

Dr Vladimir Djuro Degán,  
izvanredni profesor na Fakultetu političkih nauka u Sarajevu

## Domašaj i autoritet presedana u praksi Međunarodnog suda\*

### I

U stvaranju i razvitku nekih od najrazvijenijih pravnih sistema, poput rimskog prava i engleskog *Common Law*, uloga suca bila je čak i mnogo veća od uloge zakonodavca. Osim u rimskom pravu prilikom sveopće Justinijanove kodifikacije, u razvitku tih sistema zakonodavac se po pravilu samo izuzetno upliće, i njegove odluke uvijek imaju značaj posebnog prava (*lex specialis*) u odnosu na osnovu tih sistema koja leži u sudskim presedanima.

A vlast suca da izgrađuje i nadograđuje pravni sistem na temelju vlastitih presedana u engleskom i nekim drugim anglosaksonskim pravima zasniva se na pravilu *stare decisis*, tj. na pravilu da su već donesene sudske odluke obavezne i za kasnije rješavanje sporova u istoj materiji<sup>1</sup>.

Kako ni današnja međunarodna zajednica nema još uvijek zakonodavca, u većem dijelu nauke stalno postoji jaka težnja i iskušenje, naročito u anglosaksonskim krugovima, da se i međunarodnoj sudskoj i arbitražnoj praksi prida onaj isti značaj u stvaranju međunarodnog prava, koji sudska praksa ima u razvitku anglosaksonskih pravnih sistema.

Međutim, problem autoriteta presedana u arbitražnoj i sudskoj praksi općenito, a u prvom redu onoj Međunarodnog suda u Haagu, kao najuglednijeg i najznačajnijeg međunarodnog sudskog organa, ima svoja dva aspekta. Prvi aspekt jeste onaj na koga smo se već osvrnuli, u kojoj mjeri sudska praksa, zasnovana na presedanima, ima izravnog utjecaja u stvaranju i razvitku pravila pozitivnog međunarodnog prava koja neposredno obavezuju države i druge njegove subjekte.

Tom pitanju, međutim, potrebno je pristupiti s najvećim oprezom. Najprije valja istaknuti da se još i danas, u nedostatku centraliziranog međunarodnog zakonodavnog organa, najveći broj pravila međunarodnog prava stvara u međusobnim odnosima između država, gdje se u punoj mjeri ispoljava njihova suverenost. A volja država nije isto što i volja međunarodnog suca ili arbitra kad je u pitanju stvaranje bilo ugovornih, a posebno običajnih međunarodnih pravnih pravila.

\* Ovaj rad je pisan u počast prof. dr Natka Katičića i predstavlja tematski nastavak Zbornika Pravnog fakulteta br. 1—2 iz 1972. (Spomenica prof. dr Natku Katičiću).

<sup>1</sup> Potpuna latinska izreka toga pravila glasi: »*stare decisis et non quiete movere*«, što u slobodnom prijevodu znači da se treba držati onoga što je odlučeno i ne remetiti ono što je ustanovljeno.

Osim toga, nadležnost bilo kojeg arbitražnog ili sudskog organa, dakle i nadležnost Međunarodnog suda u Haagu, do danas je ostala fakultativna. Države povjeravaju svoje sporove na rješavanje tim organima jedino onda kada to žele, i kada se obadrije strane u sporu s tim suglase. Izvan te volje država nema sudskog rješavanja.

Države su slobodne svoje sporove rješavati i neposredno, čak i mimo propisa međunarodnog prava koje bi primijenio Haški sud, ukoliko se obadrije s time suglase, a općenito u uređenju odnosa između država, te tako i u rješavanju njihovih sporova, osim pravnih pravila veoma često igraju ulogu i motivi sile, političke oportunisti, a ponekad i pravičnosti, što sve zavisi od okolnosti datog slučaja. I u normalnim odnosima, gdje se u punoj mjeri poštuje suverena i stvarna jednakost stranaka, veoma često dolazi do poravnjanja (transakcija), gdje jedna strana drugoj popušta u nekoj materiji, što po pozitivnom međunarodnom pravu ne bi bila dužna, ali za to od nje dobija kompenzaciju na sasvim drugom polju. Stoga ćemo se na ovo najšire pitanje o ulozi međunarodne sudske prakse, zasnovane na presedanima u izgradnji međunarodnog prava, ponovo vratiti na kraju ove rasprave.

Sada bismo se dotakli drugog aspekta ovog problema. Kada se dvije države suglase da svoj spor povjere na rješavanje Međunarodnom sudu na temelju međunarodnog prava, pitanje je u kojoj je mjeri taj sudski organ dužan da se pridržava svoje ranije sudske prakse, tj. pored onog pozitivnog međunarodnog prava koje se stvorilo u odnosima između država, kakvu ulogu u njegovom odlučivanju imaju njegove vlastite ranije odluke u istim ili analognim slučajevima (*in pari materia*). Da li i tu, kao u anglosaksonskim pravima, vrijedi pravno načelo *stare decisis*?

Taj problem možemo razmatrati u svjetlosti ugovornih propisa koji čine osnovu ustrojstva suda i koji njega kao takvi obavezuju, a zatim u svjetlosti njegove vlastite prakse koju je on izgradio, počev od 1922. godine kada je počeo radom predratni Stalni sud međunarodne pravde.

S gledišta propisa Statuta Međunarodnog suda, izgleda da je načelo *stare decisis* definitivno zabačeno. Član 38. stav 1. Statuta poslijeratnog Međunarodnog suda izričito navodi da je zadaća Suda da »njemu povjerene međunarodne sporove rješava po međunarodnom pravu«<sup>2</sup>. Logično tumačenje toga propisa vodilo bi tome da je tu težište u prvom redu na pozitivnom međunarodnom pravu koje se stvara između njegovih subjekata, država i drugih.

Međutim, točka d. stava 1. člana 38. Statuta navodi da Sud među ostalim izvorima primjenjuje — »uz priuzdržaj propisa člana 59, sudske rješidbe (*les décisions judiciaires, judicial decisions, las decisiones judiciales, sudbenye rešenija*) i naučavanje najpoznatijih publicista različitih naroda kao pomoćno sredstvo za utvrđivanje pravnih pravila«.

Prije nego što objasnimo što sadrži član 59. Statuta i njegov domašaj na ovaj propis, valja zaključiti da ni ostatak toga propisa ne daje osnove za afirmaciju načela *stare decisis*, jer se sudskim rješidbama pridaje značaj pomoćnog sredstva, dakle pomoćnog izvora za utvrđivanje pravnih pravila koja su sadržana u tri prethodno navedena glavna izvora, ugovorima, običaju i općim pravnim načelima.

No, ni izraz »sudske rješidbe« nije do kraja precizan, jer se iz njega sa sigurnošću ne može zaključiti da li on obuhvata i rješidbe unutrašnjih sudova pojedinih država kada odlučuju o problemima međunarodnog prava, zatim, da li tu spadaju presude međunarodnih arbitražnih tribunala, a kad su u pitanju i rješidbe sâmog Haškog suda, nije jasno da li tu pored presuda u parnicama spadaju i savjetodavna mišljenja toga istog sudskog organa. Sve su to ostali problemi da o njima odredi svoj stav sâm Sud u svojoj praksi.

---

<sup>2</sup> Ovo upravo predstavlja amandman na prvobitni tekst Statuta Stalnog suda međunarodne pravde, koji u svome članu 38. nije sadržavao taj navod.

Međutim, član 59. Statuta, koji je izričito naveden kao rezerva na spomenutu točku d. člana 38, znači izravno odbacivanje *načela stare decisis*. Taj propis navodi slijedeće: »Presuda Suda obavezna je samo za stranke spora, i za slučaj koji je riješila«. Drugim riječima tu se radi o pravilu *sententia jus facit inter partes*, koja je u potpunju opreci u odnosu na *načelo stare decisis*. Donosioci Statuta tu su se opredijeli za kontinentalnu doktrinu, čiji je izraz član 5. francuskog Građanskog zakonika, a gdje je sucu izričito zabranjeno da se izjašnjava u formi općeg i regulativnog propisa kada odlučuje o predmetima koji su mu podneseni. Na sličan način i član 8. Općeg austrijskog građanskog zakonika propisuje da samo zakonodavac ima vlast da tumači zakon na način koji općenito obavezuje.

U nauci međunarodnog prava bilo je kasnije pokušaja i drugačijeg tumačenja rezerve u pogledu člana 59. Statuta, i to čak od strane pisaca od najvećeg autoriteta.

Sir Hersch Lauterpacht isticao je da preparatorni radovi prilikom donošenja prvobitnog teksta Statuta Stalnog suda međunarodne pravde dokazuju da je član 59. naveden u uskoj vezi s pravom intervencije trećih stranaka u sporu, koje je regulirano članovima 62. i 63. Statuta. Kao dokaz navodio je i činjenicu da su u Haškoj konvenciji o mirnom rješavanju međunarodnih sporova iz 1907. godine te dvije stvari propisane jedna uz drugu u istom članu 84. (član 56. u Konvenciji iz 1899)<sup>3</sup>.

