

Др Михајло Вучић,*
Научни сарадник,
Институт за међународну политику
и привреду, Београд

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК
doi:10.5937/zrgpfi1775107V

UDK: 341.224

Рад примљен: 04.02.2017.
Рад прихваћен: 14.04.2017.

ПРАВИЧНОСТ И КОРИШЋЕЊЕ ЗАЈЕДНИЧКИХ ВОДНИХ ДОБАРА**

Апстракт: У овом раду аутор испитује садржину начела правичности у оквиру међународног права које регулише коришћење заједничких водних добара. Аутор истиче како садржина појма правичности у међународном праву није до краја утврђена. Међутим, за потребе расподеле и коришћења водних добара једина дозвољена правичност је она која се схвата као коректив чврсте правне норме приликом њене примене, ради исправљања бесмислених решења, односно као средство попуне правних празнина или разраде широко формулисаних правних начела. Правило правичног и разумног коришћења које је основно правило позитивног права у овој области међународног права прожето је оваквим схватањем правичности. Оно је истовремено широко и неодређено правно начело, али и коректив примене техничких правила о расподели водних добара. Међутим, ова формулација правичног и разумног коришћења није од помоћи у случају различитих правних тумачења, сукобљених техничких правила, или сукобљених права која су претходила споразуму. Аутор кроз праксу Међународног суда правде у погледу разграничења епиконтиненталних појасева извлачи појам сразмерности као кључни елемент дејства правичности у постизању праведних разграничења. Сразмерност је погодна за примену као концепт и у области коришћења заједничких водних добара, јер се у тој области наилази на сличне проблеме као и код разграничења епиконтиненталних појасева. Примена сразмерности нагласак ставља на потребе за водом прибрежних држава као кључан

* mihajlo@diplomacy.bg.ac.rs

** Рад је урађен у оквиру пројекта „Србија у савременим међународним односима: стратешки правци развоја и учвршћивања положаја Србије у међународним интегративним процесима – спољнополитички, међународни економски, правни и безбедносни аспекти”, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије. Број пројекта: 179029.

чинилица у постизању правичног решења, а секундарно на физичко-географске одлике конкретног водотока. Такође, сразмерност помаже да се у конкретном случају доведе у склад начело правичног и разумног коришћења са обавезом спречавања значајне штете и обавезом заштите животне средине међународног водотока.

Кључне речи: међународни водоток, правичност, сразмерност, међународно право, заједничка водна добра.

1. Увод

Заједничка водна добра из наслова су природно добро које прелази границе једне државе. Она се налазе у међународним водотоковима, слатководним резервоарима у облику река, језера, подземних вода и слично. С обзиром на изузетан значај ових добара по развој и опстанак држава и њиховог становништва, међународна правила која уређују њихово коришћење су од изузетног значаја. Та правила, да би остварила циљ очувања и одрживог коришћења заједничких водних добара, морају да помире многе супротстављене интересе и намире многе, често искључујуће потребе за овим добрима. Општа начела на којима се темељи коришћење заједничких водних добара у међународном праву стога су, логично, правило које обавезује сваку државу на коришћење међународног водотока на правичан и разуман начин, правило које обавезује сваку државу да спречи доношење значајне штете свакој другој држави у коришћењу тих добара, као и правило које обавезује сваку државу да чува животну средину међународног водотока зарад опстанка водних добара и за будуће генерације корисника (Бркић, Кнез, Етински, Милков, Петрушић, Дракић, Салма, Николић, 2009: 53). Нас у овом раду занима прво од три наведена правила. Правично и разумно коришћење је циљ до кога се долази како применом формалног, тако и применом материјалног појма правде у једном правном поретку. Што значи да процес доласка до правичног решења за коришћење заједничких водних добара подразумева испитивање свих релевантних околности и поштовање свих прописаних процедура, али и да коначно решење мора да буде прожето захтевима правде. Већ на први поглед се види да је овај циљ тешко испунити простом применом права, поготово с обзиром да је позитивно право у овој области недовољно изграђено и прецизно. Зато је потребно кренути од почетка, односно утврдити шта заправо у међународном праву значи правичност (први део). Пошто се садржина појма утврди, неопходно је видети како се у пракси такав појам примењује на заједничка природна добра уопште (други део). Коначно, на основу тих увида у трећем делу рада се ова пракса по аналогији анализира у контексту међународних водотокова.

2. Правичност у међународном праву

Садржина појма правичности у међународном праву је упитна, поготово у погледу коришћења заједничких природних добара. Улога правичности као правног појма у том погледу се састоји у давању смерница и правичних начела за склапање уговора који заснивају режиме коришћења добара, као и за судско и арбитражно решавање спорова о заједничким добрима. Проблем је што универзално прихваћени појам правичности у међународном праву не постоји. Међународни суд правде (МСП) дефинише појам правичности на следећи начин: „Правичност је као правни појам директна еманација идеје правде. Суд, чија је улога по дефиницији да дели правду, обавезан је да је примењује“.¹ Браунли дефинише правичност као „обзире праведности, разумности, и политике, који су често потребни ради разумне примене чвршћих правних правила“ (Brownlie, 2007: 26). Лоу (Lowe), испитујући употребу појма у пракси разних арбитражних трибунала, каже: „Корисна дефиниција правичности може да буде: општа начела правде која се разликују од сваког конкретног правног система или унутрашњег државног права“ (Lowe, 1989: 54). Френк, у расправи о правичности као средству за увођење правичних обзира приликом расподеле заједничких добара, појашњава: „Правичност нуди важну помоћ на овом задатку, даје судијама меру дискреције, у оквиру растегљиве структуре правила, која је саобразна јединствености сваког случаја и брзој еволуцији технологије обнове и управљања новим добрима“ (Franck, 1995: 56).

