



**NOVA
UNIVERZA**

DIGNITAS

Revija za človekove pravice

Slovenian journal of human rights

ISSN 1408-9653

Nastanek držav v mednarodnem pravu

Jure Vidmar

Article information:

To cite this document:

Vidmar, J. (2018). Nastanek držav v mednarodnem pravu, Dignitas, št. 55/56, str. 205-218.

Permanent link to this document:

<https://doi.org/10.31601/dgnt/55/56-10>

Created on: 07. 12. 2018

To copy this document: publishing@nova-uni.si

For Authors:

Please visit <http://revije.nova-uni.si/> or contact Editors-in-Chief on publishing@nova-uni.si for more information.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



© Nova univerza, 2018



**NOVA
UNIVERZA**

FAKULTETA ZA SLOVENSKE
IN MEDNARODNE ŠTUDIJE



**NOVA
UNIVERZA**

EVROPSKA PRAVNA
FAKULTETA



**NOVA
UNIVERZA**

FAKULTETA ZA DRŽAVNE
IN EVROPSKE ŠTUDIJE

Nastanek držav v mednarodnem pravu

Jure Vidmar

1. Uvod

Nastanek držav v mednarodnem pravu je tema, ki v Sloveniji ne sproža zgolj akademskih debat in strokovnih diskusij. V času osamosvajanja se je o tem vidiku mednarodnega prava razpravljalo v širši javnosti, pri tem pa si je marsikdo izoblikoval stališče, ki se ni vedno ujemalo z mednarodnim pravom. Obenem je prav razpad Jugoslavije vodil do novih razlag teorij mednarodnega prava o nastanku in priznanju novih držav ter pravici do samoodločbe.

Mojo študijsko in poklicno pot je nedvomno izoblikovala tudi otroška izkušnja s prelomnimi dogodki konec osemdesetih in v začetku devetdesetih let prejšnjega stoletja. V tistem času sem si tudi sam izoblikoval razlage mednarodnega prava in se leta 1991 zavedal, da se je z razglasitvijo neodvisnosti pot skozi trnje pravzaprav šele začela. Najbolj ključnega pomena se je zdelo mednarodno priznanje.

Leta kasneje, ko sem študiral v tujini, me je profesor mednarodnega prava vprašal, ali je priznanje konstitutiven ali deklaratorni akt. Takrat sem se spomnil svojih misli iz junija 1991. Zakaj drugi odločajo o tem, ali je Slovenija država? Zakaj nas preprosto ne priznajo? Zame je bilo priznanje vsekakor konstitutiven akt. Profesor je odgovoril, da je konstitutivna teorija v resnici žaljiva; očitno prav zaradi tega, ker drugi odločajo o tem, kdo ima lahko svojo državo.¹ Na podlagi svoje izkušnje iz otroštva sem se s tem

¹ Ddr. Jure Vidmar predava mednarodno, evropsko, ustavno in kazensko pravo na Univerzi Oxford, Velika Britanija, kjer je član kolidža St. John's. Raziskovalno se ukvarja predvsem z mednarodnim javnim pravom, človekovimi pravicami ter politično in pravno teorijo. Kot gostujoči predavatelj redno sodeluje s Pravno fakulteto ter Inštitutom za mednarodno in primarjalno afriško pravo Univerze Pretoria v Južni Afriki. Je član uredniškega odbora Hague Yearbook of International Law. Pred kratkim je bil izvoljen v redno članstvo Akademije za visoko šolstvo v Veliki Britaniji, ki ga bo uradno nastopil v začetku leta 2013. E-naslov: jure.vidmar@law.ox.ac.uk.

Cf D. Harris, *Cases and Materials on International Law* (7. izd., Sweet & Maxwell, London 2010), str. 131.

vsekakor strinjal. Potem je profesor nadaljeval in rekel, da je težava konstitutivne teorije tudi v tem, da so entitete lahko priznane s strani nekaterih držav, a ne vseh. Koliko priznanj je potrebnih in kdo mora priznati, da entiteta postane država?² Ob tem sem se zamislil. Priznanje je torej deklaratoren akt, vsaj danes je to splošno sprejeto.³ To pomeni, da država obstaja neodvisno od priznanja tujih držav. S priznanjem tuje države zgolj *vzamejo na znanje*, da je nastala nova država, na sam njen nastanek pa priznanje ne vpliva.⁴

Vendar ta sklep odpre vrsto novih vprašanj. Pri deklaratorni teoriji me je nekaj stvari motilo, vsekakor nisem imel občutka, da bi bilo priznanje v premeru Slovenije zgolj deklaratorno. A kot študent sem sprejel, da vsaka teorija ne more biti vodotesna. Potem pa je leta 2008 samostojnost razglasilo Kosovo. Priznanj je bilo hitro dvajset, potem štirideset in sedaj dvaindevetdeset.⁵ Za številne je Kosovo država, za druge ni. Pa bi ta dilema sploh obstajala, če ne bi Kosovo dobilo toliko priznanj? Ko je razglasilo neodvisnost leta 1991, ga je priznala zgolj Albanija in nihče ni resno trdil, da je Kosovo država.⁶ Zakaj naj bi bilo država zdaj, če ne prav zaradi števila priznanj? Po drugi strani pa: ali je Kosovo država, ker ga je priznalo dvaindevetdeset držav, ali pa ni država, ker ga je priznalo *samo* dvaindevetdeset držav?

