

НАКНАДНА НЕМОГУЋНОСТ ИЗВРШЕЊА УГОВОРА У МЕЂУНАРОДНОМ ЈАВНОМ ПРАВУ

У теорији међународног права постоји општа сагласност да накнадна немогућност извршења доводи до престанка дејства уговора¹⁾. Бечка конвенција о уговорном праву од 1969. (у даљем тексту — Конвенција — М.К.), као позитивно право у домену правила међународног уговорног права, у члану 61. (Део V, одељак III Конвенције) квалификује немогућност извршења као основ престанка уговора или повлачење из уговора²⁾.

Разрада овог полазног става открива бројне разлике у схватањима. Томе доприносе не само оскудна међународна пракса, већ и слабости и

¹⁾ Аврамов, С., Међународно јавно право, 1980, стр. 335—336; Andrassy, J., Међународно право, 1976, стр. 348; Бартош, М., Међународно јавно право, III, 1958, стр. 401—402; Bluntchli, J. C., Le droit international codifié, I, 1895, § 452; Davis, G. B., Elements of International Law with an account of its origin, sources and historical development, 1901, p. 237; Fauchille, P., Traité de droit international public, 1926, I, part III, par. 849; Field, D. D., Outlines of International Law, 1876, art. 202(3); Fiore, P., International Law Codified, 1918, §844(f); Hackworth, G., Digest of International Law, V, 1943, p. 356; Harris, D. J., Cases and materials on International Law, 1973, pp. 421—425; Јанковић, Б., Међународно јавно право, 1970, стр. 276, Paviratnam, A. K., Substance of Public International Law—Eastern and Western, 1975, p. 362; Поповић, Б., Међународно уговорно право, I, 1939, стр. 203; Pradier-Fodere, Traité de droit international public, 1885, 1210; Perłowski, F., Les causes d'extinction des obligations internationales contractuelles, 1928, p. 47; Wheaton, Elements of International Law, Classics of International Law, 1936, 275; Wilson, G. G. and Tucker, G., International Law, 1913, p. 217; Woolsey, L. H., The unilateral termination of treaties. AJIL 1926, vol. 20. pp. 349—350; Oppenheim-Lauterpach, International Law, I, 1955, p. 945.

²⁾ Члан 62. утврђује: „1. Странка се може позвати на немогућност извршења уговора као на разлог за његов престанак или за повлачење из њега, ако је та немогућност резултат коначног нестанка или уништења предмета уговора неопкојног за извршење уговора. Ако је немогућност привремена, може се навести само као разлог за обустављање примене уговора. 2. Странка се не може позвати на немогућност извршења као на разлог за престанак уговора, за повлачење из њега или обустављање његове примене ако је до те немогућности дошло тако што је странка која се на њу позива прекршила обавезу из уговора, или неку другу међународну обавезу према некој другој странки уговора.”

недоречености решења уставновљеног Конвенцијом. Разлике се, уопште узев, концентришу у три питања: I. да ли је накнадна немогућност извршења самостаан основ престанка дејства уговора или је садржана у некој другој правној чињеници од утицаја на ваљаност и дејства уговора?) II. који су појавни облици накнадне немогућности извршења? и, III. какве су последице накнадне немогућности и, посебно, да ли накнадна немогућност аутоматски узрокује престанак дејства уговора и ослобађа странку обавеза из уговора или само ствара правну могућност за покретање поступка у коме би се странка могла позвати на накнадну немогућност као разлог престанка уговора или повлачења из уговора?

I. Постоје мишљења да накнадна немогућност извршења не представља посебан основ престанка дејства уговора.

По једном схватању, накнадна немогућност се идентификује са клаузулом *rebus sic stantibus*. Тако, Hill наводи накнадну немогућност извршења као један од могућих правних основа који објашњавају зашто клаузула *rebus sic stantibus* може изменити првобитне обавезе преузете уговором³⁾. Анализирајући доктрину *rebus sic stantibus* као општи правни принцип, Lauterpacht међу примере правила и доктрина заснованих на непредвидљивој промени околности убраја, између осталог, и правило *ad impossibilia nemo tenetur* и различите манифестације „doctrine of frustration” или накнадне немогућности извршења⁴⁾. У току рада на кодификацији правила уговорног права Gutteridge је, дискусијама које су вођене у VI (Правном) комитету Генералне скупштине Уједињених нација, изразила мишљење да сличности које постоје између клаузуле *rebus sic stantibus* и накнадне немогућности извршења налажу да одговарајуће решење буде утврђено једном одредбом⁵⁾.

Извесно је да између ове две установе постоје сличности. Промена околности као фактички моменат стоји у основи како клаузуле *rebus sic stantibus* тако и накнадне немогућности извршења. Последице промене околности огледају се, на неки начин, у немогућности извршења у ширем смислу речи у оба случаја.

Но, разлике су, у исто време, такве природе да условљавају постојање клаузуле *rebus sic stantibus* и накнадне немогућности извршења као посебних основа престанка дејства уговора. Указаћемо на разлике које су, по нашем мишљењу, од битног утицаја.

Пре свега, карактер промена у једном и другом случају је различит. Код клаузуле *rebus sic stantibus* или, како одређује Конвенција у члану 61., суштинске промене околности, ради се о променама околности које су постојале у време закључења уговора, с тим да ове промене узрокују коренито преиначење обима обавеза које још преостају да се из-

³⁾ Hill, C., The doctrine of „rebus sic stantibus” in International Law, The University of Missouri Studies, vol. IX, 1934, №. 3, p. 12.

⁴⁾ Lauterpacht, H., The function of Law in the International Community, 1933, p. 273.

⁵⁾ G. A., 18th Session, Sixth Cttee, 786. meeting, §. 8.

врше по уговору⁶). Преостале уговорне обавезе је могуће извршити али по цену знатне штете или повреде виталних интереса уговорне стране. Извршење уговора остаје, дакле, у домену могућности уговорне стране. Према томе, *ratio* постојања установе суштинске промене околности није објективна немогућност извршења већ поремећена равнотежа, биланс права и обавеза утврђених уговором. Могли би рећи да се у таквим случајевима ради о субјективној немогућности извршења⁷).

Учинак промене околности код накнадне немогућности извршења је квалитативно друкчији. Уговор је објективно немогуће извршити јер за тако нешто не постоје стварне могућности. Субјективни моменат тј. воља уговорне стране да изврши уговор је ирелевантна, будући да се воља не испољава у оквирима могућег. Добру илустрацију такве промене околности представља уговор о мирном решавању спорова закључен између Шпаније и Белгије 1927. године. Оведбе тог уговора о решавању спорова пред Сталним судом међународне правде постало је немогуће извршити априла 1946. године када је тај Суд престао да постоји *de iure*.

Поред тога, разлике се испољавају и у односу на дејство промене околности кад је и другачије.

Престанак дејства уговора код суштинске промене околности не наступа *ipso facto*. Суштинска промена околности је само повод за окончање уговора или повлачење из уговора. Таква дејства се реализују у одговарајућем поступку на бази сагласности уговорница⁸).

