

ПРИЛОГ РАЗМАТРАЊУ ОСНОВНИХ ОБЕЛЕЖЈА АПСОЛУТНО ОБАВЕЗНИХ НОРМИ У МЕЂУНАРОДНОМ ЈАВНОМ ПРАВУ

Као концепт *de lege ferenda* апсолутно обавезна правила међународног права нису творевина најновијих дена. Идеја о праву које везује државе независно од њихове воље заговарана је посебно од стране природноправно оријентисане доктрине. Гроцијус (*Grotius*)¹⁾, Пуфендорф (*Puffendorf*)²⁾, Волф (*Wolff*)³⁾, Вател (*Vattel*)⁴⁾, Мартенс⁵⁾, инсистирали су, са извесним разликама које су опредељене основним теоретским полазиштима, на постојању вишег, супериорног *jus necessarium*-а, који као рефлекс аутономног, универзалног и савршеног природног права није могао бити дерогиран једностраним или двостраним актима држава.

У неонатуралистичкој реакцији на правни волунтаризам крајем XIX и почетком XX века, учење о основним, фундаменталним правима држава⁶⁾

1) За Гроцијус-а природно право, услед свог слагања са логиком природе поседује елемент моралне неопходности, те стога служи као критеријум дозвољености извесног понашања. Пошто је природно право непроменљиво, то је јасно да државе нису могле утицати на његов садржај и важење — *H. Grotius, De jure belli ac Pacis libri tres, In Classics of International Law, ed. by J.B. Scott, trans. by F.W. Kelsey, 1925, I, pp. 38—40.*

2) Под утицајем Хобса Пуфендорф тврди да су односи између различитих народа засновани искључиво на природном праву. Природно право, моралистички интонирано у духу схоластике јесте, по овом аутору, апсолутни критеријум понашања друштва и, за разлику од позитивног права, није подложно промени. — *Puffendorf, De iure naturae et gentium libri octo, in Classics of International Law, trans. by C.H. Oldfather and W.A. Oldfather, 1934, Chapt. III, pp. 189, 179.*

3) Полазећи од идеје да државе нису ништа друго до појединачне слободне личности које егзистирају у природном стању, Волф истиче да народи у међусобним односима користе искључиво правила природног права. У ствари, између природног права и међународног права постоји апсолутни идентитет. — *v. Jus gentium methodo scientifica pertractatum, in Classics..., trans. by J.H. Drake, 1934, par. 2, 3, p. 9.*

4) По Вател-овом мишљењу природно право је неприкосновено, обавезе утврбене природним правом су неизбежне и нужне, па их народи не могу мењати путем уговарања, нити их се једноставно ослободити или узајамно једна другу ослободити. — *Vattel, Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains, 1758, par. 9.*

5) Природно право представља скуп заповести које произилазе из разума обавезне су за све народе и не могу бити мењане слободном вољом друштва. — *De Martens, Précis du Droit des gens moderne de l'Europe, 1864, I, pp. 44.*

6) Бонфис (*Bonfils*) налази да држава као субјект међународног права, *inter alia*, поседује примарна, апсолутна или перманентна права која су у основи државе као „*personnes naturelles et nécessaires, qu'un seul droit primordial, un seul droit fondamental, le droit à l'existence*” — *Manuel de droit international public (Droit des Gens), 1914, nos. 235, 239; За Calvo-a, „L'obligation d'observer la justice envers les autres nations en tout temps et toute circonstance подвучао М.К.), constitue pour les Etats un ces devoirs parfaits et impératifs auxquels nul ne peut se soustraire” — C. Calvo, Le droit international, Théorique et pratique, 1880, pp. 412—413; Le Fur иде, чини нам се, најдаље у квалификацији основних права као израз природноправног поретка. По његовом мишљењу, ради се о „*dune simple adaption du droit naturel général aux circonstances spéciales d'un droit qui vise en principe les Etats et non les individus directement*” — *La théorie du droit naturel depuis le XVIIIe siècle et la doctrine moderne, Recueil des Cours, Académie de droit international, The Hague, 1927, vol. 18, pp. 349—350.**

и општим правним начелима признатим од стране просвећених народа⁷⁾ трпи извештан утицај природноправних схватања, представља, наиме, покушај да се у позитивно међународно право угради елеменат праведног који превазилази време и простор, који је иманентан самој идеји права. Ни сама позитивистичка доктрина која је све само не блиска схватању о постојању правних правила која надмашују вољу државе, није истрајала у одбрани свог основног постулата да та воља не познаје ограничења утврђена објективним правним поретком. Признајући тако апсолутно дејство правилу *pacta sunt servanda*⁸⁾ она је основу међународног права коначно одвојила од воље држава као свог крајњег и формалног извора⁹⁾.

Међутим, на службеном плану став о постојању апсолутно обавезних правила у међународном праву, формално је концептуализован и уведен у позитивно право тек Бечком конвенцијом о уговорном праву од 1969. године (у даљем тексту Бечка конвенција). Члан 53 поменуће Конвенције гласи: „Ништав је сваки уговор који је у време закључења у супротности с неком принудном нормом општег међународног права. За сврху ове Конвенције принудна норма општег међународног права је норма прихваћена и призната од стране целокупне међународне заједнице држава као норма од које није дозвољено никакво одступање и која може бити измењена само једном новом нормом општег међународног права која има исто својство“. А чланом 64. утврђује се да: „Ако настане, нова принудна норма општег међународног права, сваки постојећи уговор који је супротан овој норми постаје ништав и престаје.“

Извесно је да постојање апсолутно обавезних правила укључује низ сложених аспеката, који се, с обзиром на свој значај, појављују као фундаментална питања савременог међународног права; питања њихове правне природе, формалних извора, домаћаја дејства, хијерархије унутар корпуса правила општег међународног права, аутономије воље субјеката међународног права и слично. У разматрањима која следе ограничићемо се на основна обележја апсолутно обавезних норми, обележја која их квалификују као самосталан институт међународног јавног права.

7) Фердош (Ferdoss), један од пионира схватања да слобода понашања држава трпи ограничење у виду перемпторних, апсолутно обавезних правила, истиче да постоје извесна општа начела која нису субсидијеног карактера, јер изражавају принципе неопходне ради регулисања рационалне и моралне коегзистенције чланова заједнице. — A. Verdross, *Forbidden Treaties in International Law*, *American Journal of International Law*, 1937, No 4, pp. 572; Ове идеје нашле су широк одзив у доктрини. Харле тврди да такви принципи не припадају општим начелима признатим од стране просвећених народа у смислу члана 38(и) Статута Сталног суда међународне правде већ о правилима апсолутног дејства, пуноважних *vis-a-vis* свих држава — *Les principes généraux de droit et le droit des gens*, 3/16, R.D.I.L.C. 1935, p. 680 — наведено по Bing Ceng *General Principles of law as applied by International Tribunals*, 1953. Takođe, Scelle, *Manuel de droit international public*, 1948, p. 578.

8) D. Anzilotti истиче да правило *pacta sunt servanda* поседује „... une valeur objective absolue...“ — *Cours de droit international*, 1929, I, pp. 43—44, trad. Gidel.

9) v. Lauterpacht, *The function of law in the international community*, 1933, p. 418.

*Објективни карактер*¹⁰⁾ — Објективни карактер апсолутно обавезних, когентних правила огледа се у ванконсенсуалности тј. у чињеници да та правила, „превезилазећи диспозицију странака, самим тим не могу бити искључиво заснована на вољи држава, да су она саставни део нечега што је изнад те њихове аутономије воље у виду једног објективног поретка“¹¹⁾. Другим речима, ваљаност правила *jus cogensa* није зависна од воље свих субјеката међународноправног система, будући да се посредством категорије *jus cogensa* демонстрира примат међународног правног поретка над вољом држава¹²⁾.

In concreto, то значи да воља појединачних држава изражена кроз уговор и обичај, као основне облике стварања правила међународног права не може конституисати ваљане правне режиме конкурентне когентном режиму.

Уколико је конституисано правило међународног права когентне природе, државе не могу путем *inter se* утанчења излазити из његових оквира без обзира што нису странке уговорнице инструмента који садржи когентна правила. У том случају, није сам уговор оно што обавезује државе на поштовање датог правила, већ је то принцип когентне природе изражен кроз уговор. У саветодавном мишљењу поводом питања дозвољености резерви уз Конвенцију о геноциду, Међународни суд правде је истакао да је реч о правилима која везују чак без икакве уговорне обавезе¹³⁾.

Принципе на којима почивају такви уговори треба разликовати од инструменталног облика у којима се појављују. Принцип релативности који обележава карактер уговорних дејстава тиче се у оваквим уговорима само инструмента а не принципа које он садржи и који имају универзалну вредност, делују *erga omnes*¹⁴⁾. Дакле, поједини уговори поред обичајних, контрактuelних, садрже и објективне елементе који превазилазе диспозицију уговорница¹⁵⁾.