Познато је да Статут МСП предвиђа примену правичности у међународном праву на два одвојена начина. Најпре, члан 38(1) наводи међу изворима међународног права које Суд треба да примењује „општа правна начела која признају цивилизовани народи“. Како се појам правичности, а посебно правичних начела, може пронаћи у бројним националним правним системима, правичност може да има улогу саставног дела скупа норми које чине међународно право.² Могућност да међународни трибунали примене правична начела без изричите дозволе страна у међудржавном спору потврђује судија Хадсон у случају *скретања воде из реке Мезе*, када наводи да „оно што је нашироко познато као начело правичности, дуго је сматрано саставним делом међународног права, и као такво дуго било примењивано од стране међународних трибунала“.³ Затим, члан 38(2) даје

1 *Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia/ Libyan Arab Jamahiriya)*, ICJ Reports (1982)18, стр. 60, пара. 71.

2 Видети поменуту расправу коју доноси Лоу, где наводи да је прибегавање општим начелима правде као помоћним методама примене права заједничка одлика свих главних светских правних система, (Lowe, 1989: 55).

3 *Individual Opinion of Judge Hudson*, PCIJ Series A/ B, No. 70, стр. 76–77.

МСП овлашћење да „решити случај *ex aequo et bono* ако се уговорне стране тако договоре“. Појам „међународна правичност“ је једна „збирка појмова која подржава, промовише и имплементира она овлашћења, користи и задовољства које оправдава савремено схватање правде и праведности у друштву“ (Goldie, 1987: 107). У међународном праву правичност је одраз основних начела судске праксе и законодавства које уобличава и примењује правду, разум и вредности које су данас расуте по светским правним системима. Међународна правичност служи да ублажи строгост примене позитивног међународног права на оне посебне ситуације где генерализација може да произведе аномалије, неправичности, или неправде.

2.1. Правичност *ex aequo et bono*

Бербер објашњава да када Суд доноси одлуку на овај начин, он „одлучује на основу ванправних начела правде, моралности, корисности, политичке опрезности и здравог разума“ (Berber, 1955: 266–267). Ченг, пишући о правичности, говори о „чистој правичности“, која се може применити „не само *secundum legem*, или *praeter legem*, већ, ако је потребно, *contra legem*“ (Cheng, 1953: 20). Међутим, највећи број аутора се слаже да се правичност, или клаузула *ex aequo et bono* Статута МСП, не односи на правна правила, примарна или допунска, већ на способност Суда да реши спор на основу помирења (Lapidoth, 1987: 172; Goldie, 1987: 107; Lauterpacht, 1958: 213; Cheng, 1953: 19).

Према томе, правичност у *ex aequo et bono* смислу се не односи на обзире који леже у области права те она није саставни део скупа правних правила и начела која чине међународно право. Ако анализирамо ставове Међународног суда, јасно нам је да Суд помиње правичност искључиво као опште правно начело. На пример у случају *Епиконтиненталних појасева у Северном мору*, Суд каже: „Било какво да је тумачење једног суда, његове одлуке морају по дефиницији да буду праведне, према томе у истом смислу и правичне. Без обзира на то, када се говори о суду који дели правду или проглашава право, мисли се да одлука налази објективно оправдање у обзирима који не леже ван правних правила ... према томе, у овом случају се не ради о одлуци донетој *ex aequo et bono*“.⁴ Такође, индикативно је да ни Стални суд међународне правде ни МСП никада нису решили случај на

4 *North Sea Continental Shelf Cases (Germany/ Denmark /Netherlands)*, ICJ Rep. (1969), 3, стр. 48; Види такође случај *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (France v. Switzerland)* (1930), PCIJ, Ser.A, No. 24, стр.5, где је МСП одбио да употреби овај начин доношења одлуке у недостатку изричитог споразума страна у спору.

овај начин јер стране у спору оклевају да им дају тако широку и неспутану дискрецију.⁵

2.2. Правичност као опште правно начело

Творци Статута МСП сврставају „општа правна начела која признају цивилизовани народи“ (удаљем тексту општаначела), у међународноправне изворе према њиховој друштвеној заснованости и разумном карактеру, као део заједничког правног фонда (Goldie, 1987: 105). Према томе, општа начела су важан извор међународног права јер су кроз признање у националним правним системима цивилизованих нација стекла позитивни карактер који их чини правним правилима.

Класичан пример правичног начела које је кроз широко прихватање у националним правним системима пронашло своје место у међународном праву, јесте максима римског права *inadimplenti non est adimplendum* – онај ко не испуни свој део споразума не може да захтева испуњење споразума од друге стране. У случају *реке Мезе*, судија Анђилоти за ово начело каже да је „тако праведно, тако правично, тако универзално признато, да се мора применити такође и у међународним односима“.⁶ У контексту прекограничних добара, позната је још једна слична максима, такође заснована на реципроцитету, да онај ко тражи правичност мора правично да поступа. То значи да држава која прва крене да користи заједничка добра не може да се жали када и друга држава то исто почне да чини, и обрнуто, да држава која успе да спречи суседну државу да користи заједничко добро може и сама да буде спречена да то чини (Botchway, 2003: 217). Управо се ово догодило у случају *реке Мезе*, где је одбијена жалба Холандије на скретање тока заједничке реке Мезе од стране Белгије, углавном због тога што је Холандија раније и сама учинила такво скретање (Botchway, 2003: 217).

Наравно, постоје и многи други појмови који имају своје исходиште у правичности, и пронашли су своје место у међународном праву кроз развој у националним правним системима. Довољно је поменути начела добре вере и забране дискриминације, која су сада од средишње важности по

5 Треба рећи, истине ради, да је МСП усвојио начело *ex aequo et bono* приликом рачунања одштете коју је досудио један други трибунал УН, након што је Суд утврдио одговорност, види *Judgments of the Administrative Tribunal of the Labor Organization, ICJ Reports (1956) 77*, стр. 100, где Суд каже да „пошто прецизно одређење тачне своте није могло да се заснује ни на једном правном правилу, Трибунал је, прибегавши прорачунима *ex aequo et bono*, одредио оно што Суд назива правом мером накнаде“.

6 (1937) PCIJ Ser.A/ B No. 70, стр. 50.

многа формална и материјална правила међународног права (Brownlie, 1979: 287).

