

Ernest PETRIČ\*

**NAČELA USTANOVNE LISTINE OZN – JUS COGENS?\*\*\***

*Povzetek. V članku je govora o pravni naravi norm in načel mednarodnega prava, ki jih je smatrati za jus cogens, v smislu opredelitve v 53. členu Dunajske konvencije o mednarodnem pravu pogodb ter v kontekstu načel, zapisanih v Ustavni Listini Organizacije združenih narodov (UL OZN). Vprašanje je aktualno glede na to, da je Komisija za mednarodno pravo organ Organizacije združenih narodov (OZN), ki skrbi za progresivni razvoj in kodifikacijo mednarodnega prava, problematiko jus cogens vključila v svoj program. Avtor prispevka kot pogoj za jus cogens postavlja širok in vsebinski, ne le formalni konsenz držav ob hkratnem vrednostnem kriteriju, namreč da neko sicer splošno sprejeto načelo ali normo mednarodnega prava, če naj ima naravo jus cogens, mora varovati neko temeljno vrednoto na sedanji stopnji družbenega razvoja. Ne zadošča zgolj soglasje držav, ne glede na to, kako široko je. Pomembna je tudi vsebina (content), na katero se konsenz nanaša, če naj ima neko načelo ali norma mednarodnega prava naravo jus cogens. Na podlagi tako zastavljene analize avtor na vprašanje, ali temeljna načela mednarodnega prava, kot izhajajo iz UL, imajo naravo jus cogens, na kar avtor po analizi teh načel in prakse držav, odgovarja pritrdilno. Ugotavlja, da če kaj, potem so prav ta temeljna načela jus cogens, saj za njimi stoji širok konsenz, po vsebini pa varujejo temeljne vrednote sodobnega mednarodnega pravnega reda.*

**Ključni pojmi:** jus cogens, temeljna načela mednarodnega prava, Ustavna listina OZN, mednarodni pravni red, praksa držav

\* Dr. Ernest Petrič, Ustavni sodnik, profesor mednarodnega prava, član Komisije OZN za mednarodno pravo.

\*\* Izvirni znanstveni članek.

## Uvod

Že približno tri generacije živimo v obdobju "Združenih narodov", v mednarodni skupnosti, ki se je vzpostavila iz ruševin obeh svetovnih vojn, formalno pred 70 leti, z uveljavitvijo Ustanovne listine Organizacije združenih narodov (UL OZN). Ta novi mednarodni red, temelječ na novih načelih mednarodnega prava in z institucijami, kakršnih pred tem ni bilo, seveda ni nastal čez noč. Pot od v bistvu še vedno Westfalske ureditve, nastale med in po tridesetletni vojni v 17. stoletju, prek sistema Svete alianse in koncerta evropskih velikih sil, v "sistem OZN", je bila dolga. A ta pot ni tema pričujočega prispevka. Predmet pozornosti so tista temeljna načela mednarodnega prava, na katerih ta novi, bolje rečeno sedanji mednarodni red temelji in kakšna je njihova pravna narava.

Gre za vrsto vprašanj, a glede na omejen obseg se z vsemi ne bomo ukvarjali. Zlasti ne z vsebino samih načel UL,<sup>1</sup> o tem, koliko je moč UL videti kot ustavni okvir, kvazi ustavo sodobne mednarodne skupnosti, in koliko kvazi "ustavni" značaj UL izhaja že iz člena 103 UL, s tem ko ta člen določa, da je UL hierarhično nad pogodbami, ki jih sklepajo članice OZN. O teh, dovolim si zapisati "ustavno pravnih vidikih" sodobnega mednarodnega reda, je bilo veliko napisano (Macdonald, 1997).

V tem omejenem prispevku se tudi ne bomo dotaknili vprašanja, ki se bo zanesljivo pojavilo v zvezi z bodočim razvojem in integracijo mednarodne skupnosti. Nedvomno namreč je, da suverenost držav postopoma izgublja svoj absolutni, neomejeni značaj in postaja omejena prav z normami in načeli mednarodnega prava, ki posledično preraščajo iz dispozitivnih v kogentne norme in načela mednarodnega prava. Namen pričujočega prispevka je torej le prispevati, zlasti glede na to, da je Komisija za mednarodno pravo vključila problematiko jus cogens v svoj program, k razumevanju pravne narave načel in norm mednarodnega prava, ki so jus cogens in med katere naj bi sodila t. i. temeljna načela v UL OZN.

Ob jubileju OZN ni odveč poudariti, da je dosedanjih 70 let mednarodnega sistema "Združenih narodov" (Petrič, 2010) bilo obdobje miru, ko je človeštvo po dveh svetovnih vojnah, in številnih velikih vojnah pred tem, ne glede na sicer številne lokalne konflikte in druge izzive varnosti (kot so terorizem, genocid, ali organiziran kriminal), uživalo mir. To je obdobje, ko sta se kakšni dve tretjini človeštva otresli raznih oblik kolonialnega jarma, ko sta se nesprejemljivost diskriminacije in spoštovanje temeljnih človekovih pravic uveljavila v pravno zavest človeštva in v stvarno življenje in ko so, ne glede na skokovito rast prebivalstva in še obstoječe ostanke revščine, odpravljene velike lakote in epidemije, tiste grozote, ki so pestile človeštvo

---

<sup>1</sup> Ta so podrobneje opredeljena v Res. GS OZN 2625(XXV), 24. 10. 1970.

v preteklih stoletjih. Ob tem razvoju, predvsem pa pri ohranjanju in zagotavljanju miru, ni moč prezreti vloge OZN in pomena načel UL.

