

Прегледни рад

Примљено: 25. 4. 2014.

UDK 796:34

Ревидирана верзија: 26. 10. 2014.

Одобрено за штампу: 18. 6. 2015.

ФИДУЦИЈАРНА ТЕОРИЈА КАО ПОКУШАЈ ПОМИРЕЊА КОНЦЕПТА ДРЖАВНОГ СУВЕРЕНИТЕТА И КОНЦЕПТА МЕЂУНАРОДНОГ *JUS COGENS*-А

Сенад Ф. Ганић

Државни универзитет у Новом Пазару, Департман за правне науке,
Нови Пазар, Србија
sganic@np.ac.rs

Апстракт

Постојање норми које се у хијерархији јављају као норме које се налазе изнад норми националних правних поредака и које се државама могу наметнути без њиховог пристанка, још увек је контроверзна појава у правној науци. Иако је њихова егзистенција данас неупитна, још увек постоји огромна доза отпора у њиховом прихватању која чини да *jus cogens* норма у међународном праву још увек није у потпуности објашњена. Један од кључних разлога зашто је то тако је тај што се ова норма јавља као негација државног суверенитета, с обзиром на то да руши концепцију о држави као правно неограниченој творевини, што је још увек, код великог дела научне јавности, један од конститутивних елемената државне суверености. У покушају да баци ново светло на природу и порекло когентних норми али и да релаксира, у концепцијама које се нуде, иначе супротстављени однос између ових норми и државне суверености, појавила се једна нова теорија која, чини се, даје одговоре на питања која је когентна норма са собом донела. Фидуцијарна теорија о *jus cogens*-у је, сматрамо, свакако један од успешнијих покушаја у том правцу и држимо да је од изузетне важности да научну али и ширу јавност упознамо са њеним основним поставкама и резултатима до којих је дошла.

Кључне речи: Државни суверенитет, *Jus Cogens*, фидуцијарна теорија.

A FIDUCIARY THEORY AS AN ATTEMPT TO RECONCILE THE CONCEPT OF STATE SOVEREIGNTY WITH THE CONCEPT OF INTERNATIONAL *JUS COGENS*

Abstract

The existence of norms being in the hierarchy appears as norms that are above the norms of national legal orders, and the ones can be imposed to the states without their consent, is still a controversial appearance in jurisprudence. Although their existence is

now unquestionable, there is still a huge dose of resistance in their acceptance making the *jus cogens* norm in the international law not to be fully explained yet. One of the key reasons why it is so is that this norm appears as a negation of the concept of state sovereignty, since it destroys the concept of the state, as the unlimited entity in the legal sense, which is still, for a large part of the scientific community, one of the constituent elements of the state sovereignty. In an attempt to shed a new light onto the nature and origin of *jus cogens* norms but also to relax, in the conceptions being offered until now, a conflicting relationship between them and the state sovereignty, a new theory has appeared that seems to be giving answers to questions that *jus cogens* brought along. The Fiduciary theory of *jus cogens*, we think, is certainly one of the most successful attempts in this direction, and we consider of great importance to make familiar the scientific and general public with its basic assumptions and the results of this theory.

Key words: State Sovereignty, *Jus Cogens*, Fiduciary Theory

УВОД

Иако је концепт *jus cogens* норми први пут званично потврђен у Бечкој конвенцији о праву уговора, он је свакако био предмет ранијих академских дебата, нарочито у првој половини 20. века. Без експлицитног навођења ових норми изразом којим их данас именујемо, многи писци су признавали егзистенцију неких виших норми са којима морају бити сагласне норме које деривирају из осталих извора међународног права, а пре свега међународних уговора. Једна од највероватније првих озбиљнијих расправа о *jus cogensu* садржана је у чувеном раду Алфреда Вердроса (Verdross) из 1937. године, у којем он каже да: „нити један правни поредак не може признати... уговоре који су у очитој супротности са моралом одређене заједнице“ (Verdross, 1937, стр. 572; Criddle & Decent, 2009, стр. 335). Ово зато што, како он даље истиче, сваки правни поредак „има своје корене у моралу одређене заједнице“ и што се право „не може разумети одвојено од његове моралне базе“ (Verdross, 1937, стр. 572–756). Академске расправе које су вођене уочи припреме Бечке конвенције пружиле су довољно грађе да Комисија за међународно право закључи да у општем међународном праву данас постоје одређена фундаментална правила међународног јавног поретка противно којем државе не могу склапати уговоре, што је уважено од свих представника који су пришли овом питању, а то је био корак од изузетног значаја и важности за прогресивни развој међународног права. Даље је истакнуто да је традиционално постојање међународноправног поретка одувек била контроверзна идеја, али је еволуција међународне заједнице последњих година, а изнад свега подстрек који јој даје Повеља, помогла да се појам *jus cogens* преточи у позитивно правило међународног права (Report of the Sixth Committee to the General Assembly, 1963).

Најистакнутији писци, такође, недвосмислено су прихватили постојање међународних норми вишег реда. Кристијан Волф (Wolf) и Емерик Вател (Vattel) истицали су да свакако постоји право које државе не могу изменити уговорима (Verdross, 1966, p. 56). Мекнер (Mc Nair) пак истиче да постоје:

„многа правила обичајног међународног права која припадају вишој категорији и која се не могу избећи нити модификовати од стране држава уговорница“ (McNair, 1961, стр. 213).

