

## О ФОРМАЛНОЈ ПРОТИВУСТАВНОСТИ МЕЂУНАРОДНИХ УГОВОРА

У теорији међународног права израз формална или спољашња противуставност међународних уговора(1) користи се да би се означили они међународни уговори, који су закључени супротно прописима унутрашњег права о надлежности органа и поступку закључења уговора. Према томе, у свом изворном значењу формална противуставност је установа унутрашњег права. Да ли ће та установа попримити и међународни карактер зависи од одговора на питање да ли прописи унутрашњег права о надлежности за закључење уговора имају утицаја на ваљаност међународних уговора? У том циљу извршићемо анализу теоријских схватања, међународне праксе (дипломатске и судске) и позитивноправног решења утврђеног Бечком конвенцијом о уговорном праву од 1969. године.(2)

### I ТЕОРИЈА

Одговори које на ово питање нуди теорија међународног права сведоче о дубокој, готово непремостивој, разлици. Лакше је утврдити димензије тих разлика, него им установити узроке. Но, чак и сумарна анализа проблема указује на два основна узрока: прво, унутрашњу сложеност самог питања која извире из нејасности и неодређености унутрашњих прописа, поготово уставних; и друго, дилема (монистичко-дуалистичка) о односу унутрашњег и међународног права. Значај другог момента је такав да можемо без претеривања рећи да је релевантност унутрашњих правних ограничења у овом домену само рефлекс, сужена оптика наведене дилеме.

Према преовладајућем мишљењу, једна од основних теорија о томе да ли уставна ограничења утичу на ваљаност уговора тзв. интернационалистичке [формална, теорија о ирелевантности уставних ограничења, теорија шефа држава (Head of State theory)] последица је усвајања монистичке теорије, док друга, тзв. уставна (теорија о релевантности уставних ограничења, уставне екцепције) произилази из дуалистичке теорије.

(1) Тако Scelle говори о „incompétence constitutionnelle formelle” у „incompétence constitutionnelle matérielle”. G. Scelle, *Precis de droit des gens*, 1934. p. 419. док, речимо Dehousse, употребљава израз „constitutionnalité intrinsèque” у „constitutionnalité extrinsèque”. F. Dehousse, *La ratification des traités*, 1935, p. 143-144.

(2) У даљем тексту-Конвенција.

Чини ми се претераним повлачити узрочно-последичне везе између ових теорија. Веза која међу њима постоји пре је корелацијске природе, тј. своди се на утицај који монистичка и дуалистичка теорија врше у дефинисању полазних премиса интернационалистичке и уставне теорије уз бројна одступања у разради тих полазних премиса. Та одступања могу попримити и радикалне размере тако да писци који иначе, полазе од различитих схватања о односу унутрашњег и међународног права дођу до истих закључака о релевантности уставних ограничења у материји ваљаности међународних уговора(3).

### 1. Интернационалистичка теорија

Вуче корен из периода када је владар поистовећиван са државом, те у свари сматран субјектом међународног права. Како је поседовао *ius representationis omnimodaе*, његови акти су приписивани држави. Отуда и назив теорија шефа државе (Head of State). У модернизованој верзији, фамилијарној англосаксонској доктрини, термин „шеф државе“ се екстензивно тумачи, па се у домену изражавања пристанка на обавезивање уговором, поред формалног шефа државе ту укључују и шеф владе и остали извршни органи(4).

Ова теорија полази од става да међународно право суверено и независно од унутрашњег права утврђује круг лица која представљају државу на међународном плану и начине на које може бити изражен пристанак државе да буде обавезана међународним уговором. Из тога произилази да, ако орган који међународно право сматра овлашћеним да дела на међународном плану, изрази пристанак на обавезивање на начин који предвиђа међународно право, чињеница да је притом, тај орган повреди прописе унутрашњег права о надлежности за закључење уговора не може *per se* бити истакнута као основ неважности уговора. Последице непоштовања унутрашњег права остају ограничене на унутрашњи поредак и огледају се или у интерној неважности уговора, или у одговорности тог органа, или кумулативно.

Интернационалистичку теорију прихвата знатан број писаца(5). У нашај теорији прихватају је Аврамов(6), Andrassy(7), Иблер(8). У току рада на кодификацији правила уговорног права брањена је од стране специјалног известиоца G. Fitzmaurice-a. У чл. 10. овог трећег извештаја, Fitzmaurice истиче да „consent means consent on the international plane, and the reality of such consent is not impaired by the fact that, on the dome-

(3) Упореди нпр. закључке Anzilotti-a, представника дуалистичке школе, са закључцима Scelle-a, заступника монистичког схватања. Anzilotti, *Cours de droit international*, Gide, trans., 1929., по. 366-367; G. Scelle, *op. cit.* II. р. 455. Или у нашај теорији. С. Аврамов, *Међународно јавно право*, 1980, стр. 425-426; В. Иблер, *Противуствана ратификација*, „ЈРМП“, 2/1955, стр. 271-286.

(4) Н. Влих, *Treaty-making power*, 1960, р. 392—397.

(5) Н. Влих, *op. cit.*, 392 и даље; Ј. Н. W. Verzijl, *The jurisprudence of the World court*, 1963., 360-369; К. Holloway, *Modern trends in Treaty Law*, 1967., р. 100-150; Anzilotti, *op. cit.* р. 364 и др.

(6) Проф. Аврамов о том питању не расправља директно, али из анализе уговора о капитулацији са становишта унутрашњег и међународног права, несумњиво проистиче сардешност за интернационалистичку теорију — *op. cit.*, стр. 425-426.

