

**ПРИЛОГ РАСПРАВИ О ИЗВОРИМА
МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА
– Позиција и значај судске праксе –**

Доц. др Сенад Ганић*
Државни универзитет у Новом Пазару, Департман за правне науке

* sganic@np.ac.rs

ПРИЛОГ РАСПРАВИ О ИЗВОРИМА МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА – Позиција и значај судске праксе –

Сажетак: Правницима који су своје правничко образовање стекли у државама које баштине европско-континенталну правну традицију, која се развијала под утицајем римског права, веома често представља потешкоћу да разумеју логику прецедентног права. У том смислу, нарочито је занимљива позиција коју судови у земљама *common law* система имају, а то је заправо, њихова могућност да стварају право. Следствено томе, судске одлуке у овим правним системима истовремено представљају изворе права, односно правна правила којих се, уз испуњење одговарајућих услова, треба држати. Како је утицај прецедентне доктрине у Међународном суду правде, а преко судија које долазе из традиција прецедентног права нужно велики, то је онда и улога коју судска пракса има, када је реч о изворима међународног права, постала већа него што је то предвиђено Статутом Међународног суда правде. Сматрамо да је додатни осврт на овај феномен важан, не само да бисмо боље разумели правну реалност, већ и да бисмо боље разумели међународно право у целини. Грану права, која баш због правних компромиса који се морају чинити како би се уопште створило међународно право, а који значе уважавање свих великих правних традиција, често бива под ударом критика које, из различитих разлога, не уважавају овај шири друштвени контекст, унутар којег се остварује и сама идеја међународног права.

Кључне речи: извори међународног права, европско-континентално право, прецедентно право, Међународни суд правде, судска пракса.

Увод

Међународно право је грана права чија динамика развоја у многоме зависи од држава, које каткад нису вољне нити да стварају а нити да се подвргавају његовим правилима, и то је већ хронични проблем који прати међународно право од његовог настанка. Урушавање би-поларне структуре међународне заједнице с краја осамдесетих и почетком деведесетих година, у једном је тренутку угрозило саму супстанцу међународног права. Непостојање теже или противтеже једној

моћној држави или групи држава, показало се веома неповољним амбијентом за међународно право у целини, и овај период можемо назвати периодом његове стагнације и кршења. Последњих година ипак, приметан је опоравак међународне заједнице, те успостављање, чак би се рекло, њене полицентричне структуре, и то на начин који нисмо имали прилике да видимо пре. То ће, сматрамо, нужно водити поновном враћању међународном праву те верујемо његовом даљем прогресивном развоју. За сада, међународно право чији су извори, а то је већински став доктрине, наведени у члану 38. Статута Међународног суда правде, опстаје и успева да се прилагоди новонасталим околностима, не само захваљујући великом броју међународних конвенција и обичаја, већ и оним што се назива помоћним извором међународног права, као што је на пример пракса. И то пре свега Међународног суда правде, мада постоји сагласност да овде спада и пракса арбитражних судова (Крећа, 2008: 90). Начин, али, пре свега разлози који утичу на то да судска пракса пронађе пут да се наметне као важан извор међународног права, или барем важнији од снаге и позиције коју јој даје Статут Међународног суда правде су бројни, и идеја нам је да у овом раду укажемо на њих.

Доктрина је готово унисона у ставу, да су сви релевантни извори међународног права наведени у члану 38. Статута Међународног суда правде, и да се међу тим изворима, међународни уговори и међународни обичаји издвајају као главни, док се за остале изворе наведене у овом члану прихвата то, да они заправо представљају помоћне, изворе међународног права (Ђорђевић, 1995: 51).

Међутим, судске одлуке, судећи по Статуту Међународног суда правде, имају ограничено дејство тј. како се у Статуту истиче, Суд у решавању спорова сагласно међународном праву, између осталих извора примењује „под условом одредаба члана 59, судске одлуке и доктрину најпозванијих стручњака јавног права разних народа, као помоћно средство за утврђивање правних правила” (Члан 38 ст. 1. тачка д. Статута Међународног суда правде).

Статут Међународног суда правде, дакле, судским одлукама признаје статус извора са ограниченим дејством и то како *ratione personae* тако и *ratione materiae*. Ово из разлога, што је у већ споменутом члану 59. Статута предвиђено то, да „одлука Суда има обавезну снагу само према странкама у спору и у односу на тај посебан случај”. Другим речима то значи, да одлука Суда обавезује само државе учеснице у конкретном поступку а не и остале државе, које, иако могу бити заин-

тересоване за исход спора и садржину пресуде, из разлога важности проблема који се њоме расправља, ипак нису везане њеним диспозитивом.