Фицморис (Fitsmaurice) за норму *jus cogens* каже да је то норма која садржи „обавезе апсолутног карактера... која не зависи од неке друге норме и чије је поштовање нужно у било којој прилици“ (видети шире: Petsche, 2010, p. 6, fn. 25). Професор Миленко Крећа опет истиче да:

„постоји, наиме, одређени фонд правних принципа и института чија је важност тако очигледна и несумњива да због тога улазе у сам генус права“ (Крећа, 1977, стр. 89).

Међутим, иако је егзистенција ових норми у међународном праву данас неупитна, још се увек води дебата по питању правне природе ових правила, основа из којег црпе легитимитет, те, коначно, њиховог садржаја. О томе говори и чињеница да још увек немамо документ који нам барем *exempli causa* наводи примере ових норми, па ми и данас садржај ових норми сазнајемо из доктринарних извора те праксе судова и међународних организација. Свакако да се ради о једном контроверзном појму у међународном праву, те феномену који је под ударом од стране нарочито оног дела научне јавности који у објашњењу међународног права и његових творевина полази од државног суверенитета схваћеног у смислу правне неограничености државне власти, па самим тим и немогућности да се држави наметне правило на које она није дала свој пристанак. Ипак је, међутим, признање ових норми у Бечкој конвенцији само још један доказ снаге њихове егзистенције над напорима њиховог негирања.

JUS COGENS VERSUS СУБЕРЕНА ДРЖАВА

Један од највећих проблема у међународном праву јесте управо објашњење правне природе перемпторних норми,¹ као норми које

¹ За ову категорију норми користе се различити термини, и то како у српском тако и на страним језицима. У том смислу се за ове норме каже да су: когентне, перемпторне, императивне итд. Ови термини указују на посебну природу ових норми које се својом нужношћу у поштовању и примени разликују од осталих, тзв. диспозитивних норми међународног права, чији настајак и примена зависе од претходне сагласности појединачне државе.

се улогом која им је призната, као и начином на који делују на све актере у међународномобраћају, јављају као антипод једног устаљеног традиционалног схватања међународног права које основ важења свих, па и међународних норми, види у вољи државе. Ипак, како истиче професор Кристенсон (Christenson): „Упркос својој неодређености концепт је продро у свест дискурса међународног јавног права“ (Christenson, 1988, стр. 586). Ова неодређеност концепта *jus cogens-a* учинила је међутим да се он раби у најразличитије сврхе. Тако ће публицисти и коментатори шпекулисати његовим значењем и доктрином препуном таутологије и контрадикторности, протагонисти ће га сматрати довољно флексибилним да би га користили као подршку њиховим одређеним идеолошким гледиштима, док ће се државници повремено позвати на ову норму како би „изразили љутњу“ и појачали сопствену аргументацију. Са друге стране, и судови су се показали као веома опрезни да би се у потпуности ослонили на *jus cogens* чак и у оним случајевима када је то било очигледно могуће. Пракса држава у позивању на перемторне норме дуго је била сумњичава и фрагментисана (Christenson, 1988, стр. 586). И уместо да се временом дође до једног јаснијег и научно прихватљивијег приступа овој, сада већ оделитној појави у међународном праву, чини се да се „теоријска агонија“ са покушајем да се овај правни концепт објасни само продубљује. Један од кључних разлога зашто је то тако крије се у чињеници да се нове појаве покушавају објаснити старим разлозима и аргументима, па се, коначно, не може доћи ни до каквог сувислог закључка. Штавише, некада се чини да таква објашњења не само да не доприносе разјашњењу и објашњењу нечега, што је констатовано као реалност, већ управо супротно, служе додатном замагљењу и конфузији. Некада се то дешава из разлога што ни право, као ни било која друга друштвена појава, није имуно на субјективне приступе у научном дискурсу, који често чине да њихов резултат, упркос доброј намери, буде једностран. Некада се, међутим, то ради намерно. Ово нарочито онда када научни дискурси служе апологетици устаљених схватања из разлога који се не могу окарактерисати као научни. Јер, како то још једном потврђује и професор Ракић: „право је увек било тесно везано за политику“, нарочито када је реч о „неким гранама права, попут уставног, међународног јавног права и сл.“ (Ракић, 2009, стр. 2009). Но било да је реч о субјективном приступу, било да је реч о објективној немогућности да се да адекватан одговор, концепт *jus cogens-a* у међународном праву остао је до данас недовољно објашњен а постојеће концепције у себи не садрже неке уочљиве разлике које би нам дале колико толико потпунију слику. Такво стање је, мора се признати, неприхватљиво из много разлога. Пре свега због тога што *jus cogens* норма јесте спецификум и *punctum saliens* међународног права данашњице, а