Per analogiam, уколико постоји правило *jus cogensa* обичајне природе, државне не могу у узајамним односима излазити из оквира садржаја обичајног правила, било уговором било обичајем, изузев ако је реч о успостављању новог когентног правила.

Објективни или ванконсенсуални карактер норми *jus cogensa* не значи, како то запажа проф. Аврамов, „васпостављање хегемоније или превласти једне групе над другом, нити концентрацију власти у рукама

10) Будући да апсолутно обавезна правила улазе у саставе општег међународног права као претходно питање се поставља проблем тзв. правне природе међународног права. Из разлога економије нећемо улазити у расправу овог питања, већ ћемо се задовољити констатацијом да међународно право представља скуп правних правила настао на извору аутентичних услова и потреба међународне заједнице. О проблему правне природе међународног права, види др М. Шаховић, *Правна природа међународног права*, Југ. ревија за међународно право, 3/1955, стр. 377-384; др Р. Лукић, *Шта је заједничко у међународном и унутрашњем праву*, *Анали* 6/1973, стр. 1-6; др А. Магарашевић, *Прилог расправљању о правној природи и улози међународног права*, Југ. ревија за међународно право, 3/1959, стр. 60-73; Brierly, *Law of nations*, 1963, пл. 68-76.

11) М. Марковић, *Међународноправна правила принуде природе*, *Зборник Правног факултета у Загребу* бр. 3-4/1966, стр. 333; Бенгали, такође, допушта „постојање правила изван (оутсиде) воље држава“. — Lagonissi Conference, *Papers and Proceedings*, p. 101.

12) Ruda, Lagonissi Conference, *Papers and proceedings*, p. 87.

13) International Court of Justice Reports, 1951, p.

14) Упореди, Fitzmaurice, *Symbolae Verziji*, pp. 158-159.

15) Rosenne, *The United nations treaty practise*, *Recueil des Cours*, 1954, vol. 86,

централних светских органа¹⁶⁾, нити, пак, повреду начела пристанка као једног од фундаменталних начела савременог међународног поретка. Начело пристанка у међународној заједници коју карактерише, у позитивном смислу, постојање множине, у правном смислу, суверених и равноправних субјеката, и одсуство централног, наддржавног ауторитета, у негативном смислу, одржава демократски карактер међународног права.

Пристанак се, међутим, у оквирима међународног поретка нужно има посматрати у контексту историјских и материјалних услова у којима егзистира међународна заједница тј. у светлу два битна момента: прво, да би игнорисање улоге држава у процесу настајања и важења правила међународног права било очигледно илузорно, и, друго, потребе да се међународном праву призна довољан степен трајности и непроменљивости како би било у стању да одговори на захтеве који намећу ситуације и процеси који се одвијају на међународном плану.

У односу на норму *iuris cogentis* то подразумева како елементе вољне сагласности, наговарања (*persuasion*), тако и принуде¹⁷⁾. Норме међународне заједнице произилазе из воље међународне заједнице као целине, будући да у оквирима међународног поретка елеменат воље нужно тежи да буде садржај пристанка независних држава а не заповест која им се намеће¹⁸⁾. Воља међународне заједнице није, дакле, диктат владаоца. Она је израз највише и — у ширем смислу — принудне реалности међународне заједнице у њеним разним манифестацијама. Не представља повреду те реалности ако се призна деловање и испољавање воље међународне заједнице не само општим правним принципима већ такође у изричитом или прећутном пристанку чланица те заједнице. Чињеница да је једно правило санкционисано или стављено у дејство путем пристанка, није неспојива са есенцијалним квалитетом тог правила као доказа опште воље међународне заједнице чије су чланице државе које дају пристанак. Тако се има сматрати као општа воља међународне заједнице то да ће њене чланице регулисати њихове правне односе, рецимо, путем уговора. Исто се примењује у односу на пристанак дат обичајним поступком¹⁹⁾

Воља међународне заједнице као целине не значи, дакле, механички збир воља појединачних држава из простог разлога што такав скуп није рег се подобан да представља основ било каквог а камоли кохерентног система правила. Ради се, у ствари, о изразу координације различитих, не ретко и супротстављених конкретних интереса држава, у складу са објективним законима друштвеног развоја који намећу потребу сарадње држава као битног услова опстанка заједнице и њених појединих делова тј. држава које сачињавају. Извесно је да интереси свих држава нису увек нашли, нити налазе, најадекватнији облик у категорији воље међународне заједнице као целине. Те државе, међутим, објективно ни-

16) Др Смиља Аврамов, Међународно јавно право, 1976, стр. 274.

17) Schwarzenberger, Lagonisi Conference, Papers and proceedings, p. 81.

18) H. Lauterpacht, International Law, Collected papers edited by E. Lauterpacht, 1. General works, 1970, p. 93.

19) Ibidem, pp. 93—94.

су у стању да негирају релевантност правних правила садржаних у инструменталним облицима кроз које се воља међународне заједнице испољава. Наиме, оне су често „принуђене да признају праву снагу уговорним текстовима утврђеним од стране Генералне скупштине Уједињених нација, јер без приступања таквим уговорима не могу опстати у међународној заједници... Оне су често принуђене да приступе тим уговорима противно својој стварној вољи”²⁰).

Исти је случај са нормама створеним путем међународног обичајног поступка²¹).

Квалификовање воље међународне заједнице узете у целини као извора норми *jus cogens* не значи, према томе, негацију улоге државе у међународној заједници. Воља државе и даље игра суштинску улогу али у квалитативно измењеном смислу. Основ ових промена лежи у сфери измењених услова у материјалној бази савремене међународне заједнице, који се изражавају у односу државе и међународне заједнице, односу дела и целине, у смислу повећаног значаја потоње. Држава се подводи под „један основни социјално-етички принцип. А то је другим речима, релативисање појма државе према апсолутисању идеје друштвености, идеје заједнице”, те тако насупрот идеалу државе поставља се идеал друштва, коме први има да служи²²).

Позитиван карактер — Интересантно је да је природноправни приступ апсолутно обавезним правилима међународног права заступљен и у новијим дискусијама. Само постојање такве категорије правила објашњава се управо утицајем природног права, односно означава прогресивну интеграцију природног права у позитивно право²³). Са друге стране, извесној конфузији доприносе и недовољно пречишћени ставови о томе шта се подразумева под „природним правом”. Де Луна истиче да ако под природним правом схватамо правила постављена од држава, онда когентна правила коначно нису позитивно право. Ако, пак, позитивно право разумемо у смислу правила која су на снази у пракси међународне заједнице, тада су когентна правила заиста позитивно право²⁴).

Мада је природноправно оријентисана доктрина имала несумњиву улогу у конституисању концепта апсолутно обавезних правила у ситуацији када су везе између држава биле слабе, када су правила међународног права зависила у доброј мери од каприца јачег, тешко је у данашњим условима тврдити да та правила припадају природном праву. Једноставно због тога што природно право представља пре субјективну пројекцију нечега што би требало да буде међународно право него правила која у стварности регулишу односе између држава.

20) Бартош, Обавезно универзално међународно право, Македонска академија наука и уметности, 1974, стр. 24.

21) Ibidem.

22) Др М. Владисављевић, Проблем јединства јавног права — Држава и међународна заједница, 1934, стр. 105—106.

23) Види о томе С. de Wisscher, *Positivisme et jus cogens*, *Revue générale de droit international public*, 1975, vol. 75, pp. 9 и даље.

24) De Luna, *Yearbook of International Law Commission*, 1963, I, p. 75.

Апсолутно обавезна правила су састојак позитивног међународног права на снази. Њихов настанак је директна последица дубоких економских, политичких и социјалних промена које међународну заједницу и поред постојећих супротности, чине релативно самосталним ентитетом. Политика „мирољубиве коезистенције држава са различитим друштвено-економским системима, која је *conditio sine qua* опстанка и развоја међународне заједнице узете у целини, не може бити ефективна без когентног међународног поретка²⁵⁾.

Појам самодовољности националних заједница је релативизиран под утицајем општег економског и друштвеног развоја²⁶⁾ што доводи до различитих облика институционализације међународних односа несумњивим последицама по правни положај држава²⁷⁾. У таквим условима Повеља Уједињених нација, изражавајући опште и објективне интересе међународне заједнице, представља не само основ новог међународног *ordre public*²⁸⁾, већ садржи и општеобавезне правне принципе чија се релевантност протеже и ван круга уговорница. Другим речима, она није прост мултилатерални уговор него представља и устав савремене међународне заједнице²⁹⁾. Услед тога Повеља Уједињених нација не само да је учинила у великој мери реалном идеју о когентним нормама у оквирима међународног поретка³⁰⁾ већ представља основно језгро апсолутно обавезних норми у позитивном међународном праву, мада не и искључиви извор³¹⁾.

Став да апсолутно обавезна правила чине *lex lata* савременог међународног поретка налази потврду и у пракси међународних судова.