(7) Ј. Andrassy, *Međunarodno право*, 1976., стр. 324.

(8) В. Иблер, *op. cit.*, стр. 271-286.

stic plane, certain consents are lacking; or that has otherwise been a failure by the State concerned, or its authorities, to observe the correct constitutional process..."(9).

Аргументи који се истичу у прилог интернационалистичке теорије, могу се поделити на аргументе теоријске природе и аргументе практичне природе.

Од првих, својом специфичном тежином истичу се следећи:

— прво, да постоје одвојене, генетски независне надлежности државних органа на унутрашњем и међународном плану. Међународно право бави се спољним, екстерним манифестацијама воље државе, док унутрашње право регулише начин формирања те воље. Питање организовања државних органа је строго унутрашње питање, па у складу са начелом немешања у унутрашње послове других држава, важи неоторива претпоставка (*praesumptio iuris et de iure*) да државни орган, који међународно право овлашћује да у међународним односима заступа своју државу, поступа у складу са унутрашњим правом;

— друго, уговорни капацитет држава је категорија међународног права. Модалитети вршења тог права спадају, такође, у међународну регулативу, јер би, у супротном, услед шароликости решења утврђених унутрашњим правом, закључење и ефикасност уговора били доведени у опасну сумњу.

Од аргумената практичне природе најчешће се наводе:

— прво, неприкладност истраживања унутрашњих прописа државе саговорача. Прописи унутрашњег права, а посебно уставни прописи, често су штурџи, нејасни, и тако подложни различитим тумачењима. Поред тога, поставља се и питање, може ли представник једне државе преговарача мериторно да оцењује унутрашње прописе друге државе преговарача и да оспори овлашћења њеног представника. Несумњива снага овог аргумента, нараста до неопозивости у случајевима склапања мултилатералних уговора, посебно свеопштих мултилатералних.

— друго, опасност од подривања правила *pacta sunt servanda*. Погрџбе стабилности и извесности уговорних односа налажу да се државс, приликом склапања уговора, ослоне на јаснију и сигурнију чинџеницу од прописа унутрашњег права, тј. на видљиву, очигледну способност (*arranged ability*) одређених категорија лица да својим изјавама обавезу државу. У супротном би се створио широк простор за испољавање *malof animo*, злонамерна истицања повреде унутрашњих прописа као претекста за ослобађање од неодговарајућих уговорних обавеза.

## 2. Уставна теорија

По уставној теорији, унутрашње право одређује лица која у име државе могу склапати међународне уговоре и начине на које се воља државе да буде обавезана уговором, изражава. У тим питањима, по приликама уставне теорије, међународно право, у оквиру основног посту-

(9) Doc. A.C.N. 4115 p 25.

лага по којем су унутрашње и међународно право делови интегралног правног система, упућује на унутрашње право, тако да одговарајући прописи унутрашњег права улазе у биће међународноправних правила. Практична последица ове теорије јесте у томе што се држава, ступајући у преговоре у циљу склапања уговора, не може ослонити на способност државних органа да закључе уговор, макар то били и шеф државе или владе, а да не дође у опасност да склопљени уговор буде нападнут због претпостављене повреде унутрашњих прописа, те у сваком конкретном случају мора испитати релевантне прописе унутрашњег права других учесника у преговорима. Поштовање прописа унутрашњег права је битан услов за формирање воље државе, па је, према томе, уговор закључен повредом тих прописа ништав или рушљив.

Поред других писаца(10), брањена је и од специјалног известиоца Н. Lauterpachта у члану 11. његовог Извештаја предвиђа: „1. A treaty is voidable, at the option of the party concerned, if it has been entered in disregard of the limitations of its constitutional law and practise”(11). Неки налазе да и Повеља УН прихвата уставну теорију будући да у чл. 43 (3) и 110 (1) говори о ратификацији „сагласно његовим уставним поступцима”. У нашој теорији близак јој је проф. Бартош(12).

Од теоријских аргумената у прилог ове теорије често се наводи правило *qui cum alio contrahit non est vel non debet esse ignarus eius*. Ово правило, преузето из грађанског права где, иначе, нема универзалну примену, подразумева по овој теорији, двоструку обавезу државе која учествује у преговорима:

а) да установи који је орган друге стране надлежан по унутрашњем праву да закључи уговор; и,

б) да ли су испуњени услови под којима надлежни орган може да закључи уговор.

Истиче се такође, позитиван учинак уставних ограничења по одржање демократије и представничке владе (representative government), посебно онда када су у питању мале и неразвијене земље без великог искуства у вођењу међународних послова.

Основни аргумент практичне природе је јединствена оцена ваљаности уговора са становишта унутрашњег и међународног права, чиме се искључују, у односу на доследно и савесно извршење уговора, незгодне ситуације у којима се конкретни међународни уговор сматра ваљаним по међународном праву, а неважећим по унутрашњем праву или *vice versa*.

### 3. Компромисна или еклектичка теорија

Под компромисом или еклектичком теоријом подразумевам општи или збирни назив за схватања која покушавају да премосте растојање

(10) M. Jones, *Full power and ratification*, 1946., p. 151-155; P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, 1968., I. p. 139-145; Strupp, *Elements du Droit International Public*, 1927., p. 182, и др.

(11) YILC 1953, II, p. 141.

