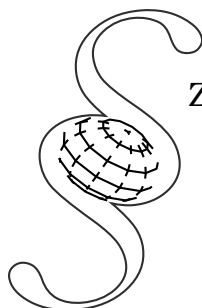


Rosalyn Higgins

# PROBLEMI IN PROCES

Mednarodno pravo in kako ga uporabljamo



Zbirka Mednarodno pravo

**ROSALYN HIGGINS  
PROBLEMI IN PROCES  
Mednarodno pravo in kako ga uporabljamo**

**Naslov izvirnika:  
PROBLEMS & PROCESS  
International Law and How We Use It**

© Clarendon Press, Oxford, UK, 1994. Avtorske pravice za prevod urejene.

**Zbirka Mednarodno pravo**

Glavni urednik zbirke:  
dr. Andraž Zidar

Odgovorna urednica zbirke:  
doc. dr. Ana Polak Petrič

Sekretarka zbirke:  
Kristina Nastovska

Izdajatelja in založnika:  
Fakulteta za družbene vede, Založba FDV, Ljubljana in Ministrstvo za zunanje zadeve Republike Slovenije  
Za založbo: Hermina Krajnc  
Ljubljana 2018

Spremna beseda:  
dr. Andraž Zidar

Prevod:  
Breda Negro Marinič

Strokovna redakcija:  
dr. Andraž Zidar, dr. Dominika Švarc Pipan, Danijela Horvat, doc. dr. Ana Polak Petrič

Lektoriranje:  
mag. Nevenka Gajšek

Oblikovna zasnova knjige:  
Dušan Zidar, akad. kip. spec.

Avtorski prispevki v knjigi ne izražajo uradnih stališč izdajateljev.

Vse pravice za slovensko izdajo pridržane. © MZZ RS in Založba FDV, 2018.  
Fotokopiranje in razmnoževanje po delih in v celoti je prepovedano.

Izid knjige je podprla Javna agencija za raziskovalno dejavnost Republike Slovenije.

---

# KAZALO

## SPREMNA BESEDA

Problemi in proces: teoretično podkrepljena uporaba mednarodnega prava (dr. Andraž Židar) .....	V
PREDGOVOR K SLOVENSKI IZDAJI .....	XV
PREDGOVOR .....	XVII
KRATICE .....	XIX
1. NARAVA IN VLOGA MEDNARODNEGA PRAVA .....	1
2. VIRI MEDNARODNEGA PRAVA: IZVOR IN PROBLEMI .....	17
3. UDELEŽENCI V MEDNARODNOPRAVNEM SISTEMU .....	39
4. DODELITEV PRISTOJNOSTI: JURISDIKCIJA .....	56
5. IZJEME OD JURISDIKCIJSKE PRISTOJNOSTI: IMUNITETE PRED TOŽBO IN IZVRŠITVIJO .....	79
6. ODZIV NA POTREBE POSAMEZNIKA: ČLOVEKOVE PRAVICE .....	97
7. SAMOODLOČBA .....	113
8. NARAVNI VIRI IN MEDNARODNE NORME .....	131
9. ODGOVORNOST IN ŠKODNA OBVEZNOST: PRAVO ODGOVORNOSTI DRŽAV .....	147
10. ORGANIZACIJA ZDRUŽENIH NARODOV .....	173
11. REŠEVANJE SPOROV IN MEDDRŽAVNO SODIŠČE .....	189
12. VLOGA DOMAČIH SODIŠČ V MEDNARODNIH SODNIH POSTOPKIH .....	207
13. OMOGOČITI NEMOTENO DELOVANJE MEDNARODNEGA PRAVA: PRAVIČNOST IN SORAZMERNOST .....	222
14. INDIVIDUALNA UPORABA SILE V MEDNARODNEM PRAVU .....	241

15. UPORABA SILE ORGANIZACIJE ZDRUŽENIH NARODOV .....	257
SKLEP .....	270
PREGLED POJMOV .....	271
RECENZIJI .....	275

**Dr. Andraž Zidar**

## **SPREMNA BESEDA**

### **Problemi in proces: teoretično podkrepljena uporaba mednarodnega prava**

Knjiga “Problemi in proces” britanske avtorice Rosalyn Higgins v slovensko pravo prinaša izvirne in pronicljive poglede na splošni del mednarodnega prava in je zanj z značilnostmi anglosaške pravne tradicije, kot so pragmatičnost, natančnost, zdravorazumskost in ustvarjalnost, dobrodošla obogatitev.

Leta 1991 je Britanski inštitut za mednarodno in primerjalno pravo, ki je v svetovnem merilu eno od vodilnih raziskovalnih središč mednarodnega prava, izdal zbornik z naslovom “Teorija in mednarodno pravo: uvod”.<sup>1</sup> V enem od prispevkov je Colin Warbrick opisal svojo izkušnjo med študijem prava na Univerzi v Cambridgeu v šestdesetih letih prejšnjega stoletja. Študentom so prepovedali sklicevanje na dela znanega ameriškega profesorja Myresa McDougala, ki je bil začetnik politično-znanstvenega pristopa (*policy-science approach*) v mednarodnem pravu z utemeljitvijo, da je McDougal zasnoval “teorijo” mednarodnega prava, kar naj bi bilo v tistem času “nevarno”.<sup>2</sup> V drugem prispevku je Anthony Carty opozoril, da je angleška tradicija mednarodnega prava pretirano pozitivistična. Za to naj bi bili odgovorni vodilni teoretiki v Angliji med obema vojnoma. Lassa Oppenheim, Arnold McNair, James Brierly in Hersch Lauterpacht naj bi ustvarili t. i. praktični pristop k mednarodnemu pravu, svoje učence pa v tem duhu usmerili predvsem v delovanje pred sodišči in preučevanje “prava v akciji”, torej sodnih pravnih virov.<sup>3</sup>

Čprav sta obe misli precej kritični, večinoma še vedno odražata sodobni britanski pristop k mednarodnemu pravu. Zanj sta značilna doktrinarno nezaupanje do “teorije” kot nečesa, kar je ločeno od “pravne realnosti”,<sup>4</sup> kakor tudi prepričanje, da teoretična

---

1 P. Allott, T. Carty, M. Koskeniemi in C. Warbrick, *Theory and International Law: An Introduction*, British Institute of International and Comparative Law, London, 1991.

2 C. Warbrick, ‘Introduction’, v prav tam, str. xi.

3 A. Carty, ‘Theory and Teaching’, v prav tam, str. 77.

4 ‘Interview with Sir Robert Jennings’, v A. Cassese, *Five Masters of International Law*, Hart Publishing, Oxford in Portland (OR), 2011, str. 126.

dognanja nimajo ustrezne vrednosti, če niso podkrepljena z uspehi v praksi. Pri tem je seveda treba dodati, da gre za vpliv tradicije občega prava (*common law*), v katerem je pravo predvsem proces, ki ga ustvarjajo sodniki. Zato je pravo v sistemu občega prava veliko bolj življenjsko in zdravorazumsko. Britanska tradicija je usmerjena v podrobno preučevanje zapisanih besed (t. i. *black letter law*) v besedilih veljavnega prava (*lex lata*). Prav zaradi te rigorozne osredotočenosti na preučevanje besed (t. i. tekstualizem) in njihov učinek v praksi so britanski pravniki mojstri v obrti uporabljanja mednarodnega prava, kakor je pravno obrtništvo opredelil Wilfred Jenks.<sup>5</sup>

Zato ne preseneča, da sta si preučevanje mednarodnega prava v britanski doktrini in praksi konceptualno tako blizu, da med njima dejansko ni razlike. Britanski vladni pravni svetovalci, ki v mednarodnem merilu slovijo po svoji kakovosti, so poleg udeleževanja v praksi tudi razmišljajoči in ustvarjalni (npr. Frank Berman, Gerald Fitzmaurice, Cecil Hurst, Arthur Watts, Michael Wood in drugi).<sup>6</sup> Mnogi izmed njih so se po koncu svetovalne kariere preselili v akademsko sfero. Po drugi strani so tudi britanski akademiki praviloma uspešni v pravni realnosti kot odvetniki, svetovalci ali sodniki (npr. Ian Brownlie, Robert Jennings, Vaughan Lowe, Maurice Mendelson, Danesh Sarooshi, Malcolm Shaw in drugi). Odraz tega je eden vodilnih britanskih učbenikov mednarodnega prava "Oppenheimovo mednarodno pravo: 1. del, mir" (*Oppenheim's International Law: Volume 1 Peace*), ki sta ga souredila akademik Jennings in praktik Watts. V bistvu gre pri obeh urednikih za pozitivistični pristop k mednarodnemu pravu, ne glede na to, ali izvira iz doktrine ali prakse. To hkrati pomeni, da britanski mednarodnopravni tradiciji vendarle manjka globlja teorija, kot sta pravilno ugotavljala Warbrick in Carty.

A treba je dodati, da je v zadnjih letih britansko mednarodno pravo svoj domet razširilo z raznovrstnimi teoretičnimi pristopi. Na britanskih pravnih fakultetah imajo, na primer, postkolonialni pristop na SOAS University v Londonu, marksistični na Birkbeck University v Londonu, sociološki na London School of Economics and Political Science (LSE), transnacionalni na King's College London, širši družbeni kontekst na Univerzi v Kentu, kritični študij prava na Univerzi v Glasgowu. Vendar tako na navedenih kakor tudi na drugih vodilnih britanskih pravnih fakultetah Univerze v Cambridgeu, Univerze v Oxfordu in University College London še vedno prevladuje pozitivistična usmeritev.

5 W. Jenks, 'Craftsmanship in International Law', 50 *American Journal of International Law* 1956, str. 32–60.

6 A. Zidar in J.-P. Gauci, 'Introduction: Legal Advisers as the Visible College of International Lawyers', v A. Zidar in J.-P. Gauci (ur.), *The Role of Legal Advisers in International Law*, Brill-BIICL, Leiden-London, 2016, str. 2.

Rosalyn Higgins je glede na to dobrodošla izjema. Dodiplomski in magistrski študij je opravila na Univerzi v Cambridgeu in s tem pridobila najbolj kakovostno temeljno pravno izobrazbo.<sup>7</sup> Nato se je odpravila na doktorski študij na pravno fakulteto Univerze Yale v ZDA. Tam je bil njen mentor prav omenjeni Myres McDougal (skupaj s še enim pravnim velikanom Oscarjem Schachterjem), ki so ga nekaj let pozneje na Cambridgeu odsvetovali, ker naj bi razvil svojo "teorijo".

