

Проф. др Миленко Крећа

Правни факултет Универзитета у Београду

ТЕОРИЈСКА СХВАТАЊА О МЕРОДАВНОМ ПРАВУ У МАТЕРИЈИ ПРЕДСТАВЉАЊА ДРЖАВА ***In foro externo* – унутрашње или међународно право?**

Рад се бави анализом теоријских схватања о томе да ли је унутрашње или међународно право меродавно у материји представљања државе у међународним односима. Правила унутрашњег и међународног права о положају и овлашћењима државних органа у међународним односима не морају се нужно поклапати, због чега је важно одредити примат унутрашњег или међународног права.

Аутор посвећује посебну пажњу двама теоријама, интернационалистичкој и уставној, које дају различите одговоре на питање да ли је и у којој мери повреда формалних ограничења утврђених прописима унутрашњег права релевантна у међународном праву. Након анализе ових теорија, аутор анализира и еклектичке теорије, које се међусобно такође значајно разликују.

Кључне речи: Меродавно право; Представаљање држава; Интернационалистичка теорија; Уставна теорија; Еклектичке теорије.

1. ОПШТА РАЗМАТРАЊА

Положај и овлашћења државних органа у међународним односима одређени су у пракси правилима унутрашњег и међународног права.

Та правила се не морају нужно поклапати и у уставној пракси се често не поклапају, па је отуда од суштинске важности одредити које је од ова два права, унутрашње или међународно, примарно у материји представљања државе у међународним односима.

Теоријска мишљења о овом питању увелико се разликују, а међународна пракса је неуједначена. У основи ових разлика лежи шире питање односа унутрашњег и међународног права.

И теорија и пракса третирају питање понајвише кроз представљање држава у закључењу међународних уговора. То је и разумљиво јер се уговорима преузимају перфектне обавезе и стичу права у односима између држава. Али, стварни домашај одговора који се дају знатно је шири и, *mutatis mutandis*, важе за међународно представљање држава у целини.

2. ТЕОРИЈА МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА

Одговори које даје теорија међународног права о питању да ли је и у којој мери повреда формалних ограничења утврђених прописима унутрашњег права, тј. прописа о надлежности за закључење уговора, релевантна у међународном праву сведоче о дубоким разликама. Две основне теорије, интернационалистичка¹ и уставна (конституционалистичка),² стоје на дијаметрално супротним позицијама. Широки простор који их раздваја попуњавају еклектичке или компромисне теорије, међу којима, такође, нема превише заједничких тачака.

2.1. Интернационалистичка теорија

Вуче корен из периода када је владар поистовећен са државом, те је, у ствари, сматран за субјекта међународног права. Последица која се непосредно рађала је *jus representations omnimodae* на страни владара, тј. владар је сам закључивао међународне уговоре.³ Отуда долази и један од синонима – теорија шефа државе (*Head of State Theory*). У модернизованој верзији, разрађеној посебно у англосаксонској доктрини, термин „шеф државе“ екстензивно се тумачи, тако да се у домену истраживања пристанка на обавезивање, осим формалног шефа државе, ту укључује и шеф владе и остали највиши извршни органи.⁴ На тако схваћен појам шефа државе надовезује се и учење о видљивом, очигледном (*apparent; ostensible*) овлашћењу, по коме су државе у обавези

¹ Назива се и теоријом шефа државе (*Head of State Theory*), теоријом о ирелевантности уставних ограничења, формалном теоријом.

² Синоними за овај назив су: теорија уставне екцепције, теорија о релевантности уставних ограничења.

³ М. Бартош, *Међународно јавно право*, Књига III Уговорно право, Култура, Београд 1958, 212; М. Jones, *Full powers and ratification; A Study in the development of Treaty – making procedure*, Cambridge University Press 1946, 5 и даље.

⁴ К. Holloway, *Modern trends in treaty law*, Stevens and Sons, London 1967, 129.

да извршавају све међународне споразуме закључене од органа који делују у оквиру очигледног овлашћења. То правило се издваја из захтева за правном сигурношћу, јер би се у супротном државни органи једног преговарача нашли у апсурдној ситуацији да испитују само пуномоћје и тиме се упуштају у питање овлашћења регулисано унутрашњим правом другог преговарача.

Интернационалистичка теорија полази од премисе да међународно право, суверено и независно од унутрашњег права, одређује круг лица која представљају државу у међународним односима и начине на које може бити изражен пристанак државе да буде обавезна уговором. Из тога произилази да ако орган кога међународно право сматра овлашћеним да иступа у име државе изрази пристанак на обавезивање у облику који предвиђа међународно право, околност да је притом тај орган повредио прописе унутрашњег права о надлежности за закључење уговора не може се, *per se*, истаћи као основ неважности уговора. Последице непоштовања одредаба унутрашњег права остају ограничене на унутрашњи поредак и огледају се у интерној неважности уговора или у одговорности органа који је деловао *ultra vires* или кумулативно.