(12) Расправљајући о противуставној ратификацији, проф. Бартош оцењује, да је Lauterpacht-ов предлог теоријски исправан али „је опасан по правни слободан однос држава”, — М. Бартош, *Међународно јавно право*”, III, 1958, стр. 234.

које дели интернационалистичку и уставну теорију. У зависности од чињенице да ли у конкретној варијанти претежу елементи једне или друге теорије, схватања ове оријентације можемо поделити у две групе:

а) модификације или ублажене варијанте уставне теорије; и

б) модификације или ублажене варијанте интернационалистичке теорије.

а) Постоји више модификација уставне теорије. Присталице ових схватања покушавају да основни став уставне теорије, по којем повреда уставних прописа о надлежности за закључење уговора повлачи неважност, ублаже разноврсним обезбеђењима. По једном схватању, само јасне и очигледне уставне одредбе могу бити од утицаја на важност уговора. Тако, Basdevant налази да из принципа узајамног поштовања произилази да ниједна држава не може сматрати свог партнера везаним уговором, ако зна да је тај уговор очигледно противустанован (*en violation manifeste de la Constitution*)(13). У сличним координатама је и мишљење Mc Nair-а. Он сматра да је ништав уговор закључен од надлежног органа или повредом било код уставног ограничења ако се ради о очигледној (*notorious*) повреди или повреди коју је лако утврдити испитивањем(14). По другом схватању, релевантност уставних ограничења се коригује правилном о преклузији (*estoppel*). У смислу ове модификације држава се не би могла позвати на повреду својих унутрашњих прописа ако је пропустила да се на њу позове у дужем року или се понашала у складу са одредбама уговора или се, пак, користила одредбама уговора склопљеног противно унутрашњим прописима о надлежности(15). Трећи полазе од тумачења конкретних уставних текстова. Ако из тумачења произилази да одобрење парламента устав чини нужним елементом у формирању воље државе, и да овлашћења извршних органа могу бити вршена само уз сарадњу са законодавним телом, тада уговор не може бити сматран ваљаним без пристанка законодавног тела(16). Четврти аутори читав проблем везују за одговорност државе. У случајевима неважности уговора склопљеног повредом унутрашњих прописа, једна држава може бити одговорна за штету коју претрпи друга држава, зато што се разумно ослонила на представљање да је орган, који је закључио уговор, био овлашћен да то учини(17).

б) Модификације интернационалистичке теорије су малобројније, и састоје се углавном, у ограничавању апсолутног дејства изјавама органа који, по међународном праву, поседују јасно и несумњиво овлашћење да обавезују своју државу на међународном плану. Једна варијанта прави дистинкцију између надлежности да се воља државе изјави у њеним спољашњим односима (*Willens-Erklärungsbefugnis*) и самог формирања те воље (*Willens-Bildung*). Изјава воље је, у оквиру те дистинкције, међународно релевантна, јер међународно право не познаје правила о томе и зато чи-

(13) J. Basdevant, *La conclusion et la rédaction des traités et des instruments diplomatiques autres que les traités*, RdC 1926, vol. 15, p. 581.

(14) Mc Nair, *Law of Treaties*, 1960., p. 76-77.

(15) H. Lauterpacht, *First Report on the Law of Treaties*, YILC 1953. II, p. 141.

(16) H. Kelsen, *La transformation du droit international en droit interne*, RGDIP 1936, vol. 43, p. 23-24.

(17) H. Lauterpacht, *op. cit.*, p. 141.

ни репови на унутрашње право(18). Друга варијанта је она која је нашла место у члану 46. Конвенције. О њој ћемо детаљније расправљати у делу посвећеном анализи позитивно-правног решења проблема.

## II МЕЂУНАРОДНА ПРАКСА

### 1. Дипломатска пракса

Уопште узев, државе се нису либиле да наводну повреду унутрашњих прописа о надлежности за закључење уговора истакну као основ неважности закључених уговора.

У *Western Griqualand Diamond Deposits Case* (1871) председник Јужноафричке републике је одбио да призна ваљаност једне арбитражне пресуде донете на штету Јужноафричке уније. При том је изнео аргумент да је његов претходник на положају председника, закључио арбитражни компромис прекорачењем својих уставних овлашћења, с обзиром да, по уставу, није могао закључити компромис без сагласности законодавног тела. Британски гувернер *Cape Colony* је том приликом истакао, да не сматра за потребно да улази у оцену спора између законодавца и извршног органа унутар Републике, те да се његова дужност у конкретном спору своди на то да се стара о извршењу арбитражне пресуде. Но, из политичких разлога, британска влада није инсистирала на поштовању одлуке.(19)

Између Аустрије и Румуније избио је 1921. године спор око важења привремене трговачке конвенције од 1920. године, која је предвиђала могућност отказа у року од три месеца од момента подношења саопштења једне од уговорница. Након што је протекла година дана од ступања на снагу привременог споразума, Румунија је предложила склапање новог уговора. Аустријска влада је одговорила да је конвенција од 1920. године још на снази, те да, према томе, не види зашто би се склапала нова о истом предмету. Тада Румунија потеже аргумент наводне противустановности конвенције, која није одобрена од стране законодавног тела како је то устав предвиђао. Аустрија је остала при свом првобитном ставу, али је пристала на склапање нове конвенције, што је и учињено 1924. године.(20)

Карактеристичан је такође и Минхенски споразум од 1938. године. Предисторија тог споразума је добро позната и, из разлога економије, ншћу је излагати. Битно је, са становишта предмета о којем расправљамо, да је Минхенски споразум између Немачке, Италије, Француске и Велике Британије предвидео цесију дела чехословачке територије у корист Немачке. Чехословачки представници нису узели активно учешће у преговорима, али је чехословачка влада, под принудом, прихватила споразум, иако је, како је том приликом истакла, тај споразум закључен „без нас и против нас“. Тиме је, формалноправно посматрано, поступила

(18) W. K. Geck, *The conclusion of Treaties in violation of the internal law of a party*, ZAORV 1957., vol. 27, no. 3, p. 142 и даље.