Drugi pisci, na temelju istih preparatornih radnji, bili su skloniji da izvedu suprotan zaključak. Max Sorensen i Sir Humphrey Waldock istakli su da preparatorni radovi upravo ukazuju da je neposredna namjera stvaralaca Statuta bila da pozivom na član 59. Statuta u članu 38. točka d, izričito odbace *načelo stare decisis*<sup>4</sup>, pa čak da je to bila politička težnja i predstavnika anglosaksonskih država, u čijim unutrašnjim pravnim sistemima to pravilo inače ima obavezan značaj.

Međutim, Manley O. Hudson cijeli sklop tih propisa tumači na širi način: »Ako članovi 38. i 59, uzeti zajedno ne isključuju prihvatanje od Suda *načela stare decisis* u odnosu na svoju vlastitu praksu, oni ne ohrabruju taj put, i Sud nije poduzeo ni jedan korak u tome pravcu. S druge strane, ti propisi ne čine nikakvu smetnju na putu da se Sud povede za svojim ranijim presudama, ili čak da ih i tretira kao presedane.«<sup>5</sup>

U stvari svi pisci koji su taj problem razmatrali u sudskoj praksi zaključuju da Sud nije pravno obavezan *načelom stare decisis* i da ono za Sud u svakom slučaju ne predstavlja neki imperativan propis. Ali oni dodaju, da svaki sudski organ koji teži dobroj administraciji pravde na nepristran način, nastoji da se pozove na presedane, ukoliko postoje, i da Haški sud u tom pogledu uživa punu slobodu<sup>6</sup>.

Možda je najsveobuhvatniji u opisivanju razloga zbog kojih Sud teži u kasnijim odlukama da se povodi za svojom ranijom praksom, bio Sir Hersch Lauterpacht »Sud slijedi svoje vlastite odluke iz istih razloga kao i svi drugi sudovi — bilo da su obavezni doktrinom presedana ili ne — jer su te odluke rezervoar pravnog iskustva kojem se dobro prikloniti; jer one utjelovljuju ono što je Sud u prošlosti smatrao dobrim pravom; jer poštivanje odluka donesenih u prošlosti doprinosi sigurnosti i stabilnosti, što leži u suštini dobre administracije pravde; te napokon (kao manje

<sup>3</sup> Usp. H. Lauterpacht: »*The So-Called Anglo-American and Continental School of Thought in International Law*«, The British Year Book in International Law, XII, 1931, pp. 57—59.

<sup>4</sup> Max Sorensen: *Les sources du droit international*, Copenhagen 1946, p. 161; Sir Humphrey Waldock: »*General Course on Public International Law*«, Rec. des Cours 1962, tome 106, p. 91.

<sup>5</sup> Manley O. Hudson: *The Permanent Court of International Justice 1920—1942*, New York 1943, p. 627.

<sup>6</sup> Hudson, *ibid.*

značajan i ne uvijek ispravan razlog) jer su suci po svojoj prirodi neskloni da, u nedostatku uvjerljivih razloga, postupaju suprotno, da priznaju da su u prošlosti postupali pogrešno.«<sup>7</sup>

Sâm problem autoriteta presedana mnogo je kompleksniji i on traži svoj prikaz u sudskoj praksi. To ćemo djelimično nastojati i učiniti, koliko nam dopušta opseg ove rasprave.

U stvari, Sud je u svojoj praksi morao zauzeti stanovište u pogledu domašaja izraza »sudske rješidbe«, naročito u pogledu vrijednosti pojedinih vrsta rješidbi. S druge strane još je važnije suštinsko pitanje za međunarodno pravo — kakav je domašaj sâm Sud pridao presedanima u nadogradnji svoga vlastitog postupka, a kakvu su ulogu tu presedani imali u određivanju stava Suda o problemima materijalnog međunarodnog prava. Posebno u ovom drugom aspektu nameće se pitanje da li je Sud u izgradnji svoga sistema presedana izašao iz okvira onog pozitivnog međunarodnog prava kojemu su u osnovi odnosi između država.

## II

Očito je da današnji Međunarodni sud ne pridaje jednak značaj presedanima iz unutrašnje sudske prakse pojedinih država, iz međunarodne arbitražne prakse, kao i prakse svoga prethodnika, Stalnog suda međunarodne pravde. Tu se nadovezuje još i pitanje autoriteta savjetodavnih mišljenja toga istog Suda u odnosu na presude i obrnuto.

a. Presude nacionalnih sudova. Jedno dosljedno tumačenje izraza »sudske rješidbe« iz člana 38. točka d. Statuta Suda, nikako ne bi moglo isključiti presude unutrašnjih sudova pojedinih država, nego bi naprotiv davalo osnove za jednakost toga dokumentarnog izvora zajedno sa međunarodnom arbitražnom i sudskom praksom.

Međutim, cjelokupna dosadašnja praksa predratnog i današnjeg Haškog suda ukazuje da je pozivanje na presude unutrašnjih sudova bilo veoma rijetko i vršilo se samo u izuzetnim slučajevima.

U ranoj presudi u sporu *Lotus* između Turske i Francuske iz 1927. godine, predratni Stalni sud međunarodne pravde pribjegao je, između ostalog, i istraživanju prakse sudova različitih država, da bi utvrdio da li postoji bilo kakvo načelo međunarodnog prava, zajedničko civiliziranim narodima, koje bi zabranjivalo sudski postupak protiv oficira stranog broda koji se na otvorenom moru sudario s brodom države suda. To istraživanje dovelo je Haški sud do zaključka da je na temelju te unutrašnje sudske prakse nemoguće ustanoviti pravno pravilo, mada Sud pri tome nije izrazio općenito rezervu prema dokaznoj vrijednosti te prakse<sup>8</sup>.

Tu je Sud ustvari pribjegao unutrašnjoj sudskoj praksi u negativnom smislu, da bi dokazao da jedno pravilo međunarodnog prava ne postoji. Da je on našao potvrdu o postojanju toga pravila u nekom pozitivnom pravnom propisu, u praksi država ili ranijoj međunarodnoj arbitražnoj i sudskoj praksi, sigurno je da ovu unutrašnju sudsku praksu on ne bi ni navodio.

U svom dokaznom postupku, i predratni i današnji Haški sud još od ranije su preuzeli pravno načelo estoppel iz engleskog prava, kao opće pravno načelo priznato od civiliziranih naroda. U presudi o tvornici Chorzów (nadležnost) iz 1927. Stalni sud međunarodne pravde istakao je da je to načelo općenito priznato u međunarodnoj arbitražnoj praksi, kao i od strane unutrašnjih sudova<sup>9</sup>, ne navodeći pri tome sudsku praksu neke određene države, a još manje neku pojedinačnu presudu u tome smislu.

<sup>7</sup> Sir Hersch Lauterpacht: *The Development of International Law by the International Court of Justice*, London 1958, p. 14.

<sup>8</sup> Série A, n°10, p.31.

<sup>9</sup> Série A, n°9, p.31.

U nekim kasnijim presudama dva Haška suda pozivala su se na unutrašnju sudsku praksu, ali jedino u slučajevima kad je trebalo dokazivati domašaj nekih pojmova i propisa koji su bili pravno relevantni za međunarodno pravo, ali su po tom pravu spadali u nadležnost država.

U presudi o nekim brazilskim zajmovima emitiranim u Francuskoj iz 1929. godine Sudu je palo u dužnost da tumači domašaj pojma javnog poretka, koji, kako je Sud istakao, u svakoj pojedinoj zemlji široko ovisi o stanovištu koje u nekom datom momentu prevladava u toj zemlji. U vezi s tim Sud je sebi dao slobodu da neki nacionalni zakon tumači u svjetlosti u kojoj mu pridaje domašaj sudska praksa te zemlje<sup>10</sup>.

Poslijeratni Međunarodni sud u presudi o ribarenju iz 1951. godine, izričito se pozvao na presudu norveškog Vrhovnog suda iz 1934. u slučaju *St. Just*<sup>11</sup>. Ali radilo se o određivanju pojma izraza »*skjaergaard*« radi određivanja polazne crte norveških teritorijalnih voda, dakle opet o nečemu što međunarodno pravo u određenim granicama daje u nadležnost državam.

I napokon, u presudi *Nottebohm* (druga faza) iz 1955. Međunarodni sud opet se općenito pozvao na praksu unutrašnjih i međunarodnih sudskih organa<sup>12</sup>, da bi odredio domašaj efektivnog državljanstva, domena koji opet spada u unutrašnju nadležnost pojedinih država, ali za što međunarodno pravo postavlja određene uvjete.

Iz gornjeg možemo zaključiti da se dva Haška suda nisu u svojoj praksi izravno pozivali na presude unutrašnjih sudova i na unutrašnju sudsku praksu u onoj mjeri u kojoj su im za to bila otvorena vrata točkom d. člana 38. Statuta.

