

ДОМАЊАЈ JUS COGENSA У МЕЂУНАРОДНОМ ЈАВНОМ ПРАВУ RATIONE MATERIAE

Проблем домањаја норма *jus cogensa ratione materiae* тиче се, у ствари, обима релативности когентних норми, наиме, да ли оне принципијелно важе само у односу на међународно уговорно право или, пак, покривају све манифестације воље држава на међународном плану.

Одговор на то питање није интересантан само због последица које из таквог одговора логички произилазе у односу на ваљаност неуговорних манифестација воље држава на међународном плану, него и услед чињенице да рефлектује општи приступ неким од значајних аспеката *jus cogensa* у међународном јавном праву, па и међународног права уопште. По једном мишљењу, које се добрим делом ослања на традиционалну доктрину, правила *jus cogensa* се, *per analogiam* са ситуацијом у унутрашњем праву, везују искључиво за предмет уговора.¹

Основни аргумент материјалне природе који се истиче у прилогу става о ограниченом домањају правила *corpus iuris cogentisa* је да је свака норма општег међународног права обавезна за субјекте, те да би квалификовање једностраних манифестација воље др-

¹ Уопште о нормама *jus cogensa*, в. Barberis, *La liberté de traiter et le jus cogens*, *Z. f. a. ö. R. V.*, 1970, vol. 30; H. Mosler, *Jus cogens im Völkerrecht*, *Schweiz. Jahrbuch f. inter. Recht* 1968, vol. 25; Reimann, *Jus cogens im Völkerrecht*, 1971; Virally, *Réflexions sur le jus cogens*, *AFDI* 1966, vol. 12; М. Крећа, *Some general reflections of jus cogens as a notion of International public Law*, *Festschrift Abendroth* 1982; М. Крећа, Прилог разматрању о основним обележјима апсолутно обавезних норми у међународном јавном праву, *Анали ПФ у Београду* 4/1977; Тункин, *Jus cogens in contemporary International Law*, *Univ. of Toledo Law Rev.*, 1971.

P. Fiore, *International Law Codified*, art. 760, цит. по Report by J. L. Briery, *Appendices E, YILC* 1950, II, p. 248; J. C. Bluntchli, *Le droit International codifié*, 1886, traduit par Lerdy, §. 410, 411; Seidl-Hohenveldern, *Völkerrecht*, 1965, p. 40; L. Cavaré, *Droit international public positif*, II, 1962, p. 60; Brandner, *Pacta contra bonos mores im Völkerrecht*, *Jahrbuch der Konsularakademie zu Wien* 1937, pp. 36—37; M. Frolich, *Die sittlichkeit in völkerrechtlichen Verträgen*, 1925, p. 90 и даље; Verdross у свом предлогу изнетом 1937, истиче, да је „уговорна норма ништава уколико представља повреду било принудне норме општег међународног права било да је *contra bonos mores*“. — *Forbidden treaties in International Law*, *AJIL* 1937, vol. 37, p. 577.

жава садржајно супротних *jus cogensu* као ништавних, значила „свођење читавог бића права на перемпторне норме као једине које не могу бити повређене”.²

Питање когентног карактера правила не појављује се кад држава „повређује (*violates*) норму међународног права”, било то правило општег међународног права когентне или диспозитивне природе било специфична уговорна обавеза.

При томе се као основни аргумент истиче *differentia specifica* између појмова повреде (*violation*) и дерогације (*derogation*) правила међународног права.

Под повредом међународне норме подразумева се понашање субјекта или субјеката које одудара од садржаја норме а усмерено је против другог субјекта (субјеката) без његовог пристанка. У том случају, држава која је предузела једностранни акт је одговорна по међународном праву, те је могуће читав проблем решити путем *restitutio in integrum*, и без прибегавања концепту *jus cogensa*.³

Супериорност *jus cogensa* поставља се, с друге стране, у случају дерогације која се конституише онда кад је „понашање субјекта (или субјеката) права, које се не слаже са том нормом, усмерено на произвођење последица само за дерогирајуће субјекте, без утицања на било која права осталих. Другим речима, карактерише је „унутрашњи (*inside*) ефект у кругу дерогираних страна.”⁴

Очито је да наведено разликовање није засновано на најсрећнијем критеријуму. Излази, наиме, да је основ увођења посебних појмова „повреде” и „дерогације норме” — намера да се последице одређених поступака усмере у правцу трећих држава. Одсуство те намере квалификује одређени поступак односно поступке као „дерогацију”.