V tem prispevku bom predstavil koncept države v mednarodnem pravu ter razložil mednarodnopravno teorijo in prakso nastanka novih držav, ko te nastanejo izven konteksta dekolonizacije.

2. Država v mednarodnem pravu

2.1. Od kdaj je Slovenija država?

V Sloveniji dan državnosti praznujemo 25. junija 1991. Ali je po mednarodnem pravu Slovenija res postala država na ta dan? Kaj pa 8. oktober 1991? Ni državni praznik, ni dela prost dan, a je kljub temu pomemben dan. Kaj se je zgodilo takrat? Iztekel se je Brionski moratorij. In v kontekstu sukcesije je Badinterjeva komisija izdala

²J. Brierly, *The Law of Nations* (Clarendon Press, Oxford 1963), str. 138.

³Harris (gl. op. 1), str. 131.

⁴Ibid.

⁵Who Recognized Kosova as an Independent State, <http://www.kosovothanksyou.com>.

⁶J. Crawford, *The Creation of New States in International Law* (2. izd., OUP, Oxford 2006), str. 408.

mnenje, da je prav na ta dan Slovenija postala samostojna država.⁷ Ali je bila Slovenija 8. oktobra res kaj bolj država kot 25. junija?

Še en pomemben datum je 29. november, leta 1991, da ne bo pomote. Na ta dan je Badinterjeva komisija izdala svoje prvo mnenje, v katerem je zapisala, da je Jugoslavija v procesu razpadanja.⁸ To je bila zelo pomembna ugotovitev z daljnosežnimi posledicami.

2.2. Definicija države v mednarodnem pravu

Splošno znana definicija države v mednarodnem pravu je podana v 1. členu Konvencije o pravicah in dolžnostih držav, podpisane leta 1933 v Montevideu. Tem kriterijem se zato pogosto reče »montevidejski kriteriji« in po splošnem prepričanju odsevajo mednarodno običajno pravo.

Prvi člen konvencije se glasi: »Država kot subjekt mednarodnega prava mora imeti sledeče karakteristike: 1) definirano ozemlje, 2) stalno prebivalstvo, 3) vlado in 4) sposobnost vstopa v razmerja z drugimi državami.«⁹ Ali ti štirje kriteriji definirajo državo? Načelno da. Toda ali definirajo samo države? In ali definirajo vse države? To pa je že drugo vprašanje.

Za ilustracijo vzemimo podobno definicijo psa. Pes kot žival mora imeti naslednje karakteristike: 1) gobec, 2) štiri noge, 3) rep in 4) možnost igranja z drugimi psi. Ali lahko na podlagi te definicije odgovorimo, zakaj mačka ni pes in zakaj je doberman pes, kljub temu, da ima odrezan rep. Mačka navedene kriterije »pasjosti« dejansko izpolnjuje bolj kot nekateri psi.

Takšna definicija psa je seveda absurdna. Prav tako pa je absurdna montevidejska definicija države. Toda v mednarodni praksi in strokovni literaturi vedno znova naletimo na diskusije o tem, ali določena entiteta izpolnjuje štiri montevidejske kriterije. Za primer vzemimo Kosovo. Ali ima neodvisno vlado, glede na to, da je Resolucija 1244 Varnostnega sveta OZN še vedno v veljavi?¹⁰ Vsekakor ima vlado, neodvisno od Srbije, ni pa ta vlada neodvisna od katerekoli druge avtoritete.¹¹ Ali Kosovo tako izpolnjuje

⁷ Badinterjeva komisija, Mnenje št. 11 (16. julij 1993), para 4.

⁸ Badinterjeva komisija, Mnenje št. 1 (29. november 1991), para 3.

⁹ Convention on Rights and Duties of States, 165 LNTS 19 (1933), člen 1.

¹⁰ VS, Res. 1244 (10. junij 1999).

¹¹ J. Vidmar, »International Legal Responses to Kosovo's Declaration of Independence« (2009), 42 Vanderbilt Journal of Transnational Law 779, str. 818–821.

kriterije državnosti? Mnogo akademskih člankov je obravnavalo to vprašanje, toda v resnici je to zgodba o »dobermanovem repu«.

Vzemimo za primer še Somalijo in Somaliland. Somaliland je tipičen primer entitete, ki načelno izpolnjuje štiri kriterije, a ni država.¹² Somalija, na drugi strani, je država, ki obstaja samo kot pravna fikcija.¹³ Somaliland je torej mačka, za katero ne moremo povedati, zakaj ni pes; in Somalija je pes, za katerega ne moremo povedati, zakaj je pes. Seveda če odgovore iščemo v kontekstu štirih kriterijev.

