

*Prof. dr Ivana Krstić**

PRIRODA MEĐUNARODNOG PRAVA

Miodrag Jovanović, *The Nature of International Law*,
Cambridge University Press, 2019, 272 str.

„Pravnik koji proučava pravnu teoriju nalazi da sigurno postoji mnogo zanimljivih objašnjenja prirode i funkcije prava. I upravo u tome je problem. Postoji i suviše takvih obrazloženja koja nisu međusobno kompatibilna.“¹

Ovaj prikaz započinje rečima Filipa Elota, koje najbolje oslikavaju činjenicu da razumevanje međunarodnog prava zavisi od njegovih polaznih teorijskih postavki. Knjiga *The Nature of International Law (Priroda međunarodnog prava)* autora Miodraga Jovanovića predstavlja kapitalno delo koje se bavi, kako sam autor kaže, raspravom o filozofiji međunarodnog prava. Ova knjiga je mnogo više od toga i predstavlja pionirski poduhvat da se rasvetli pravna priroda međunarodnog prava, koje se po mnogo čemu razlikuje od nacionalnog prava. Značaj ove knjige leži u činjenici da je pravna teorija ignorisala međunarodno pravo kao svoj predmet istraživanja, često osporavajući da se uopšte radi o pravu zbog niza njegovih specifičnih obeležja. Međutim autor vrlo vešto ukazuje i na neke sličnosti međunarodnog i unutrašnjeg prava, nastojeći da iznađe drugačiju prizmu gledanja pozivanjem na nove pravne teorije. Tako ova monografija na maestralan način, u sedam poglavlja, rasvetljava ovo pitanje, pružajući sveobuhvatnu analizu pravne prirode međunarodnog prava.

U prvoj glavi, autor vodi čitaoca na istorijsko putovanje i do začetaka ideje da su određena pravna pravila od univerzalne važnosti, što predstavlja osnovu prirodnopravne teorije prava. Ova teorija, koja polazi od toga da su osnovne vrednosti izražene u prirodnim pravima važnije od volje i suvereniteta država, ustupa svoje mesto u XIX veku pozitivističkoj teoriji.

* Redovna profesorka na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu;
e-mail: ikrstic@ius.bg.ac.rs

1 Allot, P., 1998, True Function of Law in International Community, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 5, p. 391.

Pozitivizam predstavlja jedan od dva teorijska osnova koji dovode u sumnju značaj međunarodnog prava,² polazeći od toga da se pravo razlikuje od širih i labavijih normativnih struktura po svojoj imperativnoj prirodi. Kako međunarodno pravo ne poznaje centralizovano telo za izvršenje sankcija, te moćne države ne mogu biti primorane da preduzmu radnje ili se od njih uzdrže bez njihove volje, stav pozitivista je da se međunarodno pravo ne može smatrati istinskim pravom, što dolazi do izražaja u analitičkoj jurisprudenciji Bentama, Ostina i Harta. Hart posebno naglašava da pravna pravila koja važe za države liče na vrlo jednostavnu formu društvene strukture, koja se može smatrati za „primitivnu“. Upravo u ovom delu autor pojašnjava razvoj skepticizma prema međunarodnom pravu i odbacuje Kelzenov pristup da se metodološki set alata jednako primenjuje na različite grane prava, uključujući i međunarodno pravo. Drugim rečima, Jovanović kritikuje insistiranje na istoj metodološkoj aparaturi, koje je Kelzenove stavove o međunarodnom pravu učinilo ranjivim na kritike. Većina savremenih pravnih filozofa ne obraća pažnju na međunarodne norme i ne odgovara na pitanje da li je tačna pretpostavka da međunarodno pravo može biti osvetljeno upotrebom istih metateorijskih alata kao i u nacionalnom pravu ili je primarna uloga pravne teorije da ukaže na prirodu nacionalnog prava. Istovremeno, internacionalisti imaju ambivalentan odnos prema ovom pitanju jer s jedne strane kritikuju pravne filozofe što se bave temom koja im nije bliska, a s druge se trude da pokažu izvestan prezir prema preteranom teoretisanju u oblasti međunarodnog prava. Jovanović se posebno ne slaže sa mišljenjem čuvenog međunarodnog pravnika Braunlija da „teorija nema stvarnih koristi i često prikriva mnogo zanimljivija pitanja“, ali za to krivi teoretičare prava koji se ovim pitanjem nisu bavili u dovoljnoj meri, ili su to činili sa malo entuzijazma, poput Harta. Autor posebno mesto daje savremenim teorijama u pozitivističkoj tradiciji i u pravnom ne-pozitivizmu. Kao najistaknutiju teoriju pravnog ne-pozitivizma Jovanović ističe teoriju Dvorkina koji je u početku režim međunarodnog prava posmatrao kao „parohijalan“, istovremeno zasnivajući teoriju o ljudskim pravima na koncepciji dostojanstva, koja po njemu ima status univerzalne, objektivne i moralne istine, da bi kasnije i međunarodno pravo posmatrao kroz etičku koncepciju jedinstva vrednosti.