Тако, Међународни суд правде не пропушта прилику да у својим образложењима сопствену аргументацију поткрепи и позивањем на неке раније одлуке у којима је заузео одређени правни став. Ту праксу Међународни суд правде само је преузео од свог институционалног претходника Сталног суда међународне правде и држи је се до данас. Када то чини, он то ради на следећи начин:

„Суд дошавши до закључка да су аргументи које је истакла Француска влада или ирелевантни у односу на спор или не доказују постојање принципа међународног права које не би допустило Турској да започне кривични поступак против поручника Демонса, примећује да се у испуњењу задатка, да сам установљава шта је међународно право, није ограничио на разматрање изнетих аргумената, већ укључио у своја истраживања све прецеденте, доктрину и чињенице које су му биле доступне и које би могле открити постојање једног од принципа међународног права предвиђеног у посебном споразуму (Из пресуде Сталног суда међународне правде у случају ’Лотус’” /1927/).

У издвојеном мишљењу судије Азеведа у спору око азила (1950) стоји:

„Треба имати на уму [...] да одлука у појединачном случају има дубоке реперкусије, посебно у међународном праву, јер мишљења која су била потврђена том одлуком стичу квази-легислативну вредност, упркос правном принципу према коме одлука нема обавезну снагу изузев између странака и у односу на тај појединачни случај” (Ђорђевић и сар., 1988: 82).

Чини нам се да се у мишљењу судије Азеведа крију многи разлози који чине да судска пракса има много већу важност од оне коју јој придаје Статут Суда. У наставку ћемо покушати да укажемо на оне разлоге за постојање оваквог стања а који нам се чине најважнијим.

Разлози који утичу на важност судске праксе у међународном правосуђу

Савремено међународно право, ма колико достигло високу тачку у свом развоју која га чини умногоме другачијим од класичног међународног права, још увек пати од општости и великог броја правних стандарда који додатно утичу на то, да његов појмовни и терминолошки апарат буде недовољно прецизан и развијен. Додатни проблем

јесу и правне празнине којима међународно право обилује. У таквој ситуацији се у јуриспруденцији „Светског суда” траже одговори на многе дилеме које овако стање ствара. Зато нам и данас делују актуелно речи које су давно изговорене, да међународно право, будући да нема законодавца какав постоји у државама те право које је још увек у многим сегментима нефиксирано у правном обичају „добија изузетно много излучивањем правила из јуриспруденције највише и најсавршеније судске инстанције међународно правне заједнице” (Гођевац, 1933: 4). Јер „сваки случај који се нађе пред Судом у неком смислу се тиче и извора међународног права, обзиром да сваки случај захтева испитивање самосталних и несамосталних правила чије постојање и правно дејство на крају зависе од тога, какво ће значење бити подесно за конкретну сврху” (Mendelson, 1996: 63). Како је међутим пракса позивања на раније судске одлуке, ако не као на правни извор а оно као на разлог који ће аргументацији одлуке бити јак ослонац, присутна и тамо где судска одлука никако није извор права, а такав је случај са континенталним правним системима, онда је та пракса тим пре учесталија у поступку пред Међународним судом правде. Тако Лаутерпахт (*Hersch Lauterpacht*) исправно примећује да Међународни суд правде у тим случајевима:

„следи сопствене одлуке из истог разлога као што то чине сви судови – било да су везани прецедентном доктрином или не, најпре, зато што су те одлуке ризнице правног искуства којих се је згодно држати; зато што оне осликавају оно што је Суд у прошлости већ размотрио као исправно право; зато што поштовање одлука које су донесене у прошлости доприноси извесности и стабилности, а оне су суштина уређеног система судства и зато, што су судије природно невољне да у одсуству разлога који би их приморали на супротно, признају да раније нису били у праву” (Lauterpacht, 1958: 14).

На овом месту никако не смемо заборавити улогу коју раније судске одлуке имају у процесу доказивања постојања међународног обичаја, који фигурира као један од главних извора по којима Суд суди. Истиче се да је ово помоћно средство нарочито важно када су у питању не само обичаји већ и када је у питању утврђивање општег правног начела. „Није лако утврдити постојање неког обичајног правила или општег правног начела. Ако је то учинио у својој пресуди какав међународни суд, било стални било арбитражни, тада је оном ко се на правило позива посао доказивања постојања тог правила сасвим олакшан. Довољно је да се позове на одговарајућу судску или арбитражну пресуду којом је то правило примењено као на доказ о постојању тог правила”. (Етински и сар., 2017: 66).