Јасно је да сама жеља или намера није довољна да дејство одређених поступака ограничи *ration loci*. У данашњем свету тесне узајамне зависности тешко је замислити било какав поступак који, посредно или непосредно, не би дирао у права трећих.

Узмимо, на пример, случај кад држава А ставља резерву на извесни мултилатерални уговор.

Намера коју држава А опредељује на стављање резерве је ограђивање од извесних одредаба уговора „с тим да се тај део уговора уопште не везује, или тим одредбама даје ограничен смисао. Очито је да у том случају мотив није повреда интереса трећих већ установљење посебног положаја те државе у односу на уговор, било делом било у целини. Без обзира на различите случајеве у односу на могућност стављања и дејство резерви, утврђене самим уговором или општим међународним правом, јасно је да се резерва, у складу

² J. Sztucki, *Jus codens and the Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1974, p. 68.

³ *Ibidem*, p. 67 — 69.

⁴ *Ibidem*, p. 68.

са претходним појмовним разликовањем „дерогације”, објективно испољава као „повреда” јер мења равнотежу права и обавеза међу странама мултилатералног уговора.

Са друге стране, појам *jus cogensa ex definitione* искључује појам „трећих држава”. Норме когентне природе, као израз самих основа заједничког живота у међународној заједници, донете су у име међународне заједнице као целине. Интерес за њиховим поштовањем не дели ограничени круг држава, већ с обзиром на значај тих правила све државе могу сматрати да имају правни интерес у њиховој заштити: оне су обавезе *erga omnes* — како је то истакао Међународни суд правде у *Barcelona Traction Case*.⁵

Изази, дакле, да је диференцирање појмова на основу односа одређених поступака према правима трећих држава лишено чврстог основа. То значи, међутим, да само разликовање наведених појмова није прихватљиво. У ствари, оно одржава лупидно запажање са становишта последица које поједини поступци имају у односу на претпостављену норму општег међународног права.

Особеност повреде норме општег међународног права видимо у чињеници да је одређено понашање, као материјални састојак повреде, у контрадикцији са садржајем норме, али *per se* није довољно да успостави другачији, конкурентни правни режим. Садржај повреде чине материјални акти који не само да не чине норму садржајем супротну норми општег међународног права, него то, према објективном стању околности, и не могу постати. Узмимо, примера ради, случај када органи државе А, супротно правилу о имунитету дипломатских представника, подвргну претресу дипломатског представника државе Б.

Такав акт органа државе А конституише повреду позитивног правног правила и претпоставља њену одговорност, било дипломатску било грађанску, узете понаособ или кумулативно. Објективно, међутим, таква повреда не може довести до стварања конкурентног режима.

Са друге стране, дерогација подразумева поступак који има за циљ „квалитативну повреду” одређене норме односно циља на установљење другачијег правног режима.

У односу на претежни део *corpus* општег међународног права, диспозитивне норме, такво понашање представља правно дозвољен акт субјектата међународног права. Државе, другим речима, могу споразумима *inter se* стварати норме које одступају од норми општег међународног права и поступати по њима у међународним односима. Сигурно је да у мноштву билатералних и мултилатералних режима може доћи до ситуације да се обавезе по разним режимима поклапају, но ту се не ради о ништавости но о несагласности појединих режима.⁶

Уколико такви споразуми, у начелу *res inter alios acta*, за треће државе, нанесу овима штету, државе које су закључиле споразум постају одговорне према тим државама.

⁵ I. C. J. Reports 1970, par. 33 — 35.

⁶ H. Waldock, Doc. A/CN. 4/156, p. 53, par. 1.

Немогућност квалификације као ништавих повреда диспозитивног општег међународног права је извесна, и ту се слажемо са наведеним мишљењима, с обзиром на особеност обичајног стварања норми у међународном праву. Такав поступак би практично онемогућио настајање нових обичајних норми или измену постојећих јер су једностранни акти држава конститутивни елемент праксе.

Кад је, међутим, у питању одступање *inter se* од норме *jus cogens* такав уговор је ништав *ab initio*. Санкција апсолутне ништавости има за узрок квалитет интереса који се повређује таквим уговором.⁷

Санкција ништавности погађа све међународне споразуме, билатералне или мултилатералне, природе чији је садржај супротан садржају перемпторне норме. Једини изузетак, у светлу ранијих разматрања о формалним изворима међународног *jus cogens*, чине свеопшти мултилатерални уговори. Њихово дејство *contra legem* је у ствари привидно, будући да они не установљавају конкретан правни режим, но конституишу квалитативно нову пермпторну норму (или норме).