У том смислу, класичан је став Анцилотија (*Anzilotti*), који каже: „*La conclusion a laquelle nous arrivons est donc que le droit international impute a l'Etat la declaration de la volonte de stipuler faite en dur forme par le chef de l'Etat, sans prendre egard aux dispositions constitutionnelles qui, d'une facon quelconque, limitent sa competence ou lui imposent des devoirs*“.⁵ У функцији одбране става о ирелевантности одредаба унутрашњег права о надлежности за закључење уговора прави се разлика између надлежности у погледу формирања воље државе у међународним односима и надлежности у погледу изјављивања воље у међународним односима.⁶ Држави се признаје ексклузивно право како да утврди органе у чијој је надлежности формирање воље, тако и органе који ту вољу изјављују у односима са дружим субјектима. Тежиште је, међутим, на томе да органи за спољашње заступање, утврђени унутрашњим правом, имају у очима међународног права објективни статус. Унутрашње право исцрпљује своју улогу самим постављањем лица на одређене положаје, будући да лица на таквим положајима међународно право опрема потпуним овлашћењем да у међународним односима заступају државу која их је поставила на одређене функције. Такво лице постаје надлежни орган и првенствена комуникација између државе и осталих држава.

⁵ D. Anzilotti, *Cours de Droit International* I, Paris 1929, 366.

⁶ C. Fairman, “Competence to bind the State in International, Engagement“, *American Journal of International law* Vol. 30, 1936, 441; *Yearbook of International law Commission* Vol. I/1963, 8, par. 5.

Опремајући лица на одређеним положајима овлашћеним да заступају државу у међународним односима, међународно право не поступа арбитрарно већ једноставно уобличије у правно правило универзалну и сталну праксу држава.

У координатама изложених схватања крећу се и други писци.⁷ И наши писци испољавају склоност да прихвате основне премисе интернационалистичке теорије. Анцилотијеву тезу је нарочито бранио Ђ. Поповић. Он сматра да у међународном праву не важи начело *nemo censetur ignorare legem*. „Субјекти међународног права нису дужни да се брину о интерно-правним законима који ни по чему не спадају у међународно-правни домен. На међународно-правном терену не води се рачуна о интерним уставним одредбама које ограничавају компетенцију шефа државе. Међународно право се задовољава изјавом његовом учињеном у име државе у захтеваној форми према међународном праву“.⁸

Проф. Адраши (*Andrassy*) поставља питање да ли „вриједи уговор код којег су испуњене све формалности међународног права, али нема одобрења које прописује унутрашње право државе уговорнице“ и одмах каже да је „исправније... да се не треба обазирати на унутрашње прописе, већ да је довољно да су испуњени прописи међународног права“.⁹ У свом уџбенику проф. Аврамов не бави се посебно овим питањем, али из схватања о ирелевантности уставних прописа о забрани капитулације произилази прећутно прихватање интернационалистичке теорије.¹⁰ Иблер квалификује као неприхватљиво схватање по коме „уговора нема... ако се иза ратификације, као њезина неопходна основа и увјета дјелотворности, не налази одобрење за то позваног фактора унутрашњег правног поретка, и то дано у складу са тим поретком“.¹¹

Подела међу теоретичарима нашла је одраз и у Комисији за међународно право током рада на кодификацији правила међународног уго-

⁷ G. Schwarzenberger, *International Law*, Stevens, London 1957, 429–430; G. Fitzmaurice, “The Law and the procedure of the International Court of Justice“, *British Yearbook of International Law*, vol. 33, 1957, 267–269; Bishop *General Course of Public International Law, Recueil des Cours, Collected cours of the Hague Academy of International Law*, vol. 115, 1965, 340–343; Seid I. Hohenveltern, *Transformation or adoption of International Law into Municipal Law*, ICLO vol. 88, 1963, 102–103; H. Blix, *The Treaty-making power*, Stevens and Sons Ltd., London 1960, 392–397; M. Silbert, *Traite de droit International public*, Librairie Palloz, Paris 1951, 217–221; J. H. W. Verzijl, *The jurisprudence of the World Court I*, Sijthoff, Leyden 1965, 366.

⁸ Ђ. Поповић, *Међународно уговорно право*, Београд 1939, 49.

⁹ J. Andrassy, *Међународно право*, Школска knjiga, Zagreb 1990, 324.

¹⁰ С. Аврамов, *Међународно јавно право*, Савремена администрација, Београд 1980, 425–426.

¹¹ V. Ibler, „Protivustavna ratifikacija“, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo* 2/1956.

ворног права. Четири специјална известиоца заступала су различита гледишта и поред тога што су сви представници једног правног система. Фицморис (*Fitzmaurice*) је безрезервно подржао интернационалистичку тезу. У чл. 10 свог трећег извештаја истиче да „*consent means consent on the international plane, and the reality of such consent is not impaired by that, on the domestic plane, certain consents are lacking; or that has otherwise been a failure by the States concerned, or its authorities, to observe the correct constitutional process...*“¹²

И међу члановима Комисије уочљива је линија поделе, с тим што се тежиште померало са уставне на интернационалистичку теорију.

