

Проф. др Миленко Крећа

Правни факултет Универзитета у Београду

ПРИНЦИП ВЛАДАВИНЕ ПРАВА У ЈУРИСПРУДЕНЦИЈИ МЕЂУНАРОДНОГ СУДА ПРАВДЕ – *RES IUDICATA* У СПОРУ СР ЈУГОСЛАВИЈЕ/СРБИЈЕ И БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Рад се бави анализом теоријских схватања о томе да ли је унутрашње или међународно право меродавно у материји представљања државе у међународним односима. Правила унутрашњег и међународног права о положају и овлашћењима државних органа у међународним односима не морају се нужно поклапати, због чега је важно одредити примат унутрашњег или међународног права.

Аутор посвећује посебну пажњу двама теоријама, интернационалистичкој и уставној, које дају различите одговоре на питање да ли је и у којој мери повреда формалних ограничења утврђених прописима унутрашњег права релевантна у међународном праву. Након анализе ових теорија, аутор анализира и еклектичке теорије, које се међусобно такође значајно разликују.

Кључне речи: Меродавно право; Представаљање држава; Интернационалистичка теорија; Уставна теорија; Еклектичке теорије.

1. УОПШТЕ О ВЛАДАВИНИ ПРАВА

1. Владавина права (*Rule of law; Rechtsstaat, Etata de droit*) је у либералној политичкој мисли, као и њоме инспирисаним правним учењима, свеprisутан појам. Готово да нема правног и правнополитичког документа који у сам врх постулата на којима почивају не наводи и владавину права.

Владавина права је тако, заједно са демократијом, људским правима и социјалном правдом, нека врста парадигме данашње правно-политичке

Миленко Крећа, mkreca@ius.bg.ac.rs.

мисли, како оне која се бави државом и унутрашњим правом, тако и оне која се тиче међународне заједнице и међународног права. У потоњем случају, посебно се апострофира значај владавине права у државама у транзицији или државама које су настале након оружаног конфликта.

Притом, индикативно је да не само да не постоји прихваћена дефиниција појма владавине права, него нема сагласности о самој њеној природи – да ли је правни или неправни појам у смислу филозофског или политичког појма.

Владавина права се, наиме, схвата и као: идеал политичке моралности; глобални идеал и аспирација; вредност (*value*) (члан 2 Уговора о Европској унији); организациони модел модерног уставног права и међународних организација. У потоње поимање владавине права уклапа се и Устав Републике Србије.

У ствари, можемо разликовати две врсте дефиниција владавине права – политичке и правне.

Политичким дефиницијама владавине права сматрамо оне дефиниције које одређују однос права и политике. Садржина ових дефиниција је јасна. Елаборирана још од Платона, она подразумева правну државу, као контраст апсолутистичкој држави са неограниченим овлашћењима извршне власти. Изворно, владавина права тиче се односа појединца и државе, представља брану свемоћи и самовољи државе и успоставља оквире легислативног и фактичког деловања државних органа. У ери глобализације, домаћа владавине права проширује се и на транснационалне ентитете, било приватне или хибридне, јавно-приватне ентитете, који, захваљујући својој фактичкој моћи, владавину права могу угрожавати као и државе. Владавина права је суштински правни феномен који међутим, не подлеже општој правној дефиницији која би изражавала њен инхерентан правни садржај.

То се може и разумети, јер владавина права својим значењем превазилази формални правни оквир и задире у простор политике и морала.

Као општи правни принцип, владавина права је синтетички израз мноштва правних појмова и института, превасходно формалних и процесних, који, узети појединачно и *in corpore*, обезбеђују супрематију права. Отуда, утврђивање владавине права у оквиру конкретног поретка је превасходна методолошка операција која има за циљ да изнађе присуство или меру присуства релевантних правних института који отелотворују принцип владавине права. У том смислу, индикативно је да су релевантни документи о владавини права дизајнирани као „Контролна листа владавине права” (*The Rule of Law Checklist*) (Венецијанска комисија) и „Индикатори владавине права” (*UN Rule of Law Indicators*) (Уједињене нације), а да, притом, не дају општу дефиницију појма.

Рецимо, Венецијанска комисија у својој студији као елементе Контролне листе владавине права наводи следећа мерила (*benchmarks*): А. Законитост; Б. Правна сигурност; Ц. Спречавање злоупотребе овлашћења; Д. Једнакост пред законом и недискриминација; Е. Приступ правосуђу; Ф. Примери посебних изазова владавине права. Свако од наведених мерила обухвата одговарајуће елементе. Тако, „Законитост“, као прво на листи наведених мерила владавине права обухвата: 1. Супрематију права, 2. Повиновање праву, 3. Однос унутрашњег и међународног права, 4. Законодавна овлашћења извршне власти, 5. Законодавне процедуре, 6. Изузеци у ванредним ситуацијама; 7. Обавеза примене права и 8. Приватни актери задужени за јавне задатке. Или, мерило „Правне сигурности“ састоји се из: 1. Доступности законодавства, 2. Доступности судских одлука, 3. Предвидљивости закона, 4. Стабилности и конзистентности права, 5. Легитимна очекивања; 6. Неретроактивност; 7. Принципи *nullum crimen sine lege* и *nulla poena sine lege*; 8. *Res iudicata*.¹