Nama se čini da su motivi oportuniteta u tome imali prvorazrednu ulogu. Već smo istakli da sudska praksa nema u svakoj državi jednaku važnost u izgradnji pravnog sistema. Isto tako ni ugled sudova i njihova nezavisnost u odnosu na izvršnu i zakonodavnu vlast nisu u svim zemljama jednaki. U totalitarnim režimima, poput nacističkog u Njemačkoj, sudska vlast bila je oruđe samovolje vladajuće političke stranke, i takvi sudovi nisu davali potrebne garancije nepristranosti i vrijednosti svoje prakse za međunarodno pravo. Isto tako, mogućnost sudske prakse u problemima značajnim za međunarodno pravo, ovisi o ulozi koju neka zemlja ima u međunarodnim političkim, trgovačkim i drugim odnosima, o tome da li je ona pomorska sila ili ne, i o drugim činiocima. Siromašne i male države, koje nemaju razvijenu trgovinu i međunarodne veze, u tome mogu veoma malo da doprinesu.

Da je Haški sud želio da presedanima iz unutrašnje sudske prakse prida veći izravan značaj, on bi se neizbježno sukobio s različitom vrijednošću sudske prakse pojedinih država, a to bi zadiralo u indirektnu ocjenu njihovih pravnih i političkih sistema. Stoga se njemu vjerojatno činilo oportunističkim da, osim izuzetnih slučajeva, tu vrstu presedana naprosto ignorira, ili da joj izuzetno pribjegava na generičan način.

b. Međunarodna arbitražna praksa. Ni svi mnogobrojni međunarodni arbitražni tribunali, arbitražne komisije i arbitri pojedinci u zadnjih stotinu i sedamdeset godina nisu imali jednak ugled ni značaj. Ipak je iz te prakse proizašlo nekoliko desetina arbitražnih presuda od velikog ugleda, koje se široko navode u nauci međunarodnog prava, a za neke od njih moglo bi se dokazati da su utjecale i na kasniju praksu država, dakle da su imale neposrednog odraza na razvitak međunarodnog običajnog prava.

Obadva Haška suda, međutim, samo su izuzetno navodili presedane iz tih arbitražnih presuda. U savjetodavnom mišljenju o poljskoj poštanskoj službi u Gdanjsku, iz 1925. godine, sud je citirao presudu Stalnog arbitražnog suda iz 1902. u slučaju *Pious Found of the California*, ali, da bi dokazao da u tome slučaju nema mjesta

<sup>10</sup> Série A, n°20/21, pp.124—125.

<sup>11</sup> C. I. J. Recueil 1951, p.134.

<sup>12</sup> C. I. J. Recueil 1955, pp.22—23.

presedanu iz te arbitražne presude, tj. da svaki motiv u obrazloženju presude ne čini sâm presudu, mada se ti motivi moraju uzeti u obzir radi utvrđivanja i preciziranja domašaja dispozitiva presude<sup>13</sup>.

U već spomenutoj presudi Lotus iz 1927. godine, sud je citirao arbitražnu presudu *Costa Rica Packet* iz 1895, ali opet da bi dokazao da nema primjere presedana u tom slučaju u pogledu sudara brodova različitih zastava na otvorenom moru<sup>14</sup>.

U presudi o tvornici Chorzów (meritum) iz 1928. godine, sud se generički pozvao na »praksu arbitražnih sudova« u vezi sa kriterijima za procjenu štete nastale nedozvoljenim činima<sup>15</sup>. Nadalje, on je naveo »međunarodnu praksu, posebno praksu arbitražnih sudova« kao osnovu na kojoj se ustanovilo suštinsko načelo pojma naknade za nedozvoljeni čin<sup>16</sup>. I napokon, arbitražna praksa navedena je općenito kao dokaz o ne uzimanju u obzir štete koja je moguća, ali koju se ne može odrediti<sup>17</sup>.

U presudi o pravnom statusu Istočnog Grenlanda iz 1933. godine, sud je opet generički naveo: »Nemoguće je ispitati presude donesene u sporovima o teritorijalnoj suverenosti, a da se ne uoči da u mnogim slučajevima tribunal nije tražio mnogobrojne manifestacije vršenja suverenih prava, pošto druga država u sporu nije mogla izvesti dokaze za jači zahtjev«<sup>18</sup>.

Napokon u presudi Peter Pázmány Univerzitet, također iz 1933. godine, sud se pozvao na »stalnu praksu mješovitih arbitražnih sudova«<sup>19</sup>, s obzirom da je u tome sporu i odlučivao u povodu žalbe na presudu jednog od tih sudova.

Ni u praksi poslijeratnog Međunarodnog suda nema mnogo primjera pozivanja na arbitražnu praksu, a još manje ima slučajeva citiranja neke posebne arbitražne presude kao osnove za presedan.

U presudi o Krfskom tjesnacu iz 1949. godine, Međunarodni sud je ustvrdio, opet generički, da je indirektni (posredni) dokaz prihvaćen u svim pravnim sistemima, a njegova primjena da je priznata i međunarodnim odlukama<sup>20</sup>. Radilo se o odgovornosti Albanije za sigurnost prolaza kroz njeno teritorijalno more i o njenoj dužnosti i presumpciji da zna o postojanju minskih polja u dijelu mora u kome ona vrši isključivu kontrolu.

U presudi Nottebohm (prethodni prigovori) iz 1953. godine, sud je raspravljao o širini svoga prava da tumači svoju vlastitu nadležnost (*compétence de la compétence*), priznatog članom 36, stav 6. Statuta. S tim u vezi sud je naveo da je taj propis — »u stvari prihvatio, u odnosu na sud, pravilo koje je dosljedno bilo usvojeno u općem međunarodnom pravu u materiji međunarodne arbitraže«. U presudi se dalje navodi: »Počev od slučaja *Alabama*, općenito je bilo priznato, u skladu s ranijim presedanima, da u nedostatku bilo kakvog sporazuma o suprotnom, jedan međunarodni tribunal ima pravo da odlučuje o svojoj vlastitoj nadležnosti, i da ima pravo da u tu svrhu tumači akte koji uređuju tu nadležnost«<sup>21</sup>. Ovo je jedan od najizrazitijih, mada veoma rijetkih, primjera neposrednog pozivanja na presedan koji je proizašao iz arbitražne prakse i koji je potvrđen jednom glasovitom arbitražnom presudom.

Također u presudi Nottebohm, ali u drugoj fazi spora, iz 1955. godine, Sud je u više navrata generički ukazivao na arbitražnu praksu u pogledu rješavanja sukoba državljanstva i problema efektivnog državljanstva<sup>22</sup>.

<sup>13</sup> Série B, n°11, p. 30.

<sup>14</sup> Série A, n°10, p. 26.

<sup>15</sup> Série A, n°17, p. 31.

<sup>16</sup> Ibid., p. 47.

<sup>17</sup> Ibid., p. 57.

<sup>18</sup> Série A/B, n°53, p. 46.

<sup>19</sup> Série A/B, n°61, p. 245.

<sup>20</sup> C. I. J. Recueil 1949, p. 18.

<sup>21</sup> C. I. J. Recueil 1953, p. 119.

<sup>22</sup> C. I. J. Recueil 1955, pp. 21—23.

Napokon u savjetodavnom mišljenju o sastavu Odbora o sigurnosti na moru Međunarodne savjetodavne pomorske organizacije iz 1960. godine, Sud se opet generički pozvao na međunarodnu judikaturu, ali u negativnom smislu. Sud je između ostalog naveo da u međunarodnoj praksi, međunarodnoj judikaturi, nauci i pomorskoj terminologiji, nema osnove da se kao kriterij tonaže brodova neke zemlje uzima državljanstvo vlasnika, nego jedino i isključivo podatak u kojoj su zemlji brodovi imatrikulirani i pod čijom zastavom plove<sup>23</sup>.

Iz ovog malobrojnog prikaza očito proizlazi da je Sud izbjegavao da se poziva na presedane stvorene u arbitražnoj praksi, osim u zaista izuzetnim slučajevima, i to većinom generički. Međutim, pismeni i usmeni podnesci stranaka pred Sudom, zatim navodi u posebnim i odvojenim mišljenjima pojedinih sudaca, dokazuju da je Sudu prilikom odlučivanja arbitražna praksa dobro poznata<sup>24</sup>.

Nama se čini da za takav u suštini odbijajući stav dva Haška suda prema presedanima iz arbitražne prakse nema mnogo opravdanja, pogotovo ne u formulaciji člana 38. stav 1. točka d. njegovog Statuta.

c. Praksa Stalnog suda međunarodne pravde. Gore ukazano odbojan stav Suda prema presedanima iz prakse unutrašnjih sudova i iz arbitražne prakse već u znatnoj mjeri sužava osnovu za izgradnju i dogradnju sistema presedana. Međutim, poslijeratni Međunarodni sud to široko nadoknađuje, uzimajući u obzir, ili preciznije rečeno, doslovno apsorbirajući praksu svoga prethodnika, Stalnog suda međunarodne pravde.