Na Rosalyn Higgins je McDougal naredil izjemen vtis.<sup>8</sup> Po njenih besedah je bil "izjemno karizmatična, argumentativna, močna osebnost".<sup>9</sup> Izhodišče McDougalove teorije je, da pri mednarodnem pravu ne gre za pravila sama po sebi, temveč da je uporaba teh pravil odvisna od širšega vrednostnega in družbenega konteksta. To je bilo za R. Higgins prava osvežitev po študiju na Cambridgeu, ki je bil osredotočen le na zapisano pravo.<sup>10</sup> Pri McDougalu na Yalu je bil študij R. Higgins intenziven tudi po sokratični metodi, ki je od študentov zahtevala dobro vnaprejšnjo pripravo na predavanja, na katerih so bili brez milosti udeleženi v nepredvidljivem argumentativnem dialogu s profesorjem. Ta pedagoška metoda, ki razpravljalce spodbuja k ustvarjalnemu mišljenju, je za R. Higgins pomenila standard, ki ga je pozneje tudi sama prevzela v svoj predavateljski slog.<sup>11</sup>

Glede na to, da R. Higgins konceptualno spada v McDougalovo šolo, ki ji pravimo tudi newhavenska ali yalska šola po sedežu oziroma imenu Univerze Yale, je smiselno predstaviti njene glavne značilnosti.<sup>12</sup>

McDougal je svoj pristop k mednarodnemu pravu zasnoval skupaj s kolegom Haroldom Lasswellom, profesorjem politologije na Yalu. Želela sta preseči razumevanje, da je pravo statično in se ukvarja le z dejstvi. Razumela sta ga kot proces, ki usmerja vedénje

---

7 L. Dingle in D. Bates, 'Biography: Dame Rosalyn Higgins', Squire Law Library, University of Cambridge <<https://www.squire.law.cam.ac.uk/eminent-scholars-archivedame-rosalyn-higgins/biography-dame-rosalyn-higgins>>.

8 'Interview with Sir Robert Jennings', str. 164.

9 L. Dingle in D. Bates, 'Conversation with Dame Rosalyn Higgins, former President of the International Court of Justice', Squire Law Library in Faculty of Law, University of Cambridge, 14. marec 2014, str. 7 <[https://www.squire.law.cam.ac.uk/sites/www.law.cam.ac.uk/files/images/www.squire.law.cam.ac.uk/legacy/Media/Eminent%20Scholars%20Archive%20Transcripts/rosalyn\\_higgins\\_interview.pdf](https://www.squire.law.cam.ac.uk/sites/www.law.cam.ac.uk/files/images/www.squire.law.cam.ac.uk/legacy/Media/Eminent%20Scholars%20Archive%20Transcripts/rosalyn_higgins_interview.pdf)>.

10 Prav tam, str. 7–8.

11 Prav tam, str. 13.

12 Za celovit pregled te šole glej A. Bianchi, *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*, OUP, Oxford, 2016, str. 91–109.

ljudi na podlagi širših družbenih dejavnikov. To so vrednote (na primer človekovo dostojanstvo), moč in družbeni cilji. Uporaba in vsebina pravnega pravila tako ni vnaprej določena in je odvisna od vpliva navedenih dejavnikov.<sup>13</sup>

Newhavenska šola pravo razume kot konstitutivni proces, v katerem "skušajo različne skupine in posamezniki na podlagi delujoče moči in njene avtoritete ustvariti, obdržati ali spremeniti temeljne institucije odločanja v skupnosti".<sup>14</sup> Ta proces ni organski, temveč zbir odločitev, v katerem ima moč pomembno vlogo.<sup>15</sup> Model procesa, v katerem je moč prevladujoči dejavnik, tako zajema: (i) medsebojno povezane udeležence, (ii) položaje oziroma prizorišča, v katerih so predvidene odločitve, (iii) določena ravnanja udeležencev za uveljavljanje temeljnih vrednot, (iv) temeljne moči, iz katerih udeleženci oblikujejo svoje zahteve ter učinke teh odločitev na vrednostne lastnosti udeležencev in drugih subjektov.<sup>16</sup> V tem okviru je pravo proces avtoritativnih in nadzorujočih odločitev. Pravo je še vedno predpisujoče in predvideva, da morajo biti norme učinkovite, razumske in vključujoče.<sup>17</sup> Vendar za razliko od običajnega pojmovanja prava kot sistema ustaljenih pravnih pravil newhavenska šola razume pravo kot proces avtoritativnih odločitev, ki temeljijo na moči.<sup>18</sup> To je hkrati tudi šibkost tega pristopa, kajti njegovi kritiki so mu očitali, da je idealen pravni pristop za udejanjanje interesov in ciljev velikih sil.<sup>19</sup> Vendar je treba moč razumeti ne le kot "golo fizično ali vojaško moč", temveč kot Lasswellovo opredelitev odnosov. Politologa Harold Lasswell in Abraham Kaplan sta moč razumela kot sodelovanje pri oblikovanju odločitev. Subjekt ima moč nad drugim subjektom na podlagi vrednot,

13 Glej 'Reflections on the New Haven School: An interview of Professor Myres S. McDougal by Professor W. Michael Reisman', recorded on 9 June 1982, Yale Law School, United Nations Audio Visual Library of International Law <[http://legal.un.org/avl/lm/McDougal\\_IL.html](http://legal.un.org/avl/lm/McDougal_IL.html)>.

14 M. W. Reisman, 'Law from the Policy Perspective', v M. McDougal in M. W. Reisman, *International Law Essays: A Supplement to International Law in Contemporary Perspective*, The Foundation Press, Mineola (NY), 1981, str. 11.

15 Prav tam, str. 11–12 in M. S. McDougal, 'The Law School of the Future: From Legal Realism to Policy Science in the World Community', 56 *Yale Law Journal* 1947, str. 1348.

16 M. McDougal, 'Law as a Process of Decision: A Policy-Oriented Approach to Legal Study', 66 *Natural Law Forum* 1956, str. 66.

17 M. S. McDougal in M. W. Reisman, 'The Prescribing Function in World Constitutive Process: How International Law is Made', 6 *Yale Studies in World Public Order* 1980, str. 273.

18 O. Schachter, 'McDougal's Jurisprudence: Utility, Influence, Controversy', 79 *ASIL Proceedings* 1985, str. 267 in M. Koskenniemi, *Blagi prosvetitelj narodov: vzpon in padec mednarodnega prava*, Založba FDV-MZZ, Ljubljana, 2012, str. 258.

19 A. Peters, 'There is Nothing more Practical than a Good Theory: An Overview of Contemporary Approaches to International Law', 44 *German Yearbook of International Law* 2001, str. 32.



ki so del odločanja prvega, te vrednostno pogojene odločitve pa se prenašajo na drugi subjekt in s tem usmerjajo njegovo ravnanje.<sup>20</sup>

Rosalyn Higgins je predstavnica zmernosti v newhavenski šoli. Čeprav še vedno uporablja njen konceptualni okvir, veliko bolj poudarja normativno naravo prava kakor McDougal in njegovi sodelavci. A tudi pri njej normativnost ni tako močna kakor pri tradicionalnih pravnih pristopih, na primer pozitivizmu. R. Higgins poudari, da je mednarodno pravo normativni sistem, namenjen doseganju skupnih vrednot.<sup>21</sup> Vendar tudi poudari, da normativni sistem ne temelji le na pravnih pravilih.<sup>22</sup> Mednarodno pravo je celota političnih dejavnikov, ki vključujejo obravnavo zunajpravnih dejavnikov in pravil na podlagi zbranih preteklih odločitev in veljavnih norm.<sup>23</sup> Če bi mednarodno pravo sestavljala le pravila, to ne bi bil ustrezen koncept za soočanje in spopadanje s spreminjajočim se svetom.<sup>24</sup> Zato avtorica mednarodno pravo razume kot proces, ki umešča pravila v širši družbeni kontekst: "Mednarodna skupnost ni statični koncept: zajema odločanje mnogoterih držav glede neskončnega števila vprašanj in v zelo raznolikih okoliščinah."<sup>25</sup> V duhu newhavenske šole R. Higgins nadaljuje:

Kadar ... odločitve sprejemajo pooblašcene osebe ali organi na ustreznih forumih v okviru določenih ustaljenih običajnih postopkov in norm, potem gre za *pravno* odločanje. Z drugimi besedami, mednarodno pravo je neprekinjen proces avtoritativnih odločitev.<sup>26</sup>

Prepustnost mednarodnega prava kot odločevalskega procesa mōči omogoča, da se uveljavi kot temeljni dejavnik v procesu avtoritativnih odločitev. Avtorica natančneje razloži razmerje med pravom, avtoriteto in mōčjo:

Vendar pa *ni res*, kot se velikokrat domneva, da se mednarodno pravo ukvarja *le* z avtoriteto in da je "mōč" nekakšna protiutež avtoriteti in nima nobene zveze s pravom ter mu *celo* škoduje. To stališče, ki mōč odžene v skrajno temo (torej na področje mednarodnih odnosov), predvideva, da lahko avtoriteta obstaja v

20 H. D. Lasswell in A. Kaplan, *Power and Society: A Framework for Political Inquiry*, Yale University Press, New Haven (CT)-London, 1969, str. 75.

21 Higgins, *Problemi in proces: mednarodno pravo in kako ga uporabljamo*, prvo poglavje.

22 Prav tam.

23 Prav tam.

24 Prav tam.

25 R. Higgins, 'Policy Considerations and the International Judicial Process', 17 *International and Comparative Law Quarterly* 1968, str. 58.

26 Prav tam, str. 58-59.

popolni odsotnosti nadzora ali moči, ki sta ji v podporo. Toda to je izmišljena predstava. Avtoriteta, ki je značilna za pravo, ne obstaja v brezračnem prostoru, ampak natančno tam, kjer se križa z močjo. Pravo je prepletanje avtoritete in moči in je daleč od tega, da bi bilo avtoriteta, ki se bori proti moči.<sup>27</sup>

Ker je moč sestavni del prava, R. Higgins sklene, da je mednarodno pravo odločevalski proces, v katerem odločajo pooblašteni odločevalci, kadar avtoriteta in moč sovpadata.<sup>28</sup> To pomeni, da R. Higgins konceptualno ostaja v okvirih newhavenske šole, ki razume pravo kot proces avtoritativnih odločitev. Vendar je njen poudarek na normativni sestavi močnejši kakor pri McDougalu. Avtoriteta in moč sta sestavna dela prava. Iz širšega konteksta mednarodnih odnosov vstopata v proces avtoritativnega odločanja in vplivata na izid v obliki uporabe pravil mednarodnega prava.