## O pravnih načelih

V vsakem zgodovinskem obdobju razvoja mednarodne skupnosti so obstajala in obstoje določena pravna načela, na katerih temelji mednarodnopravni red in posledično celoten mednarodni sistem. V mednarodni skupnosti so ta temeljna pravna načela seveda izraz volje držav. Volja držav je dejanski sociološki vir mednarodnega prava, pa najsi gre za mednarodne pogodbe, mednarodno običajno pravo in tudi t.i. splošna pravna načela, čeprav je pri slednjih posebno vprašanje, koliko so izraz neposredne volje držav. Ker je volja držav konec koncev odraz stopnje družbenega razvoja, je možno zatrditi, da je mednarodno pravo kot izraz volje držav v vsaki zgodovinski epohi predeterminirano z doseženo stopnjo družbenega razvoja in civilizacijskih vrednot. Tako so v sodobnem mednarodnem pravu našli mesto spoštovanje in varstvo temeljnih človekovih pravic, prepoved diskriminacije, pravica narodov do samoodločbe, mednarodno humanitarno pravo, številne omejitve državne suverenosti, skratka vse tisto, kar označuje sodobni mednarodni pravni red, šele v našem času, torej takrat, ko so za to nastali družbeni pogoji. Dosežena stopnja razvoja se izraža v volji držav in posledično v formalnih virih mednarodnega prava, ki jih določa 38. člen statuta Meddržavnega sodišča. Če naj je mednarodno pravo res "pravo" (to velja tudi za notranje pravo), mora to *grosso modo* odražati stopnjo družbenega razvoja, potreb družbe pri urejanju odnosov v mednarodni skupnosti, ter omogočati varnost, sožitje, razvoj. Za vsak pravni red, tudi mednarodni pravni red, ki je z internacionalizacijo življenja v preteklem stoletju postal univerzalen in danes tako rekoč ureja vse vidike družbenega življenja, velja, da če ni odraz dosežene stopnje družbenega razvoja in doseženih civilizacijskih vrednot, je izpostavljen spremembam. Če je protislovje trajno in zaostreno pa je obsojen na bolj ali manj dramatičen propad. Generacije, ki so doživljale revolucije, "tranzicije", tudi "padec Berlinskega zidu" (na mednarodni ravni razpad t.i. bipolarnega ravnotežja moči oziroma bipolarnega mednarodnega sistema) to vedo. *Historia magistra vitae!*

V mednarodnem pravu se *mutatis mutandis* tako kot v notranjem pravu zastavlja vprašanje, ali v določenem obdobju družbenega razvoja in ob doseženih civilizacijskih vrednotah niso prav določena pravna načela in norme imanentne temu obdobju. Prav zato naj bi jih tisti, ki pravo *in concreto* vzpostavljajo (v državi ustavodajalec in zakonodajalec, v mednarodni skupnosti države), ne mogli po lastni volji odpraviti, spreminjati oziroma prezreti. Na sedanji razvojni stopnji mednarodne skupnosti in vrednot, na katerih je utemeljena, pač noben zakonodajalec ne more "uzakoniti" npr. rasne

diskriminacije, kaj šele suženjstva, tlačanstva, tudi ne neenakopravnosti in diskriminacije žensk, izvajanja genocida, odvisnosti sodišč ipd. Tudi če bi to npr. z zakonom ali mednarodno pogodbo ali celo v ustavi kdo uveljavil, tak zakon ne bi bil pravo in taka mednarodna pogodba ne mednarodno pravo.

V mednarodnem pravu oziroma v doktrini tega prava je, zaradi specifičnosti tega prava namreč, da so njegov "zakonodajalec" same države, torej tisti, ki jih hkrati to pravo zavezuje, vseskozi, od Huga Grotiusa in še pred njim, prisotno vprašanje, ali so države ("zakonodajalec") in njihova volja, res in koliko, svobodne pri ustvarjanju tega prava, zlasti s sklepanjem mednarodnih pogodb. Kje so meje – če sploh so – svobodi volje držav pri ustvarjanju mednarodnega prava? Ne da bi posegli v teoretska razglabljanja o problemu naravnega oziroma pozitivnega prava omenimo le, da v obdobju, ko je internacionalizacija zahtevala konkretno mednarodnopravno urejanje s pogodbami, ni bilo globljih razmislekov o mejah volje držav pri kreiranju mednarodnega prava. Kasneje, v obdobju dveh ideoloških in vrednostnih svetov, zlasti v drugi polovici 20. stoletja, pa je bilo še manj možnosti za soglasje o obstoju načel in norm mednarodnega prava, katerih spreminjanje, derogiranje, bi bilo izvzeto iz volje držav. A vseskozi je bil prisoten tudi dvom, ali je mednarodno pravo res v celoti odvisno od konkretno izražene in neomejene volje držav, ali pa je ta vendarle omejena. Sam menim, da meje volji držav pri kreiranju mednarodnega prava, zlasti pri sklepanju pogodb, so. Konkretno pozitivno mednarodno pravo mora *ultima ratio* ustrezati, seveda ne "božji volji", ali kaki "naravni pravičnosti", pač pa doseženi stopnji družbenega razvoja in temeljnim civilizacijskim vrednotam dosežene stopnje razvoja človeške družbe.

Vprašanje omejene ali neomejene volje držav pri sklepanju pogodb pa se je konkretno zastavilo v Komisiji za mednarodno pravo (*International Law Commission*) v 60. letih prejšnjega stoletja. Komisija, katere pristojnost je kodifikacija in razvoj mednarodnega prava, je bila takrat soočena s tem vprašanjem ob njenih prizadevanjih za kodifikacijo mednarodnega pogodbenega prava. Zaključek razprav v Komisiji in na konferenci držav je najti v 53. členu Dunajske konvencije o mednarodnem pogodbenem pravu (DKMPP), ki v mednarodno pravo uvaja pravni koncept "jus cogens" (Mik, 2013; Danilenko, 1991; Orakhelashvili, 2006; Hannikainen, 1988; Aleksidze, 1983; Rozakis, 1976; Kolb, 2009: 837; Hameed, 2014).

