Као што смо већ навели, Постема сматра да је један од основних елемената нормативне дискурзивне праксе спремност да ваше понашање буде предмет оцене других субјеката.

³⁰⁰ О условима који морају да буду задовољени да би и ћутање могло да се прихвати као прећутна сагласност смо већ нешто рекли у претходном делу рада.

артикулација колективног *opinio iuris* којом ће та норма међународног обичајног права нестати. Дакле, у *фактичком смислу* до нестајања нормe може доћи на неколико различитих начина, али је у *формалном смислу* Хуф у праву када тврди да норма може нестати само када се субјекти међународног права у вези са тим сагласе (било да је до тога дошло *пре* или *након* промене у њиховој пракси) јер је то био услов и за њено настајање. Да поновимо још једном да свако понашање које је у супротности са обичајном нормом пре њеног мењања или нестанка представља кршење међународног права.

Иако формално промена праксе након настанка међународне обичајне нормe не може бити основ за њен нестанак, могуће је да то значајно утиче на њену *фактичку* применљивост. Уколико би се, наиме, значајна већина субјеката међународног права у већини ситуација понашала супротно ономе што прописује међународна обичајна норма то не би аутоматски довело до њеног формалног нестанка уколико нема правне артикулације која би то подржала, али би у *фактичком смислу* њено постојање било у великој мери обесмишљено. Треба, ипак, имати у виду да овакве ситуације нису стране ни у унутрашњим правним системима.³⁰¹ Осим тога, овакве ситуације у већини случајева не трају дуго јер у праву постоји тенденција изједначавања *фактичког* и *нормативног*. Тако ће, у зависности од перцепције интереса субјеката тог правног система, у већини ситуација релативно брзо доћи или до тога да се појачају нормативни захтеви субјеката и притисак да се норма понашања поштује или ће норма и формално бити замењена новом нормом.

До формалног нестанка обичаја неће доћи ни само због чињенице да тај обичај није у *фактичком смислу* упражњаван дуго времена (лат. *desuetudo*). И овај процес би, наиме, у неком тренутку требало да прати правна артикулација о томе да он више не игра своју функцију у међународном правном систему. У *практичном смислу*, међутим, би могло да се деси да се међународна обичајна норма више не примењује јер су односи међу субјектима у тој мери промењени да она више не игра никакву улогу.

Можда на овом месту није лоше тестирати описани модел мењања и нестајања обичајне нормe на једном примеру. Тај пример би могао да буде концепт хуманитарне

³⁰¹ У Републици Србији би као примере могли да истакнемо обавезу плаћања претплате за услуге јавног сервиса или законско ограничење висине јавног дуга.

интервенције и његова наводна примена приликом НАТО интервенције у СРЈ 1999. године. Употреба силе у међународним односима је забрањена уколико се не ради о самоодбрани или овлашћењу Савета безбедности УН и то и Повељом УН и међународним обичајним нормама. Да би хуманитарна интервенција била дозвољена нормама међународног права она би у контексту опште забране употребе силе у међународним односима морала да буде призната као трећи изузетак од те забране. Због тога би пример хуманитарне интервенције био пример за мењање већ постојеће обичајне норме о забрани претње силом и употребе силе у међународним односима.

Пре и током НАТО интервенције 1999. године у политичком дискурсу су се могла чути различита објашњења узрока интервенције од којих је најчешће било „спречавање хуманитарне катастрофе“.³⁰² То, међутим, углавном није била и правна аргументација. Покушаји подвођења хуманитарне интервенције под окриље међународних обичајних норми је било чешће у доктрини, него у правној аргументацији држава.³⁰³ Ретки изузеци се могу пронаћи у писаном поднеску Белгије пред Међународним судом правде у случају тужбе СРЈ против те државе³⁰⁴ и аргументације која се помињала у Парламенту УК у контексту интервенције 1999. године.³⁰⁵

Већина држава које су учествовале у интервенцији није формално изабрала ни ослањање на аргумент да хуманитарна интервенција већ *јесте* део међународног обичајног права, ни аргумент да она *треба* да постане део међународног обичајног права. Управо супротно – све време се наглашавао *sui generis* карактер интервенције и косовског случаја. Уместо тога, неке државе су, на пример, изабрале да званична правна

³⁰² Погледати у том смислу, на пример, говор тадашњег премијера УК, Тонија Блера у Доњем дому (*House of Commons*) Парламента 23. марта 1999. године. Текст говора је доступан на: <http://www.theguardian.com/world/1999/mar/23/balkans.tonyblair>. Посећено: 24.10.2014.

³⁰³ О обичајној природи наводног права на хуманитарну интервенцију погледати: Раичевић Н: *Хуманитарна интервенција у међународном јавном праву*, докторска дисертација, доступна на интернет адреси: http://www.prafak.ni.ac.rs/files/disertacije/Nebojsa_Raicevic_Humanitarna_intervencija_2008.pdf; Nehir, A: *Humanitarian Intervention: An Introduction (2nd edition)*, Palgrave Mcmillan, 2013.

³⁰⁴ Поднесак је доступан на: <http://www.icj-cij.org/docket/files/105/8340.pdf>. Посећено: 24.10.2014.

³⁰⁵ Погледати у том смислу, најпре, писмо које је УК послало државама чланицама НАТО у октобру 1998. године: *FRY/Kosovo: The Way Ahead; UK View on Legal Base for Use of Force*, Foreign and Commonwealth Office, 7 October 1998. Citirano prema Roberts A: "NATO; 'Humanitarian War' over Kosovo", *Survival*, Autumn 1999, Vol.4, No. 3, p.106, али и касније услове који су наведени да би интервенција била дозвољена.

аргументација буде да је Савет безбедности УН пре саме интервенције већ окарактерисао ситуацију на Косову као претњу међународном миру и безбедности, те да је, самим тим, постојало имплицитно одобрење за интервенцију. Велики број држава, укључујући и неке сталне чланице Савета безбедности, је одбио политичку аргументацију у вези са спречавањем хуманитарне катастрофе, али је још већи одбио потврђивање или успостављање концепта хуманитарне интервенције као норме међународног обичајног права.³⁰⁶ Такође су одбијени и покушаји да се уведе наводно правило о имплицитном овлашћењу Савета безбедности УН.³⁰⁷

Овај пример потврђује неке раније изнете ставове у вези са процесом мењања међународних обичајних норми. Пре 1999. године није постојало право на хуманитарну интервенцију.³⁰⁸ Уосталом, као што смо већ рекли, готово ниједна од држава које су извршиле интервенцију то није ни тврдила. Сама интервенција је с обзиром на то представљала кршење међународног права. Она чак није могла ни да буде тумачена као семе нове норме јер су и ти ретки покушаји да се хуманитарна интервенција прогласи легалном били неуспешни с обзиром на доминантан став држава да хуманитарна интервенција није и не треба да постане норма међународног права. Треба наравно имати у виду да су државе избегле навођење хуманитарне интервенције као правног аргумента јер су можда сматрале да тако имају мање шанси за успех пред Међународним судом правде, али то не мења чињеницу о доминантном ставу држава које су овакво тумачење норми међународног права одлучно одбациле. О томе сведочи и чињеница да је управо

³⁰⁶ Погледати, на пример: Davis J. E: *From Ideology to Pragmatism: China's Position on Humanitarian Intervention in the Post-Cold War Era*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 44, No. 2, 2011, pp. 217-283 (иако се о чланку овори о одређеној промени позиције Кине према овом концепту у постхладноратовској ери, не мења се закључак да она остаје против успостављања права на једнострану хуманитарну интервенцију без одобрења СБУН).

³⁰⁷ Погледати, на пример, расправу о легалности интервенције пред СБУН 24. марта 1999. године: <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/kos%20SPV3988.pdf>. Посећено: 24.10. 2014. године.

³⁰⁸ Овакав став заступају и многи заговорници легалности концепта хуманитарне интервенције попут: Nehir, A: *op.cit.*

због неприхватања концепта хуманитарне интервенције дошло до појаве концепта одговорности за заштиту (енг. *Responsibility to protect*).³⁰⁹

И овај пример, међутим, открива пар проблематичних места у моделу мењања међународних обичајних норми. Једно од њих је чињеница да понекад није лако направити разлику између правне артикулације или правног објашњења неког понашања и политичког дискурса који прати спољнополитичко понашање неке државе. Тако је, на пример, пре, током и након интервенције 1999. године у политичком дискурсу често могао да се чује аргумент о неопходности хуманитарне интервенције иако то углавном није било званично правно објашњење. Због тога се нама чини да у том смислу треба бити флексибилан и политичку аргументацију схватити као део нормативне дискурзивне праксе, осим уколико сама држава изричито подвуче разлику између политичке и правне аргументације (као у ситуацији када изричито тврди да је нешто учинила из политичких разлога, а не због тога што је то представљало или би требало да представља њену правну обавезу). У прилог оваквом закључку може да се наведе чињеница да су током НАТО интервенције 1999. године представници многих држава одговарали на аргумент о хуманитарној интервенцији иако то углавном није био званичан правни аргумент држава чланица ове међународне организације.

На крају остаје да се одговори и на питање евентуалне могућности повлачења из међународне обичајне норме, односно о евентуалној могућности да држава изјави да се од одређеног тренутка норма међународног обичајног права на њу више неће примењивати. У овом делу рада ћемо укратко приказати ставове доктрине који заговарају овакав приступ важењу међународне обичајне норме, а затим ћемо кратко приказати критике оваквих ставова и уједно понудити и нашу оцену.

Став да се државе не могу повући из универзалне међународне обичајне норме *након* њеног настанка је општеприхваћен у теорији међународног права у двадесетом веку. Једина евентуална могућност да се та норма на њих не примењује је да докажу да су се *пре* њеног настанка упорно и доследно противили њеном настанку (доктрина упорног противника о којој смо већ писали у претходном делу рада).

³⁰⁹ О овом концепту погледати ближе: Sancin, V, Kovic Dine, M (ed.) *Responsibility to Protect in Theory and Practice*, GV Založba, Ljubljana, Slovenia, 2013.

Пре неколико година овакав доктринарни поглед на међународно обичајно право је, међутим, озбиљно уздрман. Макар је тако изгледало на први поглед. Двојица америчких професора Куртис Бредли и Муту Гулати (енг. *Curtis Bradley, Mutu Gulati*) су написали један подужи и касније веома цитирани рад чији је главни аргумент био да је, макар у одређеним ситуацијама, могуће и пожељно издејствовати да се важећа норма међународног обичајног права више не примењује на државу која то не жели.³¹⁰

Поменути аутори најпре праве паралелу између међународних уговорних и обичајних норми и констатују да је према преовлађујућим ставовима доктрине данас немогуће повући се из важећа међународне обичајне норме иако, са друге стране, таква могућност постоји за многобројне међународне уговоре.³¹¹ Поменути преовлађујући став доктрине они називају „обавезујућим ставом“ (енг. *mandatory view*). Обавезујући став, према мишљењу Бредлија и Гулатија, не задовољава ни на теоријском, ни на практичном пољу.³¹² Осим тога, они покушавају и да покажу да обавезујући став заправо није ту одувек и да му је постојала алтернатива и то у виду дифолт става (енг. *default view*). Професори Бредли и Гулати у том контексту најпре цитирају Ватела и њега наводе као једног од аутора (чини се по њиховом мишљењу кључног) који је заступао дифолт став према коме државе имају право изласка из међународне обичајне норме.³¹³ Тиме, дакле, негирају историјски ексклузивитет обавезујућег става.

Важнија је, чини се, њихова намера да покажу теоријске мањкавости обавезујућег става. У том смислу наводе бројне доктринарне ставове који говоре у прилог досадашњим мањкавостима у теорији међународног обичајног права и изгледа сугеришу да би прихватање дифолт става могло да реши макар неке од њих. Бредли и Мурти се највише задржавају на теорији упорног противника и покушавају да покажу несагласност овог концепта са обавезујућим ставом. Ми се овом приликом нећемо ближе бавити њиховим освртом на доктрину упорног противника из два разлога. Први од њих је да смо се овом

³¹⁰ Bradley C. A., Gulati M: *Withdrawing from International Custom*, The Yale Law Journal, 2010, pp. 202 – 275. С обзиром на дужину рада, ми ћемо морати да се задовољимо релативно кратком анализом њихових закључака.

³¹¹ Ibid, p. 204.

³¹² Ibid, p. 205.

³¹³ Ibid, pp. 216, 217.

доктрином већ бавили у претходном делу рада, а други, важнији, је да евентуалне слабости доктрине упорног противника не значе нужно да треба прихватити дифолт став у вези са важењем међународних обичајних норми.

Због тога прелазимо на функционалну оцену обавезујућег става коју нуде Бредли и Гулати. Њих двојица одбацују све могуће наводе о томе да обавезујући став наставља да преовладава у доктрини међународног права због своје практичне корисности. С обзиром да је настанак норми међународног обичајног права по њиховом мишљењу нејасан, они постављају питање зар није онда логичније поставити мање строге услове за њихово мењање или домен примене за субјекте који више не желе да њима буду обавезани.

Други приговор поменутих аутора указује на упитан квалитет норми међународног обичајног права и тврди да су оне норме код којих су излазне клаузуле строге обично оне које су високог квалитета, а да „литература о друштвеним нормама јасно ставља до знања да обичајна правила најбоље шансе за то имају када се развијају у малим, хомогеним групама, са једнаким могућностима за међусобно деловање чланова интерпретативне заједнице“.³¹⁴ С обзиром на природу међународне заједнице, закључују Бредли и Гулати, обавезујући став није оптималан.

Трећи приговор је да, супротно тврдњама неких теоретичара, дифолт став не би за последицу имао превелико повлачење држава из међународних обичајних норми. Гулати и Бредли одбацују овакве ставове и наводе да у периодима када је био присутан дифолт став није довео до ове појаве, да се ни доктрина упорног противника која је на неки начин слична дифолт ставу не користи често, као и да излазне клаузуле у међународним уговорима нису довеле до честог коришћења ове могућности.³¹⁵

Четврти приговор је да дифолт став више одговара потреби модерне међународне заједнице у којој су промене чешће и дубље него икада раније. Осим тога, дифолт став, по мишљењу Гулатија и Бредлија, на бољи начин објашњава однос међународних обичајних и уговорних норми о чему ће више речи бити у наставку рада.³¹⁶

³¹⁴ Ibid, p. 244.

³¹⁵ Ibid, p. 245.

³¹⁶ Ibid.

На крају, аутори више пута цитираног текста ограничавају домен примене дифолт става тврдњом да он вероватно није најбоље решење за све области међународног права (на пример у области међународног права људских права), али да то не значи да не треба да буде прихваћен макар у неким од њих. Иако не нуде критеријуме за прављење ове разлике, они говоре о томе да ће то бити предмет њихових даљих истраживања.³¹⁷

С обзиром да чланак Гулатија и Бредлија доводи у питање општеприхваћен став у теорији међународног права да једнострано излазак из такве норме није могућ, не изненађује чињеница да је велики број аутора одлучио да понуди коментар на њега. Иако је већина тих аутора критиковала ставове Бредлија и Гулатија, било је и оних малобројних, попут Лима (енг. *C. L. Lim*) и Елиаса (енг. *Olufemi Elias*) који су овакав налаз подржали.³¹⁸ Додуше, чини се да су њихови мотиви (макар теоријски) били нешто другачији од Бредлијевих и Гулатијевих. За разлику од ових последње поменутих, Лим и Елиас стају уз дифолт став јер више одговара њиховом основном волунтаристичком теоријском приступу. Они, наиме, тврде да приликом анализе да ли нека међународна обичајна норма важи за неку државу треба променити фокус са питања да ли је такво понашање супротно ономе што је општеприхваћено међу државама на питање да ли је та конкретна држава пристала да то правило за њу буде обавезујуће.³¹⁹ Кључна ствар у овој теорији је, дакле, престанак појединачне државе да буде обавезана. Из тога даље настаје и последица да се она из ове обавезе може повући кад сматра да то више не одговара њеним интересима.

Нема сумње да су Елиас и Лим у праву када тврде да је „дискусија о условима под којима је дозвољен излазак из обичајног права неизбежно дискусија о природи правила која управљају функционисањем обичајног права (као што су правила о томе како обичајна права и обавезе настају и како се мењају)“.³²⁰ Они су у том смислу доследни свом, по нашем мишљењу погрешном, ставу да је престанак појединачних држава кључан за настанак норми међународног обичајног права. Као што смо већ утврдили када смо

³¹⁷ Ibid, p. 272.

³¹⁸ Lim C. L, Elias O: *Withdrawing from Custom and the Paradox of Consensualism in International Law*, Duke Journal of Comparative and International Law, 2010, pp. 143 – 157.

³¹⁹ Ibid, p. 145.

³²⁰ Ibid, p. 144.

расправљали о субјективном елементу међународне обичајне норме, она не настаје појавом појединачног већ колективног *opinio iuris*, те стога она не може као правна обавеза престати за појединачну државу њеним повлачењем, већ је за то потребно да нестане колективни *opinio iuris*.

Како смо већ установили у делу рада у којем смо се бавили теоријом упорног противника, државама је остављена могућност да се *pre* настанка норме успротиве њеном настанку и уколико задрже такав став оне, макар теоријски, могу себе искључити из примене те норме. Овакав уступак је био потребан како у међународној заједници са великим бројем правних субјеката противљење једне државе не би спречило настанак међународних обичајних норми.

Многи аутори се нису сложили са оценом Лима и Елиаса да је рад Муртија и Бредлија „изузетан“.³²¹ Тако, на пример, Едвард Свејн (енг. *Edward Swain*) у одређеној мери доводи у питање навођење Ватела као историјског извора за дифолт став: „са једне стране, Вател је по свему судећи имао ширу концепцију онога што се може сматрати обичајним: он није, што је веома важно, захтевао било шта што има везе са модерним захтевом за постојањем *opinio juris*, па је стога за њега било могуће да праксу сматра обичајном уколико је била део рутине“.³²² С обзиром на овакво схватање обичајног права не изненађује податак да је Вател сматрао да је могуће повлачење из неких обичајних правила. „Са друге стране, Вател је такође сматрао да неке обавезе... *не могу бити повучене*“.³²³

Свејн се, међутим, не зауставља само на критици површног историјског истраживања Ватела од стране Бредлија и Муртија. Он указује и на друге слабости: „државе вероватно никада нису деловале у складу са дифолт ставом; оне вероватно никада нису претпостављале да, на пример, могу да одложе своје неслагање са настајућом нормом међународног обичајног права до неког каснијег тренутка јер ионако имају право да саопште излазак из норме. Ова чињеница оставља знатно више правног и политичког

³²¹ Погледати цитиране радове у наставку овог рада.

³²² Swain E: *Bespoke Custom*, Duke Journal of Comparative & International Law, Vol. 21, No. 1, 2010, p. 209.

³²³ Ibid.

простора за обавезни став³²⁴. Свејн другим речима показује да је обавезујући став много више у складу са досадашњом праксом држава. Практика држава потврђује и да оне много радије преговарају или имају спорове у вези са *садржином* међународне обичајне норме, него што покушавају да се изузму из њеног важења.

Свејн, дакле, скреће пажњу на важну чињеницу да процес настанка међународне обичајне норме обично није *win – loose* ситуација у којој појединачни играчи или добијају тачно ону норму коју прижељкују или морају да се суоче са нормом која им нимало не одговара, већ њена садржина настаје као резултат преговора актера у којој има и доста цењкања. Он, на крају, показује и сумњу у вези са питањем односа доктрине упорног противника коју Мурти и Бредли критикују и дифолт ставу који индиректно подржавају. Наиме, Свејн, по нашем мишљењу сасвим оправдано, показује да прихватањем дифолт става не нестају све дилеме у вези са доктрином упорног противника.³²⁵

Постоје и аутори који су, чини се, још критичнији од Свејна у анализи рада Бредлија и Гулатија. Тако, на пример, Карлос Мануел Васкез (енг. *Carlos Manuel Vazquez*) оцењује да су промене које предлажу Гулати и Бредли не само мање радикалне него што ова двојица аутора тврде, већ и да би такве промене одвеле међународно обичајно право у погрешном правцу.³²⁶ Васкез те своје ставове појашњава тиме што тврди да примена дифолт става има процедурална и суштинска ограничења. У процедурална ограничења Васкез убраја обавезу државе да остале субјекте међународног права обавести о својој намери да је нека међународна обичајна норма више не обавезује, као и да понуди разуман рок у коме ће се ова промена догодити.³²⁷

Исти аутор нешто више анализира и суштинска ограничења понуђеног модела и у том смислу закључује „да је листа оних норми из којих је могуће повлачење ... веома кратка“.³²⁸ Ако је такав закључак исправан, онда дифолт став у пракси заправо не прави

³²⁴ Ibid, p. 211.

³²⁵ Ibid, p. 213.

³²⁶ Vazquez C. M: *Withdrawing from International Custom: Terrible Food, Small Portions*, The Yale Law Journal Online, 2011, pp. 269 – 291.

³²⁷ Ibid, pp. 271 – 272.

³²⁸ Ibid, p. 276.

неки радикалан заокрет од мејнстрим обавезујућег модела који Гулати и Бредли критикују. Иако се не слажемо са неким закључцима Васкеза у вези са суштинским ограничењима дифолт става³²⁹, слажемо се да он „ ствара услове у којима би се режим међународног обичајног права дегенерисао у недокучиво сложен пачворк билатералних правних односа“³³⁰, те да у том смислу, међународно уговорно и међународно обичајно право не треба поредити.³³¹ Васкез, наимае, објашњава да за разлику од уговорног права у којем државе имају могућност да током преговора о усвајању међународног уговора „артикулишу обавезе на јасан и одређен начин.... да оснују институцију која ће дати обавезама већу прецизност или основати суд који ће разјашњавати амбивалентности у тексту уговора“, у обичајном праву тих могућности нема.³³² Осим тога, државе приликом доношења међународног уговора могу да се сагласе о сложеним нормама и тада „оне могу да оснују институцију која би могла да се стара о механизмима за спровођење тих норми, чега такође нема код међународних обичајних норми.“³³³ Управо због ових разлога би усвајање дифолт става довело до повећања сложености и неодређености међународних обичајних норми које, у одређеној мери, већ болују од ових болести.

На крају, Васкез обрађује још један разлог зашто би дифолт став ослабио међународно обичајно право и у том смислу је вредно цитирати га нешто дуже:

„... проблем у вези са дифолт ставом настаје као последица несигурности коју би он увео у вези са тим колико дуго би друге државе биле обавезане било којом нормом. Дугорочна перспектива је кључна за међународно обичајно право. Држава која делује рационално у свом интересу ће вероватно пристати на обичајну норму само уколико сматра да ће дугорочно добити више од поштовања те норме од стране других држава него што би могла да изгуби уколико она поштује ту норму... Потискивање свог краткорочног интереса је

³²⁹ Ближе о томе у наставку овог дела рада.

³³⁰ Ibid, p. 285.

³³¹ О (не)адекватности поређења повлачења из уговорног и обичајног права погледати, на пример: Herfer L. R: *Exiting Custom: Analogies to Treaty Withdrawals*, Duke Journal of Comparative and International Law, Vol. 21, 2010, pp. 65 – 80; Brilmayer L, Tesfalidet I. Y: *Treaty Denunciation and “Withdrawal” from Customary International Law: An Erroneous Analogy with Dangerous Consequences*, Yale Law Journal ONLINE 2011, 217 – 240.

³³² Vazquez C. M, *op.cit.* p.286

³³³ Ibid.

инвестиција која ће се исплатити на дужи рок када се друге државе слично уздрже од краткорочних интереса које би могле имати уколико крше норму... Неодређеност норми... смањује очекиване добити за државе и тако смањује њихове мотиве да уопште уђу у почетну инвестицију. Дифолт став погоршава овај проблем тако што додаје још један слој несигурности – несигурност колико дуго ће друге државе бити обавезане³³⁴.

Амбициозан, да не кажемо претенциозан, покушај Бредлија и Гулатија да унесу *novum* у теорију међународног обичајног права није ни теоријски ни практично био превише успешан. Као што смо већ кратко прокоментарисали, њихова историјска анализа није убедљива у покушају да покаже да је дифолт став био доминантан или макар једнак обавезујућем ставу доктрине међународног обичајног права. Чак и да је тако, и сами поменути аутори признају да су промене у природи међународног права у међувремену довеле до тога да је данас у практичном смислу мало важно који теоријски правац био доминантан пре два или три века.

Гулати и Бредли коректно приказују неке теоријске слабости међународног обичајног права, али више успутно, без темељнијег задржавања на њиховим узроцима. Евентуално повлачење појединачних држава из норми међународног обичајног права тешко да може да надокнади или објасни те слабости. Уколико је задатак теорије да на кохерентан, логички исправан и научно проверљив начин објасни стварност, дифолт став не пружа много у том смислу. Он тешко може да објасни зашто је пракса држава била супротна ономе што та теорија тврди. Наиме, иако пракса држава и њихова правна артикулација нису врховни судија ваљаности неке теоријске поставке међународног права, сасвим је оправдано запитати се зашто нам није познат ниједан пример у коме би се нека држава позивала на право да се једнострано повуче из међународне обичајне норме или макар да је тврдила да би тако нешто требало увести. Објашњење које Гулати и Бредли наводе, а то је да је то део стратегија држава у процесима пред међународним судовима није довољан јер државе понекад своје ставове презентују и ван ових спорова.

Неформалан начин настанка међународних обичајних норми вероватно има утицаја на њихову садржину (оправдано је претпоставити да ће се у оваквом процесу чешће

³³⁴ Ibid, pp. 288 – 289.

појављивати релативно опште норме без веома конкретних правила мада и у том смислу има изузетака), али то не значи аутоматски, како то сугеришу Гулати и Бредли, да треба имати и „олабављене“ механизме за излазак из њих. Наиме, ми смо се у претходном делу рада потрудили да покажемо да међународно обичајно право не настаје спонтано ни случајно. Често ни лако. Стога не треба ни да изненаде ни (релативно) строги услови за њихово мењање ни забрана једностраног изласка из ових норми.

Као што је већ закључио Васкез, *управо због таквог начина настанка међународних обичајних норми* је важно задржати забрану једностраног изласка из њих јер би то довело до још веће несигурности актера и сложености међународноправног система. Без обзира што је по нашем мишљењу воља субјеката међународног права важна за настанак и уговорних и међународних обичајних норми, различити технички услови за њихов настанак диктирају и различите начине изласка из њих. При томе, међутим, не треба сметнути са ума, да ни међународни уговори нису толико отворени за могућности једностраног изласка из њих. Да сумирамо, чини се да су практични, а не теоријски разлози кључни за то да субјекти међународног права немају право једностраног излажења из норми међународног обичајног права.

И ако смо овде дужни Васкезу, морамо да истакнемо и важне тачке неслагања са њим. Он, наиме, у једном делу свог рада истиче да Гулати и Бредли прецењују разлике између обавезујућег и дифолт става. Ово је само веома условно могуће прихватити уколико говоримо о томе да државе и по обавезујућем ставу имају право да изађу из међународних обичајних норми тако што ће на пример усвајати међународне уговоре који ће њима бити супротни.³³⁵ Са друге стране, међутим, већ смо неколико пута истицали да, супротно ономе што наводи Васкез, кршење норми међународног обичајног права не може, само по себи, представљати семе нове међународне обичајне норме.

Исто тако, уколико нека држава прекрши међународну обичајну норму и при томе понуди правну артикулацију за ту своју акцију која би требало да истакне да би такво понашање у *будућности требало да постане правно ваљано*, то и даље представља кршење норме међународног обичајног права. Евентуално прихватање те правне

³³⁵ Ближе о односу уговора и обичаја у наставку рада.

артикулације других држава није, супротно ономе што тврди Васкез, ретроактивно признање правне ваљаности тог понашања државе која је прекршила норму, већ може важити само за будуће случајеве иако, макар у фактичком смислу, може значити да ће се поменута држава „провући“ без озбиљнијих последица тог кршења.

На крају желимо само још да истакнемо да међународно обичајно право има механизме да укључи преференције индивидуалних субјеката у садржај норми међународног обичајног права. У том смислу оне граде и евентуалне изузетке од правила који за њих могу бити веома важни. То се дешава кроз процес преговарања или нормативне дискурзивне праксе субјеката. Међународно обичајно право, по свему судећи садржи и, макар теоријску, могућност држава да буду упорни противници неке међународне обичајне норме и на тај начин такође штити појединачне интересе држава. Оно показује и флексибилност тиме што се гледају интереси посебно погођених држава од ситуације до ситуације. Једнострано повлачење из међународних обичајних норми због свега наведеног не би довело до повећања те флексибилности већ до пуцања.

3.6. Настанак и утврђивање постојања регионалних и локалних обичајних норми

У досадашњем делу рада смо говорили о обичајним нормама које важе за све субјекте међународног права (осим, евентуално, за оне који су се упорно противили томе да се нека међународна обичајна норма примењује на њих и то пре него што је она настала). Такво одређење међународне обичајне норме је у складу и са њеним помињањем у члану 38 Статута Међународног суда правде (доказ *опиите* праксе прихваћене као право). Доктрина међународног права, а како ћемо у наставку рада видети и пракса Међународног суда правде (без обзира, дакле, на поменуту „дефиницију“ из члана 38) познају, међутим, и обичајне норме другачије природе које се односе на другачији број субјеката.

Тако, на пример, Роберт Колб (енг. *Robert Kolb*) прави разлику између, како их он назива, три круга међународног обичајног права: „1) универзално обичајно право; 2)

опште међународно право; и 3) локално/регионално обичајно право“.³³⁶ Ми смо у претходном делу рада већ говорили о овој разлици између универзалног обичајног права у коме не може бити држава које су упорни противници и у коме нема никаквих изузетака од обавезе поштовања и општег међународног права. Остаје, међутим, да видимо на који начин настају обичајне норме које се не примењују на све или готове све субјекте међународног права, већ је домен њихове примене ограничен.

Најчешћи назив ових обичајних норми у доктрини међународног права је регионалне обичајне норме уколико оне важе само за субјекте једног региона или локалне уколико се ради о обичајној норми која важи само између два субјекта. У доктрини међународног права је, међутим, одавно примећено да ограничени број држава може учествовати у стварању обичајне норме, а да оне нису повезане географским припадањем одређеном региону.³³⁷ Други критеријуми могу бити етничка, економска или религиозна повезаност.³³⁸

Ејкрст иде и даље од тога кад каже да „не постоји ниједан логичан разлог зашто би државе на које се односи обичај имале било шта заједничко осим чињенице да поштују одређени обичај“.³³⁹ Управо због тога он предлаже следеће: „с обзиром да државе које примењују такве обичаје нису обавезно из истог географског региона, „регионални обичај“ је сувише узак термин за такве обичаје; стога се предлаже да се користи термин „посебан обичај“ како би обухватио регионалне обичаје и све друге обичаје које примењује ограничени број држава“.³⁴⁰ Занимљиво је да Дамато такође сматра да су могући различити основи повезивања држава, али у исто време тврди (без нуђења

³³⁶ Kolb R: *Selected Problems of Customary International Law*, Netherland International Law Review, 2003, p. 136.

³³⁷ Wolfke K: *Custom in Present International Law*, 1993, p. 90.

³³⁸ Листа није исцрпна. Покушај примене религиозног критеријума на један стари међународноправни спор је могуће прочитати у: Buss A: *The Preah Vihear Case and Regional Customary Law*, Chinese Journal of international Law, 2010, pp. 111-126.

³³⁹ Akehurst M: *op.cit.* pp. 28 – 29. Веома слична аргументација може да се пронађе и у: D'Amato A. A: *The Concept of Special Custom in International Law*, American Journal of International Law, 1969, pp. 211 – 223.

³⁴⁰ Akehurst M: *op.cit.* p. 29

детаљније аргументације) да „уколико се пракса дешава у превише удаљеним географским областима... она више не спада у област обичаја“.³⁴¹

Било који термин да користимо за ову врсту обичајних норми, остају отворена важна питања попут начина настанка ових обичајних норми, њиховог домена примене (ко су све чланови заједнице на коју се посебан обичај примењује) и, на крају, односа посебних обичајних норми према општим међународним обичајним нормама.

С обзиром на све то, природно се поставља и питање како решити однос хијерахије измеђупосебних и општих или универзалних обичаја. Решење је релативно лако уколико су два или неколико субјеката међународног права учествовали у стварању и општег и посебног обичаја. У том случају ће се применити посебан обичај у складу са начелом *lex specialis derogat legi generali* под условом да општи обичај није перемпторна норма међународног права. Дамато овоме додаје да ће се посебан обичај применити у случају да на прецизнији начин уређује неко питање.³⁴² Уколико спор избије међу државама од којих је једна учествовала у стварању посебног обичаја, а друга не, примениће се општи обичај. Најкомпликованија, и чини се можда пре теоријска него реална, је она ситуација у којој спор избије између државе која је учествовала у стварању посебног обичаја и оне која то није, али је у исто време била и упорни противник опште међународне обичајне норме. У тој ситуацији решење ће бити пронађено у складу са „старијим општим обичајем који је важио пре него што је настало ново обичајно правило“.³⁴³

Када смо анализирали домен примене општег обичаја, већ смо констатовали да он по правилу важи за све субјекте међународног права (под условом да не постоје упорни противници). Код посебног обичаја је ситуација сложенија у том смислу да је теже установити на коју групу субјеката се он односи. У случају да се ради о два субјекта проблем, наравно, не постоји. У случају да је у питању више субјеката које немају никакве различите карактеристике осим тога да заједно стварају и примењују посебан обичај, та норма ће се примењивати на све те субјекте.

³⁴¹ D'Amato A. A: *The Concept of Special Custom in International Law*, p. 213.

³⁴² Ibid, p. 219.

³⁴³ Ibid.

Проблем, међутим, може да се јави када посебан обичај настане у групи држава које имају јасне заједничке карактеристике (географске, верске, етничке, лингвистичке). Тада се може поставити питање да ли ће посебан обичај важити и за оне припаднике те скупине који нису активно учествовали у његовом стварању, али му се нису ни отворено противили (по аналогiji са општим обичајем). Једна група аутора сматра да је одговор на то питање позитиван. Тако, на пример, Тирлвеј сматра да „државе које се могу сматрати члановима заједнице, било географског региона било интересне, у оквиру које је обичај настао и које се активно њему нису супротстављале јесу њиме обавезане“.³⁴⁴

Овакав став подржава и Ејкрст наводећи да „би свакако било неугодно уколико би се правила о настанку посебног обичаја разликовала од правила о настанку општег обичаја; не би се знало који скуп правила применити у случајевима у којима није било сигурно да ли се ради о посебном или општем обичају“.³⁴⁵ Исти аутор у прилог овој тези наводи да међународна заједница броји много мање чланова него национална и да је у том смислу много лакше да дође до ситуације у којој би готово подједнак број чланова учествовао у стварању обичаја па би било веома тешко разлучити који од њих је општи, а који посебан.³⁴⁶

Ми нисмо до краја убеђени у овакву аргументацију. С обзиром на релативно мали број субјеката овде не постоји препрека у виду коментара да би захтев да све државе у њему учествују био фактички нереалан. Осим тога, захтев да пракса код општег обичаја не мора да буде универзална је, како смо већ указали, последица тежње да се не блокира доношење нових обичајних норми. У случају посебних обичаја таква опасност не постоји, па не би требало ни одустати од тога да се примењују само на оне субјекте који су у њему учествовали. Овај став се може пронаћи и код Пелеа који говорећи о разликама између посебног и општег обичаја истиче две:

³⁴⁴ Thirlway H: *op.cit.* p. 139.

³⁴⁵ Akehurst M: *op.cit.* p. 30.

³⁴⁶ Ibid.

- „Прво, с обзиром да је по природи изузетак, његово постојање (посебног обичаја, прим. М. Х.) ће бити предмет строгог доказивања... на страни у спору која се позива на обичај ове врсте ће бити да докаже његово постојање.
- Друго, за разлику од општег обичаја, *opinio iuris* код њих је консесуалистичке природе“.³⁴⁷

На крају, важно је одговорити и на аргумент да би прихватање другачије аргументације од оне коју нуде Тирлвеј и Ејкрст довело до тешког разликовања општег и посебног обичаја. Нама се чини да се у ситуацији коју овај други аутор наводи – да постоји приближно једнак број субјеката који стварају и примењују неке обичаје (пола међународне заједнице за један, пола за други) и не може говорити о постојању општег обичаја. Ово стога што смо већ констатовали да општи обичај захтева општу праксу. У тој ситуацији се може евентуално говорити о постојању два посебна обичаја. Евентуални спор држава које припадају двема различитим групама би онда морао да се реши у складу са ранијим општим обичајем. Осим тога, нама се чини да је и у практичном смислу након завршетка Хладног рата овај Ејкрстов пример постао много мање релевантан.

Представљена аргументација је у складу и са закључцима Дамата. Он, наиме, тврди „да треба правити оштру разлику између посебног и општег обичајног права“.³⁴⁸ У складу са тим и он и Тирлвеј сматрају да је код посебног обичаја терет доказивања на страни која се на њега позива, као и да се постојање доказа о настанку посебних обичаја мора строже ценити него што је то случај код општих обичаја. О овом последњем аспекту ће се више расправљати у Глави 5.5 овог рада када ће се анализирати пракса Међународног суда правде у области настанка посебних обичаја.

³⁴⁷ Pelle A: *op.cit.* p. 831.

³⁴⁸ D'Amato A. A: *The Concept of Special Custom in International Law*, p. 223.

3.7 Утицај уговора на настанак и утврђивање постојања међународних обичајних норми

У претходном делу рада смо на више места инсистирали на томе да је једна од основних функција извора међународног права да обезбеде правну сигурност и једнакост. То, међутим, није довољно. Осим тога, а и то смо неколико пута поменули, извори међународног права треба да обезбеде и могућност промена међународног права што је одувек била њихова важна функција, али данас још више добија на значају. У ситуацији кад је међународно право било састављено из малог броја правила (углавном обичајних и без универзалних уговорних) није ни било много практичне потребе да се практично или академски решава питање међуутицаја уговора и обичаја.

Међународно право, међутим, већ неко време плаћа цену свог успеха. Много већа учесталост односа свих субјеката који посредно или непосредно утичу на настанак норми међународног права не само да ствара већу могућност за стварање уговорних правила за различите области глобалног друштвеног живота, већ и убрзава процес стварања обичајних норми. Услед свега тога и међуутицај уговора и обичаја постаје све важније питање.

У овом делу рада је немогуће приказати сву сложеност поменутог међуутицаја. Уосталом, то и није у складу са предметом нашег истраживања. Због тога ћемо се ми фокусирати на утицај који међународни уговори могу имати у различитим фазама настанка међународних обичајних норми, као и утицају који могу имати на процес утврђивања њиховог постојања. У вези са тим је неопходно дати неколико претходних напомена.

У овом делу рада ћемо из једначине односа уговора и обичаја апстраховати утицај који *ius cogens* норме могу имати на ово питање. Јасно је, наиме, да у случају да било да уговор или обичај садрже овакав тип норми он у складу са чланом 53 Бечке конвенције о уговорном праву и у складу са обичајним правом неће моћи да буде замењен неком другом нормом која није исте природе (без обзира на то да ли је уговорног или обичајног порекла). С обзиром да је ових норми релативно мало у међународном праву, сматрамо да би за текст било оптерећујуће да стално понављамо синтагму: *осим уколико се ради о*

норми ius cogens карактера. Осим тога, желимо и да напоменемо да се у страницама које следе говори о утицају међународних уговора на универзалне међународне обичајне норме, а не на регионалне или локалне. Разлог је поново практичне природе.

Одговор на питање какав је утицај међународних уговора на обичајне норме на првом месту зависи од тога да ли међу њима постоји однос формалне хијерархије. Наиме, уколико постоји хијерархија, онда је готово свака прича о међуутицају лишена смисла јер би онај извор који има супрематију одлучујуће утицао на овај други. Због тога ћемо ми анализу и почети са овим питањем.

Теоријски одговор на питање какав је утицај уговора на настанак и утврђивање постојања међународних обичајних норми је детерминисан и ставом ауторке или аутора о томе на који начин настају међународне обичајне норме (који су саставни и неопходни елементи обичаја и у каквом су међусобном односу) и каква су правила за утврђивање њиховог постојања. Од тога, на пример, зависи да ли ће различите фазе у процесу доношења међународног уговора моћи да се подведу под праксу или *opinio iuris* у настанку обичајне норме. При томе ћемо показати да је утицај међународних уговора на настанак међународних обичајних норми другачији него на утврђивање њиховог постојања. На крају, приликом анализе утицаја међународних уговора на настанак и утврђивање постојања међународне обичајне норме се увек мора имати у виду да постоје и различите врсте уговора и различите врсте обичаја те да и од тога зависи одговор на истраживачко питање.

Међународно право не познаје изричиту уговорну одредбу која би решила питање евентуалног хијерархијског односа уговора и обичаја. Па ипак, како смо већ указали, помињање у члану 38 Статута Међународног суда правде би можда могло да укаже на хијерархију у пракси Суда, а онда евентуално и на формалну хијерархију. У сваком случају, данашњи текст члана 38 не прецизира однос међу изворима.

Предлог барона Десампа је, међутим, садржао одредницу да ће судије међународне спорове решавати „према доле поменутом редоследу“, да би затим на првом месту поменуо међународне уговоре, затим обичаје, па „правила међународног права која су

призната у правној свести цивилизованих народа³⁴⁹ и на крају међународно правосуђе. При томе барон у току оштре расправе о овом предлогу није оставио никакву сумњу у то да је поменути редослед направљен према значају тих извора. Његов став по том питању је у том тренутку превладао, али је формулација на крају избачена из члана 38 приликом одлучивања у Друштву народа.³⁵⁰ Пеле не даје објашњење за ову промену.

У теорији су понуђена различита образложења зашто је овај редослед „природан“ (судије ће у пракси, најчешће из разлога који немају везе са формалном хијерархијом међу изворима прво приступити анализи уговора, па затим обичаја и на крају општих правних начела), али у доктрини међународног права готово да постоји консензус о томе да међу изворима нема формалне хијерархије.³⁵¹ У вероватно водећој студији на тему односа међународних уговора и обичаја, *Међународно обичајно право и уговори*, њен аутор, Марк Вилигер (енг. *Mark E. Villiger*) о хијерархији уговора и обичаја каже следеће (вреди га нешто дуже цитирати):

„Непомињање хијерархије извора у члану 38 исправно одсликава структуру међународног правног поретка којем је *a priori* хијерархија извора страни концепт. Разлог је то што су обичајно право и уговори *аутономни извори*: услови њиховог настанка, постојања и престанка важења су таква да правила једног извора не зависе... од другог. Ова аутономија извора узрокује да су обичајно право и уговори једнаки и да било какав однос међу њима зависи од других критеријума *in casu*. Једнака позиција два извора нам омогућава да изведемо *два кључна закључка*. Први, обавезујућа снага обичајног права и уговора мора бити једнака...Други, чињеница да правило једног извора може надјачати правило из другог олакшава промену... Другим речима, државе могу замене једно обичајно правило тако што ће закључити уговор; а и он може бити замењен обичајним правилом“.³⁵²

³⁴⁹ Pelle A: *op.cit.* p. 841.

³⁵⁰ Ibid.

³⁵¹ М. Е. Villiger: *International Customary Law and Treaty*, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, pp. 34 – 36; Akehurst M: *The Hierarchy of Sources in the International Law*, British Yearbook of International Law, 1975, pp. 271 – 285; Pelle A, *op.cit.* 841 – 848; Thirlway H: *The Sources of International Law*, pp. 132 – 141. Ови извори су дати само примера ради, али су корисни јер садрже и доста референци о овој теми. Тако, на пример, Вилигер наводи и изузетке од овог правила, а Тирлвеј даје и један мало другачији поглед на читаво питање хијерархије извора.

³⁵² Villiger M. E: *International Customary Law and Treaty*, pp. 35 – 36. (курзив у оригиналу, фусноте изостављене).

Не ради се, дакле, само о томе да не постоји формална хијерархија већ ње не може ни бити из разлога које Вилигер помиње. Ово има утицаја и на даљу анализу утицаја уговора на настанак и утврђивање постојања међународних обичајних норми.

Оно што неминовно следи из закључка да хијерархије нема је како решавати евентуални сукоб норми које проистичу из два извора. То у првом реду зависи од тога како разумемо појам сукоба норми.³⁵³ Ако сукоб норми разумемо као ситуацију у којој две различите норме (у овој ситуацији које произилазе из два извора права) дају два обавезујућа упутства за понашање актера које је немогуће помирити њиховим усаглашеним тумачењем онда се примењују правна начела која су позната и у националним правним порецима, а вуку порекло још из римског права.³⁵⁴ Једно од њих је *lex posterior derogat legi priori* (млађи пропис докида старији), а друго је *lex specialis derogat lege generali* (посебан пропис докида општи).

Како с правом упозорава Марти Коскениеми, треба бити опрезан јер се максиме не примењују аутоматски, односно приликом њихове примене се може запасти у разне потешкоће.³⁵⁵ Једна од њих је, на пример, како у неким конкретним ситуацијама одредити шта је опште, а шта посебно: да ли нам је фокус на броју субјеката или садржини материје у којој тражимо разрешење сукоба норми. Други проблем који се у том контексту често помиње је у каквом су односу поменута два начела за решавање сукоба норми уколико се деси да нам њихова примена даје различите резултате.³⁵⁶

Вилиген такође анализира поменуту ситуацију и цитира неке ауторе који сматрају да у том случају специјални пропис докида чак и новији генерални пропис (*lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*), али у исто време тврди да то код извора не мора

³⁵³ Сажет, али тачан преглед различитих виђења проблема сукоба норми се може пронаћи у: Prost M: *op.cit.*

³⁵⁴ Као што наводи и Тирлвеј, ово значи да ће се у свакој ситуацији најпре покушати тумачење које би дало компатибилне обавезе, али, ипак, остаје питање како решавати ситуације у којима то није могуће. Једна од главних разлика оних који виде велику опасност у фрагментацији међународног права (нпр. М. Коскениеми) и оних који мисле да међународно право већ влада техничким и суштинским инструментима за разрешавање ових ситуација (нпр. Б. Сима) је и у томе да ли је у већини ситуација ово комплементарно тумачење могуће.

³⁵⁵ International Law Commission, *Report of the Study Group of the International Law Commission: Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law* (finalized by Koskenniemi M), A/CN.4/L.682, 2006, p. 34.

³⁵⁶ Ibid.

увек да буде случај.³⁵⁷ Без обзира на поменуте тешкоће које свакако треба схватити озбиљно, поједини аутори су констатовали да је међународно право до сада обично налазило ефикасне начине да са овим проблемима изађе на крај и да поједини тешки случајеви не доводе у питање опште важење поменутих максима у случају сукоба норми из два извора.

На крају овог дела истраживања о хијерархији између међународних уговора и обичајних норми бисмо још једном хтели да скренемо пажњу да међународни судови у својој пракси могу из разних разлога одлучити да приликом идентификације правних норми које би се примењивале на неку конкретну ситуацију прво траже уговоре па онда обичаје (најчешће јер се претпоставља да ће уговор бити *lex specialis*), али то и даље не значи да међу њима постоји формална хијерархија.

Сада, када смо понудили контекст у коме треба посматрати однос уговора и обичаја и када смо утврдили да међу њима нема хијерархије, прелазимо на конкретан утицај који уговори могу имати на настанак и утврђивање постојања међународних обичаја. Ми смо се у делу овог рада који се бавио схватањем праксе као саставног елемента обичаја определили за широко одређење тог концепта тако да то има утицаја и на ово питање. Наиме, ми сматрамо да се радње представника субјеката међународног права током њихових преговора на међународним дипломатским конференцијама чији је циљ усвајање међународних уговора могу узети као пример праксе. Потребно је, међутим, нагласити да с обзиром на аутономност два извора међународног права сви услови потребни за настанак обичајних норми морају и у овој ситуацији бити испуњени.

То конкретније значи да сви услови прописани за праксу морају и овом приликом бити испуњени. Релативно је мали број међународних уговора који имају квазиуниверзалну природу (да су чланице скоро све државе на свету), а и међу таквим уговорима има примера у којима неке од њих нису потписале државе које су нарочито погођене питањима која се уговором уређују. Осим тога, код провере како је доношење уговора утицало на евентуални настанак обичајних норми је неопходно посебно анализирати делове тих процеса који су се односили на поједине норме, а не доносити *a*

³⁵⁷ Ibid, p.36.

priori закључке у вези са свим деловима уговора јер поједине уговорне норме могу утицати на накнадни настанак обичајних норми, а неке не.

Из поменуте аргументације држава за или против одређених решења које се у уговору налазе је могуће извући важан закључак (по мишљењу Вилигена кључни) а то је да ли одређене одредбе уговора представљају кодификацију или прогресивни развој у тој области међународног права. Тирлвеј додаје и трећу могућност: да уговор кристалише правила обичајне природе, али то Вилиген посматра у контексту кодификације.³⁵⁸ Под кодификацијом овде подразумевамо скупљање и систематизацију *већ постојећих* обичајних норми у један нови уговор, док под прогресивним развојем подразумевамо стварање уговорних норми које претходно нису биле регулисане обичајним нормама.³⁵⁹

Важно питање у том смислу је како откривамо да ли се у случају неке уговорне одредбе ради о кодификацији или прогресивном развоју. Један од индикатора у том смислу јесте сам текст уговора, укључујући и преамбулу, као и припремни радови на доношењу тог уговора. Иако неки аутори припремним радовима приписују одлучујућу, готово искључујућу важност, ми нисмо тако сигурни да је питање воље страна уговорница једино важно и мислимо да треба бити нешто опрезнији у закључцима. Постоје најмање два разлога за то. Први је чињеница да у случају уговора са релативно мало потписница тај њихов став да је нека одредба кодификација неке већ прихваћене норме међународног обичајног права не мора бити прихваћен од осталих субјеката међународног права. У том случају, тешко да би био релевантан. Други разлог је општије природе. Нисмо, наиме, сигурни, да критеријум воље странака треба да има коначну реч, већ пре да га треба узети као један од индикатора приликом закључивања о односу уговора и међународних обичаја.

³⁵⁸ Thirlway H: *The Sources of International Law*, p. 130.

³⁵⁹ Ближе о појмовима кодификације и прогресивног развоја погледати, на пример, у: Шаховић М: *Кодификација и прогресивни развој међународног права и савремена заједница држава*, Југословенска ревија за међународно право, Вол. 23, 1976, стр. 88 – 95; Lauterpacht H: *Codification and Development of International Law*, American Journal of International Law, Vol. 49, 1955, pp. 16 – 32; Singh N: *Codification and Progressive Development of International Law: The Role of International Court of Justice*, Indian Journal of International Law, Vol. 18, 1978, pp. 1-17.

Осим овог индикатора у доктрини међународног права се појављују још неки попут резерви уз међународне уговоре, број држава које су постале уговорнице, противречност изјава представника држава приликом преговора о усвајању, итд. Што се тиче резерви уз међународне уговоре на први поглед као да логика налаже да се резерве не могу ставити на оне одредбе које само кодификују већ постојећу међународну обичајну норму и да, у складу са тим, одредбе на које се могу стављати резерве сасвим сигурно не представљају међународно обичајно право. То, међутим, не мора да буде сасвим тачно. Уколико, на пример, говоримо о уговору који је потписао мали број чланица једна од уговорница може, супротно ставу осталих чланица, сматрати да се не ради о одредби обичајног права (и при томе можда бити у праву) и у складу са тим поднети резерву. Друге чланице могу прихватити ту резерву јер сматрају да је обавезивање поменуте државе другим одредбама важније, а и због чињенице да би, бар према њиховом мишљењу, у случају евентуалног спора у неким ситуацијама свеједно могле да се позивају на норме обичајног права.

Осим тога, нека држава би могла да буде и упорни противник неке међународне обичајне норме и у том случају би њена резерва на такву уговорну одредбу била сасвим логична. Тирлвеј додатно потврђује овакав закључак цитирајући став Комисије за међународно право: „Чињеница да одредба уговора представља правило обичајне природе не представља по себи препреку истицању резерве на ту одредбу“.³⁶⁰

О броју држава као индикатору за непостојање обичајне норме ће више речи бити у наставку овог дела рада. Ми само желимо да укажемо на то да податак о томе да је само мали број држава одлучио да ратификује конвенцију, никако не значи нужно да се не ради о уговору који је кодификовао обичајне норме међународног права. Као што потврђује истраживање Вилигера, државе могу имати веома различите мотиве за нератификовање појединих међународних уговора.³⁶¹ Осим тога, као што смо већ истакли, уговори су често сачињени из већег броја норми од којих су често само неке одредбе кодификација већ постојећих обичајних норми и државе могу да одбијају ратификацију због одредби које су прогресивни развој или које предвиђају обавезни правосудни механизам решавања

³⁶⁰ International Law Commission, *Guide to Practice on Reservations to Treaties*, art. 3.1.5.3, 2011. Цитирано према: Thirlway H: *The Sources of International Law*, p. 136.

³⁶¹ M. E. Villiger: *International Customary Law and Treaty*, pp.163 – 164.

спорова чега нема код обичаја. Заправо, и питање броја (не)потписница уговору као индикатору постојања обичајних норми је питање које показује да је праксу понекад немогуће раздвојити од аргументације коју државе наводе за такву праксу. Број држава сам по себи не представља ваљан индикатор за процену о евентуалном претходном постојању обичајних норми, али уколико је праћен одговарајућом аргументацијом субјеката може бити важан.

Строго говорећи, уколико се ради о процесу кодификације ми и не можемо говорити о томе како уговори утичу на настанак нових обичајних норми јер се ту ради о скупљању већ постојећих. Више аутора скреће, међутим, пажњу на то да се приликом преласка неписаног облика права у писани увек добије неки нови квалитет, односно да обичај мора доживети неку врсту промене.³⁶² Осим тога, процес кодификације је важан и због тога што том приликом обавезно долази до размене аргументације представника држава о већ постојећем обичају. Другим речима долази до интерпретације садржине што је с обзиром на његов неписани карактер од изузетног значаја.

Ово је нарочито важно ако се има у виду оно о чему смо говорили у делу рада који се тичао настанка међународних обичајних норми: и пракса је предмет интерпретације субјеката и кодификација је један од најефикаснијих начина да до те интерпретације дођемо. И уколико дипломатски преговори у вези са доношењем неке конвенције не заврше њеним усвајањем не видимо зашто се аргументација представника држава не би узела као један од важних аргумената приликом интерпретације садржаја обичајних норми у будућности.

И уговори који „само“ кодификују постојећа обичајне норме могу имати посредан утицај на њихову садржину. У ситуацији, на пример, када је број потписница уговора такав да се не може говорити о томе да је испуњен услов о општој пракси, интерпретација обичајног правила које се кодификује не би обавезивала државе које нису потписнице тог уговора и оне би могле да тврде да то није адекватна интерпретација. Уколико би, међутим, државе потписнице током преговора и закључивања уговора тврдиле да одредба уговора представља адекватну интерпретацију претходне обичајне норме, а државе

³⁶² Ibid.

непотписнице не би реаговале онда би, под одређеним условима о којима смо већ говорили, могло да се каже да став потписница постаје обавезујући за све.

