

*Лука Алексић**
Правни факултет, Београд

МЕЂУНАРОДНО ПРАВО У ХАРТОВОЈ ПРАВНОЈ ТЕОРИЈИ - ЈЕДНОСТАВАН ПРАВНИ ПОРЕДАК ИЛИ СЛОЖЕН ПРАВНИ СИСТЕМ**

Сажетак

Проматрање правне природе међународног права, његовог важења, али и практичног утицаја које оно има, никад није престало да интригира правну теорију. Историјски гледано, међународно право је прешло дуг пут од његовог иницијалног сагледавања као какве међународне позитивне моралности, па све до савремених позитивистичких и природноправних теорија које овај појам дефинишу као децентрализовани правни систем који је по квалитету и функцији потпуно једнак са националним правним системима¹. У другој половини 20, а нарочито од почетка 21. века, међународно право доживљава наглу експанзију и развој. На то пре свега утиче установљивање различитих међудржавних међународних организација специјализованих за одређене области међународно-правног функционисања и успостављање сталних или *ad hoc* трибунала, као и све већа кодификацију међународних правних правила и проширивање области регулисања, како у приватној тако и у међудржавној сфери. Стога је примарни циљ

* luka.quadralux@gmail.com

** Овај рад представља измењену и допуњену верзију мастер рада Хартово поимање међународног права, одбрањеног на Правном факултету Универзитета у Београду 21. септембра 2020. године.

1 Појам национални правни системи се односи на правне системе развијених демократских држава (нпр. Немачке).

овог рада преглед и даље осветљавање правне природе међународног права, његовог садржаја, односно узрока његовог важења и примене кроз призму Хартове (*Herbert Hart*) правне теорије.

Кључне речи: међународно право, обавезност права, суверенитет, секундарна правила, правило признања, право и морал, правни систем

ХАРТОВ ПОГЛЕД НА МЕЂУНАРОДНО ПРАВО

Харт није желео да створи свеобухватну теорију међународног права и за њега дискусија о овом појму није заузимала примарно место (Hart 2013, 75). Међутим и поред тога, он не испушта прилику да се упусти у разматрање правне природе међународног права. Стога, он иницијално почиње тамо где је стао Остин (*John Austin*) (вид. Austin 1995, 112, 124, 175), сматрајући да је неопходно на самом почетку приступити решавању питања да ли је међународно право заиста право или оно ипак представља међународну моралност. Два главна аргумента којима се Харт бави, а које ћемо обрадити, јесу питање суверенитета држава, односно (не)могућности да државе буду обавезане правилима међународног права и улоге санкција у међународном поретку и проблем потенцијалног недостатка истих. Анализу међународног права ћемо наставити у Хартовом маниру, а у контексту питања да ли исто садржи све нужне елементе, карактеристичне за национални правни поредак. Уколико садржи, онда се може рећи да оно представља правни систем. У супротном, међународно право би било само прост скуп правних правила обавезе. Хартова техника расветљавања природе међународног права се овде заснива на повлачењу аналогија са другим граничним случајевима (нпр. примитивним правом) који поседују само неке карактеристике везане за централни појам права, оличен у националним правним системима (Јовановић 2019, 21). Коначно, како питање важења међународног права и његове нормативности јесу есенцијални за разумевање његове природе, не смемо пропустити да образложимо и прикажемо Хартов став који се односи на постојање основне норме. Наиме, он за разлику од Келзена (*Hans Kelsen*), инсистира да међународно право заправо уопште не поседује правило признања, које има исту функцију као Келзенова основна норма (*Grundnorm*), те да због тога правила међународног права не формирају систем, већ прост скуп правила (Hart 2013, 291).

Да ли је међународно право заиста право

Правна теорија међународног права је дуго била под утицајем Остинове императивне теорије (Payandeh 2010, 969). Према њој се међународно право не може посматрати као право, с обзиром да не произилази из наредби суверена, већ је успостављено на основу општег става које државе деле. Његова примена је заснована искључиво на претњи моралним санкцијама, а не на Остиновском „стављању у изглед наношења зла ономе ко прекрши правило“ (Austin 1995, 171). Због тога Остин говори о међународноправним правилима као прописима у неправом смислу, која имају само својство међународне моралности (175). Иако се термин међународно право користи већ 150 година, чињеница да не постоје међународно законодавство, судови са обавезном јурисдикцијом и централно организоване санкције, стварају код правних теоретичара сумњу према коришћењу речи „право“. Због тога је потребно размотрити два извора сумње у његов правни квалитет. Први је дубоко уврежен у концепт права које у основи представља наредбе подржане претњама и контраст који постоји у карактеру обавезности правила међународног права и националних правних система. Други извор сумње произилази из схватања према ком суверенитет онемогућава државе да буду субјекти правних обавеза (Hart 2013, 271).

Обавезност међународног права

Приликом разматрања питања обавезности правних правила и санкција за њихово непоштовање у међународноправним оквирима, као чест аргумент се користи тврдња да правила међународног права не могу бити описана као правна зато што нису подржана организованим санкцијама, које и кад постоје, нису редовно примењиване (Waldron 2013, 381). Због тога треба поћи од премисе да у међународном праву не постоје санкције, јер се чак ни овлашћења Савета безбедности Уједињених нација (UN Charter, поглавље VII), не могу сматрати централно организованим санкцијама, због могућности коришћења вета (Hart 2013, 273).

