

OBVEZNOST DRŽAVE, DA MED PODPISOM IN UVELJAVITVIJO MEDNARODNE POGODBE NE IZNIČI NJENEGA PREDMETA IN NAMENA¹

Andrej Svetličič,

*univerzitetni diplomirani pravnik, magister pravnih znanosti,
Ministrstvo za zunanje zadeve, pooblaščen minister*

1. UVOD

Podpis mednarodne pogodbe je eno od mednarodnopravnih dejanj v postopku sklepanja mednarodne pogodbe (v nadaljevanju tudi: pogodba), ki označuje konec obdobja pogajanj in hkrati začetek obstoja mednarodne pogodbe, zato mu mednarodno pravo pripisuje določene učinke.² Iz razprav v zvezi z učinkom podpisa mednarodnih pogodb do njihove uveljavitve pa je razvidno, da je v Sloveniji zavedanje o tem pogosto pomanjkljivo;³ v zadnjem času je tako vprašanje podpisa mednarodne pogodbe in njegovih učinkov v Sloveniji (in Evropski uniji) ponovno aktualno denimo v povezavi s sklepanjem t. i. sporazuma ACTA.⁴ V tem prispevku bo analizirana obveznost države od podpisa do

¹ Prispevek ne izraža nujno tudi stališča institucije, v kateri je avtor zaposlen.

² Simona Drenik: *Praksa sklepanja mednarodnih pogodb v Republiki Sloveniji*, v: Javna uprava, (2009) 1-2, str. 138; Danilo Türk: *Temelji mednarodnega prava*. GV Založba, Ljubljana 2007, str. 248 in 250. Podrobneje glede podpisa kot faze postopka sklepanja mednarodnih pogodb v Republiki Sloveniji glej Irena Jager Agius (verificiral Sektor za mednarodno pravo): *Postopek sklepanja mednarodnih pogodb in drugih mednarodnih aktov*, priročnik, Ministrstvo za zunanje zadeve, Ljubljana 2011, <www.mzz.gov.si/fileadmin/pageuploads/Zakonodaja_in_dokumenti/knjiznica/Prirocnik_za_sklepanje_MA.pdf> (25. 2. 2013).

³ S. Drenik, nav. delo, str. 138.

⁴ Trgovinski sporazum za boj proti ponarejanju med Evropsko unijo in njenimi državami članicami, Avstralijo, Kanado, Japonsko, Republiko Korejo, Združenimi mehiškimi državami, Kraljevino Maroko, Novo Zelandijo, Republiko Singapur, Švicarsko konfederacijo in Združenimi državami Amerike (v nadaljevanju: ACTA, glej <<http://register.consilium>

uveljavitve mednarodne pogodbe po 18. členu Dunajske konvencije o pravu mednarodnih pogodb,⁵ in sicer bosta v drugem poglavju najprej predstavljena izvor in razvoj vmesne obveznosti pred sprejetjem DKPMP, v tretjem poglavju pa analiza vmesne obveznosti, kot je določena v 18. členu DKPMP.

Podpis ima sicer tudi druge učinke, najpogosteje ima vlogo potrditve verodostojnosti besedila.⁶ Poleg tega je učinek podpisa ta, da je država podpisnica upravičena pogodbo ratificirati, če pa pogodbe ne podpiše, pa lahko njena pogodbenica postane tako, da k njej pristopi. Če država pogodbe ne podpiše, tudi na primer ne more sodelovati pri morebitnih dejavnostih po podpisu, na primer pri oblikovanju s pogodbo ustanovljenih teles. Podpis pogodbe lahko pomeni tudi možnost predložitve pridržka ob podpisu ali začetek njene začasne uporabe.⁷ Podpis mednarodne pogodbe torej že pred njeno uveljavitvijo prinese državi določene pravice oziroma koristi, zato je primerno, da ima na podlagi podpisa v tem času tudi določene obveznosti.⁸ Kadar država s podpisom mednarodne pogodbe že s podpisom privoli, da jo ta pogodba zavezuje,⁹

europa.eu/pdf/sl/11/st12/st12196.sl11.pdf> 25. 2. 2013). Glede vsebine ACTA in učinka njegovega podpisa glej na primer sporočilo za javnost Ministrstva za gospodarski razvoj in tehnologijo, v katerem je med drugim navedeno, da »[s] podpisom sporazuma ACTA za Republiko Slovenijo ta mednarodna pogodba ni bila uveljavljena, ampak je v skladu z [DKPMP] nastala obveznost, da ne ravna v nasprotju s predmetom in namenom te pogodbe« (<http://www.mgrt.gov.si/nc/si/medijsko_sredisce/novica/article//8149/> 25. 2. 2013).

⁵ United Nations Treaty Series (UNTS) 1155, str. 331, Akt o notifikaciji nasledstva glede konvencij Organizacije združenih narodov in konvencij, sprejetih v Mednarodni agenciji za atomsko energijo (Ur. l. RS-MP, št. 9/92, 9/93, 5/99, 9/08 in 13/11, v nadaljevanju: DKPMP). V doktrini se obveznost po tem členu imenuje tudi »vmesna obveznost« (angl. *interim obligation*) (glej na primer Paul V. McDade: The Interim Obligation between Signature and Ratification of a Treaty, *Netherlands International Law Review* 32 (1985) 5; Joni S. Charme: The Interim Obligation of Article 18 of the Vienna Convention on the Law of Treaties: Making Sense of an Enigma, *George Washington Journal of International Law & Economy* 25 (1992) 71; David S. Jonas in Thomas N. Saunders: The Object and Purpose of a Treaty: Three Interpretive Methods, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 43 (2010) 565, str. 594); ta pojem je v okviru razprave o osnutku členov DKPMP uporabil Pal (Yearbook of the International Law Commission (YBILC), 1965, Vol. I, str. 92, tč. 65) in tako bo poimenovan tudi v tem prispevku.

⁶ Člen 10 DKPMP.

⁷ Glede drugih učinkov podpisa glej na primer prvo poročilo o pravu mednarodnih pogodb posebnega poročevalca Humphreya Waldocka (v nadaljevanju: Waldockovo poročilo), YBILC, 1962, Vol. II, dok. A/CN.4/144, str. 47, tč. 7.

⁸ Prvo poročilo posebnega poročevalca Herscha Lauterpachta (v nadaljevanju: Lauterpachtovo poročilo), YBILC, 1962, Vol. II, dok. A/CN.4/63, str. 109 in 110, tč. 3.

⁹ Člen 12 DKPMP. Splošno o tem učinku podpisa glej na primer Treaty Making – Expression of Consent by States to be Bound by a Treaty. Council of Europe and British Institute of International and Comparative Law (ur.), Kluwer Law International, Haag 2001, str. 9-10.

pogodba pa začne veljati takoj po podpisu, med podpisom in uveljavitvijo ni nobenega časovnega zamika, zato za državo takoj nastopijo vse pravne posledice uveljavitve, torej da mora država pogodbo izpolnjevati v dobri veri (*pacta sunt servanda*).¹⁰ Drugače pa je, kadar država s podpisom samo potrdi verodostojnost besedila, samo pogodbo pa je treba še ratificirati, ali kadar z njim sicer izrazi privolitev, da jo pogodba zavezuje, vendar pogodba v skladu z njenimi določbami ne začne veljati takoj, ampak v določenem roku. Takrat nastane med podpisom in uveljavitvijo določen časovni zamik, ki sproži vprašanje glede pravnega položaja države podpisnice v tem času. To vprašanje ureja 18. člen DKPMP, ki določa:¹¹

»Država se mora vzdržati dejanj, zaradi katerih bi se lahko izničila¹² predmet in namen mednarodne pogodbe, če je:

- a) podpisala mednarodno pogodbo [...] s pridržkom ratifikacije [...], dokler jasno ne izrazi namena, da ne bo postala pogodbenica mednarodne pogodbe [...], ali
- b) izrazila privolitev, da jo mednarodna pogodba zavezuje, že pred njeno uveljavitvijo in pod pogojem, da se uveljavitev ne odlašja neupravičeno.«

Podpis mednarodne pogodbe, ki predvideva ratifikacijo, torej ni samo formalnost brez kakršnegakoli pravnega učinka in obveznosti,¹³ ni pa tudi sam po sebi dovolj za to, da se država s pogodbo zaveže.¹⁴ Njegov pravni položaj, ki je torej nekje vmes med navedenima skrajnostma,¹⁵ naj bi urejal 18. člen

¹⁰ Člen 26 DKPMP.

¹¹ Angleški izvirnik se v upoštevnem delu glasi: »A State is obliged to refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty when [...] it has signed the treaty [...] subject to ratification [...], until it shall have made its intention clear not to become a party to the treaty [...] or it has expressed its consent to be bound by the treaty, pending the entry into force of the treaty and provided that such entry into force is not unduly delayed.«

¹² Slovenski prevod izvirnika ni najbolj posrečen, kar zadeva besedilo »bi se lahko izničila«, saj izvirnik v angleščini, francoščini in španščini na tem mestu določa »acts which would defeat« (angl.), »actes qui priveraient« (fr.) oziroma »actos en virtud de los cuales se frustran« (špan.), čemur bi v slovenščini ustrezal prevod »dejanj, zaradi katerih se izničila«.

¹³ To ugotavljajo že avtorji t. i. Harvardskega osnutka konvencije o pravu mednarodnih pogodb (Draft Convention on the Law of Treaties (III. del, Law of Treaties), American Journal of International Law, 29 (supp. 1935) 657 (v nadaljevanju: Harvardski osnutek)).

¹⁴ D. Türk, nav. delo, str. 248; Juraj Andrassy: Međunarodno pravo. Deseta izdaja, Školska knjiga, Zagreb 1990, str. 329. Glej tudi opredelitev podpisa v Treaty Handbook, Treaty Section of the Office of Legal Affairs, United Nations Publication (2006), št. E.02.V2, <<http://treaties.un.org/doc/source/publications/THB/English.pdf>>, str. 64 (25. 2. 2013).

¹⁵ J. Charme, nav. delo, str. 88; David S. Jonas: The Comprehensive Nuclear Test Ban Treaty: Current Legal Status in the United States and the Implications of a Nuclear Test Explosion, International Law and Politics 39 (2006–2007), str. 1034.

DKPMP, katerega vsebina pa še danes ni povsem pojasnjena.¹⁶ Zdi pa se, da je vendarle jasno, da gre za pravilo običajnega mednarodnega prava kot izraza splošnega načela dobre vere, ki je bilo kodificirano v DKPMP.¹⁷ Države morajo po mednarodnem pravu na splošno¹⁸ in posebej po pravu mednarodnih pogodb ravnati v dobri veri, kar se domneva, in torej ne velja domneva nedobrovernosti.¹⁹ V skladu s tem države načeloma podpisujejo pogodbe v dobri veri, da jih bodo pozneje ratificirale ter da bodo pogodbe začele veljati in se izvajati. Obstajajo pa lahko različni razlogi za to, da se sicer običajno naklonjen odnos države do podpisane pogodbe pozneje poslabša. To še posebej velja za večstranske mednarodne pogodbe, o katerih se pogaja veliko držav in vse ne dosežejo tistega, kar so želele, mednarodna pogodba pa je zato običajno rezultat kompromisa med pogajalskimi delegacijami.²⁰ Mogoče pa je tudi, da za negativno spremembo stališča do mednarodne pogodbe obstajajo notranji razlogi v državi. Po podpisu se lahko na primer zamenja oblast v državi in nova oblast ne podpira več mednarodne pogodbe,²¹ lahko pride do pritiska znotraj

¹⁶ Že v Waldockovem poročilu je tako navedeno, da pravni učinki podpisa pogodbe, ki jo je treba ratificirati, nikakor niso brez negotovosti (nav. delo, str. 46, tč. 1), ta negotovost pa očitno še vedno obstaja, glej na primer Patrick Daillier in Alain Pellet: *Droit International Public*. Šesta izdaja, L.G.D.J., Pariz 1999, str. 134, in Paolo Palchetti: *Article 18 of the 1969 Vienna Convention: A Vague and Ineffective Obligation or a Useful Means for Strengthening Legal Cooperation?*, v: Enzo Canizzaro, E. (ur): *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*. Oxford University Press 2011, str. 26.