V razpravi ob 70-letnici OZN in njene UL si v tem kontekstu velja zastaviti vprašanje svobode volje držav pri njenem morebitnem spreminjanju, zlasti njenih temeljnih načel v 1. in 2. členu UL. Ne glede na njene kvazi ustavne značilnosti je UL večstranska mednarodna pogodba. Sklenile so jo države in jo torej formalno lahko tudi spremenijo, po sicer zapletenem postopku, ki ga UL sama določa. Tudi to, da so zlasti načela UL danes že običajno mednarodno pravo (1. in 2. člen UL), še ne pomeni, da je države članice OZN z

ustrezno večino (dve tretjini držav članic, med katerimi pa morajo biti tudi glasovi petih stalnih članic Varnostnega sveta), ne bi mogle formalno spremeniti in npr. odpraviti, omejiti, ali celo sprejeti amandma, ki bi uporabo oborožene sile dopuščal. Hipotetično je mogoče, da bi tak amandma k 4. točki 2. člena UL (npr. v zvezi z bojem zoper mednarodni terorizem) derogiral prepoved uporabe oborožene sile in grožnje s silo, kot je vsebovana v 4. točki 2. člena UL. Ob današnji obči družbeni zavesti o nesprejemljivosti in protipravnosti vojne, ob upoštevanju geneze nastanka te prepovedi (Trinidad, 2007) v UL prek Društva narodov, sporazuma Briand-Kellogg, številnih deklaracij in resolucij sprejetih v sami OZN, drugih mednarodnih instrumentov, judikature Meddržavnega sodišča in drugih mednarodnih sodišč in tribunalov, nacionalnih sodišč ter prakse držav, ki se opirajo na omenjeni člen UL, ter tako rekoč enodušnega mnenja doktrine, bi bilo absurdno – čeprav je to formalno mogoče – da bi se ta določba UL odpravila ali spremenila tako, da bi se prepoved uporabe oborožene sile v njej izvotlila. Če pa je to načelo UL (njena 4. tč. 2. člena) jus cogens – isto pa bi logično veljalo za ostala načela UL – države z novim sporazumom ne smejo derogirati ali izvotliti to temeljno načelo – prepoved uporabe oborožene sile in grožnje z oboroženo silo. Pogodbe zoper jus cogens so, kot določa 53. člen DKMPP nične. Torej so načela UL “nespremenljiva” v smislu 53. člena DKMPP, če so jus cogens.

## Jus cogens v mednarodnem pravu

K problemu temeljnih načel UL in njihove narave jus cogens se bomo še vrnili, saj je to središčno vprašanje pričujoče razprave. Pred tem je treba odgovoriti na nekaj vprašanj v zvezi z jus cogens v mednarodnem pravu, in tudi konkretno zlasti o 53. in 64. členu DKMPP iz leta 1969,<sup>2</sup> ki sta bila kasneje povzeta tudi v Dunajski konvenciji o pravu pogodb med državami in mednarodnimi organizacijami ali med mednarodnimi organizacijami iz leta 1986.<sup>3</sup> Najprej velja omeniti, da je iz analize *travaux preparatoires* za 53. člen DKMPP in razprav na Dunajski konferenci (Schmalenbach, 2012), ki je sprejela tekst konvencije, ki so ga države nato ratificirale, in ki je danes *grosso modo* že prerasel v mednarodno običajno pravo, razvidno, da je ob sicer sprva dokaj pestrih stališčih članov Komisije za mednarodno pravo in nato predstavnikov držav na konferenci, očitno temeljni razlog za vključitev tega člena (o jus cogens) v konvencijo bilo prevladujoče prepričanje, da volja držav pri sklepanju pogodb načeloma ne more biti svobodna in

<sup>2</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties, 1155 UNTS 331.

<sup>3</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations (še ni stopila v veljavo).

neomejena, kot to sicer v mednarodnem pravu praviloma velja; omejena je z nekimi temeljnimi normami in načeli, z "jus cogens". Kaj svobodo volje držav pri sklepanju pogodb (*jus contrahendi*) omejuje, z drugo besedo, od kod izvira ta izjemnost jus cogens, ki omejuje suvereno voljo držav pri sklepanju ali spreminjanju mednarodnih pogodb, in kaj sploh jus cogens je, je vsekakor vprašanje, ki ga velja na kratko omeniti, preden skušamo odgovoriti na vprašanje, ali med norme in načela jus cogens sodijo tudi temeljna načela UL OZN.

Ali v mednarodnem pravu obstajajo norme in načela, ki so izven dispozitivne volje držav, je staro vprašanje, prisotno v mednarodni pravni doktrini skozi stoletja. Z drugimi besedami, vprašanje, ali je mednarodno pravo samo izraz volje držav, izražen v formalnih virih tega prava, nesporno opredeljenih v 38. členu Statuta Meddržavnega sodišča, ali pa je volja držav, zlasti pri sklepanju pogodb, pa tudi pri kreiranju mednarodnega običajnega prava z dejanskim ravnanjem, vendarle omejena, je bistvo problematike jus cogens. V doktrini so predstavniki izrazitega pozitivizma obstoj jus cogens zanikali, zlasti predstavniki naravnopravnih šol o mednarodnem pravu pa so njegov obstoj utemeljevali od idej "božjega prava" do raznih utemeljitev, ko so iskali odgovor na vprašanje, kaj je tisto, kar kot neko višje pravo, jus cogens, voljo držav omejuje.

