

О ЛЕГАЛНОСТИ ПРЕДМЕТА¹ УГОВОРА У МЕЂУНАРОДНОМ ЈАВНОМ ПРАВУ

Суштински значај утврђивања критеријума за оцену легалности предмета уговора у међународном праву произилази, углавном, из два, међусобно повезана, момента:

формалног, који је опредељен местом уговора у систему извора међусобног јавног права. Уговор је, у смислу члана 38 (1,а) Статута Међународног суда правде, један од главних формалних извора. Услед тога, оцена легалности предмета уговора није само техничка операција која има за циљ да установи да ли је уговор као акт сагласан прописима међународног права, већ и поступак идентификације уговора као правностварајућег акта;

материјалног, који извире из улоге концепта легалности аката уопште. Постојање објективних критеријума за разликовање законитих и незаконитих аката, као и механизма за примену тих критеријума, је мерило изграђености, па и самог постојања једне правно уређене заједнице. С обзиром на примарно аутономни карактер међународног права, као права које се заснива на сагласности воља субјеката, и функције уговора у формирању међународних правила, утврђивање легалности предмета уговора даје нам, у ствари, одговор на питање да ли се конкретни уговор појављује као конструктиван или деструктиван акт у односу на дати међународни поредак.

I.

У коментару чланка 15.², дела III (Легалност предмета уговора) свог нацрта правила уговорног права, Н. Lauterpacht је истакао да је принцип наведен у члану „опште — ако не универзално — прихваћен од стра-

(¹) У доктрини међународног права предмет уговора се не дефинише на исти начин. Проф. Бартош под предметом уговора подразумева „једну или више обавеза уговорника или једностране обавезе само једне уговорнице.“ — Проф. др М. Бартош, Међународно јавно право, III, 1958, стр. 108; Поповић сматра да је предмет уговора садржина споразума који се уговором ствара.“ — Др Ђ. Поповић, Међународно уговорно право, књига I — општи део, Теорија међународних уговора, 1939, стр. 71; По Rivier-у „сваковрсни интереси... јавног права, чине предмет уговора између држава.“ — А. Rivier, Основи међународног јавног права, превод М. Веснића, Београд 1898, II, стр. 59. Oppenheim-Lauterpacht предмет уговора схватају као „обавезу која се тиче било ког питања од интереса за државе“ — Oppenheim-Lauterpacht, International Law, 1937, I, п. 704. Како примећује Бустаманте ове разлике у дефиницији предмета уговора не утичу битно на суштину онога што се жели утврдити. — Bustamante, Droit international public, 1936, III, п. 398.

не писаца који су испитивали овај аспект ваљаности уговора.“ И лети-мичан поглед на доктринама схватања потврђује једнодушност писаца у ставу да државе нису апсолутно слободне у избору предмета уговора. Изричито формулисано супротно становиште налазимо једино у крилу екстремно волунтаристичке варијанте позитивистичке школе. (3)

Но, без обзира на тачност овог закључка изгледа нам неопходно учинити две напомене како би се стекла потпунија представа о дома-цају поменуће теоријске сагласности.

С једне стране, разматрања о легалности предмета уговора су у већини, поготово уџбеничких, дела упадљиво кратка и сумарна. Ограни-чавају се, по правилу, на општу формулацију о дозвољеном предмету уговора (4), изведену по аналогiji са решењима установљеним у унутрашњем поретку. Утиску да је механичка рецепција правила из унутрашњег права метод који лежи у основи оваквог резонувања доприноси и то што се не наводе правила међународног права која одређују дозвољен предмет уговора. Став који из таквог приступа логички следи — да недозвољен предмет уговарања чини све „што стоји у супротности са нормама међународног права“ (5) — у читој је контрадикцији са искључиво диспозитивним карактером нормативне структуре међународног права у том периоду.

С друге стране, класична доктрина познаје и целовитија учења о легалности предмета уговора. Verdross, један од пионира учења о забрањеним уговорима у међународном праву, налази да је забрана закључивања уговора *contra bonos mores* општа свим правним поредцима као нужна са становишта регулисања рационалне и моралне коегзистенције чланова заједнице. (6) *Boni mores* налазе основ у етичком минимуму међународне заједнице односно принципима који одговарају универзалној етици међународне заједнице, моралним задацима који стоје пред сваком државом. Тај минимум укључује очување права и поретка у оквиру државе, одбрану против спољних напада, бригу за лично и духовно благаостање становника државе, заштиту држављана ван граница државе. Уговори који спречавају државу у испуњавању једног од тих суштин-

(3) Члан 15 гласи: „Уговор, или било која од уговорних одредби, је ништав уколико њено извршење подразумева акт који је илегалан по међународном праву и ако је тако утврђено одлуком Међународног суда правде.“ — YILC 1953 vol. II, п. 154.

(4) v. Zotiades, *Staatautonomie und die Grenzen der Vertragsfreiheit im Völkerrecht*, OZÖR 1987, vol. 17, п. 90 и даље.