¹⁷ Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, YBILC, 1966, Vol. II, dok. A/6309/Rev.I, str. 202, tč. 1. Glej tudi P. Palchetti, nav. delo, str. 25–26; D. Türk, nav. delo, str. 250; P. Daillier in A. Pellet, nav. delo, str. 134.

¹⁸ Drugi odstavek 2. člena Ustanovne listine Združenih narodov (UNTS 1, Akt o notifikaciji nasledstva glede konvencij Organizacije združenih narodov in konvencij, sprejetih v Mednarodni agenciji za atomsko energijo, nav. delo).

¹⁹ Splošno glej Tariq Hassan: *Good Faith in Treaty Formation*, *Virginia Journal of International Law* 21 (1981) 3, str. 450. Tretja uvodna izjava preambule DKPMP določa, da je načelo dobre vere splošno priznано.

²⁰ Nezadovoljstvo z doseženim kompromisom lahko država delno »popravi« tudi z vložitvijo pridržkov, s katerimi spremeni vsebino določb mednarodne pogodbe v zvezi s seboj. Več o pridržkih glej D. Türk, nav. delo, str. 253–259.

²¹ V zvezi s tem velja omeniti primer Rimskega statuta Mednarodnega kazenskega sodišča (UNTS I-38544, Ur. l. RS-MP, št. 29/01), ki ga je med drugimi povsem ob koncu svojega mandata, 31. decembra 2000, podpisal tudi predsednik ZDA Bill Clinton, administracija naslednjega predsednika Georgea Busha pa je Generalnemu sekretarju OZN kot depozitarju te pogodbe maja 2002 poslala uradno obvestilo, da ZDA ne nameravajo postati pogodbenica te mednarodne pogodbe. ZDA so podpisale tudi Kyotski protokol, vendar drugače kot pri Rimskem statutu Mednarodnega kazenskega sodišča niso poslale uradnega obvestila o tem, da ne nameravajo postati njegova pogodbenica, so pa njeni predstavniki večkrat izrazili odklonilno stališče do ratifikacije tega protokola. Več o tem glej v Curtis A. Bradley: *Unratified Treaties, Domestic Politics, and the U.S. Constitution*, *Harvard International Law Journal* 48 (2007) 2, str. 311–312.

države, da se pogodba ne ratificira, ker določeni akterji niso bili vključeni v pogajanja.²² Vsi ti dejavniki so lahko povsem legitimen razlog za to, da se pogodba ne ratificira, mednarodnopravno pa jih niti ni treba izkazati. Ratifikacija mednarodne pogodbe namreč po mednarodnem pravu ni obvezna in spada v diskrecijo držav, vmesni čas med podpisom in ratifikacijo pa je namenjen prav razmisleku o tem, ali naj država ratificira podpisano mednarodno pogodbo.²³ To pa ne pomeni, da lahko država v času med podpisom in uveljavitvijo s svojim ravnanjem ogrozi smiselnost uveljavitve in izvajanja pogodbe, na primer tako, da odtuji premoženje ali ozemlje, ki bi ga morala po podpisani pogodbi prenesti na drugo državo,²⁴ da nastavlja mine po podpisu pogodbe o prepovedi uporabe min,²⁵ da izvrši smrtno kazen po podpisu pogodbe o prepovedi le-te²⁶ ipd.²⁷ Tako ravnanje lahko povzroči odgovornost države po mednarodnem pravu, saj že navedeno načelo dobre vere v mednarodnem pravu tudi na tem področju zahteva, da se mora država vzdržati dejanj s takim učinkom, izraz tega načela pa je tudi vmesna obveznost.²⁸

2. IZVOR IN RAZVOJ VMESNE OBVEZNOSTI PRED DKPMP

Vmesna obveznost ima svoje korenine v praksi držav, odločitvah mednarodnih sodišč oziroma arbitraž in mednarodnopravni doktrini že pred začetkom priprave DKPMP.²⁹ V zvezi s prakso držav se tako v doktrini največkrat navaja že 38. člen Splošne listine berlinske konference z dne 26. februarja

²² V zvezi z ACTA so tako na primer v Sloveniji nekatere organizacije pritiskale na državo, naj razmisli o ratifikaciji sporazuma, nekateri pa so jo celo neposredno pozivali, naj tega ne stori, v zvezi s tem glej na primer objavo v časopisu Delo: <<http://www.delo.si/druzba/infoteh/tudi-v-sloveniji-se-obeta-protestni-shod-proti-acti.html>> (25. 2. 2013).

²³ Glej na primer Waldockovo poročilo, nav. delo, str. 47, tč. 5; Martin A. Rogoff: The International Legal Obligations of Signatories to an Unratified Treaty, *Maine Law Review* 32 (1980), str. 267; D. Türk, nav. delo, str. 248.

²⁴ Glej opombo 32 v nadaljevanju.

²⁵ Jan Klabbbers: How to Defeat a Treaty's Object and Purpose Pending Entry Into Force: Toward Manifest Intent, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 34 (2001), str. 285.

²⁶ Sodba Evropskega sodišča za človekove pravice v zadevi *Öcalan proti Turčiji* z dne 12. marca 2003, št. 46221/99, tč. 185.

²⁷ Za več primerov glej Harvardski osnutek, nav. delo, str. 781–782.

²⁸ Glej na primer stališče posebnega poročevalca Waldocka, da je tovrstna obveznost držav splošno sprejeta v upoštevni doktrini in sodni praksi (Waldockovo poročilo, nav. delo, str. 47, tč. 6).

²⁹ Za splošen povzetek glej na primer T. Hassan, str. 452–456, in J. Klabbbers, nav. delo (2001), str. 294–299.

1885,³⁰ ki je kot primer izpostavljena tudi v pripravljalnem delu DKPMP.³¹ Kar zadeva odločitve mednarodnih sodišč in arbitraž, velja omeniti dve zadevi, ki se v doktrini, pa tudi v pripravljalnem delu DKPMP, največkrat omenjata kot pomembni z vidika vmesne obveznosti. V zadevi *Nekateri nemški interesi v poljski Zgornji Šleziji*,³² ki jo je obravnavalo Stalno meddržavno sodišče in v kateri je Poljska izpodbijala pravico Nemčije, da po podpisu in pred uveljavitvijo Versajske pogodbe odtuji določeno premoženje, je navedeno sodišče odločilo v korist Nemčije, ki je imela po njegovi presoji nedvomno pravico, da do prenosa suverenosti po pogodbi razpolaga s svojim premoženjem, samo zloraba te pravice pa bi po oceni sodišča lahko pomenila kršitev pogodbe.³³ Eden od argumentov Poljske v zadevi je bil, da je Nemčija zlorabila svoje pravice s tem, ko je pred prenosom suverenosti na določenem ozemlju odtujila določeno premoženje.³⁴ Stalno meddržavno sodišče je v zvezi s tem med drugim posredno potrdilo, da podpisnik v določenih primerih ne sme ravnati v nasprotju z načelom dobre vere in da je lahko posledica zlorabe njegovih pravic tudi kršitev njegovih obveznosti po pogodbi, ki še ni ratificirana. Pri tem je uporabilo argument, da je glede na to, da pogodba Nemčiji tudi po ratifikaciji ni onemogočala odsvojitve takega premoženja, taka odsvojitve med podpisom in ratifikacijo še toliko manj kršitev načela dobre vere.³⁵ Iz

³⁰ General Act of the Conference at Berlin of the Plenipotentiaries of Great Britain, Austria-Hungary, Belgium, Denmark, France, Germany, Italy, the Netherlands, Portugal, Russia, Spain, Sweden and Norway, Turkey and the United States respecting: (1) Freedom of Trade in the Basin of the Congo; (2) the Slave Trade; (3) Neutrality of the Territories in the Basin of the Congo; (4) Navigation of the Congo; (5) Navigation of the Niger; and (6) Rules for Future Occupation on the Coast of the African Continent (<<http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/1920/17.html>>, 25. 2. 2013). Navedeni člen določa celo, da podpisnice listine do ratifikacije ne bodo sprejele nobenega ukrepa, ki bi bil v nasprotju z določbami listine, kar je več kot vmesna obveznost po današnjem razumevanju, ki zahteva »samo« vzdržanje ravnanja v nasprotju s *predmetom in ciljem* pogodbe. Glede tovrstnih določb o vmesni obveznosti v mednarodnih pogodbah glej na primer M. Rogoff, nav. delo, str. 280, opomba 56; J. Charne, nav. delo, str. 78–79.

³¹ Lauterpachtovo poročilo, nav. delo, str. 110, tč. 4.

³² *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, Permanent Court of International Justice (PCIJ), Series A, št. 7.

³³ Prav tam, str. 30.

³⁴ Prav tam, str. 37.

³⁵ T. Hassan, nav. delo, str. 454. Sodišče je med drugim navedlo: »As regards this argument, the Court may confine itself to observing that, as, after its ratification, the Treaty did not, in the Court's opinion, impose on Germany such obligation to refrain from alienation, it is, a fortiori, impossible to regard as an infraction of the principle of good faith Germany's action in alienating the property before the coming into force of the Treaty which had already been signed«, na podlagi tega pa »In these circumstances, the Court need not consider the question whether, and if so how far, the signatories of a treaty are under an obligation to abstain from any action likely to interfere with its execution when ratification has taken place.« PCIJ, nav. delo, str. 39 in 40.

tega bi bilo torej mogoče sklepati, da bi, če Nemčija v skladu s pogodbo po ratifikaciji te pravice do odtujitve ne bi imela, lahko šlo za zlorabo te pravice, če bi se taka odtujitev zgodila v času med podpisom in ratifikacijo. Neposredno pa se je do vmesne obveznosti opredelila arbitraža v zadevi *Megalidis proti Turčiji*, ki se je nanašala na uporabo Lozanske pogodbe, podpisane 24. julija 1923.³⁶ V tej zadevi je grški tožnik zahteval vrnitev predmetov, ki so mu jih domnevno v nasprotju s 65. členom navedene pogodbe³⁷ odvzeli turški organi. Arbitražno sodišče je razsodilo, da so turški organi ravnali v nasprotju z mednarodnim pravom, ker imajo pogodbenice že s podpisom pogodbe in pred njeno uveljavitvijo obveznost, da ne naredijo ničesar, s čimer bi posegale v pogodbo s tem, da bi zmanjšale pomen njenih določb.³⁸

Praksa držav, sodna praksa in doktrina so vplivale tudi na Harvardski osnutek,³⁹ ki v 9. členu določa, da država ni zavezana izpolnjevati pogodbe pred njeno uveljavitvijo in da lahko v določenih primerih dobra vera zahteva, da se država razumen čas od podpisa do uveljavitve mednarodne pogodbe vzdrži dejanj, zaradi katerih bi postalo izvajanje pogodbe za katerokoli podpisnico nemogoče ali težje.⁴⁰ Avtorji Harvardskega osnutka so v skladu z večinskim mnenjem takratne doktrine menili,⁴¹ da je to moralna obveznost na podlagi načela dobre vere, katere kršitev ne pomeni odgovornosti po mednarodnem pravu. Po njihovem mnenju bi bila kršitev take obveznosti lahko predmet mednarodne odgovornosti države samo, če bi bila vnesena v določbe konkretne mednarodne pogodbe.⁴² To stališče je zanimivo in nekoliko neloogično, saj če bi Harvardski osnutek nekoč postal mednarodna pogodba, bi kot mednarodna pogodba tudi določal tako obveznost pogodbenic, kar se je z DKPMP dejansko tudi zgodilo.

³⁶ Treaty of Lausanne, 28 League of Nations Treaty Series (LNTS) 11. Za podrobnejši opis zadeve glej M. Rogoff, nav. delo, str. 277.

³⁷ Navedeni člen je določal, da se premoženje državljanov držav zaveznic na turškem ozemlju nemudoma vrne v obstoječem stanju.

³⁸ Recueil des Décisions des Tribunaux Mixtes 8 (1928) 386, str. 395.

³⁹ Harvardski osnutek, nav. delo, str. 783–786.

⁴⁰ Harvardski osnutek, nav. delo, str. 778.

⁴¹ Glej stališča Crandalla, Cavaglierija, Anzilottija, Fauchillea, povzeta v Harvardskem osnutku (nav. delo, str. 783–784). Navedeni avtorji kot podlago vmesne obveznosti navajajo načelo dobre vere oziroma teorijo o zlorabi pravic.

⁴² Harvardski osnutek, nav. delo, str. 787. Osnutek se sklicuje tudi na prej navedeni 38. člen Splošne listine berlinske konference, nav. delo.