(19) Mc Nair, *op. cit.*, p. 70-71.

(20) Mc Nair, *Constitutional limitations upon the treaty-making power*, in *Arnold's Treaty-making procedure*, 1933., p. 12.

*ultra vires*, јер је устав ЧССР предвиђао у параграфима 33. и 64. да је цесија територије ваљана само у случају када поприми облик уставног закона. Минхенски споразум је поништен Уговором о узајамним односима, између ЧССР и Савезне Републике Немачке од 11. 12. 1973. године.(21)

## 2. Међународна судска пракса

Међународна јуриспруденција је подељена у односу на дефинисање правних последица повреде уставних прописа о надлежности приликом закључења уговора.

У арбитражној пресуди председника Cleveland-а (1888) практично је прихваћена уставна теорија. Спор решен поменутом пресудом избио је између Костарике и Никарагве у вези са ваљаношћу уговора о границама од 1858. године. Тај уговор је председник Никарагве ратификовао априла исте године, а да, пре тога, није добио одобрење од стране законодавног тела. Уговор је одобрен тек августа месеца, и након тога, текст уговора је укључен у нови устав Никарагве. Године 1870. влада Никарагве је одлучила да оспори ваљаност уговора, истичући да уговор није био ратификован у складу са уставом. Арбитар није прихватио захтев Никарагве, налазећи да није заснован на правим доказима. Међутим у извештају G. L. Rives-а, који је послужило као основ пресуде, истиче се да „... in determining the validity of a treaty made in the name of a State, the fundamental laws of such State must furnish the guide for determination...“(22).

Стални суд међународне правде се, међутим, опредељује за интернационалистичку теорију. Питањем дејства уставних ограничења, Стални суд се позабавио у случају који се тичао Источног Гренланда и случају Слободних зона.

У првом је Норвешка оспоравала ваљаност усмене изјаве свог министра иностраних послова Ihlen-а дате поводом питања данске владе у вези са предложеним проширењем данског суверенитета над целим Гренландом, са мотивацијом да, по норвешком уставу, министар иностраних послова није надлежан да издаје декларације о важним питањима без пристанка краља. Стога је, по мишљењу норвешке владе, поменута декларација противуставна и без дејства у односу на Норвешку. Стални суд међународне правде је у својој пресуди између осталог истакао:

„The Court considers it beyond all dispute that a reply of this nature given by the Minister for Foreign Affairs on behalf of this Government in response to a request by the diplomatic representative of a foreign Power, in regard to a question falling within his province, is binding upon the country to which the Minister belongs“(23).

(21) У Уговору ЧССР и СРН од 11. 12. 1973. констатује се да је Минхенски споразум од 1938. био изнуђен Чехословачкој републици под претњом насила. Но, проглашење Минхенског споразума ништавним праћено је знатним резервама у односу на саме домете ништавности (чл. 1, 2, тач. 1и 2). Одлука о непуноважности донета је у контексту нормализације билатералних односа и стварања повољније политичке климе без претераног ослона на правна правила. За текст споразума, в.: „Europa Archiv“, Folge 3/1974. D. 66.

(22) Lapradelle-Pollits, *Recueil des Arbitrages Internationaux*, 1905., vol. 2, p. 695.

(23) „P. C. I. J.“, Ser A/B No. 53, p. 71.

Када је пред Стални суд међународне правде изнет спор око Слободних зона Жекса и Савоје, швајцарски агент Lagoz је у име своје владе усмено изјавио пред Судом да Швајцарска прихвата да питање размене добара између слободних зона и Швајцарске буде регулисано од стране експерата. Одлука експерата била би коначна и Швајцарска не задржава право касније ратификације. Француски агент Vasdevant сматрала је да понуда швајцарске владе захтева одобрење федералне скупштине и да би требало да буде изнета на референдум. У одговору Lagoz је нагласио да, независно од унутрашњег права, његов предлог везује Швајцарску по међународном праву под условом реципроцитета.

У пресуди Суд, пошто је цитирао Lagoz-ову декларацију, истиче: „... eu egard aux circonstances dans laquelle cette declaration à été faite, la Cour doit cependant la considerer comme obligatoire pour la Suisse”.(24)

### III ОСВРТ НА ТЕОРИЈУ И МЕЂУНАРОДНУ ПРАКСУ

1. Аргументи интернационалистичке теорије делују нам најубедљивије. Као што је истакнуто раније, полазна премиса уставне теорије подразумева инкорпорацију националних правних прописа о надлежности за закључење уговора у позитивно ткиво међународног права. Та идеја је неостварљива. Теоријски гледано, она сугерише територијалну концепцију међународног права, која је одбачена у пракси Међународног суда правде(25). С обзиром на неподударност прописа унутрашњег права о надлежности за закључење уговора практични исход евентуалне инкорпорације огледао би се у крајњој релативизацији одговарајућих стандарда међународног права и њиховом свођењу на пуку колекцију националних прописа или књигу прецедената.