Kakšen je pravni status entitet, kot so Transdniester, Gorski Karabah, Južna Osetija in Abhazija? In da vprašanje še malo bolj zapletem: ali je Severni Ciper država in zakaj naj ne bi bil? V tem si tudi doktrina ni enotna. Predvsem nemški pozitivisti argumentirajo, da je Severni Ciper nelegalna država, a kljub temu država.¹⁴ Angleški pragmatiki, po drugi strani, argumentirajo, da Severni Ciper ni država, ker je bil ustanovljen ilegalno.¹⁵

2.3. Dodatni kriteriji državnosti ali ilegalne države?

Ti primeri nas pripeljejo do vprašanja dodatnih kriterijev državnosti in do koncepta ilegalnih držav. Ta debata se je razvila v povezavi z razglasitvami neodvisnosti Južne Rodezije, južnoafriških t. i. bantustanov ter Severnega Cipra.¹⁶ V teh primerih je šlo za efektivne entitete, ki so načelno izpolnjevale montevidske kriterije. Kljub temu pa so bile splošno nepriznane; celo Varnostni svet in Generalna skupščina OZN sta pozvala k nepriznanju zaradi kršenja temeljnih načel mednarodnega prava.¹⁷ Pri Severnem Cipru je šlo za nedovoljeno uporabo oborožene sile, pri Južni Rodeziji in t. i. bantustanih pa za rasno diskriminacijo in zanikanje pravice do samoodločbe.

¹² Cf Crawford (gl. op. 6), str. 412–415.

¹³ Ibid.

¹⁴ S. Talmon, *Kollektive Nichtanerkennung illegaler Staaten* (Mohr Siebeck Verlag 2004), str. 218.

¹⁵ Crawford (gl. op. 6), str. 107.

¹⁶ VS, Res 541 (18. november 1983); GS, Res 1747 (XVI) (27. junij 1962); VS, Res 202 (6. maj 1965); GS, Res 2022 (XX) (5. november 1965); VS, Res 2024 (XX) (11. november 1965); VS, Res 216 (12. november 1965); VS, Res 217 (20. november 1965); VS, Res 277 (18. marec 1970); GS, Res 2671F (8. december 1970); GS, Res 2775 (29. november 1971); GS, Res 31/6A (26. oktober 1976); GS, Res 402 (22. december 1976); GS, Res 407 (25. maj 1977); GS, Res 32/105 N (14. december 1977); GS, Res 34/93 G (12. december 1979); GA, Res 37/43 (3. december 1982); GS, Res 37/69A (9. december 1982).

¹⁷ Ibid.

V sedemdesetih letih prejšnjega stoletja je danes svetovno znani profesor iz Cambridgea, James Crawford, v Oxfordu pisal doktorat. Njegova teza je bila, da Južna Rodezija, t. i. bantustani ter Severni Ciper niso bile države.¹⁸ Potem se je vprašal zakaj. Po njegovem obstajata dve možnosti. Prva možnost je, da te entitete niso bile države, ker niso bile mednarodno priznane. To tezo je zavrnil na podlagi argumenta, da je priznanje deklaratorno, ne konstitutiven akt. Potem je izpeljal drugo možnost, da čeprav so izpolnjevale kriterije iz Montevidea, omenjene entitete niso izpolnjevale nekaterih dodatnih kriterijev, ki so v današnjem času potrebni za nastanek države. Ti kriteriji ne temeljijo na montevidski učinkovitosti, temveč na legalnosti: neuporaba sile, prepoved rasne diskriminacije in prepoved zanikanja samoodločbe.¹⁹

Od takrat se v mednarodnem pravu veliko govori o dodatnih kriterijih, čeprav je to nekoliko problematičen koncept. Menim, da Crawford skuša *posplošiti* specifične primere Južne Rodezije, t. i. bantustanov ter Severnega Cipra. Tudi če dodatne kriterije sprejmemo, nam ne povedo, zakaj Somaliland ni država in ali je bila, na primer, Čečenija država. Pa Transdnjestar, Abhazija in Južna Osetija? Še več, Crawford je nekoliko dogmatično izključil možnost konstitutivnih učinkov priznanja. K temu se bom vrnil v nadaljevanju. Naj zaenkrat zapišem samo to, da če bi bil Severni Ciper univerzalno priznan, bi bilo težko argumentirati, da ni država, čeprav ne izpolnjuje t. i. dodatnih kriterijev državnosti.

Kot pravi nemški profesor Stefan Talmon, Crawfordova teorija »čuti hude bolečine«, ko jo vprašaš, kakšen je pravzaprav namen kolektivnega nepriznanja ilegalne entitete, ki po Crawfordu ni država.²⁰ Talmon razlaga, da mednarodna obveza kolektivnega nepriznanja v takšnem primeru namiguje na nič drugega kot na to, da bi priznanje lahko ustanovilo državo.²¹ Menim, da je do tu Talmonova razlaga povsem pravilna.

Vendar Talmon nadaljuje z argumentom, da Južna Rodezija, t. i. bantustani ter Severni Ciper so bile države, čeprav ilegalne.²² Zanj država nastane avtomatično, ko izpolni montevidske kriterije. Ilegalna ustanovitev pa pomeni, da je ta država ilegalna, a

¹⁸ Crawford (gl. op. 6), str. 129.

¹⁹ Ibid.