Када се позива на своје раније одлуке, Суд то чини независно од тога да ли је реч о контентиозним или саветодавним поступцима. Примера ради, у пресуди коју је донео у спору око риболова између Савезне Републике Немачке и Исланда, Суд се у вези извесних питања позвао на саветодавно мишљење које је дао у вези са компетенцијама Генералне скупштине о пријему држава у Уједињене нације (*Federal Republic of Germany v. Iceland, 1973*). А у пресуди која се тичала спора између Турске и Грчке у вези са континенталним платоом у Егејском мору, Суд се опет позвао на саветодавно мишљење Сталног суда међународне правде које је дато у вези са декретима о држављанству издатих у Тунису и Мароку (*Aegean Sea Continental Shelf Case, 1978*).

Остаје чињеница да све одлуке Међународног суда правде, имају много већи значај у теорији и пракси од оног значаја који им је прописан Статутом Међународног суда правде. У том смислу, расправа о изворима међународног права остаје увек занимљива, али и, са друге стране делимично замагљена и необјашњена. Јер заиста, како објаснити то, да су одлуке Међународног суда правде, тако неспутано постале толико важан, не само интерпретативни извор правила међународног права, већ и правила којих се Суд, у великом броју случајева у својој пракси придржава? Одговор на ово питање захтева уважавање више чинилаца који творе ову ситуацију и на неке од њих смо већ указали. Наравно, остаје као константа, чињеница недовољне регулентације међународног јавног права, те непостојања једног централизованог органа који је задужен са стварање и интерпретацију његових норми. У том случају, орган који примењује ове норме, а који је тако високо позициониран у институционалној структури међународне заједнице, нужно преузима *de facto* и легислативну функцију.

Међутим, постоје и други, тврдимо не мање важни разлози који објашњавају тако важну позицију коју одлуке Међународног суда правде имају, фигурирајући као незаобилазан извор међународног јавног права. Њима желимо да се додатно позабавимо.

Утицај англосаксонског права на значај судске праксе као извора међународног права

Идеја међународног права јесте идеја која је у многоме блиска идеји „космополитског права” односно, идеји правног поретка у оквиру којег ће човек бити грађанин Света, тј. „припадник целокупне људске

заједнице, невезан државним границама и држављанством конкретне државе” (Кривокапић, 2010: 464-465). То је за сада још увек, недо-стижна идеја која се у многим пројекцијама јавља као утопија. Али то свакако не значи да идеја о томе да постоје одређена права која морају уживати сви људи није достигнута барем у одређеном степену, а она у свом исходишту има управо космополитизам. И не само то, него велики део доктрине међународно право сматра нужном фазом у еволуцији међународног друштва. Тако је међународно право или барем његова идеја, како то истиче Ле Фир (*Louis le Fur*) заправо, да буде „само последња етапа права, које је најзад постигло да подведе под своје законе и саме државе” (Ле Фир, 1934: 6). Да ли се у томе успело, то није одговор за којим трагамо у овом раду. То нарочито не, уколико идеју међународног права доживљавамо и схватамо као још увек, у потпуности неостварен идеал, а то јесте начин на који разумемо међународно право. Но, свакако је неспорно, да су предуслови овог правног подухвата, морала бити признања која су у универзалним документима, која данас представљају духовну тековину цивилизације, дата свим припадницима људског рода. Тако је у Универзалној декларацији о људским правима у члану 1., који наводимо те члановима који следе, записано да се:

Сва људска бића рађају слободна и једнака у достојанству и правима. Она су обдарена разумом и свешћу и треба једни према другима да поступају у духу братства (Хаџи-Видановић, Милановић, 2005: 102).

Међународно право је заправо у непрестаном трагању за начинима сопственог остварења, али и покушају отеловљења једног права које би било заједничко и једнако прихватљиво свима. То је свакако значило и значи, уважавање чињенице постојања исто тако различитих правних поредака и традиција, те у складу с тим, и различитог разумевања концепта извора права али и овлашћења за стварање права уопште. Ове разлике су нарочито приметне ако се крене од поделе на традицију кодификованог права и традицију прецедентног, односно англосаксонског права. Јер, у Енглеској је током феудализма, а почев од XII века „створен посебан правни систем који се у својој основи задржао до данашњих дана, а у време британских колонијалних освајања и проширио на земље којима је владала британска империја (САД, Нови Зеланд, Аустралија, Индија, Пакистан, Сингапур). Европљани овај правни систем називају *англосаксонски, прецедентни или common law*” (Шаркић, Поповић, 1996: 103).