2. Владавина права је принцип универзалног домаћаја и, као такав, важи не само у унутрашњем него и у међународном праву.²

Међутим, у међународном поретку, чији су основни и природни субјекту државе, владавина права поседује неке специфичне карактеристике. Оне деривирају из природе међународне заједнице, суштински заједнице држава, које као смирене јединке, не признају *a priori* никакву власт изнад себе, што утиче на перцепцију владавине права у међународној заједници. Погрешно би било, међутим, због разлика у природи субјеката у унутрашњем и међународном праву извучити закључак да слобода појединачне државе није вредност важна као слобода појединца.³ Штавише, да позивање на владавину права у међународном домену подрива вредности које би требало да овим принципом буду обезбеђене у националној политици.⁴ Ограничавање примене принципа владавине права на људска права изгледа неутемељено и производило би последице несагласне са самом идејом која лежи у основи принципа. Јер, без владавине права у односима између држава тешко је замислити владавину права у равни држава–појединац.

Corpus људских права је, уосталом, у свом данашњем изразу формиран у међународном праву правностварајућом активношћу држава и међународних организација и прихваћен у унутрашњим правним поре-

¹ Вид. European Commission for Democracy through law (Venice Commission/Rule of Law Checklist, Adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session, 2016.

² О владавини права у међународном праву, вид. R. Etinski, B. Tubić, “International Law and the Rule of Law“, *Annals of the Faculty of Law*, vol. 64, 3/2016.

³ *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/>.

⁴ *Ibid.*

цима. На тај начин, међународно право даје принципу владавине права, примарно формално и процесне природе, супстанцијалну компоненту. Значила би, у крајној линији, да је принцип владавине права релевантан принцип *in foro interno* унутар државних граница, а да *in foro externo*, у односима између држава уступа место опортунитету и политици силе.⁵

3. Мерила владавине права у унутрашњем и међународном поретку су *mutatis mutandis* једнака, праћена специфичним одликама ова два поретка. Те специфичности изражавају се на различите начине.

Без намере да се овим питањем подробније бавимо, наводимо само неке специфичности примера ради. Оне се изражавају превасходно кроз конститутивне елементе појединих мерила владавине права.

Рецимо, елемент доступности законодавства код мерила правне сигурности, има далеко мању тежину у међународном него у унутрашњем поретку. Државе су не само стручно и интелектуално опремљеније од појединаца, него су такође и творци правних правила у аутономном праву какво је међународно. Отуда, и питање доступности права у међународном поретку једва се поставља. Насупрот томе, мерило приступа правосуђа битно се разликује од унутрашњег права. Томе доприносе две правне чињенице: 1) надлежност судова који решавају спорове између држава је факултативне природе будући зависна од сагласности држава у спору; и 2) сагласност држава у спору, када је реч о Међународном суду правде, као светском суду и главном судском органу Уједињених нација, није довољна, јер овај суд није потпуно отворени суд. Поред сагласности странака у спору, неопходан је, стога, и претходни фундаментални услов – *ius standi in indicio* – странака у спору. Поседују га чланице Уједињених нација које су *ipso facto* и странке Статута Суда, нечланице Уједињених нација које су, међутим, странке Статута и државе које нису чланице УН ни странке Статута, али испуњавају услове утврђене резолуцијом Савета безбедности УН 9 (1946).⁶

У целини гледано, могло би се закључити да су разлике између мерила владавине права у унутрашњем и међународном праву разлике у степену, а не у врсти.

4. Остваривање владавине права је динамичан процес који се сукобљава са различитим изазовима.

Изазови се, грубо узевши, могу поделити на спољне и унутрашње.

Спољни се везују за политику као антипод владавине права, а унутрашњи за неке инхерентне одлике права које, било самостално или наслоњене на политички резон, угрожавају принцип владавине права.

⁵ *Machtpolitik*.

⁶ Подробније, М. Крећа, *Међународно јавно право*, Београд 2012, 765–766.

У овом чланку, позабавићемо се пресудом Међународног суда правде у спору између Босне и Херцеговине и СР Југославије/Србије у спору око примене Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида (2007) у делу који се тиче надлежности Суда.

Релевантно питање у том контексту је да ли је Суд, квалификујући своју одлуку о надлежности у конкретном спору у пресуди о претходним приговорима СР Југославије (1996) као *res iudicata*, деловао у складу са принципом владавине права.

