

Др Сања В. Бајић, редовни професор  
Универзитета у Новом Саду  
Правни факултет у Новом Саду  
S.Djajic@pf.uns.ac.rs

## ФРАГМЕНТАЦИЈА МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА И СПЕЦИЈАЛНИ ПРАВНИ РЕЖИМИ<sup>1</sup>

**Сажетак:** У овом раду аутор се бави једним од основних теоријских питања међународног права, фрагментацијом која је последица специјализације међународног права и настајања специјалних правних режима. Чланак се ослања на рад Комисије УН за међународно право и њен извештај о фрагментацији из 2006. године. У овом извештају Комисија УН за међународно право је закључила да феномен фрагментације није таквих пропорција да би угрозио међународно право као систем. Аутор покушава да осигури неке од закључака Комисије и укаже на чињеницу да специјални правни режими нису оспорили како је то Комисија УН за међународно право очекивала уједно и оне институције инструменти који могу да ојачају или реше сукобе правила и сукобе надлежности. Повећање броја међународних судова је свакако допринело различитим тумачењима и неминовно води ка правној несигурности и неједнакости. Користећи више примера из судске праксе аутор покушава да покаже да је проблем фрагментације реалан и присутан, и да захтева можда и нова решења за оне институције и будуће сукобе норми и сукобе надлежности.

**Кључне речи:** фрагментација међународног права, сукоб надлежности, специјални правни режими.

### 1. УВОД

Једно од основних теоријских и практичних питања за међународно право је да ли оно поседује системске одлике, односно да ли међународно

<sup>1</sup> Рад је припремљен у оквиру пројекта „Правна традиција и нови правни изазови” Правног факултета Универзитета у Новом Саду и пројектне теме „Процеси глобализације и фрагментације у савременом међународном праву: међународно право између кохерентног система и дезинтеграције”.

право постоји као један целовит, кохерентан и усаглашен систем правних норми.<sup>2</sup> Скоро је инстинктивно поређење са домаћим правним системом и његовом релативно јасном хоризонталном и вертикалном структуром, али и другачијом политичком организацијом. Ипак, чак и ако се одустане од поређења са домаћим правним системом, остаје питање да ли постоји међународни правни систем и да ли је хоризонтална и вертикална координација уопште неопходна, те да ли је, у случају негативног одговора, такав недостатак фаталан за постојање међународног права.

Тако је једно од актуелних теоријских питања постојање дезинтегришких фактора у међународном праву, односно постојање тренда фрагментације и дезинтеграције. Недостатак потпуне координације различитих области међународног права, специфичан и углавном децентрализовани правностваралачки поступак, факултативни и децентрализовани систем решавања спорова обележја су међународног права и узроци његове фрагментације. Овај рад ће бити посвећен феномену фрагментације и једном његовом посебном облику, специјалним правним режимима. Након одређивања специјалних правних режима, у раду ће се обрадити његове поједине врсте а потом системи за решавање спорова и њихов утицај на фрагментацију међународног права.

## 2. ФЕНОМЕН ФРАГМЕНТАЦИЈЕ

Чини се да је ово питање постало нарочито актуелно окончањем Хладног рата током 90-тих година прошлог века,<sup>3</sup> али је оно добило посебан статус када се Комисија УН за међународно право<sup>4</sup> одлучила да га обради као посебну тему. Познато је да се Комисија УН за међународно право бави кључним и фундаменталним питањима међународног права,<sup>5</sup> тако да је стављањем овог питања на њен дневни ред проблем фрагментације и дезинтеграције потврдио свој значај.<sup>6</sup> Генерална скупштина УН је 2006. године

---

<sup>2</sup> Родољуб Етински, Сања Ђајић, *Међународно јавно право*, 6. издање, Нови Сад 2014, 25-27.

<sup>3</sup> Anne Peters, "Fragmentation and Constitutionalization", *The Oxford Handbook of the Theory of International Law* (eds. Anne Orford, Florian Hoffmann, Martin Clark), Oxford 2016, 1012-1013.

<sup>4</sup> UN International Law Commission, <http://legal.un.org/ilc/>, 16. септембар 2016.

<sup>5</sup> Стеван Ђорђевић, „Кодификација међународног права”, *Архив за правне и друшћивне науке* 1-3/1996, 193-202; Милан Шаховић, „Кодификација и прогресивни развој и еволуција међународног права”, *Међународно право у међународним односима – друга половина XX века* (ур. Милан Шаховић), Београд 2008, 278-285.

<sup>6</sup> Одлука да се ово питање уврсти у посебне теме којима ће Комисија УН за међународно право бавити донета је 2000. године (ILC Report, A/55/10, 2000, chap. IX(A)(1), paras.

усвојила извештај Комисије под називом „Фрагментација међународног права: потешкоће које су последица диверсификације и експанзије међународног права.”<sup>7</sup>

У свом коментару извештаја<sup>8</sup> Комисија представља фрагментацију као проблем сукоба норми и начела, када је немогуће истовремено применити два или више правила.<sup>9</sup> Сукоб различитих норми иманентан је сваком правном систему, а решавање таквих сукоба је уобичајен задатак приликом свакодневне примене права и као такав део стандардног правног резонувања.<sup>10</sup> Међутим, овакав проблем сукоба се у домаћим правним системима може лакше отклонити захваљујући релативно централизованом субординацији и хијерархији правних норми, и јединственом и обавезном систему решавања спорова, тачније обавезном судству. Оно што овај сукоб чини посебно захтевним за међународно право је децентрализован систем доношења правила и једнако децентрализован систем решавања спорова. Другим речима, последњу реч приликом решавања сукоба у међународном праву могу имати различити субјекти и различити форуми, и то је оно што омогућава постојање трајног сукоба и одржања тренда фрагментације.

Проблем фрагментације постао је акутан и уочљив управо захваљујући систему решавања спорова и сукобу надлежности различитих међународних судских тела.<sup>11</sup> Различите варијанте сукоба норми и сукоба надлежности су постале уочљиве у конкретним споровима: избор између различитих извора права, надлежност за примену различитих правних извора, различито тумачење истих правних норми, итд. Повећање броја судских тела и проширење њихове надлежности може представљати узрок фрагментације јер све већи број судских тела одлучује о истим питањима на основу истих правних инструмената и тако расте ризик од сукобљених тумачења и ставова.

Коначно, претпоставка од које полази Комисија, а чини се и већина аутора, је да су унификација и кохерентност, па чак и универзалност, својства и

726–733). Овој одлуци претходио је извештај Герхарда Хафнера о проблему фрагментације међународног права (Gerhard Hafner, “Risks Ensuing from Fragmentation of International Law”, *Yearbook of the International Law Commission* 2/2000, Annex 143-150).

<sup>7</sup> The International Law Commission, “Conclusions of the work of the Study Group of the International Law Commission on the Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law”, (A/61/10, para. 251), *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, Part Two.

<sup>8</sup> *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi A/CN.4/L.682 13 April 2006 (у даљем тексту: Коментар Комисије).

<sup>9</sup> *Ibid.*, пасус 25.

<sup>10</sup> *Ibid.*, пасус 26.

<sup>11</sup> О овоме више у поглављу 5.