принципи које та норма представља и штити су такви да се њихова примена не исцрпљује само на међународним уговорима, већ су примењиви и на сваку другу активност државе (Meron, 1986, стр. 1–21). Проблем је, међутим, што се, као таква, когентна норма у међународном праву, својом неизбежношћу у поштовању и примени, најдиректније супротставља концепту државног суверенитета. И то, како оном у традиционалној доктрини, која постојање перемпторних норми никада није отворено ни признала, тако и у концепту државног суверенитета како се он и данас објашњава, заглављеном у идеји правне неограничености државе, које се теоретичари још увек нису одрекли, а чија логика се оштро супротставља логици перемпторне норме. Због тога је у праву професор Крећа када каже да би присталице волунтаристичког правца „питање норми *jus cogensa* најрадије прећутали“, и то због тога што „*jus cogens* руши саме основе минуциозне концепције по којој све обавезе произилазе из воље државе“ (Крећа, 1977, стр. 35–36). Нове појаве указују на промене које се дешавају па их је немогуће објаснити без нових научних приступа. То је нарочито важно у ситуацији када се у пројектованим научним оквирима од којих се никако не одступа, јављају тензије које чине да цела научна слика која се нуди буде самооповргљива. *Jus cogens* норме у међународном праву, на начин како се схватају и објашњавају, с једне стране, и државни суверенитет и начин на који се схвата и објашњава, нарочито у делу који се тиче правне неограничености државе, с друге стране, не могу егзистирати заједно јер се налазе у колизији која чини немогућим њихову коегзистенцију. Како се, међутим, решење не може тражити нити у елиминацији когентних правила међународног права, што би у крајњој линији водило и негирању савременог међународног права, односно његовом свођењу на спољашњу манифестацију воље појединачне државе, а нити у укидању државног суверенитета, јер би се на тај начин обесмислила идеја државе, решење се мора тражити у нечем новом. Заправо, решење се крије у саображавању значења постојећих концепција са реалношћу у којој се њима оперише. С обзиром на то да је управо норма међународног права из реда *jus cogensa* та која даје меру вредности свих других правила и у највећој мери одређује значење свих осталих принципа међународног права, па коначно и принципа државног суверенитета, то се управо у објашњењу њене природе и значења крије и објашњење, пре свега једне антагонизујуће и наизглед непомирљиве идеје да уопште постоји право које се може наметнути државама, а да у исто време та држава и даље остане суверена. У међународноправном смислу значења државне суверености то је свакако могуће. Ипак, да би се дошло до тог закључка, неопходно је да у том интелектуалном прегнућу донекле изменимо полазне позиције са којих смо до сада полазили у покушајима да разумемо један

тако сложен феномен као што је *jus cogens*. На овом месту, важно је напоменути да когентна међународна норма нити фаворизује нити дискриминише било кога. Она у односу на све државе света делује *erga omnes*, па бисмо могли да констатујемо да она твори начело суверене једнакости држава, и то у том смислу што управо гарантује да су све државе према међународној заједници једнаке у својој суверености. Међутим, оно што разликује савремене приступе у објашњењу природе и садржине когентне норме јесте то што у њеном фокусу више нису државе већ пре свега грађани који у њима живе. То показује да је когентна норма, од тренутка њеног формалног признања и именовања, временом добила јасније контуре. Још је осамдесетих година прошлог века професор Кристенсен истицао то да је једна:

„норма перемпторна онда када испуњава критеријуме који су дизајнирани да служе најважнијем друштвеном циљу, структурно другачијем од оног коме служе обична уговорна и обичајна правила“ (Christenson, 1988, стр. 592).

Као такве „оне обезбеђују минимум нормативног реда у мноштву правила која се генеришу у систему држава“ (Christenson, 1988, стр. 592), што јесте реалност међународног права као, по начину стварања његових правила, једног, још увек, децентрализованог система. Ово шире схватање когентних норми, као норми које чине темељ сваког појединачног друштва, а не само норми које служе као параметар валидности правила међународног права, није ново. Још је немачки Савезни уставни суд у једној својој одлуци 1965. године истакао да се перемпторном нормом има сматрати оно правило „које је чврсто укорењено у правном уверењу заједнице народа и које је неопходно за постојање права народа као међународног правног поретка...“ (Editorial Comment of AJIL, 1966).² Но, чак ни у овом приступу ми нисмо сазнали ништа што већ није много пута раније поминуто. Можда је важније било идентификовати фундаменталне вредности које та норма штити него неголи рећи да их штити. Изгледа да постоји одређена сагласност око дефинисања самог термина као и око његове садржине. Ипак, готово увек остајемо ускраћени за одговор на питање: шта је извор *jus cogensa*, или, боље речено, одакле ово правило црпи своју правну снагу? Питање је толико комплексно да су поједини аутори спремни да признају да на њега можда уопште и није могуће дати договор (Stephens, 2004, стр. 247). Међутим, ако се неко правило мора поштовати, као што је то

² Наведено према: Editorial Comment, „Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law: In the Light of a Recent Decision of the German Supreme Constitutional Court“, *American Journal of International Law*, 60/1966, 511.