На другој страни, накнадна немогућност извршења доводи, по нашем мишљењу, до аутоматског престанка уговора. Разлог је у овом случају тако очигледан и несумњив да не оставља простора диспозицији странака у погледу извршења уговора. Диспозиција странака може имати учинак једино у томе што би се посебно регулисала права, обавезе или правна стања уговорница који су створени пре него што је уговор престао да производи дејства.

Поред момената теоријске природе, идентификовање суштинске промене околности и накнадне немогућности извршења није прихватљиво и са правнополитичких разлога. Посебно ако се има у виду опозиција

⁶ Конвенција у члану 62 (Суштинска промена околности) предвиђа као услове за примену установе да:

„а) постојање тих околности представља битну основу пристанка странака да буду везане уговором; и ако

б) је дејство те промене коренита измена домаћаја обавеза које преостају да се испуне у складу са уговором.”

⁷ Види, резонавање Међународног суда правде у случају који се тичао српских и бразилијанских дугова, *R.C.I.J., A.20/21, pp. 39—40, 120*. Сличан став, мада не и експлицитно формулисан, налазимо у случају *Michel Masti* решаваном пред румунско-турским мешовитим арбитражним судом 1928. — *T. A. M., p. 981*.

⁸ Како се примећује „Доктрина је јединствена; а с њом се слаже и старија и новија пракса, да промена битних околности може да послужи само као основ захтева једне уговорнице, а не као основ за једнострану отказ уговора.” — Аврамов, С., *Правило rebus sic stantibus* у савременом међународном праву, *Анали правног факултета, у Београду 4/1964, стр. 392*. Конвенција у члану 62, утврђује да се странка „може позвати на битну промену околности као разлог престанка уговора или повлачења из њега”... Престанак уговора или повлачења из уговора на основу члана 62. се остварује поступком предвиђеним чланом 65. чији је основни елемент решавање на бази сагласности воља било да та сагласност конституише основ престанка или основ заснивања надлежности неког непристрасног ауторитета који доноси коначну одлуку.

клаузули *rebus sic stantibus* од стране држава које теже очувању *status quo-a* у међународним односима. Те земље клаузулу супротстављају правилу *acta sunt servanda* и истичу да је клаузула средство за подривање светости дате речи и елеменат несигурности и конфузије у уговорним односима. Наведена идентификација је у функцији ограничења примене клаузуле суштинске промене околности, с обзиром да су услови за примену те установе строжије постављени. У исто време, отворио би се простор за неоснована тврђења о одсуству разлога који извршење уговора чине објективно немогућим, будући да престанак уговора на бази промењених околности подразумева сагласност страна уговорница.

По другој варијанти схватања о несамосталности накнадне немогућности извршења, постоји материјална веза између ове установе и заблуде у погледу предмета уговора. Присталице оваквог схватања повлаче разлику између заблуде у погледу предмета уговора и заблуде како је дефинисана чланом 48. Бечке конвенције. Док потоња чини уговор ништавним, „немогућност извршења која произилази из непостојања предмета за који су странке сматрале да постоји у време закључења уговора води потпуно другачијем исходу, наиме, престанку дејства уговора“⁹⁾.

Ово схватање засновано је на погрешном резонувању. Заблуда је, како произилази из одредбе члана 48. Конвенције, основ релативне ништавости уговора. Институту ништавости и престанка дејства уговора се битно разликују како по узроцима услед којих долази до примене једног и другог института тако и по правним последицама. За сврхе ове расправе довољно је указати на чињеницу да се престанак уговора везује за околности које настају након закључења уговора. Према томе, заблуда као мана пристанка (*vice de consentment*) постоји у тренутку изражавања пристанка на обавезивање уговором. При том је ирелевантно о каквој се врсти заблуде ради. Члан 48. има у виду заблуду која се односи на „чињеницу или ситуацију за коју је та држава претпостављала да постоји у моменту закључења уговора и која је сачињавала суштински основ пристанка“ на обавезивање уговором. Несумњиво је да широка формулација дата у наведеном члану начелно обухвата и заблуду у погледу предмета уговора. Кажемо начелно јер ваља имати на уму да међународно право не познаје разубену класификацију врста заблуде која би ишла докле да признаје и заблуду у погледу предмета. То ваља приписати реткости заблуде у процесу склапања међународних уговора¹⁰⁾.

II. Мишљења су, такође, подељена по питању облика у којима се накнадна немогућност извршења уговора испољава. Уопште узев, у док-

⁹⁾ У том смислу, Escudero, UNCLT 1969, p. 116, para 1,3; Такође, Garcia-Ortiz, UNCLT 1968, p. 362, par. 8 и Alvarez Tabio, *ibidem*, p. 363, par. 23.

¹⁰⁾ Та чињеница се оправдава двама моментима: прво, стручном и интелектуалном опремљеношћу представника држава који учествују у преговорима и закључењу уговора; друго, сложеношћу поступка преговарања, предостројношћима које предузимају преговарачи, инструкцијама које се преговарачима дају од њихових влада било у току преговора било пре почетка преговора, учешћем бројних личности, лакоћом тачног информисања и сл. У међународној пракси су се готово искључиво догадале тзв. географске заблуде тј. заблуде проистекле из нетачних и непрецизних географских карата.

трини се наводе четири облика: физичка, социолошка, морална и правна немогућност извршења. Већина писаца накнадну немогућност извршења своди на физичку немогућност¹¹⁾). Мањи део допушта и случајеве правне немогућности, с тим што се не слажу око тога шта узрокује такав облик немогућности¹²⁾). Старија доктрина је врло често указивала да постоји ситуације у којима је уговор немогуће извршити из моралних разлога¹³⁾). Понеки допуштају и социолошку немогућност извршења¹⁴⁾).

1) То што се физичка немогућност најчешће наводе као облик немогућности извршења вероватно долази отуда што је поштовање закона природе претходни услов предузимања и, посебно, ефективитета одређених радњи субјеката права¹⁵⁾). Овај облик немогућности је израз динамизма природе, с једне стране, и немоћи људског ума да све природне промене прецизно и без изузетка предвиди, с друге стране.

Писци, углавном, физичку немогућност поистовећују са нестанком објекта уговора. Већина примера којима се илуструје физичка немогућност су академске хипотезе. Fauchille говори о уговору којим се предвиђа прокопавање тунела што се касније покаже као неизводљиво¹⁶⁾). Бартош наводи да уговор о међународној службенисти над једним острвом престаје нестанком тог острва¹⁷⁾). Такође, истиче да уговор о риболову на пограничној реци престаје ако променом границе или наглом променом тока та река добије карактер националне реке¹⁸⁾). Међутим, није немогуће пронаћи и случајеве из међународне праксе. Andrassy¹⁹⁾ расправља о уговору закљученом између Данске и Холандије 1966. године у циљу разграничења епиконтиненталног појаса на бази линије једнаке удаљености. Како су те земље закључиле 1971. године уговор о подели епиконтиненталног појаса са СР Немачком којим су одступиле од линије једнаке удаљености, то је нестало објекта разграничења из уговора од 1966. године.

