

*H. W. A. Thirlway*, INTERNATIONAL CUSTOMARY LAW AND CODIFICATION — AN EXAMINATION OF THE CONTINUING ROLE OF CUSTOM IN THE PRESENT PERIOD OF CODIFICATION OF INTERNATIONAL LAW, A. W. Sijthoff — Leiden 1972, pp. 158.

Обичај се традиционално сматра једним од основних формалних извора међународног јавног права. Штавише, у делу доктрине, поготово англосаксонске, постоји раширено схватање да је обичај једини и искључиви извор општег међународног права. При том се као разлог наводи неподобност уговора да, услед иманентних му недостатка, произведе дејство ванкруга држава уговорница, што га, по овом схватању, у начелу дисквалификује као потенцијални извор норми општег или универзалног међународног права. У таквим условима обичајно право се изједначавало са општим међународним правом, а уговорима, посебно мултилатералним, признавана је позитивна улога у конституисању општег правила — другим речима, међународни уговор сматрао се елементом праксе као саставног дела појма обичаја.

Те тзв. обичајне концепције међународног права уздржане су у извесној мери повећаном улогом коју међународни уговори имају у стварању објективног правног поретка, улогом која је директан производ повећане међузависности и испреплетености односа у међународној заједници. Томе се придружују и бројне контраверзе које се односе на питање основа и природе међународног обичајног права, као и општепознате слабости у погледу брзине настајања и прецизности односно доказивости обичајних правних правила. Што се потоњег тиче иаустративан је став Међународног суда правде који се у спору који се тичао правних последица које по државе произилазе из продуженог присуства Јужне Африке у Намибији, у прилог свог става у погледу престанка уговора о мандату позвао на члан 60. Бечке конвенције о уговорном праву и поред чињеница да је реч о материји која је покривена обичајним правом, с једне стране, и да Бечка конвенција до тада није ступила на снагу, с друге стране.

Те околности, између осталог, енергично подвлаче потребу критичког испитивања места обичаја у оквирима савременог међународног поретка и, нарочито, могућности да се он прилагоди измењеним условима у којима битише савремена међународна заједница. Већ само то довољно је да скрене пажњу на књигу Др Тирлвеја (Dr Thirlway-a), секретара Међународног суда правде, независно од момента што је из пера човека чији би положај и квалификација требало да изоштрениости теоретских разматрања додају и тежину аргумената који произилазе из праксе главног судског органа Уједињених нација. У глави I која носи наслов — Кретање ка међународном *lex scripta* — аутор покушава да утврди место обичаја у номенклатури формалних извора међународног јавног права у светлу квалитативних промена које је доживела међународна заједница крајем овог века, посебно од II светског рата наопамо. При том полази од идеје да заједница која се мења и развија великом брзином нормално захтева правни систем подобан да се релативно брзо прилагођава измењеним условима живота. У том контексту, др Тирлвеј дијагностикује очиту мањкавост обичаја који се развија споро, не може бити промењен

„потезом пера” и, стога, оставља видљиве празнине у деловима који услед недовољне или никакве праксе не допуштају закључак о конституисању одговарајућег правног правила. Трагајући за узроцима таквог стања, аутор их налази у трима разлозима: а) брзом повећању броја држава и међународних организација као новопризнатих субјеката међународног права; б) у видљивој тенденцији ка регионализацији како у односу на организационе облике, тако и у односу на политичку и правну философију која им је у основи. У домену позитивног права аутор последице регионализације види у успостављању регионалних правних система (рецимо, регионалног америчког или афричког права) што, по његовом мишљењу, чини могућим да се замисли „свет будућности у којем би обичајно право постало расцепкано на системе регионалног обичајног права, повезаног једино општим уговорима, Повељом Уједињених нација...”; в) опозицији новоослобођених земаља ка извесним аспектима традиционалног обичајног права која „слаби ауторитет обичајног права уопште, чак и међу државама старије међународне заједнице” (п. 5); г) одсуству склоности држава да решавање спорова подвргну надлежности Међународног суда правде.