Прихватање става да међународно право није обавезујуће зато што не познаје организоване санкције би подразумевало прећутно прихватање става да право представља наредбе подржане претњама. Овакво становиште у потпуности искривљује улогу обавезе у (Хартовој) правној теорији. Наиме, императивна теорија се базира на ставу да се основ важења правног поретка састоји у томе да

већина у оквиру друштвене групе пружа навикнуту послушност наредбама суверена (појединца или групе), које су снабдеване претњом, док сам суверен не дугује послушност никоме (Postema 2011, 1). Проблем код ове поставке лежи у системском питању: да ли навикнута послушност може да оствари битну особину већине правних система оличене у континуитету ауторитета стварања права, који се огледа у фактичком преносу моћи стварања права са претходног на следећег законодавца (Hart 2013, 110).

По смрти таквог суверена неће постојати нико према коме постоји навикнута послушност, што би водило ка закључку да право нестаје са сувереном (Eleftheriadis 2013, 117). Тиме се у потпуности занемарује правна сукцесија суверена, односно континуитет правног система, типичан за модерне правне системе (117-118). Због тога треба увести нову идеју правила, која Харт дефинише као *social rules*², а која за разлику од навикнуте послушности имају и унутрашњи, а не само спољни аспект (претња). Унутрашњи аспект подразумева постојање мисаоног критичког става према одређеним матрицама понашања као општеприхваћеним стандардима. Стога навикнуту послушност треба заменити прихватањем одговарајућих правила, где је за обавезност правила потребно „само“ да субјекти права прихватају одређене матрице понашања као исправне, а да свако понашање које одступа од њега буде предмет њихове критике и неодобравања (чиме се установљава интерна тачка гледишта). У складу с тим можемо и увидети битну карактеристику међународних обавеза која се огледа у постојању интерне тачке гледишта код држава. Наиме, у међународној заједници постоји генерални притисак за поштовање правила међународног права. То имплицира постојање мисаоног критичког става који државе деле, а који се исказује кроз оцењивање понашања других држава и критику сваког одступања од правила која су утврђена као општеприхваћени стандарди понашања. Када државе занемаре правила међународног права, оне то не чине због недостатка обавезности. Напротив, оне улажу напор да прикрију чињенице на основу којих би се могло утврдити да су прекршиле правила међународног права, што несумњиво представља понашање које се може очекивати у случају постојања унутрашњег аспекта обавезе, односно постојања свести о обавезности правила (Waldron 2013, 382).

У оквиру овог питања треба размотрити и други аргумент,

2 „Хартов термин *social rule* се не може дословно превести на српски језик као друштвено правило, јер оно што на српском значи друштвено правило није адекватно значењу синтагме *social rule*. *Social rule* представља ону врсту „наших“ друштвених правила коју ми зовемо обичајима, конвенцијама и конвенционалним моралом. То су правила која немају институционално порекло“ (вид. Hart 2013, 391, фуснота 16).

који се базира на ставу да у оквиру националног правног система постоје одређена нужна правила, попут забране слободне употребе силе и правила о примени принуде у виду санкција. Харт овде прави разлику између међународног права са једне стране и националног права са друге стране. Наиме „међу појединцима који живе једни близу других, могућност за повређивање других лукавством или путем отвореног напада, је толико велика, а могућност да се побегне знатна, да су чисто природна средства одвраћања од чињења насиља међу појединцима крајње неадекватна“ (Hart 2013, 274). Са друге стране сукоб између држава је мање вероватан, зато што таква употреба силе по правилу мора бити јавна, те ће ретко кад иста остати проблем који искључиво постоји између агресора и нападнуте државе. Како су појединци релативно једнаки у снази и рањивости, према њима санкције могу бити успешно примењене, без претерано великог ризика. Међутим, оно што је добро за појединце, није нужно добро за државе, те како је међународно право толико различито од националног, код њега не постоји слична потреба за санкцијама, као ни слична могућност њихове поуздане и ефикасне употребе. Стога, због неједнакости између држава није сигурно да ће удружена снага оних држава које су на страни међународног права превладати оне снаге које су склоне агесији, те организација и коришћење санкција може створити велике ризике, док би претња применом истих била неефикасна у одвраћању од кршења правила (275).

Суверенитет као аутономија држава

Иако је неспорно да суверенитет представља један од основних принципа међународног права, без ког међународно право не би постојало, једна од најдуготрајнијих недоумица у вези са обавезујућим карактером међународног правног поретка лежи у немогућност прихватања тезе да суверене државе могу имати међународне обавезе. Стога, у овом случају треба размотрити два става. Први, екстремнији, према ком суверене државе ни на који начин не могу бити обавезане и други, према ком оне могу искључиво саме себе да ограниче обавезама. Први став представља схватање државе као неке врсте “супермена, која би у исто време била изван права али и извор истог за своје субјекте“ (Hart 2013, 276). Ипак, појам „држава“ не треба схватити као назив за неког појединца или ствар која је инхерентно изван права, с обзиром да државе очигледно улазе у међусобне односе путем међународних уговора и сматрају

се обавезане истим (Lesser 2014, 4). На томе се и заснива Хартов закључак да појам суверености заправо представља независност, односно аутономију, те да суверенитет држава, као основни темељ међународног права, постоји управо само у оквирима истог и у обиму у ком му његова правила то допуштају (Hart 2013, 278). У супротном би чињеница да се државе обавезују путем међународних уговора довела до закључка да оне тиме престају да буду суверене. Ово је свакако један од начина тумачења суверенитета али не претерано користан, имајући у виду да би у пракси дошло до ситуација које су у контрадикцији са овако екстремним ставом³. Последично би саме државе тежиле да не буду суверене или да свесно ограниче свој суверенитет, с обзиром да имају интерес закључивања међународних уговора и међусобног обавезивања (Lesser 2014, 4), што би довело у опасност основне принципе међународног права који произилазе из суверенитета држава, попут начела забране интервенције или територијалног интегритета држава.