Конвенција у члану 61. усваја концепт физичке немогућности. То чини на тај начин што физичку немогућност везује за случајеве више силе (*force majeure*). У ставу 1. утврђује се да немогућност извршења прозилази из „трајног нестанка или уништења предмета неопходног“ за

¹¹⁾ Paviratnam, A. K., op. cit., p. 362; Fiore, P., op. cit., § 844 (f); Field, D. D., op. cit., art. 202; Аврамов, С., op. cit., стр. 335; Бартош, М., op. cit., стр. 401; Harris, D. D., op. cit., p. 611; Јанковић, Б., op. cit., стр. 276.

¹²⁾ Andrassy, J., op. cit., стр. 350; Oppenheim-lauterpacht, op. cit., p. 945; Hoijer, C., Les traites internationaux, II, 1928, p. 447; Haraszty, G., op. cit., p. 424; Fauchille, P., op. cit., par. 849.

¹³⁾ Wilson, G. G. and Tucker, G. F., op. cit., p. 217; Lorimer, Institutes of International Law, I, p. 264; Davis, G. B., op. cit., p. 237; Williams, J. F., The permanence of treaties, AJIL 1928, vol. 22, p. 89; Rivier, A., Основи међународног јавног права, II, 1898, стр. 59.

¹⁴⁾ Bluntchli, J. C., op. cit., § 447, 457.

¹⁵⁾ Овај услов постоји независно од наредби садржаних у правним прописима. То прозилази из чињенице да нормe изражавају оно што „треба да се учини од стране људи“, док природни закони „утврђују оно што се стварно дешава“. — Лукић, Р., Теорија државе и права, 1976, стр. 115 и даље. (курзив у оригиналу). Другим речима, физичка немогућност извршења има корен у томе што природа одбија да се повинује људској вољи.

¹⁶⁾ Fauchille, P., op. cit., par. 849

¹⁷⁾ Бартош, М., op. cit., стр. 401.

¹⁸⁾ Ibidem.

¹⁹⁾ Andrassy, J., op. cit., стр. 348.

извршење уговора. Како следи из коментара Комисије та формулација покрива случајеве као што су „нестанак једног острва, пресушење реке или уништење бране или хидроелектричне инсталације неопходне за извршење уговора”²⁰).

Недостаци члана 61. имају своје исходиште управо у недоследно сти полозном приступу. Force majeure као носећи елемент концепције сматра се релевантном у свом посебном облику као што је нестанак или уништење предмета уговора. Имајући у виду целину проблема треба истаћи да оваква концепција није лишена нејасноћа и недоречености. Наиме, претпоставка за примену концепта формулисаног у члану 61. је прихваћена дефиниција force majeure. Постоје, међутим, значајне разлике у поимању те установе у међународном праву. Оне се провлаче из другачијег приступа force majeure у англосаксонском и континенталном праву²¹). Међународна пракса, мада у начелу прихвата ту установу²²), колеба се у погледу одређивања њеног карактера²³). Из тих разлога разумно је претпоставити да ће се у примени члана 61. поставити не мали проблеми. Та опасност је сигналисана и од М. Yasseena, председника Редакционог комитета на Бечкој конференцији, који је имплицитно указао на могућу неподударност између више силе и накнадне немогућности извршења. По његовим речима, „Редакциони комитет је желео да подвуче да уништење или нестанак предмета уговора не конституише сталну немогућност извршења уколико предмет уговора може бити замењен”²⁴). Према томе, не мора нужно постојати идентитет између force majeure и накнадне немогућности извршења уговора. Из запажања председника Редакционе комисије произилази да се накнадна немогућност извршења појављује као пример примене концепта force majeure само у случају ако не постоји могућност замене предмета уговора. Да ли се из тога може извући закључак да, уколико је до нестанка предмета уговора дошло кривицом једне уговорнице, друга уговорница може да постави алтернативно или питање одговорности или замене предмета уговора?

²⁰) YILC 1966, II, p. 256, par. 2.

²¹) Уопште узев, израз „force majeure” је тешко наћи у енглеском праву. Уместо тога израза користи се израз „Act of God” који, међутим, није еквивалент „force majeure”. Израз „Act of God” означава изванредни или неуобичајени догађај настао природним путем, без људске интервенције, као што је, на пример, земљотрес или поплава. Са друге стране, force majeure обухвата и неке ситуације које проистичу из људских активности, рецимо, рата или револуције.

²²) У међународној пракси „force majeure” се најчешће наводи као правни основ који искључује одговорност за међународне противправне акте. У том смислу, налазимо одредбе у читавом низу међународних конвенција. Примера ради, наводимо Општи споразум о трговини и тарифама (GATT) од 30. 10. 1947 (члан XX), Конвенцију о транзитној трговини земаља без изласка на море од 8. јула 1965 (члан 7 ст. 1), Бечку конвенцију о конзуларним односима од 24. априла 1963 (члан 54), Конвенцију о специјалним мисијама од 8. 10. 1969 (члан 42) и друге. Међународна пракса, потврђује становиште Сталног арбитражног суда у Russian Indemnity case (1912) по коме „... vis major... може бити истакнута у међународном јавном праву као и у унутрашњем праву.” — I H. C. R., p. 532.

²³) Као пример наводимо схватање Сталног суда међународне правде који је у случају српских и бразилијанских дугова разматрао под једним називом „force majeure” и случај објективне и субјективне немогућности извршења. — P. C. I. J., A.20/91, pp. 39—40, 120. У исто време постоји контраверза о томе да ли force majeure треба тумачити lato sensu тако да обухвата и тзв. непредвидиви догађај (fortituous event), или, пак, треба, посебно дефинисати force majeure stricto sensu и непредвидиви догађај. — v. Cavaré, L., Le droit international positif, II, 1969, p. 499.

²⁴) UNCLT 1988, p. 479, par. 32.

У нацрту правила о одговорности државе за међународне против правне акте²⁵⁾ који је Комисија Уједињених нација за међународно право поднела Генералној скупштини не налазимо, такође, дефиницију *force majeure*. У члану 31. (Виша сила и неочекивани случај) Главе V (Околности које искључују противправност) нацрта утврђује се на општи начин да је противправност акта државе несагласног са међународном обавезом државе искључена ако је противправни акт проузрокован неодољивом силом или непредвидљивим спољним случајем ван њене контроле који је учинио материјално немогућим да поступа сагласно са овом обавезом или да зна да њено понашање није сагласно са том обавезом. Изузетак представља ситуација кад држава у питању допринесе стварању материјалне немогућности²⁶⁾.

Могуће је, наравно, из одредби члана 31. извући опште елементе више силе. Но, питање је колико би и такав, индиректно дефинисан појам више силе, као *lex specialis*, био релевантан у материји уговорног права. Посебно стога, што би, у светлу супротних ставова око више силе, било нејасно у којој би мери таква дефиниција представљала кодификацију односно прогресивни развој.

Мишљења смо да одсуство дефиниције више силе представља озбиљну мањкавост решења установљеног чланом 61. Конвенције. Програматички разлози који су Комисију определили за овакво решење нису сасвим прихватљиви. Комисија је имала на располагању једну елегантну могућност коју није искористила, а то је да да дефиницију више силе у оквирима члана 61., као што је то учињено у односу на перемпторну норму општег међународног права (*ius cogens*) у члану 53. Конвенције. Тако би се битно олакшала адекватна примена члана 61. и, у исто време, не би се прејудиицирало решење у нацрту правила о одговорности државе.