Одговор на ово питање подразумева испитивање инхерентних карактеристика правила *res iudicata* како у нормативном смислу тако и у светлости јуриспруденције Суда.

Да ли је перцепција *res iudicata* од стране Суда у складу са принципом владавине права?

5. Пуни ефекат правила *res iudicata* у принципу се приписује „коначној одлуци неког међународног трибунала”. У свом индивидуалном мишљењу у спору Права рибарења, судија Waldock је констатовао да „(по) члану 60 Статута пресуда је „коначна и без права на жалбу”. Према томе, она представља коначно решење спора поднетог Суду на основу тужбе од 14. априла 1972. године”.⁷

Међутим, из тога не следи *a contrario* да су пресуде Суда о претходним приговорима искључене из домета чланова 59 и 60 Статута Суда. Такво тумачење очигледно би било претерано.

6. Чини се да су ефекти пресуда о претходним приговорима, или бар неке врсте пресуда о претходним приговорима, како у погледу обавезујуће снаге тако и коначности, специфичног карактера који се у извесној мери разликује од ефеката пресуда о меритуму спора.

Значење квалификације „коначна” у односу на пресуду о претходном приговору лежи искључиво у чињеници да, након њеног изрицања, ниједна страна нема могућност да уложи било какве претходне приговоре који воде оживљавању или обнављању поступка везаног за претходни приговор, као што је предвиђено у члану 79 Правила Суда.

Међутим, претходни приговор као такав није једино правно средство дизајнирано за оспоравање одлуке Суда у скупу правила које примењује Суд. Према томе, тешко би се могло рећи да се пресудом о претходним приговорима које је уложила једна од страна у спору пред Судом ставља тачка на питање надлежности, тако да се питање надлежности више не би могло покренути. У јуриспруденцији Суда, као и на основу члана 79, тачка 1 Правила, дошло је до

⁷ ICJ Reports, 1974, p. 125, par. 46.

развоја појма непрелиминарног приговора на надлежност Суда, што само по себи доказује да је појам приговора у погледу надлежности шири од појма претходног приговора. Основни принцип *compétence de la compétence* може такође дати повода преиспитивању донете одлуке о надлежности.

Све док је *functus officio* у спору, Суд има инхерентно овлашћење да поново отвори или преиспита било које правно питање или чињеницу о којој је већ донета одлука. То овлашћење би било лишено суштине када не би било праћено овлашћењем Суда да под посебним околностима поништи своју ранију одлуку о надлежности.

7. Некритично приписивање непроменљивости свакој пресуди је фетишистичко и у том погледу модел се може наћи само у неким давно напуштеним одлукама донетим на основу лангобардског права.⁸ Од времена римског права (у римском праву карактер *res iudicata* могао се дати само коначним одлукама *in meritum*),⁹ усвојено је решење да ауторитет *res iudicata* по правилу припада само одлуци о меритуму спора. У француском праву, на пример, одлуке о инцидентним питањима не могу стећи *autorité de la chose jugée* уколико то није неопходно за тумачење **диспозитива** одлуке ин меритум или уколико су она њена *soutien nécessaire*.¹⁰ Италијанско судство је такође склоно да поима *res iudicata* тако да покрива решење спора који су стране поднеле суду.¹¹ У тачки 322 немачког *Zivilprozessrechnung (Materielle Rechtskraft)* наводи се да само одлуке донете на захтев (*Anspruch*) који је дефинисан у тужби или противтужби могу бити делотворне.

У енглеском праву, такође, *res iudicata* означава коначну судску одлуку коју је усвојио судски трибунал надлежан за *causa*, односно за предмет спора.¹² Такође, постојање одговарајуће надлежности сматра се условом ваљаности сваке *res iudicata*.¹³

Стога је гледиште да је примена правила *res iudicata* објективно ограничена на питања о којима се одлучује коначном судском одлуком доминантно у праву цивилизованих земаља.

⁸ Capitula 370 Edictum Langobardorum предвиђа да пресуђени спор *semper in eadem deliberatione debeant permanere*, мада је постојала могућност одбацивања од стране више инстанце – G. Pugliese, *Guidicato civile*, Enciclopedia di diritto XVI, 1969, 158.

⁹ G. Pugliese, 752; M. Kaser, *Das romische Zivilprozessrecht*, MCMLXVI, 504.

¹⁰ R. Perrot, *Chose jugée, Répertoire de procédure civile et commerciale*, 1955, I, br. 8, 45, 78–87; J. Vincent, *Procédure civile*, Paris 1978, str. 98, br. 76.

¹¹ G. Pugliese, 834.

¹² G. S. Bower, A. C. Turner, *The Doctrine of Res iudicata*, London 1969, II; R. J. Walker, R. Ward, Walker, *The English Legal System*, 1885, Vol. 6, 589.

¹³ G. S. Bower, A. C. Turner, 92.