случај са *jus cogensom*, онда би се требао знати и његов пуни смисао јер, како то у свом чувеном делу истиче Фулер (Fuller): „Како ма ко може да се придржава правила које нико не разуме?“ (Фулер, 2001, стр. 52). Ипак, наука међународног права, вођена идејом о човеку као разлогу постојања васцелог права и корпусом правила о људским правима која се јављају као фундамент савремене међународне заједнице, изгледа да у новије време покушава да понуди одговор и на питање извора *jus cogensa*. Везујући ову норму за грађане, тј. за човека и његова права, ови нови теоријски модели нас пре подсећају да смо у академским контемплацијама и покушајима да у претешким дебатама које су нас стално водиле ка некој новој дебати а које нису давале одговоре на питања која се постављају, заправо заборавили обичне људе и њихове потребе. Стога ови нови приступи, не само што нуде одговоре на нека деликатна питања, међу којима је свакако и питање исходишта когентне међународне норме, него и релаксирају иначе крајње напети однос који постоји на релацији *jus cogens*-државни суверенитет, објашњавајући их у складу са реалношћу у којој егзистирају. Једна од теорија која претендује на то да да одговоре на питања која још увек заокупљају науку међународног права јесте свакако и фидуцијарна теорија о *jus cogens*-у, и сматрамо изузетно важним да се упознамо са неким њеним основним идејама и решењима која нуди.

ФИДУЦИЈАРНА ТЕОРИЈА О *JUS COGENS*-У

Критика постојећих концепција

Појава перемпторних норми током прошлог века уздрмала је међународну правну теорију, преображавајући уважену доктрину извора међународног права и реметећи наслеђене доктрине државног суверенитета. И док је један део научне јавности славио, други део је жалио због промена које су утицале на то да њихове научне концепције у једном историјском тренутку постану анахроне, или, боље речено, оповргнуте. „Ограничавајући државну акцију, *jus cogens* је изазвао позитивистичку ортодоксију која сагласност државе види као извор свих међународних правних обавеза“ (Criddle & Decent, 2009, стр. 332). Наизглед нерешиву тензију која се јавила на релацији нових правила међународног права која постоје независно, чак и противно вољи држава и државног суверенитета, покушава да разреши једна нова теорија која се појавила у научној јавности. Фидуцијарна теорија о *jus cogens*-у двојице северноамеричких професора, која свакако представља освежење у науци међународног права, не само што однос између перемпторних норми и државног суверенитета не сматра конфликтним, већ и више од тога. Ови аутори сматрају

да перемпторна норма представља конститутивни елемент нормативне димензије суверенитета. Аутори још једном подвлаче незадовољство постојећим теоријским моделима који нису успели да дају задовољавајуће објашњење природе когентног међународног правила. Позитивистима, који, премда полазе од сагласности државе, ипак нису успели да дају одговор како то да неко правило ипак може обавезивати државу независно од пристанка. И не само то, него се с правом закључује да, „ако перемпторне норме треба да буду озбиљно узете као извор међународних обавеза, онда њихова императивна снага мора деривирати из неког другог принципа а не сагласности државе“ (Criddle et al., 2009, стр. 342). Ми кажемо да није сагласност државе та која неком правилу даје перемпторан статус, него перемпторан статус неког правила чини да оно обавезује државу независно од њене воље. Природноправна конструкција перемпторних норми такође није успела да објасни како перемпторна норма може ограничити државу а да у исто време не девалвира њен суверенитет (Criddle et al., 2009, стр. 343). Док, са друге стране, теорија јавног поретка ни на који начин не расветљава нормативну базу перемпторних норми, а нити нам казује које су то норме које се имају сматрати перемпторним а које не (Criddle et al., 2009, стр. 343). Нови погледи наслоњени на идеје које су већ одавно са нама, међутим, изгледа да дају и нове одговоре.

*Интелектуално полазиште фидуцијарне теорије о *jus cogens*-у*

Кључ за разумевање когентне норме према творцима фидуцијарне теорије Кридла (Criddle) и Дисента (Decent) крије се у Кантовом (Кант) учењу о правима које је изложио у свом делу *Метафизика морала*. У наведеном поглављу, које у интегралном облику наводе и аутори фидуцијарне теорије о *jus cogens*-у, Кант, између осталог, истиче да:

„...деца, као личности, већ својим рођењем имају оригинално урођено право на бригу од стране својих родитеља све док не буду у стању да се брину сами о себи, и они та права имају директно на основу законитих принципа и никакав посебан акт није потребан да би то право установио... Стога, са практичне стране гледишта сасвим је исправно, чак и неопходно посматрати чин рађања као чин којим доносимо на свет личност (особу) без његове сагласности и на нашу сопствену иницијативу, због чега родитељи снесу обавезу да дете учине задовољним колико год то буду могли. Они не могу уништити своје дете као да је то нешто што су они направили (обзиром да су обдарена слободом она нису производ те врсте) или као да је оно у њиховом власништву, нити га могу препустити случају,

обзиром да су донели, не само земаљско биће већ грађанина света, које им ни према правним појмовима не може бити равнодушно.

