

*Dr Bojan Milisavljević**

NEKA OTVORENA PITANJA U VEZI IUS COGENS NORMI U MEĐUNARODNOM PRAVU**

Rad analizira koncept kogentnih normi u međunarodnom pravu iz novog ugla koji podrazumeva rad Komisije za međunarodno pravo, ali i analizu prakse univerzalnih sudova i tela kao i regionalnih organa. Autor na kritički način obrađuje pitanje liste kogentnih normi i na jedan argumentovan načini iznosi argumente protiv pojedinih normi sa te liste. Sa druge strane očigledan je nedostatak nekih normi koje se tradicionalno smatraju kogentnim normama međunarodnog prava. Iako je jasno da je lista ovih normi samo okvirna, autor smatra da je nedopustivo da su neke norme izostavljene. Naročita pažnja u radu posvećena je pravu na samoopredeljenje koje je specijalni izvestilac uvrstio kao kogentnu normu, ako ja to prema stavu autora nikako ne može da bude. Takav stav je detaljno pravno potkrepljen i objašnjen. Naročita pažnja u radu posvećena je i odnosu kogentnih normi i prava Ujedinjenih nacija, kao i problem međusobnog odnosa kogentnihnormi.

Ključne reči: *Kogentne norme. – Komisija za međunarodno pravo. – Pravo na samoopredeljenje.*

1. UVODNA RAZMATRANJA

U vezi kogentnih normi otvara se čitav niz pitanja koja su otvorena. Nema sumnje da su međunarodnom pravu neophodne kogentne norme. Ovaj pravni poredak počiva na veoma heterogenim pravnim izvorima, proces i nastanak normi su različiti i često konstitutivni u osnovi, subjekti koji kreiraju pravne norme su takođe specifični. U

* Redovni profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, *bojan@ius.bg.ac.rs* (Republika Srbija)

** Rad je nastao kao rezultat istraživanja u okviru strateškog projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu pod nazivom „Identitetski preobražaj Srbije“.

takvom jednom okruženju imperativnost je više nego dobrodošla. U kogentnim normama traži se pravna sigurnost i definitivnost pravnog dejstva u jednom poretku koji je difuzan i raznolik. Kogentne norme pojavljuju se kao neophodna pravna svest u međunarodnom pravu – *jus necessarium*.¹

Ipak može se postaviti opravdano pitanje: Jesu li kogentne norme realnost međunarodnog prava, da li su one primenjive i operative, poštuju li ih međunarodni sudovi, razna tela i same Ujedinjenje nacije, rađaju li one zaista efekat ništavosti u praksi, ili su one samo idealno zamišljena forma, stvorena zbog potrebe da se međunarodno pravo učini više pravom nego što ono zaista jeste? Da li je Međunarodni sud pravde prihvatio u praksi koncept kogentnih normi iz oportuniteta kako bi lakše rešavao sporove ili zbog istinskog verovanja u njihovo postojanje i strukturu? Da li su kogentne norme one na koju sud ukazuje ili one postoje upravo zbog rethodne volje međunarodne zajednice kao celine?² Tako Jan Braunli konstatuje da su one kao lep automobile u garaži koji retko izlazi iz nje,³ ali i kada izađe ostvaruje svoj efekat u ograničenoj meri. Tako se ukazuje da su prevelika očekivanja od ovih normi, ali da je efekat ipak ograničen u praksi i da zavisi od stepena izgradnje i napretka međunarodne zajednice.⁴ Na kraju nije ni realno da se očekuje da kogentne norme mogu da razreše svaki problem u pogledu primene međunarodnog prava, iako je upravo Međunarodni sud pravde koristio ove norme kada nije mogao da pronađe neki jednostavniji način za rešenje nekog slučaja. U svojoj praksi Međunarodni sud pravde se pozivao na kogentne norme više puta i pribegavao im je ponekad iz oportuniteta: kogentne norme nemaju tako spektakularnu ulogu u sudskom procesu, ali njihova uloga može postati važna kada je Sud prihvatio njihovu primenu u smislu rešavanja sukoba između suprotstavljenih principa.⁵

1 Cezary Mik, „*Jus cogens* in contemporary international law“, *Polish Yearbook of International Law* 33/2013, 92.

2 Theodor Meron, *The Humanization of International Law*, Leiden-Boston 2006, 397.

3 Ian Brownlie, „Comment“ in *Change and Stability in International Law-Making* (eds. A. Cassese and J. H. H. Weiler), De Gruyter Berlin 1988, 110.

4 Joe Verhoeven, „Invalidity of Treaties: Anything New in/under the Vienna Conventions?“ in *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention* (ed. E Cannizarro), Oxford University Press 2011, 306.

5 *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Ruanda)*, Judgment of 3 February 2006, (Separate Opinion of Judge Dugard), *ICJ Reports*, para. 8.

Deluje da su kogentne norme kao concept stvorene po ugledu na unutrašnje pravo, kao i da se njima teži hijerarhizaciji međunarodnog prava. Tako je Komisija za međunarodno pravo zaključila sledeće: „Pravilo međunarodnog prava može biti superiorno prema drugim pravilima zbog važnosti njegovog sadržaja kao i univerzalnog prihvatanja njegove superiornosti. Ovo je slučaj kogentnih normi međunarodnog prava.“⁶ To se može videti i na primeru sudske prakse u pogledu pozivanja na imunitet. Sud je stao na stanovište da se ni najviši predstavnici države ne mogu pozivati na imunitet ukoliko se radio kršenju kogentne pravne norme.⁷ Kasnije je i Međunarodni sud pravde ovo pitanje razjasnio tako što je objasnio da ne može doći do sukoba normi o imunitetu i kogentnih normi, jer su ove prve procesnog karaktera, za razliku od drugih koje su suštinskog i imperativnog dejstva i značaja.⁸

Iako se koreni takvih normi mogu naći i ranije nema sumnje da je Povelja Ujedinjenih nacija mesto koje konstatuje njihovo postojanje, a da je terminološki concept uspostavljen Konvencijom o ugovornom pravu. Sa normative strane conceptu kogentnih normi nedostaje preciziranje i definisanje i upravo je na tu stranu usmeren rad Komisije za međunarodno pravo proteklih nekoliko godina. Taj rad je započet još 2015. godine.⁹ Ovaj nesumnjivi trud Komisije će se tek pokazati kao važan i značajan za stvaranje pravne sigurnosti u međunarodnom poretku, ali pitanje je koliko će to doprineti njihovom boljem etabliranju u praksi i istinskoj ulozi koju treba da ostvare ove norme? U ovoj fazi razvoja međunarodnog prava ne bi se moglo reći da je primena kogentnih normi ruku pod ruku sa njihovim formalnim ustrojstvom.