53. člen DKMPP *sine dubio* uvaja jus cogens kot posebno pravno kategorijo v mednarodno pravo. Ne v diktiji tega člena ne v *travaux préparatoires*, in tudi ne v kasnejši judikaturi, doktrini in praksi držav pa ni jasnih in enovitih odgovorov na vrsto vprašanj v zvezi z jus cogens, čeprav se zdi jasno, da jus cogens ni razumljen kot poseben, nov vir mednarodnega prava (Hossain, 2005: 79; Mik, 2013: 53). Jus cogens je najti v mednarodnih pogodbah, v mednarodnem običajnem pravu, v splošnih pravnih načelih. Jus cogens je v teh formalnih virih mednarodnega prava, ki jih kot vire mednarodnega prava priznavajo vse države, moč zaznati, identificirati. Hkrati pa je jasno, da norme in načela jus cogens niso isto, kot so mednarodne pogodbe ali mednarodno običajno pravo. Te so izraz volje držav, izražene neposredno (pogodbe) ali posredno, tj. z dejanskim ravnanjem, ki ga spremlja *opinio juris* (mednarodno običajno pravo). Če bi jus cogens bil "le" mednarodna pogodba ali mednarodno običajno pravo, oba sta namreč neposredni izraz volje držav, bi bilo nesprejemljivo, absurdno (*contradictio in adjecto*) trditi, da države jus cogens, ki so ga s svojo svobodno voljo, s sklenitvijo mednarodne pogodbe vzpostavile, ne morejo tudi spremeniti z novo, drugačno mednarodno pogodbo ali z dejanskim ravnanjem, ki bi vodilo v nastanek novega običajnega mednarodnopravnega pravila. Torej je logična trditev, da jus cogens sicer moremo identificirati le s pomočjo formalnih virov mednarodnega prava, saj načela jus cogens ne lebdijo v zraku, prisotna so v formalnih virih mednarodnega prava. Vendar so jus cogens norme in načela s

posebno pravno naravo, posebno "kvaliteto", ki ni le odraz volje držav. Ta posebna "kvaliteta" jus cogens, ki mu jo države sicer priznajo v pogodbah in z dejanskim ravnanjem (običajno pravo) je odraz tega, da jus cogens izraža in varuje temeljne vrednote človeške družbe na doseženi ravni civilizacijskega razvoja. Ko se kot take, kot jus cogens, sprejmejo in uveljavijo, izstopijo te norme in načela iz dosega volje držav in njihove prakse. Niso več le pogodbe ali mednarodno običajno pravo ali občja pravna načela v smislu 38. člena Statuta Meddržavnega sodišča. So jus cogens, ki so mu države priznale posebno naravo in pomen – da ga z lastno voljo ne morejo spreminjati tako kot lahko spreminjajo ostalo mednarodno pravo – zato, ker izraža in varuje temeljne vrednote obstoječe mednarodne skupnosti (Mik, 2013: 92).

53. člen DKMPP govori o normah, ki so "odraz soglasja mednarodne skupnosti držav". Omeniti velja, da pa je že ob pripravi Konvencije o pogodbah držav z mednarodnimi organizacijami in med temi, in kasneje, bilo govora, da pri jus cogens ne gre le za "mednarodno skupnost držav", saj sodobna mednarodna skupnost niso le države. Da torej za jus cogens ni dovolj le konsenz držav, kakršen koli bi že bil, večina, kvalificirana večina, soglasje vseh – temveč konsenz "mednarodne skupnosti", ki je širši, saj subjekti sodobne mednarodne skupnosti niso le države, pač pa tudi mednarodne organizacije in drugi, tudi posameznik. Tudi če sprejmemo t.i. konsenzualistični pristop o jus cogens, je to lahko le izjemno širok konsenz, ki ne more biti odsev le volje držav, njih večje ali manjše "večine", temveč širši konsenz, vključujoč tudi druge subjekte mednarodne skupnosti. Poleg tega, da se "konsenz" izraža v pogodbah in običajnem mednarodnem pravu, mora imeti svoj izraz tudi v splošnih pravnih načelih, v mednarodni in v nacionalni judikaturi in v prevladujoči doktrini (Saul, 2015). O tem, da je neka norma ali načelo jus cogens, mora biti splošen, širok konsenz. V tem širokem konsenzu, ki je *ultima ratio* izraz konsenza o temeljnih, nespornih vrednotah družbe in mednarodne skupnosti na določeni stopnji civilizacijskega razvoja, zato ne more biti mesta npr. ne za "pridrške" (rezerve), ne za kake "regionalne jus cogens" in ne za "stalnega nasprotovalca" (*persistent objector*), kar je sicer možno pri mednarodnih pogodbah oziroma v mednarodnem običajnem pravu. Z drugimi besedami: načela jus cogens res ni moč iskati, identificirati izven formalnih virov mednarodnega prava, pač pa je pri njem, glede na njegovo specifično naravo, konsenz v smislu 53. člena DKMPP treba razumeti in uveljavljati čim širše, saj gre za norme in načela mednarodnega prava, ki, ko so sprejete kot jus cogens, niso več v dispoziciji vsakokratne volje držav. Jus cogens je, zaradi nezmožnosti držav, da ga po svoji vsakokratni volji enostavno derogirajo, kar jasno izhaja iz DKMPP in kar je bistvo "kvalitete" jus cogens, odmaknjen, izvzet od konkretne, vsakokratne volje držav. Konsenz, ki stoji za normami in načeli jus cogens, naj bi bil zato čim širši in čim trajnejši.