Mada su predratni sud i poslijeratni Međunarodni sud dva odvojena sudska organa, posebno uzimajući u obzir činjenicu što je poslijeratni sud glavni sudski organ Ujedinjenih nacija i jedan od pet glavnih organa te svjetske organizacije, dok predratni sud u odnosu na Ligu naroda formalno nije imao tako jake funkcionalne veze, u poslijeratnoj praksi, tako reći od njenog samog početka, praksa Stalnog suda međunarodne pravde u potpunosti je asimilirana. Međunarodni sud odnosi se prema odlukama svoga prethodnika kao da ih je sâm donio, mada uvijek ističe razliku u nazivu i posebnost toga predratnog suda, koja je u stvarnosti više formalna nego što je suštinska.

Mislimo da je u tom pogledu beskorisno navoditi bilo kakve dokaze ili posebne primjere, jer se oni mogu naći tako reći u skoro svakoj poslijeratnoj presudi ili savjetodavnom mišljenju. Posebno je karakteristično kad se Sud poziva na presedane stare po trideset ili više godina, kao jednako autoritativne poput onih koji su neposredno proizašli<sup>25</sup>. Pri tome ponovo ističemo da se poslijeratni sud prema presedanima predratnog suda ne odnosi kao da imaju apsolutnu obavezu vrijednost, ali se uvijek nalazi ponukanim da, ukoliko odstupa od ranije prakse, iscrpno navede razloge zašto je to učinio i da opravda svoj stav.

U tom pogledu posebno je karakteristično dosta opširno obrazloženje u savjetodavnom mišljenju o tumačenju mirovnih ugovora iz 1950. godine, koje je donešeno usprkos tome što su zainteresirane države odbile da uzmu učešća u postupku. Sud je svim silama nastojao da ukaže posebnosti toga konkretnog slučaja, koje su po njegovom mišljenju opravdavale odstupanje od presedana iz savjetodavnog mišljenja o Istočnoj Kareliji iz 1923. godine, u kome je predratni Sud u sličnim okolnostima

<sup>23</sup> C. I. J. Recueil 1960, p. 169.

<sup>24</sup> Navodimo samo neke primjere iz presuda i savjetodavnih mišljenja u periodu između 1959. i 1962: C. I. J. Recueil 1959, pp. 87, 189, 254, 255; C. I. J. Recueil 1960, pp. 95—96, 222—223; C. I. J. Recueil 1962, pp. 46—51, 61—62, 69—70, 96, 244, 425.

<sup>25</sup> Kao primjer možemo navesti presudu o epikontinentalnom pojasu u Sjevernom moru iz 1969. godine. U tekstu te presude kao presedani navedene su slijedeće odluke Stalnog suda međunarodne pravde: savjetodavno mišljenje o samostanu Sveti Naum iz 1924, (p. 32); presuda Lotus iz 1927, (p. 44); zaključak (*ordonnance*) o slobodnim zonama Gornje Savoje i Gexa iz 1929, (p. 47); savjetodavno mišljenje o željezničkom prometu između Litve i Poljske iz 1931, (pp. 47—48).

odbio da donese mišljenje<sup>26</sup>. Isto se dogodilo u savjetodavnom mišljenju o Namibiji iz 1971. godine, u kome je Sud ponovo navodio razloge zbog kojih nije primijenio presedan iz mišljenja o Istočnoj Kareliji<sup>27</sup>.

Naravno, Sud se još spremnije poziva na presedane predratnog suda i svoje vlastite, kad njima može da potvrdi neku svoju odluku. Pri tome još i u relativno najnovijim presudama veoma često se citiraju presude Mavrommatis iz 1924,<sup>28</sup> Chorzow iz 1927,<sup>29</sup> i dr.

Sve nam ovo ukazuje da praksa obadva haška suda služi kao osnova jedinstvenog sistema presedana, i da su u tome pogledu razlike između ta dva sudska organa jedino formalne, a nikako suštinske.

d. Presude i savjetodavna mišljenja. Obadva haška suda donose dvije vrste odluka. U parničnom postupku donose se presude koje prema Statutu imaju domašaj *res judicata* i koje obavezuju stranke. Iza izvršenja tih presuda stoje i politički mehanizmi, kako prije rata Lige naroda, tako poslije rata Ujedinjenih nacija.

Međutim, još je član 14. Pakta Lige naroda predvidio da će budući Stalni sud međunarodne pravde, koji u momentu zaključenja Versailleskog ugovora još nije postojao, — »donositi savjetodavna mišljenja o svakom sporu i o svakom pitanju koje mu uputi Vijeće ili Skupština« — Lige naroda.

Tada se još nije znalo kakav će imati pravni domašaj ta savjetodavna mišljenja. Da li će to biti savjeti o pravnim pitanjima, slični onima koje su davali odbori pravnik-a *ad hoc*; da li opet *ex gratia* preporuke o tome kako bi se neko pitanje trebalo *de lege ferenda* pravno urediti, dakle preporuke upućene zakonodavcu; ili će to biti mišljenja *ex aequo et bono* ne obazirući se na međunarodno pravo?

Prvobitni Statut Stalnog suda međunarodne pravde iz 1920. godine, nije sadržavao ni jedan propis o savjetodavnim mišljenjima. Tek je prvi Poslovnik, koji je donio sâm Sud u 1922, sadržavao prve četiri kratke odredbe o tom postupku. Statut Suda je po prvi puta regulirao tu materiju, opet veoma općenitim propisima, u 1929. godini.

Međutim, početak djelatnosti Suda pripada savjetodavnim mišljenjima. Prvih pet odluka koje je predratni Sud donio u 1922. i 1923. godini bila su savjetodavna mišljenja, da bi tek nakon njih došlo do prve presude. Sud je ipak od samog početka zauzeo neka čvrsta stanovišta, koja su kasnije našla svoje mjesto i u Statutu, a koja se svode na to da savjetodavna mišljenja, jednako kao i presude, predstavljaju primjenu postojećeg međunarodnog prava na konkretni slučaj i da Sud čak ni u tom savjetodavnom postupku ni malo ne odstupa od svoje sudačke funkcije.

U postupku se Sud, koliko mu je moguće, pridržava pravila parničnog postupka. To uključuje obavještenje svih država koje bi mogle imati interesa da uzmu učešća, a zatim pismeni postupak, te usmene rasprave koje se zaključuju javnim izricanjem savjetodavnih mišljenja, na isti način kao i izricanje presuda. Ta mišljenja objavljuju se u istim zbornicima kao i presude, a u koliko se radi o sporu u kome su zainteresirane države, dozvoljava se u načelu mogućnost imenovanje sudaca *ad hoc*.

Dakle od samog početka te svoje savjetodavne djelatnosti, Sud u toj funkciji nije nastupao kao neki savjetodavni pravni organi koji donosi svoje savjete *de lege fe-*

<sup>26</sup> Usp. C. I. J. Recueil 1950, pp. 71—72. U svojim odvojenim mišljenjima suci Winiarski (ibid, p. 89), Zoričić (p. 103) i Krylov (p. 106), zauzeli su suprotan stav i istakli su argumente po kojima ne bi bilo opravdanja za odstupanje od presedana iz 1923.

<sup>27</sup> C. I. J. Recueil 1971, pp. 23—24.

<sup>28</sup> Npr. u presudi o pravu prolaza iz 1960, (C. I. J. Recueil 1960, p. 34); u presudi o Jugozapadnoj Africi iz 1962, (C. I. J. Recueil 1962, p. 328); te u presudi o Sjevernom Kamerunu iz 1963, (C. I. J. Recueil 1963, pp. 27—28).

<sup>29</sup> Presuda o Sjevernom Kamerunu iz 1963, (C. I. J. Recueil 1963, p. 37).

*renda*, čak možda i povjerljive prirode, nego se on ograničio na svoju sudsku funkciju i na primjenu i tumačenje postojećeg prava na dat slučaj, jednako kao da se radilo o presudama.

Možda je najveća suštinska razlika između presuda i savjetodavnih mišljenja posebno kad se radi o nekom konkretnom sporu u kome su angažirane države, što do presude može doći jedino uz prethodni pristanak obadviju strana, a taj pristanak je kasnije i osnova obaveznosti presude za stranke. Do savjetodavnih mišljenja dolazi isključivo na zahtjev ovlaštenih političkih organa međunarodnih organizacija, dakle ne na neposredan zahtjev država, ali ponekad se može provocirati neko savjetodavno mišljenje u pogledu postojećeg spora između država, čak kad se one i protive tome postupku i ne uzmu u njemu učešća.

Države obično smatraju, posebno ukoliko savjetodavna mišljenja rješavaju o njihovim pravima i dužnostima, da ih ona ne obavezuju. Međutim, s obzirom da ta mišljenja, jednako kao i presude u parnicama, predstavljaju primjenu i tumačenje pozitivnog međunarodnog prava na konkretan slučaj, i to od strane najvišeg i najuglednijeg međunarodnog sudskog organa, koji je i glavni sudski organ Ujedinjenih nacija, u najnovijoj nauci prevladava mišljenje da su i savjetodavna mišljenja u stvari deklaratorne presude<sup>30</sup>, iza čijeg izvršenja ne stoji garancija Vijeća sigurnosti Ujedinjenih nacija, niti prethodni pristanak strana u sporu, ali čije nepoštivanje u suštini proizvodi iste posljedice kao i nepoštivanje prava i dužnosti koja proizlaze iz međunarodnog prava.