Управо је постојање јасних и несумњивих међународних права о модалитетима вршења уговорне способности, најбоља гаранција заштите интереса уговорница. С једне стране, та правила нису производ неког имагинарног законодавца, већ настају на бази сагласности воља држава. С друге стране, међународно право утврђује екстензиван број начина изражавања пристанка на обавезивање — ратификација, пописивање, размена исправа које сачињавају уговор, прихватање, одобрење или приступање и друга — због тога да би омогућила државама да потпуно испитају уговор пре него што одлуче да ли ће постати стране уговорнице. У току тог испитивања логично је и нормално да узму у обзир и прописе унутрашњег права о надлежности за закључење уговора.

Вредност еклектичких или компромисних теорија може бити оцењена са два аспекта.

Теоријски, оне пате од извесних недостатака својствених хибридним конструкцијама. Рецимо, код варијанте уставне теорије која признаје релевантност само очигледних и јасних уставних одредби, поставља се питање правила које служи као критеријум разликовања јасних од нејасних повреда уставних прописа. Са становишта устава извесно је да је свака одредба јасна и очигледна. Или, ако те одредбе имају важ-

(24) „P. C. I. J.”, Ser A/B No. 46, p. 170.

(25) В.: М. Бартош, *Међународно јавно право*, 1954., I. стр. 37-39.



ност међународних прописа, зашто се на њих не може позвати било која држава?

Практична вредност им се, међутим, не може оспорити. Испољава се тако што искључује потребу детаљног испитивања правног система других уговорница, а у исто време, штити државе од повреда основних унутрашњих прописа. Може се рећи да модификације интернационалистичке теорије (практични ефекти *Basdevant*-ове и *Mc Nair*-ове модификације идентични су са овима) готово савршено одговарају тенденцијама установљења примата међународног права и позитивном праву.

2. Из дипломатске праксе не могу се извући неки чвршћи закључци. Државе су се, као што се види из наведених примера позивале на повреду унутрашњих прописа о надлежности за закључење уговора првенствено у циљу ослобађања од уговорних обавеза које им нису одговарале. Спорови који су том приликом настајали, решавани су на начине карактеристичне за политичке спорове, тј. елементи политичког опортунитета и односа снага имали су превагу над правним моментима. Тако на пример, ништавост Минхенског споразума од 1938. године везана је, не за принуду или правило *pacta tertiis...* као могуће правне основе, него у првом реду за „даље кораке у укупном развоју билатералних односа”.(26)

Судска пракса није уједначена. У арбитражној пресуди председника *Cleveland*-а предност је дата уставној теорији, док се у пресудама Сталног суда међународне правде у споровима око Источног Грендланда и Слободних зона прихвата интернационалистичка теорија. На први поглед, могло би се закључити да новија пракса чини корак ка дефинитивном прихватању интернационалистичке теорије. Треба међутим, бити опрезан у таквој квалификацији, јер ни у једном од поменутих случајева повреда унутрашњих прописа није била непосредан *status causae et contraversiae*.

#### IV КОНВЕНЦИЈА

У члану 46 (Одредбе унутрашњег права које се односе на надлежност за закључење уговора) Конвенција утврђује:

1. „Чињеницу да је пристанак државе да буде везана уговором изражен на начин којим је нарушена уговором одредба њеног унутрашњег права у вези са надлежношћу за закључење уговора, не може та држава наводити као разлог поништења њеног пристанка, изузев ако је то повреда била очигледна и ако се односи на неко битно правило унутрашњег права.
2. Повреда је била очигледна ако је објективно јасна за сваку државу, која у том погледу поступа према уобичајеној пракси и доброј вери”.(27)

Решење утврђено чланом 46. састоји се из два правила или прецизије, из општег правила и изузетка од тога правила. Опште правило је

(26) „*Europa Archiv*”, Folge 3/1974, D. 66 (чл. V).

(27) За превод Конвенције, в. „Службени лист СФРЈ”, Додатак, Међународни уговори, бр. 30/1972.

да непоштовање прописа унутрашњег права о надлежности за закључење уговора не дира у ваљаност пристанка датог у одговарајућој форми од стране лица које међународно право сматра овлашћеним да изрази тај пристанак. Дакле, опште правило заснива се на категорији очигледне способности (*apparent ability*) одребених категорија лица да, у својству државних органа, на основу прописа члана 7. Конвенције дају пристанак на обавезивање у име своје државе. Допунско правило допушта могућност да се повреда унутрашњих прописа о надлежности истакне као основ неважности уговора под условом да се ради о очигледној повреди прописа унутрашњег права од основног значаја.

У светлости практичне примене члана 46. поставља се неколико основних питања:

- 1) Појам повреде;
- 2) Предмет повреде;
- 3) Квалитет повреде и
- 4) Последица повреде

1. Члан 46. говори једноставно о повреди (*violation*) не наводећи експлицитно шта под „повредом” подразумева. Из *travaux preparatoires* произилази да је повреда непоштовање прописа унутрашњег права који имају за предмет утврђивање надлежности за закључење уговора, тј. одступање од заповести садржане у тим прописима.

Да ли је релевантно свако одступање или само битно одступање? Могуће је рецимо, да унутрашњи прописи предвиђају обавезу извршних органа да уговор поднесу на ратификацију у року од 30 дана од момента потписивања, а извршни орган удовољи тој обавези тек 35. дана. Да ли је тиме учињена повреда о којој говори члан 46?