Če torej povzamemo: doktrina o naravi, učinkih, ter katere norme in načela mednarodnega prava so jus cogens, je obširna. Zlasti glede tiste doktrine, ki zagovarja konsenzualistični pristop k jus cogens in ki je bila očitno prevladujoča tudi pri oblikovanju 53. člena DKMPP ter tudi pri kasnejših uveljavitvah jus cogens v mednarodne instrumente pa velja poudariti, da če ostanemo samo pri "konsenzu držav", kakorkoli že smo konsenz opredelili in ga skušali dodatno kvalificirati, in ga tudi čim bolj odmakniti od zgolj vsakokratne volje držav, vsakokratni jus cogens, njegovo uresničevanje v praksi, še vedno ostane v domeni volje držav. Ali te, z njihovim širokim konsenzom, ki celo ne bi vključeval le konsenza držav, vendarle morejo obstoječi jus cogens derogirati? Če je odgovor pritrdilen, *ultima ratio* jus cogens v bistvu vendarle ostane le bodisi del mednarodnega pogodbenega bodisi del običajnega mednarodnega prava, ki ga države lahko, če zagotovijo ustrezen, zadosten konsenz, lahko derogirajo ali spremenijo.

Ker pa jus cogens odraža in varuje temeljne vrednote na določeni stopnji družbenega, civilizacijskega razvoja, je treba k opredeljevanju jus cogens in njegove narave, njegove posebne "kvalitete", vključiti tudi vrednostni element, tj. oceno vrednote ali vrednot, ki jih norma ali načelo jus cogens izraža oziroma vsebuje in varuje. Bistveno za naravo jus cogens je torej tudi to, katero vrednoto vsebuje in varuje, torej vrednostni vidik načel in norm jus cogens (Hameed, 2014: 98). Jus cogens ne morejo biti, tudi če bi bil tak konsenz držav, pravila obnašanja držav o vrednostno manj pomembnih zadevah, vse tisto kar ureja množica mednarodnih pogodb in pravil mednarodnega običajnega prava. Norme in načela, kot so prepoved uporabe oborožene sile v odnosih med državami, prepoved rasne diskriminacije, prepoved genocida, prepoved mučenja, ipd. uživajo status jus cogens, ne le zaradi širine konsenza, ki stoji za njimi, pač pa tudi zato, ker izražajo in varujejo tiste vrednote, ki so imanentne današnji stopnji družbenega razvoja in razvoja mednarodne skupnosti. Brez teh vrednot bi mednarodna skupnost, lahko pa rečemo tudi človeštvo in naša civilizacija, ne bila to, kar je.

Jus cogens so torej tiste norme in načela mednarodnega prava, zoper katere države v smislu 53. člena DKMPP - ki kot mednarodna pogodba *strictu sensu* sicer velja le za njene pogodbenice - ne morejo sklepati pogodb in s tem derogirati obstoječi jus cogens, zaradi temeljnih vrednot, ki jih jus cogens vsebuje in varuje. Prav zato je pomemben in pričakovani širok konsenz, na katerega se jus cogens, njegove norme in načela opirajo.

Pri ugotavljanju, ali je neka norma ali načelo mednarodnega prava - lahko je ta norma ali načelo konkretno opredeljeno v mednarodni pogodbi, v mednarodnem običajnem pravu ali v splošnih pravnih načelih - jus cogens, je v ospredju presoja o tem, kako temeljna in skladna z duhom časa, z doseženo stopnjo družbenega razvoja je vrednota, ki jo ta norma ali načelo vsebuje in varuje in ali obstaja širok konsenz o tej normi ali načelu. Velja



dodati, da če gre za varovanje res temeljnih vrednot mednarodne skupnosti, ki so odraz stopnje družbenega razvoja, bo praviloma za to normo ali načelom tudi širok in čvrst konsenz, ki bo segal tudi prek volje držav, vse do "soglasja" nedržavnih dejavnikov. Pri konkretnem načelu ali normi jus cogens bo torej praviloma šlo za "*consensus plus content*". Težko si je zamisliti normo ali načelo jus cogens mednarodnega prava, ki ne bi ustrezala obema zahtevama. Ki torej ne bi varovala temeljnih vrednot sodobne mednarodne skupnosti in ki bi ne uživala širokega konsenza mednarodne skupnosti.

### Ustanovna listina in jus cogens

Po povedanem si velja zastaviti vprašanje, ki je izpostavljeno v naslovu prispevka, namreč ali načela UL sodijo v okvir jus cogens mednarodnega prava. Gre za načela iz 2. člena UL OZN, ki so podrobneje opredeljena v soglasno sprejeti "Deklaraciji o načelih mednarodnega prava o prijateljskih odnosih in sodelovanju med državami v skladu z Ustanovno listino OZN" (1970) (t. i. Deklaracija 7 načel).<sup>4</sup> Če so ta načela UL jus cogens, je posledično vsak morebitni dogovor držav ali morebitno mednarodnopravno običajno pravilo, ki je v nasprotju s temi načeli, nično. Izhajajoč iz že povedanega, je za presojo o tem, ali so načela opredeljena v 2. členu UL in v "Deklaraciji 7 načel" jus cogens, treba odgovoriti predvsem na naslednja vprašanja: ali je za vsakim od teh načel širok konsenz mednarodne skupnosti, ki se izraža v praksi držav,<sup>5</sup> v mednarodni in nacionalni judikaturi, v doktrini, navsezadnje tudi v javnem mnenju, lahko bi rekli v družbeni zavesti naše ere; in ali ta načela varujejo vrednote, na katerih temelji sodobna mednarodna skupnost in so izraz stopnje doseženega civilizacijskega razvoja; ter ali to, da gre za "načela" UL in ne za "pravila" (*rules*) vpliva na njihov morebitni značaj jus cogens.

Dejstvo je, da vse države, tudi tistih nekaj, ki niso članice OZN in katerih suverena državnost je še bolj ali manj sporna (Kosovo, Tajvan, Palestina), priznavajo zavezujoč značaj načel UL OZN v njihovi mednarodni, pa tudi v domači praksi. Večina teh načel so nedvomno izraz razvoja mednarodne skupnosti in mednarodnega življenja. Korenine načela o prepovedi uporabe oborožene sile (Hossain, 2005: 89) tako segajo v obdobje Društva narodov, že omenjenega sporazuma Briand-Kellogg, so odraz kataklizme v prvi in drugi svetovni vojni. V našem obdobju "Združenih narodov" ni resnih dvomov ne v praksi držav, ne v mednarodni in nacionalni judikaturi, ne v praksi mednarodnih organizacij, tudi regionalnih, in ne v doktrini, da je prepoved uporabe oborožene sile, v okvirih kot je opredeljena v UL OZN, eden

<sup>4</sup> A/RES/25/2625 (24. 10. 1970).