6 Martti Koskenniemi, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Fragmentation and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, UN Doc. A/CN.4/L.682 of 13 April 2006, Conclusions, 32.

7 ECHR, *Jorgic v. Germany*, Judgment of 12 July 2007, para. 68.

8 Vid.: ICJ judgement in the Jurisdictional Immunities of the State of 3 February 2012, *Germany v. Italy*, *ICJ Rep.* 2012, 141–143, paras. 93, 95, 99.

9 Vid.: Report of the Commission on the work of its sixty-seventh session, *Official Records of the General Assembly*, Seventieth Session, Supplement A/70/10, para. 286.

2. NEDOSTACI U DOSADAŠNJEM RADU KOMISIJE ZA MEĐUNARODNO PRAVO

Sa formalne strane u radu Komisije za međunarodno pravo verujem da su učinjene neke greške. Iako su već dugo vremena postojali naponi da se kristalizuju kogentne norme, to je učinjeno tek nedavnim radom Komisije za međunarodno pravo. Ovaj poduhvat započeo je prilično kasno imajući u vidu dve činjenice: prvo potrebu da najviše norme međunarodnog prava budu preciznije određene, a ne samo za potrebe ništavosti u Konvenciji o ugovornom pravu¹⁰ i drugo da se regulisanjem kogentnih normi napravi ravnoteža između opšteg međunarodnog prava i čitavog niza autonomnih pravnih režima institucija koji teže da se izdvoje iz obuhvata opšteg međunarodnog prava. Ako se ima u vidu poodmakla fragmentacija međunarodnog prava onda je rad na regulisanju kogentnih normi morao početi ranije. Ipak, i ovaj rad Komisije za međunarodno pravo je vredan truda, samo je potrebno uneti neke ozbiljne izmene.

Tako je problematičan način kako je došlo do navođenja liste kogentnih normi, zato što su uz jednu opštu odredbu kasnije navedene neke od takvih normi prema stavu Komisije. Tako stoji sledeće: „Bez predrasuda o postojanju ili naknadnom nastanku drugih kogentnih normi opšteg međunarodnog prava (*jus cogens*), neiscrpan spisak normi za koje je Komisija za međunarodno pravo ranije navela da imaju taj status nalazi se u aneksu ovog nacrtu zaključaka.“¹¹ Dakle ovde se ukazuje da je spisak otvorenog tipa, ali se ipak navode neke od kogentnih normi. Problematično je kako je izvršena selekcija, kao i činjenica da je upadljiv nedostak nekih nespornih kogentnih normi.

U nacrtu odredaba navedene su neke kogentne norme koje su predstavljene kao definitivne: zabrana agresije, zabrana genocida, zlo-

10 Čl. 53. Konvencije o pravu ugovora iz 1969. godine: „Ugovori koji su suprotni imperativnoj normi opšteg međunarodnog prava („*jus cogens*“) Ništav je svaki ugovor koji je u trenutku sklapanja suprotan imperativnoj normi opšteg međunarodnog prava. U svrhu ove Konvencije, imperativna norma opšteg međunarodnog prava je norma koju je prihvatila i priznala čitava međunarodna zajednica država kao normu od koje nije dopušteno nikakvo odstupanje i koja se može izmeniti samo novom normom opšteg međunarodnog prava iste prirode“.

11 Vid.: Fourth report on peremptory norms of general international law (*jus cogens*) by Dire Tladi, Special Rapporteur International Law Commission Seventy-first session.

čin protiv čovečnosti, osnovni principi humanitarnog prava, zabrana rasne diskriminacije i aparthejda, zabrana ropstva, zabrana torture i pravo na samoopredeljenje. Jedan mali osvrt na ovako uspostavljenu listu kogentnih normi čini da se može zaključiti da su kogentne norme veoma povezane sa osnovnim ljudskim pravima. Po mom sudu takav koncept je pogrešan i on je nastao iz najmanje dva razloga: prvi, jer se u proteklih nekoliko decenija međunarodno pravo razvijalo u pravcu garantovanja velikog broja ljudskih prava (što je samo po sebi dobro), i drugi što je primena pravila povodom Konvencije o ljudskim pravima pojačana stvaranjem međunarodnih sudova i ugovornih tela (što je takođe samo po sebi napredak). Pored toga u listu su uključene i norme koje su povezane sa međunarodnim humanitarnim i međunarodnim krivičnim pravom, čiji trend razvoja i primene ide ruku pod ruku sa opštom humanizacijom međunarodnog javnog prava. Ono što se ne čini kao dobro jeste što su članovi Komisije za međunarodno pravo vođeni ovakvim talasom u listu kogentnih normi uključili gotovo sve norme povezane sa ovim oblastima, ali istovremeno propustili neke klasične imperativne norme opšteg međunarodnog prava na kojima počiva i sama Organizacija Ujedinjenih nacija. Tako u listu nisu ušle odredbe iz člana 2 tačka 4 o zabrani pretnje i upotrebe sile što je nesumnjivo jedna od osnovnih normi na kojoj počiva moderno međunarodno pravo, a ušla je norma o zabrani agresije kojoj jeste mesto tamo, ali je ona svakako obuhvaćena navedenim načelom Povelje. Takođe, po mom sudu neopravdano, nije ušla ni norma o obavezi mirnog rešavanja sporova, a čitav razvoj modernog međunarodnog prava usmeren je na obavezu država da mirno rešavaju svoje sporove. Deluje da jedno ovakvo načelo zajedno sa predhodnim čini logičku celinu kao i da su uzajamno povezani. Pored navedenog čini se da su i druga načela koja su vekovima zasnovana na običajnoj pravnoj prirodi prisutna u međunarodnom pravu neopravdano zaobidena kao što je obaveza izvršavanja međunarodnih ugovora i zabrana intervencije. Možda bi se obavezi izvršavanja ugovora moglo prigovoriti da je kogentna norma zato što postoje osnovi za prestanak ugovora kao i osnovi ništavosti što bi odudaralo od apsolutne obaveznosti, ali smatram da ni kogentne norme ne moraju da imaju nužno bezobalno prihvaćeno dejstvo, već da su i one nužno logički uklopljene u sistem međunarodnog prava i uzajamno zavisne. Posebno pitanje koje se može otvoriti jeste pitanje potencijalnog sukoba kogentnih normi. Na ovo pitanje još uvek nema konačnog