У спору око Југозападне Африке (*Preliminary Objections*) Међународни суд правде је признао Етиопији и Либерiji *jusstandi* без обзира што нису поседовале директни материјални интерес у конкретном случају. У основном прилазу суд је пошао од констатације да мандати представљају међународне споразуме од општег интереса³²⁾, које, у односу на Друштво народа као политичку организацију и њене чланице, установљавају правно овлашћење или интерес у односу на извршавање обавеза од стране мандатних сила, како према становницима мандатних теорија тако и према Друштву народа и његовим члановима³³⁾. Мандат за јужну Африку представља „међународни инструмент институционалног карактера“ за који деле интерес све државе чланице³⁴⁾.

У *Barcelona Traction case (Second phase)* 1970. године, у пресуди је истакнуто да „суштинска разлика треба бити подвучена између

25) A. Favre, *Principes du droit des gens*, 1974, p. 226.

26) *Up. International Law*, edited by R. Falk and S. Mendlowitz, 1966, pp. 179—180.

27) Види о томе, др Милан Бартош, *Обавезно универзално међународно право*, Македонска академија наука и уметности, 1974, стр. 27—28.

28) Др М. Бартош, *Legal force of the United Nations Charter*, Југ. ревија за међународно право, 1958, стр. 4—5.

29) *Ibid*, стр. 6; др Б. Т. Благојевић, *Јединство света — Неке рефлексije са правног гледишта* — *Анали*, јануар — март 1964, стр. 43.

30) Р. Б. Пал, члан Комисије за међународно право је пластично истакао да читава перспектива УН може бити окарактерисана као вредносно оријентисана јуриспруденција, усмерена на настанак јавног поретка у међународној заједници под владавином права. — *Yearbook of International Law Commission*, 1963, I, p. 65.

31) *Aro ibidem*, p. 71, Waldock, *Ibidem*, p. 62.

32) *International Court of Justice Reports*, 1949, p. 22.

33) *Ibidem*, p. 343.

34) *Ibidem*, p. 332.

„...обавезе државе према међународној заједници као целини, и оних обавеза које се појављују vis-a-vis друге државе...самом својом природом прве су од интереса за све државе. С обзиром на значај садржаних права, може се сматрати да све државе имају правни интерес у њиховој заштити; оне су обавеза ergo omnes³⁵⁾).

У Саветодавном мишљењу о накнади штете претрпљене у служби УН (1949), је, и поред чињенице да значајан број признатих држава није био у чланству УН, истакнуто да 50 држава које

„представљају огромну (vast) већину чланица међународне заједнице, имају моћ да, у складу са међународним правом, оснују ентитет (entity) коју поседује објективну међународну личност, а не само личност признату од њих самих...³⁶⁾.

У случају који се тичао примене Конвенције о усвојењу малолетника од 1902. године, судија Moreno Qubintana је истакао да „Међународни јавни поредак international ordre public) дејствује у оквиру граница система међународног јавног права кад оно поставља извесне принципе као што су општепризната начела међународног права и фундаментална права држава чије је поштовање неодвојиво од правне конзистенције политичких јединки које чине међународну заједницу... Ти принципи, и та права, такође, имају перемпторан карактер и универзалан делокруг³⁷⁾.

У случају континенталног платоа у Северном мору (1969) судија Padilla Nervo је нагласио да „Обичајна правила која припадају категорији jus cogensa не могу бити подвргнута једностраним резервама. Из тога произилази да уколико Конвенција изричитом одредбом дозвољава резерве на извесне чланове то је узроковано признањем чињенице да такви чланови нису кодификација или израз постојећих обавезних принципа или установљених обавезних правила општег међународног права, која су као таква постављена не само у односу на уговорне стране, већ, такође, у односу на треће државе.”³⁸⁾

Судија Ammoun је у Барселона Traction Case лепо сумирао еволуцију когентних норми из de lege ferenda у de lege lata стање речима да „... кроз већ подужу праксу Уједињених нација, концепт jus cogensa стиче виши степен ефективности, путем ратификације принципа који се појављују у Преамбули Повеље као императивне норме међународног права. Из домена теорије и правне литературе... они су прешли у домен објективне егзистенције и праксе.”³⁹⁾

Истина, као што се види из примера које смо навели, као и других које смо овом приликом изоставили, немогуће је у пракси међународних судова наћи пресуду која би се директно односила на питање ваљаности уговора или другог међународноправног акта услед несагласности са нормом супериорног правног реда, нормом когентне природе. Међутим,

35) International Court of Justice Reports 1970, pp 3, 32.

36) International Court of Justice Reports, 1949, p. 185.

37) International Court of Justice Reports, 1958, pp. 106—107.

38) International Court of Justice Reports, 1969, pp 97—98.

39) International Court of Justice Reports, 1970, pp. 304 и даље.

мишљења смо да и поменути примери говоре у прилог става да је сазнање постојања таквих правила дубоко укоренењено у универзалној правној свести, у правном убеђењу међународне заједнице као целине. Посебно ако се има у виду наглашени конзервативизам Међународног суда правде и његовог претходника, Сталног суда међународне правде, у смислу опорa према коришћењу устава чија је егзистенција у позитивном међународном праву сумњиве природе.

Перемпторност. — Са формално-правног становишта, перемпторност⁴⁰⁾ у смислу апсолутног, коначног и одлучног дејства извесних норми које не допуштају дерогацију односно установљење садржајно несагласних правних режима, свакако је једна од најбитнијих ознака когентних норми општег међународног права. Правила когентне природе намећу, наиме, апсолутну обавезу свим чланицама међународне заједнице, обавезу која је инхерентна и независна од евентуално негативног става појединих држава или, пак, извесне мање групе држава.

Перемпторност когентних правила се, како у логичком тако и у сазнајно-експликативном погледу, супротставља диспозитивности⁴¹⁾ као обележју претежног дела правила општег међународног права. Диспозитивна правила међународног права државе могу истиснути у *inter se* односима под условом да на тај начин не буду повређена права трећих држава. Тако, рецимо, државе могу узајамним споразумом утврдити да ће ширина њихових територијалних вода износити 14 наутичких миља, или се могу обавезати да њихови бродови могу на отвореном мору заустављати бродове других уговорница или на други одговарајући начин вршити јурисдикцију.

Другим речима, није свако правило општег међународног права такве природе да не допушта супротна утанчења. Чињеница да је двострани или вишестрани уговор супротан правилима општег међународног права није само за себе довољан разлог за ништавост таквог уговора⁴²⁾.

Насупрот томе, уговор или други међународноправни акт који би циљао на дерогацију когентне норме био би *ipso facto* ништав. Сматра се, наиме, да субјекти међународног права не могу повређивати релативне когентне норме било уговорним поступањима било једностраним актима

40) Термин „перемпторан“ који се схвата као синоним термина „апсолутан“ — тако, Black's Law Dictionary, Revised Fourth Edition, 1968, p. 1295 — користимо стога што исти фигурира у релевантним члановима Бачке конвенције. Иначе, у већини правних речника и лексикона термин „перемпторан“ је изостављен односно користе се одговарајући синоними. Не налази се, на пример, у Dictionaire de droit international, 1885, од Calvo-a, Рјечнику међународног права, 1972, од V. Иблера, те Правном лексикону, 1972.

41) Von Heydt, Die Erscheinungsformen des zwischenstaatlichen Recht: jus cogens und jus dispositivum im Völkerrecht. Zeitschrift für Völkerrecht, 1932, vol. 16, s. 467 и даље, G. Schwarzenberger, International law and order, 1971, p. 455; исто у International jus cogens, Texas Law Review, 1965, p. 455; На 684, састанку Комисије де Јуна је то пластично истакао указивањем да се суштина когентних норми најбоље дефинише а centrario концептом jus dispositivum-a — Yearbook of International Law Commission 1963, I, p. 72.

42) Помало изненађује да се та чињеница превиди у неким новијим делима. Тако, von Glahn излагање когентних норми започиње питањем да ли је уговор ништав уколико су његове одредбе супротне општим обичајима или општим уговором међународном праву, и даје на то питање потврдан одговор. — Law among nations, An introduction to public International Law, New York-London, 1976; Махајан В.Д. налази да је уговор ништав уколико повређује опште уговорно или обичајно право. — Public International Law, 1974, p. 369.

или на неки други начин⁴³). Апсолутно обавезна, перемпторна правила не трпе установљење конкурентних правних режима. Стога, акти чији је садржај несагласан когентној норми не могу стећи правну снагу.

Околност да је перемпторност извесних међународних правила разматрана у контрасту са диспозитивним карактером других, удружена са неким нејасноћама у погледу прецизног одређивања појма диспозитивних норми⁴⁴), допринела је, у контексту специфичности развоја међународног поретка, да дође до извесних нејасноћа, па и нетачности, које нису само термилошке природе.