Newhavenski pristop je z leti postajal vse pomembnejši in se je v sodobni ameriški doktrini mednarodnega prava, vključno z vsemi izpeljavami, uveljavil kot prevladujoči teoretični pristop.<sup>29</sup> Nekateri njegovi predstavniki menijo, da ta pristop omogoča sprejemanje odločitev višje kakovosti, ker sproža vprašanja, ki jih ni v nobenem tradicionalnem pristopu k pravi.<sup>30</sup>

R. Higgins sama ocenjuje, da ni značilna predstavnica newhavenske šole, temveč da uporablja poenostavljeno obliko tega pristopa, ki temelji na bistveno manjšem številu odločevalskih spremenljivk kakor v izvorni McDougalovi zasnovi.<sup>31</sup> Če to opredelitev povežemo z dejstvom, da R. Higgins izhaja iz britanske tradicije, ki temelji na poglobljeni analizi pravnih besedil in praktičnem pristopu, lahko sklenemo, da gre za izvorno predstavnico anglosaške pravne tradicije, ki združuje prvine britanskega in ameriškega pristopa k mednarodnemu pravi.

To je tudi temeljna značilnost pričujoče knjige, ki prinaša anglosaški pogled na mednarodno pravo. Ta je za slovensko javnost še toliko bolj zanimiv, ker takšnih del v slovenščini primanjkuje. V uvodnem poglavju avtorica predstavi svoj teoretični pristop k pravi. V nadaljevanju se loti vseh temeljnih tem, ki jih mora vsebovati celovito delo o mednarodnem pravi, od virov mednarodnega prava, udeležencev v mednarodnem sistemu, vprašanj jurisdikcije in imunitet, človekovih pravic in načela samoodločbe

---

27 Higgins, *Problemi in proces*, prvo poglavje.

28 Prav tam.

29 Za izvedbene ali sorodne oblike glej Bianchi, *International Law Theories*, str. 101–109.

30 S. Wiessner, 'The New Haven School of Jurisprudence: A Universal Toolkit for Understanding and Shaping the Law', 18 *Asia Pacific Law Review* 2010, str. 61.

31 Dingle in Bates, 'Conversation with Dame Rosalyn Higgins', str. 30.

narodov, naravnih virov, odgovornosti držav, delovanja sistema OZN, načel in pravil reševanja mednarodnih sporov pred sodišči, do individualne in kolektivne uporabe sile. Za vsako poglavje je značilno, da avtorica problemsko osvetli področje in nato s soočanjem različnih pogledov in argumentov, ki mnogokrat temeljijo na bogatih izkušnjah avtorice iz prakse (R. Higgins je bila tudi uspešna odvetnica pred britanskimi sodišči), razreši uvodno dilemo. Zato je branje te odlične knjige, ki je ponekod zahtevno, prava osvežitev. S svojo angažiranostjo bralca pritegne, da sodeluje na miselni poti in se neprenehoma opredeljuje do problemskih vprašanj mednarodnega prava. Čeprav je knjiga iz leta 1994, je ena njenih največjih odlik aktualnost njene vsebine. Rešitve, ki jih je podala R. Higgins, so bile na "pravi strani zgodovine", kar je najpomembnejše merilo za ocenjevanje intelektualnega dela. Zato lahko to knjigo še danes uporabljamo kot vir, priročnik, učbenik ali problemsko razpravo glede perečih vprašanj, ki se zastavljajo na problemskem obzorju mednarodnega prava.

V nadaljevanju predstavljamo strokovno pot Rosalyn Higgins, ki se je vzpenjala in vila skozi njene različne strokovne vloge in intelektualne prispevke.<sup>32</sup> R. Higgins je bila naprej raziskovalka na LSE (1961–1963). V tem času je dokončala doktorsko disertacijo in jo uspešno zagovarjala na Univerzi Yale. To delo je leta 1963 izšlo kot knjiga z naslovom "Razvoj mednarodnega prava skozi politične organe Združenih narodov" (*Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*). V letih 1963–1974 je svojo kariero nadaljevala na Kraljevem inštitutu za mednarodne zadeve (*Chatham House*), kjer se je osredotočila na raziskovanje področja ohranjanja miru. Na to temo je pripravila serijo knjig, ki so izšle z naslovom "OZN in ohranjanje miru: dokumenti in komentar" (*UN Peacekeeping: Documents and Commentary*). Deli iz serije o Bližnjem vzhodu in Aziji sta izšli leta 1969 oziroma 1971, o Afriki in Evropi pa nekoliko pozneje, leta 1980 oziroma 1981. R. Higgins je nadaljevala akademsko kariero kot predavateljica na LSE (1974–1978). V tem času je postala odvetnica pred britanskimi sodišči in zunanja pravna svetovalka naftne družbe *Mobil North Sea*, kjer je dobila dober vpogled v področje naravnih virov, delo pa je pomenilo strokovni izziv pri nadaljnjem razvoju mednarodnega prava. V letu 1978 je Rosalyn Higgins sprejela vabilo Univerze v Kentu in postala profesorica in predstojnica katedre za mednarodno pravo. Tam je dokončala navedena dela iz serije o ohranjanju miru.

Na Univerzi v Kentu je ostala do leta 1981, ko se je vrnila na LSE, kjer je kot profesorica in predstojnica mednarodnopravne katedre delovala vse do leta 1995. V letu 1994 je izšla pričujoča knjiga "Problemi in proces: mednarodno pravo in kako ga uporabljamo" (*Problems and Process: International Law and How We Use It*), ki jo je R. Higgins napisala na podlagi predavanj na Haaški akademiji za mednarodno pravo v letu 1991. Vabilo za predavanja na Haaški akademiji prejmejo le najboljši mednarodni pravniki.

32 Biografske informacije so vzete iz prispevka Dingle in Bates, 'Biography: Dame Rosalyn Higgins'.

Gre za izjemno čast, ki v mednarodnopravnih krogih ustreza pomenu Nobelove nagrade. V tem obdobju jo je doletela še ena pomembna čast, ko je bila leta 1984 izvoljena v Odbor Združenih narodov za človekove pravice, članica katerega je bila do leta 1995. Temeljna naloga tega odbora je bedeti nad tem, da države pogodbenice izvajajo obveznosti iz Mednarodnega pakta o državljanskih in človekovih pravicah.

V tej vlogi je pomembno njeno prizadevanje, da države naslednice nekdanje SFRJ prevzamejo vse pogodbene obveznosti predhodnice glede človekovih pravic. Kot opiše v svojem biografskem intervjuju, jo je nekega dne poklical David Owen, tedaj sopredsedujoči konference za nekdanjo Jugoslavijo. Vprašal jo je, če bo odbor kaj naredil za to, da bodo naslednice spoštovale človekove pravice. R. Higgins je o tem govorila s tedanjim predsednikom odbora Italijanom Faustom Pocarjem. Odbor je sprejel načelno stališče, da so države naslednice zavezane k spoštovanju pravic in obveznosti nekdanje Jugoslavije po Mednarodnem paktu o državljanskih in političnih pravicah. Kmalu zatem je odbor vse države naslednice posamično povabil na sestanek in razpravo o tem vprašanju in vse so pritrldile njihovem izhodišču, da jih določbe pakta zavezujejo še naprej.<sup>33</sup> Rosalyn Higgins ima tako pomembne zasluge, da so države naslednice nekdanje Jugoslavije prevzele vse mednarodne obveznosti nekdanje SFRJ glede človekovih pravic. To je bila ena od pomembnih podlag za poznejše vzpostavljane odgovornosti za kršitve v času vojn na tem območju.

Njena kariera se je še naprej vzpenjala. Leta 1995 je postala prva sodnica, ki je bila izvoljena v Meddržavno sodišče v Haagu. Na tem položaju je ostala do leta 2009. Kot sodnica si je pridobila izjemen ugled, o čemer priča dejstvo, da je bila v letih 2006–2009 izvoljena za njegovo predsednico. Iz sodniškega obdobja je znano njeno ločeno mnenje v svetovalnem mnenju Sodišča glede jedrskega orožja.<sup>34</sup> Za razliko od večine je R. Higgins menila, da je v primeru, ko realnost oboroženega napada ogroža obstoj naroda, uporaba jedrskega orožja v samoobrambi dopustna. To stališče je bilo deležno precejšnjih kritik v stroki.<sup>35</sup> Stališče R. Higgins je bolj razumljivo, če vemo, da izhaja iz newhavenskega pristopa, po katerem ima moč pomembno vlogo. Hkrati ta pristop zaradi upoštevanja vrednot mednarodne skupnosti omogoča, da bi bil lahko v primeru vsesplošne prepovedi jedrskega orožja – kar je hvalevreden, a za zdaj še utopičen cilj – izid tudi drugačen.

33 Dingle in Bates, 'Conversation with Dame Rosalyn Higgins', str. 19.

34 Glej Dissenting Opinion of Judge Higgins, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I), str. 583.

35 Glej npr. A. Anghie, *Sovereignty, Imperialism and the Making of International Law*, CUP, Cambridge, 2004, str. 293.

Ena od pomembnejših sodb Meddržavnega sodišča v času predsedovanja R. Higgins je obsodba Srbije in Črne Gore zaradi nespoštovanja določenih vidikov Konvencije proti genocidu glede vojne na območju BiH, predvsem zaradi kršitve dolžnosti preprečitve genocida v Srebrenici leta 1995 in neizročitve obtoženih za genocid in druga mednarodna hudodelstva (Ratka Mladića in drugih) Mednarodnemu kazenskemu sodišču za nekdanjo Jugoslavijo.<sup>36</sup> Leta 2009 je R. Higgins izdala obsežno knjigo "Teorije in teme" (*Theories and Themes*), ki je zbirka esejev, člankov, govorov in ločenih sodniških mnenj. Dejansko gre za zbrano delo njenih krajših prispevkov.

Leta 2007 je Rosalyn Higgins prejela prestižno nagrado švicarske fundacije Balzan za prispevek k razvoju mednarodnega prava po letu 1945.<sup>37</sup> R. Higgins je nagrado z veseljem sprejela, ne le zaradi velike časti, temveč ker ji je omogočila dokončati že dalj časa načrtovani projekt "Oppenheimovo mednarodno pravo: Združeni narodi" (*Oppenheim's International Law: United Nations*).<sup>38</sup> K pisanju tega dela, ki naj bi celovito obravnavalo sistem Organizacije združenih narodov, sta jo povabila urednika "Oppenheimovega mednarodnega prava" Jennings in Watts že leta 1994. V pismu sta zapisala:

"To ne bo knjiga o ustavah, pravnih predpisih in pravilih [mednarodnih organizacij]", sta dejala. "To bo knjiga o stvareh, kakor *dejansko so*." Pravna realnost, sta pojasnila, je tisto, kar se pričakuje od knjige za praktike – in tisto, kar je razlikovalo *Oppenheim* od drugih pravnih besedil, je, da gre za knjigo za praktike (čeprav je zanimiva tudi za akademike).<sup>39</sup>

R. Higgins je imela veliko pomislekov, ker se je zavedala, da gre za obsežen projekt, ki bo zahteval ogromno vložnega dela in časa. Že omenjena nagrada Balzan, pomemben del katere je tudi finančni prispevek, ji je omogočila zbrati skupino mlajših sodelavcev in z njihovo pomočjo dokončati projekt. Veličastno delo, ki obsega več kakor 1500 strani, je izšlo konec leta 2017.