Међународна пракса прихвата изгледа, солуцију, по којој само битне повреде могу бити узимане у обзир. У случају Cleveland радило се управо о мањој, формалној повреди уставних прописа, јер је три месеца након председничке декларације о ратификацији, уговор одобрен од стране законодавног тела и укључен у текст устава Никарагве. Доношењу децидираног закључка смета околност што из пресуде није сасвим јасно да ли је захтев Никарагве одбијен због тога што је повреда небитна, или зато што се накнадном одобрењу представничког тела придаје конвалидирајуће дејство.

Рестриктивни карактер изузетка у члану 46. упућује на тумачење да повреда мора бити битна, суштинска.

Сама Комисија за међународно право у коментару члана 43. коначно нацрта (чл. 46. Конвенције — М. К.) сугерише овакво тумачење, будући да је, формулисањем изузетка у односу на опште правило, имало у виду случајеве из прошлости када је шеф државе склапао уговоре на своју одговорност противно недвосмисленим уставним прописима.(28)

2. У односу на предмет или објекат повреде чл. 46. садржи два ограничења:

а) ради се о повреди прописа унутрашњег права о надлежности за закључење уговора и,

(28) YILC 1966, . II, p. 242, par. 10.

б) ради се о повреди прописа унутрашњег права од суштинског значаја (of fundamental importance).

У смислу прве резерве чл. 46. не регулише случајеве кршења прописа који забрањују закључење одређених врста уговора, тј. случајеве, тзв. унутрашње или материјалне противустановности. Проблем материјалне противустановности не улази у домен надлежности, већ у домен уговорне способности покривене чланом 6. Конвенције. Такво решење није најбоље, јер води апсурдном исходу, тј. да повреда процедуралних прописа може довести до неважности уговора на основу Конвенције док кршење материјалних, дакле, важнијих одредби не повлачи такву могућност. Овај недостатак члана 46. настао је тако што је Конференција на којој је прихваћена Конвенција одбила да у текст Конвенције унесе правило о ограничењу уговорне способности. Сам текст члана 46. несумњиво упућује на рестриктивно тумачење. Недостатак би ваљало исправити, с тим што би можда, најбезболнији пут био екстензивно тумачење термина надлежности у пракси примене Конвенције, тако да се под њим обухвата и способност за закључење уговора.

Сама формула „одредбе унутрашњег права од битног значаја“ настала је постепеном еволуцијом схватања унутар Комисије за међународно право. У радовима специјалних извештача, са изузетком Fitzmaurice-a,(29) релевантна ограничења вршења уговорне способности била су обухваћена изразом „уставна ограничења“.(30) Поводом дискусије о члану 5. (Уставна ограничења уговорне способности) Waldock-овог нацрта у Комисији су изнете критичке примедбе на тај израз. Тако је Tun-kin истакао да дистинкција између уставног и обичног (ordinary) права има значаја само на интерном плану; што се међународног права тиче, без значаја је чињеница да ли је ограничење утврђено уставом или обичном одредбом унутрашњег права једне земље.(31) Rosenne је учинио предлог да се израз „уставни“ појасни у смислу да обухвата не само уставно право, већ и уставну праксу и евентуално, остале одредбе јавног права које поседују јасноћу.(32) У коначном нацрту правила уговорног права и на основу тог нацрта прихваћеној Конвенцији израз „уставна ограничења“ замењен је формулацијом „одредбе унутрашњег права од битног значаја“.

Формулација „одредбе унутрашњег права од битног значаја“ може бити тумачена на два начина:

— прво, формалан тако да се односи на правне акте унутрашњег права одређене снаге. У том смислу, мишљења смо да су релевантне уставне одредбе закона које регулишу уставну материју.(33) Томе ваља додати и обичајна правила у систему common law. Тешко да би се могло ићи и на одредбе садржане у уредбама и административним актима, јер се не може прихватити да битна питања вршења уговорне способности, модерна држава регулише подзаконским актима, и,

(29) Fitzmaurice, говори о сагласности уговора са „уставним и осталим унутрашњим захтевима“ — Doc. A/CN. 4/115, p. 25.

(30) Н. Lauterpacht, *op. cit.*, p. 141; Н. Waldock, *Second report...*, Doc. A/CN 4/156, p. 14; L.J. Briery, *Draft Convention on the law treaties*. Doc. A/CN 4/23, p. 230.

(31) YILC 1963, I, p. 15, par. 19.

(32) *Ibid.* p. 14, par. 6.

(33) Супротно, S. Nahlik, *The grounds of invalidity and termination of treaties*, AJIL 1971, vol. 65, no. 5, p. 740-741.

— друго, материјалном у смислу, да се односи на одредбе које установљавају одобрење законодавног тела, пре него на одредбе које регулишу облик у којем се то одобрење публикује.

У пракси ово разликовање не мора да дође до изражаја јер се, с обзиром на важност материје, та питања по правилу регулишу актима највише снаге.

3. Није свака повреда прописа унутрашњег права од битног значаја довољан правни основ за поништење пристанка на обвезивање. У смислу члана 46. та повреда мора бити очигледна (*manifest*).

Правилна примена тог услова подразумева две основне претпоставке:

а) јасност одредби унутрашњег права које регулишу надлежност за закључење уговора, и,

б) постојање објективног критеријума за разликовање очигледних од неочигледних повреда.