Уколико су на основу илегалног уговорног инструмента извршене одређене радње, оне не поседују правну снагу, те су, стога, уговорнице дужне да отклоне њихове последице.⁸

Погрешно се говори о конфликту уговорних норми (то важи и за обичајне) у случају кад је једна од норми у питању когентна форма. Појам „конфликт норми” у овом случају је логички супротност самом појму когентних норми, јер почива на претпоставци да истовремено важе две противуречне норме. Међутим, указали смо да норма *jus cogens ex definitione* не дозвољава установљење супротног правног режима. Норма садржи супротног *jus cogens* не може ни настати. Ради се, у таквим случајевима, само о актима који се предузимају са циљем стварања норме супротног садржаја.

Чак и у случају *jus cogens superveniens* не може бити речи о конфликту норми. Нова перемпторна норма самим својим настајањем укида правну важност дотадашње норме — сукоб постоји само између акта стварања нове норме и постојеће норме. Материјализација акта кроз уобличавање нове норме означава, истовремено, нестанак старе норме.

Уопште говорећи, изгледа оправдано приписати отпор релевантности *jus cogens* у односу на једностране акте, околности да се концепт *jus cogens* у оквирима међународног права развио у вези са објектом уговора *per analogiam* са решењима у унутрашњем поретку. У високо организованом и централизованом поретку, какав је онај који се развијао унутар државних граница, такво решење се

⁷ В. М. Крећа, Поништење уговора са становишта међународног права, маг. теза, 1974, Београд, стр. 9.

⁸ У трећем извештају G. Fitzmaurice-а однос норме *iuris cogentis* и уговора који јој није сагласан означен је као конфликт. — Third Report by Sir G. Fitzmaurice, Doc. A/CN. 4/115, pp. 40 — 41; У теорији тако и U. Scheuner, Conflict of a treaty provisions with a peremptory norm of general international law, ZAÖRV 1969, vol. 29, p. 28; V. Paul, The legal consequences of conflict between a treaty and an imperative norm of general international law (*jus cogens*), ÖZÖR, 1971, vol. 21, p. 19 и даље.

логички наметало.⁹ Наиме једностранни акти субјеката (скрећемо овда пажњу на симболично значење речи *sub-icetus* = подвргнут) у начелу ту немају места као потенцијални извори правних правила. Радње супротне релевантним правилима у таквим условима једино заснивају грађанску, кривичну или дисциплинску одговорност — већ у зависности од карактера правила. Насупрот томе, у међународном праву једностранни акти држава могу се, под извесним условима, појавити као формални извори међународног права.¹⁰

Наиме, како је истакао Међународни суд правде у *Nuclear Tests Cases*, опште је признато да декларације учињене путем једностранних аката, које се односе на фактичне и правне ситуације, могу имати дејство стварања правних обавеза.¹¹ Једностранни акти се, дакле могу појавити као конститутивни елементи у настанку обичајних правила,¹² јер држава једностранним актом и признаје одређени захтев у којем није узела учешћа.

Могућа је, према томе, ситуација да повреда императивне норме од стране државе А буде толерисана и призната од стране одређеног круга држава или да буде поновљена од множине субјеката (A + B + C + D + ... X) међународног права. Тиме се дошло до ситуације да *ex factis jus oritur*.

Нема сумње да би се на тај начин дозволила могућност устављена правног режима супротног режиму утврђеном перемпторном нормом општег међународног права. Ако се и задржимо на разлици појмова „повреда“ и „дерогације“ видимо да је она крајње релативизирана у случају кад за предмет има перемпторну норму. „Повреда“ перемпторне норме у околностима које карактеришу настанак међународних правила, самим тим и правила *jus cogensa*, представљају потенцијалну дерогацију.

Штавише, једностранни акт понекад поседује релевантности и кад није накнадно прихваћен од стране других субјеката међународног права. У поменутој пресуди истиче се да у случају кад постоји намера државе која издаје декларацију да буде везана одредбама декларације, таква намера утиче да декларација стиче карактер правне обавезе, те да држава тада постаје обавезна да следи курс понашања сагласан са декларацијом. Обавеза такве врсте дата јавно, уз намеру да представља обавезу, поседује правну обавезност чак и уколико није учињена у контексту међународних преговора. У таквим околностима ништа у природи (*in the nature*) *quid pro quo* нити било какво накнадно прихватање декларације, нити одговор или реакција осталих држава, није потребно да би декларација имала дејства.¹³

⁹ У конкретном случају имамо у виду једностранне акте самих субјеката права. Ово истичемо јер је унутрашње право засновано на једностранним актима надлежних органа. Због тога и бива квалификовано као право субординације.