вредности међународног права од којег зависи његово постојање.<sup>12</sup> Фрагментација, која чини се увек има негативно значење у поређењу са терминима који означавају скоро исти феномен, као што су плурализам и специјализација, представља опасност по правну природу и легитимитет међународног права.<sup>13</sup> Међутим, можда треба узети у обзир и могућност да су ове вредности заправо циљ, али да никада заиста и нису биле обележје међународног права: плурализам, билатерализам и регионализам присутни су током целокупног развоја међународног права.<sup>14</sup> Другим речима, можда је управо фрагментација једно константно обележје међународног права,<sup>15</sup> док су универзални карактер и хармонизација тек циљеви којима тежи међународно право, али не и обележја које је међународно право поседовало па изгубило. Фрагментација на тај начин постаје тек једна фаза у еволуцији међународног права.<sup>16</sup> Процеси глоблизације и универзализације смењују се са процесима регионализације, специјализације и фрагментације.

Као један од узрочника и обележје фрагментације представља посебан облик међународног правног плурализма, а то су специјални или тзв. „затворени” режими (*self-contained regimes*). Овај рад ће бити посвећен управо овом феномену, типичном за међународно право.

---

<sup>12</sup> „Фрагментација доводи у питање кохерентност међународног права. Кохерентност се оцењује као позитивна особина јер је у непосредној вези са предвидљивошћу и правном сигурношћу. Што је најважније, само кохерентан правни систем поступа према свим правним субјектима једнако.” – Коментар Комисије, нав. дело, пасус 492.

<sup>13</sup> „Оно што се налази у основи расправа о фрагментацији, као и у расправама о конституционализацији, јесте бојазан због губитка легитимитета међународног права, губитка који ће у крајњој линији запрети самом постојању овог права.” – А. Peters, 1015.

<sup>14</sup> „Кључни закључак ове студије је да је нормативни сукоб ендемски за међународно право. Због спонтане, децентрализоване и хијерархијски неуређене природе настанка правила међународног права – путем обичаја и међународних уговора – правници су одувек морали да се баве различитим изворима различитог нивоа општости и различите правне снаге.” – Коментар Комисије, нав. дело, пасус 486.

„Плурализам и нормативна расутоност одувек су били присутни у савременом међународном праву и не представљају ништа друго до израз његове бесконачне разноврсности.” – Maurizio Arcari, “The Creeping Constitutionalization and Fragmentation of International Law: From ‘Constitutional’ to ‘Consistent’ Interpretation”, *Polish Yearbook of International Law* 2013, 9-25.

<sup>15</sup> „Фрагментација у међународном праву је данас правило а не изузетак.” – Tomer Broude, “Keep Calm And Carry On: Martti Koskenniemi and the Fragmentation of International Law”, *27 Temple International and Comparative Law Journal* 1/2013, 280-281; Andreas Fisher-Lescano, Gunther Teubner, “Regime-Collisions? The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, *Michigan Journal of International Law* 4/2004, 999-1046.

<sup>16</sup> „Када се на овај начин спроведе анализа, верујем да теорија система може показати да је фрагментација тек један корак у еволуцији међународног правног система ка већој кохерентности.” – Anthony J. Colangelo, “A Systems Theory of Fragmentation and Harmonization”, *New York University Journal of International Law and Politics*, June 21, 2016, Forthcoming; SMU Dedman School of Law Legal Studies Research Paper No. 261. Dostupno na SSRN mreži: <http://ssrn.com/abstract=2754402>, 4.

### 3. ОДРЕЂИВАЊЕ СПЕЦИЈАЛНИХ ПРАВНИХ РЕЖИМА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ, ЊИХОВ МЕЂУСОБНИ ОДНОС И ОДНОС ПРЕМА РЕЖИМУ ОПШТЕГ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА

Специјални правни режими, у свом основном језичком значењу на енглеском језику (*self-contained regimes*),<sup>17</sup> означавају режиме који су по свом садржају самостални и независни, и који могу да функционишу и ван ширег, претпоставља се међународноправног система. Режији су тако специјализовани и релативно аутономни делови фрагментисаног правног поретка.<sup>18</sup> Оно што их чини одвојеним и другачијим од општег, ширег система којем припадају су не само специјална примарна правила (*lex specialis*) већ и специјалне санкције за повреду ових правила (секундарна правила) односно другачија правила о одговорности.<sup>19</sup> Само постојање посебних примарних правила чини се да није довољно да конституише специјални самостални систем – међународно право се и дели на посебне гране – али није свака правна грана истовремено и специјални режим. Правне гране су оне које одликују само посебне правне норме и које уређују одређену врсту друштвених односа. Специјалност примарних правила морају да прате и посебна правила о одговорности да би се конституисао посебан, издвојен систем.<sup>20</sup> Посебна примарна правила јесу специјална по свом предмету али не и по начину настанка, јер и она настају сагласношћу воља субјеката међународног права и у облику извора међународног права. Она могу поставити и будуће другачије начине стварања правила (на пример, право Европске уније), али су у свом основу аутентични извори међународног права. Међутим, специјална могу да буду правила о тумачењу норми затворених режима,<sup>21</sup> што донекле и произилази из специјалних примарних правила. Посебно изграђена правила тумачења примењују се унутар појединог режима заједно са општим правилима тумачења која нису дерогирана, што истовремено значи да се не могу применити друга специјална правила тумачења која су изградили други

<sup>17</sup> Сама Комисија критиковала је избор првобитно одабраног термина за овај феномен (*self-contained regime*) сматрајући да овај израз може погрешно да упуту на изолован карактер ових режима тако да је и предложила употребу термина „специјални” (*special regime*). Коментар Комисије, нав. дело, пасус 152(5).

<sup>18</sup> Salem Hikmat Nasser, “Direito Global em Pedacos: Fragmentação, Regimes e Pluralismo”, *Revista de Direito Internacional Brasilia*, 2/2015, 98-126, 100.

<sup>19</sup> Коментар Комисије, нав. дело, пасуси 122-131.

<sup>20</sup> Специјални извештај за правила о одговорности држава је још 1982. године запазио: „Међународно право какво је оно данас није сачињено по моделу само једног система, већ више различитих подсистема где у оквиру сваког постоје тзв. ‘примарна правила’ и тзв. ‘секундарна правила’ која су блиско повезана – и као таква недељива.” Нав. према: Коментар Комисије, нав. дело, пасус 139.

<sup>21</sup> Коментар Комисије, нав. дело, пасуси 132-133.

самостални режими. На пример, Жалбено веће СТО није прихватило тумачење начела предострожности из права заштите животне средине сматрајући да је оно специфично за овај режим, али да још није постало део општег међународног права.<sup>22</sup>

Поједини самостални правни режими имају и посебан систем за решавање спорова. Постојање оваквог система није неопходно да би поједину правну област одредили као самостални правни режим, судећи по критеријумима Комисије. Децентрализовани и факултативни систем решавања спорова постоји независно од појединих правних грана, али исто тако постоји и тренд да се за поједине уговоре, који истовремено предвиђају и посебна правила о одговорности, конституишу и посебни механизми за решавање спорова. Овакав вид процесне специјализације несумњиво доприноси фрагментацији тако да оно што се сматра прогресивним развојем, путем институционализације међународног права, истовремено води и ка његовој дезинтеграцији јер су различита тумачења општих правних правила извесна.