У дискусијама које су поводом Брајерлијевог (*Brierly*) извештаја вођене о противуставности ратификације, већина чланова Комисије држала је страну уставној теорији.¹³ Једино је Франсоа (*François*) заступао гледиште да ако је шеф државе ратификовао уговор у оквиру својих формалних овлашћења, уговор обавезује државу без обзира на то да ли је притом поштовао уставну процедуру. Околност да је шеф државе поступао *ultra vires* није од интереса за међународно право јер је прекорачено овлашћење аспект суштинског вршења овлашћења, и као такво у домену унутрашњег права.¹⁴

Но, већ 1963. године догађа се готово коперникански обрт. Коментаришући чл. 5 другог Волдоковог (*Waldock*) извештаја,¹⁵ Аго (*Ago*),¹⁶ Бригс (*Briggs*),¹⁷ Грос (*Gross*),¹⁸ Цурока (*Tsuruoka*),¹⁹ Де Луна (*de Luna*),²⁰ доследно бране интернационалистичку теорију. Сумирајући дискусију, специјални извештај Волдок је на 677. састанку Комисије констатовао да је претежна већина јасно и, како је нагласио, можда неочекивано, прихватила интернационалистички наступ.²¹

Аргументи којима се брани интернационалистичка теорија могу се поделити на аргументе теоријске и аргументе практичне природе.

Од првих, својом специфичном тежином издвајају се следећи.

а) Дуализам као теоријско виђење односа међународног и уну-

¹² G. Fitzmaurice, *Third Report on the Law of Treaties*, Doc. A/CN, 4/115, 25.

¹³ Од девет чланова Комисије, осам се изјаснило за тезу о ништавости противуставне ратификације, Doc. A/CN, 4/SR, 86, 15.

¹⁴ *Ibid.*, 14, par. 53.

¹⁵ Doc. A/CN, 4/156 and Addenda.

¹⁶ *Yearbook of International Law Commission* Vol. I/1963, United Nations, New York 1964, 5, par 24.

¹⁷ *Ibid.*, 9, par. 9.

¹⁸ *Ibid.*, 9, par. 15.

¹⁹ *Ibid.*, 9, par. 23.

²⁰ *Ibid.*, 9, par. 41.

²¹ *Yearbook of International Law Commission* Vol. I/1963, 20, par 73.

трашњег права.²² Примењена на конкретно питање, дуалистичка концепција повлачи разлику између интерне и међународне ваљаности уговора, односно, ако се задржимо на ратификацији, између међународноправне (*extrinseque*) и уставноправне (*intrinsèque*) ратификације.²³ У случају закључења уговора повредом унутрашњих прописа о надлежности од стране органа које међународно право сматра овлашћеним да говоре у име државе, уговор је обавезан за државу са становништа међународног права, док на унутрашњем плану такав уговор могу прихватити судови и други органи као *fait accompli*, илегалан по свом пореклу,²⁴ или одбити примену уговора по цену ангажовања међународне одговорности државе.²⁵

б) Постојање одвојених, генетски независних надлежности државних органа на унутрашњем и међународном праву. Ови органи су унутрашњу надлежност добили од унутрашњег права, а међународну од међународног права. Услед те генетске раздвојености, једна уговорница нема ни потребу ни право да улази у оцену да ли се представник друге уговорнице понаша у складу са одредбама унутрашњег права своје земље.

Међународно право фактички установљава необориву претпоставку (*praesumptio iuris et de iure*) да орган који оно овлашћује да у међународним односима заступа државу, поступа у складу са унутрашњим правом. Аргумент се допуњава начелом ефективитета које *in concreto* подразумева сазнање о томе ко је ефективно највиши орган спољњег заступања ако је реч о издавању ратификационих инструмената,²⁶ односно који су уопште ефективни органи спољњег заступања када се ради о изражавању пристанка на обавезивање на друге начине (тј. начине које међународно право признаје поред ратификације).

в) Потреба очувања ауторитета правила *pacta sunt servanda*. Потребе стабилности и извесности у уговорним односима налажу да се државе приликом склапања уговора ослоне на јаснији и сигурнији основ од прописа унутрашњег права, а тај основ види се у категорији видљиве,

²² V. Ibler, 279–281.

²³ *Ibid.*, 271; А. Магарашевић, *Основи међународног права и међународних односа*, Београд 1968, 281; Против такве поделе вид. М. Бартош, 230.

²⁴ Q. Wright, “The constitutionality of treaties“, *American Journal of International Law* Vol. 13/1919, 242, 250.

²⁵ *Ibler* каже: „... Уговор (би) иначе у сваком случају требало испуњавати и тако на једну протузаконитост везати и саставити другу (испуњење уговора која интерправно није на снази)... Са стајалишта међународног права држимо да је неиспуњење уговора његово кршење и да повлачи за собом дужност и обавезу надокнадити недужној страни тако насталу штету.“ – V. Ibler, 283.

²⁶ *Ibid.*, 281.

очигледне способности (*apparent ability*) одређених лица да у својству државних органа обавезу своју државу. У супротном, створио би се широк простор за испољавање *malo animo*, злонамерна истицања повреде унутрашњих прописа као претекст за ослобађање од извесних уговорних обавеза.

г) Уговорна способност државе је категорија међународног права. Стога, логично је да и модалитети вршења тога права буду предмет међународноправног регулисања. Логици ствари додаје се и разлог практичне природе. С обзиром на то да је унутрашња регулатива у овом погледу веома различита, то конкретном случају међународно право, предвиђајући једнака решења за све чланице међународне заједнице, уноси елеменат стабилности.