Да би наступила физичка немогућност извршења потребно је да се стекну извесни услови: а) да наступи дефинитиван нестанак или уништење предмета уговора; б) да је до нестанка или уништења предмета уговора дошло услед више силе (*force majeure*); в) да постоји узрочна веза између више силе и немогућности извршења уговора; и, г) да је предмет до чијег је нестанка или уништења дошло неопходан за извршење уговора.

Из одредбе члана 61. произилази, такође, да би један од услова требало да буде и тај да држава сама није допринела нестанку или уништењу предмета уговора тиме што је прекршила неку обавезу из уговора или неку другу међународну обавезу у односу на саговорницу. Овако формулисан услов превиђа, међутим, полазну премису члана 61. тј. да физичку немогућност конституишу случајеви више силе. Сам појам више силе подразумева да држава само не сме да допринесе, било намерно било непажњом, ситуацији материјалне немогућности која је спречава да изврши међународну обавезу. Услед тога, тај услов звучи тауталoшки.

²⁵⁾ Report of the work of its 31st session, 14 May — 3 August 1979, New York, 1979.

²⁶⁾ Ibidem.

ни) Под социолошком немогућношћу извршења у теорији се подразумева сукоб одредаба уговора са друштвеним законима развоја у најширем смислу речи. Можемо повући разлику између екстензивног и рестриktivног схватања социолошке немогућности. Као пример првог схватања навешћемо Bluntchli-a, по коме „Уговори, чије су одредбе постале инкомпатибилне са развојем устава или приватног права једне државе, могу бити отказани од те државе”²⁷⁾.

Са становишта позитивног права такво решење не може бити прихваћено. Међународни судови су у више наврата указали да одредбе унутрашњег права не могу имати превагу над нормама међународног права²⁸⁾. Општу одредбу у том смислу садржи и Конвенција у члану 27. по коме „страна уговорница се не може позивати на одредбе свог унутрашњег права да би оправдала неизвршење уговора”.

Рестриktivно схватање социолошке немогућности извршења полази од тога да су након закључења уговора промене околности које су странке имале у виду у тренутку закључења, и то у тој мери да би извршење уговора повредило виталне интересе једне уговорнице или, чак, довело у питање њено самоодржавање. Како се може запазити рестриktivно схватање социолошке немогућности своди се, у ствари, на клаузулу *rebus sic stantibus* схваћену у духу теорије непредвидљивости или права самоодржање. Против усвајања социолошке немогућности извршења говоре не само начелни разлози који се могу супротставити идентификацији клаузуле *rebus sic stantibus* и накнадне немогућности извршења, о којима се напред говорило, него и опасности политичких злоупотреба²⁹⁾.

и) Међу теоретичарима, поготово старијим, заступљено је мишљење да постоји морална немогућност извршења уговора као посебан облик. Ово мишљење је део једног ширег, неприродноправно интонираног схватања по коме предмет уговора не може бити неморалан³⁰⁾. Ипак, између наведених мишљења постоји разлика о којој се увек не води рачуна. У првом случају ради се о накнадној немогућности извршења с обзиром да је након закључења пуноважног уговора дошло до промене морала односно настанка нове моралне норме која не допушта извршење уговора. Код другог случаја, пак, уговор је, у тренутку закључења, супротан постојећем, позитивном моралу, те услед тога, по овом мишљењу, не производи намеравана дејства.

²⁷⁾ Bluntchli, J. C., *op. cit.*, art. 457.

²⁸⁾ Пресуда у случају Слободних зона Горње Савоје и Жекса, P. C. I. J. (1930), Ser. A, № 24, p. 12; Такође, случај Wimbledon, P. C. I. J., Ser. A, № 1, p. 29; Greeco-Bulgarian communities, P. C. I. J. (1930), Ser. B, № 17, p. 32; Fisheries Case, I. C. J. Reports, 1951, p. 131 и другим.

²⁹⁾ Као пример се може навести питање које поставља Perłowski, да ли стални раст становништва једне државе може послужити као основ за отказивање уговора о границама. — Perłowski, M., *op. cit.*, p. 55.

³⁰⁾ Coumoul, G., *Des conditions de validité des traités internationaux*, Thèse, 1911, p. 64; Verdross, A., *Forbidden treaties in international law*, AJIL, Oct. 1937, vol. 31, pp. 571—577; Oppenheim-Lauterpacht, *op. cit.*, p. 896; Brandner, K., *Facta contra bonos mores im Völkerrecht*, Jahrbuch der Konsularakademie zu Wien, 1937, p. 34.

Ипак, постоји и елемент који сједињује ова мишљења. То је потпуна конфузија права и морала, правне и моралне санкције. Тешко је, ако се разлика између права и морала има на уму, и замислити како је извршење неморалне обавезе, немогуће. Да би настала немогућност извршења услед сукоба правила морала и међународног уговора нужно је да правило морала буде изражено у форми правног правила, да поприми обележје правне норме. Чак и под претпоставком да у међународном праву постоји норма која забрањује предузимање неморалних радњи, установа моралне немогућности извршења била би од врло сумњиве користи, с обзиром да међународни поредак не познаје непристрасни, објективни ауторитет који би био овлашћен да даје оцене о томе шта је морално а шта неморално.

и) Субјекти сваког правног поретка подчињени су у двоструком смислу:

прво, законима природе који означавају физичке границе вољне активности субјекта права; и,

друго, извесним правним правилима која су неопходна са становишта очувања датог поретка. Како су та правила подложна променама очигледно је да уговори, посебно они без ограничења рока трајања или са дужиим роковима трајања, могу доћи у сукоб са тим промењеним правилима. У тим случајевима настаје правна немогућност извршења, јер поменута правила као нужна за функционисање датог поретка не трпе дерогацију. Који су, међутим конкретни примери правне немогућности?

По једном схватању, правна немогућност извршења постоји у случају несагласности (инкомпабилитета) одредби различитих уговора³¹⁾. Наше је мишљење да је овакво схватање погрешно. Несагласност уговорних одредби може, грубо узевши, бити двојака. С једне стране, могуће је да буду у сукобу одредбе уговорâ закључених између истих држава. У том случају доцнији уговор представља *acte contraire* и има за последицу престанак дејства ранијег уговора на бази сагласности воље. То је утврђено правило међународног права које је нашло свој израз и у члану 59. Конвенције³²⁾. С друге стране, могуће је да део уговорница вишестраног уговора закључи доцније уговор који није у сагласности са обавезама које су те државе преузеле ранијим уговором. Тада међутим, није реч о накнадној немогућности мада уговор може постати беспредметан. На пример, две државе закључе уговор о цесији дела територије који је већ отуђен на основу претходног уговора. У том случају део уговорница ранијег вишестраног уговора је, склапајући доцније уговор, прекршио

³¹⁾ Hoijer, С., *op. cit.*, р. 447.

³²⁾ Члан 59 гласи: „1. Сматра се да уговор престаје ако све странке уговора накнадно закључе уговор о истом предмету и:

а) ако из каснијег уговора произлази или је на други начин утврђено да према намери странака предмет треба да буде регулисан тим уговором; или б) ако одредбе каснијег уговора нису у складу са одредбама ранијег уговора до те мере да је немогуће истовремено примењивати оба уговора.”