Za ispravnost ili neispravnost ovoga stava, koji dijeli i pisac ove rasprave, kao test može da posluži pitanje u kojoj su mjeri dva haška suda praksu iz savjetodavnih mišljenja uzeli kao osnovu za presedane u presudama, i obratno. Da li su ti sudski organi vršili bilo kakvu razliku između jedne i druge vrste odluka u pogledu autoriteta presedana?

U tom pogledu najreljefniji je stav Suda kada je on istu materiju, o kojoj je prethodno donio savjetodavno mišljenje, kasnije razmatrao u parničnom postupku i o njoj donosio presudu.

Prvi takav primjer imamo još u praksi predratnog Suda. U presudi o njemačkim interesima u poljskoj Gornjoj Šleskoj iz 1926. godine, Sud je u cjelini usvojio svoj raniji stav u pogledu tumačenja domašaja člana 256. Versailleskog ugovora iz savjetodavnog mišljenja o njemačkim naseljenicima u Poljskoj iz 1923, i u vezi s time je dodao: »Ništa nije bilo istaknuto u toku sadašnjeg postupka što bi moglo izmijeniti mišljenje Suda o tome problemu«<sup>31</sup>.

Ista se situacija dogodila u parnici o Jugozapadnoj Africi između 1960. i 1966, u odnosu na mnoga pitanja odlučena savjetodavnim mišljenju o međunarodnom statusu te teritorije iz 1950. godine. U presudi o prethodnim prigovorima iz 1962, Sud je u tome pogledu zauzeo isti principijelan stav, kad je naveo: »Sud se pridržava još i danas zaključka do koga je jednoglasno došao u 1950. u pogledu održanja i kontinuiranog učinka člana 7. Mandata. Ništa se od tada nije dogodilo što bi opravdavalo Sud da ponovo preispita taj zaključak. Sve važne činjenice bile su izložene i navedene u postupku pred Sudom u 1950. godini.«<sup>32</sup> I u daljnjem obrazloženju te presude nailazimo da izričita navođenja ranijeg savjetodavnog mišljenja iz 1950. godine, koga se Sud najdosljednije pridržavao.

<sup>30</sup> Usp. Lauterpacht: *The Development of International Law by the International Court of Justice*, London 1958, pp. 250—251. U sličnom smislu se izražava Shabtai Rosenne: *The Law and Practice of the International Court*, vol. II, Leyden 1965, p. 747, koji ističe da je razlika u autoritetu između presuda i savjetodavnih mišljenja beznačajna. Roger Pinto još je kategoričniji u tvrdnji da savjetodavna mišljenja imaju istu obaveznost za države kao i međunarodno pravo. Usp. *Juris-Classeur de Droit International*, II<sup>e</sup> vol., fasc. 216, § 19; fasc. 218, §§ 37, 38.

<sup>31</sup> Série A, n<sup>o</sup> 7, p. 31.

<sup>32</sup> C. I. J. Recueil 1962, p. 334.

Iz ova dva navedena primjera, koji se ograničavaju na slučajeve kad sud razmatra istu materiju u prethodnom savjetodavnom postupku i kasnije u parnici, bili bi blizu zaključku da se Sud čak smatrao obaveznim presedanom iz prethodnog savjetodavnog mišljenja, pošto je izričito istakao da je za promjenu njegovog stava neophodno da se u novom postupku sprovedu novi dokazi, ili da između dva postupka dođe do novih činjenica, koje bi eventualno opravdavale izmjenu stava Suda. Dakle tu je Sud bio veoma blizu onim zahtjevima koji se inače po Statutu traže za reviziju presude, koja inače ima domašaj *res judicata*. Iz toga se vidi koliko je Sud, makar u praksi do 1962, visoko držao do svojih savjetodavnih mišljenja i koliko ih je u pravnom učinku izjednačavao sa presudama.

Međutim, presuda u drugoj fazi ovog spora o Jugozapadnoj Africi iz 1966. godine, zauzela je sasvim suprotno stanovište. U međuvremenu, između prve i druge presude u toj parnici bitno se izmijenio sastav Suda. Jedno pitanje, koje je tužena strana u prethodnom postupku istakla kao prethodni prigovor i o kome je Sud u prethodnoj presudi donio konačnu odluku, nova većina u Sudu naknadno je prekvalificirala u pitanje osnove spora, a da se nisu ispunili uvjeti za reviziju presude, čak i bez inicijative tužene strane u tome pogledu, Sud je u 1966. godini donio suprotnu odluku. Dakle, tu se u prvom redu radilo o nedozvoljenoj reviziji prethodne presude iz 1962, koja je imala domašaj *res judicata*.<sup>33</sup>

Međutim, što je za naš predmet rasprave najznačajnije, presuda iz 1966. potpuno je ignorirala savjetodavna mišljenja o istom predmetu spora iz 1950, 1955. i 1956, mada je o njima zauzimala sasvim suprotna stanovišta. Dakle ne samo da Sud u 1966. ta prethodna savjetodavna mišljenja, posebno ono iz 1950, nije smatrao obaveznim, nego ih je po prvi i jedini put do danas u praksi dva haška Suda potpuno i ignorirao kao presedane. Tu je dakle Sud otišao u sasvim drugu krajnost u odnosu na presude iz 1926. i 1966. godine.

Mi bismo ovdje ponovili da nema pozitivnih pravnih pravila koja bi obavezivala Haški sud da svoje ranije odluke prihvati kao obavezne na temelju načela *stare decisis*. Međutim, kako je Sir Hersch Lauterpacht zaključio nakon veoma savjesne analize cjelokupne te prakse do 1958. godine, Sud »nije slobodan da potpuno zanemari sudske presedane. On je dužan da navede razloge zbog kojih je odstupio od obaveze na dosljednost i poštivanje ustanovljenih načela. Ova razmatranja od posebnog su značaja za međunarodnu sudsku praksu, koja je u svom karakteru u suštini dobrovoljna«, dodaje Sir Hersch<sup>34</sup>.

Haški sud je dakle prvi put u 1966. godini prekršio svoju dužnost ne da doslovno slijedi raniji presedan, nego da navede razloge zbog kojih je od njega odstupio. Međutim, da se u tome sasvim usamljenom slučaju radi o onome što se u engleskoj sudskoj praksi naziva kao »*bad law*«, kao nešto što treba odbaciti i što samo po sebi ne stvara presedan, dokazalo je novo savjetodavno mišljenje Suda o Namibiji iz 1971. godine. U tome mišljenju Sud se ponovo široko pozivao na savjetodavno mišljenje iz 1950. godine i na presudu o prethodnim prigovorima iz 1962<sup>35</sup>, dok je motive presude iz 1966, koji su toliko odudarali od ranijih presedana, implicitno sasvim odbacio. Time je Sud pokazao namjeru da dalje slijedi autoritet presedana, a presudu iz 1966. možemo uzeti kao akcident na putu, koji neće dovesti do nove i bitno različite prakse.

Sva gornja izlaganja odnosila su se na slučajeve gdje je Sud razmatrao istu materiju u različitim fazama postupka, gdje su neke bile savjetodavne, a neke parnične.

<sup>33</sup> Ovaj aspekt nedozvoljene revizije prethodne presude sa stanovišta postupka o prethodnim prigovorima opširnije smo obradili u raspravi: »*Preliminary Objections in the Hague Court's Contentious Procedure: A Re-Examination*«, The Indian Journal of International Law 1970, No. 4, pp. 425—458. Vidi naročito strane 444. i dalje.

<sup>34</sup> The Development of International Law by the International Court of Justice, p. 14.

<sup>35</sup> Usp. C. I. J. Recueil 1971, pp. 28—30, 32—35, 37—43, 46—47, 50.

Međutim, kad se radilo i o sasvim različitim predmetima sudskog razmatranja, ima veoma mnogo primjera pozivanja Suda na presedan iz ranijeg savjetodavnog mišljenja u kasnijoj presudi<sup>36</sup>, kao i obratno, kad je presedan iz ranije presude navođen u kasnijem savjetodavnom mišljenju<sup>37</sup>, tako da nam i to dokazuje, da Sud ne čini nikakve razlike između tih dviju vrsta svojih odluka, i da one čine jedinstvenu osnovu za izgradnju sistema presedana.

### III

Iz dosadašnjeg izlaganja proizlazi da Međunarodni sud, kao i predratni Stalni sud međunarodne pravde, veoma nerado i izuzetno navode presude iz unutrašnje sudske i međunarodne arbitražne prakse. Međutim, poslijeratnom Sudu kao osnova za izgradnju sistema presedana služi u cjelini praksa predratnog Suda kao i naravno njegova vlastita praksa, a obadva suda u tome pogledu ne čine nikakvih razlika između presuda i savjetodavnih mišljenja.

Sada je mjesto da se vratimo na pitanje koje smo postavili na početku naše rasprave. Radi se o ulozi međunarodne sudske prakse zasnovane na presedanima, u izgradnji općeg međunarodnog prava. Što je od posebnog značaja, postavlja se pitanje da li je u tome pogledu bilo odstupanja i kolizije toga sistema presedana u odnosu na ono međunarodno pravo koje se izgradilo u odnosima između njegovih subjekata, u prvom redu između država.