3. ANALIZA VMESNE OBVEZNOSTI PO DKPMP

3.1. Pripravljalno delo⁴³

Iz pripravljalnega dela z začetka priprave DKPMP izhaja, da – kljub navedeni predhodni praksi držav, doktrini, sodni praksi in Harvardskemu osnutku – take določbe v prvem osnutku DKPMP posebnega poročevalca Brierlyja sploh ni bilo, pa tudi sicer je bilo v Komisiji za mednarodno pravo (v nadaljevanju: KMP) – kot bo razvidno v nadaljevanju – precej razprav o podlagi za vmesno obveznost in posledično potrebi, da se vključi v DKPMP. Brierly je nato v svojem drugem poročilu vendarle prevzel 9. člen Harvardskega osnutka kot osnutek 7. člena DKPMP, vendar zgolj zaradi razprave, enako kot avtorji Harvardskega osnutka pa je menil, da ta določba vsebuje moralno, in ne pravno obveznost.⁴⁴ Iz razprave članov KMP je mogoče razbrati, da so bili pri tem členu razdeljeni. Ena od vidnejših tem razprave je bilo načelo dobre vere oziroma teorija zlorabe pravic kot izvor vmesne obveznosti, katere glavna zagovornika sta bila Yepes oziroma Scelle. Scelle je tako pojasnil, da država ne bi smela zavrniti ratifikacije z namenom, da povzroči škodo drugi državi, na primer tako, da prepreči uresničitev skupnega dogovora. Zato se je zavzel za določbo, na podlagi katere bi podpis v času pred ratifikacijo vseboval neko obveznost, vendar pa bi se bilo treba izogniti položaju, ko bi podpis zavezoval k ratifikaciji.⁴⁵ Po njegovem ni nobene države, katere pravo bi zavračalo zlorabo pravic, in torej ni nobenega razloga, da je ne bi prenesli tudi v mednarodno pravo, ker tudi to ni absolutno in tudi državna suverenost ni absolutna, to je samo ostanek preteklosti.⁴⁶ Yepes pa se je v zvezi z dobro vero skliceval na drugi odstavek 2. člena Ustanovne listine Združenih narodov in menil, da je na podlagi tega dobra vera postala del pozitivnega prava in ni več samo moralna kategorija. Po njegovem mnenju države ne bi smele kar tako z lahkoto podpisovati mednarodnih pogodb in pomena podpisa ne bi smeli razvrednotiti.⁴⁷ Zanimivo je tudi stališče Cordove, ki meni, da je rešitev iz osnutka 7. člena razumna in da je obveznost iz tega člena tako moralna kot pravna. Osnutek 7. člena nazadnje

⁴³ V tem poglavju bodo predstavljeni osnovni elementi razvoja določbe o vmesni obveznosti do sprejetja DKPMP, v naslednjem poglavju pa bodo posamezni elementi pripravljalnega dela uporabljeni pri podrobnejši analizi vmesne obveznosti.

⁴⁴ Drugo poročilo o pravu mednarodnih pogodb posebnega poročevalca Jamesa L. Brierlyja (v nadaljevanju: Brierlyjevo poročilo), YBILC, 1951, Vol. II, dok. A/CN.4/43, str. 73, komentar k členu 7. Glej tudi obrazložitev Brierlyja k členu 7 na začetku razprave o tem členu, YBILC, 1951, Vol. I, dok. A/CN.4/SR.86, str. 34, tč. od 110 do 112.

⁴⁵ YBILC, 1951, Vol. I, dok. A/CN.4/SR.86, str. 34, tč. od 115 do 117.

⁴⁶ Prav tam, str. 35, tč. 132.

⁴⁷ Prav tam, str. 35, tč. 123.

ni dobil potrebne podpore in je bil (sicer s tesno večino 5 proti 4) črtan iz osnutka.⁴⁸

Naslednji posebni poročevalec Lauterpacht je obveznost ponovno uvrstil med osnutke členov in je v nasprotju z Brierlyjem menil, da je vmesna obveznost pravna, in ne moralna obveznost. V predlaganem osnutku 5. člena DKPMP jo je oblikoval tako, da gre za obveznost, po kateri se mora država pred ratifikacijo v dobri veri vzdržati dejanj z namenom bistveno zmanjšati pomen podpisanega dogovora.⁴⁹ Kot izhaja iz komentarja k tej določbi, je njen namen prepovedati nedobroverna dejanja, s katerimi se želi druge podpisnike prikrajšati za koristi, ki jih upravičeno pričakujejo iz pogodbe, razen če so to običajne upravne dejavnosti države.⁵⁰ Pri tem se je posebni poročevalec posebej oprl na sodbo Stalnega meddržavnega sodišča v navedeni zadevi *Nekateri nemški interesi v poljski Zgornji Šleziji*. Iz komentarja k določbi točke (a) osnutka 5. člena pa je mogoče dodatno sklepati, da je Lauterpacht z navedeno določbo v bistvu potrdil stališče, da se mora država med podpisom in ratifikacijo vzdržati dejanj, nezdružljivih z namenom pogodbe.⁵¹ Tretji posebni poročevalec Fitzmaurice je večinoma sledil mnenju Lauterpachta glede vmesne obveznosti, s tem da je osnutek 30. člena DKPMP v zvezi s tem oblikoval nekoliko bolj previdno, saj je na primer navedel, da podpis »lahko« pomeni obveznost, da se država vzdrži dejanj, s katerimi bi škodovala ciljem pogodbe ali vanje posegla.⁵² Zanimiv je tudi osnutek drugega odstavka navedenega člena, v katerem je, podobno kot je navedel tudi Lauterpacht,⁵³ opis še nekaterih učinkov podpisa, in sicer da podpis ne daje državi podpisnici nobenih »materialnih« pravic, pač pa določene pravice, ki izhajajo iz statusa podpisnika, kot je pravica do ugovora k pridržkom, pravica do ugovora k pripustitvi dodatnih podpisnic, pravica do tega, da zahteva spoštovanje določb pogodbe o ratifikaciji in da odloča o pravicah drugih držav do pristopa, ter pravice v drugih »postopkovnih« zadevah.⁵⁴

⁴⁸ YBILC, 1951, Vol. I, dok. A/CN.4/SR.87, str. 42, tč. 83.

⁴⁹ Izvirno besedilo osnutka člena 5(2)(b) se v upoštevnem delu glasi: »[...] the signature, or any other means of assuming an obligation subject to subsequent confirmation, has no binding effect except that it implies an obligation, to fulfilled in good faith [...] to refrain, prior to ratification, from any act intended substantially to impair the value of the undertaking as signed«.

⁵⁰ YBILC, 1953, Vol. II, dok. A/CN.4/63, str. 110.

⁵¹ Prav tam. Pri tem uporablja dikcijo »purpose of the treaty« (poudarek dodan).

⁵² YBILC, 1956, Vol. II, dok. A/CN.4/101, str. 113 in 122. Izvirno besedila osnutka člena 30(1)(c) se v upoštevnem delu glasi: »[...] the signature [...] may involve an obligation [...], pending a final decision about ratification, or during a reasonable period, not to take any action calculated to impair or prejudice the objects of the treaty« (poudarek dodan).

⁵³ Lauterpachtovo poročilo, nav. delo, str. 109.

⁵⁴ Prav tam, str. 113.

Fitzmaurice je sicer v zvezi s pripravo DKPMP izdal še štiri poročila, ki pa z vidika tega prispevka niso upoštevna.

Četrty posebny poročevalec Waldock je glede vmesne obveznosti v svojem prvem poročilu v bistvu povzel stališča Lauterpachta in Fitzmauricea. Navedel je, da je vmesna obveznost, ki jo je v osnutku 9. člena DKPMP v točki (c) drugega odstavka navedenega člena za obdobje med podpisom in ratifikacijo formuliral kot obveznost, da se država podpisnica vzdrži dejanj z namenom ogrožanja ciljev pogodbe ali njenega poznejšega izvajanja, splošno priznana v doktrini in mednarodni sodni praksi, pri tem pa je kot upoštevno sodno prakso prav tako navedel zadevi *Nekateri nemški interesi v poljski Zgornji Šleziji ter Megalidis proti Turčiji*.⁵⁵ Na novo pa se je izrecno skliceval na svetovalno mnenje Meddržavnega sodišča o pridržkih h Konvenciji o preprečevanju in kaznovanju zločina genocida, v katerem je sodišče ugotovilo, da podpis daje državi podpisnici »začasen status«.⁵⁶ Waldock je v točko (b) tretjega odstavka 9. člena vključil tudi vmesno obveznost v obdobju od podpisa kot izraza namere države, da jo mednarodna pogodba zavezuje, do njene uveljavitve,⁵⁷ česar prejšnji posebni poročevalci v svojih poročilih niso storili. Navedel je, da ima država v tem obdobju status »domnevne pogodbenice«, katere položaj je primerljiv s položajem države podpisnice, zato je treba tudi za to obdobje določiti primerljivo vmesno obveznost. Drugače kot prejšnji posebni poročevalci se je posvetil tudi časovni dimenziji vmesne obveznosti in določil, da vmesna obveznost velja, dokler podpisnica drugih držav ne obvesti o svoji odločitvi glede ratifikacije, oziroma »razumno obdobje«, če tega ne stori. Če podpis pomeni privolitev, da mednarodna pogodba zavezuje, ta obveznost velja do uveljavitve pogodbe, če pa pogodba v »razumnem času« po podpisu še ne začne veljati, pa dokler država ne obvesti, da se ne šteje več zavezana s to obveznostjo.⁵⁸ Določitev obdobja trajanja vmesne obveznosti je Waldock utemeljil s tem, da bi bil brez tega v tem pravilu element negotovosti, po drugi strani pa se zaradi različnih okoliščin pri različnih mednarodnih pogodbah ni odločil za določitev konkretnega časovnega obdobja.⁵⁹ V razpravi komisije o tem poročilu so člani v glavnem podprli vključitev vmesne obveznosti v osnutek 9. člena, najbolj sporen del je bil tisti glede določitve te obveznosti že v fazi pogajanj, ki je bil pozneje tudi zaradi nasprotovanja večine držav črtan. Na tem mestu velja splošno omeniti še stališča članov KMP glede podlage za vmesno obveznost, in sicer so nekateri izrazili

⁵⁵ Waldockovo poročilo, nav. delo, str. 46 in 47.

⁵⁶ Glej prav tam, str. 47, tč. 7, za svetovalno mnenje Meddržavnega sodišča pa glej ICJ Reports, 1951, str. 15.

⁵⁷ Prav tam, str. 47 in 48.

⁵⁸ Prav tam, str. 46.

⁵⁹ Prav tam, str. 47.

stališče, da podlaga ne more biti še neveljavna pogodba, ampak splošno načelo oziroma pravilo mednarodnega prava.⁶⁰

Na splošno se zdi, da je na umestitev vmesne obveznosti v DKPMP imelo največji vpliv Lauterpachtovo poročilo, saj sta se tako Fitzmaurice kot Waldock pozneje sklicevala nanj in vmesno obveznost dodelala v skladu z razpravo v KMP in stališči držav. Nazadnje je tako med člani KMP kot državami prevladalo stališče, da gre za mednarodnopravno obveznost držav, ki si zasluži ustrezno določbo v DKPMP.

3.2. Analiza 18. člena DKPMP

3.2.1. Uvodni del

Uvodni del 18. člena DKPMP državam podpisnicam nalaga obveznost, da s svojimi dejanji ne smejo izničiti *predmeta in namena* mednarodne pogodbe. Določba državam seveda ne more prepovedati kršitev določb pogodbe ali zapovedati ravnanja v skladu z njimi, ker pogodba še ne velja,⁶¹ zato je v njej prepovedano ravnanje, s katerim se izniči njen predmet in namen. Predmet in namen pogodbe se sicer v DKPMP omenjata večkrat, in sicer v 19. in 20. členu (pridržki), 31. in 33. členu (razlaga mednarodnih pogodb), 41. členu (sprememba pogodb), 58. členu (suspens pogodb) in 60. členu (prenehanje veljavnosti ali suspens pogodbe zaradi njene kršitve), nikjer pa ni opredelitve te besedne zveze in tudi komentarji KMP ne dajejo smernic v zvezi s tem.⁶² Pomembna pa je ugotovitev KMP v nedavno sprejetih Smernicah⁶³ v zvezi s pridržki, da ima besedna zveza »predmet in namen« enak pomen v vseh navedenih določbah, torej tudi v 18. členu, ki ga je torej treba razlagati v skladu z enotnim razumevanjem tega pojma v DKPMP. Hkrati pa je KMP v Smernicah tudi priznala, da to ne rešuje problema, ampak samo določa

⁶⁰ Glej stališča Yaseena, Bartoša, Briggsa v YBILC, 1962, Vol. I, dok. A/CN.4/SR.644, str. 92–94, tč. 65, 78 oziroma 88.