Приликом припреме правила о одговорности држава за противправни акт, Комисија УН за међународно право се осврнула на проблем самосталних правних режима. Правила о одговорности које је Комисија усвојила 2001. године<sup>23</sup> општег су карактера и, по дефиницији, самостални правни режими имају другачија правила од општих, и у погледу одговорности. Нацрт правила Комисије то и дозвољава у члану 55 али на један шири начин, допуштајући генерално *lex specialis*.<sup>24</sup>

Ограничења специјалних правила, а самим тим и специјалних правних режима, су у когентним правним правилима<sup>25</sup> што значи да ни правила специјалних правних режима не могу имати статус когентних правила. Постоје и друга ограничења. Искључено је дерогирање и одступање од права у корист трећих, од конститутивних инструмената јавноправног карактера којима се установљавају међународне организације, и од оних правила за која постоји споразум да је искључено одступање којима је установљено легитимно очекивање да до одступања неће доћи.<sup>26</sup>

<sup>22</sup> Европске заједнице – мере које се односе на месо и месне прерађевине (хормони) (*European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*), Одлука Жалбеног већа од 16. јануара 1998, WT/DS48/AB/R, стр. 180-181, ставови 123-125.

<sup>23</sup> Правила о одговорности држава за међународне противправне акте, Комисија УН за међународно право, 2001, *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement No. 10 (A/56/10)*.

<sup>24</sup> Члан 55

Ови чланови се неће применити у случају и у оном обиму у коме су услови постојања неког акта противног међународном праву или садржина и остваривање међународне одговорности државе регулисани специјалним правилима међународног права.

<sup>25</sup> Коментар члана 55 Правила о одговорности држава за међународне противправне акте, став 2, *ibid.*, стр. 357.

<sup>26</sup> Коментар Комисије, нав. дело, пасус 154.

Међутим, чак и издвојеност и ексклузивност самосталних правних режима у погледу примарних и секундарних правила не искључује у потпуности општа правна правила. Основна полазна тачка је у правилима којима је установљен самостални правни режим. Комисија предлаже рестриктивно тумачење целокупног корпуса издвојеног правног режима по принципу рестриктивног тумачења изузетака у међународном праву.<sup>27</sup> Надаље, општа правила међународног права примењују се када нису посебно искључена, директно или индиректно, или у случају неделотворности или неуспеха правила самосталног правног режима. Дакле, општа правила остају применљива као резидуална и помоћна у тзв. *fall-back* ситуацијама.<sup>28</sup>

У пракси се режими не одричу општег међународног права директно. Врло често се на њега позивају и тумаче га. Коначно, обавезност посебних режима постоји управо захваљујући општим правилима међународног права и сагласности која је на основу њега и обезбеђена; пуноважност режима се одмерава такође према општим правилима међународног права.<sup>29</sup>

Постоје различити самостални правни режими који испуњавају критеријуме које је дефинисала Комисија УН за међународно право. Као најпознатији самостални правни режими помињу се право Светске трговинске организације, право Европске уније, право заштите људских права, међународно кривично право, међународно инвестиционо право, право заштите животне средине, космичко право и други.

Најчешће се за пример самосталног правног режима узима Светска трговинска организација (СТО), њено право и механизам за решавање спорова. СТО је данас универзални институционални регулаторни оквир међународне трговине.<sup>30</sup> Основни правни оквир представља сложени Уговор о оснивању СТО који, поред главног споразума, чине бројни анекси. Они се заједно називају „обухваћени споразуми” (*covered agreements*) а ова правила се називају још и право СТО. СТО је познат и по посебним правилима одговорности: најчешћа санкција за повреду обавезе из обухваћених споразума је укидање оспорене мере и њено усклађивање са споразумима. Право СТО, на пример, искључује примену противмера оштећене државе како су оне предвиђене општим међународним правом – право на противмере оштећена држава стиче одлуком Панела СТО<sup>31</sup> тако да је и то једна од специфичних

<sup>27</sup> „Док специјални/уговорни режим (као *lex specialis*) има приоритет у погледу свог поља примене, то поље се има тумачити тако да се изузети тумаче рестриктивно.” – *Ibid.*, пасус 152(3).

<sup>28</sup> *Ibid.*, пасус 152(4).

<sup>29</sup> *Ibid.*, пасус 177.

<sup>30</sup> Вид. Предраг Цветковић, *Увод у право Светске трговинске организације*, Ниш 2010, 5-43.

<sup>31</sup> Члан 22 Споразума о правилима и поступцима за решавање спорова (*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*) 1869 U.N.T.S. 401.

санкција СТО система. Најчешћа санкција је укидање бенефиција из СТО, док је накнада штете тек крајња, врло ретка и привремена мера, која ће бити изречена по захтеву у новом поступку уколико тужена држава није спровела првобитно изречену меру, о којој ће стране у спору имати право да преговарају.<sup>32</sup> СТО располаже прилично ефикасним и активним<sup>33</sup> двостепеним механизмом за решавање спорова, који обухвата панеле и жалбено веће који су под контролом органа за решавање спорова (Dispute Settlement Body).<sup>34</sup> Поред специфичних извора, правила о одговорности и система за решавање спорова, пракса је развила и посебне методе тумачења права СТО који се понекад назива и „дух СТО” (*WTO ethos*).<sup>35</sup>

Као други пример специјалног режима можемо навести и космичко право које не располаже посебним механизмом за решавање спорова, али које има специјална примарна и секундарна правила.<sup>36</sup> Развој специјалних правила почиње у другој половини прошлог века у бројним мултилатералним уговорима који уређују ову специфичну правну област.<sup>37</sup> Ова област познаје и другачији облик одговорности, апсолутну одговорност, која искључује примену општих правила о деликтној одговорности државе за противправни

<sup>32</sup> Члан 3 Споразума о правилима и поступцима за решавање спорова, *ibid.*

<sup>33</sup> У 2015. години број поступака покренутих пред органом за вођење спорова попео се на 500. WTO Annual Report – Dispute Settlement 2015, [https://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/anrep\\_e/anrep16\\_chap6\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/anrep16_chap6_e.pdf), 18.9.2016.

<sup>34</sup> Вид. Сања Ђајић, *Међународно правосуђе*, Београд 2012, 123-144.

<sup>35</sup> Коментар Комисије, нав. дело, пасус 170.

<sup>36</sup> Peter Malanczuk, “Space Law as a Branch of International Law”, *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law* (eds. L.A.N.M. Barnhoorn, K.C. Wellens), The Hague – Boston 1995, 143-180.