Prvi pogoj za dokončanje tega projekta je bilo seveda dejstvo, da se je R. Higgins po koncu mandata na Sodišču leta 2009 upokojila in ni bila več zasedena s sodniškimi

---

36 Glej Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, str. 43.

37 Glej <<http://www.balzan.org/en/prizewinners/rosalyn-higgins>>.

38 Glej R. Higgins, 'Oppenheim's International Law: United Nations', 16. oktober 2017, EJIL: Talk! <<https://www.ejiltalk.org/oppenheims-international-law-united-nations/>>.

39 R. Higgins, 'Preface', v R. Higgins, P. Webb, D. Akande, S. Sivakumaran in J. Sloan, *Oppenheim's International Law: United Nations*, OUP, Oxford, 2017, str. v.

obveznostmi. A kljub tem je še vedno polno dejavna na mednarodnopravnem področju. V letih 2011–2016 je bila predsednica Britanskega inštituta za mednarodno in primerjalno pravo. V tem času je bila več let tudi častna podpredsednica Ameriškega združenja za mednarodno pravo.

Prevod knjige “Problemi in proces” v slovenščino je bil zahteven projekt predvsem iz dveh razlogov. Ker gre za avtorico, ki izvira iz anglosaške pravne tradicije, je bilo treba mnogokrat najti pomenske ustreznice izrazov, ki v slovenskem pravem sistemu in izrazoslovju ne obstajajo. Pri tem smo upoštevali vsebino in smo se izogibali dobesednemu prevodu pojmov. Hkrati gre za delo, ki je bilo objavljeno pred skoraj četrto stoletja, kar pomeni, da se je mednarodno pravo razvijalo naprej. Zato smo na mestih, kjer je bilo to potrebno, dodali redaktorske opombe, ki zainteresiranemu bralcu zagotavljajo dodatne informacije in vire glede napredka ter pregled nad sodobnim stanjem mednarodnega prava.

Tega projekta ne bi mogli izpeljati brez skupine izjemnih in predanih strokovnih sodelavcev, ki so mu namenili mnogo truda in časa. Na začetku bi se rad zahvalil prevajalki Bredi Negro Marinič za odlično opravljeno delo, ki je bilo zelo zahtevno in je vključevalo strtje številnih prevajalskih orehov. Iskreno se zahvaljujem tudi sodelavkam, strokovnim redkatoricam dr. Ani Polak Petrič, Danijeli Horvat in dr. Dominiki Švarc Pipan, s katerimi smo z natančnim pregledom besedila zagotovili ustreznost prevoda in dodali potrebne vsebinske dopolnitve. Dr. Iztoku Simonitiju in Kristini Nastovski se zahvaljujem za dodatni strokovni pregled besedila in koristne predloge. Iskrena zahvala gre tudi mag. Nevenki Gajšek za lekturo celotnega besedila, Marčeli Novljan Lovrinčič za moralno podporo projektu, Dušanu Zidarju za pripravo naslovnice, Miši Pejić Prosen za tehnično pomoč in Hermini Krajnc za njegovo izpeljavo.

Upam, da nam je uspelo ohraniti svežino, miselno globino in dinamičnost knjige “Problemi in proces”, ki slovenski javnosti prikaže prepotrebni anglosaški pogled na mednarodno pravo, predvsem pa zavedanje, da je pravna realnost del vsakdanjega življenja, ki prinaša veliko strokovnih izzivov, vodi v zdravorazumski razmislek in ponuja ustvarjalne pravne rešitve.

## PREDGOVOR K SLOVENSKI IZDAJI KNJIGE *PROBLEMI IN PROCES*

V predgovoru k angleški izdaji te knjige iz leta 1994 je razloženo, kako sem izbrala temo (da mednarodno pravo ni le niz pravil, ampak boljše rečeno proces, ki ga izvajajo pooblaščenimi odločevalci, da dosežejo želeni izid, ki odraža skupne vrednote) za cikel splošnih predavanj o mednarodnem javnem pravu, ki sem ga imela na Haaški akademiji. V njem je tudi pojasnjeno, da namen knjige *Problemi in proces* ni v tem, da bi bila dokončna razprava o celotnem mednarodnem pravu, ampak bolj raziskovanje nekaterih temeljnih idej mednarodnega prava.

Zelo sem zadovoljna, kadar mi univerzitetni profesorji in vladni pravni svetovalci povedo, da je knjiga *Problemi in proces* vplivala na njihove karijerne izbire in stališča. V zadnjih letih pa sem posebej vesela, da se knjiga še vedno dobro prodaja in da jo skoraj petindvajset let po prvem izidu profesorji mednarodnega prava še vedno želijo predstaviti svojim študentom. Tako se zdi, da je vsebina, ki jo delim z bralci, tudi danes pomembna. Zelo sem hvaležna Andražu Zidarju in njegovim kolegom za prevod te knjige v slovenščino, saj bo s tem dostopna novi in posebni generaciji mednarodnih pravnikov.

Hkrati je treba takoj priznati, da se je pravni svet od leta 1994 precej spremenil. Ko sem poleti 1995 prišla na Meddržavno sodišče, to ni imelo spletne strani. Tista, ki jo je sodišče izdelalo, je bila ena prvih, če ne celo prva, ki jo je vzpostavilo katero od obstoječih mednarodnih sodišč. Internet in možnosti, ki jih ta daje akademikom, študentom in pravnim strokovnjakom, so močno spremenile način raziskovanja. Dolge ure v knjižnici je v glavnem zamenjalo tisto, kar lahko hitro najdemo na naših računalnikih. Menim pa, da to dejstvo ni vplivalo na bistvo knjige – da besedila potrebujejo razlago, da je nanizane odločitve iz preteklosti treba razumeti v njihovem kontekstu in da je podpora določenim vrednotam zelo pomembna.

Seveda so nekateri intelektualni spopadi, ki so potekali v času objave angleške izdaje knjige, zdaj pravzaprav dobljene bitke. Zdaj je splošno priznano, da legitimni protagonisti mednarodnega prava niso le suverene države. Na voljo je veliko literature o nedržavnih akterjih. Ta nova stvarnost se odraža v domiselnosti, s katero je Meddržavno sodišče omogočilo Palestini in Kosovu, da sodelujeta pri določenih svetovalnih mnenjih.

V zadnjih letih se je uresničilo tudi to, da imajo nacionalna sodišča pomembno vlogo pri uporabi in oblikovanju mednarodnega prava. Danes se od nacionalnih sodnikov (in odvetnikov) pričakuje, da imajo temeljno znanje o mednarodnem pravu in se zanj tudi zanimajo. Obstajajo pravna poročila, osredotočena na nacionalne odločitve, pomembne za mednarodno pravo. Imamo odlična predavanja in članke na to temo.

Seveda pa se zdaj ukvarjamo z novimi temami, na primer s pravnim statusom brez-pilotnih letalnikov (dronov), poglobljanjem mednarodnega humanitarnega prava v zadnjem času ter z razcvetom mednarodnih sodišč na splošno in še zlasti mednarodnega kazenskega prava.

Kljub vsemu še vedno drži, da je mednarodno pravo mnogo več kot le reševanje sporov. Ukvarja se tudi s preprečevanjem in obvladovanjem sporov. Na vsak način je tudi res, da se vsi spori ne rešujejo najbolje z uporabo mednarodnega prava. Včasih pravna upravičenja in kršitve v okviru nekega vprašanja ne nakažejo najboljše poti naprej. To resničnost ponazarjajo primeri, kot sta izraelsko-palestinsko vprašanje in spor glede Falklandskih oziroma Malvinskih otokov.

Odgovori na številne pravne dileme v svetu v nekem danem času so večinoma odvisni od razumevanja narave in namena mednarodnega prava.

Upam, da bodo bralci ob branju te knjige v slovenščini začutili, da jim daje intelektualna orodja za reševanje pravnih problemov, tako starih kakor tudi novih.



## PREDGOVOR

Vsakemu mednarodnemu pravniku je povabilo kuratorija Haaške akademije, da prevzame cikel splošnih predavanj iz mednarodnega prava, največja čast. Zadnji Britanec, ki je imel cikel splošnih predavanj, je bil James Fawcett leta 1971. Zahvaljujem se za povabilo, naj predstavim svoja stališča o mednarodnem pravu v petnajstih predavanjih, in za odločen namig kuratorija, da želijo osebne poglede na to temo.

Toda težko je opisati razsežnost naloge, ki jo prinaša ta čast, ali težave, ki jih pomeni. Ali je res še kaj novega ali zanimivega, kar bi se dalo povedati, ali nista že vsa modrost in znanje zbrana v knjižni zbirki splošnih predavanj? Težava je bila še toliko večja, ker je bilo v zadnjih letih nekaj izjemnih splošnih predavanj: posebej lahko omenim predavanja profesorjev Michela Virallyja, Oscarja Schachterja in Louja Henkina.

Bile pa so še druge težave. Ali ne bi pregled korpusa mednarodnega prava v petnajstih predavanjih nujno privedel do površne obravnave predmeta? Navsezadnje bi za vsako temo, ki bi jo izbrala za eno predavanje, obstajala obsežna literatura v številnih jezikih in pogosto tudi zajetna sodna praksa. Kako bi lahko bilo mogoče ustrezno in celovito prikazati katero koli od teh tem?

Več mesecev se je zdelo, da so to nerešljivi in v resnici neobvladljivi problemi. Potem pa mi je sodnik sir Robert Jennings QC, predsednik Meddržavnega sodišča, pokazal žarek upanja. Pametno mi je svetoval, da nikoli ne smem spregledati dejstva, da ne pišem dokončne razprave o celotnem mednarodnem pravu, ampak da študentom le predavam o temeljnih idejah mednarodnega prava.

Po tem nasvetu se je naloga zdela za malenkost manj strašljiva. Seveda se bo še vedno treba čim bolj poglobiti v obsežno literaturo o vsaki temi. Toda moja naloga ne bo povzeti ali strniti vsega, kar je bilo kdaj povedanega o dani temi, ampak bolj ponuditi svoje poglede in ideje. Učena pisanja, praksa držav, sodne in arbitražne odločbe bodo v pomoč pri odločanju, katera so ključna vprašanja, o katerih želim izraziti svoje mnenje.