Након тога, треба узети у обзир волунтаристичке теорије, односно теорије самоограничења, које покушавају да помире апсолутни суверенитет држава са постојањем обавезујућих правила међународног права, тврдећи да су све међународне обавезе самонаметнуте, попут оних које настају из обећања. За потребе побијања ових теорија користићемо Хартову троструку аргументацију.

Првенствено, ове теорије нису успеле да објасне на основу чега нам је познато да државе могу да буду искључиво обавезане на основу самонаметнутих обавеза. Чињеница да се обавезе у оквиру међународног права неретко заснивају на вољи држава, не значи ништа друго, до да је то само један од модуса њиховог настанка. Овакав став не искључује могућност да обавезе настају и обавезују државе мимо њихове воље. Један од таквих примера јесу *jus cogens* обавезе међународног права које настају без потребе за било каквом изричитом сагласношћу држава, а што је само по себи апсолутно неспојиво са ставовима волунтаристичке теорије⁴. С друге стране, чак је и за стварање обавезе путем самонаметања (нпр. путем једностране изјаве неке државе), неопходно претходно постојање обавезујућег правила које би прописивало нужне и довољне услове које ови акти морају да испуне, како би уопште производили правне обавезе (Hart 2013, 280). На основу овога се извлачи закључак да морају постојати

3 Свако прихватање обавеза од стране државе би значило да држава престаје да буде суверена, из чега логички следи да не постоје суверене државе, што би значило и крај међународног права.

4 За разлику од обичајног и уговорног међународног права, *jus cogens* норме се не могу дерогирати и обавезују све државе, без обзира на то да ли постоји њихова жеља, односно спремност да истима буду обавезане (вид. Dubois 2009, 1).

нека правила која су изнад правила која дефинишу обавезе, а која су обавезујућа за државе без обзира на њихову вољу, што је у супротности са волунтаристичким погледом на суверенитет, који захтева слободу од свих таквих правила. Трећи аргумент јесте заснован на две познате ситуације у којима се држава сматра обавезаном међународним правом мимо њене воље. Прва ситуација се односи на случај настанка нове државе (попут Израела 1948. године), која се без сваке сумње, по свом настанку сматра обавезаном правилима међународног обичајног права, попут оних која утврђују обавезујућу снагу међународних уговора⁵. Друга ситуација се односи на случај када нека држава стекне одређену територију коју раније није поседовала или прође кроз другу промену која доведе до тога да по први пут постане субјект одређених обавеза, без да је икада раније била (или могла да буде), односно, без икаквог давања сагласности или прихватања истих. Пример овакве ситуације постоји у случају државе која раније није имала излаз на море, а која у међувремену стекне поморску територију, што је довољно да иста постане обавезана свим међународним правилима која регулишу режим територијалних вода или отвореног мора (281-282).

Стога, суверенитет унутар правног поретка мора бити схваћен „као конструкција правила, а не само као услов за њихово постојање, што несумњиво важи и у међународном оквиру: суверенитет није нешто спољашње у односу на међународно право што ограничава његово функционисање, већ насупротив, представља творевину, односно артефакт међународног права“ (Waldron 2013, 381). За разлику од Остина који је тврдио да суверенитет ствара правила, Харт указује да правила дефинишу суверенитет.

Међународно право и морал

Иако Харт наглашава да међународно право по својој форми подсећа на једноставне форме друштвене структуре које поседују искључиво примарна правила, он уједно признаје да је садржина његових правила поприлично различита од оних у примитивном поретку. Такође, многи његови појмови, методе и технике, идентични су са онима које постоје у националним правним системима. Из тог разло-

5 Новонастале државе нису у могућности да бирају која правила међународног обичајног права желе да их обавезују. Оне су самим моментом настанка обавезане свим прихваћеним обичајно правним правилима. Чињеница да нису могле да уложе приговор на формирање ових правила никако не утиче на њихову обавезаност истим (вид. Baker 2010, 177).

га он не одустаје од тврдње да међународно право није морални, већ правни поредак, што ћемо образложити кроз три главна аргумента.

Међународно право се првенствено разликује од моралности по структури. Наиме, оцена понашања држава у смислу моралности јесте видљиво различита од формулације захтева, потраживања али и признавања права и обавеза на основу правила међународног права. Управо зато, оно што „доминира у аргументима које државе упућују једна другој поводом спорних ситуација у оквиру међународног права, јесте позивање на прецеденте, међународне уговоре и текстове академских и других правника, док често уопште нема спомена о томе да ли је нешто морално исправно или не“ (Hart 2013, 283). Државе се често и не позивају на разлоге правде или људске добробити (Lesser 2014, 10). Други разлог разликовања јесте заснован на чињеници да су правила међународног права, попут оних у националном праву, често крајње морално индиферентна. Наиме, неко правило може постојати само зато што је то прикладно или нужно за потребе решавања неког практичног проблема, а не зато што оно носи одређени морални значај. Моралност логички не може садржати правила која, они који их поштују, не сматрају пожељнијим од њихових алтернатива, док право може и садржи баш таква правила⁶. Управо зато од националног права, а не од морала, очекујемо да утврди колико је сведока потребно да би тестамент био валидан. Исто тако од међународног права очекујемо да нам да одговор на питања колико ратни брод може остати у неутралној луци. Све ове ствари је нужно и пожељно регулисати правним правилима. Иако нису сва правила међународног права овако формална, арбитрерна или морално неутрална, дистинкција и лежи у чињеници да она, за разлику од моралних, могу бити оваквог типа. Због тога су формализам и легализам карактеристичне особине међународног права које се истовремено не могу повезати са карактеристикама моралности. Као трећи разлог, наглашавамо да разлика у карактеру између међународног права и моралности има и други аспект, који се тиче променљивости. Наиме, законодавство не може увести ново правило и дати му статус моралног правила својом произвољном одлуком⁷. Поред тога, моралност не само што не поседује легислативу, већ је сама идеја промене морала путем људских легислативних одлука супротна њеној самој идеји. За

6 Они који аутомобиле возе десном страном улице нису ни на који начин (морално) бољи од оних који то у Уједињеном Краљевству чине са леве стране.