Međutim, i ovaj problem dobiva svoja dva vida. Najprije možemo govoriti o presedanima koji se odnose na pravo postupka, a zatim o onima koji se odnose na pitanja materijalnog međunarodnog prava.

a. Presedani u procesnom pravu. Možemo reći da se jedan veliki broj slučajeva pozivanja Suda na ranije odluke odnosi na pitanja njegovog vlastitog postupka.

Pravo postupka, posebno procesno pravo Međunarodnog suda, namijenjeno je u prvom redu sâmom Sudu, a zatim državama koje uđu u pravne odnose sa Sudom<sup>38</sup>. To pravo uređeno je u prvom redu Statutom Suda koji u međunarodnoj praksi čini izuzetno široku ugovornu osnovu. Kao sastavni dio Povelje Ujedinjenih nacija<sup>39</sup>, Statut ima za ugovorne strane sve države članice Ujedinjenih nacija, zatim one zemlje nečlanice koje kao stranke Statuta postanu po naročitom postupku iz člana 93. stav 2.

<sup>36</sup> Već u presudi Lotus iz 1927, navedeno je — »Sud se mora prizvati u ovom redosljedu ideja na ono što je rekao u nekim svojim presudama i savjetodavnim mišljenjima, da nema mjesta vođenju računa o preparatornim radovima ako je tekst neke konvencije sâm za sebe jasan.« (Série A, n°10, p. 16)č Sličnih primjera izravnog navođenja ranijih savjetodavnih mišljenja ima još mnogo više. Npr., citiranje mišljenja o poljskoj poštanskoj službi u Gdanjsku u presudi Préah Vihéar iz 1961, (C. I. J. Recueil 1961, pp. 32—33); navođenje savjetodavnog mišljenja o nacionalnim dekretima u Tunisu i Maroku u presudi Interhandel iz 1959, (C. I. J. Recueil 1959, p. 24). Još dva takva primjera navedeni su u bilješci pod 25.

<sup>37</sup> Npr. navođenje presude u Krfskom tjesnacu iz 1949. u savjetodavnom mišljenju o Administrativnom sudu Međunarodne organizacije rada iz 1956. godine, kao presedan u pogledu pravičnog razrezivanja visine naknade, kao nečega što ne predstavlja *ultra vires* za suca koji presuđuje po pravu (C. I. J. Recueil 1956, p. 100). U savjetodavnom mišljenju o Namibiji iz 1971, Sud se pozvao na citat iz presude Haya de la Torre iz 1951, po kome je organ dužan da okonča neku situaciju kad ustanovi da je nezakonita (C. I. J. Recueil 1971, p. 54).

<sup>38</sup> Max Sørensen: *Les sources du droit international*, Copenhagen 1946, p. 170.

<sup>39</sup> Tu odliku, međutim, nije imao Statut Stalnog suda međunarodne pravde u odnosu na Pakt Lige naroda.

Povelje. Napokon i druge zemlje mogu doći u pravni odnos sa Sudom, čak ako i nisu stranke Statuta, ako prihvate nadležnost toga Suda u nekoj određenoj parnici, ili unaprijed za buduće sporove.

Međutim, mada kako vidimo Statut Suda ima najširu ugovornu osnovu, propisi njegovog postupka u praksi su *res inter alios acta* za sve njegove stranke koje odbijaju da povjere Sudu na rješavanje svoje sporove, a i za ostale zemlje oni su stvarno relevantni jedino u slučaju i u toku parnica u kojima uzmu učešće.

Prema tome, propisi o postupku pred Sudom u suštini su za njegove članice fakultativni u istoj onoj mjeri u kojoj je fakultativna njegova nadležnost u rješavanju međunarodnih sporova.

U sâmom tekstu Statuta naveden je relativno mali broj procesnih odredaba, i to samo one najopćenitije prirode. Član 30. Statuta ovlašćuje sâm Sud da Poslovníkom koji sâm donosi, odredi način na koji vrši svoju djelatnost, i napose da njime propiše svoj postupak. Dakle u propisima toga postupka Sud je veoma općenitim pravilima vezan Statutom, dok ih u svim detaljima on sâm uređuje. Iz toga logički proizlazi pravo Suda da on sâm može u toku vlastite prakse taj postupak dalje razradivati i dopunjavati, upravo putem presedana. I svi ti propisi obavezuju stranke pred Sudom, ukoliko one dobrovoljno pristanu na njegovu nadležnost.

Prema tome, za razliku od arbitraže, stranke pred Haškim sudom ne mogu odlučivati o njegovom postupku, osim u onoj mjeri u kojoj su pristale na njegov Statut, za čiju se međutim reveziju traže isti uvjeti kao i za reviziju Povelje. One isto tako ne mogu utjecati ni na sastav Suda, osim što im se pod određenim uvjetima pruža mogućnost imenovanja suca *ad hoc*. I na kraju, stranke ne mogu utjecati ni na pravo koje Sud primjenjuje, osim što se mogu sporazumjeti da mu povjere rješavanje spora *ex aequo et bono*, što se do sada u sudskoj praksi nije dogodilo. Uz sve to Sud ima još jedno pravo u odnosu na stranke, koje smo ranije naveli, da na temelju člana 36. stav 6. Statuta Sud sâm odlučuje o svojoj nadležnosti u slučaju spora (*compétence de la compétence*).

Toliko ograničena prava stranaka u odnosu na postupak, a u isto vrijeme široko pravo sâmog Suda da u čitavom nizu pitanja postupka odlučuje sâm, sigurno su imali za učinak da se uloga presedana u toj sferi sudske djelatnosti pokazala od prvorazredne važnosti. Max Sørensen još je u 1946. godini ustvrdio da sudska praksa ovdje dobiva mjesto koje inače drži običaj, i da iza pisanog prava (Statut, te poslovnik koga Sud donosi sâm), odmah po važnosti dolazi sudska praksa, mjesto koje inače u međunarodnim odnosima pripada običaju<sup>40</sup>.

I zaista sudska praksa ima veoma veliki značaj u materiji postupka. Neki instituti procesnog prava, prije nego što su dobili bilo kakvog traga u Statutu, pa čak i u Poslovníku Suda, izgradili su se u njegovoj praksi, koja međutim čak ni u tome pogledu nije uvijek i do kraja bila dosljedna. Ponekad se i u tome pogledu Sud inspirirao praksom arbitražnih sudova, mada je to rijetko izričito priznavao.

Jedno od veoma važnih načela postupka koja su se tim putem u sudskoj praksi afirmirala, i koje je postalo obavezno pravilo postupka, jeste *načelo forum prorogatum*, tj. da čak ukoliko na početku postupka Sud nije nadležan, on će se naknadno proglasiti nadležnim, ako tužena stranka prihvati postupak i poduzme one procesne radnje na koje je pozvana. Mada to načelo ni do danas nije izričito potvrđeno ni Statutom, ni Poslovníkom, ipak su propisi o otpočinjanju postupka u Poslovníku, u članovima 32. i dalje, formulirani tako da predviđaju njegovu primjenu.

Da bi međutim i države dobile osiguranje da ne budu uvučene u parnicu protiv svoje volje, Sud je opet, veoma rano u svojoj praksi, a zatim i u Poslovníku, ustanovio tzv. postupak o prethodnim prigovorima, u kojem odlučuje o svim navodima stranaka koji imaju za cilj prekid daljnjeg postupka.

<sup>40</sup> Op. cit., p. 170.

Praksa Suda ni u tome pogledu u početku nije bila dosljedna. U sporu Mavrommatis, nakon ulaganja prigovora, Sud je prekinuo raspravu o predmetu tužbe, koju je nastavio tek kad je donio presudu o prethodnim prigovorima, i to u granicama te presude. U parnici o njemačkim interesima u poljskoj Gornjoj Šleskoj, Sud je uporedo razmatrao prethodne prigovore sa navodima tužbe, o kojima je djelomično odlučio u prethodnoj presudi, zadržavajući si ipak pravo da o raspravljenim pitanjima u drugom dijelu postupka zauzme konačan stav. Tu je došlo do miješanja ta dva postupka.

Kod donošenja svoga Poslovnika u 1926. godini, Sud se odlučio za soluciju iz presude Mavrommatis, dakle za načelno odvajanje dvaju postupaka. No kasnije, u parnici Prinz von Pless, u 1933. godini, nakon razmatranja prethodnih prigovora Sud je donio dilatoran zaključak o spajanju dvaju postupaka, mada to Poslovnik iz 1926. godine nije predviđao. Ali novi Poslovnik Suda iz 1936. godine predvidio je i tu mogućnost<sup>41</sup>.

Iz gornjega vidimo da je Sud o važnim pitanjima postupka najprije izgrađivao praksu, koja ponekad nije bila dosljedna, da bi zatim sâm dopunjavao svoj Poslovnik, birajući najsvrsishodnije rješenje. U svakom slučaju, to ne izlazi iz okvira njegovih širokih ovlaštenja o izgradnji vlastitog postupka, nego se taj proces na veoma korištan način dopunjuje.