уговорне одредбе, те се кршење уговора појављује као основ престанка дејства доцнијег уговора³³⁾.

У теорији је заступљено и схватање да нестанак једне од уговорница доводи до накнадне немогућности извршења. По нашем мишљењу случај нестанка уговорнице, било да се ради о држави или међународној организацији, није оригинални основ престанка уговора већ последица нормативног карактера правила која регулишу материју сукцесије. Тако се изјашњава и Конвенција утврђујући у члану 73. да њене одредбе не прејудуцирају никакво питање које би се могло поставити са уговором у вези сукцесије државе. Сличан став заузела је Комисија и у погледу правила која се односе на уговоре закључене између држава и међународних организација или између две или више међународних организација³⁴⁾.

Као случај правне немогућности извршења одредби сукцесивних уговора могао би се навести сукоб одредби извесних уговора, закључених од стране чланице Уједињених нација међусобно или чланица Уједињених нација са државама нечланицима, са релевантним начелима Повеље Уједињених нација. Наиме, уговоре које су државе чланице Уједињених нација закључиле било између себе било са нечланицима пре доношења Повеље, а који нису у складу са основним начелима Повеље правно није могуће извршити. Разлог лежи у чињеници да су начела Повеље, као израз општих интереса међународне заједнице, *ordre public* у оквирима међународног поретка и, као таква, хијерархијски изнад осталих правила међународног права³⁵⁾. Иако се као општа одредба члан 103. Повеље односи и на уговоре закључене после ступања на снагу Повеље, дејство Повеље се, у односу на њих, не испољава на исти начин кад су у питању несагласни уговори закључени пре ступања Повеље на снагу. С обзиром на когентни карактер релевантних одредаба Повеље, уговори супротни основним начелима Повеље су ништави *ab initio*.

Правној немогућности извршења наликују и случајеви када је уговор немогуће извршити услед радикалне промене правне ситуације. Оррепхејт наводи пример уговора о савезу између три државе од којих две међусобно зарате³⁶⁾. Између зараћених страна уговор о савезу престаје *ipso facto* моментом избијања непријатељства, док за трећу државу уговор постоје беспредметан с обзиром да по уговору има истовремене оба-

³³⁾ У ставу 2. члана 60 утврђује се „2. Ако једна страна битно прекрши вишестрани уговор, то овлашћује: а) остале странке да, уз једногласан договор, обуставе примену уговора у целини или делимично или да га окончају; 1) било у односима између њих и државе кршитеља; 1) било између свих странака; б) странку коју је посебно погодило кршење да се њега позове као на разлог за обустављање примене уговора у целини или делимично, у односима између ње и државе кршитеља; в) сваку странку, осим државе кршитеља, да се позове на кршење као на разлог за обустављање примене уговора у целини или делимично, према њој самој, ако је уговор такве природе да битно кршење његових одредаба од стране једне странке коренито мења положај сваке странке што се тиче будућег извршавања њених обавеза у складу са уговором.”

³⁴⁾ YILC 1979, vol. II, part II, p. 149, par. 2.

Крећа, М., Quelques observations sur le problème de la hiérarchie des règles de Droit international positif, JRMP 1/1980, pp. 76—78.

³⁵⁾ Oppenheim-Lauterpacht, op. cit., p. 945.

везе у односу на обе зарађене државе. Слична је судбина и уговора којим једна држава преузима извесне војне обавезе да би, након ступања уговора на снагу, била неутрализована³⁷⁾.

У члану 64. (Настанак нове перемпторне норме општег међународног права (*jus cogens*) Конвенција утврђује да: „Ако настане нова перемпторна норма општег међународног права, сваки уговор који је у сукобу са том нормом постаје ништав и престаје”. Мада га Конвенција тако не квалификује очигледно је да се ради о случају правне немогућности извршења. Уговор који је у тренутку закључен био ваљан, престаје да важи услед тога што је у сукобу са новонасталом нормом *jus cogensa* супротног садржаја. На пример, уговор са неограниченим роком трајања о заједничкој агресији против треће државе престаје да важи у тренутку кад бива конституисано когентно правило о забрани употребе силе у односима између држава.

Разлог што нова перемпторна норма општег међународног права конституише немогућност извршења уговора који јој није сагласан лежи у правној природи норми *jus cogensa*. Као норма апсолутно обавезног карактера, оне не трпе никакво одступање под претњом ништавости акта који им нису сагласни³⁸⁾. Новостворена перемпторна норма је саставни део *corpus-a* когентних норми или тачније речено, израз динамичког и еволутивног карактера ових норми. За разлику од постојеће когентне норме која несагласни уговор чини ништавим *ab initio*, новонастала когентна норма лишава дејства уговор супротног садржаја од момента свог настанка. Другим речима, не поништава га у строгом смислу речи већ забрањује њихову даљу егзистенцију и извршење. Повлачи, дакле, разлику између стварања уговора односно права садржаних у уговору и продужене егзистенције тих права.

Према томе, конститутивни елементи правне немогућности извршења су: а) постојање уговора који је у време свог закључења испуњавао услове легалности предвиђене општим међународним правом; б) настанак нове перемпторне норме општег међународног права након закључења конкретног уговора; в) несагласност уговора, у целини или делимично, са садржином новонастале пермторне норме.

Могли би закључити, у односу на појавне облике накнадне немогућности извршења утврђене чланом 61., да Конвенција усвоја рестриктивни концепт. Рестриктивност се огледа у три аспекта: прво, искључењу моралне и социолошке немогућности; друго, ограничењу физичке немогућности на нестанак предмета уговора; треће, у одсуству квалификације решења установљеног члана 64. као облика накнадне немогућности извршења.

Што се првог аспекта тиче, решењу установљеном Конвенцијом не може се, како смо уосталом показали, приговорити јер је засновано на

³⁷⁾ Fauchille, P., op. cit., pag. 849.

³⁸⁾ Крећа, М., Прилог разматрању основних обележја апсолутно обавезних норми у међународном јавном праву, Анали 3—4/1977, стр.

ваљаним разлозима. То се међутим, не може рећи за друга два аспекта. Концептуализовање физичке немогућности као последице нестанка предмета уговора, пази од основног недостатка који се огледа у томе да, као што је истакнуто, не мора постојати идентитет између *force majeure* и накнадне немогућности извршења. Посебно се приговори могу упутити трећем аспекту рестриktivности. Немогућност у правном поретку има како физичку тако и правну страну; физичка и правна немогућност извршења су, у основи, негативни израз постојања фактичких и правних ограничења слободе уговарања. Може се само претпостављати о непосредним разлозима који су творце Конвенције навели да дејство новостворене перемпторне нормe не дефинишу као случај правне немогућности извршења. Извесно је, у сваком случају, да то нису у потпуности били теоријски разлози. Добрим делом их треба тражити у политички мотиви саним бојазнима од дефинисања свих дејстава норми когентног карактера. Услед тога, дошло је до тога да су различито регулисане правне последице физичке и правне немогућности извршења о чему ћемо говорити у следећем делу. Физичка и правна немогућност извршења су раздвојене у Конвенцији и формално и материјално.