(5) Ривјер истиче да „Он (предмет — пр. М.К.) мора да буде допуштен правом и наравственим законом“ — Rivier, *op. cit.*, стр. 59; У оквиру услова за пуноважност уговора Фиоре наводи у члану 747. своје кодификације и „законит и могућ предмет, у складу са принципима међународног права“ — P. Fiore, *Le droit international codifié et sanction juridique*, Paris 1911, art. 747 (с). Hall истиче да су ништави, или барем рушљиви, уговори који одступају од фундаменталних принципа међународног права“ — Hall, *A treatise on international law*, 1895, п. 327. Нуде налази да у односима између просвећених народа „није неразумно тврдити да право може осудити као илегалне споразуме који су закључени у циљу обезбеђења извршења аката који су незаконити и одбачени од стране фундаменталних принципа међународног права“ — Hyde, *International Law*, II, § 490. У сличним, лангидарним формулација изјашњавају се и други старији писци.

Аналогија са решењима у унутрашњем праву се, понекад, изричито признаје. Тако, Поповић каже да за допуштеност предмета уговора „важе иста правила за међународне као и за приватне уговоре“ *op. cit.*, стр. 72. Види и Rivier, *op. cit.*, тсп. 59.

(6) Др Б. Поповић, *op. cit.*, стр. 72.

(7) A. Verdross, *Forbidden treaties in International Law*, AJIL Oct, 1937. vol. 31, пп. 571—577.

ских задатака имају се сматрати неморалним и ништавим.⁽⁷⁾ Формални основ забране закључивања неморалних уговора су извесна општа правна начела призната од стране просвећених народа у којима је оличена универзална етика међународне заједнице. Блиска овоме су и учења о ништавности иморалних обавеза⁽⁸⁾, морално могућим предмету уговора⁽⁹⁾ и слична.

Основни приговор који се може ставити овим учењима је да су идеалистички пројектована, без претеране везе са стварношћу и као таква наликую лепим грађевинама постављеним на кривим темељима. Морални принципи су метаправне категорије и не могу рег се бити правни основ ништавости уговора. Морал међународне заједнице је неодређен, високо релативизиран појам, неподобан за практичну примену. То не значи да између морала и међународног права не постоји материјална веза. У стварности многе правне заповести настају из моралних схватања⁽¹⁰⁾, али на међународном плану таква трансформација је могућа само кроз признате формалне изворе међународног права. Међународни судови нису, попут унутрашњих судова⁽¹¹⁾ овлашћени да уговор огласе ништавим услед несагласности са *corpus-om* моралних схватања и добрих обичаја.

Други су одговор тражили на прагматичнијим теренима, кроз правила о сукобу уговора закљученог између дела уговорница ранијег више-страног уговора или уговора закључених између различитих уговорница о истом предмету. Предложена решења кретала су се у широком дијапазону од признања ваљаности и ранијег и каснијег уговора до ништавости каснијег. Схватање о ништавности касније закључених уговора, не-

(7) Verdross наводи четири групе забрањених уговора: а) уговор којим се држава обавезује да смањи полицију или судство тако да више није у стању да уопште штити, или да штити на адекватан начин, живот, имовину, слободу или част људи на својој територији; б) уговор којим се држава обавезује да смањи армију на такав начин да више није у стању да се брани од спољних напада; ц) уговор који обавезује државу да затвори болнице или школе, да изручи или стерилизује жене, да побије децу, затвори фабрике, остави поља необрађена или на други начин изложи своје становништво бери; д) уговор којим се држави забрањује да штити своје држављане у иностранству. — *ibidem*, пп. 574—576.

(8) Oppenheim-Lauterpacht, *op. cit.*, п. 896; Rivier, *op. cit.*, стр. 59; Brandner, *Pacta contra bonos mores im Völkerrecht*, Jahrbuch der Konzularakademie zu Wien, п. 34; Fiore, *op. cit.*, §.

(9) Heffter, *Le droit international de l'Europe*, 1883, traduit par J. Bergson, п. 5.

(10) Без намере да подробније анализирамо везу између морала и међународног права навешћемо као пример уговор о нападачком савезу који Oppenheim-Lauterpacht квалификује као неморалан — *op. cit.* п. 896., а данас је забрањен чланом 2/3 Повеље и чланом 53 Бечке конвенције о уговорном праву.

(11) Таква могућност постоји у унутрашњем праву не само због друкчијег положаја суда, него и због природе јавног поретка као облика путем кога се ограничава аутономија воље субјекта. Јавни поредак се, наиме, не састоји само из позитивноправних норми, него и „других правила понашања, пре свега, од моралних норми односно обичаја“, тако да моралне норме када се „нађу у пољу јавног поретка... добијају снагу правне норме у том смислу што је уговор ништав уколико се противи тим нормама“ Др С. Петровић Забрањени уговори, 1975, стр. 156, 159. Истина у јуриспруденцији међународних судова могуће је наћи неке случајеве позивања на добре обичаје и моралне принципе. Тако је Нирвбершки суд у случају Alfred Krupp нагласио да је запошљавање француских ратних заробљеника супротно *bonos mores*, те да је такав евентуални уговор ништав. Међутим, суд је под *boni mores* подразумевао одредбе Женевске конвенције о заштити ратних заробљеника од 1929. — *Trials of War criminals before Nuremberg Military Tribunal under control Council law No. 10*, vol. IX, 1950, п. 1395. — Често цитирани став судије Schüchling-a у Oscar Chinn случају по коме „суд никад неће применити конвенцију супротну јавном моралу“ — П. П. И. J. Publications 1934, Ser.A/B, Io. 63, п. 150 — је мишљење судије а не позитивни пропис међународног права.