<sup>5</sup> Ta "praksa" vključuje tudi verbalno prakso.

temeljev obstoja in sožitja in da je agresija zločin po mednarodnem pravu. Tudi v vseh primerih, ko je do uporabe oborožene sile v odnosih med državami po letu 1945 prišlo, se jih je skušalo opravičiti in pravno utemeljevati kot dopustne izjeme od tega načela, npr. samoobramba v skladu z 51. členom UL, kot uporaba določil sedmega poglavja UL. Številni mednarodni dokumenti, vključno s Helsinško listino iz leta 1975, to načelo UL OZN potrjujejo in dokazujejo, da obstaja o načelu UL o prepovedi uporabe oborožene sile v mednarodnih odnosih, kot je to načelo opredeljeno v Deklaraciji 7 načel, širok konsenz v mednarodni skupnosti, državah in drugih subjektih, ki mednarodno skupnost tvorijo.

Podobno velja za ostala načela v 2. členu UL, to je načelo mirnega reševanja mednarodnih sporov, načelo prepovedi vmešavanja v notranje zadeve držav in, v tem okviru, zlasti o prepovedi oborožene intervencije, načelo o pravici narodov do samoodločbe,<sup>6</sup> načelo o obvezi mednarodnega sodelovanja, načelo o suvereni enakosti držav ter načelo o obvezi izpolnjevanja sprejetih obveznosti v dobri veri (*pacta sunt servanda*). O obveznosti, spoštovati ta načela mednarodnega prava, ni dvomov in jih v sodobni mednarodni skupnosti ne more biti. O njih in njihovi naravi kot temeljih sodobnega mednarodno pravnega reda obstoji "širok" konsenz, tak, kakršnega smo zgoraj opredelili kot pogoj za jus cogens.

Ta temeljna načela UL OZN varujejo vrednote, ki so temelj sodobne mednarodne skupnosti in, lahko bi celo zapisali, človeške družbe in njenega obstoja. Mednarodni mir, varnost pred vojno in drugimi uporabami oborožene sile, mirno reševanje mednarodnih sporov, suverena enakost držav, nevmešavanje v notranje zadeve držav in prepoved oborožene intervencije, pravica vseh narodov, da svobodno odločajo o svoji usodi in niso pod tujo oblastjo, mednarodno sodelovanje ter spoštovanje in izvrševanje sprejetih obvez, so temeljne vrednote našega časa. Prav te temeljne vrednote varujejo načela UL. Poleg širokega konsenza mednarodne skupnosti je torej podan tudi vrednostni vidik (*content*), ki je potreben, da je neka norma ali načelo mednarodnega prava razumljena kot jus cogens. Torej kot norma ali načelo, ki ga države po lastni volji ne morejo izničiti ali spremeniti. Narobe, pogodba, ki bi npr. določala, da države smejo v mednarodnih odnosih zoper drugo državo uporabiti oboroženo silo izven okvirov načela v 4. točki 2. člena UL in, kot je to podrobneje opredeljeno v Deklaraciji 7 načel, bi bila v skladu s 53. členom DKMPP nična. Prav tako bi bila nična pogodba, ki bi določala, da ni obveza držav reševati spore s sredstvi mirnega reševanja sporov, ali da se države smejo vmešavati v notranje zadeve druge države in vanjo intervenirati z oboroženo silo, da niso vse države suverene in enako-pravne, da nima vsak narod pravice do samoodločbe, da države niso dolžne

---

<sup>6</sup> O pravici do samoodločbe kot jus cogens, glej Petrič (1984: 64).

sodelovati pri uresničevanju ciljev OZN in da jih ne zavezuje načelo spoštovanja in izvrševanja in *bona fides* sprejetih obveznosti, torej načela *pacta sunt servanda*, ki je dejansko temelj vsakršnega pravnega reda, ne le mednarodnega (Hossain, 2005: 95).

Povedano ne pomeni, da v mednarodnem pravu ni tudi drugih norm in načel, ki so jus cogens. Komisija za mednarodno pravo in tudi države udeleženke Dunajske konference se niso odločile določiti *in concreto* in predložiti vsaj indikativno listo norm in načel jus cogens. Menile so, da bodo subjekti mednarodnega življenja in zlasti mednarodna sodišča in arbitraže sami ugotavljali ali *in concreto* neka norma ali načelo je jus cogens ali ne. To je razumljivo, saj če jus cogens varuje temeljne vrednote mednarodne skupnosti, ki so odraz stopnje civilizacijskega razvoja človeške družbe ter so kot take sprejete s širokim konsenzom subjektov mednarodne skupnosti, ne le s konsenzom držav, so tudi norme in načela jus cogens dinamična pravna kategorija, ki je ne vzpostavljajo le države s svojo prakso, ali hipotetično celo s sklenitvijo pogodbe, ki bi določala, katere norme in načela mednarodnega prava so jus cogens. Zakonodajalca, ki bi določil, kaj je in kaj ni jus cogens v mednarodnem pravu, preprosto ni. Zanesljivo pa so na različnih področjih mednarodnega prava norme in načela, ki kriteriju jus cogens ustrezajo; poleg nekaterih, ki smo jih tu omenili, velja dodati še kakšno načelo, npr. načelo, da onesnaževalec plača v mednarodnem okoljskem pravu, načelo o svobodi morja (*mare liberum*) v pomorskem pravu, prepoved mučenja, prepoved genocida, prepoved diskriminacije idr..