Sud si je isto tako veoma rano u savjetodavnom postupku pridao pravo da sâm preformulira i protumači pitanje koje mu je postavljao politički organ, na koji je on davao savjetodavno mišljenje. Tako, u savjetodavnom mišljenju o grčko-turskim sporazumima iz 1926. godine, Sud je istakao: »... inspirirajući se presedanom iz svoga mišljenja br. 3, ... gdje je Sud morao preraditi pitanje koje mu je bilo postavljeno, kako bi na njega mogao odgovoriti<sup>42</sup>. I u kasnijoj praksi Sud je nastavio da po potrebi preformulira zadato pitanje, npr. u savjetodavnom mišljenju o postupku glasanja o peticijama koje se odnose na Jugozapadnu Afriku iz 1955.<sup>43</sup>, ili da postavljenom pitanju prida znatno šire tumačenje od namjere koja je proizlazila iz diskusije u odgovarajućem organu, npr. u mišljenju o troškovima Ujedinjenih nacija iz 1962.<sup>44</sup>.

U čitavom nizu savjetodavnih mišljenja, Sud je ponavljao navod i ponovo se na njega pozivao, da on ima vlast da na neko pitanje ne odgovori, ali da u načelu odgovor ne odbija, osim zbog uvjerljivih razloga<sup>45</sup>.

Mogli bismo navoditi još mnogo drugih sličnih primjera o pitanjima postupka, gdje je Sud ustanovio prilično stabilnu praksu, zasnivajući je na presedanima. No kada bismo u tome željeli biti iscrpni, morali bismo u stvari sistematski izložiti čitav postupak Suda. Malo je problema koje su zaobišli presedani Suda, bilo da se radilo o značajnim nerješanim problemima u pisanim propisima, ili o tumačenju i nadogradnji propisa Statuta i Poslovnika<sup>46</sup>.

Na kraju, postavlja se suštinsko pitanje — da li Sud toliko širokom praksom presedana u ovoj materiji izlazi iz svoje normalne nadležnosti, i da li to ide na uštrb suverenih prava država. Odgovor je odlučno — ne! Ova praksa se općenito zasniva na

<sup>41</sup> Detaljniji pregled evolucije sudske prakse i propisa u Poslovniku Suda u tome pogledu dali smo u raspravi navedenoj u bilješki pod 33, pp. 425—439.

<sup>42</sup> Série B, n°16, p. 15.

<sup>43</sup> C. I. J. Recueil 1955, p. 72.

<sup>44</sup> C. I. J. Recueil 1962, pp. 156—157.

<sup>45</sup> Usp. savjetodavna mišljenja — o mirovnim ugovorima iz 1950, C. I. J. Recueil 1950, p. 71; o rezervama na Konvenciju o genocidu iz 1951, C. I. J. Recueil 1951, p. 193; o Administrativnom sudu M.O.R. iz 1956, C. I. J. Recueil 1956, p. 86; o troškovima U.N. iz 1962, C. I. J. Recueil 1962, p. 155.; te o Namibiji iz 1971, C. I. J. Recueil 1971, pp. 23—24.

<sup>46</sup> Značaj sudske prakse u izgradnji postupka Suda najreljefnije se očituje u čitanju djela Shabtai Rosennea: *The Law and Practice of the International Court*, vol. I—II, Leyden 1965, *passim*, koje predstavlja najpotpuniji moderni sistematski prikaz o Sudu.

širokoj vlasti Suda da sâm određuje svoj postupak, koja proizlazi iz njegovog Statuta. Svaka država koja prihvati njegovu nadležnost, i svaki ovlašteni politički organ koji se odluči da mu uputi zahtjev za savjetodavnim mišljenjem, *ipso facto* prihvaća i tu vlast. Stoga je za pravne savjetnike vlada i međunarodnih organizacija korisno da su upoznati, ne samo sa pisanim propisima, nego i sa praksom Suda u tome pogledu, prije nego što se odluče da svojoj vladi ili organizaciji predlože takav korak.

Ova vlast Suda može ići na uštrb suverenih prava država i zbog toga, što je, kako smo rekli, postupak pred Sudom u potpunosti fakultativan, i države nikakvim propisom nisu prisiljene da prihvate njegovu nadležnost. Ako one žele bitnije utjecati na pitanja postupka, mogu se sporazumjeti na ustanovljenje nekog ad hoc arbitražnog suda, gdje će imati mnogo širu vlast i u odnosu na postupak, i na sastav suda, kao i na pravo na temelju kojega će taj sud imati da odlučuje. A po današnjem stupnju razvitka međunarodnog prava, države uopće nisu ni dužne da svoje sporove podvrgavaju rješavanju na temelju međunarodnog prava, osim što im nije dozvoljeno da u tome rješavanju primjenjuju silu.

Čitava praksa i svi naponi Harškog suda u izgradnji vlastitog postupka, kao i mnogobrojni propisi o institucionalnoj arbitraži i praksa arbitražnih sudova u pitanjima postupka, zajednički doprinose izgradnji nekih najtemeljnijih načela sudskog i arbitražnog postupka. No kako smo već ustanovili, pošto ti načini rješavanja spороva nisu obavezni, to ni sva ta opća načela postupka ne idu na uštrb suverenih prava država. Jednako je i u pogledu sistema presedana koji se u toj praksi razvija.

b. Presedani u materijalnom međunarodnom pravu. Sasvim je drugačija situacija kada Sud odlučuje o pravima i dužnostima država, i kad određuje domašaj općeg međunarodnog prava u vezi sa rješavanjem konkretnih slučajeva.

Već smo istakli da stranke, kada povjeravaju rješavanje svoga spora Sudu, nemaju vlast da same odrede pravo koje će Sud primijeniti, osim navedene alternative odlučivanja *ex aequo et bono*.

Međutim, tu vlast nema ni Međunarodni sud. Izvori međunarodnog prava, koje Sud primjenjuje, propisani su članom 38. stav 1. njegovog Statuta i oni se sastoje od ugovora, običaja i općih pravnih načela. Ta osnova je apsolutno obavezna za Sud i on ne smije stvarati bilo kakve presedane koji bi bili izričito suprotni postojećem pravu koje se zasniva na ta tri izvora. Kad bi Sud tako postupao, on bi djelovao *ultra vires*.

Mada je time mogućnost izgradnje sistema presedana u znatnoj mjeri ograničena u usporedbi sa procesnim pravom, ona nikako nije isključena. Čak kad bi čitavo međunarodno pravo bilo kodificirano, bilo bi dosta mjesta za sudske presedane u pogledu načina tumačenja pojedinih njegovih odredaba. Ali u današnjem stadiju razvitka toga prava, kada ugovor može još uvijek jedino da bude izvor specijalnog prava, i dok je čitavo opće međunarodno pravo zasnovano na običaju (i u ograničenoj mjeri na općim pravnim načelima), dakle na nepisanim izvorima, sudska praksa može imati ogromnu ulogu kao dokumentarni izvor međunarodnog prava. Također, u pitanjima koja još nisu na jedinstven i siguran način riješena i za koja se sumnja da li su se već iskristalizirala na običajno pravno pravilo, sudska praksa može svojim rješenjima veoma mnogo pospješiti daljnji razvitak postojećeg međunarodnog prava, a da još uvijek ne izađe iz njegovog okvira.

Ima znatan broj primjera i za prvi i za drugi slučaj. Sud je najprije putem presedana izgradio jedan broj pravila za tumačenje međunarodnih ugovora. Tu spada pravilo da nije dozvoljeno tumačiti ono što nema potrebe za tumačenjem i što je jasno (*in claris non fit interpretatio*). Ovo pravilo je po našem mišljenju uzdignuto čak i na stupanj obaveznog pravnog pravila, toliko je dosljedno bilo poštivano u međunarodnoj sudskoj praksi<sup>47</sup>.

<sup>47</sup> Opširnije smo o tome raspravljali u djelu: *L'interprétation des accords en droit international*, La Haye 1963, pp. 78—84.

Ostala pravila, mada imaju značaj presedana, od kojih je dozvoljeno odstupanje u slučaju relevantnih razloga, nisu dostigla domet obaveznih pravila, ali su imala veliku ulogu u kodifikaciji članova 31. do 33. Bečke konvencije o pravu ugovora iz 1969. godine. Radi se o pravilu da se ugovor mora tumačiti u njegovom kontekstu; o pravilu da riječima treba pridati njihovo normalno i prirodno značenje, osim ako nema jakih razloga da se od njega odstupi u korist tehničkog značenja; da se istraživanju preparatornih radova ugovora smije pribjeći tek ako je tekst ugovora nejasan i dr.<sup>48</sup>

Za pozitivno međunarodno pravo i njegov daljnji razvoj još su od većeg značaja bile izvjesne presude i savjetodavna mišljenja Suda, kad je morao rješavati neke konkretne probleme o kojima propisi pozitivnog međunarodnog prava nisu bili jasni i sigurni, a ranija praksa država bila je različita i kontradiktorna. Međutim, kad je Sud u takvim slučajevima ustanovio neko pravno pravilo, mada je presuda formalno obavezivala samo stranke u sporu i za taj spor, dolazilo je do toga da je većina drugih država otada u praksi slijedila takvo rješenje, i da je ono ponekad kasnije nalazilo mjesta u kodifikaciji običajnog prava iz te oblasti.