III. С обзиром да последице накнадне немогућности извршења нису у Конвенцији регулисане на јединствен начин, расправићемо одвојено последице физичке и последице правне немогућности.

Претходно ћемо указати на решење које се тиче обима у коме се испољава дејство разлога накнадне немогућности. Тзв. проблем дељивости уговорних одредби је Конвенцијом јединствено регулисан за све основе ништавости и престанка уговора.

Сходно одредби члана 44. (2., 3.) узрок престанка или ништавости уговора, повлачење једне странке или обустављање примене уговора признат Конвенцијом, може се истаћи само у односу на цео уговор изузев ако се тај узрок односи само на неке одређене клаузуле. У том случају узрок се може истаћи само за те клаузуле под условима: а) ако се те клаузуле могу одвојити од остатка уговора у погледу њиховог извршења; б) ако из уговора произилази или је на други начин утврђено да прихватање тих клаузула није представљало за другу странку или за остале странке уговора суштински основ њиховог престанка на обавезивање уговором у целини; в) ако није неправедно да се настави са извршавањем остатка уговора.

У светлу међународне праксе принцип дефинисаности уговорних одредби у материји престанка и ништавости уговора, као контраст принципу интегритета, може бити оквалификован као прогресивни развој, као *proposit de novo*. Доскора је тај принцип био готово искључиво везан за случајеве престанка на основу кршења уговора. *Ratio* његовог уношења у Конвенцију јесте намера да се избегну случајеви поништења или престанка уговора у целини ако разлози ништавости или престанка погађају само неке, секундарне уговорне одредбе, које саме по себи не ремете равнотежу између права и обавеза предвиђених уговором. Проблеми

ће се вероватно појавити у примени одредбе. Утврђивање да ли је, примера ради, прихватање одређених уговорних одредби престављало за другу страну или за остале странке суштински основ давања пристанка на обавезивање уговором је деликатно питање које, како то и Комисија констатује, подразумева утврђивање односа између предмета уговора и осталих уговорних одредби у светлу траваих *grégaratoires* и околности под којима је уговор закључен. Да ли је нејаки систем предвиђен за решавање евентуалних спорова око престанка уговора довољна гаранција да ће се ствари одвијати онако као налажу интереси извесности и стабилности?

и) Физичка немогућност извршења може бити привременог и трајног (дефинитивног) карактера. Правне последице немогућности нису у оба случаја једнаке.

У случају привремене немогућности извршења наступа суспензија уговора. Случајеви привремене немогућности могу бити сматрани „случајевима где *force majeure* може бити истакнута, као одбрана која ослобађа једну страну од одговорности за неизвршење уговора”³⁹⁾.

Ако се стране уговорнице другачије не договоре или ако самим уговором није другачије одређено, суспензија или обустава примене уговора има следеће ефекте: „а) ослобађа странке међу којима је примена уговора обустављена, обавеза извршења уговора у њиховим међусобним односима, за период обустављања; б) не дира у правне односе између странака установљене уговором” (чл. 72., ст. 1.).

Ради се резулдуалним правилима која трпе супротна утаначења странака, или, пак, прецизније утврђивање начина на који ће се настави извршење уговора кад се отклони привремена немогућност. Тако Бартош наводи пример суспензије уговора између ФНРЈ и Италије. Наиме, Италија се обавезала да у одређеном року изврши репарације ФНРЈ, али то није учинила под изговором тренутне немогућности. Накнадним споразумом је утврђено да Италија у идућој (1951.—52.) изврши два годишња оброка уместо једног⁴⁰⁾.

Током периода суспензије странке су дужне да се уздрже од сваке радње или пропуста који би довели до онемогућавања касније примене уговора. Ово правило резултира из добре вере као састојка *practa sunt servanda*.

У одсуству обавезног судства, утврђивање да ли у конкретном случају постоји привремена или трајна немогућност извршења је деликатно питање. Могућност злоупотребе и неоправданог истицања трајне немогућности извршења је присутна у већој мери него што то на први поглед изгледа. Због тога, члан 61. не треба тумачити тако да се полази од претпоставке да је нестанак или пропуст предмета дефинитивног карактера. Управо обрнуто. Ако не постоје необориви докази да је нестанак или пропуст предмета уговора дефинитиван, ваља право уговорнице на основу члана 61. рестриктивно тумачити као право на суспензију уговора. Такво

³⁹⁾ YILC 1966, II, p. 256.

⁴⁰⁾ Бартош, М., *op. cit.*, стр. 391.

тумачење налажу како интереси стабилности уговорних односа тако и начело добре воље.

У случају трајне немогућности извршења релевантан је члан 70 (Последице престанка уговора) који гласи:

„1. Осим ако уговором није другачије одређено, или ако се странке другачије не договоре, чињеница да је уговор престао на основу својих одредби или према овој Конвенцији:

- a) ослобађа странке обавезе да наставе са извршавањем уговора;
- b) не штети никаквим правима, никаквим обавезама нити никаквим правним ситуацијама странака, које су настали извршавањем уговора пре његовог престанка”.

Одредбе члана 70. се примењују под резервом два момента: 1. одсуства супротне одредбе у самом уговору или споразума странака у ширем смислу; и 2. других правила међународног права којима су државе уговорнице подложне независно од уговора (чл. 43).

Уговорнице, понекад прибегавају формулисању одредби које на специфичан начин регулишу последице престанка уговора. Тако, Конвенција о одговорности оператора нуклеарних бродова од 1962. предвиђа у члану XIX да, чак након престанка Конвенције, одговорност за нуклеарни инцидент траје за изванредан период у односу на бродове којима је управљање дозвољено у току важења Конвенције. Европска конвенција о људским правима и основним слободама предвиђа у члану 65. да отказ уговора не ослобађа државу уговорницу обавеза у односу на акте предузете током важења Конвенције.

Исто тако, престанак уговора је без уштрба по обавезу државе да извршава било коју обавезу отелотворену у уговору којој је подвргнута на основу правила општег међународног права. Таква одредба се може наћи у неким Конвенцијама као, на пример, у Женевским конвенцијама од 1949. године. Обавезе такве природе садржане су, по правилу, у перемпторним нормама општег међународног права.

Стипулисање посебних одредби у уговору које би за предмет имале утврђивање последица престанка уговора услед евентуалне накнадне немогућности извршења, поседује извесне предности са становишта правне сигурности. Близу је логици ствари да члан 70., као општа одредба релевантна за све основе престанка уговора није могао да обухвати посебна питања, посебно ситуације која су мање-више специфичне или израженије код појединих основа престанка уговора. Код основа о коме расправљамо поставља се, као једно од значајних питања, како регулисати ситуацију ако једна уговорница изврши своју престајацију, у целини или делимично, а друга то не учини јер је у међувремену наступила немогућност извршења?

Например, могућ је случај да државе А и Б закључе уговор којим се држава А обавезује да цедира део своје територије држави Б, а зауз-

врат држава Б се обавезе да држави А призна право коришћења и пловидбе неком својом националном реком, па наком извршене цесије, река на којој је саговорници дато право коришћења и пловидбе — пресуши.