odgovora. Prilikom rada na pitanju fragmentacije međunarodnog prava za te potrebe je radna grupa napravila okvirnu listu kogentnih normi i tada navela: sledeće kogentne norme: „1. zabrana agresivne upotrebe sile, 2. pravo na samoodbranu, 3. zabrana genocida, 4. zabrana torture, 5. zločini protiv čovečnosti, 6. zabrana ropstva i trgovine robljem, 7. zabrana piraterije, 8. zabrana rasne diskriminacije i aparthejda, 9. zabrana nasilnih mera prema civilnom stanovništvu kao načelo međunarodnog humanitarnog prava.“¹² Meni se čini da je ova lista puno bolje odmerena i izbalansirana, kao i da je pored kogentnih normi koje se bave zaštitom ljudskih prava opravdano uključila i kogentne norme koje su javnopravnog karaktera i odnose se na prava i dužnosti država.

Naročito je problematično što je u listu kogentnih normi uključeno pravo na samoopredeljenje obzirom da se povodom ovog prava u teoriji i praksi vodi polemika oko nekih od ključnih elemenata. Pre svega ne zna se pouzdano ko je titular prava na samoopredeljenje, zatim koja je procedura. Nema spora da je opravdano prihvatiti unutrašnje samoopredeljenje, ali povodom spoljašnjeg samoopredeljenja postoje ozbiljne poteškoće. Kako ga uklopiti u sistem očuvanja teritorijalne celovitosti država ako znamo da je to koncept na kome počivaju Ujedinjene nacije? U praksi je bilo puno lutanja povodom prava na samoopredeljenje jer se ono shvata više kao političko pitanje nego kao pravno pitanje. Povodom ovog prava neophodno ga je razvojiti na dva dela. Jedan deo ticao bi se procesa dekolonizacije u kome je pravo na samoopredeljenje i dobilo svoju fizionomiju, a za šta postoje opravdani i logički razlozi. Teritorije koje su bile pod praktičnom okupacijom konačno su uspele da ostvare svoje državne apetite. Ne treba zaboraviti da se pravo na samoopredeljenje u svome nastanku i vezuje za proces dekolonizacije i američku Deklaraciju o nezavisnosti iz 1776. godine. Kasnije u američki predsednik Vudro Vilson promovirao samoopredeljenje kao jedan od ključnih principa na rešavanju teritorijalnih aspiracija nakon okončanja Prvog svetskog rata i raspada tri carstva. To je bila logična ideja i imala je svoju ograničenu svrhu i imalo je snagu političkog principa, a ne pravnog pravila. Kasnije u sistemu Ujedinjenih nacija samoopredeljenje se pominje u ciljevima Povelje iz razumljivih razloga i potrebe procesa dekolonizacije. Tek po prvi put se pominje pravo na samoodbranu kao pravno pravilo u Deklaraciji o davanju nezavisnosti kolonijalnim zemljama i narodima iz 1960. godine.¹³ U njoj

12 M. Koskenniemi, *op. cit.*, 190, para. 377.

13 Rezolucija Generalne skupštine No. 1514.

se navodi da svi narodi imaju pravo na samoopredeljenje, ali se ne sme izgubiti iz vida sa se radi o kolonijalnim zemljama i narodima što stoji u nazivu ovog akta, dakle ne radi se o opštem pravilu koje ima dejstvo *erga omnes*.

Sa druge strane, pravo na samoopredeljenje u suverenim državama mora biti posmatrano veoma usko jer se sudara sa imperativnim normama o zaštiti teritorijalne celovitosti država. U ovome je i najveći problem Komisije za međunarodno pravo jer činjenicom da su pravo na samoopredeljenje uvrstili uopšte u listu kogentnih normi daju za pravo raznim entitetima unutar država da se pozivaju na kogentni karakter prava na samoopredeljenje i da tako destabilizuju sopstvene države. Na ovu potencijalnu opasnost opravdano ukazuje i Alan Pele kada kritikuje stav Badinterove komisije što je praktično pravo na samoopredeljenje poverila a i manjinama.¹⁴ Na ovaj način uspostavlja se opasan presedan koji može da destabilizuje čitav međunarodni poredak. Tako je još Vrhovni sud Kanade zaključio sledeće: „Iz priznatih izvora međunarodnog prava sledi da se pravo naroda na samoopredeljenje normalno ostvaruje kroz unutrašnje samoopredeljenje – nastojanja jednog naroda da ostvari politički, ekonomski, socijalni i kulturni razvoj u okviru postojeće države. Pravo na spoljašnje samoopredeljenje...postoji samo u najekstremnijim slučajevima, a i tada u strogo definisanim okolnostima.“¹⁵ Dakle, nema prava na samoopredeljenje kao apsolutnog pravila međunarodnog prava, ako se radi o unutrašnjem samoopredeljenju ono spada u unutrašnja pitanja svake države i isto je na raspolaganju svakom narodu ili manjini u okviru njih i u dogovoru sa matičnom državom. Strogo formalno gledajući, to i nije opšte pravilo međunarodnog prava u tom slučaju iako ga garantuju neki međunarodni instrumenti o zaštiti ljudskih prava.¹⁶ Pored ovoga postoje i terminološki problemi oko korisnika prava, a određeno je da to bude narod. U međunarodnoj literaturi ne postoji saglasnost o tome kako

14 Allan Pellet, „Comments in response to Christine Chinkin and in defense of jus cogens as the best bastion against the excesses of fragmentation“, *Finnish Yearbook of International Law* 17/2006, 86.