У том погледу могу се разликовати три врсте пресуда о претходним приговорима:

1. Пресуде којима се претходни приговор, без обзира на своју природу, прихвата, а спор се *ipso facto* окончава;
2. Пресуде којима се приговор одбацује, а Суд проглашава надлежним за разматрање меритума спора;
3. Пресуде којима се уложени претходни приговор одређује као приговор који није искључиво прелиминарног карактера.

Ефекте *res judicata* који одликују пресуду о меритуму спора имају само оне пресуде о претходним приговорима којима се неки приговор прихвата. Насупрот другим двама преосталим одлукама о надлежности, које су обе саставни делови спора који се разматра, овом врстом одлуке о надлежности спор се окончава, попримајући тако пуне ефекте правила *res judicata* који се односе на коначну пресуду у датом спору. Постоје извесне разлике у погледу ефеката *res judicata* између две преостале врсте пресуда о претходним приговорима, с једне стране, и пресуда о меритуму, с друге.

8. Разлика у погледу коначности између одлука о надлежности, с једне стране, и одлука о меритуму, с друге, у принципу је пре квантитативна него квалитативна по својој природи. Коначност одлука о надлежности је релативнија захваљујући већем броју правних средстава којима се оне могу оспоравати. То се одражава у чињеници да се одлука о надлежности може оспорити не само поступком ревизије по члану 61 Статута, већ и у даљем току поступка и улагањем непрелиминарног приговора, тј. приговора који се улаже у вези са надлежношћу Суда¹⁴ након што се поступак у вези с претходним приговором заврши доношењем пресуде.

У пракси међународних судова, нарочито у пракси Међународног суда правде, ова разлика поприма квалитативне размере. Опозивање пресуда о меритуму, насупрот одлукама о надлежности, непознато је у јуриспруденцији Међународног суда правде, за разлику од јуриспруденције арбитражних судова.¹⁵

9. Питање да ли пресуда о претходном приговору неопозиво обавезује трибунал, први пут је покренуто у случају *Tiedemann* (1926) пред пољско-немачким Мешовитим арбитражним трибуналом. *Sedes materiae* ствари, Трибунал је сажето и убедљиво објаснио:

„Трибунал сматра да је, у интересу правне сигурности, важно да се пресуда, након што је донета, у принципу сматра коначном.

¹⁴ Реч „надлежност“ се користи у генеричком смислу и обухвата како општу, тј. *Locus standi in iudicio*, тако и посебну надлежност.

¹⁵ Вид. J. L. Simpson, H. Fox, *International Arbitration – Law and Practice*, 1959, 250 и даље.

Међутим, питање добија посебну димензију када је донета прелиминарна пресуда таква да подржава надлежност Трибунала, а овај потоњи нађе накнадно, али пре пресуде о меритуму, да у ствари нема надлежност. У том случају, кад би био обавезан да сматра да га обавезује његова прва одлука, од њега би се тражило да пресуди о ствари за коју ипак признаје да није у његовој надлежности. И када – као у овом спору – Трибунал у међувремену одлучи да нема надлежност у случајевима исте природе, био би у потпуној противречности са самим собом тиме што би ипак пресуђивао о меритуму и изложио би се ризику да тужена држава искористи властито признање Трибунала да нема надлежност како би одбила да изврши његову пресуду... Другим речима, да би остао веран принципу *res judicata*, морао би отворено злоупотребити ауторитет.”¹⁶

Принцип да суд, пред којим се води поступак о неком спору у вези с којим је већ донета пресуда о претходним приговорима, та пресуда не обавезује неопозиво такође је утврђен у јуриспруденцији Суда.

10. У случају *Nottebohm* (претходни приговори) Суд је својом пресудом од 18. новембра 1953. године одбацио претходни приговор Гватемале у погледу његове надлежности и наставио поступак о меритуму.¹⁷

Међутим, Гватемала је уложила низ приговора о допустивости у својој противтужби, у одговору и у току усмене расправе о меритуму, али их је третирала као супсидијарне у односу на предмет спора. У својој пресуди од 6. априла 1955. године, Суд је прихватио један од приговора, који се односио на допустивост захтева Лихтенштајна с обзиром на то да у време натурализације није постојала „стварна веза” између *Nottebohm*-а и Лихтенштајна.¹⁸

Случај *Nottebohm* се може узети као пример опозивања пресуде о претходном приговору на основу непрелиминарног приговора који је уложила тужена страна.

11. С друге стране, спор Југозападна Африка (друга фаза) илуструју модел опозивања пресуде о претходним приговорима акцијом Суда *proprio motu*.

У фази поступка по претходним приговорима,¹⁹ Суд је одбацио четири приговора Јужне Африке, између осталог и приговор који се односи на статус (*locus standi*) подносиоца тужбе, као и његове интересе. Јужна Африка је, *inter alia*, истакла да:

¹⁶ *Von Tiedemann v. Polish State, Rec. TAM, t. VI, 997–1003.*

¹⁷ ICJ Reports, 1953, 124.