Што се прве претпоставке тиче, мора се закључити да су одредбе унутрашњег права пречесто нејасне и штуре.<sup>(34)</sup> Ствар компликује и чињеница да се у току примене релевантних уставних одредби, као и других одредби унутрашњег права, ствара пракса која неретко одступа од писаног текста. Типичан пример је устав САД од 1787. године, односно чл. II тог устава. Од државе која склапа уговор са САД, не може се очекивати да зна да ли је уговор закључен од председника САД у ствари, уговор или међународни споразум без одобрења сената (тзв. *executive agreement*). Да ли је у таквим и сличним ситуацијама меродаван формални или ефективни устав? Склоност да се као релевантан узме ефективни устав изазива сложене проблеме.<sup>(35)</sup>

У структури чл. 46. очигледна повреда је *definiendum*. Шта је *definiens*? Повреда је очигледна, утврђује се у ст. 2. ако је „објективно јасна за сваку државу, која у том погледу поступа према уобичајеној пракси и у доброј вери“.

Конвенција се, према томе, определила за апстрактни стандард, будући да није спецификовала субјект коме је повреда „објективно јасна“. При томе је вероватно, имала у виду посебне околности сваког конкретног случаја повреде унутрашњих прописа од битног значаја.

То значи да у конкретном случају није нужно да друга страна уговорница буде стварно свесна прекршаја унутрашњег права. Сматра се да је она знала за прекршај унутрашњег права, ако је тај прекршај био „јасан за сваку државу која у том погледу поступа према уобичајеној пракси и у доброј вери“. Логички могућ је такође и случај, да друга страна зна за прекршај унутрашњег права, али да та чињеница ипак не представља довољан основ за покретање поступка поништења, ако се у конкретном случају упустила у строжије и детаљније испитивање

(34) в. *Laws and practices Concerning the Conclusion of Treaties* (UN. ST/LEG/SER. B/3, 1952.). Cadieux (Канада) је у Комисији за међународно право лојално истакао да је устав његове земље тако сложен, да се увек могу наћи нејасне одредбе уколико би се желеле избећи уговорне обавезе, — *YILC* 1983., I, p. 5, pag. 23.

(35) Бартош наводи Scelle-ову дискусију у Комисији поводом тумачења чл. 27. француског устава из које произилази да би друга држава саговорница морала да познаје и политичке и научне дискусије које се о томе воде у Француској. — М. Бартош, *Међународно јавно право*, 1958., III, фуснота 1 на стр. 231. В. такође и дискусију Иблера: В. Иблер, *op. cit.*, стр. 281 и даље.

унутрашњег права сауговорача, него што то налаже уобичајна пракса и добра вера.

Ово је вероватно, критична тачка унутрашње структуре члана 46. У међународном праву не постоји, као у унутрашњем, апстрактни стандард *bonis pater familias-a* који би служио као критеријум за оцену саесности понашања у конкретном случају. Нејасно је такође, ко оцењује да ли је повреда „објективно јасна“. Одредба члана 65. (Поступак око ништавости уговора, његовог престанка, повлачења једне странке или обуставе примене уговора) указује на странку која се позива на ману пристанка, тј. на странку која је обавезана уговором повредом одредаба свог унутрашњег права. Нејаки систем за решавање искрслих спорова, који не предвиђа обавезну надлежност Међународног суда правде, препушта питање диспозицији странака, чиме се повећава субјективизам и произвољност.

4. Последице ништавости уговора регулисане су на општи начин чланом 69. Конвенције:

„1. Ништав је онај уговор чија је ништавост установљена на основу ове Конвенције. Одредбе ништавог уговора немају правну снагу.

2. Ако су ипак, на основу таквог уговора извршени акти:

а) свака странка може затражити од друге странке да успостави, ако је могуће, у њиховим међусобним односима, ситуацију која би постојала да ови акти нису извршени;

б) акти извршени у доброј вери пре позивања на ништавост нису постали противправни самим тим што је уговор ништав...”.

У конвенцији се не дефинише карактер ништавости на основу члана 46. Анализом релевантних чланова Конвенције долазимо до закључка да се несумњиво ради о релативној ништавости. У уводној реченици члана 46. утврђује се да се држава, чији је пристанак на обавезивање уговором изражен повредом одредаба њеног унутрашњег права *може позвати на ништавост* ако је повреда била очигледна и односи се на одредбу унутрашњег права од битног значаја. Како се, на основу члана 42. важност уговора може оспорити само применом одредаба Конвенције, то се може извући закључак да појединци и други субјекти унутрашњег права не могу покретати питање ваљаности противустановних уговора пред унутрашњим судовима, ако надлежни државни орган то питање није покренуо на међународном плану.

Санкција ништавости не мора нужно да погађа уговор у целини. Ако се повреда одредаба унутрашњег права од битног значаја односи само на део уговора, санкција ништавости погађа само те клаузуле под условима:

а) ако се те клаузуле могу одвојити од остатка уговора у погледу извршења;

б) ако из уговора произилази, или је на други начин утврђено да прихватање тих клаузула није за другу странку или за остале стране уговора представљало суштински основ пристанка да буду везане уговором у целини, и

в) ако није неправедно да се настави са извршавањем остатка уговора (чл. 43).

У основи принципа добре вере је став да држава не може стицати корист из својих сопствених недоследности — *allegans contraria non audiendus est*. Услед тога, држава чије је унутрашње право повређено закључењем, губи право да се позове на ништавост таквог уговора, ако се сагласи са чињеницом повреде свог унутрашњег права. То она може учинити изричито (ако сматра да је уговор ваљан) и прећутно (ако се из њеног понашања може закључити да је пристала да уговор остане на снази. Као пример се може навести извршење дела уговора након сазнања за повреду одредби унутрашњег права).