15 Savetodavno mišljenje o pitanju Kvebeka, stav 126, <http://scc.lexum.org/en/1998/1998scr2-217/1998scr2-217.html>, 14. septembar 2020.

16 Navodi se u identičnom članu 1 Pakta o građanskim i političkim pravima i Paktu o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20999/volume-999-I-14668-English.pdf>, 16. septembar 2020.

definisati narod i koja je razlika između naroda i manjine. Dakle, ukoliko imamo nejasnog korisnika nekog prava, to je problematično i za sam statut toga pojma kao pravo, a kamoli da to pravo može biti kvalifikovano kao imperativno, to jest norma od najvišeg stepena važnosti i obaveznosti? Ako se pažljivo tumače odredbe ovog člana može se videti da je primarni akcenat stavljen na unutrašnje samoopredeljenje, kao i na samoopredeljenje kolonijalnih područja: „Svi narodi imaju pravo na samoopredeljenje. Na osnovu ovog prava oni slobodno određuju svoj politički položaj i slobodno postižu svoj privredni, društveni i kulturni razvoj.“ Ovdje se može videti da se nigde ne pominje spoljašnje samoopredeljenje, već da se radi o pravu na izvesnu autonomiju unutar države. Radi ostvarenja svojih ciljeva, svi narodi mogu slobodno raspolagati svojim prirodnim bogatstvima i izvorima bez ugrožavanja obaveza koje proizlaze iz međunarodne privredne saradnje, zasnovane na načelu uzajamne koristi i međunarodnom pravu. Ni u kom slučaju narod ne može biti lišen sopstvenih sredstava opstanka. Drugi stav tiče se suverenosti nad prirodnim resursima, što je bilo naročito važno u procesu dekolonizacije. Države ugovornice ovog Pakta, uključujući tu i one koje su odgovorne za upravljanje nesamoupravnim teritorijama i teritorijama pod starateljstvom, dužne su da olakšaju ostvarenje prava naroda na samoopredeljenje i da poštuju ovo pravo shodno odredbama Povelje Ujedinjenih nacija.¹⁷ Samo u izuzetnim slučajevima pravo na samoopredeljenje može da postane međunarodno relevantno u prvom redu u procesu dekolonizacije, kao pravo domorodačkih naroda ili dogovorno uključujući saglasnost svih aktera.

Deklaracija o prijateljskim odnosima država iz 1970. godine prihvata mogućnost spoljašnjeg samoopredeljenja, ali su te njene odredbe daleko od opšteprihvaćenih i nemaju snagu nekih drugih normi koje su u njoj. Čak i autori koji prihvataju mogućnost spoljašnjeg samoopredeljenja čine to veoma oprezno i uz puno ograda i uslova. Drugim rečima, pravo na otcepljenje mogu imati samo narodi koji trpe diskriminaciju, odricanje prava na predstavničku vladu i samo ukoliko je

17 Usvojen i otvoren za potpisivanje i ratifikovanje ili pristupanje rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 2200A (XXI) od 16. decembra 1966 godine. Stupio je na snagu 23. marta 1976. godine u skladu sa članom 49. *Službeni list SFRJ*, br. 7/1971. Usvojen i otvoren za potpisivanje i ratifikovanje ili pristupanje rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 2200A (XXI) od 16. decembra 1966. godine. Stupio je na snagu 3. januara 1976. u skladu sa članom 27, *Službeni list SFRJ*, br. 7/1971.

diskriminaciono ponašanje toliko prodorno, razgranato i sistematsko da konkretno ugrožava opstanak takvih naroda i gde ne postoji jaka verovatnoća da će se diskriminacija okončati.¹⁸ Postavlja se opravdano pitanje: može li se priznati i prihvatiti da pravo na samoopredeljenje predstavlja kogentnu normu prvog reda, s obzirom da je stavljena na listu od takvih nespornih normi od strane Komisije za međunarodno pravo, i ako postoje brojen navedene „ograde“ i to od strane manjeg broja autora koji takvu mogućnost uopšte prihvataju? Da li se uopšte misli na druge imperativne norme koje to nesumnjivo jesu, a koje nisu pomenute na listi same Komisije? Ugledni autor Bruno Sima takvu mogućnost uslovljava sistemskim zločinima na sledeći način: ukoliko je diskriminisana manjina izložena akcijama suverene države koje se sastoje u očiglednom i brutalnom kršenju osnovnih ljudskih prava na primer kroz ubijanje ili neograničeno zatvaranje bez pravne zaštite, uništenje porodičnih veza, eksproprijacija bez uzimanja u obzir sredstava neophodnih za život, kroz specijalne zabrane usmerene protiv određene religijske zajednice ili upotrebe sopstvenog jezika i konačno kroz sprovođenje ovih zabrana brutalnim metodama i merama.¹⁹

Ako se ima u vidu da je Komisija za međunarodno pravo prilikom rada na kogentnim normama usvojila test njihovog detektovanja pa je zaključila da su to norme običajnog porekla, koje imaju utemeljenje u međunarodnim instrumentima i aktima, kao i u sudskoj praksi, i da su potvrđene na međunarodnom i unutrašnjem planu, čini se da barem povodom prava na samoopredeljenje već krše sopstveni test. Ovde nikako ne želim da zaključim kako je test loš već da pravo na samoopredeljenje ne prolazi takav test i da zbog toga ne može biti na listi kogentnih normi. Prema opravdanim pravilima testiranja normi one moraju biti apsolutno prihvaćene i primenjivane. Da li se navedeno može reći za pravo na samoopredeljenje? Da li ga lako mogu ostvariti u Baskiji ili Palestini, ako je već to opšteprihvaćeno pravilo od strane svih država na apsolutan način? I u vezi sa navedenim, možemo se pitati u čemu je onda problem u slučaju Kijeva, Istočnog Timora itd.?