Ситуација је другачија када се ради о оним одредбама уговора које представљају прогресивни развој. Оне по дефиницији не могу представљати интерпретацију већ постојећих обичајних правила, али могу представљати један од материјалних извора права (импулса, подстицаја) за настанак нових обичајних норми међународног права исте садржине. Преговори током доношења конвенције и њено усвајање би онда престављали размену аргумената држава о *пожељности будуће праксе* (њихово виђење *lex ferenda*). Њихова аргументација у вези са *lex ferenda* би након тога могла да буде прихваћена у општој пракси других субјеката међународног права и у њиховој правној артикулацији те праксе (*opinio iuris*) те да тако постане и међународна обичајна норма. Оваква конструкција се уклапа, чини се, и у концепт нормативне дискурзивне праксе као истраживања разлога и аргументације о пракси о којој смо такође говорили у претходном делу рада.

Једно од најтежих питања за анализу односа уговора и обичаја је да ли обичајна норма која је кодификована у неком уговору (квази)универзалног карактера наставља да постоји и након ступања на снагу тог уговора. Проблем је, наиме, у томе што аутори попут Вилигера и Ејкрста инсистирају да је приликом утврђивања евентуалног постојања међународне обичајне норме и након ступања на снагу уговора који је кодификовао ту норму кључна пракса држава које нису чланице тог уговора (јер се претпоставља да ће државе чланице поштовати ту норму због поштовања начела *pacta sunt servanda*).³⁶³ У случају уговора (квази)универзалног карактера то фактички није могуће јер је нечланица веома мало. У таквој ситуацији Вилигер закључује да се без сумње ради о обичајном правилу и да он наставља да постоји без обзира на уговор.³⁶⁴

Није, међутим, увек лако правити разлику између кодификације и прогресивног развоја. И ми смо у том смислу указали на чињеницу да се и код кодификације увек дешава нека промена, али Вилигер инсистира на овој разлици и каже да се поменуте

³⁶³ Akehurst M: *Custom as a Source of International Law, op.cit*; М. Е. Villiger: *International Customary Law and Treaty*, p. 156.

³⁶⁴ Ibid, p. 159.

промене морају разликовати од „суштинских промена, или потпуне промене постојећих правила“.³⁶⁵

Друго питање које се у вези са тим поставља је питање такозваних инстант обичаја о којима смо већ нешто кратко говорили у претходном делу рада. Уколико, наиме, готово све државе на свету усвоје један међународни уговор и у њему се нађе одредба која представља прогресивни развој међународног права да ли онда она аутоматски постаје и норма обичајне природе? Иако смо ми у претходном делу рада већ рекли да је понекад тешко направити разлику између два елемента обичајне норме, тешко је прихватити Даматову тезу да је довољно да се пракса деси само једном (у овом контексту у виду праксе приликом преговора и усвајања уговора). Дакле, чак и у случају усвајања (квази)универзалних уговора само усвајање уговора не би било довољно за аутоматски настанак обичајних норми, већ би то морала да потврди накнадна пракса држава.

Треба ипак напоменути да је то можда понекад више формална разлика јер је претпоставка да ће тај захтев бити испуњен због поштовања начела *pacta sunt servanda*. Ејкрст, са друге стране, упозорава да то није увек случај и да увек треба сачекати да се види да ли ће одредба заживети у пракси. Тим пре јер ће неке норме заживети у пракси, а друге не. Као што ћемо видети, веома слична дилема се јавља и у погледу утицаја одлука међународних организација на настанак и утврђивање постојања међународних обичајних норми.

3.8 Утицај једностраних правних аката држава на настанак и утврђивање постојања међународне обичајне норме

Уцбеници из међународног права у делу који говори о изворима међународног права готово обавезно посвећују један део у коме се говори о једностраним правним

³⁶⁵ Ibid, p. 124. Курзив у оригиналу, изостављене фусноте.

актима држава.³⁶⁶ Ово критички констатује и Скубижевски и одмах затим тврди да једностранни правни акти држава нису извор међународног права, али јесу, или боље речено могу бити, извори обавеза држава.³⁶⁷

Саобраћај субјеката међународног права подразумева изузетно велики број аката који они производе свакодневно. Нису сви, међутим, релевантни са становишта међународног права. За међународно право су управо релевантни они „за које је везана нека међународноправна последица“.³⁶⁸ У том смислу се јавља и недоумица аутора који одређују појам једностранних правних аката – како дефинисати овај појам у међународном праву.³⁶⁹ Да ли прихватити уже одређење под којим се подразумевају само они акти који сами по себи производе правне последице у међународном праву (без икакве потребе за реакцијом других актера и без интеракције са изворима међународног права – било уговора, било обичаја) или прихватити шире одређење према коме у једностране правне акте држава спадају и они акти који тек у садејству са поменутиим факторима стварају одређене правне последице. У контексту утицаја који једностранни правни акти држава могу имати на настанак и утврђивање постојања међународних обичајних норми нас занима ово друго, шире, одређење.

Уобичајена класификација једностранних правних аката држава подразумева поделу на нотификацију (саопштење), признање, протест, одрицање и у новије време (и то највише захваљујући пракси Међународног суда правде) и обећање.³⁷⁰ Сваки од њих ствара и одређене правне последице и то пре свега по субјекта који је издао једностранни правни акт, а понекад, пре изузетно него по правилу, и за друге субјекте међународног права. У контексту настанка међународних обичајних норми најважнији су свакако нотификација и протест, мада и остали могу имати одређену улогу (нпр. признање).

³⁶⁶ Видети, на пример: Јанковић Б. М, Радивојевић З: *op.cit.* стр. 40; Evans М (ed.): *op.cit.* p.135; Degan V. Ђ: *Međunarodno pravo, op.cit.* стр. 202.

³⁶⁷ Skubiszewski K: *Unilateral Acts of States*, у: Bedjaoui М (ed.): *International Law: Achievements and Prospects*, UNESCO and Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp. 221 - 241.

³⁶⁸ Andrassy, *op.cit.* p. 294.

³⁶⁹ Suy E: *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*. Paris, La Librairie Juridique de Référence, 1962.

³⁷⁰ Јанковић Б. М, Радивојевић З: *op.cit.* стр. 41, 42; Andrassy, *op.cit.* p. 294.

Нотификацијом један субјект међународног права обавештава другог субјекта или друге субјекте о свом виђењу неке ситуације. Субјекти којима је саопштење упућено немају обавезу реакције на њега и једина правна последица коју саопштење производи по њих је да касније не могу да тврде да са њим, односно (правном) ситуацијом која се у њему описује, нису били упознати. У контексту у коме смо ми до сада говорили о настанку норми међународног обичајног права, саопштење би могло да игра улогу као почетак размене правне аргументације међу субјектима међународног права у вези са одређеним питањем.

На нотификацију једног субјекта међународног права друге државе могу да не одговоре, могу да одговоре тако што ће подржати правну аргументацију која се у њој појављује (ако се појављује уопште) и могу да изразе своје неслагање са њом. Чак и одсуство реакције других субјеката се понекад може, под условима о којима смо већ писали, тумачити као прећутни пристајак и на тај начин учествовати у настанку међународне обичајне норми. Јасно, исти ефекат би могло да има и подржавање правне аргументације која се налази у првом саопштењу. Један субјекат би своје слагање са нотификацијом другог субјекта могао да изрази и путем признања као једностраног правног акта. Ово такође, под одређеним условима (испуњеност критеријума који се захтевају за настанак међународних обичајних норми) може да буде почетни корак у постепеном процесу кристализације међународних обичајних норми.

Уколико се субјекат којем је саопштење упућено не слаже са ставом који је исказан у саопштењу он може узвратити својим саопштењем или употребити други једностранни правни акт који му стоји на располагању, а то је протест. У контексту настанка међународних обичајних норми, протест би могао да има неколико функција. Прва од њих је да покаже да се тај субјекат не може убрајати у оне који подржавају настанак нове међународне обичајне норми. На тај начин он може да покуша да спречи настанак те норми. Уколико се ради о држави чији су интереси нарочито погођени, шансе за успех ће бити веће. Осим тога, уколико обичајна норма још није настала, тај субјекат се оваквим својим упорним ставом може кандидовати за упорног противника и тиме обезбедити, макар теоријски, да се та норма на њега не односи.

Као што је из ових примера могуће видети, дискурзивна нормативна пракса коју смо доста пута до сада помињали се заправо (доминантно) одвија путем једностранних правних аката држава. Осим тога, ми смо до сада помињали и друге једностране правне акте који су важни за изворе међународног права попут ратификације међународних уговора, резерви уз вишестране уговоре, итд. Доктрина међународног права поставља и одређене услове за ваљаност једностранних правних аката државе.³⁷¹ Већину тих услова би требало прихватити и када говоримо о њиховом утицају на настанак и утврђивање постојања међународних обичајних норми.

3.9 Утицај одлука међународних организација на настанак и утврђивање постојања међународне обичајне норме

Један од највећих француских познавалаца међународног права, Мишел Вирали (фр. *Michel Virally*) почиње један од његових последњих текстова на следећи начин: „На међународне организације би првенствено требало гледати као на структуре органа. Орган са правног становишта може бити дефинисан као механизам створен како би доносио одлуке у име институционалне целине којој припада. Ово значи да су међународне организације првенствено створене да доносе одлуке у свом пољу надлежности (и, секундарно, да обезбеде њихово спровођење)“.³⁷²

Ово свакако није место где би могло да се уопштено и детаљно расправља о *правном карактеру* поменутих одлука међународних организација. Уобичајен, прекратак и поједностављен одговор на питање њиховог правног карактера је да, иако постоје неки важни изузеци, оне по правилу нису обавезујућег карактера, макар кад се ради о оперативним питањима из њихове надлежности, односно обавезама које из тих одлука произилазе по њихове чланице.

³⁷¹ Skubiszewski K: *op.cit.* p. 230.

³⁷² Virally M: *Unilateral Acts of International Organizations*, у: M. Bedjaoui (ed.), *op.cit.* p. 241.

Савремена литература из (права) међународних организација с правом, међутим, указује на да њихова пракса, не само у постхладноратовском периоду, сведочи о томе колико је овом питању потребно приступити са више осећаја за fine разлике у теоријским схватањима.³⁷³ У том смислу је, између осталог, важно разликовати обавезујућу природу неких одлука од правних последица које нека одлука може имати. Тако, на пример, Феликс Амерасинге (енг. *Felix Amerasinghe*) када говори о правним ефектима препорука међународних организација као необавезујућих одлука истиче обавезу разматрања, обавезу сарадње, обавезу пружања помоћи у примени одлука, па понекад чак и обавезу поштовања држава чланица која се обично везује само за обавезујуће акте.³⁷⁴ Поменути Вирали, са друге стране говори о непосредним и посредним правним ефектима тих одлука где би ови први били они „који настају директно и одмах након доношења акта“³⁷⁵, док би посредни били они „чији резултат не настаје на основу акта по себи, са свим његовим формалним карактеристикама, већ из места које може да *de facto* заузме у ширем процесу стварања права у коме представља само један елемент и који конституише *истински узрок* стварања правне обавезе“.³⁷⁶

Ми ћемо се у овом делу истраживања веома кратко осврнути на ове савремене перцепције непосредних правних ефеката одлука савремених међународних организација. То ће нам поставити сцену за оно што нас заправо примарно занима, а то је један сегмент посредних ефеката – оних који утичу на настанак и утврђивање постојања међународних обичајних норми. Фокус наше анализе није на регионалним међународним организацијама попут Европске уније. Иако, оне, наиме, могу утицати на настанак регионалних обичајних норми, нешто ређе ће утицати на настанак оптих обичајних норми. Осим тога, треба имати у виду и да се у овом делу истраживања не можемо бавити специфичностима утицаја

³⁷³ Мишчевић Т: *Nova era međunarodnih organizacija : odluke savremenih međunarodnih organizacija i njihov uticaj na međunarodne odnose i međunarodno pravo*, Службени гласник, 2012; Радивојевић З: *Уговори међународних организација у међународном јавном праву*, СКС, Ниш, 1996; Мишчевић Т: *Улога одлука међународних организација у савременом развоју међународног права*, докторска дисертација, Факултет политичких наука, 2002.

³⁷⁴ Amerasinge A. F: *Principles of Institutional Law of International Organizations*, Cambridge University Press, 2005, pp. 175 – 184.

³⁷⁵ Virally M: *op.cit.* p. 256.

³⁷⁶ Ibid, наш курзив.

појединих међународних организација попут Светске трговинске организације или НАТО у процесу стварања међународних обичајних норми иако оне несумњиво могу имати овакав утицај у специфичним гранама међународног права.

У неким од претходних делова рада смо већ помињали отклон који данас постоји према позитивизму и која сликовито може да се изрази у синтагми *тражи се, жив или мртав* (да парафразирамо једног другог аутора који је следећи синтагму искористио у другом контексту).³⁷⁷ Тај отклон је, између осталог или пре свега, видљив у односу великог броја аутора према теми стварања права (енг. *law – making*). У контексту изучавања одлука међународних организација често се одбија строго етатистичко виђење стварања права (са чим се ми генерално говорећи слажемо) па се последично указује да међународне организације нису само пасивни актери који искључиво служе ефикаснијем остваривању партикуларних интереса држава које су их основале, већ остварују и интересе саме организације или епистемолошке заједнице чији су саставни део (са чим се ми такође слажемо и зато скоро свугде у досадашњем тексту стоји *субјекти међународног права*, а не државе).³⁷⁸

За разлику можда од тврдокорног позитивизма ми смо већ указали да се важност одлука међународних организација не исцрпљује у дихотомији обавезујуће/необавезујуће, а такође се слажемо и са теоријом о имплицитним овлашћењима међународних организација (која је данас чини се неупитна као концепт иако се понекад расправља о њеним донетима и последицама). Такође се слажемо и да државе, чак и најмоћније, све теже контролишу или блаже речено све теже остварују утицај на подземне токове који постоје у ономе што неки аутори називају глобално административно право.³⁷⁹

Већина ових приговора долази због по нашем мишљењу погрешног или барем застарелог изједначавања позитивизма са етатизмом и волунтаризмом и о томе смо већ

³⁷⁷ Steinberg R. H: *Wanted – Dead or Alive: Realism in International Law*, in: J. L. Dunoff, M. A. Pollack, *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations*, Cambridge University Press, 2013.

³⁷⁸ Alvarez J. E: *International Organizations as Law – Makers*, Oxford University Press, 2005, нарочито: pp. 585 – 651.

³⁷⁹ У обиљу сада веома популарне литературе погледати, на пример: Krisch N, Kingsbury B: *Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in International Legal Order*, *The European Journal of International Law*, Vol. 17, no. 1, 2006, pp. 1 – 13.

нешто писали. Међународне организације данас јесу без сумње субјекти међународног права и као такве учествују, посредно или непосредно, у стварању међународноправних норми, али имају и одговорност за њихово кршење.

Једина разлика у нашем виђењу описане ситуације у односу на неке поменуте ауторе је изгледа у томе што ми и даље мислимо да се описани процеси могу подвести под традиционалне формалне изворе права или материјалне изворе који утичу на то какво ће право бити. Осим тога, ми смо због природе нашег истраживања фокусирани на крајњи резултат у виду норми, док други аутори интеракцију материјалних и формалних извора права виде као нераздвојан процес стварања права.³⁸⁰ Без обзира на поменуте разлике, готово сви аутори у доктрини међународног права који су се бавили правном природом одлука међународних организација препознају да оне могу имати утицај на настанак међународних обичајних норми. Једино у чему се понекад разликују је питање начина на које оне утичу на тај процес.

Можда је у том смислу најбоље почети са коментаром Извештаја Комисије за међународно право о идентификацији међународног обичајног права коју цитира и Тирлвеј.³⁸¹ У њему се наводи да резолуције међународних организација имају вишеструко дејство на међународне обичајне норме: пружају доказ за њихово постојање, помажу да се оне кристалишу и доприносе њиховом настанку. У исто време, у Извештају се ипак напомиње и да, генерално говорећи, не стварају аутоматски међународно обичајно право. Одмах затим, Извештај као изузетак од изузетка помиње једногласно донете резолуције огромне већине чланица универзалних организација. О сваком од ових утицаја на настанак или утврђивање постојања међународних обичајних норми ћемо рећи нешто више.

Прва ситуација је дакле она у којој одлуке међународних организација пружају доказ за већ постојеће обичајне норме. Није случајно да је у том контексту под лупом пре свега пракса ГСУН иако има све више радова који указују и на праксу других институција. Уколико, дакле, државе своју дотадашњу етаблирану праксу приликом

³⁸⁰ Higgins R: *Problems and Process, International Law and How We Use it, op.cit.*

³⁸¹ Thirlway, *The Sources of International Law, op.cit.* p. 79.

гласања за неку одлуку ГСУН (намерно кажемо одлуку, а не резолуцију јер не видимо зашто и друге врсте одлука ове институције никако не би могле да буду индикатор постојања обичајног права) оцене као правно обавезујућу за њих то би могао да буде крунски доказ постојања те норме.

Одлуке међународних организација могу такође допринети и кристализацији међународних обичајних норми, али се овде не ради „само“ о потврди њиховог постојања као у претходно описаној ситуацији (додатка субјективног елемента већ постојећој, довољно добро утврђеној пракси). Додатни елемент је то да се током припрема за доношење одлуке или приликом образлагања гласања држава мора дати и нека додатна интерпретација дотадашње праксе субјеката међународног права. У овом случају, допринос одлуке међународне организације није у његовом потврђивању, већ на неки начин његовом настанку.

Трећа ситуација је она у којој одлука међународне организације заправо стоји као материјални извор права, импулс или подстицај субјектима међународног права да у будућности следе такву праксу и прихвате је као обавезујућу. Она, дакле, може деловати као изјава о *lex ferenda* и у том смислу утицати значајно на субјекте међународног права, али по нашем мишљењу и супротно Извештају специјалног известиоца неће створити међународно обичајно право. Тирлвеј такође критикује тај део Извештаја у коме се говори о томе да под посебним околностима и једна одлука подржана огромном већином држава чланица може створити такозвани инстант обичај.³⁸² Као што је могуће приметити, овај закључак је заправо сличан оном који смо донели у вези са доношењем међународних уговора.

За сва три случаја је важно увек имати у виду контекст у коме се одлука доноси, језик који се у њој користи, као и број држава које су за њу гласале.³⁸³ Због тога није чудно да се у доктрини највише пажње посвећује одлукама ГСУН. У пракси ове институције се, наиме, најлакше може наћи *opinio iuris communis* на који смо скренули

³⁸² До истог закључка у својим радовима долазе и Хиггинс и Чинкин и том приликом цитирају више аутора.

³⁸³ Boyle A, Chinkin C: *The Making of International Law*, Oxford University Press, 2007, p. 226.

пажњу када смо говорили о тзв. субјективном елементу обичаја.³⁸⁴ Како с правом показују одређени аутори, а то је у складу и са нашим закључцима о настанку норми међународног обичајног права, треба водити рачуна и о томе да међу оним државама које су против неке одлуке не буде неко од држава чији су интереси нарочито погођени.³⁸⁵

Иако смо већ констатовали да се по нашем мишљењу доказ *opinio iuris* може наћи и у одлукама међународних организација које *формално* нису обавезујуће, много је већа шанса да се то деси у одлукама које то јесу јер је важно анализирати и језик који се користи у одлуци. С обзиром да је *opinio iuris* знак да субјекти међународног права прихватају да је одређено понашање обавезно, доказе је много лакше наћи у одлукама које су обавезујуће јер се у њима користи и такав језик.

С тим у вези би требало да се посебно осврнемо на резолуције Савета безбедности Уједињених нација (СБУН). Као што је веома добро познато, СБУН може доносити обавезујуће одлуке делујући у складу са Главом VII Повеље УН, док је по Глави VI овлашћен да доноси препоруке.³⁸⁶ За разлику од ГСУН у СБУН седи само 15 држава чланица ове међународне организације, па се оправдано поставља питање како се његове одлуке, без обзира на њихову несумњиву велику практичну важност, могу тумачити у склопу настанка и утврђивања постојања међународних обичајних норми.

Анализирајући однос одлука СБУН према међународном праву Чинкин и Бојл (енг. *C. Chinkin, A. Boyle*) закључују да његове обавезујуће одлуке имају примат и над постојећим обичајним правом и над другим уговорним обавезама субјеката међународног права.³⁸⁷ С обзиром на члан 103 Повеље УН тај закључак не представља изненађење.³⁸⁸ Он

³⁸⁴ Virally M: *op.cit.* p. 259.

³⁸⁵ Boyle A, Chinkin C: *op.cit.* p. 259.

³⁸⁶ Blokker N. M, Schrijver N (ed.): *The Security Council and the use of force : theory and reality : a need for change?*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005; De Wet E: *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Hart Publishing, Portland, Oregon, 2004; Schermers H. G, Blokker N. M: *International Institutional Law*, 4th rev. ed., Martinus Nijhoff Publishers, Boston/Leiden, 2003.

³⁸⁷ Boyle A, Chinkin C: *op.cit.* p.232.

³⁸⁸ Члан 103 Повеље УН гласи: „У случају сукоба између обавеза чланова Уједињених нација по овој Повељи и њихових обавеза по неком другом међународном споразуму, превагу ће имати њихове обавезе по овој Повељи“.

и није споран, осим можда у делу који се не тиче *ius cogens* норми јер се чини да ни СБУН нема право да доноси одлуке које би кршиле те норме.³⁸⁹

У сваком случају, одлуке СБУН могу да имају примат у односу на међународне обичајне норме и уговоре и јер се односе на *конкретне* ситуације које је он оценио као претњу миру, нарушавање мира или агресију. С обзиром, међутим, на квазисудску природу неких његових одлука у постхладноратовском периоду³⁹⁰ поставља се питање да ли се неке његове резолуције попут 1373 (2001)³⁹¹ и 1540 (2004)³⁹² могу третирати као и више од тога – опште изјаве о стању међународног права које мењају до тадашње уговорне и обичајне норме?³⁹³

Ми сматрамо да се и код одлука СБУН мора ценити да ли су испуњени критеријуми за настанак међународних обичајних норми. На први поглед, обавезујућа одлука СБУН не може по себи испунити ниједан од два услова: ни општу праксу ни *opinio iuris*. Она чак тешко може бити и индикатор или један од доказа за њено постојање јер представља виђење само малог процента субјеката међународног права. То, ипак, не значи да обавезујуће одлуке СБУН не могу имати снажан утицај на евентуално будуће стварање међународних обичајних норми.

Ако, примера ради, СБУН у једној од својих резолуција утврди да државе имају право на самоодбрану у случају напада недржавних актера то не само да може да буде интерпретација досадашње праксе, већ и тврдња о правној дозвољености таквог понашања у будућности. Она не може сама по себи да представља нову норму међународног обичајног права јер не испуњава унапред задате критеријуме, али представља став на који треба да одговоре други субјекти међународног права. Уколико они подрже овакву тврдњу она ће постати ново правило међународног обичајног права чак и ако је можда

³⁸⁹ У овом контексту је веома занимљив један случај који се јавио пред Европским судом правде: *Case C-402/05 P and C-415/05, P. Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission* [2008] ECR I-6351.

³⁹⁰ Критички осврт на неке последице ове појаве се могу наћи у: Рачић О: *Уједињене нације између моћи и права*, Службени гласник, 2010.

³⁹¹ UN Security Council Resolution 1373, 28th September 2001.

³⁹² UN Security Council Resolution 1540, 28th April, 2004.

³⁹³ Boyle A, Chinkin C: *op.cit.* p. 113.

супротна Повељи УН. Под одређеним условима о којима смо већ говорили, чак и њихово ћутање може бити протумачено као пристанак на настанак нове норме међународног обичајног права.

Претходна анализа утицаја одлука СБУН на настанак и утврђивање постојања међународних обичајних норми се не разликује много од онога што смо говорили за утицај уговора или других одлука међународних организација на поменуте процесе. Треба, ипак, имати у виду ауторитет СБУН и чињеницу да у њему одлуке увек доноси сталних 5 чланица међу којима су и, са вероватно изузетком Немачке, све најмоћније државе на свету. С обзиром на то, основано је претпоставити да ће у пракси то имати снажан утицај на реакције других држава и смањити њихове евентуалне отпоре. У сваком случају, та претпоставка мора бити темељно проверена у сваком конкретном случају и то на основу критеријума настанка и утврђивања постојања међународних обичајних норми.

Розалин Хигинс (енг. *Rosallyn Higgins*), бивша председница МСП, је још 1963. године говорила о утицају праксе институција Уједињених нација на развој међународног права и то цитирала тридесет година касније у својим предавањима на Хашкој академији: „Уједињене нације су права институција за утврђивање показатеља развоја међународног права јер се међународни обичај заснива на пракси држава која укључује њихов међународни саобраћај у облику дипломатских потеза и јавних објава. Развојем међународних организација гласови и ставови држава морају да имају правну важност као докази обичајног права... Постојање Уједињених нација – и посебно убрзани тренд стицања универзалности чланства... пружа веома јасну... централну тачку за праксу држава...“³⁹⁴

Осим тога што у наставку констатује да се у сличним анализама треба посветити свеукупној анализи рада међународних организација као форумима у којима се чују ставови држава, иста ауторка помиње да се праксом у оквиру међународних организација *убрзава процес испуњавања критеријума* за настанак и утврђивање постојања међународних обичајних норми. Не дакле да се одлукама међународних организација критеријуми мењају или да су одлуке само по себи довољне за настанак међународних

³⁹⁴ Higgins R: *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*, Oxford University Press, 1963, p. 2, prema: R. Higgins, *Problems and Process*, pp. 22 – 23.

обичајних норми у виду инстант обичаја већ „само“ да се убрзава процес испуњавања критеријума.³⁹⁵

Други аутори иду и даље. Тако, на пример, Хозе Алварез (енг. *J. A. Alvarez*) у једној од водећих студија на ову тему тврди да се услед праксе међународних организација променила и методологија утврђивања постојања међународних обичајних норми: „позивање на обичај држава или судија сада ретко подразумева историјска истраживања праксе и билатералне реакције држава током деценија... Изгледа да ни судије ни дипломате немају стрпљења да копају кроз бројне дипломатске размене како би открили да ли обичај постоји“.³⁹⁶

Објашњавајући да се пречице до обичајних норми сада налазе у неким резолуцијама ГСУН, радовима Комисије за међународно право или сталном интеракцијом различитих институција, Алварез тврди и да „механизми међународних организација чине могућим оно што би иначе било веома тешко у свету од готово 200 држава: налажење конкретних, у најбољем случају писаних, доказа да готово све државе прихватају правило као обичајно... Институције као што је ГСУН... такође омогућавају научницима и међународним судијама да тврде да у одсуству другачије реакције државе... њено прећуткивање показује прихватање обичаја...“³⁹⁷

Најзначајније су, међутим, оцене Алвареза о *промењеној природи* обичајног права услед описаног деловања међународних организација. Оцењујући, наиме да промене имају и добре и лоше аспекте он закључује да захваљујући деловању међународних организација данас употребљавамо егалитарније и транспарентније доказе за постојање обичајног права у односу на некадашње прикупљање доказа из објављене праксе само најмоћнијих држава. Осим тога, ослањање на праксу међународних организација омогућава и да обичајна „правила буду резултат *свесног* процеса размене аргумената који се приближава намераваном процесу при стварању међународних уговора“.³⁹⁸ Једна од лоших страна овакве промене у настанку и утврђивању постојања обичајних норми је по

³⁹⁵ Ibid.

³⁹⁶ J. A. Alvarez, *International Organizations as Law – Makers*, Oxford University Press, 2005, pp. 591 – 592.

³⁹⁷ Ibid.

³⁹⁸ Ibid, p. 594.

Алаварезовом мишљењу у томе што оне често пре могу сведочити о реторици држава него о њиховим стварним поступцима.

На крају овог дела рада ћемо само још кратко прокоментарисати допринос Јана Џонстона (енг. *Ian Johnston*) теми односа праксе међународних организација и стварању међународног права. Наиме, поменути аутор се у неколико својих радова бави значајем одлука међународних организација и нарочиту пажњу посвећује питању како се оне из сфере меког, необавезујућег права селе у такозвано тврдо право.³⁹⁹ Ево како поменути аутор укратко описује тај процес: „оперативне активности (међународних организација, примедба М. Х.) се одвијају на основу широко прихваћених али недовољно прецизираних норми; делујући на тај начин, међународне организације не покушавају да спроводе норму по себи, већ обично делују на начин који је у складу са њима; ове активности производе расправе изазивајући размену правне аргументације; реакције погођених влада и дискурс који обележава акције и реакције – могу да проузрокују да меко право постане тврдо“.⁴⁰⁰ Исти аутор затим мало детаљније образлаже концепт *оправдавајућег дискурса* (енг. *justificatory discourse*) чија је основна Дворкинова идеја да је право интерпретативни концепт.⁴⁰¹

Јан Џонстон описани процес стварања права тестира на четири примера и на њима покушава да покаже како је деловање међународних организација допринело побољшаном, мање етатистичком приступу стварања норми међународног права. Од детаља његове аргументације у вези са тим примерима којој би можда имало шта да се замери нама су важније теоријске последице које он извлачи. Џонстон, наиме, извлачи два теоријска закључка од којих је први да оперативне активности међународних организација није лако помирити са примарним изворима права, како их он назива, поменути у члану 38 Статута МСП. Образложење је да су ове оперативне активности међународних организација у великој мери независне од пристанка држава чланица.

³⁹⁹ Johnstone I: *Law making through the Operational Activities of International Organizations*, *George Washington International Law Review*, vol. 40, 2008, pp. 87 – 122.

⁴⁰⁰ *Ibid*, p. 88.

⁴⁰¹ *Ibid*, p. 91.

Други Џонстонов закључак као да на неки начин ублажава радикалност првог. Он, наине, у оквиру њега каже да „пракса међународних организација није, међутим, довољна да би настало тврдо право. Мора постојати и нешто аналогно *opinio iuris* – уверење да је пракса опште прихваћена и да се према њој односе као према праву. Једини начин да се утврди та осећај правне обавезности је кроз дискурс који прати ту праксу. Аргументација настаје директно (у међународним организацијама, држави у којој се пракса дешава и међу људима који су умешани) као и посредно (у форумима у којима се расправља о нормама)“.⁴⁰²

На овај начин се Џонстонови закључци у великој мери уклапају у оне о нормативној дискурзивној пракси које смо ми већ помињали у неким претходним деловима рада. Оно што се може оценити као његов допринос је чињеница да је врста актера који учествују у тој дискурзивној пракси можда шири него што се то чини на први поглед. Њихов значај у настанку међународних обичајних норми се по свему судећи мора ценити од случаја до случаја.

3.10 Закључак

Основни циљ треће главе овог рада је био да у најкраћем представи ставове доктрине међународног права о настанку и утврђивању постојања међународне обичајне норме. У овом делу рада се можда може наслутити и груб нацрт теоријског модела настанка и утврђивања постојања међународне обичајне норме који би у наставку рада могао да буде тестиран кроз праксу Међународног суда правде. У сваком случају, многа питања у вези са поменутиим процесима у доктрини остају нерешена и пракса Међународног суда правде ће бити коришћена како би се евентуално на те дилеме одговорило.

У овој глави рада смо пошли од појма међународне обичајне норме. Констатовали смо да међународно обичајно право има своје порекло у обичају који је нешто између навике и конвенције и представља мост између природе и културе. То што, међутим,

⁴⁰² Ibid, p. 119.

међународна обичајна норма има своју основу у обичају као посебном нормативном систему не значи да међу њима нема и суштинских разлика. Основна разлика је то што је свака правна норма, па и међународна обичајна, резултат намераване, циљно – рационалне одлуке актера који учествују у њеном стварању. У складу са тим, она увек мора да прави разлику између јесте и треба.

Као и код извора међународног права закључили смо да референтна или почетна тачка за одређивање концепта међународног обичајног права јесте члан 38 Статута Међународног суда правде чија формулација указује на то је да је она састављена из два елемента – праксе и *opinio iuris*. Такав закључак смо покушали да тестирамо и то тако што смо анализирали ставове доктрине у вези са сваким од њих посебно, а затим и њиховим односом у процесима настанка и утврђивања постојања међународних обичајних норми.

У делу у којем смо анализирали праксу као елемент међународне обичајне норме смо истраживали њен персонални, географски (условно говорећи) и темпорални домен. У контексту персоналног домена смо закључили да је праксу најбоље схватити доста широко и то тако да и изјаве представника држава и међународних организација треба рачунати у њу. Исто тако смо нагласили да се при анализи праксе мора водити рачуна о квантитативним (колико субјеката мора учествовати у пракси) и квалитативним (које државе морају учествовати у пракси) критеријумима. Том приликом смо нагласили да међународно право не може да пропише тачан број држава које морају учествовати у пракси. Једини критеријум који нам нуди члан 38 је термин *општа*, а не универзална пракса. Процена да ли је овај критеријум испуњен ће зависити од случаја до случаја, али је јасно да се не тражи да у праксу буду укључени сви субјекти међународног права. Код питања да ли је важно *које* државе учествују смо рекли да се води рачуна о томе да међу државама које учествују у пракси буду укључене и државе које су посебно погођене том праксом.

Анализирали смо став доктрине међународног права да би пракса требало да буде стална јер ако постоје значајни прекиди у пракси могло би да се постави питање да ли је уопште успостављена нека правилност у понашању (као и питање да ли та пракса одговара савременим односима међу субјектима међународног права). У вези са тим се поставило и питање једнообразности праксе јер се, макар на први поглед, чини да пракса

мора да се (скоро?) увек одвија на исти начин како би опет могле да се утврде правилности у понашању. Ово је, међутим, једно од места у анализи елемената међународне обичајне норме које показује нераскидиву повезаност два елемента, односно немогућност да се они понекад анализирају одвојено. Друго такво место је питање да ли и уздржавање од чињења може представљати праксу као елемент међународне обичајне норме. Закључили смо да под одређеним условима то може да буде случај.

Пракса, овако како смо је одредили на основу различитих доктринарних ставова, није довољна за настанак међународне обичајне норме. Пракса сама по себи не значи ништа. Она у контексту настанка и утврђивања постојања међународне обичајне норме мора да добије своје *правно значење* и то кроз *правну интерпретацију њене релевантности*. Ми смо се у том смислу сложили са Џералдом Постемом да се субјективни елемент, *opinio iuris*, погрешно *додаје* пракси. Постоје два основна приступа доктрине међународног права овом елементу међународне обичајне норме: његово схватање као веровање и као прихватање. Ми смо се определили за схватање *opinio iuris* као прихватања, али у нешто блажој варијанти схватања субјективног елемента као *opinio iuris communis* – прихватање од заједнице субјеката да нека пракса треба да буде обавезна, а не свођење на индивидуалне субјекте. Схватање *opinio iuris* као прихватања заправо следи као последица нашег става да је настанак међународне обичајне норме последица циљно рационалног одлучивања актера у коме они уз помоћ *opinio iuris* одређују које чињење или уздржавање од чињења треба да постане међународна обичајна норма.

Једна од доктрина која некако природно произилази из оваквог теоријског опредељења је доктрина упорног противника. Иако заиста није много присутна у пракси држава, ми смо се сложили са Ејкрстовим образложењем да она има свој *ratio* у томе да представља изузетак од иначе неволунтаристичке природе међународне обичајне норме. Закључили смо да би нека држава постала упорни противник неопходно је да јавно и конзистентно *пре* настанка норме изрази своје неслагање са тим да нека пракса постане норма међународног обичајног права. У пракси, међутим, чак и ако су ови услови испуњени није лако одржати ту позицију упорног противника.

Opinio iuris се идентификује кроз изјаве субјеката међународног права. Доказује се различито код различитих врста правила међународног права (у зависности да ли се ради

о правилима која допуштају или забрањују одређено понашање). Код *opinio iuris* је важно шта представници субјеката међународног права изјављују, а не у шта верују уколико међу ове две ствари има неке разлике. Постоје, међутим, практични и теоријски проблеми у схватању *opinio iuris* који се могу решити тек разматрањем односа праксе и *opinio iuris* у процесима настанка и утврђивања постојања међународних обичајних норми. Једна од тих ситуација је и она у којој постоји разлика између онога што држава чини и онога што изјављује.

У претходном делу рада смо такође закључили да се слабости у различитим теоријским приступима понекад у доктрини пренебегавају тако што се тврди да не треба стављати нагласак ни на један од елемената, већ су они нераздвојива целина. Ту, проблеми, међутим, не нестају. Проницљиво око Мартија Коскениемија за слабости у различитим аргументацијама је приметило да ни ове теорије не могу да се ослободе унутрашње некохерентности (бар је он тако он оцењује). Тако се, на пример, пракса доказује субјективним елементом, али и обрнуто – за доказивање *opinio iuris* се користи пракса.

Све слабости у традиционалним објашњењима настанка и утврђивања постојања међународне обичајне норме и односа два њена традиционално схваћена елемента су довела и до појаве неких алтернативних приступа овом теоријском проблему. Тако је понуђено решење клизајућих скала по коме се мањак праксе надокнађује вишком *opinio iuris* и обрнуто. То решење, иако на први поглед можда привлачно, не уноси ништа више сигурности у материји међународног обичајног права. Јер које то критеријуме треба да поштујемо приликом анализе да ли је било „довољно“ праксе или *opinio iuris*? И шта ако је било и праксе и *opinio iuris*, али „онако“?

Као што смо показали у претходном делу рада, мисаони интерпретативни концепт има нешто веће амбиције, али и домете. Његови заговорници дају најпре један важан допринос у теорији међународног обичајног права тиме што наглашавају да је и пракса подложна различитим интерпретацијама. Практика никад, или готово никад, није једнообразна. То наглашава и Џералд Постема о чијем доприносу теорији међународног обичајног права ћемо тек нешто рећи. У сваком случају, с обзиром да пракса не даје сама по себи сопствене правилности, већ се из ње могу интерпретирати различити закључци,

поставља се питање на основу чега и ко бира интерпретацију која је „права“? Заступници мисаоног интерпретативног концепта сматрају да треба изабрати решење које има најснажније морално утемељење или оно које најбоље заступа интересе сарадње и коегзистенције у међународној заједници. Ми смо критиковали овакв став.

Ми, наине, не мислимо да је то обавезно задатак правника. Сматрамо да је међународно право и настало као последица различитих моралних утемељења делова заједнице коју нормативно уређује и да је за откривање норми много поузданије решење ослонити се на аргументацију оних који имају правностваралачку способност.

Сложена теорија Цералда Постеме такође оправдано инсистира да и пракса мора бити предмет рефлексije и да правилности у њој не постоје саме од себе, већ да их ми морамо открити и интерпретирати. Он се оштро супротставља теорији да је обичај састављен из два дела и каже да није важно шта актери тврде или мисле, већ шта *чине*, што на први поглед његову теорију сврстава у оне који нагласак стављају на праксу као елемент међународне обичајне норме. Ако се, међутим, пажљивије погледа, види се да Постемина критика и није толико радикална колико се можда на први поглед чини. Наине, Постема у концепт *чињења* убраја и интерпретацију тог чињења, односно размену аргумената и оцену правоваљаности понашања других актера (нормативна дискурзивна пракса). На тај начин он обједињује два елемента и избегава неке замке у које падају они који инсистирају на њиховом одвојеном постојању. *Opinio iuris* и пракса јесу нераскидиво повезани јер *opinio iuris* је увек правна интерпретација праксе и они заиста, како примећује и Коскениеми, и не постоје независно једно од другог.

Оно што је, међутим, слабост Постеминог модела је то да и оно инсистира на сталној флексибилности међународног обичајног права. Ми ситуацију видимо другачије - пракса која је супротна већ установљеној међународној обичајној норми није обавезно *семе нове норме*, већ је увек *прекршај постојеће норме*. У исто време смо закључили да до промене обичаја не долази променом праксе која то не може да уради, већ променом *opinio iuris communis*, односно прихватањем правне аргументације која иде уз ту праксу. Ово налажу правна логика и захтев за постојањем правне сигурности.

Нацрт теоријског модела настанка међународних обичајних норми који се из оваквих закључака помаља не значи, међутим, да се његовом применом решавају све практичне потешкоће. Оне су, како примећује и Даспремон, инхерентне неформалној природи настанка обичаја. Прва од њих је да језик као систем комуникације није савршен. У размени аргументације међу субјектима понекад долази до недовољног разумевања. Осим тога, постоји велики број области које међународно право уређује и модел представља на неки начин идеализовану слику односа рационалних актера у којем сви стално имају све потребне информације што наравно није случај. Додатно, један од кључних проблема насталих због неформалне природе међународне обичајне норме је и тај да никада не можете бити сасвим сигурни у ком је тачно тренутку обичај настао, односно када су испуњени сви критеријуми.

На крају, уосталом као и код уговорног права само овде још израженије, настанак не решава питање тумачења садржине обичајног права што ће бити предмет даљих расправа. Све су то додатни разлози зашто је неопходно модел тестирати и кроз праксу међународних правосудних институција, односно пре свега МСП. Пре него што то урадимо, остало нам је да резимирамо закључке у вези са посебним обичајима и утицајем уговора, једностраних правних аката држава и одлука међународних организација на настанак и утврђивање постојања међународних обичајних норми.

Сви закључци које смо до сада донели се односе на опште међународне обичајне норме које по правилу важе за све субјекте међународног права. Међународно право познаје, међутим, и међународне обичајне норме које важе за два или више субјеката, а не обавезују све субјекте међународног права. С обзиром да субјекти који учествују у настанку оваквих обичајних норми не морају имати никакве географске везе, закључили смо да је најбоље корисити назив посебни обичаји. Они обавезују само оне који су у њему активно учествовали и терет доказивања њиховог постојања је увек на онима који се на њега позивају. Осим тога, за њих су нешто строжа правила доказивања него што је то случај са општим обичајима.

Разматрајући утицај уговора на настанак и утврђивање постојања међународних обичајних норми закључили смо најпре да међу њима нема хијерархије што значи да имају подједнаку обавезујућу снагу и остварују међуутицај. У складу са тим их, кад год је

то могуће, треба тумачити као да сукоба између њих нема. Уколико је то немогуће, треба користити добро познате правне технике – млађи пропис докида старији и посебан докида општи. У погледу утицаја који међународни уговори имају на настанак и утврђивање постојања међународних обичајних норми смо закључили да од случаја до случаја треба анализирати у ком смислу је процес закључивања уговора и његова примена утицала на евентуално испуњавање критеријума неопходних за настанак међународних обичајних норми.

Она уговорна правила која врше кодификацију могу помоћи у интерпретацији садржаја обичајне норме, њеној кристализацији. Закључили смо да код уговора са релативно малим бројем држава потписница овакве интерпретације обичајног права нису обавезујуће за државе нечланице, али представљају правну аргументацију и у случају да је државе нечланице прихвате постаје обавезујућа и за њих. Код прогресивног развоја, уговорна одредба може бити материјални извор обичајне норме у смислу подстицаја државама нечланицама да почну да се понашају на исти начин и да то сматрају својом правном обавезом. Негирали смо могућност да само доношење неког уговора активира инстант обичај, мада морамо признати да је ово једно од оних питања на које треба да да одговор и пракса Суда.

У нашем понуђеном моделу настанка међународних обичајних норми, оне најчешће настају на основу размене аргументације субјеката што се заправо најчешће и дешава кроз размену једностраних правних аката држава. Државе саопштавају једне другима како виде одређене правне ситуације, протестују ако сматрају да се други субјекти понашају супротно нормама међународног права, признају одређена стања као правна. На тај начин учествују у стварању међународних обичајних норми.

На крају, у погледу утицаја одлука међународних организација смо закључили да су оне унеле велике промене у погледу настанка и утврђивања постојања међународних обичајних норми. Слично као и код међународних уговора, закључили смо да одлуке међународних организација могу пружати доказ о постојању обичајних норми, помажу у њиховој кристализацији, а могу и доприносити њиховом настанку. Слично је и то што тек анализа у сваком конкретном случају може да покаже какав је утицај одлуке међународне организације на испуњавање критеријума за настанак или утврђивање постојања

међународне обичајне норме. Приликом те анализе се мора водити рачуна о контексту у коме се одлука доноси, језик који се у њој користи, број држава које су одлуку подржале, које државе су одлуку подржале, итд.

Посебно смо анализирали утицај одлука СБУН на међународне обичајне норме и закључили смо да оне иако према члану 103 Повеље УН уживају предност у односу на обичајне норме, то не значи да оне аутоматски стварају обичајна правила. У сваком случају, одлуке СБУН никако не треба подцењивати јер имају веома снажан утицај на све државе чланице УН и због тога на неки начин могу снажно утицати на њих како би прихватили правну аргументацију која се у одлукама налази.

На крају, прихватили смо и закључке Алвареза да су међународне организације убрзале процес стварања међународних обичајних норми, као и да су промениле њихову природу – сада су егалитарније, транспарентније и део су свесног, намераваног процеса стварања права. У следећим главама рада ћемо и тестирати његов закључак да се променила и методологија утврђивања обичаја у том смислу да се судије и научници окрећу од спорог и темељног утврђивања праксе најмоћнијих држава ка пракси у међународним организацијама као форумима за размену различитих аргументација.

IV ПОЈАМ МЕЂУНАРОДНОГ ОБИЧАЈНОГ ПРАВА И НЕОПХОДНИ ЕЛЕМЕНТИ ЗА НАСТАНАК И УТВРЂИВАЊЕ ПОСТОЈАЊА МЕЂУНАРОДНЕ ОБИЧАЈНЕ НОРМЕ У ПРАКСИ МЕЂУНАРОДНОГ СУДА ПРАВДЕ

4.1 Међународни суд правде: оцена правосудне функције Суда у његовој досадашњој пракси

У претходној глави рада смо укратко представили ставове доктрине међународног права о настанку и утврђивању постојања међународне обичајне норме. Утврдили смо малобројна места у вези са којима постоји одређена сагласност доктрине, али и бројна размимоилажења: шта све спада под термин пракса, како се постојање тог елемента доказује, какав је однос два елемента међународне обичајне норме, да ли постоји инстант обичај, да ли се настанак у неким областима међународног обичајног права разликује од других, какав је утицај моралних разлога на настанак ових норми, итд.

У овој глави рада која намерно структуром личи на претходну ћемо истражити како је Међународни суд правде у својој пракси одговарао на макар нека од ових питања. Да бисмо, међутим, то могли да урадимо на одговарајући начин потребно је да представимо рад Суда и укратко како ми видимо његову правосудну функцију.

Међународни суд правде представља, иако не формално, заправо наставак Сталног суда међународне правде о чијем смо оснивању већ нешто рекли.⁴⁰³ То се може приметити на неколико различитих нивоа: МСП је практично преузео статут Сталног суда, у својој пракси се, као што ће моћи да се види у наставку рада, веома често позивао на праксу свог претходника, а и много аутора користи термин Светски суд као термин који обједињује оба суда. Једна од разлика је у томе што ССМП формално није био везан за Друштво народа, док је МСП према члану 92 Повеље УН: „главни судски орган Уједињених

⁴⁰³ Ближе о јуриспруденцији Сталног суда међународне правде и њеном значају видети: Tams, C. J., Fitzmaurice M: *Legacies of the Permanent Court of International Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

нација“.⁴⁰⁴ У наставку истог члана се наводи да је Статут МСП саставни део Повеље УН.⁴⁰⁵ Ове чињенице су веома важне не само за положај МСП у систему УН, већ и за интерпретацију неких његових пресуда и саветодавних мишљења.

На МСП се понекад гледа као на „крај историје“ међународног правосуђа у коме се линеарни напредак (континуитет) огледа најпре у односу на средњи век, затим неке облике арбитража на крају 18. и током 19. века, па након тога у Сталном арбитражном суду и на крају у пракси Сталног суда међународне правде. Корнелис Релофсен (енг. *Cornelis Roelofsen*) с правом упозорава да „повлачење аналогича са модерним ситуацијама може да доведе до озбиљних грешака у представљању прошлости... Модерни аутори су веома често преокупирани тиме да покажу везе између различитих епоха арбитраже и да изгубе из вида њену функцију у одређеном контексту“.⁴⁰⁶

Уместо тога, предлаже исти аутор, треба да „покушамо да анализирамо различите епохе по њиховим мерилима, а не само као кораке у развоју до данас“.⁴⁰⁷ Иако се слажемо са овим закључцима, не можемо а да не приметимо да је оснивање Међународног суда правде заправо пратила једна стара једноставна идеја, а то је да међународни судови кроз решавање спорова могу да допринесу остварењу мира.⁴⁰⁸ Уосталом, зграда у којој је смештен Међународни суд правде се зове Палата мира (енг. *Peace Palace*), а испред самог улаза у двориште зграде се налази пламен мира.

Управо са том идејом је МСП почео са радом 18. априла 1946. године. Као што смо већ рекли, положај Суда у систему УН је уређен Повељом, а сам начин рада и правила процедуре су уређена Статутом Суда који је саставни део Повеље, Правилима Суда (обезбеђују детаљна правила процедуре), Правилима о пракси, Резолуцији која се тиче

⁴⁰⁴ Цитирано према: Хаџи-Видановић В, Милановић М, *op.cit.* стр. 59.

⁴⁰⁵ Ibid.

⁴⁰⁶ Roelofsen C. G: *International Arbitration and Courts*, p. 168, у: Fassbender B, Peters A. (ed.), *The History of International Law*, Oxford University Press, 2012.

⁴⁰⁷ Ibid.

⁴⁰⁸ Релофсен помиње Сент Пјера као вероватно прву особу која је направила ту везу између институционалне арбитраже и пацифизма, р. 160.

унутрашње судске праксе и која је донета 1976. године, као и најновијим саопштењем које се тиче припреме поднесака.⁴⁰⁹

Суд чини 15 сталних судија које са националних листа бирају СБУН и ГСУН и то на период од 9 година с тим што могу бити реизабрани.⁴¹⁰ На сваке три године се бира пет нових судија. Двоје судија не могу бити држављани исте државе. Према члану 2 Статута Суда судије морају бити особе „највишег моралног угледа које испуњавају услове који се у њиховим земљама траже за обављање највиших судских дужности, или су правници признати као стручњаци међународног права“.⁴¹¹ Осим тога, у Суду морају да буду представљени „главни облици цивилизације и најважнији правни системи света“.⁴¹²

У историји МСП све сталне чланице СБУН су увек имале свог држављанина међу судијама. Судије најчешће долазе из редова професора међународног права, дипломатских кругова или судија националног правосуђа.⁴¹³ Стране у спору имају право да уколико међу сталним судијама нема њихових држављана поставе такозване *ad hoc* судије које су најчешће њихови држављани. Суд по правилу заседа у пленуму, мада странке у спору могу дозволити и да Суд одлучује у већима.

Осим судског већа, МСП чини и Секретаријат. На челу Секретеријата је Секретар који се бира на период од 7 година (има право да буде реизабран), а бира се и његов заменик. У складу са чланом 26(1) Статута Суда Секретар, између осталог, служи као канал службене комуникације са Судом, води рачуна о архиви Суда, објављује одлуке Суда, итд. Секретаријат се састоји из три одељења (Одељење за правна питања, Одељење за језичка питања, Одељење за информације) и осам сектора.

⁴⁰⁹ Mackenzie R, Romano C, Shany Y, Sands Ph: *The Manual on International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, 2010, p. 5.

⁴¹⁰ Чланови 3(1), 4(1) и 13(1) Статута Суда.

⁴¹¹ Цитирано према: Хаџи-Видановић В, Милановић М, *op.cit.* стр. 189

⁴¹² Члан 9 Статута Суда. Цитирано према: Хаџи-Видановић В, Милановић М, *op.cit.* стр. 190.

⁴¹³ Ближе о томе *ко су међународне судије и како се бирају* погледати у: Terris D, Romano C. P. R, Swigart L: *The International Judge, An Introduction to the Men and Women who Decide the World's Cases*, Oxford University Press, 2007.

Само државе могу да буду стране у спору пред МСП.⁴¹⁴ Све чланице УН су *ipso facto* и потписнице Статута и могу да покрену спор пред овим Судом. И државе које нису чланице могу да ратификују Статут под условима да прихвате све његове одредбе, да се обавежу да ће се повиновати одлуци Суда и да ће финансијски допринети његовом раду.⁴¹⁵ Чак и државе које нису чланице УН и нису потписнице Статута могу под одређеним условима постати стране у спору пред овим Судом.⁴¹⁶

Међународни суд правде има надлежност у две врсте поступака: споровима између држава и могућност давања саветодавног мишљења овлашћеним органима.⁴¹⁷ Иако је било предлога да Стални суд међународне правде и МСП имају обавезну надлежност у свим правним споровима (за МСП међу државама чланицама УН) ти предлози нису усвојени. Међународни суд правде има надлежност да суди државама искључиво уколико су оне, на неки од предвиђених начина, унапред дале сагласност на то. Један од честих начина за објашњење ове чињенице је тај да с обзиром да су државе суверене, нико не може да им наметне обавезну надлежност неког међународног суда.

Ова констатација је, међутим, само делимично тачна. Иако је, наиме, тачно да државама нико не може да наметне надлежност међународног суда, није тачно да би обавезна надлежност неминовно била супротна њиховој суверености. Државе чланице УН би, на пример, могле да се договоре да измене Статут МСП и предвиде да ће Суд бити надлежан за све правне спорове међу њима. По свему судећи то се неће десити у скорашњој будућности иако су председници МСП у неколико наврата подржавали иницијативе које би макар довеле до тога да већи број држава прихвати обавезну надлежност Суда.⁴¹⁸

У сваком случају, постоји неколико начина на који државе могу да изразе своју сагласност да се као стране у спору нађу пред МСП. Један од њих подразумева потписивање посебног споразума између две или више држава којим се оне обавезују да

⁴¹⁴ Члан 34 (1) Статута Суда.

⁴¹⁵ Члан 93 Повеље УН.

⁴¹⁶ Члан 35 (2) Статута Суда.

⁴¹⁷ Ближе о надлежности Суда погледати у: Rosenne S, *The Law and Practice of International Court, 1920 – 2005 (4th edition)*, Vol. 2: *Jurisdiction*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

⁴¹⁸ Погледати, на пример говор тадашњег председника Суда, судије Томка пред Генералном скупштином УН 30.10.2014. Текст говора је доступан на интернет адреси: <http://www.icj-cij.org/presscom/files/8/18388.pdf>.

свој правни спор реше пред МСП. Суд ће сматрати да споразум посредно постоји и кад се тужена држава нађе пред Судом и не доведе у питање надлежност Суда да реши спор (*forum prorogatum*). Нешто више од 10% од укупног броја случајева пред Судом је решено на овај начин.⁴¹⁹ Други начин да држава прихвати надлежност Суда је путем такозваних компромисорних клаузула, односно одредби међународних уговора којима се предвиђа да ће у случају спора у вези са тумачењем или применом одредби уговора надлежност имати Међународни суд правде. Највећи број случајева пред МСП се управо на овај начин нашао пред њим (око 60%).⁴²⁰

Осим ова два начина државе имају могућност и да у складу са чланом 36 (2) Статута Суда прихвате обавезну надлежност Суда у свим споровима. До новембра 2014. године 70 држава је прихватило ову обавезну надлежност.⁴²¹ При томе би, ипак, требало имати у виду да државе могу да у великој мери ограниче ову обавезну надлежност Суда. Оне то могу да ураде тако што ће, на пример, ограничити обавезну надлежност само на неке врсте спорова или тако што ће временски ограничити његову надлежност. Око 30% досадашњих случајева пред Судом се на овај начин нашло пред њим.⁴²²

Суд има надлежност да решава било који међународноправни спор међу државама. Још је ССМП у случају *Mavromatis* утврдио да је правни спор „правно неслагање или неслагање о чињеницама, сукоб правних ставова или интереса између два лица“.⁴²³ Иако не постоје формална временска ограничења за примену надлежности Суда, државе, као што смо већ рекли, имају право да временски ограниче његову надлежност.