Задржаћемо се за тренутак критички на наведеним разлозима будући да нам се чини да су неки уопштено формулисани те због тога не погађају право стање ствари. Прво, регионализација правних система се не може посматрати искључиво као узрок мањкавости и недовољне ефективности општег међународног обичајног права. Утицаји су у конкретном случају обострани и, изгледа, чак, са супротним нагласком. Наиме, ближи смо схватању да је изражена тежња ка регионализацији пре последица немоћи општег обичајног права да на ауторитативан и несумњив начин регулише односе између субјекта на општем плану него узрок таквом стању, мада му извесно допринеси. Друго, регионализација правних система није, уопште узев, феномен са којим се сучава међународна заједница тек у свом савременом тренутку. Логика егзистенције регионалних правних система произилази из саме суштине односа у међународној заједници. С обзиром да је право уопште, па, дакле, и међународно право, део надградње над односима који владају у материјалној основи једне заједнице, логички је нужно да у условима великих и актуелних диспропорција које су карактерисале и данас карактеришу међународну заједницу постоје правни системи који су прилагођени конкретним друштвима, економским и политичким околностима које опредељују настанак и трајање одређених делова те заједнице. Друго је, међутим, питање што у условима пре доношења Повеље Уједињених нација, регионални правни системи услед доминације европских сила која се изразила и у чињеници да је класично међународно право било у основи европски феномен, пројекција интереса и интелектуалне баштине Европе, нису били ефективни. Другачије и није могло бити јер су државе ван круга европске цивилизације сматране објектима а не субјектима права. Треће, мада постојање регионалних правних система у условима једног универзалног међународног поретка какав је несумњиво поредак Уједињених нација није, по природи ствари, нешто што би требало да усклићује, нисмо мишљења да та околност има катастрофалне последице. Повеља Уједињених нација поседује у том погледу довољна правна обезбеђења. Услов правне ваљаности регионалних споразума је сагласност њиховог садржаја са релевантним одредбама Повеље. Одредбом члана 103. стипулисано је да у случају сукоба између обавеза чланова Уједињених нација по Повељи и њихових обавеза по неком другом међународном споразуму превагу ће имати њихове обавезе по Повељи. Поред тога, да би се предупредила могућност да држава (или државе) која има доминантан положај наметне другим државама у региону правна правила која њој одговарају, приликом стварања регионалних обичаја захтевају се строжи критеријуми у погледу услова за настанак таквих правила што је потврђено и у пракси-пресудом Међународног суда правде у спору око права азија од 195 (в. Др В. Б. Деган, Мирна промјена у међународном праву, ЈРМП).

Не може се, такође, прихватити тврдња да опозиција новоослобођених земаља према извесним аспектима обичајног права „слаби ауторитет

обичајног права уопште..." Тачно је да су новоослобођене земље испољиле жесток отпор признавању ваљаности неких правила класичног међународног обичајног права, на пример, правилима која се тичу одговорности држава и неким правилима поморског права, правилима која су за циљ имала легализацију привилегија и повластица које су европске силе стекле током колонијалног периода. Међутим, у односу на претежни део правила општег обичајног права новоослобођене земље заузимају у основи позитиван став, што је и навело неке теоретичаре на констатацију да је прихватање општег међународног права од стране новоослобођених земаља-правило обичајне природе. У ствари, ако се има у виду однос Повеље Уједињених нација и класичног међународног права у светлу решења утврђеног чланом 103. Повеље, читав проблем добија помало вештачки и академски карактер. Наиме, правила класичног међународног права поседују данас правну ваљаност само у случају ако су у сагласности са фундаменталним принципима Повеље Уједињених нација. Будући да су новоослобођене земље најенергичнији поборници скрупулозног спровођења у живот одредаба Повеље, изрази да оне пре афирмишу пуноважна правила општег обичајног права него што им умањују ауторитет.