7 Важећа морална правила које друштво прихвата не могу тек тако бити промењена произвољном одлуком или законодавним актом. На пример, иако је расна дискриминација забрањена шездесетих година 20. века у Уједињеном Краљевству, то нажалост не значи да је њу друштво од тада сматрало морално погрешном (вид. Lesser 2014, 11).

разлику од правила моралности, правила међународног права су предмет намерне и свесне промене, пре свега кроз међународне уговоре (Payandeh 2010, 976).

Можемо се надовезати на Хартове закључке и констатовати да поред формалних разлика између права и моралности, такође постоје и додатне разлике у садржају, које се огледају у чињеници да није све што је дозвољено међународним правом истовремено морално исправно. Такође, није ни све што људи сматрају морално исправним уједно и дозвољено са аспекта међународног права (Lesser 2014, 12). Као примере за ова два става можемо узети случајеве Фелдмаршала Фон Леба (*Field Marshal von Leeb*), где је неморалан акт био у складу са међународним правом и Адмирала Деница (*Admiral Doenitz*), где је морално оправдан акт био у супротности са међународним правом (вид. Walzer 2006, 166-167).

Коначно, поставља се и питање да ли поштовање правила међународног права мора почивати на убеђењу држава да постоји морална обавеза за таквим поступањем. Иако такво убеђење може постојати, тешко је разумети зашто оно мора постојати као услов за постојање правила међународног права. Наиме, кроз „праксу држава се види да се одређена правила регуларно поштују чак и по цену одређених жртви; захтеви су формулисани позивањем на оваква правила“ (Hart 2013, 286). Наведено само доказује да су правила међународног права обавезујућа али свакако не говори о разлозима или побудама из којих државе поштују иста⁸. Морална обавеза поштовања међународног права може бити само један њих, али свакако не постоји оправдан разлог зашто би постојање моралне обавезе морало бити сматрано карактеристиком међународног права (Payandeh 2010, 976).

Међународно право - једноставан правни поредак

Харт приликом разматрања природе међународног права полази од карактеристика типичних за националне правне системе, које истовремено узима за генералне карактеристике права као социјалног феномена (Payandeh 2010, 980).

Потребна су два услова за постојање правног система. Први се огледа у постојању правила понашања која су правно важећа према врховном критеријуму важења самог система и која морају бити генерално поштована (примарна правила). Други услов се огледа

⁸ Поштовање права може бити мотивисано постојањем осећаја моралне обавезе али постојањем прорачунатог дугорочног интереса или жеље за поштовањем одређене традиције (Hart 2013, 287).

у постојању правила признања које одређује критеријум правног важења, правила промене и правила пресуђивања, која морају бити ефективно прихваћена као заједнички јавни стандард официјелног понашања од стране званичника (секундарна правила) (Hart 2013, 175). Како правило признања предвиђа критеријум важења права одређивањем радњи које стварају право, тако основна садржина правног система не лежи на моралним оправдањима или логичким претпоставкама, већ на обичајном друштвеном правилу, као продукту комплексне праксе судова, службеника и приватних лица (166). Разлика између примарних и секундарних правила јесте у томе што примарна успостављају обавезе, док секундарна успостављају овлашћења, било јавна или приватна⁹.

Друштва могу функционисати и само на основу примарних правила али ће патити од три проблема: неодређености правила, која се огледа у несигурност поводом тога шта су важећа правна правила и који је њихов опсег; правила ће бити статична с обзиром да неће бити начина да се иста свесно елиминишу, односно промене или да се донесу нова; и друштвени притисак на основу ког су правила одржавана ће бити неефикасан зато што неће постојати орган/званичник који би на коначан начин решавао спорове око кршења примарних правила (Hart 2013, 151-153). Ова три недостатка (неодређеност, статичност и неефикасност) могу бити решена увођењем секундарних правила, услед чега би: правило признања отклонило неодређеност правила тако што би утврдило правило за дефинитивно утврђивање примарних правила која установљавају обавезе (154-155); правило промене би решило проблем статичне карактеристике примарних правила овлашћивањем појединца или органа да доносе нова или мењају, односно елиминишу постојећа (155-156); а правило пресуђивања би решило проблем неефикасности друштвеног притиска, тако што би овластило појединце да на ауторитативан и коначан начин утврђују да ли је у конкретном случају примарно правило прекршено (156-157).

Правило признања је најзначајнији критеријум правног важења и без њега би недостајало јединство које је неопходно да скуп правних правила формира правни систем. Сва правила признања правног система (пошто их може бити више) се свode у једно врховно правило признања, које је пре свега друштвено правило, на

9 „Примарна или основна правила захтевају од људи да нешто чине или да се уздрже од чињења, желели то они или не, док су секундарна правила у том смислу паразитска, с обзиром да почивају и зависе од примарних правила, јер предвиђају да људи могу, чинећи или говорећи одређене ствари, да створе нова примарна правила, да укину или промене постојећа или да на различите начине утичу на њихову примену или одреде њихов домашај“ (Hart 2013, 140-141).