зависно од конкретних правних основа за које се такво дејство везује⁽¹²⁾, изражава покушај да се концепт легалности уговора тумачи позитивно-правним разлозима. Такав покушај постао је могућ у периоду кад међународно право започело бржи ход од права једне неуређене, лабилне заједнице ка праву релативно уређене заједнице. Преображавају се и међународни уговори који престају да изражавају једино индивидуалистички однос држава-држава и неки међу њима попримају легислативна, реглементаторска обележја. Закључени обично на репрезентативној, вишестраној основи ти уговори бивају уграђени у темеље међународног права у датом периоду, те, услед тога, нису могли бити дерогирани у *inter se* односима на бази сагласности појединих уговорница, јер би то водило дезинтеграцију поретка.

Принцип ништавости уговора закључених између дела уговорница ранијег, легислативног уговора није примењиван у праси. Међународни судови, који су у неколико наврата били у ситуацији да се изјасне о правним последицама несагласности сукцесивних уговора, нису о том питању заузели јасно становиште и то из прилично неубедљивих разлога.⁽¹³⁾

Живот је, међутим, захтевао стабилност и извесност у односима. Услед тога, у жељи да се обезбеде од могућих одступања државе су у важније међународне уговоре уносили клаузуле о оброгацији супротних уговора које су уговорнице закључиле у прошлости или клаузула којима се уговорнице обавезују да у будућности не склапају супротне аранжмане. Примера ради, такве клаузуле су унете у Општи акт Бриселске конференције о трговини црним робљем од 1890 (члан 96), Бернска конвенцију од 1886 (члан 20), Универзалну поштанску конвенцију од 1920 (члан 23) и друге.

Разлоге непостојању општеприхваћених правила о овом питању не треба, по нашем мишљењу, тражити искључиво у недореченостима и празнинама у правилима међународног уговорног права, већ и у неизграђености међународног права тога доба.

Congruis правила класичног међународног права састојао се из два независна круга-права у доба рата и права у доба мира — који су се међусобно искључивали у примени — *inter bellum et pacem nihil medium est*. Рат је у то доба представљао не само дозвољено средство у односима између држава, већ и легислативни фактор у правом смислу речи⁽¹⁴⁾. Држава која је сматрала да јој права и обавезе наметнуте нормама међународног права не одговарају могла је у свако доба и према свом нахођењу да прибегне употреби силе против слабије државе и на тај начин

⁽¹²⁾ О тим конкретним чињеницама за које поједини писци везују ништавост каснијег уговора, в. Др М. Бартош, *op. cit.*, стр. 114 и даље.

⁽¹⁴⁾ Рецимо, пример *Bryan-Chamorro* уговора од 1914 између Никарагве и САД. Костарика је оспорила ваљаност тога уговора истичући да су његове одредбе неспојиве са *Sanas-Jerez* уговором закљученим између Костарике и Никарагве (1858) као и са одредбама Општег уговора о миру, пријатељству и трговини (1907) закљученог између пет република Централне Америке. Централноамерички суд коме је спор поднет на решавање истакао је да је влада Никарагве повредила на штету Костарике права која је ова поседовала на основу два горепоменутог уговора, али је одбио да се изјасни о ваљаности *Bryan-Chamorro* уговора са образложењем да САД нису подвргнуте јурисдикцији суда. — АЈИЛ 1917, vol. 11, п. 181 и даље. Одлука Суда наведена је нас страни 229.

исходи по себи повољнију правну ситуацију. Ратом је, наиме, од слабијих држава прибављан пристанак на решења која су за те државе била неповољнија, па и супротна, онима садржаним у нормама општег међународног права.

Логика силе у међународним односима довела је до тога да су државе могле узајамним споразумом да одступе од било које норме позитивног међународног права. Међународно право није улазило у оцену садржаја тако утврђеног одступања од правила о општењу међу државама. Формалистички пројектовано оно је као једини мериторан критеријум узимало постојање пристанка заинтересованих држава.

Већ из ових неколико сумарних напомена могуће је извући закључак да се у таквим околностима једва могло говорити о легалности предмета уговора у строгом смислу речи. Правила класичног међународног права су највећу пажњу посвећивала формалним и процедуралним аспектима настанка, важења и престанка дејства међународних уговора. Питања садржаја и циља уговора била су потиснута у други план. Другачије решење није било ни могуће у систему који је познавао искључиво диспозитивне норме, с једне свране, и који је познавао легислативну функцију силе у односима својих субјеката, с друге стране.

Концепт легалности предмета уговора у класичном међународном праву био је постављен на две премисе:

прво, начелу суверенитета које је, у хегелијанској традицији, схватано као категорија која не познаје ограничења и из које директно произилази право уговарања ⁽¹⁴⁾;

друго, начелу *pacta sunt servanda* по коме сваки међународни уговор обавезује уговорнице због чега га имају извршавати у доброј вери.