Међународни судови су користили начела правичности у многим решавањима спорова о заједничким добрима (Nelson, 1990: 837; Charney, 1984: 582; Higgins, 1991). МСП је нарочито водио рачуна да нагласи разлику између примене правичности као дела општих правних начела и његове примене *ex aequo et bono*, а притом је наглашавао како обзири правичности у овом првом смислу леже у границама права.

2.3. Примена правичности

Теоретски, примена правичних начела може да се изведе на три различита начина, имајући у виду дејство начела према чврстим материјалним нормама међународног права, а то су правичност *infra legem, praeter legem* и *contra legem*.

Примена правичности *infra legem* настаје када постоји неколико могућих правних тумачења и правична начела дозвољавају суду да одабере једно од њих водећи се захтевима правде. Ова примена правичности није спорна јер је „прављење таквих избора својствено функцији судије, и као таквој, не треба јој посебна сагласност страна у спору“.⁷ МСП је на овај начин применио правичност у случају *Епиконтинентални појас (Тунис-Либија)*: „када примењује позитивно међународно право, суд може да бира између неколико могућих тумачења оно које делује као, у светлости околности случаја, најближе захтевима правде“.⁸ Други пример се тиче ситуације када суд покушава да направи правичну процену величине накнаде, када се право на накнаду одређене врсте одштете већ установило.⁹

Правичност *praeter legem* служи да попуни правне празнине или да разради посебан садржај неодређених или општих правила. МСП је јасно ставио до знања да овај облик правичности значи правичност која се користи „не са циљем попуне друштвене празнине у праву, већ ... да ублажи недовољности међународног права и попуни његове логичке празнине“.¹⁰ Многи се не би сложили да у међународном праву уопште постоје празнине (Fitzmaurice,

7 Higgins, 1994: 219. Мада Хиггинс изражава забринутост да је појам „захтеви правде“ инхерентно субјективан, и да његова употреба ради утицаја на правна правила служи „само да избегне оправдавање и конкретизацију извесних политичких циљева“.

8 *Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia/ Libyan Arab Jamahiriya)*, ICJ Reports (1982) 18, стр. 60, пара. 71.

9 Види случај *Starrett Housing Corp. v. Iran* (1987) 16 Iran-US Claims 112, стр. 221.

10 Одвојено мишљење судије Амуна (Ammoun) у случају *Barcelona Traction (Second Phase) Case* (1970) ICJ Reports, стр. 3.

1965: 24–25). Они аутори који сматрају да оне ипак постоје се опет не слажу да ли је овај начин примене правичности прихватљив. Неки су виђења да он никако не може бити прихватљив јер је посао међународног суда да једноставно прогласи да правног решења нема (*non liquet*) (Strupp, 1930: 469), док други сматрају да је за њега потребна сагласност страна у спору (Cheng, 1955: 209–210). Због правне неизвесности у погледу овог начина примене правичности, употреба правичних начела у доношењу одлуке ће ретко, ако икада, бити изричито названа тако. Ово је истина за случајеве разграничења епиконтиненталних појасева пред МСП (Higgins 1994: 244, 220–224). Исто се може рећи и за судску примену начела правичног коришћења, јер се садржај овог правила може означити као општи и пун празнина. Ово се јасно види из анализе формулације правичног коришћења која се налази у Конвенцији УН од 1997. о непловидбеним коришћењима међународних водотокова,¹¹ као и Нацрту чланова Комисије за међународно право који јој је претходио,¹² која предвиђа неисцрпљујућу листу релевантних критеријума и ниједну смерницу око њиховог редоследа примене.

Правичност *contra legem* се никада не може прихватити осим ако стране у спору не пристану на примену правичности *ex aequo et bono*, што се никада није догодило у историји ни Сталног суда међународне правде, ни његовог наследника, МСП. Ова примена правичности се означава као правичност која у својој примени крши право, да би ублажила друштвене неприкладности права,¹³ па такве одлуке уопште не морају да буду повезане са судским разматрањима (Lapidoth, 1987: 172).

3. Правичност и заједничка природна добра

3.1. Функције правичности

Различити аутори заступају различите улоге правичности у међународном праву тако да се може рећи да она испуњава многе различите циљеве. Међутим, за потребе наше расправе интересује нас испитивање могуће улоге за правичност у примени начела правичног коришћења заједничких природних добара.

11 (1997) 36 ILM 719.

12 *Report of the International Law Commission to the General Assembly on the Work of its Forty-Sixth Session*, UN Doc.A/ 49/ 10 (1994) 195.

13 Види одвојено мишљење судије Амуна у случају *North Sea Continental Shelf Cases (Germany/ Denmark /Netherlands)*, ICJ Rep. (1969), 3, стр. 139.

Френк наводи три одвојена приступа правичној расподели заједничких добара: „корективна правичност“, „широко заснована правичност“ и „правичност заједничког наслеђа“ (Franck, 1995: 57). „Корективна правичност“ подразумева да се правична начела примењују само по изузетку, како би ублажила тешке неправедности које могу понекад да настану из строге примене правних правила. Овакво схватање правичне расподеле кретало би се у границама правичности *infra legem*.

„Широко заснована правичност“ је сама по себи правно правило за расподелу добара. Овај приступ даје суду знатно више дискреције него корективна правичност и тежи да буде отворено дистрибутиван. Френк сматра да је начело правичног коришћења које садржи Конвенција УН о непловидбеним коришћењима међународних водотокова од 1997. пример широко засноване правичности и пример присутног тренда да се стављају слични правични механизми у друге уговоре о животној средини и природним добрима (Franck, 1995: 74–75). Ова правичност би одговарала схватању правичности *praeter legem*.

„Правичност заједничког наслеђа“ примењује се на расподелу добара која су заједничко добро целог човечанства, попут свемира,¹⁴ Антарктика,¹⁵ минералних добара дубоког морског дна,¹⁶ и обично у себи садржи неки модел повереништва према коме је очување једини или главни циљ. Овакв приступ може да има све већи значај у погледу међународних водотокова са успоном заједничких режима управљања и институција, где се неколико или чак све државе водотока обавезују да ће заједно управљати заједничким водним добром у заједничком интересу. Ту се супранационалност тела створеног у заједничком интересу заинтересованих субјеката поставља као контратежа независном одмеравању интереса суверених држава на основу правичности *contra legem*.