Autor u drugoj glavi ističe da konceptualno pitanje koje se tiče suštine međunarodnog prava prvo zahteva izbor odgovarajućeg metodološkog pristupa. Potom autor iznosi argumente protiv esencijalizma kao metodološkog pristupa, koji polazi od prirode ili suštine prava i seta koncep-

2 Druga teorijska perspektiva izvedena je iz međunarodnih odnosa i poznata je kao realizam, koji tvrdi da države postoje u sveukupnom kontekstu međunarodne anarhije koja ih tera na neprekidnu konkurenciju u ostvarivanju svojih zasebnih interesa.

tualno neophodnih istina, odnosno od esencijalnih, nužnih, apriornih i univerzalnih elemenata prava, kako to definiše Hima i potvrđuje Grin. Polazeći od kritika nove sociološkopravne teorije (na primer Tamanaha) i razvijajući Šauerove ideje, Jovanović zastupa stav da je potrebno okrenuti se ka tipičnim, a ne neophodnim elementima, te da pravo nema nužne i esencijalne katakteristike jer je proizvod jednog tipa društvenih aktivnosti. Drugim rečima, apriorni elementi prava ne odgovaraju društvenoj realnosti. Tako Jovanović ističe da konceptualna analiza dovodi do arbitrarnog i selektivnog izveštavanja o društvenoj praksi koja predstavlja „univerzalne karakteristike prava“, dok se često koriste „granični slučajevi“ uprkos činjenici da je ono suprotno jednoj od glavnih premisa ovog metoda. Takođe, Jovanović ističe da ovaj metod počiva na psihološkoj pretpostavci koja je suprotna skorim eksperimentalnim rezultatima u oblasti kognitivne psihologije, koja u fokus stavlja percepcije. Rezultati istraživanja su pokazali da se koncepti posmatraju kao niz karakteristika grupisanih oko određene vrste prototipa. Autor kreće od analitičke tradicije, ali napušta dominantan pristup analitičke jurisprudencije i uvodi prototipsku teoriju koncepata, koja ima za cilj da objasni fenomen prava. Prototipska teorija polazi od toga da je pravo „žanr“, „tip ljudske aktivnosti“, koje je donekle različito od drugih društvenih praksi, što vodi formulisanju pravnih koncepata koji se shvataju kao predstavljanje grupe karakteristika okupljenih oko nekih prototipskih slučajeva. Drugim rečima, grupe karakteristika određenog prototipa vode ka formulaciji koncepata prava. Upravo ova teorija autoru pruža okvir za detektovanje tipičnih karakteristika koje čine fenomen međunarodnog prava i o kojima raspravlja u narednom poglavlju.