<sup>37</sup> Уговор о начелима којима је уређена делатност држава на истраживању и коришћењу свемира, укључујући Месец и друга небеска тела из 1967. године (U.N.T.S. vol. 610, 1967); Споразум о спасавању астронаута, повратку астронаута и враћању предмета избачених у ванатмосферски простор из 1968. године (U.N.T.S. vol. 672, 1968); Конвенција о међународној обавези накнаде штете причињене од стране васионских летелица из 1972. године (U.N.T.S. vol. 961, 1975); Конвенција о регистрацији објеката лансираних у космос из 1975. године (U.N.T.S. vol. 1023, 1976); Споразум о делатностима држава на Месецу и на другим небеским телима из 1979. године (U.N.T.S. vol. 1363, 1984). Поред ових и других уговорних правила постоје и бројне резолуције Генералне скупштине УН које су и међу првима уредиле ову област, као на пример Резолуција о питању мирољубивог коришћења космоса (Резолуција ГС УН 1348 (XIII)) од 13. децембра 1958.; Резолуција о међународној сарадњи и мирољубивом коришћењу свемира (Резолуција ГС УН 1472 (XIV)) од 12. децембра 1959. године; Декларација о правним начелима којима је уређена делатност држава у истраживању и коришћењу космоса (Резолуција ГС УН 1962(XVIII)) од 13. децембра 1963, итд. Резолуције у овој области су бројне и доносе се релативно често, не само у оквиру Генералне скупштине УН већ и у оквиру других, специјализованих тела УН. Само резолуција које је донела ГС УН у овој области данас има 126 (Вид. *United Nations, Office for Outer Space Affairs, Documents and Resolutions Database*, <http://www.unoosa.org/oosa/documents-and-resolutions/search.jspx?&view=resolutions>, 19.9.2016.)



акт.<sup>38</sup> Реч је о најстрожем облику одговорности јер држава одговара за све високо ризичне делатности на својој територији уз изузетке који су другачији од оних које предвиђају општа правила.<sup>39</sup> Апсолутна одговорност је овде применљива јер је резервисана управо за космичку активност<sup>40</sup> али и због примене правила о високоризичним активностима<sup>41</sup> којима она свакако припада.

Међународна правила о заштити животне средине такође чине специјални правни режим.<sup>42</sup> Бројни извори који уређују ову област чине међународноправна правила усвојена ради спречавања загађивања, смањивања и отклањања штетних последица загађивања, и ради очувања биолошке разноврсности.<sup>43</sup> Постоје и нека посебна правила која су иманентна праву заштите животне средине, као што је то начело предострожности.<sup>44</sup> Дакле, постоје специјална правила о заштити која су посебна управо по томе што су усмерена на превенцију и што располажу специфичним мултилатералним механизмима заштите, али и по томе што познају другачија правила о одговорности, од оних која одговорност ограничавају,<sup>45</sup> до оних која предвиђају апсолутну одговорност за штету,<sup>46</sup> као и оних која прописују и унификују правила о одговорности физичких и правних лица за штету учињену животној

<sup>38</sup> Вид., Р. Етински, С. Ђајић, 323-328.

<sup>39</sup> Чл. III и VII Конвенције о међународној обавези накнаде штете причињене од стране васионских летелица из 1972. године (U.N.T.S. vol. 961, 1975).

<sup>40</sup> Члан II Конвенције о међународној обавези накнаде штете причињене од стране васионских летелица из 1972. године; чл. VI и VII Уговора о начелима којима се уређује истраживање и коришћење свемира, укључујући Месец и друга небеска тела из 1967. године; члан 14. Споразума о Месецу из 1979.

<sup>41</sup> Нацрт правила о спречавању чињења прекограничне штете изузетно опасним активностима (Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, with commentaries 2001), *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two; Нацрт правила о алокацији губитака околностима прекограничне штете узроковане изузетно опасним активностима (Draft principles on the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities, with commentaries 2006), *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, Part Two.

<sup>42</sup> Коментар Комисије, нав. дело, пасус 8.

<sup>43</sup> Р. Етински, С. Ђајић, 671.

<sup>44</sup> Бојан Тубић, „Начело предострожности у међународном праву животне средине и међународној судској пракси”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2014, 367-384.

<sup>45</sup> Међународна конвенција о грађанској одговорности за штету проузроковану загађивањем нафте (1969) која је замењена Протоколом из 1992. године који је допуњен 2000. Овај међународни уговор поставља горње границе одштетних износа.

<sup>46</sup> Нацрт правила о спречавању чињења прекограничне штете изузетно опасним активностима (Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, with commentaries 2001), *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two; Нацрт правила о алокацији губитака околностима прекограничне штете узроковане изузетно опасним активностима (Draft principles on the allocation of loss in the case of transboundary

средини,<sup>47</sup> или прописују солидарну одговорност за глобално загађивање.<sup>48</sup> Упркос бројним изворима, специфичност обавеза се показала као неприлагођена класичним, судским механизмима за решавање спорова. Овај специјални режим познат је и по томе што је изградио и нешто другачије механизме за решавање спорова,<sup>49</sup> тзв. “*non-compliance procedures*”<sup>50</sup> који више одговарају правној природи међународних уговора о заштити животне средине.

Чак и ове самосталне правне режиме можемо разликовати по томе да ли познају сопствене, аутономне и ексклузивне механизме за решавање спорова. Ако постоји и посебан механизам за решавање спорова, он може постати генератор развоја самосталног правног режима. У литератури се као пример наводи Суд правде Европске уније који је отворио пут аутономности и специјалности права Европске уније у својој пракси, почевши од предмета Ван Генд ен Лос и Коста ЕНЕЛ.<sup>51</sup> Пренето у шири контекст то значи да када постоје посебни механизми за решавање спорова, нарочито када претендују на искључиву надлежност, они представљају један од главних фактора стварања и одржавања самосталних правних режима.

#### 4. РЕШАВАЊЕ СУКОБА ИЗМЕЂУ РАЗЛИЧИТИХ РЕЖИМА

Сукоб се јавља на два нивоа: као сукоб општи правила међународног права и правила специјалног правног режима, и као сукоб различитих специјалних правних режима.

Решење првог сукоба се може поставити као однос општег и посебног. Однос општег и посебног је начелно једноставан: примењују се специјално уговорена правила док се општа користе тек ако питање није посебно уређено специјалним правилима или ако она нису искључена посебно уговореним правилима. Последња варијанта на коју упућује Комисија постоји у случају потпуног неуспеха специјалног режима када ће оно у целости бити замењено

---

harm arising out of hazardous activities, with commentaries 2006), *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, Part Two.

<sup>47</sup> Зоран Арсић, „Конвенција о грађанској одговорности за штете настале услед делатности опасних по животну средину”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2014, 91-103.

<sup>48</sup> Тако, на пример, Протокол из Кјотоа (1997) и Споразум из Париза (2015). Иако садрже различита решења за проблем глобалног загађивања, оба ова уговора су пример солидарне одговорности.

<sup>49</sup> Коментар Комисије, нав. дело, пасус 137.

<sup>50</sup> Више о овим посебним механизмима за решавање спорова из области животне средине, вид. С. Ђајић 2012, 243-244.

<sup>51</sup> Jan Willem van Rossem, “The Autonomy of EU Law: More is Less?”, *Between Autonomy and Dependence* (eds. R. A. Wessel and S. Blockmans), The Hague 2013, 13-46.