Поменуте премисе су биле у функционалној вези. Делајући на основу суверенитета државе су закључивале уговоре, да би посредством правила *pacta sunt servanda* сагласност воља попримала карактер обавезујућег правног акта. У том склопу правило *pacta sunt servanda* поседовало је апсолутну вредност. Важило је за све уговоре који су закључени по процедури коју је предвиђало међународно право без обзира на садржај сагласности воља уговорница и начина на које је сагласност постигнута. Тако је у консенсуалистичкој структури класичног међународног права правило *pacta sunt servanda* имало надконсенсуалану, надпозитивну вредност.

Норме међународног права као ограничења аутономије воље држава била су у том периоду субјективне, отклоњиве природе. Државе су не само биле у ситуацији да *inter se* одступају од диспозитивних правила него су та одступања, с обзиром на легитимност употребе принуде у закључивању уговора, могла произаћи из наметања воље слабијем сауговарачу. Тиме се, у ствари, уговором као правним актом консакрирало право јачега.

⁽¹⁴⁾ International Law, edited by R. Falk and S. Mendlowitz, 1966, п. 179.

⁽¹⁵⁾ У случају Wimbledon истакнуто је да је право државе да закључи уговор — израз њеног суверенитета. — P.C.I.J. Publications, Ser, A, п. 25.

Релативност је била битно обележје правила међународног уговорног права. Чак и принцип *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, које је захваљујући свом садржају измакло интеракцији начелâ суверенитета и *pacta sunt servanda*, имао је ограничени домашај, будући да се није односило на питање ваљаности за уговорне стране оног уговора који је за *treŕe res ninter alios acta*.⁽¹⁶⁾

Друга страна релативизације тих правила огледала се у преминацији елемената моћи и политичког опортунитета. Снага тих елемената сводила је утицај правних правила на ниво формалног услова, паравана иза кога се крио политички садржај.

Ако не изгубимо из вида место које концепт легалности уговора има у међународном поретку, тада се намеће суд да је у том периоду међународни поредак пре заслуживао квалификацију *de facto* nego *de iure* поретка.

II.

Кретања ка стварном концепту легалности међународних уговора подудара се са фундаменталним променама које доживљава међународни правни поредак у последњих неколико деценија. Преломни тренутак настаје са забраном претње и употребе силе у међусобним односима држава⁽¹⁷⁾. Значај ове забране не може бити прецењен, јер је разликовање дозвољене од недозвољене употребе силе први задатак сваког правног поретка.

Зато не изнађује чињеница да су општи међународни акти грађени на филозофији заједништва и универзалне сарадње — Пакт Друштва народа и Повеља Уједињених нација — пошли од принципа ограничења односно забране употребе силе као претпоставке за остварење високих циљева отеловљених у тим документима. Забрана употребе силе у односима између држава изражава идеју владавине права у међународним односима, одрицање од рата као нека врста суда, мериторног средства решавања спорова у међународној заједници.

Пакт Друштва народа и Повеља Уједињених нација се, по својој правној снази, не могу изједначити са осталим мултилатералним уговорима. Као уставни акти универзалних политичких организација које су за циљ поставиле изградњу квалитативно вишег поретка, Пакт⁽¹⁸⁾ и Повеља⁽¹⁹⁾ су вишестрани уговори *sui generis*, основи другачијег правног режима од онога који називамо класичним међународним правом. Надмоћ релевантних одредаба Пакта и Повеља над осталим међународним

⁽¹⁶⁾ Др Б. Вукас, Релативно дјеловање међународних уговора, 1975, стр. 44.

⁽¹⁷⁾ До забране употребе силе у међународним односима „изгледа да се живело у претправном стању... и да међународно право није било достојно имена позитивног права (позитивно санкционисаног) ни стварно ни правно.“ — Le Flier, Међународно јавно право, 1934, превод В. Димића, Б. Марковића и М. Радојковића, стр. 189.

⁽¹⁸⁾ v. Lauterpacht, *Covenant as a „higher“ law*, BYIL 1936, пп. 55 и даље.

⁽¹⁹⁾ Др М. Бартош, Право Уједињених нација, Анали Правног факултета у Београду 1/1953, стр. 1—6; Legal force of the United Nations Charter, JRMP 1/1958, пп. 3—12.

обавезама правнотехнички је обезбеђена чланом 20. Пакта⁽²⁰⁾ односно чланом 103 Повеље⁽²¹⁾. Елементи супериорности одликују нарочито Повељу и то како из политичких тако и из правних разлога⁽²²⁾.

Повеља установљава хијерархијску, вертикалну структуру међународног права. Тај моменат ваља нагласити с обзиром да утврђивање легалности предмета уговора претпоставља постојање објективних, незаобилазних ограничења слободи уговорања. Истакли смо да су неки вишестрани уговори и пре доношења Повеље садржали извесна ограничења, али се та ограничења не могу поредити са Повељом из неколико разлога. Поменута ограничења уговорног капацитета су, пре свега, имала за предмет само поједине, углавном неполитичке, секторе међународних односа. Деловала су, поред тога, само у односима између држава које су имале статус уговорника конкретног вишестраног уговора, так да су конституисала уговорно ограничење, неку врсту *jus cogens inter partes*. Коначно, ауторитет субјекта који су се старали о спровођењу у живот акат као што су Бернска Конвенција или Универзална поштанска конвенција није ни близу ауторитета Организације Уједињених нација.