Међутим, тренутно позитивно право које уређује заједничка водна добра далеко је од ове последње концепције. Зато се прихваћеност правичности *praeter legem* мора каналисати споразумима према којима је свака држава овлашћена на разуман и правичан удео у користима од прекограничног водног добра. Према Експертској групи за животну средину: „Начело правичног коришћења прекограничног природног добра мора да се

14 Види Споразум о активностима држава на Месецу и другим небеским телима из 1979, Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies, (1979) 18 ILM 1434.

15 Види Протокол о заштити животне средине на Уговор о Антарктику из 1991, Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty, (1992) 30 ILM 1455.

16 Види Конвенцију о праву мора из 1982, UN Convention on the Law of the Sea, (1982) 21 ILM 1261.

посматра као опште прихваћено начело међународног права које се примењивало у бројним међународним споразумима, а нарочито оним који се баве водама међународног водотока“ (Munro, Lammers, 1987: 73). Према томе, жељени циљ садржан у начелу правичног коришћења је већ јасно уобличен.

Међутим, постојеће формулације начела правичног коришћења дају мало или нимало упутстава око различите тежине коју носе различита правна тумачења, сукобљене правне одредбе, или сукобљена права која су претходно постојала. Заиста, Конвенција УН од 1997, а пре ње и Нацрт чланова комисије за међународно право, изричито предвиђају да ниједно коришћење или врста коришћења неће имати предност само по себи над другим коришћењем или врстом коришћења (члан 10), осим можда оних која су повезана са виталним људским потребама (члан 10(2)). Према томе, питање да ли су удели држава у корисним употребама водотока разумни и правични може се одредити једино разматрањем свих релевантних чинилаца конкретног случаја. Чак се различитим чиниоцима не даје ни некакво првенство или редослед важности.¹⁷

Ако прихватимо да правичност игра комбинацију улога у примени правичног коришћења, чини се да је неспорно да се правичност примењује у неколико корака. То су: идентификација праведног и правичног решења, разматрање свих релевантних чинилаца и околности и разрада неодређених нормативних правила. Међутим, ниједна формулација начела не даје упутство око редоследа ових функција правичности. На пример, да ли ће суд само идентификовати правично решење и наставити да тражи то решење поклањајући добро одмерену пажњу сваком релевантном чиниоцу, или ће се правично решење указати након претходног разматрања релевантних чинилаца. Први приступ би дао суду већу меру дискреције јер би он тада арбитрерно одлучивао шта је правично решење. Такво решење би логично било врло субјективно. Слично томе, када правичност служи да разради посебна правила за конкретан случај, није јасно да ли ова правила одређују првенство које евентуално има неки од релевантних чинилаца, односно да ли је претходно разматрање чинилаца потребно да би се одредило која ће се правила примењивати. Јасно је само да правично коришћење може да функционише једино као процес. По речима једног аутора: „Суштина овог начела правичног коришћења је да оно више предвиђа неку процедуралну технику која за циљ има постизање правичног решења у сваком конкретном случају, пре него што поставља материјалну норму мање или више специфичног садржаја“ (Yamin, 1995: 17). Примена начела стога захтева преговоре између заинтересованих

¹⁷ Види члан 6(3) Конвенције УН од 1997.

држава за одређивање правичног разграничења права и обавеза сваке државе. Међутим, овај став нам није од помоћи да утврдимо редослед корака у том процесу у коме правичност игра своје улоге, било да је у питању преговарање око склапања уговора или судски процес.

3.2. Правичност и МСП

Преглед праксе МСП око разграничења епиконтиненталних појасева даје увид у контроверзну чињеницу да МСП у последњим годинама тежи да идентификује оно што он сматра правичним решењем. Првобитно, МСП је сматрао да је обичајно правило међународног права да се разграничење одређује према правичним начелима: „није питање примене правичности само питање апстрактне правде, већ и примене правног правила које само захтева примену правичних начела“.¹⁸ Међутим, након тога уследио је прилично различит став. У наредном предмету МСП је сматрао да је „обавезан да одлучи случај на основу правичних начела“,¹⁹ али дајући преглед значења правичних начела, Суд каже да „резултат примене правичних начела мора бити правичан ... није свако такво начело само по себи правично; оно може да стекне такав квалитет у односу на правичност решења ... „правична начела“ ... се односе на начела и правила која могу бити одговарајућа за постизање правичног решења“.²⁰ Овакав став је одраз приступа усвојеног у међувремену донетој Конвенцији УН о праву мора,²¹ која је отворена за потписивање 1982, чији члан 83(1) предвиђа да ће „разграничење епиконтиненталних појасева између држава са наспрамним или суседним обалама бити остварено споразумно на основу међународног права, чији се извори налазе у члану 38 Статута Међународног суда правде, како би се постигло правично решење“. Ова одлука, о примени онога што Френк назива „широко заснована правичност“, није прошла без критике. Судија Ода, у свом издвојеном мишљењу, изражава став да је одлука прожета „прећутном сврхом расподеле“,²² док судија Ивенсен (*Evensen*) упоређује тумачење Суда са применом правичности *ex aequo et bono*.²³ Приступ широко засноване правичности је примењен и у случају

18 *North Sea Continental Shelf Cases (Germany/ Denmark /Netherlands)*, ICJ Rep. (1969), 3, стр. 46–47.

19 *Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia/ Libyan Arab Jamahiriya)*, ICJ Reports (1982) 18, пара. 69.

20 *Ibid*, пара. 70.

21 21 ILM 1261.

22 *Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia/ Libyan Arab Jamahiriya)*, ICJ Reports (1982) 18, пара. 270.

23 *Ibid*, пара. 296.