општим правилима. Ипак, овакво једноставно решење није увек лако применити у пракси јер ови режими могу временом изградити специјална правила и начела кроз праксу којима ће се још више удаљити од општег режима чак и када ова специјална правила нису изричито наведена у основним документима самог режима.<sup>52</sup>

Однос општег и посебног се у овом контексту може посматрати и са становишта конституционалних обележја општег међународног права. Проблему фрагментације се, уосталом, често приступа као појави чија је супротност, а самим тим и лек, конституционализација.<sup>53</sup> Овде је реч о нешто другачијој димензији општег карактера међународног права у односу на претходну: међународни систем има уставна обележја, или се то бар може односити на Организацију Уједињених нација и Повељу. Ако се неком систему дају обележја уставности тиме се превазилази релативно једноставан однос општег и посебног јер се овде сада укључује интерес заједнице и јавноправни карактер система. Сама Повеља претендује на статус вишег права преко члана 103. Међутим, конституционализацијом система уводе се и другачија правила тумачења, јер се норме тумаче шире и у функцији остварења његових циљева. Ипак, чак и ако се на овај начин приступи решењу проблема фрагментације може се десити да је решење истовремено и узрок проблема: самостални правни режими ће тежити развијању истог тренда и стварању уставног карактера својих режима.<sup>54</sup> Широки тумачењем својих система и његових функција ће заправо појачати фрагментацију. Зато поједини аутори сматрају да конституционализација не може бити решење за проблем фрагментације.<sup>55</sup>

Док се конституционализација представља као могући антипод и лек за болест фрагментације,<sup>56</sup> она сама има низ недостатака. Један од основних је чињеница да је сама конституционализација фрагментисана и нејединствена јер долази из различитих центара моћи. Али је можда најозбиљнији приговор конституционализацији тај да у међународној заједници не постоји политичка заједница нити одговарајућа политичка воља: „не постоји ни на видуку политички покрет који би међународни систем одвео у конституцио-

<sup>52</sup> „Овим се не искључује појава посебног ‘духа СТО’ приликом тумачења СТО споразума – на исти начин на који је могуће говорити и о ‘духу људских права’ у раду тела за заштиту људских права.” *Ibid.*, пасус 170.

<sup>53</sup> Harlan Grant Cohen, “From Fragmentation to Constitutionalization”, *Global Business & Development Law Journal*, 1/2012, 381-394.

<sup>54</sup> M. Arcari, 9-25.

<sup>55</sup> Rossana Deplano, “Fragmentation and Constitutionalisation of International Law: A Theoretical Inquiry”, *European Journal of Legal Studies*, 1/2013), 67-89.

<sup>56</sup> „Врлина конституционализма је његово антифрагментационо дејство тако да се за њега заиста може рећи да оно представља његов основни разлог постојања и основни покретач.” – Johannes Gerald van Mulligen, “Global Constitutionalism and the Objective Purport of the International Legal Order”, *Leiden Journal of International Law* 2/2011, 277-304, 284.

налном правцу”.<sup>57</sup> Такође, разлике су сувише велике да би се могле премотати без проблема и повреде интереса слабијих путем уставноправног концепта. Зато поједини аутори сматрају да је конституционализација изводљива и пожељна само путем процесних механизма и уставних начела без увођења строгих хијерархијских режима.<sup>58</sup>

Однос општег система и самосталних правних режима може се посматрати и преко феномена глобализације. Фрагментација и глобализација тако постају супротстављени трендови: док се првим тежи специјализацији и отклону од централистичких тежњи јачих центара моћи у међународном праву, глобализација тежи уједначавању правних правила и концентрацији моћи у појединим центрима. Постоје аутори који универзалност међународног права заправо виде као резултат империјализма с краја 19. века<sup>59</sup> тако да је историја међународног права делимично условљена и историјом односа империје и периферије, односно глобализације и фрагментације. У таквом контексту фрагментација је отпор глобализацији, нарочито ако је регионалног или економског карактера.

Међутим, посебан проблем чешће представља однос различитих самосталних режима него њихов однос са општим међународним правом. Како сама Комисија УН за међународно право примећује, у основи проблема фрагментације налази се „појава настанка специјализованих правила и система правила који немају међусобно дефинисан однос.”<sup>60</sup>

Иако се сматрају одвојеним од целине ови посебни режими заправо могу да регулишу исту материју, и то на различите начине. Фрагментација међународног права тада постаје проблем јер доводи до правне несигурности:

<sup>57</sup> A. Somek, „From the Rule of Law to the Constitutionalist Makeover: Changing European Conceptions of Public International Law”, 18 *Constellations* 567-88 (2011), стр. 578. Наведено према: A. Peters, нав. дело, стр. 1019.

<sup>58</sup> „Глобални конституционализам је корисно средство анализе за разумевање развоја и функционисања међународног права, све док се он разуме као ‘танко’ (задовољавајући се процедуром а не садржином) и вишеслојно (укључујући и домаће уставно право). Чак и ако глобални конституционализам овог типа остане ван домена међународног права, оно ће се увек јављати у фрагментима међународног правног поретка. У нормативном смислу, конституционализам, баш као и други предлози против фрагментације, нуди поступке и механизме за координисање специјализованих правних тела и за помирење дивергентних циљева специјалних режима међународног права.” – A. Peters, нав. дело, стр. 1030.

<sup>59</sup> „Међународно право је универзално. То је скуп правних правила која се примењују на све државе без обзира на њихове различите културе, веровања и политичку организацију. Оно је заједнички скуп доктрина које све државе користе да би уредиле међусобне односе. Веза између међународног права и универзалности је толико чврсто уткана да је свако указивање на ову везу таутолошко. (...) Универзалност међународног права је суштински резултат империјалне експанзије која се одиграла крајем ‘дугог деветнаестог века.’” – Antony Anghie, “Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law”, *Harvard International Law Journal* 1/1999, 3-4.

<sup>60</sup> Коментар Комисије, нав. дело, пасус 483.

„одговори на правна питања зависе од тога кога питате и који систем правила користите.”<sup>61</sup> Другим речима, док постоје бар некакви механизми за уређење односа самосталних правних режима са општим међународним правом, таквих механизма нема за сукоб самосталних правних режима. Док се функционална специјализација може сматрати позитивним знаком развоја међународног права, сукоби специјализованих режима то свакако нису. Основни проблем за међусобни однос самосталних правних режима лежи у чињеници да међу њима не постоји јасан хијерахијски однос: Комисија УН чак то и тврди.<sup>62</sup> Међутим, у пракси није ретко да поједини самостални правни режими себе претпоставе другим правним режимима, директно или индиректно.<sup>63</sup>

## 5. СПЕЦИЈАЛНИ ПРАВНИ РЕЖИМИ И СИСТЕМИ ЗА РЕШАВАЊЕ СПОРОВА

Иако постојање посебног система за решавање спорова није услов за постојање самосталног правног режима, велики број ових система заправо располаже сопственим механизмима за решавање спорова. То може бити вишеструко значајно за питање којим се овде бавимо. Како је и сама Комисија приметила, одговор на многа питања у међународном праву зависиће од тога коме су постављена, јер „права и обавезе правних субјеката зависе од тога која институција је позвана да их призна.”<sup>64</sup> Ово је већ довољно да оправда бојазан од фрагментације и правне несигурности. Друга опасност се налази у томе што механизми за решавање спорова који припадају самосталном правном режиму могу једноставно бити пристрасни и тумачити одредбе тако да га одрже или чак и прошире у односу на друге сличне режиме или општи оквир међународног права. Другим речима, док би се од судова и других сличних механизма за решавање спорова морало очекивати да обезбеде објективно тумачење норми, њихов положај, уз чињеницу да не постоји централизован и обавезан систем за решавање спорова, природно може конституисати читаво тржиште судова који покушавају да освоје простор и привуку потенцијалне парничаре.<sup>65</sup>

<sup>61</sup> Коментар Комисије, нав. дело, пасус 483.

<sup>62</sup> Коментар Комисије, нав. дело, пасус 407.