18 Susanna Mancini, „Rethinking the Boundaries of Democratic Secession: Liberalism, Nationalism and the Right of Minorities to Self-Determination“, *International Journal of Constitutional Law* 3–4/2008, 5.

19 *The Charter of the United Nations – A Commentary* (eds. Bruno Simma, in collaboration with Hermann Mosler, Albrecht Randelzhofer, Christian Tomuschat, and Rudiger Wolfrum), Oxford 2002, 58.

Naročito deluje neopravdano da istovremeno sa liste izostanu neka od navedenih verovatno kogentnih pravila. Takođe upadljivo nedostaje pravo na samoodbranu države, koje je vekovima prihvaćeno kao prirodno pravo država, koje im nikako ne može biti uskraćeno i koje je kroz primenu u praksi već prilično definisano i određeno. Ne treba zaboraviti da je ovo prirodno pravo država opravdano ušlo u izveštaj Radne grupe o fragmentaciji međunarodnog prava koju je formirala Komisija za međunarodno pravo, a da nešto kasnije prilikom rada na kogentnim normama izostaje pravo na samoodbranu kao kogentna norma. U najmanju ruku deluje neobično da jedno ovako važno pravo nestane sa liste kogentnih normi. U svom izveštaju iz 2019. godine specijalni izvestilac navodi da deluje opravdanim isključivanje Da li je baš tako? Kako se može podrazumevati postojanje kogentne norme? Naprotiv, čitav poduhvat Komisije za međunarodno pravo bi trebalo da bude usmeren na njihovo definisanje i preciziranje, a nikako na podrazumevanje. Ako se konstatuje da postoji zabrana agresije iz toga nikako ne proizlazi da postoji pravo na samoodbranu kao kogentna norma. I što je još čudnije specijalni izvestilac ne negira njeno postojanje, već smatra da pravo na samoodbranu jeste kogentna norma, ali da je ona ovuhvaćena zabranom agresije. Inače zabrana agresije je uvedena kako bi zamenila pravilo o zabrani upotrebe sile i to onako kako je predviđeno članom 2 tačka 4 Povelje. Sve ovo deluje jako nespretno i pravno loše skrojeno. Ustrojstvo kogentnih normi ne treba da se zasniva na predpostavkama i podrazumevanjima, nego jasnom pravnom definisanju.

Kao jedan od kriterijuma kojim bi se trebalo voditi jeste ne samo teorijska i normativna zasnovanost nekog pravila koje pretenduje da bude kogentna norma, nego i istinska primena u praksi. Tako je veoma korisno empirijsko istraživanje predstavljeno u jednom radu autora Cezarea Mika na osnovu koga se može jasno videti koja tela upotrebljavaju u svom radu ili praksi termin za pojedine norme kao kogentna pravila.²⁰ Tako je najviše puta potvrđeno da su zabrana upotrebe sile, zabrana genocida, zabrana torture, opšti principi međunarodnog humanitarnog prava nesporne norme kogentnog tipa i to od strane Međunarodnog suda pravde, kao i Komisije za međunarodno pravo. Deluje da nema mnogo dileme da su u tom krugu još i zabrana diskriminacije i aparthejd, kao i zabrana ropstva i trgovine ljudima. Kao

20 C. Mik, *op. cit.*, 56.

jedna od potvrda da pravo na samoopredeljenje nije kogentna norma jeste odluka arbitraže u sporu oko razgraničenja između Gvineje Bisao i Senegala gde je takav karakter jasno odbačen.²¹ Teško se može tvrditi da je neka norma apsolutno prihvaćena ukoliko je jedna međunarodna arbitraža u postupku primene prava tako jasno negira. Pored toga ne postoji ni potpuna saglasnost doktrine oko tog ako jesu norme kogentne prirode, pa se tako one kreću od maksimalističkih²² gde se navodi veliki broj normi (pa čak ni tada nije uključeno pravo na samoopredeljenje), ili minimalističkih²³ koje navode manji broj nespornih kogentnih normi (takođe ne navode pomenuto pravo na samoopredeljenje). Dakle pored neslaganja u pogledu primene pravnih pravila, postoje neslaganja i u doktrini. Naravno ovde je potrebno dodati i jasne otpore država tokom rasprave pred Šestim pravnim komitetom Ujedinjenih nacija oko liste, naročito u vezi prava na samoopredeljenje. Ako je to sve tako, a pokazano je da jeste, kako onda na listu nespornih kogentnih normi može biti uneto pravo na samoopredeljenje? Specijalni izveštilac i dalje insistira na zadržavanju prava na samoopredeljenje i pored protivljenja država²⁴ što je potpuno neprihvatljiv stav imajući u vidu prvo da su države i dalje osnovni subjekti koji učestvuju u kreiranju pravnih pravila, a drugo ukoliko se zahteva apsolutna prihvaćenost onda taj uslov nije ispunjen u ovom slučaju. Svi slučajevi koji se u četvrtom izveštaju specijalnog izveštioaca navode kao argumenti u prilog prava na samoopredeljenje kao kogentnoj normi povezani su za proces dekolonizacije, a kada citira zaključke Međunarodnog suda pravde to čini ne navodeći tu bitnu činjenicu, već izvlači iz konteksta sledeće: pravo na samoopredeljenje je jedan od suštinskih principa međunarodnog prava.²⁵

U radu Komisije za međunarodno pravo povodom kogentnih normi navedene su i neke druge norme koje još uvek nemaju taj status

21 Maritime delimitation between Guinea-Bissau and Senegal, 1989, paras. 40–45, RIAA, Vol. XX, 135–136 preuzeto iz C. Mik, „*Jus cogens* in contemporary international law“, *Polish Yearbook of International Law* 33/2013, 57.

22 M. M. Whiteman, „*Jus Cogens* in International Law, with a Projected List“, *Georgia Journal of International and Comparative Law* 7(2) /1977, 625–626.