¹⁸ ICJ Reports, 1955, 4–65.

¹⁹ ICJ Reports, 1962, 319.

„Друго, ни Влада Етиопије ни Влада Либериије нису ‘још један члан Лиге народа’, као што се тражи за *locus standi* по члану 7 Мандата за Југозападну Африку; Треће... прецизније у томе да никакви материјални интереси Влада Етиопије и/или Либериије... нису у то укључени нити тиме погођени”.²⁰

У фази одлучивања о меритуму Суд се вратио на одређење донето у пресуди од 1962. године и нашао да, у ствари, подносиоци тужби нису имали приступ у самом поступку.²¹ Наиме, у својој пресуди о претходним приговорима од 21. децембра 1962. године, Суд је, *inter alia*, утврдио:

„Јер очигледан домет и садржина одредаба овог члана указују на то да се сматрало да чланице Лиге имају легално право или интерес да мандатар поштује своје обавезе како према становништву мандатне територије тако и према Лиги народа и њеним чланицама” и да:

„Заштита материјалних интереса чланица и њихових држављана је свакако обухваћена његовим дометом, али добробит и развој становништва мандатне територије нису мање важни”.²²

У суштини, Суд је објаснио поништење свог ранијег налаза описивањем природе одлуке о претходном приговору. Суд је, *inter alia*, констатовао:

„Што се тиче питања преклузије, Суд налази да је непотребно да се изјашњава о разним питањима која су покренута у вези с тим, као што је питање да ли одлука о претходном приговору представља *res judicata* у правом значењу тог израза, да ли се она сматра ‘одлуком’ за сврхе члана 59 Статута Суда или се сматра ‘коначном’ у смислу члана 60. Оно што је битно је то да одлука о претходном приговору никада не може бити преклузивна у односу на ствар која се тиче меритума, без обзира на то да ли је она разматрана у вези са претходним приговором.”²³

Међутим, резонујући даље о преклузивном ефекту пресуде од 1962. године, Суд је оквалификовао – иако посредно – одлуке о надлежности, налазећи да:

„Будући да одлуке привременог карактера не могу прејудиицирати питања меритума, не може бити противречности између одлуке којом се допушта да су подносиоци тужбе имали капацитет да се позову на клаузулу о надлежности... И одлуке да подносиоци тужбе нису утврдили правни основ свог захтева у односу на меритум”.²⁴

²⁰ ICJ Reports, 1962, 326–327.

²¹ ICJ Reports, 1966, 36–38.

²² ICJ Reports, 1962, 343–344; *наглашавање додато*.

²³ ICJ Reports, 1966, par. 59; *наглашавање додато*.

²⁴ ICJ Reports, 1966, 38, par. 61; *наглашавање додато*.

У фази разматрања меритума, Суд се вратио на одређење садржано у његовој пресуди од 1962. године и нашао да, у ствари, подносиоци тужбе нису имали приступ у поступку.²⁵

12. Правни основ за поновно разматрање пресуде о претходном приговору и, евентуално, опозивање позитивног налаза у погледу надлежности налази се у инхерентном овлашћењу Суда да утврди властиту надлежност (принцип *compétence de la compétence*) како у њеном ужем тако и ширем значењу.

У ужем смислу, као што је изражено у члану 36, тачка 6 Статута, Суд доноси одлуке о надлежности у случајевима спорова између страна у погледу своје надлежности. Одлуке Суда о надлежности сходно члану 36, тачка 6 могу бити двојаке: пресуде о претходном приговору уложеном у складу са чланом 79 Правила Суда; и одлуке које се доносе о непрелиминарном приговору. Оно што је карактеристично за одлуке о непрелиминарним приговорима је то да се доносе у фазама поступка које нису фаза разматрања претходних приговора, углавном у фази у којој би требало да се разматра меритум и која се у пракси Суда одређује као фаза пресуде о надлежности (случај *Nottebohm*) или једноставно пресуде у другој фази (спорови *South West Africa*). Стварно значење последњег израза је у ствари друга фаза разматрања надлежности, с обзиром на то да је пресуда о претходном приговору донета раније.

Међутим, по општем схватању, Суд је обавезан да се стално бави питањем надлежности независно од поступка страна у спору. Суд то постиже применом принципа *compétence de la compétence* у његовој широј форми²⁶ као основом за акцију *Sua proprio motu*.

„Да се стално бави”, без праве акције Суда, нема практичног ефекта у односу на суштинско питање – да ли Суд има надлежност *in casu*. Суд, имајући у виду своју надлежност *ex officio* од тренутка када је поступак почео па све до његовог окончања, доноси разне одлуке у том погледу. Прецизније, *compétence de la compétence* Суда:

„Није ограничена на верификовање у сваком појединачном спору да ли Суд може разматрати меритум... Проширењем домета овлашћења о коме је реч (*compétence de la compétence*) на све ствари обухваћене инцидентаном надлежношћу Суда, Суд је утврдио ово овлашћење као претпрелиминарну функцију највишег степена коју Суд врши”.²⁷

²⁵ ICJ Reports, 1966, 36–38.