То питање је у Комисији квалификовано као „правично поравнање“ (equitable adjustment). Комисија је констатовала да би „правично поравнање које се намеће у сваком случају нужно зависило од посебних околности“, те да би имајући у виду сложеност односа између суверених држава, било тешко унапред формулисати правило које би се могло задовољавајуће применити у сваком случају⁴¹).

Питање је остало отворено. Јасно је да се од Конвенције није ни могло очекивати да у том погледу донесе прецизна правна правила. Такво очекивање не би било ваљано засновано не само с обзиром на сложеност питања и висок степен специфичности којим се одликује сваки појединачни случај уговорних односа између суверених држава, него не би било у складу ни са наменом Конвенције као легислативног акта, „уговора о уговорима“. Но, управо ти разлози наметали су потребу формулисања општег принципа од кога би се пошло у решавању конкретних питања.

Несумњиво је да из начела добре и суверене једнакости и равноправности уговорних страна произилази обавеза правичног поравнања. Најједноставнији начин да се то учини је повраћај у пребашње стање. С обзиром да је, како то пракса показује веома тешко у међудржавним односима остварити повраћај у пребашње стање, компензација би се могла извршити и на друге начине (нпр. исплатом одређене суме новца или ако је до немогућности извршења дошло без кривице саговорнице.

Уколико је, пак, нестанак или пропуст предмета уговора последица радње или пропуста друге стране, држава би требала да има право опције: или да захтева повраћај у пребашње стање или да покрене питање одговорности стране која је намерно или непажњом изазвала немогућност извршења. Разуме се да се несавесна страна не може позивати на немогућност извршења.

Од интереса је и питање да ли накнадна немогућност доводи аутоматски до престанка уговора или представља само правни основ за покретање поступка којим би се уговор окончао?

Формулација члана 61. упућује на друго тумачење. Одређује се, наиме, да се „странка може позвати на немогућност извршења...“, у случају коначног нестанка или уништења предмета уговора, те да се привремена немогућност „може (се) навести“ само као разлог за суспензију уговора. Другим речима, да би привремени или коначни нестанак или уништење предмета уговора довео до суспензије односно престанка дејства уговора, неопходно је да се покрене и позитивно оконча поступак утврђен чланом 65. и, евентуално, чланом 66. (б) Конвенције.

⁴¹) УПРС 1966, II, р. 256.

Овакво решење једва да може да издржи озбиљнију критику. До престанка дејства уговора долази самом чињеницом да је предмет неопходан за извршење уговора дефинитивно нестало или је уништен. *Impossibilia nulla obligatio est*. У томе, поред осталог, и лежи разлика између накнадне, објективне немогућности и суштинске промене околности која конституише субјективну немогућност извршавања, па се стога, као услов за престанак уговора по том основу захтева сагласност уговорница.

Уствари, Комисија је у коментару члана 58. коначног нацрта (члан 61. Конвенције) признала да се за накнадну немогућност, када је установљена, „може рећи да има аутоматска дејства на ваљаност уговора. Али сматрала се обавезном да правило не формулише у облику одредбе која аутоматски окончава уговор, већ у облику одредбе која овлашћује странке да се позову на немогућност извршавања као на основ престанка уговора. Ствар је у томе да могу настати спорови да ли се потпуни нестанак или уништење предмета уговора стварно десило, и у одсуству обавезне надлежности не би било препоручљиво прихватити, без икаквог услова правило које доводи до аутоматске аброгације уговора применом уговора. Иначе постојао би ризик самовољних истицања претпостављене немогућности као претекста за ослобађање од уговора“⁴²).

Практичан разлог који се тиче једне од најозбиљнијих институционалних мањкавости међународног поретка стоји, али је далеко од тога да отклања озбиљне приговоре. Као што смо истакли у случају дефинитивног нестанка или пропасти предмета уговор је објективно немогуће извршити. Евентуална судска пресуда или одлука неког другог непристрасног ауторитета, је декларативне природе, констатација већ настале ситуације.

Нејасно је какав се позитиван учинак очекује од одредбе по којој нестанак или уништење предмета конституише само правни основ за истицање накнаде немогућности извршења? Да ли елиминисање „самовољних истицања претпостављене немогућности“ као претекста за ослобађање од непожељних уговора?

Утисак је да ће таква одредба, ако и допринесе смањењу броја „самовољних истицања претпостављене немогућности“, довести до повећања, такође самовољних оспоравања да је наступила накнадна немогућност извршења, поготово ако су престације у корист те стране делимично или потпуно извршене. То је утолико извесније што механизам за решавање спорова предвиђен Конвенцијом није довољно ефикасан, те страна која неоправдано пориче настанак немогућности извршења има широке могућности да одуговлачи, па и онемогући доношење мера за окончање уговора.

Имајући у виду мањкавост одредби члана 61. у том смислу, с једне стране, и потребу да се спорови око престанка уговора ефикасно решавају, с друге стране сматрамо да је најпогодније да стране у само уговору

⁴²) *Ibidem*.

прецизирају средства решења која би била ефикаснија од ових предвиђених чланом 65. (3) и чланом 66. (б).

ii) Код правне немогућности извршења се не поставља питање суспензије уговора. Норме когентне природе се, као пројекција утврђених, универзалних интреса међународне заједнице као целине, стварају са циљем да регулишу односе између субјеката међународног права на неодређени период. У исто време, правна природа тих норми не трпи латентну егзистенцију и обавеза који јој нису сагласни. Према томе, за разлику од физичке немогућности дејство правне немогућности се испољава искључиво у престанку дејства уговора који нису у складу са заповестима садржаним у новоствореној перемпторној норми општег међународног права.

Ваља нагласити да настанак нове перемпторне норме општег међународног права представља специфичан основ престанка, основ кога у поређењу са осталим наведеним у одељку 3. дела V конвенције, одликују извесна посебна обележја.

То је видљиво већ из формулације члана 64. по којој сваки уговор супротан новонасталој перемпторној норми општег међународног права „достаје ништав и престаје“ (*becomes void and terminates*). Смисао формулације је да истакне да, иако новостворена перемпторна норма лишавала супротни уговор ваљаности, не чини уговор ништавим *ab initio*, већ само од тренутка када је таква нова норма успостављена.

Томе, на први поглед конфузног решењу, битно су допринела два момента: а) апсолутно обавезни карактер когентних норми који не дозвољава постојање супротних правних режима; и, б) потреба очувања правне сигурности кроз поштовање начела неретроактивног дејства правних правила, па, према томе, и правила когентног карактера.

Ваљало је,, дакле, помирити свеобухватно дејство когентних норми са начелом неретроактивности и тако, у начелу, одржати на снази права, обавезе или ситуације које су из уговора настале пре него што се конституисало ново перемпторно правило уз истовремено поштовање ауторитета тога правила. То је постигнуто кроз наведену формулацију по којој уговор супротан новонасталој перемпторној норми „достаје ништав и престаје.”

Настанак нове перемпторне норме представља основ престанка дејства уговора на бази примене објективног права. Особеност престанка уговора по том основу огледа се у елементу аутоматизма тј. до престанка уговора долази *ipso facto*, самом применом правних правила (*by operation of law*), независно од воље уговорница. То долази отуда што се престанком дејства уговора несагласног новој перемпторној норми не иде за тим да се уреде односи између странака уговора, већ да се заштите универзални, општи интереси. Евентуални предмет спора између уговорница може бити само питање да ли је створена нова перемпторна норма, те да ли постоји актуелна несагласност те норме и уговора.