⁶¹ Glej na primer Anthony Aust: *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge University Press, Cambridge 2000, str. 94, in sklepne predloge generalne pravobranilke Eleanor Sharpston z dne 1. julija 2010 v zadevi *Evropska komisija proti Republiki Malti*, C-508/08, tč. 72.

⁶² Isabelle Buffard in Karl Zemanek: 'The 'Object and Purpose' of a Treaty: An Enigma?', v: *Austrian Review of International and European Law*, 3 (1998), str. 322.

⁶³ Guide to Practice on Reservations to Treaties (v nadaljevanju: Smernice), dok. A/66/10/Add.1, Report of the International Law Commission, Sixty-third session (2011), General Assembly Official Records, Sixty-sixth Session, Supplement No. 10, smernica 3.1.5., str. 352. Pri tem se sklicuje na stališče posebnega poročevalca Waldocka ob primerjavi vmesne obveznosti in pridržkov v nasprotju s predmetom in namenom pogodbe (prav tam).

enotno merilo, ne pa še tudi njegove opredelitve.⁶⁴ KMP je nato na podlagi pripravljalnega dela DKPMP, sodne prakse in doktrine določila smernico 3.1.5., da je pridržek nezdržljiv s predmetom in namenom pogodbe, »če vpliva na temeljni element pogodbe, potreben za njeno celovitost, tako da s tem posega v *raison d'être* pogodbe«. ⁶⁵ Slednji izraz je KMP povzela iz svetovalnega mnenja Meddržavnega sodišča o pridržkih h Konvenciji o preprečevanju in kaznovanju zločina genocida, v katerem je le-to predmet in namen opredelilo kot *raison d'être* mednarodne pogodbe.⁶⁶ Nekateri sicer menijo, da se 18. člen DKPMP nanaša tudi na predmet in namen vsake posamezne določbe pogodbe,⁶⁷ spet drugi pa, da je treba pri tem zavzeti splošen pristop in iz pogodbe izluščiti njeno bistvo oziroma njen temeljni cilj.⁶⁸ Pravilnejši se tudi z vidika Smernic zdi slednji pristop, saj so posamezne določbe pogodbe ne glede na to, da lahko imajo svoj specifičen predmet in namen, del celote, in šele dejanja, ki ogrožajo celoto, so lahko taka, za katere se uporablja vmesna obveznost. To stališče potrjuje tudi dejstvo, da DKPMP povsod navaja predmet in namen *pogodbe*, v členu 41(1)(b)(ii) celo izrecno pogodbe *kot celote*,⁶⁹ je pa tudi skladno s tem, da je po DKPMP mednarodna pogodba načeloma celovit akt, katerega določbe je načeloma mogoče ločevati samo takrat, kadar se države o tem strinjajo.⁷⁰

Osnutek določbe o vmesni obveznosti iz leta 1966 je kot osnutek 15. člena vseboval samo omembo predmeta pogodbe, ne pa tudi namena, kljub temu da sta se drugod v DKPMP navajala oba pojma.⁷¹ Nekateri avtorji menijo, da gre namreč za dva pomensko ločena pojma, s tem da se »predmet« nanaša

⁶⁴ Prav tam, str. 352.

⁶⁵ Avtorjev prevod. KMP je posamezne pojme iz te smernice razložila tako, da (1) »temeljni element« ni nujno omejen na konkretno določbo, ampak na za pogodbo bistveno pravilo, pravico ali obveznost, izključitev ali sprememba katerih bi ogrozila *raison d'être* pogodbe, (2) da »celovitost« (*general tenour*) pomeni ravnotežje pravic in obveznosti, ki pomenijo bistvo pogodbe ali splošni razlog zanjo (v francoščini je po mnenju KMP to nekoliko ustrezneje izraženo z besedilom »*économie générale de traité*«), in (3) da je izraza »potreben« (*necessary*) in »posega« (*impair*) izbrala, ker sta milejša od izrazov »nujen« (*indispensable*) in »odvzame« (*deprive*), ki ju je tudi obravnavala (prav tam, str. 358–359).

⁶⁶ ICJ Reports, nav. delo, str. 23.

⁶⁷ Glej Mark E. Villiger: *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2009, str. 249.

⁶⁸ Glej Guide to Practice on Reservations to Treaties and Commentaries Thereto, nav. delo, str. 352, in sklepne predloge E. Sharpston, nav. delo, tč. 73.

⁶⁹ V zvezi s tem glej Jan Klabbbers: *Some Problems Regarding the Object and Purpose of Treaties*, v: Finnish Yearbook of International Law, VIII (1997), str. 151.

⁷⁰ Glej na primer 44. člen DKPMP.

⁷¹ YBILC, 1966, Vol. II, str. 202.

na neposreden cilj pogodbe, »namen« pa se nanaša na nekaj bolj oddaljenega.⁷² V skladu s tem bi bil na primer predmet dvostranske pogodbe o izgradnji mejnega mostu sama izgradnja mostu, namen pa omogočiti pretok ljudi med obema državama in s tem okrepiti sodelovanje med ljudmi iz obeh držav.⁷³ Pregled pripravljalnega dela DKPMP kaže na to, da je končno sprejeto formulacijo prvi predlagal Reuter (natančneje, predlagal je besedilo »predmet ali namen«),⁷⁴ ker se mu je pri izvorno uporabljeni besedi »predmeti« (angl. *objects*) iz osnutka posebnega poročevalca Waldocka⁷⁵ pojavljalo prav vprašanje, ali gre za vse predmete pogodbe ali samo za nekatere, s tem da po njegovem mnenju nova formulacija kljub svoji nekoliko večji uravnoteženosti ni bila nič manj nejasna, jo je pa pri svetovalnem mnenju o pridržkih h Konvenciji o preprečevanju in zatiranju zločina genocida uporabilo Meddržavno sodišče.⁷⁶ Pozneje je »namen« dodal odbor za redakcijo šele na Dunajski konferenci za sprejetje DKPMP, po pojasnilu predsedujočega odboru zato, ker je bila besedna zveza »predmet in namen« pogosto uporabljena v konvenciji, odsotnost besede »namen« pa bi lahko vodila v težave pri razlagi, ta sprememba pa naj nikakor ne bi vplivala na vsebino določbe in ne širila obveznosti držav po tem

⁷² J. Klabbers, nav. delo (1997), str. 145. Glej tudi Smernice, kjer je citirano stališče iz doktrine, da je predmet dejanska vsebina pogodbe, namen pa njen cilj (nav. delo, str. 356).

⁷³ Glej na primer Sporazum med Vlado Republike Slovenije in Vlado Republike Hrvaške o izgradnji cestnega mejnega mostu na reki Sotli na meddržavnem mejnem cestnem prehodu Imeno–Miljana, podpisan 6. julija 2010 v Zagrebu (Ur. l. RS, MP, št. 3/11). Namen bi bil tako izražen v drugi in tretji alineji preambule sporazuma, predmet pa v 1. členu sporazuma, ki med drugim določa, da sta se pogodbenici sporazumeli o »skupni gradnji novega mejnega mostu za cestni promet čez reko Sotlo«.

⁷⁴ Morda je besedo »ali« uporabil zato, ker je sicer menil, da gre za ločena pojma, kar bi bilo mogoče sklepati iz njegovega stališča pri osnutku 55. člena DKPMP o *pacta sunt servanda*, kjer je menil, da je predmet obveznosti eno, njen namen pa drugo (YBILC, 1964, Vol. I, dok. A/CN.4/167, str. 26, tč. 77). Tudi Türk v zvezi z obveznostjo po 18. členu DKPMP navaja »cilj ali predmet« (nav. delo, str. 250), vendar gre verjetno samo za redakcijsko nedoslednost, saj isti avtor pri analizi 19. člena DKPMP v zvezi s pridržki (ki se v njenem izvorniku v tem delu ne razlikuje od 18. člena) pravilno navaja, da je lahko pridržek nezdružljiv s »predmetom in ciljem« pogodbe.

⁷⁵ Ta je na vprašanja predstavnikov Urugvaja in Gane glede pomena stavka »*acts tending to frustrate the object of a proposed treaty*« pojasnil, da gre za ustaljeno frazo v angleškem pravu (glej United Nations Conference on the Law of Treaties, Vienna, Austria, First Session, 26 March–24 May 1968, Meetings of the Committee of the Whole, dok. A/CONF.39/C.1/SR.20, tč. 4, str. 102 (vprašanje Urugvaja), tč. 23, str. 98 (vprašanje Gane) ter tč. 26, str. 104 (pojasnilo strokovnega svetovalca konference Waldocka)). Del te fraze je tudi »*object of a proposed treaty*«, v angleškem pravu je temu enakovreden pojem »*object of a contract*«, ki ga v slovenskem pravu najdemo v Obligacijskem zakoniku (Ur. l. RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo) kot »predmet obveznosti« (34. člen).

⁷⁶ YBILC 1965, Vol. I, dok. A/CN.4/SR.788, str. 91, tč. 39. Tako stališče je podprl Castrén, glej YBILC, 1965, Vol. I, dok. A/CN.4/SR.789, str. 94, tč. 8.

členu.⁷⁷ Glede na navedeno se ta dva pojma uporabljata kot celota, kar potrjuje tudi prej navedeno stališče KMP v Smernicah v zvezi s pridržki, da ima izraz »predmet in namen pogodbe«, ki ga je KMP v narekovajih izrecno navedla skupaj, enak pomen povsod po DKPMP. KMP tudi navaja, da so bili poskusi razbitja tega pojma na ločena pojma »predmet« in »namen« zaradi lažje opredelitve neuspešni.⁷⁸

Predmet in namen je torej glede na navedeno treba razumeti kot enoten pojem, ki se nanaša na pogodbo kot celoto, razumeti pa ga je treba enotno po vsej DKPMP v skladu s smernico 3.1.5. Smernic. Pri ugotavljanju kršitve vmesne obveznosti bi bilo treba v skladu z navedeno smernico presoditi, ali je država s svojimi dejanji v času med podpisom in uveljavitvijo pogodbe izničila temeljni element pogodbe, potreben za njeno celovitost, tako da je posegla v *raison d'être* pogodbe. Pri ugotavljanju predmeta in namena konkretne mednarodne pogodbe se sicer običajno upošteva zlasti naslov, preambulo in uvodne člene mednarodne pogodbe.⁷⁹ V kontekstu vmesne obveznosti bi bile pri ugotavljanju njenega področja uporabe upoštevne tudi določbe o uveljavitvi pogodbe.⁸⁰

V zvezi z dejanji, s katerimi se *izniči*ta (angl. *defeat*) predmet in namen mednarodne pogodbe, je treba najprej na splošno ugotoviti, da gre za dejanja, zaradi katerih bi postalo izvajanje pogodbe nesmiselno – po mnenju nekaterih avtorjev ne tudi nemogoče⁸¹ – ali ki bi državi preprečila spoštovanje pogodbe v celoti. DKPMP ne našteva primerov takih dejanj, nekaj jih je bilo že navedenih

⁷⁷ United Nations Conference on the Law of Treaties, 1st Session, 26 March–24 May 1968, Meetings of the Committee of the Whole, dok. A/CONF.39/C.1/SR.61, tč. 101, str. 361.

⁷⁸ Smernice, nav. delo, str. 356.

⁷⁹ Glede ugotavljanja predmeta in namena mednarodne pogodbe glej tč. 3.1.5.1. Smernic, nav. delo, str. 359. J. Klabbers (nav. delo (1997), str. 155–159) ugotavlja tudi, da so pri določanju predmeta in namena pogodbe upoštevni še drugi elementi in da je treba upoštevati značilnosti konkretne pogodbe.

⁸⁰ P. Palchetti, nav. delo, str. 29.