Из ове обавезе мора такође нужно произићи и право родитеља да управљају развојем детета, онолико дуго док оно не овлада да се користи својим удовима или разумом: право не само да га храни и да се стара о њему, већ и да га едукује, и то како на *прагматичан* начин, тако да у будућности он може да се брине о себи и може одабрати сопствени начин живота, тако и *морално*, јер би иначе кривица његовог запуштања пала на родитеље. Они имају право да чине све те ствари све до времена његове еманципације (*emancipatio*), када се одричу како родитељског права да му наређују, тако и сваког захтева за накнаду трошкова за њихово дотадашње издржавање и труд, за шта по завршеном васпитавању они обавезу деце (према родитељима) могу узети у рачун само као дужност врлине, наиме као захвалност“ (Kant, 1991, стр. 98–99; Criddle et al., 2009, стр. 353).³

Овај Кантов приказ односа који постоји између родитеља и деце послужио је као оквир за разумевање једног, у суштини фидуцијарног односа, односно фидуцијарне обавезе коју родитељи дугују својој деци по основу урођених права човечанства а које и деца поседују као грађани света. Аналогно односу који постоји између родитеља и деце, творци фидуцијарне теорије о *jus cogens*-у бране став да је држава са својим институцијама фидуцијар (повереник) народа подређеног државној власти и да, стога, захтев или претензија државе на сувереност, схваћен на прави начин, почива на њеном испуњењу вишеструких и свеобухватних фидуцијарних обавеза да поштује повереништво и достојанство народа под њеном влашћу (Criddle et al., 2009, стр. 347). Даље се истиче да је „од свих захтева ове обавезе, вероватно главни захтев сагласност са *jus cogens*-ом“. Односно другачије речено, „фидуцијарни принцип управља односом који постоји између државе и њеног народа, а тај принцип захтева од државе да се покорава перемпторним нормама“ (Criddle et al., 2009, стр. 347).

Иновативност ове теорије крије се у томе што се исходиште перемпторних норми не налази ни у каквој врсти сагласности државе, већ у фидуцијарном односу на релацији државе и оног ко јој је потчињен. Премда место (*locus*) где треба тражити извор *jus cogens*-а јесте фидуцијарни однос на релацији држава-потчињени, тај се однос не ограничава само на државу и њеног грађанина, већ:

³ Читаоце упућујемо и на српски превод наведеног Кантовог дела (Кант, стр. 81–83).

„фидуцијарни, а самим тим и законски однос, постоји између државе и било које особе на коју држава утиче, независно од њеног грађанског или политичког положаја“ (Criddle et al., 2009, стр. 348).

Ова теорија тежи да избегне позитивистичко ослањање на сагласност државе, показујући да перемпторне норме извиру из повереничког односа који држава има према онима који су јој подређени. Стога су аргументи који говоре о томе да је за настајање *jus cogens* норме потребан консензус огромне (репрезентативне) већине (supramajority) држава изгубили на важности, с обзиром на то да полазе од погрешне премисе сагласности државе. Схватање државе као повереника (фидуцијара) оних који су јој подређени превазилази и проблеме са којима се суочавају теорије јавног поретка које покушавају да оправдају когентне норме заштитом људских права. Ово због тога што:

„обзиром да ове теорије за свој примарни циљ имају међу-државне односе, оне се боре да расветле правни значај перемпторних људских права које управљају односом држава-они који су јој подређени, док, с друге стране, фидуцијарна теорија полази од односа држава-подређени и због тога је у бољој позицији да објасни укључивање основних људских права у корпус когентних норми“ (Criddle et al., 2009, стр. 348).

У координатама фидуцијарне теорије ауторитет *jus cogens*-а не долази с поља, већ изнутра и крије се у самој есенцији државе као организације која не постоји ради себе већ ради људи над којима она врши власт. Овај концепт превазилази и природноправна оправдања *jus cogens*-а, која зависе од магловите представе „међународне савести“ или „супериорног поретка правних норми“. Ова теорија базирана је на изразито моралној идеји достојанства. Али не на достојанству у апстрактном смислу те речи, „већ у правном значају достојанства у оквиру правно зајамчених граница пунокрвног правног фидуцијарног односа држава-подређени“ (Criddle et al., 2009, р. 348). Како когентне норме произлазе из фидуцијарног односа државе и оних који се јој подређени, оне су стога норме које граде један изузетан однос који је саставни део државног суверенитета. Из тог разлога овај фидуцијарни модел по мишљењу његових протагониста:

„обећава да помири *jus cogens* са суверенитетом, и да кроз један принципијелан правни оквир помогне да расветлимо природу и једног и другог“ (Criddle et al., 2009, стр. 348).

Држава као фидуцијар људи који су потчињени њеној власти

Да бисмо разумели суштину фидуцијарне теорије о *jus cogens*-у, најпре требамо разумети сам фидуцијарни однос и стога ћемо приказати тај однос на начин на који га виде творци ове теорије.