Однос Повеље према уговарачима чији се садржај не креће у оквирима њених фундаменталних правила карактерише конзистентност и обухватност. Супрематија одредаба Повеља испољава се не само према неслагасним уговорима које су закључиле државе чланице међусобно, него и према уговорима које чланице закључе са нечланицама. Штавише, основна начела Повеље могу бити критеријум легалности уговора закључених између држава нечланица⁽²³⁾. Међутим, с обзиром на број чланица Уједињених нација, релевантност Повеље у односу на уговоре закључене између чланица и нечланица и самих нечланица има више начелну вредност, карактер потврде става о идентитету Повеље и општег међународног права, него практичну сврху. Дејство Повеље, притом, није *ratione temporis* ограничено на уговоре који су закључени пре ступања на снагу Повеље, већ се испољава у односу на све уговоре без обзира на моменат њиховог закључења.

Одговарајућа правила Повеље су, према томе, мерила легитимности уговора у савременој међународној заједници. Уговори које држава као субјекти међународног права закључују између себе имају бити у сагласности са Повељом као уставом међународне заједнице. Непоштовање тих правила лишава уговор као правни акт ваљаности, дејства које

⁽²⁰⁾ Члан 20. Пакта гласи „Чланови Друштва народа признају да овај Пакт укида (as abrogating; abroge) све обавезе или споразуме *inter se* који нису агласни са његовим прописима и свечано се обавезују да будуће неће склапати”.

⁽²¹⁾ Члан 103. Повеље гласи: „У случају сукоба између обавеза чланова Уједињених нација по овој Повељи и њихових обавеза по неком другом међународном споразуму, превагу ће имати обавезе по овој Повељи.”

⁽²²⁾ Повеља је уставни акт политичке организације која је, за разлику од Друштва народа, практично достигла степен универзалности. Политичка тежина Организације врши несумњив утицај на ефикасност одреби Повеље као правног акта. О предностима Повеље у односу на Пакт, в. Бартош, Међународно јавно право, III, стр. 111 и даље.

⁽²³⁾ У члану 2(6) Повеља ставља у дужност Организацији Уједињених нација да обезбеди да државе које нису чланице УН поступају у складу са начелима Повеље у мери у којој је то потребно ради одржања међународног мира и безбедности. Значај ове одредбе наглашен је чињеницом да сами органи УН имају искључиво право да утврђују када је угрожен међународни мир. Услед тога питања која спадају у тзв. домен унутрашње надлежности могу прећи на међународни терен — в. др С. Миленковић, Унутрашња надлежност држава и међународна заштита људских права, 1974, стр. 10 и даље — и постати потенцијална претња мира и безбедности.

су државе уговорнице желеле да произведу. Уговорна способност државе не може бити вршена на начин који угрожава универзалне интересе заједнице, интересе који формулисани кроз начела Повеље синтетички изражавају услове и претпоставке постојања и коегзистенције држава.

Ово вредно достигнуће Повеље под сенком је извесних слабости. Оне се, уопште узев, концентришу у двама моментима:

а) досадашња пракса показује да су спорови око ваљаности уговора решавани првенствено као политички спорови. Примера ради, наводимо спор важности Уговора о гаранцијама од 1960. између Велике Британије, Грчке и Турске који је решаван пред Саветом безбедности Уједињених нација као политичким органом⁽²⁴⁾. Решавања правних спорова око ваљаности уговора политичким средствима често доводи до подређивања смисла нормe политичком резонувању;

б) члан 103. Повеље не предвиђа прецизне правне последице које би требало да погађају уговор супротан основним начелима Повеље.

Формулација члана 103. по којој у случају сукоба између обавеза чланова по Повељи и њихових обавеза по неком другом међународном споразуму „превагу ће имати“ обавезе по Повељи, допушта различита тумачења. Тумачења се у доктрини крећу у широкој скали од схватања да су уговори неслагасни Повељи — ништави, па до схватања да Повеља има једноставно приоритет у односу на уговоре који нису у складу са њеним релевантним одредбама.

Та дилема, која по нашем мишљењу и не постоји⁽²⁵⁾, дефинитивно је нашла своје разрешење у одредбама Бечке конвенције о уговорном праву од 1969 (у даљем тексту — конвенција — пр. М.К.). Одредбе Конвенције као позитивна правила међународног уговорног права саставни су део општег међународног права чији су темељи и оквири постављени Повељом. Демократски садржаји Повеље определили су карактер основних правила Конвенције. Захваљујући томе правила међународног уговорног права су од стерилног механизма који је своју функцију исцрпљивао у питањима процедуре постала регулатор међудржавних односа који се изражавају кроз уговоре.