⁴¹⁹ Mackenzie R, Romano C, Shany Y, Sands Ph, *op.cit.* p.14.

⁴²⁰ Ibid.

⁴²¹ Списак држава које су прихватиле обавезну надлежност Суда је могуће пронаћи на адреси: <http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=3>. Као што је могуће видети, Србија није међу њима, а од сталних чланица Савета безбедности УН, само је Уједињено Краљевство Велике Британије и Северне Ирске прихватило обавезну надлежност Суда.

⁴²² Mackenzie R, Romano C, Shany Y, Sands Ph, *op.cit.*

⁴²³ *Mavromatis Palestine Concessions* (Greece v. Great Britain), Judgment of 30 August 1924, 1924 PCIJ (Ser. A) No. 2, at 11.

Осим надлежности да решава спорове међу државама, МСП може, као и ССМП, да даје саветодавна мишљења органима овлашћеним да то мишљење затраже.⁴²⁴ Повеља уједињених нација предвиђа да СБУН и ГСУН имају право да затраже правно мишљење Суда по било ком правном питању. „Други органи Уједињених нација и специјализоване агенције које Генерална скупштина може у свако доба на то да овласти, такође могу тражити од Суда саветодавно мишљење о правним питањима у оквиру њихове делатности“.⁴²⁵

Суд има право да одбије да да саветодавно мишљење, али то никада до сада у својој пракси није урадио.⁴²⁶ Секретар Суда ће након достављеног захтева за саветодавним мишљењем обавестити све државе чланице и међународне организације о томе и оне ће имати право да доставе писани поднесак. Уколико сматра да то може да му помогне у давању саветодавног мишљења Суд има право и да друге ентитете овласти да на овај начин учествују у процесу давања саветодавног мишљења.⁴²⁷ Као што му и само име каже, саветодавно мишљење није обавезујуће чак ни за орган који је мишљење затражио.

Од оснивања Суда у априлу 1946. године до 1. јануара 2014. године пред Судом се нашло 129 поступака између држава и 26 саветодавних мишљења.⁴²⁸ Од тих 129 поступака 8 још увек чека на пресуду.⁴²⁹ Уколико узмемо да Суд ради 68 година, а да је укупан број поступака 155, долазимо до тога да је Суд решавао нешто мање од 2,5 случајева годишње. Процеси по правилу трају доста дуго (нарочито ови међу државама) пре свега због правила процедуре која подразумевају појављивање пред Судом у неколико наврата,

⁴²⁴ Члан 65 Статута Суда.

⁴²⁵ Члан 96 (2) Повеље УН.

⁴²⁶ ССМП је то урадио само једном и то у случају *Eastern Carelia*.

⁴²⁷ International Court of Justice, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004, p. 136; International Court of Justice, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010, p. 403.

⁴²⁸ У ову цифру су ушли сви поступци без обзира на то да ли су завршени пресудом или не. Поступци Савезне Републике Југославије против неких држава чланица НАТО су бројани као посебни поступци. У укупан број су урачунати и захтеви за ревизијом или за појашњењем пресуде.

⁴²⁹ Међу њима је и најдужи поступак у историји Суда у којем се Хрватска и Србија међусобно оптужују за кршење Конвенције о кажњавању и спречавању злочина геноцида.

могућност покретања инцидентних питања, али и сложености и осетљивости појединих случајева.

Уколико се погледају области међународног права може се приметити разноликост, али се чини да је Суд највише решавао такозвана питања средњег нивоа осетљивости попут питања права мора или мањих територијалних спорова, али је на агенди било и изузетно осетљивих питања попут забране употребе силе, злочина геноцида или легалности употребе нуклеарног оружја. О крајњим оценама досадашње судске праксе је можда боље говорити након њене анализе и то у завршном делу овог рада (Глава 6).

На крају овог дела рада нам преостаје да кажемо нешто о функцији/функцијама Суда и методологији коју смо применили приликом истраживања његове праксе. Повеља УН и Статут МСП нису од неке велике помоћи приликом одговора на питање да ли је функција МСП „само“ решавање правних спорова држава или и развој међународног права или чак и стварање права.

Једина одредба у Повељи и Статуту Суда која се бави овим питањем је већ више пута помињани и анализирани члан 38 Статута МСП. На његовом почетку се налази одредба да је *задатак Суда да решава спорове* у складу са међународним правом, да би се затим навела листа извора међународног права на основу којих би Суд требало да решава те спорове. Томе би требало додати такође већ помињани члан 96 Повеље УН који одређеним органима даје и надлежност да од Суда затраже саветодавно мишљење. У сваком случају, да би Суд могао да реши одређени правни спор између држава или да саветодавно мишљење он мора да утврди које норме и принципи међународног права уређују ту област у којој се спор јавио и да онда те норме и принципе примени на конкретну фактичку ситуацију.

У пракси, међутим, овако описани поступак није једноставан. У случају да само међународни уговори уређују неко питање ситуација је за нијансу лакша у смислу откривања норми које уређују то питање и утврђивању да ли те норме важе и за субјекте који су стране у спору пред Судом.⁴³⁰ У случају да је у питању међународни обичај (ситуација која нас првенствено занима) увек се поставља питање да ли постоји

⁴³⁰ Пракса МСП показује, међутим, да ни у области међународног уговорног права ово није увек лак задатак.

међународни обичај који уређује то питање, затим да ли се он примењује на те конкретне државе, а на крају и која је његова тачна садржина и у складу са тим примена на тај конкретни случај.

Осим тога, норме међународног уговорног права су плод компромиса две или више држава и често заправо садрже недовољно одређене дипломатске формулације које је понекад тешко применити у пракси. Даље, оне су веома често општег карактера и писане су за веома различите практичне ситуације које тек треба да настану тако да примена правног силогизма није уопште једноставна. У случају обичаја је ситуација још сложенија. Како је више пута истицано и у пракси Суда обичај је, управо због начина свог настанка, често веома уопштен и увек неписан па његова примена на конкретне ситуације није због тога уопште лака.

Управо због ових разлога се од оснивања ССМП почела водити дебата о томе да ли је уопште могуће ограничити улогу Суда на техничку примену норми и принципа међународног права у појединачним случајевима, или задатак треба схватити и шире од тога. У пракси и ССМП и МСП се, међутим, показало да примена тих норми и принципа у конкретним ситуацијама неминовно значи и развој међународног права.⁴³¹ Са друге стране, с обзиром на то да члан 38 не помиње судску праксу као посебан извор права, већ само као помоћно средство за утврђивање постојања извора, а и да члан 59 Статута предвиђа да је пресуда Суда „обавезна само за странке спора...“⁴³², већина аутора није спремна да МСП припише моћ стварања права.⁴³³ Осим тога, увек треба имати у виду институционално ограничење Суда у погледу његове надлежности – државе саме одлучују о томе да ли ће Суд бити надлежан или не. Уколико би се прихватило становиште да Суд може да ствара право питање је који би број држава био спреман да то подржи.

⁴³¹ О аргументу да примена права неминовно води и до његовог развоја видети ближе у: Bogdandy A. V, Venzke I: *Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers*, у: Bogdandy A. V, Venzke I, (ed.): *International Judicial Lawmaking*, Max Planck – Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2012, р. 11.

⁴³² Цитирано према: Хаџи-Видановић В, Милановић М, *op.cit.* стр. 195.

⁴³³ Као што ће моћи да се види у наставку овог дела рада, чак и они аутори који сматрају да Суд има право да ствара право, заправо под тим подразумевају могућност Суда да развија право. Разлика је, дакле, више терминолошка него суштинска.

Због свега наведеног, већина аутора се не задовољава тиме да као једину функцију МСП одреди решавање спорова, али не иде ни тако далеко да сматра да Суд ствара право *ex nihilo*, већ користи термин *развијања права* (енг. *law development*) приликом решавања конкретних спорова. Шта, међутим, та дипломатска формулација у себи садржи, односно шта тачно она подразумева?

Херш Лаутерпахт (енг. *Hersch Lauterpacht*) је још 1934. године написао књигу о утицају ССМП на развој међународног права. Двадесет и четири године касније је написао књигу која је на неки начин представљала праву малу међународноправну револуцију.⁴³⁴ За разлику од већине других аутора, Лаутерпахту није био основни циљ да тумачи и вреднује пресуде Суда, већ да покуша да утврди каква је његова улога у развоју међународног права.⁴³⁵ Он га је видео као агента у том процесу. Као нека врста одговора том Лаутерпахтовом пројекту вредног поштовања је књига групе истакнутих аутора с тим што су они пре свега истраживали какав је допринос МСП био у појединачним областима међународног права.⁴³⁶ У првом поглављу ове књиге се, међутим, даје и један укупни осврт на улогу МСП у развоју међународног права.⁴³⁷

Оцењујући ову улогу МСП, Берман као један од аутора поменуте књиге негде при почетку свог доприноса тврди да је „Међународни суд правде у суштини био конзервативан... Видео је свој задатак као стварање правичног и објективног, *утемељеног* решења конкретног спора који се нашао пред њим, конструисаног на такав начин да максимално увећа шансе да се његове пресуде поштују, а не да се уграби прилика да се обликује или развије право“.⁴³⁸ Исти аутор види неколико разлога за овакав став Суда од

⁴³⁴ Lauterpacht H: *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge University Press, 1958.

⁴³⁵ С тога, не треба посебно да чуди Коскенијемиева фасцинација Лаутерпахтом кога је сматрао најутицајнијим међународним правником 20. века. Погледати, на пример: Koskenniemi M: *Lauterpacht: Victorian Tradition in International Law*, *European Journal of International Law*, Vol. 2, 1997, 215 – 263; Koskenniemi M: *Hersch Lauterpacht and the Development of International Criminal Law*, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, Issue 3, 2004, pp. 810-825

⁴³⁶ Ch. J. Tams, J. Sloan, (ed.) *op.cit.*

⁴³⁷ F. D. Berman, *The ICJ as an Agent of Legal Development?*, in: *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford University Press, 2013, pp. 7-25.

⁴³⁸ *Ibid*, p. 11.

којих је један питање његове институционалне структуре и необавезне надлежности.⁴³⁹ Мајкл Рајзман (енг. *Michael Reisman*) са друге стране тврди да је „Међународни суд правде изразито лоше структуриран за развој међународног права“.⁴⁴⁰ Берман, ипак, није уопште скептичан према могућностима МСП да развија међународно право и то на неколико нивоа.

У том смислу је занимљиво приметити како неколико аутора говори о томе да се улога Суда види у томе што након доношења неке пресуде Суд нема контролу како ће се на њу гледати. И Берман и Пелеистичу готово идентичне примере пресуда које су своју вредност показале након својег доношења и то тако што су утрле пут променама у међународном праву које данас узимамо здраво за готово, али ситуација приликом њиховог доношења није била ни изблизу таква.⁴⁴¹ Са друге стране, Нилс Петерсен помиње и бар једну која није произвела такав резултат.⁴⁴² И Петерсен и Ван Богданди и Инцке наглашавају да су у сваком случају пресуде МСП само једна од фаза у сложенијем процесу грађења нормативног става.⁴⁴³ Они одлуке Суда у том смислу посматрају као део циклуса у којем *правна правила граде нормативну структуру*, затим долази до *неслагања у вези са садржином норми*, у вези са тим неслагањем долази до *размене аргументације међу државама*, у појединим, мада ретким, случајевима долази до *пресуде међународних судова* да би све то довело до *промене у разумевању садржине правила*.⁴⁴⁴

Мало слободније говорећи, чини се да се успех понекад састојао у томе да је МСП успевао да се између неколико различитих интерпретација правних норми и принципа одлучи за ону која је најбоље одсликавала *zeitgeist* – генерални смер у коме се кретало међународно право у том тренутку. Наиме, такву његову интерпретацију би затим

⁴³⁹ У том смислу је веома занимљиво поредити улогу овог Суда у развоју општег међународног права са неким другим, сличним или веома различитим, међународним судским институцијама.

⁴⁴⁰ Цитирано према: Pelle A: *op.cit.* p. 842.

⁴⁴¹ Pellet A: *Shaping the Future of International Law: The Role of the World Court in Law-Making*, in: M. H. Arsanjani, J. K. Cogan, R. D. Sloane, S. Wiessner, (ed.) *Looking to the Future, Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, pp. 1065 – 1085.

⁴⁴² N. Petersen, *Lawmaking by the International Court of Justice – Factors of Success*, у: Bogdandy A. V, Venzke I, *op.cit.* pp. 411 – 439. И Пеле помиње неколико таквих примера.

⁴⁴³ *Ibid*, p. 417.

⁴⁴⁴ *Ibid*, p. 416.

прихватили субјекти међународних односа и она би постајала или нова норма међународног права или би то била стара норма са нешто промењеним садржајем. У том смислу се често заборавља чињеница да је Суд у том послу имао велику помоћ у заступницима субјеката који се нађу пред Судом.⁴⁴⁵ Примера ради се може погледати листа заступника у случају давања Саветодавног мишљења о Декларацији о независности Косова: Џејмс Крофорд (енг. *James Crawford*) који је у међувремену и сам постао судија, Малколм Шо, Марти Коскениеми...⁴⁴⁶

Осим тога што је МСП препознавао и даље утирао правац кретања међународног права, он је у случајевима који су били предмет његовог разматрања примењивао опште принципе на конкретне случајеве и на тај начин је попуњавао правне празнине и уклањао препреке и сумње које су се таложиле у доктрини.

Све ово нам, међутим, и даље не говори колико далеко МСП у својој пракси сме да иде са овим попуњавањем празнина, уклањањем препрека и хватањем *zeitgeist*. Пеле, на пример, тврди да поједине ситуације „захтевају бар неку моралну храброст, храброст која би требало да иде толико далеко да у неким екстремним случајевима одступи од бесмислених правила и замени их новим правилима која представљају реалистичнију оцену околности...“⁴⁴⁷ Ми заиста нисмо сигурни да је ово правилна оцена судијске функције. У сваком случају, као што смо неколико пута до сада истицали, мислимо да процес идентификације међународних норми које би требало применити на одређену ситуацију треба ослободити субјективних оцена судија колико год је то могуће. У процесу интерпретације норми свакако има више слободе за судијску „креативност“.

За предмет нашег истраживања је можда и најзначајнија Пелеова оцена идентификације међународних обичајних норми у пракси МСП јер он сматра да управо тај процес можда отвара највећи простор за судијску допринос развоју међународног права: „...буквално је немогуће објективно утврдити да ли је одређено правило које је Суд

⁴⁴⁵ Један од ретких изузетака у доктрини је Terris D, Romano C. P. R, Swigart L: *op.cit.* у којој се спомиње да је једна од предности поступака пред МСП управо то што се пред њим појављују најбољи познаваоци међународног права на свету.

⁴⁴⁶ Циник би могао да примети да у овом конкретном случају то није помогло Суду да дође до епохалних закључака, али свакако да то није имало везе са квалитетом поднесака.

⁴⁴⁷ Pellet A: *Shaping the Future of International Law: The Role of the World Court in Law-Making*, p. 1075.

применио обичајно или представља резултат његовог прогресивног развоја“.⁴⁴⁸ Иако смо скептични према овој оцени професора Пелеа који је много пута био део правних тимова држава пред Судом и доказивао постојање обичајних норми, можда је најбоље да коментар на њу дамо у закључном делу овог рада.

Пре тога ћемо дати само неколико примера како је МСП у својој пракси ценио природу своје судске функције. Тако је, на пример, у доста пута цитираном пасусу у Саветодавном мишљењу о правним последицама присуства Јужноафричке Републике у Намибији МСП закључио да „уколико се, на основу исправног правног тумачења неке ситуације, испостави да нека наводна права не постоје, последице тога се морају прихватити. Суд не може да успостави постојање таквих права да би избегао те последице. *То би у суштини значило преузети легислативну улогу у сврху остваривања политичких циљева и њихову промоцију која, колико год пожељна, не спада у функцију суда.*“⁴⁴⁹

Суд је то још раније утврдио у неким случајевима попут пресуде у случају тужбе Етиопије и Либерије против Јужноафричке Републике у којој је констатовао да се из параграфа 1 члана 38 Статута може извући закључак да „...Суд није легислативно тело. Његова дужност је да примени право онако какво је, а не да га ствара“.⁴⁵⁰ Једна од најважнијих таквих изјава Суда је дата у скорије време и то у веома познатом Саветодавном мишљењу о легалности употребе нуклеарног оружја:

...неке државе су тврдили да би Суд приликом давања одговора на постављено питање изашао из своје правосудне улоге и на себе преузео надлежност за стварање права. Јасно је да Суд не може да ствара право и, у околностима овог случаја, он није ни позван да то уради, већ је његов задатак да се упусти у његову нормалну судску функцију откривања (не)постојања правних принципа и правила применљивих на претњу употребом или употребу нуклеарног оружја. Претпоставка да би одговор на постављено питање захтевао од Суда да ствара право је заснована на претпоставци да у важећем *corpus juris* нема важећих правила за ову област. Суд не може да подржи овакав став; он утврђује постојеће право, а не ствара га иако приликом

⁴⁴⁸ Pellet A: *Shaping the Future of International Law: The Role of the World Court in Law-Making*, p.1082.

⁴⁴⁹ International Court of Justice, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 34.

⁴⁵⁰ International Court of Justice, *South West Africa, Second Phase, Judgment*, I.C.J. Reports 1966, p. 6, para. 89.

утврђивања и примене права, Суд неизоставно мора да појасни његову садржину и понекад примети његов општи тренд“.⁴⁵¹

Овај цитат из праксе Суда је занимљив из неколико разлога. Најпре, Суд изричито тврди да *не може да ствара право*. Одмах након тога, међутим, иде формулација у *околностима овог случаја он није ни позван да то уради*. То би другим речима значило да у неким другим околностима он може да буде позван да то уради. Суд не објашњава у којим би то околностима он то могао да уради. Један од потенцијалних кандидата је можда ситуација у којој Суд попуњава правне празнине. Иако је теоријски могуће да се ради о томе, нама се чини да попуњавање правних празнина није исто што и стварање права. Потврда се такође може наћи у случају тужбе Етиопије и Либерије против Јужноафричке Републике у којем је Суд констатовао следеће:

„могло би се тврдити да Суд има право да се упусти у процес „попуњавања правних празнина“ приликом примене циљног тумачења, према коме се актима морају дати максимални ефекти како би се осигурало остварење њихове зацртане сврхе. Суд на овом месту не мора да се упушта у природу овог принципа тумачења чија је садржина веома контроверзна, јер је јасно да он не може бити примењен на начин да би Суд морао да иде даље од онога што се разумно може сматрати процесом тумачења, те да се упусти у процес исправљања или мењања“.⁴⁵²

Друга могућност, по нашем мишљењу ипак реалнија, је да се овде заправо мисли на ситуације у којима саме странке у спору имају право да овласте Суд да донесе пресуду *ex aequo et bono*. Поставља се, међутим, питање да ли би Суд на овом месту (приликом давања Саветодавног мишљења) помињао могућност која није употребљива у тој врсти поступка и која, уосталом, никада и није примењена у пракси Суда.

Било како било, важнији је свакако овај последњи део у коме Суд још једном понавља да *он утврђује постојеће право, а не ствара га*, да би затим ипак појаснио виђење своје судске функције које ипак више иде у корак са модерном теоријом схватања судске функције: *приликом утврђивања и примене права, Суд неизоставно мора да*

⁴⁵¹ International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 237.

⁴⁵² International Court of Justice, *South West Africa, Second Phase*, Judgment, I.C.J. Reports 1966, p. 6, para. 91.

појасни његову садржину и понекад примети његов општи тренд. Ово, чини се, превазилази просту примену чувеног Монтеѕкјеовог виђења судије или суда као *bouche de la loi*.⁴⁵³ Оваква оцена иде у корак и са оним ставом Богдандија и Инцкеа (а и многих пре њих као на пример Келзена кога и они наводе) да примена неког правног концепта неизоставно значи и његову (макар делимичну) реконцептуализацију. Примећивање трендова је и у складу са оним што смо већ говорили о значају одлука МСП у контексту примећивања духа времена.

Па ипак, без обзира на ове додатне напомене Суда, склони смо да се генерално говорећи сложимо са напоменом Бермана и још неких аутора да је МСП углавном до сада био конзервативан по питању перципирања своје судске функције. Ова конзервативност Суда је углавном доживљавана као мана, односно препрека његовој активнијој улози на међународној сцени. Она, међутим, може да се гледа и из другог угла. Тако, на пример, Берман који је у више наврата био представник странака пред МСП наводи да се у том својству никада није осећао као заморче Суда у примени експеримента чији је циљ развој међународног права. Осим тога, конзервативна природа МСП има још једну вредност – баш због те конзервативне природе, једном кад МСП прихвати неки правни концепт (нпр. *ius cogens*) или „једном кад МСП утврди да је правни стандард део међународног обичајног права, мало ко би озбиљно довео у питање такву одлуку“.⁴⁵⁴

МСП је ту своју конзервативну природу, макар декларативно, показао и у том смислу што је у више наврата констатовао да „је дужност Суда не само да одговори на питања онако како су постављена у завршним поднесцима страна у спору, већ и да се уздржи од одлучивања по питањима која нису укључена у у тим поднесцима“.⁴⁵⁵ Да неко не би помислио да је овакав цитат последица чињенице да се ради о судском процесу пре више од шездесет година и да су се околности у међувремену доста промениле, треба

⁴⁵³ Bogdandy A. V, Venzke I, (ed.), *op.cit.*, p. 9.

⁴⁵⁴ Cassese A: *The International Court of Justice: Is it High Time to Restyle the Respected Old Lady*, у: Cassese A. (ed.): *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford University Press, 2012, pp. 239, 240. Важно је приметити да је баш Касезе, од свих, дао ову оцену јер њему, иначе, није било страном да се упусти у „конструктиван дијалог“ са МСП.

⁴⁵⁵ International Court of Justice, *Asylum, Judgment*. I.C.J. Reports 1950, p. 402.

напоменути да је Суд овај свој налаз цитирао и у једној много скоријој (мада за неке контроверзној) пресуди.⁴⁵⁶

Можда баш на овом месту није лоше споменути да од оснивања Суда у његовом саставу увек има судија које су у својим издвојеним или супротним мишљењима истицале нешто другачији став о улози Суда. Један од њих је већ помињани Херш Лаутерпахт. Чак би могло да се каже да постоје две врсте судија у том смислу: оне који задржавају конзервативан приступ и оне који га, у мањој или већој мери, доводе у питање. Као пример овог конзервативног приступа се може навести судија Игнасио (шп. *Ignacio*) који је у случају *Риболова* између Уједињеног Краљевства Велике Британије и Северне Ирске (УК) и Исланда поднео издвојено мишљење у коме каже следеће:

„Нисам несвестан ризика да ћу, заузимајући овакав став, можда бити оптужен да нисам у сагласју са модерним трендом да Суд без икаквог права преузме моћ стварања (права, прим. М.Х.) која му не припада ни по Повељи УН, ни по његовом Статуту. Можда ће неки чак рећи да је класична концепција међународног права којој сам наклоњен застарела; али што се мене тиче, не плашим се да наставим класичим путем тог права... с обзиром да сам изнад свега веран судској пракси, ја настављам да указујем на потребу да се Суд задржи на обавези да утврди шта је право у овом тренутку и то у односу на чињенице случаја који је пред њим“.⁴⁵⁷

Неке друге судије, иако се у основи слажу са тим да није задатак Суда да ствара међународно право, виде, ипак, нешто простора за његову креативнију улогу јер се

„управо судска функција састоји у томе да се објасни значење принципа опште природе и да се они примене на конкретну ситуацију... нема увек јасног и конкретног правног правила спремног за примену у свакој међународној ситуацији, али свака међународна ситуација се може одредити као *правна*... Корпус међународног права се често састоји од норми, које, уколико се разматрају изоловано, као да вуку у другачијим правцима... Задатак је судије да разреши, у том контексту... зашто би требало применити једну норму, а не другу у том

⁴⁵⁶ International Court of Justice, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), p. 18.

⁴⁵⁷ International Court of Justice, Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, (separate opinion of Judge Ignacio) p. 28.

одређеном случају. С обзиром да овакве норме без сумње постоје и да су то тешкоће са којима се суочава Суд у њиховој примени, не може бити говора о судском стварању права⁴⁵⁸.

Иако начелно можемо да се сложимо са оним што је рекла уважена суткиња Хигинс и што се по свему судећи заснива на њеном укупном схватању међународног права као процеса⁴⁵⁹, занимљиво би било поставити питање на основу којих критеријума се судија опредељује за ову или ону норму приликом бирања које је споменула.⁴⁶⁰ За нас је ипак важније да судија да би уопште могао да прави такве изборе мора да зна *које то норме упоређује*, а у контексту међународног обичајног права, *на основу којих критеријума процењује да ли те међународне обичајне норме уопште постоје и да ли се примењују на стране у конкретном спору*.

4.2 Појам међународне обичајне норме у пракси Међународног суда правде

У претходном делу рада смо већ констатовали да је примарна функција МСП решавање правних спорова, па кроз остваривање те функције и развој међународног права. Обављајући своју основну функцију, МСП понекад може и да допринесе разрешавању теоријских дилема, али не треба очекивати да ће он то редовно чинити. Најпре зато што ће по правилу обрађивати само она питања која су странке изнеле пред њега, а затим и због тога што ће значајан број његових судија избегавати да се непотребно нађе усред великих доктринарних дебата. Осим тога, не треба заборавити да су одлуке Суда плод компромиса већине његових судија које су и саме често другачијих теоријско-епистемолошких опредељења.

С обзиром на све наведено, не треба да чуди податак да се МСП у својој досадашњој пракси није дубље упуштао у питање појма међународног обичајног права. За

⁴⁵⁸ International Court of Justice, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), (separate opinion of Judge Higgins), p. 591.

⁴⁵⁹ О овоме смо већ писали у претходном делу рада.

⁴⁶⁰ Можда да наведемо да она у свом теоријском раду даје одговор на ово питање који, опет, може бити окарактерисан као контроверзан.

њега је по правилу био довољан сам Статут који га обавезује. У једном од претходних делова рада смо ионако указали да је одредба Статута према којој је међународни обичај *доказ опште праксе прихваћене као право*, више проблема изазвала у теорији него у пракси Суда. Суд чак није мислио ни да треба да појасни или исправи очигледне проблеме у овој одредници.

Иако је и пре овог случаја по свему судећи користио међународне обичајне норме како би донео пресуду, МСП је заправо први пут цитирао члан 38 (1) б у случају давања азила између Колумбије и Перуа.⁴⁶¹ Коментаришући, наиме, правну аргументацију Колумбије у овом случају, Суд је закључио следеће:

„страна у спору која се позива на обичај мора да докаже да је тај обичај настао на начин који обавезује другу страну у спору. Влада Колумбије мора да докаже да је правило на које се позива у складу са сталном и једнообразном праксом држава о којима је реч и да је ова пракса израз права које припада држави која даје азил и дужност која се може приписати територијалној држави. Ово произилази из члана 38 Статута Суда који се позива на међународни обичај „као доказ опште праксе прихваћене као право“.⁴⁶²

Након овог директног позивања на одредбе члана 38 Статута, Суд је исто учинио и у случају Права држављана САД у Мароку⁴⁶³ где је заправо цитирао налаз Суда из случаја Давања азила.⁴⁶⁴ Занимљиво је да се Суд након овог случаја директно позвао на одређење из члана 38 Статута тек око тридесет и пет година касније у случају разграничења

⁴⁶¹ International Court of Justice, *Asylum, Judgment*. I.C.J. Reports 1950, p. 200. Ближе о случају у: Briggs H. W: *The Columbian – Peruvian Asylum Case and Proof of Customary International Law*, *The American Journal of International Law*, vol. 45, no. 4, pp. 728 – 731, 1951; Evans A. E: *The Columbian – Peruvian Asylum Case: The Practice of Diplomatic Asylum*, *American Political Science Review*, vol. 46, issue 1, pp. 142 – 157, 1952; van Essen J. L. F: *Some Reflections on the Judgments of the International Court of Justice in the Asylum and Haya de la Torre Cases*; *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 1, pp. 533 – 539, 1952.

⁴⁶² Ibid, p. 277. Овај цитат ће нам бити важан кад будемо анализирали и неке друге аспекте праксе МСП у вези са настанком и утврђивањем постојања међународних обичајних норми (као на пример терет доказивања постојања обичаја и испуњеност критеријума за праксу као један од елемената међународне обичајне норме).

⁴⁶³ International Court of Justice, *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco*, Judgment of August 27th, I.C. J. Reports 1952, p. 176.

⁴⁶⁴ International Court of Justice, *Asylum, Judgment*. I.C.J. Reports 1950, p. 200.

морских појасева између Либије и Туниса и у случају *Никарагва*.⁴⁶⁵ У једном од најважнијих случајева у својој пракси у вези са применом међународног обичајног права, МСП је анализирајући примену овог права на конкретну ситуацију у и око Никарагве констатовао да је „чланом 38 обавезан да, *inter alia*, примењује међународни обичај „као доказ опште праксе прихваћене као право...“⁴⁶⁶

Занимљиво је, дакле, да је Суд направио толико дугу паузу у директном цитирању члана 38. Тим пре што је током овог периода било веома значајних пресуда које су доношене првенствено на основу међународних обичајних норми и које су имале одлучујући утицај на њихово разумевање у целокупној пракси Суда. Најдрастичнији пример у том смислу је пресуда у случају *Епиконтиненталног појаса у Северном мору*.⁴⁶⁷ Иако се, наиме, МСП у том случају веома детаљно бавио природом и структуром међународне обичајне норме, он се ни на једном месту није позвао на њено одређење у члану 38.

Ми не бисмо, ипак, овој чињеници придавали превелики значај. Након помињања одређења међународне обичајне норме у случају *Азила и Права држављана САД у Мароку*, сасвим је могуће да су судска већа сматрала да је ово одређење међународне обичајне норме општепознато и да нема нарочите потребе за њеним директним помињањем. О томе сведочи и чињеница, у коју ћемо се уверити у наставку рада, да се МСП у случајевима у којима није директно помињао члан 38 без обзира држао одређења међународне обичајне норме које из њега произилази. Помињање одређења из члана 38 у

⁴⁶⁵ International Court of Justice, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14.

⁴⁶⁶ International Court of Justice, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 98, para. 184.

⁴⁶⁷ International Court of Justice, *North Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3. Ближе о случају погледати: Johnson D. H. N: *The North Sea Continental Shelf Cases*, International Relations, vol. 3, pp. 522 – 549, 1969; Jennings R. Y: *The Limits of Continental Shelf Jurisdiction: Some Possible Implications of the North Sea Judgment*, The international and comparative law quarterly; vol. 18, pp. 819-832, 1969; Friedman W: *The North Sea Continental Shelf Cases: A Critique*, American Journal of International Law, vol. 64, pp. 229 – 240, 1970; Sambrailo B: *Contribution of the Yugoslav-Italian agreement on delimitation of the continental shelf in the Adriatic Sea to settlement of dispute in the North Sea continental shelf cases*, Jugoslovenska revija za međunarodno pravo, vol. 17, pp. 247 – 255, 1970; Goldie L. F. E: *The North Sea Continental Shelf Cases: A Ray of Hope for the International Court*, New York Law Forum, vol. 16, pp. 327 – 377, 1970; Nawaz M. K: *The North Sea Continental Shelf Cases Revisited*, Indian Journal of International Law, vol. 15, pp. 506 – 520, 1975.

случају Никарагва се по свему судећи може приписати томе да је оно било погодно с обзиром на конкретне (правне) околности тог случаја.⁴⁶⁸

Иако се, дакле, појам међународне обичајне норме у пракси Суда очекивано поклапа са са одређењем у члану 38 то, ипак, не значи да се судије појединачно нису, додуше веома ретко, одлучивале за њено нешто другачије одређење. Тако је, на пример, судија Веремантри (енг. *Weremantry*) у веома познатом и важном Саветодавном мишљењу о легалности употребе нуклеарног оружја навео да је „опште прихваћен тест признавања правила међународног обичајног права тај да би правило требало да буде „толико широко и опште прихваћено да би веома тешко могло да се замисли да га било која цивилизована држава одбаци“.⁴⁶⁹

Занимљиво је да је том приликом он заправо цитирао део једног случаја из 1905. године, а да се део који је он цитирао заправо уопште не односи на међународно обичајно право, већ је део ширег образложења зашто би међународно право требало да се третира као право које и енглески суд има право да примени.⁴⁷⁰ Посебно чуди што је судија Веремантри који је познат као жестоки противник позитивистичке правне школе цитирао случај који је, у складу са временом кад је настао, истицао волунтаристички приступ међународном праву.

На почетку овог дела рада смо већ рекли да иако је МСП први пут изричито цитирао одређење међународне обичајне норме из члана 38 Статута у случају *Давања азила*, то не значи да он међународне обичајне норме као извор није већ користио у својој пракси. Тако је, на пример, већ у свом првом случају, случају *Крфског канала*, МСП на неколико места користио формулације за које се може претпоставити да значе примену међународног обичајног права.⁴⁷¹ Коментаришући тако одговорност Албаније што није

⁴⁶⁸ Ближе о томе у наставку рада.

⁴⁶⁹ International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 1996 (dissenting opinion of Judge Weremantry) pp. 486, 487.

⁴⁷⁰ WEST RAND CENTRAL GOLD MINING COMPANY, LIMITED v. THE KING, 1905. доступно на интернет адреси: <http://www.uniset.ca/other/cs5/19052KB391.html>. Посећено: 24.10.2014.

⁴⁷¹ International Court of Justice, *Corfu Channell case*, Judgment of April 8th, 1949: I.C. J. Reports 1949, p. 4. Ближе о случају погледати, на пример, у: K. Bannelier, Th. Christakis, S. Heathcote (ed.), *The ICJ nad the Evolution of International Law: The enduring impact of the Corfu Channel case*, Routledge, 2012; Fitzmaurice G: *The Law nad Procedure of the International Court of Justice: General Principles and Substantive Law*, British

обавестила УК да су у Крфском каналу постављене mine, Суд је закључио да су „те обавезе засноване не на VIII Хашкој конвенцији из 1907. године која се примењује у доба рата, већ на неким општим и добро познатим принципима: основним начелима хуманости, још захтевнијим у доба мира него у доба рата; принцип слободе морског саобраћаја; и обавезе сваке државе да свесно не допусти да се њена територија користи супротно правима других држава“.⁴⁷²

Пуно папира је потрошено у анализи оваквог става Суда.⁴⁷³ То ће тек бити део нашег истраживања у главама које следе. За сад се чини довољним приметити да би принцип слободе морског саобраћаја могао да се изведе из обичајних правила у овој области. Потврда таквог става се може наћи у наставку пресуде у којој се каже „да је опште прихваћено и у складу са међународним обичајем да државе у време мира имају право да шаљу своје бродове кроз канале који се користе за међународну пловидбу... без претходног одобрења обалне државе, под условом да је пролаз *нешкодљив*“.⁴⁷⁴ Слично се вероватно може рећи и за обавезу државе да не дозволи да се њена територија користи супротно правима других држава јер би она могла да се посматра као корелат обичајном праву на сувереност држава.

Осим што је МСП понекад користио међународне обичајне норме иако се на њих није изричито позивао користио је и неке синониме. Вероватно најчешћи такав синоним је *опште међународно право* (енг. *general international law*). Ово не треба да чуди јер се поменута формулација понекад користи као синоним међународном обичајном праву и у доктрини међународног права. МСП га је, примера ради, веома много пута користио у пресуди *Риболова* у којем је УК тужило Норвешку због наводног нелегалног коришћења

Yearbook of International Law, 27, 1950; Yung Chung I: *Legal Problems Involved in the Corfu Channel Incident*, *Librarie Droz*, 1959; Fitzmaurice M. A: *The Corfu Channel Case and the Development of International Law*, in: *Liber Amicorum judge Shicoru Oda*, 2002.

⁴⁷² International Court of Justice, Corfu Channell case, Judgment of April 8th, 1949: I.C. J. Reports 1949, p. 22.

⁴⁷³ Фуснота 471.

⁴⁷⁴ International Court of Justice, Corfu Channell case, Judgment of April 8th, 1949: I.C. J. Reports 1949, p. 28. У наставку ове главе рада ћемо се ближе бавити чињеницом да се Суд није ни потрудио да пружи доказе да је ово заиста норма обичајне природе.

делова морских појасева у близини њене обале.⁴⁷⁵ Неки од примера су: „тврдња Уједињеног Краљевства је заснована на ономе што она сматра општим међународним правом које је применљиво на разграничење норвешких зона риболова“⁴⁷⁶; „...правило од десет миља није постало важеће опште правило међународног права“⁴⁷⁷; „...с тим у вези, пракса држава не показује настанак било ког општег правила међународног права“⁴⁷⁸.

Суд је слично поступио и у случају *Дипломатског и конзуларног особља Сједињених Америчких Држава у Техерану*⁴⁷⁹ (САД против Ирана) у коме је закључио да је Иран повредио „обавезе из Бечких конвенција о дипломатским и конзуларним односима... и применљива правила општег међународног права“.⁴⁸⁰ Још један пример се може пронаћи у случају *Залива Мејн* између САД и Канаде.⁴⁸¹ У овом случају је, наиме, Суд говорећи о карактеристикама међународног обичајног права у области разграничења неких морских појасева држава закључио да је тешко очекивати да „у новој и још увек неуређеној области која укључује веома скора проширења права држава на области које су до јуче припадале отвореном мору опште међународно право пружи уређен скуп правила

⁴⁷⁵ International Court of Justice, Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C. J. Reports 1951, p. 116. Ближе о случају погледати, на пример, у: Evensen J: *The Anglo-Norwegian Fisheries Case and Its Legal Consequences*, American Journal of International Law, Vol. 46, No. 4, 1952, pp. 609 – 630; Johnson D. H. N: *The Anglo-Norwegian Fisheries Case*, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 1, Pt. 2, 1952; Leanza U, Del Vecchio A: *Fifty years on International Case Law on Fisheries*, Oceana Pubcn, 1997; Kobayashi T: *The Anglo-Norwegian fisheries case of 1951 and the changing law of the territorial sea*, University of Florida press, 1965.

⁴⁷⁶ Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C. J. Refiorts 1951, p. 126.

⁴⁷⁷ Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C. J. Refiorts 1951, p. 131.

⁴⁷⁸ Ibid.

⁴⁷⁹ International Court of Justice, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, 1. C. J. Reports 1980, p. 3.

⁴⁸⁰ United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, 1. C. J. Reports 1980, p. 42.

⁴⁸¹ International Court of Justice, Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I. C. J. Reports 1984, p. 246. Ближе о случају погледати, на пример: Stuart K: *Lessons Learned from the Gulf of Maine Case : the Development of Maritime Boundary Delimitation Jurisprudence Since UNCLOS III*, Ocean and Coastal Law Journal; vol. 14, afl. 1, pp. 73-99 , 2008; Robinson R. D: *The Convergence of Law and Diplomacy in United States-Canada Relations: the Precedent of the Gulf of Maine Case*, Canada – United States Law Journal, vol. 26, pp. 37 – 45, 2000; Legault L. H, Hankey B: *From Sea to Seabed: the single maritime boundary in the Gulf of Maine Case*, American Journal of International Law, vol. 79, pp. 961 – 991, 1985; Shelly A. F: *Law of the sea : delimitation of the Gulf of Maine : case concerning delimitation of the maritime boundary in the Gulf of Maine area (Canada v. United States) 1984 I.C.J. no. 67, slip op. (Judgement of Oct. 12, 1984)*; Curtis L. L: *The Gulf of Maine case : major implications for maritime boundary delimitation*, National and International boundaries, vol. 14, pp. 829 – 842; 1985.

која се могу користити за решавање било ког проблема који настане у вези са разграничењем“.⁴⁸²

Без обзира на чињеницу да је, као што смо већ рекли, Суд преузео овај синоним из доктрине међународног права и што је он прилично широко прихваћен, постоји разлог зашто би он по нашем мишљењу ипак требало да буде избегнут. У једној од претходних глава овог рада смо већ указали да међународна обичајна норма не мора да буде *опита*, већ може да обавезује и мањи број субјеката међународног права.

У пракси МСП су се јављали и други синоними за међународно обичајно право. Саветодавно мишљење о *Одитети за повреде претрпљене у служби Уједињених нација*⁴⁸³ помиње „традиционално правило да дипломатску заштиту обавља држава...“⁴⁸⁴ Није до краја јасно да ли Суд под овим традиционалним правилом подразумева уобичајену праксу држава или међународно обичајну норму. С обзиром да Суд у наставку помиње, на пример, да се „... ово правило *примењује* на захтеве које поднесе држава“, а затим и да се правило заснива на томе да су повређене *обавезе* које држава има према другој држави чини се да се ипак мисли на међународно обичајно право јер има снажну правну конотацију са јасним правним последицама.

На крају, синоними се појављују и у издвојеним и супротним мишљењима судија. Тако је, на пример, судија Виниарски (енг. *Winiarski*) у већ поменутом случају *Крфског канала* разматрајући одговорност Албаније за штету која је нанета британским бродовима изјавио да треба разматрати одговорност Албаније „на основу *обичног међународног права* (енг. *ordinary international law*) као територијалне државе.“⁴⁸⁵ С обзиром да поље одговорности држава у међународном праву ни до данас није кодификовано, једино остаје да верујемо да је Виниарски мислио на одговорност према међународном обичајном праву.

⁴⁸² Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I. C. J. Reports 1984, p. 299.

⁴⁸³ International Court of Justice, Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion: I.C. J. Reports 1949, p. 174.

⁴⁸⁴ International Court of Justice, Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion: I.C. J. Reports 1949, p. 182.

⁴⁸⁵ International Court of Justice, Corfu Channell case, Judgment of April 8th, 1949: I.C. J. Reports 1949 (Крфски канал (dissenting opinion of Judge Winiarski)), p. 52.

4.3 Тумачење праксе као једног од елемената међународне обичајне норме у пракси Међународног суда правде

У претходном делу рада смо показали на који начин је МСП користио појам међународног обичајног права. Иако је понекад користио неке од поменутих синонима, он се, сасвим очекивано, држао дефиниције из члана 38 сопственог Статута. Из те добро познате дефиниције се најчешће извлачи и закључак о два елемента међународне обичајне норме од којих је један *пракса*. О томе смо, уосталом, писали и у претходном делу рада.

У једном од најважнијих случајева пред МСП у вези са тумачењем међународног обичајног права, случају *Епиконтиненталног појаса у Северном мору*⁴⁸⁶, судија Амун (енг. *Amoun*) је у свом издвојеном мишљењу показао како материјални извори права врше утицај на формалне изворе у овој области:

„чињенице које творе овај обичај се могу наћи у низу аката, унутрашњих и међународних, показујући намеру да се међународно право прилагоди друштвеној и економској еволуцији и напретку знања; ова еволуција и овај напредак су дали подстицај истраживању богатства поморског дна и слојева испод њега, употреби нових начина комуникација и транспорта... као и, генерално говорећи биолошких богатстава која све више постају неопходна за прехрану становништва чији број се веома брзо повећава“.⁴⁸⁷

У неколико других случајева, МСП је истакао колико је важан елемент праксе за настанак и утврђивање постојања међународне обичајне норме. Тако је, на пример, у већ спомињаном случају Никарагве против САД, Суд поновио да је обавезан међународним обичајним правом и да мора да поштује „суштински важну улогу опште праксе“⁴⁸⁸ као елемента међународне обичајне норме.

⁴⁸⁶ International Court of Justice, *North Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3.

⁴⁸⁷ *North Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Reports 1969 (separate opinion of Judge Ammoun), p. 106.

⁴⁸⁸ *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 98, para. 184.

Шта чини праксу?

У доста својих пресуда је МСП утврђивао шта се у околностима тих случајева може сматрати праксом као елементом међународне обичајне норме и ми ћемо показати неколико таквих примера. Треба, ипак, имати у виду да то не значи да се акти који нису изричито поменути у његовој досадашњој јуриспруденцији никако не могу сматрати праксом као саставним делом међународне обичајне норме. Да поновимо још једном - Суд се по правилу бави само оним што је непосредно у вези са случајем који решава.

У пресуди *Права проласка преко територије Индије*⁴⁸⁹ између Португала и Индије, Суд је коментаришући неодрживост тезе Португала да постоји међународно *универзално* обичајно правило⁴⁹⁰ констатовао да „истраживање праксе *а нарочито споразума* који су били закључени показује одлучно одбијање држава да буду обавезане... било по питању транспорта економских добара... било по питању транзита оружаних снага...“⁴⁹¹ Цитат, дакле, показује, да су уговори држава истраживани као део њихове праксе. Овакав став се поновио и у неким другим пресудама попут *Епиконтиненталног појаса у Северном мору* и многих других, али ћемо се више тиме бавити у наставку рада.

Случајеви *Риболова* (осим случаја *Риболова* у коме је УК Велике Британије и Северне Ирске тужило Норвешку и које је већ помињано, ту је и случај истог тужиоца против Исланда⁴⁹²) показују да се под праксом држава сматрају и једностранни правни акти којим су државе одређивале ширину територијалног мора или право риболова. Суд се у читавом низу других пресуда бавио разграничењем епиконтиненталних појасева држава и у том контексту је такође истраживао њихово право да једностранним правним актима одређују њихову ширину.

⁴⁸⁹ International Court of Justice, Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits) , Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, p. 6.

⁴⁹⁰ Закључак Суда је био другачији у вези са постојањем *локалног* обичајног правила између Португала и Индије.

⁴⁹¹ Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, p. 24 (курзив додат). Овај део пресуде може бити важан и у контексту истраживања субјективног елемента обичаја, али о томе више у наставку рада.

⁴⁹² International Court of Justice, Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 3.

У случају *Налого за хапшење од 11. априла 2000. године* (Конго против Белгије)⁴⁹³ тужена држава је у свом писаном поднеску изнела неколико аргумената због којих према њеном мишљењу имунитет министра иностраних послова Конга није препрека за издавање налога за хапшење.⁴⁹⁴ Међу тим аргументима је Белгија наводила и национална законодавства неких држава.⁴⁹⁵ Суд је приликом истраживања праксе држава у вези са имунитетом министра иностраних послова и питањем важења универзалне јурисдикције „пажљиво истражио праксу држава, укључујући *национално законодавство*...“⁴⁹⁶

У свом заједничком издвојеном мишљењу поводом овог случаја, троје судија је изразило незадовољство чињеницом да Суд у пресуди није прво истражио постоји ли обичајно право на универзалну јурисдикцију па се тек онда позабавио питањем имунитета.⁴⁹⁷ Посвећујући баш том питању добар део свог издвојеног мишљења, троје судија је констатовало да њихова „анализа може почети са *националним законодавством*, како би видели да ли оно одражава праксу држава“.⁴⁹⁸ У том контексту су они поменули седам националних законодавстава која су им се учинила важна, али какви год били њихови закључци у вези са тим, чини се да постоји сагласност да је национално законодавство део праксе као елемента међународне обичајне норме. Друго је питање,

⁴⁹³ International Court of Justice, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3. Ближе о случају погледати, на пример, у: Summers A: *Diplomatic Immunity Ratione Personae : Did the International Court of Justice Create a New Customary Law Rule in Congo v. Belgium?*, Journal of International Law and Practice; vol. 16, afl. 2, pp. 459-473, 2007; Strapatsas N: *The Effects of the Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) on the Exercise of Universal Jurisdiction*, In: *The Measure of International Law : Effectiveness, Fairness and Validity : Proceedings of the 31st Annual Conference of the Canadian Council on International Law*, Kluwer Law International, 2004; Wickeramasinghe Ch: *Arrest warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v Belgium), preliminary objections and merits, judgment of 14 February 2002*, The international and comparative law quarterly; vol. 52, afl. 3, pp. 775-781, 2003; Sands Ph: *International law transformed? : from Pinochet to Congo ...?*, Leiden journal of international law; vol. 16, afl. 1, pag. 37-53, 2003; Hopkins K: *The International Court of Justice and the question of sovereign immunity : why the Yerodia case is an unfortunate ruling for the development of public international law : Arrest Warrant of 11 April 2000 case : Democratic Republic of Congo v Belgium* <http://www.icj-cij.org>, South African yearbook of international law; vol. 27, pp. 256-263 , 2002.

⁴⁹⁴ Писани поднесак Белгије, доступан на: <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8304.pdf>.

⁴⁹⁵ Ibid.

⁴⁹⁶ Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3

⁴⁹⁷ Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002 (separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Burgenthal).

⁴⁹⁸ Ibid. para 20.

коме ћемо се више посветити у наставку рада, како ценити домете упоредне анализе националних законодавстава у укупној анализи утврђивања постојања међународне обичајне норме.

Национално законодавство, али и неки други елементи праксе су поменути и у издвојеном мишљењу судије Сепулведа-Амора (енг. *Sepulveda-Amor*) у случају *Спора у вези са пловидбеним и повезаним питањима* између Костарике и Никарагве (ово је само један у низу случајева између ове две државе пред Судом у последњих десетак година).⁴⁹⁹ Критикујући налаз Суда у погледу закључивања о постојању локалне међународне обичајне норме о праву локалног становништва Костарике на Сан Хуан реци између две државе, судија Сепулведа-Амор је подсетио да је Суд у својој јуриспруденцији под праксом подразумевао „... административне мере, законодавство, пресуде судова и уговоре“.⁵⁰⁰

Пресуде судова су у контексту праксе као елемента међународне обичајне норме посебно анализирани и у пресуди Конго против Белгије коју смо већ помињали. Занимљиво је приметити да су се обе стране у спору позивале на исте случајеве (понекад на различите фазе истог случаја) као што је на пример случај *Пиноче*.⁵⁰¹ У самој пресуди Суд је констатовао да је осим националног законодавства кога смо већ поменули пажљиво анализирао и „неколико одлука *виших националних судова*, као што су Дом лордова или Француски касациони суд“.⁵⁰²

У случају *Правосудних имунитета државе* (Немачка против Италије)⁵⁰³ Суд је при оцени да ли држава има имунитете пред националним судовима других држава навео да се

⁴⁹⁹ International Court of Justice, *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 213

⁵⁰⁰ *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, (separate opinion of Judge Sepulveda – Amor) p. 280, para 26.

⁵⁰¹ *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte*, 1999.

⁵⁰² *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 24, para. 58.

⁵⁰³ International Court of Justice, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99. Ближе о случају погледати: Kaldunsky M: *The Law of State Immunity in the Case concerning "Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)"*, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*; vol. 13, afl. 1, pp. 54-102, 2014; Bianchi A: *Gazing at the Crystal Ball (again) : State*

„у овом контексту, нарочито важна пракса држава може пронаћи у пресудама националних судова који су решавали питање да ли страна држава има имунитет, законодавству оних држава које су донеле законе који су уређивали питање имунитета, позивање на имунитет оних држава које су позване на одговорност пред другим судовима, као и изјаве држава, прво током дугог истраживања овог питања у Комисији за међународно право, а онда и у контексту усвајања Конвенције Уједињених нација“.⁵⁰⁴

Важност овог цитата се не исцрпљује у потврди да су преговори током закључивања међународних уговора, пресуде националних судова и њихово национално законодавство примери праксе, већ је важан и овај део у коме се и изјаве представника држава у Комисији за међународно право сматрају праксом. Тиме се, чини се, потврђује наш ранији закључак у погледу персоналног елемента међународне обичајне норме да се и *изјаве* представника држава морају сматрати праксом као елементом међународне обичајне норме, те да оне не морају бити праћене конкретним физичким актима. Слично се може рећи и за изјаве током преговора о закључивању међународних уговора.

Следеће питање је како је Суд ценио уздржавање од чињења као праксу држава. Вероватно је један од најбољих примера за то случај *Риболова* између УК и Норвешке. Суд је у овом већ поменутом случају анализирао праксу Норвешке и Велике Британије у вези са правом риболова близу обале Норвешке. Суд је том приликом установио да је Норвешка са неколико декрета успоставила право на повлачење правих полазних линија од којих се мере морски појасеви.

У образложењу пресуде Суд је навео да УК све до 1933. године није уложило никакав протест на норвешке декрете из 1812. и 1869. године. Затим се поставило питање *тумачења* одсуства протеста Велике Британије. Њени представници пред Судом су

Immunity and Jus Cogens beyond Germany v Italy, Journal of International Dispute Settlement; vol. 4, afl. 3, pp. 457-475, 2013; van Alebeek R: *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy): on Right Outcomes and Wrong Terms*, German Yearbook of International Law; vol. 55 (2012), pag. 281-317 / 2013; Oellers-Frahm K: *State Immunity vs. Human Rights: Observations concerning the Judgment of the ICJ in the Jurisdictional Immunities of States Case (Germany v. Italy)*, Mensch und Recht : Festschrift für Eibe Riedel zum 70. Geburtstag, 2013; Bouldraut F: *Identifying Conflicts of Norms: the ICJ Approach in the Case of the Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy : Greece Intervening)*, Leiden Journal of International Law; vol. 25, afl. 4, pp. 1003-1012, 2012.

⁵⁰⁴ Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 123, para 55.

покушали да покажу да нису били свесни става Норвешке по овом питању (ми смо у претходном делу рада који се бавио овим питањем изнели тврдњу да се уздржавање од чињења под одређеним условима може сматрати праксом, а као један од тих услова смо навели и да односна држава мора бити свесна артикулације става друге државе – ово потврђује на неки начин такав став).

Суд је, међутим, утврдио да је, имајући у виду праксу Норвешке која је била у складу са донетим декретима, значај рибарења у Северном мору на које излазе обе државе и одбијање Норвешке да приступи Конвенцији чија су правила била супротна донетим декретима, овај аргумент неодржив. У овој конкретној ситуацији је дакле једна држава (Норвешка) артикулисала правну тврдњу на коју није одговорено противтврдњом, односно њено артикулисано право није доведено у питање иако је друга држава (УК) у околностима конкретног случаја морала знати за тврдњу друге државе из чега је Суд закључио да Норвешка има право на повлачење правих полазних линија.

Питање важности *тумачења* одсуства чињења је можда још сликовитије у случају давања саветодавног мишљења о *Легалности употребе нуклеарног оружја*. Приликом доста сложене анализе уговорних и обичајних норми међународног права које би евентуално могле да се примене на употребу нуклеарног оружја Суд је најпре закључио да не постоје међународни уговори који би на изричит начин забранили употребу нуклеарног оружја.⁵⁰⁵

Након тога је прешао на анализу међународних обичајних норми у овој области и на овом месту је требало утврдити да ли постоји некаква пракса држава у вези са постављеним питањем која би могла да се сматра делом међународне обичајне норме. Неке од држава које су пред Судом тврдиле да је употреба нуклеарног оружја забрањена су своје становиште између осталог базирале и на чињеници да од напада на Хирошиму и Нагасаки није дошло до употребе нуклеарног оружја у оружаним сукобима. Ово уздржавање од чињења су дакле *тумачиле* као уздржавање које је последица свести о правној обавезности таквог понашања.