²⁰ S. Talmon, »The Constitutive versus the Declaratory Doctrine of Recognition: Tertium Non Datur?« (2004), 75 British Year Book of International Law, str. 101, 138.

²¹ Ibid.

²² Talmon (gl. op. 14), str. 218.

kljub temu država. Menim, da tu nastane težava, ker so pravice in dolžnosti ilegalne države odvisne od pridevnika »illegalna«, toda mednarodno pravo ne more razlikovati med več koncepti oziroma stopnjami držav, ki jih določijo pridevniki.

Po Talmonu so ilegalne države torej države, a kolektivno nepri-znanje takšni državi odvzame nekatere pravice in dolžnosti držav. Potem dobimo države dveh razredov in tako pride konstitutivna teorija v hišo skozi stranska vrata. Priznanje ne ustanovi države, ustanovi pa njene pravice in dolžnosti. Tako pridemo nazaj do problematičnega Oppenheimovega pojmovanja, da država postane država z »naravnim rojstvom«, njena mednarodna osebnost pa je ustanovljena s priznanjem.²³ Menim, da ni nobenega smisla v tem, da določeni entiteti rečemo država, če ta termin ne implicira pravne subjektivitete ter pravic in dolžnosti držav.

3. Koncept države: fizično dejstvo ali pravni status?

3.1. Država kot dejstvo?

Na tem mestu pridemo do temeljnega vprašanja: kaj sploh je država? Zgoraj ilustrirane težave pričajo, da se pravni teoretiki pre-rekamo o tem, kako država nastane, ob tem pa se ne strinjamo glede osnovnega koncepta države v mednarodnem pravu.

Pozitivisti vidijo državo kot nekaj fizičnega, samoumevnega, kot dejstvo. V moderni literaturi ta teorija temelji na pisanjih Geor-ga Jellineka s preloma devetnajstega v dvajseto stoletje. Jellinek je državo razumel kot sestavino treh elementov: ozemlje, ljudstvo in vladar; Land, Volk und Herrscher.²⁴ Seveda lahko takoj potegnemo vzporednice s 1. členom Montevidea.²⁵ Za današnje prepričane pozitiviste država še vedno nastane kot dejstvo, ko izpolni te kri-terije. Talmon razlaga, da se država rodi, kot se rodi otrok. Medna-rodno pravo pa to rojstvo zgolj registrira, enako kot tudi domače pravo ne »naredi« otroka, temveč ga samo registrira.²⁶ In tudi če ga ne registrira, ta otrok fizično kljub temu obstaja.

Ali je ta analogija pravilna? Kako se država pravzaprav rodi? Tako da izpolni »Montevideo« oziroma Jellinekove tris? Toda s to logiko ni vse v redu. Ali državo res lahko primerjamo s fizičnimi

²³ L. Oppenheim, *International Law* (Longmans 1905), str. 264.

²⁴ G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (O. Häring 1905), str. 137.

²⁵ Cf. gl. op. 9.

²⁶ Talmon (gl. op. 14), str. 218–220.

subjekti in objekti? Do takšnih primerjav sem zelo skeptičen. Ko pogledamo dojenčka, lahko objektivno rečemo, da dojenček obstaja. Načelno nam za to ni treba analizirati prava. Če pa pogledamo ozemlje in skupino ljudi, ali lahko takoj in objektivno vemo, da to ozemlje in ta skupina ljudi tvori samostojno državo?

Talmon odgovarja, da je to težava mednarodnega prava na splošno, ker gre za decentraliziran pravni sistem, kjer ni centralne avtoritete, ki bi odločala o tem, katero ozemlje je država in katero ni.²⁷ Toda, kot je po koncu druge svetovne vojne pisal že Hersch Lauterpacht, to pozitivistično pojmovanje države pomeni, da moramo sprejeti precej čudno propozicijo; namreč to, da država v mednarodnem pravu obstaja, takoj ko obstaja.²⁸ Vrtimo se torej v krogu.

Kot odgovor na to propozicijo je Lauterpacht predlagal, da bi moralo biti priznanje neke vrste konstitutiven akt, čeprav omejeno konstitutiven. Po Lauterpachtu je priznanje za nastanek držav potrebno, istočasno pa imajo tuje države obveznost priznanja, takoj ko entiteta izpolnjuje kriterije iz Montevidea.²⁹ Ta teorija je konstitutivno-deklaratorna. Težava pa je v tem, da obveznost priznanja v mednarodnem pravu preprosto ne obstaja. Zato Lauterpachtova mešana teorija ne deluje.

Če je torej priznanje konstitutivno in ni obvezno, je lahko določena entiteta priznana s strani nekaterih držav, ne pa vseh. Objektivno potem še vedno ne vemo, ali je ta entiteta država. Lauterpachtova diagnoza je kljub temu zelo dobra. Razlaga, da država v mednarodnem pravu obstaja, takoj ko obstaja, je vsekakor problematična. Država preprosto ni fizično dejstvo. Zakaj ne?