⁸¹ M. Villiger, str. 249, opomba 24. Vendar glej tudi stališče Charmea, da je razlikovanje med dejanji, zaradi katerih bi postalo izvajanje pogodbe nesmiselno oziroma nemogoče, problematično (nav. delo, str. 102). Glede opredelitve ravnanja države, za katero se vmesna obveznost uporablja, glej tudi sklepne predloge generalne pravobranilke E. Sharpston, v katerih med drugim meni, da vmesna obveznost sicer ne zavezuje samo k vzdržanju ravnanj, »ki bi preprečila celoten smisel in namen pogodb EU« in bi bila torej po njenem mnenju resnično daljnosežna, da pa kljub temu ne gre za kršitev te obveznosti, kadar gre za »samo en primer ravnanja, ki ni popolnoma združljivo z obveznostjo [iz pogodb EU, op.a.]« (nav. delo, tč. 74).

v tem prispevku,⁸² lahko pa gre za »fizična« dejanja,⁸³ zakonodajne ukrepe⁸⁴ ali celo sklenitev mednarodne pogodbe.⁸⁵ Treba pa je opozoriti na to, da ne gre za izničenje predmeta in namena, če država mednarodne pogodbe ne ratificira, to je namreč v njeni diskreciji.⁸⁶ Pri presoji tovrstnih dejanj je pomembno vprašanje, ali je treba pri presoji kršitve vmesne obveznosti izkazati namen države, da z njimi izniči predmet in namen pogodbe. Glede na besedilo 18. člena DKPMP je mogoče sklepati, da so se snovalci DKPMP odločili za objektivno merilo za presojo dejanj države, s katerimi domnevno posega v predmet in namen pogodbe. Iz osnutkov tega člena in razprave v zvezi z njim pa izhaja potreba po subjektivnem elementu, v poročilih posebnih poročevalcev so bile tako uporabljene navedbe »*intended substantially to impair*«,⁸⁷ »*calculated to impair or prejudice*«⁸⁸ oziroma »*calculated to frustrate*«. Posebni poročevalci so torej menili, da je pri presoji vmesne obveznosti pomembno, ali je bil pri ravnanju države prisoten subjektivni element, torej namen izničiti predmet in namen pogodbe. Končno besedilo tega subjektivnega elementa ne vsebuje, zato bi bilo mogoče sklepati, da je bilo subjektivno merilo nadomeščeno z objektivnim. To bi v praksi pomenilo, da je treba pri presoji, ali je država z nekim ravnanjem posegla v predmet in namen pogodbe, ugotoviti samo, ali se s tem ravnanjem (objektivno) izniči predmet in namen, ne pa tudi subjektivnega odnosa države do takega ravnanja.⁹⁰ Dovolj bi bila torej ugotovitev vzročne zveze, ne pa tudi odgovornosti, če naredimo vzporednico z odškodninskim pravom. Vendar taka razlaga ni povsem upravičena, kar je razvidno iz pripravljalnega dela DKPMP. Član KMP Ago je tako menil, da je francoska različica besedne zveze »*calculated to*« neustrezna, ker angleška različica vsebuje element namena, zato bi moralo v francoščini pisati »*tendant à*«, s čimer se je strinjal de Luna, nato pa je posebni poročevalec Waldock zaradi približanja obeh različic predlagal tudi spremembo angleške različice v »*tending to*«. ⁹¹ Pozneje sta Avstralija in ZDA na diplomatski konferenci za sprejetje DKPMP

⁸² Glej opombe od 24 do 26 tega prispevka. Glej tudi A. Aust, nav. delo, str. 94.

⁸³ Glej opombo 24 tega prispevka.

⁸⁴ Glej na primer sodbo Sodišča prve stopnje Evropskih skupnosti z dne 22. januarja 1997 v zadevi *Opel Austria proti Svetu Evropske unije* (T-115/94, Recueil, str. II-39, tč. 92), ki zadeva sprejetje uredbe s strani Sveta Evropske unije, ali P. Palchetti, nav. delo, str. 34.

⁸⁵ P. Palchetti, nav. delo, str. 33.

⁸⁶ M. Villiger, nav. delo, str. 249.

⁸⁷ Lauterpachtovo poročilo, nav. delo.

⁸⁸ Fitzmauriceovo poročilo, nav. delo.

⁸⁹ Waldockovo poročilo, nav. delo.

⁹⁰ Tako meni tudi Aust: »*the test is objective, and it is not necessary to prove bad faith*« (nav. delo, str. 94).

⁹¹ YBILC, 1966, Vol. I, del II, str. 326.

predlagali nadomestitev besedila »*tending to*« z besedilom »*which would*«, pri čemer je predstavnik ZDA pojasnil, da v prvem besedilu ni dovolj izražen element namena, ter dodal, da je bilo v tem smislu boljše besedilo, ki ga je predlagala KMP pred to spremembo, torej »*calculated to*«. ⁹² Na drugi strani pa je nizozemski predstavnik na to odgovoril, da bi imela predlagana sprememba ravno nasproten učinek, torej odmik od namena, ki pa je bistveni element dobre vere. ⁹³ Podobno v zvezi z razliko med pojmom »*calculated*« in »*tending*« razmišljajo nekateri drugi avtorji, ki menijo, da je slednji izraz nekoliko manj subjektiven. ⁹⁴ Nazadnje je odbor za redakcijo določil sedanje besedilo »*which would defeat*«, ob tem pa je njegov predsednik pojasnil, da gre samo za redakcijsko spremembo zaradi večje jasnosti. ⁹⁵

Glede na razprave v KMP in pozneje na konferenci za sprejetje DKPMP je torej mogoče sklepati, da je poleg posebnih poročevalcev tudi večina drugih, ki so izražali mnenja glede ravnanja države v smislu izničenja predmeta in namena pogodbe, zavzela stališče, da mora vsebovati subjektivni element, ⁹⁶ se je pa razprava gibala v smeri objektivizacije, verjetno tudi zaradi težavnosti dokazovanja subjektivnega elementa v praksi, s tem da je subjektivni element očitno še vedno ostal prisoten. Tako sklepanje potrjuje doktrina, ki se strinja, da 18. člen domnevno določa objektivni test ⁹⁷ za presojo ravnanja države

⁹² United Nations Conference on the Law of Treaties, 1st Session, 26 March–24 May 1968, Meetings of the Committee of the Whole, dok. A/CONF.39/C.1/SR.19, tč. 10 (predlog Avstralije) in tč. 13 (stališče ZDA), str. 98. Predloga je podprl tudi predstavnik Avstrije, ki je navedel, da predloga prinašata »več jasnosti« v besedilo, glej prav tam, tč. 50, str. 101.

⁹³ Prav tam, tč. 36, str. 99.

⁹⁴ J. Klabbbers, nav. delo (2001), str. 312. Tudi Morvay (Werner Morvay: The Obligation of a State not to Frustrate the Object of a Treaty Prior to Its Entry into Force, Comments on Art. 15 of the ILC's 1966 Draft Articles on the Law of Treaties, <www.zaoerv.de/27_1967/27_1967_3_c_451_462.pdf> (25. 2. 2013), Max-Planck Institut für ausländisches Recht und Völkerrecht, 1967, str. 453, opomba 5) meni, da je bil s spremembo besedila iz »*calculated to*« v »*tending to*« subjektivni element v angleški različici oslavljen, po njegovem mnenju bi ga bilo najbolje izraziti z besedno zvezo »*acts interned to*«. Morvay tudi meni, da je mogoče v skladu z osnutkom DKPMP iz leta 1966 in razlago KMP v zvezi z njim vmesno obveznost kršiti samo namenoma, ne pa tudi z nenamerno storjenimi dejanji, kar sicer ne izhaja jasno iz določbe, pač pa prav iz v prejšnjem stavku navedene spremembe besedila (prav tam, str. 458).

⁹⁵ United Nations Conference on the Law of Treaties (UNCLT), Vienna, Austria, First Session, 26 March–24 May 1968, Meetings of the Committee of the Whole, dok. A/CONF.39/C.1/SR.61, tč. 101, str. 361. Palchetti pa zvezi z besedo »*defeat*« meni, da je bil s tem postavljen dokaj visok prag, s čimer se je področje uporabe obveznosti dejansko zožilo (nav. delo, str. 29).

⁹⁶ Za povzetek razprave glej na primer J. Klabbbers, nav. delo (2001), str. 305–313.

⁹⁷ Enako tudi Hassan, ki se pri tem izrecno sklicuje na zgodovino sprejemanja tega člena (nav. delo, str. 448).

v času med podpisom in ratifikacijo, vendar po mnenju nekaterih avtorjev tak test ne ustreza določenim situacijam, na primer »normativnim« pogodbam, kot so na primer večstranske pogodbe o varstvu človekovih pravic,⁹⁸ zato se zavzemajo za »*manifest intent test*«, po katerem se z ravnanjem države predmet in namen pogodbe izničita, kadar gre za moralno nesprejemljivo ravnanje v zvezi s pogodbo, ne glede na to, ali so bila kršena legitimna pričakovanja partnerjev ali je država ravnala nedobroverno, kar naj bi bila druga dva možna testa za presojo tega ravnanja.⁹⁹ Ta test se zdi razumen, še posebej ker verjetno res ni realno pričakovati, da bi mednarodna sodišča sprejela popolnoma objektivni test ravnanja držav, ob tem da – kot je bilo navedeno – iz navedenega pripravljalnega dela, dosedanje mednarodne sodne prakse¹⁰⁰ in citirane doktrine izhajajo, da mora biti izkazan neki subjektivni element na strani države. V zadnjem času pa je bil tudi ta test kritiziran, in sicer s tega vidika, da v bistvu ne gre za objektivnejši test, ampak samo za različico subjektivnega, ki sicer znižuje dokazno breme, še vedno pa je treba dokazati določeno stopnjo nedobrovernosti.¹⁰¹ Kritiki tega pristopa, ki sicer za presojo ravnanja države omenjajo še dva možna testa (t. i. test »bistvenih elementov« oziroma »nemogočega izvajanja«), zato predlagajo t. i. »olajševalni test«, ki naj bi bil objektivnejši, saj naj bi se osredotočil na vprašanje, ali je država pred uveljavitvijo prekoračila obveznosti po pogodbi in ali je to ravnanje novo ali je obstajalo že pred podpisom.¹⁰² Vendar je tudi ta test problematičen vsaj z dveh vidikov, in sicer omogoča, da država po podpisu pogodbe o odpravi smrtne kazni le-to še naprej izvaja, ker je imela to uzakonjeno pred podpisom, s čimer se vsaj Evropsko sodišče za človekove pravice ne bi strinjalo,¹⁰³

⁹⁸ J. Klabbers, nav. delo (2001), str. 289–294. Klabbers kot taki pogodbi izpostavlja tudi na primer Ustanovno listino Združenih narodov in Pogodbo o ustanovitvi Evropske skupnosti (zdaj Pogodba o delovanju Evropske unije), katerih predmet in namen je težko določiti. Glede tovrstnih pogodb glej smiselno tudi smernico 3.1.5.6. v zvezi s pridržki h pogodbam, ki vsebujejo številne medsebojno odvisne pravice in obveznosti.

⁹⁹ J. Klabbers, nav. delo (2001), str. 330–331.

¹⁰⁰ Glej na primer zadevo *Tecnicas Medioambientales Tecmed S. A. proti Združenim mehiškim državam* (International Centre for Settlement of Investment Disputes, ARB (AF)/00/2, tč. 71), v kateri je arbitražno sodišče navedlo, da obveznost iz 18. člena DKPMP v skladu z doktrino ne zajema samo namerno (*intentional*) storjenih dejanj držav, ampak tudi ravnanje, »*which need not be intentional or manifestly damaging or fraudulent to go against the principle of good faith, but merely negligent or in disregard of the provisions of a treaty or of its underlying principles, or contradictory or unreasonable in light of such provisions or principles*«. Ne glede na dokaj nekonsistentno naštevaje možnih načinov ravnanja države jim je skupno to, da je v ozadju subjektivni element.

¹⁰¹ D. Jonas in T. Saunders, nav. delo, str. 602.

¹⁰² Prav tam, str. 603.