Kolikor se je v mednarodni judikaturi *in concreto* zastavilo vprašanje ali načela UL OZN so jus cogens, je odgovor v glavnem bil pritrdilen. Že v Komisiji za mednarodno pravo se je v okviru razprave o 53. členu DKMPP omenjalo prav načelo o prepovedi uporabe oborožene sile v mednarodnih odnosih (4. točka 2. člena UL) kot primer jus cogens, čemur je zlasti v zadevi Vojaške in paravojaške dejavnosti v Nikaragvi<sup>7</sup> pritrdilo tudi Meddržavno sodišče.

Načela UL v njenem 2. členu so v Deklaraciji 7 načel opredeljena kot "temeljna načela mednarodnega prava" (*basic principles of international law*), ki so med seboj enakovredna, saj so jih države dolžne tolmačiti in uporabljati v medsebojni povezanosti, ter razvijati medsebojne odnose na temelju striktnega spoštovanja teh načel. Prav nobene indikacije ni, da bi katero od teh načel, npr. prepoved uporabe oborožene sile v 4. točki 2. člena UL, imelo naravo jus cogens, druga pa ne. Gre za enakovredna temeljna načela mednarodnega prava, ki jih Deklaracija 7 načel opredeljuje, konkretizira. So pa utemeljena v UL in iz nje izhaja njihov temeljni pomen in značaj jus cogens (Macdonald, 1985: 277). Zato je napačen ugovor, da

<sup>7</sup> *Nicaragua v. US, ICJ 14/1986. Military and Paramilitary Activities in Nicaragua.*

ker je Deklaracija 7 načel sprejeta kot resolucija (A/RES/25/2625), torej kot formalno nezavezujoča za države članice, načela UL, ki jih deklaracija le podrobneje opredeljuje, niso jus cogens. Poudariti velja, da je ta deklaracija, ki opredeljuje ta načela, ki so v veliki meri že pred njo bila običajno mednarodno pravo, bila sprejeta soglasno in na posebej svečan način, kar je dokaz širokega konsenza mednarodne skupnosti, ki stoji za temi temeljnimi načeli UL OZN.

## Sklep

V doktrini mednarodnega prava so številna mnenja, ki pritrjujejo stališču, da so načela UL OZN jus cogens. Tudi zato, ker ima UL značaj "kvazi ustave" mednarodne skupnosti, in ker njeno superiornost v pravnem smislu potrjuje tudi njen 103. člen, ki določa, da v primeru neskladja neke pogodbe z določili UL taka pogodba nima pravnih učinkov. Najti je tudi mnenja (Pogačnik, 2010: 116), da načela UL ne morejo biti jus cogens, saj da ne gre za "pravila" (*rules*) pač pa le za "načela" (*principles*). Pomembno za odgovor na to vprašanje bo vsekakor tudi stališče Komisije za mednarodno pravo, ki je v svoj delokrog leta 2014 sprejela raziskavo o jus cogens. Ta raziskava naj bi v obliki "sklepov" (*conclusions*) med drugim odgovorila tudi na to vprašanje. Vsekakor pa velja ugotoviti, da v mednarodnem pravu zaradi njegove specifične narave, pa tudi oblik, v katerih se mednarodno pravo pojavlja, striktno razločevanje med "načeli" in "pravili", kot to velja za notranje pravo, ni upravičeno (Mik, 2013: 35). Številne zavezujoče in po vsebini dovolj jasne norme mednarodnega prava imajo obliko in ime "načel" (*principles*), čeprav njihova normativna vsebina kaže, da dejansko gre za "norme", ki dovolj jasno opredeljujejo zavezujoče obnašanje držav, pravice in dolžnost subjektov tega prava. Tako npr. iz vsebine "načela" o svobodi morja (*mare liberum*) jasno izhajajo normativne obveznosti držav, njihove pravice in dolžnosti v mednarodnem pravu. Isto velja za številna druga načela, npr. načelo nediskriminacije, načelo o oceanskem dnu in nadzračnem prostoru ter nebesnih telesih, kot *res communis omnium*, načelo o prepovedi represalij z uporabo oborožene sile zoper civilno prebivalstvo, ali denimo načelo o pravici do neškodljivega prehoda. V vseh teh primerih gre po formi dejansko za "načela", po vsebini pa za norme, za pravila, ki normativno napolnjujejo vsebino teh in drugih "načel" mednarodnega prava, od katerih pa nekatere zaradi splošnega konsenza in njihove vsebine (varstvo temeljnih vrednot) imajo naravo jus cogens.

Povedano velja tudi za načela UL. Res je v UL in v Deklaraciji 7 načel govora o "načelih" (*principles*), dejansko o "temeljnih" (*basic*) načelih. Vendar, ko Deklaracija 7 načel, vsekakor z obvezujočo razlagalno avtoriteto, vsebino teh načel podrobneje opredeli, je iz analize njene vsebine jasno

razvidno, da nedvomno gre za opredelitev normativnih obveznosti, ki določajo pravice in obveznosti držav, kot izhajajo iz teh "temeljnih načel". Tudi dikcija Deklaracije 7 načel je zgovorna in državam nalaga, da izpolnjujejo svoje obveznosti iz teh "načel" – dolžne so to storiti. Torej gre za konkretne pravne obveznosti, ki izhajajo iz teh načel (Hossain, 2005: 95; Kolb, 2001: 169). Vsekakor bo zanimivo videti, kako se Komisija za mednarodno pravo utegne opredeliti do načel UL z vidika *jus cogens*. Pri tem ne gre prezreti, da Deklaracija 7 načel ugotavlja, da so "načela" UL, ki so konkretizirana v tej deklaraciji, "temeljna načela" mednarodnega prava, ki se posledično nanašajo na vse države, ki naj jih ta načela vodijo pri njihovem mednarodnem delovanju in ki naj razvijajo medsebojne odnose na temelju doslednega spoštovanja teh načel. V tem kontekstu se kaže vprašati naslednje: če ta temeljna načela UL OZN, za katerimi stoji vsesplošen konsenz mednarodne skupnosti in zavest, da gre za temeljna načela, na katerih temelji sodobni mednarodni red, ki varujejo temeljne vrednote tega reda, niso *jus cogens*, kaj naj bi potem *jus cogens* v mednarodnem pravu sploh bilo?