основу ког се идентификује документ (попут устава) или пракса (попут сукцесије у монархији)¹⁰, као извор важења свих правних правила у систему. Иако оно пружа критеријум правног важења за сва правила, не постоји правило које предвиђа критеријум његовог важења, те стога оно не може бити важеће или неважеће, већ само прихваћено као стандард на основу ког се утврђује важење других правила, односно као производ друштвене чињенице.

Међутим, за само постојање правила признања је неопходно да исто произилази из заједничке друштвене праксе службеника који право примењују. Они морају да имају унутрашње осећање прихватања обавезе његовог поштовања, које се разликује од класичне послушности под претњом (Hart 2013, 175). Они треба да сагледавају ова правила као заједничке стандарде званичног понашања и критички оцењују сопствене као и туђе девијације од истих као пропусте, односно грешке (175-176). Управо од прихватања ових стандарда зависи јединство и континуитет правног система (176).

У том смислу, друштвени системи које одликује постојање јединства примарних и секундарних правила представљају модерне правне системе, који стоје насупрот оних примитивних. Имајући то у виду, Харт закључује да непостојање институција попут међународног законодавства, судова са обавезном јурисдикцијом и централно организованих санкција, значи да правила међународног права подсећају на једноставну, примитивну форму друштвене структуре (Hart 2013, 270). За потребе објашњења оваквог закључка у наставку ћемо приказати Хартову аргументацију која указује да ове три функције: законодавна, судска, и функција организоване примене санкција; нису остварене у међународном праву, те да исто не поседује секундарна правила промене и пресуђивања.

Законодавство, судство и организоване санкције

Један од аргумената да међународно право поседује легислативу се базира на тврдњи да рат, који се заврши мировним споразумом, а којим побеђена страна предаје део своје територије или преузима обавезе, заправо представља законодавни акт. Међутим, прављење једне такве аналогije тешко да би помогло да се међуна-

10 Као пример правила признања Харт узима правило у Великој Британији, да је све што краљица прогласи у парламенту право („*whatever the Queen in Parliament enacts is law*“) (Hart 2013, 161, 174, 206).

родно право изједначи са националним. Разлог лежи у томе што је једна од карактеристичних разлика између националног и међународног права управо у чињеници да прво, за разлику од другог, не препознаје важење уговора изнуђених насиљем, односно закључених под принудом (Hart 2013, 287).

Поред тога, секундарна правила међународног права која регулишу закључивање уговора између држава¹¹ мењају само обавезе за државе потписнице, што управо одговара правилима једноставних поредака, на основу којих је могуће мењати појединачне обавезе, али којима се не утврђују процеси намерне промене општих правила (Lefkowitz 2017, 11). Зато и сам Харт указује да би међународно право поседовало секундарна правила промене којима се установљава законодавство, уколико би правило да мултилатерални уговори обавезују и државе које нису потписнице постало генерално прихваћено (Hart 2013, 291). Тиме би се створила могућност вршења свесних и намерних промена општих правила. То би уједно створило и могућност разликовања између оних који управљају (званичника, органа) и оних који се повинују (субјеката права). Међународни поредак би се на тај начин преобразио у вертикално организован поредак, који је супротан његовом тренутно општеприхваћеном схватању као хоризонталног поретка.

Следећа аналогија на коју ћемо се осврнути јесте тврдња да постоји сличност између судова са обавезном јурисдикцијом, какве познаје национални правни систем и судова у оквиру међународног права, попут Међународног суда правде (МСП). Чињеница да су готово све одлуке МСП-а најчешће биле уредно спроведене од стране страна у спору, ни на који начин не може уклонити значај једне друге чињенице, а то је да за разлику од националних судова, ниједна држава не може бити изведена пред овај суд без своје претходне сагласности (Hart 2013, 287-288). Неки теоретичари сматрају да постојање судова са обавезујућом јурисдикцијом није нужно, позивајући се на то да правило пресуђивања не указује да институција која обавља функцију пресуђивања мора имати обавезну јурисдикцију (вид. Waldron 2013, 387). Међутим, тиме се занемарује једна од битних особина Хартовог правног система. Постојање судова са обавезном јурисдикцијом је нужно зато што право садржи општа примарна правила чије је поштовање обавезно. Да би ова правила била ефикасна, неопходно је да свака њихова повреда буде утврђена на коначан и ауторитативан начин од стране овлашћених званичника (Pavel 2018, 322). Иако су општа правила

11 Пре свега правила обухваћена и прописана у оквиру Бечке конвенције о уговорном праву (Vienna Convention).

пресуђивања генерално прихваћена од стране службеника међународних судова, трибунала и арбитража у виду принципа и максима које су широко коришћене за интерпретацију међународног права, то не може скрајнути чињеницу да је непостојање судова са обавезном јурисдикцијом особина међународног права и дан данас¹².

На сличан начин можемо разматрати и питање употребе силе у националном и међународном праву. Употреба силе је у првом уређена правом и примењивана у виду санкција, на централизован начин од стране надлежних органа¹³, док у другом важи принцип децентрализованих санкција, које се испољавају у виду прибегавања рату или примени насилне одмазде од стране оне државе (или групе држава) која тврди да су њена права повређена. Иако међународно право поседује секундарна правила која прецизирају или макар ограничавају казне за кршење правила, што може имати неког утицаја на „умањење тињајуће жеље за осветом која може бити последица коришћења самопомоћи“ (Hart 2013, 153, 157), проблем и лежи у томе што наведена жеља примарно настаје због тога што не постоји званичан монопол над санкцијама, те се међународно право ослања готово у потпуности на неку врсту самопомоћи. Чињеница да све државе уживају право да захтевају примену или извршење ограниченог броја међународноправних правила, као и да су последњих деценија децентрализовани механизми принуде међународног права доживели експанзију и развој¹⁴, представља недовољан аргумент. Разлог је у томе што и то потпада под Хартов опис примитивног права код ког је примена санкција остављена појединцима који су погођени повредом или групи као целини, а не званичном субјекту опште надлежности, који би био одвојен од непосредних учесника у поретку.