Ta odločitev skupaj z vztrajanjem, s katerim so mi dali vedeti, da je cikel splošnih predavanj mišljen kot sredstvo za osebna stališča in filozofijo, sta hitro privedla do še ene odločitve. Moja predavanja ne bodo potekala po ustaljenih naslovihi poglavij v učbenikih; prav tako ne bodo skušala obravnavati vsake zadeve, ki bi morala biti vključena v učbenik ali univerzitetni predmetnik. Naše naloge so bile drugačne.

Toda če naj predavanja ne bi potekala po naslovih v učbenikih, kakšno temo naj bi obravnavala? Kolega mi je predlagal, da se lahko osredotočim na mednarodno pravo in reševanje sporov. Toda mednarodno pravo in reševanje sporov sta le del zgodbe. Bistvo mednarodnega prava, če ga ustrezno razumemo, je izogibanje sporom ali njihovo obvladovanje kakor tudi njihovo reševanje. Razumevanje, da mednarodno pravo obravnava predvsem reševanje sporov, vključuje določene filozofske podlage, ki bi jih bilo koristno raziskati.

Ta cikel splošnih predavanj ni ne razprava ne učbenik. Je niz predavanj, v katerih skušam storiti dvoje. Prvič, skušam pokazati, da je bistveno in neizogibno izbrati med pojmovanjem mednarodnega prava kot sistema nevtralnih pravil in mednarodnega prava kot sistema odločanja, cilj katerega je doseganje določenih opredeljenih vrednot. Drugič, namesto ponovnega opisovanja vseh že dogovorjenih načel mednarodnega prava sem namenoma pisala o zdajšnjih številnih zapletenih in neodgovorjenih vprašanih v mednarodnem pravu. Skušala sem pokazati, kako sprejemanje mednarodnega prava kot procesa vodi k določenim ustrežnejšim rešitvam teh pomembnih nerešenih problemov.

Imela sem še dva cilja drugotnega pomena. Eden je bil pokazati, da pri procesu, ki ga imenujemo mednarodno pravo, ne gre le za reševanje sporov. Želela sem tudi pokazati študentom, kako se stvari sestavijo. Iz tradicionalne organiziranosti učbenikov težko razberemo, kako se koncepti uporabljajo v nepričakovanih okoliščinah in na nepričakovanih krajih. Toda to odkritje – kako en pravni koncept vpliva na drugo navidezno nepovezano zadevo, je ena od vznemirljivih plati mednarodnega prava. Študentom sem hotela pokazati, kako se sestavljanje sestavi, kako ena zadeva vpliva na drugo, kako lahko vedno odkrijemo novo medsebojno povezanost.

To so cilji tega cikla splošnih predavanj. V prizadevanjih, da bi jih dosegla, se moram zahvaliti mnogim. Najprej profesorju Danielu Bartonnetu, generalnemu sekretarju kuratorija, za njegovo neskončno vodenje, neomajno podporo in spodbujanje, njegove praktične predloge in osebno prijateljstvo. Drugič, nekaterim svojim študentom z Univerze v Londonu, ki so navdušeno pomagali pri bibliografskih raziskavah, zbiranju literature, dokazov prakse in brskanju po neobvladljivih opombah. Prisrčno se zahvaljujem Deborah Strachan, Gregu Maggiu, Charlesu Gottliebu in Chanaki Wickremasingheju. Velika zahvala gre tudi Daneshu Sarooshiju, ki je veliko pomagal pri urejanju tipkopisa v fazi redakcije. Tretjič, z objavo teh predavanj imam priložnost, da javno izrazim globoko hvaležnost svoji tajnici Susan Hunt. Njena umirjena pomoč ob kaotičnih kupih knjig in dokumentov, nečitljivih navodilih, dolgih nočnih faksih, begajočih opombah in nemogočih rokih je bila neprecenljiva. Končno, moj mož Terence je kot zmeraj ne le prenašal, kar bi drugi gotovo imeli za nesprejemljivo, ampak tudi dajal vso moralno in praktično podporo.

R. H.

London, januar 1993

## KRATICE

ACABQ	Advisory Committee on Administrative and Budgetary Questions Svetovalni odbor za administrativna in proračunska vprašanja
<i>AJIL</i>	<i>American Journal of International Law</i> Ameriška revija za mednarodno pravo
AOI	Arab Organization for Industrialization Arabska organizacija za industrializacijo
BFSP	British and Foreign State Papers Britanski in tuji državni dokumenti
<i>BYIL</i>	<i>British Yearbook of International Law</i> Britanski zbornik mednarodnega prava
<i>Canadian YBIL</i>	<i>Canadian Yearbook of International Law</i> Kanadski zbornik mednarodnega prava
CAT	Committee against Torture Odbor proti mučenju
CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women Konvencija o odpravi vseh oblik diskriminacije žensk
CERD	Convention on the Elimination of Racial Discrimination Mednarodna konvencija o odpravi vseh oblik rasne diskriminacije
CPC	Committee for Programme and Coordination Odbor za program in usklajevanje
CSCE	Conference on Security and Co-operation in Europe
KVSE	Konferenca za varnost in sodelovanje v Evropi
EC	European Community
ES	Evropska skupnost
EEZ	exclusive economic zone
IEZ	izključna ekonomska cona
<i>EJIL</i>	<i>European Journal of International Law</i> Evropska revija za mednarodno pravo
GAOR	General Assembly Official Records Uradna dokumentacija Generalne skupščine
<i>German YBIL</i>	<i>German Yearbook of International Law</i> Nemški zbornik mednarodnega prava
<i>HRLJ</i>	<i>Human Rights Law Journal</i> Revija za pravo človekovih pravic
<i>HRQ</i>	<i>Human Rights Quarterly</i> Trimesečnik o človekovih pravicah

<i>HRJ</i>	<i>Human Rights Journal</i> Revija o človekovih pravicah
IBRD	International Bank for Reconstruction and Development Mednarodna banka za obnovo in razvoj
ICAO	International Civil Aviation Organization Mednarodna organizacija za civilno letalstvo
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah
ICJ	International Court of Justice Meddržavno sodišče
<i>ICLQ</i>	<i>International and Comparative Law Quarterly</i> Trimesečnik za mednarodno in primerjalno pravo
IFC	International Finance Corporation Mednarodna finančna korporacija
ILC	International Law Commission Komisija za mednarodno pravo
<i>ILM</i>	<i>International Legal Materials</i> Mednarodnopravna gradiva
ILO	International Labour Organization
MOD	Mednarodna organizacija dela
ILR	International Law Reports Poročila o mednarodnem pravu
IMCO	Inter-Governmental Maritime Consultative Organization Medvladna pomorska posvetovalna organizacija
IMF	International Monetary Fund
MDS	Mednarodni denarni sklad
IMO	International Maritime Organization
MPO	Mednarodna pomorska organizacija
Iran–USCTR	Iran–US Claims Tribunal Reports Zbornik odločb Tribunala za medsebojne zahtevke Irana in ZDA
ITC	International Tin Council Mednarodni svet za kositer
LNOJ	League of Nations Official Journal Uradni list Društva narodov
LNTS	League of Nations Treaty Series Zbirka pogodb Društva narodov
<i>NYIL</i>	<i>Netherlands Yearbook of International Law</i> Nizozemski zbornik mednarodnega prava
OAU	Organization of African Unity Organizacija afriške enotnosti
ONUC	Opération des Nations Unies au Congo Operacija Združenih narodov v Kongu

Parl. Deb.	Parliamentary Debates Parlamentarne razprave
PCIJ	Permanent Court of International Justice Stalno meddržavno sodišče
PLO	Palestinian Liberation Organization Palestinska osvobodilna organizacija
<i>Proc. ASIL</i>	<i>Proceedings of the American Society of International Law</i> Zapisnik Ameriškega združenja za mednarodno pravo
<i>RGDIP</i>	<i>Revue générale de droit international public</i> Splošna revija za mednarodno javno pravo
<i>RIAA</i>	<i>Reports of International Arbitral Awards</i> Poročila o mednarodnih razsodbah
UDI	Unilateral Declaration of Independence enostranska deklaracija neodvisnosti
UNCIO	United Nations Conference on International Organization Konferenca Združenih narodov o mednarodni organizaciji
UNCLOS	United Nations Convention on the Law of the Sea Konvencija Združenih narodov o pomorskem mednarodnem pravu
UNEF	United Nations Emergency Force sile Združenih narodov za krizne razmere
UNEP	United Nations Environment Programme Program Združenih narodov za okolje
UNESCO	United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization Organizacija Združenih narodov za izobraževanje, znanost in kulturo
UNFICYP	United Nations Peacekeeping Force in Cyprus mirovne sile Združenih narodov na Cipru
UNIFIL	United Nations Interim Force in the Lebanon začasne mirovne sile Združenih narodov v Libanonu
UNOGIL	United Nations Observer Group in Lebanon mirovni opazovalci Združenih narodov v Libanonu
UNOSOM	United Nations Operations in Somalia mirovne operacije Združenih narodov v Somaliji
UNPROFOR	United Nations Protection Force zaščitne sile Združenih narodov
UNTS	United Nations Treaty Series Zbirka mednarodnih pogodb Organizacije združenih narodov
UPU	Universal Postal Union Svetovna poštna zveza
WHO	World Health Organization
SZO	Svetovna zdravstvena organizacija



## 1.

**NARAVA IN VLOGA MEDNARODNEGA PRAVA**

Mednarodno pravo niso pravila, ampak normativni sistem. Vse organizirane skupine in strukture potrebujejo sistem normativnega ravnanja, ki ga vsak subjekt in skupina kot celota štejeta za obveznega in katerega kršitev zahteva določeno ceno. Normativni sistemi omogočajo tako stopnjo reda, če naj družba kar najbolj poveča skupno dobro in se v resnici celo izognile kaosu v prepletu dvostranskih in večstranskih odnosov, ki sestavljajo družbo. Brez prava na državni ravni avtomobili ne morejo varno voziti po cestah, nakupi niso mogoči, prav tako pa ni mogoče zagotoviti osebne varnosti. Brez mednarodnega prava se ne bi mogli dogovoriti o varnosti v letalstvu, ne bi mogli razporejati virov, ljudje se ne bi mogli varno odločati za bivanje v tujih državah. Na prvi pogled je očitno dvoje. Prvič, gre za suhoparno zadevo. Vloga prava je zagotavljati delujoč sistem za zaščito vrednot, ki jih vsi želimo – varnosti, svobode, zagotavljanja materialnih dobrin v zadostnem obsegu. Ne gre le za reševanje sporov, kot se na splošno domneva. Če pravni sistem dobro deluje, potem se je mogoče sporom v glavnem *izogniti*. Pri tem imajo pomembno vlogo prepoznavanje potrebnih vedenjskih norm in načini, da se zagotovi njihovo vsakodnevno upoštevanje. Učinkovit pravni sistem lahko *vsebuje* tudi nasprotujoče si interese, pri čemer tistim, ki jih imajo, omogoča, da ne vztrajajo na njihovem takojšnjem in brezpogojnem uveljavljanju. Seveda se je včasih treba zateči k reševanju sporov ali celo vzpostaviti norme za okvire ravnanja, kadar so se običajno prijateljski odnosi skrhal in spora ni bilo mogoče rešiti. Toda ti dve sestavini sta le majhen del celotne slike.