„Познати фидуцијарни односи укључују следеће: пуномоћник-корисник (бенефицијар), агент-принципал, директор-службеник, адвокат-клијент, доктор-пацијент, ... родитељ-дете, тотор-штићеник. Фидуцијарни однос произилази из околности у којима једна страна (фидуцијар-повереник) поседује дискреционо право административног карактера над правним и практичним интересима друге стране (бенефицијара-корисника), а сам бенефицијар је нарочито осетљив на моћ фидуцијара у смислу да је немоћан да, било у правном било у фактичком смислу, врши поверена овлашћења... Бенефицијари су осетљиви у том смислу што, када се једном нађу у фидуцијарном односу, они генерално више нису у стању да заштите себе и своје поверене интересе против злоупотребе од стране фидуцијара. У многим фидуцијарним односима у приватном праву (као што је однос адвокат-клијент, однос лекар-пацијент, агент-принципал), фидуцијар је особа којој се бенефицијар обраћа за професионалне услуге и савете. Фидуцијар је овлашћен да делује у име бенефицијара, а ствари за које је овлашћен да чини за бенефицијара (одбрана, тужба,... потпис на уговору) су ствари које је бенефицијар правно овлашћен да чини за себе. У другим фидуцијарним односима, међутим, бенефицијарева рањивост је различите врсте зато што бенефицијар у принципу не може вршити врсту овлашћења која су поверена фидуцијару. Деци и штићеницима под тоторством, примера ради, недостаје капацитет да делују самостално као одрасли. Правна лица, као што су компаније, не могу деловати друкчије осим кроз њихове агенте или представнике. Али најинтересантнији за ову сврху су бенефицијари потчињени фидуцијарној власти којој су потчињени и други бенефицијари, као што су подносиоци захтева пензионом фонду са конкурентским захтевима истом фонду. У овим случајевима, конкурентски бенефицијари нису овлашћени да врше фидуцијарну власт, јер нити једна особа не може бити судија и странка у истом спору. Као што ћемо видети, исти принцип се *mutatis mutandis* примењује и на приватна лица *vis à vis* државе и њене суверене моћи“ (Criddle et al., 2009, стр. 349–350).

Важно је напоменути да се овај фидуцијарни модел може разумети само у контексту оног фидуцијарног односа код којег се

наспрам фидуцијара јавља више врста бенефицијара који су потчињени истој сили. У таквим околностима дужност фидуцијара на оданост бенефицијару постаје заправо дужност равноправног односа фидуцијара према интересима различитих бенефицијара.

Идеја да је држава у фидуцијарном односу са људима на њеној територији вуче своје корене у републиканској идеји народне суверености (Criddle et al., 2009, p. 349–350). Аутори теорије о *jus cogens*-у, коју у овом раду презентујемо, истичу да је још Лок (Locke) указао на то да мора постојати само једна врховна моћ којој све остале морају бити потчињене и да је то законодавна моћ. Ипак, истиче Лок:

„Законодавна моћ је само фидуцијарна моћ да се дела за одређене циљеве, а народу остаје врховна моћ да уклони или смени легислативу, уколико сматра да легислатива делује супротно поверењу које јој је дато“ (Locke, 1690, ch. XIII para. 149; Criddle et al., 2009, стр. 350).

Иако се наизглед може чинити контрадикторним да се у Локовом исказу јављају две врховне силе, законодавна и народна, јасно је да је неконзистентност само привидна, и да надређеност законодавства над осталим властима проистиче из његовог представничког карактера, тј. чињенице да његова власт извире из народа (Maus, 2001, стр. 70). Народна сувереност стога подразумева да сувереност припада народу и зато је сва моћ поверена владарима искључиво под условом да буде коришћена за добробит народа. Зато народна сувереност заправо може значити само то да је држава са њеним институцијама фидуцијар народа и да њен ауторитет извире из чињенице да треба да управља али и служи народу. Ипак, мада се ослања на Кантов приказ фидуцијарног односа који постоји између родитеља и деце, фидуцијарна теорија о *jus cogens*-у одбацује Кантово приклањање теорији друштвеног уговора, већ самом чињеницом да је држава не само фидуцијар њених грађана, већ као што је истакнуто, и свих осталих који су на било који начин захваћени њеном влашћу (Criddle et al., 2009, стр. 358). Држава дакле нема обавезу само према сопственим држављанима, већ и према странцима који су на њеној територији. Држава има обавезу према људском бићу. Стога су суверена овлашћења која држава врши заправо „парадигматично административна“ (Decent, 2005, стр. 309). Суштина је да, како родитељи једнострано одлучују о рођењу детета, тако су у обавези да поштују његова урођена права, која су установљена потребом да се осигура дететова сигурност. Стога и „слобода родитеља на рађање коегзистира са правом детета да се заштити од опасности од околности на које није пристало“ (Decent, 2005, стр. 354.). Фидуцијарни принцип тако овлашћује фидуцијара да врши власт у име бенефицијара, која је међутим подређена стриктним ограничењима која произилазе из