Tako je treća glava posvećena analizi tipičnih karakteristika međunarodnog prava. Osnovna teza autora je da se društvena praksa ocenjuje kroz kategoriju „prava“: 1) ukoliko se sastoji iz pravila koja su usmerena na koordinisanje ponašanja aktera i na rešavanje njihovih sporova (normativnost – *normativity*); 2) ukoliko poseduje institucije koje mogu da ocenjuju da li su te norme povređene (institucionalnost – *institutionality*); 3) ukoliko je norma garantovana u vidu nekog prinudnog mehanizma (garancija prinude (*coercive guaranteeing*); i 4) ukoliko su pravila podložna proceni u svetlu pravde (svojtvo pravednosti – *justice-aptness*). Ove tipične karakteristike, koje variraju zavisno od konteksta, dalje se uspešno i detaljno obrazlažu u knjizi, uz osvrt i na fenomen fragmentacije međunarodnog prava. Autor ova obeležja analizira, naglašavajući da ona zavise od društvenog konteksta (jednostavna v. moderna društva/domaći v. međunarodni v. transnacionalni nivo) koji predstavlja okvir za istraživanje da li ih međunarodno pravo poseduje i u kom obimu.

Četvrta glava detaljno je posvećena izučavanju prvog elementa – normativnosti, koju autor dovodi u pitanje iz epistemološke perspektive (kako utvrđujemo postojanje norme) i perspektive praktične racionalnosti (kako norma pruža razloge za delanje). Na početku rasprave, autor ispituje načine za utvrđivanje postojanja neke pravne norme, a polaznu osnovu čini Kelzenovo razumevanje „važenja“ kao postojanja određene norme koja se može utvrditi kroz doktrinu formalnih izvora prava. Potom se ovaj pristup analizira na međunarodnom planu, gde se ukazuje na postojanje pojedinih izvora iz kojih pravila mogu biti izvučena i analizirana. Jovanović se osvrće na Besonovo podsećanje da izvori međunarodnog prava ukazuju na „processe na osnovu kojih je međunarodna norma stvorena, izmenjena i ukinuta“, ali i na mesta gde se važeće međunarodne norme mogu pronaći. Autor se bavi pitanjem formalnih izvora prava, naročito u kontekstu bilateralnih sporazuma i jednostranih akata država, kao i odluka međunarodnih organizacija. U ovom delu, dalje se diskutuje o pojedinim pitanjima, poput: 1) kako odvojiti i razlikovati međunarodnu normu od prostog akta volje; 2) kako utvrditi važeću normu međunarodnog običajnog prava; 3) kako utvrditi šta predstavlja imperativna norma (*jus cogens*) međunarodnog prava; 4) kako utvrditi šta je obaveza *erga omnes*; i 5) kako utvrditi prestanak važenja međunarodne norme na osnovu njene neefikasnosti (*desuetudo*). Kod analize prvog pitanja, autor se slaže da sankcija podrazumeva mere koje su korišćene od strane, ili uz ovlašćenje međunarodne zajednice. Međutim, autor postavlja pitanje validnosti unilateralne akcije koja je preduzeta u cilju sprovođenja nekog međunarodnog „zajedničkog dobra“. U tom smislu, autor posebno obrađuje primer Kosova. Kod pitanja utvrđivanja postojanja običajne norme, autor ukazuje na problem sa oba njena elementa: dokaz opšte prakse i *opinio juris* i kritikuje odsustvo metodološkog pojašnjenja utvrđivanja postojanja, sadržine i domašaja običajne pravne norme od strane Međunarodnog suda pravde, istovremeno se oslanjajući na Talmonov argument da je praktično nemoguće istražiti praksu i *opinio juris* dvesta država. Za internacionaliste je posebno zanimljiva rasprava o identifikaciji *jus cogens* normi, u kojoj autor analizira tri pitanja, na koja po D’Amatu treba odgovoriti: 1) koja je korisnost od imperativne norme; 2) kako ona nastaje i 3) kako prestaje da važi. S druge strane, kod utvrđivanja postojanja *erga omnes* obaveza, autor analizira pet zajedničkih elemenata po Ragaciju: usko definisane obaveze; negativne obaveze, odnosno zabrane; striktne obaveze, odnosno dužnosti – sve proizlaze iz imperativnih normi i predstavljaju instrument za glavne političke ciljeve koji se ogledaju u očuvanju mira i promovisanju fundamentalnih ljudskih prava. Poslednje pitanje u ovom delu rasprave tiče se argumenta da norma koja je uporno neefikasna, gubi svoje važenje. Au-

tor ispravno zaključuje da Bečka konvencija o ugovornom pravu ne sadrži ovaj osnov za prestanak ugovora, što podržava i jedan broj teoretičara, poput Bosa, ali ukazuje da je odgovor na ovo pitanje kompleksniji kada je reč o običajnom pravu.