Drugič, mednarodno pravo se po teh bistvenih značilnostih ne razlikuje od notranjega prava. Ne gre za neko skrivnostno in nedoločljivo zbirko pravil, katerih izvor in namen sta zavita v skrivnost, kot nekateri menijo. Toda če je družbeni namen mednarodnega in notranjega prava v glavnem enak, so med njima pomembne razlike, ki izhajajo iz dejstva, da notranje pravo deluje v vertikalnem, mednarodno pravo pa v horizontalnem pravnem redu. Soglasje in suverenost sta omejevalna dejavnika, ki ju je treba upoštevati pri predpisovanju mednarodnopравnih norm, sklicevanju nanje in njihovi uporabi.

V tej knjigi bom skušala prikazati mednarodno pravo kot normativni sistem, ki je namenjen doseganju skupnih vrednot, ki nagovarjajo vse nas ne glede na to, ali smo bogati ali revni, črni ali beli, verujoči ali neverujoči in ali prihajamo iz razvitih držav ali držav v razvoju.

## KAJ JE MEDNARODNO PRAVO?

Ko se vprašamo, kaj je mednarodno pravo, si dejansko zastavimo več vprašanj, in sicer kakšna je njegova narava, ali gre za sklop pravil, na koga se nanaša, kdo "določa" pravila o uporabi mednarodnega prava, zakaj naj bi ga upoštevali in kje ga najdemo. Skušala bom odgovoriti na vsako od teh sestavin v splošnem vprašanju, kaj je mednarodno pravo. Nekatere bom obravnavala v tem poglavju, nekatere pa v drugem. Prvo poglavje obravnava njegovo naravo in vlogo, drugo poglavje se ukvarja s tem, kako ga prepoznamo in kje ga najdemo. Bistveno pa je, da razumemo, da so ta vprašanja povezana.<sup>1</sup>

Zelo razširjeno pojmovanje mednarodnega prava je, da so to "pravila", ki naj se nepristransko uporabljajo, vendar se pogosto ne upoštevacjo. Nadaljnja domneva je, da se ta pravila ne upoštevacjo, ker ni učinkovitih centraliziranih sankcij, kar dokazuje, da mednarodno pravo sploh ni "resnično pravo".

Mnenje, da je mednarodno pravo sklop pravil, ki ne uspe omejiti držav, se v več točkah izkaže za neustrezno. Predvsem predvideva, da so pravo v resnici "pravila". Toda specializirani družbeni procesi, na katere se nanaša beseda "pravo", poleg pravil vključujejo še mnogo drugega. Pravila v pravu imajo neko vlogo, vendar ne edine. Bolj sem naklonjena analizi mednarodnega prava kot procesu, in ne kot pravilom, ter stališču, ki sem ga izrazila že pred mnogimi leti, ko sem dejala:

Kadar ... odločitve sprejemajo pooblašcene osebe ali organi na ustreznih forumih v okviru določenih ustaljenih običajnih postopkov in norm, potem gre za *pravno* odločanje. Z drugimi besedami, mednarodno pravo je neprekinjen proces avtoritativnih odločitev. To stališče zavrača pojem prava kot nepristranske uporabe pravil. Mednarodno pravo je celoten proces odločanja, in ne le sklicevanje na trend preteklih odločitev, ki jih poimenujemo "pravila". Iz te opredelitve nujno izhaja zaskrbljenost glede raznovrstnih političnih možnosti za prihodnost, zlasti kadar trend preteklih odločitev ni povsem jasen.<sup>2</sup>

"Pravila" so torej le zbrane pretekle odločitve. In če bi mednarodno pravo sestavljala le pravila, potem res ne bi moglo prispevati k spreminjajočemu se političnemu svetu in se z njim spoprijemati. Zanašanje le na zbrane pretekle odločitve (pravila), medtem ko se je kontekst, v katerem so se izoblikovale, spremenil, še posebej kadar

---

1 Moja stališča o teh vprašanjih sem podrobneje obravnavala v R. Higgins, 'Integrations of Authority and Control: Trends in the Literature of International Law and Relations', v B. Weston in M. Reisman (ur.), *Towards World Order and Human Dignity* (1976).

2 R. Higgins, 'Policy Considerations and the International Judicial Process' (1968) 17 *ICLQ* 58-9.



njihova vsebina ni popolnoma jasna, pomeni, da mednarodno pravo ne bo moglo prispevati k današnjim problemom in tudi, da se zaradi tega ne bo spoštovalo.

Zavrnitev razumevanja prava kot "pravil" ima neizogibno posledico. Pomeni, da naloga tistih, ki morajo odločati na podlagi mednarodnega prava, tj. sodnikov pa tudi pravnih svetovalcev in drugih, v resnici ni le "enostavno najti pravilo" in ga nato uporabiti. To pa zato, ker je odločanje o tem, kaj *je* ustrezno pravilo, del naloge odločevalcev, in ker nanizanih preteklih odločitev nikoli ne bi smeli uporabiti brez konteksta. Čeprav mnogi tradicionalisti na to resničnost gledajo kot na nekaj osovražnega, pa je to prav dobro razumel sir Hersch Lauterpacht. Zavrnil je pojmovanje, da sodna funkcija pomeni, da je treba nepristransko najti ustrezno "pravilo". Trdil je, da sodnik ne "najde" pravil, temveč "izbira", in to "ne med zahtevami, ki so v celoti upravičene, in takimi, ki sploh niso utemeljene, ampak med zahtevami, ki imajo različne stopnje pravne argumentacije".<sup>3</sup>

Razlogov, zaradi katerih nekateri vztrajajo pri tem, da so mednarodno pravo "pravila" in da jih morajo mednarodni pravniki le prepoznati in uporabiti, ni težko najti. So nezaveden odraz dveh mnenj, ki ju trdno zagovarjajo mnogi mednarodni pravniki. Prvi razlog: če so mednarodno pravo več kot le pravila in vloga pooblaščenega odločevalca ni le samodejna uporaba teh pravil, se mednarodno pravo lahko zameša z drugimi pojavi, kot so oblast ali družbeni ali humanitarni dejavniki. Drugi razlog: mnogi menijo, da se lahko pojavu prikrojevanja mednarodnopravnih argumentov za politične cilje izognemo le z vztrajanjem pri prepričanju, da so mednarodno pravo pravila, ki jih je treba nepristransko uporabljati.

Rada bi po vrsti obravnavala oba razloga in vam razložila, zakaj se ne strinjam z njima. Že v osnovi je napačno, če skušamo pravo zoperstaviti moči (pri čemer ima bistveno vlogo dojemanje prava kot "pravil"). Predvideva, da se pravo ukvarja le s pojmom avtoritete, in ne z močjo ali nadzorom. V resnici *se* mednarodno pravo ukvarja z avtoriteto, in to ne le avtoriteto v pomenu zavezujočih odločitev, temveč v širšem pomenu jurisdikcijske pristojnosti in še več. Myres McDougal je razložil:

Avtoriteta pomeni pričakovanja primernosti v posameznih fazah učinkovitih odločevalskih procesov. Ta pričakovanja se izrecno nanašajo na osebe, ki mu je ustrezno podeljena pristojnost odločanja; cilje, ki naj bi jim sledili; fizične, časovne in institucionalne značilnosti razmer, v katerih se sprejemajo pravno dopustne odločitve; vrednote, ki se lahko uporabijo v podporo odločitvi, itd ...<sup>4</sup>

3 H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court* (1958), 399.

4 M. McDougal, H. Lasswell in M. Reisman, 'The World Constitutive Process of Authoritative Decision' (1966) 19 *Journal of Legal Education* 256.

Za zdaj je to v redu. Vendar pa *ni* res, kot se velikokrat domneva, da se mednarodno pravo ukvarja *le* z avtoriteto in da je “moč” nekakšna protiutež avtoriteti in nima nobene zveze s pravom ter mu *celo* škoduje. To stališče, ki moč odžene v skrajno temo (torej na področje mednarodnih odnosov), predvideva, da lahko avtoriteta obstaja v popolni odsotnosti nadzora ali moči, ki sta ji v podporo. Toda to je izmišljena predstava. Avtoriteta, ki je značilna za pravo, ne obstaja v brezračnem prostoru, ampak točno tam, kjer se križa z močjo. Pravo je prepletanje avtoritete in moči in je daleč od tega, da bi bilo avtoriteta, ki se bori proti moči.<sup>5</sup> Če ni nobenega nadzora, avtoriteta ne more obstajati. Seveda pa se v posebnih razmerah moč ne meni za avtoriteto. V takih okoliščinah ni odločanja, ki bi ga lahko imenovali pravno dopustno. Vendar to *ne* pomeni, da gre pri pravu *le* za avtoriteto, in ne tudi za moč, ali da se moč že po opredelitvi šteje za sovražno pravo. Je njegov sestavni del.

Kaj potem lahko rečemo o drugem argumentu, da pojmovanje mednarodnega prava ne le kot nevtralnih pravil neizogibno vodi v predsodke in pristranskost? Klasično sta to stališče opredelila sodnika Fitzmaurice in Spender v primerih *jugozahodne Afrike* (*South West Africa Cases*) leta 1962, ko sta zapisala:

Nisva brezbrizna do različnih nesodnih okoliščin, družbenih, humanitarnih in drugih, niti nisva zanje neobčutljiva ..., toda to so zadeve, ki bolj spadajo na področje politike kot pa prava. Ne smeva dopustiti, da naju odvrnejo od najine dolžnosti, da sprejmeva sklep izključno na podlagi tega, za kar meniva, da je pravilno pravno stališče.<sup>6</sup>

Ta formulacija odraža določene pogoje: da je treba “pravilno pravno stališče” ugotoviti z uporabo “pravil” – nanizanih preteklih odločitev ne glede na kontekst ali okoliščino – in da “korektno pravno stališče” nima nobene zveze s tem, da pretekle odločitve uporabimo v sedanjih kontekstih s sklicevanjem na cilje (vrednote), ki naj jih pravo spodbuja.