23 E. Suy in his commentary to Art. 53, in *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités – Commentaire article par article* (eds. O. Corten, P. Klein), Bruxelles 2006, 1912.

24 Vid. npr. ozbiljne rezerve Izraela (A/C.6/73/SR.27).

25 East Timor (Portugal v. Australia), *I.C.J. Reports* 1995, 90–102, para. 29.

pa se navodi sledeće: „Pored ovde predloženog spiska, druge norme koje su navedene kao norme *jus cogens* i čiji status *jus cogens* uživa određenu podršku, uključuju zabranu prinudnog nestanka, pravo na život, princip zabrane proterivanja, zabranu trgovine ljudima, prava na sudski postupak (pravo na pravično suđenje), zabrana diskriminacije, ekoloških prava i zabrane terorizma.“²⁶ U nastavku se navode argumenti zašto bi ove norme po nekima trebalo da budu kogentne norme, ali se ne vidi uopšte zbog čega je Komisija detaljno obrazlagala zašto nešto nije kogentna norma, a tako olako prešla preko očiglednih kogentnih normi kao što je recimo pravo na samoodbranu. Pored ovoga postoje i autori koji zastupaju stanovište da je trebalo celokupna ljudska prava smatrati kogentnim normama, što predstavlja jedno paušalno i neodrživo shvatanje. Čak se to ne može reći ni za pravo na život iako je ono nesumnjivo osnovno ljudsko pravo jer postoje mnogoljudne države u međunarodnoj zajednici koji primenjuju smrtnu kaznu kao sankciju u krivičnom postupku.

3. ODNOS KOAGENTNIH NORMI I PRAVA UJEDINJENIH NACIJA

Pitanje preciznog definisanja otvorenih problema koji se navode povodom kogentnih normi veoma je važno za dalji razvoj međunarodnog prava. Ovo, tim pre što se na taj način uvodi formalna ravnoteža u nesavršenoj međunarodnoj zajednici u kojoj velike države imaju faktički povoljniju poziciju u odnosu na male države koje mogu preko imperativnih normi da donekle zaštite svoje vitalne nacionalne interese. Kako Alan Pele konstatuje ove norme mogu biti oružje u rukama slabih država.²⁷ Prilikom uspostavljanja liste kogentnih normi Komisije za međunarodno pravo isuviše se pažnje poklonilo zaštiti ljudskih prava, a negde se izgubila suština da se radi o javnom pravu. Verujem da neke od normi nesumnjivo zaslužuju da se nađu na ovoj listi kao što je zabrana torture, ili zabrana genocida, ali nisu smele da budu izostavljene tradicionalne i imperativne norme na kojima, kao na stubovima, počiva moderno međunarodno pravo.

26 Fourth report on preemptory norms of general international law (*jus cogens*) by Dire Tladi, Special Rapporteur, International Law Commission Seventy-first session, para 123.

27 A. Pellet, *op. cit.*, 83.

Ukoliko pokušavamo da uklopimo normativni poredak međunarodnog prava, imajući u vidu kogentne norme, ne možemo da zaobiđemo poredak Ujedinjenih nacija i kogentne norme.²⁸ U ovom delu ključan je član 103, koji navodi da će u slučaju sukoba obaveza država po drugim osnovama i obaveza iz Povelje prednost imati ove druge. Na taj način dolazimo u jedan problem: ovaj član postavlja na prvo mesto pravo Ujedinjenih nacija, to jest obaveze koje proizlaze iz članstva u ovoj organizaciji. Ako imamo u vidu da je Povelja jedan višestrani ugovor i da mu države daju karakter višeg prava pristajanjem na član 103, onda to znači da i kogentne norme moraju biti u skladu sa Poveljom, ili preciznije rečeno države članice moraju barem dati primat obaveza koje proizlaze iz Povelje UN. Ova pitanja mogu veoma lako da se dovedu u vezu sa fragmentacijom međunarodnog prava koja je bila predmet rada Komisije za međunarodno pravo²⁹, kao i brojnih drugih radova nakon toga. Upravo zbog nedostatka jasnog preciziranja samih kogentnih normi, kao i njihovog odnosa sa pravom Ujedinjenih nacija i članom 103 dolazi do lutanja u praksi pa Evropski sud pravde u slučaju Kadi³⁰ i Jusuf i Al Barakat³¹ smatra da su osnovna ljudska prava nesporno kogentne norme i samim tim imaju višu pravnu snagu od rezolucija Saveta bezbednosti. Pored toga javili su se stavovi da je potrebno kontrolisati rad Saveta bezbednosti i da to može da radi Evropski sud pravde.³² Za ovakve tvrdnje ne može se pronaći pravna zasnovanost niti valjano obrazloženje. Ovakvi slučajevi daju za pravo da rad Komisije za međunarodno pravo mora biti temeljniji, delikatniji i sporiji. Nije neophodno žuriti prilikom izrade pravila o kogentnim normama, bez obzira što ona najverovatnije neće dostići kodifikaciju. U prethodnom delu teksta može se videti koliko je propusta učinjeno u dosadašnjem radu ovog tela koji mogu da imaju dalekosežne posledice

28 Wladyslaw Czapliński, „*Jus Cogens and the law of treaties*“ in *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* (eds. C. Tomuschat and J.-M. Thouvenin), Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, 83–98.

29 M. Koskenniemi, *op. cit.* fn. 8.

30 Kadi v. Council and Commission, 2005, ECR II-3649.

31 Case T-306/01, Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission, 2005, ECR II-3533, para. 337.

32 Luis Miguel Hinojosa Martinez, „Bad Law for Good Reasons: The Contradictions of the Kadi Judgement“, *International Organizations Law Review* 5/2008, 352–353.

po funkcionisanje međunarodnog prava. Neke države, ili unutardržavni entiteti mogu da dobiju vetar u leđa zbog činjenice da je pravo na samoopredeljenje uvršteno u nesporne kogentne norme. Po mom sudu ne samo da to nije nesporno, već bi bilo jako teško da se pravno odbrani takav zaključak.