Наиме, то што је класично међународно право развијено у условима неорганизоване међународне заједнице довело је, у позитивном аспект, до схватања да су државе као суверене јединке способне да својом вољом конституишу правило било каквог садржаја, а у негативном, до одбојности која не ретко прелази у отворено непријатељство, према свим покушајима стварања објективног међународног поретка. Из емпиријске очигледности да је уговор у поретку који не познаје централни законодавни орган не само правни посао, као што је то у унутрашњем праву, већ и правно креирајући акт, акт којим се стварају норме објективног права⁴⁵) извлечени су по један истински међународни правни поредак, поразни закључци — да у међународном праву не постоје правила која уговором, у ширем смислу⁴⁶) не могу бити одстрањена⁴⁷).

Дакле, међународно право се поимило као билатерално или мултилатерално устројени поредак који не познаје општеобавезни минимум правила која делују *erga omnes*. Ако је и постојала извесна нормативна конзистентност, она је свој основ налазила у случајности подударно усмерених воља појединачних држава.

Логика таквог приступа међународном праву доводи до погрешне квалификације диспозитивних правила међународног права као необавезних, док се насупрот томе, правила когентне природе смагтају обавезним. У ствари, обавезност је општа одлука правних норми, будући да је императивитет „одлука правне норме и састојак појма права⁴⁸“). Сва-

43) М. Марковић, Међународноправна правила принудне природе, Зборник Правног факултета у Загребу, 3 — 4/1966. стр. 321; Rolin, Vers un ordre public réelement international, Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant, Paris, 1960, p. 458—459.

44) Уопште о томе, А. Lenhoff, Optional terma (jus dispositivum) and required terms (jus cogens) in the law of contracts, Michigan Law Review, 1946, No. 1, pp 39—40. У међународној доктрини највећи део писаца сматра да *jus dispositivum* означава правила од којих странке могу дерогирати у узајамним односима. Поред тога заступа се, међутим, и мишљење да диспозитивна правила укључују и допунска правила која попуњавају празнине у већ постојећем скупу правила. — De Luna, Yearbook of International law Commission 1963, I, p. 73. Са друге стране, треба узети у обзир и начин на који се доносе правила у унутрашњем и међународном праву. Није прихватљиво рећи да је у унутрашњем праву конкретно правило диспозитивно само због тога што друго правило може дерогирати од њега, јер би у том случају читаво унутрашње право било диспозитивно. Нити је правилно рећи да је правило међународног права диспозитивно само због тога што уговор између две државе може бити дерогиран другим уговором између истих субјеката. — *ibidem*.

45) Др С. Аврамов, Правило *rebus sic stantibus* у савременом међународном праву, Анали 4/1964, стр. 384—385.

46) По овом схватању и сам обичај улази у појам уговора у ширем смислу. Тако, Morelli истиче да „La coutume internationale n'est qu'un accord. La caractéristique pour laquelle la coutume... se distingue des autres accords internationaux (c'est-à-dire des traites) consiste seulement dans le fait qu'il s'agit d'un accord tacite“. — Cours général de droit international, public, Recueil des Cours, Academie de droit international, The Hague, 1956, vol. 89, I, pp. 441, 453—454.

47) Sereni, Diritto internazionale pubblico, 1956, I § 26, 27.

ка правна норма садржи у себи заповест било у виду одобравања или негације. *Lex est recta ratio in iubendo et vetando*⁴⁹). Са тог становишта посматрано све норме општег међународног права су обавезне, императивне природе као правна правила понашања.

Особитост когентних норми међународног права лежи у чињеници да су заповести, императиви садржани у њима безусловне природе⁵⁰), заповести које се имају поштовати без икаквог услова или алтернативе. Као таква правила когентне природе чине „најперфектнији израз општег међународног права“. Норме когентне природе поседују „посебну обавезну снагу“⁵¹), везују субјекте међународног права у већој мери него остала правила општег међународног права, представљају „апсолутно обавезатна правила међународног права“⁵²).

Како су, дакле, правила општег међународног права као правна правила обавезна по својој дефиницији, то се диференцирање на правила *jus cogens* и *jus dispositivum* врши према критеријуму отклоњивости тј. могућности да државе у међусобним односима одступају од правила садржаних у когентним нормама.

Као безусловни императив или апсолутне, принудне заповести правила општег међународног права когентна права су неотклоњиве природе⁵³). Неотклоњивост норми *jus cogens* у међународном јавном праву је двојакe природе, апсолутна и релативна у зависности од угла посматрања. У односу на чланице међународне заједнице узете појединачно или групно правила која улазе у круг *corpus iuris cogens* су апсолутно неотклоњива. Појединачне државе или група држава могу једино уговорним или обичајним поступцима иницирати настајање нових или измену постојећих права *jus cogens*. У том смислу Бачка конвенција у члану 53. квалификује перемпторну норму општег међународног права као норму од „које није дозвољено никакво одступање и која може бити измењена само једном нормом *општег међународног права* која има исто својство“ (курзив наш).

Из тога произилази да прохибитивности⁵⁴) норми *jus cogens* треба придати ограничених смисао тј. само у односу на могућност дерогације правила *jus cogens* од стране појединачних држава. Норма *jus cogens* не садржи нужно забрану извесног понашања, будући да као правило општег међународног права може садржавати и категоричко овлашћење на одређено понашање⁵⁵). На пример, когентна норма о праву на индивидуалну и колективну самоодбрану утврђена чланом 51. Повеље УН садржи категоричко овлашћење на предузимање одређених мера „у случа-

48) Др Т. Живановић, Систем синтетичке философије права, Београд, 1959, стр. 39; У доктрини међународног права тако Virally *Réflexions sur le „Jus cogens“*, *Annuaire Français de Droit International*, 1966, p. 8—9 Jean-Paul Jacques, *Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, 1972, p. 162.

49) П. Будиче, Енциклопедија права, Београд, 1901, стр. 7.

50) Verdross, *Forbidden treaties in International Law*, *American Journal of International Law*, 1973, vol. 31, p. 571.

51) G. Tunkin, *Theory of International Law*, 1974, trans. by Butler, p. 158.

52) J. Andrassy, *Међународно право*, 1976, стр. 20; Тако и В. Иблер, *op. cit.*, стр. 113; Virally, *op. cit.*, p. 15.

53) Brownlie, *Principles of public international Law*, 1972, p. 501.

54) Schwarzenberger, *International Law and Order*, 1971, p. 29.

55) *Leges virtus haec imperare, vetare, permittere...* — Modestin, L. 7D. de leg. (I, 3) — нав. по Будичеу, стр. 7.

ју оружаног напада на било ког члана Уједињених нација...”, као изузетак и допуна у односу на забрану употребе силе или претње силом против територијалног интегритета или политичке независности било које државе или на било који начин супротне циљевима Уједињених нација.

Неотклоњивост норми *jus cogensa*, са друге стране, налази своје границе у специфичностима међународног поретка. Како норме *jus cogensa* нису метафизичко-априористичке конструкције већ израз стварних односа који постоје у материјалној основи међународне заједнице, државе се појављују као незаобилазан елеменат у процесу њиховог настајања и трансформације. У креирању *corpus iuris cogentia* државе учествују у особеном смислу, делујући *in concreto* као саставни део међународне заједнице у целини⁵⁶). Тако схваћена међународна заједница, изражавајући опште интересе и универзалну правну свест човечанства, једино је способна да утиче на важност перемпторног правила општег међународног права.

Чињеница да је једини творац норми *jus cogensa* међународна заједница као целина, мири на изглед опречна факта: а) потребу очувања релативне неповредивости *jus cogensa*; и, б) изналагање практичног механизма способног да утиче на развој правила *jus cogensa* у условима институционалне несавршености међународног поретка. Такође, на тај начин одређује се сфера компетенције субјеката међународног права, у смислу постављања објективних правила као претпоставки узајамних овлашћења и обавеза.

Поставља се питање који су ти разлози који делу норми општег међународног права придају перемпторан карактер а другом делу одричу? Јер и само постојање општег међународног права подразумева егзистенцију општих интереса. Ако је међународно право израз општих интереса међународне заједнице, који су то интереси који леже у основи норми *jus cogensa*?

Очито је да то морају бити суштински, фундаментални интереси који опредељују сам карактер и постојање међународне заједнице, интересе чије је поштовање императив упоредног постојања множине суверених јединки у виду држава као историјски условљеног облика друштвене организације.

Реч је, дакле, о интересима који „надмашују индивидуалне интересе држава, из чега следи да је „нормално... да оне не могу да о њима одлучују у односима *inter se*“. У овом случају, одступање не би било само индивидуално одрицање од стране једне државе њених сопствених права, којима она може да располаже сходно својој оцени о сопственим интересима, оно би представљао у исто време, повреду виших интереса које та држава треба да поштује у свим приликама⁵⁷). Правила *jus cogensa* прихваћена су због тога што су нужна за заштиту јавних интереса (*public*

56) Проф. М. Бартош, Рад Комисије УН за међународно право у 1963, Међународни проблеми, бр. 3/1963, стр. 140.