Што се тиче аргумената да неприхватање обавезне надлежности Међународног суда правде у споровима који искрсавају између држава узрокује слабење улоге обичаја, ситуација је слична оној са питањем утицаја регионализације. Управо је непрецизност и неодређеност правила општег међународног права, посебно његовог обичајног дела, разлог који, заједно са неоговарајућом композицијом Суда, негативно делује на прихватање обавезне надлежности Међународног суда правде. Сумњива одлука Суда у спору око Југозападне Африке само је појачала неповерење малих и новоослобођених земаља према судском органу Уједињених нација. Поред тога, начелно посматрано претерано је очекивати да би и прихватање обавезне надлежности Међународног суда правде одлучујуће утицало на консолидацију обичајног права с обзиром да Суд нема легислативну функцију но да само примењује на конкретан случај правила која су на снази.

Након тога, Тирвеј разматра питања везана за концепте и методе кодификације међународног права. Испитујући значења која се у доктрини придају термину „кодификација“, аутор сматра извесним да то значење у међународном праву нужно подразумева егзистенцију барем „извесног дела обичајног права“. Другим речима, увођење новог права путем кодификацијских захвата могуће је једино на бази једног од постојећих формалних извора, будући да законик (code) на пољу међународног права не поседује самосталну унутрашњу вредност (стр. 24). „Законик“ међународног права није сам по себи извор права, као што је то случај у правном поретку који егзистира унутар државних граница; своју ваљаност он прети било из чињенице да у систематској форми изражава постојећа правила општег међународног права било из тога што је садржан у уговору и има снагу *droit conventionnel* између странака уговора. Са друге стране, уколико правила садржана у „законику“ буду прихваћена *ex post facto* у пракси држава, „законик“ не представља материјални извор права.

Мада не прихвата Фицморисову (Fitzmaurice-ovu) тезу по којој међународни уговори *stricto sensu* нису извор права него само извор обавеза, аутор тврди да „сви уговори морају имати исте основне ефекте“ (стр. 27).

Такав став асоцира на схватање принципа релативног дејства уговора као принципа који не познаје изузетке, што нам се не чини исправним.

Наиме, као што примећује Мак Неир (McNair), један од водећих ауторитета на пољу међународног уговорног права, „признато је да извесни уговори производе последице ван странака тих уговора“ (McNair, *Law of Treaties*, 1961, p. 255). У условима постојања општих, универзалних интереса међународне заједнице као целине изузетно је могуће да међународна заједница изрази у форми уговора општеобавезно, објективно право које изражава општу правну свест човечанства. У таквих уговора постоји извештан несклад између форме и садржине с обзиром да се држава-уговорница не може ослободити обавеза садржаних у том инструменту, будући да су она, иако уговорно артикулисана, по својој снази надугорвна. У

ствари такви уговори, премда врло ретки, представљају најближи израз законодавне активности у једној децентрализованој заједници. Примера ради, у ту врсту уговора улазила би Повеља Уједињених нација и Конвенција о спречавању и кажњавању злочина геноцида. У односу на потоњу, Међународни суд правде је у саветодавном мишљењу који се односно на могућност стављања резерви на њене одредебе истакао да су принципи које садржи Конвенција обавезни за све државе чак без икакве уговорне обавезе. (International Court of Justice Reports 1951, p. 23). У глави III Тирлвеј разматра питање формалних извора у модерној међународној заједници. Констатујући да се улога постојећих формалних извора узетих понаособ мењала током историје, аутор налази да ниједан од њих није престао потпуно да испољава свој утицај до данас те да ниједан радикално нов фактор није додат постојећим у том смислу. По његовом мишљењу, правило о новом формалном извору у међународном правном поретку може настати једино кроз постојеће изворе права признате од стране међународне заједнице, што произилази из идеје да правило које утврђује формалне изворе права у датом моменту има бити исцрпљујуће природе. Знатан напор аутор је у овом делу посветио побијању теоретских концепата Квадрио (Quadri-a) i d'Amata. (По схватању првог, концепт формалних извора треба елиминисати из општег система међународног права. У ствари, концепт извора је, по Квадрију, неприменљив у односу на тзв. примарне норме које су чисто психолошки феномени и као такви произилазе директно из воље међународне заједнице као различите од воље појединачних држава. Примарне норме односно тачније речено једна од примарних норми регулише поступак по којем се стварају остале норме међународног права (секундарне норме). Други одриче ваљаност категорији извора сматрајући да ствара више проблема и нејасноћа него што их може решити. Централно место у овом приступу заузима концепт consensus-a који не само да ствара међународно право него је само међународно право. Појам consensus-a се посебно елаборира у вези са резолуцијама Генералне скупштине Уједињених нација).