Ujedinjene nacije počivaju na opštim imperativnim normama kogentnog karaktera, što se vidi ne samo u članu 2 Povelje, već i u celokupnom tekstu toga akta, ali i kroz višedecenijsku praksu ove organizacije, kao i Međunarodnog suda pravde koje je negovao kogentne norme i dao im jedno autentično tumačenje. Kasnija praksa u okviru Međunarodnog suda pravde potvrđuje prihvaćenost koncepta kogentnih normi iz Konvencije o ugovornom pravu.³³ Tako, slučaju o Vojnim aktivnostima na teritoriji Konga nesumnjivo Sud je odredio da je zabrana vršenja genocida kogentna norma međunarodnog javnog prava.³⁴ Pored ovog slučaja postojanje kogentnih normi potvrđuje se i u slučaju pravila o zabrani torture gde Međunarodni sud pravde zaključuje da je zabrana vršenja torture deo međunarodnog običajnog prava i kao takav postao je kogentna norma.³⁵ Neki autori kada pokušavaju da objasne odnos kogentnih normi i Povelje Ujedinjenih nacija pola-

33 North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/ Netherlands), Judgment of 20 February 1969, *ICJ Reports* 1969, 3, para. 72 („[w]ithout attempting to enter into, still less pronounce upon any question of jus cogens, it is well understood that, in practice, rules of international law can, by agreement, be derogated from in particular cases, or as between particular parties“).

Case Concerning Right of Passage over Indian Territories (Portugal v India) Merits, Judgment of 12 April 1960, *ICJ Reports* 1960, 6, Dissenting opinion of Judge ad hoc Fernandez, at para. 29, South West Africa Cases (Ethiopia v South Africa; Liberia v South Africa), Second Phase, Judgment of 18 July 1966, *ICJ Reports* 1966, 6, Dissenting opinion of Judge Tanaka, at 298.

Vid. i North Sea Continental Shelf Cases (No.118), dissenting opinion of Judge Tanaka, at p. 182 declaring that reservations in conflict with a principle of jus cogens would be null and void; and see further separate opinion of Judge Moreno Quintana in Case Concerning the Application of the Convention of 1902 Governing Guardianship of Infants (Netherlands v Sweden), Judgment of 28 November 1958, *ICJ Reports* 1958, 55, 106–107 recognizing a number of rules as having „a peremptory character and a universal scope“.

34 Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of Congo v Rwanda), Judgment of 3 February 2006, *ICJ Reports* 2006, 6, para. 64.

35 Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Senegal), Judgment of 20 July 2012, *ICJ Reports* 2012, para. 99.

ze od principa vremenskog važenja i opšte prihvaćenosti nekog akta. Činjenica je da je Povelja usvojena 1945. godine, kada je i stupila na snagu, a da su kogentne norme definisane Konvencijom o ugovornom pravu iz 1969. godine koja je stupila na snagu 1980. godine. Po toj činjenici pravo iz Povelje je starije pravo, a na toj strani je i opštoprihvaćenost Povelje od strane svih država u svetu, dok Konvencija o ugovornom pravu ima 116 članica³⁶ što je nešto više od polovine država u međunarodnoj zajednici. Dakle, Konvencija o ugovornom pravu ne može da ima retroaktivni efekat u odnosu na prava i obaveze iz Povelje Ujedinjenih nacija.

4. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Deluje da norme kogentne prirode imaju zaštitnu moć prema međunarodnom pravu, jer zbog koncepcije odredaba u Konvenciji o ugovornom pravu koje govore o apsolutnoj ništavosti u slučaju sukoba sa njima, upravo odvrćaju sve subjekte međunarodnog prava da takve norme krše. One ujedno i svedoče o napretku i razvoju međunarodnog prava, jer kriju u sebi jednu etičku dimenziju, pa se može reći da negovanje ideje kogentnih normi u međunarodnom pravu pomaže njegovom razvoju i očuvanju. Jer koliko god opšte međunarodno pravo bilo heterogeno i specifično njegovo stablo čine ove norme, a potom se na granama dalje nalaze druge norme nižeg stepena obaveznosti, pa sve do mekog prava na samom kraju. Što se više udaljavamo od stabla, to ima sve više različitih izvora obaveza za države, ali to i dalje ne znači da svi oni nisu vezani za centralni deo. Na ovaj način kogentne norme jačaju svoj uticaj u međunarodnom pravu i pomažu da opstane univerzalni poredak iako postoje jake centripetalne sile koje teže da stvore autonomne pravne režime nezavisne od opšteg prava. Deluje da je u uzročno-posledičnoj vezi sa navedenim procesima i sam rad Komisije za međunarodno pravo, jer je prvo usledio rad na analizi fragmentacije međunarodnog prava, da bi kasnije usledio rad na kogentnim normama. Nasuprot procesa fragmentacije, koncept kogentnih normi teži da svojim dejstvom deluje centrifugalno i obezbedi perspektivu razvoja međunarodnoj zajednici. Što se međunarodno pravo više širi i razvija to je značaj i uloga kogentnih normi veći.