3.2. Državnost kot pravni status

Kaj je na določeni državi fizičnega? Samo teritorij v ožjem smislu. Že koncept definiranega teritorija, kot ga pozna Montevideo, je nekaj pravnega. Planet Zemlja namreč nima zarisanih meja ali držav. Definirano ozemlje je zato stvar družbenih in ne naravnih procesov. Kot je pisal Hans Kelsen, nekateri teoretiki govorijo o naravnih mejah, kot so hribi in reke. Toda sintagme »naravne meje« ne smemo jemati dobesedno. Katera reka oziroma katero

²⁷ Ibid.

²⁸ H. Lauterpacht, *Recognition in International Law* (Cambridge University Press 1948), str. 66.

²⁹ Ibid.

gorstvo bo državna meja, odločijo ljudje na podlagi izoblikovanih pravnih predpisov.³⁰

Ozemlje Slovenije obstaja. To je dejstvo. Ali je mednarodnopravno to ozemlje države Slovenije, Socialistične federativne republike Jugoslavije (SFRJ), Kraljevine Jugoslavije, Kraljevine Srbov, Hrvatov in Slovencev ali Avstro-Ogrske, ni vprašanje fizičnega dejstva. To je vprašanje pravnega statusa. Enako je z ozemljem Kosova. To ozemlje vsekakor obstaja. Ali pa je to ozemlje samostojna država ali del Srbije, ni vprašanje fizičnega dejstva. To je stvar pravnega statusa.

Državnost je torej pravni status, ne fizično dejstvo. Če se navežem na profesorja Crawforda, država ni dejstvo na enak način, kot je dejstvo stol. Država je dejstvo na način, za katerega lahko rečemo, da je dejstvo pogodba,³¹ torej pravno, ne pa fizično oziroma naravno dejstvo.

4. Kako država nastane?

4.1. Razvoj splošnega mednarodnega prava

V preteklosti so države dejansko nastajale na podlagi efektivnega nadzora ozemlja. Ko je bil nadzor izgubljen, je ozemlje prešlo pod suverenost druge države. Tako je pravni status sledil »dogodkom na terenu«, Montevideo je torej načelno deloval. Danes pa je situacija precej drugačna.

Že pred drugo svetovno vojno se je oblikovalo načelo, da sprememba efektivne oblasti ne prinese nujno spremembe pravnega statusa ozemlja. Japonska okupacija Mandžurije in t. i. država Mančuko je privedla do Stimsonove doktrine nepriznanja.³² Nemška in italijanska osvajanja pred letom 1939 in po njem tudi niso bila splošno priznana.³³ »Samostojna« Slovaška ter »Nezavisna država Hrvatska« sta bili nacistični marionetni entiteti in po splošnem prepričanju pravno gledano nista bili državi.³⁴

³⁰ H. Kelsen, *General Theory of Law and State* (Blackwell 1945), str. 213.

³¹ Crawford (gl. op. 6), str. 5.

³² Statement of Foreign Secretary of the United States Henry Stimson, ponatis v (1932), 26 *American Journal of International Law*, str. 342.

³³ J. Dugard, *Recognition and the United Nations* (Grotius Publications, Cambridge 1987), str. 32–34.

³⁴ A. P. Sereni, »The Status of Croatia under International Law« (1941), 35 *American Political Science Review*, str. 1144.

Po vojni je prišla Ustanovna listina OZN ter njen člen 2(4) o prepovedi uporabe sile (sicer z dvema izjemama),³⁵ ozemeljska celovitost držav je postalo eno glavnih načel mednarodnega prava.³⁶ Toda paradoksalno, v obdobju, ko mednarodno pravo temelji na Ustanovni listini OZN, je nastalo veliko število novih držav. Takoj velja poudariti, da je večinoma šlo za dekolonizacijo. In izključno v procesu dekolonizacije pravica do samoodločbe učinkovito postane pravica do samostojnosti.³⁷ V kolonializmu se šteje, da kolonialna sila nima pravice do ozemeljske celovitosti v odnosu do svojih kolonij.³⁸ Kolonializem pa je v mednarodnem pravu razumljen s t. i. teorijo slane vode. To pomeni, da mora biti med kolonialno silo in kolonijo morje. V končni fazi je proces dekolonizacije zajel evropska ozemlja v Afriki, Aziji in še prej v Južni Ameriki.³⁹

Nekateri skušajo kolonializem definirati tudi širše, kot notranji kolonializem. Za kolonializem torej ne potrebujemo slane vode. Kajti če te izkorišča nekdo, ki je v tvoji bližini, zakaj to ni kolonializem, zakaj je lahko kolonialni zatiralec zgolj tisti, ki pride od daleč?⁴⁰ Dobro vprašanje. A tu je točka, kjer se moralni, če ne kar zdravorazumni argument in pozitivno pravo ne prekrivata. Mednarodno pravo *de lege lata* koncepta notranjega kolonializma (še) ne priznava.

4.2. Nevtralnost mednarodnega prava

Izven kolonializma sta nastanek države in pravica do samoodločbe nekoliko bolj zapleteni zadevi. Pravica do samoodločbe ni pravica do odcepitve. To se pogosto pozablja. Kot izhaja iz Deklaracije o načelih mednarodnega prava⁴¹ kot tudi iz judikature (na primer kanadsko vrhovno sodišče v zadevi Quebec), je izven procesa dekolonizacije pravica do samoodločbe načelno izpolnjena v okviru obstoječih meja, skozi politično zastopanost, institucije in avtonomijo.⁴² A pravica do odcepitve ne obstaja.⁴³ Obenem od-

³⁵ Ustanovna listina OZN, člen 2(4). Glej tudi poglavje VII.