Англосаксонски правни систем се супротставља континенталном који важи у највећем делу Европе и државама чији су правни системи били под утицајем држава континенталне Европе и то у следећем; а) континентални правни систем се развио под утицајем римског права, док је англосаксонски настао ван, или уз незнатан утицај римског права; б) континентални систем познаје кодификације, док англосаксонски не познаје; и, а то сматрамо круцијално важном разликом да бисмо разумели проблем који расправљамо; в) *основни творац права (закон)* у англосаксонском систему је суд, док је у континенталном систему то законодавни орган, обично парламент а некада и владар (Шаркић, Поповић, 1996:103). Како је идеја Међународног суда правде заправо идеја светског суда који примењује право које је плод сагласности народа, тако су и одредбе Статута Међународног суда правде, морале уважити ову чињеницу. То је и учињено, па се у поступку избора судија, како је то предвиђено у члану 9. Статута Суда каже, да ће се приликом њиховог избора водити рачуна да у Суду, преко судија, буду равноправно заступљени најважнији облици цивилизације и главни правни системи данашњице (са сајта Међународног суда правде). То заправо значи да ће у судећим већима седети судије које долазе из минимум, две различите правне филозофије, барем по питању разумевања онога што би требала бити улога судије у конкретном случају, независно од тога да ли је реч о спору или саветодавном поступку. За једне, а то ће бити судије које су образоване у духу *европске континенталне правне традиције*, улога судије је да примењује право које већ постоји записано у кодификацијама, док ће за друге, оне који долазе из *англосаксонске правне традиције*, разумевање њихове улоге као судије, бити нешто другачије. Наиме, како долазе из правне традиције у којој суд, како смо видели, не само што примењује, већ и ствара право, они ће свакако своју позицију доживети, не само као могућност да се примени постојећа норма, већ и као могућност да се, зашто да не, уколико је потребно створи нова. У сваком случају, за судије које долазе из англосаксонске правне традиције, пресуде али и друге одлуке које је Међународни суд правде већ донео, нису само пресуде које су ограничене дејством које им је признато чланом 59. Статута Суда, тј. да делују само у односу на стране у спору и у односу на конкретан спор, већ су то и правила којих се треба придржавати. То су дакле, не само одлуке које се односе на конкретан случај, већ правила међународног права која важе и за будуће случајеве исте врсте. Како се утицај које англосаксонско право има у међународним судским инсти-

туцијама не може оспорити, то је уважавање ових разлога нужно за правилно схватање улоге и позиције коју пракса Међународног суда правде има, када говоримо о изворима међународног права. Коначно, управо се у овој чињеници могуће крије и одговор на питање, зашто поступци пред међународним судским инстанцама, било да говоримо о материјалном или процедуралном праву које примењују, изазивају тако много потешкоћа правницима који припадају европскоконтиненталној провенијенцији. Статут Међународног кривичног суда је у том смислу чак и експлицитнији када каже да: „Суд може да примењује правне принципе и начела на начин на који их је тумачио у својим ранијим одлукама”. У сваком случају, да би се на прави начин разумело међународно право и међународно правосуђе, и то не само у поступцима пред Међународним судом правде, којим смо се у овом раду и највише бавили, већ и у поступцима пред другим међународним судским инстанцама, које претендују да буду органи који представљају међународни правни поредак у целини, неопходно је разумети и уважити аргументе и разлоге које смо на овом месту указали.