Епиконтинентални појас (Либија-Малта) где МСП потврђује предност правичног решења над оним правичним начелима која служе да би се оно постигло.²⁴ МСП притом наглашава улогу сразмерности у постизању таквог решења, описујући сразмерност као „интимно повезану ... са владајућим начелом правичности“.²⁵

У арбитражи из 1985. између *Гвинеје и Гвинеје-Бисао*, арбитражни трибунал, који су чинили тројица судија МСП, разграничио је епиконтинентални појас водећи рачуна о два нова правична обзира, наиме „потребе да се обезбеди да, колико је могуће, свака држава контролише поморску територију насупрот своје обале и у њеној близини“, и потребе да се обезбеди да друга разграничења на мору у датој области, садашња или будућа, буду узета у обзир са дужном пажњом.²⁶ Заиста, последњих година, чини се да је Суд све спремнији да размотри донекле и економске чиниоце у одређењу правичног разграничења.²⁷ Појмови дистрибутивне правде се, штавише, изричито помињу у одредбама УН Конвенције о праву мора из 1982. које се односе на приступ искључивој економској зони. На пример, ова Конвенција даје земљама које немају излаз на море право да учествују „на основу правичности, у експлоатацији одговарајућег дела обалних држава у њеном подрегиону или региону“, и захтева од држава да одреде услове таквог учешћа узимајући у обзир, између осталог, „потребу да се избегне штета по рибарске заједнице обалних држава“ и „потребе исхране становништва датих држава“ (Franck, 1995: 74). Ова последња одредба је по нама аналогна са оном о „виталним људским потребама“ из члана 10(2) Конвенције УН од 1997.

Приступ МСП у примени правичности на случајеве разграничења епиконтиненталних појасева, то јест, приступ усредсређености на пожељно решење, скоро је универзално критикован у правној теорији, где највећи број критичара страхује да он пружа сувише висок степен судске дискреције (Higgins, 1994: 224; Jennings, 1986: 31). У случају *Тунис-Либија*, МСП и сам признаје да постоје проблеми са приступом правичног решења, рекавши да „он не задовољава у потпуности, јер користи појам правично како би означио и резултат који треба постићи и средства која треба применити да би се тај резултат постигао“.²⁸ Међутим, такав приступ

24 *Continental Shelf (Libya v. Malta)*, ICJ Reports (1985), 13, пара. 29.

25 *Ibid*, пара. 43.

26 *Maritime Delimitation (Guinea v. Guinea-Bissau)*, 77 ILR 636 (Ct. of Arb. 1988), стр. 676-677.

27 Види *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*, ICJ Reports (1993) 38, пара. 58-59.

28 *Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia/ Libyan Arab Jamahiriya)*, ICJ Reports (1982) 18, пара. 70.

МСП је очигледно постао водећи ослонац у примени начела правичности. Кључан ослонац Суда приликом примене овог тумачења правичности био је, пак, појам сразмерности.²⁹

Да бисмо испитали шта се подразумева под појмом сразмерности у међународном праву, треба прво направити разлику између сразмерности која се примењује у области права употребе силе и сразмерности у расподели добара. У првом значењу, сразмерност поставља ограничење законитој употреби силе у самоодбрани. У другом, она се описује као „једна од многих техника за постизање правичног исхода у посебним географским околностима“ (Higgins, 1994: 230). Иако је појам сразмерности као чиниоца у разграничењу добара уобличен и најпре развијен кроз праксу разграничења епиконтиненталних појасева, и даље је врло изражен неспоразум међу научницима око његовог статуса и примењивости, због чега Хигинс закључује: „Појам сразмерности у разграничењу на мору остаје, за мене, пун неизвесности и проблема“ (Higgins, 1994: 230). Појам сразмерности уобличио је Међународни суд правде у случајевима *Епиконтиненталних појасева у Северном мору*, где се он јавља као део правичности, другим речима као правично начело. У овом случају државе су биле позване да признају разуман ниво сразмерности, да би се одредила „мера епиконтиненталног појаса која припада заинтересованој држави и дужине њихових обалних линија“.³⁰

4. Сразмерност и заједничка водна добра

4.1. Сразмерност и правична расподела

Међународни водотокови међусобно деле низ посебних физичких и географских одлика и тешко је по аналогiji преносити праксу МСП која се тиче разграничења епиконтиненталних појасева на поље коришћења њихових водних добара. Међутим, између ове две области постоје важне паралеле, тачније у њима настају слични проблеми приликом коришћења природних добара. Хигинс истиче: „Није случајно да у области расподеле добара – у праву мора, или праву међународних водотокова, постоји тако често позивање на правичне обзире“ (Higgins, 1994: 230). Морска обала,

29 Чињеница да је дужина обале играла у скорије време одлучујућу улогу у овој расподели, значи да се у пракси примењује један поједностављени тест сразмерности, види на пример: *North Sea Continental Shelf Cases (Germany/ Denmark /Netherlands)*, ICJ Rep. (1969), 3, пара. 50, *Continental Shelf (Libya v. Malta)*, ICJ Reports (1985), 13, пара. 46.

30 *North Sea Continental Shelf Cases (Germany/ Denmark /Netherlands)*, ICJ Rep. (1969), 3, пара. 52.

попут међународне реке или њеног слива, може да обухвати територију неколико држава. Те државе имају често супротстављене захтеве за коришћење природних добара, чије мирене захтева примену правичних решења. Имајући у виду искуство које поседује у погледу разграничења епиконтиненталних појасева, није нелогично да би МСП у одређивању правичног коришћења водних добара међународног водотока, нагласио важност природних и физичких одлика водотокова у свакој држави. Разумно је претпоставити да би кључни чиниоци правичног коришћења били величина слива у свакој држави и количина воде коју свака држава доприноси водотоку, а још вероватније је да би то била комбинација ова два.

Индикативна листа чинилаца од значаја по правично и разумно коришћење у Конвенцији УН од 1997. указује да би то могао да буде случај, јер се први низ чинилаца односи на „географске, хидрографске, хидролошке, климатске, еколошке, и друге чиниоце природног карактера“ (члан 6(1)(а)). Коментар на члан 6 Нацрта чланова Комисије за међународно право каже да „став 1(а) садржи листу природних или физичких чинилаца који одређују физички однос водотока са сваком државом водотока. „Географски“ чиниоци се односе на величину територије на којој се простире водоток у оквиру сваке државе; „хидрографски“ чиниоци се генерално односе на мерење, описивање и мапирање вода водотока, а „хидролошки“ чиниоци се односе на својства воде, укључујући проток воде и његову расподелу, као и допринос водотоку у виду количине воде сваке државе водотока“.³¹

Хелсиншка правила Удружења за међународно право из 1966. истичу на још очигледнији начин да ови чиниоци имају превасходну важност. Према њима, прва два чиниоца која се наводе као битна у у одређивању правичног и разумног удела су:

„а) географија слива, укључујући посебно величину дренажне области на територији сваке државе слива;

б) хидрологија слива, укључујући поготово допринос у води сваке државе слива“.³²

31 „Report of the International Law Commission at its forty-sixth session“, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, део други, 1994, пара. 4.