³⁶ The Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations (GS, Res 2625, 24. oktober 1970), aneks, princip 5.

³⁷ Reference re Secession of Quebec [1998], 2 SCR 217 (Kanada), para 126.

³⁸ G. Fox, »Self-Determination in the Post-Cold War Era: A New Internal Focus« (1994–1995), 16 Michigan Journal of International Law, str. 733, 736.

³⁹ A. Buchanan, Justice, Legitimacy, and Self-Determination (OUP, Oxford 2004), str. 335.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Supra, gl. op. 36.

⁴² Reference re Secession of Quebec [1998], 2 SCR 217 (Kanada), para 126.

⁴³ Crawford (gl. op. 6), str. 390.

cepitev ni prepovedana.⁴⁴ To si številni napačno razlagajo.⁴⁵ Ob razglasitvi kosovske neodvisnosti so Srbija in številne druge države razlagale, da je odcepitev nelegalna. To ne drži. Glede odcepitve je mednarodno pravo nevtrarno; ni ne pravice, ne prepovedi. To izhaja iz Deklaracije o načelih mednarodnega prava,⁴⁶ iz prakse držav⁴⁷ ter primera Quebec.⁴⁸ Deloma pa ta doktrina izhaja tudi iz mnenja Meddržavnega sodišča v Haagu glede razglasitve kosovske neodvisnosti.⁴⁹

Razglasitev in nastanek države na podlagi unilateralnega akta torej v mednarodnem pravu ni prepovedano, ni pa tudi pravica. Mednarodno pravo je glede tega vprašanja nevtrarno. Sedaj pa se usmerimo na tovrstno nevtrarnost. Kakšni so njeni pravni učinki? Če ustanovitev države ni pravica, država ne more nastati avtomatično in objektivno, na podlagi izpolnjevanja določenih kriterijev, tistih iz Montevidea. In tu se vrnemo h konceptu države.

4.3. Premagovanje načela ozemeljske celovitosti

Načelo, ki preprečuje avtomatski nastanek novih držav v modernem mednarodnem pravu, je ozemeljska celovitost obstoječih držav. Glede na to, da je proces dekolonizacije končan in da današnji ni več *terra nullius* situacij, je praktično vsak kotiček Zemlje zavarovan z načelom ozemeljske celovitosti.⁵⁰ Kot je navedeno zgoraj, to načelo nastanka nove države ne prepoveduje, ga pa znatno otežuje. Entiteta, ki si želi samostojnosti, mora premakniti ozemeljski *status quo*.

V modernem mednarodnem pravu je nastanek novih držav tako odvisen od odstranitve zahteve do ozemeljske celovitosti. Najbolj preprost primer je konsenz, torej dovoljenje matične države. Ko se matična država strinja, ni nobenega dvoma, da je njen del postal nova država. Črna Gora je postala država na pod-

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ A. Orakhelashvili, »Statehood, Recognition and the United Nations System: A Unilateral Declaration of Independence in Kosovo« 12 (2009) Max Planck Yearbook of United Nations Law, str. 1, 13.

⁴⁶ Supra, gl. op. 36.

⁴⁷ Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo (Request for Advisory Opinion), Advisory Opinion, 22. julij 2010, ICJ Rep 2010, para 51.

⁴⁸ Reference re Secession of Quebec [1998], 2 SCR 217 (Kanada), para 155.

⁴⁹ Supra, gl. op. 47.

⁵⁰ A. Peters, »Statehood after 1989: Effectivites« between Legality and Virtuality« (2010), Proceedings of the European Society of International Law, SSRN, 8, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1720904.

lagi konsenzualno doseženega ustavnega mehanizma,⁵¹ prav tako pred kratkim Južni Sudan;⁵² medtem ko je bil pred desetletjem pristanek Indonezije bistven pri reševanju vprašanja Vzhodnega Timorja.⁵³ Odcepitev Eritreje od Etiopije leta 1993 prav tako spada v kategorijo konsenza.⁵⁴ V primeru odcepitev matična država še naprej obstaja z isto mednarodno subjektiviteto, odcepljeni del pa se šteje za novo državo.

Mednarodno pravo pozna tudi koncept razdružitve. Češko-slovaška se je sporazumno razdružila, njena mednarodnopravna osebnost je bila ukinjena, mednarodno ni bilo nobenega dvoma, da sta nastali dve novi državi.⁵⁵ Sovjetska zveza je bila drugačen problem, toda razdružila se je s Sporazumom iz Minska in Protokolom iz Alma Ate.⁵⁶ Mednarodnopravna osebnost Sovjetske zveze ni več obstajala, zato ni bilo nobenega dvoma, da so njene republike postale samostojne države.