Autor u drugom delu ove glave raspravlja o tome kako norme navode na određeno delanje. I tu polazi od tradicionalnog stava da pravne norme isključuju sve suprotstavljene razloge za suprotno ponašanje subjekata, što ih čini obavezujućim. Jovanović polemíše da ovakav stav treba da bude napušten jer otvara nerešive paradokse „namere“ (*Rodriguez-Blanco*) i „praktičkog autoriteta“ (*Hurd*) i dolazi do zaključka da nema ničeg posebnog u normativnosti prava. Takvo razumevanje prava navodi na gradaciju pravne normativnosti, koja je od važnosti za razmatranje relativne normativnosti međunarodnog prava i mekog prava (tzv. „*soft law*“). Tako autor naglašava da je pravo samo jedan od normativnih poredaka, odnosno da njegova normativnost nije nešto što čini nužnom njegovu obaveznost, zagovarajući relativnu normativnost međunarodnog prava.

U petoj glavi Jovanović se bavi pitanjem institucionalizacije međunarodnog prava, koja počiva na horizontalnosti i ravnoteži snaga. U prvom delu se iznose specifičnosti međunarodnog prava u pogledu stvaranja i primene prava, koja se ogleda u tome da subjekti prava ujedno i donose pravne norme u vidu ugovornih i običajnih pravnih pravila, dok je upitno u kojoj meri ovu ulogu imaju drugi nedržavni entiteti. Zbog značaja Ujedinjenih nacija, autor posebno ispituje pravno stvaralačku sposobnost dva glavna organa organizacije – Generalne skupštine i Saveta bezbednosti. U drugom delu ovog poglavlja, autor se bavi pitanjem institucionalizacije presuda u međunarodnom pravnom poretku tako što ukazuje na pojavu sve većeg broja međunarodnih sudova i tribunala (Međunarodni sud pravde, arbitražni sudovi itd.), koji prvo moraju da identifikuju neko pravno pravilo, a potom da odluče da li je ono prekršeno. U knjizi se iznosi rasprava o tome da li ova međunarodna sudska tela danas aktivno doprinose stvaranju međunarodnog prava. Jovanović zaključuje da odgovor na ovo pitanje u velikoj meri zavisi od razumevanja sudskog tumačenja i od precedentne prirode različitih međunarodnih režima za presuđivanje. Treći deo ovog poglavlja posvećen je analizi postojanja sankcije, odnosno uloge prinude u garantovanju poretka i nedostatku centralizovanog izvršnog organa na međunarodnom planu. Autor polazi od stavova Hatavejeve i Šapira da i na nacionalnom nivou mehanizmi za sprovođenje norme ne počivaju na prvom mestu na upotrebi fizičke sile, kao što je pogrešan pristup tvrditi da se pravna norma može garantovati samo kroz jedan oblik prinude. U tome upravo leži specifičnost međunarodnog prava, a autor posebno naglašava ulogu sankcionisanja u vidu „spoljašnjeg izopštavanja“

(*external ousting*), kada se prekršiocu norme odriče saradnja i članstvo, često od strane onih koji se nalaze izvan režima. Ipak, Jovanović naročito naglašava da to ne znači da je upotreba fizičke sile potpuno odsutna iz međunarodnog prava, te svi postojeći mehanizmi ukazuju da je moguće operisati u okviru sledećih kategorija: unutrašnjih i fizičkih; spoljašnjih i fizičkih; unutrašnjih i nefizičkih; spoljašnjih i nefizičkih. Takođe, on ukazuje da model spoljašnjeg izopštavanja ima i neka svoja ograničenja, o čemu su pisali Hatavejeva i Šapiro. Drugim rečima, on zavisi od višeg stepena saradnje između subjekata u pravnom režimu; faktička nejednakost država kao primarnih subjekata međunarodnog prava dovodi do toga da će moćne države ovaj mehanizam smatrati manje pretećim; postoji opasnost da izopštavanje bez prinude neće postići cilj; kao i činjenica da izvršenje mere zavisi od otkrivanja povrede.