32 Члан V(2), (а) и (б), International Law Association, *Report of the Fifty-Second Conference*, Helsinki, 1966, ILA, London, 1966. Види такође Берлинска правила о праву водних добара из 2004, која освежују и замењују Хелсиншка правила, чији члан 13 наводи списак чинилаца од значаја за одређивање правичног и разумног коришћења тако што понавља списак члана 6 Конвенције УН од 1997, ILA, *Berlin Rules on Water Resources Law*, 2004, <http://www.asil.org/ilib/WaterReport2004.pdf>, 20.1.2017.

Иако коментар Комисије за међународно право на Нацрт чланова јасно каже да ће се „значај који се даје сваком од чинилаца, као и њихова тежина, разликовати према околностима“,³³ може се са правом очекивати да међународни судови поштују праксу МСП у разграничењу епиконтиненталних појасева и да се одреде за приступ који би право учинио на неки начин транспарентним и предвидивим. Такав приступ би подразумевао расподелу користи или удела у води на начин који је отприлике сразмеран величини дренажне области и доприносу у води сваке државе. Други чиниоци који се налазе у разним кодификацијама би, према томе, били секундарне природе, и служили би да ублаже круту примену таквог сразмерног правила и обезбеде да свако решење на основу преговора или судска одлука испуне захтеве правде у светлости околности сваког случаја.

Међутим, на основу веома обухватне анализе државне праксе и одлука судова и арбитража повезаних са расподелом заједничких водних добара, Фуентес убедљиво закључује како је значај који се даје физичким одликама сваког дренажног слива, поготово величина дренажне области која се налази на територији сваке државе и њихов допринос у води, релативно мали (Fuentes, 1995: 394–400). Она, на пример, истиче да је поступајући трибунал у случају *Нармада* направио *prima facie* правичну расподелу на основу потреба за водом страна у спору, која је затим донекле исправљена пошто су анализирани физичке одлике дренажног слива (Fuentes, 1995: 408). Трибунал је дошао до своје привремене одлуке тако што је поделио воде заједничког водотока сразмерно потребама за водом две државе, али је у почетку одбио да размотри критеријуме дренажне области и доприноса у води, који су потом искоришћени како би се прилагодила привремена подела, на математички начин у вези са сразмерношћу (Fuentes, 1995: 408). Фуентес истиче како је ова пракса којом се придаје мали значај физичким одликама дренажног слива као чиниоцима одређивања правичног режима за коришћење заједничких водних добара „у складу са правилом правичног коришћења, јер ако бисмо прихватили да ови чиниоци служе као непосредна основа за расподелу вода, то не би било у складу са начелом једнакости држава слива“ (Fuentes, 1995: 408). У сваком случају, давањем већег значаја потребама за водом држава водотока него физичким одликама дренажног слива, правичност на начин на који се примењује у међународном праву слатководних добара постаје дистрибутивнија по природи него правичност која се примењује у разграничењу епиконтиненталних појасева.

33 „Report of the International Law Commission at its forty-sixth session“, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, део други, 1994, пара. 4.

4.2. Сразмерност и заштита животне средине

Појам сразмерности може да има утицаја на процес заснивања правичног и разумног режима за коришћење заједничких прекограничних вода на још један начин. Он игра важну улогу у одређивању природе обавеза према животној средини које се садрже у члановима 20–23 Конвенције УН од 1997, па тако омогућава државама да испуне ове обавезе (Kgoes, 1997: 94–95, 97). Чини се да се систематским тумачењем одредаба Конвенције обавезе из чланова 20–23 (о заштити екосистема и спречавању, умањењу и контроли штете од загађивања), као и оне из члана 7 (о обавези спречавања значајне штете), такође потчињавају правилу правичног и разумног коришћења из чланова 5 и 6. Зато настаје потреба да се одреди када штета од загађивања која настане као последица коришћења међународног водотока може да се сматра *prima facie* неправичном или неразумном. Начело сразмерности има очигледну и признату улогу у таквом одређивању.

Такође, може се истаћи аргумент да опште непоштовање обавеза према животној средини држава водотока може да се сматра чиниоцем у поступку расподеле заједничких водних добара. На пример, прибрежне државе на основу члана 20 треба да предузму заједничке активности према начелима сарадње и правичног учешћа и где је то могуће заштите и очувају екосистеме. Коментар Комисије за међународно право на Нацрт чланова из 1994. каже да „општа обавеза правичног учешћа тражи да доприноси држава водотока заједничким напорима на заштити и очувању буду макар сразмерни мери у којој су оне допринеле штети или опасности од штете по екосистеме у питању”.³⁴ Слично томе, коментар на члан 20 у наставку каже да ће се удео државе водотока у узроковању пропадања животне средине узети у обзир у односу на користи које се добијају од ублажавања проблема за државе које трпе штету.³⁵ Најзначајније је да коментар на члан 21 каже: „Државна пракса подржава општу вољу да се толерише чак и значајна штета, уколико држава водотока која узрокује штету улаже највеће напоре да смањи загађење на обострано прихватљив ниво. Захтев да постојеће загађење које наноси такву штету буде смањено одмах, може, у неким случајевима, да има за последицу непотребне тешкоће, посебно када би губитак државе штетника био у огромној несразмери са користима које би имала оштећена прибрежна држава”.³⁶

34 Коментар на члан 20, „Report of the International Law Commission at its forty-sixth session“, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, део други, 1994, пара. 4.

35 *Ibid.*

36 Коментар на члан 21, *Ibid.*, пара. 4.