Zdaj pa se spet vrnimo k Jugoslaviji, kjer ni bilo podobnega konsenza. Najprej sta samostojnost razglasili Slovenija in Hrvaška, sledili pa sta jima še Bosna in Hercegovina ter Makedonija. Mednarodnih priznanj na začetku ni bilo. Bila pa sta oboroženi spopad in Brionski moratorij, ki se je iztekel 8. oktobra 1991. Takratna Evropska skupnost je ustanovila t. i. Badinterjevo komisijo, organ, ki je podajal mnenja glede pravnih vprašanj, povezanih s krizo v Jugoslaviji. Mnenja Badinterjeve komisije niso bila pravno zavezujoča, so pa pomembno oblikovala prakso držav.⁵⁷

Tako je 29. novembra 1991 Badinterjeva komisija v svojem prvem mnenju zapisala, da je Jugoslavija v procesu razpadanja.⁵⁸ Menim, da je bil to ključni moment, ki je nakazal pravno situacijo, kot

⁵¹ Ustav Državne zajednice Srbije i Crne Gore (2003), člen 60.

⁵² The Comprehensive Peace Agreement, Agreement on Permanent Ceasefire and Security Arrangements Implementation Modalities between the Government of Sudan (GOS) and the Sudan People's Liberation Movement/Sudan people's Liberation Army (SPLM/SPLA) During the Pre-Interim and Interim Periods (31. December 2004). J. Vidmar, »South Sudan and the International Legal Framework Governing the Emergence and Delimitation of New States«, 42 (3) Texas International Law Journal (2012), str. 541.

⁵³ R. Wilde, *International Territorial Administration: How Trusteeship and the Civilizing Mission Never Went Away* (OUP, Oxford 2008), str. 181.

⁵⁴ Crawford (gl. op. 6), str. 402.

⁵⁵ E. Stein, *Czechoslovakia: Ethnic Conflict, Constitutional Fissure, Negotiated Breakup* (University of Michigan Press, Ann Arbor 1997), str. 45.

⁵⁶ The Agreement on the Establishment of the Commonwealth of Independent States 31 ILM 138 (1992); The Protocol to the Agreement Establishing the Commonwealth of Independent States signed at Minsk on 8 December 1991 by the Republic of Belarus, the Russian Federation (RSFSR) and Ukraine 31 ILM 147 (1992).

⁵⁷ J. Vidmar, »Explaining the Legal Effects of Recognition«, 61 (2) International and Comparative Law Quarterly (2012), str. 361, 373.

⁵⁸ Supra, gl. op. 8.

se je sporazumno razvila v Sovjetski zvezi in na Češkoslovaškem. Ko namreč federacija ne obstaja več, ozemlje ni več zaščiteno z načelom ozemeljske celovitosti. Z drugimi besedami, razpad Jugoslavije je pomenil, da so na njenem ozemlju nastale nove države, kajti alternativa tej razlagi bi bila samo situacija *terra nullius*, ki v današnjem mednarodnem pravu ni več sprejemljiva.

Kot sem zapisal, Badinterjeva komisija ni izdajala pravno zavezujočih mnenj. Toda razlaga, da je Jugoslavija razpadala (in potem dokončno razpadla), je bila po takšnem mnenju komisije splošno sprejeta skozi prakso drugih držav in organov OZN. Nenazadnje je bilo to potrjeno s strani Varnostnega sveta, ki je v Resoluciji 777 zapisal, da je SFRJ razpadla in da mora ZRJ za članstvo zaprositi kot nova država.⁵⁹ Naj na tem mestu dodam, da v Sloveniji še danes pogosto govorimo o »odcepitvi«. Vendar bi morali biti pri takšnem izražanju bolj previdni. Mednarodnopravno gledano ni šlo za odcepitev, temveč za razpad države, kjer so vse naslednice v enakovrednem položaju. Po drugi strani Srbija še vedno deloma vztraja na tem, da je edina naslednica SFRJ, čeprav to ni mednarodnopravno sprejeto. Ko je Varnostni svet zasedal po razglasitvi kosovske neodvisnosti, je srbski predsednik Tadić izjavil: »Naj vas opozorim, Srbija je ustanovna članica OZN.«⁶⁰ To seveda ni res, ker je SFRJ razpadla, Zvezna republika Jugoslavija (ZRJ) pa je v OZN vstopila šele po padcu Miloševića leta 2000.⁶¹ Srbija je podedovala to mednarodnopravno osebnost in to članstvo v OZN, ne pa tistega od SFRJ.

Za nastanek novih držav na področju Jugoslavije je bilo tako odločilnega pomena, da po splošnem prepričanju federacija ni več obstajala. V njeni odsotnosti so bile lahko bivše republike zgolj samostojne države. To se je pokazalo tudi na primeru Makedonije in, nenazadnje, ZRJ.

Zaradi nasprotovanja Grčije imenu Makedonija je Evropska skupnost skoraj dve leti odlašala s priznanjem te nove države.⁶² Toda to seveda ni pomenilo, da Makedonija ni bila država. Glede na to, da SFRJ ni več obstajala, ni bilo nobene druge možne razlage. Podoben primer je bila ZRJ, ki je zanikala, da bi bila nova država, in trdila, da je stopila v čevlje SFRJ. Kljub temu je bila po

⁵⁹ VS, Res 777 (17. september 1992), para 1.