Закључак

Изградња међународноправног поретка је дуготрајан процес, који има своје већ установљене законитости, али и процес који, каткад, измиче покушајима адекватне материјализације кроз одређена јасна правила, зато што је он у исто време и дубоко духован, интелектуалан процес. Он се може разумети само ако се уопште може разумети идеја, међународног права као израза воље међународне заједнице као целине, а та сагласност на обавезивање неким правним правилом неретко бива дата и прећутним путем (*tacitus consensu populi*). Ипак, пуни смисао и циљ међународног права, може се разумети једино ако се пође од става, да оно као такво мора осликавати међународну заједницу као целину. Како та међународна заједница није монолитна, већ је састављена од држава које, како смо на више места у овом раду истакли, припадају различитим правним традицијама, то су правна резоновања која су им својствена, нужно марала бити, барем делимично заступљена у правном поретку међународне заједнице. Тако је и схватању, по коме се судска пресуда не пример, не третира само као одлука која има дејство само у односу на конкретан случај, већ и као правило којег ће се суд придржавати и у будућности, било пре-

додређено да буде у одређеној мери заступљено у међународном праву. То наравно никако не значи да је прецедентна доктрина однела превагу у међународноправном поретку, али то ипак значи, да се ни сам међународноправни поредак, као плод уважавања и усаглашавања држава које припадају различитим правним традицијама, не може у потпуности разумети ако се не разумеју основни принципи и начини методи правног резонувања оних који долазе из тих традиција. Ово тим пре, ако су утицаји који из тих правних традиција долазе, присутни у међународном праву, а они то нужно јесу. Циљ овог рада је управо, скретање пажње на овај проблем, те покушај да се помогне, његовом бољем разумевању.

Литература

- Aegean Sea Continental Shelf Case, Judgment, *ICJ Reports*, 1978 (3–45)
- Case of The S.S. „Lotus”, Judgment, *P.I.C.J. Publications*, Ser. A, No. 9, 1927.
- Ђорђевић Ђ., Крећа М., Етински Р., Чукаловић И., Ристић М. (1988). *Грађа међународног јавног права-Књига прва*. Нови Сад: Дневник.
- Етински Р, Ђајић С., Тубић Б. (2017). *Међународно јавно право*. Нови Сад: Правни факултет у Новом Саду.
- Fisheries Jurisdiction Case (Federal Republic of Germany v. Iceland) Jurisdiction of The Court, *ICJ Reports*, 1973 (49–67).
- Гођевац А. (1933). Основна правна начела на којима почива јуриспруденција Сталног суда међународне правде у Хагу, *Архив за друштвене и правне студије* (сепарат).
- Хаџи-Видановић В., Милановић М. (2005). *Међународно јавно право, збирка докумената*. Београд: Београдски центар за људска права.
- Крећа М. (2008). *Међународно јавно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- Кривокапић Б. (2010). *Енциклопедијски речник међународног права и међународних односа*. Београд: Службени гласник.
- Lauterpacht H. (1958). *The development of International Law by the International Court*. London: Stevens & Sons.
- Le Fir L. (1934). *Међународно јавно право*. Београд: Издавачка књижевница Геце Кона.
- Међународни суд правде <http://icj-cij.org/en/statute> приступ на дан 10. 02. 2018.
- Mendelson M. (1996). The International Court of Justice and the Sources of International Law, In: V. Lowe & M. Fitzmaurice (eds.), *Fifty years of the International Court of Justice, Essays in honour of sir Robert Jennings*. (pp. 45–65) Cambridge: Grotius Publications – Cambridge University Press.
- Сагут Међународног суда правде, *Службени лист ДФЈ*, бр. 69/45.
- Шаркић С., Поповић Д. (1996). *Велики правни системи и кодификације*. Београд: Драганић.

**AN ADDITION TO THE DISCUSSION ON SOURCES
OF INTERNATIONAL LAW
– Position and Importance of Judicial Practice –**

Senad Ganić, Assistant Professor
Department of Law, State University of Novi Pazar

Summary

Lawyers who have acquired their legal education in countries that have a legacy of a European-Continental legal tradition, developed under the influence of Roman law, often have difficulty in understanding the logic of precedent law. In this regard, the position that the courts have in common law systems is particularly interesting, and that is, in fact, their ability to create law. Consequently, court decisions in these legal systems simultaneously represent the legal rules which, when fulfilling the appropriate conditions, have to be applied. As the influence of the precedent doctrine in the International Court of Justice, through the judges coming from the preceding traditions is necessarily large, that is also the case with the role, that the precedent law has, when it comes to sources of International Law which the Court applies. And that influence has actually become much greater than it is provided for by the Statute of the International Court of Justice. That is why we consider, that an additional review of this phenomenon is important. Not only in order to understand better the legal reality, but also to better understand international law. International law, which is precisely because of the legal compromises that must be made in order to create international law in general, which imply the respect of all major legal traditions, is often subject to criticism, that, for various reasons, does not respect this wider social context, in which the very idea of international law is happening.

Key words: Sources of international law, European continental law, Common law, International Court of Justice, Judicial practice.