За питање о коме расправљамо од интереса су чланови 53 и 64 Конвенције. Члан 53. утврђује: „Ништав је сваки уговор који је у време закључења у супротности са неком принудном нормом општег међународног права. За сврхе ове конвенције принудна норма општег међународног права је норма прихваћена и призната од стране целокупне међународне заједнице као норма од које није дозвољено никакво одступање и која може бити измењена само једном нормом општег међународног права која има исто својство.“ У члану 64. каже се: „Ако настане нова принудна норма општег међународног права, сваки постојећи уговор који је супротан овој норми постаје ништав и престаје.“

⁽²⁴⁾ Security Council, Official Records, Nineteenth Year, 1098 meeting, m. 15—19.

⁽²⁵⁾ Налазимо да разлике у погледу тумачења члана 103. нису од битног значаја јер сва тумачења имају за заједнички именитељ схватања да Повеља није обичан међународни уговор. Чак и ако се прихвати да одредбе Повеље на основу члана 103. имају само превагу то са практичне тачке не мења ништа на ствари. У случају сукоба неслагасних уговорних одредби и Повеље „превага“ значи да се примењују одредбе Повеље, те су, дакле, одредбе неслагасних уговора неоперативне и за практичне сврхе ништаве.

Правила когетне природе одређују границе слободе уговарања у међународном јавном праву⁽²⁶⁾. Такву функцију омогућују им два битна својства: објективни карактер, с једне стране, и перемпторност, апсолутно обавезни карактер, с друге стране.

Објективни карактер огледа се у ванконсенсуалности тј. чињеници да та правила превазилазе диспозицију странака, те не могу бити искључиво засновани на вољи — „она су саставни део нечега што је изнад те њихове аутономије воље у виду једног објективног поретка.“⁽²⁷⁾

Уствари, категорија која је изнад воље државе је воља међународне заједнице као целине. Ту заједницу не треба схватити као, академску конструкцију, екуменско заједништво, већ као ентитет који се ствара услед судбинске повезаности човечанства и потребе да се на бројне изазове на економском, политичком и социјалном плану јединствено реагује.

Са правне тачке посматрано, категорија воље међународне заједнице условљена је двама елементима:

прво, елементарне нужности да, у условима једне плуралистичке структуре суверених јединки, правна норма буде заснована на начелу пристанка; и,

друго, принудљивом реалношћу заједничког живљења која државе тера да, неретко и противно својој вољи, прихвате извесна правила као незаобилазна са становишта осигурања коегзистенције и самог физичког опстанка заједнице.

Перемпторни карактер подразумева апсолутно, одлучно и коначно дејство когентних норми од којих није допуштена дерогација. Заповести садржане у тим нормама су безусловне природе, правила понашања која не познају алтернативу. Државе од когентних норми не могу одступати ни *inter se* ни *ad casum*.

Управо у томе је историјска димензија когентних норми у контексту тражења основа за разликовање законитих од незаконитих уговора у међународном праву. Наиме, диспозитивне норме које чине претежни део структуре позитивног међународног права могу бити истиснуте у *inter se* односима на основу сагласности заинтересованих држава. Обавезна примена диспозитивних норми у конкретном случају је под резервом непостојања сагласности заинтересованих држава о томе да извесно питање реше на другачији начин.

Уговор супротан когентној норми је ништав *ab initio*. У таквом случају стране уговорнице су дужне да отклоне, уколико је то могуће, последице сваког акта извршеног на основу одредбе супротне перемптор-

⁽²⁶⁾ Др С. Аврамов, Међународно јавно право, 1978, стр. 273. У теорији постоји сагласност о томе да државе не могу закључивати уговоре супротне когентним правилима. Тако, Бартош, *op. cit.*, стр. 112; Andrassy, Међународно право, 1976, стр. 313; McNair, *Law of Treaties*, 1961, pp. 214—215; др Б. Јанковић, Међународно јавно право, 1978, стр. Salvioli, *Les règles générales de la paix*, RdC, vol. 46, p. 26; Бербер, *Lehrbuch des Völkerrecht*, vol. I, 1960, p. 439; Delbez, *Les principes généraux du droit international public*, 1964, pp. 317—318; Sibert *Traité de droit international public*, 1951, I, p. 212; Rousseau, *Principes généraux du droit international public*, 1944, I, p. 340; Jenks, *Prospects of International Adjudications*, 1964, p. 504; др М. Марковић, Међународноправна правила принудне природе (*jus cogens*), Зборник Правног факултета у Загребу 3—4/1966, стр. 321—335; Brownlie, *Principles of International public law*, 1973, p. 500; и други.

⁽²⁷⁾ Др М. Марковић, *op. cit.*, стр. 333.

ној норми општег међународног права и да своје односе доведу у склад са том нормом (члан 71 (1) Конвенције).

Когентне норме имају за предмет регулisaња различите односе у међународној 'заједници. Како су сви ти односи од суштинског значаја свака класификација когентних норми је условне природе. Ова коју ћемо извршити прилагођена је предмету о коме расправљамо тј. покушава да дијагностикује когентне норме везане искључиво за правила уговорног права и когентна правила која имају шири домашај. Немамо амбицију да наведемо исцрпљујућу листу когентних норми јер је такав покушај лишен стварног смисла како из начелног разлога, наиме, брзине развоја међународног права која онемогућује прецизно и лимитативно одређивање свих когентних правила, тако и конкретног разлога — такав подухват претпоставља минuciозну анализу уговора, обичаја и дипломатске праксе држава која превазилази обим и сврху овог рада.