²⁶ *Nottebohm*, ICJ Reports, 1953, 120.

²⁷ I. Shihata, *The power of International Court to determine its own jurisdiction*, Dordrecht 1965, 41–42.

Само прихватање од стране Суда као први корак процедуралне природе подразумева деловање принципа *compétence de la compétence* акцијом Суда *proprio motu*. Потреба да се прибегне принципу *compétence de la compétence* непосредно произилази из чињенице да прихватање од стране Суда није аутоматска последица одговарајућих акција страна у спору, а прихватање од стране Суда није проста чињеница већ судски акт повезан с надлежношћу Суда.²⁸

Без примене принципа *compétence de la compétence* као принципа општег међународног права било би правно немогуће утврдити надлежност Суда да наложи привремене мере, будући да тужена страна може уложити приговоре на надлежност Суда, сходно члану 79 Правила, у року утврђеном за подношење противтужбе, а страна која није тужена страна, у року утврђеном за подношење првог пледоајеа. Примена поменутог принципа у овом случају има за резултат судску претпоставку одговарајућој надлежности Суда у форми „надлежности *prima facie*“.²⁹

13. Посебан положај одлуке Суда о претходном приговору постоји у погледу оба аспекта правила *res judicata* – његове обавезујуће снаге и коначности.

Схватање о изричитој релативности одлуке о надлежности Суда прожима скуп прописа којима се регулише делатност Суда. Правила која се односе на претходне приговоре груписана су у пододељку 2 одељка Д Правила Суда, под насловом „Инцидентни поступак“. Такво место правила о претходним приговорима наводи на закључак, као што је Суд констатовао у споровима Југозападна Африка (друга фаза),³⁰ да је пресуда о претходном приговору „привременог карактера“, што подразумева провизоран, а не коначан карактер. Надаље, члан 79, тачка 1 Правила Суда, којом се предвиђа да „било какав приговор (...) у погледу надлежности Суда или допустивости... **или други приговор** у вези с којим се тражи одлука пре било каквог даљег поступка о меритујму, изражава *per se* релативну коначност пресуде о претходним приговорима. Међутим, претходним приговорима као таквим не исцрпљују се приговори у погледу надлежности Суда. Још у току 80-тих година XX века развила се јуриспруденција Суда, подржана праксом држава, у смислу да се ствар³¹

²⁸ Види случај *Nottebohm*, ICJ Reports, 1953, 122; *Meritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, Надлежност: допустивост, 1995, стр. 23, тачка 43.

²⁹ *Legality of Use of Force, Preliminary Objections*, ICJ Reports, 2004, Individual Opinion of Judge Kreća, par. 12.

³⁰ ICJ Reports, 1966, p. 38, para 61.

³¹ Види S. Rosenne, *The reconceptualization of objections in the ICJ, Comunicazioni e studi*, volume quattordicesimo, 1975, 735–761.

не исцрпљује формалном процедуром претходног приговора, као и да се непрелиминарним приговорима, као што се може видети из случаја *Nottebohm*. Непрелиминарни приговори о надлежности Суда дају повода за примену принципа *compétence de la compétence* схваћеног, као што сам и раније навео,³² у ужем смислу.

Конечно, принцип *compétence de la compétence* схваћен у општем смислу може се видети у Резолуцији о интерној судској пракси Суда у њеној одредби у којој се наводи да „Суд може **приступити разматрању меритума случаја или, уколико је та фаза већ достигнута, глобалног питања да ли је, конечно, Суд надлежан или захтев допустив**“.³³ Чини се да је јасно да је „глобално питање“ „такво питање које би се нормално појавило тек након расправе о свим ранијим питањима и меритуму“ (тј. након што је о **суштини било које појединачне фазе на тај начин одлучено**).³⁴

14. Кад је реч о обавезујућој снази пресуде о претходним приговорима, чини се да је јасно да она не ствара правне обавезе *stricto sensu* које стране у поступку морају поштовати. Страна која је уложила претходни приговор који је Суд одбацио не сноси никакве правне последице ако, на пример, одлучи да не учествује у поступку за који се Суд прогласио надлежним. Позитивна пресуда у поступку о претходном приговору пре ствара процесни терет за ту страну него правну обавезу *stricto sensu*. Штавише, подносилац тужбе такође нема правну обавезу да образложи захтев. Иако позитивна одлука о надлежности ствара процесни терет у односу на тужену страну, у односу на подносиоца тужбе она представља чисто процесно право које он користи са апсолутном дискрецијом (*discretio legalis*) а да не сноси никакве санкције у поступку због непоступања у складу са словом позитивних одлука о надлежности.