д) Држава се не може позивати на своје унутрашње право ради ослобађања од уговорних обавеза. Ово правило се сматра општеприхваћеним²⁷ и снажно истакнутим у јуриспруденцији међународних судова.²⁸

Теоријским аргументима се прикључују и аргументи практичне природе.

а) Прописи унутрашњег права често су штури, нејасни и, тако, подложни различитим тумачењима. Нису ретке ситуације да се јединствена тумачења не могу постићи на унутрашњем плану,²⁹ па се онда логички намеће питање: да ли је то могуће учинити на међународном плану? Могуће је, на пример, замислити случај да шеф државе, оцењујући да је ситуација ургентна, преузме одговорност за ратификацију уговора, иако је свестан да за такав поступак нема одобрење представничког тела, јер сматра да то налаже егзистенцијални интерес државе. Да ли је тада оправдано политичкој оцени највишег органа спољњег заступања једне државе супротставити сопствену оцену засновану на граматичком тумачењу одредаба туђег унутрашњег права?

б) Неприкладност истраживања и квалификације унутрашњег права сауговорача. Упуштајући се у подробну анализу уставног права друге уговорнице, што је извесно логична претпоставка уставног приступа, и дефинишући свој став према том праву, уговорница се практично меша у унутрашње послове друге уговорнице и вређа њен суверенитет. То је нарочито упадљиво у случају да из те анализе проистекне уверење да

²⁷ Члан 27 Конвенције утврђује: „Држава се не може позивати на одредбе свог унутрашњег права као оправдање за неизвршење уговора.“

²⁸ Случај слободних зона Жекса и Савоје – *Publications of Permanent Court of International Justice*, Ser. A, No. 24, 12; Случај Грчко-бугарских заједница – *Publications of Permanent Court of International Justice*, Ser. A/B, No. 44, 24; Случај права риболова – *International Court of Justice Reports* 1951, 181.

²⁹ Вид. проблем тумачења чл. 27 Устава Француске: М. Бартош, 231, фн. 1.

је, рецимо, шеф извршне власти прекорачио своја уставна овлашћења приликом склапања уговора. Шта тада чинити? Постоје две могућности у оквиру логике уставне теорије: да се без образложења одустане од закључења уговора или да шеф извршне власти друге државе обелода-ни претпостављену повреду устава, што би довело до природне реак-ције у облику одбране свог највишег органа спољњег заступања.

в) Немогућност испитивања прописа унутрашњег права у случају склапања мултилатералних уговора. Ако за тренутак прихватимо да је правно и фактички могуће утврдити релевантне уставне прописе друге државе, поставља се питање да ли је то могуће у односу на све ситуације. Очигледно је да је таква претпоставка на врло климавим темељи-ма у односу на мултилатералне уговоре и то, барем, из два разлога: прво, због учешћа великог броја уговорница са различитим правним системима; и друго, због могућности да државе које нису учествовале у преговорима *ex post* стекну статус уговорнице приступањем. Да би се поменута претпоставка макар и делимично остварила, требало би, у ствари, међународну конференцију сазвану с циљем закључења угово-ра претворити у скуп који би се бавио упоредноправном анализом уну-трашњих прописа преговарача о надлежности за закључења уговора.

г) Раширена пракса склапања уговора у упрошћеној форми. Ова вр-ста уговора се, у светлу уставних одредаба великог броја држава, може квалификовати као противуставна. Међутим, међународна пракса не само што не оспорава ваљаност оваквих аранжмана, већ бележи њихов стални пораст како у погледу броја, тако и у погледу значаја питања која се њима регулишу. Штавише, ни унутрашњи судови нису склони да уговорима у упрошћеној форми одрекну ваљаност.³⁰

2.2. Уставна теорија

Према уставној теорији, поштовање прописа унутрашњег права о надлежности за закључење уговора јесте *conditio sine qua non* ваљано-сти уговора. То је, можемо констатовати, упориште око кога се групишу све присталице ове теорије. Не слажу се потпуно у томе како до овога долази – да ли вољом националног законодавца или вољом међународ-не заједнице која унутрашњем поретку делегира право да одреди органе надлежне да обавезу државу на међународном праву. Присталице овог

³⁰ Вилдхабер (*Wildhaber*) је предузео опсежну анализу те праксе и дошао до закључка да „сви унутрашњи судови веома нерадо повлаче јасну, оправдану разлику између уговора и споразума у упрошћеној форми“ и чак су још одбојнији у томе да „оглас противуставности било ког споразума у упрошћеној форми“. – L. Wildhaber, *Treaty Making Power and Constitution: An International and Comparative Study*, Helbing and Lichtenhahn, Basel and Stuttgart 1971, 143.

схватања су у упадљивој мањини,³¹ што свакако ваља приписати чињеници да ово схватање имплицитно негира постојање међународног права. Већина заговара идеју о *renvoi* међународног права на унутрашње право.³² На тај начин, прописи унутрашњег права о надлежности улазе у *corpus* правила међународног права.