Санкција ништавости услед повреде прописа унутрашњег права у смислу чл. 46. погађа билатералне уговоре, тј. такав уговор престаје да важи. У случају мултилатералних уговора домаћај санкције је ограничен на престанак уговорнице чији су унутрашњи прописи повређени, што значи да се правило чл. 69. (2) примењује не у односу на све уговорнице, већ само на односе између држава чије је унутрашње право повређено давањем пристанака на обавезивање и осталих странака уговора.

#### У ОСВРТ НА РЕШЕЊЕ УТВРЂЕНО КОНВЕНЦИЈОМ

У члану 46. прихваћена је модификација интернационалистичке теорије. Вредност решења установљеног поменутиим ставом може бити оцењивана са теоријског и практичног становишта.

Теоријски посматрано, члан 46., је оптерећен инхерентним недостацима еклектичне конструкције. О неким од тих недостатака расправљали смо у тачки III (1). Свакако, да је то питање за дубљу и садржајнију анализу коју смо свесно изоставили, имајући у виду сврху реферата и чињеницу да је Конвенција позитивно право у домену правила међународног уговорног права. Издвојићемо ипак, једну суштинску противречност. Ако из негативне формулације члана 46. произлази да су одредбе унутрашњег права у начелу ирелевантне са становишта међународног права, тј. да од утицаја на ваљаност уговора могу бити само повреде одредаба унутрашњег права које су објективно јасне свакој држави која се понаша у складу са уобичајеном праксом и савеснишћу, остаје нејасно да ли је конкретни правни основ поништења тако закљученог уговора само повреда одредаба унутрашњег права, или повреда начела добре вере као начела *ius cogens*-а.

Са практичног становишта, решење чланова 46. квалификује се као акт политичког реализма,<sup>(36)</sup> баланс између захтева за стабилношћу у међународним уговорним односима и захтева за сагласношћу међународног права са демократским принципима уговарања и начелом самоопредељења. Ова квалификација нам се чини претераном. Како што је истакнуто IV (1, 2, 3, 4) бројне нејасноће и недоречености члана 46. удружене са институционалним мањкавостима међународног поретка и слабим системом за решавање спорова који проистекну из тумачења и примене Конвенције, подстичу субјективизам и арбитарна опредељења. Сами политички учинци прихваћеног решења су нејасни. Везују се, највећим делом, за контроверзе око ваљаности уговора склопљених од стране *de facto* влада,

(36) S. Nahlík, *op. cit.*, p. 740.

које, иначе по декларативној теорији признања, имају овлашћење да испуњају у међународним односима.

Остаје једино да се, кроз примену Конвенције, то решење појасни и коригује у границама могућности које пружа теоријска конструкција члана 46.

## SUMMARY

### THE FORMAL UNCONSTITUTIONALITY OF TREATIES

The author discusses the question of the legal status of international treaties entered into (signed) as a result of abuse of national regulations on the legal authority to sign (enter into) international treaties. Stating that the question of formal unconstitutionality of such treaties is to a large extent determined by the answer to the preceding question—what is the nature of the relation(ship) between the national and the international law he goes further to analyse the concept and nature of the unconstitutional treaties from the aspect of theoretical views international practice (diplomatic and judicial) and the regulations of positive law as determined by Article 46. of the Convention on Treaty Law.

He finds that the regulation offered by the Convention is the result of compromise and that it, basically, expresses the acceptance of a mixed, eclectic theory of the relativity of national regulations concerning the validity of international treaties. He also points out the inconsistencies of that solution (regulation), particularly in regard to the substance of the formulation according to which abuse of the regulations of national law must be obvious, that is, actually apparent to every state acting in accordance with the normal practice and good faith. The international order not only does not have formed standards, such as the *bonus pater familias* in national law, but also no effective institutional mechanism to assess the existence of such a standard. The author made a critical analysis of the other elements of the concept of Article 46. of the said Convention.

## RÉSUMÉ

### L'INCONSTITUTIONNALITÉ FORMELLE DES TRAITÉS INTERNATIONAUX

L'auteur examine le statut juridique des traités internationaux conclus par la violation des prescriptions intérieures relatives à la conclusion des traités. En constatant que la question de l'inconstitutionnalité formelle du traité est dans une large mesure déterminée par la réponse à la question précédente — quel est le rapport entre le droit intérieur et le droit international, — il passe à l'analyse de la notion et de la nature des traités inconstitutionnels, du point de vue des conceptions théoriques, de la pratique internationale (diplomatique et judiciaire) et de la solution du droit positif spécifiée par l'article 46 de la Convention relative au droit contactuel.

Il trouve que la solution de la Convention est le reflet d'un compromis et que dans le fond, elle exprime l'adoption de la théorie mixte, éclectique concernant le caractère relevant des prescriptions intérieures en matière de la validité des traités internationaux. Ensuite, il attire l'attention sur l'insuffisance de cette solution, surtout sur le contenu de la formulation, d'après laquelle la violation des prescriptions du droit intérieur, doit être évidente, c'est-à-dire objectivement claire pour chaque Etat qui se comporte conformément à la pratique habituelle et consciencieusement. L'ordre international non seulement n'a pas un standard définitivement établi, à la manière d'un bon père de famille — dans le droit intérieur, mais il ne possède même pas un mécanisme institutionnel effectif, qui estimerait l'existence de ce standard. Il soumet à l'analyse critique aussi les autres éléments du concept de l'article 46 de la Convention.