Са друге стране, неке државе које су пред Судом тврдиле да употреба нуклеарног оружја није забрањена нормама међународног права су заступале став да је чињеница да

⁵⁰⁵ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996.

до употребе нуклеарног оружја у оружаним сукобима није дошло последица стицаја околности, а не свести о правној обавезности таквог понашања. Суд је, дакле, *морао* да *тумачи разлоге* због којих није дошло до употребе нуклеарног оружја и да на основу њих да одговор на питање да ли постоји нека међународна обичајна норма у вези са овим питањем. До тога је могао да дође на основу аргументације држава (како ће се показати касније у овом раду, нарочито оних држава које поседују нуклеарно оружје). Ово је једно од тих класичних места које смо већ поменули и којима ћемо тек посветити одређену пажњу, а које показује немогућност раздвајања два елемента међународне обичајне норме. Како указује и Џералд Постема *opinio iuris* је увек *о* пракси. Као што ће моћи да се види у наставку рада, слично може да се закључи и на основу анализе пресуде у случају *Никарагва*.

Можемо да закључимо овај део рада тиме што ћемо подсетити да је Суд у својој досадашњој јуриспруденцији потврдио да начелно говорећи праксу као елемент међународне обичајне норме можемо извући из дипломатских преговора држава, пресуда националних судова, различитих фаза приликом преговора и закључивања међународних уговора, различитих врста једностраних правних аката држава, националних законодавстава, изјава представника држава приликом њиховог рада у Комисији за међународно право, итд. Суд је наравно у контексту различитих случајева неке веома конкретне акте као што је на пример бушење нафтних рупа у мору посматрао као праксу, али овакви акти држава су се углавном заснивали на неком од горепомнутих. Тако би држава, на пример, пре или након тог бушења донела једностранни правни акт као правни основ делимитације неког морског појаса.

Занимљив пример у том смислу је случај *Копнене и морске границе између Нигерије и Камеруна* (Камерун против Нигерије) у коме су се ове две државе договориле да се појаве пред Судом како би решиле своје територијалне спорове.⁵⁰⁶ Нигерија је том приликом тврдила да на одређеним деловима језера Чад има суверенитет на основу историјских права насталих дугом окупацијом, ефективним владањем том територијом и

⁵⁰⁶ International Court of Justice, Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment, I. C. J. Reports 2002, p. 303.

практиковањем атрибута суверености уз *пристанак* Камеруна (ослањање на теорију одржаја као начин стицања државне територије).⁵⁰⁷

Иако је Суд закључио на крају да је овакав начин стицања државне територије веома споран и да Камерун заправо није дао пристанак на промену носиоца територијалних права у овој спорној области, чини се да би у другачијим фактичким околностима овакав начин стицања државне територије можда могао да се подведе под обичај. Један од услова за то би, међутим, морао да буде да је држава која је ефективно запосела један део територије друге државе то урадила на такав начин да се позвала на право на вршење суверености на тој територији, а да друга страна у одређеном временском периоду није на то реаговала иако је за то знала.

Дакле, иако се у овом случају (и у неким другим сличним случајевима у пракси Суда⁵⁰⁸) није радило о примени међународних обичајних норми и они би могли да буду индикатор да би за постојање локалне обичајне норме морала да постоји најпре *правна артикулација* у пракси државе коју би затим прихватила (макар и прећутно под одређеним условима) и друга држава. У сваком случају и ови случајеви показују да се пракса мора *тумачити*, те да сама по себи не даје довољно елемената за закључивање.

Чија пракса?

Само летимичан поглед на претходни део рада у коме смо истакли шта је МСП сматрао праксом као елементом међународне обичајне норме показује да смо се заправо искључиво бавили праксом *држава*. Ово није последица нашег етатистичког опредељења. То је једноставно последица чињенице да пред МСП као стране у спору могу да се нађу само државе. Осим тога, ми ћемо се у једном од следећих поглавља бавити утицајем који одлуке међународних организација имају на настанак и утврђивање постојања међународних обичајних норми тако да смо тај део намерно изоставили из претходних разматрања. Иако се Суд, дакле, доминантно бавио праксом држава, постоје и неки ретки изузеци.

⁵⁰⁷ Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment, I. C. J. Reports 2002, para 62 – 70.

⁵⁰⁸ Погледати, на пример: International Court of Justice, Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiria vs Chad), I.C.J. Reports 1994, p. 6.

Свакако најважнији међу њима је случај између Костарике и Никарагве који смо већ помињали и коме би у овом контексту ваљало посветити мало више пажње. У првом делу ове пресуде се Суд бавио питањем правног режима на реци Сан Хуан која у једном свом делу представља границу између две државе. Како је ово питање између две државе, међутим, било решено Уговором из 1858. године и неким каснијим уговорима, оно је много мање релевантно за тему нашег истраживања. Негде при крају пресуде Суд се позабавио и тврдњом Костарике да њени рибари имају право да за своје потребе (не дакле и у комерцијалне сврхе) рибаре на обали реке Сан Хуан и то на основу међународног обичајног права које је „преживело“ и Уговор из 1858. године.⁵⁰⁹ Иако се Никарагва сложила да овакав вид пецања постоји одавно, она је негирала да је оваква пракса прерасла у обичајно право.

У неуобичајено кратком образложењу Суд је у вези са овим наводима Костарике и Никарагве закључио следеће:

„Суд сматра да не треба очекивати да пракса, по својој природи, имајући нарочито у виду изолованост ове области и малу популацију, буде забележена на било какав формалан начин у званичним документима. За Суд је нарочито важна чињеница да Никарагва није негирала постојање права заснованог на пракси која се одвијала на неометан начин и која није доведена у питање током веома дугог периода. Суд стога закључује да Костарика има обичајно право“.⁵¹⁰

Овакав закључак Суда је занимљив из неколико разлога. Он, наиме, помало одступа од главног модела који смо већ представили и по којем пракса *сама по себи* не може гарантовати постојање права. Суд је, наиме, констатовао да је чињеница да Никарагва није негирала постојање *права заснованог на пракси* довољно за настанак обичаја иако није *тумачио разлоге* због којих Никарагва то није чинила. Она је, наиме, тврдила да се њена

⁵⁰⁹ Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009, para 140.

⁵¹⁰ Ibid, pp. 265-266, para 141.

„толеранција не може тумачити као извор права“.⁵¹¹ Ситуација је још занимљивија због тога што се чини да током овог периода Костарика није *правно артикулисала* сопствено право на рибарење у овом делу Сан Хуан реке. Но, о томе ћемо детаљније говорити кад будемо истраживали *opinio iuris* као елемент међународне обичајне норме.

На овом месту нам је занимљиво нешто друго што је приметио и судија Сепулведо-Амор у свом издвојеном мишљењу. То је, наиме, чињеница да је Суд под праксом као елементом међународне обичајне норме у овом случају посматрао *праксу рибара* који нису представници државног апарата Костарике. Судија Сепулведо-Амор је критички то приметио на следећи начин: „у овом случају, пракса локалне заједнице сељана Костарике који живе на обали реке се не може изједначити са праксом државе Костарика... Суд је стално изнова наглашавао природу аката које ће узети у обзир како би одредио да ли пракса постоји, аката који могу довести до стварања обичајног права. Ови акти укључују административне мере, законодавство, пресуде судова и уговоре“.⁵¹²

Ситуација је још занимљивија ако се примети да је МСП на крају констатовао да *Костарика* има обичајно право. Ово се чини контрадикторним у односу на став да је право на рибарење директно произашло из дуге, неометане праксе *рибара*, па би могло да се постави питање ко је заправо титутлар овог права на рибарење: сами рибари или Костарика? Питање није само од теоријског значаја јер уколико се прихвати да и појединци својим актима могу да производе праксу као елемент међународног обичајног права и да онда уживају права на основу те праксе, то би могло радикално да промени начин настанка међународних обичајних норми. Ситуација је, макар на први поглед, другачија и од других случајева риболова пред МСП у том смислу да су у њима *државе у име својих риболоваца* саопштавале правну артикулацију својих права и чекале реакцију других држава на то.

У пракси МСП постоје и други примери у којима је на неки начин доведена у питање ексклузивност држава по овом питању. Тако је, на пример, судија Алварез у саветодавном

⁵¹¹ Ibid, para 140.

⁵¹² Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009 (separate opinion of Judge Sepulveda-Amour), курзив додат.

мишљењу *Генералне скупштине за пријем државе у Уједињене нације*⁵¹³ навео да „уобичајено гледиште да само државе стварају међународно право стога није тачно данас, нити је заправо то икада било. Истине ради, уз уговорно право постоји обичајно право и изнад свега доктрина, који не само да имају прилику да стварају обичај, већ су и формулисали правила која су државе поштовале. У будућности, на Генералној скупштини УН, на Међународном суду правде и на будућој доктрини је да, више него било ко други, стварају међународно право“.⁵¹⁴

Судија Веремантри у свом издвојеном мишљењу у случају *Пројекта Габчиково-Нађимарош* (између Мађарске и Словачке)⁵¹⁵ поменуо следеће: „принцип одрживог развоја је стога део модерног међународног права не само због његове логичке неопходности, већ и због његовог широког и општег прихватања у *глобалној заједници*“.⁵¹⁶ Термин глобална заједница се обично намерно употребљава како би се направила разлика у односу на неке етатистичке концепте и како би се укључио већи број актера попут појединаца, невладиних организација, итд. У овом контексту би то могло да представља индикатор да међународну обичајну норму у њеном настанку морају да прихвате и други актери, а не само државе. Судија Веремантри, међутим, у наставку свог издвојеног мишљења мења терминологију и доводи у питање овакав закључак када каже да „општа подршка *међународне заједнице* не значи, наравно, да сваки појединачни члан *заједнице држава* мора да да своју изричиту и конкретну подршку том принципу – нити је ово услов за настанак принципа међународног обичајног права“.⁵¹⁷

У случају *Налого за хапшење од 11. априла 2000. године* суткиња Вингерт (енг. *Wyngaert*) је у свом супротном мишљењу критиковала Суд због „његовог генералног приступа који занемарује читав скорашњи развој модерног међународног кривичног права

⁵¹³ International Court of Justice, Competence of Assembly regarding admission to the United Nations, Advisory Opinion : I.C. J. Reports 1950, p. 4.

⁵¹⁴ Competence of Assembly regarding admission to the United Nations, Advisory Opinion : I.C. J. Reports 1950 (separate opinion of Judge Alvarez), p. 13.

⁵¹⁵ International Court of Justice, Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary vs. Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1997, p. 7.

⁵¹⁶ Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary vs. Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1997 (separate opinion of Judge Weremantry), курзив додат.

⁵¹⁷ Ibid. курзив додат.

у правцу признавања принципа индивидуалне одговорности за најтеже међународне злочине. Суд не игнорише ово у потпуности, али заузима екстремно минималистичку позицију тиме што усваја веома уско тумачење „клаузуле о изостанку имунитета“ у међународним документима“.⁵¹⁸ У даљем делу супротног мишљења судијица Вингерт наводи да се поменути развој веома добро види у низу међународних инструмената, доктрини међународног права и деловању различитих међународних организација и тинк тенкова. У наставку она наводи да се „ово може посматрати као став *цивилног друштва* које се не сме потпуно занемарити у настанку међународног обичајног права данас“.⁵¹⁹

Јасно је, дакле, да Вингерт отворено критикује етатистичку позицију Суда у овом случају и да се залаже за то да и став *цивилног друштва*, како га она назива, *не сме да буде занемарен*. То нам, међутим, не даје довољно индикатора каква би тачно та улога *цивилног друштва* требало да буде у процесу настанка међународних обичајних норми.⁵²⁰ Остаје нејасно да ли се њихова улога исцрпљује у *давању подстицаја* за настанак нових или другачије тумачење већ постојећих норми међународног обичајног права у овој области (дакле у виду материјалних извора права) који би затим могли да се усвоје у виду формалних извора права укључујући и обичај, или *цивилно друштво* може да буде равноправан учесник са државама у стварању међународних обичајних норми. Обе интерпретације су могуће и носе са собом одређене последице.

Каква пракса?

У претходним деловима рада смо говорили о томе шта представља пракса као елемент међународне обичајне норме и о чијој се пракси ради. У овом делу рада ћемо говорити о нечему што смо у неколико наврата већ успут поменули, а то је које критеријуме пракса мора да испуни како бисмо је сматрали елементом међународне обичајне норме. Као што смо већ истакли једини наговештај у том смислу који можемо да

⁵¹⁸ Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002 (dissenting opinion of Judge Wuyngaert) p. 154, пара 27.

⁵¹⁹ Ibid, p. 155, para 27 (курзив у оригиналу).

⁵²⁰ Овде би требало бити поштен према суткињи Вингерт и рећи да то и није задатак судије у давању издвојеног или супротног мишљења уз пресуду.

извучемо из члана 38 (1) б Статута МСП је да пракса мора да буде општа, али се наравно у пракси поставља питање шта то тачно значи.

У случају *Риболова* између УК и Норвешке Суд је, као што смо већ помињали, утврђивао да ли је пракса Норвешке о повлачењу правих полазних линија у складу са међународним обичајним правом. Том приликом је он констатовао да је „опште толерисање страних држава у погледу норвешке праксе неупитна чињеница“.⁵²¹ Када се, међутим, погледа цела пресуда јасно је да он заправо изричито помиње само анализу реакција Француске и УК на норвешку праксу. С обзиром на природу спора, нереално је очекивати да у прихватању метода правих полазних линија за Норвешку активно учествује велики број држава. Ради се, наиме, о томе да је само мали део њих - оне које излазе на Северно море и друге које су рибариле у том подручју – имао мотива да на било који начин реагује на норвешку праксу. Ово је можда један од разлога зашто је Дамато тврдио да се овде заправо радило о регионалном обичају.⁵²²

Ми, међутим, нисмо сигурни у то и пре мислимо да је Суд овом приликом мислио на прећутну сагласност осталих држава. Тешко је, наиме, замислити да би примера ради амерички рибари имали право риболова иза правих полазних линија након овог спора што би био случај уколико би се радило о регионалном обичају. Уколико држава има право да повлачи праве полазне линије, онда би то морало да важи за све друге субјекте међународног права. Било како било, из овог случаја би онда вероватно могао да се изведе закључак да Суд у неким сличним ситуацијама заправо не захтева активну праксу великог броја држава, већ оних које реално имају некаквог интереса по том питању.

Можда већ ова почетна расправа показује зашто многи аутори наглашавају да је настанак међународних обичајних норми *вештина или уметност, а не наука*.⁵²³ Иако ми нисмо спремни да идемо тако далеко, и на основу овог примера се може видети да се околности морају ценити од случаја до случаја. И то управо додаје на важности анализи праксе МСП.

⁵²¹ Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C. J. Reports 1951, p. 138.

⁵²² D'amato A. A: *op.cit.*

⁵²³ Pelle A: *op.cit.*

У случају *Нотебом* (енг. *Nottebohm*) између Лихтенштајна и Гватемале⁵²⁴ Суд је анализирајући питање држављанства и става међународног права по овом питању констатовао да је „различитост демографских услова до сада довела до тога да је немогуће постићи било какав *општи* споразум о правилима која се тичу правила о држављанству...“⁵²⁵ Тиме је Суд утврдио пут у својој јуриспруденцији у којој је неколико пута констатовао да критеријум опште праксе није задовољен.

Свакако најпознатији случај у том смислу је случај *Епиконтиненталног појаса у Северном мору*. О овом случају ћемо много више говорити кад будемо истраживали утицај међународних уговора на настанак и утврђивање постојања међународних обичајних норми, али нам је у овом контексту важан јер се у њему помиње да „пракса држава... треба да буде *широко распрострањена* (енг. *extensive*)“⁵²⁶, а нешто пре тога Суд користи и термин *веома широко распрострањена* (енг. *very widespread*)⁵²⁷. Истражујући да ли су ови услови испуњени у овој конкретној ситуацији, Суд је одбацио праксу самих држава уговорница и регистровао петнаестак таквих случајева.⁵²⁸ Суд је затим констатовао да „чак и да ови случајеви не представљају *веома малу сразмеру у односу на све оне у свету у којима би потенцијално требало да се изврши делимитација*...“⁵²⁹ Суд не би био у стању да из њих извуче норме обичајне природе јер постоји „... неколико основа који им одузимају значај прецедента у конкретном контексту“.⁵³⁰

Подвучени део цитата показује *шта се мери у односу на шта* приликом разматрања да ли је пракса испунила услов општости, или како га Суд у овом конкретном случају зове условом *веома широке распрострањености*. Код општег или универзалног обичаја се онда мора задовољити услов да у пракси учествује довољан број држава у

⁵²⁴ International Court of Justice, *Nottebohm Case (second phase)*, Judgment of April 6th, 1955: I.C. J. Reports 1955, p. 4.

⁵²⁵ *Nottebohm Case (second phase)*, Judgment of April 6th, 1955: I.C. J. Reports 1955, p. 23. Синтагма *општи споразум* би могла да се тумачи на различите начине, али један од њих је и међународно обичајно право.

⁵²⁶ International Court of Justice, *North Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, para. 74. Исти термин је Суд искористио и у случају *Морског разграничења између Бахреина и...* (p. 102)

⁵²⁷ *North Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, para. 73. Термин *широко распрострањен* је у овом контексту поменут и у случају *Залива Мејн* (para 134).

⁵²⁸ *North Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, para 75.

⁵²⁹ *North Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, para 76. курзив додат.

⁵³⁰ *Ibid.*

односу на све оне у свету које потенцијално имају интереса у тој материји, а не у односу на све државе на свету. То нам, ипак, не казује колики је тај број *довољних* држава. Суд се, наравно, тиме у овом случају није бавио јер за тим није било потребе у конкретним околностима овог случаја.

То, међутим, није спречило појединачне судије да се у својим супротним и издвојеним мишљењима тиме позабаве. Судија Нерво је у свом издвојеном мишљењу потврдио налаз Суда тиме што је рекао да „се не чини да су случајеви употребе линије еквиливансе за разграничење епиконтиненталних појасева држава које леже једна поред друге *бројни*...“⁵³¹ Најобимније је вероватно било издвојено мишљење судије Амуна. Он најпре у уводу констатује да се на основу члана 38 Статута Суда докази за постојање обичаја морају тражити првенствено у пракси држава „те је стога питање да ли је та пракса поштована, *не баш универзално*, већ да ли је, као што је веома јасно из горепомеанутог члана, ту праксу поштовала значајна већина држава...“⁵³² Судија Амун се није сложио са ставом Суда да примере праксе држава у овој области треба тражити само у примерима разграничења држава које леже једна поред друге, већ целу област разграничења морских појасева. Без обзира на ту разлику, према сопственом признању судије Амуна, чак и кад се у једначину укључе и ти други случајеви „њихов број достиже тек око половине од броја у међународној заједници. Тешко је у тим елементима пронаћи опште прихваћену праксу из члана 38, параграф 1 (б) Статута Суда“.⁵³³ Судија Амун ипак додаје генералну оцену да доказе о постојању међународне обичајне норме треба тражити „у понашању великог броја држава, вероватно већини држава, а у сваком случају *значајне већине заинтересованих држава*“.⁵³⁴

У случају *Риболова* између УК против Исланда Суд је закључио да „пракса држава по питању риболова показује повећано и *широко распрострањено* прихватање концепта преференцијалних права обалне државе“.⁵³⁵ Могуће је, међутим, да је Суд овде пре мислио на то да *opinio iuris* мора бити широко распрострањен, а не пракса као елемент

⁵³¹ North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, (separate opinion of Judge Nervo), p. 86.

⁵³² North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, (separate opinion of Judge Ammoun), p. 103.

⁵³³ Ibid.

⁵³⁴ Ibid.

⁵³⁵ Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 26, para 58.

обичајне норме.⁵³⁶ У свом заједничком издвојеном мишљењу у овом случају судије Форстер (енг. *Forster*), Бенгзон (енг. *Bengson*), Хименез де Аречага (шп. *Jiménez de Aréchaga*), Нагендра Синг (енг. *Nagendra Singh*) и Руда (енг. *Ruda*) су написали да је „суштински услов како би пракса држава стекла статус међународног обичајног права та да буде *заједничка* (општа) (енг. *common*)“.⁵³⁷ Они су позивајући се на претходну јуриспруденцију Суда закључили да у вези са правом риболова обалних држава не постоји међународна обичајна норма јер „нема правила које се може извући из праксе држава, а да је довољно *опште*...“.⁵³⁸

Судија Дилард (енг. *Dillard*) се у свом издвојеном мишљењу није зауставио на овако општим оценама. Он је наиме користио веома конкретне податке како би установио колико је заправо нека пракса била општа и закључио: „ауторитативна анализа праксе 147 независних држава из августа 1972. године показује 12 миља или мање (као горњу границу зоне риболова (прим. М.Х.), 19 са границом 15 до 200 наутичких миља, 4 амбивалентне и 28 које немају излаз на море. Прорачун Стејт Дипартмента Сједињених Држава показује да 88% оних који су имали границу од 12 наутичких миља или мање и 12% оних који су имали преко 12 наутичких миља“.⁵³⁹ Интересантно је да у контексту овог случаја судија Дилард заправо не доноси закључак о (не)постојању обичајне норме у овом конкретном случају *искључиво* на основу ових цифара већ позива на њихово *тумачење* и то уз помоћ субјективног елемента.⁵⁴⁰

Слично „бројање глава“ у вези са праксом држава се појавило и у саветодавном мишљењу о *Легалности употребе нуклеарног оружја*. Нема, наиме, сумње да је (значајна) већина држава у том тренутку заступала став да је употреба нуклеарног оружја забрањена

⁵³⁶ Ово доказивање *opinio iuris* преко праксе је још један индикатор да је два елемента у пракси немогуће раздвојити.

⁵³⁷ Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974 (joint separate opinion of judges Forster, Bengson, Aréchaga, Singh and Ruda), p. 50.

⁵³⁸ Ibid.

⁵³⁹ Ibid, p. 57.

⁵⁴⁰ Ibid, p. 58.

нормама међународног права иако је судија Веремантри у свом супротном мишљењу сасвим сигурно претерао када је устврдио да је број тих држава између 180 и 185.⁵⁴¹

За ово питање је, ипак, важно нешто што се први пут појавило у случају *Епиконтиненталног појаса у Северном мору*. Наиме, још тада се у пракси Суда искристалисало правило да за оцену праксе нису довољни само квантитативни, већ се морају употребити и квалитативни критеријуми. Ми смо већ цитирали део поменутог случаја у којем је Суд рекао да је неопходно да пракса буде широко распрострањена, али је Суд додао и да „веома широко распрострањено и *репрезентативно* учешће у конвенцији (може бити довољно за настанак међународне обичајне норме, прим. М.Х.) уколико оно укључује *оне државе чији су интереси нарочито погођени*“.⁵⁴² Није, дакле, довољно само „бројати главе“, већ је потребно видети и које су то главе и да ли међу њима и оних које су у том посебном контексту нарочито важне.

У случају *Легалности употребе нуклеарног оружја* је настала оштра подела међу судијама које су сматрале да је употреба забрањена и оних који су сматрали да се то не може апсолутно рећи – одлука је на крају донета гласом председавајућег. Једна од линија подела међу њима је било и то да ли се нуклеарним силама у контексту овог случаја може приписати статус *посебно погођених држава*. Закључак Суда да не постоје обичајне норме које би забраниле употребу нуклеарног оружја вукао је на страну оних који су тврдили да је одговор позитиван, иако Суд у свом релативно кратком образложењу није то изричито споменуо.

Иако је судија Швебел у свом издвојеном мишљењу чини се проширио свој аргумент у вези са овим, он и даље подсећа на концепт држава са посебно погођеним интересима када говори чију праксу треба анализирати: „то је пракса пет највећих светских сила, сталних чланица Савета безбедности, коју су у значајној мери подржали њихови савезници и друге државе које су скровиште тражиле под нуклеарним кишобраном у последњих 50 година“.⁵⁴³ Практика ових држава, по речима Швебела

⁵⁴¹ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (dissenting opinion of Judge Wereemantry). Као доказ да је поменути судија претерао у процени је довољно погледати писане поднеске држава пред Судом у овом случају.

⁵⁴² North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 42, para 73.

⁵⁴³ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (dissenting opinion of Judge Schwebel) p. 90.

представља највећи део „...светске војне и економске и финансијске и технолошке снаге и веома велики део светског становништва...“.⁵⁴⁴

Кад смо већ код квалитативних критеријума, не можемо да не поменемо да је и судија Амун у већ поменутом издвојеном мишљењу у случају *Епиконтиненталног појаса у Северном мору* имао неколико коментара на ту тему који помало одударају од Швобелових: „... да би данас у свету настало неко ново правило општег међународног права мора се у обзир узети један суштински фактор, а то је да државе са различитим политичким, економским и правним системом, државе са свих континената, учествују у том процесу. Опште правило међународног права не може се више засновати на вољи једног или неколицине, као што су некада тврдили европске државе“.⁵⁴⁵

Судије Шахабудин и Веремантри су у својим супротним мишљењима у случају *Легалности употребе нуклеарног оружја* одлучно одбациле могућност да су нуклеарне силе посебно погођене у контексту тог случаја. Обојица су, наиме, тврдила да код питања која задиру у опстанак човечанства нема држава чији су интереси *нарочито* погођени.⁵⁴⁶

Како смо већ истакли, члан 38 Статута Суда нам даје само ову одредницу *општа* уз праксу као елемент међународне обичајне норме. Суд је, међутим, у својој досадашњо јуриспруденцији установио да то није довољно. У случају *Риболова I* Суд је истраживао праксу Норвешке у вези са повлачењем правих линија између 1812. године и 1933. године и из тога је закључио следеће:

„Суд сматра да *не треба придавати превише пажње малом броју правих или привидних контрадикторности или недоумица* за које је Влада Уједињеног Краљевства тврдила да их је открила у пракси Норвешке. Они се лако могу разумети у светлу различитих чињеница и услова који су владали у дугом периоду од 1812. године и нису такве природе да могу променити закључак Суда. У светлу ових закључака и у одсуству убедљивих супротних доказа,

⁵⁴⁴ Ibid.

⁵⁴⁵ North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, (separate opinion of Judge Ammoun), p. 152.

⁵⁴⁶ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (dissenting opinion of Judge Wereemantry).

Суд је обавезан да закључи да су власти Норвешке примењивале свој систем делимитације *на један исти начин и непрекидно* од 1869. године до настанка спора⁵⁴⁷.

Суд је на крају у складу са овим додао и „да је метод повлачења правих линија који је примењивала Норвешка био резултат специфичног географског изгледа норвешке обале; да је и пре него што је спор настао овај метод *консолидован сталном* и довољно дугом праксом...“⁵⁴⁸

Овакви закључци Суда су веома важни за разумевање не само праксе као елемента међународне обичајне норме, већ и за целокупно разумевање процеса настанка међународне обичајне норме. Да пођемо најпре од ових критеријума да пракса мора да буде обављана на исти, једнообразан начин и непрекидно или стално. Ови услови се не могу пронаћи у члану 38 Статута који само прописује да пракса мора да буде *општа*. Занимљиво је у том смислу приметити да је и у случају *Азила* Суд констатовао следеће: „... Влада Колумбије мора да докаже да је наводно правило на које се она позива у складу са *сталном и једнообразном* праксом... (енг. *constant and uniform usage*)“⁵⁴⁹ Према мишљењу Суда „ово произилази из члана 38 Статута Суда који се позива на међународни обичај као „доказ опште праксе прихваћене као право“⁵⁵⁰.

При свему томе, чак ни пракса Сталног суда међународне правде, бар колико је нама познато, не говори о једнообразности и сталности праксе. У случају *Жалбе на пресуду Мешовитог Мађарско-Чехословачког арбитражног трибунала*⁵⁵¹ се додуше помиње „...*стална пракса* мешовитих трибунала...“⁵⁵², али не у контексту утврђивања међународне обичајне норме. Заправо једини, додуше посредни, прави извор за овакво

⁵⁴⁷ Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C. J. Reports 1951, p. 138

⁵⁴⁸ Ibid, p. 139.

⁵⁴⁹ International Court of Justice, Asylum, Judgment. I.C.J. Reports 1950, p. 276.

⁵⁵⁰ Ibid, pp. 276 - 277.

⁵⁵¹ Permanent Court of International Justice, Appeal from the Judgment of the Hungaro-Czechoslovak Mixed Arbitral Tribunal, AB Series, 1933, p. 208.

⁵⁵² Ibid, p. 221.

одређење у пракси ССМП је чувени случај *Лотус*.⁵⁵³ У њему је, наиме, Суд испитивао аргумент Француске да постоји одсуство праксе да се у случају судара бродова на отвореном мору суди капетану страног брода. У том случају који ћемо ми анализирати и у наставку нашег рада, Суд је анализирао праксу националних судова по овом питању и констатовао да ће се „задовољити закључком да, с обзиром да је национално правосуђе подељено, из тога није могуће извући показатеље постојања рестриктивног правила међународног права...“.⁵⁵⁴

Чини се да је дакле, МСП приликом анализе праксе као елемента међународне обичајне норме у случају *Риболова I* сматрао да је *логички једино могуће* да она мора бити стална и једнообразна. На први поглед, и овде нема много расправе у класичној доктрини међународног права, чини се да је овакав закључак логичан јер уколико пракса није стална и једнообразна како је онда уопште могуће из ње извући било какву правилност, па из тога и *обичајно* право.

На почетку цитираног дела пресуде у случају *Риболова I* се, међутим, види мала логичка пукотина у оваквом поступку закључивања која, испоставиће се, озбиљно прети наводној стабилности целокупног система међународног обичајног права заснованог на постојању два елемента међународне обичајне норме. Суд, наиме, сугерише да *не треба придавати превише пажње малом броју правих или привидних контрадикторности или недоумица* у вези са праксом Норвешке. Ко, међутим, и *на основу чега*, закључује шта значи *мали* број контрадикторности и како да знамо када су оне неважне; када оне представљају *дозвољене изузетке* од правилности у понашању, а када заправо представљају *нову норму* међународног обичајног права? Одговор ћемо покушати да дамо у наставку рада.

Можда је у овом смислу као инспирација МСП послужила пресуда у случају *Правног статуса источног Гренланда* између Краљевине Данске и Краљевине Норвешке пред ССМП.⁵⁵⁵ У том случају је ССМП, између осталог, покушао да утврди да ли је

⁵⁵³ Permanent Court of International Justice, The Case of the S.S. Lotus, A Series, 1927, p. 5.

⁵⁵⁴ Ibid, p. 29.

⁵⁵⁵ Permanent Court of International Justice, Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland, Series AB, 1933, p. 22.

између 1915. године и 1921. године Данска у преговорима са другим државама у својим дипломатским нотама тражила од њих да јој признају *већ постојеће* право на сувереност над источним Гренландом (како је тврдила Данска) или је тражила да јој признају то право *иако га до тада није имала* (како је тврдила Норвешка):

„Суд је дошао до закључка да ценећи последице ових нота *не би требало придавати превелику важност конкретним изразима на овом или оном месту. Преписка се мора ценити у целини.* Један од разлога за ово је чињеница да су у одређеним ситуацијама ноте писали појединачне данске дипломате и да, без обзира што нема сумње да су они то радили по инструкцијама које су примили од Министарства, неке разлике се морају очекивати и дозволити...“⁵⁵⁶

Сличност у терминима је очигледна (*не би требало придавати превелику важност конкретним изразима на овом или оном месту*) па се можда као нека врста препоруке може наслутити да би праксу требало ценити у целини, али, као што смо већ рекли, тиме ћемо се више бавити у наставку рада. У сваком случају, МСП се и након случаја *Риболова* са приличном доследношћу држао тога да пракса мора бити *стална и једнообразна*. Већ смо у том контексту поменули случај *Азила*, а сада ћемо њему придодати још неке.

У случају *Права преласка преко територије Индије*, МСП је анализирајући праксу између Португала и Индије закључио следеће: „у погледу физичких лица, цивилних званичника и добара уопште, током британског и пост-британског периода је постојала *стална и једнообразна* пракса која је дозвољавала слободан прелаз између Дамана и енклава“.⁵⁵⁷ У истом случају судија Спендер (енг. *Spender*) је у свом неслагајућем мишљењу истакао да је „једини начин да се оцени природа и домашај... обичаја, уколико уопште настане, тај да се посвети пажња пракси која га сама по себи и дефинише и

⁵⁵⁶ Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland, Series AB, 1933, p. 54.

⁵⁵⁷ Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, p. 40.

ограничава. Први елемент у једном обичају је *стална и једнообразна* пракса која мора бити одређена пре него што обичај може бити дефинисан⁵⁵⁸.

У случају разграничења *Епиконтиненталног појаса у Северном мору* Суд је, анализирајући ситуацију када уговорна одредба може постати и обичајна закључио да пракса не само да мора бити „добро установљена (енг. *settled*)“⁵⁵⁹, већ и „готово једнообразна (енг. *virtually uniform*)“.⁵⁶⁰ У случају *Риболова 2* судија *Нагендра Синг* је уложио декларацију у којој је навео зашто се не слаже са одлуком Суда: „правила обичајног права мора која се односе на ограничење права риболова се још увек развијају и с обзиром да су суочена са *веома различитом и контрадикторном праксом држава* она још увек нису успела да се искристалишу“.⁵⁶¹

Питање неконзистентности праксе је вероватно најснажније постављено у случају *Никарагва*. Иако, наиме, међу странама у спору питање постојања међународне обичајне норме о забрани претње силом и употребе силе није било спорно Суд је сматрао да је његов задатак да то провери. Његов чувени закључак у вези са праксом (и њеним односом са *opinio iuris*) вреди цитирати нешто дуже:

Не треба очекивати да у пракси држава примена правила о којем је реч буде савршена у смислу да су се државе *заиста увек* уздржавале од употребе силе или од интервенције у њихове унутрашње послове. Суд не сматра да је за настанак обичајног правила неопходно да одговарајућа пракса буде *апсолутно строго у складу са правилом*. Суд сматра да је за његов закључак о постојању обичајног правила довољно да понашање држава *генерално* буде у складу са тим правилима, као и да примери понашања држава који су несагласни са тим правилом генерално буду третирани као повреде тог правила, а не као показатељи признавања новог правила. Уколико се држава *prima facie* понаша несагласно са признатим правилом, али своје понашање брани тако што се позива на изузетке или оправдања садржана у самом

⁵⁵⁸ Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits, Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960 (dissenting opinion of Judge Spender) p.99. Овај цитат је сјајан пример класичног погледа на праксу као елемент међународне обичајне норме који смо ми на неки начин довели у питање.

⁵⁵⁹ North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 44.

⁵⁶⁰ North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 43.

⁵⁶¹ Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 39.

правилу, онда је значај таквог става у томе да пре потврђује него што слаби правило без обзира на то да ли је понашање држава заиста могуће одбранити по том основу“.⁵⁶²

Након овог цитата би могло да се постави питање како смо од *сталне и једнообразне праксе* дошли до тога да пракса *генерално* мора да буде у складу са правилу. На то питање је могуће одговорити на неколико начина и доктрина међународног права је сасвим различито тумачила овај „заокрет Суда“ у својој јуриспруденцији.⁵⁶³ Најпре, као што смо рекли и у једној од претходних глава овог рада, разлика би могла да буде у томе да ли се утврђује евентуални настанак нове норме (као на пример у случајевима *Риболова* или *Епиконтиненталног појаса у Северном мору*) или се утврђује да ли претходно настала норма још увек постоји (*Никарагва*). У првом случају би морали да докажемо и праксу и *opinio iuris* онако како су традиционално схваћени. У случају када се ради о норми која је већ настала као што је то несумњиво био случај са нормом о забрани претње силом и употребе силе њу не може да измени *пракса сама по себи*, већ је за то потребан и *opinio iuris*.

Но, с обзиром на флуидну природу међународног обичајног права те да теоријску разлику између норме која још увек није настала и оне која је то већ постала није лако направити у пракси постоји и друго објашњење. Њега смо такође поменули у претходном делу рада и састоји се у томе да заправо класично схваћена пракса као елемент међународне обичајне норме не може схватити *без тумачења*, односно давања образложења шта она у ствари представља. То се види у овом другом делу цитата у коме се помиње *да примери понашања држава који су несагласни са тим правилу генерално буду третирани као повреде тог правила, а не као показатељи признавања новог правила* и да уколико држава *своје понашање брани тако што се позива на изузетке или оправдања садржана у самом правилу, онда је значај таквог става у томе да пре потврђује него што слаби правило*. Не ради се, дакле, о томе да је Суд одједном почео да

⁵⁶² *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, para. 186. Ближе о значају овог цитата за разумевање начела о забрани претње силом и употребе силе у пракси Суда погледати у: М. Хрњаз, *Међународни суд правде и употреба силе*, Задужбина Андрејевић, 2012.

⁵⁶³ Погледати, на пример: Кнежевић-Предић В: *Забрана употребе силом и претње силом у јуриспруденцији Међународног суда правде: од 'Corfu Channel Case' до 'Nicaragua Case'*, Југословенска ревија за међународно право, 1-3, 1999, стр. 53-76.

ставља акценат на *opinio iuris*, већ о томе да је субјективан елемент неопходан како би се уопште схватила пракса и за то постоје показатељи и ван случаја *Никарагва*. Но, о томе више у наставку рада када будемо говорили о *opinio iuris* и односу два елемента међународне обичајне норме.

На крају овог дела рада у коме говоримо о пракси остаје само још да кратко прокоментаришемо време неопходно за настанак те праксе. Већ смо у неколико наврата коментарисали случај *Риболова* у коме је Суд закључио да је у периоду од 120 или бар 60 година Норвешка упорно инсистирала на пракси повлачења правих полазних линија. У том периоду се захваљујући одсуству протеста других држава формирало обичајно правило о томе да она може да повуче праве полазне линије. И у случају *Преласка преко територије Индије* је пракса која је прерасла у обичај трајала сигурно дуже од једног века.

За разлику од ова два случаја у случају разграничења *Епиконтиненталног појаса у Северном мору* МСП није установио да је од доношења Конвенције о епиконтиненталном појасу до пријема овог случаја настало обичајно правило о обавези разграничења линијом еквидистанце. Иако је то време било прилично кратко, Суд је у сада већ чувеном делу своје пресуде рекао да „уколико постоје други елементи који су уобичајено сматрају неопходним да би уговорно правило могло да постане опште правило међународног права, могуће је да, чак и без проласка било каквог дужег временског периода, веома широко и репрезентативно учешће у уговору буде по себи довољно...“⁵⁶⁴ Суд је у наставку истог случаја ово становиште детаљније образложио:

„...Суд примећује да је прошло више од десет година од како је Конвенција потписана, али да је сада чак мање и од 5 откако је ступила на снагу... као и да је прошло мање од годину дана када су преговори... о разграничењу прекинути... Иако кратак временски период није, сам по себи, препрека настанку новог обичајног правила... незаменљив услов је да у том периоду, колико год да је кратак, пракса држава, укључујући и оне чији су интереси посебно погођени, буде и широко распрострањена и готово једнообразна...“⁵⁶⁵

⁵⁶⁴ North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 42, para 73.

⁵⁶⁵ Ibid.

Ово се поклапа и са нашим закључком у претходном делу рада да време није пресудан фактор у оцени да ли је настала међународна обичајна норма већ испуњеност осталих критеријума. Треба, ипак, имати у виду да ће без обзира на све промене у начину настанка ових норми у великој већини ситуација ипак бити потребно *неко* време да би се услови испунили. При томе смо ми напоменули да је битнија учесталост, односно колико пута се нека пракса поновила, него колико је времена настајала. С тим у вези је веома корисно погледати упозорење судије Амуна у истом овом случају: „учесталост може бити важна само у ситуацијама у којима има много прилика да се примени правило. Ово није случај са разграничењем јер је то акт који се примењује само једном“.⁵⁶⁶

Исти судија је на сликовит начин објаснио и зашто се време за настанак обичаја скратило и како право на то треба да реагује: „велико убрзање друштвених и економских промена, комбиновано са оним у науци и технологији, су суочили право са озбиљним изазовом: оним који мора да превазиђе уколико не жели да остане још даље иза догађаја...“⁵⁶⁷

4.4 Тумачење *opinio iuris* као једног од елемената међународне обичајне норме у пракси Међународног суда правде

У претходном делу рада смо говорили о пракси као елементу међународне обичајне норме у пракси МСП. Том приликом смо неколико пута констатовали да истраживање материјалног елемента обичаја показује да он, макар онако како је традиционално схваћен у доктрини међународног права, *сам по себи* није довољан за настанак и утврђивање постојања међународне обичајне норме. То је потврђено и у доминантном делу јуриспруденције МСП. Докази за ту тврдњу се не налазе само у помињању свих оних пресуда у којима је Суд цитирао члан 38 сопственог Статута (из кога

⁵⁶⁶ North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, (separate opinion of Judge Ammoun) p. 119. Иако је судија Амун несумњиво у праву, ми смо заправо хтели да укажемо да је важно колико пута су све државе заједно учествовале у пракси, а не колико пута је имала прилику свака појединачно.

⁵⁶⁷ North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, (separate opinion of Judge Ammoun) p. 118.

се најчешће и извлачи закључак о постојању два елемента), већ и у неколико пресуда у којима је Суд нагласио: „нема, наравно, никакве дилеме да садржину међународног обичајног права треба, пре свега, тражити у садашњој пракси и *opinio iuris* држава“.⁵⁶⁸

Дилеме, међутим, наравно има. И то се не огледа само у доктринарним расправама на ову тему о којима смо већ говорили. Најпре, има доста радова у којима се указује да овај индуктивни начин утврђивања Суда има бројне изузетке.⁵⁶⁹ Осим тога, и поједине судије су отворено у својим издвојеним и супротним мишљењима доводиле овакав закључак Суда у питање. Тако је, на пример, судија Лахс (енг. *Lachs*) у случају *Епиконтиненталног појаса у Северном мору* у свом неслажућем мишљењу прокоментарисао зашто се не слаже са већином у том случају која је тврдила да обичај настаје на основу добро установљене праксе и *веровања да је та пракса правно обавезујућа* (тврдња која је заправо окосница овог дела рада и којом ћемо се детаљније позабавити):

„... општа пракса држава би требало да буде призната као *prima facie* доказ да је прихваћена као право. Такав доказ може, наравно, бити оповргнут, чак и према тесту саме праксе, уколико постоји „много несигурности и контрадикције“ (*Asylum, Judgment, I.C.J. Reports 1950, p. 277*). Он такође може бити оповргнут на основу теста *opinio iuris* у погледу држава на које се правило односи или страна у спору“.⁵⁷⁰

Судија Лахс је, дакле, тврдио да је општа пракса довољна како би се утврдило да постоји међународна обичајна норма, а да је *opinio iuris* евентуално потребан само како би се проверило да нека од држава није стални противник те норме (и о овом институту у наставку овог дела рада).⁵⁷¹ У неку руку сличан став поводом овог случаја износи у свом супротном мишљењу и судија Серенсен (енг. *Sørensen*) који једноставно наводи следеће:

⁵⁶⁸ International Court of Justice, *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Judgment, I.C.J. Reports 1985, p. 13, para 27.

⁵⁶⁹ Погледати, на пример: Schlutter B: *op.cit.*

⁵⁷⁰ *North Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, (dissenting opinion of Judge Lachs) p. 231.

⁵⁷¹ Ово је грубо представљање става судије Лахса. Још ћемо се вратити финим детаљима у његовој аргументацији.

„Не сматрам да је неопходно расправљати о *opinio iuris*. То је проблем правне доктрине који може да проузрокује многе потешкоће у међународном правосуђу...“⁵⁷²

Па ипак, то што судија Серенсен мисли о субјективном елементу међународне обичајне норме је јасно на основу тога што је изјавио да је у овом контексту довољно цитирати Лаутерпахта који каже: „...чини се да се тачно виђење ствари о овом питању (питању *opinio iuris*, прим. М. Х.) састоји у томе да свако једнообразно понашање влада (или, у одређеним случајевима, одсуство тога) треба посматрати као доказ *opinio necessitatis iuris* осим уколико се покаже да такво понашање није било праћено таквом намером“.⁵⁷³ Овакав став необично личи на став Менделсона који смо већ помињали у делу рада који се бавио доктринарним расправама.

И на основу само ова два примера из праксе Суда јасно је да није *без дилеме утврђено* из чега се састоји међународна обичајна норма. Но, чак и да јесте утврђено да се међународна обичајна норма састоји из праксе *и opinio iuris*, остаје да видимо како је МСП у својој јуриспруденцији тумачио *opinio iuris* као елемент међународне обичајне норме.

У најкраћем МСП је у својој јуриспруденцији *opinio iuris* схватао као свест о правној обавезности одређеног понашања. То је потврђено у неколико пресуда, а вероватно се ослања на чувени случај *Лотус* пред ССМП у којем је тај Суд закључио следеће:

„Чак и уколико би ретке судске пресуде које се могу наћи у поменутих случајевима биле довољне да докажу околности о којима је говорио заступник француске владе, то би само показало да су се државе често, у пракси, уздржавале од покретања кривичних поступака, а не да су признавале да су *биле у обавези да то учине*; говорити о међународном обичају би било могуће само уколико би такво уздржавање било засновано на њиховој свести о *правној обавези уздржавања*“.⁵⁷⁴

Овај већ класичан цитат говори опет да пракса, сама по себи, није довољна за настанак међународне обичајне норме. То се, чини се, нигде не види боље него на примерима као што је овај у којима се показује потреба да се тумаче мотиви уздржавања

⁵⁷² North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, (dissenting opinion of Judge *Sørensen*) p. 247.

⁵⁷³ Lauterpacht H: *The Development of International Law by the International Court*, London 1958, p. 380.

⁵⁷⁴ Permanent Court of International Justice, *The Case of the S.S. Lotus*, A Series, 1927, p. 28.

од неког понашања. У појединим случајевима пред Судом се то питање мотива поставило иако није било речи о уздржавању од праксе. Тако је, на пример, у случају *Азила* МСП констатовао:

„...Влада Колумбије је навела значајан број случајева у којима је дипломатски азил заиста дат и поштован. Није, међутим, показала да је наводно правило о једностраној и коначној квалификацији... примењивано од стране држава које су давале азил као право које им је загарантовано и које су територијалне државе поштовале као њихову *дужност*, а не само због политичке корисности“.⁵⁷⁵

„... чињенице које су представљене пред Судом показују да су... по свему судећи разлози прикладности или једноставне политичке корисности доводиле до тога да су територијалне државе признавале азил, а не да је то било последица *осећаја правне обавезе*“.⁵⁷⁶

Схватање *opinio iuris* као свести о правној обавезности одређеног понашања је присутно и у случају разграничења *Епиконтиненталног појаса у Северном мору*. Констатујући да се закључци о евентуалној обичајној природи члана 6 Конвенције о епиконтиненталном појасу из 1958. године морају пре свега тражити у актима држава које нису стране потписнице те Конвенције, Суд је на следећи начин прокоментарисао евентуалну обичајну природу правила о разграничењу епиконтиненталних појасева на основу принципа екви дистанце (вреди га нешто дуже цитирати):

„Суштина је у следећем – и чини се да је то неопходно подвући – чак и да су ови примери понашања страна непотписница Конвенције многобројнији него што јесу, они не би, чак ни сви заједно, били *сами по себи* довољни за стварање *opinio iuris*; јер је да би се постигао овај резултат неопходно је испунити два услова. Не само да акти о којима је реч морају бити део добро установљене праксе, већ морају и бити такви, или морају се обавити на такав начин, да представљају доказ *веровања* да је је пракса постала обавезна услед постојања правног правила које је захтева. Потреба за таквим *веровањем*, постојањем субјективног елемента, је имплицитна из самог појма *opinio iuris sive necessitatis*. Државе на које се ово односи морају стога осећати да се понашају у складу са оним што се сматра правном обавезом. Учесталост, или чак понашање по навици није *само по себи* довољно. Постоји пуно међународних аката у

⁵⁷⁵ International Court of Justice, *Asylum, Judgment*. I.C.J. Reports 1950, p. 277.

⁵⁷⁶ *Ibid*, p. 286.

сфери церемонијала или протокола, на пример, која се изводе готово на исти начин, али који су *мотивисани* само разлозима куртоазије, прикладности или традиције, а не било каквим осећајем правне обавезе“.⁵⁷⁷

Из оваквог цитата Суда се може извући неколико закључака. Најпре, јасно је да Суд *opinio iuris* схвата као *веровање* држава да је неко понашање правно обавезујуће. С тим у вези, пракса није само по себи довољна за настанак међународне обичајне норме, већ је потребно истражити мотиве или разлоге за ту праксу. Уколико је мотив или разлог за ту праксу *веровање* да је понашање правно обавезујуће, онда имамо и међународну обичајну норму. Уколико таквог веровања нема, онда без обзира колико је пракса општа и једнообразна, нема ни међународне обичајне норме јер опште и једнообразне праксе има и у примерима протокола, па то ипак нису норме међународног обичајног права.

Пре него што се упустимо у оцену ових ставова Суда, даћемо још неколико примера за схватање *opinio iuris* у пракси Суда. Приликом давања саветодавног мишљења у случају Намибије (*Правне последице по држави због континуираног присуства Јужноафричке Републике у Намибији (Југозападној Африци) имајући у виду Резолуцију 276 Савета безбедности (1970)*)⁵⁷⁸ Суд је испитивао да ли је доношење резолуције 276 Савета безбедности прошло у складу са процедуром која је прописана чланом 27, ставом 3, Повеље Уједињених нација. Да подсетимо, спорни део поменутог члана изгледа овако: „одлуке Савета безбедности о свим осталим питањима (мисли се на сва питања осим процедуралних која се помињу у ставу 2, прим. М. Х.) доносе се *потврђним* гласовима девет чланова, укључујући *потврдне* гласове сталних чланова...“⁵⁷⁹ У пракси СБУН се, међутим, десило да су одлуке сматране донетим иако би нека од сталних чланица била уздржана, а не била *за* ту одлуку како се захтева поменути чланом. Суд је испитујући сагласност те праксе са прописаном процедуром закључио следеће:

⁵⁷⁷ North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 44, para 77.

⁵⁷⁸ International Court of Justice, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16.

⁵⁷⁹ Цитирано према Хаџи-Видановић В, Милановић М: *op.cit.* str. 50.

„пракса Савета безбедности у дугом временском периоду пружа обиље доказа да је у одлукама председавајућег и ставовима које су заузеле државе чланице Савета, нарочито сталне чланице, пракса добровољног уздржавања сталне чланице тумачена као да не представља препреку усвајању резолуције. Уздржавајући се од гласања, чланица не изражава препреку усвајању онога што је предложено; како би спречила усвајање резолуције која захтева једногласност сталних чланица, стална чланица мора да гласа против. Ова процедура коју је Савет безбедности поштовао... је општеприхваћена од чланица Уједињених нација и приказује општу праксу те Организације“.⁵⁸⁰

Овај цитат из пресуде је могуће читати на два основна начина. Први подразумева да је члан 27, став 3 Повеље у пракси тумачен на тај начин да *потврдно* гласање подразумева и ситуације кад је стална чланица уздржана. Чини се, међутим, да тумачење не би смело да иде *супротно* ономе што пише у самом члану. Тешко је заиста видети како логички потврдно гласање може да буде било шта друго осим гласања *за* неку резолуцију. У том смислу се појављује друга могућност разумевања овог пасуса Суда, а то је да је иако је чланом 27, ставом 3 било предвиђено да сталне државе чланице морају гласати *за* неку резолуцију Савета безбедности Уједињених нација како би она била усвојена, накнадна норма обичајне природе је то променила.

Та накнадна обичајна норма је настала на основу праксе сталних држава чланица која је затим била *општеприхваћена* од стране осталих чланица и тако постала норма међународног обичајног права. Уколико се, дакле, ради о новој међународној обичајној норми, у њој се субјективни елемент не би састојао у *веровању* да је неко понашање правно обавезујуће, већ у *општем прихватању* да одређено понашање треба да постане нова обичајна норма. У свом издвојеном мишљењу у овом случају, судија Нерво је констатовао да „ћутање (у смислу уздржавања од гласања, прим. М.Х.) мора бити протумачено у складу са ситуацијом и околностима – оно може значити негирање, али оно такође може значити *прихватање*“.⁵⁸¹

⁵⁸⁰ Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p.22, para 22.

⁵⁸¹ Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion (separate opinion of Judge Nervo), p. 186.

У случају *Риболова 2* Суд је истраживао међународно обичајно право у погледу зоне риболова обалних држава и закључио: „последњих година су се два концепта искристалисала као обичајно право и то из општег консензуса на Конференцији. Први концепт је зоне риболова, простора у коме држава може да прогласи ексклузивна права риболова независно од свог територијалног мора; чини се да је ширина те зоне риболова до 12 наутичких миља од основних линија сада *опиутенприхваћена*“.⁵⁸²

У истом случају судија Де Кастро (енг. *De Castro*) је изјавио да „међународно обичајно право настаје када се кристалише пракса која има следеће карактеристике: а) опште или универзално *прихватање*. Не би смело да буде сумње у погледу ставова држава. Правило о којем је реч мора бити опште познато и изричито или прећутно прихваћено. Оно што доводи до обавезности међународног обичаја је то да он представља *consensus tacitus generalis*“.⁵⁸³ Судија Петрен је истим поводом обратио пажњу на аргумент одређених држава да су својим изјавама успели да прошире тај простор на онај између 12 и 200 наутичких миља од полазних линија и закључио да је „број држава које су прогласиле искључиву зону риболова не може да се сматра довољно великим како би оправдао закључак да је примењивано ново правило, које би као опште важеће *прихватила* међународна заједница“.⁵⁸⁴

У претходном делу рада који се бавио праксом ко елементом међународне обичајне норме смо већ представили један од закључака МСП у погледу односа праксе и *opinio iuris* у случају *Никарагва*. Тада смо, наиме, рекли да је Суд структуру обичајне норме о забрани претње силом и употребе силе тумачио тако да се пракса држава у овом погледу заправо не може посматрати одвојено од *разлога* или *мотива* које су оне наводиле том приликом. Слично важи и за тумачење обичајне норме о забрани интервенције у унутрашња питања других држава. Не треба том приликом изгубити из вида тренутак у коме је Суд доносио одлуку у случају *Никарагва*. С обзиром на хладноратовско искуство обичајна норма о забрани мешања у унутрашње послове других држава је, макар интуитивно, морала бити доведена у питање због њених кршења. Тим пре што је Суд констатовао да ово начело

⁵⁸² Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 23.

⁵⁸³ Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment (separate opinion of Judge De Castro), p. 89.

⁵⁸⁴ Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment (dissenting opinion of Judge Petren) p. 23.

није садржано у Повељи УН. С друге стране, државе су се, макар формално, и даље веома често позивале на поменуто начело и оптуживале друге државе да га крше.

Суд је ту контрадикцију решио на сличан начин као и са забраном претње силом и употребе силе: „начело неинтервенције укључује право сваке суверене државе да своје послове води без спољног мешања; иако примери кршења начела нису ретки, Суд сматра да је оно део међународног обичајног права“.⁵⁸⁵ Суд је образложио свој закључак тако што је цитирао став МСП у случају *Епиконтиненталног појаса у Северном мору* у којем се инсистира и на добро установљеној пракси и на *opinio iuris*. При томе је цитирао управо онај део те пресуде који смо и ми коментарисали и у којем се *opinio iuris* схвата као *веровање* да је понашање правно обавезујуће.