¹⁰³ Glej zadevo *Öcalan proti Turčiji*, nav. delo.

poleg tega pa zanemarija prej navedeno pripravljalno delo DKPMP v zvezi z 18. členom, iz katerega izhaja potreba po obstoju subjektivnega elementa. Vsekakor iz navedenih možnih testov za presojo ravnanja, s katerim država izniči predmet in namen pogodbe, izhaja, da gre za težko vprašanje, verjetno tudi najtežje in najbolj bistveno pri presoji vmesne obveznosti, ki pa v doktrini še ni dobilo prepričljivega odgovora.

Država se mora po tej določbi *vzdržati* takih dejanj, s čimer se načeloma predvideva neka pasivnost oziroma opustitveno ravnanje države.¹⁰⁴ Mogoče pa si je zamisliti tudi dolžnost aktivnega ravnanja oziroma vzdrževanja *status quo* v tem smislu, da država na primer vzdržuje določene predmete in tako skrbi za to, da se ne poslabša njihovo stanje do uveljavitve pogodbe, ko jih bo morala predati sopogodbenci.¹⁰⁵ Člen DKPMP od države ne zahteva, da pogodbo izvaja, saj je le-ta še ne zavezuje, ker še ne velja, sicer bi ratifikacija izgubila smisel.¹⁰⁶ Izjema od tega bi lahko bila, kadar je na podpis pogodbe vezana tudi začasna uporaba pred uveljavitvijo.¹⁰⁷ V tem primeru se postavlja vprašanje razmerja med vmesno obveznostjo in začasno uporabo,¹⁰⁸ ali je lahko na primer neizvajanje pogodbe v skladu z določbo o začasni uporabi, ki se nanaša na celotno pogodbo, tudi kršitev obveznosti vzdržanja dejanj, s katerimi se izničujeta predmet in namen pogodbe. Če na primer pogodba določa, da mora država od podpisa do uveljavitve nekaj storiti, pa tega ne stori in je zato ogroženo poznejše izvajanje pogodbe, bi tak primer lahko spadal med primere kršitve te obveznosti. Država je namreč podpisala mednarodno pogodbo, potem pa se je »vzdržala« dejanja, ki ga je bila dolžna opraviti, in je zaradi tega ogrozila smiselnost izvajanja pogodbe po njeni uveljavitvi. Vendar pa bi bilo v takem primeru verjetneje, da bi se taka opustitev štela za kršitev specialne

¹⁰⁴ Hassan ob primerjavi členov 18 in 26 (*pacta sunt servanda*) meni, da 18. člen vsebuje negativno prepoved, 26. člen pa pozitivno zapoved (nav. delo, str. 452). Glej tudi Treaty Handbook, nav. delo, str. 5, tč. 3.1.3.

¹⁰⁵ Tak primer je med razpravo KMP o osnutku DKPMP navedel Ago, in sicer pogodbo o vrnitvi umetniških del (YBILC, 1966, Vol. I, str. 92).

¹⁰⁶ V Smernicah je navedeno, da je tako stališče »soglasno sprejeto«, str. 352. Glej tudi sklepne predloge E. Sharpston, nav. delo, tč. 72.

¹⁰⁷ Člen 25 DKPMP.

¹⁰⁸ O tem, da sta določbi o začasni uporabi in vmesni obveznosti povezani, priča tudi stališče avstrijske delegacije na konferenci za sprejetje DKPMP, da država ne bi smela začasne uporabe izkoristiti za uživanje ugodnosti po pogodbi, nato pa jo kadarkoli enostransko prekiniti v nasprotju s 15. členom (zdaj 18. člen DKPMP). Indijska delegacija se je s tem strinjala in menila, da začasna uporaba spada pod splošno obveznost dobre vere na podlagi 15. člena. UNCLT, 11th Plenary Meeting, 30. april 1969, dok. A/CONF.39/SR.11, str. 40–41, tč. 59 (Avstrija) in 70 (Indija).

določbe o začasni uporabi¹⁰⁹ in se ne bi bilo treba zanašati na določbo 18. člena DKPMP.¹¹⁰

3.2.2. Točka (a)

Člen 18 DKPMP navaja dva primera, v katerih se mora država vzdržati dejanj, s katerimi se izničujeta predmet in namen pogodbe, oba primera se nanašata tudi na podpis. V točki (a) tako določa, da se ta obveznost med drugim uporablja takrat, kadar država podpiše mednarodno pogodbo, ki jo je treba še ratificirati, dokler jasno ne izrazi namena, da ne bo postala njena pogodbenica. V točki (b) pa določa, da se ta obveznost uporablja, kadar država izrazi privolitev, da jo mednarodna pogodba zavezuje, in sicer do uveljavitve in če se ta uveljavitev neupravičeno ne odloga. Kot je bilo navedeno v tem prispevku, je tudi podpis eden od načinov, kako država izrazi privolitev, da jo mednarodna pogodba zavezuje, in v takem primeru se zanjo tudi uporablja vmesna obveznost. Velja opozoriti na to, da je tudi parafriranje lahko podpis pod določenimi pogoji, po dogovoru ima lahko tudi učinek privolitve, da pogodba zavezuje. Pri podpisu *ad referendum* se taka obveznost ne uporablja ob samem podpisu,¹¹¹ ampak šele po njegovi potrditvi, vendar za nazaj, ker poznejša potrditev nima konstitutivnega učinka, drugače kot v primeru, ko se pogodba najprej parafrira, nato pa še podpiše. Če torej država med samim podpisom *ad referendum* in poznejšo potrditvijo podpisa stori kakšno dejanje, za katerega se uporablja 18. člen DKPMP, potem ji je mogoče to očitati tudi za to obdobje, če podpis *ad referendum* pozneje ni potrjen, pa ne.

Vmesna obveznost se v skladu s *točko (a)* 18. člena DKPMP uporablja, dokler država jasno ne izrazi namena, da ne bo postala pogodbenica mednarodne pogodbe. Ker se taka namera lahko kadarkoli izrazi enostransko, brez na

¹⁰⁹ Določba o začasni uporabi je zavezujoča in zapoveduje izvajanje pogodbe, kar je precej močnejša obveznost kot obveznost po 18. členu DKPMP, zato slednja v tem primeru ni neposredno uporabljiva. Glej Frank Montag: *Völkerrechtliche Verträge mit vorläufige Wirkungen*. Duncker & Humblot, Berlin 1986, str. 67–68.

¹¹⁰ J. Klabbers (nav. delo (1997), str. 150) v zvezi s tem navaja, da je treba pri ugotavljanju obsega vmesne obveznosti upoštevati tudi prisotnost oziroma odsotnost določbe o začasni uporabi, slednja po njegovem mnenju upravičuje »*strict interpretation of the treaty's object and purpose for purposes of the interim obligation*«, kar gre v enako smer. Primer hkratne kršitve vmesne obveznosti inčasne uporabe je sodba Sodišča prve stopnje z dne 17. januarja 2007 v zadevi *Helenska republika proti Komisiji Evropskih skupnosti* (T-231/04, ZOdl., II-0063, tč. 86 ter od 97 do 101), v kateri je navedeno sodišče na eni strani presodilo, da se Helenska republika zaradi načela dobre vere, izraženega v 18. členu DKPMP, ne more izogniti svojim obveznostim s sklicevanjem na to, da pogodba ni ratificirana, na drugi strani pa, da pri tem tudi »ni mogla prezreti [...]časne uporabe [pogodbe]«.

¹¹¹ YBILC 1962, Vol. I, str. 204, tč. 4 (de Luna).

primer možnosti ugovora drugih držav, gre za dokaj široko pravico države.¹¹² Določba ne opredeljuje, kdaj se šteje, da je namen jasno izražen,¹¹³ vsekakor pa je treba to razumeti v tem smislu, da mora biti namen izražen dokazljivo, bodisi izrecno ali pa konkludentno,¹¹⁴ tako da se to lahko brez težav ugotovi. Najbolj jasno bi bilo denimo, če bi država poslala diplomatsko noto ali drugo vrsto pisnega dokumenta,¹¹⁵ v katerem bi drugim državam ali depozitarju sporočila svoj namen. Manj jasno bi to izrazila na primer s tem, da zelo dolgo ne bi ratificirala mednarodne pogodbe ali da bi pristojni notranji organ (na primer parlament) zavrnil ratifikacijo. Seveda bi se v prvem primeru postavilo vprašanje, kako dolgo je dovolj dolgo, o čemer bi v morebitnem sporu moralo presoditi sodišče glede na vse upoštevne okoliščine.¹¹⁶ Če bi bil parlament tisti, ki bi zavrnil ratifikacijo pogodbe, pa bi lahko vlada take države poskušala skupaj z drugimi državami ali državo pogodbo prilagoditi tako, da bi ustrezala pomislekom parlamenta, in ne bi takoj izrazila namere države, da ne bo postala pogodbenica.¹¹⁷ Spet bi bila presoja odvisna od konkretnih okoliščin. V zvezi z izražanjem tovrstne namere se postavlja tudi vprašanje, ali niso ravno dejanja, s katerimi država izniči predmet in namen pogodbe, tista, s katerimi najbolj jasno izrazi namero, da ne želi postati njena pogodbenica.¹¹⁸ Taka razlaga ni združljiva z namenom 18. člena, ki je prav v preprečevanju takih dejanj, namen tega, da mora država jasno izraziti namero, da ne bo postala pogodbenica, pa je v tem, da se opredeli obdobje uporabe navedene obveznosti. Tako namero

¹¹² Swaine to možnost držav imenuje »*ease of exit*« (lahak izhod), kar po njegovem mnenju precej zmanjšuje moč vmesne obveznosti (Edward T. Swaine: *Unsigning*, v: *Stanford Law Review*, 55 (2002–2003), str. 2083).

¹¹³ Prav tam, str. 2082.

¹¹⁴ Glede konkludentnosti glej na primer sodbo Sodišča prve stopnje v zadevi *Helenska republika proti Komisiji Evropskih skupnosti* (nav. delo, tč. 36 in 95).

¹¹⁵ Eden najbolj znanih primerov obvestila v zvezi s tem iz prakse držav je že navedena izjava ZDA, da ne bodo postale pogodbenice Rimskega statuta Mednarodnega kazenskega sodišča, ki so jo poslale z diplomatsko noto Generalnemu sekretarju Združenih narodov kot depozitarju navedene pogodbe.

¹¹⁶ V zvezi s tem je upošteven primer ACTA, ki so ga Slovenija in nekatere druge države podpisale, nato pa postopke ratifikacije »zamrznile«. V Sloveniji se ta postopek sicer sploh še ni začel, saj je vlada sprejela sklep, da se postopek ratifikacije do nadaljnjega ne začne (<http://www.vlada.si/si/delo_vlade/seje_vlade/porocila_za_javnost/porocila_za_javnost/article/6_redna_seja_vlade_rs_22211/>, 25. 2. 2013). Tak sklep se ne more šteti za jasno izraženo namero, da Slovenija ne bo postala pogodbenica ACTA, zlasti ker je v sklepu samem dopuščena možnost, da se ratifikacija nekoč izvede.

¹¹⁷ Glej na primer izjavo evropskega komisarja za trgovino Karla De Guchta ob zavrnitvi ACTA v Evropskem parlamentu, v kateri je med drugim navedel, da se bo Evropska komisija po pridobitvi mnenja Sodišča EU s partnerji posvetovala o tem, kako naprej s sporazumom (<<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=818>>, 25. 2. 2013).

¹¹⁸ M. Rogoff, nav. delo, str. 296.

mora država torej jasno izraziti na drug način.¹¹⁹ Pri tem je lahko v pomoč tudi primerjava s prenehanjem začasne uporabe po drugem odstavku 25. člena DKPMP, kjer se sicer zelo podobno besedilo razlikuje v tem, da mora država, ki želi končati začasno uporabo pogodbe med njo in drugimi državami, te druge države *obvestiti* o tem, da ne bo postala pogodbenica, ne samo *jasno izraziti namere* o tem. S tem bi bilo mogoče dodatno utemeljiti sklep, da je pri 18. členu DKPMP namero mogoče izraziti konkludentno.