⁶⁰ UN Doc S/PV.5838 (18. februar 2008), str. 4.

⁶¹ GS, Res 55/12 (1. november 2000).

⁶² M. Craven, »What's in a Name? The Former Yugoslav Republic of Macedonia and Issues of Statehood« (1995) 16 Australian Year Book of International Law, str. 199–200.

splošnem prepričanju nova država, a mednarodno nepriznanje ni imelo pravnih učinkov. Makedonija in ZRJ sta torej primera, kjer deklaratorna teorija priznanja deluje – država vsekakor lahko obstaja, ne da bi bila mednarodno priznana. To se zgodi, ko na njenem ozemlju ni nobene druge države, ki bi lahko upravičeno zahtevala spoštovanje ozemeljske celovitosti.

Vendar pa to ne pomeni, da v določenih pogojih mednarodno priznanje ne more biti konstitutivno. Tu govorimo o dveh različnih stvareh. In na to se v teoriji pogosto pozablja. Zato veliko mednarodnih pravnikov dogmatično zavrača vse, kar diši po konstitutivnem priznanju. To pa vodi v nelogične razlage. Eno je, da nepriznana država lahko obstaja. To je nesporno. Druga stvar pa je, da lahko v določenih primerih država nastane skozi institut mednarodnega priznanja. To se lahko zgodi v situacijah, ko matična država še naprej obstaja (torej ne razpade) in se obenem ne odreče zahtevi do ozemeljske celovitosti, torej v primerih unilateralne razglasitve neodvisnosti. Kot je menilo kanadsko vrhovno sodišče v primeru Quebec, v primeru enostranske razglasitve neodvisnosti ustanovitev nove države postane odvisna od mednarodnega priznanja; tuje države pa, ko se odločajo o priznanju, tehtajo legalnost in legitimnost odcepitve.⁶³ Tuje države se torej odločajo, ali bodo zahtevo določene države po ozemeljski celovitosti ignorirale ali spoštovale.

V mednarodnem pravu torej obstaja paradoks. Konstitutivni učinki priznanja so zavrtnjeni, a jih doktrina kljub temu v določenih okoliščinah tiho in s stisnjenimi zobmi sprejema. Toda ko sprejmemo konstitutivne učinke priznanja, se soočimo z elementarnim vprašanjem: koliko priznanj je potrebnih za uspešno ustanovitev države? Na to je nemogoče odgovoriti. Če bi bila takšna entiteta univerzalno priznana, po možnosti sprejeta v OZN, ne bi bilo nobenega dvoma, da je država. Kaj pa, če je priznanj dvaindevetdeset? Ali je Kosovo država, ker ga je priznalo dvaindevetdeset držav, ali ni država, ker ga je priznalo samo dvaindevetdeset držav?

⁶³ Reference re Secession of Quebec [1998], 2 SCR 217 (Kanada), para 155.

5. Zaključek

Vrniti se moramo h konceptu države v mednarodnem pravu. Zgoraj sem zapisal, da država ni fizično dejstvo, temveč stvar pravnega statusa. Pravni status pa je lahko tudi dvoumen – možnih je več interpretacij. Zato moramo sprejeti, da v določenih primerih preprosto ne moremo objektivno določiti pravnega statusa določenega teritorija. Ta se morda izkristalizira skozi čas, podobno kot se je pravni status Bangladeša.⁶⁴

Danes v doktrini prevladuje mnenje, da se je po treh letih negotovosti med letoma 1971 in 1974 pravni status Bangladeša (prej znan kot Vzhodni Pakistan) izkristaliziral.⁶⁵ Vendar ko to rečemo, beremo zgodovino nazaj. Ker danes vemo, da je Bangladeš država, je zelo enostavno reči, da se je pravni status zgolj izkristaliziral. Leta 1972 pa to ni bilo tako jasno. Tako je danes objektivno nejasen status Kosova. Mogoče bomo čez pet, deset ali dvajset let tudi govorili, da se je status Kosova izkristaliziral; danes pa lahko samo rečemo, da je objektivno status Kosova nejasen.

Na podoben način je tudi Badinterjeva komisija v kontekstu sukcesije določila, da je Slovenija postala država 8. oktobra 1991, torej z iztekom Brionske deklaracije. Pa je bila takrat Slovenija res kaj bolj država, kot je bila 25. junija 1991? Tudi v primeru Slovenije je mednarodno pravo zgodovino bralo nazaj in vzpostavilo pravno fikcijo.

A zavedati se moramo, da v tem ni nič napačnega, kajti pri državnosti govorimo o pravnem statusu in ne o fizičnem dejstvu. Mednarodni pravniki moramo možnost ozemeljskostatusnih nejasnosti dopustiti, sicer so naše razlage pogosto nelogične in ne-konsistentne. Včasih se takšne nejasnosti razrešijo zgolj v daljšem časovnem obdobju. Država ni objektivno fizično dejstvo, temveč pravni status. V naravi pravnih statusov pa je, da so lahko včasih diskutabilni in nejasni.

⁶⁴ Crawford (gl. op. 6), str. 141–142; 393.

⁶⁵ Ibid.