57) Michael Virally, *op cit.* п. 11.

interests) друштва држава или за одржавање стандарда морала које су оне признале⁵⁸⁾.

Индивидуални интереси не представљају супротност општим интересима међународне заједнице. Општи интереси у том смислу конституишу синтетички израз објективних интереса сваке поједине државе у условима великих неједнакости у степену економског, политичког и културног развоја. На тај начин индивидуални интереси држава налазе своју гарантiju у правилима *jus cogensa*, који штитећи интересе међународне заједнице као целине штите и интересе сваке државе као дела те целине.

Склапајући међународне уговоре који садрже правила когентне природе, државе немају на уму појединачне интересе већ искључиво опште интересе, интересе међународне заједнице као целине⁵⁹⁾. Нормативни израз таквих интереса међународне заједнице представљају управо когентна правила као „минимална права основа коју међународна заједница сматра суштинском за своју егзистенцију у извесном периоду“⁶⁰⁾, тј. несводљиво језгро правила која су нужна да би се уређени међународни односи учинили могућим⁶¹⁾.

Универзалност. — Универзалност је логичка последица функције и места које апсолутно обавезна правила имају у структури међународног поретка. Као сам основ универзалног међународног права правила когентне природе нужно поседују универзалну важност.⁶²⁾

Стога не изненађује да је елемент универзалност укључен како у *de lege ferenda*⁶³⁾ тако и у позитивноправни капацитет апсолутно обавезних норми међународног права.

Наиме члан 53. Бечке конвенције одређује когентну норму као норму „општег међународног права“ која је „прихваћена и призната од стране међународне заједнице као целине“ и која може бити измењена „само једном новом нормом општег међународног права која има исто својство“. Дакле, универзални карактер когентне норме је истакнут не само у појавном него и у динамичком аспекту.

Поступком анализе уочава се да универзалност, како је концептирана чланом 53, садржи два елемента: право, општи који се огледа у захтеву да норма *jus cogensa* улази у састав правила општег међународног права, и, друго, посебни по којем правило општег међународног права треба да буде универзално (од стране међународне заједнице држава као целине) прихваћено и признато као перемпторно.

58) McNair, *The Law of Treaties*, 1961, p. 215.

59) *International Court of Justice Reports*, 1951, p. 23.

60) *De Luna Yearbook of International Law Commission*, 1963, I, p. 77.

61) М. Бартош, *ibidem*, p. 76.

62) Уп. Evrigenis, *Official records of United Conference on the Law of Treaties*, 1968, p. 295, para 19.

63) Универзитет у *de lege ferenda* концепцијама когентних норми ствар је конструкције односно универзалистичког приступа међународном праву. Јер, како примећује садашњи судија Међународног суда правде *de Castro* још од времена Франциска Суареца инсистира се да човечанство, иако подељено у државе и народе, поседује суштинско јединство које чини стварни основ међународног права. — *ibid.*, p. 315, para 5; О томе детаљније, Brierly, *Suarez's vision of world community and the realization today of Suarez's world community*, у *The basis of obligation in International law and other papers*, edited by H. Lauterpacht and C.H.M. Waldock, 1958, pp. 358—377.

Што се првог елемента тиче, припадност когентних правила општем међународном праву скоро се без изузетка изричито констатује. Von Heydt разматрајући правну природу когентних норми налази да је реч о начелима „заједничким правним порецима свих цивилизованих земаља (die den Rechtsordnungen aller Kulturstaaten gemeinsam) те да су начела когентне природе садржана искључиво у нормама општег права“⁶⁴). Бранднер тврди да границе слободе уговарања између држава имају бити одређиване према принципима општег међународног права по коме „...ништавост неморалних уговора недвосмислено призилази из општих правних начела“⁶⁵). По мишљењу Мак Неира императивне правне одредбе налазе се међу правилима: а) обичајног међународног права; б) општег уговорног међународног права; и, в) Повеља Уједињених нација⁶⁶). Под термином „обичајно међународно право“ Мак Неир подразумева у ствари опште међународно обичајно право, будући да обичајно право појмовно одређује као правило које ужива „општи пристанак цивилизованих нација“ тако да је тешко и претпоставити да би га се било која просвећена држава могла одрећи⁶⁷). Са друге стране, посебно навођење Повеље Уједињених нација, поред општег уговорног права, не иде затим да одриче Повељу односно правилима садржаним у њој универзални карактер. На такав закључак наводе нас две околности: прво, што указујући да принцип релативног дејства уговора трпи изузетак у лику уговора тако фундаменталног значаја и тако широког у броју и значају његових уговорница, да његове одредбе могу везивати и државу која није странка уговорница, Мак Неир изричито наводи Повељу Уједињених нација као пример таквог уговора; и, друго, што по његовом мишљењу, Повеља представља „најближи прилаз легислацији целе заједнице држава“, те да, према томе, релативне одредбе Повеље „поседују конститутивни или семилегислативни карактер“⁶⁸).

Специјални известиоци, такође, су, у већој или мањој мери, везивали позитивни концепт когентних норми за опште међународно право. Lauterpacht у свом нацрту правила уговорног правила не говори изричито о општем међународном праву као изворишту апсолутно обавезних правила. Он, наиме, оперише изразима „...акт који је илегалан по међународном праву... или „обичајном међународном праву...“⁶⁹). Смисао у коме су употребљени сугерише, међутим, као једино прихватљиво тумачење да је специјални извештач имао на уму управо опште међународно право. Наиме, у коментару члан 15 (Легалност објекта уговора) реч је, *inter alia*, о правилима која потичу из уговора закључених између ограниченог броја држава која „накнадно стичу карактер општеприхваће-

64) Von Heydt, *op. cit.*, p. 462 и даље.

65) Brandner, *Pacta contra bonos mores im Völkerrecht*, Jahrbuch der Konsularakademie zu Wien, 1937, p. 35.

66) McNair, *op. cit.*, p. 214.

67) McNair, *op. cit.*, фуснота 4.

68) Ibidem, pp. 215—216, 217.

69) Dec. A/CH.4/63, Report by H. Lauterpacht, Special Rapporteur, Yearbook of International Law Commission 1963. II, p. 217.

них и, у том степену, обичајних — правила међународног права⁷⁰⁾. Слично и Fitzmaurice⁷¹⁾.

Н. Waldock у предлогу члана 13. истиче да је уговор ништав у случају повреде „општег правила или принципа међународног права (general rule or principle of international law) које има карактер *jus cogensa*“⁷²⁾. Мада стилизација члана није најпрецизнија⁷³⁾, нема никакве сумње, посебно у светлу примера датих у параграфу 2, да правила когендне природе припадају општем међународном праву.

Мада је у току рада Комисије стидљиво сугерисана разлика између универзалног и општег међународног права у коначном исходу прихваћено је једино могуће решење — идентитет појмова опште и универзално међународно право, на што је и изричито указано од стране Редакционе комисије⁷⁴⁾. Наиме, повлачење разлике између општег и универзалног међународног права подразумева релативност начела пристанка *in extremo*, с обзиром да се у индивидуалистичком тумачењу појма пристанка инсистира на сагласности сваке појединачне државе у односу на конкретно правило међународног права што га чини крајње релативизираним. По нашем мишљењу, реалност једне плуралистички постављене и децентрализоване међународне заједнице нужно намеће као једну стварну алтернативу поимање универзалног као релативно универзалног, дакле, пре у виду тенденције него правила. Апсолутна универзалност схваћена у смислу необориве правне претпоставке значила би практично негацију могућности установљења објективног правног поретка у ситуацији кад број чланица међународне заједнице прелази број од 150.

Сама универзалност дејства конкретног међународног правила не испуњава елемент универзалности као обележје појма когеннтних, апсолутно обавезних норми. Са становишта деобе универзалности као састојка појма когеннтних норми, коју смо напред изнели, она је претходни услов који треба удружити са универзалним признањем перемпторног карактера односног правила. Јер питање да ли је предмет уговора илегалан и, према томе ништав, није једноставно несагласност са општим међународним правом, већ „несагласност са таквим свеопштим принци-

70) *Ibidem*, p. 155; Ради се, у ствари, о посебном поимању општег међународног права као обичајног права, с обзиром да, по овом схватању, уговори нису подобни да створе опште правно правило. Те, тзв. обичајне концепције међународног права вуку корен из Келсеновог става по коме „... опште међународно право се ствара обичајем ...“ — Општа теорија државе и права, Београд 1951, превод др Р. Лукића и М. Симића, стр. 350; У нашој теорији слично проф. Andrassy, који истиче да „правно правило створено „... углавном може постати опшним правом тек онда ако уђе у обичајено право“ — *op. cit.*, стр. 18.

71) Third report by D. Fitzmaurice, *Yearbook of International Law Commission* 1958, II p. 27.

72) Second Report by H. Waldock, Doc. A/CN.4/156, p. 48.