Указаћемо, стога, само на неке когентне норме. На једној страни су норме које су уграђене у биће општег међународног права и као такве релевантне за одређене врсте односа у међународној заједници. То су, у првом реду, начела Повеље као што су забрана мешања у унутрашње послове других земаља, забрана интервенције, забрана претње и употребе силе у међусобним односима, обавеза решавања спорова мирним путем, суверена једнакост држава, обавеза поштовања националне независности; право на самоопредељење и друга. Та начела се садржински поклапају са принципима мирољубиве активне коегзистенције⁽²⁸⁾. Њима ваља придодати норме из ризнице класичног међународног права као што су забрана трговине робљем, пиратерије, слобода отвореног мора, као и норме конституисане у оквиру система Уједињених нација ради конкретизације циљева Повеље. Примера ради, наводимо забрану геноцида утврђењу Конвенцијом о спречавању и кажњавању злочина геноцида од 1948. године. Иако нису правила уговорног права ове норме су, нема никакве сумње, релевантне и у уговорној материји. Не само са разлога што је уговорно право интегрални део општег међународног права, већ и стога што државе узајамне односе уређују у највећем броју случајева путем уговора, двостраних и вишестраних, при чему морају водити рачуна о општем међународном праву.

На другој страни су норме строго везане за процес закључења, важења и престанка уговора. У опште међународно право те норме су уграђене кроз склоп правила међународног уговорног права. Према преовлађујућем схватању, постоји идентитет између Конвенције и општег међународног уговорног права. Од правила садржаних у Конвенцији когентни карактер, по нашем мишљењу, поседују одредбе чланова 53, 26 (*Pacta sunt servanda*), 51 (Принуда извршена над представником државе), 52 (Принуда извршена над државом претњом или употребом силе), 64 (Наставак нове принудне норме општег међународног права — *jus co-*

⁽²⁸⁾ У Декларацији начела међународног права о пријатељским односима и сарадњи (1970) подјачава се да „принципи Повеље који су садржани у овој Декларацији конституишу базичне принципе међународног права“ којима треба да се руководе све државе. — G.A.O.R., Suppl. No. 28 (A/8028), п. 124.

gens —), Последице ништавости уговора који је супротан принудној норми општег међународног права) и неке друге.

Норме које смо навели, заједно са осталим, конституишу јединствену целину, координате простора у коме се слободно испољава воља држава уговорница.

Члан 53. прокламује ништавост уговора који су у време закључења супротни принудној норми општег међународног права. Таква одредба, као логична последица природе ових норми, трпи изузетак у светлу динамичности и променљивог карактера међународног права, па, према томе, и когентних норми као дела тога права. Апсолутна примена начела ништавости би значила имплицитну квалификацију постојећих погентних норми као вечних и непроменљивих, што је очито погрешно.

Изузетак се односи на свеопшти мултилатерални уговор којим се укида или мења постојећи когентни режим изражен у уговорном облику. Такав уговор не може се квалификовати ништавим јер се не ради о сукобу воље двеју или више држава са вољом међународне заједнице у целини, него о операционализацији принципа динамичности когентних норми. Услед тога однос између ранијег и каснијег свеопштег мултилатералног уговора регулише се на бази принципа *lex posterior derogat legi priori*, као принципа релевантног у случају сукоба једнаковредних правила.

При том може настати неколико различитих случајева:

и) Случај када каснији свеопшти мултилатерални уговор укида ранији не успостављајући у исто време нову когентну норму. Функција каснијег уговора се исцрпљује у оброгацији ранијег когентног режима. Когентна норма која је до закључења каснијег уговора служила као критеријум легалности предмета двостраних и вишестраних уговора бива намењена или диспозитивном нормом или неком другом друштвеном нормом (нпр. моралном).

ии) случај када каснији свеопшти мултилатерални уговор укида само део ранијег когентног режима, део раније когентне норме, не замењујући је новом когентном нормом. У том делу се по аналогiji примењује принцип наведен под (и).

иии) случај када се каснијим свеопштим мултилатералним уговором установљава нова когентна норма која у потпуности замењује ранију когентну норму. Акт установљења нове когентне норме са истим предметом конзумира у себи и акт укидања раније когентне норме.

ииии) случај када доцнији свеопшти мултилатерални уговор замењује новом нормом само део раније когентне норме. Преостали, недерогирани део потоње норме и даље остаје критеријум легалности предмета уговора.

Укидање раније когентне норме било у целини било само у једном делу могуће је извести изричито или прећутно. Изричита аброгација би постојала ако доцнији свеопшти мултилатерални уговор садржи клаузулу у том смислу. Прећутна би се имала заснивати на чињеници да је предмет регулисања раније и касније когентне норме идентичан, а да су садржаји тих норми различити.