Ми смо у делу истраживања који се бавио доктринарним расправа у вези са настанком и утврђивањем постојања међународних обичајних норми на неки начин критиковали схватање *opinio iuris* као веровања да је неко понашање правно обавезујуће. Такво схватање неминовно доводи до хронолошког парадокса о коме смо такође већ нешто рекли. Ми смо се определили за схватање *opinio iuris* као прихватања у коме до појаве међународне обичајне норме долази услед тога што субјекти међународног права (уз услов да буду испуњени и квантитативни и квалитативни критеријуми) тумаче своју праксу и прихватају да одређено понашање постане обавезујуће.

У пракси МСП се могу наћи елементи оба приступа, али ми не желимо да их вештачки изједначавамо. Свакако је доминантан приступ *opinio iuris* као веровању јер је, између осталих, примењен и у кључним случајевима у овој области пред Судом – случају *Епиконтиненталног појаса у Северном мору* и случају *Никарагва*. Али и кад би се прихватило овакво схватање *opinio iuris* остаје питање на основу чега субјекти међународног права *верују* да је одређено понашање правно обавезујуће или из чега се извлачи *opinio iuris*.

Одговор на ово питање је: из ставова субјеката међународног права (у пракси МСП из ставова држава). Само један од бројних примера који ово илуструју је пример из случаја *Залива Мејн* у коме је Суд констатовао следеће: „Сједињене државе су, на пример,

⁵⁸⁵ Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 106.

1983. године... прогласиле економску зону на основу Дела V Конвенције из 1982. године. Ово проглашавање је праћено изјавом Председника да је у том погледу Конвенција потврдила постојећа правила међународног права⁵⁸⁶.

ССМП је у већ поменутом случају *Источног Гренланда* веома пажљиво анализирао изјаве Данске поводом њеног наводног суверенитета над овом територијом и изјаве других држава – у контексту овог случаја нарочито Норвешке – у којима су оне реаговале на овакве правне тврдње Данске. И овај случај потврђује настанак *opinio iuris* на основу интеракције правних артикулација држава (или шире субјеката међународног права). Више пута спомињани случај *Риболова I* је такође добар пример оваквог модела настанка. У њему је, као што смо већ више пута истицали, Суд анализирао норвешко проглашавање правих полазних линија и реакције других држава – у конкретном контексту тог случаја највише УК – на такву правну артикулацију.

У случају *Права преласка преко територије Индије* МСП је испитивао да ли је између страна у спору настала међународна обичајна норма која би гарантовала прелазак економских добара и грађанских лица са једне стране и оружаних снага са друге. С обзиром да смо о преласку грађанских лица и економских добара већ нешто рекли, сада ћемо прокоментарисати закључак Суда у вези са наводним правом португалских оружаних снага преко територије Индије. У свом поднеску Суду Португал је навео да су његове оружане снаге у периоду од 1880. године до 1889. године бар двадесет и три пута прелазиле преко територије Индије и да је том периоду настао међународни обичај који би заменио претходни уговор. Нека пракса у овом периоду је дакле постојала, али да ли то значи да је у вези са тим настала и међународна обичајна норма? Суд је закључио да није.

Године 1890. коначно, наиме, долази до протеста на овакво понашање Португала и дуге размене нота на крају које је Португал рекао да ће дати инструкције за строго поштовање претходног Уговора. Суд је услед тога констатовао да нема надлежност да процењује да ли је у периоду од поменутих девет година долазило до кршења уговора, али

⁵⁸⁶ Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I. C.J. Reports 1984, p. 294. Нама је ово важно и у погледу утицаја једностранних правних аката на настанак међународних обичајних норми, али о томе ближе у наставку рада.

је закључио да се из става Португала може извући недвосмислен закључак о непостојању обичајног права о праву преласка њихових оружаних снага преко поменуте територије.⁵⁸⁷

Иако Суд формално није могао да каже да је дошло до повреде Уговора јер за то није имао надлежност, јасно је да се из његовог закључка недвосмислено може извући такав закључак. Ова чињеница је важна јер то показује нешто о чему смо већ писали у једном делу овог рада, а то је да се пракса супротна међународном уговору или међународном обичају не може *a priori* сматрати „семеном нове норме“, већ једноставно кршењем права. То да ли ће та пракса представљати семе нове норме зависи од значења које том понашању припишу државе које су у пракси учествовале и реакцији других субјеката на њихове тврдње. На овај начин је и Суд дошао до закључка да током периода од 1880. године до 1889. године није настала нова међународна обичајна норма. Он је, наиме, приступио тумачењу те праксе (дакле, опет, она сама по себи није довољна) и то на основу накнадних *тврдњи страна у спору*.

Интересантно је у том контексту приметити неслажуће мишљење судије Чагла у овом случају. Он, наиме, најпре потврђује да приликом настанка међународне обичајне норме⁵⁸⁸ „није довољно доказати спољне манифестације; једнако је важно да се докаже постојање менталног или психолошког елемента. То је тај кључни елемент који разликује обичну праксу или *usus* од обичаја. Стране морају осећати да чинећи нешто или уздржавајући се од чињења то раде због осећаја обавезе“.⁵⁸⁹ Оно што је за нас, међутим занимљивије је његово образложење неслагања са закључком Суда да постоји обичајна норма која гарантује право преласка економских добара и грађанских лица:

„... од 1818. године па све до 1954. године, нема ниједног примера у коме се Португал *позвао на право* проласка, или у коме би Британија или Индија *прихватиле обавезу* са њихове стране да пролаз дозвољавају... Може бити да је Португал препознао потребу одржавања везе са својим енклавама. Али потреба Португала не ствара убеђење о потреби која се захтева за локални

⁵⁸⁷ Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, p. 40.

⁵⁸⁸ Он у контексту овог случаја говори о локалном обичају о коме ћемо ми тек нешто више рећи, али његови закључци се без сумње односе на све врсте обичајних норми.

⁵⁸⁹ Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960 (dissenting opinion of Judge Chagla), p. 120.

обичај... Мора постојати једнако јасно препознавање друге стране да има обавезу да поштује ову потребу“.⁵⁹⁰

Без обзира да ли је судија Чагла фактички у праву када овако оцењује праксу Португала и Индије, оно што је за потребе овог истраживања важније је утврђивање начина на који настаје *opinio iuris*. Он, наиме, помиње позивање Португала на одређено право и прихватање обавезе друге стране да то право поштује.

Судија Серенсен је, као што смо већ рекли, у свом супротном мишљењу у случају *Епиконтиненталног појаса у Северном мору* истакао да у случају да је пракса општа и једнообразна треба претпоставити да међународна обичајна норма постоји. У конкретним околностима тог случаја судија Серенсен је, међутим, закључио да је пракса „... различита и међусобно супротстављена...“⁵⁹¹ У таквој ситуацији према мишљењу судије Серенсена „декларације и изјаве и писани предлози које су предложили представници држава имају значај приликом одређивања ставова држава о праву риболова и њихов *opinio iuris*...“⁵⁹²

Модел настанка *opinio iuris* на основу тврдњи и противтврдњи субјеката међународног права је потврђен и у каснијим пресудама Суда. Тако је, примера ради, Суд у такође помињаном случају *Правосудних имунитета државе* констатовао следеће:

„*Opinio iuris* се у овом контексту нарочито огледа у томе да су државе које су се позивале на имунитет *тврдили* да им међународно право гарантује имунитет од јурисдикције других држава; у *признавању* држава које су давале имунитет да им међународно право налаже обавезу да то чине... И док је можда тачно да државе понекад одлучују да доделе шири имунитет него што то захтева међународно право, поента је да гарантовање имунитета у таквим случајевима не прати постојање услова о *opinio iuris* и да стога не помаже приликом решавања питања које Суд тренутно разматра“.⁵⁹³

⁵⁹⁰ Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960 (dissenting opinion of Judge Chagla), p. 121.

⁵⁹¹ North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, (dissenting opinion of Judge Sørensen) p. 48.

⁵⁹² Ibid.

⁵⁹³ Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 24.

На крају овог дела рада ћемо се још једном осврнути на случај *Никарагва*. У поступку анализе обичајне природе начела о забрани интервенције у унутрашња питања других држава, Суд је дао генералну оцену о начину промене међународног обичајног права преко промене *opinio iuris*: „позивање државе на ново право или на до тада непознат изузетак основном праву, може доринети промени међународног обичајног права уколико га, у принципу, подрже друге државе“.⁵⁹⁴ И то је једна од илустрација модела о којем смо говорили. У наставку анализе се Суд упустио у истраживање изјава представника САД према овом питању. Ево шта је Суд том приликом поменуо:

„Власти у Сједињеним Државама су у неколико прилика јасно изјавиле да је основ интервенције у послове других држава повезан са, на пример, њиховим унутрашњим политикама, њиховом идеологијом, нивоом наоружања, или правцем спољне политике. Али ово су само биле изјаве у контексту међународне политике, а не став о правилима постојећег међународног права“.⁵⁹⁵

Нама се чини да је овакав став Суда у погледу изјава у контексту међународне политике и међународног права неодржив. Тачно је, додуше, да овлашћени представници држава могу у вези са својом праксом давати изјаве које не морају имати директне везе са међународним правом и тада се оне не морају доводити у везу са *opinio iuris*. Уколико, међутим, нека држава, како Суд наводи *изјављује да је основ интервенције у послове других држава повезан са њиховим унутрашњим политикама, њиховом идеологијом, нивоом наоружања, или правцем спољне политике*, онда се такве изјаве морају ставити у контекст анализе *opinio iuris*.

Иако се у пракси дешава да изјаве о политичким мотивима и правним образложењима појединих акција нису међусобно усаглашене то не значи да и једне и друге не треба анализирати у поступку одређивања *opinio iuris*. Нарочито уколико је реч, као у овом случају, о навођењу *основа* за неку акцију. Наше неслагање у овом погледу са Судом не води, међутим, до другачијег закључка у вези са важењем начела забране интервенције у унутрашња питања других држава већ само до другачијег поступка

⁵⁹⁴ Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 109, para 207.

⁵⁹⁵ Ibid.

закључивања. Јер, чак и када би се узело да су САД својим изјавама покушале да доведу у питање класично разумевање овог правног концепта, такав покушај не би био успешан због тога што друге државе овакву правну артикулацију нису подржале.

Са друге стране, то не значи да бројна кршења овог начела не остављају никакве „последнице“. Иако са формалне стране обичајно правило наставља да постоји и поред бројних кршења јер га може променити само промена традиционално схваћеног *opinio iuris*, веома бројни прекршаји га обесмишљавају и на средњи и дужи рок обично представљају снажан подстицај његовој промени. Ово нарочито важи за међународно право у коме не постоји централизован систем санкција за оне који право крше.

У овом делу рада који се односи на *opinio iuris* нам преостаје да кажемо још нешто о концепту упорног противника у пракси МСП. Његова јуриспруденција по овом питању заправо уопште није тако обимна. Заправо најчешћа референца за концепт упорног противника је случај *Риболова 1* у коме је Суд најпре установио да не постоји обично правило о 10 миља у вези са улазима у норвешке заливе, да би затим констатовао да чак и да постоји „правило о 10 миља оно, чини се, не би могло да се примени против Норвешке јер се она одувек противила било каквом покушају да се оно примени на њену обалу“.⁵⁹⁶ Ова кратка и успутна напомена Суда у пресуди од пре шездесетак година која при томе никакве везе није имала са коначном одлуком у том случају је заправо најснажније сведочанство о концепту упорног противника у његовој јуриспруденцији.

У случају *Азила* Суд је истакао да „Влада Колумбије није доказала постојање таквог обичаја. Али чак и кад би се претпоставило да такав обичај постоји само између неких Латиноамеричких држава, он не би могао да буде примењен на Перу који, не да није показивао да му је наклоњен, већ га је одбијао...“⁵⁹⁷ Иако ово одређење веома личи на оно из *Риболова 1*, треба имати у виду да се у случају *Азила* радило о наводном регионалном обичају. За њега би, као што ћемо видети, могла важити нека друга правила.

У случају *Епиконтиненталног појаса у Северном мору* судија Серенсен је у свом супротном мишљењу најпре изнео став да је, супротно закључку Суда, успостављена обичајна норма о еквидистанци. Затим је у контексту конкретног случаја рекао следеће за

⁵⁹⁶ Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C. J. Reports 1951, p. 19.

⁵⁹⁷ Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th 1950 : I.C. J. Reports 1950, p. 276.

важење те норме према Немачкој: „ово се може довести у питање у конкретном случају тако што би држава негирала да се може примењивати на њу. Онда то, наравно, постаје ствар доказивања“.⁵⁹⁸ Ако поменути цитат оставља неку дилему у вези са тим да ли је судија Серенсен мислио на концепт упорног противника, следећи из супротног мишљења судије Лахса не оставља ни најмању: „може се тврдити да се у овим случајевима Конвенција о епиконтиненталном појасу не би могла применити против Савезне Републике, уколико је она упорно одбијала да га призна као израз општеприхваћених правила међународног права и његову применљивост против ње“.⁵⁹⁹

Судија Де Кастро је у случају *Риболова 2* такође потврдио постојање концепта упорног противника тиме што је навео:

„Требало би имати у виду да је и пре и након 1961. године, током периода за који се може сматрати као период у којем је правило настајало, Исланд... изричито и упорно стављао до знања своје противљење правилу. Према најпознатијим ауторима и пратећи саму доктрину Суда... изричита воља држава током таквог периода спречава настајање обичаја. Принцип одлучивања већином се не примењује чак и уколико већина постоји. Уколико би се он применио то би било супротно принципима суверености и једнакости држава“.⁶⁰⁰

Овакво резоновање судије Де Кастра оставља дилему да ли је он под овим мислио да обичај у случају постојања упорног противника не може ни да настане или да и ако настане не може да се примењује на ту државу (ово друго резоновање је ближе доминантном ставу доктрине, а и, чини се, јуриспруденцији Суда која никад није захтевала сагласност свих субјеката).

У јуриспруденцији Суда се у неким случајевима дешавало да Суд у своју аргументацију укључи и анализу става стране у спору у вези са неком нормом међународног обичајног права. Тако је, на пример, у случају Никарагва Суд анализирао став САД према начелу забране претње силом и употребе силе. Суд није образложио зашто би уопште било важно да ли су САД прихватиле постојање овакве обичајне норме.

⁵⁹⁸ North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, (dissenting opinion of Judge Sørensen) p. 54.

⁵⁹⁹ North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, (dissenting opinion of Judge Lachs) p. 248.

⁶⁰⁰ Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment (separate opinion of Judge De Castro), p.92.

Наиме, међународно обичајно право не захтева апсолутну једногласност његових субјеката у овом погледу. Чак и уколико су САД биле против његовог настанка (Суд је иначе установио да ово није био случај) то не значи да се оно не би примењивало и на њих. Осим уколико Суд само није хтео да појача снагу своје аргументације, чини се да је заправо најлогичнији закључак да је намера Суда у овом и сличним случајевима била да се обезбеди од аргумента да су САД биле упорни противник овог правила. Опрез Суда у овом конкретном случају се може можда и објаснити чињеницом да су САД након што је Суд установио да има надлежност, одбиле да даље учествују у процесу те је вероватно хтео да одговори на све могуће аргументе.

4.5 Тумачење настанка и утврђивања постојања међународне обичајне норме на основу постојања праксе и *opinion iuris* у пракси Међународног суда правде

О процесу настанка и утврђивања постојања међународне обичајне норме у пракси МСП се може стећи слика на основу претходна два дела рада. У њима смо приказали тумачење два традиционална елемента међународне обичајне норме – праксу и *opinio iuris* - у јуриспруденцији МСП. У овом делу рада ћемо направити мали резиме запажања која смо с тим у вези направили и допунићемо их са још неколико примера. Затим ћемо казати нешто више о поступку доказивања постојања међународне обичајне норме у пракси МСП да бисмо на крају приказали неколико оцена о природи међународне обичајне норме из те исте праксе.

4.5.1 Настанак међународне обичајне норме на основу њена два елемента у пракси МСП

Подела на два елемента међународне обичајне норме представља саставни део сваког уџбеника међународног права. Ти делови уџбеника веома често илустровани примерима из праксе МСП те би се вероватно очекивало да не постоје неки велики истраживачки проблеми уколико се неко одлучи да их у тој јуриспруденцији Суда посебно анализира. Није, међутим, тако.

У добром делу јуриспруденције Суда је понекад заправо тешко одвојити ова два елемента и ми смо приликом њихове анализе у претходна дела рада морали понекад да помало вештачки сечемо параграфе или чак реченице да бисмо их одвојили. Суд се, макар у закључцима одређених поступака, некако кумулативно бавио овим елементима. Један од класичних примера је свакако пресуда Суда у случају *Азила*:

„Чињенице које су представљене Суду откривају толико несигурности и међусобних супротности, толико међусобних разлика и несагласности у практиковању дипломатског азила и у званичним ставовима израженим у различитим околностима, толико је било несталности у брзом смењивању конвенција о азилу, које су неке државе ратификовале, а неке одбиле, и толико је пракса била под утицајем политичких мотива у разним случајевима, да није могуће из свега тога извући било какву сталну и једнообразну праксу, прихваћену као право...“⁶⁰¹

На овом примеру се види да се Суд често некако у исто време бавио и једним и другим елементом међународне обичајне норме. Могло би, међутим, да се каже да је то последица закључка Суда да су потребни и један и други елемент како би обичајна норма настала. У класичном кључу за разумевање праксе Суда у овој области се сматра да се најпре стварала пракса која, да би се сматрала елементом међународне обичајне норме, мора да буде општа (једина квалификација из одређења обичаја у члану 38 (1) б Статута), стална и једнообразна јер је то једини логичан начин да се препознају правилности у понашању. Потом би се, само под условом да су критеријуми за праксу задовољени, приступило оцени да ли државе (или, шире, субјекти међународног права) нешто стално и једнообразно чине или не чине због тога што верују/осећају да им је то правна обавеза.

⁶⁰¹ Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th 1950 : I.C. J. Reports 1950, p. 277.

Суд се, међутим, како смо уосталом и показали, веома рано суочио са питањем постојања одређених несталности у пракси. Она, наиме, никад и не може да буде потпуно стална и једнообразна јер кад би се пракса одвијала буквално увек на исти начин правно уређивање и не би било потребно/могуће. У случају *Источног Гренланда* ССП је, користећи додуше своје право да *оцени* или *тумачи* релевантност неких изјава представника Данске, установио да не треба превише пажње посвећивати појединим „искакањима“ из општег обрасца који је могуће сагледати уколико се пракса Данске сагледа у *целини*. МСП је до мање више сличних закључака дошао у *Риболову 1*, *Азилу*, *Епиконтиненталном појасу у Северном мору*, *Риболову 2*, *Легалности употребе нуклеарног оружја*, *Налогу за хапшење*, *Имунитетима државе*, али се чини да је најсликовитији случај пред МСП у овом контексту ипак био случај *Никарагва*.

Иако је, наиме, судија Серенсен у случају *Риболова 2* истакао да анализи *opinio iuris* треба приступити само уколико је пракса несигурна, случајеви у пракси МСП показују да је пракса увек несигурна, односно да је из ње, како је с правом упозорио и Џералд Постема, увек могуће извући више од једне правилности. У таквој ситуацији, управо је улога онога што најчешће зовемо *opinio iuris* да из тих више могућих правилности покаже ону за коју су субјекти међународног права определили, односно ону за коју они мисле да ће на најбољи начин правно обавезујуће уредити њихове односе.

Следеће питање које се с тим у вези поставља је на основу чега је могуће видети које тумачење праксе је задобило подршку субјеката која би се могла оценити као општа и она која обухвата и оне чији су интереси нарочито погођени. На основу истраживања праксе МСП јасно је да је он *opinio iuris* доминатно ценио као *веровање* држава да је нека пракса правно обавезујућа. Како смо, међутим, већ покушали да укажемо, сматрамо да то, уз дужно поштовање према Суду, није најбоље објашњење начина настанка ни *opinio iuris*, па самим тим, ни међународне обичајне норме. Судија Лахс је, наиме, у праву кад каже следеће: „... тврдити да све државе, чак и оне које започињу одређену праксу, верују да делују на основу правне обавезе је усвајање фикције и негирање могућности о развоју таквих правила“.⁶⁰² У сваком случају, чак и уколико се *opinio iuris* схвати као веровање,

⁶⁰² North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, (dissenting opinion of Judge Lachs) p. 231.

поставља се логично питање на основу чега државе верују у то, како је тај осећај настао? Судија Лахс у наставку свог супротног мишљења каже:

„Процес може заиста почети добровољним, једностраним актом ослањајући се на основано очекивање да ће оно наићи на пристанак или да ће бити понављано... Тек ће се у каснијој фази, комбинованим ефектом појединачних или заједничких акција, реакцијама и међусобним деловањем у том пољу... развити ланчана реакција која ће створити међународни консензус. С обзиром на сложеност овог процеса настанка и различитих мотива који су могући у његовим различитим фазама, сасвим сигурно је превише захтевно тражити доказ да је свака држава примењивала то правило зато што је била свесна обавезе да то учини“.⁶⁰³

Ми се, дакле, слажемо са судијом Лахсом да процес може почети једностраним актом који ће можда након тога понављати и остале државе. Судија Јусуф (енг. *Yusuf*) је у свом неслажућем мишљењу у случају *Имунитета државе* у том контексту цитирао једног аутора: „кадгод се прави промена, неко у неком тренутку мора да повуче први потез. Једна држава сама може да започне процес. Други могу да прате. На почетку капљање, затим отицање, на крају поплава“.⁶⁰⁴

Слажемо се и да се у каснијој фази комбинованим ефектом може створити међународни консензус који помиње судија Лахс. Оно што по нашем мишљењу недостаје је одговор на питање у вези са чим се ствара тај консензус. Он се по нашем мишљењу ствара у вези са *правном обавезом* да се субјекти понашају на одређени начин. Све док се не створи општа сагласност субјеката о томе међународна обичајна норма није настала. То се не може десити само од себе или једноставним имитирањем те праксе. Да би се створила општа сагласност у неком тренутку неко од актера мора артикулисати жељу/потребу да то конкретно понашање постане правно обавезујуће и ако ту правну артикулацију прихвати довољан број актера међу којима су и они чији су интереси нарочито погођени створиће се услови за настанак међународне обичајне норме.

Opinio iuris се, дакле, најчешће гради разменом тврдњи и противтврдњи субјеката међународног права (у доминантном броју случајева држава). Овде се, међутим, показује

⁶⁰³ Ibid.

⁶⁰⁴ Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012 (dissenting opinion of Judge Yusuf), p. 304.

циркуларност овог модела настанка међународне обичајне норме са два елемента (материјалним и субјективним) на коју је упозоравао и Коскениеми. Чини се, наиме, да се уз помоћ *opinio iuris* објашњава пракса јер се њој тек овим субјективним елементом придаје одређено значење без којег она не може да постоји самостално, а са друге стране се до *opinio iuris* долази анализом праксе субјеката међународног права јер смо ми још у првом делу рада истакли да су изјаве субјеката део њихове праксе. Осим тога, циркуларност се испољава и у том смислу да исте ствари, макар на први поглед, бивају докази и за праксу и за *opinio iuris*. И то се не односи само на изјаве држава. У већ поменутом случају *Имунитета држава* пракса националних судова се користила и као доказ праксе и као доказ за постојање *opinio iuris*. Ову циркуларност је немогуће избећи уколико се задржи став о раздвајању два елемента.

Ми смо у делу овог рада који се бави доктринарним расправама већ истакли да је занимљиво решење проблема циркуларности понудио Џералд Постема у виду примене концепта *нормативне дискурзивне праксе* на настанак обичајних норми међународног права. Иако ћемо се тиме још позабавити у закључним разматрањима овог рада, на овом месту само желимо да закључимо да постоје две озбиљне практичне препреке покушају *обједињавања* класично схваћених елемената међународне обичајне норме. Први је да, макар на основу Извештаја Специјалног известиоца, државе подржавају модел са два елемента. Други разлог је да је модел са два елемента дубоко подржан не само у пракси МСП, већ и у пракси других међународних судова и арбитражних одлука.

Уколико се сада, за крај расправе о настанку *opinio iuris*, односно међународне обичајне норме, вратимо томе да се субјективни елемент најчешће гради на основу тврдњи и противтврдњи о обавезности одређеног понашања, остају отворена бар два питања. Прво је шта се дешава ако на тврдњу неке државе или више њих изостане било каква реакција других субјеката међународног права (нема противтврдње). Друго је да ли постоје случајеви (па и у пракси МСП) у којима је обичај настао и без описаног процеса (нема ни тврдње, ни противтврдње). Мислимо да је одговор на прво питање можда најбоље пронаћи у делу рада који се буде бавио утицајем једностраних правних аката на настанак међународних обичајних норми, а одговор на друго питање у делу рада који се бави локалним и регионалним обичајима у пракси МСП, тако да их нећемо на овом месту

начињати. Исто се односи и на могуће алтернативе понуђеном моделу тврдњи и противтврдњи у виду преговора држава приликом преговора о закључивању међународних уговора.

4.5.2 Доказивање постојања међународне обичајне норме у јуриспруденцији МСП

Као што смо у претходним деловима рада показали, МСП се у доминантном делу своје јуриспруденције трудио да покаже да је за настанак међународне обичајне норме неопходно да постоје оба њена елемента. То је видљиво у готово свим кључним случајевима за ову област: *Риболов 1*, *Епиконтинентални појас у Северном мору*, *Риболов 2*, *Никарагва*, *Легалност употребе нуклеарног оружја*, итд.

У овом делу рада бисмо желели да на почетку малу пажњу посветимо питању ко има терет доказивања постојања међународне обичајне норме. Затим ћемо се посветити питању када и због чега чега је МСП понекад једноставно констатовао постојање међународних обичајних норми, а да се није упуштао у доказивање да оба елемента норме заиста постоје.

У свом неслажућем мишљењу у случају *Нотебом* судија Клестада (енг. *Klaestad*) се позвао на закључак Суда у случају *Азила* у погледу терета доказивања постојања обичајне норме на следећи начин:

„Када се Суд, у случају Азила, суочио са наводом у вези са наводним правом на једнострану и коначну квалификацију прекршаја коју је починило лице које је азил тражило, он је одлуку засновао на начелу суверености и сматрао је да страна која се позива на обичај који одступа од тог принципа мора доказати да је то правило у складу са сталном и једнообразном праксом држава прихваћеном као право. Исти метод би требало применити и у овом случају... Али Влада Гватемале није приказала ниједан доказ како би поткрепила постојање таквог обичаја“.⁶⁰⁵

⁶⁰⁵ Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955: I.C. J. Reports 1955, (dissenting opinion of Judge Klaestad), p. 30.

Ми на овом месту не можемо да се дубље упуштамо у начелну расправу о процесу доказивања пред МСП.⁶⁰⁶ Биће довољно да за ову прилику констатујемо да је углавном одговорност страна у спору да изнесу доказе пред МСП, иако и он у складу са правилима сопственог Статута може имати активнију улогу у том смислу.

Код доказивања постојања међународних обичаја су, међутим, ствари мало сложеније. Наиме, код спорова који се решавају на основу међународног уговорног права стране у спору могу бити сагласне у вези са чињеницама спора, а да се њихови ставови разликују по питању тумачења уговорних одредби које треба применити на те чињенице. Суд ће у таквим ситуацијама обично прихватити виђење чињеница у вези са којима су се стране сложиле. Код међународног обичајног права, међутим, чињенице (начин на који се нешто десило) представљају, као што смо видели, саставни део међународне обичајне норме и Суд ће понекад морати да има активнију улогу и да користи могућности које му за то пружа Статут Суда како би утврдио постојање међународне обичајне норме.⁶⁰⁷

У том смислу је Суд у вези са постојањем међународне обичајне норме углавном користио принцип да Суд мора познавати право (*iura novit curia*). У случају *Риболова 2*, ова питања су постала веома важна и због тога што је Исланд одбио да у њему учествује. Слично се десило и у случају *Никарагва* у ком су САД одбиле да се појаве пред Судом (разлика је само у томе што је Исланд одбио да се појави пред Судом од почетка процеса, док су САД одбиле да то ураде након што се Суд прогласио надлежним). То је, дакле, значило да Суд у овим случајевима није могао да рачуна на аргументе свих страна у спору ни у погледу чињеница спора, ни у погледу релеватног права што је можда посебно важно кад пресуда Суда треба да се донесе на основу међународног обичајног права (то је био случај и у *Риболову 2* и у *Никарагви*).⁶⁰⁸

⁶⁰⁶ Ближе о томе погледати у: Riddell A, Plant B: *Evidence Before International Court of Justice*, British Institute of International and Comparative Law, 2009; Fumagali L: *Evidence Before the International Court of Justice: Issues of fact and Questions of Law in the Determination of International Custom*, у: Bosciro N, Scovazzi T, Pitea C, Ragni C. (ed.), *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tulio Treves*, Springer Science and Business Media, 2013.

⁶⁰⁷ Fumagali L, *op.cit.*

⁶⁰⁸ О проблему непојављивања страна у спору пред Међународним судом правде погледати, на пример: Elkind J. B: *Non-appearance Before International Court of Justice: Functional and Comparative Analysis*, Martinus Nijhoff Publishers, 1984.

Иако је Суд у оба случаја изразио жаљење због овакве одлуке страна у спору, он је, ипак, на основу члана 53 сопственог Статута морао да донесе одлуку која би била „добро заснована и у погледу чињеница и у погледу права“.⁶⁰⁹ У том контексту је у случају *Риболова 2* констатовао да „с обзиром да је *дужност самог Суда* да утврди и примени важећа правна правила у датим околностима случаја, терет успостављања или доказивања правила међународног права не може бити наметнут било којој од страна у спору...“⁶¹⁰

У истом случају судија Де Кастро је у свом издвојеном мишљењу ово на неки начин појачао и одговорио на то зашто је терет доказивања другачији у односу на случај *Азила*: „међународно обичајно право не мора да се доказује; оно је опште природе и засновано је на општем веровању у његово важење (*opinio iuris*). Суд га мора применити *ex officio*; његова је дужност као *quaestio iuris: iura novit curia*. Само регионални обичаји или праксе, као и посебни обичаји морају да се докажу“.⁶¹¹

Као што смо већ истакли, сличан резон је Суд употребио и у *Никарагви*⁶¹² мада се чини да је овде у оцени ипак био нешто блажи: „у сврху одлучивања да ли је тврдња добро правно заснована, принцип *jura novit curia* значи да Суд *не зависи искључиво* од аргумената страна у спору у погледу применљивог права...“⁶¹³ Иако се у наставку Суд позива на свој закључак у случају *Риболова 2*, чини се да овај закључак на бољи начин одсликава досадашњу праксу Суда. Треба, наиме, имати у виду посебне околности случајева у којима се једна од страна у спору не појави пред Судом. Тада Суд посебно води рачуна о томе да, без обзира што има формално право да донесе пресуду, понуди аргументе у прилог чињеници да та пресуда нема никаквих, па ни процедуралних мањкавости због тога што се једна од страна није појавила у спору. У том контексту треба читати и поменуте пресуде. У другим околностима, нема сумње да ће се Суд пре свега

⁶⁰⁹ Члан 53, став 2. Цитирано према: Хаџи-Видановић В, Милановић М: *op.cit.* стр. 195.

⁶¹⁰ Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, p. 9, пара 17.

⁶¹¹ Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment (separate opinion of Judge De Castro), p. 96.

⁶¹² Уопштено о закључцима Суда у овом случају у вези са поступком доказивања чињеница погледати: пара 60 – 74 пресуде.

⁶¹³ Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 24.

ослонити на аргументе страна у спору, нарочито уколико између њих нема спора у вези са тим.

Без обзира да ли је терет доказивања на странама у спору или Суд мора да зна право, важно је вратити се питању да ли је МСП заиста био тако педантан у потврђивању постојања оба елемента међународне обичајне норме пре него што је констатовао њено постојање. Најкраћи могући одговор би био: *не увек*. Постоје веома различити разлози за овакву праксу Суда и ми ћемо покушати да прикажемо главне.

Члан 38 Статута Суда омогућава Суду да користи судску праксу као помоћно средство за утврђивање постојања главних извора. При томе је јасно да се то у суштини односи на међународно обичајно право. Иако члан 38 не одређује да Суд може користити само своју праксу, он се у својој јуриспруденцији углавном устезао од помињања случајева других судова у овом контексту. То, са друге стране, не важи за цитирање сопствених пресуда. Нема много смисла овде наводити све, или чак већину примера где је Суд то чинио. Можда само примера ради можемо поменути неке од случајева у две области међународног права – разграничење епиконтиненталног појаса и забрана претње силом и употребе силе – у којима је Суд користио своју претходну праксу како би показао постојање међународне обичајне норме.

Свакако основни случај у вези са епиконтиненталним појасом је већ много пута помињани случај *Епиконтиненталног појаса у Северном мору*. С обзиром да Суд у њему није дошао ни до каквих конкретних обичајних правила у вези са разграничењем епиконтиненталних појасева, не треба да чуди да су се у недостатку тих конкретних правила државе релативно често одлучивале да у конкретним споровима траже пред Судом решење. Случај *Епиконтиненталног појаса у Северном мору* је утицао и на садржај Конвенције о праву мора из 1982. године, а део о међународном обичајном праву у области епиконтиненталног појаса је и по неколико пута цитиран у случајевима попут случаја епиконтиненталног појаса између Туниса и Либије⁶¹⁴, *Залива Мејн*⁶¹⁵, случаја који

⁶¹⁴ International Court of Justice, *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, I.C.J. Reports 1982, p. 18. para 36, 37.

⁶¹⁵ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, Judgment, I.C.J. Reports 1984, para 91.

се тичао епиконтиненталног појаса између Либије и Малте⁶¹⁶, спора између Ел Салвадора и Хондураса у вези са копненом територијом, острвима и разграничењу морских појасева⁶¹⁷ или случају који се тичао морског разграничења и територијалних питања између Бахреина и Катара.⁶¹⁸ Са друге стране, Суд није имао пуно случајева у области забране претње силом и употребе силе, али је Суд случај *Никарагва* цитирао у случајевима попут *Нафтних платформи*⁶¹⁹ и *Оружаних активности на територији Конга*.⁶²⁰

Ови примери говоре о томе да Суд неће поново доказивати постојање два елемента међународне обичајне норме у некој области уколико је већ то раније урадио у неком случају, већ ће се једноставно позвати на њега. Уколико пре уколико међу странама у спору није спорна садржина обичајне норме, већ само да ли се у тој конкретној ситуацији десило кршење или не. Другачије понашање Суда и не би било рационално. При томе би требало имати у виду да Суд најчешће није губио из вида динамичност међународног обичајног права и да није само „преписивао“ своје раније пресуде. У случајевима који су се тicali морских појасева се то, на пример, може видети у разликама случајева који су решавани пре преговора и ступања на снагу Конвенције о праву мора 1982. године и оних након тога.

Слична ситуација као у овим примерима је и она у којима се Суд позивао на чланове Нацрта о одговорности држава које је израдила Комисија за међународно право. Суд је, начелно говорећи, прихватио да они одражавају норме међународног обичајног права и то је, примера ради, констатовао у случају *Габчиково – Нађимарош* јер је само

⁶¹⁶ International Court of Justice, *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Judgment, I.C.J. Reports 1985, p. 13, para 50.

⁶¹⁷ International Court of Justice, *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua Intervening)*, para 375.

⁶¹⁸ International Court of Justice, *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Merits*, Judgment, I. C. J. Reports 2001, p. 40, para 219.

⁶¹⁹ International Court of Justice, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, I. C. J. Reports 2003, para 64, 74.

⁶²⁰ International Court of Justice, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, para 164.

констатовао да „сматра да члан 12 одражава правило обичајне природе; он примећује да ниједна од страна у спору ово не доводи у питање“.⁶²¹

Осим што Суд није понављао истраживање о постојању два елемента када је то већ раније урадио у својој јуриспруденцији, он то није чинио ни кад је помињање обичајних норми било више успутно и није било основ саме пресуде. Дobar пример је случај *Дипломатског и конзуларног особља САД у Техерану* у којем је Суд без неког доказивања само констатовао следеће: „по мишљењу Суда, обавезе иранске Владе о којима је овде реч нису само уговорне обавезе проистекле из бечких конвенција из 1961. године и 1963. године, већ и из обавеза које проистичу из општег међународног права“.⁶²² У овом случају је Суд утврдио надлежност на основу уговорних норми, тако да није било потребе да Суд детаљније образлаже став о обичајном праву.

На неки начин ситуација слична овој је и када Суд вероватно сматра да је постојање обичајне норме очигледно и да га не треба посебно доказивати. Пример за то би могао опет да буде случај *Никарагва* у коме је Суд једноставно само констатовао следеће:

„Основно правно начело државне суверености у међународном обичајном праву је, *inter alia*, изражено у члану 2, ставу 1, Повеље Уједињених нација и простира се на унутрашње воде и територијално море сваке државе, као и на ваздушни простор изнад њене територије... Суд нема никакву дилему да ови примери из уговорног права спадају у добро установљен и дуготрајан принцип међународног обичајног права“.⁶²³

Суд је, дакле, навео неке међународне уговоре у којима је начело суверености било кодификовано, али се није трудио да постојање доказује на основу постојања два елемента јер је вероватно претпоставио да нема никога ко би довео у питање обичајну природу начела суверености у међународном праву.

Постоје, међутим, ситуације у којима МСП није доказивао постојање два елемента међународне обичајне норме иако је, макар на први поглед, тешко претпоставити разлоге за то. Бригит Шитлер то назива напуштањем индуктивног закључивања у пракси Суда и

⁶²¹ Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary vs. Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1997, p.72, para 123.

⁶²² United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I. C. J. Reports 1980, p.31, para 62.

⁶²³ Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 111, para 212.

по угледу на Томушата и још неке ауторе назива дедуктивним закључивањем Суда у погледу настанка и утврђивања постојања међународних обичајних норми. Ми ћемо поменути случајеве у којима смо приметили да Суд није доказивао постојање два елемента иако је можда требало, а успут ћемо се осврнути и на тврдње о дедуктивном закључивању Суда јер сматрамо да понуђено објашњење Биргит Шлитер није увек сасвим задовољавајуће.

Први овакав случај је уједно и први случај пред Судом – *Крфски канал*. У овом случају је Суд утврђујући одговорност Албаније за постављање мина у Крфском каналу утврдио следеће:

„обавеза албанских власти зарад опште половидбе се састојала у обавештавању о постојању минског поља у албанским територијалним водама и упозорењу британским ратним бродовима који су долазили о опасности којој су били изложени због минског поља. Ове обавезе нису засноване на осмој Хашкој конвенцији која се примењује у доба рата, већ на неким општим и веома добро признатим принципима, као што су: *основни обзираи човечности*, још захтевнији у доба мира него рата, *принцип слобода морског саобраћаја*; као и *обавезе сваке државе да не дозволи свесно да се њена територија користи за акте супротне правима других држава*“.⁶²⁴

Суд није детаљније образлагао ове основе одговорности нити их је доводио у везу са изворима права поменутих у члану 38 Статута Суда.⁶²⁵ Слобода морског саобраћаја, као што смо већ поменули у претходном делу овог рада, би у оваквој врсти канала могла бити међународно обичајно правило. О томе сведочи следећи пасус из исте пресуде Суда:

„То да државе у доба мира имају право да шаљу своје ратне бродове кроз канале који се користе за пловидбу између два дела отвореног мора без претходне дозволе обалне државе уз услов да је пролаз *нешкодљив* је по мишљењу Суда је општепризнато и у складу са међународним обичајем“.⁶²⁶

⁶²⁴ Corfu Channell case, Judgment of April 8th, 1949: I.C. J. Reports 1949, p. 22.

⁶²⁵ О питању извора међународног права у случају Крфског канала погледати ближе: Shibata A: *The Court's decision in silentium on the sources of international law: its enduring significance*, у: Bannelier K, Christakis T, Heathcote S (ed.): *The ICJ and Evolution of International Law: The enduring impact of Corfu Channel case*, Routledge, 2013.

⁶²⁶ Corfu Channell case, Judgment of April 8th, 1949: I.C. J. Reports 1949, p. 53.

Закључак да постоји обавеза државе да не дозволи да се њена територија користи за акте супротне правима других држава би могла да буде корелат обичајне норме о суверености држава. Логично, највише проблема (нарочито позитивистима) изазива овај део о обавези која произилази из основних обзира човечности.⁶²⁷ Најпре, с обзиром да су поменути и други основи одговорности пресуда није заснована само на овом основу па је тиме његова важност релативно умањена. Друго, није сасвим сигурно да је природа ових основних обзира човечности уопште обичајне природе. И на крају, нешто чиме ћемо се још позабавити у овом делу рада, Биргит Шлитер не појашњава *порекло* ових основних обзира човечности.

Без обзира на ове дилеме у вези са основним обзирима човечности, стоји чињеница да је Суд утврдио *обичајну* природу права проласка кроз канале овог типа, а да није доказивао да у вези са тим постоји пракса и *opinio iuris* већ је само констатовао да је то *општепризнато*. Вероватно је у таквој оцени био вођен ставовима страна у спору, али то одудара од употребе начела *iura novit curia* које смо већ поменули.

Као следећи пример у коме се види наводно види дедуктивно закључивање Суда Шлитер наводи Саветодавно мишљење о резервама уз Конвенцију о кажњавању и спречавању злочина геноцида.⁶²⁸ Суд је, наиме, у овом саветодавном мишљењу навео, и ово цитира и Шлитер (додуше не наводећи да је део цитата из мишљења Суда заправо из Резолуције ГС која је склонија политичком и моралном приступу него сам Суд):

„порекло Конвенције показује да је намера Уједињених нација била да осуди и казни геноцид као „злочин у међународном праву“ укључујући негирање права на опстанак читавих људских група, негирање које шокира свест човечанства и доводи до великих губитака по човечанство, и које је противно моралном закону и духу и циљевима Уједињених нација (Резолуција 96 (1) Генералне скупштине УН, 11. децембар 1946. године). Прва последица која настаје из оваквог схватања је да принципи Конвенције јесу принципи који су као обавезујући признати од стране цивилизованих народа чак и без било какве уговорне обавезе“.⁶²⁹

⁶²⁷ О различитим могућностима тумачења синтагме *основни обзир човечности* у случају *Крфског канала* погледати: Zagor M: *Elementary Considerations of Humanity, у: The ICJ and Evolution of International Law*, pp. 264 – 293.

⁶²⁸ Schlutter B, *op.cit.* p. 146.

⁶²⁹ International Court of Justice, *Reservations to the Convention of Genocide, Advisory Opinion: I.C. J. Reports 1951*, p. 23.

Из овог цитата Шлитер закључује да је Суд постојање обичајне норме о забрани злочина геноцида извео из *моралног закона* не доказујући елементе међународне обичајне норме. Ми најпре сматрамо да се Суд у овом случају примарно није бавио међународним обичајним правом па ни његовим доказивањем јер му то и није било неопходно за доношење овог Саветодавног мишљења. Оно чиме се он заправо бавио, па и у овом цитату, је начин и контекст у коме је донета Конвенција о кажњавању и спречавању злочина геноцида да би на основу тога могао да закључи да ли је на чланове ове Конвенције могуће давати резерве. У том смислу је Суд најпре навео да се решење за ова питања „мора пронаћи у посебним карактеристикама Конвенције о геноциду. Порекло и карактер те Конвенције, циљеви које су поставили Генерална скупштина и стране уговорнице, однос међу одредбама Конвенције *inter se*, као и однос ових одредби и постављених циљева, постављају елементе за тумачење воље Генералне скупштине и страна уговорница“.⁶³⁰

Осим тога, чак и ако би се део који је цитирала Шлитер посматрао у контексту настанка међународног обичајног права ево како се наставља Саветодавно мишљење након цитираног дела:

„Друга последица је *универзални карактер* и *осуда геноцида* и сарадње која се захтева „како би се човечанство ослободило таквог грозног зла (преамбула Конвенције). Генерална скупштина и *стране уговорнице* су стога намеравале да Конвенција о геноциду буде универзална по обиму. Њу је заправо 9. децембра 1948. године *једногласно одобрило педесет и шест држава*“.⁶³¹

Курзиви откривају елементе који би могли да буду важни у контексту откривања обичајне природе норме о забрани злочина геноцида и они би можда заправо могли да посведоче о томе да је воља држава била кључна за настанак те норме, али да поновимо: то није била намера Суда у овом случају.

У нашој анализи случаја *Никарагва* смо већ наводили примере у којима се види да је Суд трагао за оба елемента међународне обичајне норме. Намерно смо за овај део рада

⁶³⁰ Ibid.

⁶³¹ Ibid.

оставили примере из овог случаја које Биргит Шлитер и неки други аутори виде као примену дедуктивног метода у откривању норми обичајне природе. Ради се, наиме, о делу пресуде у којем је Суд поново споменуо основне обзире човечности, овога пута у контексту норми међународног хуманитарног права. Суд је утврдио да се „понашање Сједињених Држава може ценити на основу основних општих принципа хуманитарног права; по његовом мишљењу женевске конвенције су у једном делу развој, док су у другом само израз тих принципа“.⁶³²

У наставку Суд је установио да САД имају обавезу поштовања хуманитарног права у свим околностима. Ова обавеза је садржана у заједничком члану 1 Женевских конвенција, али је Суд у околностима сопствене надлежности у овом случају вероватно био спречен да се позове на Женевске конвенције као такве. Уместо тога, Суд се позвао на „опште принципе међународног хуманитарног права којима Конвенције само дају конкретан израз. Сједињене Државе стога имају обавезу да не охрабрују лица или групе које су укључене у сукоб у Никарагви да крше одредбе заједничког члана 3 све четири Женевске конвенције...“⁶³³

Шлитер, опет, на основу овога закључује: „чини се да је чињеница да одређена хуманитарна правила као што је члан 3 Женевских конвенција одражавају „основне обзире човечности“ довољна да учини ову норму обичајном. Методолошки, ово је потпуно дедуктивни начин резонавања који је на неки начин супротан ранијем фокусу на члан 38 (1) (б) Статута МСП“.⁶³⁴

Чини се да је овде ипак у неку руку пренебрегнут сложен однос између принципа међународног хуманитарног права и обичаја као формалног извора. У вероватно водећем извору у овој области се тврди да принципи међународног хуманитарног права

„нису, међутим, засновани на неком посебном извору међународног права, већ на уговорима, обичајима и општим правним принципима. Они се са једне стране, често могу и морају изводити из постојећих правила и изражавају њихову суштину и значење. Са друге стране, они

⁶³² *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, para 218.

⁶³³ *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, para 220.

⁶³⁴ Schlutter B: *op.cit.* p. 154.

инспиришу постојећа правила, представљају њихову потпору, појашњавају их, а морају се узети у обзир и приликом њиховог тумачења. Изричито препознавање постојања нарочито важних принципа МХП су „*основни обзири човечности*“ и тзв. Мартенсова клаузула...“⁶³⁵

Дедукција по свему судећи постоји. Али не ради се о томе да је нешто обичајно право зато што га је неко назвао елементарним обзирима човечности, већ се ради о томе да су елементарни обзири човечности извучени (дедуковани су ако можемо тако да кажемо) из већ постојећих обичајних и уговорних норми и општих правних начела која су признали просвећени народи. Уосталом, зар то у случају *Легалности употребе нуклеарног оружја* на неки начин није потврдио у свом супротном мишљењу и судија Корома (који се тешко може оптужити за ригидни позитивизам) кад је констатовао да „одсуство конкретних конвенција које забрањују употребу нуклеарног оружја није требало да сугеришу Суду да употреба таквог оружја може бити легална јер су *државе прихватиле* да међународно обичајно право *садржи принципе* који су применљиви на употребу таквог оружја“.⁶³⁶

Са друге стране, њих је и могуће извући из тих конкретнијих правила зато што у гранама међународног права као што је хуманитарно право постоји основна идеја хуманости која је, уз принцип војне потребе, темељ и подстицај њиховом настајању. У сваком случају, заобилажење индуктивног поступка у оваквим ситуацијама је можда могуће управо зато што се основни обзири човечности могу извући из обичајних норми које без сумње постоје. Ову анализу не треба разумети као да ми ниподаштавамо *важност* основних обзира човечности у погледу *мотива* субјеката међународног права нити приликом тумачења норми међународног хуманитарног права. Овај концепт је несумњиво суштински помогао развоју међународног хуманитарног права и права људских права. Покушали смо само да разјаснимо одакле ти обзири потичу и какав им је правни карактер.

Оно што је по нашем мишљењу проблематичан део пресуде *Никарагва* је, на пример, чињеница да је Суд закључио да постоје нека друга обичајна правила, а да

⁶³⁵ Сасоли М, Бувије А: *Како право штити у рату*, Међународни комитет Црвеног крста, 2003, стр. 75.

⁶³⁶ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (dissenting opinion of Judge Koroma)*, p. 599.

заправо није јасно показао да је то случај. Тако је, на пример, констатовао да је услов за колективну самоодбрану то да постоји захтев државе која је нападнута.⁶³⁷ Нешто мало пре тога је Суд самоуверено закључио да постоји „општа сагласност о природи аката за које се може сматрати да чине оружани напад“.⁶³⁸ Такође је констатовао „да страна пловила поседују обичајно право на нешкодљив пролаз територијалним водама како би ушла или изашла из унутрашњих вода; члан 18, став 1 (б) Конвенције Уједињених нација о праву мора од 10. децембра 1982. године само кодификује међународно обичајно право по овом питању“.⁶³⁹ Ниједан од поменутих закључака Суд није детаљније образлагао. Није ствар у томе да ми сматрамо да је Суд погрешно у закључцима, већ само сматрамо, нарочито имајући у виду основ његове надлежности у овом случају, да је морао детаљније да образложи зашто сматра да су нека од ових правила (и) обичајне природе.

Долазимо до случаја који смо већ помињали у претходном делу рада, а који Шлитер сматра једним од најважнијих примера за дедуктивну методологију откривања обичаја – *Налого за хапшење*. Као што смо већ помињали, Суд је у овом случају требало да одлучи да ли је Белгија издавањем налога за хапшење тадашњег министра иностраних послова Конга због оптужби да је починио тешка кршења мешународног хуманитарног права прекршила његово право на имунитет од националне јурисдикције других држава.

Суд је најпре испитивао да ли у међународном обичајном праву постоји норма која би гарантовала такав имунитет господину Јеродији.⁶⁴⁰ У том смислу је он најпре констатовао да „је у међународном праву *јасно установљено* да, као и дипломатски и конзуларни агенти, одређени носиоци високих позиција у држави, као што су шеф државе, шеф владе и министар иностраних послова, уживају и грађански и кривични имунитет од

⁶³⁷ *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, para 199.

⁶³⁸ *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, para 195.

⁶³⁹ *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, para 213.

⁶⁴⁰ Судије Хигинс, Кујманс и Бургентал су у свом заједничком издвојеном мишљењу, чини се оправдано, критиковале Суд што прво није испитао право Белгије да заснује универзалну јурисдикцију над оптуженим лицем, али то није пресудно за фокус нашег истраживања.

јурисдикције других држава“.⁶⁴¹ Суд није објаснио на основу чега тврди да је то јасно установљено. Судије Хигинс, Кујманс и Бургентал су у свом издвојеном мишљењу испитивале индикаторе за постојање ових имунитета.

Суд је с обзиром на конкретне захтеве овог случаја прешао на анализу кривичних имунитета тадашњег министра иностраних послова и у том контексту је поменуо „...Бечку конвенцију о дипломатским односима од 18. априла 1961. године која у преамбули наводи да је сврха дипломатских привилегија и имунитета да „обезбеди успешно извршење функција дипломатских мисија као представника држава... По овим питањима, Бечка конвенција о дипломатским односима, чије су стране уговорнице и Белгија и Конго, представља међународно обичајно право.“⁶⁴² Суд није образложио зашто сматра да *по овим питањима* Конвенција одсликава међународно обичајно право. Суд јесте у неким ранијим случајевима говорио о обичајној природи неких одредби бечких конвенција о дипломатским и конзуларним односима, али, колико нам је познато, не и о овим.⁶⁴³

У сваком случају, Суд је након цитирања Бечке конвенције о дипломатским односима цитирао и одредбе Конвенције о специјалним мисијама од 1969. године, али како она не помиње имунитете министра спољних послова, Суд је закључио да се оно мора решити „... на основу међународног обичајног права...“⁶⁴⁴ У анализи која је уследила по овом питању, Суд је најпре констатовао да се „у међународном обичајном праву, имунитети који се додељују министрима спољних послова не додељују због њихове личне користи, већ да би обезбедили ефективно вршење њихових функција...“⁶⁴⁵

Чини се да је на овај начин Суд направио *аналогију* са дипломатским и конзуларним агентима.⁶⁴⁶ У наставку пресуде се Суд бави природом функција министра

⁶⁴¹ Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, para 51.

⁶⁴² Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, para 52.

⁶⁴³ Погледати, на пример, случај *Дипломатског и конзуларног особља у Техерану*, para 62.

⁶⁴⁴ Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, para 52.

⁶⁴⁵ Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, para 53.

⁶⁴⁶ Биргит Шлитер расправља о односу аналогije и обичајног права у: Schlutter B: *op.cit.* pp. 102-108.

спољних послова вероватно да би показао да је немогуће ефикасно вршење његових функција уколико он не може слободно да путује широм света. Суд након тога опет прави *аналогију* овог пута са шефом владе и шефом државе: „... министар спољних послова који је одговоран за обављање односа... државе са свим другим државама, има позицију која је, као и позиције шефа државе или шефа владе... призната у међународном праву као позиција представника државе по природи своје дужности“.⁶⁴⁷ На крају овог дела пресуде је Суд коначно закључио да су „... функције министра спољних послова такве да током обављања те функције он или она у иностранству уживају пун имунитет од кривичне јурисдикције и личну неповредивост“.⁶⁴⁸

Нама се, дакле, чини да је Суд до оваквог закључка у вези са природом имунитета министара спољних послова дошао на основу аналогије са дипломатским и конзуларним агентима и шефовима држава и влада. И колико је та аналогија сама по себи добра, толико је добро и закључивање Суда.⁶⁴⁹ Нама се, ипак, чини да је постојало и друго решење. Оно би подразумевало класично истраживање праксе држава у овој области. Та пракса би, верујемо, показала да се државе по правилу уздржавају од хапшења или привођења министара иностраних послова друге државе.⁶⁵⁰ Ово уздржавање, како смо већ више пута истицали, није само по себи довољно за настанак међународне обичајне норме већ би морали и да се покажу мотиви/разлози које су државе наводиле за ово уздржавање од чињења. Верујемо да би се тако дошло до сличних резултата до којих је дошао и Суд, а да се при томе избегне аналогија која је у праву понекад опасна.⁶⁵¹

У сваком случају, након што је утврдио да постоји обичајно право које гарантује пун кривични имунитет министру спољних послова, Суд је прешао на истраживање да ли постоје изузеци од тог имунитета и том приликом је користио класичан модел испитивања

⁶⁴⁷ Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, para 53.

⁶⁴⁸ Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, para 54.