У ствари, позитивна пресуда у фази поступка о претходним приговорима ствара обавезу Суда да приступи фази расправе о меритуму, али судска акција Суда у том погледу зависи од одговарајућих акција страна у спору.

Насупрот пресуди о надлежности, пресуда о меритуму спора има обавезујући ефекат у смислу стварања правних обавеза за стране у спору, тако да се „ниједна страна не може унилатералним средствима ослободити обавезе по међународном праву да спроведе пресуду у доброј вери.“³⁵

³² Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium, Judgment), Пресуда, paras 43–50.

³³ Члан 8 (II) (b); *наглашавање додато*.

³⁴ S. Rosenne, *Procedure in the International Court, A commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, The Hague 1983, 232, *наглашавање додато*.

³⁵ *Société Commerciale de Belgique (1939)*, P.I.C.J., Series A/B, No. 78, 176.

16. Релативнији карактер одлука о надлежности Суда упоређењу с коначношћу пресуде о меритуму спора оправдава се по више основа.

Питања надлежности по правилу нису основна питања у споровима пред Судом, нити представљају *raison d'être* обраћања у спору у Суду. Случајеви, као што је Жалба у вези с надлежношћу Савета *ИКАО*,³⁶ у којима Суд делује као апелациони суд, представљају једине изузетке.

Стране у спору се обраћају Суду да би заштитиле субјективно право или интерес у смислу материјалног права, а не због питања надлежности као таквог. Позитивна пресуда о питањима надлежности успоставља само неопходан предуслов за решавање главног питања које се тиче материјалног права, у смислу да даје странама легално право или намеће обавезу позитивне или негативне природе. У том смислу, пресуда о питањима надлежности је „чисто декларативне природе и никада не може створити неко право, тј. поверити самом Суду надлежност која није заснована на применљивим правилима права, било општим било посебним”.³⁷

Другим речима, пресуда о питањима надлежности је пре зависна него независна по својој природи а, према томе, и по својим ефектима. Она не ствара нову правну ситуацију у смислу материјалног права нити даје налог да се изврши нека радња пошто не наводи како право о којем се стране споре треба да буде примењено.³⁸

Опозивање пресуде о надлежности од стране неког суда који делује у оквиру својих судских прерогатива у спору који се разматра не утиче знатно, ако уопште утиче, на стабилност и предвидљивост као *rationale* коначности пресуде, коју заступа већина.³⁹ Ово због тога што предмет овде нису материјална права и обавезе страна у спору. Будући да позитивна одлука о надлежности само даје право да суд разматра захтев и да о њему донесе одлуку, тешко је рећи да опозивање може имати за резултат поремећај правних односа по основу материјалног права. Једини поремећај о којем се може говорити у случају опозивања позитивне одлуке о надлежности је нарушавање процесног односа успостављеног одлуком о надлежности, које је пре ствар субјективних очекивања страна у спору него ствар *ordre public* који лежи у основи коначности одлуке Суда.

³⁶ ICJ Reports, 1972.

³⁷ Individual Opinion of Judge, Rostvorovski, *Certain Interests in Polish Upper Silesia*. *P.C.I.J. Series A*, бр. 6, 32.

³⁸ За класификацију међународних пресуда, видети *Encyclopedia of Public International Law*, III, 1997, 33–34.

³⁹ Пресуда, тачка 116.

Напротив, ако би Суд, након усвајања одлуке о надлежности а пре доношења своје пресуде о меритуму, нашао да је његова одлука погрешна из било којег разлога, Суд би очевидно злоупотребио своје овлашћење ако би се придржавао правила *res judicata*. Тако, уместо да оснажи правило *res judicata*, инсистирање на коначности одлука о надлежности у свим околностима ишло би на његову штету, паралишући, па чак и поништавајући деловање Суда као суда права и правде, јер, поред унутрашњих, конститутивних елемената правила *res judicata*, постоји фундаментални спољни услов, односно неопходна ваљаност одлуке Суда у смислу материјалног и процедураног права.

Коначно, релативнији карактер одлука о надлежности, кад је реч о коначности, произилази или може произићи из деловања принципа *compétence de la compétence*. Прецизније, принцип *compétence de la compétence* делује искључиво у односу на питања надлежности.

17. У практичном смислу, релативност одлука о надлежности, нарочито пресуда о претходним приговорима као формалне врсте одлуке о надлежности, могла би бити резултат одмеравања два разлога који се разликују по својој природи:

1. Посебних околности које представљају објективни елемент, који проистиче из законитости које налажу опозивање одлуке о надлежности; и
2. Субјективног елемента, који подразумева спремност суда да размотри ствар.