бенефицијаре остелљивости и зависности у односу на моћ фидуцијара. У случају фидуцијарног односа на релацији држава-потчињени, ова ограничења укључују *jus cogens* норме, а фидуцијарна основа објашњава, како њихову правну природу, тако и њихов перемпторни статус (Decent, 2005, стр. 354). Примењујући фидуцијарни принцип на релацији држава-потчињени, државе више нису слободне да оспоравају *jus cogens* баш као што ни родитељи нису слободни да оспоравају фидуцијарне обавезе које прате родитељство (Decent, 2005, стр. 355). Наравно, не постоји интенција да се између родитеља и деце, с једне стране, и одраслих особа које су потчињене држави, с друге стране, стави знак једнакости, али постоји извесна сличност њиховог положаја која се огледа, пре свега, у чињеници да „у оба случаја постоји невољно подвргавање одређеној власти“. Односно, нађете се под влашћу родитеља или под влашћу државе, „хтели ви то или не“ (Decent, 2005, стр. 355). То је управо и разлог због којег су државе, баш као и родитељи, дужни да штите интересе оних који се у односу на њу налазе у зависном положају, а *jus cogens* норме у највећој мери служе остварењу тог циља. И баш као што нису родитељи ти који имају право да одлуче у којој мери ће поштовати обавезе које су им као родитељима инхерентне, тако ни држава не може дискреционо одлучивати о томе да ли ће и у којој мери поштовати и примењивати перемпторна правила која јесу у бити њеног фидуцијарног положаја и служе заштити интереса свих оних који су подвргнути њеној власти. Чини нам се да се једино на овај начин може разумети суштина члана 53 Бечке конвенције о уговорном праву, тј. могућност да државу неко правило може обавезивати независно од њене воље а да тиме њен суверенитет не постане упитан. Јер следећи логику концепта фидуцијарних дужности које државе имају према лицима која се налазе под њиховом влашћу, когентне норме нису продукт нити потпуног нити делимичног консензуса међународних актера, нити сагласности страна неког међународног уговора. Оне нису ни плод конгенијалних захтева учтивости и међународног јавног поретка. Наместо тога, крајња основа *jus cogens*-а лежи у концепту који тежи да буде аргумент против њега, а то је концепт суверенитета (Decent, 2005, стр. 356). Ова теорија, дакле, когентне норме посматра као конститутивни елемент државног суверенитета, и по томе је јединствена у мноштву покушаја да се објасни однос који постоји на релацији међународног права, које је данас препознатљиво кроз корпус перемпторних норми, и државе и њеног суверенитета. Ова теорија концепт државне суверености обогаћује правном садржином, јер је фидуцијарни однос који постоји између државе и људи над којима она врши власт заправо један правни колико и политички однос, и стога има своје правне консеквенце, као што је и „искрсавање перемпторних норми које творе нови народни

суверенитет“ (Decent, 2005, стр. 357). Концепт народне суверености, који у оквиру фидуцијарне теорије *jus cogens*-а коју заступају њени аутори је потпуно нов, у том смислу што се сувереност једне државе више не посматра искључиво као право и привилегија, већ и као обавеза државе да поштује стандарде суверености уколико већ претендује на сувереност.

УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Фидуцијарна теорија о *jus cogens*-у, коју смо приказали, свој ултимативни ослонац легитимности државне власти налази у урођеним правима људи на њеној територији. Чини се као да у својим закључцима она не нуди много тога што нам већ није понуђено у теорији народне суверености, којој се коначно приклања и већина модерних устава.⁴ Ипак, њени крајњи резултати су далекосежнији и дубљи, па то захтева будућу научну позорност. Пре свега из разлога што је ово први пут да се ограничења која државама намеће перемпторна норма крију унутар садржаја самог појма суверености, као његов саставни део, док се у свим досадашњим анализама односа *jus cogens* – државни суверенитет, овај први посматрао као ограничење које се држави намеће споља, из реда оних норми који се у хијерархији налазе изнад националних норми држава. Иако може изгледати да се, тиме што се егзистенција и исходиште перемпторне норме крије у бићу државног суверенитета, губи из вида веза коју држава као фидуцијар људи на њеној територији има са међународном заједницом, а самим тим и са међународним правом унутар чијих правила се смештају и правила из реда *jus cogens*-а, то није тако. Међународно право, не само што у оквирима овог концепта не губи на важности, него, напротив, оно својим правилима сведочи о обавезама државе према људима захваћеним њеном акцијом, и гарантује и обавезује државу на испуњење њених фидуцијарних обавеза. Свако другачије понашање државе повлачи за собом њену међународну одговорност. Међутим, овога пута не због тога што није испоштовала неко правило које јој је било наметнуто без њеног при-

⁴ Тако Устав Републике Италије од 1947. у члану 1 каже: „Сувереност припада народу“...Устав Русије од 1993. у члану 3 истиче да „У Русији носилац суверености и једини извор власти је многонационални народ... Према шпанском Уставу из 1978. „Национална сувереност почива у шпанском народу из кога произлазе све државне власти“, према Уставу Румуније од 1991. године „национална сувереност почива у румунском народу“, исту формулацију садрже и устави Македоније од 1991. године, Устав Србије из 2006. са формулацијом да сувереност припада грађанима, итд. (Подаци наведени према: Марковић, 2008, стр. 160–162).

станка, што је уобичајени начин на који смо до сада схватили механизме деловања когентне норме, већ зато што не испуњава улогу која је поверена искључиво њој као фидуцијару, и која се (улога) неком другом и не може поверити. Та улога јесте спровођење у дело оних правила која су утемељена у интересу управо оних лица која се налазе на њеној а не на нечијој туђој територији. Стога њена неспремност да поштује дата правила а не неспремност да их прихвати, с обзиром да су она већ тиме што је држава, уткана у њено биће, такву државу чине међународноправно одговорном, па и принудно обавезаном на њихово поштовање.