Иако на први поглед одредбе Повеље УН које предвиђају механизме за обезбеђивање извршења међународних обавеза (UN Charter, поглавље VII), могу довести до закључка да се Савет безбедности УН може потенцијално сматрати органом који би вршио централизовану примену санкција, такав закључак би

12 Успостављање Међународног кривичног суда је нешто најближе стварању суда са обавезном јурисдикцијом, али смањени капацитет гоњења грађана и званичника држава које нису чланице и каприциозност механизма вета у оквиру Савета безбедности, чини да се за њега и даље не може рећи да ужива универзалну обавезну јурисдикцију (вид. Pavel 2018, 322).

13 Централизација санкција се и огледа у преношењу овлашћења њихове примене са повређене стране, на независан, посебан орган, који обезбеђује њихову примену уз помоћ монопола физичке (државне) принуде.

14 Међународно право се ослања различите инструменте примене правила, који се могу поделити у четири посебне групе принуде. Кроз спољашњу и нефизичку принуду, интерну и физичку принуду, спољашњу и физичку принуду и интерну и нефизичку принуду (вид. Jovanović 2019, 186,187).

био погрешан из два разлога. Први лежи у чињеници да су његова овлашћења везана за Повељу УН, а да постоји још толико тога што чини међународно право мимо саме Повеље (Pavel 2018, 323). Други разлог се проналази у изразитој неефикасности овог механизма, с обзиром да рад Савета безбедности УН неретко може бити паралисан ветом (Hart 2013, 288), у прилог чему иде чињеница да је исто у периоду од 1990. године до 1. марта 20201. године коришћено чак 45 пута¹⁵.

Правило признања и критика Келзена

У овом делу ћемо се окренути ка питању да ли међународно право садржи правило признања, као и да ли је оно уопште неопходно за један правни поредак и обавезност његових норми. Харт, за разлику од Келзена, експлицитно одбацује тврдњу да сваки правни поредак мора имати основну норму, која је основ валидности свих правила у поретку¹⁶. Он стога констатује да се међународно право састоји само од скупа примарних правила која установљавају обавезе, а која нису уједињена под правилом признања (Hart 2013, 288) и одбацује потенцијалне кандидате међу којима се наводе принцип *pacta sunt servanda* – уговора се ваља придржавати¹⁷ и правило које је предложио Келзен да „државе треба да се понашају онако како се уобичајено понашају“ (Kelsen 1945, 369-370).

Примарно питање јесте да ли је постојање оваквог правила нужно. Наиме, како примитивни правни пореци показују, обавезујуће правне норме (примарна правила) могу постојати чак и у случају недостатка секундарних правила и институција које би исте примењивале (Hart 2013, 151). Све што је потребно да ова правила буду обавезујућа, без обзира на наведени недостатак, јесте да је одређени регуларни образац понашања схваћен као обавезујући, са интерне тачке гледишта, од стране релевантних учесника у том поретку (Giudice 2013, 160). Стога је погрешно сматрати да је правило признања уопште неопходан услов за постојање правила која установљавају обавезе. То не само да није нужност, већ представља луксуз који поседују само развијени друштвени системи, чији чланови не прихватају посебна правила једно по једно, већ унапред прихватају опште скупове правила, означене као важеће

¹⁵ Доступно на: https://research.un.org/en/docs/sc/quick/veto_.

¹⁶ Келзенова основна норма има сличну функцију као и Хартово правило признања.

¹⁷ Овај принцип је напуштен од стране већине правних теоретичара, с обзиром да је неспојив са чињеницом да не произилазе све обавезе међународног права из међународних уговора, колико год широко тумачили овај појам (Hart 2013, 289).

на основу генералног критеријума правног важења који пружа секундарно правило признања (Hart 2013, 290). Стога, постоји јасна дистинкција између примитивних друштвених поредака (у које Харт убраја и међународно право) и сложених система који садрже правило признања. Код ових првих морамо сачекати како бисмо утврдили да ли ће одређено правило бити прихваћено или не. Код других можемо рећи и пре него што је одређено правило настало, да ће исто бити важеће уколико је у складу са условима које предвиђа правило признања (291).

Харт на уму има две особине правила признања: епистемолошку и онтолошку. Епистемолошки гледано, правило признања решава сумњу у важење различитих правила тако што пружа средство за сазнање онога што чини право у одређеном поретку, односно дефинише изворе права у друштву и одређује хијерархију истих за потребе решавања њихових потенцијалних конфликта. Уколико имамо на уму само ову особину правила признања, Келзенова идеја о основној норми међународног права или члан 38(1) статута МСП-а (Statute of ICJ, чл. 38(1)) који декларативно прописује листу опште признатих извора међународног права, би могли бити схваћени као правило признања. Међутим, треба указати и на другу, онтолошку функцију, коју правило признања има у Хартовом схватању правног система. У овом смислу правило признања треба разумети као претходни опис услова на основу којих се може унапред утврдити да ли ће нека правила постати правна правила одређеног система¹⁸. Због тога он Келзенову идеју сматра пуким понављањем просте чињенице да конкретно друштво (било да га чине индивидуе или државе) увиђа одређене стандарде понашања као обавезујућа правила. Наведено представља једноставно и неупотребљиво понављање чињенице да је одређени скуп правила прихваћен од стране држава као обавезујући. Исто тако и наведени члан статута МСП-а само декларативно указује на изворе права, без прописивања претходних услова на основу којих бисмо на сигуран начин могли да закључимо да ли ће неко правило постати општеважеће правило поретка. Управо због те немогућности да унапред са сигурношћу препознамо да ће одређена правила постати правна правила међународног поретка зато што испуњавају претходно прописане услове, представља разлог за закључак да оно не поседује теоретски корисно правило признања, због чега му и недостаје нужна систематичност да би се назвало правним системом.