Према томе, држава се, ступајући у преговоре ради закључења уговора, не може ослонити на способност неких државних органа да изразе вољу државе, макар то били и шеф државе или владе, а да не дође у ситуацију да склопљени уговор буде нападнут због претпостављене повреде унутрашњег права других учесника у преговорима. Поштовање прописа унутрашњег права је битан услов за формирање воље државе, тако да је уговор закључен повредом тих прописа ништав или рушљив.

Уставна теорија је прихваћена у већем броју доктринарних кодификација.³³ Уграђена је и у Конвенцију о уговорима,³⁴ усвојену на Шестој међународној конференцији америчких држава, одржаној у Хавани 1928. и у Нацрту међународне комисије америчких правника³⁵ од 1927. године.

У духу те теорије формулисан је чл. 4 Нацрта првог специјалног известиоца Брајерлија:

1. „Уговорну способност једне државе или међународне организације може вршити било који орган или органи дотичне државе или међународне организације који су предвиђени њеним уставом.
2. Ако не постоји супротна одредба у њеном ставу, сматра се да је уговорна способност једне државе поверена шефу државе“.³⁶

³¹ Тако, Шаји (*Chailley*) каже да: „Drot constitutionnel en tant que tel qu'il appartient de déterminer les règles de compétence et de procédure...“ – P. Chailley, *La nature juridique des traites internationaux selon le droit contemporain*, Librairie du recueil Sirey (Société Anonyme), Paris 1932, 180.

³² *Renvoi* се различито схвата. Русо (*Rousseau*) наводи три теорије о *renvoi*. – Ch. Rousseau, *Droit international public*, I, Sirey, Paris 1970, 195–196. С обзиром на то да ове разлике не дирају основну примесу уставне теорије, о њима нећемо посебно расправљати.

³³ Dudley Field's Draft Code art. 190. Field's Outlines of an International Code, 1876; J.C. Bluntchill, *Le droit international codifié 1881*, art. 404 bis-trad. Lardy; Fiore P., *International law codified 1918*, 752.

³⁴ Члан 1 Конвенције гласи: „Уговори ће се склапати од стране надлежних држава или њихових представника у складу са односним интерним правом.“ – Hudson, *International legislation 1931*, IV, 2378.

³⁵ Слично је формулисан и чл. 1 нацрта усвојеног на VI конференцији америчких држава 1927.

³⁶ Report by J. L. Brierly, Special Rapporteur, Doc. A/CN 4/23, art. 4.

У Комисији је, како смо истакли,³⁷ била подржана у дискусији поводом Брајерлијевог нацрта, али је та подршка пресахнула у дискусијама вођеним 1963, мада су је елоквентно заступали Тункин (*Tunkin*),³⁸ Јасин (*Yaseen*)³⁹ и Паредес (*Paredes*).⁴⁰

Аргументима уставне концепције није одолео ни део наше теорије. Писац првог уџбеника међународног права на српскохрватском језику М. Новаковић каже да „уставно право појединих држава одређује надлежну власт за закључење уговора“.⁴¹ Надаље, истиче да ако шеф државе, супротно уставу, ратификује уговор не сачекавши *vetum* парламента, та би ратификација била потчињена једном резолутивном услову и осуђена да падне ако парламент одбије ратификацију.⁴² Проф. Бартош квалификује као теоријски исправан став о ништавости противуставне ратификације, мада сматра да је опасан по правни саобраћај између држава.⁴³ Бакотић и Пађен изгледа су такође склони да прихвате аргументе уставне теорије, мада је њихов став недовољно прецизан. Наиме, констатујући да „добар део данашњих међународних обавеза настаје уз повреду или барем заобилажење уставних прописа“, они изражавају сумњу у практичну примену чл. 46 Конвенције, али такође истичу да је „битно (је) обратити позорност на чињеницу да међународно право, ипак о тим унутрашњим ограничењима води рачуна“, те да је стога „потребно пронаћи темељне уставне прописе који одређују надлежност за закључивање међународних уговора“.⁴⁴ Проф. Јанковић се о овом питању не изјашњава директно, али приликом разматрања противуставне ратификације истиче да данас преовладава гледиште да противуставна ратификација не може бити пуноважна, и притом указује на то да би супротно решење „било противно правној свести“, те да „пракса држава, а и судска пракса, даје доста примера који говоре у прилог овог схватања“.⁴⁵

Уставна концепција се подупире следећим теоријским аргументима:

- 1) *Maxima quae cum alio contrahitur non est vel non debet esse ignarus conditiones eius*.⁴⁶ Ово правило, преузето из грађан-

³⁷ В. анализу интернационалистичке теорије.

³⁸ *Yearbook of International Law Commission* Vol.I/1963, 15, par. 20.

³⁹ *Ibid.*, 6–7, par. 43, 44.

⁴⁰ *Ibid.*, 10–11, par. 32, 33.

⁴¹ М. Новаковић, *Основи међународног права*, II, Привредник, Београд 1938, 78.

⁴² *Ibid.*, 87.

⁴³ М. Бартош, 234.

⁴⁴ И. Пађен, Б. Бакотић, *Вањски послови Југославије*, Зрински, Чаковец 1972, 57.

⁴⁵ Б. Јанковић, *Међународно јавно право*, Научна књига, Београд 1970, 258.