Klasično stališče, ki ga je tako izvrstno izrazil Fitzmaurice in ga zagovarjajo tudi številni drugi, je, da mednarodno pravo najlaže služi skupnosti tako, da se odmakne od družbene politike. Kot je Meddržavno sodišče zapisalo leta 1966: “Pravijo, da je namen prava služiti družbenim potrebam, toda prav zaradi tega lahko to stori le z lastno vedo in znotraj njenih meja. Sicer ne bi šlo za pravno storitev.”<sup>7</sup> Seveda je bilo

5 To stališče je izraženo v G. Schwarzenberger, ‘The Misery and Grandeur of International Law’, uvodno predavanje 1963; glej tudi M. Bos, *A Methodology of International Law* (1984), posebej poglavje XI.

6 *South West Africa Cases*, ICJ Reports (1962) 466 (skupno odklonilno ločeno mnenje).

7 *South West Afrika Cases*, ICL Reports (1966) 49. odstavek.

po mnenju Meddržavnega sodišča očitno, kje pravo *začrta* "meje lastne vede". Toda to, kar je za nekoga očitno, je za drugega vprašljivo.<sup>8</sup>

Sklicevanje na "pravilno pravno stališče" ali "pravila" se nikoli ne more izogniti elementu izbire (čeprav ga lahko skuša prikriti) in tudi ne more privedi do boljše odločitve. Pri tej izbiri je treba nujno upoštevati humanitarne, moralne in družbene namene prava. Kot sem zapisala nekje drugje:

Čeprav se politični dejavniki razlikujejo od "pravil", so sestavni del odločevalskega procesa, ki ga imenujemo mednarodno pravo; presoja tako imenovanih nepravni dejavnikov je *del pravnega procesa*, prav tako kot sta del tega procesa sklicevanje na zbir preteklih odločitev in sedanjih norm. Zavračanje priznavanja političnih in družbenih dejavnikov ne more ohraniti "neutrlnosti" prava, kajti celo takšno zavračanje ni brez političnih in družbenih posledic. Nujno potrebnemu odnosu med pravom in politiko se ne da izogniti.<sup>9</sup>

Ker verjamem, da se ni mogoče izogniti nujno potrebnemu razmerju med pravom in politiko, tudi verjamem, da je zaželena sistematična in odprta obravnava političnih dejavnikov. Sistematična obravnava<sup>10</sup> pomeni, da so ustrezno upoštevani in pretehtani vsi dejavniki, namesto da odločevalec nezavedno zoži ali izbere tisto, kar bo upošteval, da pride do odločitve, za katero je že vnaprej po občutku določil, da je zaželena. Odprta obravnava političnih dejavnikov pomeni, da se odločevalec sam disciplinira, da se z njimi neposredno sooči (namesto da z določeno odločitvijo doseže podzavestno zaželene politične cilje, ki jih potem označi kot "pravilno pravno pravilo"). Pomeni tudi, da je sprejeta izbira pod drobnogledom javnosti in da se lahko o njej razpravlja.

Še vedno pa obstaja problem, ki ga moramo rešiti. Če mednarodno pravo ni le nepristranska uporaba nevtrlnih pravil, ampak zahteva, da izberemo med različnimi normami, med katerimi bi vsako lahko uporabili v kontekstu, ali imamo potem res kaj drugega kot sredstva, ki upravičujejo cilj? To je resno vprašanje, ki je postalo še resnejše po dogodkih iz začetka osemdesetih let prejšnjega stoletja. V času Reaganove administracije so Združene države Amerike storile nekatera zunanjepolitična dejanja, namen katerih ni bil le zaščita državnih ciljev, ampak tudi tistih, ki naj bi bili

8 Glej C.W. Jenks, *Law in the World Community* (1967), 54.

9 Higgins, 'Integrations of Authority and Control', 85.

10 Večina dela M. McDougala in njegovih sodelavcev je usmerjena v izoblikovanje sistematične raziskovalne metode za odločevalce. Glej med drugim 'Some Basic Theoretical Concerns about International Law: A Policy Oriented Framework of Enquiry' (1960) 4 *Journal of Conflict Resolution* 337.

v interesu mednarodnega reda in pravičnosti. Prišlo je zlasti do različnih vojaških posredovanj, katerih namen je bil odstraniti totalitarne vladarje in narodom teh držav omogočiti demokratično svobodo izbire. Tako vojaško posredovanje je bilo leta 1983 v Nikaragvi, istega leta v Grenadi in leta 1989 v Panami. Prišlo je tudi do vojaškega posredovanja, da bi kaznovali terorizem: tu lahko omenimo, da so leta 1986 Združene države Amerike bombardirale Libijo. Vsako od teh posredovanj je sprožilo precej razprav med Američani in prijatelji Združenih držav kot tudi med drugimi.<sup>11</sup> Stališča o pravni dopustnosti teh različnih posredovanj po mednarodnem pravu so se močno razlikovala. Pravni svetovalec ameriškega zunanjega ministrstva in strokovnjaki, ki so podpirali vojaška posredovanja, so v analizi o tem, kaj je dovoljeno in kaj ne po Ustanovni listini Združenih narodov in običajnem mednarodnem pravu, posebej poudarili družbene namene mednarodnega prava.<sup>12</sup>

Ni moj namen vključiti se v polemike o vsebini teh zadev (čeprav bom imela s tem v zvezi nekaj povedati). Raje zastavim vprašanje: če nekdo deli prepričanje, da je demokracija boljša od tiranije in če je zavezan politično-znanstvenemu pristopu (*policy-science approach*) k mednarodnemu pravu, pri čemer je treba prevladujoče pretekle odločitve razlagati ob upoštevanju političnih ciljev, ali iz tega nujno izhaja, da bi morali vsa ta posredovanja šteti za pravno dopustna? Menim, da ne.

Predvsem ne verjamem, da politično-znanstveni pristop zahteva, da za dosego zelenega cilja najdemo vsa mogoča sredstva. Nanizane pretekle odločitve morajo imeti pri izbiri še vedno pomembno vlogo ne glede na pomen konteksta in zelenega izida. V primeru dvoumnosti ali negotovosti se lahko ustrezno izbere odločitev, ki jo narekuje politika. Nekateri bodo rekli: če v decentraliziranem pravnem redu eni strani pustimo, da razlaga pravo, tako da doseže zeleni izid, s tem drugi manj tankovestni strani omogočimo, da zahteva enako. Ta argument me ne navduši preveč. Ne moremo se

11 Glej med drugim F. Boyle *et al.*, 'International Lawlessness in Grenada' (1984) 78 *AJIL* 172; T. Farer, 'Panama: Beyond the Charter Paradigm' (1990) 87 *AJIL* 503; C. Greenwood, 'International Law and the US Air Operation against Libya', (1987) 89 *West Virginia Law Review* 933; L. Henkin, 'The Invasion of Panama under International Law: A Gross Violation' (1991) 29 *Columbia Journal of Transnational Law* 293; V. Nanda, 'The validity of US Intervention in Panama under International Law' (1990) 84 *AJIL* 494; J. Norton-Moore, 'Grenada and the International Double Standard' (1984) 78 *AJIL* 145; E. Schumacher, 'The US and Libya' (1986) 65 *Foreign Affairs* 329; P. Thornberry, 'International Law and its Discontents: The US Raid on Libya' (1986) 8 *Liverpool Law Review* 53.

12 Glej izjavo veleposlanika Združenih držav Amerike Waltersa v Varnostnem svetu OZN (15. aprila 1986), ponatisnjeno v the Department of State Bulletin (junij 1986), 19. Glej tudi 'Protection of Nationals', *US Digest*, 4. poglavje, 1. odstavek, ponatisnjeno (1984) v 78 *AJIL* 200 in A. d'Amato, 'The Invasion of Panama was a Lawful Response to Tyranny' (1990) 84 *AJIL* 516.

izogniti dolžnosti, da mora prav vsak od nas preizkusiti veljavnost pravnih zahtev. Vsak od nas bo vedel, katere so intelektualno sprejemljive in katere ne. Slepimo se, če pričakujemo, da bo sklicevanje na mednarodno pravo nepristransko, če ga razumemo le kot uporabo nevtralnih pravil. Toda v skupnem interesu je, da nekatere prepovedi morajo biti absolutne (na primer prepoved nekaterih vrst orožja) in da se druge vrste omejitev ravnanja štejejo za zavezujoče, tudi če v dani situaciji to prepreči dosego izida, ki bi ga sicer šteli za zelenega.

Še vedno je neprimerno zagovarjati teorijo, kot to nekateri počnejo, da v odsotnosti odločanja tretje strani politično-znanstveni pristop pomeni enostavno to, kar želi oblikovalec politike.<sup>13</sup> Kritikom prav nič ne pomaga, ko pravijo, da lahko ta pristop "privede do tega, da države uporabljajo mednarodno pravo kot sredstvo za *post facto* upravičevanje odločitev, ne da bi resnično upoštevale mednarodno pravo".<sup>14</sup> To enostavno kliče po odgovoru na vprašanje, kaj je mednarodno pravo. Tak komentar le predvideva, da obstaja "resnično" mednarodno pravo, ki ga lahko vsi dobroverni ljudje priznavajo – torej pravila, ki se lahko nevtralno uporabljajo ne glede na okoliščine in kontekst. In tu se je razprava začela.

Seveda pri razpravi o pravni teoriji ne gre le za to, ali so mednarodno pravo "pravila" ali "proces".<sup>15</sup> Toda to je kritični vidik. Poudarek na pravilih se povezuje s pravnimi pozitivisti, vendar ni omejen le nanje. To so tisti, ki pravo pojmujejo kot zapovedi, ki izhajajo iz suverena. Austin, ustanovitelj pravnega pozitivizma, se je takole izrazil: "Suveren posameznik ali suverena skupnost posameznikov določi osebi ali osebam, ki je podrejena ali so podrejene njegovi oblasti, vsak pozitivni zakon ali zakon, ki se enostavno in dosledno tako imenuje."<sup>16</sup> Kelsen, ki je pozitivizem skušal osmisliti v horizontalnem decentraliziranem mednarodnopravnem redu, v katerem izrazito manjkajo zapovedi in suverenost, je predlagal obstoj *grundnorme*, tj. najvišje temeljne norme, iz katere so vse druge izpeljale svoj zavezujoči učinek.<sup>17</sup>

13 Glej W. Friedmann, 'Law and Politics in the Vietnamese War: A Comment' (1967) 61 *AJIL* 783.

14 G. J. H. Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law* (1983), 43.

15 Obstaja več pomembnih miselnih struj, ki jih tu lahko omenimo le na kratko. Med drugim vključujejo naturaliste, pravni realizem, induktivizem, funkcionalizem, strukturni pozitivizem in sistemsko analizo. Obstaja obsežna literatura, ki so jo napisali pripadniki teh struj ali je bila napisana o njih. Zanimiv pregled idej številnih struj (s popolnoma različnih stališč) ponujajo Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, 13–84 ter M. McDougal in M. Reisman 'Theories about International Law: Prologue to a Configurative Jurisprudence' (1967) 8 *Virginia Journal of International Law* 188–299.