¹⁰ Аврамов — Крећа, Међународно јавно право, 1986, стр. 46; М. Бартош, Међународно јавно право, I, 1954, стр. 114.

¹¹ I. C. J. Reports 1974, pp. 267 и даље.

¹² Аврамов — Крећа, оп. цит., стр. 46.

¹³ I. C. J. Reports 1974, pp. 267, 472.

Стога, уколико се један споразум који није у складу са нормом *jus cogensa* сматра ништавим будући да су његови ефекти супротни међународном јавном поретку, нема разлога да се исти аршич не примени на било који акт или активност који има на „хијерархији правних норми нижи положај од уговора”.¹⁴

Ништавост уговора услед несагласности са нормом *jus cogensa* није сама себи циљ већ средство које треба да спречи да супротни акти држава конституишу садржајно другачији режим. Ако постоји могућност да једностранни акти доведу *tractu temporis* до прећутног установљавања супротном режиму тешко се може избећи санкција ништавости. Изузетак би евентуално чинили једино материјални акти који не представљају правне акте, али то захтева посебну елаборацију која излази из оквира овог рада.

Нужност протезања релевантности *jus cogensa* на све облике понашања држава супротне садржине, укључујући и једностране акте, и пропуштања, увиђа добар део савремене доктрине међународног права.¹⁵

Сама Бечка конвенција, мада по природи своје сврхе, ограничена на домен међународних уговора закључених између држава, не даје у том погледу потпуно јасан и одлучан одговор. За сврхе конвенције перемиторна норма општег међународног права се појмовно одређује као „норма прихваћена и призната од стране целокупне међународне заједнице од које није дозвољено никакво одступање...” У списку употребљених израза не назначује се смисао термина дерогација, наиме, да ли он обухвата све манифестације воље држава на међународном плану или само оне које су уговорно уобличене.

Из *travaux préparatoires* излази, међутим, да треба имати у виду и остале акте и пропусте државе.

У *Lauterpachtovom* нацрту правила о „легалности објеката уговора”, ништавост уговора супротног „свеопштим (*overriding*) принципима међународног права који могу бити сматрани конститутивним елементима међународног јавног поретка” везује се за извршење уговора који укључује акт „... илегалан по међународном праву”. Стварни разлог ништавости таквог уговора специјални извештај је видео у чињеници да је одређени акт, као њихов објект, илегалан.¹⁶ Мада се у горњим разматрањима изричито не помињу манифеста-

¹⁴ Suy, *The concept of jus cogens in Public International Law*, Lagonissi, pp. 75.

¹⁵ Verosta, *Official records of UNCLT 1968*, p. 303, по коме се домашај *jus cogensa* протече на „сваку радњу или акт супротан перемиторној норми општег међународног права”; Glaser истиче да државе не могу не само дерогирати, већ да им је забрањено и да „избегавају његове принципе”, — *Jus cogens in International law*, RREI, No. 4/1973, pp. 65—66; G. Dahm, *Völkerrecht*, 1961, III, p. 60; Rolin, *Vers un ordre public reellement international*, *Hommage Basdevant*, 1960, pp. 458—459; М. Марковић је експлицитан: „Дејство таквих правила распростире се... на садржину било ког међународног акта, јединственог или другачијег, уговореног или обичајноправног, државног или судског, или кога другог органа или тела у супротности са тим правилима”. — М. Марковић, *Међународноправна правила принудне природе*, Зборник Правног факултета у Загребу 3—4/1966, стр. 321.

¹⁶ *Yearbook of ILC*, 1950, p. 154.

ције воље држава различите од уговора, ван сумње је да је појам „међународног акта” шири од појма уговора.

Waldock у члану 13. другог дела свог нацрта ништавост уговора алтернативно везује било за објект уговора било за његово извршење које укључује повреду општег правила или принципа међународног права когентног карактера. У другом параграфу који даље разрађује општи принцип изложен у претходном параграфу, истиче се да је посебно уговор супротан међународном праву и ништав уколико његов садржај (објект) или извршење подразумева „било који акт или пропуст” у односу на одређене групе норми међународног права.¹⁷

И сама међународна пракса, у мери о којој је о њој могуће говорити кад је у питању категорија у тако брзом развоју као што јус *cogens*, иде у правцу екстензивног тумачења домашаја *jus cogensa ratione materiae*. У *North Sea Continental Shelf Case*, у вези става Суда да Женевска конвенција о континенталном шелфу није примењива између странака у спору, с обзиром да члан 6. Конвенције не изражава обичајено међународно право када у принципу усваја правило еквидистанце, у неколико издвојених и индивидуалних мишљења изражени су ставови о односу резерви и *jus cogensa*.