73) „Опште правило или принцип међународног права“ не подразумева нужно и једино правило из корпуса општег међународног права. Употребљени израз пре указује на инхерентно својство самог акта, на његову садржину у смислу степена апстракције, него на припадност општем међународном праву. У складу са тим опште правило међународног права теоретски може да представља садржај односно правило понашања које не ужива опште признање — на пример, правило регионалног међународног права — али утврђено на општим начин, тако да адресатима оставља извесну слободу приликом примене на конкретан случај.

74) Председник Редакционе комисије истакао је да је Комисија намеравала да учини јасним да се члан 53. тиче универзалног међународног права — „то је разлог зашто се наслов односи на опште међународно право ...“ — *Yearbook of International Law Commission*, 1963, II, p. 214; У теорији проф. Аврамов говори о општем — универзалном међународном праву — Међународно јавно право, 1976, стр. 30; Слично и G. Schirmer, *Universalität Völkerrechtlichen Verträge und internationaler Organisationen*, 1966, s. 275.

пима међународног права који могу бити сматрани конститутивним елементима међународног јавног поретка (*ordre international public*)⁷⁵. А у примарно аутономном поретку, какав је несумњиво међународни, апсолутно обавезна норма настаје у начелу на исти начин као и свака друга норма општег међународног права, услед чега је немогуће на основу начина на који је настала одредити да ли је апсолутно обавезана или не.

Међутим, у доктрини не постоји јединствен став о потреби универзалног признања перемпторног карактера конкретног правила. Изражена дивергенција ставова произилази, у ствари, из ширих теоријских разлика. За једне питање признања когентних карактера правила се и не поставља⁷⁶), други изричито не наводе захтев за универзалним признањем, мада га подразумевају⁷⁷), док се трећи изричито изјашњавају у прилог признања когентних норми⁷⁸).

И у Комисији је истакнуто да је карактеристика когентног правила, *inter alia*, прихваћеност од стране великог броја држава⁷⁹). Признање когентног карактера правила подразумева укључење конкретног правила у један међународни инструмент и примена тих правила од стране међународних трибунала⁸⁰).

Бечка конвенција у члану 53. указује на правило *jus cogens* као „норму прихваћену и признату од стране међународне заједнице држава као целине као норму од које није дозвољено никакво одступање”.

Изгледа да је у условима постојећих реалности тако решење једино прихватљиво. Све док међународна заједница не буде познавала један супранационални легислативни орган, хетерономност *jus cogens* по аналогiji са решењем у унутрашњем праву је пре милозвучна метафора него нешто са чиме се стварно суочавамо. Априористички пројектоване конструкције *jus cogens*, у смислу феномена који је независан од самих држава, односно међународне заједнице узете у целини су предодређене да остану теоретске хипотезе.

У односу на формулацију члана 53. поставља се питање шта се подразумева под формулом „норма прихваћена и призната од стране међународне заједнице држава као целине”.

75) Lauterpacht, *op. cit.*, p. 155.

76) По Бранднер-у, постоји један хетерономни међународни поредак постављен за све чланове међународне заједнице — тај поредак је израз једне надпозитивне вредности која је „корен целог права”. — Бранднер, *op. cit.*, pp. 34—35; Јурт сматра да је тражење принудних норми без солидне основе уколико се могућност инкорпорације таквих норми у међународни јавни поредак не може унапред осигурати. Правила когентне природе изражавају интериорну моћ права против воље држава... — Јурт' Zwingendes Völkerrecht, 1933, s. 2.

77) Lauterpacht говори о принципима међународног морала тако принудним да би их један међународни трибунал сматрао саставним делом оних правних принципа опште признатих од стране просвећених народа — Doc. A/CN.4/63, Report by H. Lauterpacht, Special Rapporteur, Yearbook of International Law Commission, 1953, II, pp. 154—155; Fitzmaurice у нацрту члана 18. указује да легислативни уговор може узроковати ништавост касније закључених уговора чије су одредбе супротне одредбама тог уговора под условом да су „правила која садржи стекла признање као правила ваљана *erga omnes*” — Third report by G. Fitzmaurice, Yearbook of ILC 1958, II p.

78) Мак Неир да је реч о правилима која су прихваћена, било изричито уговором или прећутно обичајем, као нужна да се заштите јавни интереси друштва држава или да се заштите стандарди јавног морала признати од њих. *op. cit.*, p. 215; проф. Аврамов истиче да су когентне норме прихваћене и признате од стране целокупне међународне заједнице. — *op. cit.*, Др Смилја Аврамов, стр. 274.

79) Yasseen, Yearbook of ILC, 1963, II, p. 62.

80) Rossenne, *ibidem*, pp. 73—74.

Мишљења која су о том питању изнета концентришу се, изгледа, око два потпуно различита полазишта.

Једно решење инсистира на строгом, практичном нумеричком тумачењу поменутог израза. Заступљено је нарочито у амандману делегације САД поднетом на Бечкој конференцији⁸¹). У свом позитивном аспект, оно подразумева фамилијарност са свим регионалним и националним системима, као услов да би се једно правило имало сматрати признатим од „стране међународне заједнице држава као целине”. Према томе, као апсолутно обавезне норме магле би се прихватити само оне које су признате од стране свих држава⁸².

Са негативног становишта, међутим, то укључује релевантност одбојног става само једног националног или регионалног система као основа порицања перманентног карактера правила општег међународног права. Такво решење, које се извесно може квалификовати као ултранационалистичко сасвим је опречно смислу увођења перемпторних норми у међународни поредак — уместо у заједништво оно би, практичним инагурисањем права вета од стране било које државе, водило у хаос и анархију. Такав начин поступања је као неефикасан и анахроничан већ искључен из међународне праксе⁸³).

Обраћање на регионалне системе, такође, није најсрећније. Наиме, наилазимо да је тешко замислити хомоген међународни поредак на основу уважења обележја и карактеристика регионалних споразума који се одликују тако високим степеном разлика. Разлике су такве природе да се мора истрајати на тврдњи да су правила *jus cogensa* имуна на регионална понашања која им нису сагласна. Јер ако се регионална међународна организација уплете у политику агресије, то не значи да је правило које забрањује употребу силе престало да буде правило *jus cogensa*⁸⁴).

Друго, по нашем мишљењу, прихватљивије решење за полазну тачку има схватање међународне заједнице не у смислу нумерички исцрпљујућег скупа држава, него као скупину држава, обједињених општим интересима, која у ситуацији конституисања правила когентне природе може бити и ужа него што је то универзално и екуменско заједништво⁸⁵). Убацивање израза „као целина” (*as a Whole*⁸⁶) имало је за конкретан циљ управо одстрањивање могућности механичког и ригидног тумачења термина „међународне заједнице”⁸⁷) мада су о целисходности прихватања такве формуле изражене и резерве⁸⁸).

81) V. A/COIF. 39/C.1/L.302 је гласно „Уговор је ништав... уколико је у конфликту са перемпторним правилом општег међународног права које је општепознато од стране националних и регионалних правних система”. — Амандман је одбијен са 57:24 уз 7 уздржаних.

82) Leonetti, *Interprétation des traités et règles impératives du droit international général* (*jus cogens*), *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1973, vol. 24, p. 100.

83) Др В. Димитријевић — др О. Рачић, међународне организације, 1971, стр. 175—178. Аутори примећују да је таква пракса, уколико се негде и задржала, резултат интерције.

84) De Arechaga, *Off. Records of UNCLT*, 1968, p. 304.

85) Leonetti, *op. cit.*, fus. 19.

86) Предлог у том смислу поднела је Редакциона комисија у нацрту члапа 50. Предлог је прихваћен са 57:3 уз 27 уздржаних.

87) У том смислу изразио се проф. Yassen као председник Редакционе комисије. Редакциона комисија је, у ствари, прихватила амандман Финске, Грчке и Шпаније додајући му једино реч „прихваћена” поред речи „призната”. — *Off. Records of UNCLT*, 1968, p. 471.

88) Dadzie i Ipsarides, *ibidem*, pp. 472—473.

Наиме, Редакциона комисија је укључењем израза „као целине” желела да „подвуче да се не поставља питање захтева да једно правило буде прихваћено и признато као перемпторно од свих држава. Било би довољно уколико то учини врло велика већина (very large majority); то би значио једна држава изоловано in isolation) одбије да призна перемпторни карактер правила, или уколико ту државу подржи врло мали број држава (very small number), прихватање и признање перемпторног карактера правила од стране међународне заједнице као целније не би било доведено у питање”⁸⁹⁾.