Извесно је да ће укидање или модификација постојећих когентних норми бити врло деликатна операција. Томе ће битно допринети врло вероватна неподударност уговорница ранијег и каснијег свеопштег мултилатералног уговора. Идеално би било уколико каснији свеопшти мултилатерални уговор обухвата све уговорнице ранијег уговора или, пак, и већи број уговорница укључујући све уговорнице ранијег уговора. Уколико то не буде могуће има се жспитати да ли су државе уговорнице каснијег свеопштег мултилатералног уговора довољне да конституишу вољу целокупне међународне заједнице. Јер, воља међународне заједнице као целине, иако не значи сагласност свих држава ⁽²⁹⁾ креће се у координатама преовлађујући већине држава која није аритметички опредељива већ подразумева заступљеност свих есенцијалних компоненти међународне заједнице. Услед тога, као и избегавање евентуалних спорова, извесно је да би претходно усаглашавање у УН путем консенсуса било један од путева који би водио успеху.

Но, обим ових тешкоћа умањен је тиме што ће до укидања или модификације постојећих когентних норми тешко доћи у блиској будућности. Динамизам когентних норми, као основни постулат, трпи извесна ограничења која су последица, прво, момента да су фундаментални интереси свих држава објективни израз постојећих институционалних реалности које у догледној будућности неће доживети радикалну измену и, друго, момента да когентне норме као нормативни израз тих интереса поседују у својој реткости и изузетности израженији елеменат стабилности од осталих норми општег међународног права.

Инагурацијом концепта когентних норми међународно право дефинитивно ствара материјални основ, критеријум за оцену легалности предмета уговора. Законитост нема више извор у отклоњивим, субјективним критеријумима постављеним *inter partes*, но у једној објективној, вољом појединачних држава неотклоњивој категорији. Као објективни критеријум легалности предмета уговора когентна правила делују *erga omnes*, тј. пројектована су на вертикалној равни.

У укупној структури правила међународног уговорног права то подразумева повећани значај предмета уговора на уштрб одредаба формалне и процедуралне природе. Правило *pacta sunt servanda*, иако само когентне природе ⁽³⁰⁾, нема апсолутно дејство, јер његову заштиту уживају само уговори који су сагласни *corpus* когентних норми. Тако и само правило *pacta sunt servanda* стиче логички смисао проз уравнотежење значаја његових конститутивних елемената — *sunt servanda* нема више априорну превагу над *pacta*. Постајући део комплекса когентних правила оно губи фетишки карактер, престаје да буде *deus et machina* међународног поретка способно да било ком садржају да облик правне обавезе.

⁽²⁹⁾ Опширније о томе, М. Крећа, Прилог разматрању основних обележја апсолутно обавезних правила у међународном јавном праву, *Анали јули* — август 1977, стр. 534. и даље.

⁽³⁰⁾ Др С. Аврамов, *op. cit.*, str. 311; Kunz *The meaning and rang of the norm pacta sunt servanda*, *AJIL* 1945, vol. 39, pp. 180—181; Verosta, G.A. 21 session, 6 committee, 911 meeting, p. 912:

Као критеријум за диференцирање законитог од незаконитог предмета уговора когента правила не ограничавају слободу уговарања, која је и даље еманација суверенитета, већ слободу држава да одређују предмет уговора према свом нахођењу не водећи рачуна о објективном поретку. Тиме је радикално измењен однос на релацији државна сувереност — међународни правни поредак и створени услови да клатно, које је вековима осцилирало између силе и права, коначно превагне на страну права.

др Миленко Крећа

SUMMARY

THE LEGALITY OF OBJECTS AND CONTRACTS IN INTERNATIONAL PUBLIC LAW

Taking the principle significance of the existence of criteria for the distinction of legal from illegal contracts in international public law as a point of departure, the author makes particular emphasis on the analysis of the concept of legality in classical and modern international law.

He has found that the concept of legality in classical law was based on two premises: first, the principle of sovereignty which was, in the Hegelian tradition, regarded as a category which is not bound by any restrictions and out of which there is derived the right to conclusion of contracts; second, the principle *pacta sunt servanda* which is defined as an absolute rule. The rules of international law as a factor of restriction of the freedom of conclusion of contracts were in that period subjective, of the eliminative nature. Due to the permissiveness of the use of force in international relations, the rules of international law, and, therefore, also the rules of contract law, were relative to a very high degree, so that in the period of classical international law there can not be any mention of actual, homogenous legality of international law.

The quantitative changes in this respect begin with the constitution of universal political organisations — The League of Nations and the United Nations — in the Articles Nos. 20. and 103. of the Charter of which there is introduced a hierarchy of rules of positive international law. The concept of legality has formed its definite shape with the conceptualisation of cogent rules (norms) in the Vienna Convention on Contract Law (1969) in its Articles Nos. 53 and 64. Legality does not have its basis in the eliminative, subjective criteria established *inter partes* any more, but in the objective, will of individual states, therefore non-eliminative category. In this context the rule *pacta sunt servanda* also acquires its proper meaning — it ceases to be *deus et machina* of the international order capable of giving any context the form of a legal obligation. As a criterion for the distinction of legal from illegal contracts cogent rules do not restrict the freedom of conclusion of contracts, but the freedom of states to determine the object of the contract to suit its own will without taking the objective order into account.