⁴⁶ Неодређени домашај ове Улпијанове максиме дефинише Ривије (*Rivier*): „Ово

ског права, где, иначе, нема универзалну примену, подразумева двоструку обавезу државе која учествује у преговорима за закључење уговора:

а) Да установи који орган по унутрашњем праву другог преговарача надлежан да закључи уговор; и

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

2) У случају повреде уставних ограничења, нема сагласности воља. По овом схватању, интернационалистичка теорија повлачи неодрживу разлику између воље унутар државе и воље државе у међународним односима. Поштовање уставних прописа услов је за формирање воље, те непоштовање тих прописа значи да воља државе није ни формирана. Признати ваљаност уговору који је настао на такав начин значило би, по овом схватању, ићи против правила *ex iniuria jus non oritur*.

3) Неприхватљиво је да се један уговор може сматрати ваљаним на међународном плану, а неважећим на унутрашњем плану. Уговор се закључује са циљем да се регулише одређени однос по међународном праву, а тај циљ се у случају уставних ограничења не може остварити, јер неважност уговора на унутрашњем плану подразумева његову неприменљивост.

У исто време, указује се и на правнополитичке ефекте уставне теорије у виду позитивног учинка поштовања уставних ограничења по одржање демократије и представничке владе (*representative government*). Сматра се да толерисање противуставних поступака извршне власти крњи прерогативе представничког тела и подрива темеље демократије. Сличном циљу служи и аргумент да поштовање уставних ограничења иде у прилог малим земљама, с обзиром на могућност неовлашћеног закључивања уговора који би дирали у његове виталне политичке и економске интересе.⁴⁷

правило је основано на очигледној користи и самој природи ствари; њега треба одржати као правило доброг понашања у томе смислу... да се незнање или равнодушност у таквој прилици може сматрати као непажња или повреда права на поштовање. Али то правило не треба узети у обзир у томе смислу да треба проверавати реч поглавара стране државе... такво проверавање било би такође непоштовање.“ – А. Ривије, *Основи међународног права* II, Београд 1898, 50–51.

⁴⁷ *Yearbook of International law Commission* Vol. I/1963, 9, par. 11.

2.3. Еклектичке или мешовите теорије

Под мешовитим или еклектичким теоријама подразумевамо општи (збирни) назив за схватања која покушавају да премосте растојање које дели интернационалистичку и уставну теорију. У зависности од чињенице да ли у конкретnoj 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) Модификације ове оријентације су бројније. *Ratio* њиховог настанка лежи у спознаји о опасности коју ригидна уставна теорија носи по правилу *pacta sunt servanda*. Уопште узев, одступања од премисе да су уставна ограничења од утицаја на ваљаност међународног уговора су двојака. С једне стране, огледају се у признавању таквих дејстава само оним ограничењима која се тичу надлежности за закључење уговора и, с друге стране, у дефинисању услова под којима та ограничења могу утицати на ваљаност уговора. У материјалном смислу, ти услови су обезбеђења од претераног прибегавања претпостављеној повреди уставних ограничења ради ослобађања од уговорних обавеза.

Према једном схватању, само повреда јасних и очигледних уставних одредаба представља правни основ неважности уговора. Бадеван (*Basdevant*) каже да „*L'autre Etat n'a pas a la controler, a verifier son exactitude constitutionnelle*“. Међутим, повлачи разлику између простих ирегуларности у поступку и материји ратификације и очигледне повреде устава (*en violation manifeste de la Constitution*). У потоњем случају било би, према схватању Бадевана, супротно начелу узајамног поштовања које државе дугују једна другој инсистирати на обавезној снази тако закљученог уговора. Држава која би истакла ваљаност таквог уговора повредила би своје међународне обавезе.⁴⁸

Слично је схватање Мек Нера (*Mc Nair*). Истина, овај аутор утврђује неколико услова који треба да се стекну да би повреда релевантних уставних ограничења фигурирала као основ ништавости. Из тог разлога, Мек Нерово схватање садржи у себи неколико варијанти уставне теорије. Варијанта о којој сада расправљамо састоји се у томе да се држава која пориче ваљаност уговора закљученог у њено име може с

⁴⁸ J. Basdevant, “La conclusion et la redaction des traites“, *Recueil des Cours Collected Courses the Hague Academy of International Law* Vol. 15/1926, 581.

тим циљем позвати само на одредбе устава или уставног права које се односе на надлежност за склапање уговора, или се односе на форму у којој уговор има бити сачињен уколико су оне очигледне (*notorius*) и могу бити лако установљене истраживањем (*inquiry*).⁴⁹

Према другом схватању, релевантност уставних ограничења коригује се правилом о преклузији (*estopped*). Разлике постоје у односу на конкретне радње или пропусте који доводе до преклузије. О'Конел (*O'Conel*) наводи публикување уговора и његово уношење у листу уговора, те случај кад држава приликом закључивања уговора пропусти прилику да истакне резерву ратификације.⁵⁰ Мек Нер, ипак, налази такве разлоге у протеклу времена, делимичном извршењу или сличном понашању.⁵¹ У том духу се изјашњава и *Lauterpacht* – држава се не би могла позвати на повреду својих уставних прописа ако је пропустила да се на њу позове у дужем року или се понашала у складу са одредбама уговора или се користила одредбама уговора склопљеног противно њеним уставним прописима.⁵²