Тирлвеј смата су та схватања неприхватљива захваљујући основном принципу да се не може сматрати за право нешто што је произашло из извора који сами нису признати односно нису настали применом познатих извора.

У глави IV аутор се бави природом и настанком међународног обичајног права. Постулира да се обичајно правило, према традиционалном гледишту, састоји из два елемента: а) опште праксе држава и б) прихватања опште праксе као права од стране држава. Највећи део главе посвећен је расправи о субјективном елементу (*opinio iuris sive necessitatis*), као философском темељу који претвара „интерну масу акумулисаног обичаја у злато обавезних правних правила“ (стр. 47). Довољно је по његовом мишљењу, да држава сматра да постојеће правило захтева од ње да поступи на одређени начин, или да је посебни правац активности такве врсте да је његово признање у складу са правом де *lege ferenda*, па да (уколико је таква активност општа или постаје општа) представља довољан основ за разликовање правног обичаја од простог обичаја или правила куртоазije. При том он одабације де *Viisscher*-ово схватање по којем се *opinio iuris* састоји у признању да правило у питању кореспондира самој имплементацији базичних принципа међународног друштва, као и Фердросово (*Verdross*-ово) поимање субјективног елемента као свест о помагању правном принципу да се потврди у ситуацији кад још није постао позитивно право.

Што се материјалног елемента обичаја, или саме праксе тиче, аутор повлачи разлику између праксе држава која конституише материјални елемент обичаја и доказа те праксе која сама по себи није пракса. У том смислу у оквир материјалног елемента обичаја улазили би само они акти држава који су срачунати на то да имају моментални ефекат на правне односе заинтересованих држава-истицања *in abstracto* да постоји извесно обичајно правило нису елементи тако схваћене праксе. Тако рецимо, признање дато од стране представника државе на дипломатској конференцији да једно претпостављено обичајно правило постоји не би се сматрало састојком праксе но њеном потврдом.

Инсистирање на релевантности оба, и то помало круто схваћена, елемента међународног обичаја већ омогућује да се назре став аутора према домаћају резолуција Генералне скупштине Уједињених нација, које се углавном обрађује у Глави V под насловом — Легислација кроз Уједињене нације. Тирлвеј се ограничава на испитивање правног значаја таквих резолуција и декларација искључиво са становишта њихове подобности да утврде или успоставе опште међународно право; другим речима, из анализе су изостављене тзв. посебне резолуције које имају специфичне адресате, именоване или претпостављене, и које нешто специфично одлучују, препоручују или захтевају. (стр. 61).

По његовом мишљењу, резолуције Генералне скупштине не могу мењати постојеће право нити стварати нова правна правила. То, наравно, не значи одрицање правних ефеката овим резолуцијама, већ ограничавање њиховог дејства на кристализацију обичајноправних правила.

Полемишћући са неким схватањима израженим у новој доктрини, Тирлвеј истиче да већински изгласана резолуција Генералне скупштине не може бити сматрана синонимом међународног обичајног правила. Такав закључак претпоставља претходно испитивање природе и композиције већине као и накнадну општу праксу држава која је сагласна садржају резолуције. Са друге стране, ни резолуције донете *consensus-om* не могу, по схватању аутора, конституисати нова правна правила, с обзиром на претходни општи став да правило о новом извору међународног права може настати једино кроз постојеће изворе права признате од стране међународне заједнице.

Мада су му излагања у ове две главе чврсто заснована на раширеним доктринарним ставовима, изгледа да је Тирлвеј пропустио да прибегне еластичнијем прилазу у напору да преиспита функцију и састојке појма обичаја у савременом међународном праву. Мада је врло тешко, а можда, и непотребно правити конструкције које радикално кидају са традиционалним концептом обичаја, очито је да се неке модификације, посебно у начину настајања тих правила, саме по себи намећу. Традиционални контекст настајања обичаја стваран је у једној релативно примитивној и неразвијеној међународној заједници. Стога је и настанак обичајних правила био у основи индивидуалистички, с обзиром да се везивао за понављање одређених аката од стране држава узетих појединачно у релативно дугом временском периоду. Данас међународна заједница је у лицу Организације Уједињених нација посебно добила медијум који тај процес потенцијално мења и поставља на другачије основе. Чак и без заговарања обавезне снаге резолуција Генералне скупштине могуће је, изгледа нам, еластичније и савременије тумачити субјективни и објективни елемент појма обичаја. Наша је импресија да др Тирлвеј није своју логику и лудичност довољно усмерио у том правцу.