⁶⁴⁹ Овде би ваљало приметити да су поменуте судије Хигинс, Кујманс и Бургентал критиковале повлачење аналогије између позиција министара спољних послова и шефова држава.

⁶⁵⁰ Неко би можда могао да примети да хапшење и привођење нису исто што и издавање налога за хапшење. Погледати, међутим, и у том погледу издвојено мишљење троје поменутих судија.

⁶⁵¹ Треба, додуше, признати да је суткиња Вингарт дошла у свом супротном мишљењу до другачијег закључка у односу на нас примењујући исту методологију.

два елемента међународне обичајне норме на основу кога је дошао до закључка да не постоје.

На крају овог дела рада бисмо желели још само да кратко укажемо на евентуалне ситуације у којима Суд не би могао да докаже постојање међународне обичајне норме. С тим у вези би најпре требало да се вратимо на члан 38 Статута који каже да Суд доноси пресуде на основу уговора, обичаја и општих правних начела прихваћених од стране просвећених народа. Мишљења доктрине су подељена по том питању може ли Суд да прогласи *non – liquet* и то питање зависи од тога како се гледа на комплетност система међународног права, али Суд, макар у споровима између држава, то до сада није урадио. Нама се чини да су могуће ситуације у којима би Суд утврдио да не постоје *до краја прецизне* обичајне норме које би решиле правни спор између држава, али да свеједно постоје неке општије норме које би онемогућиле тврдњу држава да у међународном контексту имају потпуну слободу.

Овакво схватање је на неки начин повезано са применом тзв. *Лотус принципа* у досадашњој јуриспруденцији Суда. У већ чувеном цитату из пресуде ССМП се, наиме помиње да

„међународно право уређује односе независних држава. Правна правила која обавезују државе стога произилазе из њихове слободне воље која је исказана у конвенцијама или у општеприхваћеној пракси која представља право и то како би уредила односе између ових коегзистирајућих заједница или како би допринела остваривању заједничких циљева. Ограничења независности држава се стога не могу претпостављати“.⁶⁵²

Немогуће је на овом месту приказати све дилеме и жустру дебату која траје и данас у погледу тумачења оваквог става ССМП.⁶⁵³ Нама се чини довољним да у контексту предмета нашег истраживања констатујемо следеће: чак и ако је у тренутку доношења ове

⁶⁵² Lotus case, Series A, 1927, p. 18.

⁶⁵³ У обиљу литературе погледати, на пример: Hertogen A, *Letting Lotus Bloom*, GlobalTrust Working Paper, 2015; Spiermann O: *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice*, Cambridge University Press, 2005; Pazartzis P: *Judicial Activism and Judicial Self-restraint: the PCIJ Lotus case*, у: Tams J. C, Fitymaurice M: *op.cit.* pp. 319-335; Peters A: *Does Kosovo Lie in the Lotus-land of Freedom*, Leiden Journal of International Law, vol. 24, 2011, pp. 95-108.

пресуде то био случај, данашње међународно право не функционише по принципу да је дозвољено све што његовим нормама није изричито забрањено. Можда је најбољи пример за то област међународног хуманитарног права. У појединим случајевима ће можда бити тешко наћи норму која на прецизан начин уређује неко питање, али то не значи да су субјектима међународног права тада руке потпуно одрешене јер ће постојати општи принципи који ће на неки начин ограничити слободу субјеката.

Уосталом, то је на неки начин потврђено и у случају *Епиконтиненталног појаса у Северном мору*. У случају *Риболова 2* је неколико судија констатовало да разлике у пракси држава у вези са проширењем зоне риболова у сваком случају не доводе до ситуације у којој постоји апсолутна слобода држава по овом питању. Ево како је то, примера ради, образложио судија Дилард у свом издвојеном мишљењу:

„Препрека концепту „да право не постоји“ је да он имплицира да су државе слободне да поставе било какву границу за коју мисле да је разумна, појам који би вероватно произвео кофузију и довео до сукоба. Чињеница да постоје несагласности у пракси држава доводи јасно до велике дозе несигурности и баца сумњу на корисност или мудрост конкретног правила, али алтернатива није да се скочи у амбис правног вакуума“.⁶⁵⁴

Управо ове ситуације у вези са разграничењем морских појасева су биле плодно тло за расправе ове врсте. Тако је, на пример, у случају *Залива Мејн* Суд констатовао следеће:

„детаљна правила не треба тражити у међународном обичајном праву које се заправо састоји из ограниченог скупа норми које треба да обезбеде коегзистенцију и најважније заједничко деловање чланова међународне заједнице... Бесплодно је стога тражити од међународног права да, нарочито у новом и још неуређеном пољу попут оног које се тиче скорашњих продужења области које су до скоро припадале отвореном мору на основу аката држава, понуди готова решења која се могу користити за проблеме разграничења...“⁶⁵⁵

Слична оцена се, примера ради, може наћи и у неслажућем мишљењу судије Верамантрија у случају *Источног Тимора*: „на првом месту, обавеза постоји у

⁶⁵⁴ Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974 (separate opinion of Judge Dilard) p. 61.

⁶⁵⁵ Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I. C. J. Reports 1984, p. 299.

међународном обичајном праву које се, по својој самој природи, састоји из општих принципа и норми, пре него конкретних упутстава и забрана“.⁶⁵⁶

Ово, међутим, не значи, да обичајно право не може имати веома конкретна упутства и забране. Чак и у области разграничења морских појасева о којој смо већ нешто писали. Нико, наиме, данас не спори постојање међународне обичајне норме о максималној дозвољеној ширини територијалног мора од 12 наутичких миља што представља прилично прецизно правило. Оваква ситуација ће бити најчешћа онда када обичај настаје под утицајем међународног уговорног права, али ће о томе бити више речи у наставку рада.

4.6 Тумачење настанка и утврђивања регионалне и локалне обичајне норме у пракси Међународног суда правде

У овом другом делу рада који се бави јуриспруденцијом МСП смо све до сада говорили настанку и утврђивању постојања *општих* међународних обичајних норми. У овом делу рада ћемо се посветити регионалним и локалним обичајним нормама у пракси Суда. У вези са тим би требало дати једну термилошку напомену. Наиме, у делу рада који се бавио доктринарним расправама смо већ констатовали да је можда боље говорити о посебном, него о регионалном или локалном обичају. Иако нисмо променили мишљење у наслову је остало *регионални и локални* обичај јер су ти термини коришћени у јуриспруденцији Суда.

Као што ће се видети, јуриспруденција Суда у овој области је несразмерно мала у односу на број радова који је о томе написан. У пракси Суда постоји свега неколико пресуда које су обрађивале ово питање, а заправо вероватно само две код којих је пресуда заснована на концептима локалног или регионалног обичаја. Приликом анализе

⁶⁵⁶ International Court of Justice, East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I. C.J. Reports 1995 (dissenting opinion of Judge Weeramantry), p. 210.

јуриспруденције Суда у овој области ће нам бити најважније да прикажемо сличности и разлике између општих и посебних обичаја, као и њихов однос у јуриспруденцији Суда.

Први и свакако најважнији случај у јуриспруденцији Суда у овој области је случај *Азила* који смо доста пута до сада већ спомињали. Занимљиво је то да у овој конкретној ситуацији Суд није прихватио аргумент о постојању регионалног обичаја у Латинској Америци, али је случај без обзира на то важан јер је Суд у њему поставио стандарде у овој области међународног обичајног права.

На почетку можда није лоше по ко зна који пут се вратити на одређење међународног обичаја у члану 38 Статута Суда. У њему се, наиме, помиње само обичај као доказ *опште* праксе. То, међутим, није спречило Суд да истражи аргумент колумбијске владе о постојању регионалног обичаја. Он, додуше, јесте цитирао тај део Статута у овом случају⁶⁵⁷, али није мислио да треба да се посебно осврће на тај део да Статут није изричито поменуо могућност доношења пресуда на основу регионалних обичајних норми.

У сваком случају сама чињеница да смо ми у досадашњем делу рада о јуриспруденцији МСП више пута помињали случај *Азила* иако нисмо говорили о регионалном обичају сугерише важну чињеницу: исти критеријуми који важе за настанак опште међународне обичајне норме морају бити испуњени и за настанак регионалне. Ми смо у том смислу већ цитирали део пресуде у коме се наводи да „Влада Колумбије мора да докаже да је правило на које се позива у складу са *сталном и једнообразном праксом* држава о којима је реч *и да је ова пракса израз права које припада држави која даје азил и дужност која се може приписати територијалној држави*“.⁶⁵⁸

У овом цитату постоји, међутим, још једна важна ствар коју смо више успут поменули у досадашњем делу рада, а то је да је код регионалног обичаја, за разлику од општег терет доказивања на страни која се на њега позива. Занимљиво је при томе да Суд није објашњавао ову разлику, односно на основу чега она проистиче. Судија Амун се у случају *Епиконтиненталног појаса у Северном мору* позвао на овај део случаја *Азил* и поновио да је код регионалних обичаја терет доказивања на држави која се на њега позива.

⁶⁵⁷ *Asylum, Judgment. I.C.J. Reports 1950, pp. 276- 277.*

⁶⁵⁸ *Asylum, Judgment. I.C.J. Reports 1950, p. 277.*

Судија Алварез је у свом неслажућем мишљењу истакао да „америчко међународно право обавезује све државе Новог света; оно такође обавезује државе са других континената у питањима која погађају Америку, као што су имиграција, зоне безбедности континента у доба рата, итд.“⁶⁵⁹ То да регионални обичај по правилу обавезује све државе региона није спорно, мада границе региона понекад то могу бити. Али занимљивији је вероватно овај други део у коме судија Алварез тврди да би неке врсте регионалних обичаја обавезивале и друге државе. Судија Алварез није детаљније објашњавао ову констатацију.

Исти судија је покренуо и питање односа регионалног и општег обичаја иако Суд до њега у пресуди очекивано уопште није дошао. Он је у том смислу истакао да нису тачне тврдње неких држава „да америчко међународно право, па последично и други континентални системи права, морају бити подређени универзалном међународном праву... Такви правни системи нису *подређени* универзалном међународном праву, већ су они *међусобно зависни*“.⁶⁶⁰

У најважнијем случају за настанак локалног обичаја у пракси МСП, случају *Права преласка преко територије Индије*, Индија је у свом поднеску између осталог тврдила да не постоји институт обичаја између само две државе. Суд је на то одговорио следеће:

„Није јасно зашто број држава између којих је могуће установити обичај на основу дуге праксе мора бити већи од две. Суд не види зашто дуга континуирана пракса између две државе коју су оне прихватиле као ону која регулише њихове односе не би могла да створи основу за обострана права и обавезе између две државе“.⁶⁶¹

Суд не само да је овим потврдио могућност настанка локалног обичаја, већ је потврдио да су и за њега потребна два елемента која се захтевају за настанак општег међународног обичаја. Осим тога, важан допринос Суда у овом случају је и то што се осврнуо и на однос локалног (а посредно и регионалног) и општег обичаја. Наиме, иако се

⁶⁵⁹ *Asylum, Judgment*. I.C.J. Reports 1950 (dissenting opinion of Judge Alvarez), p. 294.

⁶⁶⁰ *Ibid.*

⁶⁶¹ *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits)*, Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, p. 37.

Португал у свом поднеску позвао и на општи међународни обичај, Суд је у том погледу закључио следеће:

„Суд се овде бави конкретним случајем који има посебне карактеристике... Уколико стога Суд установи јасно успостављену праксу између две државе коју су стране у спору прихватиле као ону која регулише њихове односе, Суд тој пракси мора приписати одлучујући утицај у смислу одређивања њихових конкретних права и обавеза. Таква посебна пракса мора имати превагу у односу на било која општа правила“.⁶⁶²

Суд је дакле утврдио да локални обичај има превагу у односу на *било које* опште правило. Како је, међутим, с правом упозорио судија Чагла у свом неслажућем мишљењу: „тачно је да у принципу свако посебно правило има превагу у односу на опште, али... постоје изузеци од овог правила. Неколико когентних правила имају превагу над било којим посебним правилом“.⁶⁶³ Тек готово пола века касније МСП ће у својој јуриспруденцији отворено признати постојање когентних норми међународног права, али нема сумње да је судија Чагла био у праву када је утврдио да такав тип норми мора увек и у свим ситуацијама имати превагу.

У случају *Епиконтиненталног појаса у Северном мору* Суд у пресуди није сматрао да треба да се бави питањем евентуалног постојања регионалне обичајне норме. То је занимљиво јер је, макар успутно, тај аргумент поменут у писаним поднесцима Немачке и Данске. Па ипак, судија Риверо (енг. *Rivero*) је у свом издвојеном мишљењу у овом случају рекао следеће:

„Што се тиче Северног мора, употреба средње линије коју је применила већина обалних држава у споразумима о разграничењу њихових појасева... показује да је регионално обичајно право настало по овом питању. Остаје да се дода, и ова констатација ми се не чини само важном, већ вероватно кључном, да је у пракси значајан број континенталних појасева у Северном мору већ у целини или делимично разграничен према истим принципима које сам

⁶⁶² Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, p. 40.

⁶⁶³ Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits) , Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960 (dissenting opinion of Judge Chagla) p. 140.

поменуо. Другим речима, у овој области међу обалним државама у Северном мору постоје уговори који су веома широко распрострањени и општеприхваћени⁶⁶⁴.

Оно што је вероватно слаба тачка оваквог закључивања судије Ривера је да сама примена принципа екви дистанце није довољна, како је утврдио и Суд у контексту општег међународног обичаја у овом случају. За то је, наравно, потребан и *opinio iuris*. Судија Риверо помиње, додуше, и термин *општеприхваћени*, али у контексту постојања међународних уговора у овој области. У сваком случају, чак и да *opinio iuris* постоји, велико је питање да ли би такво регионално обичајно правило обавезивало и Немачку с обзиром да она никад није прихватила овакву правну обавезу, а да је Суд још у случају *Азила* утврдио да „чак и када би могло да се претпостави да такав обичај постоји, он не би могао да буде примењен на Перу који је... то одбијао тиме што није ратификовао конвенције из Монтевидеа... , а оне су биле прве које су укључивале правило о... дипломатском азилу“⁶⁶⁵.

У претходном делу рада смо већ приказали случај између Костарике и Никарагве у вези са спором око реке Сан Хуан. Тада смо већ рекли да је Суд у овом случају базирао своју одлуку да постоји локални обичај на чињеници да Никарагва, и поред дуготрајне праксе рибарења локалних риболоваца, није уложила никакав протест. Ова ситуација је на неки начин чудна не само због тога што је Суд базирао одлуку на обичају риболоваца, а не државних органа, већ и зато што Костарика никад није правно артикулисала своје право да рибари на том делу реке. У вези са тим би могло и да се постави питање да ли је локални обичај у том смислу различит од општег у којем се оваква правна артикулација очекује. Можда би, наиме, могло да се тврди да је у овим ситуацијама основана претпоставка да уколико држава зна да се нешто дешава на њеној територији и не уложи с тим у вези протест, тиме посредно признаје право друге државе. Питање је на неки начин повезано и са случајем *Права преласка преко територије Индије* и супротним мишљењем судије Чагла који је тврдио да Португал никада није тврдио да има право на пролаз и да Индија никада није признала такву своју обавезу. У сваком случају, с обзиром на

⁶⁶⁴ North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969 (separate opinion of Judge Rivero), p. 63.

⁶⁶⁵ Asylum, Judgment. I.C.J. Reports 1950, p. 270.

недовољно развијену праксу Суда у овој области, тешко је у овом тренутку извучити коначне закључке.

4.7 Закључак

На почетку ове главе рада смо веома кратко представили историјат МСП. Навели смо да историјат међународног правосуђа не треба посматрати као линеаран развој који је на крају довео до појаве МСП. Па ипак, оно што јесте нека заједничка идеја која се кроз ту историју провлачи је да међународно правосуђе треба и може да допринесе међународном миру.

Навели смо такође да је Суд главна правосудна институција УН, основна правила његове процедуре, његове органе (уз судијско веће ту је и Секретаријат са својим одељењима), као и начин избора петнаест судија. Ова питања нису само процедурална, јер од њих у знатној мери зависи и легитимитет МСП. Такође смо рекли да Суд познаје две врсте поступака: суђења међу државама и давање саветодавних мишљења овлашћеним органима. У овој првој врсти поступака пред Судом, као што смо констатовали, могу да се нађу само државе и то само уколико су на један од начина предвиђених Статутом Суда унапред изразиле сагласност за то.

Нешто теже аналитичко питање је оно о основним функцијама МСП. Проблем, наравно, не постоји у вези са тим да је његова функција решавање спорова међу државама и помоћ институцијама УН у њиховом раду. У вези са тим постоји консензус. Проблем се јавља у вези са оценама домета других функција. Наиме у међународном праву, а нарочито у међународном обичајном праву, постоје одређени проблеми у вези са применом правног силогизма. У том процесу примене права, како смо се сложили са Богдандијем и Инцкеом, неминовно долази и до његовог развоја, односно макар његове делимичне реконцептуализације.

Па опет, главне недоумице настају у вези са тим докле сежу те границе Суда у том развоју међународног права и да ли их уопште има. Сложили смо се са Берманом који досадашњу праксу Суда у овом погледу оцењује као углавном конзервативну и то у смислу да је Суд углавном гледао да пресуда *реши спор* и да буде спроводива, а не да по

сваку цену доприноси решавању иначе важних теоријских дилема. Без обзира на ову чињеницу констатовали смо да је Суд у једном добром делу својих пресуда извршио (пресудан) утицај на даљи развој права у некој области. Вероватно се то нигде не види више него у много пута цитираном случају *Епиконтиненталног појаса у Северном мору*. Можда је основни разлог за овакав утицај појединих пресуда то што су успевале да ухвате међународноправни *zeitgeist*.

Сложили смо се у том контексту и са Петерсеном који тврди да пресуде Суда нису изолована појава већ да су оне само једна од фаза у *грађењу нормативног става*. Са друге стране, сматрамо да Суд не треба да буде превише оптерећен тим (само)рефлексијама о сопственој улози. Уверени смо да ће уз посвећеност његовој основној функцији *успут* доћи и до препознавања важности његове улоге у поменутом грађењу нормативног става.

И даље, међутим, нисмо дошли до одговора на питање колико Суд далеко треба да иде у развоју међународног права. У вези са тим, некако природно, нема сагласности у доктрини, али ни међу самим судијама. У доктрини она иду од искључиве функције решавања спорова (све ређе) до захтева да Суд има право да несумњиво лоша правна решења стави „са стране“ уколико мисли да она не задовољавају основне вредности међународне заједнице (све чешћа). Ми смо се заложили за умеренију верзију која подразумева активну улогу Суда у процесу сталне реконцептуализације међународног права, али не укључује његов рад који би очигледно био *contra legem*.

Навели смо да се међу судијама могу назрети две основне групе: конзервативна и прогресивна (ако су то прави термини). Иако је, наиме, сам Суд у више наврата у својим пресудама заузимао конзервативан став у вези са том својом улогом („... Суд не може да ствара право... већ је његов задатак да се упусти у његову нормалну судску функцију откривања (не)постојања правних принципа и правила“⁶⁶⁶) поједине судије су наглашавале да ово не сме бити једина његова функција.

На крају смо закључили да на доминатност те конзервативне позиције Суда не мора да се гледа негативно како је то често случај у савременој литератури (поменули смо Рајзмана и Пелеа у том контексту). Конзервативност се у одређеном смислу може сматрати и врлином јер кад неко ко је иначе оцењен као конзервативан прихвати или

⁶⁶⁶ Већ цитирани став Суда из саветодавног мишљења о легалности употребе нукларног оружја.

препозна неке савремене тенденције то онда има већу тежину него кад то уради неко ко се у том смислу сматра прогресивним (сматрамо да је добар пример у том смислу концепт *ius cogens* норми које је Суд у својој пракси признао прилично касно, али сад може да се каже да је *чак и* МСП то признао, тако да више не би требало имати дилема у том смислу).

Након истраживања функција МСП, прешли смо на истраживање праксе Суда у погледу појма међународног обичајног права. На овом месту желимо само да додамо једну напомену у вези са одабраном методологијом за истраживање праксе Суда у овој области. Ми смо, наиме, у закључцима које смо изнели о доктринарним расправама у вези са настанком и утврђивањем постојања међународних обичајних норми истакли и да сматрамо да су два елемента, пракса и *opinio iuris*, заправо нераздвојни и да је и елемент праксе немогуће разумети без анализе субјективног елемента. Њих, дакле, по нашем мишљењу треба посматрати као практично нераздвојну целину. Без обзира, међутим, на тај закључак, определили смо се да приликом истраживања праксе МСП у овој области задржимо традиционални приступ овом истраживачком проблему и помало насилно међународну обичајну норму раставимо на појединачне елементе.

Први разлог за овакав истраживачки поступак је чињеница да, примера ради, и најновији Извештај Специјалног известиоца Комисије за међународно право о утврђивању постојања међународних обичајних норми констатује да државе снажно подржавају закључак о постојању два елемента међународне обичајне норме. Други, важнији разлог, је да ће, на први поглед парадоксално, баш овакав истраживачки поступак по нашем мишљењу показати зашто је немогуће ова два елемента раздвојити.

Приликом анализе праксе као елемента међународне обичајне норме Суд се очекивано држао одређења које је дато у члану 38 (1) (б) његовог Статута. Без обзира на неке очигледне мањкавости те одреднице, Суд се тиме није бавио. Суд је понекад користио међународно обичајно право и без директног позивања на овај извор. Онда не треба ни да чуди да је користио међународне обичајне норме и без директног позивања на члан 38. Уосталом, то је и очекивано јер је након неких првих пресуда то заиста постало опште место које се не мора сваки пут понављати. У својој пракси је Суд често користио неке синонине међународног обичајног права, а најчешћи термин је било *опште међународно право*.

Иако смо раније током овог истраживања дошли до закључка да су традиционално схваћена два елемента међународне обичајне норме практично нераздвојна приликом истраживања јуриспруденције Суда покушали смо да их анализирамо одвојено. Први разлог је чињеница да је његова пракса до сада углавном доживљавана тако као да је то лако и неопходно урадити, а други јер смо мислили да ће се тако још боље доказати теза о томе да их треба посматрати нераздвојено. У сваком случају, најпре смо истраживали праксу као елемент у јуриспруденцији Суда и дошли смо до закључка да је Суд следеће типове понашања држава сматрао праксом у контексту настанка и утврђивања постојања међународне обичајне норме: уговоре, једностране правне акте држава, национално законодавство, административне мере држава, пресуде националних судова, дипломатске преговоре, ставове представника држава у Комисији за међународно право, а понекад је и уздржавање од чињења посматрано као пракса.

Приликом овог истраживања уздржавања од праксе у јуриспруденцији Суда се још једном показало да је класично схваћена пракса неодвојива од разлога који се за њу наводе. Она мора да прође кроз процес тумачења јер сама по себи не значи ништа. Можда је најбољи пример за то Саветодавно мишљење о легалности употребе нуклеарног оружја.

Осим тога што смо истраживали шта потпада под материјални елемент обичаја истраживали смо и о чијој се то пракси заправо ради. Суд се, опет очекивано с обзиром на његову надлежност, доминантно бавио праксом држава. Чини се једини прави изузетак у том смислу је случај између Костарике и Никарагве у вези са реком Сан Хуан јер је у овом случају Суд установио постојање међународне обичајне норме на основу праксе рибара, а не државе и њених органа. С обзиром, међутим, на усамљеност и специфичност овог случаја немогуће је из њега изводити неке дугорочне закључке у погледу јуриспруденције Суда.

На крају смо истраживали и каква та пракса мора да буде и то према закључцима МСП. То да мора да буде општа је било јасно и из Статута, али се показало да то не значи активну праксу у односу на све државе света, већ у њој треба да учествује довољно држава у односу на све оне које потенцијално имају интереса у тој материји (или другим речима значајна већина заинтересованих држава). У јуриспруденцији Суда се искристалисало и то да се у вези са праксом мора водити рачуна не само о квантитативним, већ и о

квалитативним критеријумима. Па ипак, с тим у вези треба бити посебно опрезан не само у погледу тога ко су заиста посебно заинтересоване државе у сваком конкретном случају, већ и на који начин посматрамо критеријум репрезентативности држава у пракси.

Испоставило се, ипак, да је најпроблематичнији критеријум тај да пракса мора да буде стална и једнообразна. Овај критеријум није изведен из одређења у члану 38, али се један његов део можда може пронаћи у пракси ССМП. У сваком случају, чини се да је МСП сматрао да се критеријум сталне и једнообразне праксе изводи из логичке условљености праксе као такве. Суд се све до случаја *Никарагва* држао овог критеријума, поменувши успут у неколико случајева да се од праксе не може очекивати да буде лишена свих *несавршености*. Никарагва је, међутим, показала да се ту ради о нечем већем/значајнијем од пуке несавршености. Решење је могуће пронаћи само уз *opinio iuris*.

Што се тиче времена потребног за настанак међународне обичајне норме иако је у неким првим случајевима Суд установио да је веома дуго времена било потребно за овај процес, у случају *Епиконтиненталног појаса у Северном мору* је закључио да време, само по себи, није кључан фактор за настанак обичаја. Ово *само по себи* треба да сугерише да је једино важно да се критеријуми испуне, а да ће за то, по правилу, мада не нужно, ипак бити потребно *неко* време.

Иако је Суд у случају Либије и Малте у вези са епиконтиненталним појасом утврдио да је наравно веома добро утврђено да оба елемента међународне обичајне норме морају бити присутна за њен настанак, неке судије су у својим издвојеним мишљењима пре показале став који личи на онај Менделсона – *opinio non iuris*. У сваком случају, Суд је, од случаја *Лотус* па на даље, *opinio iuris* тумачио као свест о правној обавезности одређене праксе. У својој јуриспруденцији он је, и поред теоријских слабости оваквог становишта, *opinio iuris* доминатно тумачио као веровање да је одређено понашање обавезно (потврђено у два кључна случаја у овој области *Епиконтинентални појас у Северном мору* и *Никарагва*). Више у индивидуалним мишљењима судија, него у пресудама Суда се могао пронаћи и став да *opinio iuris* треба тумачити као прихватање држава да нека норма буде обавезујућа (став који смо заступали у претходном делу рада).

У сваком случају, Суд је *opinio iuris* извлачио на основу ставова држава, односно интеракције њихових правних артикулација одређених ситуација – тврдњи и

противтврдњи у односу на њих. У случају између Португала и Индије Суд је праксу Португала у вези са преласком оружаних снага преко територије Индије тумачио на основу накнадних тврдњи страна у спору и на основу тих тврдњи је донео одлуку. Ово не само да показује да се *opinio iuris*, па и међународна обичајна норма формира на основу ове интеракције тврдњи и противтврдњи, већ и да је наш закључак о томе да се прекршаји неке норме не могу *a priori* сматрати семеном нове норме, већ то зависи од тога на који начин се ти прекршаји интерпретирају. Кад смо код прекршаја треба поменути и то да је Суд у Никарагви утврдио да се прекршаји, *сами по себи*, не могу тумачити нова норма све док се не промени традиционално схваћени *opinio iuris*, што је такође у складу са нашим закључцима у претходном делу рада.

На крају овог дела истраживања о *opinio iuris* смо се бавили и доктрином упорног противника. Констатовали смо да је ова доктрина заправо била веома мало заступљена у пракси Суда, те да се као најтврђи њен основ узима успутно помињање у случају *Епиконтиненталног појаса у Северном мору*, иако је неколико пута поменута и у контексту регионалних међународних обичајних норми.

У делу рада у коме смо говорили о настанку обичајне норме у пракси Суда смо констатовали да се Суд често бавио елементима (праксом и *opinio iuris*) у исто време. Дobar пример је случај *Азила*. Констатовали смо поново да потпуно једнообразне и сталне праксе никада нема. Уосталом да је има, право вероватно не би ни било потребно. Дакле, праксу је увек могуће тумачити на неколико различитих начина и зато она сама по себи не може да створи међународну обичајну норму. Процес настанка међународне обичајне норме може започети на више различитих начина. То се, примера ради, може десити једностраним правним актом државе или групе држава који након тога буде предмет реакције других држава. Или, такође примера ради, може почети током преговора о закључивању међународних уговора. Или на неки други начин. Окидач за процес, и ово је важно нагласити, не мора уопште да буде у рукама држава и данас се веома често дешава да то не буде случај. У сваком случају, важно је да на крају дође до веровања/сагласности довољног броја држава (уз то да међу њима буду и оне чији су интереси нарочито погођени) да понашање треба да буде/јесте обавезно.

Овакав модел открива одређену циркуларност јер не само да се један елемент међународне обичајне норме доказује другим, већ се и један и други елемент доказују истим актима (изјавама држава). Ми смо због тога већ наговестили да би могло да се размисли о напуштању теорије два елемента у настанку и утврђивању међународне обичајне норме и да се она замени неком врстом модела о нормативној дискурзивној пракси. Јуриспруденција Суда и ставови држава по овом питању су, међутим, прилична препрека коренитим променама. Због тога ће теорија о два елемента међународне обичајне норме, потврђена у пракси Суда, вероватно још дуго бити на столу.

Након резимирања закључака о настанку међународне обичајне норме смо се посветили истраживању методологије њеног доказивања у јуриспруденцији Суда. Утврдили смо да се МСП у највећем броју ситуација трудио да покаже присуство оба елемента међународне обичајне норме. У том процесу се начелно водио максимом *iura novit curia* (*Риболов 2* или *Никарагва*), иако каснија пракса Суда показује да се он заправо углавном ослањао на аргументацију страна у спору.

Суд није увек доказивао постојање међународне обичајне норме. Најпре, он то није радио уколико је већ у неком ранијем спору утврдио њено постојање (као пример су нам послужили примери са разграничењем морских појасева и забраном претње силом и употребе силе у међународним односима). Није то радио ни уколико је сматрао да је постојање очигледно (као по питању начела суверености). Суд то понекад није радио и ако је помињање обичајног права било успутно и није било основ одлуке Суда.

Постоје, међутим, и „озбиљнији“ и у неку руку контроверзни случајеви попут *Крфског канала* у коме се Суд сасвим сигурно није трудио да покаже постојање оба елемента. Слично се може рећи и за питање обичајне природе неких елемената колективне самоодбране у случају *Никарагва*. У случају *Налого за хапшење* Суд је обичајну природу о имунитетима министара иностраних послова извлачио на основу аналогије са дипломатским агентима и шефовима државе, а не на основу постојања два елемента. Ови примери се, ипак, могу пре доживети као изузетак од правила. И они су по нашем мишљењу лош изузетак. Имајући у виду претходну праксу Суда, његову улогу у настанку нормативног става у међународној заједници, па на крају и питање основа његове

надлежности, мислимо да је ипак бољи начин за доказивање постојања међународне обичајне норме утврђивање њених елемената.

У јуриспруденцији Суда постоје ситуације када он није успевао да пронађе прецизну обичајну норму која би на конкретан начин решила спор. У тим ситуацијама, Суд посеже или за општијим обичајним нормама или општим правним принципима. У сваком случају, чини се да немогућност проналажења конкретног обичаја не значи пуштање држава да чине што им је воља.

На крају ћемо се само кратко осврнути и на закључке у вези са регионалним и локалним обичајем у пракси Суда. Случај *Азил* је свакако ударио темеље овој врсти обичајних норми, иако, занимљиво, у њему уопште није доказано постојање тог типа норми. Без обзира на то, Суд је понудио стандарде у овој области. Први и најважнији је истоветност са општим обичајима у погледу испуњености критеријума праксе и *opinio iuris*. Други је различитост у односу на опште обичаје у погледу тога да је код регионалних обичаја терет доказивања на страни која се на њега позива. Са друге стране, случај *Права преласка Португала преко територије Индије* доказује постојање локалних међународних обичајних норми. И не само то, он показује и да локални, па последично и регионални обичаји, имају превагу над општим осим у ситуацији када се ради о *ius cogens* нормама међународног права. Оно што је у пракси Суда остало спорно је да ли се код локалних обичаја захтева тврња о постојању права и обавезе пре настанка обичаја или то није случај.

V УТИЦАЈ МЕЂУНАРОДНИХ УГОВОРА, ЈЕДНОСТРАНИХ ПРАВНИХ АКТА ДРЖАВА И ОДЛУКА ОРГАНА УЈЕДИЊЕНИХ НАЦИЈА НА НАСТАНАК И УТВРЂИВАЊЕ ПОСТОЈАЊА МЕЂУНАРОДНИХ ОБИЧАЈНИХ НОРМИ У ПРАКСИ МСП

Дугачак наслов ове Главе рада јасно показује чиме ћемо се у њој бавити. На почетку ћемо истраживати онај део јуриспруденције МСП који се бавио утицајем међународних уговора на настанак и утврђивање постојања међународних обичајних норми. С тим у вези треба рећи да је то само један део укупне расправе о међуутицају ова два извора међународног права у формалном смислу.

У другом делу ове Главе ћемо се бавити истраживањем улоге једностраних правних аката држава на настанак и утврђивање постојања међународних обичајних норми. Ми смо о овом питању већ говорили у претходном делу рада када смо говорили о улози артикулације правних ставова субјеката међународног права, али ћемо се овог пута фокусирати на конкретне врсте једностраних правних аката који могу имати улогу у поменутом процесу.

На крају ове Главе ћемо пажњу посветити утицају које одлуке органа УН могу да имају на настанак и утврђивање постојања међународних обичајних норми. У том смислу је потребно поменути да је фокус на органима УН јер се Суд у њима бавио у својој пракси, што не значи да и друге међународне организације немају утицаја на поменути процес. Посебно ћемо истраживати улоге ГСУН, СБУН и Комисије за међународно право (КМП).

5.1 Тумачење утицаја међународних уговора на настанак и утврђивање постојања међународне обичајне норме у пракси МСП

Већ смо рекли да је утицај међународних уговора на настанак и утврђивање постојања међународне обичајне норме само део укупног односа ова два извора права у формалном смислу. Како се ипак не би стекла погрешна слика о утицају, а не о међуутицају, желимо

да на почетку само укажемо на неколико илустрација утицаја међународног обичаја на међународне уговоре у јуриспруденцији МСП.

Један од таквих случајева је Саветодавно мишљење о Намибији које смо већ помињали и у коме смо констатовали да је Суд или прихватио да је обичајна норма утицала на тумачење уговорне норме из Повеље УН, или, што се нама чини вероватнијим – да је обичајна норма променила ту уговорну норму. Други пример је случај *Залива Мејн* у коме је Суд, анализирајући изворе права у области права мора који су били релевантни за тај случај, рекао да релевантне конвенције у овој области „морају, шта више, да буду анализирани у контексту међународног обичајног права и тумачене у том светлу“.⁶⁶⁷

Осим ова два примера ту је и случај *Морског разграничења у области између Гренланда и Јан Мајена* (Данска против Норвешке) у коме је судија Шахабудин у свом издвојеном мишљењу потврдио овакав налаз из случаја *Залива Мејн* рекавши да „...каснији развој међународног обичајног права мора бити узет у обзир приликом примене одредби Конвенције из 1958. године... (о епиконтиненталном појасу, прим. М. Х.)“.⁶⁶⁸ У наставку овог цитата је судија Шахабудин потврдио и да каснији обичај може заменити раније уговорно правило. Дакле, из ових илустрација се могу извући два закључка. Први је да међу изворима нема формалне хијерархије што потврђује наш закључак из првог дела овог рада. Други је да се међународне обичајне норме морају понекад користити како би се тумачиле уговорне одредбе у истој области.

Прелазимо сада на утицај појединачних фаза у процесу закључивања међународних уговора на настанак и утврђивање постојања међународних обичајних норми. Суд се у овом контексту у својој јуриспруденцији вероватно најчешће бавио састанцима држава на међународним конференцијама чији је циљ закључивање мултилатералних међународних уговора. Тако је, на пример, у случају *Епиконтиненталног појаса у Северном мору* Суд коментарисао аргументацију Данске и Холандије да се „процес одређивања и утврђивања обичајног правила у настајању појавио

⁶⁶⁷ Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I. C. J. Reports 1984, p. 291, para 83.

⁶⁶⁸ International Court of Justice, Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, Judgment, I.C.J. Reports 1993 (separate opinion of Judge Shahabuddeen), p. 154.

кроз рад Комисије за међународно право, реакцијама држава на тај рад и *састанке на Конференцији у Женеви*; и да се ово обичајно право у настајању кристализовало усвајањем Конвенције о Епиконтиненталном појасу на Конференцији⁶⁶⁹. Суд је на следећи начин одбацио ову аргументацију:

„Каква год да је тачност овог аргумента у погледу неких других делова Конвенције, Суд не може да је прихвати у односу на одредбу о разграничењу из члана 6, чији су саставни делови усвојени готово непромењени у односу на нацрт Комисије за међународно право и који је био основа за дискусију на Конференцији. Статус правила у Конвенцији стога највише зависи од процеса који су Комисију довели до тога да га предложи... Принцип еквидистанце, онакав какав се сада појављује у члану 6 Конвенције је Комисија предложила са значајним оклевањем, у неку руку на експерименталној основи, у најбољем случају као *de lege ferenda*, а не као *de lege lata* или као правило међународног обичајног права у настајању. Ово јасно не може бити некакав основ по коме би за члан 6 Конвенције могло да се каже да представља или кристализује такво правило“⁶⁷⁰.

Нама ће овај цитат свакако бити важан када у наставку рада будемо говорили о утицају рада Комисије за међународно право на настанак и утврђивање постојања међународних обичајних норми. На овом месту бисмо хтели да прокоментаришемо закључак Суда у вези са радом држава на Конференцији. Иако је, наиме, у овој конкретној ситуацији и на основу ових конкретних околности случаја, Суд закључио да рад држава на Конференцији није допринео кристализацији обичаја који је наводно био у настајању, он такву могућност није одбацио. Чак би на основу његове анализе могло да се закључи да је то сасвим могући начин кристализације обичаја – у супротном се он не би ни упуштао у конкретне околности овог случаја.

У случају *Риболова 2* Суд се наравно бавио и оценом аргумената страна у спору⁶⁷¹ и том приликом је навео да се Исланд у току преговора са УК позивао на рад Конференције

⁶⁶⁹ North Sea Continental Shelf (Judgment) I.C.J. Reports 1969, para 61.

⁶⁷⁰ North Sea Continental Shelf (Judgment) I.C.J. Reports 1969, para 62.

⁶⁷¹ Без обзира на специфичну ситуацију и употребу члана 53 Статута Суда, он је, колико год је могао, користио разне изворе да би утврдио аргументацију Исланда.

о праву мора 1960. године и „широко прихваћеној подршци“⁶⁷² предлозима који су се током ње чули о посебним правима неких држава у вези са правом риболова. Коментаришући преговоре држава током ове Конференције Суд је закључио да иако је недостајао један глас да се усвоји предлог о ширини територијалног мора и зони риболова обалних држава, Конференција и догађаји након ње јесу допринели кристализацији две обичајне норме и то оне о зони риболова до 12 наутичких миља и постојању посебних права обалних држава које су нарочито зависне од области риболова.⁶⁷³ Оно што је вероватно важније у контексту питања утицаја конкретних преговора држава током међународних конференција на настанак међународних обичајних норми је како је Суд третирао преговоре у оквиру треће Конференције која се одвијала паралелно са његовим доношењем одлуке:

„Суд је такође свестан садашњих напора... да се у оквиру треће Конференције о праву мора даље кодификује ова област и да се начини прогресивни развој у оквиру ње, као што је свестан и различитих предлога и припремних докумената који су у овом контексту сачињени. *Они су манифестације погледа и ставова појединачних држава* и представљају подстицај њиховим тежњама, пре него што изражавају принципе постојећег права. У овим околностима, Суд, као Суд обавезан правом, не може доносити пресуду *sub specie legis ferendae*, или предвиђати право пре него што га законодавац донесе“.⁶⁷⁴

Суд је, дакле, рекао да током преговора на оваквом типу конференција државе изражавају своје ставове поводом неких правних питања, али је одбио да из оваквог закључка изведе неке правне последице. Ми смо у делу рада који се бавио доктринарним расправама о утицају уговора на настанак обичајних норми рекли да се изјаве држава током преговора о усвајању неког међународног уговора могу сматрати праксом држава, а уколико их прате и изјаве о обавезности те праксе и као израз *opinio iuris*. Због тога нам се чини да је Суд можда требало да више пажње посвети томе какви су то *ставови и погледи*

⁶⁷² Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, para 25.

⁶⁷³ Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, para 52.

⁶⁷⁴ Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, para 53.

држава јер би то можда могло да му помогне у откривању настанка међународне обичајне норме, што је свакако више од *de lege ferenda*. Суд је то можда и учинио, али се у пресуди то не види.

Овакав наш закључак као да у свом заједничком издвојеном мишљењу деле судије Форстер, Бенгзон, Аречага, Синг и Руда. Они, наиме, с тим у вези закључују следеће:

„Стога је најмање што се може рећи то да те декларације и изјаве и писани предлози представника држава јесу значајни за одређивање става тих држава у погледу права на риболов и њиховог *opinio iuris* о предмету који је регулисан обичајним правом...”⁶⁷⁵

С тим у вези желимо да додамо само још једну ствар. Ставови представника држава током оваквих конференција најчешће нису једини њихов став по том питању. Треба бити опрезан, јер преговори ове врсте са собом најчешће носе и одређену дозу трговине у погледу решења која ће се на крају конференције усвојити. Зато ставове представника држава по појединим питањима треба поредити са њиховим ставовима пре и након конференције. Евентуалне недоследности треба посматрати као отежавајућу околност за настанак међународних обичајних норми, али се свакако и преговори током конференција морају узимати озбиљно у обзир.

У случају Епиконтиненталног појаса између Туниса и Либије две стране у спору се закључиле посебан Споразум о надлежности Суда за овај случај и у њему су се сложиле да Суд приликом доношења пресуде треба да узме у разматрање „нове прихваћене трендове“ у области права мора који су последица рада на већ поменутој трећој конференцији у овој области.⁶⁷⁶ Суд је анализирао значење и домашaj ове одреднице *нови прихваћени трендови* на Конференцији и тим поводом је закључио следеће:

⁶⁷⁵ Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974 (separate opinion of Judges Forster, Bengzon, Singh and Ruda), para 13.

⁶⁷⁶ Разлика у односу на претходнопоменути случај је у томе што је рад Конференције у овом тренутку практично био готов и што је готово сасвим усаглашен текст који је требало да иде представницима држава на потписивање.

„Суд би морао да *proprio motu* размотри напредак који се десио током Конференције чак и да стране у спору нису то поменуле у свом Посебном споразуму; зато што Суд не би могао да игнорише било коју одредбу нацрта конвенције уколико би дошао до закључка да је садржај те одредбе обавезан за све чланице међународне заједнице и то због тога што садржи или кристалише претходно постојећу обичајну норму или ону која је у настајању“.⁶⁷⁷

Суд у овом параграфу заиста не оставља никакву дилему. Рад током Конференције на уговору који још није усвојен може не само да покаже да је нека одредба уговора кодификација већ постојеће обичајне норме, већ, што је можда посебно важно, и да допринесе томе да се међународна обичајна норма кристалише у односу на претходно постојећу праксу. Потврда оваквог става се може пронаћи и у издвојеном мишљењу судије Аречаге у овом случају који је на следећи начин прокоментарисао утицај Конференције о праву мора на обичајну норму у вези са искључивом економском зоном:

„Одредбе текстова о преговорима и нацрта конвенције, као и консензус који је настао током Конференције, имају у овом погледу (права обалних држава у искључивој економској зони, прим. М. Х.) конститутивни или стварајући правни ефекат јер служе као фокална тачка ауторитативног водича до сталне и једнообразне праксе држава. Проглашавање економских зона... на основу текстова Конференције које је учинило 86 држава представља веома распрострањену праксу држава и она се утврдила као обичајно правило, неодвојиви део права мора“.⁶⁷⁸

Осим што потврђује наше претходне налазе, овај део издвојеног мишљења судије Аречага је важан јер показује и то да он није посматрао Конференцију као саму по себи довољну за настанак међународне обичајне норме, већ је навео и прокламације држава на основу њеног подстицаја. То потврђује наш налаз да и у овим ситуацијама треба сачекати да пракса држава буде у складу са одредбама које су у документу прописане.

⁶⁷⁷ Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1982, p. 38, para 24.

⁶⁷⁸ Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1982, (separate opinion of Judge Arechaga), para 54.

У том смислу закључак судије Оде у његовом неслажућем мишљењу да прво треба сачекати потврду коначног текста конвенције, да онда она треба да се усвоји, да након тога представници држава треба да је потпишу, а државе ратификују, да затим треба сачекати 12 месеци и 16 ратификационих инструмената да би она ступила на снагу и да чак и све то неће обавезно значити да текст конвенције представља међународно обичајно право, звучи помало превише опрезно, али је заправо отрежњујуће.⁶⁷⁹ Из историјске перспективе не само отрежњујуће, него и сасвим тачно.

Прелазимо сада на утицај појединачних уговорних одредби на настанак и утврђивање постојања међународних обичајних норми. У делу рада који се бавио доктринарним расправама на ову тему смо већ рекли да је важно питање да ли уговор „само“ кодификује обичајну норму или се ради и о прогресивном развоју. У том смислу помињање кодификације у преамбули међународних уговора може бити веома важан, а понекад и веома поуздан индикатор да обичајна норма постоји.

Суд је у својој јуриспруденцији неколико пута помињао преамбуле међународних уговора у овом контексту. У случају *Налого за хапшење* Суд је цитирао део преамбуле Бечке конвенције о дипломатским односима у којем стране уговорнице (а према подацима од 1. јануара 2015. године их има 190⁶⁸⁰) изражавају став „да је сврха тих привилегија и имунитета (дипломатских, прим. М. Х.) не да користе појединцима, већ да осигурају ефикасно спровођење функција дипломатских мисија које представљају државе...“⁶⁸¹ Суду је, као што смо споменули, ова чињеница била довољна да закључи да се ради о норми обичајне природе.

У свом издвојеном мишљењу у овом случају судија Лахс је такође подсетио на део преамбуле поменуте Конвенције у којем се подсећа да су народи свих нација од древних времена признавали статус дипломатских агената, као и да се преамбула завршава речима *потврђујући да ће правила међународног обичајног права наставити да уређују*

⁶⁷⁹ *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, I.C.J. Reports 1982 (dissenting opinion of Judge Oda), p. 170.

⁶⁸⁰ Подаци у вези са Конвенцијом су доступни на интернет адреси: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-3&chapter=3&lang=en . Посећено: 24.10. 2014.

⁶⁸¹ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, para 52.

питања која нису изричито регулисана одредбама ове Конвенције. Судија Лахс затим наводи податке о броју страна уговорница и ове Конвенције и оне о конзуларним односима и закључује „да је стога јасно да ове конвенције представљају право које је прихваћено у свим регионима света, и које су прихватили сви народи који припадају Северу и Југу, Истоку и Западу. Правила о којима је реч су заједничка својина међународне заједнице и потврђена су у интересу свих“.⁶⁸²

У случају *Епиконтиненталног појаса у Северном мору* судија Ануна је у свом издвојеном мишљењу користио преамбуле конвенција од 1958. године као индикатор постојања обичаја: „требало би, наравно, приметити, да Конвенција о отвореном мору помиње у својој преамбули намеру страна уговорница да *кодификују правила међународног права у вези са отвореним морем*; са друге стране Конвенција о Континенталном појасу не помиње ништа слично“.⁶⁸³

Случај *Епиконтиненталног појаса у Северном мору* је свакако један од два најважнија у јуриспруденцији Суда када је реч о односу утицаја уговорних одредби на настанак и утврђивање постојања обичајних норми. Ми смо већ констатовали да је један од аргумената Данске и Холандије у овом случају био да је Конвенција о епиконтиненталном појасу чланом 6 само кодификовала већ постојеће обичајно право у овој области. С обзиром да је Суд одбио овакву аргументацију, прешао је на алтернативни аргумент Данске и Холандије да, чак и уколико члан 6 није представљао кодификацију у тренутку настајања уговора, правило о еквидистанци које се помиње у том члану јесте утицајем уговора *касније* прерасло у обичајну норму. То се, опет према мишљењу Данске и Холандије делимично догодило под утицајем самог уговора, а делимично накнадном праксом држава.

Суд је најпре прецизирао аргумент Данске и Холандије тако да он заправо значи да одредба из члана 6 Конвенције, иако уговорна по својој природи, представља одредбу која има способност стварања норме (енг. *norm – creating provision*).⁶⁸⁴ Она је након доношења

⁶⁸² Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), separate opinion of Judge Lachs, p. 23.

⁶⁸³ North Sea Continental Shelf (Judgment) I.C.J. Reports 1969 (separate opinion of Judge Announa), p. 104.

⁶⁸⁴ North Sea Continental Shelf (Judgment) I.C.J. Reports 1969, para 71.

„прешла у корпус општег међународног права и прихваћена је као таква у *opinio iuris*, тако да је постала обавезна чак и за оне државе које нису до сада... постале стране уговорнице Конвенције“.⁶⁸⁵ Суд је затим на општи начин оценио могућност оваквог процеса у међународном праву:

„нема никакве сумње да је овакав процес сасвим могућ и да се догађа с времена на време: он заиста представља један од признатих начина на који норме међународног обичајног права могу да настану. У исто време, не треба олако сматрати да је овај резултат остварен“.⁶⁸⁶

Са становишта теоријских закључака важно је дакле констатовати да је Суд очекивано закључио да се претварање уговорних одредби у обичајне у пракси заиста дешава, али је, још важније, у наставку понудио своје виђење које је услове у том смислу неопходно испунити. Да би се нека одредба сматрала способном да ствара правно правило (енг. *norm – creating provision*), она по оцени Суда мора бити погодна за настанак „...општег правног правила“.⁶⁸⁷ Констатујући да се правило о еквидистанци на које су се позивале Данска и Холандија у члану 6 помиње као решење тек ако не дође до споразума страна у спору, Суд закључује да је ово један од индикатора да члан 6 не испуњава тај услов. Исто се односи на додатни услов за примену еквидистанце у смислу неопходног разматрања посебних околности. Услов да одредба буде погодна за настанак општег правила међународног права није, међутим, једини:

„у погледу других елемената за које се уобичајено сматра да су неопходни да би се уговорно правило претворило у опште правило међународног права, може бити да... веома широко распрострањено и репрезентативно учешће у Конвенцији буде, по себи довољно, под условом да буду заступљене и државе чији су интереси нарочито погођени“.⁶⁸⁸

⁶⁸⁵ Ibid.

⁶⁸⁶ Ibid.

⁶⁸⁷ North Sea Continental Shelf (Judgment) I.C.J. Reports 1969, para 72.

⁶⁸⁸ North Sea Continental Shelf (Judgment) I.C.J. Reports 1969, p. 43.

Не би можда било лоше да још једном кратко прокоментаришемо овај део цитираног дела пресуде *по себи довољно*. Он би, макар на први поглед, могао да имплицира да је *распрострањено и репрезентативно учешће* као неки вид праксе држава и без *opinio iuris* довољно за настанак међународне обичајне норме. У наставку Суд, међутим, отклања могућност оваквог тумачења цитираног дела пресуде и напомиње да је за настанак међународне обичајне норме неопходно да:

„пракса држава... буде и широка и готово једнообразна у погледу одредбе о којој је реч; мора се, шта више дешавати на такав начин да покаже *опште признавање да се ради о правном правилу или правној обавези*“.⁶⁸⁹

У свом супротном мишљењу у овом случају судија Серенсен је, будући да се није слагао са закључком Суда о непостојању обичајне норме, поменуо индикаторе који би могли да сугеришу управо супротно:

„Конвенцију је ратификовао веома значајан број држава... Државе које су постале стране уговорнице представљају све географске регионе света и различите економске и друштвене системе. Не само стране уговорнице, већ и друге државе су прилагодиле своје поступке и ставове тако да одговарају Конвенцији. Ниједна држава која је прогласила суверена права над својим епиконтиненталним појасом у складу са правилима Конвенције се није суочила са протестима других држава“.⁶⁹⁰

Постоје ипак један суштински проблем у вези са оваквим закључком судије Серенсена. На њега је указао и Суд у једном делу своје пресуде, а то је да не можемо оцењивати да ли је *цела* Конвенција постала обичајно право, већ у том контексту треба анализирати њене појединачне одредбе. Наиме, чак ни у међународним уговорима који имају изузетан број страна уговорница нису све одредбе постале међународне обичајне норме. Тешко је, на пример, тврдити да је члан 60 Женевске конвенције о статусу ратних

⁶⁸⁹ Ibid.

⁶⁹⁰ North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, (dissenting opinion of Judge Sørensen) p. 246.

заробљеника који, између осталог, садржи одредбу о томе да ће се заробљеним пуковницима исплаћивати 60 швајцарских франака месечно постао норма обичајне природе иако ова Женевска конвенција има више страна уговорница него Повеља УН.⁶⁹¹

Други кључан случај у пракси МСП за анализу утицаја међународних уговора на настанак и утврђивање постојања међународних обичајних норми је случај *Никарагва*. Питање односа мултилатералних уговора и међународних обичајних норми је у овом случају постало важно питање због резерве које су САД ставиле на надлежност Суда. У најкраћем, САД су 1946. године прихватиле обавезну надлежност Суда, али под одређеним резервама.⁶⁹² Једна од тих резерви би спречила Суд да успостави надлежност за „спорове који настану на основу мултилатералних уговора осим уколико (1) све стране уговорнице на које би одлука утицала нису такође стране у поступку пред Судом или (2) Сједињене Америчке Државе посебно не пристану на то“.⁶⁹³

САД су у свом поднеску тврдиле да оваква резерва представља препреку Суду за успостављање надлежности и по основу међународног обичајног права јер Суд не може да „утврди вредност Никарагвиних тврдњи у вези са обичајним правом уколико не тумачи и примењује Повељу Уједињених нација...“.⁶⁹⁴ Суд је одбио овакво тумачење односа обичајног и уговорног права у релевантним областима за овај случај и констатовао следеће:

„Чињеница да су горепоменути принципи... кодификовани или да се налазе у мултилатералним уговорима не значи да су они престали да постоје и да се примењују као принципи обичајног права, чак и за државе које су стране уговорнице тих уговорница. Принципи као што су забрана употребе силе, поштовање независности и територијалног интегритета држава, као и слобода

⁶⁹¹ Подаци о странама уговорницама се могу пронаћи на интернет адреси: https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xsp?xp_viewStates=XPAGES_NORMStatesParties&xp_treatySelected=375. Приступљено: 24.10.2014. Интересантно је да ова одредба вероватно не испуњава ни онај критеријум *norm-creative provision*.

⁶⁹² САД су користиле неколико основа за обарање надлежности Суда у овом случају, али ћемо ми поменути само једну која је важна за тему нашег рада. Ближе о питању надлежности погледати: International Court of Justice, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 392.

⁶⁹³ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, pp. 421-422.

⁶⁹⁴ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 423.