Temeljna pravna načela mednarodnega reda so na temelju UL OZN v veljavi že tri generacije. Zlasti skozi prakso držav, mednarodno judikaturu in tudi s prispevkom doktrine so le podrobneje opredeljena in v nekaterih pogledih tudi prilagojena spremembam v mednarodni skupnosti. Prav zaradi teh načel so bili možni zgodovinski premiki, kot je uveljavitev človekovega dostojanstva in temeljnih človekovih pravic. Možen je bil proces dekolonizacije in razpad postkolonialnih prisilnih državnih tvorb na temelju pravice narodov do samoodločbe. Uveljavili so se globoki premiki v okviru *jus in bello* in v humanitarnem pravu, vključno z uveljavljeno mednarodno jurisdikcijo za najtežja hudodelstva. Uveljavlja se skupna odgovornost in obveza sodelovanja pri soočanju z izzivi sodobnega globaliziranega sveta, od razlik v razvitosti in posledično revščine, do pretečih podnebnih sprememb in njihovih posledic. Človeštvo je bilo, vsaj do sedaj, obvarovano pred tretjo svetovno vojno. Ni dvoma, da so prav UL in njena temeljna načela bila mednarodnopravni temelj tem zgodovinskim premikom. Ne priznati v mednarodni praksi in doktrini tem temeljnim načelom UL naravo *jus cogens* bi pomenilo svojevrstno, pozitivistično zanikanje zavezujočih mednarodnopravnih temeljev sodobnega mednarodnega reda in njegovih temeljnih vrednot, pa tudi pomena, ki so ga ta temeljna načela, in navsezadnje OZN, imela v razvoju človeške družbe, še posebej pa mednarodnih odnosov od konca 2. svetovne vojne do danes.

LITERATURA

- Aleksidze, L. (1983): Nekotorye voprosi teorii mezhdunarodnogo prava: Imperativnye normi jus cogens. Tbilisi: Izid-vo Tbil.
- Crawford, James (1997): The Charter of the UN as a Constitution. V Georges Abi-Saab (ur.), *The Changing Constitution of the UN*. London: British Institute of Comparative and International Law.
- Danilenko, Gennady (1991): International Jus Cogens: Issues of Law-Making. *European Journal of International Law* 42 (1): 42-65.
- Hameed, Asif (2014): Unravelling the Mystery of Jus Cogens in International Law. *British Yearbook of International Law* 84 (1): 52-102.
- Hannikainen, Lauri (1988): *Peremptory Norms in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*. Helsinki: Finnish Lawyers' Publishing Company.
- Hossain, Kamrul (2005): The Concept of Jus Cogens and the Obligation Under the U.N. Charter. *Santa Clara Journal of International Law* 3 (1): 71-98.
- Kolb, Robert (2001): *Observation sur l'évolution du concept de jus cogens*. Pariz: Presses Universitaires de France.
- Macdonald, Ronald St. John (1985): *The Right to Life in International Law*. Leiden: Springer.
- Macdonald, Ronald St. John (1997): The Charter of the UN as a World Constitution. V Michael Schmitt (ur.), *International Law Studies*. Newport: U.S. Naval War College.
- Mik, Cezary (2013): Jus Cogens in Contemporary International Law. *Polish Yearbook of International Law* 33 (1): 27-95.
- Orakhelashvili, Alexander (2006): *Peremptory Norms in International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Petrič, Ernest (1984): *Pravica narodov do samoodločbe*. Maribor: Založba Obzorja.
- Petrič, Ernest (2010): *Zunanja politika: osnove teorije in praksa*. Ljubljana: Znanstvenoraziskovalni center Slovenske akademije znanosti in umetnosti.
- Pogačnik, Miha in Ernest Petrič (2010): *Izbrane teme mednarodnega prava*. Nova Gorica: Evropska pravna fakulteta.
- Rozakis, Christos (1976): *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*. Amsterdam: North-Holland.
- Saul, Matthew (2015): Identifying Jus Cogens Norms: The Interaction of Scholars and International Judges. *Asian Journal of International Law* 5 (1): 26-54.
- Schmalenbach, Kirsten (2012): *Commentary to Art. 53 of the Vienna on the Law of Treaties of 1969*. V: Oliver Dörr in Kirsten Schmalenbach (ur.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*. Berlin: Springer.
- Trinidad, Antônio Augusto Cançado (2007): The Primacy of International Law over Force. V Marcelo Kohen (ur.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law*. Leiden: The Hague Academy of International Law Monographs.

VIRI

Deklaracija o načelih mednarodnega prava o prijateljskih odnosih med državami v skladu z Ustanovno listino OZN – Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations (1970): Sprejeta in razglašena z resolucijo Generalne skupščine Združenih narodov št. 2625 (XXV), 24. oktobra.

Dunajska konvencija o pogodbenem pravu – Vienna Convention on the Law of Treaties, podpisana 1969 na Dunaju, v veljavi od 27. januarja 1980.

Dunajska konvencija o pravu pogodb med državami in mednarodnimi organizacijami ali med mednarodnimi organizacijami – Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, podpisana 1986, še ni stopila v veljavo.

Nicaragua v. US, ICJ 14/1986. Military and Paramilitary Activities in Nicaragua.