Судија *Padilla Nevo* је указао да правила обичајеног права „која припадају категорији *jus cogensa* не могу бити подвргнута једностраним резервама” те да уколико Конвенција изричитом одредбом дозвољава резерве на извесне чланове то произилази из „признања” чињенице да такви чланови нису кодификација или израз постојећих мандаторних принципа.¹⁸

Судија *Tanaka* наговештава да би резерва била ништава уколико би била „супротна есенцијалном принципу институције континенталног шелфа који има бити признат за *jus cogens*”.¹⁹

У саветодавном мишљењу поводом *South West Africa Case (1971)* Међународни суд правде је указао да су чланице Уједињених нација у обавези непризнавања правних последица присуства Јужне Африке у Намибији, што подразумева „обавезу признавања (*гесогнизе*) илегалности Јужноафричког присуства у Намибију, и неважности (*invalidity*) њених аката извршених у име Намибије или које се тичу Намибије, и уздржавање од било каквих аката и, посебно, било каквог поступања са владом Јужне Африке које подразумева признање легалности, или пружања подршке или помоћи, таквом присуству и администрацији”.²⁰

Тешко да је ауторитативности ових навода потребно било шта додати. Резерва и акти признања представљају, наиме, типичне примере једностраних манифестација воље држава као субјеката међународног права.²¹

¹⁷ Doc. A/CN. 4/156, pp. 150 — 151.

¹⁸ I. C. J. Reports 1961, pp. 97, 98.

¹⁹ I. C. J. Reports 1969, p. 182.

²⁰ I. C. J. Reports 1971, p. 48.

²¹ Конвенција о уговорном праву одређује резерву као „једнострану изјаву...” (члан 2 (д)). Признање је, такође, једностран акт индивидуално или колективно изражен. Колективно изражен у смислу да група држава једнострано квалификује одређену ситуацију или стање.

Дакле, могли би истаћи да логика прохибитивности правила *cogris iuris cogentisa* самом својом природом кандидује релевантност когентних правила не само у односу на билатералне и мултилатералне уговорне аранжмане, но исто тако и у односу на обичаје међународног права, једностране акте држава и друге манифестације воље држава на међународном плану које су *per se* или удружени са сагласношћу извесног круга држава (али не свих) подобни да установе правни режим који је несагласан са когентним режимом, а не ради се о категорији *jus cogensa superveniensa*. Само на тај начин могуће је, у условима дифузне правне технике својствене међународном поретку, очувати интегритет и неповредивост језгра когентних норми. Нужно је, према томе, да норме *jus cogensa* одређују све правно креирајуће активности државе.²²

Из реченог, са друге стране, јасно произилази да су у том смислу из домаћаја норми *jus cogensa* изузети прости, голи материјални акти несагласни *jus cogensu*, који, међутим, нису праћени намером нити су, пак, подобни да створе друкчији правни режим.

Dr MILENKO KREĆA, professeur agrégé à la Faculté de Droit à Belgrade

PORTÉE DE JUS COGENS DANS LE DROIT PUBLIC INTERNATIONAL RATIONE MATERIAE

— Résumé —

Dans cet article l'auteur examine le problème du volume de l'importance des normes de jus cogens, c'est-à-dire la question si elles sont valables par rapport aux traités internationaux ou si elles couvrent toutes les manifestations de la volonté des Etats sur le plan international. L'auteur est d'avis que le point de vue traditionnel, d'après lequel les règles de jus cogens sont exclusivement liées au sujet du traités, ne peut pas être analogiquement appliqué dans le droit international car, à la différence du droit interne, les actes unilatéraux des Etats présentent, sous les conditions déterminées, les sources formelles de cette branche juridique. Après une analyse détaillée des cas de la jurisprudence internationale, de la pratique des Etats, des conceptions doctrinales et des travaux préliminaires de la Convention de Vienne sur le droit des traités, l'auteur arrive à la conclusion que les normes connues sont importantes non seulement par rapport aux traités bilatéraux et multilatéraux, mais aussi par rapport aux règles internationales coutumières, aux actes unilatéraux des Etats et aux autres manifestations de la volonté des Etats sur le plan international.

Pour conséquent, la compétence de l'application de jus cogens comprend toutes les activités juridico-créatifs des Etats, excepté les actes matériels simples inaccordables aux normes de jus cogens et qui ne sont compétents de créer un autre régime juridique.

²² А. Ј. Алексиџе, Проблем *jus cogens* в совремиеном међународном праве, СЕМП 1969, п. 147.