пловидбе, су и даље обавезујући као део међународног обичајног права, без обзира на важење одредби уговорног права у којима се оне налазе“.⁶⁹⁵

У пресуди по меритуму Суд је допунио своју аргументацију у вези са односом обичајних и уговорних норми. Он је тек у овој пресуди дефинитивно утврдио да му резерва САД не даје јурисдикцију над мултилатералним уговорима, али да је и даље надлежан за спор држава по питању наведеног кршења норми обичајне природе. Управо због тога је сматрао да треба додатно да образложи однос Повеље УН и међународног обичајног права и у том контексту да се осврне на тврдњу САД (које су се након одлуке Суда да прогласи да је надлежан у овом спору повукле из процеса, а након њега су повукле и декларацију о обавезној надлежности Суда) да „одредбе Повеље УН које су важне за овај случај обухватају и замењују повезане принципе међународног обичајног права“.⁶⁹⁶ Ево како је Суд додатно аргументовао свој став:

„... По низу питања, области које су уређене овим двају изворима права се не поклапају у потпуности, и... правила у оквиру којих се појављују нису садржински идентична. Али, додатно, чак и уколико би релеватна уговорна и обичајна норма имала потпуно исти садржај, то не би представљало разлог да Суд сматра да обављање уговорног процеса мора обавезно да одузме обичајном праву његову посебну применљивост“.⁶⁹⁷

Суд је образложио ово своје становиште тиме да Повеља не обухвата све аспекте принципа који су важни за случај и у том смислу поменуо члан 51 Повеље који се и сам позива на претходно обичајно право у пољу самоодбране као изузетка од забране претње силом и употребе силе у међународним односима.⁶⁹⁸ Осим тога поменуо је и обичајне

⁶⁹⁵ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 424.*

⁶⁹⁶ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, p. 93.*

⁶⁹⁷ *Ibid.*

⁶⁹⁸ О системском тумачењу одредбе о праву на самоодбрану у Повељи УН погледати: Нинчић Ђ: *Проблем суверености у Повељи и пракси УН*, Институт за међународну политику и привреду, 1967.

принципе неопходности и пропорционалности које члан 51 не предвиђа, као и важност концепта оружаног напада који такође није део међународног уговорног права.

Суд је, међутим, као што је видљиво и из горњег цитата констатовао да чак и да је садржај обичајне и уговорне норме идентичан, уговорна норма неће поништити постојање обичајне норме. У том смислу је поменуо ситуацију у којој нека страна уговорница откаже уговор и констатовао да уколико је нека одредба из уговора била и обичајне природе, отказивање уговора неће спречити обавезе на основу обичајног права. Осим тога, поменуо је и да постоје разлике у погледу тумачења и примене уговорних и обичајних норми.

Нама се чини да увек треба имати у виду веома специфичне околности овог случаја. Генерално говорећи, наиме, није у суштини спорно да уговорна и обичајна норма настављају да постоје паралелно и то обично не изазива толико велике практичне проблеме. У већини случајева је наиме или могуће ослонити се на праксу и субјективни елемент код држава нечланица уговора или уговор само представља кодификацију већ постојећих обичајних норми.

Чини се да ни за једног судију, па ни за судију Швобела који је свакако био најкритичнији према закључцима Суда, није било спорно да је теоријски могуће паралелно постојање неке уговорне и обичајне норме. У контексту конкретног случаја је било спорно да ли Суд због питања надлежности приликом анализе обичајних норми може да се ослања на садржину Повеље или не. Наиме, поједине судије су сматрале да Суд због питања надлежности не сме да користи Повељу, а да без ње не може да дође до садржаја обичајног права у областима као што је забрана употребе силе.

Треба се у том контексту присетити да се овде ради о међународном уговору са квазиуниверзалним карактером, који је при томе унео велике промене у неке области међународног права као што је забрана употребе силе.⁶⁹⁹ Ми смо у делу рада који се бавио доктринарним расправама о утицају међународних уговора са квазиуниверзалним карактером већ говорили о практичним потешкоћама процене садржаја обичајних норми

⁶⁹⁹ И не само то, него се ради и о уговору који има неке друге своје посебне карактеристике (примену одређених одредби и на нечланице, успостављену хијерархију у члану 103 Повеље, итд.). У том контексту треба показати одређену дозу опреза приликом прављења аналогije између Повеље УН и њеног односа према обичајним нормама и односа других међународних уговора.

које настају или се мењају под утицајем оваквих уговора. Ту се, наиме, као што је у свом неслажућем мишљењу истакао и судија Џенингс, не можете ослонити на праксу нечланица јер их је сувише мало, а тешко је и ослонити се на праксу чланица јер је она под доминантним утицајем начела *pacta sunt servanda*.⁷⁰⁰

У сваком случају, Суд је у пресуди констатовао да је принцип забране употребе силе „у последњих четири деценије развијао под утицајем Повеље до те мере да је један број правила садржаних у Повељи стекао статус независтан од ње“.⁷⁰¹ Са друге стране, Суд је, у вези са обавезом из Повеље да држава о коришћењу права на самоодбрану мора да обавести СБУН констатовао да „је јасно да се у међународном обичајном праву као услов за легалну самоодбрану не поставља услов да се поштује процедура која је толико повезана са садржајем уговора...“⁷⁰²

У свом издвојеном мишљењу у овом случају судија Синг је покушао да умањи значај расправе о обичајној или уговорној природи начела о забрани употребе силе и самоодбрани као изузетку од овог начела:

„При било ком покушају да се утврди да ли ови концепти припадају обичајном или уговорном праву се чини као илузорно утврђивати... који његов део или проценат припадају обичајном праву, а које парче припада уговорном праву. Нема потребе раздвајати неодвојиво јер једноставан логички приступ каже да уколико је, као у овом случају, концепт по својој природи обичајан, а касније допуњаван уговорним правом, Суд има право да пресуди да садашњи спор не потпада под мултилатералан уговор...“⁷⁰³

Чини се да је судија Синг у неку руку у праву кад каже да је илузорно одвајати обичајну и уговорну природу начела попут забране употребе силе у међународним

⁷⁰⁰ Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986 (dissenting opinion of Judge Jennings).

⁷⁰¹ Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 97.

⁷⁰² Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, para 200.

⁷⁰³ Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986 (separate opinion of Judge Singh), p. 34.

односима. То начело, иако обичајне природе, је доживело снажан утицај Повеље Уједињених нација. Са друге стране одредбе Повеље које се баве овим питањем су такође подложне промени њиховог тумачења под утицајем обичајног права, не само зато што су усаглашене пре 70 година откада се много тога десило и у фактичком и у правном смислу, него зато што су и тада срочене тако да су подложне различитим тумачењима. Међуутицај је сада толико очигледан да је заиста бесмислено одвајати их осим можда за потребе овако специфичних случајева. Једини изузетак у том смислу би био евентуални покушај да се новом нормом међународног обичајног права *измени* уговорна одредба Повеље, али то је друго питање које овом приликом није потегнуто.

Са друге стране, судија Аго у свом издвојеном мишљењу упозорава да у неким другим областима међународног права треба бити опрезан у вези са поклапањем уговорних и обичајних норми:

„код мене постоји блага сумња да ли универзално међународно обичајно право забране интервенције постоји и на регионалном нивоу у Америци у смислу да поседује сва достигнућа уговорног права. Још више сам склон сумњи да одређени „основни општи принципи међународног хуманитарног права“ који су, према мишљењу Суда, већ постојали у обичајном праву и према којем конвенције „само дају одређени израз...“⁷⁰⁴

За крај нам преостаје да представимо став Суда поводом резерви уз вишестране уговоре као индикаторе постојања међународних обичајних норми. Питање је поменуо сам Суд у случају *Епиконтиненталног појаса у Северном мору*. Закључујући да члан 6 Конвенције о епиконтиненталном појасу у тренутку њеног доношења није представљао већ постојећу обичајну норму, Суд је као додатни аргумент користио чињеницу да је на њега могла да се уложи резерва:

„... само за уговорна правила и обавезе је карактеристика да се, уз нека ограничења, може дозволити слобода стављања резерви; ово не може бити случају погледу општих или обичајних

⁷⁰⁴ Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986 (separate opinion of Judge Ago), p. 146.

правила и обавеза која, по својој самој природи, морају имати једнаку снагу за све чланице међународне заједнице те се стога код њих не могу јављати једнострана изузећа...“⁷⁰⁵

Ми смо у делу рада који се бавио доктринарним расправама истакли зашто се не слажемо са тим да је стављање резерви у вишестране уговоре важан индикатор непостојања међународних обичајних норми. На овом месту ћемо у том контексту изнети само мишљење двојице судија у овом случају. Судија Морели је у овом погледу закључио следеће:

„Подразумева се да резерва нема никакве везе са самим обичајним правилом. Уколико то правило постоји, постојаће такође и за државе које су формулисале резерву, као и за државе које нису ратификовале конвенцију. Неприхватљивост резерве не би требало извучити из овога јер резерва треба да функционише искључиво у области уговорног права“⁷⁰⁶

Судија Лахс је у свом неслажућем мишљењу искористио другу врсту аргумента у прилог тези да могућност стављања резерве није индикатор непостојања међународне обичајне норме:

„постоји доказ да резерве уз важне... уговоре нису спречиле да те одредбе постану општеприхваћене као право. Пет држава је ставило резерве на Четврту хашку конвенцију (1907), али су принципи из ње после одређеног времена постали део општег међународног права које обавезује све државе“⁷⁰⁷

Постоји ипак један проблем код оваквог закључивања судије Лахса. Наиме, у случају *Епиконтиненталног појаса у Северном мору* Суд је могућност стављања резерви користио као индикатор да у *тренутку доношења* Конвенције одредба на коју је резерва била могућа није била обичајна. То не значи да је Суд негирао могућност да *након*

⁷⁰⁵ North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 39.

⁷⁰⁶ North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969 (separate opinion of Judge Morelli), p. 198.

⁷⁰⁷ North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969 (dissenting opinion of Judge Lachs), p. 224.

одређеног времена та одредба постане обичајна. Па ипак то не мења наш општи закључак у вези са овим питањем.

5.2 Тумачење утицаја једностранних правних аката држава на настанак и утврђивање постојања међународне обичајне норме у пракси МСП

И у делу рада који се бавио доктринарним расправама о настанку међународних обичајних норми и у оном у коме смо говорили о њиховом настанку у пракси МСП смо већ јасно показали колико су једностранни правни акти држава важни за ове процесе. Због тога ћемо се у овом делу рада задржати само на навођењу још неколико примера из праксе Суда који то потврђују.

У случају *Риболова I* Суд је испитујући настанак норми у погледу повлачења полазних линија закључио следеће:

„разграничење морских области увек има међународни аспект; оно не може зависити само од воље обалне државе онакве каква је исказана у њеном домаћем праву. Иако је тачно да акт разграничења јесте обавезно једностранни акт јер га једино обална држава може учинити, важење разграничења у односу на друге државе зависи од међународног права“.⁷⁰⁸

И у овој и у неким другим областима међународног права државама дакле јесте остављена одређени простор слободе, али међународне норме, па ни обичајне, по правилу не настају на основу воље једне државе, већ на основу сагласности две или више њих. У овом истом случају Суд је и објаснио како је у овом конкретном случају дошло до настанка обавезујуће норме:

⁷⁰⁸ Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C. J. Reports 1951, p. 20.

„Суд стога закључује да је метод правих линија који је успостављен у норвешком систему... и пре него што је спор настао... консолидован сталном и довољно дугом праксом, а да је став других држава према овом питању сведок да оне то нису сматрале противно међународном праву“.⁷⁰⁹

Већ се дакле у случају *Риболова 1* показао значај протеста држава као врсте једностраних правних аката у односу на праксу других субјеката међународног права и његова улога у процесу настанка и утврђивања постојања међународне обичајне норме. То је можда још више било изражено у случају *Риболова 2*. С обзиром на све већи притисак услед пораста популације и потребе да се максимално искористе сви расположиви природни ресурси један број држава је

„објавио да ће проширити своју надлежност риболова и иза 12 наутичких миља. И док је тај тренд започео у Латинској Америци, у последње време се не прати само у том делу света, већ и у другим регионима... Потпуни број држава које су усвојиле ту позицију је сада између 30 и 35 обалних држава... И иако су те објаве углавном наилазиле на протесте или примедбе једног броја важних морских... држава, и у том смислу се не може сматрати да су оне довољне за оно што се описује као „општеприхваћено“, већина других држава није упутило сличне протесте...“⁷¹⁰

Са друге стране судија Петрен је у истом случају констатовао да су „државе чији су интереси били погођени таквим објавама стално протествовале. Дакле, недостаје још један елемент који је неопходан за настанак новог обичајног права, да га прихвате државе на чије интересе он утиче“.⁷¹¹

Без обзира што је, дакле, међу судијама у овом случају било разлика какве су правне последице једностраних правних аката у овој конкретној ситуацији, чини се да није било

⁷⁰⁹ Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C. J. Reports 1951, p. 27.

⁷¹⁰ Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974 (Joint Separate Opinion of Judges Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh and Ruda), p. 47.

⁷¹¹ Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974 (dissenting opinion of Judge Petren), p. 161.

дилеме *на који начин* настају обичајне норме по овом питању. И ту је размена једностранних правних аката пресудна.

У веома сложенем случају *Примене Конвенције о кажњавању и спречавању злочина геноцида* (Босна и Херцеговина против Србије) судија Томка је испитивао правну природу члана 34 Бечке конвенције о сукцесији држава у погледу уговора и расправу о томе у оквиру Комисије за међународно право. Судија Томка је том приликом закључио да иако су дискусије у оквиру Комисије „... откриле нека неслагања у погледу примене правила о *ipso jure* сукцесији у односу на уговоре... нуклеус ове одредбе који се тичао распада држава није наишао на било какве озбиљне примедбе. Стога се, по мом мишљењу, правило о *ipso jure* сукцесији у односу на уговоре за случајеве распада државе може сматрати правилом међународног обичајног права“.⁷¹²

Није, међутим, увек до краја јасно да ли се тврдње државе могу сматрати делом процеса настанка обичајног права и уколико нису дате у форми званичног саопштења. Проблем те врсте је настао у случају *Залива Мејн*⁷¹³:

„Канада тврди да је властима САД било познато да је она издавала дозволе у вези са североисточним делом *Georges Bank*. Канадска влада је, шта више, објавила информацију о томе у *Month & Oil* и *Gus Report*. Сједињене Државе су одговориле да питање... дозвола по канадском законодавству није било опште познато и да је једноставно представљало унутрашњу административну легислативу која не може да представља основу за пристанак или *estoppel* на међународном нивоу. Да би било какав ефекат настао на овом нивоу, било би, у најмању руку, неопходно да Одељење за спољне послове Канаде пошаље дипломатску ноту Одељењу за спољне послове Сједињених Држава“.⁷¹⁴

⁷¹² International Court of Justice, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007 (separate opinion of Judge Tomka), p. 330.

⁷¹³ И у контексту овог случаја се радило о испитивању да ли је дошло до прећутног пристанка САД на праксу Канаде, али нама се чини да су закључци релевантни и за настанак међународне обичајне норме.

⁷¹⁴ Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I. C. J. Reports 1984, p. 305.

Суд је на крају ценећи и друге аргументе дошао до закључка да су САД имале у одређеном периоду неусаглашену праксу у вези са оним што је чинила Канада, али да то није довољно за закључак да су пристали на разграничење у складу са тврдњама Канаде.

5.3 Тумачење утицаја одлука тела у оквиру УН на настанак и утврђивање постојања међународне обичајне норме у пракси МСП

У овом делу рада ћемо истражити како је МСП ценио утицај одлука тела УН на настанак и утврђивање постојања међународне обичајне норме. У делу рада који се бавио доктринарним расправама смо више говорили о генералном утицају одлука међународних организација на поменуте процесе, али се испоставило да се МСП у својој јуриспруденцији доминантно бавио одлукама различитих тела у оквиру УН. Као што ће моћи да се види, МСП се у својој пракси највише бавио утицајем одлука ГСУН на настанак и утврђивање постојања међународних обичајних норми па ће у складу са тим и највећи део овог истраживања бити посвећен њима. Веома је занимљиво приметити да се Суд, са друге стране, готово уопште није бавио одлукама СБУН у овом контексту. На крају ћемо пажњу посветити и томе како се у јуриспруденцији МСП ценио утицај рада КМП на настанак и утврђивање постојања међународне обичајне норме.

5.3.1 Одлуке Генералне скупштине УН

Ево како судија Танака елегантно приказује какву су улогу УН одиграле у промени настанка међународног обичајног права у свом несагласном мишљењу у случају *Југозападне Африке* (Либериа и Етиопија против Јужноафричке Републике):

„Држава, уместо да објављује своје ставове према неколико држава којих се то директно тиче, има прилику да кроз медијум организације искаже своју позицију свим члановима организације и да одмах сазна њихове реакције по том питању. Раније су, пракса, њено понављање и *opinio juris sive necessitatis* као саставни елементи обичајног права морали да буду комбиновани заједно у веома дугом и спором процесу који је трајао вековима. У савременом

добу... настанак обичаја кроз медијум међународних организација је знатно олакшан и убрзан... Ово је један од примера како промена у друштвеном садржају неминовно проузрокује промену у праву“.⁷¹⁵

Заиста је тешко не приметити сличност између става судије Танака и става Алвареза као једног од водећих стручњака за право међународних организација данас о коме смо говорили у доктринарним расправама.

У свом супротном мишљењу приликом саветодавног мишљења о *Легалности употребе нуклеарног оружја* судија Швебел је потврдио традиционалан став доктрине међународног права тиме што је констатовао да „Генерална скупштина нема надлежност да ствара међународно право“.⁷¹⁶ То је формално, као што смо и раније говорили, јасно и на основу анализе Повеље УН. Исто тако смо, међутим, утврдили да то не значи да одлуке ГСУН немају важан допринос у процесу доношења међународних норми и то на неколико нивоа.

Судија Амун у свом издвојеном мишљењу у саветодавном мишљењу о *Намибији* на следећи начин цени ту улогу одлука ГСУН: „иако потврде Декларације нису обавезујуће као међународне конвенције по члану 38 ставу 1 (а) Статута Суда, оне могу обавезивати државе по основу става 1 (б) истог члана, било због тога што чине кодификацију обичајног права... или због тога што су статус обичаја стекле као општа пракса прихваћена као право...“⁷¹⁷ Судија Амун, дакле, сматра да оне пре свега могу остваривати утицај кроз обичајно право као извор међународног права. Ево како, наиме, он види на који начин одлуке ГСУН могу учествовати у процесу изградње међународних обичајних норми:

⁷¹⁵ International Court of Justice, *South West Africa, Second Phase, Judgment*, I.C.J. Reports 1966 (dissenting opinion of Judge Tanaka), p. 291.

⁷¹⁶ *Legality of Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion 1996* (dissenting opinion of Judge Schwebel), p. 319.

⁷¹⁷ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1971 (separate opinion of Judge Ammoun), p. 74.

„Што се тиче „опште праксе“ држава коју најчешће помињемо када настојимо да утврдимо настанак обичајне норме, она је у случају права народа на самоопредељење постала толико широко распрострањена да је она не само „општа“, већ универзална, с обзиром да је постала део Повеље Уједињених нација (члан 1, став 2 и члан 55), као и да је потврђена у текстовима које сам управо поменуо: пактовима, *декларацијама и резолуцијама*, које, узете у целини, показују једногласност држава у корист императивног права народа на самоопредељење“.⁷¹⁸

Ако је судећи по овом цитату, судија Амун је декларације и резолуције ставио у праксу као елемент међународне обичајне норме. Много чешће се ипак те одлуке стављају у контекст другог елемента међународне обичајне норме – *opinio iuris*. У случају *Риболова 2* судија Петрен је прво навео да Исланд своје тврдње може да заснује само на међународном обичајном праву.⁷¹⁹ Затим је у том контексту прешао на анализу резолуције ГСУН 3016 (XXVII) од 18. децембра 1972. године те је закључио следеће:

„Питање је стога да ли иновација... у резолуцији Генералне скупштине има ефекат поверавања обалној држави надлежности која се не налази у оригиналном концепту епиконтиненталног појаса и која би била једнака изненадном настанку новог правила обичајног права. Не улазећи у опште питање да ли резолуције Генералне скупштине могу стварати ново право, морам да нагласим да би у сваком случају она онда морала да задовољи један услов, а то је да су државе које су гласале за ту резолуцију заиста морале да предвиде и прихвате могућност да ће она одмах имати обавезујућу снагу“.⁷²⁰

Судија Петрен је истражујући услове у којима је резолуција донета закључио да њено усвајање „није довољно како би она изменила постојеће право и породила ново опште правило обичајног права...“⁷²¹ Можда је ипак важније видети како је Суд, а не појединачне судије, видео утицај одлука ГСУН на настанак и утврђивање постојања

⁷¹⁸ Ibid, p. 102.

⁷¹⁹ Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment (dissenting opinion of Judge Petré) p. 161.

⁷²⁰ Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment (dissenting opinion of Judge Petré) p. 162.

⁷²¹ Ibid.

међународних обичајних норми. Два најважнија предмета пред Судом у том смислу су свакако *Никарагва* и *Легалност употребе нуклеарног оружја*.

У делу случаја *Никарагва* у коме је Суд утврђивао постојање обичајног права у области забране употребе силе у међународним односима, он је констатовао да су се државе Повелом УН обавезале на уздржавање од употребе силе, али да он у околностима овог случаја мора да се увери у постојање *opinio iuris*. У том контексту је Суд закључио:

„Овај *opinio iuris* се може, мада уз сву могућу пажњу, извући из, *inter alia*, става... држава према одређеним резолуцијама Генералне скупштине, а нарочито из резолуције 2625 (XXV)... Ефекат сагласности на текст таквих резолуција се не може разумети само као „понављање или појашњење“ обавеза које су преузете Повелом. Напротив, треба га разумети као прихватање важења правила или скупа правила из резолуције по себи“.⁷²²

Суд је до сличног закључка дошао и у погледу обичајног права на самоодбрану и забрану интервенције у унутрашња питања других држава. Тако је, на пример, у погледу права на самоодбрану Суд истакао да „као што текст одређених декларација Генералне скупштине које су државе усвојиле показује њихово признавање начела о забрани употребе силе као питање међународног обичајног права, тако и... те декларације делују у погледу права на самоодбрану“.⁷²³

Питање које се, међутим, логично поставља из горепоменог цитата је како протумачити овај део *уз сву могућу пажњу*. Чини се да то значи да се не може из било које резолуције ГСУН извучити *opinio iuris*, већ да се у том смислу мора трагати за неким критеријумима. Овакав закључак је и логичан с обзиром да једном документу који *по себи* није обавезујући не треба олако приписивати улогу у стварању обавеза субјеката међународног права и без њихове изричите воље.

У том смислу је веома корисно погледати саветодавно мишљење о *Легалности употребе нуклеарног оружја*. У њему је Суд морао да да оцену различитих аргумената

⁷²² Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, pp. 99-100.

⁷²³ Ibid.

које су државе предочиле у вези са значајем једног броја декларација ГСУН у којима се помињала забрана употребе нуклеарног оружја. Ево на који начин је Суд оценио те различите аргументације:

„Суд примећује да резолуције Генералне скупштине, иако нису обавезне, имају понекад нормативну вредност. Оне у одређеним околностима могу да пруже важан доказ за утврђивање постојања правила или појаву *opinio juris*. Да би се утврдило да ли ово важи за одређену резолуцију Генералне скупштине, неопходно је видети њену садржину и услове под којима је донета; такође је неопходно видети да ли *opinio juris* постоји у погледу њеног нормативног карактера. Или серија резолуција може показати постепен развој *opinio juris* који је неопходан за успостављање новог правила“.⁷²⁴

Можда је најбоље кренути од ове прве реченице у цитату. Чини се да Суд у њој показује одустајање од тврдокорног позитивизма и показује осетљивост за нијансиранији став у погледу необавезујућих одлука. Он, наиме, за резолуције каже да имају (понекад) одређену *нормативну вредност* иако нису обавезне. Одмах затим Суд каже и коју вредност – оне пружају *доказ за утврђивање постојања правила*. Ми под овим разумевамо процес у којем су те резолуције један од индикатора да је неко правило обичајне природе. Државе могу да гласајући за неку резолуцију у којој се, на пример, помиње да је неко правило *већ постало* правило обичајне природе учврсте тај став у међународној заједници. Али то није све. У другом делу реченице Суд каже да резолуције могу да пруже доказ и о постојању *opinio iuris*, односно да можда доврше процес кристализације или настајања међународне обичајне норме тиме што ће указати да сматрају да је одређено понашање за њих обавезно.

У наставку пасуса Суд потврђује налаз из *Никарагве*: не могу све резолуције имати такав ефекат. Мора се наравно погледати садржај те резолуције да би се видело има ли неке од ових карактеристика, али се такође мора видети начин на који је донета. Наиме, уколико има пуно уздржаних или гласова против, резолуција тешко да може да буде индикатор постојања међународне обичајне норме (при томе се мора узети у обзир и *које* државе су биле међу уздржанима или онима које су биле против). Осим тога, како Суд

⁷²⁴ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, pp. 254-255.

каже, мора се видети и да ли она има неки *нормативни карактер*. Резолуције које само помињу неке политичке циљеве које би ваљало остварити у неком неограниченом временском периоду тешко да могу имати било каквог утицаја на настанак или утврђивање постојања међународне обичајне норме (осим, наравно, да буду нека врста материјалног извора или подстицаја да се у будућности испуне елементи који су неопходни за ове процесе).

Занимљива је и ова последња реченица да серија резолуција може имати као последицу постепен развој *opinio iuris*. Ово није усамљен случај помињања серије резолуција као нека врста доказа за *opinio iuris*. Судија Амун, на пример, чије смо мишљење у овом делу рада већ помињали каже у том контексту да је „Генерална скупштина потврдила легитимност те борбе (за национално ослобођење, прим. М. Х.) у најмање четири резолуције... 2372 (XXII), 2403 (XXIII), 2498 и 2517 (XXIV) које узете заједно већ чине обичај“.⁷²⁵ Нама се чини да у вези са овим ипак треба бити опрезан. Низ резолуција може, наиме, показати постепени развој *opinio iuris*, али сама чињеница да постоји више од једне резолуције није сама по себи довољна да замени критеријуме које је неопходно задовољити да би се доказало постојање субјективног елемента међународне обичајне норме.

У сваком случају, ево како је Суд у саветодавном мишљењу о *Легалности употребе нуклеарног оружја* ценио испуњеност поменутих критеријума у околностима овог случаја:

„Када се узму у целини, резолуције Генералне скупштине које су поменуте пред Судом кажу да би употреба нуклеарног оружја била „директно кршење Повеље Уједињених нација“; а у одређеним формулацијама се може видети да би такву употребу „требало забранити“... међутим, неколико ових резолуција које смо разматрали у овом случају су усвојене са значајним бројем гласова против и уздржаних; стога, иако ове резолуције представљају јасан

⁷²⁵ Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971 (separate opinion of Judge Ammoun), p. 69.

знак дубоке забринутости у погледу проблема нуклеарног оружја, оне ипак нису довољне за утврђивање постојања *opinio iuris* о нелегалности употребе таквог оружја“.⁷²⁶

С обзиром на то да се у резолуцијама помињало и кршење Повеље УН и евентуална забрана можда би могло да се тврди да је поменути услов о нормативном елементу резолуција испуњен (мада би и о овоме могло да се расправља). Са друге стране, чини се да је Суду кључан аргумент за одбијање става да резолуције потврђују *opinio iuris* био то да су оне усвојене *са значајним бројем гласова против и уздржаних*. Иако Суд то није изричито поменуо на овом месту, могуће је да је за такву процену било важно и *које државе су биле против или уздржане*. Суд је након овога дипломатски закључио, можда и под утицајем чињенице да је глас председника Суда одлучио овај случај, да је настанак „конкретног обичајног правила које би забранило употребу нуклеарног оружја као таквог спречено сталним тензијама између *opinio iuris* у настајању на једној страни, и снажног ослањања на праксу одвраћања на другој“.⁷²⁷

У свом несагласном мишљењу у овом случају судија Швобел је на свој карактеристичан, помало оштар начин одговорио на мишљење Суда: „у свом Мишљењу, Суд закључује да низ резолуција Генералне скупштине о нуклеарном оружју „ипак нису довољне за утврђивање постојања *opinio iuris* о нелегалности употребе таквог оружја (пара. 71). По мом мишљењу, оне нису ни близу“.⁷²⁸ Судија Швобел затим нуди и критеријуме које би једна резолуција морала да испуни како би могло да се каже да је деклараторна, односно да потврђује постојање обичајног права:

„ниједна од резолуција Генералне скупштине о нуклеарном оружју није деклараторна у односу на постојеће међународно право. Генерална скупштина може усвојити деклараторне резолуције о међународном праву једино уколико те резолуције заиста показују шта је међународно право. Уколико резолуција тврди да је деклараторна, уколико је усвојена једногласно (или готово једногласно, квалитативно као и квантитативно) или консензусом, и уколико је у сагласју са праксом држава, онда она може бити деклараторна. Резолуције као на пример резолуција

⁷²⁶ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 255.

⁷²⁷ Ibid.

⁷²⁸ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (dissenting opinion of Judge Schwebel), p. 330

1653 (у којој се помиње нелегалност употребе нуклеарног оружја, пром. М. Х.) јасно не испуњавају ове критеријуме“.⁷²⁹

Нама се чини да је судија можда помало био престрог у постављању оваквих критеријума. Најпре, нисмо сигурни да је потребно да резолуција изричито тврди да је деклараторна. Могуће је и на мање директан начин изразити овакав став држава у резолуцији. Осим тога, иако се слажемо да приликом процене броја држава које су гласале за резолуцију увек мора да се води рачуна и о квалитативним и о квантитативним критеријумима, чини се да оне не морају бити усвојене једногласно. Па ипак, тачно је да што је већина убедљивија, биће лакше доказати да је она деклараторна. На крају, с обзиром на све оно што смо рекли о пракси као елементу међународне обичајне норме не можемо ни да се сложимо да резолуција мора бити у сагласности са традиционално схваћеном праксом држава, али слажемо се да би она требало да буде у складу са традиционално схваћеним *opinio iuris*.

Можда нам је посебно занимљив онај део неслагајућег мишљења судије Швобела који на више места као аргумент да поменута Резолуција 1653 није деклараторна помиње да се она „неконзистентно завршава тиме што захтева консултације како би се утврдили ставови о могућности одржавања конференције ради потписивања конвенције о забрани употребе нуклеарног оружја у војне сврхе“.⁷³⁰ Чини се да је судија Швобел хтео да укаже да државе не би захтевале одржавање конференције о забрани нуклеарног оружја уколико су заиста уверене да је оно *већ* забрањено нормама међународног обичајног права. Овај аргумент, међутим, није нарочито убедљив. Као што је јасно из процеса кодификације неких других области међународног права, често постоје добри разлози да се постојећа обичајна правила кодификују: норме могу да се прецизирају, могу да се ставе у јасније међусобне односе тако да омогуће њихово системско тумачење, може да се предвиди систем решавања спорова и евентуалних санкција у случају кршења, итд.

Постоји, међутим, један други део мишљења судије Швобела који завређује пажњу. Он, наиме, с правом упозорава да улога резолуција не мора нужно да се схвати као она у

⁷²⁹ Ibid.

⁷³⁰ Ibid.

којој резолуције потврђују постојање обичаја или доприносе извлачењу *opinio iuris*. Резолуција исто тако може показати супротно – да обичајна норма још увек не постоји: „понављање резолуција Генералне скупштине... не да не доприносе, према речима Суда, „настајању *opinio iuris*“, већ пре показују шта није право. Уколико поновљене резолуције Генералне скупштине прати значајна опозиција то је знак неуспелог настанка права...“⁷³¹

Судија Веремантри који се у овом Саветодавном мишљењу нашао у оној другој мањини – оној која је снажно заступала став о нелегалности нуклеарног оружја – је очекивано заузео другачији став према поменутиим резолуцијама:

„декларације главног репрезентативног органа међународне заједнице, Генералне скупштине, можда не стварају саме право, али кад су поновљене у низу резолуција... пружају важну потпору ставу о недозвољености претње или употребе нуклеарног оружја по међународном обичајном праву. Узете заједно са свим другим манифестацијама глобалног неслагања са овом употребом, потврда тог става је још јача...“⁷³²

Ми смо већ казали шта мислимо о овом аргументу резолуција у низу. Овде бисмо само додали да у ће се пракси заиста најчешће и дешавати управо то да резолуције не буду коришћене као једини аргумент у прилог тези да постоји међународно обичајно право и да њихова функција буде да ојачају неки други главни аргумент.

У једном другом, исто тако познатом, саветодавном мишљењу пред Судом – саветодавном мишљењу о *Зиду* – задатак Суда је, између осталог био да утврди да ли се присуство Израела на територији Западне обале може сматрати окупацијом и које норме међунаодног права су у том случају релевантне. Ево како је судија Ал Ксанавнех (енг. *Al Ksanawneh*) у том контексту прокоментарисао улогу резолуција ГСУН:

„За мало ставова у међународном праву би могло да се каже да су готово универзално прихваћени и да су засновани на дугом, сталном и чврстом *opinio iuris* као став да је присуство Израела на палестинској територији на Западној обали укључујући и источни Јерусалим и Газу војна окупација која је уређена међународним правним режимом војне окупације. У прилог

⁷³¹ Ibid.

⁷³² Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (dissenting opinion of Judge Weeramantry), p. 533.

овоме би могао да се цитира велики број резолуција Савета безбедности и Генералне скупштине које су често усвојене једногласно или огромном већином гласова... и које, иако нису обавезујуће, производе правне последице и указују на сталан став *opinio iuris* заједнице...⁷³³

Занимљиво је приметити да судија Ал Ксанавех овом приликом није говорио о *opinio iuris* у вези са начелним концептом војне окупације обичајног типа или на пример о постојању *opinio iuris* у вези са применом IV Женевске конвенције из 1948. године на овакве случајеве, већ о *opinio iuris* као ставу међународне заједнице о правној квалификацији ситуације на Западној обали. У сваком случају, цитат из његовог издвојеног мишљења нам због помињања СБУН представља и добар увод за следећи део рада.

5.3.2 Резолуције Савета безбедности УН

С обзиром на значај праксе СБУН и реалну моћ која је концентрисана у овој институцији УН заиста је за чуђење колико је он заправо мало присутан у јуриспруденцији МСП. Можда је заправо баш та моћ узрок томе. Као пример може да послужи и чињеница да је од двадесет и пет саветодавних мишљења пред Судом само једно покренуо СБУН. Чак и међу оним ретким случајевима у јуриспруденцији Суда који су се макар посредно бавили и СБУН готово да нема оних који говоре о његовом утицају на настанак и утврђивање постојања међународних обичајних норми. Таква ситуација је непропорционална томе колико је пажње овом питању посвећено у доктрини.

У претходном делу рада смо поменули саветодавно мишљење о *Намибији* и том приликом смо говорили о различитим интерпретацијама тог саветодавног мишљења. Осим тога, улога СБУН се понекад помињала у издвојеним мишљењима судија. Тако је, на пример, судија Веремантри резолуцију Савета безбедности користио као доказ постојања обичајног права:

⁷³³ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004 (separate opinion of Judge Al Ksanavneh), p. 236.

„важење принципа права животне средине не зависи од уговорних одредби. Оне су део међународног обичајног права... Практично признање да они јесу саставни део међународног обичајног права није тешко наћи на међународној сцени. Тако се, на пример, Савет безбедности у резолуцији 687 из 1991. године позвао на одговорност Ирака „по међународном праву... због штете нанете током нелегалне инвазије на Кувајт“.⁷³⁴

У наставку је судија Веремантри објаснио да је ова одговорност морала да буде констатована у односу на обичајне норме јер Ирак није био потписница ниједног од важећих уговора из области међународног права животне средине.

Иако је дакле било оваквих примера у издовјеним мишљењима судија једини прави случај у коме се питање утицаја резолуција на развој обичајног права поставило је саветодавно мишљење о *Зиду* на палестинској окупираној територији. Иако је Суд, наиме, у поменутом саветодавном мишљењу „... закључио да изградња зида представља акт који није у складу са разним правним обавезама Израела“⁷³⁵, он је ипак тај закључак касније проверавао тако што је анализирао став Израела да је подизање зида био део његовог права на самоодбрану које му гарантује члан 51 Повеље УН.⁷³⁶

Израел је у склопу ове своје тврдње осим члана 51 Повеље навео и своје право на самоодбрану и резолуције Савета безбедности 1368 (2001) и 1373 (2001). Ми на овом месту не можемо да посветимо много пажње тумачењу резолуција 1368⁷³⁷ и 1373⁷³⁸ које су била реакција Савета безбедности на терористичке нападе у САД које је извела Ал каида. У контексту нашег истраживања оне су важне јер је Израел њих поменуо као основ става да самоодбрана дозвољена и у случају напада недржавних актера. Суд је, можда лакше и брже него што би се очекивало, одбацио овакав став цитирајући члан 51 Повеље и кратко констатујући да „члан 51... признаје постојање урођеног права на самоодбрану у случају оружаног напада једне државе на другу државу. Међутим, Израел не тврди да су напади

⁷³⁴Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1994 (separate opinion of Judge Weramantry), p. 114.

⁷³⁵ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004, p.194, para 138.

⁷³⁶ Ближе о овоме: Хрњаз М: *op.cit.*

⁷³⁷ UN Security Council Resolution 1368, 12th September 2001.

⁷³⁸ UN Security Council Resolution 1373, 28th September 2001.

на њега приписиви држави“.⁷³⁹ У наставку се Суд осврнуо и на поменуте резолуције у овом контексту: „ситуација је стога другачија од оне која се помиње у резолуцијама 1368 (2001) и (1373) Савета безбедности, па Израел у сваком случају не може да се позове на ове резолуције у смислу подршке његовим тврдшама о практиковању права на самоодбрану“.⁷⁴⁰

Став Суда да члан 51 Повеље не предвиђа право на самоодбрану у случају напада недржавних актера остаје за неке ауторе споран. Примера ради, судија Кујманс је у свом издвојеном мишљењу у овом случају најпре закључио да поменуте резолуције доносе нови елемент у међународно право јер се у њима не захтева да оружани напад изведе држава, а одмах затим и констатовао следеће:

„Овај нови елемент није искључен текстом члана 51 с обзиром да он условљава практиковање урођеног права на самоодбрану постојањем претходног оружаног напада без помињања да тај оружани напад мора да почини друга држава иако је то била општеприхваћена интерпретација у последњих 50 година. Суд је, нажалост, прескочио овај нови елемент чије се последице још увек не могу оценити, али који, без сумње, обележава нови приступ концепту самоодбране“.⁷⁴¹

Оно што, међутим, нас више занима у овом контексту је тумачење значаја резолуција Савета безбедности. Резолуције Савета безбедности морају остати у оквирима Повеље УН. По нашем мишљењу би став Савета безбедности УН у резолуцијама 1368 и 1373 евентуално могао да се користи као његово тумачење члана 51 Повеље и међународног обичајног права у овој области (ако међу њима има разлике, мада је наш став да разлике нема).⁷⁴² Текст члана 51 Повеље, наиме, нигде не помиње да напад који даје право на самоодбрану мора да почини држава. Дакле, ово би могло да буде тумачење СБУН које би након позитивне реакције држава на њега могло да постане адекватно тумачење Повеље засновано на међународном обичајном праву. Све ово, ипак, по нашем

⁷³⁹ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004, p.194.

⁷⁴⁰ Ibid.

⁷⁴¹ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004 (separate opinion of Judge Kooijmans), p. 230.

⁷⁴² Кажемо евентуално јер постоје и другачија могућа тумачења резолуција.

мишљењу, не би било исто као и тврдити да поменуте резолуције СБУН, *саме по себи*, представљају ново обичајно право у овој области и ту само можемо да се позовемо на закључке које смо у вези са тим изнели у претходном делу рада.

5.3.3 Рад Комисије за међународно право и Шестог комитета

Током процеса доношења Повеље УН је било јасно да будуће државе чланице немају намеру да ГСУН дају овлашћења која би подразумевала доношење обавезујућих норми међународног права. Постојало је ипак уверење да у оквиру УН треба да се одвија олакшани процес даљег развоја и кодификације норми међународног права. У том смислу је усвојен члан 13 Повеље: „ Генерална скупштина УН ће иницирати студије и чинити препоруке у циљу... охрабривања развоја међународног права и његове кодификације“.⁷⁴³

У том циљу је најпре основан „Комитет седамнаесторице“ чији је задатак био да припреми Статут тела које би управо требало да се бави развојем међународног права. На предлог поменутог Комитета је основана Комисија за међународно право у којој не седе представници држава, већ 34 независна стручњака у области међународног права који се због природе њиховог посла ипак морају консултовати са политичким представницима држава.⁷⁴⁴ Нема сумње да је Комисија од оснивања учинила пуно на оставривању циљева који су постављени у њеном Статуту, мада, наравно, има и другачијих оцена.⁷⁴⁵

У сваком случају, иако КМП нема овлашћења да доноси обавезујуће акте она припрема предлоге који су у претходних седамдесетак година често наилазили на одобравање држава чланица УН. У овом делу рада ћемо показати на који начин је МСП ценио њен утицај на настанак и утврђивање постојања међународних обичајних норми.

⁷⁴³ Цитирано према: Хаџи-Видановић В, Милановић М (ур.): *op. cit.*, стр. 48.

⁷⁴⁴ Подаци о Комисији су доступни на интернет адреси: <http://www.un.org/law/ilc/>. Приступљено: 24.10.2014.

⁷⁴⁵ Као пример могу да послуже два њена бивша члана, Марти Коскениеми и Алан Пеле, који су у неколико наврата изражавали и одређене критичке коментаре.

Ми смо већ када смо помињали случај *Епиконтиненталног појаса у Северном мору* навели да је Суд између осталог утврђивао да ли је члан 6 Конвенције о епиконтиненталном појасу представљао само кодификацију обичајног права. Тада смо дакле навели да је Суд у овој анализи рад КМП на изради ове Конвенције користио као *један од доказа* да је поменути члан представљао прогресивни развој, а не кодификацију. Закључак не би требало да чуди без обзира на чињеицу да смо рекли да представници Комисије нису и представници држава. Наиме предлози Комисије за кодификацију неког питања или области међународног права се шаљу државама чланицама и оне често шаљу своје коментаре и сугестије на те предлоге. На неки начин Комисија служи у том контексту као катализатор или медијум *размене аргументације држава* по одређеним правним питањима.

У пракси Суда се често дешавало да Суд рад Комисије користи *као један од аргумената* у прилог тези да постоји међународна обичајна норма у некој области међународног права. Тако је, на пример, у случају *Никарагва* Суд користио рад Комисије за потврду тезе да је забрана претње силом и употребе силе не само норма обичајне природе, већ и *ius cogens* норма: „Комисија за међународно право је током њеног рада на кодификацији уговорног права изразила виђење да „право Повеље које се тиче забране употребе силе по себи представља јасан пример правила међународног права које има *ius cogens* карактер...“⁷⁴⁶

Можда се у јуриспруденцији Суда Комисија најчешће помињала у контексту њеног, рекло би се готово гаудијевског (са тенденцијом да се никада не заврши) рада у области међународне одговорности држава. То, наравно, не треба нимало да чуди с обзиром да је управо главни задатак Суда да утврђује одговорност држава, а да је ова област до данас остала некодификован. Током вишедеценијског рада, Комисија је саставила нацрт одредби које се баве овим питањем и које уживају не само велико опште признање већ се најчешће цитирају и као одредбе међународног обичајног права. Као што смо рекли, то је и Суд чинио у много својих пресуда.

⁷⁴⁶ Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 100.

Добро познати примери су случајеви *Геноцида* и *Никарагве* у којима је Суд утврђивао да ли се и под којим условима противправни акти недржавних органа могу приписати некој држави (тзв. тест контроле). Тако је, на пример, у случају *Геноцида* цитирао чланове 4, 8 и 16 поменутог нацрта као одредбе које одсликавају норму међународног обичајног права у овој области.⁷⁴⁷

У случају *Налого за хапшење* смо већ цитирали заједничко издвојено мишљење судијице Хигинс, Кујманса и Бургентала који су се у њему позвали на рад КМП као доказ да међународно обичајно право нема исти третман према привилегијама и имунитетима шефова држава и министара иностраних послова. Суткиња Вингерт је у свом неслагајућем мишљењу у овом случају у сличном контексту навела да „... треба приметити да је специјални извештач Комисије за међународно право у свом извештају о правосудним имунитетима држава и њиховом власништву из 1989. године изразио становиште да су привилегије и имунитети које уживају министри спољних послова гарантовани на основу куртоазије, а не на основу установљених правила међународног права“.⁷⁴⁸

У случају *Правосудних имунитета државе* МСП је користио рад КМП у овој области како би показао постојање међународног обичајног права:

„Иако је било пуно расправе о пореклу имунитета држава и о утврђивању принципа на којима је она била заснована у прошлости, Комисија за међународно право је 1980. године закључила да је правило о имунитету држава било „усвојено као опште правило међународног обичајног права чврсто укоренено у пракси држава...“⁷⁴⁹

Суд се овом приликом није задржао на самој констатацији Комисије већ је додао и да је:

„тај закључак био заснован на обимном истраживању праксе држава и да је, према мишљењу Суда, потврђен примерима националног законодавства, судских пресуда, позивању на

⁷⁴⁷ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, pp. 202, 205, 217.

⁷⁴⁸ Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002 (dissenting opinion of Judge Wyngaert) p. 148.

⁷⁴⁹ Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 24.

имунитет и коментарима држава на оно што је постала конвенција Уједињених нација. Та пракса показује да су државе, било позивајући се на свој имунитет или га дајући другима, генерално сматрале да у међународном праву постоји право на имунитет, заједно са одговарајућом обавезом других држава да поштују... тај имунитет“.⁷⁵⁰

Истраживање праксе Комисије је Суд користио јер је оно садржало довољно података о елементима међународне обичајне норме: праксе држава и *opinio iuris*. Разлог коришћења рада Комисије је дакле тај да је она пружила *доказе* о постојању међународног обичајног права у овој области.

У наставку пресуде Суд је испитивао могуће изузетке од овог правила о имунитету држава пред националним судовима других држава и у том контексту је анализирао члан 12 Конвенције Уједињених нација. Том приликом је Суд користио не само рад Комисије за међународно право која је констатовала да се поменути члан 12 не односи на ситуације оружаног сукоба, већ и на рад у оквиру Шестог комитета ГСУН:

„... приликом представљања Извештаја *ad hoc* Комитета о Правосудним имунитетима држава и њиховој својини пред Шестим комитетом Генералне скупштине... први човек *ad hoc* Комитета је констатовао да је нацрт Конвенције припремљен на основу општег става да војне активности нису покривене (чланом 12, прим. М. Х.). Ниједна држава није довела у питање овакво тумачење“.⁷⁵¹

Рад у оквиру Шестог комитета је овде искоришћен у контексту размене аргументације држава као дела процеса утврђивања постојања међународних обичајних норми, али је занимљив и зато што представља још један доказ да иницијативу за размену аргументације не морају покренути државе. Можда се оцена о садржају обичајне норме на основу одсуства реакције држава на констатацију првог човека *ad hoc* Комитета може учинити олаком, али одлука Суда није донета искључиво на основу овог податка, већ је он искоришћен смо као потпора другим аргументима. Суд је у овом случају користио сличну

⁷⁵⁰ Ibid.

⁷⁵¹ Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 25.

методологију која укључује рад Комисије и Шестог комитета и кад је истраживао аргумент да у случају кршења *ius cogens* норми правилао имунитета држава не важе.⁷⁵²

Нису, међутим, све судије МСП биле подједнако склоне коришћењу рада КМП у контексту утврђивања постојања међународних обичајних норми. Тако је, на пример, судија Сур (фр. *Sur*) у случају *Питања која се односе на обавезу процесуирања или екстрадиције*⁷⁵³ истакао следеће:

„Суд се посредно ослања на нацрт чланова Комисије за међународно право (КМП) о одговорности држава. Међутим, далеко од тога да је прихваћно да они зражавају међународно обичајно право у овој области и усвајању конвенције која би кодификовала одговорност држава се никкада није озбиљно приступило због недостатка сагласности о том питању. Како се норма позитивног права може извући на основу овога без додатног објашњења?“⁷⁵⁴

Судија Сур је вероватно у праву ако је хтео да укаже да се рад Комисије, без обзира на њен несумњив углед, не сме узимати као да сам по себи представља доказ постојања обичајног права. Са друге стране, као што смо већ истакли, рад Комисије може бити важан јер њени известиоци у своје извештаје најчешће стављају веома исцрпне приказе праксе држава и доказе постојања субјективног елемента обичаја. Осим тога, државе се позивају да пошаљу своје коментаре на поменуте извештаје што може бити доказ о њиховим ставовима у вези са одређеним нормама. Што се тиче рада Шестог комитета, изјаве представника држава у њима могу послужити истој сврси.

5.4 Закључак

У петој глави рада смо истраживали како је МСП усвојој јуриспруденцији ценио утицај међународних уговора, једностраних правних аката држава и одлука тела у оквиру

⁷⁵² Ibid, p. 37.

⁷⁵³ International Court of Justice, Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422.

⁷⁵⁴ Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012 (dissenting opinion of Judge Sur), p. 13.

УН на настанак и утврђивање постојања међународних обичајних норми. Одмах на почетку смо констатовали да је без обзира на фокус овог истраживања важно увек имати у виду да се између међународне обичајне и уговорне норме увек ради о међуутицају, а не о једностраном утицају уговора на обичаје. Затим смо утврдили да је Суд у својој јуриспруденцији обрађивао утицај различитих фаза у настанку и закључивању међународних уговора на међународне обичајне норме.

Јуриспруденција Суда је потврдила да међународне дипломатске конференције чији је циљ закључивање мултилатералних међународних уговора представљају веома плодно тло не само за изражавање ставова држава о томе да ли су неке норме већ постале обичајне природе, већ и за процес кристализације обичаја. То се у пракси Суда можда најбоље види према томе како је Суд ценио значај преговора у вези са закључивањем Конвенције о праву мора из 1982. године. И то није нимало случајно јер не само да је Суд имао велики број случајева у овој области, већ су се и они појављивали пред Судом у различитим фазама закључивања поменутог међународног уговора. Захваљујући томе смо могли да пратимо не само утицај тих међународних конференција на ставове држава у једној области међународног права, већ је било и судија који су с правом скретали пажњу на чињеницу да су ти ставови имали велики утицај на праксу која је у овој области уследила чак и пре формалног ступања на снагу Конвенције.

У јуриспруденцији Суда су се и преамбуле одређених међународних уговора користиле као доказ да су неке норме из тих уговора смо кодификација међународног обичајног права у тој области. Можда је добар пример у том смислу Конвенција о дипломатским односима из 1961. године. С тим у вези треба ипак додати једну важну напомену. Чињеница да се у преамбули помиње кодификација те области није довољна као доказ да су *све одредбе* у њој већ обичајне природе. Истраживање увек мора да се обавља за појединачне делове (одредбе) уговора, а не за уговор у целини, нарочито ако имамо у виду да вероватно не постоји међународни уговор у коме нема и прогресивног развоја.

Осим преамбула међународних уговора, Суд је наравно користио и текст уговора да би утврдио да ли је нека норма и међународне обичајне природе. У том контексту је он

ценио какав је утицај самог уговора био на настанак нових обичајних норми. У најпознатијем случају те врсте, *Епиконтиненталном појасу у Северном мору*, Суд јесте утврдио да се у пракси понекад заиста дешава да уговорне одредбе постану у међувремену и обичајне, али да то не треба узимати олако. У јуриспруденцији Суда се искристалисало неколико услова да би се ово десило:

- 1) одредба мора имати такав карактер да може да послужи стварању нових норми (*norm creating character*);
- 2) пракса заснована на тој норми мора бити веома широка и готово једнообразна (уз испуњавање и квалитативних критеријума у погледу заступљености држава у тој пракси);
- 3) мора да постоји опште признање да се пракса одвијала као последица општег признања да се ради о правно обавезном поншању.

Готова подударност ових услова са онима за настанак међународних обичајних норми нам заправо говори да се услови за њихов настанак уопште не мењају само зато што је неки међународни уговор утицао на тај процес.

Суд је у својој јуриспруденцији утврдио да је могуће паралелно постојање међународних уговорних и обичајних норми чак и уколико им је садржина идентична. У том смислу је Суд у најважнијем оваквом случају у својој пракси, случају *Никарагва*, поменуо да би обичајно право морало да настави да се примењује на оне државе које откажу међународни уговор. Осим тога, Суд је указао на још једну важну ствар, а то је да чак и ако поменута два извора права у формалном смислу имају идентичну садржину, различита су правила у вези са њиховом применом и тумачењем.

Случај *Никарагва* је због компликованог питања надлежности Суда у овом случају мора да се бави и односом Повеље УН и међународног обичајног права. То се испоставило као прилично сложен задатак јер није до краја јасно шта треба користити као доказ постојања међународних обичајних норми у оваквим ситуацијама. Нема ипак сумње да је Повеља утицала на настанак нових и мењање већ постојећих међународних

обичајних норми у неким областима међународног права. Иако су неке судије с правом констатовале да је заправо веома тешко и најчешће непотребно правити разлику између Повеље УН и неких обичајних норми, увек треба имати у виду да је то веома посебна ситуација настала због специфичне природе Повеље и да она не важи за многе друге међународне уговоре.

Као што смо већ указали, у случају *Епиконтиненталног појаса у Северном мору*, Суд је дошао до заључка да је могућност стављања резерви на неке одредбе међународног уговора индикатор да оне нису кодификација обичајних норми. Ми смо навели зашто се не слажемо са оваквим ставом цитирајући као подршку и нека индивидуална мишљења судија.

Након истраживања утицаја уговора на настанак и утврђивање постојања међународних обичајних норми смо понудили још неколико примера утицаја једностраних правних аката држава на ове процесе. Јуриспруденција Суда потврђује да једностранни правни акти држава по правилу не обавезују друге државе. Са друге стране, дуга и константна пракса државе праћена и једностраним правним актима као правном артикулацијом тог понашања може створити обавезе и за друге субјекте међународног права. Како показује случај *Риболова 1* одсуство протеста друге стране на описану праксу једне државе може да доведе до настанка међународне обичајне норме. Важност протеста других држава на једностране правне акте у вези са морским зонама и правима држава у њима је показан и у случају *Риблова 2*. На крају, констатовали смо и да јуриспруденција Суда не даје до краја јасан одговор на питање морају ли једностранни правни акти државе бити уручени у некој посебној форми и званичним путем.

Јуриспруденција МСП очекивано потврђује да одлуке ГСУН нису обавезујуће, али је у саветодавном мишљењу о *Легалности нуклеарног оружја* Суд констатовао да оне имају *нормативну вредност*. Практика Суда показује да се под том нормативном вредношћу пре свега подразумева чињеница да одлуке ГСУН могу да утичу на настанак међународних обичајних норми или могу служити као један од доказа њиховог постојања. Постоје различите оцене у пракси Суда да ли резолуције спадају под праксу или *opinio*

iuris, али чешће су резолуције анализирани у контексту доприноса субјективном елементу обичаја.

Одлуке ГСУН могу бити доказ за утврђивање постојања међународне обичајне норме уколико државе гласају за резолуције у којима се помиње постојање међународних обичајних норми или као доказ о постојању *opinio iuris* у вези са праксом која је већ постојала. Суд је у својој пракси утврдио да се *opinio iuris* из резолуција извучи на основу ставова држава о одлукама ГСУН. У том смислу ипак треба бити опрезан јер за то морају бити испуњени одређени услови:

- 1) резолуције морају бити усвојене готово једногласно – што већа подршка резолуцији веће шансе да ће она довести до међународне обичајне норме;
- 2) резолуције морају имати нормативни карактер;
- 3) у неким ситуацијама одлуке мора пратити пракса држава која би била у складу са њима.