ЛИТЕРАТУРА

- Verdross, A. (1937). Forbidden Treaties in International Law. *American Journal of International Law*, 31, 571–578.
- Verdross, A. (1966). Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law. *American Journal of International Law*, 60, 55–63.
- Decent, E. F. (2005). The Fiduciary Nature of Legal Authority. *Queen's Law Journal*, 31, 259–310.
- Editorial Comment, (1966). Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law: In the Light of a Recent Decision of the German Supreme Constitutional Court. *American Journal of International Law*, 60, 511.
- Kant, I. (1991). *The Metaphysics of Morals*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Кант, И. (1993). *Метафизика морала [The Metaphysics of Morals]*. Сремски Карловци-Нови Сад: Издавачка књижарница Зорана Сојановића.
- Крећа, М. (1977). *Jus Cogens u međunarodnom pravu*, (Doktorska disertacija). Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Locke, J. (1690). *An Essay Concerning the True Original Extent and End of Civil Government*, Доступно на: <http://www.pinkmonkey.com/dl/library1/book1283.pdf>, дана 01. 09. 2011. године.
- Марковић, Р. (2008). *Уставно право и политичке институције [Constitutional Law and Political Institutions]*. Београд: Службени гласник.
- Мaus, I. (2001). *Aspekti narodne suverenosti – O nacionalnim i međudržavnim dimenzijama demokratije [Aspekte der Volkssouveränität]*. Beograd: Dosije.
- Meron, T. (1986). On a Hierarchy of International Human Rights. *American Journal of International Law*, 80, 1–21.
- McNair, A. (1961). *Law of Treaties*. Oxford: Clarendon Press.
- Petsche, M. A. (2010). Jus Cogens as a Vision of the International Legal Order. Доступно на: http://works.bepress.com/markus_petsche/3, дана 17. 09. 2011. године.
- Ракић, Б. (2009). *Србија пред светским судом [Serbia before the World Court]*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- Report of the Sixth Committee to the General Assembly. Doc. A/5601., para. 18 (1963)
- Stephens, P. J. (2004). A Categorical Approach to Human Rights Claims: Jus Cogens as a Limitation on Enforcement?. *Wisconsin International Law Journal*, 22, 245–272.
- Фулер, Ј. Ј. (2001). *Моралност права [The Morality of Law]*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- Christenson, G.A. (1988). Jus Cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society. *Virginia Journal of International Law*, 28, 585–649.
- Criddle, E. J., & Decent, E. F. (2009). A Fiduciary Theory of Jus Cogens. *The Yale Journal of International Law*, 34, 331–389.

**A FIDUCIARY THEORY AS AN ATTEMPT TO
RECONCILE THE CONCEPT OF A STATE
SOVEREIGNTY WITH THE CONCEPT
OF INTERNATIONAL *JUS COGENS***

Senad F. Ganić

State University of Novi Pazar, Department of Law Sciences, Novi Pazar, Serbia

Summary

Understanding of modern, international law and explaining its nature has been changed in largely since recognition of the existence of *jus cogens* norms. The doctrine speaks that the regulations of the international public law have appeared by a consensus of states' will. On the other side, the same doctrine of *jus cogens* norms, as the norm being at the very top of the international regulations pyramid, explains the norm that pledges states, even without their consent. To a question: in what way *jus cogens* norm gains its mandatory status, the answer given is, at the same time, the largest controversy that accompanies this specific phenomena of the international law. And the answer is that *jus cogens* norm for its peremptory status should thank to the fact that as such, it is recognised by the representative majority of the international community member states, i.e. from the qualified majority of the existing states.

This *contradictio in adiecto* in explaining legal force and legal nature of a group of norms that have tendency to be the base of the modern international law, two north American professors have tried to solve by a new theory under the name of "A Fiduciary Theory of *Jus Cogens*". This Theory gives a completely new view onto *jus cogens* and reminds us that in perhaps too difficult academic arguments that always have led us to new debates, have given no answer to us, we have forgotten what we should have started from.

Not wanting this norm that has been understood per definitionem as the regulation that bind a state even without its consent, to connect in any way for a state's consent, since in this way, we fall into an unsolvable contradiction, the advocates of this Theory support a completely different concept. Starting from Kant's The Doctrine of Right that he exposed in his work "The Metaphysics of Morals", the advocates of this Theory begin that in the base of *jus cogens* norm hides protection of the basic human rights. In that sense, a peremptory character of *jus cogens* norm does not derive from a number of states that pledged themselves onto its respect, but on the contrary, it derives from the very value the norm protects. A state, in the preferences of the first theory, does not appear as quality by itself, but its existence is exhausted in its obligation to guarantee satisfaction and protection of the basic human rights towards people subject to their power. This is certainly in line with modern critical re-examining of a state and its role, especially after numerous times through history; it has been proved that states very often appear not as protectors, but as abusers and organisations for torturing and extermination of its own citizens. Thus, it is not surprising that in coordinates of Fiduciary Theory of *Jus Cogens* this norm is not in opposition to a concept of a state sovereignty, whose legal aspect is still explained by the concept of a legally unlimited state. However, the concepts of *jus cogens* and the concepts of a legally unlimited state, in the existing doctrinal preferences, fall into a collision whose conflict seems unsolvable.

By having placed *jus cogens* norm into the very centre of a state, and thus its sovereignty, and by viewing these two phenomena into a new, reconcile relation, this Theory certainly represents an innovation in law science, and it deserves to have adequate attention.