Интеракција обичаја и кодификационог уговора (*codifying treaty*) разматра се у глави VI. Основни став Тирлвеј гради на одлуци Суда у спору око континенталног платоа у Северном мору (1969), посебно, ставу према принципу екви дистанце, утврђеном чланом 6. Женевске конвенције о континенталном шелфу од 1958, који Суд није прихватио као правило опште међународног права. Из тога извлачи закључак да само прихватање Конвенције или, чак, нацрта конвенције искључује могућност „кристалисања” правила које претходно није било покривено извесним обичајним правилима. Са друге стране, Тирлвеј разматра други процес у виду утицаја кодификационог уговора на кристализовање обичајног правила у оквирима утврђеним уговором. Изјашњавајући се потврдно у том погледу, аутор напомиње да не може бити говора о моменталном претарању појединих одредаби таквог уговора у обичајно право које би везивало све државе. Да би одредабе таквог уговора постале општеобичајно право, потребна је накнадна пракса држава у складу са правилима утврђеним уговором.

Тирлвеј знатну пажњу посвећује односу кодификованог права према државама које се не слажу са садржајем правила укључених у кодификацију. Дистинкција је том приликом начињена између три ситуације: прво, држава може конзистентно и принципијелано пре него што је конкретно правило кристалисано да истиче свој негативан став што је овлаш-

ћује да, по евентуалном конституисању правила, изјави да је то правило не везује. Случај такве врсте искрснуо је у спору око риболова између Норвешке и Велике Британије, али је Суд пропустио да се о њему изјасни. Друго, неслагање може бити изражено од стране толиког броја држава да се претпостављено правило уопште не може материјализовати као правило општег међународног права, што, наравно, не искључује могућност да буде инкорпорисано у регионално или локално обичајно право. Треће, неслагање извесних држава показује се као ирелевантно у случају ако постоји опште прихватање праксе као права а односне државе своје неслагање нису саопштиле пре но што је обичајно правило установљено. Другим речима, правило поседује у том случају универзалну важност, те везује и државе које су накнадно изразиле своје неслагање.

Да ли држава може ставити резерву на мултилатерални уговор који утврђује постојеће, важеће право?

Аутор је мишљења да треба повући разлику између норми диспозитивне и норми когентне природе, с једне стране, и да ли је резерва усмерена на стварање специјалног режима између државе која ставља резерву и других држава које су вољне да прихвате резерву или, пак, на негирање да концепт општег права, кад је формулисан уговор, уопште постоји. У потоњем случају резерва има бити сматрана једино као позив осталим државама да у својим односима са државом која ставља резерву избегавају односно правило.

На крају у глави IX расправља се о путевима којима међународни обичај може модификовати кодификовано право. Основна идеја аутора је да обичајим поступком, прво, могу бити опозвана кодификована правила, али пошто је реч о дејствовању обичаја *praeter legem* новоустановљени режим је само флексибилнија и прогресивно развијенија варијанта кодификованог права, и, друго, могу бити конституисана правила локалног или регионалног обичајног права која су *contra legem* тј. супротна садржају уговорно артикулисаног правила.

Књига др Тиравеја попуњава видљиви мањак литературе међународног права у односу на изузетно значајна питања која се везују за обичајни поступак настајања норми у светлу савремених дилема и тражења нових одговора на изазове времена. Писана је јасним и прецизним стилем проткана аутичним запажањима и правничким оштроумљем. Можемо се не сложити са неким ауторовим закључцима, па у извесној мери и општим, понешто традиционалистички интонираним приступом, али то извесно не дира у вредност овог дела.

др Миленко Крећа