<sup>63</sup> Musa Njabulo Shongwe, “Regime Collisions: Fragmentation Across International Law Disciplines”, *Kazan Journal of International Law and International Relations*, 1/2016, 55-68, 56.

<sup>64</sup> Коментар Комисије, нав. дело, пасус 489.

<sup>65</sup> „У случају затвореног система правила којим се уређује настанак, управљање, измена и окончање правила, општа правна правила ће бити још више искључена. Овај систем правила биће уређен специјалним правилима о тумачењу која ће бити одраз предмета и циља самог режима. Ово ће имати нарочиту последицу на надлежност органа у чијој је

Међународни правосудни систем заправо и није систем већ група врло различитих судских и квазисудских тела за решавање спорова и заштиту права гарантованих меродавним међународним уговорима и другим изворима међународног права. Иако они нужно имају неких сличности захваљујући којима стичу статус међународног суда,<sup>66</sup> за проблем фрагментације нису важне само разлике које међу њима постоје (у погледу надлежности, права на приступ, меродавног права и других сличних питања), већ више консесуалност и факултативност међународног права захваљујући којима постоји скоро неограничена могућност оснивања и уговарања надлежности различитих судова. Системи за решавање спорова су најчешће специјализовани и по правилу однос са другим судовима уопште није дефинисан. Већ сама могућност избора једног од више могућих форума за решавање спорова сведочи не само о феномену конкурентне надлежности већ и о правом тржишту међународних судова и неизбежном феномену *forum-shopping*. Ипак, треба на овом месту напоменути да постоје аутори који сматрају да чак и овакав међународноправни систем ипак доприноси развоју међународног права<sup>67</sup> и да, упркос несугласицама и различитим тумачењима, постоји конвергенција праксе и извесна уједначеност у примени међународног права.<sup>68</sup>

Проблеми који могу да проистекну због постојања великог броја судских механизма специјалних правних режима су различити, али ћемо ми на овом месту издвојити два. Први се тиче надлежности и права специјализованих судова да одлучују о општим питањима међународног права, односно о специјалним правилима која излазе из домена њихове специјалне надлежности. Други се тиче супротних и сукобљених ставова различитих судова чак и када поступају у оквиру своје надлежности и чија супротстављена становишта тако имају шире дејство од предмета у којем одлучују. Тиме се заправо долази до суштине проблема фрагментације: правне несигурности

---

надлежности тумачење и унапређење циљева специјалног режима.” – Коментар Комисије, нав. дело, пасус 172.

„Постоји институционални и супстанцијални аспект бојазни због фрагментације међународног права. На институционалном нивоу, повећање броја органа за примену и спровођење правила – најчешће судова – за конкретан уговорни режим, довело је до бојазни због различите јуриспруденције и форум шопинга.” – Коментар Комисије, нав. дело, пасус 489.

<sup>66</sup> „Минимум основних заједничких карактеристика судског решавања спорова у међународном праву могао би се свести на следећа обележја: институција која је састављена од независних судија која решава спорове између два субјекта или више њих (од којих најмање један мора бити држава или међународна организација, тј. Међународноправни субјект) примењујући међународно право у унапред утврђеном поступку и који доноси обавезујуће одлуке.” – С. Ђајић (2012), 24.

<sup>67</sup> Johnatan I. Charney, “The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals”, *New York University Journal of International Law and Politics* 4/1999, 697-708.

<sup>68</sup> Chester Brown, *A Common Law of International Adjudication*, New York 2007.

и правне неједнакости. Проблем постаје нарочито актуелан ако се тумачење норме односи на исте субјекте – тада више није реч само о општој правној несигурности и угрожености система као таквог већ о ситуацији у којој ће се субјекти наћи у немогућем положају да поступе по различитим упутствима и у којима ће представљати праве жртве фрагментације међународног правног поретка.

Можда као најбоља илустрација првог проблема може да послужи један од најпознатијих сукоба међународних судова у погледу тумачења правила о одговорности државе за повреде правила хуманитарног права. Реч је о предмету Тадић<sup>69</sup> пред Међународним кривичним трибуналом за бившу Југославију (Трибунал) у којем се Трибунал отворено супротставио закључку Међународног суда правде из његове пресуде у предмету Никарагва.<sup>70</sup> Наиме, у предмету Никарагва Међународни суд правде је нашао да држава може да одговара за повреде међународног хуманитарног права на странијој територији тек уколико се докаже да су те снаге деловале по директном упутству и под контролом стране државе, што је постало познато као тест ефективне контроле.<sup>71</sup> Одлучивање о одговорности државе уопште није у надлежности Трибунала. Његова надлежност је кривична и ограничена на утврђивање индивидуалне кривичне одговорности за дела прописана Статутом Трибунала. Са друге стране, Међународни суд правде не само да има општу стварну надлежност да одлучује о свим питањима међународног права већ је она управо установљена за одлучивање о одговорности државе. Поред тога, оба ова суда припадају систему УН у којем је чланом 94. Повеље УН посебно место резервисано за Међународни суд као главног судског органа ове организације, док је Трибунал део система захваљујући начину оснивања, избора судија и финансирања. Оба ова обележја, чини се, претпостављају Међународни суд правде Трибуналу, што није спречило Трибунал да се изјасни о једном општем питању међународног права директно се супротстављајући Међународном суду правде. Уследила је занимљива академска расправа и она у самој Организацији Уједињених нација.<sup>72</sup> Последња реч припала је Међународном суду правде који је не само потврдио правило

<sup>69</sup> Душко Тадић, Међународни кривични трибунал за бившу Југославију, предмет бр. IT-94-1-T, пресуда Жалбеног већа од 19. јула 1999.

<sup>70</sup> *Ibidem*, 39-75.

<sup>71</sup> *Војне и њаравојне актиивносџи у Никараџви и џројшв Никараџве*, Међународни суд правде, Пресуда 27. Јуна 1986. године, став 115 (*Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America) (Merits), Judgment, ICJ Reports (1986)).

<sup>72</sup> Поводом овог сукоба два суда председници Међународног суда су се чак у три наврата изјашњавали у годишњем извештају и обраћању Генералној скупштини УН: Стефан Швобел (1999), Жилбер Гијом (2000, 2001). Сви говори су доступни на интернет страници Међународног суда правде: *International Court of Justice – Statements by the President*, <http://www.icj-cij.org/court/index.php?pl=1&p2=3&p3=1>, 20.9.2016.

о ефективної контроли над актом приватног лица као услови за одговорност државе већ је и напоменуо да ово питање није уопште било потребно Трибуналу да би одлучио о постојању међународног оружаног сукоба.<sup>73</sup> На овом примеру видљиво је какви проблеми могу произаћи из специјализације институција међународног права: да ли специјални судови могу да расправљају о општим питањима међународног права и да ли могу да одступе од тумачења која су понудила други, претпоставља се надлежни међународни судови опште надлежности.