18 Попут констатације да је (ће бити) право све што буде усвојено у Народној скупштини Републике Србије у процедури за усвајање закона, а потом је проглашено указом председника (Устав Републике Србије 2006, чл. 99,112).

ЗАКЉУЧАК

Хартова теорија међународног права је била предмет бројних критика у претходном периоду (вид. Beckett (2008), Capps (2014), Tamanaha (2015)). И поред тога, она је допринела да се правна теорија још више интересује за откривање правне природе међународног права и разумевање механизма које оно поседује за решавање јако битних проблема са којима се суочавају правни пореци.

Тако Харт, једном и за свагда, одбацује тврдње својих претходника да међународно право није позитивно право. У том процесу, он указује на три изузетно битне особине међународног права. Прва се огледа у приказивању реалне разлике која постоји између субјеката права у националном праву и међународном праву (разлика у снази између држава може бити велика, док су људи приближно исте снаге). Уважавањем ове реалности, Харт показује да важење правног поретка не зависи нужно од постојања и примене централно организованих санкција, те да у одређеним случајевима, попут међународног права, оне нису нужне за ефикасност правних правила, већ могу потенцијално имати и негативне ефекте¹⁹. Нормативност међународног права стога не лежи у санкцијама и принуди, већ у свести држава да постоје правила међународног права и њиховом поштовању истих. Друга особина међународног права на коју указује се огледа у томе да његово важење није и не сме бити препуштено на милост и немилост појму суверенитета држава. На тај начин Харт даје нову вредност међународном праву, у виду опште обавезности у односу на све његове субјекте, чиме појам суверенитета постаје нешто што је дефинисано међународним правом, а не изван њега. Трећа важна особина, јесте указивање на постојање правила међународног права која су у потпуности морално неутрална али и чињеницу да правила међународног права, за разлику од морала или традиције, често настају свесним легислативним активностима држава (попут закључивања мултилатералних међународних уговора). Тиме Харт дефинитивно утврђује да се међународно право не представља пуку моралност, већ да се са разлогом зове право.

Уколико успемо да продремо дубље кроз Хартово лаконско сагледавање међународног права и ставимо по страни његов закључак да је међународно право прост правни поредак, увидећемо да значај

¹⁹ Примена санкција на међународном нивоу по правилу подразумева да ће бити далеко већи број лица која трпе последице истих, те самим тим њихова злоупотреба или погрешна примена производи далеко више штете од појединачних санкција примењиваних у оквиру националног права.

његове тезе није искључиво симболичне или подстицајне природе, већ да је она довела до стварања нове парадигме у начину гледања на појам међународног права. Он нам пружа модел, односно алатке, помоћу којих можемо продубити наше разумевање природе међународног права, пре свега кроз утврђивање различитих функција које остварују његови органи и правни институти, а помоћу којих оно решава проблеме који иначе у мањем или већем обиму, прате све нормативне поретке (попут неодређености, статичности и неефикасности правила). Овај модел нам указује и на значај који систематичност правних поредака има на њихово функционисање и креирање ефикасног друштвеног поретка, али нам и омогућава да видимо на које све начине међународно право остварује одређену дозу систематичности, упркос његовим специфичним особинама, оличеним у фрагментацији његових правила. Коначно, Хартова теза остварује и још једну значајну функцију, која се огледа у могућности праћења правца развоја међународног права, било кроз његову даљу централизацију или децентрализацију.

РЕФЕРЕНЦЕ

- Устав Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 98/06.
- Austin, John. 1995. "The Province of Jurisprudence Determined", In *Cambridge Texts in the History of Political Thought*, Ed. Wilfrid E. Rumble, Cambridge: Cambridge University Press.
- Baker, Roozbeh. 2010. "Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates", *European Journal of International Law* 21 (1): 173 – 204.
- Beckett, Jason A. 2008. "The Hartian Tradition in International Law", *The Journal Jurisprudence* 51 (1): 151–83.
- Capps, Patrick. 2014. "International Legal Positivism and Modern Natural Law" In *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, Eds. Jorg Kammerhofer and Jean D'Aspremont, Cambridge: Cambridge University Press, 213-241.
- Dubois, Dan. 2009. "The Authority of Peremptory Norms in International Law: State Consent or Natural Law?", *Nordic Journal of International Law* 78 (2): 133-175.
- Eleftheriadis, Pavlos. 2013. "Hart on Sovereignty" In *Reading HLA Hart's The Concept of Law*, Eds. Luis Duarte D'Almeida, James