Наведено тумачење Редакционе комисије сматрамо ауторитативним и поред могућег приговора да је реч о припремној радњи, и то са следећих разлога:

прво, формалног који се, с једне стране, огледа у чињеници да је убацивање израза „као целине” и цитирано тумачење прихваћено великом већином гласова, и, с друге стране, у релевантности *travaux préparatoires* као средства тумачења допунске природе у случају „двосмисленог или нејасног значаја уговора у целини или појединих његових одреба”⁹⁰⁾;

друго, разлога материјалне природе. Јер је појам „међународна заједница” различит од појма „држава” онда, свакако, није идентичан ни нечему што подразумева механички скуп постојећих држава. Појам „међународна заједница” схватамо на други начин, као релативно самосталан ентитет, чија је битна карактеристика постојање заједничких, општих интереса који се без изузетка не поклапају са оним што свака поједина држава опредељује као сопствени интерес. Заједништво интереса у оквиру такве међународне заједнице испољава се, између осталог, и кроз установљење општеобавезних правила. Приликом доношења општеобавезних правила, државе немају никакве појединачне интересе, већ имају на уму само општи интерес⁹¹⁾.

Прихватајући тумачења појма „међународна заједница као целина” у смислу у којем је то учинила Редакциона комисија, као и она која се крећу у тим координатама⁹²⁾ налазимо за потребно да учинимо извесна додатна разматрања. То првенствено услед околности да је реч с релативно широким формулама, постављеним на начин који не искључује могућност давања првенства нумеричким моментима, на уштрб других, такође релевантних. Кад то кажемо имамо на уму потребу да се поведе рачуна о политичким реалностима које се не могу заобићи у међународ-

89) Ibidem, p. 472.

90) в. члан 32. Бачке конвенције.

91) в. Саветодавно мишљење поводом дозвољености резерви уз Конвенцију о геноциду, I. C. J. Reports, 1951, p. 23.

92) Dadzie је истакао да се, по његовом мишљењу, ради о „довољној већини (sufficient majority)” као услову потребном да би правило општег међународног права било прихваћено и признато као перемпторно. Сматра, сходно томе, довољним ако „*ius cogens* представља претежну (preponderant) вољу заједнице држава” — Off. Records of UNCLT, 1968, p. 472.

93) Јер, „немогуће је укинати политику како то неки правници претендују... Основни савременог међународног живота и међународних тела... засновани су добрим делом за политичким концепцијама. Штавише, решење многих међународних проблема не може бити достигнуто строго правним принципима, већ само политичким обзирама”. — Alejandro Alvarez, The New International Law, Transactions of the Groitius society vol. 15, 1930, p. 46.

ном праву⁹³). Наиме, сем у изузетним случајевима, број држава које прихватају правило не може бити искључив критеријум, будући да тај број није увек пропорционалан вредности и значају правила⁹⁴).

Потребно је, у складу с тим, формули „прихваћен и признат од стране међународне заједнице као целине” придружити и релевантне политичке моменте. Другим речима, признање перемпторног својства конкретном правилу међународног права има бити заступљено од „свих есенцијалних компоненти међународне заједнице, а не само, на пример, од западних или источних земаља, од развијених земаља или земаља у развоју”⁹⁵).

Без суштинске везе са основним правним системима и фундаменталним политичким примесима савременог међународног поретка, концепт когентних апсолутно обавезних норми увелико губи могућност да представља заједнички правни именитељ интереса међународне заједнице узете у целини. Због тога се, у оквиру појмова као што су „претежна воља”, „довољна већина” и сличним, мора водити рачуна и о овом моменту.

Свакако да је у том погледу немогуће установити прецизан и априорни критеријум. Реч је о нечему што треба утврдити анализом конкретног случаја, на основу принципијелног поштовања назначених критеријума. Тиме се, с једне стране, постижу права, прихватљива решења, а, са друге стране, обезбеђује нужан еластичитет.

Динамизам. — Извесно је да међународни правни поредак не може никад бити коначно опредељен. Структура међународног права има бити стално подвргнута преиспитивању сходно променама које међународна заједница, као социјалистички основ међународног права, доживљава у својој историјској еволуцији⁹⁶). Како су апсолутно обавезујуће, когентне норме несумњиво део бића општег међународног права, својство динамичности не мимоилази ни њих. У том смислу није тешко установити *communis opinio doctorum*⁹⁷).

Сама Конвенција се изричито изјашњава у прилог динамичности концепта норми *jus cogens*, Наиме, постојећа императивна норма општег међународног права може, према одредби члана 53, „бити измењена... новом нормом општег међународног права која има исто својство”. Са друге стране, чланом 64. дозвољава се могућност конституисања нове императивне норме општег међународног права са последицом ништавности и престанка „сваког постојећег уговора који је супротан овој норми...”

94) Yasseen, Yearbook of ILC 1963, I, p. 63.

95) AGO, Off. Records of UNCLT, 1969, p. 323.

96) H. Mosler, Völkerrecht als Rechtsordnung, Zeitschrift für ausländisches Recht und Völkerrecht, 1976, vol. 3, no. 1—3, s. 47.

97) „... не ради се о непроменљивим и сталним нормама већ о правилима која имају посебну вредност у посебном моменту” — Yasseen, General Assembly, Official records, Sixth Committee, 788 meeting, para 22; Aleksidze, J.A. Проблема *jus cogens* в савременом међународном праве, Совемский ежегодник међународного права. Aleksidze, L.A., Проблема *jus cogens* в современном међународном праве, Советский ежегодник међународного права. Aleksidze, J.A. Проблема *jus cogens* в современном међународном праве, Современный ежегодник међународного права, 1969, стр. 146—148; Herczeg G. General principles of law and international legal order, 1974, p. 77; Бартош М., Yearbook of International Law Commission, 1963, I, p. 76; de Luna, ibidem, p. 77.

Постоје, међутим, извесне нијансе у погледу поимања саме садржине компоненте динамичности појма *corpus iuris cogentis*. Основно питање које се при том намеће јесте да ли динамичност подразумева само акумулацију нових перемпторних норми постојећим или, пак, укључује елементе укидања или измене постојећих норми *jus cogensa*, посебно, постоји ли могућност трансформисања когентних правила у правила диспозитивне природе?

У светлу наведених опција јединствен став о динамичности апсолутно обавезних правила међународног права крије у себи знатну различитост мишљења. При томе се могу уочити три карактеристична приступа:

а) специјални извештај Х. Валдок (H. Waldock) је у свом другом извештају нагласио да санкција ништавости не погађа „општи мултилатерални уговор који укида (*abrogates*) или мења (*modifies*) правило које поседује карактер *jus cogensa*“⁹⁸). Наведена одредба је конкретизација општег става изнетог у параграфу 6. коментара по којем би „извесно било погрешно сматрати правила... *jus cogensa* као непромењива и неподобна укидању или амандирању у будућности“⁹⁹). Другим речима, овим приступом указује се на динамичност *jus cogensa in se* било укидањем постојећег когентног режима било његовом модификацијом с тим што сигурни критеријуми диференцирања ова два поступка нису понуђена. Симптоматично је да се изричито не говори о могућностима настајања правила *jus cogensa superveniensa*, мада је тешко на основу те околности извући закључак по коме овај приступ такву могућност искључује.

б) На 56. састанку пленума Бечке конференције изнето је схватање по којем формула о могућности модификације норме *jus cogensa* новом нормом општег међународног права која поседује исти карактер носи у себи озбиљне последице. Истакнуто је, наиме, да „правило *jus cogensa* не може бити модификовано. Нове норме *jus cogensa* могу се, наравно, појавити у будућности, али оне могу бити само додате ранијим нормама и никад не могу дерогирати оне који су већ на снази“¹⁰⁰). Еволуција перемпторних норми општег међународног права се, по овом мишљењу, исцрпљује у акумулацији будући да су постојеће когентне норме самом својом природом неподобне дерогацији.

в) Трећи став заговара ублажену динамичност *in se* концепта *jus cogensa*. Наиме, норме *jus cogensa* се мењају али у оквирима „модификације“. Искључивање појма „укидање“, аброгација перемпторне норме из нацрта члана о норми *jus cogensa* ставља под извесну сумњу вероватност потпуног одстрањења правила когентног режима на снази¹⁰¹). На такав закључак упућује и стилизација члана 53. Конвенције. Норму *jus cogensa* Конвенција одређује као норму од које „није дозвољено никаква дерогација и која може бити измењена само једном новом нормом општег

98) Doc. A/CN. 4/156, p. 49.

99) Ibidem, 52.

100) Bishota, Official Records of United Nations Conference on the Law of Treaties, 1968, p. 321.

101) У верзији Валдок-овог нацрта произашлог из дискусије у оквиру Комисије избрисан је термин „укидање“ тако да релевантни део текста гласи: „Извесно би било погрешно сматрати чак и правила *jus cogensa* као непромењива и неподобна модификацији у светлу будућег развоја“. — Yearbook of International Law Commission, 1963, II, p. 199; поновљено у Yearbook of International Law Commission 1966, II, p. 248.

међународног права". Ако пођемо од тога да појам „дерогација“ подразумева успоставу садржајно другачијег правног режима, из одредбе члана 53. произилази да норма *jus cogens* може бити модификована с тим да одређени део режима остане на снази.