36 Vid. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=en, 29. maj 2020.

Bilo bi bolje da je rad Komisije za međunarodno pravo u vezi ovih pravila započeo ranije, jer je bilo jasno da dolazi do ekspanzije autonomnih grana – ljudska prava, međunarodno krivično pravo, ali i do jačanja relativno autonomnih institucija poput Evropske unije. Na ovaj način, iako je pre svih Međunarodni sud pravde dosledno negovao koncept kogentnih normi, razvijao ga i davao im jasniju fizionomiju, nedostaje još uvek njihova precizna koncepcija i još uvek fale odgovori na brojna pitanja u vezi ovih pravila. Neka od njih su postavljena u ovom radu, a samo je delimično pokušano da se ponude i neki odgovori. Možda ne bi bilo preterano reći da budućnost opšteg međunarodnog prava u dobroj meri zavisi od konstituisanja jasnog koncepta kogentnih normi. Jedini je problem što se čini da su sada članovi Komisije za međunarodno pravo svesni činjenice da se kasni u regulativi kogentnih normi, pa su proteklih nekoliko godina preterano požurili da ponude koncept kogentnih normi, pa su samim tim počeli da čine velike greške i propuste. Ovde ne mislim na prvi deo rada Komisije koji je logično sproveden, već najviše na deo u kome se navodi lista ovih normi. Dugo vremena su neke države insistirale na ovoj listi, a onda je Komisija navela neke norme na njoj uz brojne nedostatke o kojima se govorilo. Pre svega problem je što neke norme nisu navedene, a neke koje su navedene nisu trebale tu da budu ili su neprecizno određene. Primera radi, to se odnosi na opšte principe međunarodnog humanitarnog prava. Nema sumnje da bi neki od principa morao da ima funkciju kogentne norme, ali staviti ih tako zbirno i nedefinisano na jedno mesto nije naročito oprezno. Ovo zato što je smisao rada na definisanju kogentnih normi upravo njihova kristalizacija i jasnije određenje čemu nimalo ne pomaže ovakvo grubo uopštavanje. Ne vidi se jasno zašto onda Komisija nije posegla za navođenjem i opštih načela Povelje Ujedinjenih nacija po istom tom osnovu. Rad na kogentnim normama je toliko važan da mu se mora posvetiti naročita pažnja, jednaka kao recimo kada se pristupilo radu na Konvenciji o ugovornom pravu i kada su najveći međunarodni pravници učestvovali u njenom nastajanju. Povodom usvajanja koncepta kogentnih normi radi se o svojevrsnoj konstitucionalizaciji međunarodnog prava.³⁷ Takav proces je neophodan i veoma važan za međunarodno pravo danas, obzirom da se u poređenju sa unutrašnjim pravom, koje je striktno pravno ustroje-

37 Christian Tomuschat, „The Security Council and *Ius Cogens*“ in *The Present and Future of Jus Cogens* (ed. Enzo Cannizzaro), Sapienza University 2015, 20.

no, ovo prvo često doživljava kao „anarhično društvo“ kome nedostaje inherentna kohezija.

Meni deluje da su kogentne norme upotrebljene za zadovoljenje nekih specifičnih interesa. I ako se zna da je ideja o humanizaciji međunarodnog prava rasprostranjena i da je dobila svoju fizionomiju usvajanjem brojnih konvencija na univerzalnom i regionalnom planu, i pored toga izostala je njihova apsolutna obaveznost, što zbog toga što ih nisu prihvatile sve države, što zbog nepostojanja mehanizama u samim pravnim aktima. Deluje da je rad na kogentnim normama iskorišćen kao idealno mesto da se ljudska prava učine apsolutnim i opšte-obaveznim bez obzira na izričit prihvata. Ako se pogleda lista kogentnih normi koja je predložena, najveći broj normi tiče se zaštite ljudskih prava, a pritom su izostavljene norme koje su tradicionalno bile smatrane kogentnim normama. Rad na fundamentalnim pitanjima opšteg međunarodnog prava nikako ne bi smeo da zavisi od političkih stavova ili aspiracija nekih država.

Phd Bojan Milisavljević, PhD

Full Professor, University of Belgrade Faculty of Law

SOME OPEN QUESTIONS ABOUT *IUS COGENS* NORMS IN INTERNATIONAL LAW

Summary

This paper analyzes the concept of cogent norms in international law from a new perspective, which includes the analysis of the work of the Commission for International Law, but also detailed study of the practice of universal courts and bodies including regional bodies. The author critically deals with the issue of the cogent norms' list and in an argumentative manner present arguments against certain norms from that list. Moreover, the author underlines that the lack of certain norms, that are traditionally considered to be cogent norms of international law, is obvious. Although it is clear that the aforementioned list is only approximate, the author considers that it is inadmissible that some norms are omitted. Particular attention in this paper is paid to the right to self-determination, which the Special rapporteur has in-

cluded as an *ius cogens* norm. The author challenges the inclusion of that particular right in the *ius cogens* list, with a legally argumentation and valid judicial examples provided. Finally, the focus of this paper is also on the relationship between *ius cogens* norms and the law under United Nations, as well as the problem of the mutual relationship of *ius cogens* norms.

Key words: *Ius cogens norms. – International Law Commission. – Right to self-determination.*

LITERATURA

- Brownlie I., „Comment“ in *Change and Stability in International Law-Making* (eds. A. Cassese and J.H.H. Weiler), de Gruyter Berlin 1988;
- Corten O., Klein P., *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités – Commentaire article par article*, Bruxelles 2006;
- Czapliński W., „Jus Cogens and the law of treaties“ in *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* (eds. C. Tomuschat and J.-M. Thouvenin), Leiden, Martinus Nijhoff, 2006;
- Hinojosa M. L. M., „Bad Law for Good Reasons: The Contradictions of the Kadi Judgement“, *International Organizations Law Review* 5/2008;
- Koskenniemi M., *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Fragmentation and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, UN Doc. A/CN.4/L.682 of 13 April 2006, Conclusions;
- Mancini S., „Rethinking the Boundaries of Democratic Secession: Liberalism, Nationalism and the Right of Minorities to Self-Determination“, *International Journal of Constitutional Law*, 3–4/2008;
- Meron T., *The Humanization of International Law*, Leiden-Boston 2006;
- Mik C., „Jus cogens in contemporary international law“, *Polish Yearbook of International Law* 33/2013;

- Pellet A., „Comments in response to Christine Chinkin and in defense of jus cogens as the best bastion against the excesses of fragmentation“, *Finnish Yearbook of International Law* 17/2006;
- Simma B. et al., *The Charter of the United Nations – A Commentary*², Oxford 2002;
- Tomuschat C., „The Security Council and Ius Cogens“ in *The Present and Future of Jus Cogens* (ed. Enzo Cannizzaro), Sapienza University 2015;
- Verhoeven J., „Invalidity of Treaties: Anything New in/under the Vienna Conventions?“ in *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention* (ed. E Cannizzaro), Oxford University Press, 2011;
- Whiteman M. M., „Jus Cogens in International Law, with a Projected List“, *Georgia Journal of International and Comparative Law* 7(2) /1977.