Последице престанка уговора који је у сукобу са новоствореном перемпторном нормом регулисане су чланом 71. ст. 2.

„Ако уговор постаје ништав и престаје у складу са чланом 64., престанак уговора:

- а) ослобађа странке обавезе да наставе са извршавањем уговора;
- б) не штети никаквим правима, никаквим обавезама, нити никаквим правним ситуацијама странака, које су настале извршавањем уговора пре његовог престанка; међутим, та права, обавезе или ситуације могу се одржати једино ако њихово одржавање само по себи није у сукобу са новом перемпторном нормом”.

Како се може запазити члан 71. ст. 2. је идентичан члану 70. (Последице престанка уговора) с тим што је алинеји (б) додата реченица чији смисао треба тумачити у светлу формулације члана 64. Право, обавеза или правна ситуација не могу се квалификовати као ретроактивно ништави јер то противречи логици ствари — стране уговорнице се нису могле понашати у складу са правилом које у време закључења уговора није ни постојало. Но, даља егзистенција таквог права, обавезе или ситуације могућа је само у оној мери и само у случају ако сама по себи није несагласна перемпторном правилу.

Иза језичке подударности чл. 70. и 71. (2) крије се једна значајна разлика у правној позицији. Та разлика се види из односа чланова 71 (2) и 42 (2) Конвенције.

Члан 42 (2) гласи:

„До престанка уговора, отказивања уговора или повлачења једне странке може доћи само применом одредаба уговора или ове Конвенције...”

Како се члан 42 (2) односи на све основе престанка уговора, отказивања уговора или повлачења једне странке, није неоправдано поставити питање да ли до престанка уговора услед његовог сукоба са новом перемпторном нормом може доћи и применом одредаба уговора? Могућност оваквог тумачења била је истакнута током дискусија на Бечкој конференцији приликом усвајања текста Конвенције. Штавише, том приликом су поднета и два амандмана⁴³⁾, која су имала за циљ да прецизирају могућа тумачења.

Очигледна неусаглашеност правила садржаних у чл. 42 (2) и 71 (2) не би, по нашем мишљењу, смела да доведе у сумњу перемпторни карактер члана 64 и чл. 65, 66 и 71 када су у функцији имплементације санкције утврђене чланом 64. Допуштање могућности да саме странке уго-

⁴³⁾ A/CONF.39/C.1/L.255 and A/CONF.39/C.1/L.254. Други амандман је предлагао комбиновање чл. 50 и 61 нацрта гл. 53 и 64 Конвенције у јединствен члан, стим што би релевантна на одредба гласила: „Ако настане нова перемпторна норма општег међународног права сваки постојећи уговор који је у сукобу са том нормом постаје ништав.” Амандман је повучен.

вором регулишу последице престанка уговора услед сукоба са перемпторном нормом, могла би индиректно да доведе до ерозије идеје која лежи у основи чл. 53 и 64 и, у крајњој линији, до негације концепта перемпторних норми. Јер, препуштање самим странкама да утврде санкције за случај сукоба уговора са новом перемпторном нормом равно је одрицању апсолутно обавезног карактера тој норми. Могла би се једино допустити примена уговорних одредаба на уштрб оних предвиђених Конвенцијом, ако су странке уговором предвиделе строжији и ефективнији режим од оног у Конвенцији. Рецимо, ако би уместо поступка решавања спорова дипломатским средствима предвиђеног чланом 65 (3) Конвенције, уговором предвиделе обавезну надлежност Међународног суда правде.

Од интереса је, такође, и питање да ли се може говорити о кривици уговорнице у случају ако је дала свој пристанак или, чак, иницирала конституисање нове перемпторне норме општег међународног права тј. да ли је у том случају погађа санкција из члана 61 (2) на основу кога се странка која је скривила накнадну немогућност извршења не може позивати на немогућност извршавања као на разлог престанка уговора?

Сматрамо да је одговор негативан. Смисао резерве на основу које уговор престаје да важи услед немогућности извршења једино у случају ако је та немогућност нескривљена, јесте у томе да се елиминишу ситуације када држава злонамерно понаша на начин који за последицу има немогућност извршења да би се на тај начин ослободила од уговорних обавеза које јој не одговарају.

Код правне немогућности извршења до које долази настанком нове перемпторне норме ситуација се појављује у другачијем светлу. Та норма се, по дефиницији, конституише у интересу међународне заједнице као целине. Услед тога, државе, стварајући перемпторну норму имају на уму првенствено опште, универзалне интересе, те тако не делају у индивидуалном капацитету, већ наступају *in concreto* као саставни делови међународне заједнице.

Стога, учешће у стварању нове перемпторне норме не може бити оквалификовано као злонамерни покушај ослобађања од уговорних обавеза и не подпада под резерву члана 61 (2). Тиме се, међутим, не дира у право уговорнице која је делимично или потпуно извршила своју уговорну обавезу да захтева правично поравнање.

SUMMARY

THE SUBSEQUENT IMPOSSIBILITY OF EXECUTION OF CONTRACTS IN INTERNATIONAL PUBLIC LAW

This article deals with three questions in particular:

- a) the independent character of subsequent impossibility of execution as the basis of termination of international contracts;
- b) the forms of subsequent impossibility of execution;
- c) the consequences of this subsequent impossibility.

These questions are analysed in respect of the theoretical views and solutions determined by Article 61. of the Convention of The Law of Treaties. There follows a critical appraisal of the views which identify the subsequent impossibility of execution with the clause „*rebus sic stantibus*’ and the error in respect of the subject of the contract. In that context, it is especially pointed to the differences between the subsequent impossibility of execution and the clause „*rebus sic stantibus*” not only from the legal and technical but also from the legal and political point of view.

As to the forms of subsequent impossibility theories relating to the physical, sociological, moral and legal impossibility of execution were analysed. The conclusion was that there was justification only for the acceptance of physical and legal impossibility of execution in positive international law. Furthermore, the article offers a critical analysis of the solutions provided in the Convention on the Law of Treaties. On the one hand, it is emphasised that the weakness of the concept of physical impossibility of execution resulting in the circumstance linking the concept to the „*force majeure*”, has not been accurately or precisely defined in international law, so that there does not have to be an absolute identity between the „*force majeure*” and the subsequent impossibility of execution. On the other hand, there is a critical analysis of the solution offered by the Convention, which does not consider the inconsistency between the contract and the newly created norm of a peremptory character, of the general international law, as a form of subsequent impossibility of execution. The effect of this newly created peremptory norm (*jus cogens superveniens*) is a case of legal impossibility of execution, for the treaty which is adverse to that norm becomes null and void according to objective law, irrespective of the will of the contracting parties.

This article also gives an extensive analysis of the articles of the Convention regulating the consequences of subsequent impossibility of execution. In that context, it is underlined that Articles 64, 66 and 71. do not have a residual character, as determined in the general provision of Article 42 (2) when they are in the function of the implementation of sanctions provided by Article 64 of the said Convention. In other words, in the cases of legal impossibility of execution, the cited Articles of the Convention have a peremptory, cogent character.