Треће схватање везује читав проблем за одговорност државе. Харвардски пројекат у чл. 21 стимулише: „Држава није везана уговором склопљеним у њено име од стране органа или власти која по њеном праву није надлежна да закључи уговор; међутим, држава може бити одговорна за штету која настане по другу државу из разумног ослањања (*reasonable reliance*) од стране потоње да је тај орган или власт надлежан да закључи уговор“.⁵³ Овакав изузетак заступају још Мер Нер⁵⁴ и Лаутерпахт.⁵⁵

По четвртој модификацији, од значаја је добра вера за саговорача. Тако је Фердрос (*Verdross*) предложио да се у чл. 5 Волдоковог нацрта укључи одредба на основу које би се исуљчила примена правила из параграфа 2 и 3 поменутог члана у случају да су органи надлежни за закључење уговора „били свесни или требало да буду свесни, да уговор не може бити дефинитивно закључен без пристанка другог органа или других органа заинтересоване државе“.

Ту би ваљало подвести и случај када је држава била свесна или је могла бити свесна извесне уставне нерегуларности, али је томе претпоставила становиште органа друге државе да је ствар у реду са гледишта

⁴⁹ Mc Nair, “Constitutional Limitations of Treaty Making Power“, *Selected Papers and Bibliography of Lord Mc Nair*, A. W. Sijthoff, Leiden 1974, 77.

⁵⁰ O'Connel, *International Law*, I, 1965, 240–241.

⁵¹ Mc Nair, 77.

⁵² Report by H. Lauterpacht, Doc. A/CN, 4/63, 141.

⁵³ *Supplement to the American Journal of International Law* Vol. 29, 4/1935, 992.

⁵⁴ Mc Nair, 77.

⁵⁵ Report by H. Lauterpacht, Doc. A/CN, 4/63, 141.

њеног устава. Претпоставка је да се државе у својим међусобним односима понашају *bona fide*, тако да се не би могло улазити у оцену законаности становишта које је изнео надлежни орган поводом питања тумачења унутрашњег права државе коју тај орган заступа.

Пет група присталица ублажавања постулата уставне теорије квалификује као релевантна само ефективна уставна ограничења. Принцип ефективности, дакле, доживљава јанусовску судбину – користе га као кључни аргумент и присталице уставне и присталице интернационалистичке теорије. У конкретној модификацији актуелан је тако што се сматра да само ефективне уставне одредбе које се тичу надлежности органа утичу на ваљаност уговора. Теоријски основ ове модификације је схватање о живом уставу или уставу у материјалном смислу речи.

Б) Модификације интернационалистичке теорије су малобројне и састоје се, углавном, у ограничавању апсолутног дејства изјава органа који по међународном праву имају јасно и несумњиво овлашћење да обавезују своју државу у међународним односима. Техника којом се та ограничења остварују је двојака: с једне стране, рестриктивно се одређује круг лица која поседују јасно и несумњиво овлашћење (*ostensible authority*), а с друге стране, утврђују се услови под којима се акти и пропусти таквих лица могу, у светлу односне унутрашње регулативе, квалификовати као основ неважности уговора. Прва ограничења се могу одредити као формална, друга као материјална ограничења.

Као типичан пример првог ограничења може се навести учење о дистинкцији између надлежности да се воља државе изјави у њеним спољашњим односима (*Willens-Erklärungsberfugnis*) и надлежности у погледу самог формирања те воље (*Willens-Bildung*).⁵⁶ Потоња надлежност се односи на правила унутрашњег права која у уговорном процесу захтевају учешће државних органа различитих од оних у чијој је надлежности изражавање пристанка на обавезивање.

Са становишта предмета о коме расправљамо, ова ограничења су од интереса само за унутрашње право. Ограничења се, стога, нужно везују за органе који су иначе овлашћени да делују у име државе у међународном односу. Тако, Гек (*Geck*)⁵⁷ предлаже да се овлашћеним лицима за изражавање пристанка на обавезивање сматрају шеф државе, шеф владе, министар спољних иностраних послова и било које друго лице које поседује пуномоћје издато од наведених органа. Релевантност уставних ограничења зависи од тога који од побројаних органа изражава при-

⁵⁶ W. K. Geck, “Conclusion of Treaties in Violation of internal law“, *Zeitschrift für auslandishes un öffentlishes Rest and Völkerresht* Vol. 27, 3/1967, 439.

⁵⁷ *Ibid.*, 448–449.

станак на обавезивање, као и од околности да ли и под којим условима овлашћено лице претендује да изрази пристанак на обавезивање.

Према овом схватању, принцип добре вере⁵⁸ налаже ирелевантност уставних ограничења у случају да пристанак на обавезивање изрази шеф државе или лице које поседује пуномоћје издато од шефа државе, шефа владе или министра иностраних послова. То правило, *mutatis mutandis*, важи и за шефа владе, односно министра иностраних послова у случају ако поседује овлашћење за изражавање изричитог пристанка које је издао шеф државе. Остају, дакле, потреба за утврђивањем правила унутрашњег права и, према томе, могућност да се та правила истакну као основ неважности уговора, само у случају ако се шеф владе или министар иностраних послова претендује на уставно овлашћење да изразе пристанак на обавезивање независно од шефа државе.