Тешкоће које се јављају при покушају давања прецизног одговора на питање о карактеру динамичности као компоненте појма *jus cogens* произилази у ствари из две околности: прво, да је пракса о нормама *jus cogens* сиромашна и не даје аргументе за закључке *per et contra*, из чега следи да се одговори дају искључиво на теоријском плану) и, друго, да децидиран став у том погледу подразумева постојање опште сагласности о саставу правила *corpus iuris cogentis*, што, на жалост, није случај из разлога објективне природе¹⁰²).

Услед тога су искази о овом аспекту проблема *jus cogens* исцупили општег карактера и неизражавају у пуној мери особености међународно-правног поретка. Поћићемо, стога, од дистинкције између начелног и практичног приступа динамичности *jus cogens* и покушати да утврдимо извесне нијансе које, по нашем мишљењу компоненту динамичности *jus cogens* стављају у реалне оквире.

Са начелног становишта, став о динамичности се обично кристализује у формули по којој норме *jus dispositivum* могу прећи у норме *jus cogens* и обратно тј. да норме *jus cogens* у одређеном тренутку и зависно од одређених околности прелазе у диспозитивна правила. Док је први део формуле ван сваке сумње¹⁰³), тврдња да когентне норме међународног права могу постати диспозитивна правила садржи извесне контраверзе које се синтетички могу изразити у питању на који би се начин когентна норма претворила у норму која субјектима међународног права оставља слободу опредељења у односу на правило понашања садржано у тој норми?

Ако се има у виду да когентна норма *ex definitione* онемогућава успоставу правних режима супротног садржаја, јасно је да то може бити једино норма истог правног реда, правне снаге — тј. нова норма императивне природе. Доношења нове норме когентне природе има *in concreto* смисла само ако се ради о норми супротног садржаја. (Стога формално новонастала норма императивне природе може бити истог садржаја као и норма коју изричито замењује али то је очито бесмислено). Услед тога режим произишао из раније когентне норме не може поседовати легитимност, чак ни на нивоу диспозитивне норме општег или регионалног међународног права.

102) Бачка конвенција није дала прецизан садржај појма већ је предвидела „у општим одредбама да је уговор ништав уколико је у сукобу са правилом *jus cogens* и остварила да цуни садржај правила буде изнађен у пракси држава и јуриспруденцији међународних трибунала“ с обзиром да је „међународно право у процесу брзог развоја“ — *Yearbook of International Law Commission 1966, II, p. 248.*

103) Историјски развој међународног права пружа многе примере претварања диспозитивних норми у правила које државе не могу одстранити својом вољом. Примера ради, диспозитивно правило класичног међународног права по коме је држава била слободна да употреби оружану силу против друге државе као легитимно средство националне политике, трансформисало се у когентну норму забране употребе или претње силом супротног принципа Повеље Уједињених нација. У ствари, тај део формуле има општу вредност, будући да су све норме *jus cogens* настале из норми *jus dispositivum*. Класично међународно право је, наиме, било у целини диспозитивне природе.

Изгледа нам да став да динамичност апсолутно обавезних правила у међународном праву а priori значи и могућност претварања постојећих когентних норми у диспозитивне, пати од високог степена аналогije са решењима усвојеним у унутрашњем праву где је изражена динамичност установе јавног поретка (*ordre public, public policy*) последица постојања хијерархије правних извора и могућности да карактер конкретног правила буде једнострано квалификован актом надлежног органа.

Са практичног становишта, императивна правила међународног права су, услед особене правне технике међународног поретка, плод дуге еволуције и представљају нормативни израз интереса за које је тешко претпоставити да ће у догледној будућности престати да буду релевантни. Самим тим, и садржај постојећих перемпторних норми тешко да ће бити измењен у свом основном квалитету. Пре се може аргументовати у том смислу да ће се, услед измене самих материјалних услова у међународној заједници, извесне когентне норме претворити у моралне норме, да ће, другим речима, сам друштвени развој учинити беспредметним постојање извесних забрана или овлашћења као правних забрана и овлашћења. Како је, наиме, могуће претпоставити да ће правило о забрани геноцида, употребе оружане силе против територијалног интегритета и суверености државе или заштити основних права и слобода човека као што су право на живот, право на лични интегритет и слична, постати правила диспозитивне природе?

Било би свакако погрешно свести динамизам апсолутно обавезних правила на акумулацију тј. ставити знак једнакости између компоненте динамичности и појаве нових перемпторних правила општег међународног права. Тиме би се, у ствари, инаугурисао поливалентни приступ међународном праву чији би основни елемент био природноправно концептирано језгро око којег би се концентрисале норме *jus cogensa superveniens*.

У начелу динамичност *corpus iuris cogentisa*, као и међународног права уопште, подразумева развијање и мењање сваког појединачног когентног правила у позитивном смислу, и да ниједан сегмент позитивно схваћеног *corpusa* апсолутно обавезних правила међународног права није имун на промене у негативном смислу. Међутим, у условима који карактеришу постојање данашње међународне заједнице најпогоднији и највероватнији облик испољавања динамизма апсолутно обавезних норми је сте измена у позитивном смислу у проширењу садржаја и прецизирање постојећих апсолутно обавезних норми као и у настајању нових апсолутно обавезних норми.

У односу на први облик убедљив пример пружа проширење обима и садржине забране ропства које је несумњиво апсолутно обавезна норма у међународном праву¹⁰⁴). Норма о забрани ропства која је у почетку

104) Brownlie I., *op. cit.*, p. 500, налази да је реч о најмање контраверзном когентном правилу; Verdross A., *Jus cogens and jus dispositivum in International Law*, *American Journal of International Law*, 1966, vol. 60, p. 59; Minagawa T., *Jus cogens in public international law*, *Hitotsubashi Journal of International Law and Politics*, 1968, p. 24; Алексидзе Л.А., *op. cit.*, p. 149; Yasseen, *Yearbook of International Law Commission* 1963, I p. 62 и други.

имала за предмет забрану трговине црним робљем проширивана је *ratione personae* и *ratione materiae*¹⁰⁵).

Са *de lege ferenda*, може се очекивати да ће се, с обзиром на свој изузетни значај, конституисати апсолутно обавезна норма о забрани загађивања човекове околине¹⁰⁶), мада је у овом тренутку тешко дати прецизнији суд о садржају једне такве норме.

Динамизам апсолутно обавезних правила као основни постулат трпи, дакле, извесна ограничења у погледу свог домашаја, ограничења која нису пројекција субјективних или конзервативних опредељења, већ реалног стања ствари у правно креирајућим поступцима у међународној заједници. То стање изражава се синтетички у два момента, међусобно условљена: прво, да су фундаментални интереси држава објективни историјски израз постојећих институционалних реалности које у догледној будућности неће доживети радикалну измену, и, друго, да когентна правила као њихов нормативни израз у својој реткости и изузетности поседују израженији елемент конзервативизма него остала правила општег међународног права. Како је тај „конзервативизам“ у функцији стабилности и утврђености односа у самој материјалној основи међународне заједнице сматрамо да не може бити квалификован као негативно обележје, јер он није одбрана од надолazeћих ритмова већ потврда њихове правилности.

др Миленко Крећа

105) в. др Смиља Аврамов, *op. cit.*, стр. 210—211.

106) О проблемима загађивања види др Б. Јанковић — др С. Миленковић, *Међународно регулисање забране загађивања међународних река*, 1976;

A SUMMARY

A contribution to the discussion on the main features of the absolutely compulsory norms of International public law

This article discusses the main features of the absolutely compulsory norms as a separate institute of international public law. The author stresses the following features:

- a) its objective character;
- b) its positive character;
- c) its peremptoriness;
- d) its universality;
- e) its dynamism;

The objective character is reflected in the extraconsensuality of the norms, that is, in the fact that these rules exceed the disposition of the parties involved, and so, cannot exclusively be based on the will of the state organ. The absolutely compulsory norms find their source in the will of the international community as a whole.

The absolutely compulsory norms are of the *de lege lata* character. In that respect, the Vienna Convention on contractual law has given a concept of the physical and legal elements which have been derived from the growing interdependence between the state in the legal order characterised by the existence of the UN Charter and the necessity of peaceful coexistence.

Peremptoriness means the absolute, final and resolute impact of these norms not allowing any derogation, the existence of norms containing rules derived from legal regimes not in compliance. Peremptoriness means particular compulsory power, as all norms of international law are compulsory by nature.

Universality contains two elements: firstly, that they (the norms) pertain to the international law, and secondly, the universal acceptance that the concrete rule of the general international law is of an absolute nature.

Although dynamism in principle also means the possibility of converting an absolutely compulsory norm into a norm of disposition, it will primarily be expressed through the emergence of new norms of absolute nature and expansion of contents of the existing absolute norms, because of their rigidity and the fact that they form the normative expression of the interests which can hardly be expected to grow into relative norms in the near future.