Што се тиче елемента, мада у извесној мери патетично, стоји упозорење да би „међународне пресуде у будућности, ако не и глобални мир, могле, што је парадоксално, зависити од способности нашег врховног судског органа да изговори *mea culpa*“.⁴⁰

18. Коначно, и Суд је изгледа ишао *contra factum proprium*.

Наиме, у мају 2001. године, Савезна Република Југославија поднела је документ под називом Иницијатива Суду да поново размотри надлежност *ex officio* у односу на Југославију, којом се од Суда тражило да пресуди и изјави да у односу на њу нема надлежност *ratione personae*. Захтев се заснивао на аргументу да Савезна Република Југославија није била чланица Статута Суда до свог пријема у чланство УН-а 1. новембра 2000. године и да није била чланица Конвенције о геноциду.⁴¹ По-

⁴⁰ W. M. Reisman, “Revision of the South Africa West Africa Case – An Analysis of the Grounds of Nullity in the Decision of 18 July 1966 and Methods of Revision“, *The Virginia Journal of International Law*, vol. 7, No. 1, 4.

⁴¹ Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, ICJ Reports 2007, par. 26.

ред тога, Југославија је тражила да Суд обустави поступак о меритуму док се не донесе одлука о Иницијативи.⁴²

У писму од 3. децембра 2001. године, Босна и Херцеговина је затражила од Суда, *inter alia*, да „негативно одговори на захтев садржан у Иницијативи“.⁴³

Поступајући по овој ствари, Суд је одлучио, као што показује писмо Регистрара од 12. јуна 2003. године, да не може да обустави поступак.

Што се тиче преиспитивања надлежности Суда о овом случају, констатовано је, *inter alia*, следеће:

„Суд... као што је, у ствари, наведено у документу *Иницијатива Србије и Црне Горе* и као што је Суд раније истакао, има право да разматра питања надлежности *proprio motu*, и 'мора увек утврдити да има надлежност'.⁴⁴ **Не треба ни напомињати да Суд неће донети пресуду о меритуму овог спора уколико не утврди да има надлежност. Уколико Србија и Црна Гора буде желела да изнесе нови аргумент Суду о питањима надлежности за време усмене расправе о меритуму, она то може слободно учинити.**⁴⁵

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Bower, George Spencer, Turner, Alexander Kingcome, *The Doctrine of Res judicata*, Butterworths, London 1969;
2. Vincent, Jean, *Procédure civile*, Dalloz, Paris 1978;
3. *Encyclopedia of Public International Law*, III, 1997;
4. Etinski, Rodoljub, Tubić, Bojan, "International Law and the Rule of Law", *Annals of the Faculty of Law*, vol. 64, 3/2016;
5. Kaser, Max, *Das romische Zivilprozessrecht*, MCMLXVI;
6. Крећа, Миленко, *Међународно јавно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012;
7. Perrot, R., *Chose jugée, Répertoire de procédure civile et commerciale*, 1955, I, бр. 8;
8. Pugliese, Giovanni, *Guidicato civile*, Enciclopedia di diritto XVI, 1969;
9. Reisman, W. M., "Revision of the South Africa West Africa Case – An Analysis of the Grounds of Nullity in the Decision of 18 July 1966 and Methods of Revision", *The Virginia Journal of International Law*, vol. 7, No. 1;

⁴² *Ibid.*

⁴³ Пресуда, тачка 28.

⁴⁴ *Жалба која се односи на надлежност Савета ICAO*, ICJ Reports 1972, p. 52.

⁴⁵ Писмо од 12. јуна 2003.

10. Rosenne, Shabtai, *The reconceptualization of objections in the ICJ, Comunicazioni e studi*, volume quattordicesimo, 1975;
11. Rosenne, Shabtai, *Procedure in the International Court, A commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, Nijhoff, The Hague 1983;
12. Simpson, J. L., Fox, M., *International Arbitration – Law and Practice*, 1959;
13. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/>;
14. Shihata, Ibrahim, *The power of International Court to determine its own jurisdiction*, Springer, Dordrecht 1965;
15. Walker, Ronald Jack, Ward, Richard, *The English Legal System*, 1885, Vol. 6.

Правни извори и документи

1. European Commission for Democracy through law (Venice Commission/ Rule of Law Checklist, Adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session, 2016;
2. *Von Tiedemann v. Polish State, Rec. TAM, t. VI*;
3. ICJ Reports, 1953;
4. ICJ Reports, 1955;
5. ICJ Reports, 1962;
6. ICJ Reports, 1966;
7. ICJ Reports, 1972;
8. ICJ Reports, 1974;
9. ICJ Reports, 2004, Legality of Use of Force, Preliminary Objections, Individual Opinion of Judge Kreća;
10. Individual Opinion of Judge, Rostvorovski, *Certain Interests in Polish Upper Silesia. P.C.I.J. Series A*, br. 6;
11. Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium, Judgment);
12. *Société Commerciale de Belgique (1939), P.I.C.J., Series A/B, No. 78.*