Друго ограничење интернационалистичке теорије представља у ствари варијанту учења о очигледним повредама унутрашњег права са промењеном полазном премисом. Та варијанта нашла је своје место у чл. 46 Конвенције, као део важећег, позитивног права.⁵⁹

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Аврамов, Смиља, *Међународно јавно право*, Савремена администрација, Београд 1980;
2. Andrassy, Juraj, *Međunarodno pravo*, Školska knjiga, Zagreb 1990;
3. Anzilotti, Dionisio, *Cours de Droit International I*, Paris 1929;
4. Бартош, Милан, *Међународно јавно право*, Књига III Уговорно право, Култура, Београд 1958;
5. Basdevant, Jules, “La conclusion et la redaction des traites“, *Recueil des Cours Collected Courses the Hague Academy of International Law* Vol. 15/1926;
6. Bishop General Course of Public International Law, *Recueil des Cours, Collected cours of the Hague Academy of International Law* Vol. 115, 1965;
7. Blix, Hans, *The Treaty-making power*, Stevens and Sons Ltd., London 1960;
8. Verzijl, J. H. W., *The jurisprudence of the World Court I*, Sijthof, Leyden 1965;

⁵⁸ Основ оваквог решења налази се у општој уставној пракси да се шефу државе признаје право да својим изјавама непосредно обавезује државу. – *Ibid.*, 440.

⁵⁹ О томе, види М. Крећа, *Уговорна способност држава у међународном праву*, Научна књига, Београд 1991.

9. Geck, W. K., “Conclusion of Treaties in Violation of internal law“, *Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht* Vol. 27, 3/1967;
10. Ibler, Vladimir, „Protivustavna ratifikacija“, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo* 2/1956;
11. Јанковић, Бранимир, *Међународно јавно право*, Научна књига, Београд 1970;
12. Jones, Mervyn, *Full powers and ratification; A Study in the development of Treaty – making procedure*, Cambridge University Press 1946;
13. Крећа, Миленко, *Уговорна способност држава у међународном праву*, Научна књига, Београд 1991;
14. Магарашевић, Александар, *Основи међународног права и међународних односа*, Београд 1968;
15. Mc Nair, Arnold Duncan, “Constitutional Limitations of Treaty Making Power“, *Selected Papers and Bibliography of Lord Mc Nair*, A. W. Sijthoff, Leiden 1974;
16. Новаковић, Милета, *Основи међународног права*, II, Привредник, Београд 1938;
17. O’Connel, *International Law*, I, 1965;
18. Пађен, Иван, Бакотић, Божидар, *Вањски послови Југославије*, Зрински, Чаковец 1972;
19. Поповић, Ђура, *Међународно уговорно право*, Београд 1939;
20. Ривије, А., *Основи међународног права* II, Београд 1898;
21. Rousseau, Charles, *Droit international public*, I, Sirey, Paris 1970;
22. Schwarzenberger, Georg, *International Law*, Stevens, London 1957;
23. Silbert, M., *Traite de droit International public*, Librairie Palloz, Paris 1951;
24. Fairman, C., “Competence to bind the State in International, Engagement“, *American Journal of International law* Vol. 30, 1936;
25. Fitzmaurice, Gerald, “The Law and the procedure of the International Court of Justice“, *British Yearbook of International Law* Vol. 33, 1957;
26. Fitzmaurice, Gerald, *Third Report on the Law of Treaties*, Doc. A/CN, 4/115;
27. Hohenveldern, Seid I, *Transformation or adoption of International Law into Municipal Law*, ICLO Vol. 88, 1963;
28. Holloway, Kaye, *Modern trends in treaty law*, Stevens and Sons, London 1967;
29. Chailley, Pierre, *La nature juridique des traites internationaux selon le droit contemporain*, Librairie du recueil Sirey (Société Anonyme), Paris 1932;
30. Wildhaber, Luzius, *Treaty Making Power and Constitution: An International and Comparative Study*, Helbing and Lichtenhahn, Basel and Stuttgart 1971;

31. Wright, Quincy, “The constitutionality of treaties“, *American Journal of International Law* Vol. 13/1919;
32. *Yearbook of International law Commission* Vol. I/1963.

Full Professor Milenko Kreća, LL.D.

Faculty of Law, University of Belgrade

THEORETICAL CONCEPTIONS ABOUT AUTHORITATIVE LAW IN THE SUBJECT OF THE REPRESENTING STATES

In foro externo – Internal or international law?

Summary

The author analyzes theoretical conceptions about the issue whether the internal or international law is authoritative in the subject of representation of a state in international relations. The rules of internal and international laws on the status and authorization of state organs in international relations do not necessarily concur. For this reason it is important to determine whether internal or international law has a primacy.

Particular attention in the paper is dedicated to two theories, the internationalist, and the constitutionalist, which give different answers to the question whether and to what extent the violation of formal restraints enacted by the norms of internal law is relevant for international law. The author also analyzes the eclectic theories, which differ among themselves very much.

Key words: *Authoritative law; Representation of states; Internationalist theory; Constitutionalist theory; Eclectic theories.*