Imamo nekoliko konkretnih primjera i u tom pogledu. U presudi o Krfskom tjesnacu iz 1949. godine, Sud je na kategoričan način ustvrdio da je općenito prihvaćeno i u skladu sa međunarodnim običajem da države u toku mira imaju pravo da upućuju svoje ratne brodove na neškodljiv prolaz kroz tjesnace koji su dio teritorijalnog mora trećih država, ali spajaju dva otvorena mora, i to bez prethodnog odobrenja priobalnih država<sup>49</sup>.

Sud se nije upuštao u dokazivanje postojanja toga običaja, a da je to pokušao, čini nam se da bi se našao u neprilici, posebno jer u konkretnom slučaju Krfski tjesnac nije bio jedini prolaz između dva otvorena mora. Ali ako je ranije i bilo sumnje u pogledu toga prava za prolaz ratnih brodova, nakon te presude ono je postalo općenito priznato i izričito je ušlo u član 16. točka 4. Ženevske konvencije o teritorijalnom moru iz 1959.

Slično, nakon što je sâm Sud u savjetodavnom mišljenju o naknadi štete u službi U.N. iz 1949, na izričit način ustanovio da međunarodna organizacija može imati svojstvo samostalnog subjekta međunarodnog prava, te da u tome svojstvu ima sposobnost da u međunarodnim odnosima djeluje, na primjer da traži naknadu za štetu koju su njeni službenici pretrpjeli, umjesto države kojoj su oni pripadali<sup>50</sup>, otada je za najveći broj država u svijetu to pitanje definitivno bilo riješeno. Sigurni smo da će upravo to rješenje naći mjesta u budućoj kodifikaciji prava međunarodnih organizacija, koja se danas nalazi na dnevnom redu Komisije za međunarodno pravo Ujedinjenih nacija.

Isto tako, u 1951. godini, kad je bilo doneseno savjetodavno mišljenje o rezervama na konvenciju o genocidu, teorija o apsolutnom integritetu mnogostranih ugovora, tj. o nedopustivosti ulaganja rezervi, osim ako to ugovorom nije dopušteno ili se sve druge ugovornice na to slože, smatrala se skoro općenito prihvaćenom, osim u međusobnim odnosima američkih država. Ipak je Sud tu teoriju tada odbacio<sup>51</sup>, usprkos tome što je i Komisija za međunarodno pravo dala suprotno mišljenje.

I mada je ovo savjetodavno mišljenje u momentu svoga donošenja bilo primljeno sa znatnom skepsom, kasnije su ga države u svojoj praksi polako počele prihvaćati.

<sup>48</sup> Sudsku praksu o tumačenju međunarodnih ugovora do 1958. godine izložili smo u djelu navedenom u prethodnoj bilješci. Najbolje suvremeno sistematsko djelo o Bečkoj konvenciji, i ujedno najbolji prikaz problema tumačenja ugovora prema toj Konvenciji, predstavlja — La Guardia-Delpech: *El derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969*, Buenos Aires 1970, pp. 310—329.

<sup>49</sup> C. I. J. Recueil 1949, p. 28.

<sup>50</sup> C. I. J. Recueil 1949, pp. 178—180.

<sup>51</sup> C. I. J. Recueil 1951, pp. 24—26.

Na kraju, član 19. Bečke konvencije o pravu ugovora iz 1969, u potpunosti je prihvatio rješenje Suda iz 1951, i ono je danas opće običajno pravno pravilo, u koga više nitko ne sumnja.

Pažljiva analiza i nekih drugih presuda i arbitražnih odluka pokazala bi sličan utjecaj na kasniju međunarodnu praksu. To se posebno može pratiti u raspravama pred Komisijom za međunarodno pravo koja priprema nacрте ugovora o kodifikaciji.

Ne možemo dakle izbjeći općeniti zaključak da sudska praksa može biti dragocjen dokaz za postojanje nekog običajnog pravnog pravila, ali također da u određenim uvjetima njena rješenja, koja su formalno data za konkretni slučaj, mogu snažno utjecati na artikulaciju i ujednačavanje daljnje prakse država, što je uvjet za stvaranje općeprihvaćenog običajnog pravnog pravila. U tom pogledu nije čak neophodan neki niz jednoobraznih presedana u praksi Suda. Ponekad je dovoljna samo jedna odluka, pod uvjetom da je dobro obrazložena i da daje najprihvatljivije rješenje, koja može imati takav odlučujući učinak na praksu država.

Čini nam se da u toj svojoj funkciji Sud ne dolazi u sukob sa postojećim međunarodnim pravom, dakle ni sa suverennošću država, nego to pravo na jedan veoma koristan način dopunjava.

#### IV

U zaključku bismo naveli da u naše vrijeme i međunarodna sudska i arbitražna praksa doživljavaju izvjesnu krizu u svome značaju. Njihova politička vrijednost kao načina rješavanja međunarodnih sporova nikada nije bila naročito velika. Bilo je nekoliko arbitražnih i međunarodnih sudskih presuda koje su rječavale ozbiljne sporove između država, koji su čak mogli dovesti do sukoba. Ali već u momentu kad su se strane u sporu složile na takav način rješavanja, to je značilo da su one odstupile od rata, a broj i takvih presuda je bio sasvim izuzetno malen u prošlom i ovom stoljeću, da bismo mogli tvrditi da su međunarodno arbitražno i sudska rješavanje bitno utjecali na historiju čovječanstva i da su imali odlučujućeg značaja za očuvanje mira i sigurnosti u svijetu.

Međutim, kao kontrast tome malom političkom značaju sudskog i arbitražnog rješavanja sporova, stoji znatno velika uloga prakse tih sudova u artikulaciji i razvitku međunarodnog prava. A za izvršenje te misije Suda nisu neophodni sporovi od velike političke važnosti. Ponekad se veoma dalekosežni presedani i veoma značajna rješenja stvaraju u sporovima i savjetodavnim mišljenjima od sasvim male važnosti za međunarodne odnose općenito.

Da bi Međunarodni sud mogao i dalje vršiti tu svoju korisnu funkciju u artikulaciji i razvitku međunarodnog prava, veoma je korisno da bude što veći broj država koje će mu povjeriti svoje sporove i što veći broj međunarodnih političkih organa koji će od njega zatražiti savjetodavno mišljenje. Mada je postupak pred Sudom za sada prilično dugotrajan i skup za stranke, korist za čitavu međunarodnu zajednicu i za pravna pravila na kojima se zasnivaju odnosi između subjekata te zajednice, je mnogostruka.

## Summary

### Prof. V. Dj. Degan: The Scope and Authority of Precedents in the Practice of the International Court of Justice

In the development of some of the most advanced municipal legal systems, the role of the magistrate has been even greater than that of the legislator. This legislative function of the magistrate is based upon the *stare decisis* rule, which enables him to develop his own system of judicial precedents.

In view of the fact that the International Community does not still have a central legislator, some legal writers, especially those from the Anglo-Saxon countries, are generally inclined to accord the same legislative function to international judge and arbitrator. This problem must, however, be examined with great caution. The will of the judge is not the same as the will of States, the principal subjects of international law, in whose relations most legal rules are being created. Even the Statute of the International Court of Justice expressly rejects in Article 38 (1d) the *stare decisis* rule. Instead of it, the Statute admits, in Article 59, the opposite rule: *sententia jus facit inter partes*.

In spite of this, there is some room left for judicial precedents in the general activity of the International Court, and there is much evidence of such activity. In this respect the Court does not attach the same importance to all »judicial decisions« mentioned in Article 38 (1d) of its Statute. It refers only occasionally and exceptionally to the judgments of municipal courts and to international arbitral awards. On the other hand, the present Hague Court does not make any difference between its own decisions and the decisions of its predecessor, the Permanent Court of International Justice, nor for that matter between judgments and advisory opinions.

The general scope of precedents is not the same with regard to adjectival and substantive law. Due to the extensive power of the Court to lay down rules of procedure by its own Rules, many provisions of this kind have been developed through its practice. Its precedents have in this respect a great legal value.

Even in substantive law the role of precedents is not without any effect. Although the Court is not qualified to develop a system of precedents which would differ from, or even replace the system of legal rules based on the practice of States and other subjects of international law, the great importance in this respect lies in the fact that even at the present time general international law as a whole is still based on unwritten custom. Judicial precedents can thus serve as evidence of the existence of customary rules. If a uniform practice of States, which is a pre-condition for custom, is not yet stabilized, precedents can crystalize a legal rule. The greatest importance of precedents lies in the fact that some of their solutions are subsequently followed by States in their practice, and in this way a customary rule can be established. In its work on codification the International Law Commission has attached considerable importance to judicial precedents, especially to those followed by the practice of States.

ZBORNIK  
PRAVNOG FAKULTETA  
U ZAGREBU

---

GOD. XXII — BROJ 3

---

ZAGREB

1972