Iz točke (a) 18. člena prav tako ni razvidno, ali je izjava države, da ne bo postala pogodbenica, nepreklicna. To vprašanje je ob pripravi besedila tega člena v zvezi s takrat predlaganim – nekoliko drugačnim – besedilom, da vmesna obveznost državo zavezuje, dokler se ne »odreče pravici do ratifikacije«, postavil tudi Rosenne in menil, da bi šlo stališče v smislu nepreklicnosti odreka pravici do ratifikacije predaleč in bi torej država lahko tako pogodbo vseeno ratificirala.¹²⁰ Zdi se, da je bil pozneje ta del besedila tudi zaradi teh dvomov glede potencialno nepreklicnega odreka ratifikaciji spremenjen v obvestilo o nameri države, da ne bo postala pogodbenica, s čimer je bila domnevno odprta možnost, da država pozneje druge pogodbenice ponovno obvesti, da namerava postati pogodbenica, in s tem »obudi« svojo vmesno obveznost. Vprašanje glede nepreklicnosti takega obvestila se je pojavilo tudi pri 25. členu DKPMP o začasni uporabi, ki v drugem odstavku vsebuje zelo podobno določbo glede obvestila o tem, da država ne bo postala pogodbenica, s čimer preneha začasna uporaba pogodbe. Na konferenci za sprejetje DKPMP je bilo ob tem postavljeno vprašanje, ali je tako obvestilo dokončno, saj si lahko vlada v parlamentarnem sistemu pozneje premisli in izrazi drugačno namero, obvestilo pa torej učinkuje zgolj kot suspenz začasne uporabe.¹²¹ V doktrini je mogoče srečati stališče, da je treba tako obvestilo zaradi varstva dobre vere šteti za dokončno, poleg tega pa bi vlada – če parlament zavrne ratifikacijo pogodbe – zlorabila postopek, če bi si premislila in ponovno vzpostavila začasno uporabo.¹²² Vendar tako stališče ne upošteva možnosti, da drugačno stališče do pogodbe zavzame tudi parlament, niti pravnega razvoja v smeri večje fleksibilnosti in dajanja prednosti rešitvam, ki omogočajo vključitev čim več pogodbenic v pogodbe.¹²³ Morda je v tem primeru smiselno uporabiti analogijo z umikom li-

¹¹⁹ M. Villiger, nav. delo, str. 251.

¹²⁰ YBILC, 1965, Vol. I, dok. A/CN.4/SR.788, tč. 53, str. 92.

¹²¹ UNCLT, 11th Plenary Meeting, 30. april 1969, dok. A/CONF.39/SR.11, tč. 75, str. 41.

¹²² Albane Geslin: La mise en application provisoire des traités. Éditions A. Pedone, Pariz 2005, str. 310.

¹²³ D. Türk, nav. delo, str. 253, to priznava tudi Geslin (prav tam).

stine o ratifikaciji pogodbe pred njeno uveljavitvijo, kar je mogoče.¹²⁴ Iz tega bi bilo mogoče izpeljati domnevo, da če lahko država kadarkoli pred uveljavitvijo pogodbe umakne ratifikacijo pogodbe – na ratifikacijo pa je do uveljavitve pogodbe lahko vezana tudi vmesna obveznost (glej naslednji odstavek tega prispevka) – lahko v primeru, da listine o ratifikaciji sploh še ni predala, umakne tudi obvestilo, da ne bo postala njena pogodbenica, in pogodbo ratificira. Slednje je toliko bolj smiselno, ker je (zlasti pri večstranskih pogodbah) v korist pogodbe z vidika sodelovanja večjega števila pogodbenic in posledično njene uveljavitve. Res pa je, da je položaj odvisen tudi od konkretnih okoliščin in da dobra vera, na kateri med drugim temelji DKPMP, narekuje, da bi bilo treba kakršnekoli zlorabe te možnosti v smislu manipulacije z vmesno obveznostjo šteti za nezdržljive z načelom dobre vere.

Člen 18 DKPMP pušča odprto tudi vprašanje, od kdaj učinkuje prenehanje vmesne obveznosti, kadar država jasno izrazi namero, da ne bo postala pogodbenica. V času priprave 18. člena DKPMP se to vprašanje ni pojavilo, se je pa pojavilo v zvezi z določbo 25. člena DKPMP o začasni uporabi. Delegacija Italije je namreč vprašala, ali prenehanječasne uporabe učinkuje *ex tunc* ali *ex nunc*.¹²⁵ Na konferenci za sprejetje DKPMP ni dobila odgovora, stališče doktrine v zvezi s tem pa je, da prenehanječasne uporabe učinkuje *ex nunc*, torej za naprej, in ne retroaktivno.¹²⁶ Ni videti razloga, da se to sklepanje ne bi uporabilo tudi pri prenehanju vmesne obveznosti. Vmesna obveznost se sicer odčasne uporabe med drugim razlikuje po tem, da gre – kot navedeno – načeloma za vzdržanje dejanj, medtem ko mora država začasno uporabljivo pogodbo dejansko izvajati pred uveljavitvijo, kar pomeni, da bi bile posledice retroaktivnosti njenega prenehanja lahko precej resnejše kot pri vmesni obveznosti. Na drugi strani pa bi retroaktivno učinkovanje prenehanja vmesne obveznosti pomenilo izničenje njenega učinka do takrat, kar ne bi bilo smiselno in bi lahko vodilo v izogibanje odgovornosti države za dejanja v nasprotju z njo pred prenehanjem vmesne obveznosti, to pa potrjuje stališče proti retroaktivnemu učinkovanju njenega prenehanja.

3.2.3. Točka (b)

V točki (b) 18. člena DKPMP je urejen primer, ko država že privoli, da jo mednarodna pogodba zavezuje, vendar pa pogodba še ne začne veljati. Če je država pred tem pogodbo že podpisala (glej prejšnji razdelek), se vmesna obvez-

¹²⁴ A. Aust, nav. delo, str. 95-96. Glej tudi Summary of Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Treaties, 1999, dok. ST/LEG/7/Rev.I, str. 47.

¹²⁵ UNCLT, 11th Plenary Meeting, 30. april 1969, dok. A/CONF.39/SR.11, tč. 84, str. 45.

¹²⁶ A. Geslin, nav. delo, str. 305–307.

nost torej nadaljuje tudi po privolitvi, da jo pogodba zavezuje. V tem primeru namreč prav tako lahko pride do časovnega zamika med privolitvijo države, da jo mednarodna pogodba zavezuje, in uveljavitvijo le-te po mednarodnem pravu,¹²⁷ še posebej je to pogosto pri mednarodnih pogodbah, ki jih je treba ratificirati.¹²⁸ Podpis je eden od načinov privolitve države, da jo mednarodna pogodba zavezuje, vendar je pri takem načinu privolitve manj verjetno, da bo prišlo do časovnega zamika. To še posebej velja za dvostranske pogodbe, pri katerih obe državi s podpisom izrazita tako privolitev; v takem primeru namreč ni nobenega zamika, saj pogodba začne veljati takoj s podpisom, lahko pa pride do zamika na primer takrat, kadar ena stran svojo privolitev, da jo mednarodna pogodba zavezuje, izrazi s podpisom, druga pa jo mora še ratificirati.¹²⁹ Pri večstranskih pogodbah pa je verjetnost daljšega časovnega zamika precejšnja, posebej če se sklepajo med veliko državami in samo nekatere privolijo že s podpisom, da jih mednarodna pogodba zavezuje. Ob običajnem podpisu je treba tudi tokrat opozoriti na podpis *ad referendum* in parafranje, ki se pod določenimi pogoji tudi lahko štejeta za podpis, s katerim se privoli, da pogodba zavezuje.¹³⁰

V skladu s točko (b) 18. člena drugače kot pri točki (a) država ne more izjaviti, da ne bo postala pogodbenica, ker je že izrazila voljo, da bo postala pogodbenica,¹³¹ razen če na primer umakne ratifikacijo, s čimer bi dejansko

¹²⁷ V mednarodni sodni praksi je bil ta časovni zamik obravnavan na primer v zadevi *Opel Austria proti Svetu*. V njej je tožeča stranka med drugim ob sklicevanju na 18. člen DKPMP uveljavljala kršitev vmesne obveznosti s strani Sveta EU, ki je nekaj dni pred uveljavitvijo Sporazuma EGP sprejel uredbo, s katero so bile odpravljene nekatere carinske ugodnosti. Sodišče je med drugim ob uporabi 18. člena DKPMP razsodilo, da v primeru, ko je bila EU zadnja med podpisniki mednarodne pogodbe, ki so privolili, da jih mednarodna pogodba zavezuje, in je bilo torej znano, kdaj bo pogodba začela veljati, gospodarski subjekt na podlagi vmesne obveznosti lahko izpodbija ukrepe, ki jih EU sprejme v obdobju med navedeno privolitvijo EU, da jo pogodba zavezuje, in uveljavitvijo te pogodbe (nav. delo, tč. od 89 do 94).

¹²⁸ Časovni zamik je sicer običajno večji pri večstranskih pogodbah, čeprav obstaja tudi pri dvostranskih pogodbah, v slovenski praksi tako poznamo primere sorazmerno velikih časovnih zamikov. Slovenija je na primer že leta 2002 ratificirala sporazum o spodbujanju in zaščiti naložb med Slovenijo in Rusijo (Ur. l. RS-MP, št. 1/01), medtem kot Rusija tega še po več kot desetih letih od podpisa ni storila.

¹²⁹ Glej na primer Sporazum med Upravo Republike Slovenije za jedrsko varnost (URSV) in Jedrsko regulatorno komisijo Združenih držav Amerike (NRC) o izmenjavi tehničnih informacij in sodelovanju na področju jedrske varnosti (Ur. l. RS, MP, št. 3/12).

¹³⁰ Člen 12 DKPMP.

¹³¹ Glede tega je Lachs v času priprave DKPMP izjavil, da je obveznost iz te točke dokončna, ker je država že izrazila privolitev, da jo pogodba zavezuje, medtem ko je obveznost po točki (a) »začasna«, ker se še ne ve, ali bo država pogodbo ratificirala (YBILC, 1965, Vol. I, dokument A/CN.4/SR.789, tč. 38, str. 97).

sporočila, da ne bo postala pogodbenica. Zato je prenehanje vmesne obveznosti vezano na uveljavitev pogodbe, če ta ni neupravičeno odložena. Opredelitev, kaj je neupravičeno, je seveda odvisna od pogodbe in okoliščin v zvezi z njo. To potrjuje pripravljeno delo DKPMP, iz katerega izhaja, da je bilo predlagano na primer dvanajstmesečno obdobje, posebni poročevalec Waldock je v eni od različic osnutka DKPMP predlagal celo desetletno obdobje, pozneje pa je na konkretno vprašanje o tem pojmu odgovoril, da je odgovor odvisen od okoliščin vsakega posameznega primera.¹³² Člen 18 v tej točki ne določa, kdo in kako naj bi ugotavljal, ali je uveljavitev pogodbe neupravičeno odložena in zato vmesna obveznost ne velja več. V doktrini je mogoče srečati stališče, da bi tudi v tem primeru država jasno – izrecno ali konkludentno – izrazila stališče, da zanjo vmesna obveznost ne velja več,¹³³ to pa izhaja tudi iz Waldockovega osnutka 9. člena, ki je v podtočki (i) točke (b) tretjega odstavka določal, da lahko država po preteku razumnega obdobja druge obvesti o tem, da se ne šteje več za zavezano s to obveznostjo.¹³⁴ Ker pa prenehanje vmesne obveznosti v skladu s točko (b) 18. člena DKPMP drugače kot v točki (a) oziroma drugače kot v navedenem Waldockovem osnutku tega člena ni (več) vezano na enostransko izjavo ene od držav, pač pa samo na (objektivnejšo) časovno dimenzijo uveljavitve, je vprašanje, ali je tako stališče v skladu z namenom te določbe, kot je bila sprejeta. Zdi se namreč, da je namen te določbe drugače kot v točki (a) otežiti pogoje za prenehanje vmesne obveznosti, saj je država v tem primeru že izrazila privolitve, da bo pogodbo po uveljavitvi izpolnjevala v dobri veri, in bi morala torej še toliko bolj ravnati dobroverno, tako da pred uveljavitvijo pogodbe ne bi izničila njenega predmeta in namena. Če bi veljala prej navedena razlaga, bi namreč lahko vsaka država, ki je pogodbo ratificirala, drugim podpisnicam iste pogodbe preprosto poslala obvestilo, da je uveljavitev pogodbe po njenem mnenju neupravičeno odložena in da zato vmesna obveznost od določenega datuma zanjo ne velja več. Če to pomeni, da hkrati s tem ne bi umaknila tudi privolitve, da jo pogodba zavezuje,¹³⁵ bi lahko kljub njenemu obvestilu pozneje pogodba začela veljati tudi zanjo, vmes pa bi taka država brez tveganja glede odgovornosti ravnala v nasprotju z njenim predmetom in namenom, kar bi bilo nesmiselno.