Према томе, појам сразмерности може да нам помогне да утврдимо да ли је штета од загађења која је настала, или може да настане, одређеним коришћењем међународног водотока, неправична у смислу начела правичног коришћења, и тиме неприхватљива за сваки правични режим. Осим тога, појам сразмерности помаже да се одреди да ли је држава водотока деловала у складу са различитим обавезама према животној средини међународних водотокова, што је чинилац који се може размотрити у расподели користи и удела у води према правичном коришћењу. Упутно је да коментар члана 7 Берлинских правила од 2004. Удружења за међународно право,³⁷ који садржи „основно правило које је сада део обичајног међународног права“,³⁸ које захтева да „државе предузму све одговарајуће мере да управљају водама на одржив начин“, објашњава да овај члан „потврђује дужност држава да обезбеде одрживи развој њихових природних добара, укључујући и начело правичности“.³⁹

МСП је у случају *Залив Мејн* навео две улоге сразмерности – као чиниоца који треба узети у обзир приликом разграничења, и као накнадну проверу правичности решења. Обе улоге нуде простор за разматрање чинилаца животне средине у одређивању правичног режима коришћења заједничких водотокова. Прва улога се изричито наводи у формулацији правичног коришћења у Конвенцији УН од 1997, где се неколико чинилаца од значаја по животну средину изричито садрже у индикативном списку чинилаца које треба узети у обзир на основу члана 6 (чиниоци од значаја за правично и разумно коришћење). Друга улога омогућава доносиоцу одлука, било да је то дипломата као преговарач у име државе, или судија као независан арбитар решавања спора између држава, да унесе извесан степен корекције у примену чврстог правног правила, односно да примени аналогije са другим правилом у случају нејасног или непостојећег правила. Режим правичног коришћења који би настао као последица такве одлуке на правичан начин би одразио значај разних обавеза према животној средини које се налазе у уговорном или обичајном праву, поготово оних које се налазе у члану 7 и члановима 20–23 Конвенције УН од 1997.

5. Закључак

Нема сумње да правичност игра све важнију улогу у праву које се примењује на расподелу заједничких природних добара. Правичност ублажава просту

37 ILA, *Berlin Rules on Water Resources Law*, 2004, <http://www.asil.org/ilib/WaterReport2004.pdf>, 20.8.2014.

38 Коментар, *Ibid*, стр. 15.

39 *Ibid*.

примену чврстог правног правила у контексту великог броја могућих географских, геолошких, топографских, економских, политичких, стратешких, демографских и научних променљивих чинилаца. Без тог корективног дејства, резултати просте примене чврстог правила могли би да доведу до бесмислених решења. Не треба занемарити ни чињеницу да брзина научног и технолошког развоја захтева од међународног права да настоји да наметне државама које користе заједничка природна добра начела опште примене прожета одговарајућом мером прилагодљивости. Такође, велика и све већа неједнакост између развијених и земаља у развоју захтева да формална једнакост држава пред правом буде и остварена применом праведних идеја. Коначно, правичност је потребна као заштитник оних интереса који нису обично препознати од стране традиционалног права, као што је благостање будућих генерација и интереси природне околине.

Све ове особине чине правичност поготово погодном за поступке одмеравања супротстављених интереса који се још увек нису формирали у посебна права и дужности, нарочито у областима међународног права које нису довољно развијене. Настајући појам међугенерациске правичности, као и правична начела у међународном праву животне средине, јесу добри примери. Из истих разлога, правичност је плоносан приступ и у питањима која се баве коришћењем заједничких добара, као што су водна добра међународних водотокова, где је важније обезбедити решење које је одрживо за будућност него неко засновано на строгој одбрани права и дужности која су настала у прошлости. У оба случаја не постоји потреба за расподелом права једном за свагда, већ за установљењем еластичног оквира за изградњу трајног односа између заинтересованих страна.

Међутим, врло је важно да правило правичног коришћења међународних водотокова не склизне у тумачење *ex aequo et bono*. Ово правило има нормативни садржај и његова примена захтева одмеравање свих могућих релевантних чинилаца који стварају правична решења супростављених интереса држава. Конкретна одлука се, према томе, заснива на конкретним техничким правилима која су само усмерена начелима правичности ка праведном решењу. Дакле, међународни судови правило правичног коришћења не смеју да схвате другачије од *praeter legem* правичности. Наравно, државе су слободне да пристају на свако решење које сматрају ваљаним или корисним, али судски и арбитражни органи морају да прате прецеденте и друге изворе упутстава око избора и примене критеријума које треба узети у обзир приликом одлучивања о правичној расподели. Са текућом разрадом упутстава уговорне природе и повећаним ослањањем судова на правичност, правична начела која усмеравају судовање ће

постати јаснија и лакше предвидива. Већ сада је у великој мери јасно да се у споровима око међународних водних добара најбитнијим чиниоцима сматрају потребе за водом заинтересованих држава, поготово виталне људске потребе, док су чиниоци повезани са физичким или географским одликама дренажног слива ипак другог ранга.

Занимљиво је приметити да, иако недавно усвојена Берлинска правила најпре наводе: „географске, хидрографске, хидролошке, хидрогеографске, климатске, еколошке, и друге природне одлике“ (члан 13(2)(а)), међу чиниоцима од значаја за одређивање правичног и разумног коришћења, у складу са чланом 6 Конвенције УН од 1997, она у наставку наводе:

- „1. у одређивању правичног и разумног коришћења, државе ће прво расподелити воде како би задовољиле виталне људске потребе;
2. ниједна друга врста коришћења неће имати предност сама по себи над било којим другим коришћењем или врстом коришћења“ (члан 14).

Литература

Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies, (1979) 18 ILM 1434.

Berber (1955). F. *Die Rechtsquellen des internationalen Wassernutzungsrechts*. R. Oldenbourg, Munich.

Botchway. F. (2003). The Context of Trans-Boundary Energy Resource Exploitation: The Environment, the State, and the Methods. *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*.14.

Brkić S. et al. (2009). *Osnove prava životne sredine*. Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu. Novi Sad.