16 J. Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law* (5. izdaja, 1954), i. 34.

17 H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, prevod A. Wedberg (1949), 113.

Nekateri vodilni učenjaki so skušali združiti oba pristopa, torej "pravila" in "proces".<sup>18</sup> Spet drugi so se skušali izogniti opredelitvi za eno ali drugo stališče, čeprav so jih zadeve zanimale, in so vztrajali, da bodo vsebinske probleme mednarodnega prava reševali pragmatično.<sup>19</sup> Moje mnenje je: kakor se zdi "uskladitev" ali "sinteza" ali "srednja pot med stališči" privlačna (ker pisci pogosto zatrjujejo, da ponujajo to privlačno srednjo pot<sup>20</sup>), pa se izogiba bistvenim vprašanjem ali jih zamegli in nanje ne odgovori. In pragmatizem sam po sebi vključuje določena izhodišča pravne filozofije ne glede na to, koliko skuša poenostaviti argument.

Torej bi morala jasno povedati, da so ta predavanja zasnovana na stališču, da je treba izbrati. Izbira je v prid pojmovanju mednarodnega prava kot procesa. Kot bomo videli, to pomeni težje delo pri iskanju virov in uporabi norm, ker ni nič mehanicistično in je kontekst vedno pomemben. Toda pravo kot proces *nima* za posledico zavrnitve tiste osrednje predvidljivosti, ki je bistvena, če naj pravo opravi svojo vlogo v družbi.<sup>21</sup>

Deloma so te razprave zdaj že dobro utečene. Čeprav so izjemno pomembne, pa niso nove. V zadnjem času potekajo pomembna preučevanja mednarodnega prava, ki se imenujejo kritične pravne študije. Ta pojav ima več skupnega s politično znanostjo (*policy science*), kot bi politični znanstveniki ali kritični realisti želeli priznati. Obe šoli zavzemata stališče, da se pravna teorija uporablja za pravo na splošno, in ne

18 M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia* (1989), 159, označi splošna predavanja, ki sta jih imela Schachter in Virally kot "zanimivo kombinacijo pravnih vidikov prava 'pravila' in 'processa'". Glej *Recueil des cours* (1982, V; 1983, V).

19 Za Jenningsova dela je značilno živo zanimanje za teorijo in hkrati odločen pragmatičen pristop k vsakemu vprašanju. Glej *Recueil des cours* (1967) 320. Glej tudi M. Sørensen, *Recueil des cours* (1960, III) 11; in sklicevanja v Koskenniemiju, *From Apology to Utopia*, 159 op. 73.

20 Če Schachterja in Virallyja lahko štejemo za zagovornika kompromisa (oznaka teh piscev, ki je po mojem mnenju preveč poenostavljena in ne ustreza v celoti), potem se lahko sklicujemo na pisarja C.W. Jenksa, *The Common Law of Mankind* (1955) za poudarjanje prednosti "sinteze" različnih stališč in na Van Hoofa, *Rethinking the Sources of International Law* za predstavitev "srednje poti strukturnega pozitivizma". V osupljivem odlomku Van Hoof piše: "Trdoživ pozitivist je kot fotograf, ki posname fotografijo s pokvarjenim aparatom, ki ne zabeleži niti najpomembnejših vidikov resničnosti. Poleg tega redno ne posodablja fotografije. Na drugi strani pa pravnik, ki je usmerjen v politiko, nenehno skuša posneti tridimenzionalni film o družbi. Za prvega pravijo, da bo po vsej verjetnosti našel nepravne odgovore. Drugi pa ne more zagotoviti najnižje stopnje verjetnosti in stalnosti, ki sta potrebni, da pravo lahko opravlja svojo vlogo zapovedovanja in urejanja." (str. 44).

21 Toda glej A. d'Amato, *The Concept of Custom in International Law* (1971) in H. Thirlway, *International Customary Law and Codification* (1972), 51.

le za mednarodno pravo (čeprav se tudi mednarodni pravniki zanimamo za njeno uporabo v naši pravni veji). Izhodišče obeh je, da je pravo globoko zakoreninjeno v družbeni teoriji. Obe postavljata pravni proces v družbeni kontekst in jasno pokažeta mesto, ki ga zavzemajo vrednote. Obe zavračata pravo kot pravila in izjeme. Toda predstavnik kritičnih študij bo pravo prej videl kot protislovja<sup>22</sup> ali kot nedoločljivo v svojem bistvu<sup>23</sup> kot pa dopolnjujoče se ali konkurenčne norme, med katerimi je treba izbirati v določenih okoliščinah. Predstavnik kritičnih študij verjame, da so ta nasprotja bodisi zgodovinsko pogojena ali pa so del človeškega izkustva. To stališče vodi do pesimističnega sklepa, da mednarodno pravo lahko pokaže na probleme, ne more pa pomagati pri doseganju ciljev.

Lahko pa sprejmemo opis, od kod ta protislovja v pravnem sistemu izvirajo, ne da bi sklenili, da ni nobene možnosti razumske izbire med njimi v skupno dobro. Koskenniemi, na primer, izključuje možnosti takih izbir iz dveh ključnih razlogov. Prvi je, da vprašanja pravičnosti v določenem kontekstu zahtevajo, "da se podamo na področja, kot so politika, družbena in gospodarska kazuistika, ki so bila formalno omejena onkraj točke, v kateri naj bi se pravni element končal, da bi ostal 'pravno dopusten'".<sup>24</sup> Toda s tem se pridružimo najbolj klasicističnemu stališču Fitzmauricea. Seveda pravo *samo* ne more doseči pravičnosti. Pravna izbira sploh ne bo prispevala k pravičnosti, če trdi, da tudi malo ne upošteva političnih in družbenih kontekstov. Ostati "pravno dopusten" ne pomeni neupoštevanja vsega, kar niso "pravila". Ostati "pravno dopusten" pomeni zagotavljati, da odločajo tisti, ki so za to pooblašeni, pri čemer je pomembno, da upoštevajo smernice preteklih odločitev in da možne odločitve sprejemajo na podlagi interesov skupnosti in spodbujanja skupnih vrednot. Drugič, Koskenniemi trdi, da je liberalizem v svojem bistvu zgrešen in da njegova glavna premisa – da je edina omejitev preprečevanje škode drugim – dejansko predvideva, da bi morale določene pravice prevladati nad drugimi. Intelektualno bistvo te trditve je jasno, toda nobene potrebe ni, da se izbira strukturira na taki skrajni uporabi liberalizma, torej da se ne uveljavljajo nobene vrednote razen izogibanje škodi. Predlagati glavna načela za izbiro, kot bi to storil politično-znanstveni pristop, seveda kaže, naj bi določena stališča ali predvidevanja o tem, kaj je zaželeno, prevladala nad drugimi. Toda sama ne vidim v tej prepričljivosti pravoznanstva nobene težave. To je potreba našega obstoja v skupnosti z drugimi. Vsakdo je upravičen sodelovati pri iskanju in oblikovanju tistega, kar šteje za vrednote, ki jih je treba spodbujati. O tem,

22 Glej D. Kennedy, 'The Structure of Blackstone's Commentaries' (1979) 18 *Buffalo Law Review* 205; D. Kennedy, 'Theses about International Law Discourse' (1980) 23 *German YBIL* 353 in G. Binder, *Treaty Conflict and Political Contradiction: The Dialectic of Duplicity* (1990).

23 Glej Koskenniemi, *From Apology to Utopia*.

24 M. Koskenniemi, 'The Politics of International Law' (1990) 1 *EJIL* 32.

ali bodo nekateri predlogi prevladali, bodo odločali številni dejavniki, med njimi tudi odzivnost tistih, ki jim je argument predstavljen.

Obstajajo pa še nekatera s tem povezana vprašanja, o katerih moramo razpravljati. Prvo je, da čim bolj se oddaljujemo od pozitivizma in pravil, manj pomembna postaja razlika med *lex lata* in *lex ferenda*, torej med pravom, kot je, in pravom, kakršno bi lahko bilo. Če pravo v obliki pravil določa uporabo zastarelih in neustreznih norm, pa pravo kot proces spodbuja razlago in izbiro, ki sta skladnejši z vrednotami, ki jih skušamo spodbujati, in cilji, ki jih želimo doseči. Toda le pravnik, za katerega so temelj pravila, mora to imenovati "pravo, kot bi moralo biti" v nasprotju s "pravom, kot je". Za pravo kot proces pa to v glavnem pomeni lažno dihotomijo, razhajanje, ki se ga lahko sami znebimo.

Vprašanje *lacunae* je tesno povezano s tem. Seveda obstajajo teme, o katerih ni posebnih mednarodnopravnih pravil: na primer odgovornost držav za dolgove mednarodnih organizacij, katerih članice so, ali vprašanje, ali je za postopkovni delikt, ki nima za posledico škode, treba plačati odškodnino. Pravnik, ki izhaja iz pravil, lahko le reče, da mednarodno pravo ne obravnava tega vprašanja. Oseba, za katero je mednarodno pravo proces, pa ima na voljo sredstva za verodostojno odločanje o problemu (po analogiji, s sklicevanjem na kontekst, z analizo drugih posledic) ne glede na to, da ni natančnega pravila, ki ga je treba uporabiti.

Nadaljnja posledica analiziranja mednarodnega prava kot sistema, procesa, in ne kot pravil ali zapovedi, je, da nas bodo zanimale različne zadeve, tako zahtevki kakor tudi protizahtevki, praksa držav, odločitve različnih pooblaščenih odločevalcev. Vse to sestavlja mednarodno pravo. Ko skušamo ugotoviti, kaj je mednarodno pravo, se ne bomo osredotočili le na Meddržavno sodišče. Ne bomo sprejeli stališča tistih, ki so zapisali, da je mednarodno pravo treba razumeti kot mnenje, ki ga o zadevi da nepristransko sodišče, če mu je zadeva predložena.<sup>25</sup> To stališče temelji na pojmovanju mednarodnega prava kot resnično nepristranske uporabe pravil. Ta knjiga, ki ima za izhodišče pojmovanje mednarodnega prava kot avtoritativnega sistema odločanja, ki je v decentraliziranem sistemu na voljo vsem pooblaščenim odločevalcem, se ne bo osredotočila na Meddržavno sodišče kljub temu, da je njegova vloga izjemno pomembna.

Začela sem z vprašanjem, *kaj je mednarodno pravo*. Toda na to prvo vprašanje ni mogoče dokončno odgovoriti, ne da se vprašamo, ali gre res za univerzalni sistem ali so stališča o njegovi naravi in konceptu drugačna v socialističnih državah in državah v razvoju. Za marksiste perestrojke je bilo mednarodno pravo del nadgradnje prava,

---

25 Thirlway, *International Customary Law and Codification*, 52.