Сама чињеница да постоји више од једне резолуције која покрива одређено питање по себи не значи ништа уколико претходно наведени услови нису испуњени. Осим тога је важно напоменути и да, као што је с правом указао судија Швобел, резолуција може послужити и као доказ да неко правило *није* обичајне природе, а не само обрнуто.

У делу рада који се бавио јуриспруденцијом Суда у погледу утицаја одлука СБУН на настанак и утврђивање постојања међународних обичајних норми смо најпре констатовали да је пракса Суда у овом погледу изузетно сиромашна. Заправо постоји само један случај (саветодавно мишљење о зиду на окупираној палестинској територији) у којем се Суд веома кратко и готово успутно бавио евентуалним постојањем поменутог утицаја. Чак и тада, Суд је констатовао да се Израел не може позвати на резолуције СБУН јер чињенице два случаја нису исте, избегнувши да оцени какав би генералан утицај оне могле имати на међународно обичајно право.

На крају овог дела рада смо истраживали и како је Суд користио рад КМП и Шестог комитета ГСУН при утврђивању постојања међународних обичајних норми. Ова тела не доносе обавезујуће одлуке, али се њихов рад користи као доказ постојања међународне обичајне норме. Најчешће је Суд у том контексту користио рад КМП у вези са одговорношћу држава што с обзиром на природу његове надлежности и обичајну природу правила која уређују ову област и не треба да чуди. Иако су неке судије МСП у праву кад позивају на опрез у коришћењу рада КМП и Шестог комитета у овом смислу, они могу бити веома важни и то највише због тога што рад у оквиру њих често пружа доказе о *испуњености критеријума који се и иначе захтевају за постојање међународних обичајних норми*. Они дакле могу бити докази не само за традиционално схваћену праксу држава, већ могу послужити и као медијум њихове размене правних аргуменација, односно грађења традиционално схваћеног *opinio iuris*.

Без обзира на наше раније закључке у вези са елементима међународне обичајне норме, у глави VI смо користили традиционални приступ са два њена елемента. Разлог за то је чињеница да је то најлакши начин да се прати јуриспруденција Суда, а у завршним разматрањима овог истраживања ћемо дати и нашу коначну оцену те јуриспруденције.

VI ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Наше истраживање правне природе и системског карактера међународног права, па и доктринарних ставова у вези са структуром међународне обичајне норме, је изнова показало да ниједна научна дисциплина *не трпи целост* за којом вероватно сви трагамо. Тај свети грал наука, по свему судећи, не може да пронађе.⁷⁵⁵ Схватање било које научне дисциплине, па и међународног права је, наиме, свесно или несвесно, детерминисано скупом наших вредносних и идеолошких ставова и, самим тим, оно мора бити парцијално, фрагментирано. Управо из тих вредносних и идеолошких ставова произилази и наше схватање које би то функције међународно право требало да оствари, а нарочито који је најбољи начин да то учини.

Ми смо приликом истраживања правне природе и системског карактера међународног права одбацили елемент принуде као кључан критеријум за потврђивање правне природе ове научне дисциплине. Уместо тога смо прихватили доктринарне ставове по којима је за то довољно да правила *која одређују процедуру за то самообавезивање* (секундарна правила) буду генерално говорећи (а не обавезно) универзално прихваћена. Осим тога, потребно је и да међународно право буде способно да покаже да поседује *правила о увођењу и мењању примарних правила која садрже конкретне надлежности и обавезе његових субјеката*, као и *критеријуме на основу којих је могуће установити која друштвена правила уопште јесу правна по својој природи* (правило признавања).

Резултати нашег истраживања не могу да у потпуности дају одговор на ова питања (то уосталом и није био његов циљ), али могу да помогну у оном делу који се тиче објашњења *правила о увођењу и мењању међународних обичајних норми*. Да бисмо до ових правила, међутим, дошли, ми смо, у складу са саветом Розалин Хигинс, морали најпре да одлучимо да ли право схватамо као систем норми или као процес. Ми смо се определили за ово прво. У складу са тим смо се упитали одакле те норме долазе, односно какав је њихов друштвени супстрат и које су то технике уз помоћ којих се чудесном алхемијом из неправда ствара право. Из појединих доктринарних ставова смо прихватили да тај

⁷⁵⁵ Погледати, на пример: Gerth H.H, Wright Mills C. (Translated and edited), *From Max Weber: Essays in Sociology*, pp. 129-156, New York: Oxford University Press, 1946.

друштвени супстрат који утиче на стварање и садржину међународноправних норми назовемо материјалним изворима права (мада овај термин има неке своје мане на које смо и указали), док смо под термином формални извори права назвали унапред одређене начине/технике уз помоћ којих се материјални извори права претварају у међународне правне норме. Анализа јуриспруденције МСП показује да је и он прихватио овакав системски и нормативни карактер међународног права иако његов примарни задатак није да разрешава теоријске дилеме.

С обзиром на овако одређен однос материјалних и формалних извора права не треба да чуди да представници *New Haven* школе међународног права ову научну дисциплину схватају као процес. Такво схватање на сликовит начин описује процес стварања права на коме смо и ми инсистирали. Главна разлика је ипак у томе да ми сматрамо да међународне правне норме не настају спонтано, већ актом воље субјеката међународног права и да у неком тренутку тај процес морамо замрзнути, макар и помало вештачки, јер је по нашем мишљењу то једини начин да се обезбеди правна сигурност као једна од основних вредности сваког правног система. Ми стога морамо бити у стању да, независно од моћи актера у међународној заједници или нашег осећаја шта је морално или праведно (независно, дакле, од материјалних извора права), идентификујемо постојеће међународноправне норме.

Закључили смо да међународно обичајно право као извор права у формалном смислу има осигурано место међу техникама уз помоћ којих се материјални извори права вољом субјеката међународног права претварају у конкретне међународноправне норме. Преглед доктринарних ставова у вези са овом темом је, међутим, потврдио почетну хипотезу да међу доктринарним ставовима постоје значајна размимоилажења у анализи *на који начин настају* и *на који начин се утврђује постојање* међународних обичајних норми.

Истражујући доктринарне ставове по овим питањима одбацили смо виђење по којем је настанак међународне обичајне норме спонтани процес. Уместо тога смо, како смо већ и истакли, понудили модел по којем је и стварање међународних обичајних последица циљно-рационалних одлука субјеката међународног права усмерених ка максимизирању сопствених интереса у међународној заједници (при томе термин интереси у овом контексту треба схватити веома широко). Уосталом, тиме је заправо само

потврђен правни карактер међународног обичајног права јер ниједно право, па ни обичајно, не настаје потпуно спонтано.

Приликом истраживања материјалног елемента међународне обичајне норме смо се zaloжили за њено веома широко одређење по којем се и вербални акти субјеката могу сматрати праксом, али смо тиме и начели питање односа са субјективним елементом, односно први пут у истраживању се суочили са питањем да ли је њих уопште могуће раздвојити. Такође смо се сложили са оним доктринарним ставовима по којима је потребно прихватити могућност да већи број државних органа учествује у стварању међународног обичајног права, а у каснијем делу истраживања смо потврдили да у овом процесу могу учествовати и институције међународних организација (*персонални домен праксе*).

Закључили смо да треба одбацити доктринарна становишта по којима је праксу као елемент међународне обичајне норме могуће идентификовати, а да се при томе не уђе у процес њеног тумачења. Другим речима, прихватили смо налаз Цералда Постеме по којем се проблем у вези са материјалним елементом међународне обичајне норме не налази у томе да је из једног скупа понашања немогуће извући одређене правилности, већ у томе што је могуће извући неограничен број тих правилности. Ово нам се чини важним закључком јер заправо одговара на питање како је могуће да одређене норме као што је, примера ради, забрана тортуре, постану део међународног обичајног права и поред честих примера кршења. Показали смо да актери који имају правно-стваралачку способност *тумаче* различите правилности у понашању и *бирају ону која највише одговара њиховим интересима*.

Тиме смо начели питање одређених критеријума које пракса мора да задовољи како би се сматрала елементом међународне обичајне норме. Критеријум да пракса мора да буде *општа*, а не универзална, а да се при томе по правилу примењује на све субјекте међународног права (са евентуалним изузетком примене доктрине упорног противника која данас пре представља теоријску него реалну могућност) на неки начин удаљује међународно обичајно право од прећутних споразума (и представља одговор на Коскениемијеву критику да се овакво виђење међународне обичајне норме опасно приближава концепту прећутних споразума).

Оно што је, међутим, сложенији истраживачки проблем је следећи критеријум за праксу као елемент међународне обичајне норме који се помиње у доктрини, а то је да она мора да буде *једнообразна*. И ту још једном морамо да се вратимо на закључке Постеме. Једнообразна пракса заправо не постоји. Шта више, уколико би апсолутно једнообразна пракса постојала (међународно) право тешко да би имало свој *raison d'être*. (Међународно) право и постоји да би нормирало *које од свих понашања* треба да постане обавезујуће. Занимљиво је, међутим, да су веома малобројни ставови доктрине међународног права који су овакве закључке препознали.

У делу истраживања у коме смо се бавили такозваним субјективним елементом међународне обичајне норме смо указали да иако нема сумње да се он извлачи из изјава субјеката међународног права и даље постоје бројне недоумице које се у вези са њим јављају у доктрини међународног права. Једна од основних је да ли *opinio iuris* разумемо као веровање или прихватање да је одређено понашање (чињење или уздржавање од чињења) обавезно или не. Иако и једна и друга опција имају одређене слабости, ми смо се одлучили за разумевање овог субјективног елемента као *opinio iuris communis*. Уколико се овакав закључак повеже са онима који су направљени у вези са материјалним елементом обичајне норме, долази се до тога да *међународна обичајна норма настаје оног тренутка када довољан број субјеката, укључујући и оне чији су интереси нарочито погођени у тој области међународног права, прихвати да одређена одабрана правилност у понашању постане обавезујућа*.

С обзиром не само на много већи број норми међународног обичајног права у његовим „традиционалним“ гранама попут дипломатског права, већ и на релативно нове области које је оно захватило попут права заштите животне средине, неминовно долази до потешкоћа када треба понудити *униформни образац* настанка толиког броја веома различитих норми у материјалном смислу. Ми смо, ипак, дошли до закључка да поменути *критеријуми за њихов настанак увек остају исти*, иако ће понекад, имајући у виду све поменуте разлике међу њима, *начини остваривања тих критеријума бити другачији* (у смислу брзине њиховог испуњавања, мотива субјеката међународног права да баш та правилност у понашању постане норма међународног обичајног права, начина на који ће субјекти показати своје прихватање, итд.).

С обзиром на то да сматрамо да свако право мора да има одређену инхерентну конзервативну природу, након истраживања доктрине међународног права смо дошли до закључка да услови за мењање норми међународног обичајног права морају бити строжи него што се то обично сматра. И не само то, већ смо се оштро успротивили честом ставу у доктрини међународног права да је кршење међународних обичајних норми увек семе неке нове норме. Устврдили смо да ће од реакција других субјеката на то кршење зависити да ли ће можда оно у *будућности* постати нова норма међународног обичајног права, али да то не може ретроактивно утицати на оцену да ли је у тренутку кршења то понашање било прекршај међународних обичајних норми. Осим тога, дошли смо до закључка и да неки савремени покушаји да се олакша излазак из важења међународних обичајних норми не само да нису прихваћени, већ би могли да изазову много више потешкоћа него што би донели некакве предности. Тиме смо дали одговор и на нека питања у вези са процесом *мењања међународних обичајних норми*.

Сви ови досадашњи закључци се тичу међународних обичајних правила која по правилу обавезују све субјекте међународног права. Ми смо, међутим, истраживањем обухватили и оне врсти међународних обичајних норми које се обично називају регионалне или локалне обичајне норме са ограниченим бројем субјеката које обавезују. У овом делу истраживања смо закључили да се овде заправо не ради обавезно о географском домену примене међународног обичајног права, јер смо прихватили закључак Ејкрста да одређени број држава не мора бити повезан по неком регионалном кључу и да је због тога можда боље користити термин *посебан обичај*. Такође смо закључили да нема никаквих теоријских препрека да међународна обичајна норма не настане између само две државе.

На крају овог првог великог дела нашег истраживања (други се бавио јуриспруденцијом МСП) смо истраживали утицај других извора права у формалном смислу, као и једностраних правних аката држава и међународних организација. Дошли смо до јединственог закључка да њихово доношење не може, *само по себи*, бити аутоматски довољно за настанак међународних обичајних норми. Њихов утицај се заправо огледа у томе да под одређеним условима (специфичним за сваки од ових поменутих правних аката) могу утицати на *испуњавање критеријума за настанак међународних обичајних норми* о којима смо већ говорили. У том смислу се утицај мора процењивати од

случаја до случаја. Овакве ситуације још једном подржавају наш закључак да *постоје заиста веома разноврсни начини да се критеријуми за настанак међународних обичајних норми испуне, али да се сами критеријуми не мењају.*

Закључци до којих смо дошли у овом првом делу истраживања су углавном настали као последица размицања густог грађа међусобно супротстављених доктринарних ставова. Процес изграђивања нормативних ставова у међународној заједници није, међутим, превасходно заснован на доктринарним ставовима. У том процесу макар подједнако важну улогу имају јуриспруденција међународних судова и ставови држава. Управо због тога се други велики део нашег истраживања усредредио на јуриспруденцију МСП. Из разлога које смо већ објаснили, закључили смо да је МСП у овом контексту супериорнији од било које друге међународне правосудне институције.

Приликом оцене домета правосудне функције МСП смо заузели средњу позицију (коју су, чини се заузимала и судска већа у огромној већини случајева) између строгог формализма према којем Суд само технички примењује право и супротне позије према којој он неминовно ствара право. Суд се, сасвим очекивано, држао одређења међународне обичајне норме из члана 38 Статута Суда, иако се понекад (на пример у случају локалних обичајних норми) није либио и да њен домен прошири. Уколико се пажљиво анализирају ови примери, може се приметити да је Суд на први поглед хтео да очува репутацију једне *конзервативне институције* (оправдана репутација коју су по правилу више цениле државе чланице УН, неголи значајан део доктрине) али да је ипак опрезно проналазио начине да у исто време ухвати правни дух времена.

У овом делу истраживања се потврдила наша почетна хипотеза да се Суд доследно држао приступа по којем се међународна обичајна норма састоји из два елемента: праксе и *opinio iuris*. Па ипак, Суд је приликом анализе њиховог односа показао и одређену дозу флексибилности која му је омогућила да под окриље ових врста норми обухвати на први поглед доста различите фактичке ситуације њиховог настанка. Но, можда пре анализе односа његове јуриспруденције према односу два елемента треба поменути да је МСП *прихватио широко одређење праксе* (потврдио наш налаз из првог дела истраживања да и вербални акти спадају у праксу као елемент обичајне норме), да се у складу са својом *rationae personae* надлежношћу држао *праксе држава* (и поред једног изузетка чију

важност тек треба ценити), као и да је инсистирао на томе да пракса мора да буде континуирана и једнообразна, иако време током којег се пракса одвија по мишљењу Суда није кључан критеријум њене валидности.

Једина важна разлика између јуриспруденције Суда у овом погледу и наших закључака из првог дела овог рада је ова која се тиче захтева да пракса буде једнообразна. Суд је до данас остао при ставу да пракса мора да испуни овај критеријум. Он, међутим, није могао до краја да побегне од слабости оваког захтева. Суд је, наиме, у неколико наврата морао да констатује да не треба сувише пажње посвећивати одређеним мањим недоследностима у тој пракси. Једини начин, међутим, да се оцени да ли се ради о мањим недоследностима или изузецима од правила или праксе која негира постојање међународне обичајне норме је заправо да се истражи *opinio iuris*. То је један од најбољих показатеља *практичне немогућности раздвајања два елемента међународне обичајне норме* на коме смо и ми инсистирали.

Са друге стране, Суд је *opinio iuris* схватао као свест о правној обавезности одређеног понашања (неопходан елемент међународне обичајне норме без кога она не постоји), а извлачио га је из изјава званичних представника држава. Тиме је заправо потврдио да извор оба елемента међународне обичајне норме може бити исти. Супротно нашим закључцима у првом делу истраживања Суд је у доминантном делу своје јуриспруденције *opinio iuris* схватао као веровање, а не као прихватање и тиме себе изложио одређеним нападима критике.

Суд је у низу пресуда потврђивао постојање субјективног елемента на основу интеракције правних артикулација држава. У том контексту је Суд у појединим пресудама правио разлику између политичких и правних изјава држава иако се нама чини да ову разлику никако не требе пренаглашавати. Суд је такође у својој јуриспруденцији потврдио наш закључак да прекршај норме не може аутоматски представљати семе нове норме, већ да евентуални захтев државе за реконцептуализацијом одређене обичајне норме *мора бити праћен сагласношћу осталих субјеката међународног права*.

Приликом доказивања постојања међународне обичајне норме Суд се углавном држао принципа да суд мора познавати право (*iura novit curia*) иако га је у неким

пресудама користио у нешто блажој варијанти. Иако се Суд приликом доказивања постојања међународне обичајне норме углавном држао принципа да је неопходно доказати постојање оба елемента, постоје одређене ситуације у којима то није чинио (када се позивао на своје раније пресуде које су већ установиле постојање међународне обичајне норме, онда када постојање обичајне норме није било од пресудне важности за решавање случаја, итд.). Неки слични примери су поједине ауторе нагнали да у пресудама Суда виде дедуктивни приступ настанку међународних обичајних норми. Ми смо покушали да покажемо да у великој већини ситуација о томе тешко да може бити говора.

Суд је у својој пракси потврдио још једну нашу хипотезу о постојању регионалних и локалних обичајних норми иако је ово питање много више део доктринарних расправа него судске јуриспруденције. Битна разлика у односу на општи обичај је по мишљењу Суда у томе да је терет доказивања на страни у спору која се на овакав обичај позива.

У делу своје јуриспруденције који се тичао утицаја међународних уговорних норми на обичајне је Суд потврдио наш закључак да између ова два извора нема хијерархије. Осим тога, Суд је, генерално говорећи, потврдио утицај различитих фаза приликом доношења и примене међународних уговора на настанак међународних обичајних норми и то тако што помажу испуњавању општих критеријума за настанак о којима смо већ доста говорили.

Суд је у својој јуриспруденцији такође потврдио веома велики значај једностраних правних аката држава на настанак међународних обичајних норми јер се субјективни елемент по правилу гради управо на размени правне аргументације кроз ове акте држава. Нарочито су том смислу поменути саопштење и протест.

У погледу одлука ГСУН у јуриспруденцији МСП, закључили смо да се Суд формално држао традиционалног приступа по којем оне немају обавезујућу снагу, али је у исто време закључио да оне имају одређену *нормативну вредност*. Ми смо, пажљиво анализирајући праксу Суда, закључили да се основна нормативна вредност огледа управо у томе да одлуке ГСУН, иако саме по себи нису довољне за настанак међународних обичајних норми, омогућавају лакше испуњавање критеријума за њихов настанак. То се нарочито односи на настанак субјективног елемента међународних обичајних норми.

Приликом овакве оцене је Суд, међутим, испољио одређену дозу опрезности и у својој јуриспруденцији је понудио одређене критеријуме који би морали да буду испуњени (што је већи број држава који су гласали за резолуцију – веће су шансе да ће она представљати доказ постојања *opinio iuris*, међу тим државама морају бити и оне чији су интереси нарочито погођени, резолуције морају имати *нормативни карактер*).

Закључили смо да Суд није имао много прилике да разматра евентуалну нормативну вредност резолуција СБУН. У једином правом случају оваквог типа (*Изградња зида на палестинској територији*) Суд је, макар посредно, донео закључак да без обзира на фактичку моћ ове институције ни његове одлуке не могу, *саме по себи*, представљати међународно обичајно право. Ову фактичку институционалну моћ *ипак не треба потценити јер она може помоћи приликом испуњавања критеријума* за настанак међународних обичајних норми.

У оваквом моделу настанка међународних обичајних норми Суд је КМП и Шести комитет такође посматрао као веома корисне форуме за размену правне аргументације држава и стога згодан доказ за постојање међународних обичајних норми.

Можда је ово добар тренутак да скренемо пажњу и на то да смо током истраживања помало вештачки раздвојили доктринарне ставове и праксу Суда. Ми смо се, наиме, одлучили на овај корак јер смо сматрали да ћемо на тај начин изоштрити позиције ових актера. Треба, међутим, бити свестан да су у пракси они веома испреплетани и да њима постоји снажан међуутицај. За ово постоји неколико разлога. Први и најважнији је да и доктрина и пресуде Суда учествују у градњи нормативног става у међународној заједници о коме смо већ причали и имају одређени утицај на овај процес. С обзиром на то, доктрина и Суд непрестано ослушкују једни друге и налазе се у некој врсти дијалога.

Иако је део доктрине међународног права понекад склон снажном критичком ставу према Суду, нема никакве сумње да је Суд својом јуриспруденцијом одлучујуће утицао на формирање неких правних решења која су касније прихваћена не само у највећем делу доктрине, већ и међу ставовима држава. Са друге стране, иако судије МСП по правилу избегавају да користе доктринарне ставове у образложењу својих пресуда и саветодавних мишљења, издвојена и неслажућа мишљења су права мала ризница доктринарних ставова

чији је циљ да подупру аргументацију судија. Осим тога, и у пресудама и саветодавним мишљењима је понекад могуће препознати ставове главних теоријских праваца и теоретичара иако нису изричито поменути. У том контексту се треба присетити да није тако ретка ситуација да се признати теоретичари међународног права нађу и међу судијама (већ више поменута Розалин Хигинс је један од најбољих примера).

Дакле, иако задатак Суда није да разрешава теоријске спорове он ће често, макар упут, чинити баш то. Суд управо због ове чињенице не сме радити у некаквој кули од слоноваче. Ту не мислимо само на пажљиво ослушкивање међународноправних доктринарних ставова и ставова субјеката међународног права који му омогућавају да ухвати међународноправни *zeitgeist*, већ и на вођење рачуна о достигнућима других друштвених наука попут филозофије. Солидни докази за ову тврдњу су питања једнообразности праксе као елемента међународне обичајне и однос два традиционално схваћена елемента.

Одређени доктринарни ставови, као и јуриспруденција МСП показују да међународни уговори, једностранни акти држава, одлуке међународних организација, као и акти неких институција попут КМП омогућавају лакше испуњавање ових критеријума. У том смислу је процес настанка међународних обичајних норми демократизован у односу на неке раније периоде развоја међународног права. То са собом носи и одређену цену. Једна од њих је и та да је процес некако постао флуиднији и можда мање јасан. Оваквом утиску доприноси и чињеница да међународно право има ограничене технике настанка норми, а постоји све већи притисак за њиховим новим доношењем. У погледу рада Суда, демократизација процеса стварања међународних обичајних норми носи са собом последицу да више није довољно изучавати праксу свега неколико држава и пар најпозванијих теоретичара, већ је потребно темељно истражити праксу великог броја актера. То би, примера ради, могло и да отвори питање сврсисходности увођења судских асистената или неких других техничких решења.

Где нас закључци овог истраживања на крају доводе? Сматрамо најпре да треба калибрирати наше апарате за мерење ставова појединих субјеката међународног права према међународноправним питањима. Напредак технологије и развој међународних организација као неке врсте форума за размену (правне) аргументације држава нам то

олакшавају. Такође је потребно више пажње посветити утицају недржавних актера на процес доношења међународних обичајних норми.

На самом крају, сматрамо да закључци овог истраживања показују да *Хартов закључак о непостојању секундарних правила међународног права у области међународног обичајног права не стоје до краја*. Иако, наиме, сматрамо да у теоријском смислу постоје начини да се традиционално схватање правне природе и структуре међународне обичајне норме унапреди (нпр. у погледу прихватања става да и праску треба интерпретирати, односно практичне немогућности раздвајања два њена елемента) ми смо дошли до закључака који откривају правила, макар и не до краја прецизна, у вези са настанком и мењањем норми обичајне природе. Те закључке сада треба применити на конкретне кандидате за међународне обичајне норме у међународној заједници и томе ће бити посвећени будући напори овог аутора.

VII ЛИТЕРАТУРА

1. Књиге, зборници радова и докторске тезе

- Akehurst M: *The Hierarchy of Sources in the International Law*, British Yearbook of International Law, 1975, pp. 271 – 285;
- Allot P: *Eunomia: A New Order for a New World*, Oxford University Press, 2001;
- Allot P: *The Health of Nations: Society and Law Beyond the State*, Oxford University Press, 2002;
- Alvarez J. E: *International Organizations as Law – Makers*, Oxford University Press, 2005;
- Amerasinge A. F: *Principles of Institutional Law of International Organizations*, Cambridge University Press, 2005;
- Andraši J, Bakotić B, Vukas B: *Međunarodno pravo I*, Školska knjiga Zagreb, 1998;
- Andrassy J: *Međunarodno pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 1971;
- Anghie A: *Imperialism, Sovereignty and International Law*, Cambridge University Press, 2005;
- Austin J: *The Province of Jurisprudence Determined*, Weidenfeld and Nicholson, 1998;
- Beaulac S: *The Power of Language in the Making of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2004;
- Bedjaoui M (ed.): *International Law: Achievements and Prospects*, UNESCO and Martinus Nijhoff Publishers, 1991;
- Besson S, Tasioulas J. (ed.): *Philosophy of International Law*, Oxford University Press, 2010;
- Blokker N. M, Schrijver N (ed.): *The Security Council and the use of force : theory and reality : a need for change?*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005;
- Bogdandy A. V, Venzke I, (ed.): *International Judicial Lawmaking*, Max Planck – Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2012;
- Bosciero N, Scovazzi T, Pitea C, Ragni C. (ed.), *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves*, Springer Science and Bussines Media, 2013;
- Boyle A, Chinkin C: *The Making of International Law*, Oxford University Press, 2007;
- Brandom R. B: *Articulating Reasons: an Introduction Inferentialism*, Harvard University Press, 2001;
- Brandom R. B: *Making it Excplicit: Reasoning, Representing, and Discursive*

- Commitment*, Harvard University Press, 1998;
- Brownlie I: *Principles of International Law* (5th edition, 1998), Oxford University Press;
 - Byers M: *Custom, Power and the Power of the Rules: International Relations and Customary International Law*, Cambridge University Press, 2003;
 - Carr E. H: *Twenty Years Crisis*, Palgrave Mcmillan, 2001;
 - Cassese A, Weiler J. H. H (ed.) *Change and Stability in International Law-making*, Walter de Gruyter, 1988;
 - Cassese A. (ed.): *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford University Press, 2012;
 - Cassese A: *International Law*, Oxford University Press, 2001;
 - D'Amato A. A: *The Concept of Custom in International Law*, Cornell University Press, 1971;
 - D'amato A. A (ed.): *International Law Anthology*, Anderson Pub. Co. 1994;
 - Danilenko G. M: *Law- making in International Community*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993;
 - Daspremon't J: *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford University Press, 2011;
 - De Wet E: *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Hart Publishing, Portland, Oregon, 2004;
 - Degan Đ: *Međunarodno pravo*, Pravni Fakultet u Rijeci, 2004;
 - Degan Đ: *Sources of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1997;
 - Denza E: *Diplomatic Law* (3rd edition), Oxford University Press, 2008;
 - Dixon M: *Textbook on International Law*, Oxford University Press, 2007;
 - Dunoff J. L, Pollack M. A: *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations*, Cambridge University Press, 2012;
 - Dworkin R. M: *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986;
 - Elkind J. B: *Non-appearance Before International Court of Justice: Functional and Comparative Analysis*, Martinus Nijhoff Publishers, 1984;
 - Evans M. (ed.): *International Law*, Oxford University Press, 2005;
 - Fassbender B, Peters A. (ed.), *The History of International Law*, Oxford University Press, 2012;
 - Fauchald O. K., Nollkamper A. (ed.): *The Practice of International and National Courts and the (De)Fragmentation of International Law*, Hart Publishing, 2012;
 - Franck T. M: *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford University Press, 1998;

- Friedmann W: *Legal Theory*, Columbia University Press, 1958;
- Gardiner R: *International Law*, Pearson education Limited, 2003;
- Gerth H.H, Wright Mills C. (Translated and edited), *From Max Weber: Essays in Sociology*, pp. 129-156, New York: Oxford University Press, 1946;
- Goldsmith J. L., Posner E. A: *The Limits of International Law*, Oxford University Press, 2006;
- Greenwalt K: *Conflict of Laws and Morality*, Oxford University Press, 1987;
- Hart H. L. A: *The Concept of Law*, Clarendon Press, 1961;
- Hehir, A: *Humanitarian Intervention: An Introduction (2nd edition)*, Palgrave Mcmillan, 2013;
- Henckaerts J. M, Doswald – Beck L (ed.): *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, 2009;
- Higgins R: *Problems and Processes, International Law and How We Use It*, Oxford University Press, 1995;
- Higgins R: *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*, Oxford University Press, 1963;
- Hoof G. J. H: *Rethinking the Sources of International Law*, Springer, 1985;
- J. L. Dunoff, M. A. Pollack, *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations*, Cambridge University Press, 2013;
- K. Bannelier, Th. Christakis, S. Heathcote (ed.), *The ICJ nad the Evolution of International Law: The enduring impact of the Corfu Channel case*, Routledge, 2012;
- Kelsen H: *Principles of International Law*, The Lawbook Exchange, 2003;
- Koskenniemi M: *Politics of International Law*, Hart Publishing, 2011;
- Koskenniemi M: *The Gentle Civilizer of the World*, Cambridge Universisty Press, 2003;
- Koskenniemi M. (ed.): *Sources of International Law*, Ashgate (Brookfield, Vt.), 2000;
- Koskenniemi M: *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, 2006;
- Lauterpacht H: *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge University Press, 1958;
- Leanza U, Del Vecchio A: *Fifty years on International Case Law on Fisheries*, Oceana Pubcn, 1997;
- Leibniz G. W: *Teodiceja: ogledi o dobroti božijoj, slobodi čovjekovoj i podrijetlu zla*, Demetra, Zagreb, 2012;
- M. E. Villiger: *International Customary Law and Treaty*, Martinus Nijhoff Publishers, 1985;
- M. H. Arsanjani, J. K. Cogan, R. D. Sloane, S. Wiessner, (ed.) *Looking to the Future*,

- Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Martinus Nijhoff Publishers, 2011;
- Mackenzie R, Romano C, Shany Y, Sands Ph: *The Manual on International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, 2010;
 - Mendelson M: *The Formation of Customary International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1999;
 - Morgenthau H. J, Thompson K., Clinton D: *Politics Among Nations*, McGraw Hill Education, 2005;
 - Paulson S. L, Paulson B. L (ed.): *Normativity and Norms, Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford University Press, 1998;
 - Perreau – Saussine A, Murphy J. B: *The Nature of Customary Law*, Cambridge University Press, 2007;
 - Prost M: *The Concept of Unity in Public International Law*, Hart Publishing, 2012;
 - Raz J: *Authority of Law*, Oxford University Press, 2009;
 - Riddell A, Plant B: *Evidence Before International Court of Justice*, British Institute of International and Comparative Law, 2009;
 - Rosenne S, *The Law and Practice of International Court, 1920 – 2005 (4th edition)*, Vol. 2: *Jurisdiction*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006;
 - Ross A: *A Textbook of International Law: General Part*, The Lawbook Exchange, 2008;
 - Ross A: *On Law and Justice*, Berkley: University of California Press, 1958;
 - *Sancin, V, Kovic Dine, M (ed.) Responsibility to Protect in Theory and Practice*, GV Založba, Ljubljana, Slovenia, 2013;
 - Schermers H. G, Blokker N. M: *International Institutional Law*, 4th rev. ed., Martinus Nijhoff Publishers, Boston/Leiden, 2003;
 - Schlutter B: *Developments in Customary International Law: Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International Ad Hoc Criminal Tribunals*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010;
 - Schwarzenberger G: *International Law* (3rd ed.), Vol. I, 1957;
 - Shahabuddeen M: *The Precedent in the World Court*, Cambridge University Press, 1996;
 - Shaw M: *International Law*, Cambridge University Press, 2003;
 - Simma B: *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, 250 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 217, 1994;
 - Skubiszewski K: *Elements of Custom and the Hague Court*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1971;
 - Spiermann O: *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice*, Cambridge University Press, 2005;

- Suy E: *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*. Paris, La Librairie Juridique de Référence, 1962;
- Tams, C. J, Fitzmaurice M: *Legacies of the Permanent Court of International Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, 2013;
- Terris D, Romano C. P. R, Swigart L: *The International Judge, An Introduction to the Men and Women who Decide the World's Cases*, Oxford University Press, 2007;
- Teubner G. (ed.): *Autopoietic Law: New Approach to Law and Society*, de Gruyter, 1987;
- *The Measure of International Law : Effectiveness, Fairness and Validity : Proceedings of the 31st Annual Conference of the Canadian Council on International Law*, Kluwer Law International, 2004;
- Thirlway H.W.A: *International Customary Law and Codification*, Sijthoff – Leiden, 1972;
- Thirlway H: *The Sources of International Law*, Oxford University Press, 2014;
- Tomuschat C: *Obligations Arising for States Without or Against their Will*, Recueil de Cours, vol. 241, 1993;
- Villiger M. E: *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008;
- Watkins D, Burton M. (ed.): *Research Methods in Law*, Routledge, 2013;
- Wolfke K: *Custom in Present International Law*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 1964;
- Zimmermann A, Oellers K. F, Tomuschat C, Tams C. J (ed.): *A Statute of International Court of Justice, A Commentary*, Oxford University Press, 2012;
- Васић Р, Чавошки К: *Увод у право II*, Драганић, 1997;
- Димитријевић В, Рачић О, Папић Т, Петровић В, Обрадовић С (ур.) *Основи међународног јавног права*, Београдски центар за људска права, 2005;
- Етински Р: *Међународно јавно право*, Нови Сад: Правни факултет, 2002;
- Јанковић Б. М, Радивојевић З: *Међународно јавно право*, Свен Ниш, Ниш, 2005;
- Келзен Х: *Чиста теорија права (друго издање)*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2007;
- Кнежевић – Предић В: *Оглед о међународном хуманитарном праву*, Чигоја штампа, 2007;
- Ле Фир Л: *Међународно јавно право*, Правни факултет Универзитета у Београду. Београд, 2010;
- Лукић Р: *Систем филозофије права*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2012;
- Лукић Р: *Увод у право (осмо издање)*, Научна књига, 1988;

- Хрњаз М: *Међународни суд правде и употреба силе*, Задужбина Андрејевић, 2012;
- Мишчевић Т: *Nova era međunarodnih organizacija : odluke savremenih međunarodnih organizacija i njihov uticaj na međunarodne odnose i međunarodno pravo*, Службени гласник, 2012;
- Мишчевић Т: *Улога одлука међународних организација у савременом развоју међународног права*, докторска дисертација, Факултет политичких наука, 2002;
- Нинчић Ђ: *Проблем суверености у Повељи и пракси УН*, Институт за међународну политику и привреду, 1967;
- Радивојевић З: *Уговори међународних организација у међународном јавном праву*, Скс, Ниш, 1996;
- Раичевић Н: *Хуманитарна интервенција у међународном јавном праву*, докторска дисертација, 2004;
- Рачић О: *Уједињене нације између моћи и права*, Службени гласник, 2010;
- Сасоли М, Бувије А: *Како право штити у рату*, Међународни комитет Црвеног крста, 2003;
- Хајдегер М: *Битак и време*, Службени гласник, 2007;

2. Чланци

- Akerhust M: *Custom as a Source of International Law*, British Yearbook of International Law, 1976, pp. 1 – 53;
- Allott P: *The True Function of Law in International Community*, Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 2, Issue 5, 1998, pp. 391-413;
- Bianchi A: *Gazing at the Crystal Ball (again) : State Immunity and Jus Cogens beyond Germany v Italy*, Journal of International Dispute Settlement; vol. 4, afl. 3, pp. 457-475, 2013;
- Bodansky D: *Customary (and not so customary) International Environmental Law*, Indiana Journal of Global Legal Studies, 1995, pp. 105 – 119;
- Bouldraut F: *Identifying Conflicts of Norms : the ICJ Approach in the Case of the Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy : Greece Intervening)*, Leiden Journal of International Law; vol. 25, afl. 4, pp. 1003-1012, 2012;
- Bradley C. A, Gulati M: *Withdrawing from International Custom*, The Yale Law Journal, 2010, pp. 202 – 275;
- Briggs H. W: *The Columbian – Peruvian Asylum Case and Proof of Customary International Law*, The American Journal of International Law, vol. 45, no. 4, pp. 728 – 731, 1951;

- Brilmayer L, Tesfalidet I. Y: *Treaty Denunciation and “Withdrawal” from Customary International Law: An Erroneous Analogy with Dangerous Consequences*, Yale Law Journal ONLINE 2011, 217 – 240;
- Buss A: *The Preah Vihear Case and Regional Customary Law*, Chinese Journal of international Law, 2010, pp. 111-126;
- Byers M: *Introduction: Power, Obligation, and Customary International Law*, 11 Duke Journal of Comparative and International Law, L. 81,84 (2001);
- Charney J: *Universal International Law*, *American Journal of International Law*, Vol. 87, No. 4 (Oct., 1993), pp. 529-551;
- Cheng B: *United Nations Resolutions on Outer Space: “Instant” International Customary Law?* Indian Journal of International Law 23 (1965);
- Combacau J: *Le droit international, bric – a – brac ou systeme*, Archives des philosophies de droit, pp. 85 – 105;
- Curtis L. L: *The Gulf of Maine case : major implications for maritime boundary delimitation*, National and International boundaries, vol. 14, pp. 829 – 842; 1985;
- Dahlman C: *The Function of Opinio Juris in Customary International Law*, Nordic Journal of International Law, Vol. 81, 2012;
- D'Amato A. A: *The Concept of Special Custom in International Law*, American Journal of International Law, 1969, pp. 211 – 223;
- D'Amato A. A: *International Law as a Unitary System*, Northwestern Public Law Research Paper No. 08-02;
- Davis J. E: *From Ideology to Pragmatism: China's Position on Humanitarian Intervention in the Post-Cold War Era*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 44, No. 2, 2011, pp. 217-283;
- Dé Burca G: *The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, The Jean Monnet Working Papers No. 01/09, 2008;
- Dumberry P: *Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited*, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 59 (3), 2010, pp. 779 – 802;
- Evans A. E: *The Columbian – Peruvian Asylum Case: The Practice of Diplomatic Asylum*, American Political Science Review, vol. 46, issue 1, pp. 142 – 157, 1952;
- Evensen J: *The Anglo-Norwegian Fisheries Case and Its Legal Consequences*, American Journal of International Law, Vol. 46, No. 4, 1952, pp. 609 – 630;
- Friedman W: *The North Sea Continental Shelf Cases: A Critique*, American Journal of International Law, vol. 64, pp. 229 – 240, 1970;
- G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: General Principles and Substantive Law*, British Yearbook of International Law, 27, 1950;
- G. Postema, *Custom, Normative Practice and the Law*, Duke Law Journal, Vol. 62, 2012, pp. 707-738;

- Goldie L. F. E: *The North Sea Continental Shelf Cases: A Ray of Hope for the International Court*, New York Law Forum, vol. 16, pp. 327 – 377, 1970;
- Haggemacher P: *La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale*, Revue générale de droit international public, no 1, pp. 1-125;
- Herfer L. R: *Exiting Custom: Analogies to Treaty Withdrawals*, Duke Journal of Comparative and International Law, Vol. 21, 2010, pp. 65 – 80;
- Hernandez G. I: *A Reluctant Guardian: the International Court of Justice and the Concept of "International Community"*, The British Year book of International Law, vol. 83, 2012, pp. 13 – 60;
- Hertogen A, *Letting Lotus Bloom*, GlobalTrust Working Paper, 2015;
- Hopkins K: *The International Court of Justice and the question of sovereign immunity : why the Yerodia case is an unfortunate ruling for the development of public international law : Arrest Warrant of 11 April 2000 case : Democratic Republic of Congo v Belgium* <http://www.icj-cij.org>, South African yearbook of international law; vol. 27, pp. 256-263 , 2002;
- I. Yung Chung, *Legal Problems Involved in the Corfu Channel Incident*, Librairie Droz, 1959;
- Jennings R. Y: *The Limits of Continental Shelf Jurisdiction: Some Possible Implications of the North Sea Judgment*, The international and comparative law quarterly; vol. 18, pp. 819-832, 1969;
- Johnson D. H. N: *The Anglo-Norwegian Fisheries Case*, The International and Comparative Law Quaterly, Vol. 1, Pt. 2, 1952;
- Johnson D. H. N: *The North Sea Continental Shelf Cases*, International Relations, vol. 3, pp. 522 – 549;
- Johnstone I: *Law making through the Operational Activities of International Organizations*, George Washington International Law Review, vol. 40, 2008, pp. 87 – 122;
- Kaldunsky M: *The Law of State Immunity in the Case concerning "Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)"*, The Law and Practice of International Courts and Tribunals; vol. 13, afl. 1, pp. 54-102, 2014;
- Kammerhofer J: *Sources of International Law: Customary International Law and Some of its Problems*, European Journal of International Law, Vol. 15, No.3, 2004, pp. 523-553;
- Kennedy D: *The Sources of International Law*, American University International Law Review, no. 1, 1986, pp. 1 – 96;
- Kirgis, Jr F. L: *Custom on a Sliding Scale*, American Society of International Law, Vol. 81, 1987, p. 149;
- Kobayashi T: *The Anglo-Norwegian fisheries case of 1951 and the changing law of the territorial sea*, University of Florida press, 1965;

- Kolb R: *Selected Problems of Customary International Law*, Netherland International Law Review, 2003, p. 136;
- Koskenniemi M: *Hersch Lauterpacht and the Development of International Criminal Law*, Journal of International Criminal Justice, Vol. 2, Issue 3, 2004 , pp. 810-825;
- Koskenniemi M: *Lauterpacht: Victorian Tradition in International Law*, European Journal of International Law, Vol. 2, 1997, 215 – 263;
- Krisch N, Kingsbury B: *Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in International Legal Order*, The European Journal of International Law, Vol. 17, no. 1, 2006, pp. 1 – 13;
- Kunz J. L: *The Nature of Customary International Law*, *The American Journal of International Law*, Vol. 47, No. 4 , 1953, pp. 662-669;
- Langille B: *It's „Instant Custom“: How the Bush Doctrine Became the Law after the Terrorist Attacks of September 11, 2001*, Boston College International and Comparative Law Review 145, 2003;
- Lauterpacht H: *Codification and Development of International Law*, American Journal of International Law, Vol. 49, 1955, pp. 16 – 32;
- Legault L. H, Hankey B: *From Sea to Seabed: the single maritime boundary in the Gulf of Maine Case*, American Journal of International Law, vol. 79, pp. 961 – 991, 1985;
- Lim C. L, Elias O: *Withdrawing from Custom and the Paradox of Consensualism in International Law*, Duke Journal of Comparative and International Law, 2010, pp. 143 – 157;
- Loschin L: *The Persistent objector and Customary Human Rights Law: A Proposed Analytical Framework*, U.C. Davis Journal of International Law and Policy, Vol. 2, 1996;
- Meijers H: *How is international law made? – The stages of growth of international law and the use of its customary rules*, Netherland Yearbook of International Law, 1978, pp. 3 – 26;
- Mendelson M: *The Subjective Element in Customary International Law*, British Yearbook of International Law, Vol. 66 (1), 1995, pp. 177 – 208;
- Nawaz M. K: *The North Sea Continental Shelf Cases Revisited*, Indian Journal of International Law, vol. 15, pp. 506 – 520, 1975;
- Ochoa C: *The Individual and Customary International Law Formation*, Virginia Journal of International Law, Vol. 48:1, 2007, pp. 119 – 186;
- Oelleres-Frahm K: *State Immunity vs. Human Rights: Observations concerning the Judgment of the ICJ in the Jurisdictional Immunities of States Case (Germany v. Italy)*, Mensch und Recht: Festschrift für Eibe Riedel zum 70. Geburtstag, 2013;
- Onuma Y: *International Law in and with International Politics: The Functions of International Law in International Society*, European Journal of International Law, Vol.14, No.1, 2003, pp. 105 – 139;

- Payandeh M: *The Concept of International Law in the Jurisprudence of H. L. A. Hart*, European Journal of International Law, Vol. 21, 2011, pp. 967 – 996;
- Peters A: *Does Kosovo Lie in the Lotus-land of Freedom*, Leiden Journal of International Law, vol. 24, 2011, pp. 95-108;
- Petersen N: *Customary Law Without Custom? Rules, Principles and the Role of State Practice in International Norm Creation*, American University International Law Review, 2008, pp. 275-310;
- Roberts A. E: *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*, The American Journal of International Law, Vol. 95:757, pp. 757 – 791;
- Roberts A: "NATO; 'Humanitarian War' over Kosovo", Survival, Autumn 1999, Vol.4, No. 3, p.106;
- Robinson R. D: *The Convergence of Law and Diplomacy in United States-Canada Relations: the Precedent of the Gulf of Maine Case*, Canada – United States Law Journal, vol. 26, pp. 37 – 45, 2000;
- Sambrailo B: *Contribution of the Yugoslav-Italian agreement on delimitation of the continental shelf in the Adriatic Sea to settlement of dispute in the North Sea continental shelf cases*, Jugoslovenska revija za međunarodno pravo, vol. 17, pp. 247 – 255, 1970;
- Sands Ph: *International law transformed? : from Pinochet to Congo ...?*, Leiden journal of international law; vol. 16, afl. 1, pag. 37-53, 2003;
- Scharf M. P: *Seizing the „Grotian moment“: Accelerated Formation of Customary International Law in Times of Fundamental Change*, Cornell Journal of International Law, Vol. 43, 2010;
- Simma B., Paulus A. L: *The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View*, American Journal of International Law, Vol. 93, No. 2 (Apr., 1999), pp. 302-316;
- Singh N: *Codification and Progressive Development of International Law: The Role of International Court of Justice*, Indian Journal of International Law, Vol. 18, 1978, pp. 1-17;
- Stein T. L: *The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law*, Harvard International Law Journal, Vol. 26 (2), 1985, pp. 457 – 474;
- Stuart K: *Lessons Learned from the Gulf of Maine Case : the Development of Maritime Boundary Delimitation Jurisprudence Since UNCLOS III*, Ocean and Coastal Law Journal; vol. 14, afl. 1, pp. 73-99 , 2008;
- Summers A: *Diplomatic Immunity Ratione Personae : Did the International Court of Justice Create a New Customary Law Rule in Congo v. Belgium?*, Journal of International Law and Practice; vol. 16, afl. 2, pp. 459-473, 2007;
- Swain E: *Bespoke Custom*, Duke Journal of Comparative & International Law, Vol. 21, No. 1, 2010, p. 209;

- Tasioulas J: *In Defence of Relative Normativity: Communitarian Values and the Nicaragua Case*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 16, 1996, pp. 85 – 128;
- Thirlway H: *Reflections on lex ferenda*, Netherlands Yearbook on International Law, Vol. 32, 2001, pp. 3-26;
- Van Alebeek R: *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy): on Right Outcomes and Wrong Terms*, German Yearbook of International Law; vol. 55 (2012), pag. 281-317 / 2013;
- Van Essen J. L. F: *Some Reflections on the Judgments of the International Court of Justice in the Asylum and Haya de la Torre Cases*; International and Comparative Law Quarterly, vol. 1, pp. 533 – 539, 1952;
- Vazquez C. M: *Withdrawing from International Custom: Terrible Food, Small Portions*, The Yale Law Journal Online, 2011, pp. 269 – 291;
- Weil P: *Towards Relative Normativity in International Law?*, 77 American Journal of International Law, Vol. 77, 1983, pp. 413 – 442;
- Wickeramasinghe Ch: *Arrest warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v Belgium), preliminary objections and merits, judgment of 14 February 2002*, The international and comparative law quarterly; vol. 52, afl. 3, pp. 775-781, 2003;
- Дајовић Г: *Хартова теорија права – основне црте*, Страни правни живот 3/2011, стр. 9-29;
- Кнежевић-Предић В: *Забрана употребе силом и претње силом у јуриспруденцији Међународног суда правде: од 'Corfu Channel Case' до 'Nicaragua Case'*, Југословенска ревија за међународно право, 1-3, 1999, стр. 53-76;
- Шаховић М: *Кодификација и прогресивни развој међународног права и савремена заједница држава*, Југословенска ревија за међународно право, Вол. 23, 1976, стр. 88 – 95;

3. Судске пресуде

- European Court of Justice, Case C–402/05 P and C–415/05, P. Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission [2008] ECR I–6351;
- International Court of Justice, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010, p. 403;
- International Court of Justice, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007;
- International Court of Justice, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 164;

- International Court of Justice, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), I.C.J. Reports 2000, p. 73;
- International Court of Justice, Asylum, Judgment. I.C.J. Reports 1950, p. 402;
- International Court of Justice, Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits) , Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, p. 6;
- International Court of Justice, Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of August 27th, I.C. J. Reports 1952, p. 176;
- International Court of Justice, Competence of Assembly regarding admission to the United Nations, Advisory Opinion : I.C. J. Reports 1950, p. 4;
- International Court of Justice, Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985, p. 13;
- International Court of Justice, Corfu Channell case, Judgment of April 8th, 1949: I.C. J. Reports 1949, p. 4;
- International Court of Justice, Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I. C. J. Reports 1984, p. 246;
- International Court of Justice, Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 213;
- International Court of Justice, East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I. C.J. Reports 1995, p. 15;
- International Court of Justice, Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951, I.C. J. Reports 1951, p. 116;
- International Court of Justice, Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974;
- International Court of Justice, Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary vs. Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1997, p. 7;
- International Court of Justice, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99;
- International Court of Justice, Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guineu intervening), Judgment, I. C. J. Reports 2002, p. 303;
- International Court of Justice, Legal Consequences for States of the Contitued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Adrisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 34;
- International Court of Justice, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004, p. 136;
- International Court of Justice, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion), I.C.J. Reports 1996, p. 226;
- International Court of Justice, Maritime Delimitation and Territorial Questions between

Qatar and Bahrain, Merits, Judgment, I. C. J. Reports 2001, p. 40;

- International Court of Justice, Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14;
- International Court of Justice, North Sea Continental Shelf (Judgment) I.C.J. Reports 1969, p. 3;
- International Court of Justice, Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955: I.C. J. Reports 1955, p. 4;
- International Court of Justice, Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2003;
- International Court of Justice, Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion: I.C. J. Reports 1949, p. 174;
- International Court of Justice, South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966, p. 6;
- International Court of Justice, Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiria vs Chad), I.C.J. Reports 1994, p. 6;
- International Court of Justice, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I. C. J. Reports 1980, p. 3;
- Permanent Court of International Justice, Appeal from the Judgment of the Hungaro-Czechoslovak Mixed Arbitral Tribunal, AB Series, 1933, p. 208;
- Permanent Court of International Justice, Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland, Series AB, 1933;
- Permanent Court of International Justice, Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. Great Britain), Judgment of 30 August 1924, 1924 PCIJ (Ser. A) No. 2, at 11;
- Permanent Court of International Justice, The Case of the S.S. Lotus, A Series, 1927.

4. Документација

- *FRY/Kosovo: The Way Ahead; UK View on Legal Base for Use of Force*, Foreign and Commonwealth Office, 7 October 1998;
- International Law Commission, *Guide to Practice on Reservations to Treaties*, 2011;
- International Law Commission, *Report of the Study Group of the International Law Commission: Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law* (finalized by Koskenniemi M), A/CN.4/L.682, 2006;
- UN General Assembly Resolution 3016 (XXVII), 18th December 1972;

- UN General Assembly Resolution 96 (I), 11th December 1946;
- UN Security Council Resolution 1368, 12th September 2001;
- UN Security Council Resolution 1373, 28th September 2001;
- UN Security Council Resolution 1540, 28th April, 2004;
- UN Security Council Resolution 276, 30th January 1970;
- Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, 1950, Document A/CN.4/16;
- Извештај Комисије за међународно право о идентификацији међународног обичајног права (A/CN.4/672);
- Хаџи Видановић В, Милановић М (пр.) *Међународно јавно право – збирка докумената*, Београдски центар за људска права.

Биографија аутора

Милош Хрњаз је рођен 27. јула 1982. године. Завршио је основне студије на Факултету политичких наука Универзитета у Београду одбраном дипломског рада *Легалност употребе нуклеарног оружја*. Године 2007. је завршио и Дипломатску академију „Коча Поповић“ при Министарству спољних послова Републике Србије. Двогодишње последипломске студије је такође завршио на Факултету политичких наука Универзитета у Београду (смер Међународна политика) одбраном специјалистичког рада *Начело забране претње силом и употребе силе у јуриспруденцији Међународног суда правде*. Милош Хрњаз је почео да ради као сарадник у настави на Факултету политичких наука у Београду 2007. године и то на предметима Основи међународног права и Правно регулисање међународних односа. Три године касније је изабран на место асистента на Међународно – правној области истог Факултета. Милош Хрњаз је 2011. године радио и као Лични помоћник Главног правног саветника у Министарству спољних послова Републике Србије. Као студент је био вишеструки добитник награда на националним и међународним такмичењима у области међународног хуманитарног права. Био је и добитник стипендије Републичке фондације за развој научног подмлатка. Милош Хрњаз је добитник и стипендије *Junior Fellowship Development Program* на основу које је провео шест месеци на Америчком универзитету у Сједињеним Америчким Државама. Добитник је и стипендије *Civil Society Scholar Award* на основу које је провео два месеца на Универзитету Лејден у Холандији. Аутор је двадесетак стручних радова у области међународног права. Служи се енглеским и немачким језиком.

Изјава о ауторству

Потписани-а Милош Хрњаз

број уписа 1030

Изјављујем

да је докторска дисертација под насловом

Настанак и утврђивање постојања међународне обичајне норме: пракса Међународног суда правде

- резултат сопственог истраживачког рада,
- да предложена дисертација у целини ни у деловима није била предложена за добијање било које дипломе према студијским програмима других високошколских установа,
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио интелектуалну својину других лица.

Потпис докторанда

У Београду, 14. 1. 2016.

M. Хрњаз

Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада

Име и презиме аутора Милош Р. Хрњаз

Број уписа 1030

Студијски програм Докторске академске студије политикологије: Међународне и европске студије

Наслов рада Настанак и утврђивање постојања међународне обичајне норме: пракса Међународног суда правде

Ментор Проф. др Весна Кнежевић – Предић

Потписани Милош Р. Хрњаз

изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла за објављивање на порталу **Дигиталног репозиторијума Универзитета у Београду**.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског звања доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

Потпис докторанда

У Београду, 14.1.2016.

M. X / [Signature]

Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

Настанак и утврђивање постојања међународне обичајне норме: пракса Међународног суда правде

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију похрањену у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство
2. Ауторство - некомерцијално
3. Ауторство – некомерцијално – без прераде
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима
5. Ауторство – без прераде
6. Ауторство – делити под истим условима

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци, кратак опис лиценци дат је на полеђини листа).

Потпис докторанда

У Београду, 14.1.2016.