- Edwards, & Andrea Dolcetti, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 113-149.
- Giudice, Michael. 2013. "Hart and Kelsen on International Law", In *Oxford Studies in Philosophy of Law*, Eds. Leslie Green and Brian Leiter, Oxford: Oxford University Press.
- Hart, Herbert. 2013. *Pojam prava*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Službeni glasnik.
- Jovanović, Miodrag. 2019. *The Nature of International Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Kelsen, Hans. 1945. *General Theory of Law and State*, trans. Anders Wedberg, Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- Kelsen, Hans. 1967. *Pure Theory of Law*, Berkeley: University of California Press.
- Lefkowitz, David. 2017. "What makes a social order primitive? In defense of Hart's take on International Law", *Legal Theory* 23 (4): 258-282.
- Lesser, Anthony. 2014. "H.L.A. Hart on International Law", *Kritikos* 11 (2), <https://intertheory.org/HartandInternationalLaw-AHLesser.htm>, 10/04/2021.
- Pavel, Carmen. 2018. "Is International Law a Hartian Legal System?" *Ratio Juris* (31) 3: 307-325.
- Payandeh, Mehrdad. 2010. "The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart", *European Journal of International Law*, (21) 4: 967-995.
- Postema, Gerald. 2011. "Analytic Jurisprudence Established" In *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*, Eds. Gerald. J. Postema & Enrico Pattaro, Cham: Springer.
- Tamanaha, Brian. 2015. "What Is Law?", *Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper No. 15-01-01*.
- United Nations, Charter of the United Nations [UN Charter], 24 October 1945, 1 UNTS XVI.
- United Nations, Statute of the International Court of Justice [Statute of ICJ], 18 April 1946, *USTS* 993.
- Vienna Convention on the Law of Treaties [Vienna Convention], 1969, 1155 UNTS 331
- Waldron, Jeremy. 2013. "International Law: 'A Relatively Small and Unimportant' Part of Jurisprudence?" In *Reading HLA Hart's The Concept of Law*, Eds. Luis Duarte D'Almeida, James Edwards & Andrea Dolcetti, Oxford and Portland: Hart Publishing, 378-404.
- Walzer, Michael. 2006. *Just and Unjust Wars*, New York: Basic Books.

Luka Aleksić*
Faculty of Law, Belgrade

INTERNATIONAL LAW IN HART'S LEGAL THEORY – PRIMITIVE LEGAL ORDER OR COMPLEX LEGAL SYSTEM**

Resume

The author of this paper chooses the theme of international law in Hart's legal theory with the aim to explain and further clarify the nature and elements of international law through the lens of the descriptive legal theory developed by one of the most important legal scholars of the twentieth century, Herbert L.A. Hart. After the introduction, at the very start, the paper addresses the question of whether international law can be regarded as a proper law, or it should be deemed as some kind of international morality, which arises from two long-lasting doubts. The first one that the norms of international law are not obligatory *per se* because they are not backed by organized sanctions, and the second regarding national sovereignty, which would disable any potential mandatory norms from applying to the particular country. The question at hand is assessed by Hart's descriptive jurisprudential approach, which is based on the notion that obligatory aspect of legal norms does not emerge from the existence of organized sanctions, but that acceptance of such norms by subjects of the system establishes their binding force. Moreover, the paper, by providing clear logical reasons and empirical examples, denounces the theories of absolute sovereignty, as well as the voluntarist theories. Contrary to these theoretical postulates, sovereignty should be understood as nothing more than the autonomy of states, thus as construction of rules and not solely a precondition for their existence. Therefore the sovereignty is not something outside of international law, but it is itself an artifact of international law. In the same technique, the paper indicates the basic differences between international law and international morality. The first difference is in structure since the countries are predominantly using legal arguments in disputes between each other, by invoking legal precedents, international agreements, and writings of jurists, and mostly disregard the notions of justice or other moral concepts. The second one consists of the fact that legal rules, and consequently rules of international law, can and are often morally indifferent, which cannot be said for rules of morality.

The third and final difference arises from the fact that rules of international law are usually the product of legislative techniques (e.g. international agreements), a characteristic incompatible with moral rules. After the decisive conclusion regarding the legal aspects of international law, the paper subsequently addresses the question of whether it can be considered as the developed legal system, similar to national legal systems, or if it is still simple legal order. Here, the main subject of Hart's legal theory is observed, regarding the main elements of which law should consist in order to be considered a legal system, i.e. to neutralize defects of primitive law. Those defects are envisaged as the uncertainty of rules (inability to determine which rules are rules of the legal order), the immutability of rules (inability to change and adopt new rules), and unenforceability of rules (since there would be no official agency to apply them). In national legal systems, these defects are mitigated by the development of secondary rules, which would provide criteria for determination of existing rules, ability to change rules, and official agency which would adjudicate on violation of rules. Therefore, the last part of the paper is presenting a profound analysis on whether each one of these secondary rules is present in the current form of international law, by providing direct empirical and theoretical examples thereof. Therefore, even though international law went through many different changes throughout the years from the time Hart proclaimed his view, this paper concludes that international law still lacks fully developed secondary rules, making it rather a legal system in development, and not a fully developed legal system, like those of developed countries. Nevertheless, the underlying goal of this paper was to essentially indicate that Hart's view on international law can be fruitfully used in years to come as a theoretical model or set of tools by which we can deepen our knowledge regarding international law, concerning its main elements, bodies and legal institutes, as well as to enable researches to follow the development of international law, either through its further centralization or decentralization.

Keywords: international law, descriptive legal theory, legal system, sovereignty, law and morality, primitive order

* luka.quadrallux@gmail.com

** This paper represents an amended version of the master thesis Hart's Understanding of International Law defended at the Faculty of Law, University of Belgrade on September 21, 2020.

* Овај рад је примљен 19. априла 2021. године, а прихваћен за штампу на састанку Редакције 10. маја 2021. године.