Brownlie I. (1979). Legal Status of Natural Resources in International Law (Some Aspects). *Recueil des cours*. 162.

Brownlie, I. (2007). *Principles of Public International Law*. Oxford University Press, Oxford.

Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia/ Libyan Arab Jamahiriya). ICJ Reports (1982) 18.

Case Relating to the Diversion of the Water From the Meuse, (1937) PCIJ Ser. A/ B No. 70.

Charney. J. (1984). Ocean Boundaries Between Nations: A Theory for Progress. *American Journal of International Law*. 78.

Cheng B. (1953). *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. Stevens. London.

Cheng B. (1955). Justice and Equity in International Law. *Current Legal Problems*.8.

Continental Shelf (Libya v. Malta), ICJ Reports (1985), 13.

Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses (1997) 36 ILM 719.

Final Report of the Experts Group on Environmental Law on Legal Principles of Environmental Protection and Sustainable Development (1987).R. D Munro, J. G. Lammers, *Environmental Protection and Sustainable Development: Legal Principles and Recommendations*, Graham & Trotman, London.

Fitzmaurice G. (1965). Judicial Innovation – Its Uses and Its Perils. *Cambridge Essays in International Law*. Stevens & Sons, London.

Franck T. (1995). *Fairness in International Law and Institutions*, Clarendon. Oxford.
Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (France v. Switzerland) (1930), PCIJ, Ser. A, No. 24.

Fuentes X. (1995). The Criteria for the Equitable Utilization of International Rivers. *British Yearbook of International Law*. 67.

Goldie L. (1987). Equity and the International Management of Transboundary Resources. A. Utton and L. Teclaff (prir.). *Transboundary Resources Law*. Westview Press, London/ Boulder.

Higgins R. (1991). International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes. *Recueil des cours*. 230.

Higgins R. (1994). *Problems and Process: International Law and How We Use It*. Clarendon Press. Oxford.

ILA (2004). *Berlin Rules on Water Resources Law*. [http:// www.asil.org/ ilib/ WaterReport2004. pdf](http://www.asil.org/ilib/WaterReport2004.pdf), 20.8.2014.

ILA (1966). *Report of the Fifty-Second Conference*, Helsinki.

ILA. (1994). Report of the International Law Commission at its forty-sixth session. *Yearbook of the International Law Commission*. II. део други.

Individual Opinion of Judge Hudson, PCIJ Series A/ B, No. 70.

Jennings R. (1986). Equity and Equitable Principles *Annuaire Suisse de Droit International*.42.

Judgments of the Administrative Tribunal of the Labor Organization, ICJ Reports (1956) 77.

Kroes M. (1997). The Protection of International Watercourses as Sources of Fresh Water in the Interest of Future Generations. E. H. Brans. E. J. de Haan. J. Rinzema. A. Nollkaemper (eds). *The Scarcity of Water: Emerging Legal and Policy Responses*. Kluwer Law International. The Hague.

Lapidoth R. (1987). Equity in International Law. *Israel Law Review*. 22.

Lauterpacht H. (1958). *The Development of International Law by the International Court of Justice*. Stevens & Sons, London.

Lowe V. (1989). The Role of Equity in International Law, *Australian Yearbook of International Law*. 12.

Maritime Delimitation (Guinea v. Guinea-Bissau), 77 ILR 636 (Ct. of Arb. 1988).

Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, ICJ Reports (1993) 38.

Munro R.D, Lammers J. G. (1987). *Environmental protection and sustainable development: legal principles and recommendations*. Graham & Trotman: M. Nijhoff. London; Boston.

Nelson. L. (1990). The Role of Equity in the Delimitation of Maritime Boundaries. *American Journal of International Law*.

North Sea Continental Shelf Cases (Germany/ Denmark /Netherlands), ICJ Rep. (1969). 3.

Одвојено мишљење судије Амуна (Аmmoun) у случају *Barcelona Traction (Second Phase) Case* (1970) ICJ Reports.

Одвојено мишљење судије Амуна у случају *North Sea Continental Shelf Cases (Germany/ Denmark /Netherlands)*, ICJ Rep. (1969). 3.

Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty, (1992) 30 ILM 1455.

Starrett Housing Corp. v. Iran (1987) 16 Iran-US Claims 112.

Strupp K. (1930) „Le Droit du Juge International de Statuer Selon l'Equite. *Recueil des cours*. III.

UN Convention on the Law of the Sea, (1982) 21 ILM 1261.

Yamin F. (1995). Principles of Equity in International Environmental Agreements with Special Reference to the Climate Change Convention. A. Katama (ed.) *Equity and Social Considerations Related to Climate Change*, ICIPE Science Press

Mihajlo Vučić, LL.D.

Research Associate,

Institute of International Politics and Economy, Belgrade

EQUITY AND THE USE OF SHARED WATER RESOURCES

Summary

In this article, the author analyses the contents of the notion of equity in international law on shared water resources. It is stated that the content of equity in international law is not fully ascertained. However, for the purpose of distribution and using water resources, the only possible equity is the one that acts as a mitigation of a hard legal rule in its application, for the correction of absurd results, and as the fill-in of legal lacunae or the concretization of widely formulated legal principles. The principle of equitable and reasonable utilization is the basic positive legal rule in this field of international law and it is imbued with this conception of equity. It concurrently serves as a widely formulated legal principle and as an adjusting factor of the application of technical rules on the water resources distribution. However, this formulation of equitable and reasonable utilization is of little help when it comes to contested legal interpretations, competitive interests that preceded the agreement or conflict of technical rule. The author analyses the practice of the International Court of Justice in the delimitation of continental shelves to find a concept of proportionality as a key element of the effect of equity on equitable delimitations. Proportionality is adequate for application in the field of shared water resources use since this field is plagued with similar problems. The application of proportionality emphasizes water needs of riparian states as a key factor in the search for equitable solution, and second to it, on the physical and geographical traits of a watercourse. Furthermore, proportionality aids the harmonious relationship between the principle of equitable and reasonable utilization and the obligations not to cause substantial harm and to protect the environment of international watercourse.

Key words: *international watercourse, equity, proportionality, international law, shared water resources.*