¹³² Glede dvanajstmesečnega roka glej UNCLT, dok. A/CONF.39/C.1/L.133/Rev.1 (1968), glede vprašanja o opredelitvi pojma »nerazumno« in odgovora pa UNCLT, 2d session (10th plen. mtg.), dok. A/CONF-39/11/Add.1 (1970).

¹³³ M. Villiger, nav. delo, str. 251.

¹³⁴ Waldockovo poročilo, nav. delo, str. 46.

¹³⁵ Kar je prav tako stališče Villigerja (nav. delo, opomba 38).

4. SKLEP

Države pri podpisovanju mednarodnih pogodb načeloma ravnajo v dobri veri in zato večinoma ne prihaja do težav pri njihovi ratifikaciji in uveljavitvi. Kljub temu pa mednarodno pravo za primere, ko bi država vmesni čas med podpisom in uveljavitvijo izkoristila za poskus ogrožanja poznejše izvedbe pogodbe, predvideva vmesno obveznost držav kot izraz načela dobre vere oziroma iz njega izpeljane prepovedi zlorabe pravic, ki je kot pravilo mednarodnega običajnega prava kodificirana v 18. členu DKPMP. Vmesna obveznost je bila v doktrini in mednarodni sodni praksi sorazmerno malo analizirana, do zdaj opravljene analize pa se pogosto končajo z ugotovitvijo, da gre za nejasno obveznost.

V prispevku smo zato poskušali na podlagi besedila 18. člena DKPMP, pripravljalnega dela DKPMP, doktrine in dosedanje sodne prakse pojasniti vsebino vmesne obveznosti. Iz naše obravnave izhaja, da gre za pravno obveznost, ki je del običajnega mednarodnega prava in je bila kodificirana v DKPMP. Država to obveznost krši, če s svojim ravnanjem izniči predmet in namen pogodbe – ki se razumeta kot celota – kar pomeni, da s svojimi dejanji v času med podpisom in uveljavitvijo pogodbe izniči temeljni element pogodbe, potreben za njeno celovitost, tako da poseže v *raison d'être* pogodbe. Na prvi pogled mora po 18. členu DKPMP ravnanje države v smislu izničenja predmeta in namena pogodbe objektivno posegati v bistvo pogodbe, torej neodvisno od volje države v zvezi s tem. Vendar to ne ustreza razumevanju tega člena na podlagi pripravljalnega dela DKPMP in doktrine, v skladu s katerima je treba pri ravnanju države izkazati določeno raven subjektivnega odnosa do tega ravnanja, ni pa soglasja glede tega, kakšen test uporabiti pri njegovi presoji.

Člen 18 DKPMP poleg nekaterih temeljnih vprašanj, kot je ustrezen test za presojanje ravnanja države v primeru izničenja predmeta in namena pogodbe, pušča odprta tudi nekatera druga, navidežno manj pomembna, vendar z vidika njegovega učinka bistvena vprašanja, ki v doktrini skoraj ali sploh niso obravnavana in na katera smo v tem prispevku poskušali odgovoriti ali dati smernice za odgovor. Tako smo – med drugim tudi na podlagi primerjave tega člena in podobne ureditve v 25. členu DKPMP o začasni uporabi – pojasnili, da izraz namere države iz točke (a) navedenega člena, da ne bo postala pogodbenica mednarodne pogodbe, učinkuje za naprej in da ga je v določenih okoliščinah mogoče preklicati.

OBLIGATION OF A STATE NOT TO DEFEAT THE OBJECT AND PURPOSE OF A TREATY BETWEEN ITS SIGNATURE AND ENTRY INTO FORCE

Andrej Svetličič,

LL.B., LL.M., Ministry of Foreign Affairs, minister plenipotentiary

The Article's objective is to analyse and to provide an interpretation of the interim obligation of a State not to defeat the object and purpose of a treaty between its signature and entry into force on the basis of Article 18 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), doctrine and international jurisprudence.

Signature of a treaty requiring ratification is one of the stages in its conclusion which is not only a formality without any legal effect, the latter being provided for in Article 18 of the VCLT as a so-called "interim obligation". The interim obligation is still somewhat ambiguous; notwithstanding, it seems clear that it is a rule of customary international law as an emanation of the good faith principle, codified in the VCLT.

The interim obligation precedes the VCLT in the state practice, international jurisprudence and in the doctrine. The most cited cases before the VCLT are the PCIJ case *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* and the *Megalidis vs. Turkey* arbitration case. The authors of the Harvard Draft Convention on the Law of Treaties also included an Article on the interim obligation in that draft, their general understanding of the nature of the obligation being that it is a moral rather than a legal obligation.

The dilemma whether the interim obligation is a moral or a legal one continued during the first phase of drafting of the VCLT by the International Law Commission (ILC), which came to the conclusion that it is a legal obligation that merits inclusion in the VCLT. It was finally included in Article 18, the introductory part of which basically provides that States should not act so as to defeat the object and purpose of treaties which they signed or consented to be

bound by. The object and purpose has been interpreted by the ILC in its recent Guide to Practice on Reservations to Treaties as a single term to be interpreted uniformly throughout the VCLT. In line with the ILC's guide, a State would thus defeat the object and purpose of a treaty as provided for in Article 18 if its actions affected an essential element of the treaty that is necessary to its general tenour, in such a way that these actions impaired the *raison d'être* of the treaty. Another issue with regard to acts defeating the object and purpose of a treaty which has been debated and not resolved in the doctrine is the attitude of the State towards such acts, i.e. whether the State's will should be demonstrated or not. It seems on the face of it that the provision itself refers to an objective test for assessing whether an act of State defeated the object and purpose of a treaty, however the *travaux préparatoires* and most of the doctrine seem to advocate the need for a subjective element (will of the State) to be present in such assessment. As regards the requirement that the State is to refrain from the defeating acts, this refers in principle to the omission of such acts, although one could conceive also active conduct such as active maintenance of *status quo*. In this respect, acts with which a State would refrain from applying a treaty provisionally would not be primarily inconsistent with the interim obligation but rather with the specific provision of Article 25 of the VCLT on provisional application, which is a separate and stronger obligation requiring active application not merely inaction or maintenance of *status quo*.

The temporal aspects of the interim obligation are subject of points (a) and (b) of Article 18. Point (a) provides that the obligation applies from signature to the time when the State makes clear its intention not to become party to the treaty. Point (b) refers to a situation where a State already consented to be bound by a treaty, in which case the interim obligation applies until the entry into force of the treaty, if the latter is not unduly delayed. Unilateral intention of a State not to become party to a treaty should certainly be made in an unequivocal manner, either expressly or by conduct, so that other States can easily determine the intention. Article 18 does not contain any provision on that, so it would be left to judicial assessment in each particular case, it seems however clear that acts defeating the object and purpose of the treaty as such do not constitute this intention. With regard to making intention clear by conduct, comparison with Article 25 of the VCLT seems to confirm that such an intention can be made implicitly under Article 18, since Article 25 provides that the State is required to "notify" others of its intention – not only "make its intention clear" – not to become party to a treaty.

It is neither clear from the provision in point (a) nor from the doctrine whether the intention not to become party to a treaty is final or it can be withdrawn. It can be inferred from the *travaux préparatoires*, the comparison with Arti-

cle 25, and the possibility of withdrawing instruments of ratification that the State could reverse its decision not to become party to the treaty. This would be consistent *inter alia* with the general premise of international relations to encourage treaty participation, if the possibility is not abused, which would be contrary to the underlying good faith principle. Article 18 leaves open also the issue whether the making clear of the intention not to become party and thereby the end of the interim obligation is effective *ex nunc* or *ex tunc*. It seems from the doctrinal work on a similar provision of Article 25 and from the fact that a retroactive effect would deprive the interim obligation of any effect before such an intention was made clear that this obligation ceases to be effective *ex nunc*.

The main open issue with respect to point (b) of Article 18 is what constitutes undue delay of entry into force of a treaty that causes the interim obligation to cease. The *travaux préparatoires* reveal that attempts were made to quantify this delay in terms of months or years, but that finally it was decided not to state any such specific period since it depends on the circumstances of each particular treaty. It could be inferred from the doctrine that here too the State could make a unilateral statement that it is no longer bound by the interim obligation since the entry into force of a treaty has been unduly delayed. However, this would not seem to be consistent with the purpose of this provision to restrict the possibility to end the interim obligation because States have already made their consent to be bound by the treaty. Otherwise States that consented to be bound by a treaty could unilaterally cease to be bound by the interim obligation until its entry into force and then become parties to it.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 341.241

SVETLIČIČ, Andrej: Obveznost države, da med podpisom in uveljavitvijo mednarodne pogodbe ne izniči njenega predmeta in namena**Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130), št. 3-4**

Namen prispevka je na podlagi besedila 18. člena DKPMP, pripravljalnega dela DKPMP, doktrine in dosedanje sodne prakse pojasniti vsebino obveznosti države med podpisom in uveljavitvijo mednarodne pogodbe (vmesna obveznost). Iz prispevka izhaja, da gre za pravno obveznost, ki je del običajnega mednarodnega prava in je bila kodificirana v DKPMP. Država to obveznost krši, če s svojim ravnanjem izniči predmet in namen pogodbe – ki se razume kot celota – kar pomeni, da s svojimi dejanji v času med podpisom in uveljavitvijo pogodbe izniči temeljni element pogodbe, potreben za njeno celovitost, tako da poseže v *raison d'être* pogodbe. Na prvi pogled mora po 18. členu DKPMP ravnanje države v smislu izničenja predmeta in namena pogodbe objektivno posegati v bistvo pogodbe, torej neodvisno od volje države v zvezi s tem. Vendar to ne ustreza razumevanju tega člena na podlagi pripravljalnega dela DKPMP in doktrine, v skladu s katerima je treba pri ravnanju države izkazati določeno raven subjektivnega odnosa do teh dejanj, ni pa soglasja glede tega, kakšen je najprimernejši test za njegovo presojo. Člen 18 DKPMP poleg nekaterih temeljnih vprašanj, kot je ustrezen test za presojo ravnanja države v primeru izničenja predmeta in namena pogodbe, pušča odprta tudi nekatera druga, navidezno manj pomembna, vendar z vidika njegovega učinka bistvena vprašanja, ki v doktrini skoraj ali sploh niso obravnavana in na katera je avtor poskušal odgovoriti ali dati smernice za odgovor. Tako je – med drugim tudi na podlagi primerjave tega člena in podobne ureditve v 25. členu DKPMP o začasni uporabi – pojasnil, da izraz namere države iz točke (a) navedenega člena, da ne bo postala pogodbenica mednarodne pogodbe, učinkuje za naprej in da ga je v določenih okoliščinah mogoče preklicati.

Original Scientific Article

UDC: 341.241

SVETLIČIČ, Andrej: Obligation of a State not to Defeat the Object and Purpose of a Treaty between Its Signature and Entry into Force*Pravnik*, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 3-4

The contribution's objective is to analyse the interim obligation of a State not to defeat the object and purpose of a treaty between its signature and entry into force on the basis of the text of Article 18 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), doctrine and judicial decisions. The contribution concludes that it is a legal obligation of customary international law, codified in the mentioned Article of the VCLT. A State violates it if it defeats the object of purpose of a treaty – understood as a single term – by defeating with its acts an essential element of the treaty that is necessary to its general tenour, in such a way that it impairs the *raison d'être* of the treaty. A violation of Article 18 must *prima facie* be objective, irrespective of the State's subjective relation to the violation. However, this does not reflect the understanding of that Article on the basis of *travaux préparatoires* of the VCLT and the doctrine, according to which a certain subjective element needs to be demonstrated when assessing the State's conduct, although there is currently no consensus as to what test might be the most appropriate for that assessment. Article 18 of the VCLT leaves open also some other seemingly less important issues that are nevertheless essential for its effectiveness. These issues have not been discussed by the doctrine or have been only marginally, and so the author attempted to resolve them or at least provide some guidance in that respect. The author thus – *inter alia* by comparison with the similar provision of Article 25 of the VCLT on provisional application – explains that the declaration of the intent of a State provided in point (a) of the said Article not to become party to the treaty is effective *ex nunc*, and that it can be withdrawn in certain circumstances.