Šesto poglavlje posvećeno je svojstvu pravednosti prava. U ovom delu autor se bavi analizom funkcije stvaranja i primene prava u vidu koordinisanog ponašanja subjekata i u rešavanju njihovih sporova, a radi raspodele izvesnih prava i obaveza. Namera autora je i da se osvrne na pravednost same norme, polazeći od Aristotelove klasične podele na distributivnu i korektivnu pravdu i analizu koliko se međunarodno pravo može podvesti pod ove termine. Dok distributivna pravda podrazumeva da stvari treba da budu podeljene tako da sve strane dobiju svoj udeo prema nekoj relevantnoj zasluzi, korektivna pravda podrazumeva aritmetičku proporciju i odnosi se kako na voljne tako i na nevoljne odnose.

U poslednjem, sedmom poglavlju, autor ukazuje na fenomen fragmentacije međunarodnog prava. Autor smatra da ova odlika međunarodnog prava ne mora nužno značiti i nešto loše. Posebno se naglašava da međunarodni akteri, naročito sudski, mahom sebe doživljavaju kao nosioce jedinstvenog pravnog poretka i postupaju na način da međunarodno pravo predstavlja uređen normativni sistem. U ovom delu, autor polazi od Hartovog argumenta da međunarodno pravo ima „jednostavnu formu društvene strukture“ nasuprot razvijenim pravnim sistemima zbog svojih institucionalnih nedostataka i nepostojanja jedinstvenih pravila o priznanju. Potom se bavi fragmentacijom kroz prizmu rada Komisije za međunarodno pravo. Autor iznosi mišljenje da je od ključne važnosti da sudski organi različitih režima koriste tehnike tumačenja na takav način da međunarodno pravo sagledavaju kao koherentan i jedinstven sistem pravila, dok se različiti izvori koriste kao sredstva tumačenja za rešavanje sporova. Jovanović se posebno oslanja na izjavu Sime da „ako ima međunarodnih institucija koje su konstantno i mukotržno svesne neophodnosti očuvanja koherentnosti međunarodnog prava, to su upravo međunarodni sudovi i tribunali“. Drugim rečima, oni se mogu posmatrati kao nosioci jedinstvenog međunarodnog poretka.

Jovanović na kraju zaključuje da međunarodno pravo poseduje sve tipične karakteristike centralnog slučaja prava kao „žanra“, koje imaju izvesne specifičnosti. On osporava da je međunarodno pravo neodređeno, a ne slaže se ni sa često korišćenim argumentom da je fragmentacija međunarodnog prava njegova jedinstvena karakteristika. Autor ukazuje da korišćenje određenog člana u naslovu njegove knjige (*the*) treba razumeti kao pokušaj da pruži novo i unapređeno pojašnjenje međunarodnog prava. I zaista, knjiga upravo to i predstavlja, jer su „posebnosti“ međunarodnog prava dodatno osvetljene, a Jovanović na inovativan način teorijski rasvetljava fenomen međunarodnog prava. Na kraju, knjiga širi optimizam među internacionalistima jer na opsežan i ilustrativan način potvrđuje da postoje posebne karakteristike međunarodnog prava koje učvršćuju tezu da je međunarodno pravo doista i pravo i da mu ne treba osporavati normativni karakter zbog svih nesavršenosti koje ga prate.

Dostavljeno Uredništvu: 13. novembra 2020. godine

Prihvaćeno za objavljivanje: 25. novembra 2020. godine