Други примери илуструју проблем различитог тумачења истих правних стандарда који могу довести до правне несигурности и на тај начин специјализацију међународног права и међународног правосуђа учинити негативном појавом. Овде није више важно само питање надлежности поступајућег суда већ, чак и када је та надлежност неспорна, питање неуједначеног тумачења. Тако су, на пример, Европски суд за људска права и Европски суд правде различито тумачили право на приватност.<sup>74</sup> Несумњиво је да оба суда имају надлежност да одлучују о овом питању – Европски суд за људска права то може да чини преко члана 8 Европске конвенције за заштиту људских права, док Европски суд правде опет преко исте конвенције која је инкорпорисана у право ЕУ, али и општих правних начела, а данас и на основу Повеље ЕУ о основним људским правима. Питање око којег су се судови разишли односило се на домаћај права на приватност: да ли се њиме штите само физичка или и правна лица, те да ли оно обухвата само приватне или се оно може проширити и на пословне просторије. Европски суд правде се први изјашњавао о овом питању у вези са приговором немачког привредног друштва да су одлуке Комисије о спровођењу истраге због повреде конкуренције супротне члану 8 Европске конвенције за заштиту људских права.<sup>75</sup> Европски суд правде закључио је да се ова одредба не односи на правна лица ни на пословне просторије јер је она усмерена на развој личне човекове слободе. Овај налаз Суд је поновио у неколико наредних случајева.<sup>76</sup> Неколико година касније Европски суд за људска права донео је другачији

---

<sup>73</sup> *Примена Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида* (Босна и Херцеговина против Србије), Међународни суд правде, Пресуда од 26. фебруара 2007, став 403 (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Bosnia and Herzegovina v. Serbia, ICJ Reports 2008*).

<sup>74</sup> Спојени предмети 46/87 и 227/88, Хехст АГ против Комисије Европских заједница (*Hoechst AG v. Commission of the European Communities*), Суд ЕЗ, одлука од 21. септембра 1989; Нимиц против Немачке (*Niemietz v. Germany*), Европски суд за људска права, пресуда од 16. децембра 1992. године.

<sup>75</sup> Хехст АГ против Комисије Европских заједница, нав. пресуда.

<sup>76</sup> Предмет 85/87 Дау Бенелукс против Комисије (*Dow Benelux v. Commission*), одлука од 17. октобра 1989; спојени предмети 97-99/87, Дау Кемикал Иберика и други против Комисије (*Dow Chemical Ibérica and Others v. Commission*), одлука од 17. октобра 1989.



закључак наставши да се члан 8 односи на приватне и пословне просторије,<sup>77</sup> а десет година касније и да ова одредба једнако штити правна и физичка лица.<sup>78</sup> У последњем случају је чак било речи о мерама спроведеним на основу одлука Комисије за спровођење истраге о повреди правила конкуренције. Подводећи правна лица и пословне просторије под члан 8, и то у контексту овлашћења Комисије за заштиту конкуренције, Европски суд је нашао да овакве одлуке морају бити подвргнуте претходној судској контроли. Дакле, различита тумачења истог правног стандарда, у овом случају члана 8 Европске конвенције и права на приватност, за последицу има не само правну несигурност већ и утицај једног специјалног система на други: захтев да се одлуке Комисије подвргну судској контроли. Решење је било у делимичном уступку које је учинио Европски суд правде наложивши домаћим судовима да поступе по налогу Комисије који такав захтев могу тек изузетно одбити, додатно ограничивши домаће судове на минимум информација које смеју да траже приликом давања сагласности да се не би угрозила истрага.<sup>79</sup> Међутим, овим се није окончала расправа о ограничењима Комисије јер је у уредби која је накнадно усвојена пропуштено увођење услова претходне судске контроле.<sup>80</sup> По решењу Уговора из Лисабона, који је ступио на снагу након ових одлука, део корпуса права ЕУ постала је Повеља о основним људским правима по којој је Европска конвенција обавезујућа и то сад у светлу праксе Европског суда за људска права,<sup>81</sup> чиме би његове одлуке морале да

<sup>77</sup> Нимиц против Немачке (*Niemietz v. Germany*), Европски суд за људска права, пресуда од 16. децембра 1992. године.

<sup>78</sup> Сосиете Колас Ест против Француске (*Société Colas Est and Others v. France*), Европски суд за људска права, пресуда од 16. априла 2002.

<sup>79</sup> Предмет 94-00, Рокет Фрер СА и генерални директор Генералног директората за конкуренцију, потрошњу и сузбијање превара (*Roquette Frères SA and Directeur general de la concurrence, de la consommation et de la repression des fraudes*), Суд ЕЗ, пресуда од 22. октобра 2002.

<sup>80</sup> Чини се да је претходна судска контрола резервисана искључиво за претрес приватних просторија:

„Искуство је показало да постоје ситуације када се пословни подаци чувају у приватним домовима директора и других лица која раде за предузеће. Да би се обезбедила ефикасност инспекције, службеници и друга лица која овласти Комисија морају да имају овлашћење за улазак у све просторије у којима се чувају пословни подаци, укључујући и приватне домове. Ипак, ово друго овлашћење мора бити подвргнуто одобрењу судске власти.” – Уредба 1/2003, преамбула, став 26.

Са друге стране, постоји још једна одредба у преамбули која упућује на Повељу о основним правима и то на следећи начин:

„Овом Уредбом поштују се основна права и начела која су призната, нарочито Повељом о основним правима Европске уније. Према томе, ову Уредбу треба тумачити и примењивати у складу са овим правима и начелима.” – Уредба 1/2003, преамбула, став 37.

<sup>81</sup> Члан 53 Повеље ЕУ о основним правима.

имају одлучујући утицај приликом тумачења Конвенције.<sup>82</sup> Док је са једне стране постојао јак отпор пракси Европског суда за људска права бар у оној мери у којој је она ограничавала овлашћења институција Европске уније (али не и она која се односила на државе чланице), изменама оснивачких уговора би овај отпор морао да буде сломљен. Овакво решење представља врло значајно средство за обезбеђивање дејства Европској конвенцији која на овај начин може да користи инструменте права Европске уније.

Сличан проблем у тумачењу истог правног стандарда постоји често у пракси међународне инвестиционе арбитраже. Иако су бројни двострани споразуми о заштити страних улагања формално различити уговори, по правилу садрже неке идентичне одредбе. То је нарочито случај са одредбом о поштености и правичном третману која готово никад није ни дефинисана. Док се различито тумачење ове одредбе може понекад приписати другачијим чињеницама случаја, када су ове чињенице идентичне а тумачење различито такву разлику је тешко бранити чињеницом да је реч о два различита уговора јер међу њима суштинске разлике не постоје. То се управо десило у предметима Лаудер против Чешке<sup>83</sup> и ЦМЕ против Чешке.<sup>84</sup> Оба поступка су вођена по УНЦИТРАЛ арбитражним правилима поводом мера државе у поступку издавања дозвола, где је први поступак покренуо власник холандског привредног друштва док је други формално покренуло друштво. Поступци су вођени по различитим двостраним споразумима са гаранцијама које се по свом садржају нису значајно разликовале. Идентичност два спора била је више него очигледна али су одлуке биле потпуно различите: док су у првој одбијени сви тужбени захтеви у другој је установљена повреда неколико стандарда међународног права чија је формулација у оба БИТ-а била практично иста. Сукоб у тумачењу истих правних стандарда овде је забрињавајући због истих чињеница али и због тога што је овде реч о сукобу унутар специјалног правног режима. Другим речима, фрагментација међународног права

---

<sup>82</sup> „У погледу Повеље, њен члан 52, став 3 прописује да у мери у којој права која Повеља садржи а која одговарају онима које гарантује Европска конвенција за заштиту људских права, њихово значење и домаћај ће бити исти као и они који су прописани Европском конвенцијом за заштиту људских права. Према тумачењу ове одредбе, значење и домаћај гарантованих права се имају утврђивати не само према тексту Европске конвенције већ, *inter alia*, и према пракси Европског суда за људска права.” – Предмет C-279/09, *DEB Deutsche Energiehandels und Beratungsgesellschaft mbH v Bundesrepublik Deutschland*, Европски суд правде, пресуда од 20. децембра 2010. године, став 35.

<sup>83</sup> Роналд С. Лаудер против Чешке Републике (*Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*), УНЦИТРАЛ, Двострани споразум о заштити страних улагања између САД и Чешке Републике, арбитражна одлука од 3. септембра 2001. године.

<sup>84</sup> ЦМЕ Чешка Република БВ против Чешке Републике (*CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. Czech Republic*), УНЦИТРАЛ, Двострани споразум о заштити страних улагања између Холандије и Чешке Републике, арбитражна одлука од 14. марта 2003.

није нужно последица односа општег и посебног, или различитих специјалних режима, већ се може јавити и унутар једног специјалног режима. То би могло значити да фрагментација и правна несигурност нису последица само феномена специјализације међународног права, већ да њене узроке можемо тражити и у другим чиниоцима.

Ови примери нису изузеци. Иако се на овом месту не бавимо проблемима повећаног броја међународних судова, а то су сукоби надлежности, литиспенденција и правило о пресуђеној ствари, јасно је да се фрагментација у домену тумачења материјалноправних норми јавља управо због процесних недоречености међународног правног система. Док су претходни примери показали како до фрагментације долази јер су различити судови тумачили исту норму на различите начине, постоје и случајеви када ће јединство међународног система бити нарушено јер ће специјални систем одбити да примени опште или специјалне норме управо позивањем на ненадлежност. На пример, у инвестиционој арбитражи није реткост да се истакне аргумент заштите људских права као основ за тумачење обавезе државе, ради ограничења овлашћења инвеститора. Међутим, инвестициони арбитражни судови нису се упуштали у тумачење и примену људских права,<sup>85</sup> а практична последица била је заправо непризнавање дејства нормама о заштити људских права.<sup>86</sup>

Слично је и са Светском трговинском организацијом – Апелациони панел СТО одбио је да примени начело предострожности наставши да оно није постало део општег међународног права већ да је оно само режима заштите животне средине.<sup>87</sup> Овакав закључак потврдио је и у доцнијој пракси.<sup>88</sup> Другим речима, СТО је спреман да примени општа правила међународног права и право СТО које произилази из тзв. „обухваћених споразума”<sup>89</sup> али не и друга правила међународног права. Став се само делимично може бранити стварном надлежноћу СТО панела, јер такво изричито ограничење не постоји у споразумима. Није јасно ни како начело предострожности уопште може постати део општег међународног права јер се оно односи само на за-

---

<sup>85</sup> Moshe Hirsch, “Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths”, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (eds. Pierre-Marie Dupuy, Francesco Francioni, Ernst-Ulrich Petersmann), Oxford 2009, 98-114.

<sup>86</sup> Сања Ђајић, „Право на воду”, *Правни живић* 12/2014, 211-228.

<sup>87</sup> Европске заједнице – мере које се односе на месо и месне прерађевине (хормони) (*European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*), Одлука Жалбеног већа од 16. јануара 1998, WT/DS48/AB/R, стр. 180-181, ставови 123-125.

<sup>88</sup> Европске заједнице – мере које се односе на одобрење и рекламирање биотехнолошких производа (*European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*), Извештај Панела од 29. септембра 2006. године, WT/DS291-293/R, ставови 7.88-7.89.

<sup>89</sup> С. Ђајић (2012), 123-125.

штиту средине која укључује и правила о заштити здравља. Коначно, начело предострожности помиње се и у преабули Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама. Ипак, по мишљењу Панела то није довољно да би се оно применило као оправдање и разлог за суспензију гаранција из права СТО.<sup>90</sup>

## 6. ЗАКЉУЧАК

Специјализација и диверзификација усмерава међународно право ка правном плурализму. Један од главних закључака Комисије УН за међународно право је да, ипак, појава специјалних уговорних режима озбиљно не угрожава правну сигурност, предвидљивост обавеза и правну једнакост, те да основни инструменти за решавање сукоба (*lex specialis, lex posterior, inter se* споразуми, обавезе које постоје према међународној заједници као целини) представљају одговарајуће и довољне механизме за превазилажење несагласности.<sup>91</sup> Комисија УН за међународно право сматра да је решење сукоба правила и сукоба надлежности у Бечкој конвенцији о уговорном праву: реч је о инструменту који припада општем међународном праву и који садржи нека решења о односу различитих врста уговора. Бечка конвенција може послужити и као полазна основа за изградњу колизионих норми међународног јавног права јер не постоји хијерархија међу самим специјалним правним режимима.<sup>92</sup>

Само постојање специјалних режима није нужно негативна појава. Они истовремено доказују специјализацију међународног права, у материјално-правном и институционалном погледу. Ипак, због специфичних обележја међународног права, као што су децентрализација и другачији правностваралачки процес, самостални правни режими могу довести и до сукоба правних норми и сукоба надлежности, и до различитих тумачења истих правних норми. Чини се да проблем за међународни правни систем не представља толико однос општег и посебног, већ међусобни сукоб различитих специјалних правних режима. Иако је Комисија 2006. године закључила да фрагментација не угрожава међународноправни систем, питање је да ли заиста има места таквом оптимизму јер пракса ипак показује да нису ретки примери где се државе могу наћи у ситуацији где је испуњење различитих обавеза постаје немогуће, што управо директно угрожава правну сигурност, предвидљивост обавеза и правну једнакост.

---

<sup>90</sup> Европске заједнице – мере које се односе на месо и месне прерађевине, нав. пресуда, став 124.

<sup>91</sup> Коментар Комисије, нав. дело, пасус 492.

<sup>92</sup> Коментар Комисије, нав. дело, стр. 250.

Sanja V. Đajić, Ph.D., Full Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
S.Djajic@pf.uns.ac.rs

## Fragmentation of International Law and Special Legal Regimes

**Abstract:** *In this article the author tackles one of the long-standing theoretical issues of international law: fragmentation that has been caused inter alia by so-called self-contained or special legal regimes. The article relies on and develops from the assumptions and conclusions of the International Law Commission of the UN and its 2006 report on fragmentation. While the report concluded that the phenomenon of fragmentation still has not reached alarming proportions so as to threaten the existence of international legal system, the author tries to challenge some of these conclusions. It seems that special legal regimes have not diligently followed the advice of the ILC for constructing their ties with the general legal order and other special regimes despite the fact that there exist instruments for solving such conflicts. The proliferation of international courts and tribunals seem to have contributed to conflicting jurisprudence and forum-shopping thereby causing both legal uncertainty and inequality. Building on several examples from international jurisprudence, the author tends to illustrate that fragmentation seems to be a phenomenon that requires a vigorous attention and possibly a new and different approach to solving conflicts of rules and conflicts of jurisdictions.*

**Keywords:** *fragmentation of international law, conflicting jurisprudence, special legal regimes.*

Датум пријема рада: 26.09.2016.